

KNH Rechtsanwälte | Martiusstraße 5 | 80802 München

Bayerischer Verfassungsgerichtshof  
Prielmayerstraße 5

80335 München

Datum 04.03.2015      Unser Zeichen: 00213-14/mb/hs      Durchwahl: Frau Hein-Schmid 089/ 388 99 - 125      E-mail: hein-schmid@knh-muenchen.de

**Verfassungsrechtliche Meinungsverschiedenheit,  
Art. 75 Abs. 3 BV**

**Bayern SPD Landtagsfraktion**  
Maximilianeum, 81627 München

**- Antragstellerin -**

Verfahrensbevollm.: **Rechtsanwälte Wendler Tremml**  
RA Dr. Michael Bihler  
Martiusstraße 5, 80802 München

gegen

**CSU-Fraktion im Bayerischen Landtag**  
Max-Planck-Str. 1, 81675 München

**- Antragsgegnerin -**

wegen

Verfassungsrechtliche Meinungsverschiedenheit über die Frage, ob einzelne Bestimmungen des Gesetzes zur Änderung der Bayerischen Bauordnung und des Gesetzes über die behördliche Organisation des Bauwesens, des Wohnungswesens und der Wasserwirtschaft vom 17. November 2014, GVBl. 478, die Verfassung verletzen.

MÜNCHEN

Dr. Michael Bihler  
Dr. Matthias von Oppen  
Christoph Lauchs

FRANKFURT a. M.

Dr. Steffen Hochstadt  
Dr. Alexander Wronna LL.M.  
Bettina Juli-Heptner<sup>1) 2)</sup>  
Michael Merk<sup>3)</sup>  
Alexander Ruppelt  
Stephanie Schrodtt  
Torsten Steinwachs

BERLIN

Ralf Kemper  
Volker Nitschke  
Notar  
Björn Heinrich  
Torsten Ilgner  
Dr. Karl Schwarz  
Dr. Eva Luig  
Patrique Metzger

ESSEN

Wolfgang Dahlbüdding<sup>4)</sup>  
Notar  
Dr. Stephanie Terfehr  
Eduard Dischke<sup>2) 5)</sup>  
Susanne Schäfer<sup>1)</sup>  
Notarin  
Marko Heldt

<sup>1)</sup> Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht  
<sup>2)</sup> Mediator  
<sup>3)</sup> Fachanwalt für Arbeitsrecht  
<sup>4)</sup> Fachanwalt für Familienrecht  
<sup>5)</sup> Fachanwalt für Verwaltungsrecht

[www.knh-rechtsanwaelte.de](http://www.knh-rechtsanwaelte.de)

Bankverbindung:  
Commerzbank München  
IBAN: DE2770080000625710000  
BIC: DRESDEFF700

Umsatzsteuer-ID: DE285621945  
HypoVereinsbank  
IBAN: DE32700202700006894810  
BIC: HYVEDE33XXX

MÜNCHEN

Martiusstraße 5  
80802 München  
Tel. + 49-(0)89-38 899-0  
Fax + 49-(0)89-38 899-155  
info@knh-muenchen.de

FRANKFURT a. M.

Friedrichstraße 2-6  
60323 Frankfurt am Main  
Tel. + 49-(0)69-90 55 699-0  
Fax + 49-(0)69-90 55 699-49  
info@knh-frankfurt.de

BERLIN

Kurfürstendamm 52  
10707 Berlin  
Tel. + 49-(0)30-59 00 47-0  
Fax + 49-(0)30-59 00 47-299  
info@knh-berlin.de

ESSEN

Huyssenallee 105  
45128 Essen  
Tel. + 49-(0)201-20 163-0  
Fax + 49-(0)201-20 163-33  
info@knh-essen.de

Wir zeigen unter Vorlage einer Vollmacht an, dass wir die Antragstellerin vertreten und

**beantragen:**

Es wird festgestellt, dass folgende Bestimmungen des Gesetzes zur Änderung der Bayeri-schen Bauordnung und des Gesetzes über die behördliche Organisation des Bauwesens, des Wohnungswesens und der Wasserwirtschaft vom 17. November 2014, GVBl. 478, gegen die Bayerische Verfassung verstoßen und nichtig sind:

- 1.) § 1 Nr. 2 lit. b) Abs. (1):  
(Einführung eines Mindestabstandes für Windkraftanlagen vom 10-fachen ihrer Höhe zu Wohngebäuden)
- 2.) § 1 Nr. 2 lit. b) Abs. (3):  
("Privilegierungsrecht" der betroffenen Nachbargemeinde bei Vorhaben im gemeindefreien Gebiet)
- 3.) § 1 Nr. 2 lit. b) Abs. (4) Nr. 3:  
(Widerspruchsrecht der Nachbargemeinde bei bestehendem Konzentrations- flächenplan)
- 4.) § 1 Nr. 2 lit. b) Abs. (5):  
(Pflicht zur Hinwirkung auf einvernehmliche Regelung mit betroffener Nachbar- gemeinde bei Planaufstellung)
- 5.) § 1 Nr. 3 Abs. (1):  
(Rückwirkungsregelung)

**Begründung**

Die verfassungsrechtliche Meinungsverschiedenheit gilt der Frage, ob die im Antrag aufgeführten Änderungen der Bayerischen Bauordnung gegen die Bayerische Verfassung verstoßen.

