

Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht

Die Länderöffnungsklausel im BauGB und ihre Umsetzung in Bayern

*Neue Möglichkeiten für die Bundesländer
zur Einschränkung der Außenbereichsprivilegierung
durch pauschale Abstandsregelungen*

Hintergrundpapier

erstellt von

*Viktoria Fülbier, Anna-Maria Grüner,
Frank Sailer und Nils Wegner*

Entstanden im Rahmen der Forschungsvorhaben:

„Instrumente für eine verbesserte räumliche Steuerung der Energieerzeugung aus erneuerbaren Energien“ (IRSEE – FKZ 0325599B)

„Windenergierecht – Planung, Genehmigung und Förderung im Föderalismus“ (WindPlan – FKZ 03MAP307)

Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

8

29.07.2014

Zitiervorschlag: *Viktoria Fülbier/Anna-Maria Grüner/Frank Sailer/Nils Wegner*, Die Länderöffnungsklausel im BauGB und ihre Umsetzung in Bayern, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 8 vom 29.07.2014.

Stiftung Umweltenergierecht

Ludwigstraße 22

97070 Würzburg

Telefon +49 931 79 40 77-0

Telefax +49 931 79 40 77-29

E-Mail fuelbier@stiftung-umweltenergierecht.de
gruener@stiftung-umweltenergierecht.de
sailer@stiftung-umweltenergierecht.de
wegner@stiftung-umweltenergierecht.de

Internet www.stiftung-umweltenergierecht.de

Vorstand: Thorsten Müller und Fabian Pause, LL.M. Eur. • Stiftungsrat: Prof. Dr. Helmuth Schulze-Fielitz und Prof. Dr. Franz Reimer

Bankverbindung: Sparkasse Mainfranken Würzburg • Konto 46 74 31 83 • BLZ 790 500 00 • IBAN DE16790500000046743183 • BIC BYLADEM1SW

Inhaltsverzeichnis

A. Zusammenfassung	1
B. Die Länderöffnungsklausel im BauGB	2
I. Überblick	2
II. Kompetenzfragen der Länderöffnungsklausel	3
1. Ausreichende Gesetzgebungskompetenz des Bundesgesetzgebers	3
2. Zulässige „Rückübertragung“ der Bundeskompetenz auf die Länder	4
3. Reichweite der Übertragung der Privilegierungsentscheidung und „substantiell Raum schaffen“	5
III. Kein Verstoß gegen den Grundsatz der „Einheit der Rechtsordnung“	6
IV. Kein Eingriff in die kommunale Planungshoheit	7
C. Die Umsetzung in Bayern	8
I. Überblick	8
II. Rechtliche Bewertung des 10-H-Abstands.....	9
1. Optisch-bedrängende Wirkung als ausreichende Begründung?	9
2. Einheitliche Abstände als unzulässige Gleichbehandlung?	10
3. Abstandsbestimmung im unbeplanten Innenbereich?.....	12
4. Auswirkungen der 10-H-Regelung auf die Konzentrationszonenplanung?	13
III. Rechtliche Bewertung der Stichtagsregelung	14
IV. Einwirkung auf bestehende Planungen	15
V. Das Zustimmungserfordernis der Nachbargemeinde	16

A. Zusammenfassung

Mit der vom Bundestag beschlossenen Fassung einer Länderöffnungsklausel als künftigem § 249 Abs. 3 BauGB bekommen die Länder die Möglichkeit, den räumlichen Geltungsbereich der Außenbereichsprivilegierung für die Windenergie neu zu bestimmen. Die Regelung ist verfassungsrechtlich zulässig, insbesondere hat der Bundesgesetzgeber hierzu die Gesetzgebungskompetenz. In ihrer letzten Fassung setzt sie den Ländern bei der Entscheidung über die Reichweite der „Entprivilegierung“ kaum inhaltliche Grenzen. Diese ergeben sich vielmehr lediglich aus dem von der Verfassung vorgegebenen und die Länder bei der Umsetzung bindenden Rahmen.

Der von der Bayerischen Staatsregierung in den Landtag eingebrachte Entwurf zur Umsetzung der Länderöffnungsklausel über einen 10-H-Abstand zur Wohnbebauung soll die Außenbereichsprivilegierung der Windenergie einschränken. Die Regelung führt zu Auslegungs- und Anwendungsschwierigkeiten und wirft verfassungsrechtliche Fragen auf. So erscheint bereits fraglich, ob der damit verfolgte Zweck der Abwehr einer optisch-bedrängenden Wirkung von Windenergieanlagen – wogegen ohnehin bereits über das Rücksichtnahmegebot im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren Schutz gewährt wird – einen Abstand von 10 H rechtfertigt und damit die Beschränkung der baulichen Grundstücksnutzung trägt. Dies gilt auch für den ebenfalls angeführten Schutz des Natur- und Landschaftsbildes, dürfte die angekündigte Regelung doch den Druck auf siedlungsferne, landschaftlich attraktive Flächen eher erhöhen. Auch die Gleichbehandlung verschiedener Baugebietstypen durch den Entwurf erscheint ebenso wie die Stichtagsregelung verfassungsrechtlich nicht unbedenklich.

Mit Inkrafttreten der Regelung wird in Zukunft eine verstärkte aktive Ausweisung von Bauflächen für Windkraftanlagen durch die Kommunen nötig sein, um innerhalb des 10-H-Abstands das insoweit verloren gehende Instrument der Konzentrationszonenplanung zu kompensieren. Diese Möglichkeit fehlt jedoch für Flächen in gemeindefreien Gebieten. Die Einwirkung auch auf bereits bestehende Flächennutzungspläne zwingt zudem Gemeinden zu erheblichen Neuplanungen, was – wie auch das den Nachbargemeinden eingeräumte Vetorecht – im Hinblick auf die kommunale Planungshoheit nicht unproblematisch erscheint. Hiervon sollte Bayern wieder Abstand nehmen. Wird die Regelung wie angekündigt umgesetzt, werden sich außerdem Planungsträger in anderen Bundesländern zukünftig dem Einwand ungleicher Schutzniveaus ausgesetzt sehen, was der Akzeptanz der Windenergie bundesweit insgesamt eher schaden dürfte.

B. Die Länderöffnungsklausel im BauGB

I. Überblick

Die Nutzung von Windenergie an Land ist eine zentrale Säule der Strategie Deutschlands für den weiteren Ausbau der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien¹. Im Energiekonzept der Bundesregierung wird hier kurz- und mittelfristig das wirtschaftlichste Ausbaupotential im Bereich erneuerbarer Energien gesehen². Beim Ausbau der Windenergie kommt dabei der Akzeptanz der Bevölkerung hohe Bedeutung zu³.

Mit einer Länderöffnungsklausel im BauGB soll es den Bundesländern ermöglicht werden, die bauplanungsrechtliche Privilegierung für Windenergie im Außenbereich einzuschränken und hierdurch gewisse Abstände zwischen der Windenergie und der (Wohn-)Bebauung festzulegen. Nach Vorbringen und Diskussion verschiedener Gesetzesentwürfe durch die Länder Sachsen⁴ und Bayern/Sachsen⁵ wurde im Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD vom 16.12.2013 schließlich vereinbart, eine Länderöffnungsklausel auf Bundesebene zu verankern⁶. Nach zwei Referentenentwürfen des *BMUB* beschloss das Bundeskabinett am 08.04.2014 nachstehenden Gesetzentwurf⁷, der über einen neuen § 249 Absatz 3 BauGB den Ländern fortan die Einschränkung der Außenbereichsprivilegierung der Windenergie über Mindestabstände zu baulichen Nutzungen ermöglichen soll:

„Die Länder können durch bis zum 31. Dezember 2015 zu verkündende Landesgesetze bestimmen, dass § 35 Absatz 1 Nummer 5 auf Vorhaben, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen, nur Anwendung findet, wenn sie einen bestimmten Abstand zu den im Landesgesetz bezeichneten zulässigen baulichen Nutzungen einhalten. Die Einzelheiten, insbesondere zur Abstandsfestlegung und zu den Auswirkungen der festgelegten Abstände auf Ausweisungen in geltenden Flächennutzungsplänen und Raumordnungsplänen, sind in den Landesgesetzen nach Satz 1 zu regeln. Die Länder können in den Landesgesetzen nach Satz 1 auch Abweichungen von den festgelegten Abständen zulassen.“

¹ Vgl. *Bundesregierung*, Energiekonzept für eine umweltschonende, zuverlässige und bezahlbare Energieversorgung, Oktober 2011, S. 6 f., 9; *Schlesinger/Lindenberger/Lutz u. a.*, Energieszenarien für ein Energiekonzept der Bundesregierung, August 2010, S. 109 ff.

