

Stellungnahme
zur Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft, Energie,
Verkehr und Landesentwicklung des Hessischen Landtags
am 3. Dezember 2015

zum Gesetzentwurf der Fraktion der FDP für ein Gesetz zur Änderung der
Hessischen Bauordnung
(Drucksache 19/2070 vom 16.06.2015)

verfasst von

Thorsten Müller, Viktoria Fülbier und
Nils Wegner, LL.M. (Stockholm)

Stiftung Umweltenergierecht

Ludwigstraße 22

97070 Würzburg

Telefon +49 931 79 40 77-0

Telefax +49 931 79 40 77-29

E-Mail mueller@stiftung-umweltenergierecht.de

Internet www.stiftung-umweltenergierecht.de

Würzburg, 02.12.2015

Inhaltsverzeichnis

Kernaussagen der Stellungnahme	1
A. Einleitung	1
B. Rechtliche Bewertung der §§ 76a, 76b HBO-E	2
I. Die Einführung eines 10 H Mindestabstandes (§ 76a Abs. 1 HBO-E).....	2
1. Schutz von Bevölkerung, Natur und Landschaftsbild.....	2
2. Der gleichmäßige Schutz von Wohngebäuden in unterschiedlichen Gebieten	6
II. Bestimmung des jeweils maßgeblichen Abstandes (§ 76a Abs. 2 HBO-E).....	7
III. Geltung der 10 H-Regelung auf gemeindefreien Gebieten (§ 76a Abs. 3 HBO-E).....	8
IV. Fehlende Regelung im Gesetzentwurf zu den Folgen von 10 H für geltende Planungen	9
V. Die Übergangsregelung (§ 76b HBO-E)	11
Anhang 1: Synopse § 76a f. HBO-E sowie Art. 82 f. BayBO.....	13
Anhang 2: Bibliographische Angaben zu thematisch einschlägigen Veröffentlichungen der Stiftung Umweltenergierecht.....	15

Kernaussagen der Stellungnahme

- Die Einführung eines Mindestabstandes von 10 H in der durch den Gesetzentwurf vorgesehenen Form verstößt gegen die Vorgaben des Grundgesetzes. Er ist zudem in der jetzigen Form schon nicht mit den Vorgaben der Länderöffnungsklausel in § 249 Abs. 3 BauGB vereinbar.
- Die Einführung des pauschalen 10 H-Abstandes stellt insbesondere eine unverhältnismäßige Einschränkung des Rechts betroffener Eigentümer aus Art. 14 Abs. 1 GG dar, ihr Grundeigentum zu Zwecken der Windenergieerzeugung zu nutzen. Weder der Schutz von Anwohnern vor einer optisch bedrängenden Wirkung noch der Schutz der Natur und des Landschaftsbildes können diese Beschränkung rechtfertigen.
- Die Regelungen des Gesetzentwurfes verstoßen zudem gegen das Gebot aus Art. 3 Abs. 1 GG, wesentlich ungleiche Sachverhalte unterschiedlich zu behandeln, indem in ihrer Schutzbedürftigkeit und -würdigkeit wesentlich verschiedene Wohnnutzungen denselben Schutz erfahren sollen.
- Entgegen der Anordnung in § 249 Abs. 3 S. 2 BauGB enthält der Gesetzentwurf keine Regelung „zu den Auswirkungen der festgelegten Abstände auf Ausweisungen in geltenden Flächennutzungsplänen und Raumordnungsplänen“ und ist deshalb nicht mit Bundesrecht vereinbar.

A. Einleitung

Der Gesetzentwurf der Fraktion der FDP vom 16.06.2015 (HBO-E) ergänzt die Hessische Bauordnung um die §§ 76a und 76b mit einer Regelung über die räumlich beschränkte Entprivilegierung von Vorhaben der „Windenergie“ sowie einer „Übergangsregelung“.

Der Gesetzentwurf macht Gebrauch von der durch Entscheidung des Bundes aus dem Jahr 2014 durch die Schaffung einer Länderöffnungsklausel des § 249 Abs. 3 BauGB auf die Länder übertragenen Kompetenz. Danach haben die Bundesländer die Möglichkeit erhalten, durch bis zum 31. Dezember 2015 zu verkündende Landesgesetze den räumlichen Geltungsbereich der Privilegierung von Vorhaben zur Erforschung, Entwicklung und Nutzung der Windenergie im Außenbereich gem. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB zu beschränken. Sie dürfen dabei im Rahmen der für die Länder (wieder) eröffneten Gesetzgebungszuständigkeit Abstände zwischen zulässigen baulichen Nutzungen und Vorhaben der Windenergie festlegen, innerhalb derer Windenergieanlagen keine Außenbereichsprivilegierung zukommt¹. Zwar sieht § 249 Abs. 3 BauGB selbst keine ausdrücklichen Schranken für die Länder bei der Ausgestaltung der abstandsbezogenen Entprivilegierung vor, wie zu zeigen sein wird, ergeben sich solche aber aus allgemeinen Verfassungsrecht². § 249 Abs. 3 S. 2 BauGB verpflichtet die Länder zudem auf die Schaffung eines Mindestregelungsgehalts bei Inanspruchnahme der Kompetenz³.

Der Gesetzentwurf zielt laut seiner Begründung inhaltlich auf eine Verbesserung des Schutzes von Natur und Landschaftsbild sowie der Bevölkerung gegen die aufgrund der Höhe von Windenergieanlagen hervorgerufene optisch erdrückende Wirkung⁴ ab. Die bereits zu diesen Zwecken bestehenden Regelungen werden vom Entwurfsgeber als nicht ausreichend empfunden, da sie insbesondere „nicht an die wachsenden Anlagen angepasst“ worden seien⁵.

In seiner konkreten Ausgestaltung lehnt sich der Entwurf der FDP teilweise eng an die bislang einzig in Bayern ergangene Regelung eines 10 H-Abstandes an. So entspricht § 76a Abs. 1-3 HBO-E in seinem Wortlaut der Regelung des Art. 82 Abs. 1-3 BayBO. Nicht übernommen wurden jedoch die auch in Bayern erst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens auf-

¹ Zur Zulässigkeit der (Rück-) Übertragung der Kompetenz auf die Länder *A.-M. Grüner*, Die Länderöffnungsklausel im BauGB, NVwZ 2015, 108 (110).

² Eine Bindung an das Merkmal des „substantiell Raum Schaffens“, wie es durch die Rspr. für die sog. Konzentrationszonenplanung entwickelt wurde, besteht dabei jedoch nicht, *A.-M. Grüner*, Die Länderöffnungsklausel im BauGB, NVwZ 2015, 108 (110 f.), a.A. *U. Battis*, Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit am 21.5.2014.