**I. Zulässigkeit**

1. Antragstellerin

Die Antragstellerin ist eine Fraktion im Bayerischen Landtag. Sie stellt 42 Abgeordnete und ist die stärkste Oppositionsfraktion.

2. Antragsgegnerin

Die Antragsgegnerin ist mit 101 Abgeordneten die stärkste Fraktion im Bayerischen Landtag und verfügt dort über die absolute Mehrheit.

3. Antragsbefugnis

Die Antragsgegnerin hat am 12. November 2014 gegen die Stimmen der Antragstellerin und der übrigen Oppositionsfraktionen im Bayerischen Landtag das Gesetz zur Änderung der Bayerischen Bauordnung und des Gesetzes über die behördliche Organisation des Bauwesens, des Wohnungswesens und der Wasserwirtschaft beschlossen, das am 17. November 2012 im Gesetz- und Verordnungsblatt, Seite 478, veröffentlicht wurde und am 21. November 2014 in Kraft getreten ist. (Das Gesetz wird im Folgenden nach den neu in die Bayerische Bauordnung eingefügten Bestimmungen zitiert.)

In der parlamentarischen Debatte haben Abgeordnete der Antragstellerin, ebenso wie Abgeordnete der übrigen Oppositionsfraktionen, ausdrücklich die verfassungsrechtliche Unzulässigkeit der geplanten Regelungen gerügt.

*Bayerischer Landtag, Vorläufiges Plenarprotokoll 17/29 der 29.  
Sitzung vom 12. November 2014*

**- Anlage 1 -**

Die zu Protokoll erhobenen Rügen werden jeweils im Zusammenhang mit der materiell-rechtlichen Darstellung des Verfassungsverstoßes nachgewiesen.

Der Bayerische Landtag hat im Rahmen der Ausschussberatungen zahlreiche Sachverständige und Verbände angehört, die in ihrer Mehrzahl Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der geplanten

Regelung erhoben haben. Die umfangreiche, auch außerparlamentarische, Diskussion des Gesetzentwurfs führte zwar zu Änderungen am ursprünglich eingebrachten Wortlaut, nicht aber dazu, dass eine mit der Bayerischen Verfassung in Einklang stehende gesetzliche Regelung verabschiedet wurde.

Die Antragstellerin ruft deshalb den Bayerischen Verfassungsgerichtshof im Rahmen einer verfassungsrechtlichen Meinungsverschiedenheit an, im Wege eines parlamentarischen Normenkontrollantrags die Verfassungswidrigkeit einzelner Regelungen des Gesetzes festzustellen, Art. 75 Abs. 3 BV.

#### 4. Antragsfrist

Der Antrag ist nicht fristgebunden.

## II. Begründetheit

### 1. Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip, Art. 3 Abs. 1 BV

Die Antragstellerin hat in der dritten Lesung des Gesetzentwurfs gerügt, dass die Einführung der Abstandsregelung den in der Länderöffnungsklausel eröffneten Gestaltungsspielraum überschreite.

*Abgeordneter Schindler, vorläufiges Plenarprotokoll 17/29 S. 43;  
Abgeordneter Halbleib, vorläufiges Plenarprotokoll 17/29, Seite 48;*

- a. Gem. Art. 82 Abs. 1 BayBO findet § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB 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, im Folgenden: "Entprivilegierung".

Gem. Art. 82 Abs. 3 bis 5 BayBO haben die Gemeinden die Möglichkeit, bei bereits ausgewiesenen Konzentrationsflächen durch Gemeinderatsbeschluss eine Entprivilegierung herbeizuführen oder durch Bauleitpläne vom Mindestabstand abweichende Regelungen zu treffen, wobei auf ein Einvernehmen mit betroffenen Nachbargemeinden hinzuwirken ist.