² *Bundesregierung*, Energiekonzept für eine umweltschonende, zuverlässige und bezahlbare Energieversorgung, Oktober 2011, S. 9.

³ Näher hierzu *J. Zoellner/P. Schweizer-Ries/I. Rau*, Akzeptanz Erneuerbarer Energien, in: T. Müller (Hrsg.), 20 Jahre Recht der Erneuerbaren Energien, 2012, S. 91 ff.

⁴ Gesetzesantrag des Freistaates Sachsen, BR-Drs. 206/13.

⁵ Gesetzesantrag der Freistaaten Bayern und Sachsen, BR-Drs. 569/13; hierzu auch *M. Raschke*, Abstände zur Windenergieanlagen – pauschaler Schutz der Anwohner?, *ZfBR* 2013, 632, 636.

⁶ Detailliert zur Historie *M. Raschke*, Privilegierter Föderalismus – Länderöffnungsklausel im BauGB?, *NVwZ* 2014, 414, 414 f.; *A. Scheidler*, Die Windkraft-Länderöffnungsklausel im BauGB und ihre Umsetzung in Bayern – eine Betrachtung der ersten Gesetzesentwürfe, *UPR* 2014, 214, 214 f.

⁷ BT-Drs. 18/1310, S. 5.

Angesichts der gewachsenen Gesamthöhe von Windenergieanlagen ist nach der Gesetzesbegründung primärer Zweck dieser Regelung die Verbesserung der Akzeptanz von Windenergieanlagen, welche vielfach von der Entfernung solcher Anlagen zu Wohnnutzungen abhinge⁸. Darüber hinaus solle die Regelung der unterschiedlichen topographischen Ausgangslage in den einzelnen Bundesländern Rechnung tragen. Den Ländern soll daher bei der Privilegierung für Windenergieanlagen sowohl hinsichtlich der Einführung und der Reichweite einer Abstandsregel als auch der Größe des Abstandes ein Spielraum eingeräumt werden⁹. So wird die Festsetzung der Abstände gänzlich in die Hände der Länder gelegt. Die dadurch ermöglichten Landesregeln müssen dabei keine starren Abstandsregelungen beinhalten. § 249 Abs. 3 S. 3 BauGB n. F. sieht eine ausdrückliche Abweichungsmöglichkeit der Länder von den zuvor festgelegten Abständen vor. Dabei wird den Ländern ermöglicht, Abstandsregelungen zu jeder Art von (zulässiger) baulicher Nutzung festzuschreiben. Dafür gilt allerdings eine Frist bis zum 31. Dezember 2015. Sofern ein Land von der Länderöffnungsklausel Gebrauch gemacht hat, ist es nach Fristablauf nicht daran gehindert, seine Regelung zu ändern (z.B. den Abstand zu verkleinern oder zu vergrößern) oder wieder aufzuheben.

Der Bundesrat sah für die Einführung einer Länderöffnungsklausel kein Bedürfnis und stand daher der Regelung ablehnend gegenüber¹⁰, hat aber dennoch von der Anrufung des Vermittlungsausschusses abgesehen¹¹.

II. Kompetenzfragen der Länderöffnungsklausel

Das nunmehr beschlossene Gesetz zur Änderung des BauGB ist kompetenzrechtlich zulässig. Die vorgetragenen Bedenken greifen jedenfalls hinsichtlich der letztlich beschlossenen Fassung der Länderöffnungsklausel im BauGB nicht durch. Weder fehlt dem Bund die Gesetzgebungskompetenz (dazu 1) noch ist es ihm verwehrt, den Ländern diese in Teilen „zurück zu übertragen“ (dazu 2). Auch gegen die dem Landesgesetzgeber eröffnete Möglichkeit einer „ungezügelter“ Entprivilegierung von Windenergieanlagen bestehen wohl keine rechtlichen Einwände (dazu 3.).

1. Ausreichende Gesetzgebungskompetenz des Bundesgesetzgebers

Das Gesetz zur Länderöffnungsklausel fußt mit Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG (Bodenrecht) auf einer zulässigen Kompetenzgrundlage des Bundesgesetzgebers. Die vorgebrachte Kritik, die eine

⁸ BT-Drs. 18/1310, S. 6.

⁹ Ebd.

¹⁰ BR-Drs. 155/1/14; BR-Drs. 155/14 (Beschluss); zur Gegenäußerung der Bundesregierung BT-Drs. 18/1580, S. 2.

¹¹ BR-Drs. 294/14.

ausreichende Gesetzgebungskompetenz des Bundes mangels klarer städtebaulicher Zielrichtung bezweifelt¹², greift nicht durch. Zwar würde eine bauordnungsrechtliche Abstandsvorschrift als Ausfluss baupolizeilicher Gefahrenabwehr¹³ nach Art. 30, 70 Abs. 1 GG in den originären Zuständigkeitsbereich der Länder fallen und könnte daher vom Bund nicht auf die Länder „übertragen“ werden. Maßgeblich ist insoweit jedoch der materielle Gehalt einer Vorschrift¹⁴. Die Außenbereichsprivilegierung und ihr Umfang sind eine bauplanerische Entscheidung des Bundes zur planerischen Steuerung möglicher Nutzungskonflikte und damit dem Kompetenzbereich des Bundes gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG zuzuordnen¹⁵.

2. Zulässige „Rückübertragung“ der Bundeskompetenz auf die Länder

Der Bund kann die ihm nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG zukommende Gesetzgebungskompetenz auch in Teilen auf die Länder „zurückübertragen“. Dass Ermächtigungen zu Gunsten der Landesgesetzgebung mit der Systematik des Art. 72 Abs. 1 GG nicht vereinbar sein sollen, da diese eine falsche und damit letztlich unzulässige Analogie zu Art. 71 GG darstellten¹⁶, kann nicht überzeugen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist der Bundesgesetzgeber im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung berechtigt, über die Schaffung von Länderöffnungsklauseln die Länder zu ermächtigen, eigene Regelungen zu schaffen¹⁷ (vgl. auch z.B. § 245b Abs. 2 BauGB), und zwar auch dann, wenn der Bund – wie hier – mit dem Erlass des BauGB von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht hat und die Länder gem. Art. 72 Abs. 1 GG dadurch ihre Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Bodenrechts verloren haben¹⁸. Dies gilt ebenso für den Fall, dass wie bei der Länderöffnungsklausel den Ländern nur Teilbereiche zur Eigenregelung übertragen werden¹⁹.

¹² BWE (Bundesverband WindEnergie), Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Länderöffnungsklausel zur Vorgabe von Mindestabständen zwischen Windenergieanlagen und Wohnnutzungen vom 19.03.2014, S. 9 ff.; abrufbar unter: <http://www.wind-energie.de/sites/default/files/attachments/page/planung/bwe-stellungnahme-referentenentwurf-baugb-ss249.pdf> (Aufruf v. 23.07.2014).

¹³ Für Bayern etwa Art. 6 BayBO.

¹⁴ BVerwGE 40, 94, 96; H. Schwarzer/H. König, Bayerische Bauordnung, 4. Aufl. 2012, Art. 6 Rn. 6.

¹⁵ F. Böckh, Geht Länderöffnungsklausel zu weit? Mindestabstand zu Windenergieanlagen für jede bauliche Nutzung geplant, in: Publicus 2014.5, S. 8, abrufbar unter: www.publicus-boorberg.de/sixcms/detail.php?&template=pub_artikel&gsid=boorberg01.c.275819.de (Aufruf v. 23.07.2014); allgemein zur dieser Unterscheidung H. Schwarzer/H. König, Bayerische Bauordnung, 4. Aufl. 2012, Art. 6 Rn. 4 ff.; H.-J. Koch/R. Hender, Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, 5. Aufl. 2009, § 23 Rn. 1; C. Seiler, in: V. Epping/C. Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz, 2. Aufl. 2013, Art. 74 Rn. 66 ff.; vertieft zur Abgrenzung B. Haaß, Bauplanungsrechtliche Regelungen im Gewande bauordnungsrechtlicher Vorschriften, NVwZ 2008, S. 252 ff.

¹⁶ So allgemein S. Oeter, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.), GG, Bd. II, 2010, Art. 72 Rn. 60 ff. m.w.N.

