

Teil 4

Ausschussvorlage WVA/19/16 – öffentlich –

Stellungnahmen der Anzuhörenden

zu dem

**Gesetzentwurf
der Fraktion der FDP für ein Gesetz zur Änderung der Hessischen
Bauordnung
– Drucks. 19/2070 –**

- | | | |
|-----|---|--------|
| 26. | Rechtsanwalt Dr. Fabio Longo, Wettenberg | S. 127 |
| 27. | Stiftung Umweltenergierecht, Thorsten Müller u. Nils Wegner
und Anlage | S. 131 |



Karpenstein · Longo · Nübel

VERWALTUNGSRECHT KOMMUNALRECHT ENERGIERECHT

Rechtsanwälte in Bürogemeinschaft

RA Dr. Fabio Longo • Hauptstraße 27a • 35435 Wettenberg

Per E-Mail: c.lingelbach@ltg.hessen.de

Hessischer Landtag

An den Vorsitzenden und die Mitglieder des
Ausschusses für Wirtschaft, Energie, Verkehr
und Landesentwicklung

z. Hd. Frau Claudia Lingelbach

Wettenberg, 01.12.2015

Az. FL/037V2015

STELLUNGNAHME

zur Anhörung im Hessischen Landtag zu dem Gesetzentwurf der FDP für
ein Gesetz zur Änderung der Hessischen Bauordnung – Drs. 19/2070 –

Einführung einer 10H-Abstandsregelung zur Steuerung der Windenergie

A. Zusammenfassung und Empfehlungen

Der Hessische Landesgesetzgeber sollte davon Abstand nehmen, von der Ermächtigung des Bundesgesetzgebers für eine besondere Abstandsregelung bei der Windenergie nach § 249 Abs. 3 BauGB Gebrauch zu machen. Die Steuerung der Windenergie durch die Raumordnungs- und (in Hessen vernachlässigt) die kommunale Flächennutzungsplanung ist wirkungsvoller und rechtssicherer, um die Energieziele des Landes Hessen zu erreichen.

Der Gesetzentwurf zur Änderung der Hessischen Bauordnung (HBO)

- I. fügt sich nicht in die Rechtsordnung des Landes Hessen ein und widerspricht damit den Grundsätzen einer ordentlichen Gesetzgebung und
- II. ist erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt, da gewichtige Gründe für einen Verstoß gegen Verfassungsgarantien sprechen:
 1. Verstoß gegen die Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG) und
 2. Verstoß gegen die kommunale Selbstverwaltungsgarantie (Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG).

Dr. Fabio Longo
Rechtsanwalt

Hauptstraße 27a
35435 Wettenberg

☎ 0641.98 45 71 87

☎ 0641.98 45 71 82

☎ 0157.308 99 151

✉ longo@kln-anwaelte.de

🌐 www.kln-anwaelte.de

In Bürogemeinschaft mit

Hans Karpenstein

Rechtsanwalt • Notar a. D.

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Christopher Nübel

Rechtsanwalt

Bankverbindung

RA Dr. Fabio Longo

Sparkasse Marburg-Biedenkopf

Ktn: 9 36 29

BLZ: 533 500 00

IBAN: DE67 5335 0000

0000 0936 29

SWIFT-BIC: HELADEF1MAR

Steuernr.: 020 843 02579

B. Bedenken am Gesetzentwurf zur Änderung der HBO

I. Widersprüchliche (Energie-)Gesetzgebung

Der Gesetzentwurf zur Änderung der HBO widerspricht dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung. Der Gesetzgeber sollte bestrebt sein, Widersprüche in der Rechtsordnung zu vermeiden. Der Antrag der FDP-Fraktion müsste sich daher auf eine Änderung des Hessischen Energierechts und der Landesentwicklungsplanung erstrecken und die gesetzlich festgelegten Ziele des Hessischen Energiegipfels umstoßen, um die Rechtsordnung widerspruchsfrei zu gestalten.