- b. Die Entprivilegierungsregelung, ohne Berücksichtigung der Änderungsmöglichkeiten, die jeweils einen Beschluss des Gemeinderats voraussetzen, führt dazu, dass anstatt der im Bayerischen Energiekonzept "Energie Innovativ" aus dem Jahr 2013 vorgesehenen weiteren 1.500 Windkraftanlagen in Bayern, zu den bislang errichteten knapp 700 Anlagen, nur noch etwa 70 Anlagen gebaut werden können. Die Forschungsstelle für Energiewirtschaft e.V. hielt unter den bisher geltenden Rahmenbedingungen 10 Prozent der Fläche Bayerns für die Windenergie nutzbar. Durch die Einführung der Entprivilegierung verringert sich diese Fläche auf weniger als ein Zehntel bis ein Zwanzigstel. Die Angaben zu der Restfläche in Bayern, auf der Windkraftanlagen unter Anwendung der Entprivilegierungsregelung noch errichtet werden können, schwanken.

Während das Bundesinstitut für Bau- Stadt und Raumforschung in seiner Veröffentlichung unter Berücksichtigung der Windhöffigkeit auf einen Wert von 0,86 Prozent der Landesfläche kommt,

*Bundesinstitut für Raumforschung, Informationen aus der  
Forschung des BBSR 4/2014, S.2*

**- Anlage 2 -**

ermittelte der Bundesverband Windenergie, in seinem BWE-Infopapier zur Länder-öffnungsklausel bei einem Abstand von 2.000 Meter in Bayern eine für Windenergieanlagen verfügbare Fläche von "nahezu Null".

*Bundesverband Windenergie, "Infopapier zur Länderöffnungsklausel"*

**- Anlage 3 -**

In der parlamentarischen Debatte wurde von der Abgeordneten Kohnen eine noch nutzbare Fläche von 0,05 Prozent der Landesfläche genannt.

- c. Die Regelung von räumlichen Abständen zwischen verschiedenen Nutzungen von Grund und Boden gehört zum Bodenrecht, das normiert, in welcher Weise Grundstücke genutzt werden dürfen. Das Bodenrecht ist in Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 und Nr. 31 GG der konkurrierenden Gesetzgebung zugewiesen. Der Bund hat von seiner Kompetenz durch den Erlass des Baugesetzbuchs und des Raumordnungsgesetzes Gebrauch gemacht.

Die Privilegierung von Windkraftanlagen im Außenbereich ist in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB bundesgesetzlich normiert. § 249 Abs. 3 BauGB, der zum 01.08.2014 Geltung erlangt hat, eröffnet dem Landesgesetzgeber die Möglichkeit, zu bestimmen, dass die Privilegierung für Windkraftanlagen nur Anwendung findet, wenn diese einen bestimmten Abstand zu den im Landesgesetz bezeichneten zulässigen baulichen Nutzungen einhalten.

- d. Eine landesgesetzliche Abstandsregelung, die durch die Wahl des Abstandsparameters zur praktisch vollständigen Entprivilegierung von Windkraftanlagen führt, ist mit dem vorrangig geltenden Bundesrecht nicht vereinbar.
- aa. Der Bundesgesetzgeber hat, entgegen einem Normierungsvorschlag des Freistaates Sachsen, die Privilegierung von Windkraftanlagen nicht abgeschafft, sondern den Ländern nur einen planungsrechtlichen Gestaltungsraum eröffnet, um den landestypischen Besonderheiten der Topographie und der unterschiedlichen Akzeptanz von Windkraftanlagen Rechnung zu tragen.
- bb. Die Länderöffnungsklausel sieht nach ihrem Wortlaut die Möglichkeit vor, einen "bestimmten Abstand" zwischen privilegierter Anlage und Wohngebäuden zu normieren. Die Regelung in Art. 82 Abs. 1 BayBO enthält dagegen einen relationalen Abstandsparameter, der sich nach der Höhe der Anlage, Art. 82 Abs. 2 BayBO, richtet. Der Abstand ist

mithin nicht bestimmt, sondern lediglich bestimmbar. Dies ist mit dem Wortlaut der Öffnungsklausel nicht vereinbar.

- cc. Der relationale Abstandsparameter ist auch mit der Vorstellung des historischen Bundesgesetzgebers nicht vereinbar, die Möglichkeit zu schaffen, auf unterschiedliche Akzeptanzvorstellungen Rücksicht zu nehmen, da die Wirtschaftlichkeit von Windkraftanlagen im Binnenland direkt mit der Nabenhöhe korreliert: Kleine Anlagen sind nicht wirtschaftlich zu betreiben, große Anlagen sind nach der bayerischen Regelung nicht mehr privilegiert.
- dd. Die Einführung eines Abstandsparameters, der praktisch zu einer Entprivilegierung der Windkraftanlagen in Bayern führt, ist auch mit der Einheit der Rechtsordnung nicht vereinbar, da damit der größte Flächenstaat der Bundesrepublik für die Erreichung der Ziele der Energiewende, § 1 Abs. 1 und 2 EEG, durch die Nutzung der Windenergie nicht mehr zur Verfügung steht.
- ee. Vielmehr muss von der Länderöffnungsklausel unter besonderer Berücksichtigung des mit ihr verfolgten Zwecks angemessen und verhältnismäßig Gebrauch gemacht werden. Da die Länderöffnungsklausel ausschließlich auf den Abstandsparameter verweist, muss der vom Landesgesetzgeber gewählte Abstand angemessen sein. Die Angemessenheit ist nach den Kriterien der Topographie des jeweiligen Bundeslandes und der Akzeptanz durch die Wohnbevölkerung zu bestimmen, wobei selbstverständlich die bisherigen immissionsschutzrechtlichen Vorgaben für die Errichtung von Windkraftanlagen, die von der Länderöffnungsklausel nicht berührt werden, weiter gelten.

