

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.: **KNH Rechtsanwälte**
RA Dr. Michael Bihler
Martiusstraße 5, 80802 München

gegen

1. **CSU-Fraktion im Bayerischen Landtag**
Max-Planck-Str. 1, 81675 München
2. **Bayerische Staatsregierung**
vertr. d.d. Bayerischen Ministerpräsidenten Horst Seehofer
Franz-Josef-Straß-Ring 1, 80539 München

- Antragsgegner -

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^{1) 2)}
Michael Merk³⁾
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 Dahlbüdding⁴⁾
Notar
Dr. Stephanie Terfehr
Eduard Dischke^{2) 3)}
Susanne Schäfer¹⁾
Notarin
Marko Heldt

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

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 Bayerischen 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. 2 und Nr. 3
(Widerspruchsrecht der Gemeinde oder der Nachbargemeinde bei bestehendem Konzentrationsflächenplan)
- 4.) § 1 Nr. 2 lit. b) Abs. (5)
(Pflicht zur Hinwirkung auf einvernehmliche Regelung mit betroffener Nachbargemeinde 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. Antragsgegner

Die Antragsgegnerin zu 1) ist mit 101 Abgeordneten die stärkste Fraktion im Bayerischen Landtag und verfügt dort über die absolute Mehrheit.

Die Antragsgegnerin zu 2) hat den Entwurf des Gesetzes zur Bayerischen Bauordnung und des Gesetzes über die behördliche Organisation des Bauwesens, des Wohnungswesens und der Wasserwirtschaft am 27.05.2014 eingebracht, LT-Drs. 17/2137.

3. Antragsbefugnis

Die Antragsgegnerin hat am 12. November 2014 gegen die Stimmen der Antragstellerin und der übrigen Oppositionsfraktionen im Bayerischen Landtag in zweiter und dritter Lesung 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 der besseren Lesbarkeit halber 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, Plenarprotokoll der 29. Sitzung vom 12.
November 2014, LT-Drs. 17/29*

(vorgelegt werden nur die maßgeblichen Teile des Protokolls)

- 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 in verfassungswidriger Weise überschreite.

Abgeordneter Schindler, Plenarprotokoll der 29. Sitzung vom 12.11.2014,

LT Drs. 17/29, S.2067;

Abgeordneter Halbleib, Plenarprotokoll der 29. Sitzung vom 12.11.2014,

LT Drs. 17/29, S.2072 und 2073

- a. Gem. Art. 82 Abs. 1 BayBO (neu) 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 (neu) haben die Gemeinden die Möglichkeit, bei bereits ausgewiesenen Konzentrationsflächen durch einfachen Gemeinderatsbeschluss die Entprivilegierung herbeizuführen oder durch Bauleitpläne vom Mindestabstand abweichende Regelungen zu treffen, wobei auf ein Einvernehmen mit den betroffenen Nachbargemeinden hinzuwirken ist.

- b. Die gesetzliche Bestimmung des Art. 82 Abs. 1 BayBO (neu), 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 Tausendstel bis auf ein Zehntausendstel. 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 Länderöffnungsklausel 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. Nach neuesten Ermittlungen durch die Oberste Baubehörde im Bayerischen Staatsministerium des Inneren für Bau und Verkehr soll die nicht entprivilegierte Fläche unter Berücksichtigung sonstiger Ausschlusskriterien für Windkraft noch 0,01 Prozent = 1/10.000 der Landesfläche umfassen.

- 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, sog. Länderöffnungsklausel.

