

Schriftleitung:

Prof. Dr. Hans-Werner Rengeling, Osnabrück (Hauptschriftleitung; Aufsatz- und Rezensionsteil) · Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. Bernhard Stüer, Münster/Osnabrück (Aufsätze und Berichte) · Prof. Dr. Dr. Wolfgang Durner, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Herausgeber:

Prof. Dr. Thomas von Danwitz, Köln/Luxemburg · Prof. Dr. Dr. Wolfgang Durner, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn · Marion Eckertz-Höfer, Präsidentin des Bundesverwaltungsgerichts, Leipzig · Prof. Dr. Hans-Günter Henneke, Hauptgeschäftsführer des Deutschen Landkreistages, Berlin · Prof. Dr. Wolfgang Kahl, Heidelberg · Prof. Dr. Christoph Moench, Rechtsanwalt, Berlin · Prof. Dr. Hans-Werner Rengeling, Osnabrück · Prof. Dr. Bernhard Stüer, Rechtsanwalt und Notar, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Münster/Osnabrück

Aufsätze

Die BauGB-Klimanovelle und das Energiefach- und -finanzierungsrecht 2011

von Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. Bernhard Stüer und Rechtsanwältin Dr. Eva-Maria Stüer, Münster/Osnabrück

Das Gesetz zur Förderung des Klimaschutzes bei der Entwicklung in den Städten und Gemeinden hat die Energiewende in das Städtebaurecht umgesetzt. Durch diese BauGB-Klimanovelle verfügen die planenden Städte und Gemeinden über städtebauliche Instrumente, die in der Tendenz dem Klimawandel entgegenwirken und einer Anpassung an den Klimawandel dienen. Dem Städtebaurecht kommt dabei die Aufgabe zu, die Umsetzung des Energiefach- und -finanzierungsrechts in den Städtebau sicherzustellen und zugleich Anreize für eine Förderung des Klimaschutzes und die Anpassung an den Klimawandel zu schaffen.

Die BauGB-Novelle 2007 liegt mehr als vier Jahre zurück.¹ Da war es in der zeitlichen Abfolge der bisherigen Novellen des Städtebaurechts geradezu folgerichtig, dass der Gesetzgeber das öffentliche Baurecht erneut hat durch die Hand gehen lassen.² Die durch die Berliner Gespräche zum Städtebaurecht 2010 vorbereiteten Reformvorstellungen³ erhielten al-

erdings mit der Atomkatastrophe vom 11.03.2011 im japanischen Fukushima eine neue Dimension.⁴

I. Die Gesetze zur Energiewende

Auf der Grundlage des EEG-Erfahrungsberichts⁵ wurde die Energiewende durch ein umfangreiches Gesetzgebungspaket umgesetzt: Das Dreizehnte Gesetz zur Änderung des AtomG⁶, das Gesetz zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien (EEG)⁷, das Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften (EnWGÄndG)⁸, das Gesetz über Maßnahmen zur Beschleunigung des Netzausbaus der Elektrizitätsnetze

1 Krautzberger/Stüer, DVBl 2007, 160.

2 V. 22.07.2011 (BGBl. I 1509); Gesetzentwurf (BauGB-Klimanovelle 2011) v. 06.06.2011, BT-Drucks. 17/6076; Erste Lesung im BT am 09.06.2011, BT-Plenarprotokoll 17/114, 12958 B – 12993 A; Bundesrat, Empfehlungen der Ausschüsse v. 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 v. 29.06.2011, BT-Drucks. 17/6357; Zweite und dritte Lesung, des Gesetzentwurfs v. 30.06.2011, Plenarprotokoll 17/117, 13367 (B); Gesetzesbeschluss des Deutschen Bundestages v. 01.07.2011, BR-Drucks. 396/11; Antrag des Landes NRW v. 06.07.2011, BR-Drucks. 396/1/11; Beschluss des Bundesrates v. 08.07.2011, BR-Drucks. 396/11(B). Zum literarischen Echo Battis/Krautzberger/Mitschang/Reidt/Stüer, NVwZ 2011, 897; Krautzberger/Stüer, BauR 2011, Heft 9.

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 Gesetzgebungsvorschlägen Stüer/Stüer, DVBl 2010, 1540. Zum Klimaschutz Battis/Kersten/Mitschang, Stadtentwicklung – Rechtsfragen der ökologischen Stadterneuerung, 2010, www.bbsr.bund.de; Ingold/Schwarz, NuR 2010, 153; Mitschang (Hrsg.), Klimaschutz und Energieeinsparung in der Stadt- und Regionalplanung, 2009.

4 Zu den Auswirkungen auf das Fachplanungsrecht angesichts der Herausforderungen von Stuttgart 21 Stüer/Buchsteiner, UPR 2011, Heft 9.

5 Vgl. auch die Eckpunkte Energieeffizienz. Zu Zielen, Instrumenten und Strukturen des Klimaschutzes Koch, NVwZ 2011, 641. Zu den vergaberechtlichen Auswirkungen Entwurf einer Vierten Verordnung zur Änderung der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge v. 06.06.2011, BR-Drucks. 345/11.

6 V. 31.07.2011 (BGBl. 2011, 1704); Gesetzentwurf v. 06.06.2011, BT-Drucks. 17/6070; Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit v. 29.06.2011, BT-Drucks. 17/6361; Bericht des Haushaltsausschusses v. 29.06.2011, BT-Drucks. 17/6362; Gesetzesbeschluss des Deutschen Bundestages v. 01.07.2011, BR-Drucks. 391/11; Beschluss des Bundesrates v. 08.07.2011, BR-Drucks. 391/11 (B).

7 V. 28.07.2011 (BGBl. I. 1634); Gesetzentwurf v. 06.06.2011, BT-Drucks. 17/6071; Stellungnahme des Bundesrates v. 17.06.2011 und Gegenäußerung der Bundesregierung v. 22.06.2011, BT-Drucks. 17/6361; Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit v. 29.06.2011, BT-Drucks. 17/6363; Gesetzesbeschluss des Bundestages v. 01.07.2011, BR-Drucks. 392/11; Empfehlungen der Ausschüsse v. 01.07.2011, BR-Drucks. 392/1/11; Antrag des Landes Rheinland-Pfalz v. 05.07.2011, BR-Drucks. 392/2/11 sowie des Landes NRW v. 07.07.2011, BR-Drucks. 392/4/11 und 08.07.2011, BR-Drucks. 392/5/11; Beschluss des Bundesrates v. 08.07.2011, BR-Drucks. 392/11 (B).

8 V. 26.07.2011 (BGBl. I 1554); Gesetzentwurf (EnWGÄndG) v. 06.06.2011 BT-Drucks. 17/6072; Stellungnahme des Bundesrates v. 17.06.2011 und Gegenäußerung der Bundesregierung v. 22.06.2011, BT-Drucks. 17/6248; Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie v. 29.06.2011, BT-Drucks. 17/6365; Gesetzesbeschluss des Bundestages v. 01.07.2011, BR-Drucks. 395/11; Empfehlungen der Ausschüsse v. 01.07.2011, BR-Drucks. 395/2/11; Anträge des Landes Brandenburg v. 07.07.2011; BR-Drucks. 395/3/11 und BR-Drucks. 395/4/11; Beschluss des Bundesrates v. 08.07.2011, BR-Drucks. 395/11 (B).

(NABEG)⁹, das Gesetzes zur Änderung des Gesetzes zur Errichtung eines Sondervermögens »Energie- und Klimafonds« (EKFG-ÄndG)¹⁰ und das Erste Gesetz zur Änderung schiffrechtsrechtlicher Vorschriften¹¹ wurden auf der Grundlage der Kabinettsbeschlüsse der Bundesregierung vom 06.06.2011 auf den parlamentarischen Weg gebracht und vom Bundestag am 30.06.2011 verabschiedet. Der Bundesrat stellte in seiner Sitzung vom 08.07.2011 zu diesen Gesetzen keinen Antrag nach Art. 77 Abs. 2 GG, sodass diese Teile des umfangreichen Gesetzespakets geradezu in einer Beratungsrekordzeit von gut vier Wochen zustande kamen (Art. 78 GG).

Zum Gesetz zur steuerlichen Förderung von energetischen Sanierungsmaßnahmen an Wohngebäuden¹² hat der Bundesrat allerdings seine nach Art. 105 Abs. 3 GG erforderliche Zustimmung verweigert, sodass dieses Gesetz im ersten Durchgang gescheitert ist. Bundesregierung und Bundestag können nun den Vermittlungsausschuss anrufen. Für das Scheitern war vor allem die Forderung an den Bund maßgebend, den Ländern und Gemeinden die durch das Gesetz entstehenden Mindereinnahmen voll zu erstatten, die steuerliche Förderung von energetischen Sanierungsmaßnahmen durch selbst genutzte Wohneigentümer unabhängig von der Steuerprogression auszugestalten und durch eine Änderung des § 559a Abs. 1 BGB bei Mieterhöhungen die Steuerentlastung der Vermieter pauschal mit einem Abschlag von 30 % des Aufwandes zu berücksichtigen.

Im Städtebaurecht wurde die ursprünglich auf eine moderate Revision des gesamten Städtebaurechts angelegte Reform, die neben dem BauGB auch die BauNVO umfassen sollte, aus dem aktuellen Anlass der Energiewende auf eine BauGB-Klimanovelle zugeschnitten. Geschadet hat das allerdings offenbar nicht – vor allem, weil der noch ausstehende zweite Teil der Gesamtnovelle bereits in den Startlöchern steht.