Die Erdkrümmung verhindert eine Sichtbeziehung zu einem 200 Meter hohen Objekt erst bei einer Entfernung von ca. 50 Kilometer. Dies würde einen 50-Kilometer-Radius um Windkraftanlagen dieser Höhe bedingen, wenn für das Akzeptanzkriterium auf die Sichtbarkeit abgestellt würde. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass Windkraftanlagen im Binnenland häufig auf den windhöflicheren Höhenzügen errichtet werden, was zu einer beträchtlichen

Vergrößerung der Sichtbarkeit führt, wird deutlich, dass das Akzeptanzkriterium nicht als "Unsichtbarkeit der Windkraftanlage" missverstanden werden darf.

Das Akzeptanzkriterium kann auch nicht als generelle Zustimmung oder Ablehnung von Windkraftanlagen gedeutet werden, da nach wie vor mehr als 75 Prozent der Bevölkerung einen weiteren Ausbau der Windenergie befürworten, die Mehrheit der Bevölkerung die Nutzung der Windkraft also sehr wohl akzeptiert.

Akzeptanz umschreibt vielmehr einen Tatbestand, der im angelsächsischen Sprachgebrauch plastisch mit: "Not in my backyard, please" ("Bitte nicht in meinem Hinterhof!") gekennzeichnet wird. Er bezeichnet die Neigung der Menschen, alle Arten von Bodennutzung, die mit Emissionen oder Gefahrpotentialen verbunden sind, nur in einem Abstand verwirklicht zu sehen, der außerhalb ihrer unmittelbaren Wahrnehmung oder außerhalb der Bedrohungssphäre liegt. Dies gilt vom Kinderspielplatz bis zur Hubschrauberlandezone auf einem Krankenhausdach auch für Nutzungen, deren Wert allgemein gesellschaftlich anerkannt ist.

Wenn eine so verstandene Akzeptanz zum Maßstab gemacht wird, überschreitet eine Abstandsregelung von 10 H die Angemessenheitsgrenze um das Doppelte, da die von Windkraftanlagen ausgehenden Emissionen, auch unter Berücksichtigung von Erdrückungswirkung, Schattenwurf, Blendreflexionen und Infraschall, unabhängig von der Höhe der Anlage einen Immissionsradius von 800 bis 1.000 Meter nicht überschreiten.

- ff. Die Regelung in Art. 82 Abs. 1 BayBO ist auch unverhältnismäßig, da sie, wie dargestellt, praktisch den weiteren Ausbau der Windkraft in Bayern verhindert. Dem kann, wie unten zu zeigen sein wird, auch nicht entgegengehalten werden, dass die Gemeinden die Möglichkeit haben, auf die Gestaltung der Abstandsregelung Einfluss zu nehmen, da diese Möglichkeiten



ihreseite einen Verstoß gegen die gemeindliche Planungshoheit darstellen.

- gg. Die bundesrechtliche Privilegierung von Windkraftanlagen einerseits und die praktisch vollständige landesrechtliche Entprivilegierung dieser Anlagen durch Art. 82 Abs. 1 BayBO andererseits führt zu einem echten Normwiderspruch, der auf der Ebene des Grundgesetzes über Art. 31 GG zu lösen ist: Die landesgesetzliche Norm ist nichtig.
- e. Zugleich verstößt Art. 82 BayBO aber auch gegen das in Art. 3 Abs. 1 BV normierte Rechtsstaatsprinzip.
- aa. Der Bayerische Verfassungsgerichtshof prüft im Rahmen von Popularklagen, ob eine landesgesetzliche Norm auf einer ausreichenden gesetzlichen Ermächtigung beruht und ob sie sich in deren Rahmen hält. Die verfassungsrechtliche Meinungsverschiedenheit unterscheidet sich von der Popularklage im Wesentlichen durch den unterschiedlich gefassten Kreis der Antragsberechtigten, so dass es gerechtfertigt ist, insoweit auch die zur Popularklage ergangene Rechtsprechung heranzuziehen.

