

Prof. Dr. jur. Josef Franz Lindner

Bayerischer Verfassungsgerichtshof
80097 München

Großhaderner Straße 14 b
81375 München
e-mail: jflindner@mnet-online.de

4. März 2015

**Meinungsverschiedenheit gem. Art. 75 Abs. 3 BV und Art. 2 Nr. 8, 49 VfGHG
betreffend das sog. „10H-Gesetz“ (GVBl 2014, S. 478)**

11 Anlagen

**Im Rahmen einer Meinungsverschiedenheit (Art. 75 Abs. 3 BV, Art. 2 Nr. 8, 49
VfGHG) zwischen der**

1. Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Bayerischen Landtag

- Antragstellerin zu 1 -

2. Freie Wähler Landtagsfraktion

- Antragstellerin zu 2 -

jeweils vertreten durch Herrn Univ.-Prof. Dr. Josef Franz Lindner

und

(1) der CSU-Fraktion im Bayerischen Landtag sowie

(2) der Staatsregierung

- Antragsgegner -

wird unter Vorlage der in der Anlage 1 beigefügten Vollmachten

jeweils beantragt:

Es wird festgestellt, dass § 1 Nr. 2 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 S. 478) die Verfassung des Freistaates Bayern verletzt.

Begründung:Gliederung:

- I. Gegenstand der Meinungsverschiedenheit
- II. Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens
- III. Zulässigkeit der Anträge
 1. Statthaftigkeit der Verfahrensart
 2. Gesetz vom 17.11.2014 als tauglicher Antragsgegenstand
 3. Antragsberechtigung
 4. Vertretung durch Bevollmächtigten (Art. 49 Abs. 2 Satz 2 VfGHG)
 5. Antragsgegner
 6. Erkennbarkeit der Meinungsverschiedenheit bereits im Gesetzgebungsverfahren
- IV. Begründetheit der Anträge (Verletzung der Verfassung)
 1. Formelle Verfassungswidrigkeit des Gesetzes
 - a) Fehlende Gesetzgebungskompetenz (Verletzung des Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV)
 - aa) Art. 82 Abs. 1 BayBO
 - (1) faktische Aufhebung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB
 - (2) Beseitigung der Steuerungsmöglichkeiten nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB
 - bb) Art. 82 Abs. 4 Nr. 3 BayBO
 - cc) Art. 82 Abs. 5 BayBO
 - b) Fehler im Gesetzgebungsverfahren (Verletzung des Art. 16a BV)
 - aa) Verletzung des § 173 GeschOLT
 - bb) „Durchschlagen“ dieser Verletzung auf die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes
 - (1) § 173 GeschOLT nicht nur Ordnungsvorschrift
 - (2) potenzielle inhaltliche Auswirkung des Fehlers auf den Gesetzesbeschluss
 - (3) zugleich Verletzung des Art. 16 a BV
 2. Materielle Verfassungswidrigkeit des Gesetzes
 - a) Verletzung von Grundrechten potenzieller Betreiber von Windkraftanlagen
 - aa) Art. 103 BV
 - aaa) Eingriff in das Eigentumsgrundrecht

bbb) Rechtfertigung des Eingriffs?

- (1) Legitime Zwecksetzung
- (2) Geeignetheit
- (3) Fehlende Erforderlichkeit
- (4) Fehlende Angemessenheit

bb) Art. 101 BV

b) Verletzung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie (Art. 11 Abs. 2 BV)

aa) Beseitigung der planerischen Steuerung des Außenbereichs (§ 35 Abs. 3 S. 3 BauGB)

bb) Widerspruchsrecht der Nachbargemeinde (Art. 82 Abs. 4 Nr. 3 BayBO)

cc) Hinwirken auf Einvernehmen bei künftiger Bauleitplanung (Art. 82 Abs. 5 BayBO)

I.

Gegenstand der Meinungsverschiedenheiten ist die Frage, ob das im Antrag näher bezeichnete Gesetz gegen die Bayerische Verfassung (BV) verstößt und diese deswegen verletzt.

Der streitgegenständliche § 1 Nr. 2 des Gesetzes vom 17.11.2014 (GVBl S. 478) lautet (Anlage 3):

„2. Art. 82 wird wie folgt geändert:

a) Die Überschrift erhält folgende Fassung:

„Windenergie und Nutzungsänderung ehemaliger landwirtschaftlicher Gebäude“.

b) Es werden folgende Abs. 1 bis 5 eingefügt:

„(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) ¹Höhe im Sinn des Abs. 1 ist die Nabenhöhe zuzüglich Radius des Rotors. ²Der 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.

(4) Abs. 1 und 2 finden keine Anwendung,

1. wenn in einem Flächennutzungsplan für Vorhaben der in Abs. 1 beschriebenen Art vor dem 21. November 2014 eine Darstellung für die Zwecke des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erfolgt ist,
2. soweit und sobald die Gemeinde der Fortgeltung der Darstellung nicht bis einschließlich 21. Mai 2015 in einem ortsüblich bekannt gemachten Beschluss widerspricht und
3. soweit und sobald auch eine betroffene Nachbargemeinde der Fortgeltung der Darstellung nicht bis einschließlich 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.