¹⁷ Vgl. z.B. BVerfGE 83, 24, 30.

¹⁸ Ebd.

¹⁹ F. Böckh, Geht Länderöffnungsklausel zu weit? Mindestabstand zu Windenergieanlagen für jede bauliche Nutzung geplant, in: Publicus 2014.5, S. 8, abrufbar unter: www.publicus-boorberg.de/sixcms/detail.php?&template=pub_artikel&gsid=boorberg01.c.275819.de (Aufruf v. 23.07.2014) mit Hinweis auf den Beschluss des BVerfG v. 09.05.1973, Az. BvL 43/71, BVerfGE 35, 65; a. A. J. Bringewat, Geplante Länderöffnungsklausel zu Abstandsregelungen für Windenergieanlagen verfassungsgemäß?, Offenes juristisches Informationsprojekt, 10.04.2014, abrufbar unter: www.jurop.org/baurecht/geplante-laenderoeffnungsklausel-zu-abstandsregelungen-fuer-windenergieanlagen-verfassungsgemaess/ (Aufruf v. 24.07.2014).

3. Reichweite der Übertragung der Privilegierungsentscheidung und „substantiell Raum schaffen“

Die Länderöffnungsklausel gibt den Ländern eine Teilkompetenz zur „ungezügelter“ abstandsbezogenen „Entprivilegierung“²⁰ von Windenergieanlagen. Zwar gilt auch nach Einführung der Länderöffnungsklausel im Grundsatz die Privilegierung aus § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB fort. Die Entscheidung über das *Ob* der Privilegierung (Vollkompetenz) verbleibt also nach wie vor beim Bund. Dafür spricht auch, dass der ursprüngliche Gesetzesentwurf Sachsens, der noch auf die gänzliche Abschaffung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB abzielte²¹, nicht umgesetzt wurde. Folglich wird den Ländern die Entscheidung über die Privilegierung nunmehr einerseits nicht vollständig übertragen. Es wird ihnen jedoch andererseits die Teilkompetenz zur abstandsbezogenen Entprivilegierung, also die Entscheidung über das *Wie* der Privilegierung eingeräumt. Dies geschieht wiederum in der Form, dass den Ländern durch das Setzen von Abständen ermöglicht wird, die Privilegierung gleichsam gänzlich „ungültig“ werden zu lassen. So verzichtet der Wortlaut des letztendlich beschlossenen Gesetzes, anders als noch der Vorgänger-Entwurf, auf das Erfordernis „angemessener“ Abstände. Begrenzungen finden die Entprivilegierungsregelungen der Länder damit allenfalls im allgemeinen Verfassungsrecht²².

In der Folge lässt sich hieraus jedoch nicht – wie teilweise gefolgert²³ – herleiten, dass der Landesgesetzgeber in Ausübung seiner Kompetenz zur Entprivilegierung an das vom Bundesverwaltungsgericht entwickelte Erfordernis, der Windenergie „*in substantieller Weise Raum [zu] schaffen*“²⁴ gebunden ist. Die Privilegierung aus § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB steht in einem Spannungsfeld zu § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB, der der Gemeinde ermöglicht, Windenergieanlagen

²⁰ Zum Begriff der „Entprivilegierungsregel“ siehe *M. Kment*, Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Staatsregierung zur Änderung der Bayerischen Bauordnung, 25.06.2014, S. 9, abrufbar unter http://www.martin-stuempfig.de/uploads/media/Prof_Kment.pdf (Aufruf vom 21.07.2014).

²¹ „Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf sollen die Länder die Möglichkeit erhalten, **selbst darüber zu entscheiden**, ob in ihrem Landesgebiet die Windkraftanlagen weiterhin **in den Genuss der bauplanungsrechtlichen Privilegierung** mit all den damit verbundenen Folgewirkungen kommen.“, vgl. BR-Drs. 206/13, S. 3 (Hervorhebungen durch Verfasser).

²² Siehe dazu unten zur bayerischen Umsetzung.

²³ So aber *U. Battis*, Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit am 21. Mai 2014, abrufbar unter: www.bundestag.de/blob/279702/491dab8b5b4818e14e48e388f2e142fb/stellungnahme---prof--em--dr--dr--h-c--ulrich-battis-data.pdf (Aufruf v. 23.07.2014); ebenso *M. Maslaton/H. Jakobi*, Legal Opinion. Beurteilung eines landesgesetzlichen „10 H-Mindestabstandes“ von Windenergieanlagen zu Wohnnutzung auf Grundlage einer „Länderöffnungsklausel“ im BauGB unter Berücksichtigung auf Landesebene geplanter Stichtags-Regelungen, S. 10, abrufbar unter: www.gruene-fraktion-bayern.de/sites/default/files/landtagsfraktion_der_gruenen_im_bayerischen_landtag_gutachten_10_04_14.pdf (Aufruf v. 01.07.2014); *M. Kment*, Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Staatsregierung zur Änderung der Bayerischen Bauordnung, 25.06.2014, S. 9, abrufbar unter http://www.martin-stuempfig.de/uploads/media/Prof_Kment.pdf (Aufruf vom 21.07.2014).

²⁴ BVerwG, Urt. v. 17.12.2002, - 4 C 15/01, Abs. 29.

an einem bestimmten Standort zu konzentrieren und im übrigen Außenbereich auszuschließen. Diese „planerische Kontingentierung“²⁵ ist nach der Rechtsprechung aber nur dann gerechtfertigt, wenn für die Windenergienutzung „in substantieller Weise Raum [ge]schaffen“²⁶ wird. Das Erfordernis des Substantiell-Raum-Verschaffens ist dabei als spezielle Ausprägung des Verbots der Verhinderungsplanung zu verstehen, das durch die weitreichende Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB geboten ist²⁷. Deshalb spielt es auch bei anderen Planungen als bei der von Konzentrationszonen (und teilweise bei Bebauungsplänen²⁸) keine Rolle, selbst wenn der Windenergie dann an dieser Stelle keine Entwicklungsmöglichkeit mehr gegeben wäre.²⁹

Zwar wird auch durch Abstandsregelungen nach der Länderöffnungsklausel der Umfang der privilegierten Fläche begrenzt. Eine Bindungswirkung des Landesgesetzgebers ließe sich jedoch nur aus dem Inhalt der bundesgesetzlichen Kompetenz ableiten, wozu das Erfordernis des Substantiell-Raum-Verschaffens nicht zählt. Dieses beschränkt sich allein auf die Konzentrationszonenplanung der Planungsträger.

III. Kein Verstoß gegen den Grundsatz der „Einheit der Rechtsordnung“

Auch der zum Teil vorgebachte Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung ist hier nicht betroffen. Es wird zwar vertreten, zwischen § 249 Abs. 3 S. 3 BauGB n. F. einerseits und § 35 Abs. 1 Nr. 5 und Abs. 3 S. 3 BauGB i.V.m. § 1 EEG andererseits läge ein qualifizierter Wertungswiderspruch vor³⁰. Der vom Bundesverfassungsgericht aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleitete Grundsatz³¹, wonach „*alle rechtsetzenden Organe des Bundes und der Länder [verpflichtet werden], die Regelungen jeweils so aufeinander abzustimmen, daß den Normadressaten nicht gegenläufige Regelungen erreichen, die die Rechtsordnung widersprüchlich machen*“³², ist hier

²⁵ BVerwG, Urt. v. 17.12.2002, - 4 C 15/01, Abs. 28.

²⁶ BVerwG, Urt. v. 17.12.2002, - 4 C 15/01, Abs. 29. Dieser Grundsatz erfährt durch das Bundesverwaltungsgericht keine Definition, insbesondere keinen Mindestwert an Flächenausweisungen (BVerwG, Urt. v. 24.01.2008 – 4 CN 2.07, Abs. 11). Um eine bloße Verhinderungsplanung von einem noch zulässigen Ausschluss von Flächen abzugrenzen, dürfen die Verwaltungsgerichte eigene Berechnungsmethoden entwickeln, vgl. BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 - 4 CN 1.11, Abs. 18; vgl. für einzelne Methoden: OVG Bbg, Urt. v. 24.02.2011 – 2 A 2.09; VG Hannover, Urt. v. 24.11.2011 - 4 A 4927/0; VGH Mannheim, Urt. v. 09.10.2012 - 8s 1370/11; VGH Kassel, Urt. v. 25.03.2009 - 3 C 594/08.N; VGH Kassel, Urt. v. 17.06.2009 - 6 A 630/08; OVG LSA, Urt. v. 26.10.2011 - 2 L 6/09.