II. Das Energiefach- und -finanzierungsrecht 2011

Die als Teil der Energiewende beschlossene BauGB-Klimanovelle sollte vor allem die Vorgaben des Energiefachrechts in das Städtebaurecht umsetzen.¹³ Nach dem Energiekonzept soll der Anteil der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien kontinuierlich erhöht werden und bis 2020 auf mindestens 35 %, bis 2030 auf mindestens 50 %, bis 2040 auf mindestens 65 % und bis 2050 auf mindestens 80 % steigen.¹⁴ Durch die im Rahmen der Energiewende ebenfalls beschlossene Änderung des EEG ist die Marktintegration der erneuerbaren Energien als neue Säule in das EEG aufgenommen worden. Durch eine Marktprämie soll ein Anreiz dazu geschaffen werden, dass verstärkt Strom aus erneuerbaren Energien direkt auf dem Energiemarkt vermarktet wird. Bei Biogasanlagen mit einer Leistung von mehr als 500 KW ist die Marktprämie ab 2014 verpflichtend eingeführt worden. Die Vergütungsregelungen beziehen sich auf Wasserkraft (§ 23 EEG), Deponiegas (§ 24 EEG), Klärgas (§ 25 EEG), Grubengas (§ 26 EEG), Biomasse (§ 27 EEG), Vergärung von Bioabfällen (§ 27a EEG), Gülle (§ 27b EEG) und gasförmige Energieträger (§ 27c EEG), Geothermie (§ 28 EEG), Windenergie (§ 29 EEG) und Repowering (§ 30 EEG) sowie Offshoreanlagen (§ 31 EEG) und solare Strahlungsenergie (§ 32 EEG) auch an oder auf Gebäuden (§ 33 EEG).

Die Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien wird vom EEG durch die Festlegung einer nach Technologien und

Standort gestaffelten Vergütung für die Anlagenbetreiber und entsprechende Verpflichtungen der Netzbetreiber gefördert (§§ 8, 21 EEG). Der für neu installierte Anlagen festgesetzte Vergütungssatz unterliegt einer jährlichen Degression. Das gesetzliche Schuldverhältnis kommt dabei unmittelbar zwischen dem Anlagenbetreiber und dem nächstgelegenen öffentlichen Netzbetreiber zustande. Einer vertraglichen Vereinbarung bedarf es nicht. Die durch die Stromeinspeisung verursachten Mehrkosten werden über die Übertragungsnetzbetreiber bundesweit ausgeglichen (§ 36 EEG) und letztlich von den Stromkunden getragen.

Das System hat bereits Tradition. Auf das Stromeinspeisungsgesetz 1990 folgte im Jahre 2000 das Erneuerbare Energien-Gesetz, das durch das EEG 2004 und das EEG 2009 grundlegend novelliert wurde. Durch das EEG 2010 wurde die Vergütung an die Kostenentwicklung der Stromerzeugung aus Photovoltaikanlagen angepasst. Das Europarechtsanpassungsgesetz Erneuerbare Energien (EAG-EEG 2011) setzte die europäische Richtlinie 2009/28/EG in nationales Recht um.¹⁵ Dieses Gesetz ist im Zusammenhang mit der Energiewende nochmals geändert worden.

Das Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz (EEWärmeG) will im Interesse des Klimaschutzes, der Schonung fossiler Ressourcen und der Minderung der Abhängigkeit von Energieimporten eine nachhaltige Entwicklung der Energieversorgung ermöglichen und die Weiterentwicklung von Technologien zur Erzeugung von Wärme und Kälte aus Erneuerbaren Energien fördern (§ 1 Abs. 1 EEWärmeG). Öffentliche Ge-

9 V. 28.07.2011 (BGBl. I 1690); Gesetzentwurf (NABEG) v. 06.06.2011, BT-Drucks. 17/6073; Stellungnahme des Bundesrates v. 17.06.2011 und Gegenäußerung der Bundesregierung v. 22.06.2011, BT-Drucks. 17/6249; Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie v. 29.06.2011, BT-Drucks. 17/6366; Bericht des Haushaltsausschusses v. 29.06.2011, BT-Drucks. 17/6367; Gesetzesbeschluss des Bundestages v. 01.07.2011, BR-Drucks. 394/11; Empfehlungen der BR-Ausschlüsse v. 01.07.2011, BR-Drucks. 394/1/11; Antrag des Landes Brandenburg v. 07.07.2011, BR-Drucks. 394/2/11; Beschluss des Bundesrates v. 08.07.2011, BR-Drucks. 394/11 (B). Zur Bewertung der Verfassungsmäßigkeit und des Beschleunigungspotentials des Gesetzentwurfs Durner, DVBl 2011, 853.

10 V. 29.07.2011 (BGBl. I 1702); Gesetzentwurf (EKFG-ÄndG) v. 06.06.2011, BT-Drucks. 17/6075; Stellungnahme des Bundesrates v. 17.06.2011 und Gegenäußerung der Bundesregierung v. 22.06.2011, BT-Drucks. 17/6252 (neu); Beschlussempfehlung und Bericht des Haushaltsausschusses v. 29.06.2011, BT-Drucks. 17/6356; Gesetzesbeschluss des Deutschen Bundestages v. 01.07.2011, BR-Drucks. 389/11; Beschluss des Bundesrates v. 08.07.2011, BR-Drucks. 389/11 (B).

11 V. 22.07.2011 (BGBl. I 1512); Gesetzentwurf v. 06.06.2011, BT-Drucks. 17/6077 und v. 22.06.2011, BT-Drucks. 17/6254; Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung v. 29.06.2011, BT-Drucks. 17/6364; Gesetzesbeschluss des Deutschen Bundestages v. 01.07.2011, BR-Drucks. 393/11; Beschluss des Bundesrates v. 08.07.2011, BR-Drucks. 393/11 (B).

12 Gesetzentwurf v. 06.06.2011, BT-Drucks. 17/6074; Stellungnahme des Bundesrates v. 17.06.2011 und Gegenäußerung der Bundesregierung v. 22.06.2011, BT-Drucks. 17/6251; Beschlussempfehlung des Finanzausschusses v. 29.06.2011, BT-Drucks. 17/6358; Bericht des Haushaltsausschusses v. 29.6.2011, BT-Drucks. 17/6360; Gesetzesbeschluss des Deutschen Bundestages v. 01.07.2011, BR-Drucks. 390/11; Empfehlungen der BR-Ausschlüsse v. 04.07.2011, BR-Drucks. 390/1/11; Beschluss des Bundesrates v. 08.07.2011, BR-Drucks. 390/11 (B).

13 Battis/Kersten/Mitschang, Rechtsfragen der ökologischen Stadterneuerung, 2010.

14 Bundesregierung, Energiekonzept v. 28.09.2010. Zu den Zielen, Instrumenten und Strukturen des Energierechts Koch, NVwZ 2011, 641.

15 Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien v. 06.06.2011, BT-Drucks. 17/6071, S. 91; Koch, NVwZ 2011, 641.

bäude sollen dabei eine Vorbildfunktion wahrnehmen (§ 1a EEWärmeG).

Eigentümer von Neubauten mit einer Nutzfläche von mehr als 50 m² sind verpflichtet, den Wärme- (oder Kälte)-Energiebedarf in nach verwandter Energieart unterschiedlichem Umfang aus erneuerbaren Energien zu decken (Nutzungspflicht nach § 3 Abs. 1 EEWärmeG). Ausgenommen sind bestimmte Gebäude wie Ställe, fliegende Bauten, offene Hallen aber auch Kirchen sowie Gebäude als Teil einer Anlage, die nach dem Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz emissionshandlungspflichtig sind. Als erneuerbare Energien im Sinne des Gesetzes gelten die Geothermie, Umweltwärme, solare Strahlungsenergie und Biomasse (§ 2 Abs. 1 EEWärmeG).

Die öffentliche Hand muss auch bei einer grundlegenden Renovierung bereits errichteter, in ihrem Eigentum oder Besitz befindlicher öffentlicher Gebäude den Energiebedarf durch die anteilige Nutzung von erneuerbaren Energien nach Maßgabe der §§ 5a und 6 Abs. 2 EEWärmeG decken. Die Länder können weiter gehende Regelungen erlassen (§ 3 EEWärmeG).

Der Anteil der erneuerbaren Energien am Gesamtverbrauch muss mindestens betragen: Bei solarer Strahlungsenergie 15 %¹⁶, bei Biomasse 50 %, bei der Verwendung von flüssiger oder fester Biomasse¹⁷ 30 % und bei der Verwendung von Biogas sowie bei Geothermie und Umweltwärme 50 %.¹⁸

Die Nutzungspflichten können auch durch Ersatzmaßnahmen wie die Ausnutzung von technischer Abwärme, durch Kraft-Wärme-Kopplung, durch Steigerung der Energieeffizienz von Gebäuden, wie z.B. durch Dämmmaßnahmen, um mehr als 15 % als nach den jeweils gültigen Anforderungen der EnEV sowie durch unmittelbaren Anschluss an Wärmenetze, die selber Wärme mindestens zur Hälfte aus Kraft-Wärme-Kopplungs-Anlagen beziehen, erfüllt werden (§ 7 EEWärmeG). Die Maßnahmen einschließlich der Ersatzmaßnahmen können auch kombiniert oder durch den Zusammenschluss mehrerer Nutzungspflichtiger erreicht werden (§ 6 EEWärmeG). Zugleich bestehen entsprechende Nachweispflichten (§ 10 EEWärmeG).

III. Bauleitplanung

Die BauGB-Klimanovelle, die mit einer parlamentarischen Befassung von nur einem Monat seit Menschengedenken jeden zeitlichen Rekord von Novellen des Städtebaurechts gebrochen hat, greift diese energiefach- und -finanzierungsrechtlichen Regelungen auf und leistet einen durchaus vorzeigbaren Beitrag dazu, die städtebaulichen Voraussetzungen für die Umsetzung des Energiekonzepts zu schaffen. Und das alles ist für Bund, Länder und Gemeinden ausweislich der Gesetzesbegründung¹⁹ vom Grundsatz her auch noch kostenneutral. Einen wichtigen Baustein nimmt dabei die Bauleitplanung ein. Hier wurden die Abwägungsgrundsätze sowie die Darstellungs- und Festsetzungsmöglichkeiten im Flächennutzungs- und Bebauungsplan angereichert. Die PlanzV wurde um zwei klimaorientierte Planzeichen ergänzt.