(5) ¹Bei 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. ²Abs. 4 Nr. 3 Halbsatz 2 gilt entsprechend.

c) Der bisherige Wortlaut wird Abs. 6.“

II.

Das der Meinungsverschiedenheit zugrundeliegende Gesetz geht auf einen Gesetzentwurf der Staatsregierung zurück, der von dieser am 4.2.2014 beschlossen und in deren Namen vom Ministerpräsidenten im Landtag am 27.5.2014 (LT-Drs. 17/2137, Anlage 2) eingebracht wurde (Art. 71 Alt. 1 BV). In der ersten Lesung vom 4.6.2014 wurde vom Plenum beschlossen, den Gesetzentwurf an den federführenden Wirtschaftsausschuss zu überweisen. Dort fand am 3.7.2014 eine Expertenanhörung zum Gesetzentwurf der Staatsregierung nach § 173 GeschOLT statt. Auf Grund von Änderungsanträgen wurde von Seiten der Oppositionsfraktionen im federführenden Wirtschaftsausschuss eine weitere Anhörung nach § 173 GeschOLT beantragt, die jedoch nicht stattgefunden hat. Nach der Endberatung im Ausschuss für Verfassung, Recht und Parlamentsfragen am 6.11.2014 wurde der Gesetzentwurf samt Änderungsanträgen am 12.11.2014 in zweiter und dritter Lesung vom Plenum des Landtags beraten und schließlich beschlossen. Das Gesetz wurde am 17.11.2014 vom Ministerpräsidenten gem. Art. 76 BV ausgefertigt und am 20.11.2014 im Gesetz- und Verordnungsblatt bekanntgemacht (GVBl S. 478). Es ist nach seinem § 3 am 21.11.2014 in Kraft getreten.

III.

Die Anträge sind zulässig.

1. Die Anträge sind statthaft. Nach Art. 75 Abs. 3 BV entscheidet der Verfassungsgerichtshof über Meinungsverschiedenheiten, ob durch ein Gesetz die Verfassung geändert wird oder ob ein Antrag auf unzulässige Verfassungsänderung vorliegt. Zwar ist in Art. 75 Abs. 3 nicht die Fallkonstellation genannt, dass ein Gesetz die Verfassung *verletzt*, mit dieser also nicht vereinbar ist. Es entspricht jedoch allgemeiner Meinung, dass Art. 75 Abs. 3 BV auch die Überprüfung von formellen Gesetzen dahingehend zulässt, ob sie die Bayerische Verfassung „verletzen“. Art. 75 Abs. 3 BV will nach allgemeiner Auffassung die abstrakte Normenkontrolle (im Hinblick auf förmliche Gesetze) in Parallelität zu Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG ermöglichen.

Meder/Brechmann, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 5. Aufl. 2014, Art. 75 Rn. 20; *Lindner/Möstl/Wolff*, Verfassung des Freistaates Bayern, 2009, Art. 75 Rn. 11; *Lindner*, Bayerisches Staatsrecht, 2011, Rn. 543 (mit Fn. 608); *VerfGH* vom 17.9.1999 Vf. 12-VIII-98 = BayVBl. 1999, 719 = VerfGH 52, 104/119. *VerfGH* vom 19.10.1994 Vf. 12-VII-92 und Vf. 13-VIII-92 = BayVBl. 1995, 143 ff. = VerfGH 47, 241/251.

Dies wird auch im Wortlaut von Art. 2 Nr. 8 und Art. 49 Abs. 1 VfGHG deutlich. Dort ist ausdrücklich von Verfassungsverletzung die Rede. Die Diskrepanz zwischen Art. 75 Abs. 3 BV und den genannten Vorschriften des Verfassungsgerichtshofgesetzes führt nicht dazu, dass letztere verfassungswidrig wären. Vielmehr können nach Art. 67 BV dem Verfassungsgerichtshof durch Gesetz weitere Verfahren zugewiesen werden. Eine solche Zuweisung kann in Art. 2 Nr. 8, 49 VfGHG insoweit gesehen werden, als dort die in Art. 75 Abs. 3 BV selbst nicht genannte Verfassungsverletzung durch einfaches Gesetz erwähnt wird.

2. Das Gesetz vom 17.11.2014 ist als förmliches Parlamentsgesetz tauglicher Gegenstand einer Meinungsverschiedenheit nach Art. 75 Abs. 3 BV.

3. Die Antragstellerinnen sind antragsberechtigt. Art. 75 Abs. 3 BV enthält zwar keine näheren Vorgaben für die Antragsberechtigung und die Antragsgegnerschaft. Diese werden durch Art. 49 VfGHG ausgestaltet. Nach Abs. 2 dieser Vorschrift sind u.a. antragsberechtigt die mit eigenen Rechten ausgestatteten Teile eines obersten Staatsorgans. Hierzu gehören auch die Fraktionen des Landtags. Der Landtag ist ein oberstes Staatsorgan, die Fraktionen sind Teile davon und in der Verfassung mit eigenen Rechten ausgestattet (vgl. z.B. Art. 16a Abs. 2 BV). Die Antragstellerin zu 1., „Bündnis 90/Die Grünen im Bayerischen Landtag“, sowie die Antragstellerin zu 2., die „Freie Wähler Landtagsfraktion“, sind jeweils eine Fraktion im Bayerischen Landtag.