²⁷ BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15/01, Abs. 29; Urt. v. 13.03.2003 – 4 C 4/02, Abs. 15.

²⁸ Vgl. etwa OVG Lüneburg, Urt. v. 13.08.2013 – 1 KN 69/11, Abs. 28 f.

²⁹ Vgl. BVerwG, Urt. v. 31.01.2013, - 4 CN 1/12, Abs. 16; *F.-J. Tigges*, Windkonzentrationsplanung: Gesamtplanung bei Ausweisung zusätzlicher Flächen?, ZNER 2012, 127, 129.

³⁰ Bundesverband WindEnergie (BWE), Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Länderöffnungsklausel zur Vorgabe von Mindestabständen zwischen Windenergieanlagen und Wohnnutzungen vom 19.03.2014, S. 15 f.; abrufbar unter: <http://www.wind-energie.de/sites/default/files/attachments/page/planung/bwe-stellungnahme-referentenentwurf-baugb-ss249.pdf> (Aufruf v. 23.07.2014); ähnlich Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände, Stellungnahme vom 14.03.2014, S. 2, abrufbar unter: www.gruene-bundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/themen_az/bauen/PDF/Stellungnahme_Kommunen.PDF (Aufruf v. 23.07.2014), die den Ausbau von Erneuerbaren Energien als gesamtstaatliche Aufgabe herausstellt.

³¹ BVerfGE 98, 83 ff.; 98, 106 ff.; 98, 265 ff.

³² BVerfGE 98, 106, 119.

jedoch nicht tangiert. Die aufgezählten Normen stehen bereits in keinem solchen gegenläufigen Verhältnis, vielmehr erlaubt der Bund lediglich den Ländern, über Abstandsregelungen die Außenbereichsprivilegierung einzuschränken und damit für das eigene Landesgebiet eigenständige Regelungen zu treffen (vgl. z. B. auch §§ 245b Abs. 2, 246 BauGB). Bei § 1 EEG handelt es sich zudem lediglich um eine allgemeine Zielbestimmung. Ohnehin hat die Außenbereichsprivilegierung auch bislang nicht unbeschränkt für Windenergieanlagen bestanden, denn die öffentlichen Belange des § 35 Abs. 3 BauGB waren stets zu berücksichtigen. Die bundesgesetzliche Regelung eröffnet den Ländern nun die Möglichkeit, einzelne dieser Belange, wie bspw. eine optisch-bedrängende Wirkung, im Rahmen des baurechtlichen Rücksichtnahmegebots normativ mit stärkerem Gewicht auszustatten.

IV. Kein Eingriff in die kommunale Planungshoheit

Die bundesgesetzliche Länderöffnungsklausel stellt auch keinen (verfassungswidrigen) Eingriff in die kommunale Planungshoheit gem. Art. 28 Abs. 2 GG dar. Die vorgebrachte Kritik³³ überzeugt daher nicht, auch da hier lediglich allgemein von einem Eingriff in die Planungshoheit ausgegangen wird, ohne etwa zwischen der Abstandsregelung an sich (§ 249 Abs. 3 S. 1 BauGB n. F.) und der Einwirkungsmöglichkeit auf bestehende Flächennutzungspläne und Regionalpläne (§ 249 Abs. 3 S. 2 BauGB n. F.) zu differenzieren. Die Länderöffnungsklausel ist vom Bund letztlich so weit gefasst worden, dass es bei der Frage nach einem Eingriff in die kommunale Planungshoheit ausschließlich auf die konkrete Umsetzung durch die Länder ankommen wird.

³³ Etwa *Battis*, Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit am 21. Mai 2014, abrufbar unter: www.bundestag.de/blob/279702/491dab8b5b4818e14e48e388f2e142fb/stellungnahme---prof--em--dr--dr--h-c--ulrich-battis-data.pdf (Aufruf v. 23.07.2014); DIHK Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung „Gesetz zur Einführung einer Länderöffnungsklausel zur Vorgabe von Mindestabständen zwischen Windenergieanlagen und zulässigen Nutzungen vom 20. Mai 2014, abrufbar unter: www.dihk.de/themenfelder/recht-steuern/rechtspolitik/nationale-stellungnahmen/dihk-positionen-zu-nationalen-gesetzesvorhaben (Aufruf v. 23.07.2014), S. 3.

C. Die Umsetzung in Bayern

I. Überblick

Die Bayerische Staatsregierung hatte zur Umsetzung der Länderöffnungsklausel im BauGB durch Kabinettsbeschluss vom 08.04.2014 einen ersten Gesetzentwurf zur Änderung der Bayerischen Bauordnung (BayBO)³⁴ beschlossen. Am 27.05.2014 brachte sie den – nunmehr u.a. um ein sog. „Vetorecht“ der Nachbargemeinden sowie eine detailliertere Begründung ergänzten – Entwurf in den bayerischen Landtag ein³⁵.

Demnach sollen Art. 82, 83 und 84 BayBO geändert werden und zukünftig die Einschränkung der Außenbereichsprivilegierung durch die neue 10-H-Abstandsregelung zur Windenergie enthalten. Laut Gesetzesbegründung soll damit der vielschichtigen Interessenlage im Zusammenhang mit der Energiewende, insbesondere der Windenergie, Rechnung getragen werden³⁶. So reiche das Spektrum von Gegnern aufgrund einer „Verspargelung“ der Landschaft bis hin zu Befürwortern und einer aktiven Förderung der Windenergie. Dazwischen lägen vielfältige Interessen, die zu berücksichtigen seien, wie beispielsweise die Sorge um das Landschaftsbild, die Auswirkungen aufgrund einer möglichen optisch-bedrängenden Wirkung, der Einsatz für das Gelingen der Energiewende oder die Wahrnehmung einer wirtschaftlichen Chance. Die bayerische Abstandsregelung solle in diesem Kontext befriedend wirken³⁷.

In der letzten Fassung vom 27.05.2014 soll die Regelung folgenden Inhalt haben:

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 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. werden kann.

(3) Soweit am... [Inkrafttreten des Gesetzes] bestehende Flächennutzungspläne im Sinn von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB Flächen für Windkraftanlagen darstellen, die

³⁴ Gesetzentwurf zur Änderung der Bayerischen Bauordnung, Stand 09.04.2014.

³⁵ Gesetzentwurf zur Änderung der Bayerischen Bauordnung, LT-Drs. 17/2137.

³⁶ Gesetzentwurf zur Änderung der Bayerischen Bauordnung, LT-Drs. 17/2137, S. 6.

³⁷ Gesetzentwurf zur Änderung der Bayerischen Bauordnung, LT-Drs 17/2137, S. 6.

nicht im Einklang mit Abs. 1 stehen, hat diese Darstellung nur die Wirkung des § 8 Abs. 2 Satz 1 BauGB, daraus einen Bebauungsplan zu entwickeln. Bei der Aufstellung eines solchen Bebauungsplans sind insbesondere das interkommunale Abstimmungsgebot des § 2 Abs. 2 BauGB sowie die Vorschriften über die Beteiligung der Öffentlichkeit des § 3 BauGB zu beachten. Bei Bebauungsplänen, die eine Sondergebietsfläche für Windkraftanlagen mit einem geringeren Abstand als dem 10-fachen ihrer Höhe zu Wohngebäuden einer benachbarten Gemeinde in Gebieten im Sinn des Abs. 1 festsetzen, gilt Satz 1 nur, wenn die betroffene benachbarte Gemeinde der Festsetzung zustimmt.

Art. 83 BayBO

(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.

II. Rechtliche Bewertung des 10-H-Abstands

Der Abstand von 10 H wirft unter verschiedenen Gesichtspunkten verfassungsrechtliche Bedenken auf. Zum einen beruft sich die Bayerische Staatsregierung in ihrer Gesetzesbegründung auf die Abwehr einer optisch-bedrängenden Wirkung, was jedoch Fragen der Verhältnismäßigkeit eines 10-H-Abstandes aufwirft (dazu 1.). Des Weiteren soll nach der letzten Entwurfsfassung zu unterschiedlichen Baugebieten der gleiche 10-H-Abstand gelten, so dass sich im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG die Frage einer Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem stellt (dazu 2.). Zudem stellt sich im unbeplanten Innenbereich mangels Baugebietsgrenzen die Frage nach der richtigen Abstandsbestimmung (dazu 3.) und im Außenbereich nach den Auswirkungen auf die Konzentrationszonenplanung (dazu 4.).