- 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 lediglich 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 (neu) enthält dagegen einen relationalen Abstandsparameter, der sich nach der Höhe der Anlage, Art. 82 Abs. 2 BayBO (neu), richtet. Der Abstand ist mithin nicht bestimmt, sondern lediglich bestimmbar. Dies ist mit dem Wortlaut der Öffnungsklausel nicht vereinbar. Außerdem führt die Festlegung des Abstandes in Abhängigkeit von der Höhe der Anlage dazu, dass im Rahmen der Bauleitplanung konkrete Höhenvorgaben für Windkraftanlagen gemacht werden müssen, § 5 Abs. 2 Nr. 1 BauGB. Dadurch ist die gewünschte Dynamisierung in Abhängigkeit von der technischen Entwicklung nicht (mehr) möglich.
- 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. Ohnehin ist es so, dass

auf größere Entfernungen die Höhe einer Anlage nicht sicher abgeschätzt werden kann. Einen Erfahrungssatz dahingehend, dass weniger hohe Windkraftanlagen besser akzeptiert werden als höhere Anlagen, gibt es nicht.

- dd. Die Einführung eines Abstandsparmeters, 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 praktisch 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 Abstandsparmeter 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 immissionschutzrechtlichen 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 windhöffigeren 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 Gefahrenpotentialen verbunden sind, nur in einem Abstand verwirklicht zu sehen, der außerhalb ihrer unmittelbaren Wahrnehmung oder außerhalb der Bedrohungssphäre liegt. Dies gilt vom Kinderspielplatz bis zum Hubschrauberlandeplatz auf einem Krankenhausdach auch für Nutzungen, deren Wert allgemein gesellschaftlich anerkannt ist.

Wenn eine so verstandene Akzeptanz zum Maßstab gemacht wird, überschreitet eine eine Abstandsregelung von 10 H die Angemessenheitsgrenze um das Doppelte, da die von Windkraftanlagen ausgehenden Emissionen, auch unter Berücksichtigung von optischer Erdrückungswirkung, Schattenwurf, Blendreflexionen und Infraschall, unabhängig von der Höhe der Anlage, einen Immissionsradius von 800 bis 1.000 Meter nicht überschreiten. An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass der BayVGH in ständiger Rechtsprechung davon ausgeht, dass bei einem Abstand zwischen Windkraftanlage und Wohnbebauung von 3 H eine Verletzung des Rücksichtnahmegebots in der Regel zu verneinen ist.

BayVGH, Beschluss. vom 01.12.2014, BeckRS 2014,59713, TZ 15

- 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 ihrerseits einen Verstoß gegen die gemeindliche Planungshoheit darstellen.

- gg. Das Bundesverwaltungsgericht hat schon in seiner Entscheidung zur ersten Teilbaugenehmigung des KKW Wyhl geklärt, dass Regelungen in Landesbauordnungen, die das System der §§ 30 bis 35 BauGB leerlaufen lassen, mit Bundesrecht nicht vereinbar sind.

*BVerwG, Urteil vom 19.12.1985, NVwZ 1986,208 (214);
fortgeführt mit Beschluss vom 22.02.1988, NVwZ 1988,1019*

Vorliegend wird durch Art. 82 Abs. 1 BayBO (neu) die in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB vorgesehene Privilegierung für Windkraftanlagen, nach der solche Anlagen im Außenbereich unter der Voraussetzung, dass öffentliche Belange nicht entgegenstehen und die Erschließung gesichert ist, zulässig sind, ihrer Wirksamkeit beraubt. Die Regelung ist deshalb nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts mit Bundesrecht nicht vereinbar.

- hh. Die bundesrechtliche Privilegierung von Windkraftanlagen einerseits und die praktisch vollständige landesrechtliche Entprivilegierung dieser Anlagen durch Art. 82 Abs. 1 BayBO (neu) andererseits führt zu einem echten Normwiderspruch, der auf der Ebene des Grundgesetzes über Art. 31 GG zu lösen ist: Die landesgesetzliche Norm ist nichtig.
- ii. Das gilt auch unter kompetenzrechtlichem Aspekt für die Regelungen des Art. 82 Abs. 3 und Abs. 4 Nr. 2 und 3 BayBO (neu). Danach kann eine Gemeinde oder eine betroffene Nachbargemeinde einem Konzentrationsflächenplan (§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB) durch Beschluss "widersprechen".

