Gutachtenerläuterung neue Aspekte thematisiert werden, zu denen sich die Parteien nicht sofort und abschließend erklären können, weswegen das Gericht eine Stellungnahmefrist zum Ergebnis der Beweisaufnahme einräumen muss. M.a.W.: Durch geschickte Nachfragen im Rahmen der mündlichen Gutachtenerläuterung wird eine Partei ihre Einwendungen nicht selten sowieso ins weitere schriftliche Verfahren transportieren können.

Alle vorstehenden Gesichtspunkte verdeutlichen, dass es sachgerecht erscheint, Einwendungen gegen ein Sachverständigengutachten aus dem Beweisverfahren im Hauptsacheprozess grundsätzlich zuzulassen und diesen dort nachzugehen.

Kein Grundsatz ohne Ausnahme: Diejenigen *rechtlichen Aspekte*, die das Gericht des Beweisverfahrens in eigener Zuständigkeit bereits abschließend geklärt hat, können im Hauptsacheprozess nicht noch einmal aufgegriffen werden. Hierzu zählen z.B. die Zulässigkeit des Beweisverfahrens selbst (gerichtliche Zuständigkeit für das Beweisverfahren, rechtliches Interesse an der Beweiserhebung etc.) oder etwa die (rechtskräftige) Entscheidung über einen Befangenheitsantrag gegen den Sachverständigen des Beweisverfahrens.[45]

### D. Abschließender Praxishinweis

Die vielfach vertretene Ansicht, zwischen selbständigem Beweisverfahren und nachfolgendem Hauptsacheprozess könne eine Präklusion von Einwendungen eintreten, ist kritisch zu betrachten und nach Maßgabe vorstehender Ausführungen abzulehnen.

Solange der BGH zu dieser Problematik noch nicht abschließend Stellung genommen hat, kann dem Rechtsanwalt nur geraten werden, für seinen Mandanten den „sichersten Weg" zu gehen und bereits im selbständigen Beweisverfahren alle später im Hauptsacheprozess möglicherweise relevanten Einwendungen im Hinblick auf die beweiserheblichen Fragen vorzutragen. Aus Sicht des Antragsgegners kann das sogar eigene Gegenanträge im Beweisverfahren notwendig machen. Hat das Gericht des Beweisverfahrens eine Frist zur Stellungnahme zum eingeholten Gutachten nach §§ 492 Abs. 1; 411 Abs. 4 Satz 2 ZPO gesetzt, müssen innerhalb dieser Frist alle Einwendungen gegen das Gutachten vorgetragen und darüber hinaus eine ergänzende (schriftliche oder mündliche) Begutachtung durch den Sachverständigen beantragt werden. Kann eine solche Stellungnahme z.B. deshalb nicht fristgerecht abgegeben werden, weil der eigene Privatgutachter mehr Zeit für seine Expertise benötigt, muss bei Gericht rechtzeitig eine Fristverlängerung beantragt werden. Mit dieser Handhabung entgeht man der Gefahr einer späteren Präklusion von Einwendungen im Hauptsacheprozess.

45 Weitere Einzelheiten Joussen, in: Ingenstau/Korbion, VOB, Anhang 3 Rdnr. 96; Herget, in: Zöller, ZPO, § 493 Rdnr. 3 i.V.m. § 485 Rdnr. 4-9.

# Neues Städtebaurecht des Bundes aus Gründen des Klimaschutzes

## Gesetz zur Förderung des Klimaschutzes bei der Entwicklung in den Städten und Gemeinden

von Prof. Dr. Michael Krautzberger, Bonn/Berlin und Prof. Dr. Bernhard Stüer, Münster/Osnabrück*

**Mit dem „Gesetz zur Förderung des Klimaschutzes bei der Entwicklung in den Städten und Gemeinden" (BauGB-Klimanovelle 2011) hat die klimagerechte Entwicklung Einzug in das Städtebaurecht gehalten. Die Belange des Klimaschutzes und der Anpassung an den Klimawandel sind sowohl in die Bauleitplanung als auch in die planungsrechtliche**

* Krautzberger ist Ministerialdirektor a.D., Präsident der Deutschen Akademie für Städtebau und Landesplanung; Honorarprofessor an der Humboldt-Universität in Berlin und der Universität in Dortmund; Stüer ist Rechtsanwalt und Notar, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Honorarprofessor an der Universität Osnabrück, Richter am BGH-Anwaltssenat.

**Zulässigkeit von Vorhaben eingebracht worden. Die Belange in der Abwägung und die Darstellungs- und Festsetzungsmöglichkeiten sind entsprechend erweitert worden. Biogasanlagen bis zu einer Feuerungswärmeleistung von 2 MW und Solaranlagen sind als privilegierte Außenbereichsvorhaben zulässig. Die planerische Steuerung von Windkraftanlagen wird für das Repowering erleichtert. Die PlanzV ist entsprechend ergänzt worden. Der Beitrag berichtet über die Neuregelungen und gibt erste Hinweise für die Praxis.**

## A. Eine weitere BauGB Novelle

Dem Städtebaurecht des Bundes gönnt der Gesetzgeber selten eine Pause. Noch im Juli 2011 ist das „Gesetz zur Förderung des Klimaschutzes bei der Entwicklung in den Städten und Gemeinden" in Kraft getreten – man kann das Gesetz kurz die „BauGB-Klimanovelle" nennen.[1] Eine Novellierung des Städtebaurechts aus Gründen des Klimaschutzes war zwar schon in der Koalitionsvereinbarung von CDU, CSU und FDP vom 26.10.2009 vorgesehen. Nach der Koalitionsvereinbarung sollten dabei als weitere Ziele die Stärkung der Innenentwicklung im Bauplanungsrecht verfolgt werden. Darüber hinaus sollte die BauNVO umfassend geprüft werden[2]. Das innerhalb der Bundesregierung federführende Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS) hatte dazu im Jahre 2010 die Vorarbeiten aufgenommen: In den „Berliner Gesprächen um Städtebaurecht" wurden die für eine Rechtsänderung in Betracht kommenden Bereiche auf Grund von Gutachten in einem Expertenkreis untersucht. In einer Veranstaltung des BMVBS am 19.11.2010 wurde die Ergebnisse dieser Arbeiten öffentlich vorgestellt und ein Gesetzgebungsvorhaben angekündigt, das Ende 2011 abgeschlossen sein sollte[3].