1. Optisch-bedrängende Wirkung als ausreichende Begründung?

Die Bayerische Staatsregierung stellt in ihrer Gesetzesbegründung insbesondere auf die optisch-bedrängende Wirkung von Windkraftanlagen ab, die durch das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren nicht hinreichend berücksichtigt werde³⁸. Zwar ist in der Tat die optisch-bedrängende Wirkung keine stoffliche Einwirkung im Sinne einer Immission³⁹. Sie ist jedoch eine Beeinträchtigung, die von der Windkraftanlage als bauliche Anlage ausgeht, so

³⁸ Gesetzentwurf zur Änderung der Bayerischen Bauordnung, LT-Drs. 17/2137, S. 1: „die als bedrängend empfundene Wirkung“, S. 7: „Schutz [...] vor optisch erdrückender Wirkung“.

³⁹ So OVG Koblenz, Urt. v. 12.06.2003 – 1 A 11127/02, Abs. 31; bestätigt durch BVerwG, Beschl. v. 11.12.2006 – 4 B 72.06, Abs. 8.

dass dieser Aspekt über die baurechtlichen Vorschriften sehr wohl im Rahmen des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens geprüft und beachtet werden muss⁴⁰.

Nachdem die Rechtsprechung anfangs eine optisch bedrängende Wirkung von Windkraftanlagen sogar ablehnte⁴¹, hat das OVG Münster zu dieser Problematik Orientierungswerte entwickelt, die inzwischen als ständige Rechtsprechung von anderen Oberverwaltungsgerichten und dem Bundesverwaltungsgericht übernommen wurden⁴²: Beträgt demnach der Abstand zwischen Windkraftanlage und Wohnhaus mindestens 3 H besteht eine Vermutung *gegen* eine optisch-bedrängende Wirkung, die aber im Einzelfall widerlegt werden kann.

Vor diesem Hintergrund ist die große Diskrepanz zwischen diesem richterlichen Erfahrungssatz von 3 H, durch den die Richter nach Ansicht der BVerwG „ersichtlich die allgemeine Lebenserfahrung sprechen lassen, die es ermöglicht, gewöhnliche Vorgänge des täglichen Lebens in ihren Wirkungen abzuschätzen“⁴³, und der Einschätzung der Bayerischen Staatsregierung, die erst einen Abstand von 10 H für einen angemessenen Ausgleich hält, besonders auffällig. Gemessen an den Werten der Rechtsprechung, die schon ab einem Abstand von 3 H die optisch-bedrängende Wirkung nur noch im Ausnahmefall als rücksichtslose Beeinträchtigung anerkennt, erscheint ein Abstand von 10 H im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit, allen voran die Erforderlichkeit und Angemessenheit, verfassungsrechtlich nicht unbedenklich. Zwar ist der Gesetzgeber nicht gehindert, sich für ein stärkeres Schutzniveau zu entscheiden. Mit der Abwehr einer optisch bedrängenden Wirkung dürfte sich dies – zumindest mit zunehmendem Abstand – jedoch nur noch schwer begründen lassen. Letztlich könnte es damit vor allem auf die Tragfähigkeit der sonstigen, mit der Regelung verfolgten Zwecke ankommen. Der Schutz von Natur und Landschaftsbild⁴⁴ etwa dürfte jedoch durch größere Abstände *zur Wohnbebauung* kaum gestärkt werden, was auch die Frage nach der Geeignetheit des Mittels aufwirft.

2. Einheitliche Abstände als unzulässige Gleichbehandlung?

Die Bayerische Staatsregierung knüpft bei ihrem aktuellen Entwurf den 10-H-Abstand u.a. an Wohngebäude „*in Gebieten mit Bebauungsplänen (§ 30 BauGB)*“ an und damit an alle (poten-

⁴⁰ Vgl. BVerwG, Beschl. v. 11.12.2006 – 4 B 72.06, Abs. 8.

⁴¹ Noch gegen die Prüfung einer optisch-bedrängenden Wirkung von Windkraftanlagen im Rahmen des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BauGB generell OVG Koblenz, Urt. v. 12.06.2003 – 1 A 11127/02, Abs. 31; vgl. später jedoch OVG Koblenz, Beschl. v. 10.03.2011 – 8 A 11215/10, Abs. 6 f.

⁴² OVG Münster, Urt. v. 09.08.2006 – 8 A 3726/05, Abs. 90 ff.; ohne Beanstandung durch BVerwG, Beschl. v. 11.12.2006 – 4 B 72.06, Abs. 9 f.; OVG Koblenz, Beschl. v. 10.03.2011 – 8 A 11215/10, Abs. 6 f; VGH München, Urt. v. 29.05.2009 – 22 B 08.1785, Abs. 15.

⁴³ So das BVerwG in Bezug auf die Frage, ob die Richter des OVG Münster ein Sachverständigengutachten hätten einholen müssen, vgl. BVerwG, Beschl. v. 11.12.2006 – 4 B 72.06, Abs. 10.

⁴⁴ Gesetzentwurf zur Änderung der Bayerischen Bauordnung, LT-Drs 17/2137, S. 7.

ziellen) Wohngebäude in den unterschiedlichen Baugebieten nach der Baunutzungsverordnung (BauNVO), in denen diese nicht nur ausnahmsweise errichtet werden dürfen⁴⁵. Diese Pauschalisierung ist im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG nicht unproblematisch.

Art. 3 Abs. 1 GG verlangt, dass wesentlich Ungleiches nicht ohne einen hinreichend gewichtigen Grund gleich behandelt werden darf⁴⁶. Insofern gebietet der Gleichheitssatz auch wesentlich Ungleiches entsprechend seiner Eigenart ungleich zu behandeln⁴⁷. Zwar ist es grundsätzlich Sache des Gesetzgebers zu entscheiden, welche Sachverhalte im Rechtssinne gleich sind. Er hat seine Auswahl jedoch sachgerecht zu treffen. Die Sachgerechtigkeit kann dabei nicht abstrakt und allgemein bestimmt werden, sondern hängt von der Eigenart des konkret zu regelnden Sachbereichs ab⁴⁸.

Die tatsächliche Bebauung von Gemeindegebieten weist eine große Vielfalt in der Art der baulichen Nutzungen auf. Aufgrund der weitgehenden Umsetzung der Baugebietstypik der BauNVO spiegeln deren Vorgaben die unterschiedlich starke Schutzbedürftigkeit der jeweiligen Gebiete wider, wie etwa Wohngebiete, Gewerbegebiete oder Industriegebiete. Der Bundesgesetzgeber hat bei Erlass der BauNVO die notwendige sachgerechte Differenzierung vorgenommen, indem er den einzelnen Baugebietstypen jeweils zulässige und ausnahmsweise zulässige Nutzungen zuordnete, um Konflikte zu vermeiden. Je schutzwürdiger die Nutzung, desto weniger sind andere störende Nutzungen (ausnahmsweise) zulässig. 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)“⁴⁹. Auch außerhalb der einzelnen Gebietskategorien unterliegt das System der BauNVO einer speziellen Schutzdogmatik. Insbesondere im Zusammenspiel mit dem Trennungsgebot des § 50 BImSchG und dem Gebot der planerischen Konfliktbewältigung gem. § 1 Abs. 7 BauGB sind für emittierende Anlagen abgestufte Abstände zu den einzelnen Gebieten der BauNVO geboten⁵⁰.

Geht man hier deshalb von einer Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem aus, müsste diese folglich durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt sein, um mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar zu sein⁵¹. Im Falle eines Abweichens von einer selbst gesetzten Sachgesetzlichkeit

⁴⁵ LT-Drs. 17/2137, S. 7: „Dabei werden im Rahmen der §§ 30, 34 BauGB nur solche Gebiete vom Schutzbereich der Norm erfasst, in denen Wohngebäude nach der Baunutzungsverordnung nicht nur ausnahmsweise zulässig sind.“

⁴⁶ BVerfG, Beschl. v. 15.07.1998 – 1 BvR 1554/89, Abs. 63; BVerfG, Beschl. v. 04.04.2001 – 2 BvL 7/98, Abs. 39; BGHZ 112, 163, 173; W. Heun, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 20; S. Boysen in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 64 ff

⁴⁷ BVerfGE 93, 319, 348 f.; BGH, 22.10.1996 – KZR 19/95, juris Rn. 74.

⁴⁸ BVerfGE 90, 145, 196.