Abgesehen davon dass weder dem Gesetz noch den Materialien zu entnehmen ist, wie ein solcher Beschluss zu qualifizieren sein soll (gemeindliche Willensäußerung? gemeindliche Rechtshandlung? gemeindlicher Satzungsbeschluss? gemeindlicher Aufhebungsbeschluss?) bleibt festzuhalten, dass dem Beschluss des Gemeinderats die Rechtswirkung eines *actus contrarius* zum Satzungsbeschluss zukommen soll. Für die Aufhebung von Bauleitplänen hat der Bundesgesetzgeber allerdings ein Verfahren

abschließend vorgegeben. Die Aufhebung eines Bauleitplans hat nach den Regeln zu erfolgen, die für seine Aufstellung gelten, § 1 Abs. 8 BauGB.

Der Landesgesetzgeber überschreitet deshalb seine Kompetenz, wenn er anstelle des bundesgesetzlich vorgesehenen Aufhebungsverfahrens für die Bauleitplanung für die Fälle der Aufhebung von Konzentrationsplänen für Windkraft einen einfachen Gemeinde-ratsbeschluss genügen lässt.

- e. Zugleich verstößt Art. 82 BayBO (neu) damit 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 Meinungs-verschiedenheit 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.

*Lindner/Möstl/Wolf, 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 (neu) 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 3 -

Außerdem wurden in der Literatur kritische Stimmen laut, die allesamt darauf hinweisen, dass Art. 82 Abs. 1 (neu) BayBO über den mit der Länderöffnungsklausel eröffneten Rahmen hinausgeht.

Krautsberger/Stür, Viel Wind für weniger Windenergie? BauR 2014, 1403; Scheidler, Die Windkraft-Länderöffnungsklausel im BauGB und ihre Umsetzung in Bayern, UPR 2014, 214; Raschke, Privilegierter Föderalismus - Länderöffnungsklausel im BauGB?, NVwZ 2014, 414; neuestens: Würfel/Werner, Einführung eines Mindestabstands für Windkraftanlagen - die "10 H-Regelung" im Freistaat Bayern, BayVBl. 2015, 109

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 4 -

Soweit die Planungen noch nicht durch Satzungsbeschluss zu einem Flächennutzungsplan 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 nach dem Gesetzeswortlaut 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 (neu).

Der Eingriff in die Rechtsordnung ist auch deshalb schwerwiegend, weil in die Eigentums- und Handlungsrechte 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 Windkraftanlagenindustrie in Bayern die Betätigungsgrundlage praktisch vollständig entzogen.

Die Vorschriften der Art. 82 Abs. 1, Abs. 3 und Abs. 4 Nr. 2 und 3 BayBO (neu) verstoßen gegen das Rechtsstaatsprinzip sind 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, Plenarprotokoll der 29. Sitzung vom 12.11.2014,
LT Drs. 17/29, S.2067;*

*Abgeordneter Halbleib, Plenarprotokoll der 29. Sitzung vom 12.11.2014,
LT Drs. 17/29, S.2072*

- a. Gemäß Art. 82 Abs. 3 BayBO (neu) 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 (neu) 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 (neu) 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. Man spricht hier auch von einem Vetorecht der betroffenen Nachbargemeinde.
- aa. Zunächst ist klarzustellen, dass § 249 Abs. 3 BauGB auch mit Hinblick auf das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht 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 Ermächtigung zu Regelungen, 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 augenscheinlich 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,
BeckRS 1972, 30443217*

besteht Abstimmungsbedarf und dem korrespondierend eine Abstimmungspflicht, wenn eine Planung unmittelbare Auswirkungen gewichtiger Art zur Folge hat. Die Abstimmungspflicht ist ein Ausfluss

des Rücksichtnahmegebots, das auch im Verhältnis von Gemeinden untereinander zu beachten ist.