4. Die Antragstellerinnen werden gemäß Art. 49 Abs. 2 Satz 2 VfGHG jeweils durch den Unterzeichneten als Bevollmächtigten vertreten. Der Unterzeichnete ist Inhaber eines

Lehrstuhls für Öffentliches Recht an der Universität Augsburg und damit als „Rechtslehrer“ an einer Hochschule (Art. 16 Abs. 4 VfGHG) geeigneter Bevollmächtigter.

5. Da das Verfahren nach Art. 75 Abs. 3 BV als Meinungsverschiedenheit zwischen am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organen (oder Teilen derselben) und damit als organstreitähnliches Verfahren streitig ausgestaltet ist, ist in der Antragschrift auch der oder sind die Antragsgegner zu benennen. Als Antragsgegner kommen diejenigen in Betracht, die am Gesetzgebungsverfahren beteiligt und zuständigerweise ihre Meinung über die Verfassungsmäßigkeit des betreffenden Gesetzes abgeben konnten und abgegeben haben. Dazu gehört zunächst die den ursprünglichen Gesetzentwurf einbringende Staatsregierung (Art. 71 Alt. 1 BV) und die den Gesetzentwurf stützenden Fraktionen des Landtags. Vorliegend werden die Anträge nach Art. 75 Abs. 3 BV sowohl gegen die Staatsregierung als auch gegen die Fraktion der Christlich-Sozialen Union im Bayerischen Landtag gerichtet. Anders als die Antragstellerinnen halten Staatsregierung und CSU-Fraktion das angegriffene Gesetz für verfassungskonform.

6. Die verfahrensgegenständliche Meinungsverschiedenheit bezieht sich auf die Frage, ob § 1 des Gesetzes vom 17.11.2014 gegen die Verfassung verstößt, diese also verletzt. Dies ist nach Auffassung der Antragstellerinnen aus den unter IV. näher auszuführenden Gründen der Fall. Die Antragstellerinnen haben die ihrer Auffassung nach bestehende Verfassungswidrigkeit des Gesetzes bereits während der Gesetzesberatungen im Landtag (wiederholt) artikuliert. Dabei sind der Sache nach die im Rahmen dieser Antragschrift aufgeführten Verfassungsverstöße angesprochen worden:

- Protokoll der 24. Sitzung des Ausschusses für Verfassung, Recht und Parlamentsfragen vom 6.11.2014 (S. 30 f. [Abgeordneter Meyer, FW]; S. 31 f. [Abgeordneter Dr. Dürr, GRÜNE]) – Anlage 4.

- Protokoll der Plenardebatte vom 12.11.2014 (S. 2046 ff. [Abgeordneter Glauber, FW]; S. 2049 ff. [Abgeordneter Stümpfig, GRÜNE], S. 2057 [Abgeordneter Meyer, FW]; S. 2068 [Abgeordneter Streibl, FW]; S. 2069 f. [Abgeordneter Hartmann, GRÜNE]) – Anlage 5.

IV.

Die Anträge sind begründet. Der durch § 1 Nr. 2 des Gesetzes vom 17.11.2014 (GVBl S. 478) neu gefasste Art. 82 BayBO verletzt in formeller wie materieller Hinsicht die Verfassung:

1. Das Gesetz ist formell verfassungswidrig. Zum einen fehlt dem Freistaat Bayern dafür offensichtlich die Gesetzgebungskompetenz, so dass insoweit zugleich das Rechtsstaatsprinzip der Verfassung (Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV) verletzt ist (sogleich a.). Zudem wurden in entscheidungserheblicher Weise Vorgaben der Geschäftsordnung des Landtags zum Gesetzgebungsverfahren missachtet, die zugleich als Verletzung des Art. 16a BV zu qualifizieren sind und auf die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes durchschlagen (unten b.).

a) Der Freistaat Bayern hat für den Erlass § 1 Nr. 2 des Gesetzes vom 17.11.2014 (GVBl S. 478), genauer für die dadurch vorgenommenen Änderungen des Art. 82 BayBO, offenkundig keine Gesetzgebungskompetenz. Diese fehlt allerdings nicht bereits deswegen, weil Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG das Bodenrecht der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz zuordnet und der Bund davon abschließenden Gebrauch gemacht hat (Art. 72 Abs. 1 GG). Zwar ist das Baugesetzbuch (BauGB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 13.9.2004 (BGBl. I S. 2414) als grundsätzlich abschließende Kodifikation des Bauplanungsrechts zu interpretieren. Allerdings hat der Bundesgesetzgeber durch den am 1.8.2014 in Kraft getretenen § 249 Abs. 3 BauGB den Ländern einen Regelungsspielraum in Hinblick auf den Privilegierungstatbestand in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB eröffnet (Gesetz vom 15.7.2014, BGBl. I S. 934). Diese sog. „Länderöffnungsklausel“ wirft im Hinblick auf Art. 72 Abs. 1, 74 Abs. 1 Nr. 18 GG keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken auf, so dass eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht gem. Art. 100 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GG nicht veranlasst ist.