⁴⁹ BVerwG, 03.05.1996 - 4 B 50.96, Abs. 7.

⁵⁰ Vgl. W. Söfker, in: W. Ernst/W. Zinkahn/W. Bielenberg/M. Krautzberger, BauGB, 112. EL 2014, § 1 BauNVO Rn. 21; J. Wahlhäuser, in: C. Bönker/O. Bishopink, BauNVO, 2014, 4. Teil ImSchR, Rn. 19.

⁵¹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 15.07.1998 – 1 BvR 1554/89, Abs. 63; BVerfG, Beschl. v. 04.04.2001 – 2 BvL 7/98, Abs. 39.

könnte dies sogar ein Indiz für eine ungerechtfertigte Gleichbehandlung sein⁵². Die Bayerische Staatsregierung scheint sich dieser Problematik auch bewusst zu sein. Entgegen des ursprünglichen Referentenentwurfs sollen „Wertungswidersprüche vermieden und die Einheit der Rechtsordnung gewahrt“⁵³ werden, indem der 10-H-Abstand nun nicht mehr zu Gebieten der BauNVO gelten soll, in denen Wohngebäude *nur ausnahmsweise* zulässig sind. Nichtsdestotrotz bleibt es damit bei einer Gleichbehandlung der übrigen Gebiete (§§ 2-7 BauNVO) trotz deren unterschiedlicher Ausgestaltungen und damit einhergehender Schutzbedürftigkeit. Aus Sicht desjenigen, der in geringerem Abstand als „10 H“ zu weniger schutzwürdigen Baugebieten eine Windenergieanlage errichten will, führt die Pauschalisierung damit zu einer weitergehenden Einschränkung als eine sachgerecht typisierende Regelung verlangt hätte.

Sofern sich die Bayerische Staatsregierung hierbei auf den Schutz vor einer optisch-bedrängenden Wirkung zur Schaffung von Akzeptanz stützt, ist auf die jüngst ergangene Rechtsprechung des VGH München⁵⁴ zu verweisen. Demnach seien einheitliche Schutzabstände zu Wohn-, Misch- und Dorfgebieten sowie Außenbereichsflächen im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG „*aller Voraussicht nach nicht tragfähig zur Abwägung öffentlicher und privater Belange und zur Schaffung der Akzeptanz innerhalb der Bevölkerung*“⁵⁵. In der Vorinstanz hatte das VG München darüber hinaus auch pauschale Abstände zum „Schutz bestehender Siedlungen“, zur „Gleichbehandlung der Bevölkerung“ und zur „Erhöhung der Akzeptanz der Bevölkerung“ für nicht erforderlich gehalten. Nach einem weiteren Beschluss des VGH München ist wohl auch die Beeinträchtigung durch „*die optisch als unschön empfundene Wirkung*“ und die Beeinträchtigung „*eines besonders ansprechenden und deshalb auch besonders wertvollen [...] Landschaftsbilds*“ kein tragfähiger Grund für einheitliche Schutzabstände⁵⁶. Die Rechtsprechung unterscheidet demnach nicht nur zwischen Gebieten der BauNVO, in denen Wohngebäude ausnahmsweise oder regulär zulässig sind, sondern verlangt regelmäßig auch die Beibehaltung der Schutzstufen darüber hinaus. Zwar nimmt die Rechtsprechung hier nur die Gemeinden als Planungsträger in Bezug, jedoch leidet die betreffende Planung hier nicht nur an spezifischen Abwägungsfehlern, sondern auch an einer verfassungsrechtlich fehlerhaften Differenzierung im Lichte des Art. 3 Abs. 1 GG. Hieran ist auch der Gesetzgeber gebunden.

3. Abstandsbestimmung im unbeplanten Innenbereich?

Die Regelung wirft im Detail auch eine Reihe von Auslegungs- und Anwendungsfragen auf. So stellt sich etwa im unbeplanten Innenbereich (§ 34 Abs. 1 BauGB) mangels Baugebietsgrenze die Frage der genauen Abstandsbestimmung. Nach der Gesetzesbegründung soll zwar der

⁵² Vgl. zu diesem Problembereich BVerfG, Beschl. v. 06.11.1984 – 2 BvL 16/83, Abs. 41; Beschl. v. 07.11.1972 – 1 BvR 338/68, Abs. 36; Beschl. v. 10.11.1981 – 1 BvL 18/77, 1 BvL 19/77, Abs. 34; *H.D. Jarass*, in: ders./B. Pieroth, GG, 12. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 29; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 15.07.1998 – 1 BvR 1554/89, Abs. 63; BVerfG, Beschl. v. 04.04.2001 – 2 BvL 7/98, Abs. 39.

⁵³ Gesetzentwurf zur Änderung der Bayerischen Bauordnung, LT-Drs 17/2137, S. 7.

⁵⁴ VGH München, Beschl. v. 05.12.2013 – 22 CS 13.1760; VGH München, Beschl. v. 21.01.2013 – 22 CS 12.2297.

⁵⁵ VGH München, Beschl. v. 21.01.2013 – 22 CS 12.2297, Abs. 28.

⁵⁶ VGH München, Beschl. v. 11.12.2013 – 22 CS 13.2122, Abs. 22.

Rand der Fläche, der an den Außenbereich angrenzt, als Bemessungsgrenze maßgeblich sein⁵⁷. Ob eine Wohnbebauung zulässig ist, entscheidet sich aber danach, ob im Einzelfall ein im Zusammenhang bebauter Ortsteil vorliegt und sich das Wohngebäude in die nähere Umgebung einfügt. Die Entscheidung wird dabei jeweils für einzelne Grundstücksflächen gefällt, nicht für ein Gebiet mit entsprechender Grenzziehung. Ohnehin erscheint ein von der Höhe der Anlagen abhängiger und damit uneinheitlicher Abstand aufgrund des abstrakten, noch keine konkreten Anlagen berücksichtigenden Planungsmaßstabs auf Regional- und Flächennutzungsplanebene wenig planungsfreundlich. Höhenunabhängige Abstände haben sich bislang planungsrechtlich bewährt.

4. Auswirkungen der 10-H-Regelung auf die Konzentrationszonenplanung?

Nachdem § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB Windenergieanlagen im gesamten Außenbereich privilegiert, sichert der sog. Planvorbehalt in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB den Gemeinden ein Mitsprache- und Gestaltungsrecht bei der Koordinierung im eigenen Gemeindegebiet. Mit der Konzentrationszonenplanung kommen damit Aspekte der kommunalen Planungshoheit als Ausdruck der Selbstverwaltungsgarantie gem. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG zum Tragen⁵⁸.

Die 10-H-Abstände im Außenbereich einer Kommune bewirken zwar, dass die Gemeinden auf den betroffenen Flächen keine Konzentrationszonenplanung mehr durchführen können, denn diese ist nur für auf den jeweiligen Flächen privilegierte Vorhaben anwendbar. Mit dem Wegfall der Außenbereichsprivilegierung ist jedoch auch das Bedürfnis hierfür entfallen. Der Planvorbehalt soll lediglich ein flankierendes Instrument zur Privilegierung der Außenbereichsvorhaben darstellen⁵⁹. Letztlich bleibt es den Gemeinden unbenommen, über Bebauungspläne ein entsprechendes Baurecht für die Windenergie zu schaffen, ohne dabei den Abstand von 10 H einhalten zu müssen. Dies dürfte jedoch in nicht unwesentlichem Umfang Neuplanungen erfordern und entsprechende Planungskosten verursachen⁶⁰. Zudem gilt dies nicht für gemeindefreie Gebiete (insbesondere Waldgebiete⁶¹), denn die Bauleitplanung ist allein den Gemeinden als Träger zugewiesen. In gemeindefreien Gebieten kann daher kein Baurecht über einen Bebauungsplan geschaffen werden, so dass es hier dauerhaft bei der Aufhebung der Außenbereichsprivilegierung innerhalb des 10-H-Abstands bleibt. Dies ist besonders für die Errichtung von Windkraftanlagen im Wald problematisch, denn diese dürften über § 35 Abs. 2 BauGB kaum zulässig sein.

⁵⁷ Gesetzentwurf zur Änderung der Bayerischen Bauordnung, LT-Drs. 17/2137, S. 8.