1. Widerspruch zum Hessischen Energierecht

Mit dem Hessischen Energiezukunftsgesetz (HEnZuG) aus dem Jahr 2012 (LT-Drs. 18/5725) hat der Landesgesetzgeber die Ergebnisse des Hessischen Energiegipfels 2011 in Gesetzesform gegossen sowie mit der Änderung des Landesentwicklungsplans im Jahr 2013 weiter konkretisiert. Der vorliegende Gesetzentwurf zur Änderung der HBO lässt die bestehende Gesetzgebung (HEnZuG) unberührt, obwohl die gesetzlich festgelegten Ziele des Energiegipfels nicht mehr umgesetzt werden könnten. Das im Hessischen Energiegesetz (HEG) festgelegte Ziel, „in den Regionalplänen Windvorrangflächen mit Ausschlusswirkung in einer Größenordnung von 2 Prozent der Landesfläche in substanziiell geeigneten Gebieten festzulegen“ (§ 1 Abs. 3 HEG) würde mit der HBO-Änderung scheitern. Mit der 10H-Regelung stünden schon nicht mehr genug Windenergieflächen für 2 % der Landesfläche zur Verfügung. Die Ausfüllung dieser Flächen nach den im folgenden näher bezeichneten Kriterien des Energiegipfels wäre zudem vollends ausgeschlossen. Die Gesetzesbegründung zum HEnZuG lässt keinen Zweifel, wie die „substanziielle Eignung“ zu verstehen ist. Es geht darum, möglichst viel Windenergie auf der 2 %-Landesfläche zu gewinnen. So soll bei der Energiewende der Einsatz der „technisch und ökonomisch effizientesten Maßnahmen“ gewährleistet werden, um den Strom- und Wärmeverbrauch in Hessen bis zum Jahr 2050 „möglichst zu 100 Prozent aus erneuerbaren Energiequellen“ zu decken (Hessisches Energiezukunftsgesetz, Gesetzesbegründung, S. 1 f., LT-Drs. 18/5725). Die 2%-Flächenbestimmung wurde beim Hessischen Energiegipfel aus der Studie des Fraunhofer Instituts für Windenergie und Energiesystemtechnik (IWES), „Potenzial der Windenergienutzung an Land“ vom Mai 2011 abgeleitet (Abschlussbericht des Hessischen Energiegipfels vom 10. November 2011, S. 9). Diese Studie geht für die Annahme einer 65 %igen Erzeugung des deutschen Bruttostromverbrauchs aus Windenergie davon aus, dass 2 % der Landesfläche hierfür ausreichend sind, wenn zuerst die Standorte genutzt werden, die den „höchsten Ertrag versprechen“ (Kurzfassung der IWES-Studie „Potenzial der Windenergienutzung an Land“, veröffentlicht vom BWE, S. 8, 14). Der Energiegipfel fordert von der Regionalplanung u.a. die Beachtung folgender Ziele bei der Ausweisung von Vorrangflächen: „Windhöffigkeit / Windressourcen“ sowie „möglichst effiziente Flächennutzung zur Minimierung des Flächenbedarfs“ (Abschlussbericht vom 10. November 2011, S. 9 f.; Hessisches Energiezukunftsgesetz, Gesetzesbegründung, S. 11 f., LT-Drs. 18/5725).

2. Widerspruch zum Hessischen Landesentwicklungsplan (LEP)

Die energetische und planerische Zweckbestimmung des LEP könnte nach einer antragsgemäßen HBO-Änderung nicht mehr umgesetzt werden.

a) *Energetisch* legt der Planungsanlass der LEP-Änderung 2013 den Zweck der Landes- und Regionalplanung zur Umsetzung des Energiegipfels 2011 wie folgt fest: 100 % Erneuerbar bis 2050, drei Viertel des Strombedarfs aus Windkraft und 28 Terawattstunden (TWh) aus Windkraft. Zur weiteren Begründung kann auf die Ausführungen unter a.) verwiesen werden.

b) *Planerisch* legt der LEP die sogenannte Schwarz-Weiß-Planung fest (Ziel Z 1), die eine Form der Konzentrationsplanung über den Regionalplan ist und nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB zum Ausschluss der übrigen Regionsfläche für die Windenergie führt. Mit einer gesetzlichen Einschränkung auf einen 2.000m-Abstand dürften die zwischen 1.000 und 2.000m liegenden Flächen nicht mehr für die Windenergie ausgewiesen werden. Der HBO-Änderungsantrag würde also zu einer erheblichen Einschränkung der Flächenverfügbarkeit für die Regionalplanung führen und das System der Schwarz-Weiß-Planung mit 2-Prozent-Ziel damit ad absurdum führen.