³ Vgl. hierzu unter B. IV.

⁴ Gesetzentwurf der FDP-Fraktion vom 16.06.2015, Drs. 19/2070, S. 3.

⁵ Gesetzentwurf der FDP-Fraktion vom 16.06.2015, Drs. 19/2070, S. 3.

genommenen Regelungen über den Bestandsschutz für bestehende Planungen gem. Art. 82 Abs. 4 BayBO sowie die dort und in Art. 82 Abs. 5 vorgesehenen Mitwirkungsrechte betroffener Nachbargemeinden. Die Übergangsregelung folgt demgegenüber wieder erkennbar dem Vorbild der bayerischen Regelung. Eine synoptische Gegenüberstellung des Entwurfs der FDP und der bayerischen Regelung befindet sich in Anhang 1 zu dieser Stellungnahme.

Die Stiftung Umweltenergierecht hat bereits umfassend zur rechtlichen Einordnung und Bewertung der Länderöffnungsklausel des § 249 Abs. 3 BauGB sowie der bayerischen 10 H-Regelung geforscht. Auf hierzu erschienene Veröffentlichungen, die in Anhang 2 aufgelistet sind, sei verwiesen.

B. Rechtliche Bewertung der §§ 76a, 76b HBO-E

I. Die Einführung eines 10 H Mindestabstandes (§ 76a Abs. 1 HBO-E)

§ 76a Abs. 1 HBO-E enthält die Einführung eines 10 H-Mindestabstands, der rechtstechnisch durch die räumliche Beschränkung der ansonsten fortgeltenden Privilegierung von Vorhaben der Windenergie im baulichen Außenbereich gem. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB umgesetzt wird. Mit Blick auf die Garantie des Eigentumsrechts aus Art. 14 Abs. 1 GG stellt sich die Frage, ob die durch die Regelung bewirkte Beschränkung der Nutzung von Grundstücken zu Zwecken der Windenergie einen noch verhältnismäßigen Eingriff darstellt (dazu 1.). Mit Blick auf Art. 3

Abs. 1 GG erscheint fraglich, ob der Gesetzentwurf in hinreichendem Maße die unterschiedliche Schutzwürdigkeit der von ihm erfassten Wohnnutzungen abbildet (dazu 2.). § 76a Abs. 1 HBO-E stimmt im Wortlaut mit der in Bayern in Art. 82 Abs. 1 Bayerische Bauordnung (BayBO) eingeführten Regelung überein, so dass für ihre Bewertung auf die Ergebnisse der Diskussion zur bayerischen Regelung zurückgegriffen werden kann.

1. Schutz von Bevölkerung, Natur und Landschaftsbild

Die Privilegierung von Vorhaben zur Nutzung der Windenergie gem. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB bewirkt, dass diese im baulichen Außenbereich nur dann nicht zulässig sind, wenn ihnen öffentliche Belange i. S. v. § 35 Abs. 3 BauGB tatsächlich *entgegenstehen*. Der Bundesgesetzgeber sieht damit eine erhöhte Durchsetzungskraft solcher Vorhaben vor – eine Wertung, die eine über die Zulässigkeit konkreter Vorhaben entscheidende Genehmigungsbehörde im

Rahmen einer nachvollziehenden Abwägung der einander gegenüberstehenden Belange zu beachten hat.

Im räumlichen Geltungsbereich des § 76a Abs. 1 HBO-E soll eben diese Privilegierung von Windenergieanlagen aufgehoben werden. In der Folge sind sie genehmigungsrechtlich als nicht-privilegierte Vorhaben gem. § 35 Abs. 2 BauGB einzuordnen, die bereits dann unzulässig sind, wenn sie – wie in der weit überwiegenden Mehrheit der Fälle – einen öffentlichen Belang i. S. v. § 35 Abs. 3 BauGB, beispielsweise die Belange des Naturschutzes oder des Landschaftsbildes, auch nur *beeinträchtigen*.

Auch die heutige Rechtslage sieht aber – selbst ohne die Regelung des § 76a Abs. 1 HBO-E – bereits einen Schutz der Bevölkerung und der Natur vor den Auswirkungen von Windenergievorhaben vor. So leitet die Rechtsprechung einen Schutz der Bevölkerung vor der im Gesetzentwurf angesprochenen optisch erdrückenden Wirkung⁶ aus dem Gebot der Rücksichtnahme ab, das in § 35 Abs. 3 Nr. 3 BauGB enthalten ist, und fordert bestimmte Schutzabstände in Abhängigkeit insbesondere zur Höhe der jeweiligen baulichen Anlage⁷. Insoweit hat sich der erforderliche Abstand auch in den letzten Jahren – entgegen der Aussage in der Begründung des Gesetzentwurfes⁸ – mit dem Wachstum der Windenergieanlagen mitentwickelt und ist entsprechend größer geworden. Die Rechtsprechung⁹ geht danach davon aus, dass schon ab einem der dreifachen Höhe der Anlage entsprechenden Abstand zu einem Wohnhaus, wenn die Anlage von dort aus überhaupt sichtbar ist, eine Vermutung gegen das Vorliegen einer optisch bedrängenden Wirkung vorliege, es sei denn, dass diese Vermutung im Einzelfall aufgrund besonderer Umstände widerlegt würde. Bei Anlagenhöhen von 200 m werden mithin regelmäßig Abstände zum Schutz vor einer optisch bedrängende Wirkung zwischen 500 und 600 m regelmäßig für ausreichend erachtet.

Darüber hinaus besteht auch nach geltendem Recht zusätzlich die Möglichkeit zur planerischen Festlegung weitergehender Vorsorgeabstände. Da die bundesrechtliche Privilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich gem. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB einen erheblichen Eingriff in die gemeindliche Planungshoheit verursachte und die Gefahr eines unkoordinierten Ausbaus der Windenergie im Außenbereich schaffte, wurde mit ihrer Einführung, quasi

⁶ Gesetzentwurf der FDP-Fraktion vom 16.06.2015, Drs. 19/2070, S. 1: „*die als bedrängend empfundene Wirkung*“, S. 3: „*Bedrängungseffekt für die Menschen*“, „*Schutz [...] vor optisch erdrückender Wirkung*“.