Die Havarie der Atomkraftwerke im japanischen Fukushima hat diese Pläne in einem ersten Schritt auf den Wandel der Energiepolitik konzentriert. In einem zweiten Schritt sollen die übrigen in Berlin entwickelten Reformvorstellungen des Städtebaurechts zeitnah folgen. In der Begründung des Regierungsentwurfs der BauGB-Klimanovelle[4] heißt es dazu, dass die Ereignisse vom 11.03.2011 in Japan „die Notwendigkeit gezeigt haben, beschleunigt eine Energiewende durchzuführen." Das Gesetzgebungsverfahren stand der Dynamik der Entscheidung über den „Ausstieg" aus dem Kernenergie nicht nach: Der Referentenentwurf wurde am 16.05.2011 mit einer Äußerungsfrist von zwei Wochen versandt. Bereits am 06.06.2011 beschloss das Bundeskabinett den Gesetzentwurf als Teil eines Gesetzespakets („Fukushima-Reaktion") zur „Energiewende" in Deutschland[5]. Der Gesetzentwurf wurde parallel in den Deutschen Bundestag und in den Bundesrat eingebracht. Der Deutsche Bundestag beschloss das BauGB-Klimaschutzgesetz am 30.06.2011. Das durch den Bundesrat nicht zustimmungsbedürftige Gesetz ist inzwischen in Kraft getreten.[6]

Das Anliegen des neuen Gesetzes ist es vor allem, die „städtebauliche Dimension"[7], der die Gemeinden bei ihren Vorgaben zur örtlichen Bodennut-

1 V. 22.07.2011 (BGBl. I, 1509).

2 „Den Klimaschutz und die Innenentwicklung im Bauplanungsrecht zu stärken. Des Weiteren soll die BauNVO umfassend geprüft werden."

3 Zu den Ergebnissen bis November 2010 Bunzel/Hanke, in: DIFU (Hrsg.), Berliner Gespräche zum Städtebaurecht, Berlin 2010 sowie zusammenfassend Bunzel, DVBl. 2010, 1551; hierzu mit gesetzgeberischen Folgerungen Stüer/Stüer, DVBl. 2010, 1540.

4 Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der klimagerechten Entwicklung in den Städten und Gemeinden vom 06.06.2011, BT-Drucks. 17/6076; 1. Erste Lesung im BT am 09.06.2011, BT-Plenarprotokoll 17/114, 12958 B – 12993 A; Bundesrat, Empfehlungen der Ausschüsse vom 10.06.2011, BR-Drucks. 344/1/1; Stellungnahme des Bundesrates v. 17.06.2011, BR-Drucks. 344/11; Stellungnahme des Bundesrates und Gegenäußerung der Bundesregierung v. 22.06.2011 BT-Drucks. 17/6253; Ausschuss für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung, Beschlussempfehlung und Bericht, Drucks. 17/6357 v. 29.06.2011.

5 Entwurf eines 13. Gesetzes zur Änderung des Atomgesetzes (AtomG) v. 06.06.2011, BT-Drucks. 17/6070; Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien (EEG) v. 06.06.2011 BT-Drucks. 17/6071; EEG-Erfahrungsbericht 2011; Entwurf eines Gesetzes über Maßnahmen zur Beschleunigung des Netzausbaus Elektrizitätsnetze (NABEG) v. 06.06.2011 BT-Drucks. 17/6073; Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften (EnWGÄndG) v. 06.06.2011 BT-Drucks. 17/6072; Entwurf einer Vierten Verordnung zur Änderung der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge v. 06.06.2011 BR-Drucks. 345/11; Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes zur Errichtung eines Sondervermögens „Energie- und Klimafonds" (EKFG-ÄndG) v. 06.06.2011, BT-Drucks. 17/6075; Entwurf eines Gesetzes zur steuerlichen Förderung von energetischen Sanierungsmaßnahmen an Wohngebäuden v. 06.06.2011, BT-Drucks. 17/6074; Eckpunkte Energieeffizienz; Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung schifffahrtsrechtlicher Vorschriften vom 06.06.2011 Drucks. 17/6077.

6 Das Gesetz trat nach Art. 3 des Gesetzes zur Förderung des Klimaschutzes bei der Entwicklung in den Städten und Gemeinden am Tage nach der Verkündung in Kraft.

7 So die Amtliche Begründung wiederholt.

zung Rechnung tragen sollen, gesetzlich abzusichern. Dies betrifft namentlich die Änderungen im Recht des Bauleitplanung, des städtebaulichen Vertrags und des Besonderen Städtebaurechts (Sanierung, Stadtumbau). Darüber hinaus will das Gesetz bessere Voraussetzungen zur Durchsetzung des Energiekonzeptes der Bundesregierung erreichen, vor allem für den Ausbau der Windenergienutzung an Land, durch erforderliche und angemessene Regelungen zur Absicherung des Repowering, d.h. des Ersatzes alter durch neue, leistungsfähigere Windenergieanlagen, und die erleichterte Nutzung von Photovoltaikanlagen auch im Außenbereich. Die gesetzlichen Neuregelungen sollen stärker als bisher die Aufgabe des Städtebaurechts hervorheben und durch eine möglichst effektive Umsetzung die fachrechtlichen anlagenbezogenen Anforderungen begleiten, wie sie sich aus dem Energiefachrecht (EEWärmeG, EEG, EnEG und EnEV) ergeben. Gelegentlich können die städtebaulichen Anforderungen vor allem im Bereich der städtebaulichen Verträge auch über das fachrechtliche Anforderungsprofil hinausgehen.

## B. Bauleitplanung

Das Städtebaurecht soll durch geeignete Maßnahmen einen Beitrag dazu leisten, dem Klimawandel entgegenwirken und eine Anpassung an den Klimawandel zu ermöglichen (§ 1a Abs. 5 BauGB).