Vgl. etwa *Grüner*, Die Länderöffnungsklausel im BauGB, NVwZ 2015, S. 108 ff.; so auch *Würfel/Werner*, Einführung eines Mindestabstands für Windkraftanlagen – „10H-Regelung“ in Bayern, BayVBl. 2015, S. 109 ff./110.

Nach § 249 Abs. 3 BauGB können die Länder durch bis zum 31.12.2015 zu verkündende Landesgesetze bestimmen, das § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB auf Vorhaben, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergien 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. Auf Grund dieser Länderöffnungsklausel hat der Freistaat Bayern nunmehr gem. Art. 30, 70 Abs. 1, 72 Abs. 1 GG die Kompetenz, den Privilegierungstatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB von der Einhaltung eines bestimmten Abstandes zu zulässigen baulichen Nutzungen abhängig zu machen. Allerdings ist der Landesgesetzgeber bei der Nutzung dieser vom Bund zurück übertragenen Gesetzgebungskompetenz nicht völlig frei, sondern an nach wie vor bestehende Grundentscheidungen des Bundesgesetzgebers im BauGB gebunden. Dazu gehört insbesondere der Privilegierungs-

tatbestand zugunsten der Windenergie in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB als solcher. Denn der Bundesgesetzgeber hat diese Privilegierung durch § 249 Abs. 3 BauGB nicht vollständig preisgegeben, sondern als Grundsatzentscheidung aufrecht erhalten, also gerade nicht zur Disposition durch Landesgesetz gestellt. Für diese Sichtweise spricht nicht nur, dass § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB selbst unangetastet geblieben ist und dass die Länderöffnungsklausel gerade nicht vorsieht, dass die Länder den Privilegierungstatbestand beseitigen könnten. Vielmehr steht auch die Entstehungsgeschichte des § 249 Abs. 3 BauGB der Zulässigkeit einer vollständigen Entprivilegierungsermächtigung zu Gunsten der Länder entgegen. Denn ein ursprünglicher Gesetzentwurf des Landes Sachsen, der den Ländern eine entsprechende Möglichkeit einräumen wollte, konnte sich nicht durchsetzen.

Vgl. BR-Drs. 206/13, S. 1: „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 verbunden Folgewirkungen kommen.“ Zur Gesetzgebungsgeschichte des § 249 Abs. 3 BauGB s. auch *Grüner*, a.a.O., S. 108 f.; *Würfel/Werner*, a.a.O., S. 109 ff.; *Scheidler*, BauGB-Änderung 2014 – die Windkraftländeröffnungsklausel, apf 2014, S. 289 ff.; *Raschke*, Privilegierter Föderalismus – Länderöffnungsklausel im BauGB?, NVwZ 2014, S. 414 ff.

Weder konnte sich dieser Gesetzentwurf noch eine vergleichbar weitreichende Formulierung in dem dann schließlich Gesetz gewordenen § 249 Abs. 3 BauGB niederschlagen. Damit verbleibt die Entscheidung über das „ob“ der Privilegierung nach wie vor beim Bund, sie darf vom Landesgesetzgeber nicht relativiert werden. Den Ländern ist mit der Öffnungsklausel des § 249 Abs. 3 BauGB lediglich die Kompetenz eingeräumt, die Privilegierung in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB von bestimmten Abstandsmodalitäten abhängig zu machen. Den Ländern ist es hingegen verwehrt, den Abstand zwischen Windenergieanlagen und baulichen Anlagen so auszugestalten, dass die Regelung einer Abschaffung des Privilegierungstatbestandes – faktisch – gleichkommt.

Zudem ist der Landesgesetzgeber an die weiterhin bestehenden bauplanungsrechtlichen Systementscheidungen des Bundesgesetzgebers zum Außenbereich, insbesondere zu Gunsten einer Nutzung des Außenbereichs für die Windenergie gebunden. Aus diesen grundsätzlichen kompetenzrechtlichen Erwägungen ergibt sich für die hier in Rede stehenden Änderungen des Art. 82 BayBO folgendes:

aa) Der bayerische Gesetzgeber hat von der Öffnungsklausel in § 249 Abs. 3 BauGB in Art. 82 Abs. 1 BayBO dahingehend Gebrauch gemacht, dass der Privilegierungstatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB auf Vorhaben, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen, nur Anwendung findet, 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 („10H-Regelung“). Mit der Bindung der bundesrechtlichen Privilegierung an die Einhaltung eines Mindestabstandes im Umfang der 10-fachen Höhe der jeweiligen Windenergieanlage überdehnt der bayerische Gesetzgeber die ihm durch § 249 Abs. 3 BauGB i.V.m. Art. 30, 70 Abs. 1, 72 Abs. 1 GG grundsätzlich eröffnete Gesetzgebungskompetenz offensichtlich und in doppelter Hinsicht:

(1) Die Festlegung eines solchen Abstandes bewirkt zunächst faktisch eine nahezu vollständige Entprivilegierung von Windkraftanlagen im Gebiet des Freistaates Bayern, zu der der Bundesgesetzgeber die Länder, wie soeben ausgeführt, gerade nicht ermächtigt hat. Denn legt man die 10H-Regelung und die heute übliche Höhe moderner und effizienter Windenergieanlagen von 200 Metern einer Flächenpotenzialanalyse zugrunde, kommen unter Berücksichtigung von Tabu- und Ausschlussflächen (Naturschutzgebiete, FFH-Gebiete etc.) nur mehr etwa 0,05 % der Fläche des Freistaates Bayern für eine privilegierte Errichtung von Windenergieanlagen (im Außenbereich) in Betracht – im Vergleich zu 5,17 % beim heute üblichen Abstand von 800 Metern.