⁷ OVG Münster, Urteil vom 09.08.2006 – 8 A 3726/05; OVG Münster, Beschluss vom 24.06.2010; hierzu ausführlich *M. Raschke*, Abstände zu Windenergieanlagen – pauschaler Schutz der Anwohner?, ZfBR 2013, 632 (634), *V. Fülbier/N. Wegner*, Die 10-H-Abstandsregelung für Windenergieanlagen – zur Umsetzung der Länderöffnungsklausel in Bayern, ZUR 2015, 149 (150).

⁸ Gesetzentwurf der FDP-Fraktion vom 16.06.2015, Drs. 19/2070, S. 3.

⁹ Der Rechtsprechung des OVG Münster hat auch bei anderen Oberverwaltungsgerichten Anschluss gefunden und wurde durch das Bundesverwaltungsgericht bestätigt, vgl. OVG Koblenz, Beschluss. V. 10.03.2011 – 8 A 11215/10; VGH München, Urteil vom 29.05.2009 – 22 B 081785; BVerwG, Beschluss vom 11.12.2006 – 4 B 72.06.

als Gegengewicht, für gemeindliche und regionale Planungsträger das Instrument der Konzentrationszonenplanung i. S. v. § 35 Abs. 3 S. 3 geschaffen¹⁰. Damit wird es Gemeinden und Regionalplanungsträgern ermöglicht, durch die Ausweisung von Konzentrationszonen mit Ausschlusswirkung Windenergievorhaben auf bestimmten Flächen im Außenbereich zu konzentrieren und ihn im Übrigen davon frei zu halten. Soweit der Windenergie dabei insgesamt substantiell Raum verschafft wird, was regelmäßig einem Flächenanteil von unter zwei Prozent des Planungsraumes entspricht, hat erst kürzlich der VGH Kassel¹¹ auch Vorsorgeabstände im Bereich von 1.000 m zur nächsten Wohnbebauung akzeptiert. Dies entspricht bei einer Anlagenhöhe von 200 m also einem Abstand von 5 H.

Da § 76a Abs. 1 HBO-E zu einer Beschränkung der Nutzbarkeit von Grundstücken im Geltungsbereich des 10 H-Abstandes zu Zwecken der Windenergienutzung führen würde, würde es sich bei dieser Regelung um eine Beschränkung des Grundeigentums handeln, das einen grundrechtlichen Schutz durch Art. 14 Abs. 1 GG erfährt. Eine solche Inhalts- und Schrankenbestimmung i. S. d. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG ist rechtfertigungsbedürftig. Zwar ist es dem Gesetzgeber grundsätzlich unbenommen sich für ein starkes Schutzniveau Drittbetroffener zu entscheiden und dabei verfügt er auch über eine nur teilweise gerichtlich überprüfbare Einschätzungsprärogative für Fragen der Geeignetheit und Erforderlichkeit seiner Maßnahme¹². Der hierbei vorgenommene Eingriff in die Rechte Dritter darf aber nicht unangemessen sein. Angesichts der großen Diskrepanz zu der bislang in der Rechtsprechung vorherrschenden Einschätzung bzgl. der Schutzbedürftigkeit vor einer optisch bedrängenden Wirkung durch Windenergieanlagen ist aber davon auszugehen, dass der Regelungsentwurf diese Grenze nicht mehr wahrt. Diese Ansicht hat sich in der Rechtswissenschaft auch bzgl. der im Wortlaut identischen bayerischen Regelung in diesem Punkt herausgebildet¹³. Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil der räumliche Bereich auch dort gesperrt würde, wo Anwohner die Windenergieanlagen aufgrund geografischer Gegebenheiten oder Bewuchses gar nicht sehen könnten und daher eine optisch bedrängende Wirkung gar nicht möglich wäre. Eine ab-

¹⁰ Zu dem Zusammenhang dieser Regelungen *N. Wegner*, Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung zur Planung von Windkonzentrationszonen – Zugleich Besprechung der Urteile des OVG Schleswig vom 20.1.2015, ZUR 2015, 468 (468 f.).

¹¹ VGH Kassel, Urteil vom 23.09.2015 – 4 C 358/14.N zur Festlegung eines Mindestabstands zu Siedlungsgebieten im LEP Hessen. Eine Kurzzusammenfassung findet sich bei *S. Binder*, NuL 2015, S. 578, i.E.

¹² *H. D. Jarass*, in: ders./B. Pieroth (Hrsg.), GG, 13. Aufl. 2014, Art. 20 Rn. 87.

¹³ Kritisch bereits *V. Fülbier/N. Wegner*, Die 10-H-Abstandsregelung für Windenergieanlagen – zur Umsetzung der Länderöffnungsklausel in Bayern, ZUR 2015, 149 (150); *E. Albrecht/A. Zschiegner*, Landesgesetzliche Abstandsregelungen für Windkraftanlagen nach § 249 III BauGB auf dem rechtlichen Prüfstand, NVwZ 2015, 1093 (1094 ff.); *A. Decker*, Vorgaben der Länderöffnungsklausel nach § 249 Abs. 3 BauGB für Windenergieanlagen und deren Planung, ZfBR 2015, 322 (323 f.); *S. Helmes/R. Klöcker*, Der bayerische Sonderweg: Rechtliche Aspekte der neuen „10 H-Regelung“ für Windenergieanlagen, REE 2015, 81 (84); für „sicherlich fraglich“ halten die Verfassungsmäßigkeit auch *W. Würfel/K. Werner*, Einführung eines Mindestabstands für Windkraftanlagen – die „10 H-Regelung“ im Freistaat Bayern, BayVBl 2015, 109 (112).

schließende Entscheidung über die gegen diese Regelung bereits erhobene Klage vor dem Bayerischen Verfassungsgerichtshof steht allerdings noch aus.

Auch der ebenfalls angeführte Schutz der Natur und des Landschaftsbildes¹⁴ vermag die Beeinträchtigung der Eigentümerpositionen nicht zu rechtfertigen. Insoweit fehlt es dem Regelungsentwurf selbst unter Berücksichtigung der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers schon an der nötigen Erforderlichkeit, d. h., der Nichtverfügbarkeit von milderen, betroffene Eigentümer weniger stark belastenden Mitteln. Auch an der Eignung der 10 H-Regelung zum Schutz von Natur und Landschaftsbild bestehen begründete Zweifel.