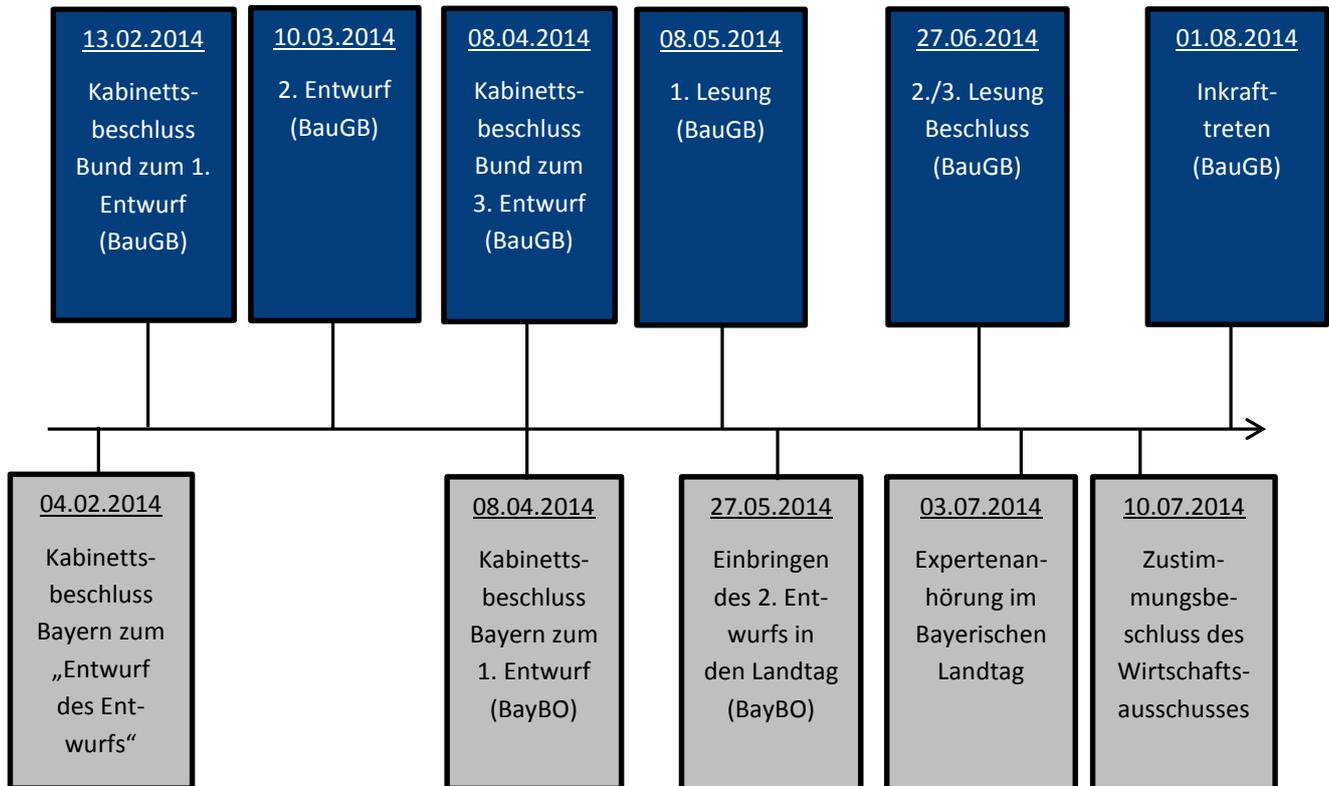
⁵⁸ BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15/01, Abs. 27.

⁵⁹ Beschlussempfehlung des Ausschusses für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau, BT-Drs. 13/4978, S. 7; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15/01, Abs. 26.

⁶⁰ In anderen Zusammenhängen regelt z.B. das BauGB gewisse Entschädigungsansprüche für Gemeinden (vgl. § 37 Abs. 3 BauGB).

⁶¹ Siehe für Bayern Verzeichnis der Gemeinden, Verwaltungsgemeinschaften und gemeindefreien Gebiete in Bayern nach dem Stand am 1. Januar 2013, Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 13. Februar 2013 Az.: IB3-1402.4-1, https://www.verkuendung-bayern.de/files/all-mbl/2013/03/anhang/2020.1-I-2177_Verzeichnis_a.pdf (Aufruf vom 21.07.2014).

III. Rechtliche Bewertung der Stichtagsregelung



- Meilensteine auf der Zeitachse zur Änderung des BauGB
- Meilensteine auf der Zeitachse zur Änderung der BayBO

Nach Art. 83 Abs. 1 BayBO-Entwurf findet die 10-H-Regelung keine Anwendung, „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“. Die Stichtagsregelung wirft verfassungsrechtliche Fragen des Vertrauensschutzes und damit der Zulässigkeit der Rückwirkung auf. Zwar geht die Bayerische Staatsregierung davon aus, dass am 04.02.2014 aufgrund des an diesem Tag ergangenen Kabinettsbeschlusses zum „Entwurf des Entwurfs“ und der damit einhergehenden Veröffentlichung in der Presse das Vertrauen der Betroffenen in die Fortgeltung der alten Rechtslage „zerstört“ worden sei⁶². Das Bundesverfassungsgericht hat jedoch in ständiger Rechtsprechung erst den Zeitpunkt der Beschlussfassung des Gesetzes im Parlament als endgültig Vertrauen zerstörend benannt⁶³. Diese steht hier noch aus. Sie soll frühestens nach der parlamentarischen Sommerpause erfolgen. Davor kann das Vertrauen jedoch allenfalls abgeschwächt sein. Dies gilt aber erst ab

⁶² Gesetzentwurf zur Änderung der Bayerischen Bauordnung, LT-Drs. 17/2137 v. 27.05.2014, S. 8.

⁶³ BVerfG, Beschl. v. 14.11.1961 - 2 BvL 15/59, Abs. 45; BVerfG, Beschl. v. 14.05.1986 - 2 BvL 2/83, Abs. 136.

dem Zeitpunkt, zu dem „mögliche zukünftige Gesetzesänderungen in konkreten Umrissen allgemein vorhersehbar sind“, was nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mit Einbringen des Gesetzentwurfs ins Parlament der Fall sein kann⁶⁴. Dies wäre hier der 27.05.2014. Für den 04.02.2014 ist dies dagegen kaum anzunehmen. Zwar hat das bayerische Kabinett schon in diesem Beschluss auf die konkrete Gestaltung Bezug genommen (der künftige Abstand von 10 H, der Bestandsschutz für Altanlagen, der Stichtag des 04.02.2014 sowie eine Ausnahmeregelung für Gemeinden). Jedoch hat noch keine konkrete Entwurfsfassung vorgelegen. Darüber hinaus lag zu diesem Zeitpunkt die Änderung des BauGB – also die Kompetenzgrundlage für die künftige bayerische Regelung – noch nicht einmal in der Entwurfsfassung vor. Der diesbezügliche Kabinettsbeschluss auf Bundesebene erging erst am 08.04.2014. Selbst im Falle eines abgeschwächten Vertrauens dürfte die erforderliche Abwägung mangels Dringlichkeit gegen eine solch weitreichende Rückwirkung sprechen.

IV. Einwirkung auf bestehende Planungen

Auffällig ist, dass sich der Bundesgesetzgeber – anders als noch in den ersten Entwürfen – letztendlich von einem verpflichtenden Bestandsschutz für Altplanungen abgewandt und diese Entscheidung auf die Landesebene delegiert hat. Die Bayerische Staatsregierung hat sich diesbezüglich tatsächlich für eine Einwirkung auch auf bestehende Planungen entschieden und weicht damit vom bewährten Grundsatz des Bestandsschutzes für Altplanungen nach § 233 Abs. 3 BauGB ab. Art. 82 Abs. 3 Satz 1 BayBO-Entwurf regelt, dass soweit bestehende Flächennutzungspläne im Sinne von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB Flächen für Windkraftanlagen darstellen, die nicht den erforderlichen 10-H-Abstand des Absatz 1 einhalten, diese Darstellung „*nur die Wirkung des § 8 Abs. 2 Satz 1 BauGB, daraus einen Bebauungsplan zu entwickeln*“, hat.

Die genauen Rechtsfolgen dieser Regelung sind nicht eindeutig. Eine Konzentrationszonenplanung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB setzt sowohl die Festsetzung einer Positivfläche am ausgewiesenen Standort als auch die Festlegung einer Ausschlusswirkung im übrigen Gebiet voraus⁶⁵. Dabei dürfte sich die angeordnete bloße „Wirkung des § 8 Abs. 2 Satz 1 BauGB“ wohl nur auf den planerischen Willen der Gemeinde zum Ausschluss der Nutzung im übrigen Gemeindegebiet beziehen. Denn sofern auch die Positivdarstellung keine Wirkung mehr hat, würde sich das Entwicklungsgebot auf eine unwirksame Flächendarstellung beziehen. Daraus kann aber kein rechtswirksamer Bebauungsplan entwickelt werden⁶⁶. Dies scheint auch die

⁶⁴ BVerfG, Beschl. v. 07.07.2010 – 2 BvL 1/03, 57, 58/06, Abs. 74.