### I. Grundsätze der Bauleitplanung

Kernstück der BauGB-Klimanovelle ist die Neujustierung des Klimaschutzes im städtebaulichen Gefüge. Ob mit städtebaulichen Planungen und Instrumente nur lokale oder allgemeine Klimaschutzziele verfolgt werden können, war durchaus umstritten. Auch die durch das EAG Bau 2004[8] eingeführte Klimaschutzklausel des § 1 Abs. 5 Satz 2 BauGB wurde in der Literatur sehr zurückhaltend aufgenommen[9]. Diese Frage bedurfte der Klärung. Denn Festsetzungen eines Bebauungsplanes, die – gegen die Vorstellungen der Eigentümer – aus Gründen des allgemeinen Klimaschutzes etwa zur Nutzung regenerativer Energien die Anordnung der Baukörper bestimmen, Vollzugsmaßnahmen aufgrund des Bebauungsplans u.a. bedürfen einer rechtssicheren Grundlage. Dass Klimaschutz Gegenstand städtebaurechtlicher Regelungen sein kann, wurde im Vorfeld der Gesetzgebung u.a. durch Rechtsgutachten vorbereitet[10]. Darüber hinaus wurde der Begriff des Klimaschutzes über „präventive" Maßnahmen hinaus, die dem Klimawandel entgegenwirken, auf „repressive" Maßnahmen erweitert, die der Anpassung an den Klimawandel dienen.[11] Im Gesetzentwurf der Bundesregierung wurde dies als „klimagerechte Stadtentwicklung" bezeichnet – ein Begriff, der allerdings in die endgültige Gesetzesfassung aufgrund einer Intervention des Bundesrates[12] nicht übernommen worden ist. Es verbleibt allerdings bei dem Anliegen der Förderung des Klimaschutzes bei der Entwicklung in den Städten und Gemeinden, wie sich aus der Überschrift des Gesetzesvorhabens ergibt.

Der Klimaschutz hat sich damit zu einem in Form von Planungsleitlinien zusammengefassten Grundsatz der Bauleitplanung entwickelt. Die Neufassung des *§ 1 Abs. 5 Satz 2 BauGB* sowie ein neu angefügter *§ 1a Abs. 5 BauGB* stellen dies klar. Der Grundsatz ist in der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB zu berücksichtigen. Die Begründung des Gesetzentwurfs nennt als Beispiele u.a. die planungsrechtliche Absicherung und Unterstützung des Einsatzes erneuerbarer Energien sowie übergreifende Maßnahmen wie z.B. die Umsetzung eines Konzepts der „Stadt der kurzen Wege", das das Verkehrsaufkommen und damit den dadurch verursachten $CO_2$-Ausstoß gering hält. Dabei kann es allerdings zu Zielkonflikten zwischen dem Klimaschutz, der städtebaulichen Gestaltung und dem Erscheinungsbild, dem Ortsbild, dem Denkmalschutz und den Eigentümerinteressen kommen, für deren Abwägung das Gesetz keine vorrangige Berücksichtigung anordnet.

Als Maßnahmen zur Anpassung an den Klimawandel kommen z.B. Kaltluftschneisen in Betracht, die als von der Bebauung freizuhaltende Flächen (§ 9 Abs. 1 Nr. 10 BauGB) festgesetzt werden.

8 EAG Bau vom 24.06.2004 (BGBl. I, 1359).

9 Vgl. für viele Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, München, § 1 Rdnr. 107a.

10 Battis/Kersten/Mitschang, „Stadtentwicklung – Rechtsfragen der ökologischen Stadterneuerung"; das Gutachten kann auf den Internetseiten des Bundesinstituts für Bau-, Stadt- und Raumforschung (BBSR), http://www.bbsr.bund.de eingesehen werden.

11 So schon § 2 Nr. 6 Satz 7 ROG.

12 Stellungnahme des Bundesrates v. 17.06.2011, BR-Drucks. 344/11.

## II. Darstellungen und Festsetzungen in den Bauleitplänen

Die städtebaulichen Konzepte zur Förderung des Klimaschutzes bei der Entwicklung in den Städten und Gemeinden sollen sich nach der Neuregelung in den Bauleitplänen wieder finden. In *§ 5 Abs. 2 Nr. 2 BauGB* wird dazu bestimmt, dass im *Flächennutzungsplan* die Ausstattung des Gemeindegebiets mit Anlagen, Einrichtungen und sonstigen Maßnahmen, die dem Klimawandel entgegenwirken, insbesondere zur dezentralen und zentralen Erzeugung, Verteilung, Nutzung oder Speicherung von Strom, Wärme oder Kälte aus erneuerbaren Energien oder Kraft-Wärme-Kopplung sowie mit Anlagen, Einrichtungen und sonstigen Maßnahmen, die der Anpassung an den Klimawandel dienen, dargestellt werden kann. Dies soll – so ausdrücklich die Begründung des Entwurfs – dazu dienen, dass entsprechende Aussagen in informellen städtebaulichen Klimaschutz- oder Energiekonzepten i.S. des § 1 Abs. 6 Nr. 11 BauGB verstärkt zum Gegenstand eines Flächennutzungsplans gemacht werden.

Durch *§ 5 Abs. 2b BauGB* werden über die bisher sachlichen Teilflächennutzungspläne auch räumliche Teilflächennutzungspläne ermöglicht. Dies ist für die Praxis hilfreich, da nunmehr auch die Möglichkeit besteht, die Ausschlusswirkung auf Teile des Gemeindegebietes zu begrenzen, ohne dies aus einem lückenlos stimmigen Gesamtkonzept abzuleiten. Allerdings muss im Falle der Nutzung des Darstellungsprivilegs nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nach wie vor eine substanzielle Nutzung der privilegierten Vorhaben gewährleistet bleiben.[13]

In § 9 BauGB werden darüber hinaus mehrere den Klimaschutz präzisierende Möglichkeiten der *Festsetzung in Bebauungsplänen* vorgesehen:

- *§ 9 Abs. 1 Nr. 12 BauGB* über Flächen für Anlagen und Einrichtungen zur dezentralen und zentralen Erzeugung, Verteilung, Nutzung oder Speicherung von Strom, Wärme oder Kälte aus erneuerbaren Energien oder Kraft-Wärme-Kopplung.
- *§ 9 Abs. 1 Nr. 23b BauGB* (verpflichtend) über (auch) technische Maßnahmen zur Erzeugung, Nutzung oder Speicherung von Strom, Wärme oder Kälte aus erneuerbaren Energien einschließlich von Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen.