Denn hierzu ist anzumerken, dass die vorgesehene Entprivilegierung den weiteren Ausbau von Windenergieanlagen im schützenswerten Außenbereich nicht ausschließt, sondern lediglich den Gemeinden die Entscheidung darüber überträgt, den Ausbau im Wege der Bebauungsplanung auch weiterhin zuzulassen. Damit aber wird nicht ein Schutz der Natur und des Landschaftsbildes, sondern nur eine Verlagerung der Entscheidung über ihren Schutz erreicht. Zum anderen erscheint es äußerst fragwürdig, warum der Schutz der Natur und des Landschaftsbildes gerade dadurch profitieren soll, dass Windenergieanlagen von Gesetzes wegen nur noch in großem Abstand zu Siedlungsgebieten und damit gerade in den verbliebenen Gebieten verhältnismäßig unberührter Natur mit hoher landschaftlicher Attraktivität zulässig sein sollen. Die Regelung führt vielmehr dazu, dass der Druck auf diese Flächen noch zunimmt¹⁵. Gleichzeitig aber besteht mit dem Instrument der Konzentrationszonenplanung i. S. v. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB eine Möglichkeit, die räumliche Verteilung des Ausbaus der Windenergieanlagen sehr viel präziser zu steuern als mithilfe einer pauschalen 10 H-Regelung. Die Konzentrationsplanung erlaubt den Schutz gerade derjenigen Gebiete, denen im konkreten Fall eine naturschutzfachlich begründbare hohe Schutzbedürftigkeit und -würdigkeit zukommt. Dem lässt sich auch nicht entgegenhalten, dass es jüngst deutschlandweit aus verschiedensten Gründen¹⁶ zu gerichtlichen Aufhebungen zahlreicher solcher Planungen kam, und ihr Steuerungsanspruch damit häufig nicht eingelöst werden konnte. Soweit man dieses Argument überhaupt im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung anerkennen will, hätte man diesem Umstand durch die Schaffung eines gegenüber wirksamen Konzentrationszonenplanungen subsidiären Mindestabstandes Rechnung tragen können, der das

¹⁴ Gesetzentwurf der FDP-Fraktion vom 16.06.2015, Drs. 19/2070, S. 3.

¹⁵ So bereits V. Fülbier/N. Wegner, Die 10-H-Abstandsregelung für Windenergieanlagen – zur Umsetzung der Länderöffnungsklausel in Bayern, ZUR 2015, 149 (150)

¹⁶ Vgl. hierzu N. Wegner, Fehlerquellen von Windkonzentrationszonenplanungen, Würzburger Berichte zum Umweltenergie recht Nr. 14, Hintergrundpapier vom 07.09.2015, abrufbar unter: www.stiftung-umweltenergie recht.de.

Instrument der Konzentrationszonenplanung ergänzt, nicht aber – wie der hier untersuchte Vorschlag – verdrängt hätte¹⁷.

Schließlich kann auch die im Gesetzentwurf angeführte Sicherung der Akzeptanz¹⁸ von Windenergieanlagen für sich genommen die hier avisierte Einschränkung der Eigentümerrechte nicht rechtfertigen. Grundrechtliche Sicherungen sollen dem Einzelnen gerade einen Freiheitsraum gewährleisten, der unabhängig von der Akzeptanz Dritter besteht. Hinzu kommt, dass nach zahlreichen Studien ein empirischer Zusammenhang zwischen der Größe des Abstands zwischen Wohnsiedlungen und Windenergieanlagen und ihrer Akzeptanz nicht besteht, soweit der immissionsschutzrechtlich erforderliche Abstand (also regelmäßig 3 H) eingehalten wird¹⁹.

2. Der gleichmäßige Schutz von Wohngebäuden in unterschiedlichen Gebieten

Will der Landesgesetzgeber einen verbesserten Schutz der Bevölkerung vor den Auswirkungen von Windenergieanlagen festlegen, so hat er dabei nach Art. 3 Abs. 1 GG wesentlich verschiedene Sachverhalte auch unterschiedlich zu behandeln, sofern ihre Gleichbehandlung nicht durch einen hinreichend gewichtigen sachlichen Grund gerechtfertigt werden kann²⁰. Es ist dem Gesetzgeber mithin grundsätzlich untersagt, die Nutzung von Grundstücken zu Zwecken der Windenergienutzung in derselben Weise und mit derselben Intensität zu beschränken, soweit von diesen Nutzungen in ihrer Schutzbedürftigkeit und -würdigkeit wesentlich unterschiedliche Dritte betroffen sind.

Der Gesetzentwurf sieht in § 76a HBO-E vor, dass Eigentumsnutzungen zu Zwecken der Windenergienutzung überall dort beschränkt werden, wo sie einen Abstand von 10 H zu Wohngebäuden nicht einhalten. Dies gilt unabhängig davon, ob dieser Abstand zu Wohngebäuden in Gebieten mit Bebauungsplänen gem. § 30 BauGB, d. h. zu Wohngebäuden in reinen Wohngebieten, allgemeinen Wohngebieten, Dorfgebieten oder auch Mischgebieten i. S. d. Baunutzungsverordnung besteht oder zu Wohngebäuden im unbeplanten Innenbereich i. S. v. § 34 BauGB oder aber zu Wohngebäuden im Umgriff bebauter Bereiche im Außenbereich die nicht überwiegend landwirtschaftlich geprägt sind und in denen eine Wohnbebauung von einigem Gewicht vorhanden ist i. S. v. § 35 Abs. 6 BauGB.

¹⁷ Vgl. den Regelungsvorschlag bei *E. Albrecht/A. Zschiegner*, Noch einmal landesgesetzliche Abstandsregelungen für Windkraftanlagen nach § 249 III BauGB, NVwZ 2015, 1254.

¹⁸ Gesetzentwurf der FDP-Fraktion vom 16.06.2015, Drs. 19/2070, S. 1.

¹⁹ Fachagentur Windenergie an Land (Hrsg.), *G. Hübner/J. Pohl*, Mehr Abstand – mehr Akzeptanz? – Ein umweltpsychologischer Studienvergleich, Berlin 2015, S. 22.

²⁰ BVerfG 98, 356 (385); 103, 310 (318); *W. Heun*, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 20; *S. Boyesen*, in: I. v. Münch/P. Kunig (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 64 ff.