1. Abwägungsgrundsätze

Klimaschutz und Anpassung an den Klimawandel sind in Anknüpfung an den Nachhaltigkeitsgrundsatz in § 1 Abs. 5 BauGB sozusagen als Programmsatz in das städtebauliche Leitbild integriert. Die Bauleitpläne sollen danach dazu bei-

tragen, eine menschenwürdige Umwelt zu sichern, die natürlichen Lebensgrundlagen zu schützen und zu entwickeln sowie den Klimaschutz und die Klimaanpassung, insbesondere auch in der Stadtentwicklung, zu fördern, sowie die städtebauliche Gestalt und das Orts- und Landschaftsbild baukulturell zu erhalten und zu entwickeln. Den Erfordernissen des Klimaschutzes soll sowohl durch Maßnahmen, die dem Klimawandel entgegenwirken, als auch durch solche, die der Anpassung an den Klimawandel dienen, Rechnung getragen werden. Der Grundsatz ist in der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB zu berücksichtigen (§ 1a Abs. 5 BauGB).

Belange des Klimaschutzes sind daher bei der Aufstellung von Bauleitplänen verstärkt in die Abwägung einzustellen. Maßnahmen, die dem Klimawandel entgegenwirken, sind insbesondere die planungsrechtliche Absicherung und Unterstützung des Einsatzes erneuerbarer Energien sowie übergreifende Maßnahmen wie z.B. die Umsetzung eines Konzepts der »Stadt der kurzen Wege«. Hierdurch soll das Verkehrsaufkommen und damit der dadurch verursachte CO₂-Ausstoß gering gehalten werden. Als Maßnahmen zur Anpassung an den Klimawandel kommen z.B. Kaltluftschneisen in Betracht, die als von der Bebauung freizuhalten Flächen (§ 9 Absatz 1 Nr. 10) festgesetzt werden.²⁰ Ein von der Gemeinde beschlossenes Klimaschutz- oder Energiekonzept ist zwar nicht ausdrücklich in § 1 Abs. 6 Nr. 11 BauGB aufgenommen worden, wie es der Bundesrat angeregt hatte.²¹ Als Abwägungselemente könnten derartige Konzepte jedoch etwa für die Energieversorgung und die Verteilung von Nahwärme auch ohne ausdrückliche Benennung von Bedeutung sein.²²

2. Flächennutzungsplan

Die Vorschriften zum Flächennutzungsplan sind um Regelungen zu klimaorientierten Darstellungsmöglichkeiten erweitert worden. Einem Anliegen der Praxis folgend, ist der räumliche Teilflächennutzungsplan neben den sachlichen Teilflächennutzungsplan getreten und erweitert damit die Spielräume der planenden Städte und Gemeinden. Die Praxis hat dies mit Dank quittiert.

a) Darstellungen

Die Darstellungsmöglichkeiten sind in § 5 Abs. 2 Nr. 2 BauGB²³ durch eine entsprechend erweiterte Untergliederung (b, c) ergänzt worden. Es sind dies neben dem schon bisher nunmehr unter (a) aufgeführten Tatbestand (b) Anlagen, Einrichtungen und sonstige 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 (c) Anlagen, Einrichtungen und sonstige Maßnahmen, die der Anpassung an den Klimawandel dienen. Zugleich können hierdurch informelle städtebauliche Klimaschutz- und Energiekonzepte (§ 1

16 Aus Vereinfachungsgründen muss bei Ein- und Zweifamilienhäusern die Fläche der montierten Solarkollektoren mindestens 4 % der beheizten Nutzfläche, bei Mehrfamilienhäusern entsprechend 3 % betragen.

17 Bioöl einerseits oder Holzpellets, Scheitholz andererseits.

18 Z.B. Wärmepumpen.

19 Gesetzentwurf zur BauGB-Klimanovelle (Fnte. 2), S. 6.

20 Gesetzentwurf zur BauGB-Klimanovelle (Fnte. 2), S. 8.

21 Stellungnahme des Bundesrates v. 17.06.2011, BT-Drucks. 17/6253, S. 6.

22 Zur Bedeutung von Klimaschutz und Energiekonzepten Mitschang, ZfBR 2010, 534.

23 DIfU-Praxisleitfaden, Klimaschutz in Kommunen 2011.

Abs. 6 Nr. 11 BauGB) zum Gegenstand der Flächennutzungsplanung werden.²⁴ Zu den Maßnahmen der Anpassung an den Klimawandel rechnen etwa Kaltluftschneisen oder Vorkehrungen, die eine bessere Durchlüftung bewirken.

Die erweiterten Darstellungsmöglichkeiten sollen den Belangen des Klimaschutzes in der Bauleitplanung ein größeres Gewicht verleihen und auch insoweit die Koordinierungs- und Steuerungsfunktion des Flächennutzungsplans nutzen. Zu einer verbesserten Akzeptanz kann auch die im Planaufstellungsverfahren erforderliche Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung beitragen.²⁵

Die Darstellungsmöglichkeiten entsprechen der grobkörnigen Struktur des Flächennutzungsplans. Verbindliche Festsetzungen zugunsten des Klimaschutzes und zugunsten einer Anpassung an den Klimawandel ergeben sich aus einer Erweiterung des § 9 Abs. 1 Nr. 12 und Nr. 23 BauGB. Eine gesetzliche Regelung der Verzahnung solcher städtebaulichen Konzepte könnte auch etwa für die Steuerung des Einzelhandels durch eine Darstellung der zentralörtlichen Versorgungsgebiete im Flächennutzungsplan sinnvoll sein.²⁶

b) Räumlicher Teilflächennutzungsplan

Neben dem bereits seit dem EAG Bau 2004 ermöglichten sachlichen Teilflächennutzungsplan²⁷ ist durch § 5 Abs. 2b BauGB der räumliche Teilflächennutzungsplan getreten. Danach können Flächennutzungspläne »für die Zwecke des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB« auch für Teile des Gemeindegebiets aufgestellt werden. Die Regelung bezieht sich auf das Darstellungsprivileg, das eine Steuerung von nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB privilegierten Vorhaben ermöglicht. Die gemeindlichen und regionalen Planungsträger können die genannten privilegierten Vorhaben auf bestimmte Standorte konzentrieren und für andere Teile des Plangebietes ausschließen. Das setzt nach der Rechtsprechung des BVerwG allerdings ein in sich geschlossenes Gesamtkonzept für das Plangebiet voraus. Privilegierte Vorhaben konnten nach diesem Darstellungsprivileg nur dann gesteuert werden, wenn das gesamte Plangebiet nach Ausschluss- und Abwägungskriterien lückenlos überprüft worden ist. Fehler in den Ausschluss- oder Abwägungskriterien führen dazu, dass die Ausschlusswirkung sozusagen wie ein Luftballon zerplatzt.²⁸ Zudem muss nach wie vor eine substanzielle Nutzung der privilegierten Vorhaben gewährleistet sein.

§ 5 Abs. 2b BauGB ermöglicht nunmehr, die Darstellungen auf einen Teil des Planungsraums zu beschränken. Dies hat für die kommunalen Planungsträger den Vorteil, dass eine Überprüfung des Gesamttraumes auf der Grundlage von Ausschluss- und Abwägungskriterien nicht erforderlich ist und die Rechtssicherheit der Windenergieplanung gestärkt wird.²⁹ So kann die planende Gemeinde sich etwa darauf beschränken, in aus ihrer Sicht besonders schutzwürdigen Bereichen des Planungsraumes die privilegierten Vorhaben auszuschließen – allerdings mit der Folge, dass diese in den übrigen Teilen des Planungsraumes weiterhin zulässig sind. Aus der Sicht der planenden Gemeinden ist hierdurch eine begrüßenswerte Vereinfachung eingetreten, weil die planerischen Vorstellungen auch dann für einen Teilbereich des Gemeindegebietes verwirklicht werden können, wenn nicht der gesamte Planungsraum lückenlos durch Ausschluss- und Abwägungskriterien planerisch abgeprüft worden ist. Allerdings müssen auch die auf einen räumlichen Teilbereich des Planungsraums

beschränkten Darstellungen sicherstellen, dass eine substanzielle Nutzung der durch den Gesetzgeber nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB privilegierten Vorhaben im Plangebiet gewährleistet ist.³⁰ Dies kann dadurch geschehen, dass im Flächennutzungsplan Vorrang-, Vorbehalts- oder Eignungsflächen für Windenergieanlagen ausgewiesen werden³¹ oder in anderen (nicht in die Planung einbezogenen) Bereichen des Flächennutzungsplans ausreichende Flächen für die privilegierte Nutzung zur Verfügung stehen.

3. Bebauungsplan

Auch die verbindliche Bauleitplanung ist um die Berücksichtigung von Belangen des Klimaschutzes angereichert worden. So sind nach § 9 BauGB aus Gründen des Klimaschutzes zusätzliche Festsetzungen und nachrichtliche Übernahmen möglich.

a) Festsetzungen

§ 9 Abs. 1 Nr. 12 BauGB ermöglicht die Festsetzung von Versorgungsflächen, einschließlich der 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. Die Festsetzung versteht sich auf der Grundlage einer entsprechenden Darstellungsmöglichkeit in § 5 Abs. 2 Nr. 2b BauGB als Angebotsplanung. Sie schließt entgegengesetzte Vorhaben aus (§ 30 Abs. 1 BauGB), enthält aber keine Verpflichtungen der Planbetroffenen, die planerischen Vorgaben auch umzusetzen.

Verpflichtende Regelungen sind demgegenüber nach § 9 Abs. 1 Nr. 23b BauGB möglich. Danach kann festgesetzt werden, dass bei der Errichtung von Gebäuden oder bestimmten sonstigen baulichen Anlagen bestimmte bauliche und sonstige technische Maßnahmen für die Erzeugung, Nutzung oder Speicherung von Strom, Wärme oder Kälte aus erneuerbaren Energien oder Kraft-Wärme-Kopplung getroffen werden müssen. Es werden nicht nur Gebäude, sondern auch bestimmte bauliche Anlagen und auch einzelne bauliche Maßnahmen wie etwa die Installation von Anlagen und Einrichtungen zur Nutzung regenerativer Energien von den Festsetzungsmöglichkeiten erfasst. Die Festsetzungen können zugleich der Umsetzung der Vorgaben des EEG-WärmeG dienen, aber auch unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit und der Verhältnismäßigkeit³² darüber hinausgehen. So können die Festsetzungen etwa darauf gerichtet sein, Lärmschutzwälle oder Lärmschutzwände mit Photovoltaikanlagen zu kombinieren.³³

24 Der Bundesrat hatte allerdings in seiner Stellungnahme eine stärkere Berücksichtigung des Flächenbezugs solcher Darstellungen vorgeschlagen, Stellungnahme des Bundesrates v. 17.06.2011, BT-Drucks. 17/6253, S. 7.