Die Versorgungsflächen nach § 9 Abs. 1 Nr. 12 BauGB, die sich auf die örtliche als auch überörtliche Versorgung beziehen können, räumen entsprechenden Anlagen einen Vorrang in dem Sinne ein, dass andere Anlagen unzulässig sind, wenn sie dieser Festsetzung widersprechen. Bei den (auch) technischen Maßnahmen nach § 9 Abs. 1 Nr. 23a BauGB kann die Gemeinde den Bauherrn verpflichtende Festsetzungen treffen. Die Festsetzungen gehen hier wie etwa im Bereich der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung (§ 1a Abs. 3 BauGB) oder im Bereich des Immissionsschutzes (§ 9 Abs. 1 Nr. 23a und 24 BauGB) über eine Angebotsplanung hinaus. Der städtebauliche Klimaschutz eröffnet daher nicht nur ein Angebot, sondern gibt in dem Rahmen der entsprechenden Festsetzungen den Bauherren bindende Verpflichtungen auf.

Nach *§ 9 Abs. 6 BauGB* sollen darüber hinaus auch gemeindliche Regelungen zum Anschluss und Benutzungszwang, insbesondere auch auf Grundlage des § 16 EEG, nachrichtlich in den Bebauungsplan übernommen werden. Auch ohne entsprechende ausdrückliche gesetzliche Regelung wäre ein entsprechender Hinweis bereits auf der Ebene des Flächennutzungsplans möglich.[14]

Jenseits dieser bindenden Festsetzungen und den zwingenden Vorgaben des Energiefachrechts ist es den Bauherren unter Wahrung der städtebaulichen Vorgaben frei gestellt, Bauvorhaben im Interesse der Förderung des Klimaschutzes mit energiesparenden Anlagen auszugestalten oder in sonstiger Weise Maßnahmen durchzuführen, die dem Klimawandel entgegenwirken oder der Anpassung an den Klimawandel dienen (§ 1a Abs. 5 BauGB). Das gilt etwa auch für Solaranlagen in beplanten Gebieten und im nicht beplanten Innenbereich, soweit sie nicht den Festsetzungen eines qualifizierten Bebauungsplans widersprechen (§ 30 Abs. 1 BauGB) und sich im Innenbereich in die Eigenart der näheren Umgebung einfügen sowie das Ortsbild nicht beeinträchtigen (§ 34 BauGB). Zudem sind ggf. landesrechtliche Gestaltungsregelungen oder denkmalschutzrechtliche Anforderungen zu wahren.

13 DASL, Stellungnahme zum Gesetzentwurf vom 24.05.2011.
14 Hierzu DASL, Stellungnahme zum Gesetzentwurf vom 24.05.2011.

### III. Änderung der Planzeichenverordnung

Die BauGB-Klimanovelle enthält auch eine Änderung der Planzeichenverordnung vom 18.12.1990[15]. Für Anlagen und Einrichtungen zur Erzeugung und Nutzung erneuerbarer Energien, für Kraft-Wärme-Kopplung sowie für Anlagen und Einrichtungen der Fern- und Nahwärmeversorgung werden neue Planzeichen eingeführt, die aus den Änderungen in § 5 Abs. 2 Nr. 2 BauGB und § 9 Abs. 1 BauGB folgen.

## C. Städtebauliche Verträge nach § 11 BauGB aus Gründen des Klimaschutzes

Schon im bisher geltenden Recht des städtebaulichen Vertrags waren klimaschützende Lösungen anerkannt[16]. Im EAG Bau 2004[17] wurden ausdrücklich *klimabezogenen Verträge* eingeführt, und zwar in *§ 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 BauGB* über Verträge, deren Gegenstand „entsprechend den mit den städtebaulichen Planungen und Maßnahmen verfolgten Zielen und Zwecken die Nutzung von Netzen und Anlagen der Kraft-Wärme-Kopplung sowie von Solaranlagen für die Wärme-, Kälte- und Elektrizitätsversorgung" ist. Durch die „Klimanovelle" wird diese Bestimmung nicht nur für Solaranlagen sowie Anlagen und Leitungen für Kraft-Wärme-Kopplung geöffnet, sondern für sämtliche Anlagen und Einrichtungen für die Erzeugung und Nutzung erneuerbarer Energien, Anlagen und Einrichtungen der Fern- und Nahwärmeversorgung und Kraft-Wärme-Kopplung. In einem neuen *§ 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 BauGB* ist weiterhin klargestellt worden, dass in städtebaulichen Verträgen auch Vereinbarungen über die *energetische Qualität von Gebäuden* getroffen werden können. Entsprechend den anderen möglichen Gegenständen städtebaulicher Verträge ist auch bei solchen Vereinbarungen ein städtebaulicher Zusammenhang erforderlich, d.h. es kommt darauf an, dass solche Vereinbarungen den mit den städtebaulichen Planungen (z.B. Baugebietsausweisungen in Bebauungsplänen) und städtebaulichen Maßnahmen (z.B. städtebaulichen Sanierungs- und Entwicklungsmaßnahmen) verfolgten Zielen und Zwecken entsprechen. Die Vereinbarungen können dabei über die Anforderungen des Energiefachrechts hinausgehen. Unterschiedlich wird allerdings beurteilt, welche Reichweite städtebauliche Verträge haben und ob sie Festsetzungen ergänzen oder gar ersetzen können.[18]

## D. Zulassung von Bauvorhaben

Neben den ergänzenden Regelungen für die Bauleitplanung sind auch die Vorschriften über die planungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben im Interesse der Förderung des Klimaschutzes bei der Entwicklung in den Städten und Gemeinden ergänzt worden.