Zwar ist es grundsätzlich Sache des Gesetzgebers zu entscheiden, welche Sachverhalte im Rechtssinne gleich sind. Seine Auswahl hat jedoch auch der Gesetzgeber sachgerecht zu treffen²¹. Während § 76a HBO-E Wohnnutzungen in Gebieten zusammenfasst, deren Gemeinsamkeit nur darin besteht, dass Wohnnutzungen hier nicht lediglich ausnahmsweise zulässig sind, hat der Bundesgesetzgeber in der Baunutzungsverordnung eine klare Differenzierung bzgl. der Schutzwürdigkeit von Wohnnutzungen innerhalb verschiedener Gebiete vorgenommen. Das Bundesverwaltungsgericht bezeichnet dieses System der BauNVO als „Kontinuum, an dessen einem Ende der Schutz des Wohnens stark ausgeprägt ist (reines Wohngebiet) und an dessen anderem Ende der ggf. mit massiven Lärmbeeinträchtigungen verbundenen Betätigung ein ausschließlicher Vorrang gebührt (Industriegebiet)“²². Daraus folgt, dass nach Wertung des Bundesgesetzgebers Anwohner in reinen Wohngebieten weniger starke Belästigungen hinzunehmen haben, als Anwohner in Mischgebieten, die auch der Unterbringung bspw. von Gewerbebetrieben und Sportanlagen dienen. Auch die Anwohner in bebauten Bereichen im Außenbereich sind weitaus weniger schutzwürdig als solche in festgesetzten oder faktischen Wohngebieten²³.

Ein hinreichend gewichtiger sachlicher Grund für die Gleichbehandlung der bundesrechtlich als ungleich bewerteten Sachverhalte durch den Gesetzentwurf ist nicht ersichtlich. Die Typisierungsbefugnis des Gesetzgebers wird hier überschritten, was zur Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG führt²⁴.

II. Bestimmung des jeweils maßgeblichen Abstandes (§ 76a Abs. 2 HBO-E)

§ 76a Abs. 2 HBO-E enthält eine technische Regelung mit einer Definition des Höhenbegriffes sowie der Bemessung des jeweils maßgeblichen Abstandes. Ihre Fassung bedingt Auslegungsschwierigkeiten für die korrekte Handhabung in der Planungs- und Genehmigungspraxis.

Nach der Regelung des § 76a Abs. 2 HBO-E ist der Abstand nicht nur zu zulässigerweise errichteten Wohngebäuden in den erfassten Gebieten nach § 76a Abs. 1 HBO-E, sondern auch zu künftig zulässigerweise zu errichtenden Gebäuden zu wahren. Während deren Standort

²¹ BVerfGE 90, 145 (196).

²² BVerwG, Urteil vom 03.05.1996 – 4 B 50.96, Rn. 7.

²³ Bayerischer VGH, Beschluss vom 21.01.2013 – 22 CS 12.2297, Rn. 28; Beschluss vom 05.12.2013 – 22 CS 13.1760, Rn. 26; A. Decker, Vorgaben der Länderöffnungsklausel nach § 249 Abs. 3 BauGB für Windenergieanlagen und deren Planung, ZfBR 2015, 322 (326).

²⁴ So auch bzgl. der auch insoweit identischen bayerischen Regelung in Art. 82 Abs. 1 BayBO E. Albrecht/A. Zschiegner, Landesgesetzliche Abstandsregelungen für Windkraftanlagen nach § 249 III BauGB auf dem rechtlichen Prüfstand, NVwZ 2015, 1093 (1096); kritisch auch W. Würfel/K. Werner, Einführung eines Mindestabstands für Windkraftanlagen – die „10 H-Regelung“ im Freistaat Bayern, BayVBl 2015, 109 (112).

bei überplanten Gebieten i. S. v. § 30 BauGB grundsätzlich noch bestimmt werden kann, richtet sich die Zulässigkeit von Gebäuden in Gebieten gem. § 34 BauGB insbesondere danach, ob sie sich in die nähere Umgebung einfügen. Diese im Einzelfall zu treffende Entscheidung dürfte aber kaum vorhersehbar sein, so dass die durch Planer bspw. einer Konzentrationszone vorzunehmende Bestimmung der Abstände zu den von ihnen festzusetzenden – allerdings nicht grundstücksscharfen – Standorten für Windenergieanlagen mit erheblichen Schwierigkeiten belastet wird. Keine Abhilfe gibt in diesem Zusammenhang die Empfehlung der Entwurfsbegründung, wonach „im Innenbereich gem. § 34 BauGB der Rand der Fläche, die an den Außenbereich grenzt“²⁵ als maßgeblicher Bezugspunkt für die Abstandsbestimmung gewählt werden soll. Zum einen entspricht diese Empfehlung nicht dem Wortlaut der Norm, die ausdrücklich nicht auf Grundstücksgrenzen, sondern auf das „nächstgelegene Wohngebäude“ abstellt. Zum anderen ist es auch durchaus möglich, dass in einem Gebiet nach § 34 BauGB die an den Außenbereich angrenzende Fläche durch ein nicht zur Wohnnutzung vorgesehenes Gebäude besetzt ist, während sich daneben noch eine Fläche befindet, die künftig noch mit Wohngebäuden oder auch anderen Gebäuden bebaut werden könnte.

Hinzu kommt, dass im Rahmen der planerischen Festsetzung von Standorten für Windenergieanlagen regelmäßig nur sehr eingeschränkt die Anlagenmaße später konkret zu errichtender Anlagen bekannt sind. Auch dies wäre aber nötig, wollte man eine exakte Abstandsbestimmung vornehmen.

III. Geltung der 10 H-Regelung auf gemeindefreien Gebieten (§ 76a Abs. 3 HBO-E)

§ 76a Abs. 3 HBO-E dehnt den räumlichen Anwendungsbereich des 10 H-Mindestabstands auf gemeindefreie Flächen aus, soweit hier zu realisierende Windenergievorhaben innerhalb des 10 H-Abstandes zu entsprechenden Wohngebäuden auf dem Gebiet einer angrenzenden Gemeinde liegen würden. Gleichzeitig erhalten so betroffene Gemeinden die Kompetenz, durch Beschluss die Geltung des Mindestabstands aufzuheben und so die Geltung des Privilegierungstatbestands gem. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB wiederherzustellen. Zwar wird eine Beschränkung von Eigentümerrechten in gemeindefreien Gebieten somit schon durch das Gesetz selbst – nach hier vertretener Ansicht in verfassungswidriger Weise – vorgenommen. Die den Gemeinden eingeräumte Kompetenz zum Beschluss über die Wiederherstellung der Privilegierung von Windenergieanlagen wirft jedoch die Frage auf, ob hier nicht in durch die

²⁵ Gesetzentwurf der FDP-Fraktion vom 16.06.2015, Drs. 19/2070, S. 4.

Länderöffnungsklausel nicht gedeckter Weise, eine gemeindliche Kompetenz zu planungsrechtlichem Tun an den verfahrensmäßigen Sicherungen den BauGB vorbei geschaffen wird.