25 Gesetzentwurf zur BauGB-Klimanovelle (Fnte. 2), S. 7.

26 So auch Stüer/Stüer, DVBl 2010, 1540.

27 Krautzberger, UPR 2004, 41.

28 BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15.01 – BVerwGE 117, 287 = DVBl 2003, 797 = NVwZ 2003, 733 – Feigenblatt; Urt. v. 13.03.2003 – 4 C 4.02 – BVerwGE 118, 33 = DVBl 2003, 1064 = NVwZ 2003, 738.

29 Stüer/Stüer, DVBl 2010, 1540.

30 Stüer/Stüer, NuR 2004, 341.

31 Stüer/Vildomec, BauR 1998, 427. Zu Entschädigungspflichten Stüer, ZfBR 2004, 338.

32 Ausschuss für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung, Beschlussempfehlung und Bericht v. 29.06.2011, BT-Drucks. 17/6357, S. 9.

33 Gesetzentwurf zur BauGB-Klimanovelle (Fnte. 2), S. 9.

b) Nachrichtliche Übernahme

§ 9 Abs. 6 BauGB ist dahingehend erweitert worden, dass auch gemeindliche Regelungen zum Anschluss- und Benutzungszwang nachrichtlich in den Bebauungsplan übernommen werden können. Die Vorschrift knüpft an entsprechende Regelungen zum Anschluss- und Benutzungszwang in § 16 EEWärmeG an. Danach können die Gemeinden und Gemeindeverbände von einer Bestimmung nach Landesrecht, die sie zur Begründung eines Anschluss- und Benutzungszwangs an ein Netz der öffentlichen Fernwärme- oder Fernkälteversorgung ermächtigt, auch zum Zwecke des Klima- und Ressourcenschutzes Gebrauch machen. Durch diese nachrichtliche Übernahme sollen die Bürger und sonstigen Planbetroffenen über das bestehende kommunale Satzungsrecht informiert werden.

4. Änderung der PlanzV

In der PlanzV sind »Erneuerbare Energien (EE)« und »Kraft-Wärme-Kopplung (KWW)« als Planzeichen ergänzt worden. Hierdurch können die Darstellungsmöglichkeiten über die infrastrukturelle Ausstattung mit Anlagen und Einrichtungen zur Nutzung von erneuerbaren Energien und Kraft-Wärme-Kopplung (§ 5 Abs. 2 Nr. 2b und 2c BauGB) sowie entsprechende Festsetzungsmöglichkeiten (§ 9 Abs. 1 Nr. 12 BauGB) in die Bauleitplanung zeichnerisch umgesetzt werden.

IV. Städtebauliche Verträge (§ 11 BauGB)

Der Siegeszug der städtebaulichen Verträge ist ungebrochen. Sie können die Bauleitplanung im Rahmen der Angemessenheit der vertraglichen Regelungen ergänzen (§ 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB).³⁴ Der in § 11 Abs. 1 BauGB enthaltene Beispielskatalog ist schon mehrfach ergänzt worden. Und so lag es nahe, ihn auch im Zuge der BauGB-Klimanovelle um den Klimaschutz und die Anpassung an den Klimawandel zu erweitern. Die vertraglichen Regelungen können sich danach entsprechend den mit den städtebaulichen Planungen und Maßnahmen verfolgten Zielen und Zwecken auch auf 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 (§ 11 Abs. 1 Nr. 4 BauGB) sowie auf die Anforderungen an die energetische Qualität von Gebäuden (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 BauGB) beziehen.

Die Neufassung erfasst sämtliche Anlagen und Einrichtungen für die Erzeugung und Nutzung erneuerbarer Energien der Fern- und Nahwärmeversorgung und der Kraft-Wärme-Kopplung. Dabei ist ein Zusammenhang mit dem Städtebaurecht zu wahren, wie er sich etwa auch aus den städtebaulichen Zielen von Sanierungs- oder Entwicklungsmaßnahmen ergeben kann. Zugleich schafft die Neuregelung Rechtsklarheit gegenüber einer hinsichtlich des Klimaschutzes bisher eher zurückhaltenden Rechtsprechung.³⁵

Orientierungsrahmen für entsprechende vertragliche Vereinbarungen sind die Vorschriften des Energiefachrechts. Die vertraglichen Regelungen sind zwar nicht darauf beschränkt, die bestehenden gesetzlichen Verpflichtungen des Energiefachrechts in das Vertragsrecht zu übernehmen. Je mehr sich eine vertragliche Regelung allerdings von den gesetzlichen Vorgaben entfernt, umso eingehender ist der Rechtfertigungs- und Begründungsbedarf.³⁶

V. Planungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben

Die BauGB-Klimanovelle setzt die Vorgaben des Energiefachrechts auch in die Beurteilung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit von Vorhaben um. Im Interesse der Energieeinsparung werden Abweichungen von den planungsrechtlichen Vorgaben des Städtebaurechts ermöglicht (§ 248 BauGB). Für Windenergieanlagen wird das Repowering erleichtert (§ 249 BauGB). Die Anforderungen an die Privilegierung von Biomasseanlagen werden mit dem Immissionschutzrecht harmonisiert (§ 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB). In Konsequenz aus dem Atomausstieg wird die Neuerrichtung von Atomkraftwerken auch im öffentlichen Baurecht nicht mehr privilegiert (§ 35 Abs. 1 Nr. 7 BauGB). Die Nutzung solarer Strahlungsenergie in, an und auf Dach- und Außenwandflächen von zulässigerweise genutzten Gebäuden ist allerdings ohne gemeindliche oder regionale Steuerungsmöglichkeiten nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB als Privilegierungstatbestand in § 35 Abs. 1 Nr. 8 BauGB aufgenommen worden.

1. Nachträgliche Wärmedämmung (§ 248 BauGB)

Das Energiefachrecht enthält für den Neubau von Gebäuden aber auch für bestehende Gebäude bauliche Anforderungen, die in § 9 Abs. 1 Satz 1 Energieeinsparungsverordnung (EnEV) sowie in § 3 Abs. 2 bis 4 des Erneuerbare-Energien-Wärmegesetzes (EEWG) enthalten sind.

Durch die Verordnung über energiesparenden Wärmeschutz und energiesparende Anlagentechnik bei Gebäuden (Energieeinsparverordnung – EnEV)³⁷ soll der Wärmeschutz an Gebäuden und die Heizungs-, Kühl- und Raumlufttechnik sowie die Warmwasserversorgung einen energiesparenden Standard erhalten. Zu errichtende Wohngebäude sind danach so auszuführen, dass der Jahres-Primärenergiebedarf für Heizung, Warmwasserbereitung, Lüftung und Kühlung den Wert des Jahres-Primärenergiebedarfs eines Referenzgebäudes gleicher Geometrie, Gebäudenutzfläche und Ausrichtung mit der in Anlage 1 Tabelle 1 der EnEV angegebenen technischen Referenzausführung nicht überschreitet. Ebenso sind Transmissionswärmeverluste zu begrenzen und die Anforderungen an den sommerlichen Wärmeschutz einzuhalten (§ 3 EnEV). Wärmeübertragende Umfassungsflächen einschließlich der Fugen, Fenster, Fenstertüren und Dachflächenfenster sind bei Wahrung eines Mindestluftwechsels luftundurchlässig auszugestalten (§ 6 EnEV). Bei der Änderung, Erweiterung oder dem Ausbau von Gebäuden sind ebenfalls Mindeststandards eines energiesparenden Wärmeschutzes sicherzustellen (§ 9 EnEV). Heizungstechnische Anlagen sind entsprechend nachzurüsten (§ 10 EnEV).

Darüber hinausgehenden Verpflichtungen unterliegt die öffentliche Hand bei der grundlegenden Renovierung von in ihrem Eigentum oder Besitz befindlichen öffentlichen Gebäuden (§ 3 Abs. 2 bis 4 EEWärmeG).

34 BVerwG, Urt. v. 11.02.1993 – 4 C 18.91 – BVerwGE 92, 56 = DVBl 1993, 654 – Weilheimer Einheimischenmodell; Urt. v. 16.05.2000 – 4 C 4.99 – BVerwGE 111, 162 = DVBl 2000, 1853 – Gerechtigkeitslücke; BGH, Urt. v. 16.04.2010 – V ZR 175/09 – ZfBR 2010, 462.

35 OVG Berlin, Urt. v. 18.12.2007 – 2 A 3.07 – BauR 2008, 1089; Battis/Krautzberger/Mitschang/Reidt/Stüer, NVwZ 2011, 897.

36 Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 4. Aufl. 2009, Rdn. 2092.

37 V. 24.07.2007 (BGBl. I 1519), geändert durch Art. 1 der Verordnung v. 29.04.2009 (BGBl. I 954). Zur Förderung der Energieeffizienz im Gebäudebereich Koch, NVwZ 2011, 641.