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 (neu) 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 nicht bestandskräftig geworden. Die Widerspruchsmöglichkeit beruht vielmehr ausschließlich auf der Betroffenheit durch die Anwendung des 10 H-Abstandsparameters.

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 oder eine erdrückende optische Wirkung festzustellen ist. Es kommt deshalb auch nicht darauf an, dass im 2. Halbsatz des Art. 82 Abs. 4 Nr. 3 BayBO (neu) der Radius (systemwidrig, da nicht auf die Anlagenhöhe abstellend) auf 2.000 Meter begrenzt wird. Die Radien tatsächlicher Emissionen liegen, wie dargelegt, weit darunter.

Die durch Art. 82 Abs. 4 Nr. 3 BayBO (neu) 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 (neu) gibt einer Nachbargemeinde, die an gemeindefreies Gebiet angrenzt, die Möglichkeit, die nach Art. 82

Abs. 1 (neu) 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 (neu) 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 (neu) 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 (neu) 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. Verletzung der Eigentumsgarantie, Art. 103 BV

Die Antragstellerin hat in der dritten Lesung einen Verfassungsverstoß durch einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die Eigentumsrechte der potentiellen Windkraftanlagenbetreiber gerügt.

*Abgeordneter Schindler, Plenarprotokoll der 29. Sitzung vom 12.11.2014,
LT Drs. 17/29, S.2067;*

*Abgeordneter Halbleib, Plenarprotokoll der 29. Sitzung vom 12.11.2014,
LT Drs. 17/29, S.2072 und 2073*

Die Abstandsregelung verhindert in Bayern praktisch eine weitere Nutzung von Grund und Boden zum Zwecke der Errichtung und des Unterhalts von Windkraftanlagen. Diese Regelung stellt sich nicht als zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung Eigentums dar, weil die

weit überzogene Abstandsregelung zur Vermeidung städtebaulicher Spannungen oder zum Schutz der Nachbarschaft nicht erforderlich und nicht verhältnismäßig ist.

Die Maßstäbe nach denen sich ein erforderlicher Abstand zwischen Windkraftanlage und Wohnbebauung richtet, hat die Rechtsprechung anhand des allgemeinen Rücksichtnahmegebots herausgearbeitet. Die 10 H-Regelung überschreitet diese Abstände um das Dreifache.

Die Abstandsregelung ist auch nicht verhältnismäßig, weil sie generell und ohne Berücksichtigung der topographischen Gegebenheiten einen einheitlichen Abstand zwischen der zu errichtenden Windkraftanlage und der Wohnbebauung festlegt.

4. 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 (neu) 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, Plenarprotokoll der 29. Sitzung vom 12.11.2014, LT Drs. 17/29, S.2067;

Abgeordneter Halbleib, Plenarprotokoll der 29. Sitzung vom 12.11.2014, LT Drs. 17/29, S.2072 und 2073

- a. Gemäß Art. 83 Abs. 1 BayBO (neu) findet Art. 82 Abs. 1 BayBO (neu) 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 (neu) 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 ihre Rückwirkung 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 dessen 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 im Jahr 2013 entstandene Wunsch der Staatsregierung in Bayern den Bau von Windkraftanlagen nicht mehr zu ermöglichen. Dieser Wunsch steht nicht nur in diametralem Gegensatz zu den in § 1 EEG bundesgesetzlich normierten Zielen der Energiewende, sondern auch im diametralen Gegensatz zu den Ausbauzielen im bayerischen Energiekonzept "Energie Innovativ".

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

Die Vorschrift des Art. 83 Abs. 1 BayBO (neu) verstößt gegen das Rechtsstaatsprinzip, Art. 3 Abs. 1 BV und ist deshalb nichtig.

Dr. Bihler
Rechtsanwalt

Beglaubigt

Rechtsanwalt

Anlagen
Vollmachten