### I. § 248 BauGB

Zur sparsamen und effizienten Nutzung von Energie sind geringfügige Abweichungen von dem festgesetzten Maß der baulichen Nutzung, der Bauweise und der überbaubaren Grundstücksfläche zulässig, soweit dies mit nachbarlichen und baukulturellen Belangen vereinbar ist. Das gilt auch für im Zusammenhang bebaute Ortsteile hinsichtlich des Erfordernisses des Einfügens in die Eigenart der näheren Umgebung (§ 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB). Die Maßnahmen müssen sich allerdings grundsätzlich auf das Baugrundstück beschränken. Die Inanspruchnahme von Nachbargrundstücken etwa durch Überbauung ist hierdurch nur zugelassen, wenn der Nachbar zustimmt. Das gilt auch für die Inanspruchnahme des öffentlichen Straßenraums.

Durch die Beschränkung auf geringfügige Abweichungen werden städtebaulich unerwünschte Entwicklungen vermieden. Nachbarliche und baukulturelle Belange sind zu wahren. Dies dürfte allerdings durch das Merkmal der Geringfügigkeit im Regelfall erfüllt sein. Im Übrigen bleiben nachbarschützende Vorschriften unberührt.[19] Hinsichtlich der Geringfügigkeit kann auf die zu § 23 Abs. 3 Satz 2 BauNVO entwickelten Grundsätze verwiesen werden, nach denen ein geringfügiges Hervortreten von Gebäudeteilen bei der Festsetzung von Baulinien möglich ist.

Die baulichen Maßnahmen können dazu dienen, die Verpflichtungen aus dem Energiefachrecht umzusetzen. Aber auch über diesen verpflichtenden Rahmen hinausgehende Maßnahmen werden davon erfasst, wenn sie der Energieeinsparung dienen. Ein gemeindliches Einvernehmen nach § 36

15 BGBl. 1991 I, 58.

16 Vgl. die Übersicht bei Krautzberger, DVBl. 2008, 737 sowie ders., in: Mitschang (Hrsg.), Klimaschutz und Energieeinsparung in der Stadt- und Regionalplanung, Frankfurt u.a. 2009, S. 109.

17 EAG Bau vom 24.06.2004 (BGBl. I, 1359).

18 DASL, Stellungnahme zum Gesetzentwurf vom 24.05.2011, m. Hinweis auf OVG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 18.12.2007 – 2 A 3.07 –, BauR 2008, 1089 – Bezirk Mitte; OVG Schleswig, Urteil v. 12.03.2009 – 1 KN 12/08 –, NuR 2009, 498 = ZUR 2009, 439 – Port Olpenitz; OVG Lüneburg, Beschluss v. 04.01.2011 – 1 MN 130/10 – BauR 2011, 805 – Biogasanlage.

19 So die Gesetzesbegründung BT-Drucks. 17/6076.

BauGB ist nicht erforderlich. Das könnte im Hinblick auf die Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden nicht ganz unbedenklich sein.

### II. Biomasse

§ 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB über die Privilegierung der Biomasseanlagen ist neu gefasst worden. Die installierte elektrische Leistung der Biogasanlagen von bisher 0,5 MW ist auf eine Feuerungswärmeleistung von 2 MW umgestellt worden. Allerdings darf die Kapazität einer Anlage zur Erzeugung von Biogas nicht 2,3 Mio. Normkubikmeter pro Jahr überschreiten.[20]

Die Umstellung des Grenzwerts von 0,5 Megawatt installierter elektrischer Leistung auf 2,0 Megawatt Feuerungswärmeleistung und die ergänzenden Beschränkung der Kapazität einer Anlage zur Erzeugung von Biogas auf 2,3 Millionen Normkubikmeter Biogas pro Jahr entspricht einem Bedürfnis der Praxis zur Verwendung gleicher Bezugsgrößen sowohl im BauGB als auch in der Vierten Verordnung zur Durchführung des BImSchG (4. BImSchV). Auch können bei Zugrundelegung der Feuerungswärmeleistung technische Verbesserungen und Erhöhungen des Wirkungsgrades von Biomasseanlagen sachgerechter abgebildet werden.

Mit der im Vergleich zur bisherigen Regelung etwas erhöhten Feuerungswärmeleistung wird ein gewisser Spielraum für eine bedarfsorientierte flexible Stromerzeugung eröffnet. Durch die gleichzeitige Begrenzung der Biogaserzeugungskapazität wird im Gegenzug grundsätzlich sichergestellt, dass Biogasanlagen im Außenbereich insgesamt nicht mehr Biogas erzeugen dürfen als nach der bisherigen Rechtslage. Wird eine Biomasseanlage mit mehreren Stromerzeugungseinheiten (z.B. Blockheizkraftwerk, Holzbrennkessel) betrieben, darf deren Feuerungswärmeleistung insgesamt 2,0 Megawatt nicht überschreiten.[21] Die Neuregelung berücksichtigt auch die Ergebnisse einer Bund-Länder-Arbeitsgruppe der Fachkommission Städtebau der Bauministerkonferenz, die zur Ermittlung des Änderungsbedarfs bei § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB eingerichtet worden ist.[22]

### III. Atomenergie

Im Anschluss an den durch die Gesetze zur Energiewende zugleich beschlossenen Atomausstieg unterfällt die Neuerrichtung von Anlagen zur Spaltung von Kernbrennstoffen zur gewerblichen Erzeugung von Elektrizität nicht mehr der Privilegierung des § 35 Abs. 1 Nr. 8 BauGB. Auch hier wird das Städtebaurecht an das Energiefachrecht angepasst.