Danach kann im Widerspruch zum Rechtsstaatsprinzip der Bayerischen Verfassung auch ein Widerspruch zwischen Landesrecht und Bundesrecht stehen, wenn dieser "besonders krass" ist.

*Möstl/Lindner, Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 3, Rdnr. 11,  
Art. 98, Rdnr. 66 f.*

*mit umfangreichen Nachweisen zur Rechtsprechung des BayVerfGH*

Ein solcher Fall ist gegeben, wenn der Widerspruch des bayerischen Landesrechts zum Bundesrecht offen zutage tritt und darüber hinaus nach seinem Gewicht als schwerwiegender Eingriff in die Rechtsordnung zu werten ist.

- bb. Nach Ansicht der Antragstellerin liegt der Widerspruch zwischen der Regelung des Art. 82 Abs. 1 BayBO und der Regelung in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB auch unter Berücksichtigung der Länderöffnungsklausel offen zutage. Auf diesen Widerspruch wurde im Lauf der Sachverständigenanhörung durch Prof. Kment hingewiesen.

*Prof. Dr. Martin Kment, Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Staatsregierung zur Änderung der Bayerischen Bauordnung und des Gesetzes über die behördliche Organisation des Bauwesens, des Wohnungswesens und der Wasserwirtschaft (Drs. 17/2137) vom 25.06.2014*

**- Anlage 4 -**

In der Literatur haben Krautsberger/Stüer, Viel Wind für weniger Windenergie? BauR 2014, 1403 und Scheidler, Die Windkraft-Länderöffnungsklausel im BauGB und ihre Umsetzung in Bayern, UPR 2014, 214 diesen Sachverhalt bereits im Vorfeld thematisiert.

Die praktisch vollständige Entprivilegierung von Windkraftanlagen in Bayern stellt nach Ansicht der Antragsteller auch einen schwerwiegenden Eingriff in die Rechtsordnung dar, weil dadurch die Arbeit der Planungsverbände, Gemeinden und Landkreise, die Konzentrationsflächen für die Windkraftnutzung ausgewiesen haben oder in diesem Planungsprozess schon weit fortgeschritten sind, entwertet werden. Auf die Stellungnahme des Bayerischen Gemeindetages im Anhörungsverfahren wird verwiesen.

*Bayerischer Gemeindetag, Anhörung zur Änderung der Bayerischen Bauordnung vom 25. Juni 2014*

**- Anlage 5 -**

Soweit die Planungen noch nicht durch Satzungsbeschluss zu einem Fläche-nutzungsplan mit einer Darstellung für die Zwecke des § 35 Abs. 3 Nr. 3 BauGB geführt haben, ist die Entwertung der planerischen Vorarbeit vollständig. Soweit bereits Flächennutzungspläne mit Konzentrationsflächen vorliegen, ist die

Entwertung der Planungen potentiell gegeben, da der Planung sowohl durch die Ursprungsgemeinde als auch durch die betroffene Nachbargemeinde durch einfachen Gemeinderatsbeschluss widersprochen werden kann, Art. 82 Abs. 3 und Abs. 4 Nr. 2 und 3 BayBO.

Der Eingriff in die Rechtsordnung ist auch deshalb schwerwiegend, weil in die Eigentumsrechte der Investoren, die Windkraftanlagen in Bayern planen und für die Planung finanzielle Mittel aufgewendet haben, eingegriffen wird. Dies ist vor allem auf dem Hintergrund der bisherigen Energiepolitik des Landes Bayern zu sehen, nach der im Rahmen des Energiekonzepts 2013 zwischen 1.000 und 1.500 neue Windkraftanlagen bis zum Jahr 2020 errichtet werden sollten. Schließlich wird der Windkraftanlagen-industrie in Bayern die Betätigungsgrundlage praktisch vollständig entzogen.

Die Vorschrift des Art. 82 Abs. 1 BayBO ist deshalb verfassungswidrig und nichtig.

## **2. Verstoß gegen das kommunale Selbstverwaltungsrecht, Art. 11 Abs. 2 BV**

Die Antragstellerin hat in der dritten Lesung des Gesetzentwurfs gerügt, dass das Gesetz in Art. 82 Abs. 3 und Abs. 4 Nr. 3 einer Gemeinde die Befugnis zum Eingriff in die Bauleitplanung der Nachbargemeinde gebe und damit in die gemeindliche Planungshoheit eingegriffen werde. Außerdem wurde gerügt, dass Art. 82 Abs. 5 BayBO eine über das bundesrechtliche interkommunale Abstimmungsgebot hinausgehende Pflicht zur Hinwirkung auf eine einvernehmliche Feststellung statuiere, was ebenfalls einen Verstoß gegen Art. 11 Abs. 2 BV darstelle.