3. Fazit

Im relativ dicht besiedelten Hessen würde die Ausweitung der Abstandsflächen zur Siedlungsbebauung von derzeit 1.000m (LEP, Ziel Z 3 b.) auf zirka 2.000m eine derart weitreichende Einschränkung der Flächenverfügbarkeit bedeuten, dass die Windenergie nicht mehr entsprechend der gesetzlichen Vorgaben des Landes Hessen ausgebaut werden könnte. Die Auswahl windhöffiger Flächen in der Regionalplanung wäre durch das erheblich eingeschränkte Flächenangebot kaum noch möglich. Überdies dürfte schon das 2-Prozent-Ziel als solches bei weitem nicht mehr umgesetzt werden können.

Hier soll nur am Rande erwähnt werden, dass auch die derzeitige Regionalplanung die oben genannten gesetzlichen Vorgaben des Effizienzgebots nicht beachtet, z.B. wegen der extrem geringen Flächenausweisungen in den windhöffigsten Bereichen der Regionen Vogelsberg und Hessischer Westerwald (Teilregionalplan Energie Mittelhessen, 2. Offenlage).

II. Widerspruch zum Verfassungsrecht

1. Verstoß gegen Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG)

Die im Antrag vorgesehene 10H-Abstandsregelung verstößt gegen Art. 14 Abs. 1 GG, weil sie einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Eigentumsfreiheit in der Form der Baufreiheit darstellt. Die Nutzung des Grundeigentums zur Aufstellung oder zur Zulassung der Aufstellung von Windenergieanlagen gehört zum Grundrecht der Baufreiheit. Einschränkungen per Gesetz sind zulässig, wenn sie gerechtfertigt sind. Abstandsregelungen nach dem Muster der xH-Regelung verfolgen zwar in geeigneter Weise das legitime Ziel, die optisch bedrängende Wirkung von Windenergieanlagen zu steuern (so die einzige Zweckbestimmung im FDP-Antrag, Gesetzesbegründung, S. 3). Die **10H**-Regelung (~2.000m Abstand) ist jedoch keinesfalls zur

Zweckerreichung erforderlich. Nach der Rechtsprechung kann das Rücksichtnahmegebot durch deutlich geringere Abstände zum Ausschluss der optisch bedrängenden Wirkung eingehalten werden. Eine krasse Abweichung von diesen Grundsätzen der Rechtsprechung – wie mit der 10H-Regelung – ist zur Zweckerreichung nicht erforderlich, da es mildere Mittel gibt, um genauso effektiv die bedrängende Wirkung auszuschließen (mit näherer Begründung so auch *Albrecht/Zschiegner*, NVwZ 2015/16, S. 1093, 1096 f.).

2. Verstoß gegen kommunale Selbstverwaltungsgarantie (Art. 28 Abs. 2 GG)

Es liegen gewichtige Gründe vor, die dafür sprechen, dass es sich bei der 10H-Abstandsregelung um einen nicht gerechtfertigten Eingriff in den Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie (Art. 28 Abs. 2 GG) handelt. Zum Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie gehört die Befugnis der Gemeinden zur eigenverantwortlichen Steuerung der Bodennutzung durch die Bauleitplanung (Planungshoheit) in ihrem Wesensgehalt (BVerfGE 56, 298, 310; 79, 127, 146 f.). Die meisten Gemeinden können ihre Bodenordnung in Bezug auf die Windenergie entweder gar nicht mehr oder nur noch sehr eingeschränkt eigenverantwortlich steuern, wenn ihnen der Landesgesetzgeber – wie im Antrag der FDP – nicht einmal die Möglichkeit einräumt, durch Bebauungspläne abweichende Regelungen innerhalb der 2.000m-Sperrzone zu erlassen. Weder durch Bebauungspläne noch zielführend durch die Ausweisung von Konzentrationszonen in Flächennutzungsplänen kann die Gemeinde steuern tätig werden. Der Hinweis auf eine mögliche Bauleitplanung in der Gesetzesbegründung zum Antrag reicht nicht aus. Das Gesetz selbst muss die Möglichkeit zur Ausweisung von Bebauungsplänen vorsehen, mit denen die Gemeinden von der 10H-Regelung abweichen können. So sieht es die 10H-Ermächtigung in § 249 Abs. 3 Satz 3 BauGB ausdrücklich vor. Jedenfalls durch die Unterlassung der Einräumung einer kommunalen Abweichungsmöglichkeit höhlt der Gesetzesantrag das Wesensmerkmal des Kernbereichsschutzes – das eigenverantwortliche Handeln der Gemeinden – aus. Hierin liegt ein unverhältnismäßiger Eingriff des Landesgesetzgebers in den Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie (so auch *Albrecht/Zschiegner*, NVwZ 2015/16, S. 1093, 1096 f.).