Auszug aus schriftlichen Stellungnahme des BWE (Landesverband Bayern) zur Expertenanhörung im Wirtschaftsausschuss am 3.7.2014, S. 4 ff.– Anlage 6.

Damit ist die Errichtung von heute üblichen und wirtschaftlichen Windenergieanlagen im planungsrechtlichen Außenbereich (§ 35 BauGB) im Freistaat Bayern nur noch in wenigen Einzelfällen möglich. Denn mangels Privilegierung durch § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB, die wegen des in Art. 82 Abs. 1 BaBO festgelegten Abstandserfordernisses nur noch selten zum Tragen kommt, richtet sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit einer Windenergieanlage, die im Rahmen des Genehmigungsverfahrens über § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG zu prüfen ist, nach § 35 Abs. 2 BauGB („sonstige Vorhaben“), womit die Genehmigungsfähigkeit im Ergebnis regelmäßig ausgeschlossen ist und nur im Einzelfall, also ausnahmsweise in Betracht kommen kann. Nach dem Willen des Gesetzgebers des BauGB sollen nur privilegierte Vorhaben im Außenbereich zulässig sein, nicht privilegierte „sonstige Vorhaben“ hingegen nur ausnahmsweise.

Allg. Meinung; vgl. etwa *Finkelnburg/Ortloff/Kment*, Öffentliches Baurecht, Bd. I, Bauplanungsrecht, 6. Aufl. 2011, S. 385; *Würfel/Werner*, a.a.O., S. 111 („kaum noch genehmigungsfähig“).

Der bayerische Gesetzgeber hat durch die 10H-Regelung in Art. 82 Abs. 1 BayBO im Ergebnis den Privilegierungstatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB, an dem der Bundesge-

setzgeber ausdrücklich festgehalten und den er nicht in die Dispositionsbefugnis des Landesgesetzgebers gestellt hat, aufgehoben.

Hiergegen lässt sich nicht einwenden, dass der Landesgesetzgeber von der in § 249 Abs. 3 BauGB eröffneten Regelungsmöglichkeit sinnvollerweise überhaupt nur mit der 10H-Regelung Gebrauch machen und keinen geringeren Abstand wählen konnte. Im Gegenteil: Die konkrete Festlegung eines 10H-Abstandes ist der Sache nach weder naheliegend noch notwendig. Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass das Problem der mit Windkraftenergieanlagen verbundenen optisch bedrängenden oder gar erdrückenden Wirkung nicht neu, sondern von der Rechtsprechung insbesondere auch des Bundesverwaltungsgerichts in einer mittlerweile gefestigten Rechtsprechung bereits gelöst worden ist. Nach dieser Rechtsprechung ist im Rahmen des Rücksichtnahmegebotes aus § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu klären, ob von einer Windenergieanlage auf die umliegende Wohnbebauung eine optisch bedrängende oder gar erdrückende Wirkung ausgeht:

BVerwG, Beschluss vom 11.12.2006 = BayVBl. 2007, 250.

Nach der vom BVerwG nicht beanstandeten Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes sei eine optisch bedrückende Wirkung regelmäßig nur gegeben, wenn der Abstand zwischen Wohngebäude und Windenergieanlage weniger als das Doppelte der Höhe der Anlage (also 2H) betrage. Liege der Abstand zwischen 2H und 3H, sei eine Einzelfallentscheidung geboten. Betrage der Abstand hingegen mehr als 3H, so sei in der Regel von einer optisch bedrängenden oder erdrückenden Wirkung der Windenergieanlage nicht auszugehen:

BayVGH, Urteil vom 29.5.2009, BayVBl. 2010, S. 114; jüngst bestätigt durch Beschluss vom 1.12.2014 – 22 ZB 14.1594 (Rn. 15)

Angesichts dieser gefestigten und auch von anderen Oberverwaltungsgerichten (z.B. *OVG Münster*, DVBl. 2006, S. 532) vertretenen Rechtsprechung zum bauplanungsrechtlichen Rücksichtnahmegebot, die letztlich denselben Interessenkonflikt lösen will wie das streitgegenständliche Gesetz (nur eben konkreter und einzelfallbezogener), erscheint es als fernliegend, dass nun die Festlegung eines pauschalen Abstandes von 10H vom Gesetzgeber als alleinig sachgerechte und „angemessene“ (Begründung der Staatsregierung LT-Drs. 17/2137, S. 7, rechte Sp.) Lösung solcher Bodennutzungskonflikte angesehen wird. Der bayerische Gesetzgeber hat sich ausweislich der Begründung im Gesetzentwurf der Staatsregierung mit der erwähnten Rechtsprechung zum Rücksichtnahmegebot vielmehr überhaupt nicht auseinandergesetzt.