*Abgeordneter Schindler, vorläufiges Plenarprotokoll 17/29, Seite 43;  
Abgeordneter Halbleib, vorläufiges Plenarprotokoll 17/29, Seite 48;*

- a. Gemäß Art. 82 Abs. 3 BayBO gilt die Entprivilegierung auch für Vorhaben, die auf gemeindefreiem Gebiet errichtet werden, wenn ihr 10 H-Abstandsradius auf Wohngebäude auf dem Gebiet einer Nachbargemeinde fällt, es sei denn, die betroffene Nachbargemeinde verzichtet durch Beschluss auf die Entprivilegierung.

Gemäß Art. 82 Abs. 4 Nr. 3 BayBO gelten in Flächennutzungsplänen enthaltene Konzentrationsflächenausweisungen für Windkraftanlagen fort und die Entprivilegierungsregelung findet keine Anwendung, es sei denn, die betroffene Nachbargemeinde widerspricht durch Beschluss.

- b. Die Regelung des Art. 82 Abs. 4 Nr. 3 BayBO gibt einer betroffenen Nachbargemeinde die Möglichkeit, durch einfachen Gemeinderatsbeschluss die Rechtswirkung einer Entprivilegierung für in einem Flächennutzungsplan einer anderen Gemeinde enthaltene Konzentrationsflächen herbeizuführen, sog. "opt out". Damit kann die Nachbargemeinde auf eine abgeschlossene Planung der Ursprungsgemeinde dergestalt Einfluss nehmen, dass eine getroffene Planungsentscheidung ihre Rechtswirkungen verliert und obsolet wird.
- aa. Zunächst ist klarzustellen, dass § 249 Abs. 3 BauGB keine Ermächtigungsgrundlage für diese Normierung darstellt. Die Länderöffnungsklausel erlaubt es zwar "die Einzelheiten ... zu den Auswirkungen der festgelegten Abstände auf Ausweisungen in geltenden Flächennutzungsplänen und Raumordnungsplänen ... in den Landesgesetzen ... zu regeln." Eine Regelungsbefugnis, die über das Gebiet einer Gemeinde hinausgeht und insbesondere eine Regelung, die der Nachbargemeinde Einfluss auf den Flächennutzungsplan der Ursprungsgemeinde einräumt, hat der Bundesgesetzgeber im Hinblick auf Art. 28 GG wohlweislich unterlassen.
- bb. Art. 11 Abs. 2 Satz 1 BV gewährleistet die Planungshoheit der Gemeinden. Insbesondere stellt es einen Verstoß gegen dieses grundrechtsgleiche Recht der Gemeinde dar, wenn eine eigene,

hinreichend bestimmte Planung der Gemeinde durch eine fremde Fachplanung nachhaltig gestört wird.

Die Ausweisung einer Konzentrationsfläche nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB stellt eine nicht nur eine hinreichend bestimmte, sondern eine bereits abgeschlossene Planung dar. Der Widerspruchsbeschluss der Nachbargemeinde führt nicht nur zu einer nachhaltigen Störung, sondern darüber hinausgehend zu einer Verhinderung der Konzentrationsplanung.

Es liegt auf der Hand, dass der Widerspruchsbeschluss der Nachbargemeinde damit in die Planungshoheit der Ursprungsgemeinde eingreift. Dies gilt um so mehr, als der Eingriff nicht auf der Ausübung einer - möglicherweise übergeordneten - Fachplanungskompetenz beruht, sondern auf der Ebene der nachbargemeindlichen Gleichordnung erfolgt.

- cc. Das interkommunale Nachbarrecht wird vom in § 2 Abs. 2 BauGB normierten Abstimmungsgebot geprägt. Nach der Krabbenkamp-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG, Urt. vom 08.09.1972 - IV C 17.71) besteht Abstimmungsbedarf und dem korrespondierend Abstimmungspflicht, wenn eine Planung unmittelbare Auswirkungen gewichtiger Art zur Folge hat. Die Abstimmungspflicht ist ein Ausfluss des Rücksichtnahmegebots.

*Jäde/Dirnberger/Weiss, Baugesetzbuch, § 2 Rdnr. 6 f.*

Die Planungshoheit der Gemeinde ist mithin immanenten Schranken unterworfen.

- dd. Die durch Art. 82 Abs. 4 Nr. 3 BayBO eröffnete Widerspruchsmöglichkeit der Nachbargemeinde beruht aber nicht auf einer unmittelbaren Betroffenheit durch die Windkraftanlage. Eine solche wurde vielmehr im abgeschlossenen Planungsprozess für die Konzentrationsfläche bereits geprüft und verneint, sonst wäre es nicht zum Satzungsbeschluss gekommen oder dieser wäre angefochten

worden. Die Widerspruchsmöglichkeit beruht vielmehr ausschließlich auf der Betroffenheit durch die Anwendung der 10 H-Regel.