Damit bleibt der FDP-Antrag selbst hinter dem schon schweren Eingriff der bayerischen 10H-Regelung zurück, der eingeschränkte kommunale Abweichungsmöglichkeiten durch Bebauungsplan in Abstimmung mit Nachbargemeinden vorsieht (Art. 82 Abs. 5 Bayerische Bauordnung).



Dr. Fabio Longo
Rechtsanwalt

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. Fülbiel/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>
	(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.
	(6) Die Frist nach § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 Buchst. c BauGB ist nicht anzuwenden.
§ 76b HBO-E	Art. 83 BayBO
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.	(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.
	<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.

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.gruenebundestag.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.

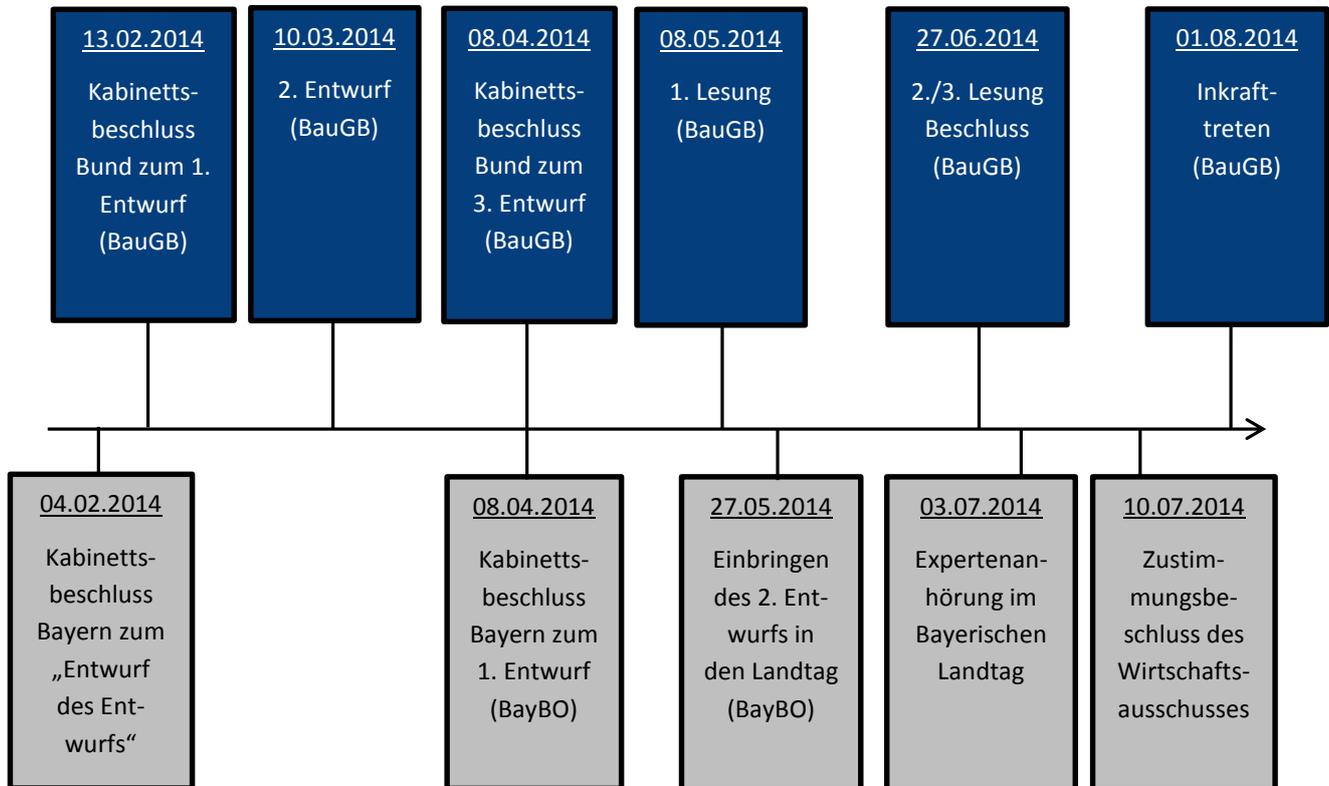
⁵⁸ BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15/01, Abs. 27.

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 Gesetzesentwurf 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 Gesetzesentwurf 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.