Durch die vorgenannten Erfordernisse ist § 248 BauGB veranlasst, der Abweichungen von dem festgesetzten Maß der baulichen Nutzung, der Bauweise und der überbaubaren Grundstücksfläche vor allem im Interesse einer nachträglichen Wärmedämmung gestattet. Die Vorschrift ermöglicht sowohl im beplanten Bereich als auch im nicht beplanten Innenbereich einschließlich der rechtsetzenden Innenbereichs-satzungen (§ 34 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 und 3 BauGB) geringfügige Abweichungen, wenn dies mit nachbarlichen Interessen und baukulturellen Belangen vereinbar ist. Das gilt auch für Anlagen zur Nutzung solarer Strahlungsenergie in, an und auf Dach- und Außenwandflächen. Nachbarliche Interessen beziehen sich über den Bereich der nachbarlichen Abwehrrechte hinaus auf mehr als geringfügige, schutzwürdige und erkennbare (abwägungserhebliche) Belange.³⁸ Darüber hinausgehende lediglich einfache und nicht schutzwürdige Belange werden nicht erfasst. Hierdurch wird ein Gleichstand mit der Befreiungsregelung in § 31 Abs. 2 BauGB und dem dort angelegten praktischen Kompromiss durch nachbarlichen Interessenausgleich³⁹ erreicht.

Die Abweichungsmöglichkeiten sind nicht auf zwingende Vorgaben des Energiefachrechts beschränkt. Auch darüber hinausgehende freiwillige Maßnahmen zum Zwecke der Energieeinsparung an bestehenden Gebäuden sind danach planungsrechtlich zulässig.⁴⁰ Zugleich sind neben den im EEG behandelten Solarthermieanlagen auch Photovoltaikanlagen umfasst.⁴¹

Dem entsprechen in der Tendenz die Landesbauordnungen. Nach dem Entwurf der Musterbauordnung bleiben Maßnahmen zum Zwecke der Energieeinsparung und Solaranlagen bei der Bemessung der Abstandsflächen außer Betracht, wenn sie eine Stärke von nicht mehr als 25 cm aufweisen und mindestens 2,50 m von der Nachbargrenze zurückbleiben.⁴²

Ein gemeindliches Einvernehmen nach § 36 BauGB ist in diesen Fällen nicht vorgesehen, was aus der Sicht der in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG gesicherten kommunalen Selbstverwaltungsrechte allerdings nicht ganz unproblematisch ist.⁴³ Eine Beteiligung der Gemeinden und eine Berücksichtigung kommunaler Selbstverwaltungsbelange sind daher anzuraten.⁴⁴

2. Windenergie (§ 249 BauGB)

§ 249 BauGB erleichtert das Repowering von Windenergieanlagen. Zugleich wird zugunsten des Repowering von Windenergieanlagen das Baurecht auf Zeit im Flächennutzungsplan und im Bebauungsplan ermöglicht. Durch das Repowering werden ältere, oft vereinzelt stehende Windenergieanlagen durch moderne, leistungsfähigere Anlagen, vorzugsweise in Windparks, ersetzt, wodurch vielfach auch ein Beitrag zum »Aufräumen der Landschaft« geleistet werden kann.⁴⁵

a) Energiewirtschaftsrecht

Die planungsrechtlichen Regelungen verstehen sich vor dem Hintergrund des Energiewirtschaftsrechts. Das EEG führt für Windkraftanlagen vom Grundsatz her die bisherige Vergütungsstruktur fort. Die Degression wird auf 1,5 % erhöht (§ 20 EEG). In den ersten fünf Jahren ist die Anfangsvergütung höher (§ 29 Abs. 2 EEG). Für Kleinanlagen gilt eine günstigere Regelung (§ 29 Abs. 3 EEG). Die vormalige Regelung, wonach nur für Anlagen mit einem Referenzertrag von mindestens 60 % eine Vergütung gewährt werden konnte (§ 20 Abs. 3 und 4 EEG 2009), wurde gestrichen.

Durch klarstellende Regelungen in § 30 EEG werden bei dem endgültigen Ersatz von Altanlagen durch neue Repowering-Anlagen im selben Landkreis oder in einem an diesen angrenzenden Landkreis eine um 0,5 Cent pro Kilowattstunde höhere Anfangsvergütung gewährt. Dieser Repowering-Bonus gilt für innerhalb von 17 Jahren ersetzte Anlagen, die vor 2002 in Betrieb genommen worden sind. Ältere Anlagen bedürfen nach Auffassung des Gesetzgebers keiner Förderung. In der Vergütung gleichgestellt wird der Abbau von Altanlagen, die außerhalb der Vorrang-, Vorbehalts- oder Eignungsgebiete einer Windkonzentrationsplanung liegen. Die installierte Leistung der Repowering-Anlage muss mindestens das Zweifache und darf höchstens das Fünffache der ersetzten Anlagen betragen. Die Anzahl der Repowering-Anlagen darf die Anzahl der ersetzten Anlagen nicht übersteigen (§ 30 Abs. 1 EEG).

Eine Anlage wird nach dem Energiefachrecht ersetzt, wenn sie höchstens ein Jahr vor und spätestens ein halbes Jahr nach der Inbetriebnahme der Repowering-Anlage vollständig abgebaut und vor Inbetriebnahme der Repowering-Anlage außer Betrieb genommen wurde. Der Vergütungsanspruch für die ersetzten Anlagen entfällt endgültig (§ 30 Abs. 2 EEG).

Auch die Vergütungsregelungen für Offshore-Windenergieanlagen sind neu gefasst worden (§ 31 EEG). Der Bonus für Windenergieanlagen auf See, die vor 2016 in Betrieb gehen, wird in die Anfangsvergütung integriert (§ 31 Abs. 2 EEG). Bei einer größeren Entfernung der Anlage von der Küstenlinie als 12 Seemeilen oder einer über 20 m hinausgehenden Wassertiefe ist die Anfangsvergütung zeitlich gestreckt. Eine nicht rechtzeitige Fertigstellung oder Betriebsunterbrechungen können ebenfalls zu einer zeitlich längeren Anfangsvergütung führen. Die Vergütung ist allerdings von der Wahrung des europäischen und nationalen Naturschutzrechts abhängig (§ 35 Abs. 5 EEG).

b) Vermutungsregelung

§ 249 Abs. 1 BauGB will die Planung des Repowering durch eine Vermutungsregelung erleichtern. Werden in einem Flächennutzungsplan zusätzliche Flächen für die Nutzung von Windenergie dargestellt, folgt daraus nicht, dass die vorhandenen Darstellungen des Flächennutzungsplans zur Erzielung der Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht ausreichend sind. Das gilt auch bei der Änderung oder Aufhebung von Darstellungen zum Maß der baulichen Nutzung. Die vorgenannten Regelungen gelten für Bebauungspläne, die aus den Darstellungen des Flächennutzungsplans entwickelt werden, entsprechend (§ 249 Abs. 1 BauGB). Man hätte sich vielleicht eine noch etwas elegantere Formulierung zur

38 BVerwG, B. v. 09.11.1979 – 4 N 1.78 – BVerwGE 59, 87 = DVBl 1980, 233.

39 Hierzu Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 4. Aufl. 2009, Rdn. 469, 2485.

40 Ausschuss für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung, Beschlussempfehlung und Bericht v. 29.06.2011, BT-Drucks. 17/6357, S. 10.

41 Stellungnahme des Bundesrates v. 17.06.2011, BT-Drucks. 17/6253, S. 12.

42 Gesetzentwurf zur BauGB-Klimanovelle (Fnte. 2), S. 12, m. Hinweis auf OVG Münster, B. v. 24.05.1996 – 11 B 970/96 – BauR 1997, 82; VGH Mannheim, Urt. v. 01.02.1999 – 5 S 2507/96 – BauR 2000, 1094.

43 BVerwG, Urt. v. 11.02.1993 – 4 C 25.91 – BVerwGE 92, 66. = DVBl 1993, 657.

44 Zu den Rechten der Gemeinde im interkommunalen Bereich und gegenüber der privilegierten Fachplanung BVerwG, Urt. v. 04.05.1988 – 4 C 22.87 – BVerwGE 79, 318 = DVBl 1988, 960.

45 Gesetzentwurf zur BauGB-Klimanovelle (Fnte. 2), S. 6.

Beschreibung der Gesetzgebungsziele vorstellen können, wurde im Gesetzgebungsverfahren verschiedentlich angemerkt.⁴⁶

Nach der Rechtsprechung des BVerwG kann die planende Gemeinde die privilegierten Windkraftanlagen nur dann unter Anwendung des Darstellungsprivilegs auf bestimmte Standorte bündeln und für den übrigen Planungsraum ausschließen, wenn dies auf der Grundlage eines überzeugenden Konzepts von Ausschluss- und Abwägungskriterien erfolgt. Ist das Planungskonzept nicht in sich schlüssig und für den gesamten Planungsraum lückenlos, fällt die Planung mit ihrer Ausschlusswirkung in sich zusammen.⁴⁷ Die Vermutungsregelung in § 249 BauGB will hier für das Repowering Abhilfe schaffen. Werden die Flächenausweisungen vergrößert, kann eine Flächenverschiebung bei der Ausweisung privilegierter Vorhaben nicht als Indiz für Fehler im Verfahren des Auswahlkonzepts für Windkraftanlagen herangezogen werden.⁴⁸

c) Baurecht auf Zeit

§ 249 Abs. 2 BauGB stellt für das Repowering von Windkraftanlagen das Baurecht auf Zeit zur Verfügung. Nach § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BauGB kann danach auch festgesetzt werden, dass die im Bebauungsplan festgesetzten Windenergieanlagen nur zulässig sind, wenn nach der Errichtung der im Bebauungsplan festgesetzten Windenergieanlagen andere im Bebauungsplan bezeichnete Windenergieanlagen innerhalb einer im Bebauungsplan zu bestimmenden angemessenen Frist zurückgebaut werden und dies entsprechend sichergestellt ist. Die Standorte der zurückzubauenden Windenergieanlagen können auch außerhalb des Bebauungsplangebiets und auch außerhalb des Gemeindegebiets liegen. Darstellungen im Flächennutzungsplan mit den Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB können mit Bestimmungen entsprechend den Sätzen 1 und 2 mit Wirkung für die Zulässigkeit der Windenergieanlagen nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB verbunden sein. Die in der Bauleitplanung einzuräumenden Fristen werden sich in aller Regel an den Vorgaben des § 30 EEG orientieren.