### IV. Solarenergie

Auch Anlagen zur Nutzung solarer Strahlungsenergien (Solarthermieanlagen und Photovoltaikanlagen) an und auf Dach- und Außenwänden von zulässigerweise genutzten Gebäuden im Außenbereich sind nunmehr privilegiert (*§ 35 Abs. 1 Nr. 8 BauGB*).[23] Die Privilegierung setzt voraus, dass die Anlagen dem Gebäude baulich, d.h. räumlich-gegenständlich, untergeordnet sind. Nicht erfasst sind daher z.B. Anlagen, deren Fläche über die Dachfläche bzw. die Wandfläche des Gebäudes hinausgeht. Nicht gefordert ist demgegenüber eine funktionelle Unterordnung. Die Privilegierung gilt somit, wie auch bei § 35 Abs. 1 Nr. 5 und 6 BauGB, unabhängig davon, ob die erzeugte Energie selbst verbraucht oder vollständig oder überwiegend in ein öffentliches Netz eingespeist wird. Andere Anlagen zur Nutzung solarer Strahlungsenergie können ggf. unter den Voraussetzungen des § 35 Abs. 2 BauGB planungsrechtlich zulässig sein.[24] Ihrem Wortlaut nach bezieht sich die Privilegierung auf Gebäude, nicht andere bauliche Anlagen wie z.B. Siloanlagen.[25] Auch können sich ggf. durch Gestaltungsregelungen der Gemeinde Einschränkungen ergeben.

Das Gebäude muss *zulässigerweise genutzt* werden.[26] Die Nutzung muss daher dem gegenwärtigen Planungsrecht entsprechen. Dies ist etwa dann nicht der Fall, wenn die vormals privilegierte Nutzung aufgegeben worden ist und eine dem öffentlichen Baurecht entsprechende Nachfolgenutzung nicht aufgenommen wurde.

20 Zur Privilegierung von Biogasanlagen Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 2009, Rdnr. 2725.
21 So die Gesetzesbegründung BT-Drucks. 17/6076.
22 Der Bericht wurde auf der Sitzung der Fachkommission Städtebau am 24.03.2011 in Norderstedt zur Kenntnis genommen.
23 Zur bisherigen planungsrechtlichen Zulässigkeit von Solarenergieanlagen Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 2009, Rdnr. 393, 2075, 2675.
24 Begründung Drucks. 17/6076.
25 DASL, Stellungnahme zum Gesetzentwurf vom 24.05.2011.
26 Deutscher Städtetag, Deutscher Städte- und Gemeindebund, Stellungnahme zum Gesetzentwurf v. 24.05.2011.

## V. Windkraft und Repowering

Durch *§ 249 BauGB* ist das Repowering von Windkraftanlagen erleichtert worden.[27] Darunter wird die Ersetzung älterer, oft vereinzelt stehender Windenergieanlagen durch moderne, leistungsfähigere Windenergieanlagen, vorzugsweise in Windparks verstanden.[28] Sollen alte (leistungsschwächere) Anlagen durch neue (leistungsstärkere) Anlagen ersetzt werden, ist vielfach auch eine Bereinigung im Sinne einer Bündelung der Standorte und eines Aufräumens der Landschaft sinnvoll. Die damit verbundene Änderung der Darstellungen der Vorrang- und Eignungsflächen sowie der Ausschlussflächen im Flächennutzungsplan oder im Bebauungsplan wurde jedoch bislang als kritisch angesehen – vor allem, wenn sich dadurch die Flächen der zulässigen bzw. unzulässigen Windkraftnutzung verschoben haben. Möglicherweise geriet damit das Gesamtkonzept der Windkraftplanung ins Wanken. Denn auch nur ein einziger Fehler in der Abwägung kann dazu führen, dass das gesamte Konzept der Vorrang-, Eignungs- und Ausschlussflächen im Planungsraum aus den Fugen gerät und wie ein Luftballon zerplatzt.[29]

Diese Sorge soll den planenden Städten und Gemeinden nun durch § 249 BauGB genommen werden: Werden in einem Flächennutzungsplan zusätzliche Flächen für die Nutzung von Windenergie dargestellt, folgt daraus nicht, dass die vorhandenen Darstellungen die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht entfalten können. Das gilt auch für die Änderung oder Aufhebung von Darstellungen zum Maß der baulichen Nutzung. Ebenso gilt dies für entsprechende Festsetzungen in Bebauungsplänen. Die gesetzliche Regelung stellt dies bei näherer Betrachtung allerdings lediglich klar. Denn bei der Ausweisung von Windfeldern haben die kommunalen und regionalen Planungsträger einen Abwägungsspielraum, den sie im Sinne ihrer städtebaulichen und regionalen Beurteilung nutzen können, solange eine substanzielle Nutzung der Windenergie im Planungsraum gewährleistet ist. Aus dieser Sicht führt eine Erweiterung der für die Windkraftnutzung bereitgestellten Flächen nicht dazu, die zuvor getroffenen Ausweisungen in Frage zu stellen.

*§ 249 Abs. 1 BauGB* knüpft die Vermutung an die zusätzliche Ausweisung von Flächen für die Windenergie und wirkt damit bei Änderungsplanungen in der Tendenz auf eine Vergrößerung der Windenergie-Eignungsflächen hin. Dies schließt etwa im Rahmen einer Repowering-Planung den Verzicht auf bisher ausgewiesene Standorte ein, wenn an anderer Stelle zusätzliche Flächen bereitgestellt werden und sich eine positive Flächengesamtbilanz ergibt. Aber auch wenn (lediglich) die Energiebilanz gleich bleibt oder vergrößert wird, kann nicht automatisch auf eine Fehlerhaftigkeit der ursprünglichen Windenergieplanung geschlossen werden. Denn die planenden gemeindlichen und regionalen Planungsträge haben einen planerischen Spielraum bei der Beurteilung einer ausreichenden substanziellen Nutzung der Windenergie. Zudem ist es ihnen freigestellt, oberhalb dieser Mindestgrenze in der planerischen Beurteilung weitere Flächen für Windkraftanlagen bereitzustellen. Die gesetzliche Vermutungsregelung in § 249 Abs. 1 BauGB wird wohl auch auf die Konzentrationsplanung von regionalen Planungsträgern bei der Festlegung von Zielen der Raumordnung übertragen werden können.