Durch den in § 76a Abs. 3 HBO-E vorgesehenen Beschluss entscheidet eine betroffene Gemeinde über das maßgebliche bauplanungsrechtliche Zulässigkeitsregime von Windenergievorhaben als entweder privilegiertem Vorhaben gem. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB oder aber nicht privilegiertem Vorhaben gem. § 35 Abs. 2 BauGB. Die Gemeinde entscheidet mithin über die konkrete inhaltliche Geltung der planersetzenden Regelung des § 35 BauGB auf bestimmten außerhalb ihres Gemeindegebietes liegenden Flächen. Dies aber stellt der Sache nach eine Bauleitplanung dar, die hier an den Vorschriften des BauGB vorbei ermöglicht wird. Mit diesem hat es der Bundesgesetzgeber nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts gerade ausgeschlossen, dass landesgesetzliche Regelungen eine Bauleitplanung auf gemeindefreiem Gebiet ermöglichen. Es verweist die Länder vielmehr darauf, die Eingemeindung von Flächen zu ermöglichen und so die Möglichkeit der gemeindlichen Bauleitplanung zu schaffen²⁶. Dafür aber, dass mit der Länderöffnungsklausel des § 249 Abs. 3 BauGB eine solche Möglichkeit nun geschaffen werden sollte, ist nichts ersichtlich. Hinzu kommt, dass hier mit § 76a HBO-E eine materielle Bauleitplanung geschaffen wird, ohne gleichzeitig die wegen der Grundrechtsrelevanz solchen Tuns im BauGB geregelten umfangreichen verfahrensrechtlichen Sicherungen sowohl bei der Schaffung als auch bei der Aufhebung von Planungen vorzusehen. Der Regelungsentwurf kann sich insoweit schon nicht auf die durch § 249 Abs. 3 BauGB vermittelte Kompetenz stützen, wird aber auch in inhaltlicher Hinsicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht gerecht.

IV. Fehlende Regelung im Gesetzentwurf zu den Folgen von 10 H für geltende Planungen

Der Gesetzentwurf enthält keine Regelung darüber, welche Auswirkungen die Einführung eines 10 H-Mindestabstandes auf bereits bestehende oder in Aufstellung befindliche künftige Planungen der Gemeinden und Regionalplanungsträger haben soll. Insoweit ist zu prüfen, ob sich die Regelung im Rahmen der durch die Länderöffnungsklausel gem. § 249 Abs. 3 BauGB eröffneten Kompetenz hält.

§ 249 Abs. 3 S. 2 BauGB ordnet an: „Die Einzelheiten, insbesondere [...] zu den Auswirkungen der festgelegten Abstände auf Ausweisungen in geltenden Flächennutzungsplänen und

²⁶ BVerwGE 99, 127 (130/131f.); insoweit unkritisch gegenüber der entsprechenden Regelung in Bayern *W. Würfel/K. Werner*, Einführung eines Mindestabstands für Windkraftanlagen – die „10 H-Regelung“ im Freistaat Bayern, BayVBl 2015, 109 (112).

Raumordnungsplänen *sind* in den Landesgesetzen [...] *zu regeln*²⁷. Dem Wortlaut nach („sind“) ist eine Regelung der Auswirkungen auf die erfassten Planungen obligatorisch. Dies wird auch durch einen systematischen Vergleich mit § 249 Abs. 3 S. 3 BauGB bestätigt. Hiernach wird es den Ländern freigestellt („können [...] regeln“), auch Abweichungen von den festgelegten Abständen zuzulassen. Diese Unterscheidung im Wortlaut der Sätze 1 und 2 spricht ebenfalls für den zwingenden Charakter der Verpflichtung in Satz 2 und gegen eine zufällige Wahl des Wortlauts. Da der vorliegende Gesetzentwurf eine solche Regelung aber nicht enthält, verstößt er schon insoweit gegen die bundesrechtlichen Vorgaben.

Dieses Ergebnis wird auch durch die Genese von § 249 Abs. 3 BauGB bestätigt. Während erste Entwürfe noch eine Regelung über den Schutz bestehender Flächennutzungs- und Raumordnungsplanungen in der bundesrechtlichen Norm vorsahen²⁸, entschied sich der Bundesgesetzgeber letztlich gegen die Aufnahme einer Bestandsschutzregelung und verpflichtete stattdessen die Landesgesetzgeber zur Regelung dieser Problematik²⁹. Zwar handelt es sich bei den landesrechtlichen Regelungen i. S. v. § 249 Abs. 3 BauGB auch um Regelungen zur Änderung des BauGB, so dass bei der Beurteilung der Auswirkungen auf bestehende Planungen auch ohne jede hierzu ergangene Bestandsschutzregelung § 233 Abs. 3 BauGB zu beachten wäre. Wohl auch aus Unsicherheit über dessen Rechtsfolgen im Einzelnen verlangt die Länderöffnungsklausel aber eine ausdrückliche Regelung der relevanten Fragen im Rahmen der Landesregelungen, um ein hinreichendes Maß an Rechtssicherheit zu gewährleisten.

Wegen der Nichtregelung der Folgen für bestehende kommunale Planungen ist es auch nicht hilfsweise möglich, abschließend zu beurteilen, inwieweit der Gesetzentwurf die kommunale Planungshoheit, geschützt durch Art. 28 Abs. 2 GG, wahrt.³⁰ Der Bundesgesetzgeber dürfte mit der Verpflichtung der Länder zur Regelung dieser Frage einen Rückgriff auf § 233 Abs. 3 BauGB über die Fortgeltung von aufgrund bisheriger Fassungen des BauGB erlassenen Plänen jedenfalls ausgeschlossen haben. Sicher ist insoweit nur, dass der räumliche Anwendungsbereich für das Instrument der Konzentrationszonenplanung i. S. v. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB auf Flächennutzungsplanebene für künftige Planungen beschränkt wird, da dieses

²⁷ Hervorhebung durch die Verfasser.

²⁸ Vgl. zum Entwurf des BMUB vom 3.2.2014 *W. Söfker*, in: *W. Ernst/W. Zinkahn/W. Bielenberg/M. Krautzberger* (Hrsg.), *BauGB*, 118 EL 2015, § 249 Rn. 53.

²⁹ Ebenso *W. Söfker*, in: *W. Ernst/W. Zinkahn/W. Bielenberg/M. Krautzberger* (Hrsg.), *BauGB*, 118 EL 2015, § 249 Rn. 53.