3. Wasserkraft (§ 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB)

Nach wie vor privilegiert sind Anlagen zur Erforschung und Entwicklung der Wasserenergie (§ 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB). Geändert sind allerdings die Finanzierungsregelungen. § 23 EEG hat die Vergütung von Strom aus Wasserkraft auf der Grundlage entsprechender Empfehlungen der wissenschaftlichen Berichte neugefasst. Die Vergütung nimmt dabei mit wachsender Kapazität der Anlage ab, weil die Stromgestehungskosten bei steigender installierter Leistung geringer werden.⁴⁹ Auch für bestehende Anlagen können im Falle der Nachrüstung etwa mit leistungsfähigeren Generatoren, Getrieben, Turbinen oder Laufrädern höhere Vergütung gewährt werden (§ 23 Abs. 2 EEG).

Die Vergütung setzt die Erfüllung ökologischer Kriterien voraus, wie sie in den Anforderungen an die Mindestwasserführung (§ 33 WHG), die Durchgängigkeit (§ 34 WHG) und die Wasserkraftnutzung (§ 35 WHG) festgelegt sind (§ 23 Abs. 4 EEG). Ein entsprechender Nachweis ist bei Neuanlagen und Modernisierungsmaßnahmen grundsätzlich durch die wasserrechtliche Zulassung, durch eine behördliche Bescheinigung oder durch ein von einem Umweltgutachter erstatteten Umweltgutachten zu führen (§ 23 Abs. 4 EEG).

Der Anspruch auf Vergütung besteht ferner nur, wenn die Anlage (1) im räumlichen Zusammenhang mit einer ganz oder teilweise bereits bestehenden oder vorrangig zu anderen Zwecken als der Erzeugung von Strom aus Wasserkraft neu zu errichtenden Staustufe oder Wehranlage oder (2) ohne durchgehende Querverbauung errichtet worden ist. Speicherkraftwerke erhalten eine Vergütung nur, wenn sie an bestehende Speicher angebaut werden oder Erweiterungen bestehender Speicherkraftwerke darstellen (§ 23 Abs. 6 BauGB). Strom aus Pumpspeicherkraftwerken wird grundsätzlich nicht vergütet (§ 16 EEG).⁵⁰

4. Biomasseanlagen (§ 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB)

Die Anforderungen an die planungsrechtliche Zulässigkeit von Biogasanlagen sind in § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB präzisiert worden.⁵¹ Biogasanlagen sind danach privilegiert zulässig, wenn die Feuerungswärmeleistung der Anlage 2,0 Megawatt und die Kapazität einer Anlage zur Erzeugung von Biogas 2,3 Millionen Normkubikmeter Biogas pro Jahr nicht überschreitet.⁵²

Einen wichtigen Beitrag zur Erreichung des Ziels, den Anteil der erneuerbaren Energien an der Stromproduktion bis 2020 auf 35 % zu steigern, wird von den Biomasseanlagen erwartet. § 27 EEG gewährt für die Erzeugung von Strom aus Biomasse Vergütungen in vier leistungsbezogenen Anlagenkategorien (Grundvergütung zwischen 6 und 14,3 ct/kWh) und zwei Einsatzstoffvergütungsklassen. Für Bioabfallvergärungsanlagen mit nachgeschalteter Gärrestkompostierung zur Mobilisierung von Abfall- und Reststoffen (§ 27a EEG) sowie für kleine Gülleanlagen (§ 27b EEG i.V. mit der Anlage 1 zum EEG) werden gesonderte Vergütungen gewährt. Die Degression ist von 1 % auf 2 % erhöht worden (§ 20 EEG). Für Strom aus Biogas wird der Einsatz von Mais und Getreidekorn einschließlich Körnermais auf 50 Massenprozent begrenzt (§ 27 Abs. 5 Nr. 5 EEG). Für die Altholzverbrennung und für flüssige Biomasse bei Neuanlagen wird keine Vergütung gewährt.⁵³

Die Neuregelung des § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB passt die Voraussetzungen für die privilegierte Zulässigkeit von Biomasseanlagen an die Bezugsgrößen der 4. BImSchV an. Statt einer elektrischen Leistung von 0,5 MW bildet nunmehr eine Feuerungswärmeleistung von 2,0 MW die Obergrenze. Gemeint

46 Stellungnahme des Bundesrates v. 17.06.2011, BT-Drucks. 17/6253, S. 13; Deutsche Akademie für Städtebau und Landesplanung, Stellungnahme zum Gesetzentwurf v. 24.05.2011.

47 BVerwG, Urt. v. 13.03.2003 – 4 C 4.02 – BVerwGE 118, 33 = NVwZ 2003, 738 = DVBl 2003, 1064.

48 Battis/Krautzberger/Mitschang/Reidt/Stüer, NVwZ 2011, 897; Krautzberger/Stüer, BauR 2011, Heft 9.

49 Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien, v. 06.06.2011, BT-Drucks. 17/6071, S. 137–139.

50 Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien, v. 06.06.2011, BT-Drucks. 17/6071, S. 139.

51 Zu Bedenken Loibl/Rechel, UPR 2008, 134; Mantel, ZUR 2008, 576.

52 Der Begriff »Normkubikmeter« bezeichnet eine in der Gastechnik verwendete Gasmengeneinheit. Ein Normkubikmeter ist eine Menge, die bei einem Druck von 1,01325 bar, einer Luftfeuchtigkeit von 0 % und einer Temperatur von 0°C ein Volumen von einem Kubikmeter hat, DIN 1343, Referenzzustand, Normzustand, Normvolumen; Begriffe, Werte.

53 Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien, v. 06.06.2011, BT-Drucks. 17/6071, S. 96.

ist damit die maximale Obergrenze der Anlage (§ 1 Abs. 1 Satz 4 der 4. BImSchV). Auch können durch die Umstellung auf die Feuerungswärmeleistung technische Verbesserungen und eine Erhöhung des Wirkungsgrades von Biomasseanlagen sachgerechter abgebildet werden.⁵⁴

Zugleich wird sichergestellt, dass die Biogasanlagen im Rahmen eines gewissen Spielraums insgesamt nicht mehr Biogas erzeugen dürfen als nach der bisherigen Rechtslage. Auch ist klargestellt, dass Biomasseanlagen, die ausschließlich Biogas erzeugen, einem Grenzwert unterliegen. Nicht gefolgt ist der Gesetzgeber dem Vorschlag des Bundesrates, den Bezug zu einem Betrieb nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 BauGB sowie eines Tierhaltungsbetriebes nach Nr. 4 mit der Begründung zu streichen, dass diese Kriterien zu wenig nachvollziehbar seien.⁵⁵

5. Atomenergie (§ 35 Abs. 1 Nr. 7 BauGB)

Nach der mit dem Atomausstieg verbundenen Energiewende war es folgerichtig, die Atomkraftwerke im Außenbereich nicht mehr uneingeschränkt für privilegiert zulässig zu erklären. Die Neuerrichtung von Anlagen zur Spaltung von Kernbrennstoffen zur gewerblichen Erzeugung von Elektrizität ist vielmehr aus der Außenbereichsprivilegierung ausgenommen. Damit hat der Gesetzgeber einen bereits mit dem Atomausstieg des Jahres 2000 sich abzeichnenden Schritt in das Städtebaurecht übernommen. Der Atomausstieg als Teil der Energiewende soll so auch für das Recht der städtebaulichen Planung unumkehrbar sein.⁵⁶ Die Ausnahme erfasst lediglich die Neuerrichtung von Atomkraftwerken (§ 7 Abs. 1 Satz 2 AtG), nicht jedoch die Veränderung von Anlagen oder ihres Betriebes (§ 7 Abs. 1 Satz 3 AtG).⁵⁷ Auch Anlagen, die der Erforschung und Entwicklung der Kernenergie sowie der Entsorgung radioaktiver Abfälle dienen, sind weiterhin privilegiert.⁵⁸

6. Sonnenenergie (§ 35 Abs. 1 Nr. 8 BauGB)

Erstmals privilegiert ist nach § 35 Abs. 1 Nr. 8 BauGB auch die Nutzung solarer Strahlungsenergie in, an und auf Dach- und Außenwandflächen von zulässigerweise genutzten Gebäuden, wenn die Anlage dem Gebäude baulich untergeordnet ist. Die Privilegierung bezieht sich auf Flächen von zulässigerweise genutzten Gebäuden, nicht auf sonstige bauliche Anlagen. Gebäude sind dabei selbständig benutzbare, überdeckte bauliche Anlagen, die von Menschen betreten werden können und vorrangig dazu bestimmt sind, dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen zu dienen (§ 33 Abs. 3 EEG). Durch die Neuregelung werden zugleich Fragen beantwortet, die sich in der Praxis stellen.⁵⁹

Die Förderung von Anlagen der solaren Strahlungsenergie unterscheidet zwischen Anlagen an oder auf Gebäuden (§ 33 EEG) und baulichen Anlagen, die keine Gebäude sind und vorrangig zu anderen Zwecken errichtet worden sind (§ 32 EEG) wie etwa Lärmschutzwälle oder bestimmte Freiflächenanlagen.

Werden die Anlagen nicht auf Gebäuden angebracht, erfolgt eine Förderung, wenn die Anlage (1) an oder auf einer baulichen Anlage angebracht ist, die vorrangig zu anderen Zwecken als der Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie errichtet worden ist, (2) auf einer Fläche errichtet worden ist, für die ein Verfahren nach § 38 S. 1 BauGB durchgeführt worden ist, oder (3) mit bestimmten Maßgaben im Bereich eines beschlossenen Bebauungsplans (§ 30 BauGB) errichtet

worden ist. Gefördert werden insbesondere auch im Bebauungsplan ausgewiesene Anlagen, die längs von Autobahnen oder Schienenwegen in einer Entfernung bis zu 110 m, gemessen vom äußeren Rand der befestigten Fahrbahn, errichtet worden sind (§ 32 Abs. 1 EEG).