(2) Mit der konkreten Fassung des Art. 82 Abs. 1 BayBO überdehnt der bayerische Gesetzgeber die durch § 249 Abs. 3 BauGB eingeräumte Gesetzgebungskompetenz nicht nur deswegen in offensichtlicher Weise, weil er der Sache den Privilegierungstatbestand für Windenergieanlagen (§ 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB) abgeschafft hat, sondern auch insofern, als dadurch das bundesrechtlich vorgesehene Planungssystem für Windenergieanlagen im Außenbereich faktisch beseitigt wird. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ermöglicht es den Gemeinden, insbesondere in sachlichen Teilflächennutzungsplänen für Windenergieanlagen im Außenbereich sog. Konzentrationsflächen auszuweisen. Damit hat die Gemeinde die planungsrechtliche Option, unabhängig vom Erlass eines Bebauungsplans (mit Ausweisung eines Sondergebiets) die Nutzung des Außenbereichs für Windenergieanlagen zu steuern. In der Ausweisung einer Konzentrationsfläche für Zwecke des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB in einem Teilflächennutzungsplan liegt eine doppelte planungsrechtliche Entscheidung: Zum einen – negativ – sind Windenergieanlagen im Außenbereich außerhalb der Konzentrationsflächen wegen § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB grundsätzlich nicht genehmigungsfähig. Zum anderen – positiv – ist eine Windenergieanlage, die innerhalb einer Konzentrationsfläche realisiert werden soll, regelmäßig genehmigungsfähig, weil infolge der Rechtsprechung insbesondere des BVerwG die Teilflächennutzungsplanung mit der Ausweisung von Konzentrationsflächen für Windenergie nur dann abwägungsfehlerfrei ist, wenn innerhalb der Konzentrationsfläche auch wirklich substanzieller Raum für Windenergie besteht, dort Windenergieanlagen also grundsätzlich genehmigungsfähig sind (ansonsten eine unzulässige Verhinderungsplanung vorläge).

Vgl. etwa *BVerwGE* 117, 287; zu diesen planungsrechtlichen Zusammenhängen s. näher *Münkler*, Flexible Steuerung durch Konzentrationsflächenplanung, *NVwZ* 2014, S. 1482 ff.

Dieses planungsrechtliche Instrumentarium mit doppelter planungsrechtlicher und genehmigungsrelevanter Relevanz, das der Gemeinde bundesrechtlich eröffnet ist, funktioniert auf Grund der 10H-Regelung in Art. 82 Abs. 1 BayBO weitgehend nicht mehr. Denn infolge der soeben dargestellten faktischen Abschaffung der Privilegierung in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB entfällt eine wesentliche Voraussetzung für die Ausweisung von Konzentrationsflächen. Im Ergebnis ist nämlich nur eine privilegierte Windenergieanlage im Außenbereich genehmigungsfähig. Gibt es infolge der 10 H-Regelung im Gemeindegebiet hingegen keine Flächen des Außenbereichs mehr, in denen privilegierte Windenergieanlagen errichtet werden können, ist damit auch die Voraussetzung für die Ausweisung von Konzent-

rationsflächen nach § 35 Abs. 3 BauGB entfallen. Da in Konzentrationsflächen mangels Privilegierung keine Windenergieanlagen genehmigungsfähig wären, wäre eine gleichwohl erfolgende Konzentrationsflächenausweisung unwirksam, weil dort dann – eben mangels Privilegierung und wegen damit verbundener Genehmigungsunfähigkeit – kein substantieller Raum für Windenergie im Sinne der zitierten Rechtsprechung des BVerwG entstünde. Der bayerische Gesetzgeber hat mit der Festlegung eines notwendigen Abstandes von 10H als Bedingung für die Privilegierung die planungsrechtliche Möglichkeit der Ausweisung von Konzentrationsflächen und die damit verbundene doppelte Steuerungsmöglichkeit für die Gemeinden faktisch beseitigt.

So auch *Würfel/Werner*, a.a.O., S. 113 f., die darauf hinweisen, dass Flächen, auf denen der 10H-Abstand nicht eingehalten werden kann, als Tabuzonen qualifiziert werden müssten.

Auch hierfür enthält § 249 Abs. 3 BauGB offensichtlich keine Regelungskompetenz. Denn der Bundesgesetzgeber hat lediglich § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB (und auch dies nur im Hinblick auf die Festlegung eines Abstandes) für den Landesgesetzgeber geöffnet, nicht hingegen das planungsrechtliche Instrumentarium in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zur Disposition gestellt oder stellen wollen. Zwar könnten die Gemeinden nach wie vor Teilflächennutzungspläne mit Konzentrationsflächen für Windenergieanlagen erlassen. Diese wären aber nach der bisherigen Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte und des Bundesverwaltungsgerichts nichtig, da sie der Sache nach eine Verhinderungsplanung darstellten: Innerhalb der Flächen des Außenbereichs außerhalb der Konzentrationsfläche dürften wegen der Konzentrationswirkung in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB Windenergieanlagen nicht genehmigt werden und innerhalb der Konzentrationsflächen wären sie ebenfalls im Ergebnis nicht genehmigungsfähig, weil sie nicht privilegiert wären und damit als „sonstige Anlagen“ dem § 35 Abs. 2 BauGB unterfielen. Zu einer solchen Konsequenz, die dem bundesrechtlich geregelten Bauplanungsrecht entgegensteht, wollte der Bundesgesetzgeber die Länder offensichtlich nicht ermächtigen.