*§ 249 Abs. 2 BauGB* nutzt die Möglichkeiten des Baurechts auf Zeit auch für das Repowering von Windenergieanlagen. Nach § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BauGB kann danach auch festgesetzt werden, dass die im Bebauungsplan festgesetzten Windenergieanlagen nur zulässig sind, wenn sichergestellt ist, dass nach der Errichtung der im Bebauungsplan festgesetzten Windenergieanlagen andere im Bebauungsplan bezeichnete Windenergieanlagen innerhalb einer im Bebauungsplan zu bestimmenden angemessenen Frist zurückgebaut werden. Die Standorte der zurückzubauenden Windenergieanlagen können auch außerhalb des Bebauungsplangebiets oder außerhalb des Gemeindegebiets liegen. Darstellungen im Flächennutzungsplan mit den Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB können mit Bestimmungen entsprechend § 249 Abs. 2 Satz 1 und 2 BauGB mit Wirkung für die Zulässigkeit der Windenergieanlagen verbunden sein.

Das *Baurecht auf Zeit* kann dabei sowohl durch entsprechende Festsetzungen im Bebauungsplan als auch durch Darstellungen im Flächennutzungs-

27 Zur planerischen Steuerung und planungsrechtlichen Zulässigkeit von Windkraftanlagen Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 2009, Rdnr. 2671.

28 Begründung Drucks. 17/6076.

29 BVerwGE 118, 33 – Luftballon.

plan eingesetzt werden. Dies ist gerade auch auf der Ebene des Flächennutzungsplans ein Schritt in die richtige Richtung. Es könnte sich empfehlen, bei dem anstehenden zweiten Teil der Städtebaunovelle das Baurecht auf Zeit generell auch auf der Ebene des Flächennutzungsplans einzuführen. Denn vorbereitende und verbindliche Bauleitplanung stehen über das Entwicklungsgebot des § 8 Abs. 2 Satz 1 BauGB in einem engen Austauschverhältnis, das auch im Bereich des Baurechts auf Zeit seinen Niederschlag in entsprechenden Vorschriften finden sollte, um das Planungsgeschehen zu vereinfachen und Unsicherheiten für die Praxis zu beseitigen.

## E. Städtebauliche Sanierung

Angesichts der städtebaulichen Dimension von Klimaschutzaufgaben können auch Defizite in der zeitgemäßen energetischen Erneuerung als *städtebauliche Missstände*[30] angesehen werden, sei es wegen der unzureichenden Gebäudesubstanz, sei es wegen einer unzureichenden energetischen Infrastruktur (z.B. Blockheizkraftwerke und deren Anschluss an die Gebäude). Entgegen dem Regierungsentwurf, dem auch der Bundesrat gefolgt ist, sieht das Gesetz von einer entsprechenden klarstellenden Regelung im städtebaulichen Sanierungsrecht ab. Im Ausschussbericht wird das ggf. einer späteren Gesetzgebung vorbehalten; auf die Neuregelung im Stadtumbaurecht wird dabei hingewiesen.

Durch die Neuregelung in *§ 148 Abs. 2 Nr. 5 BauGB* ist im Gesetz allerdings auch „anerkannt worden, dass die Errichtung oder Erweiterung von Anlagen und Einrichtungen zur dezentralen und zentralen Erzeugung, Verteilung, Nutzung oder Speicherung von Strom, Wärme oder Kälte aus erneuerbaren Energien oder Kraft-Wärme-Kopplung zu den Maßnahmen im Sinne des Sanierungsrechts zählen". Konsequenterweis hätte das Gesetz auch § 147 BauGB über die gemeindlichen Ordnungsmaßnahmen anpassen können. Freilich enthält der Katalog des § 147 BauGB den „Auffangtatbestand" des § 147 Abs. 1 Nr. 5 BauGB über sonstige Maßnahmen, die notwendig sind, damit die Baumaßnahmen (§ 148 BauGB) durchgeführt werden können, so dass keine Gesetzeslücke vorliegen dürfte.

## F. Stadtumbau

Der Stadtumbau (§§ 171a bis 171d BauGB) ist durch das EAG Bau 2004 in das Städtebaurecht eingefügt worden.[31] Die „Klimanovelle" enthält mehrere Änderungen zum Recht des Stadtumbaus (*§§ 171a und 171c BauGB*). Bereits nach dem bisher geltendem Recht sollen die Stadtumbaumaßnahmen auch die Umwelt verbessern (vgl. § 171a Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 BauGB). Die Ergänzung in *§ 171a Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 2 Nr. 1, Nr. 6 und Nr. 7 BauGB* öffnet den Anwendungsbereich des Stadtumbaus nach dem BauGB hin zu den Aufgaben der Förderung des Klimaschutzes bei der Entwicklung in den Städten und Gemeinden.

Stadtumbaumaßnahmen kommen nach der Neuregelung ausdrücklich auch in Betracht, wenn die allgemeinen Anforderungen an den Klimaschutz und die Klimaanpassung nicht erfüllt werden. Mit diesen Änderungen können in den städtebaulichen Entwicklungskonzepten (§ 171b Abs. 2 BauGB) durch die Gemeinde unter Beteiligung der Betroffenen (§ 137 BauGB) und der öffentlichen Aufgabenträger (§ 139 BauGB) Handlungsstrategien erarbeitet werden, wie energetische und klimatische Belange mit sonstigen städtebaulichen Belangen zu kombinieren bzw. in Ausgleich zu bringen sind (integrativer Ansatz). Hier kann z.B. dargestellt werden, wie der Energieverbrauch von Altbauten, bei denen gebäudebezogene Maßnahmen (wie Wärmedämmung) das Erscheinungsbild beeinträchtigen würden (vgl. auch §171a Abs. 3 Nr. 7 BauGB), durch gebäudeübergreifende Maßnahmen gesenkt werden.