³⁰ Diese Frage stellt sich auch für Hessen. Zwar findet die Konzentrationszonenplanung ganz überwiegend auf Regionalplanungsebene statt. Zum einen ist diese aber teils, wie im Falle des Regionalplans Südhessen/Regionaler Flächennutzungsplan des Regionalverbands FrankfurtRheinMain, mit der kommunalen Bauleitplanung zusammengeführt, zum anderen besteht auch in Hessen von Gesetzes wegen dort die Möglichkeit kommunaler Konzentrationszonenplanung, wo entsprechende raumordnerische Vorgaben nicht abschließend bestehen oder durch Gerichte aufgehoben wurden.

Instrument gem. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB nur für privilegierte Vorhaben anwendbar ist und die Privilegierung von Windenergievorhaben innerhalb des 10 H-Abstandes gerade wegfällt. Für die Zukunft entfällt in diesem räumlichen Bereich jedoch auch der Bedarf für Konzentrationszonenplanung, mit der den Kommunen ein Instrument gerade zur Kompensation des durch die Privilegierung von Windenergieanlagen bewirkten Eingriffs in ihre Planungshoheit gegeben wurde. Da aber mangels Regelung unklar bleibt, inwieweit existierende Konzentrationszonenplanungen innerhalb und außerhalb des 10 H-Abstandes fortbestehen, obwohl sie auf der Grundlage einer zeitlich unbegrenzten Privilegierung vorgenommen wurden oder ob sie nun unwirksam sind, weil sich die Interessengewichtung innerhalb des zugrundeliegenden gesamträumlichen Planungskonzepts verschoben hat, lassen sich die Folgen für die kommunalen Planungsträger letztlich nicht absehen. Hiervon hängt es nämlich ab, inwieweit die Kommunen mittels Bebauungsplanungen neues Baurecht innerhalb des 10 H-Abstands für Windenergieanlagen schaffen müssen, sollten sie diesen unterschreiten wollen. Sollten Konzentrationszonenpläne weitergehend auch außerhalb des 10 H-Abstandes unwirksam sein, müssten die Planungsträger – neben den Kommunen auch die Regionalplanungsträger – auch diese Planungen neu vornehmen und wären mit den dann frustrierten Kosten für Altplanungen und den erforderlichen Kosten für Neuplanungen belastet und entsprechend in rechtfertigungsbedürftiger Weise in ihrer Planungshoheit beeinträchtigt.

V. Die Übergangsregelung (§ 76b HBO-E)

§ 76b HBO-E schließlich enthält eine Übergangsregelung nach der die 10 H-Regelung des § 76a HBO-E auf solche Vorhaben keine Anwendung findet, für die vor Ablauf des 30. Juni 2015 bei der zuständigen Behörde ein vollständiger Antrag auf Genehmigung abgegeben wurde. Fraglich erscheint hier, ob damit bereits getätigten Investitionen ein hinreichender Schutz gewährt wird.

Nach allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts ist bei Entscheidungen über die Zulässigkeit eines Vorhabens wie einer Windenergieanlage der Zeitpunkt für die Bestimmung der maßgeblichen Rechtslage der Zeitpunkt der Entscheidung selbst³¹. Die Regelung des § 76b HBO-E geht in dem durch sie gewährleisteten Schutz des Vertrauens auf ein Fortbestehen der bisherigen Rechtslage weiter und ordnet die Anwendung der bisherigen Rechtslage auch bei Entscheidungen über solche Vorhaben an, die zwar erst nach einem Inkrafttreten der 10 H-Regelung beschieden werden, deren Antragsunterlagen aber bereits vor Ablauf des 30. Juni 2015 vollständig bei der Genehmigungsbehörde eingegangen waren. Insoweit

³¹ Für die immissionsrechtliche Genehmigung *H. D. Jarass*, *BImSchG*, 10. Aufl. 2013, § 6 Rn. 4.

stellt die Regelung des § 76b Vorhabenträger also besser als sie nach allgemeinen Grundsätzen stehen würden.

Angesichts der langen Planungs- und Verfahrensdauer³² bis zur Bescheidung eines Antrags auf Genehmigung einer Windenergieanlage sowie eingedenk der staatlichen Bemühungen – namentlich der Regelungen des EEG und auch der Schaffung der allgemeinen Privilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich – zur Anreizung von Investitionen in den Ausbau der Windenergie, könnte jedoch ein weitergehender Vertrauensschutz angezeigt sein³³. Mit Blick auf die verfassungsrechtliche Rechtsprechung zu den Anforderungen an gesetzliche Regelungen mit sog. „unechter Rückwirkung“³⁴ könnte deshalb schon die Einleitung eines Verfahrens auf Genehmigung von Windenergieanlagen und die damit verbundenen Investitionen als ein „ins Werk setzen“ des Vertrauens auf den Fortbestand einer gesetzlichen Regelung betrachtet werden und dieses Vertrauen könnte deshalb unter Abwägung der durch die 10 H-Regelung potentiell möglichen Nachteile für Vorhabenträger (Unzulässigkeit des zunächst potentiell zulässigen Vorhabens) und Grundstückseigentümer mit dem öffentlichen Interesse an der Umgestaltung des Rechtsrahmens in seiner Schutzwürdigkeit überwiegen. Zu beachten ist aber, dass der Gesetzgeber unter diesen Voraussetzungen nur noch sehr eingeschränkt und mit großem zeitlichen Vorlauf steuernd auf Wandlungsprozesse wie die Energiewende Einfluss nehmen könnte oder jedenfalls hohe Entschädigungsverpflichtungen eingehen müsste, so dass einmal getätigte Entscheidungen kaum noch rückgängig gemacht werden könnten.

³² Vgl. hierzu die empirische Untersuchung der Fachagentur Windenergie an Land, Dauer und Kosten des Planungs- und Genehmigungsprozesses von Windenergieanlagen an Land, 2015, abrufbar unter: www.fachagentur-windenergie.de.

³³ Zur entsprechenden Diskussion für Vergütungsregelungen des EEG als besonderem Vertrauenstatbestand, F. Sailer/K. Kantenwein, in: J. Reshöft/A. Schäfermeier (Hrsg.), EEG, 4. Aufl. 2014, Einleitung Rn. 196.

³⁴ Vgl. BVerfGE 105, 17, 37.

Anhang 1: Synopse § 76a f. HBO-E sowie Art. 82 f. BayBO

Gegenüberstellung des Gesetzentwurfes zu § 76a und § 76b der Hessischen Bauordnung (HBO-E) der Fraktion der FDP vom 16.06.2015 (Lt-Drs. 19/2070) und Art. 82 und 83 der Bayerischen Bauordnung mit Stand (BayBO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. August 2007, Stand: letzte berücksichtigte Änderung: Inhaltsübersicht und Art. 84 geändert (§ 3 G.v. 24.7.2015, 296).