bb) Auch für Art. 82 Abs. 4 Nr. 3 BayBO hat der bayerische Gesetzgeber offensichtlich keine Gesetzgebungskompetenz. Durch diese Regelung wird der Nachbargemeinde ein Widerspruchsrecht gegen den Bestandsschutz der Darstellung von Konzentrationsflächen für Windenergieanlagen eingeräumt, wenn die Nachbargemeinde im Sinne der Nr. 3 betroffen ist. Art. 82 Abs. 4 BayBO bezweckt der Sache nach eine Bestandsschutzregelung

für bestehende Konzentrationsflächenausweisungen in wirksamen Flächennutzungsplänen. Hat eine Gemeinde im Rahmen insbesondere einer Teilflächennutzungsplanung eine Konzentrationsfläche für Windenergieanlagen für Zwecke des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB festgelegt, gilt innerhalb der Konzentrationsfläche die 10H-Regelung des Art. 82 Abs. 1 BayBO nicht. Dies führt dazu, dass die (bereits bestehende) Konzentrationsfläche insofern ihre Ausschlusswirkung zugunsten des übrigen Außenbereichs erfüllen kann, weil infolge des Absatzes 4 innerhalb der Konzentrationsfläche Windenergieanlagen auch dann noch privilegiert sind, wenn sie den Abstand 10H nicht einhalten. Der Gesetzgeber macht aber nun diese Bestandsschutzregelung durch Nr. 3 von dem Nichtwiderspruch der Nachbargemeinde abhängig. Auch hierzu fehlt dem Freistaat Bayern die Gesetzgebungskompetenz. Zwar umfasst die Länderöffnungsklausel des § 249 Abs. 3 BauGB nicht nur die Festlegung des Abstandes, sondern auch die „Auswirkungen der festgelegten Abstände auf Ausweisungen in geltenden Flächennutzungsplänen“. Der Bundesgesetzgeber hat es damit dem Landesgesetzgeber ermöglicht, „Bestandsschutzregelungen“ für geltende Konzentrationsflächen zu erlassen. Nicht umfasst von dieser Öffnung ist indes die landesgesetzliche Etablierung eines dem BauGB bislang unbekanntem Beteiligungsinstruments zu Gunsten der Nachbargemeinde. Zwar kennt das BauGB in § 2 Abs. 2 BauGB das interkommunale Abstimmungsgebot beim Erlass von Bauleitplänen. Es sieht jedoch weder die Notwendigkeit einer Zustimmung der Nachbargemeinde zu einem bestimmten Bauleitplan vor noch die Möglichkeit eines Widerspruchs im Sinne eines Vetos (schon gar nicht gegen einen bestehenden Bauleitplan). Der bayerische Gesetzgeber etabliert mit der Widerspruchsmöglichkeit der Nachbargemeinde mithin ein neues, dem BauGB bislang unbekanntes interkommunales Konfliktlösungsinstrument, zu dessen Schaffung § 249 Abs. 3 BauGB ihn nicht ermächtigt. Hätte der Bundesgesetzgeber die Länder berechtigen wollen, ein neues bauplanungsrechtliches Instrument zur interkommunalen Konfliktlösung einzuführen, so hätte er dies angesichts der klaren und abschließenden Regelung in § 2 Abs. 2 BauGB in § 249 Abs. 3 BauGB ausdrücklich vorsehen müssen. Da dies nicht erfolgt ist, ist davon auszugehen, dass der Bundesgesetzgeber mit der bestehenden Regelung in § 2 Abs. 2 BauGB insoweit von seiner Gesetzgebungskompetenz abschließend Gebrauch gemacht hat, so dass für eine entsprechende landesrechtliche Regelung kein Raum ist (Art. 72 Abs. 1 GG).

cc) Vergleichbare kompetenzrechtliche Bedenken bestehen gegen Art. 82 Abs. 5 BayBO. Diese Vorschrift regelt, dass bei der Aufstellung von Bauleitplänen, die für Windenergieanlagen einen geringeren als den in Art. 82 Abs. 1 BayBO beschriebenen Mindestabstand