Wie oben gezeigt, markiert diese Regel nicht den Radius möglicher Emissionen der Windkraftanlage, sondern stellt eine willkürliche Festsetzung dar. Unmittelbare Auswirkungen gewichtiger Art kann eine Windkraftanlage nur dort haben, wo Immissionspunkte liegen. Es kommt deshalb auch nicht darauf an, dass im 2. Halbsatz des Art. 82 Abs. 4 Nr. 3 BayBO der Radius (systemwidrig) auf 2.000 Meter begrenzt wird. Die Radien tatsächlicher Emissionen liegen weit darunter.

Die durch Art. 82 Abs. 4 Nr. 3 BayBO gegebene Möglichkeit eines Widerspruchs der Nachbargemeinde gegen ausgewiesene Konzentrationsflächen greift ungerechtfertigt in die kommunale Planungshoheit der Ursprungsgemeinde ein und stellt einen Verstoß gegen Art. 11 Abs. 2 BV dar.

- c. Art. 82 Abs. 3 BayBO gibt einer Nachbargemeinde, die an gemeindefreies Gebiet angrenzt, die Möglichkeit, die nach Art. 82 Abs. 1 angeordnete Entprivilegierungswirkung im Beschlusswege nicht eintreten zu lassen, sog. "opt in".
  - aa. Auch mit dieser Regelung ist der von der Ermächtigungsnorm des § 249 Abs. 3 BauGB gezogene Rahmen überschritten, weil der Bundesgesetzgeber keine interkommunalen Planungsinstrumente zur Verfügung stellen wollte und dies auch mit Rücksicht auf die grundgesetzliche Selbstverwaltungsgarantie nicht getan hat.
  - bb. Die Regelung ist systemwidrig, weil sie in der Art einer bauordnungsrechtlichen Entscheidung eine "Befreiung" von den bauplanungsrechtlichen Vorgaben des Art. 82 Abs. 1 ermöglicht, dies aber nicht in das Ermessen der Genehmigungsbehörde stellt, sondern die Entscheidungsbefugnis auf den Gemeinderat der betroffenen Nachbargemeinde verlagert.

- cc. Eine systemwidrige Norm muss nicht per se verfassungswidrig sein. Hier liegt aber ebenfalls ein Verstoß gegen Art. 11 Abs. 2 BV vor, weil der Nachbargemeinde ein über das Abstimmungsgebot hinausgehender Einfluss auf die Genehmigung eines Vorhabens eingeräumt wird, das nicht auf dem Gebiet der Nachbargemeinde liegt. Die Planungshoheit wird sozusagen nicht eingeschränkt, sondern überdehnt.
- d. Gemäß Art. 82 Abs. 5 BayBO ist bei der Aufstellung von Bauleitplänen, die einen geringeren als den 10 H-Abstand festlegen wollen, das Gebot der interkommunalen Abstimmung gem. § 2 Abs. 2 BauGB zu der Verpflichtung verdichtet, "auf eine einvernehmliche Festlegung mit betroffenen Nachbargemeinden hinzuwirken".
- aa. Art. 82 Abs. 5 BayBO regelt, wenn auch nur indirekt, die Möglichkeit, durch gemeindliche Bauleitplanung von der Entprivilegierungsregelung zu dispensieren und geringere Mindestabstände zwischen Windkraftanlagen und Wohngebäuden festzusetzen. Diese Regelung ist von der Ermächtigungsnorm ausdrücklich gedeckt, § 249 Abs. 3 Satz 3 BauGB.

Darüber hinaus wird aber auch eine Abweichung zum interkommunalen Abstimmungsgebot normiert, die in § 249 Abs. 3 BauGB keine Stütze findet. Eine "einvernehmliche Festlegung" von Mindestabständen zwischen Nachbargemeinden ist bundesrechtlich nicht vorgesehen.

- bb. Entweder das Gebot der "Hinwirkung auf eine einvernehmliche Festlegung" hat keinen weiter gehenden Regelungsgehalt als das bundesrechtliche Abstimmungsgebot. Dann läuft die Vorschrift inhaltlich leer. Oder aber die Vorschrift verpflichtet die benachbarten Gemeinden zu mehr, nämlich zu einer identischen Regelung der Mindestabstände.

Dann greift die Vorschrift ungerechtfertigt in die Planungshoheit beider betroffenen Nachbargemeinden ein, weil eine eigenständige Planungsentscheidung nicht mehr möglich ist.

Art. 82 Abs. 5 BayBO verletzt deshalb, soweit ihm in Bezug auf die interkommunale Abstimmung ein eigener Regelungsgehalt zukommen sollte, Art. 11 Abs. 2 BV.