§ 76a HBO-E	Art. 82 BayBO
(1) § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB findet auf Vorhaben, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen, nur Anwendung, wenn diese Vorhaben einen Mindestabstand vom Zehnfachen ihrer Höhe zu Wohngebäuden in Gebieten mit Bebauungsplänen (§ 30 BauGB), innerhalb im Zusammenhang bebauter Ortsteile (§ 34 BauGB) – sofern in diesen Gebieten Wohngebäude nicht nur ausnahmsweise zulässig sind – und im Geltungsbereich von Satzungen nach § 35 Abs. 6 BauGB einhalten.	(1) § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB findet auf Vorhaben, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen, nur Anwendung, wenn diese Vorhaben einen Mindestabstand vom 10-fachen ihrer Höhe zu Wohngebäuden in Gebieten mit Bebauungsplänen (§ 30 BauGB), innerhalb im Zusammenhang bebauter Ortsteile (§ 34 BauGB) – sofern in diesen Gebieten Wohngebäude nicht nur ausnahmsweise zulässig sind – und im Geltungsbereich von Satzungen nach § 35 Abs. 6 BauGB einhalten.
(2) Höhe im Sinn des Abs. 1 ist die Nabenhöhe zuzüglich Radius des Rotors. Der Abstand bemisst sich von der Mitte des Mastfußes bis zum nächstgelegenen Wohngebäude, das im jeweiligen Gebiet im Sinn des Abs. 1 zulässigerweise errichtet wurde bzw. errichtet werden kann.	(2) Höhe im Sinn des Abs. 1 ist die Nabenhöhe zuzüglich Radius des Rotors. Der Abstand bemisst sich von der Mitte des Mastfußes bis zum nächstgelegenen Wohngebäude, das im jeweiligen Gebiet im Sinn des Abs. 1 zulässigerweise errichtet wurde bzw. errichtet werden kann.
(3) Soll auf einem gemeindefreien Gebiet ein Vorhaben nach Abs. 1 errichtet werden und würde der in Abs. 1 beschriebene Mindestabstand auch entsprechende Wohngebäude auf dem Gebiet einer Nachbargemeinde einschließen, gilt hinsichtlich dieser Gebäude der Schutz der Abs. 1 und 2, solange und soweit die Gemeinde nichts anderes in einem ortsüblich bekannt gemachten Beschluss feststellt.	(3) Soll auf einem gemeindefreien Gebiet ein Vorhaben nach Abs. 1 errichtet werden und würde der in Abs. 1 beschriebene Mindestabstand auch entsprechende Wohngebäude auf dem Gebiet einer Nachbargemeinde einschließen, gilt hinsichtlich dieser Gebäude der Schutz der Abs. 1 und 2, solange und soweit die Gemeinde nichts anderes in einem ortsüblich bekannt gemachten Beschluss feststellt.
	(4) Abs. 1 und 2 finden keine Anwendung, 1. wenn in einem Flächennutzungsplan für Vorhaben der in Abs. 1 beschriebenen Art vor dem 21.

	<p>November 2014 eine Darstellung für die Zwecke des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erfolgt ist,</p> <p>2. soweit und sobald die Gemeinde der Fortgeltung der Darstellung nicht bis 21. Mai 2015 in einem ortsüblich bekannt gemachten Beschluss widerspricht und</p> <p>3. soweit und sobald auch eine betroffene Nachbargemeinde der Fortgeltung der Darstellung nicht bis 21. Mai 2015 in einem ortsüblich bekannt gemachten Beschluss widerspricht; als betroffen gilt dabei eine Nachbargemeinde, deren Wohngebäude in Gebieten im Sinn des Abs. 1 in einem geringeren Abstand als dem 10-fachen der Höhe der Windkraftanlagen, sofern der Flächennutzungsplan jedoch keine Regelung enthält, maximal in einem Abstand von 2 000 m, stehen.</p>
	<p>(5) Bei der Aufstellung von Bauleitplänen, die für Vorhaben nach Abs. 1 einen geringeren als den dort beschriebenen Mindestabstand festsetzen wollen, ist im Rahmen der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB auf eine einvernehmliche Festlegung mit betroffenen Nachbargemeinden hinzuwirken. Abs. 4 Nr. 3 Halbsatz 2 gilt entsprechend.</p>
	<p>(6) Die Frist nach § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 Buchst. c BauGB ist nicht anzuwenden.</p>
§ 76b HBO-E	Art. 83 BayBO
<p>Soweit vor Ablauf des 30. Juni 2015 bei der zuständigen Behörde ein vollständiger Antrag auf Genehmigung von Anlagen zur Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie eingegangen ist, findet § 76a keine Anwendung.</p>	<p>(1) Soweit vor Ablauf des 4. Februar 2014 bei der zuständigen Behörde ein vollständiger Antrag auf Genehmigung von Anlagen zur Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie eingegangen ist, finden Art. 82 Abs. 1 und 2 keine Anwendung.</p>
	<i>[Art. 84 S. 3 BayBO (inzwischen aufgehoben)]</i>
	<i>[Art. 83 Abs. 1 tritt mit Ablauf des 31. Dezember 2015 außer Kraft.]</i>

Anhang 2: Bibliographische Angaben zu thematisch einschlägigen Veröffentlichungen der Stiftung Umweltenergierecht

- V. Fülbier/A.-M. Grüner/F. Sailer/N. Wegner*, Die Länderöffnungsklausel im BauGB und ihre Umsetzung in Bayern, in: Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 8, Hintergrundpapier vom 29.07.2014, abrufbar unter: http://www.stiftung-umweltenergierecht.de/fileadmin/pdf_aushaenge/Forschung/WueBerichte_8_BauGB-Laenderoeffnungsklausel_Wind_final.pdf
- V. Fülbier/N. Wegner*, Die 10-H-Abstandsregelung für Windenergieanlagen – zur Umsetzung der Länderöffnungsklausel in Bayern, Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR) 2015, S. 149-156
- A.-M. Grüner*, Die Länderöffnungsklausel im BauGB, NVwZ 2015, S. 108-112
- M. Raschke*, Abstände zu Windenergieanlagen – pauschaler Schutz der Anwohner, ZfBR 2013, S. 632-638
- N. Wegner*, Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung zur Planung von Windkonzentrationszonen – Zugleich Besprechung der Urteile des OVG Schleswig vom 20.1.2015, ZUR 2015, S. 468-476.