Stadtumbaumaßnahmen kommen nach der Neuregelung ausdrücklich auch in Gebieten in Betracht, in denen die allgemeinen Anforderungen an den Klimaschutz und die Klimaanpassung nicht erfüllt werden. Beispiele: Funktionsverluste eines Gebiets wegen steigender Energiekosten für Gebäude oder wegen zunehmender Hitze, Schwüle und Dürre im Sommer (z.B. fehlende Frischluftschneisen und Vegetation zur Beeinflussung des Mikroklimas) oder wegen Starkregen- und Hochwassergefahren sowie -schäden (z.B. infolge zu starker Versiegelung oder Überlastung der technischen Infrastruktur) zu Funktionsverlusten von Gebieten

30 Vgl. zum „Missstandsbegriff" schon zu dem bisherigen Recht (bejah.,) Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, § 136 Rdnr. 86a.

31 EAG Bau vom 24.06.2004 (BGBl. I, 1359).

führen.[32] Das Gesetz eröffnet hierdurch die Möglichkeit, Stadtumbaugebiete auch unter energetischen Gesichtspunkten auszuweisen, wenn es nicht zugleich um den Rückbau eines dauerhaften Überangebotes an baulichen Anlagen für bestimmte Nutzungen geht.[33]

Eine wichtige Zukunftsaufgabe dürfte in der Sicherung und Entwicklung brachliegender und freigelegter Flächen liegen, die ein großes Potential für eine die Förderung des Klimaschutzes in den Städten und Gemeinden darstellen: z.B. klimatisch sinnvolle bauliche Nutzungen einschließlich Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien) oder auch ökologisch und für das Stadtklima wertvolle Grünflächen (z.B. als Frischluftschneisen) (*§ 171a Abs. 3 Satz 2 Nr. 7 BauGB*).

Zum *Stadtumbauvertrag* nach § 171c BauGB stellt das Gesetz klar, dass neben dem Rückbau zusätzlich die Anpassung baulicher Anlagen in Betracht kommt, um mit einer ressourcenschonenden Anpassung baulicher Anlagen Funktionsverlusten entgegenwirken zu können (*§ 171c Satz 2 Nr. 1 BauGB*). Von einer Regelung über Vereinbarungen über die Errichtung und Nutzung von Anlagen und Einrichtungen zur dezentralen und zentralen Erzeugung, Verteilung, Nutzung oder Speicherung von Strom, Wärme oder Kälte aus erneuerbaren Energien oder Kraft-Wärme-Kopplung, die der gemeinsamen Versorgung des Gebiets, von Teilen des Gebiets oder von benachbarten Gebäuden dienen, wurde unter Hinweis auf die im neuen § 11 Abs. 2 Nr. 4 und 5 BauGB enthaltene Regelung, die auch in den Stadtumbaugebieten angewendet werden kann, abgesehen.

## G. Die nächste Städtebaurechtsnovelle wird bereits vorbereitet

Nach dem Inkrafttreten des „Gesetzes zur Förderung des Klimaschutzes bei der Entwicklung in den Städten und Gemeinden" wird wohl eine weitere Städtebaurechtsnovelle nicht mehr lange auf sich warten lassen. Die beabsichtigten Änderungen sollen vor dem Hintergrund der Berliner Gespräche[34] als wichtige Bereiche im *BauGB* u.a. betreffen: Die Stärkung der Innenentwicklung; eine weitere Verbesserung bei der Steuerung von städtebaulichen Maßnahmen und unerwünschten städtebaulichen Entwicklungen (z.B. Spielhallen), aber auch eine Stärkung der Planung für integrierte Einzelhandelskonzepte; die Anpassung der Zulässigkeitsvorschriften nach §§ 34 und 35 BauGB an neue Fragestellungen; der Umgang mit sog. „Schrottimmobilien".

Weiterhin wurde eine Novellierung der *BauNVO* angekündigt: Anlagen zur Kinderbetreuung in reinen Wohngebieten[35], Flexibilisierung von Maßvorschriften und Begriff des Vollgeschosses. Sollte diese Novelle zeitnah verabschiedet werden, dann würde gesetzgeberisch mit zwei nicht gerade „kleinen" Novellen des BauGB in einem Jahr das Jahr 1990 fast „eingeholt" werden: Dort traten mit der BauZVO in der damaligen DDR sowie dem BauGB-Maßnahmengesetz und dem Einigungsvertrag in relativ kurzem Abstand sogar drei Städtebaurechts-Novellen in Kraft. Ob der städtebaulichen Praxis – Gemeinden, Planerinnen und Planer, Anwaltschaft und Gerichte – dann bis zur nächsten im Jahre 2013 beginnenden Legislaturperiode Zeit bleibt, die Neuregelungen aufzunehmen und zu nutzen, wird die Zukunft erweisen.

32 Die Begründung des Gesetzentwurfs (a.a.O.) benennt hierbei auch Funktionsverluste wegen eines energetischen Modernisierungsstaus in einem Quartier.

33 So auch Deutscher Städtetag, Deutscher Städte- und Gemeindebund, Stellungnahme zum Gesetzentwurf v. 24.05.2011.

34 Zum Überblick über die Vorbereitung der Gesetzgebung bei Bunzel, DVBl. 2010, 1551; Stüer/Stüer, DVBl. 2010, 1540.

35 In § 22 Abs. 1a BImSchG ist inzwischen bereits geregelt: „Geräuscheinwirkungen, die von Kindertageseinrichtungen, Kinderspielplätzen und ähnlichen Einrichtungen wie beispielsweise Ballspielplätzen durch Kinder hervorgerufen werden, sind im Regelfall keine schädliche Umwelteinwirkung. Bei der Beurteilung der Geräuscheinwirkungen dürfen Immissionsgrenz- und -richtwerte nicht herangezogen werden"; Zehntes Gesetz zur Änderung des BImSchG – Privilegierung des von Kindertageseinrichtungen und Kinderspielplätzen ausgehenden Kinderlärms, Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP vom 04.03.2011 BT-Drucks. 17/4836, BR-Drucks. 128/11; Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 04.05.2011 Drucks. 17/5709, Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit v. 25.05.2011 BT-Drucks. 17/5957.