Gefördert werden auch im Geltungsbereich eines Bebauungsplans errichtete Anlagen, die sich auf versiegelten Flächen oder auf Konversionsflächen aus wirtschaftlicher, verkehrlicher, wohnungsbaulicher oder militärischer Nutzung befinden. Ausgenommen sind davon als Naturschutzgebiet (§ 23 BNatSchG) oder als Nationalpark (§ 24 BNatSchG) ausgewiesene Flächen (§ 32 Abs. 2 EEG).

§ 33 EEG regelt die Vergütung für Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie, die ausschließlich an oder auf einem Gebäude oder einer Lärmschutzwand angebracht sind. Die Vergütungssätze sind nach Anlagengrößen gestaffelt. Die Anlagen sowie die dazu gehörenden Befestigungen, wie z.B. Halterungen, Aufständigung oder Fundamente, müssen in der Weise an oder auf einem Gebäude angebracht worden sein, dass ausschließlich das Gebäude das Gewicht dieser technischen Einrichtungen trägt. Lärmschutzwände sind in Abgrenzung zu Lärmschutzwällen in der Regel senkrechte künstliche Wände. Die erhöhte Vergütung wird gewährt, weil durch die senkrechte Anordnung der Anlagen im Regelfall ein geringerer Ertrag zu erwarten ist.⁶⁰ Zugleich wird die Eigenverbrauchsregelung für Anlagen, deren Strom in unmittelbarer räumlicher Nähe verbraucht und nicht durch ein Netz durchgeleitet wird, bis Ende 2013 fortgeführt (§ 33 Abs. 2 EEG).

Die Förderung sämtlicher Anlagen der solaren Strahlungsenergie (§§ 32, 33 EEG) erfolgt dabei nach dem Prinzip des »atmenden Deckels« (§ 20a EEG) mit einer jährlichen Degression von grundsätzlich 9 %, von der in bestimmten Fällen nach oben oder nach unten abgewichen werden kann.

Anlagen zur Nutzung solarer Strahlungsenergie an oder auf Gebäuden (Solarthermieanlagen und Photovoltaikanlagen) sind im Außenbereich danach privilegiert zulässig. Die Anlagen müssen dem Gebäude baulich, d.h. räumlich-gegenständig, untergeordnet sein und dürfen über die Dachfläche bzw. die Wandfläche des Gebäudes nicht hinausgehen. Nicht gefordert ist demgegenüber eine funktionelle Unterordnung. Die Privilegierung gilt 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. nach § 35 Abs. 2 BauGB planungsrechtlich zulässig sein.⁶¹ Dazu kön-

54 Gesetzentwurf zur BauGB-Klimanovelle (Fnte. 2), S. 10; Battis/Krautzberger/Mitschang/Reidt/Stüer, NVwZ 2011, 897.

55 Stellungnahme des Bundesrates v. 17.06.2011, BT-Drucks. 17/6253, S. 8.

56 Zu den entschädigungsrechtlichen Fragestellungen Stüer/Loges, NVwZ 2000, 9.

57 Ausschuss für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung, Beschlussempfehlung und Bericht v. 29.06.2011, BT-Drucks. 17/6357, S. 9.

58 Battis/Krautzberger/Mitschang/Reidt/Stüer, NVwZ 2011, 897.

59 OVG Münster, B. v. 20.09.2010 – 7 B 985/10 – BauR 2011, 240; Battis/Krautzberger/Mitschang/Reidt/Stüer, NVwZ 2011, 897.

60 Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien, v. 06.06.2011, BT-Drucks. 17/6071, S. 153–155.

61 Gesetzentwurf zur BauGB-Klimanovelle (Fnte. 2), S. 10; Stellungnahme des Bundesrates v. 17.06.2011, BT-Drucks. 17/6253, S. 9.

nen auch Solaranlagen gehören, die sich dem Gebäude baulich nicht unterordnen, über die Dach- oder Wandflächen hinausgehen oder auf baulichen Anlagen angebracht werden, die keine Gebäude sind.⁶²

Für die Rechtmäßigkeit der Errichtung einer Anlage zur Nutzung solarer Strahlungsenergie ist die Nutzung des Gebäudes zum Zeitpunkt der Errichtung der Solaranlage maßgeblich.⁶³ Ist die Nutzung des Gebäudes dauerhaft aufgegeben worden oder wird das Gebäude zweckwidrig genutzt, ist die Errichtung einer Solaranlage nicht privilegiert.⁶⁴ Die Solaranlage kann auch zeitgleich mit der Errichtung oder Renovierung des Gebäudes angebracht werden.⁶⁵

Die nach § 35 Abs. 1 Nr. 8 BauGB privilegierten Solaranlagen unterfallen allerdings nicht dem Steuerungsprivileg des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Die Träger der Flächennutzungsplanung und der Regionalplanung können daher nicht durch entsprechende Darstellungen oder Ziele steuernd eingreifen.

VI. Besonderes Städtebaurecht

Auch die städtebauliche Sanierung (§ 148 BauGB) und der Stadtumbau (§§ 171a bis 171d BauGB) sind um Regelungen zum Klimaschutz und zur Anpassung an den Klimawandel erweitert worden.⁶⁶ In Ergänzung zu den durch das EAG Bau 2004 bewirkten Änderungen sind die integrativen und konsensualen Möglichkeiten der städtebaulichen Sanierungsmaßnahmen und des Stadtumbaus um klimaorientierte Gesichtspunkte angereichert worden. Die Maßnahmen sollen auch einen klimaeffizienten und klimaneutralen Quartierumbau ermöglichen. Zugleich soll die Innenentwicklung gestärkt und als räumliches Leitbild die kompakte Stadt (kurze Wege zur Begrenzung des Primärenergieverbrauchs) verwirklicht werden. Mit der sommerlichen Überhitzung in Verdichtungsräumen sind nicht nur für ältere Menschen zunehmend Gesundheitsgefahren verbunden, denen durch Maßnahmen zur Erhaltung gesunder Wohn- und Arbeitsverhältnisse entgegen gewirkt werden soll.⁶⁷

Insbesondere energetisch unzureichende Verhältnisse oder der Klimawandel können – so die Gesetzesbegründung⁶⁸ – wegen steigender Energiekosten für Gebäude, wegen hoher Treibhausgasemissionen, wegen zunehmender Hitze, Schwüle und Dürre im Sommer (z.B. fehlende Frischluftschneisen und Vegetation zur Beeinflussung des Mikroklimas), starken Kälteeinbrüchen im Winter oder wegen Starkregen- und Hochwassergefahren sowie -schäden (z.B. infolge zu starker Versiegelung oder Überlastung der technischen Infrastruktur) zu städtebaulichen Missständen führen. Diese können mit Sanierungsmaßnahmen als einem bewährten Instrument der städtebaulichen Erneuerung behoben werden. Ob und inwieweit die Gemeinden entsprechend aktiv werden, steht in ihrem planerischen Ermessen.

1. Sanierung (§ 148 BauGB)

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 ist als Sanierungsziel in das Sanierungsrecht integriert worden (§ 148 Abs. 2 Nr. 5 BauGB). Damit werden die Vorgaben des Energiefachrechts zugleich Bestandteil des Konzeptes der städtebaulichen Sanierung. Städtebauliche Klimakonzepte

können dabei in der Abwägung auch über die verbindlichen Vorgaben des Energiefachrechts hinausgehen. Das gilt in Sonderheit für vertragliche Vereinbarungen, die im Zusammenhang mit der Umsetzung solcher Konzepte getroffen werden.

Die Regelungen über die Städtebauförderung (§ 164b BauGB) sind nicht geändert worden.⁶⁹ Über die allgemeinen Abwägungsgrundsätze des § 1 Abs. 6 und 7 BauGB sind diese Belange ohnehin Gegenstand der Abwägung. Das Erfordernis der klimagerechten Stadtentwicklung geht hierdurch bereits in die städtebauliche Beurteilung ein.⁷⁰

2. Stadtumbau (§§ 171a bis 171d BauGB)

Auch in den Stadtumbau sind der Klimaschutz und die Anpassung an den Klimawandel integriert worden. Erhebliche städtebauliche Funktionsverluste liegen insbesondere vor, wenn ein dauerhaftes Überangebot an baulichen Anlagen für bestimmte Nutzungen, namentlich für Wohnzwecke, besteht oder zu erwarten ist oder wenn die allgemeinen Anforderungen an den Klimaschutz und die Klimaanpassung nicht erfüllt werden (§ 171a Abs. 1 BauGB). Stadtumbaumaßnahmen sollen auch dazu beitragen, brachliegende oder freigelegte Flächen einer nachhaltigen, insbesondere dem Klimaschutz und der Klimaanpassung dienenden oder einer mit dieser verträglichen Zwischennutzung, zuzuführen (§ 171a Abs. 3 Nr. 6 BauGB) oder innerstädtische Altbaubestände nachhaltig zu erhalten (§ 171a Abs. 3 Nr. 6 BauGB). Der Stadtumbauvertrag kann auch die Anpassung baulicher Anlagen umfassen (§ 171c Abs. 1 Satz 2 BauGB).

Die Ergänzungen dienen vor allem dem Ziel, die Anliegen der BauGB-Klimanovelle durch quartierbezogene Maßnahmen und konsensuales Handeln umzusetzen. Städtebauliche Entwicklungskonzepte (§ 171b BauGB) und der Stadtumbauvertrag (§ 171c BauGB) dienen dazu, Stadtquartiere funktionsgerecht unter Berücksichtigung der örtlichen Situation und der aktuellen Anforderungen, vor allem auch durch gebäudeübergreifende Lösungen, zu gestalten. Dabei sollen die klimatischen Aspekte mit den übrigen städtebaulichen Belangen verbunden werden. Hier können auf der Grundlage städtebaulicher Entwicklungskonzepte (§ 171b BauGB) unter Beteiligung der Betroffenen (§ 137 BauGB) und der öffentlichen Auftraggeber (§ 139 BauGB) integrative Handlungsstrategien erarbeitet werden. Dabei ist entsprechend § 1 Abs. 5 BauGB auch der Klimaschutz zu berücksichtigen.⁷¹ Durch die Bezug-

62 Battis/Krautzberger/Mitschang/Reidt/Stüer, NVwZ 2011, 897.

63 Gegenäußerung der Bundesregierung v. 17.06.2011, BT-Drucks. 17/6253, S. 15.

64 Ausschuss für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung, Beschlussempfehlung und Bericht v. 29.06.2011, BT-Drucks. 17/6357, S. 10.