⁶⁵ So schon BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 - 4 C 15/01, Abs. 17: „§ 35 III 3 BauGB setzt eine Darstellung voraus, bei der eine positive Standortzuweisung mit einer Ausschlusswirkung für das übrige Gemeindegebiet verknüpft wird.“; nur der planerische Wille der Gemeinde über die Ausschlusswirkung ist Gegenstand einer Normenkontrolle nach § 47 I VwGO analog, siehe BVerwG, Urt. v. 31. 1. 2013 - 4 CN 1.12.

⁶⁶ *Bielenberg/Runkel*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 112. EL 2014, § 8 Rn. 5.

Bayerische Staatsregierung gesehen zu haben, die insoweit von einer „Fortwirkungsregelung“⁶⁷ der betreffenden Darstellung spricht.

Verlieren aber nun die Konzentrationszonen innerhalb des 10-H-Abstands einerseits ihre Ausschlusswirkung für das gesamte Plangebiet und ändert sich andererseits das Zulässigkeitsregime innerhalb der verbleibenden Positivfläche (die Anlagen sind dann nur noch gem. § 35 Abs. 2 BauGB zulässig), so muss nach der Rechtsprechung das bestehende „gesamträumliche Planungskonzept“ der Gemeinde überprüft werden, um selbst im Falle verbleibender Konzentrationszonen deren Ausschlusswirkung zu erhalten⁶⁸. Denn ansonsten sind Windkraftanlagen außerhalb des 10-H-Abstands wieder im gesamten Plangebiet nach § 35 Abs. 1 BauGB zulässig, was im Widerspruch zum Planungswillen einer Gemeinde mit Konzentrationsflächen stünde. Betroffene Kommunen müssen daher die gesamte Flächennutzungsplanung für Windenergieanlagen überprüfen und ggf. noch einmal vornehmen, um sicherzustellen, dass der Windenergie im Plangebiet hinreichend substantiell Raum verschafft wird. Die Anforderungen hieran sind in der Rechtsprechung jedoch umstritten⁶⁹.

Neben Auslegungs- und Anwendungsschwierigkeiten dürfte die Regelung damit bei den Kommunen zu einer kaum überschaubaren Vielzahl an Folgeproblemen und zu nicht unwesentlichen neuen Planungskosten führen⁷⁰. Zudem stellt sich die Frage der Notwendigkeit einer Strategischen Umweltprüfung (SUP), was teilweise sogar in der Durchführungsverantwortung des bayerischen Gesetzgebers gesehen wird⁷¹. Auch vor dem Hintergrund der Planungshoheit der Gemeinden, die hier in nicht unerheblicher Weise betroffen sein dürfte, sollte der bayerische Gesetzgeber von dieser Regelung wieder Abstand nehmen.

V. Das Zustimmungserfordernis der Nachbargemeinde

Art. 82 Abs. 3 Satz 3 BayBO-Entwurf regelt, dass bei Bebauungsplänen, die eine Sondergebietsfläche für Windkraftanlagen festsetzen, dabei aber nicht den 10-H-Abstand „zu Wohngebäuden einer benachbarten Gemeinde in Gebieten im Sinn des Abs. 1“ einhalten, „Satz 1 nur [gilt], wenn die betroffene benachbarte Gemeinde der Festsetzung zustimmt.“ Die Bayerische Staatsregierung versteht dies als „ausdrückliches Zustimmungserfordernis“ für „bereits bestehende

⁶⁷ Gesetzentwurf zur Änderung der Bayerischen Bauordnung, LT-Drs. 17/2137, S. 8.

⁶⁸ Vgl. OVG Münster, Urt. v. 19.06.2007 - 06A2677, 8 A 2677/06.

⁶⁹ BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 - 4 CN 1.11, Abs. 18; vgl. für einzelne Methoden: OVG Bbg, Urt. v. 24.02.2011 - 2 A 2.09; VG Hannover, Urt. v. 24.11.2011 - 4 A 4927/0; VGH Mannheim, Urt. v. 09.10.2012 - 8s 1370/11; VGH Kassel, Urt. v. 25.03.2009 - 3 C 594/08.N; VGH Kassel, Urt. v. 17.06.2009 - 6 A 630/08; OVG LSA, Urt. v. 26.10.2011 - 2 L 6/09.

⁷⁰ In anderen Zusammenhängen regelt z.B. das BauGB gewisse Entschädigungsansprüche für Gemeinden (vgl. § 37 Abs. 3 BauGB).

⁷¹ So zumindest M. Kment, Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Staatsregierung zur Änderung der Bayerischen Bauordnung, 25.06.2014, S. 9, abrufbar unter http://www.martin-stuempfig.de/uploads/media/Prof_Kment.pdf (Aufruf vom 21.07.2014). Dem ließe sich aber wohl entgegenhalten, dass Art. 4 RL 2001/42/EG bzw. §§ 14a ff UVPG nicht für Gesetze, sondern nur für Pläne und Programme gelten.

Konzentrationsflächennutzungspläne⁷². Rechtsfolge ist, dass den betreffenden Positivflächen nicht nur gemäß Art. 82 Abs. 1 BayBO-Entwurf die Privilegierung entzogen wird, sondern über das „Vetorecht“ der Nachbargemeinde hinaus auch aus ihnen kein Bebauungsplan mehr entwickelt werden kann. Zulässig wären Windkraftanlagen dort daher nur noch unter den hohen Anforderungen gemäß § 35 Abs. 2 BauGB.

Allerdings bestehen zumindest Zweifel, ob diese Regelung überhaupt von der Ermächtigungsgrundlage des § 249 Abs. 3 BauGB n. F. gedeckt ist oder zumindest eine Annexkompetenz hierzu besteht. Zwar dürfen gemäß Absatz 3 Satz 3 „die Einzelheiten, insbesondere [...] zu den Auswirkungen [...] auf Ausweisungen in geltenden Flächennutzungsplänen“ festgelegt werden, jedoch betrifft die Vorschrift über das Zustimmungserfordernis der Nachbargemeinde weniger den Regelungskomplex der Außenbereichsprivilegierung in § 35 BauGB als vielmehr das interkommunale Abstimmungsgebot gemäß § 2 Abs. 2 Satz 1 BauGB. Daraus ergibt sich, dass Nachbargemeinden ein Recht darauf haben, dass ihre Belange in die Abwägung der Gemeinde einfließen und entsprechend berücksichtigt werden, wenn sie in tatsächlicher Hinsicht von der Planung betroffen sind⁷³, was auch hier den Nachbargemeinden eine ausreichende Rechtsposition gäbe. Zudem sind sie bei der Erstellung der Flächennutzungspläne bereits ausreichend beteiligt worden⁷⁴. Ferner ist dem Baurecht fremd, dass aus einer Darstellung im Flächennutzungsplan kein Bebauungsplan mehr entwickelt werden darf. Das Entwicklungsgebot gilt gemäß § 8 Absatz 2 Satz 1 BauGB für alle Bebauungspläne bis auf die bundesgesetzlich abschließend geregelte Ausnahme in § 8 Absatz 2 Satz 2 BauGB.

Letztlich erscheint die Regelung auch vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlich verbürgten Planungshoheit der Gemeinden nicht unbedenklich, da der Nachbargemeinde über ein „Vetorecht“ eine planerisch so starke Stellung eingeräumt wird, dass sie Planungen auf fremdem Gemeindegebiet unterbinden kann.

⁷² Gesetzentwurf zur Änderung der bayerischen Bauordnung, LT-Drs. 17/2137, S. 8.

⁷³ BVerwG, Urt. v. 15.12.1989 - 4 C 36/86, Abs. 32; W. Söfker, in: W. Ernst/W. Zinkahn/W. Bielenberg/M. Krautzberger, BauGB, 112. EL 2014, § 2 Rn. 105.

⁷⁴ Siehe dazu W. Söfker, in: W. Ernst/W. Zinkahn/W. Bielenberg/M. Krautzberger, BauGB, 112. EL 2014, § 2 Rn. 112.