**3. Rückwirkungsregelung verstößt gegen das Rechtsstaatsprinzip, Art. 3 Abs. 1 BV**

Die Antragstellerin hat in der dritten Lesung des Gesetzentwurfs gerügt, dass die Übergangsregelung des Art. 83 BayBO wegen des Anknüpfungszeitpunkts für den Vertrauensschutz der Verfassung widerspreche und in die Eigentumsrechte der Investoren, die Windkraftanlagen geplant und zur Genehmigung eingereicht haben, verfassungswidrig eingreife.

*Abgeordneter Schindler, vorläufiges Plenarprotokoll 17/29, Seite 43;  
Abgeordneter Halbleib, vorläufiges Plenarprotokoll 17/29, Seite 48;*

- a. Gemäß Art. 83 Abs. 1 BayBO findet Art. 82 Abs. 1 BayBO keine Anwendung auf Vorhaben, für die am 04.02.2014 ein vollständiger Genehmigungsantrag vorlag.

Am 04.02.2014 hatte die Bayerische Staatsregierung verlautbart, dass sie von der im Koalitionsvertrag vereinbarten Länderöffnungsklausel durch Erlass eines Gesetzes Gebrauch machen werde. Die Länderöffnungsklausel wurde, wie bereits dargestellt, erst durch Gesetz vom 15.07.2014 mit Wirkung zum 01.08.2014 in das Baugesetzbuch eingefügt.

- b. Art. 83 Abs. 1 BayBO normiert eine unechte Rückwirkung der Entprivilegierung in Gestalt einer retrograden Übergangsregelung. Sie beschränkt den auf die Privilegierungsregelung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 gegründeten Vertrauensschutz für Verfahren zur Genehmigung von Windkraftanlagen in Bayern auf den Zeitraum vor dem 05.02.2014 und verschärft die Rückwirkungswirkung noch dadurch, dass nur genehmigungsreife Anträge am Vertrauensschutz teilhaben.



Die Wirkungen der Entprivilegierungsregelung treffen mithin alle Vorhaben, die mehr als neun Monate vor dem Inkrafttreten des Gesetzes noch nicht in genehmigungsfähiger Form der Genehmigungsbehörde vorlagen.

Eine unechte Rückwirkung ist zulässig, wenn eine Abwägung zwischen dem Anliegen des Normgebers für das Wohl der Allgemeinheit gegen das Vertrauen des Bürgers auf den Fortbestand der Rechtslage zugunsten des Vertrauens ausfällt. Bei dieser Abwägungsentscheidung sind insbesondere die Schwere der Belastung, die Vorhersehbarkeit und die tatsächliche Gefahr der Wertlosigkeit der Dispositionen im Vertrauen auf die Fortgeltung der bisherigen Rechtslage zu berücksichtigen.

- c. Vorliegend fehlt es für den Zeitpunkt "04.02.2014" an der Vorhersehbarkeit des Gesetzesbeschlusses, weil die die Grundlage bildende Länderöffnungsklausel noch nicht geltendes Recht war.

Ein Vertrauen des Landesgesetzgebers darauf, der Bundesgesetzgeber werde schon eine Ermächtigungsgrundlage für sein eigenes Tun schaffen, ist nicht schützenswert, jedenfalls dann nicht, wenn der Bundesgesetzgeber nicht seinerseits eine Rückwirkungsregelung trifft.

Dazu kommt, dass die Staatsregierung durch die Energieinitiative und die Pläne, weitere 1.000 bis 1.500 Windkraftanlagen in Bayern errichten zu lassen einen eigenen  
- gegenläufigen - Vertrauenstatbestand gesetzt hat.

Schließlich ist bei der Abwägung auch zu berücksichtigen, dass die Kosten für Standortsuche, Standortsicherung, Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen, Fertigung der Genehmigungsunterlagen und das Genehmigungsverfahren selbst für eine Windkraftanlage sich im sechsstelligen Bereich bewegen. Dieser Aufwand wird durch die Entscheidung des Gesetzgebers, eine Entprivilegierung von Windkraftanlagen einzuführen, vollständig entwertet, da solche Anlagen ausschließlich im Außenbereich errichtet werden können.

Dagegen steht der Wunsch der Staatsregierung in Bayern den Bau von Windkraftanlagen nicht mehr zu ermöglichen. Dieser Wunsch steht in diametralem Gegensatz zu den in § 1 EEG bundesgesetzlich normierten Zielen der Energiewende.

Eine Abwägung der für und gegen die Rückwirkungsregelung sprechenden Gründe fällt gegen die Rückwirkungsregelung aus.

Die Vorschrift des Art. 83 Abs. 1 BayBO verstößt deshalb gegen das Rechtsstaatsprinzip, Art. 3 Abs. 1 BV.

Dr. Bihler  
Rechtsanwalt