65 Battis/Krautzberger/Mitschang/Reidt/Stüer, NVwZ 2011, 897.

66 Auf die im Gesetzentwurf v. 06.06.2011, BT-Drucks. 17/6076, und im Antrag des Landes NRW v. 06.07.2011, BR-Drucks. 396/1/11 vorgeschlagene entsprechende Ergänzung des § 136 BauGB ist mit Verweis auf die Möglichkeiten eines konzeptionellen und konsensualen Vorgehens im Rahmen des Stadtumbaus verzichtet worden, Ausschuss für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung, Beschlussempfehlung und Bericht v. 29.06.2011, BT-Drucks. 17/6357, S. 10.

67 Gesetzentwurf BauGB-Klimanovelle (Fnte. 2), S. 7.

68 Gesetzentwurf BauGB-Klimanovelle (Fnte. 2), S. 11 zu dem damals zur Änderung vorgeschlagenen § 136 BauGB.

69 Vgl. hierzu die Vorschläge in der Stellungnahme des Bundesrates v. 17.06.2011, BT-Drucks. 17/6253, S. 9.

70 Stellungnahme des Bundesrates v. 17.06.2011, BT-Drucks. 17/6253, S. 10.

71 Gesetzentwurf zur BauGB-Klimanovelle (Fnte. 2), S. 11 m. Hinw. auf Battis/Kersten/Mitschang, Zeitschrift für Gesetzgebung 2010, 246.

nahme in § 171c S. 1 BauGB auf die allgemeinen Vorschriften zu städtebaulichen Verträgen in § 11 BauGB sind zugleich der Belange des Klimaschutzes in die vertraglichen Regelungsmöglichkeiten integriert.

VII. Das Städtebaurecht bleibt in Bewegung

Einigen gingen die ergänzenden Regelungen zum Klimaschutz erwartungsgemäß nicht weit genug. Sie verbanden dies im Gesetzgebungsverfahren mit der Forderung nach mehr Klimaschutzkommunen, nach mehr Stadtquartieren mit dem Anspruch auf Nullemissionsquartiere, nach kommunalen Strategien zur Minimierung des Energiebedarfs von Neubaugebieten oder auch Sanierungsgebieten. Eine Klimaprüfung müsse, basierend auf Energie- und Klimakonzepten, neben die Umweltprüfung treten.⁷²

Diese Vorschläge sind im Gesetzgebungsverfahren nicht verwirklicht worden. Gleichwohl hat der Schutz vor dem Klimawandel aber auch die Klimafolgenanpassung durch die Novelle eine durchaus vorzeigbare städtebauliche Grundlage erhalten. So gesehen bietet die Novelle nicht zuletzt in ihren klarstellenden Aussagen gewiss mehr, als es auf den ersten Blick scheinen will. Eine vergleichbare Rechtssicherheit hätte – allerdings mit eher ungewissem Ausgang – wohl erst nach langjährigen Rechtsstreitigkeiten geschaffen werden können.⁷³

Außerdem gilt: Gespielt wird auf dem Platz – und nach dem Spiel ist vor dem Spiel. Diese alten Fußballweisheiten sind wohl auch auf das Recht der städtebaulichen Planung übertragbar. Denn auch hier ist eines gewiss: Die nächste Städtebaurechtsnovelle kommt bestimmt.⁷⁴ Die Stärkung der Innenentwicklung, die Steuerung von Vergnügungsstätten, integrierte Einzelhandelskonzepte, der Artenschutz, die gewerblichen Tierhaltungsanlagen, der Umgang mit Schrottim-

mobilien als weitere Teile der BauGB-Novelle sowie Anlagen zur Kinderbetreuung in reinen Wohngebieten⁷⁵, die Flexibilisierung von Maßvorschriften oder der bundesrechtliche Begriff der Vollgeschosse in der BauNVO stehen weiterhin auf dem Programm. Die von dem Grundsatz der Planerhaltung abgeleitete Mahnung an den Gesetzgeber⁷⁶, mit dem städtebaulichen Handwerkskasten der Planer vor Ort im Sinne einer Normerhaltung eher behutsam umzugehen, hat wohl gegenwärtig – vielleicht sogar aus nachvollziehbaren Gründen – keine sonderlich gute Konjunktur.

72 Ausschuss für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung, Beschlussempfehlung und Bericht v. 29.06.2011, BT-Drucks. 17/6357 S. 6, m. Hinw. auf Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Ausschuss-Drucks. 17(15)234.

73 Zur begrenzten Reichweite der Klimaschutzaspekte beim Anschluss- und Benutzungszwang an die öffentliche Fernwärmeversorgung BVerwG, Urt. v. 25.01.2006 – 8 C 13.05 – BVerwGE 125, 68 = DVBl 2006, 781 = NVwZ 2006, 690. Internationale Vereinbarungen wie das Kyoto-Protokoll konnten allerdings schon bisher bei der Windkraftplanung berücksichtigt werden, BVerwG, Urt. v. 13.03.2003 – 4 C 4.02 – BVerwGE 118, 33 = DVBl 2003, 1064 = NVwZ 2003, 738.

74 So ist etwa auch der Vorschlag des Bundesrates, bereits im Zusammenhang mit der BauGB-Klimanovelle einen neuen § 14 Abs. 1 Satz 3 BauNVO einzufügen (»Anlagen zur Nutzung solarer Energie sind auf oder an Gebäuden zulässig, wenn sie nicht nur der Versorgung des Grundstücks oder Baugebietes dienen«, Stellungnahme des Bundesrates v. 17.06.2011, BT-Drucks. 17/6253, S. 14), in den zweiten Teil der Städtebaunovelle verschoben worden, so Gegenäußerung der Bundesregierung v. 17.06.2011, BT-Drucks. 17/6253, S. 18.

75 Durch das Zehnte Gesetz zur Änderung des BImSchG – Privilegierung des von Kindertageseinrichtungen und Kinderspielplätzen ausgehenden Kinderlärms v. 20.07.2011 (BGBl. 2011, 1474) sind durch den eingefügten § 22 Abs. 1a BImSchG Geräuscentwicklungen, die von Kindertageseinrichtungen, Kinderspielplätzen und ähnlichen Einrichtungen wie beispielsweise Ballspielplätze durch Kinder hervorgerufen werden, im Regelfall keine schädlichen Umwelteinwirkungen. Bei der Beurteilung der Geräuscentwicklungen dürfen Immissionsgrenz- und -richtwerte nicht herangezogen werden.

76 Stüer, Städtebaurecht 1998. Vom Grundsatz der Planerhaltung zum Grundsatz der Normerhaltung, DVBl 1997, 1201.

Die Regulierung des Glücksspiels aus verfassungs- und europarechtlicher Perspektive

von Univ.-Prof. Dr. Christoph Brüning, Kiel*

Die momentane rechtliche Situation im europäischen Glücksspielmarkt ist von der Koexistenz unterschiedlicher Regulierungsmodelle in den Mitgliedstaaten geprägt: Teils ist das Glücksspiel beschränkt oder verboten, teils sind die Märkte offen gehalten. Diese fehlende Harmonisierung hat die Europäische Kommission zum Grünbuch »Online-Glücksspiele im Binnenmarkt«¹ veranlasst, in dem die Frage aufgeworfen wird, ob eine unionsrechtliche Regelung in Bezug auf das Online-Glücksspiel notwendig ist, um den in allen Mitgliedstaaten entstandenen so genannten Grau- und Schwarzmärkten entgegenzuwirken.² Unabhängig davon hätte in Deutschland der GlüStV³ ohnehin längstens bis zum 31.12.2011 gegolten. Der Druck für eine Neuregelung ist dadurch erhöht worden, dass der EuGH das darin statuierte staatliche Monopol für die Veranstaltung und Vermittlung von Lotterien und Sportwetten massiv in Zweifel gezogen⁴ und entschieden hat, dass der übergangsweise Fortbestand eines möglicherweise unionsrechtswidrigen Monopols abzulehnen ist.⁵ Diskutiert wird nunmehr der Entwurf des

GlüÄndStV,⁶ während zahlreiche Obergerichte von der zwischenzeitlichen Fortgeltung des GlüStV ausgehen.⁷

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel. Der Beitrag stellt die aktualisierte Fassung eines Vortrags dar, den Verf. auf der Tagung »Die Zukunft der Sportwetten in Deutschland« am 28.10.2010 in Kiel gehalten hat. Veranstalter waren das Lorenz-von-Stein-Institut für Verwaltungswissenschaften und das Institut für Weltwirtschaft.

1 Vgl. Commission, Green Paper on on-line gambling in the Internal Market, 24.03.2011, SEK (2011), 321.

2 Vgl. Commission, Green Paper on on-line gambling in the Internal Market, 3 f.

3 Glücksspielstaatsvertrag vom 05.12.2007, BayGVBl. 2007, 906.

4 EuGH (Große Kammer), U. v. 08.09.2010 – C-316/07, C-358/07 bis 360/07, C-409/07 und C-410/07 –, NVwZ 2010, 1409 – Stoß u.a.

5 EuGH, U. v. 08.09.2010 – C-409/06 – NVwZ 2010, 1419 – Winner Wetten. Vgl. auch BVerwG, NVwZ 2011, 554 ff.

6 Glücksspieländerungsstaatsvertrag, Entwurf, Stand 14.04.2011; vgl. auch die abweichende Glücksspielregulierung des Schleswig-Holsteinischen Entwurfs, LT-Drucks. 17/793.

7 Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, OVG 1 S 221.10 vom 14.01.2011, VGH Baden-Württemberg, 6 S 1685/10 vom 20.01.2011, BayVGH, 10 CS 10.2180, 10 CS 10.589 vom 12.04.2011. Vgl. auch BVerwG, U. v. 01.06.2011 – 8 C 5/10.