festsetzen wollen, im Rahmen der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB auf eine „einvernehmliche Festlegung mit betroffenen Nachbargemeinden hinzuwirken“ ist. Art. 82 Abs. 5 BayBO geht zunächst davon aus, dass die Gemeinden auch weiterhin zumal in Bebauungsplänen Sondergebiete für Windenergieanlagen (vgl. § 11 BauNVO) ausweisen können. Für den Fall, dass bei der Aufstellung entsprechender Bauleitpläne ein geringerer als der in Art. 82 Abs. 1 BayBO vorgeschriebene Mindestabstand von 10H (zu Wohngebäuden der Nachbargemeinde) festgesetzt wird, unterwirft Art. 82 Abs. 5 BayBO die planende Gemeinde einer gesteigerten interkommunalen Abstimmungspflicht. Es ist auf ein „Einvernehmen“ zwischen den betroffenen Nachbargemeinden „hinzuwirken“. Für die Normierung einer solchen Pflicht zum Hinwirken auf ein Einvernehmen fehlt dem Freistaat Bayern indes offensichtlich die Gesetzgebungskompetenz. § 249 Abs. 3 BauGB erstreckt die Länderöffnungsklausel ausdrücklich nur auf die Auswirkungen auf *bereits bestehende* Festlegungen in Flächennutzungsplänen („Auswirkungen der festgelegten Abstände auf Ausweisungen in geltenden Flächennutzungsplänen ...“), umfasst jedoch nicht die Aufstellung neuer Bauleitpläne. Es handelt sich bei Art. 82 Abs. 5 BayBO auch nicht lediglich um eine (deklaratorische) Wiederholung oder Konkretisierung des bereits in § 2 Abs. 2 BauGB enthaltenen interkommunalen Abstimmungsgebots. Nach dieser Vorschrift sind „Bauleitpläne benachbarter Gemeinden aufeinander abzustimmen“. Die Regelung in Art. 82 Abs. 5 BayBO wäre kompetenzrechtlich unproblematisch, wenn es sich bei der dortigen Regelung lediglich um eine (nicht modifizierende) Wiederholung des § 2 Abs. 2 BauGB handeln würde. Dies ist jedoch nicht der Fall. Während § 2 Abs. 2 BauGB ein Abstimmungsgebot enthält, also die Pflicht, benachbarte Gemeinden und deren Interessen in das Aufstellungsverfahren und die Abwägung mit einzubeziehen, geht Art. 82 Abs. 5 BayBO darüber hinaus: Er fordert ein Hinwirken auf ein Einvernehmen. Damit ist zwar kein Einvernehmenserfordernis aufgestellt, was im Hinblick auf § 2 Abs. 2 BauGB kompetenzrechtlich auch ausgeschlossen wäre. Jedoch ist die planende Gemeinde verpflichtet, ihren Bauleitplan so zu konzipieren, dass die jeweils beteiligte Nachbargemeinde ihr Einvernehmen erteilen könnte. „Abstimmung“ und „Hinwirken auf Einvernehmen“ sind unterschiedliche, abgestufte Beteiligungsmodalitäten. Keineswegs ist das letztere nur eine andere Formulierung für das erstere. Art. 82 Abs. 5 BayBO lässt sich auch kompetenzrechtlich nicht dadurch rechtfertigen, dass man die Regelung als „Auslegungshilfe“ zu § 2 Abs. 2 BauGB versteht, wie es das Staatsministerium des Innern in seinen Vollzugshinweisen tut.

(www.stmi.bayern.de/assets/stmi/buw/baurechtundtechnik/ersthinweise_zum_inkrafttreten_der10_h-regelung.pdf). Von „Auslegungshilfe“ ist auch in der Begründung zum Änderungsantrag LT-Drs. 17/3417 die Rede; Anlage 7)

Vielmehr sperrt das abschließende Gebrauchmachen des Bundes von der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz (hier von Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG im Hinblick auf die Beteiligung von Gemeinden bei der Aufstellung von Bauleitplänen, § 2 Abs. 2 BauGB) den Landesgesetzgeber nicht nur, insofern eigenständige Regelungen zu erlassen. Es hindert ihn auch, „Auslegungsregeln“ zu erlassen – zumindest dann, wenn diese in Wortlaut und Sache von der auszulegenden Vorschrift abweichen.

Fazit zu a): Art. 82 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 3 und Abs. 5 BayBO liegen offensichtlich außerhalb der Gesetzgebungskompetenz des Freistaates Bayern. In der darin liegenden schweren Verletzung der Art. 30, 70, 72 Abs. 1, 74 Abs. 1 Nr. 18 GG i.V.m. § 249 Abs.3 BauGB ist gleichzeitig ein Verstoß gegen das in Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV normierte Rechtsstaatsprinzip zu sehen.

b) Das Gesetz leidet zudem an einem erheblichen Fehler im Gesetzgebungsverfahren, der auf die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes insgesamt durchschlägt.

aa) Im Gesetzgebungsverfahren ist während der Ausschussberatungen im federführenden Wirtschaftsausschuss des Landtags die Vorschrift des § 173 GeschOLT verletzt worden. Diese Vorschrift regelt Anhörungen in Ausschüssen. Nach § 173 Abs. 1 Satz 2 GeschOLT ist der Ausschuss auf Verlangen eines Fünftels seiner Mitglieder aus den Fraktionen, die nicht die Staatsregierung stützen, verpflichtet, bis zu zwei Anhörungen pro Kalenderjahr zu beschließen. Zwar fand im Rahmen der Ausschussberatungen über den Gesetzentwurf der Staatsregierung am 3.7.2014 eine Expertenanhörung im federführenden Wirtschaftsausschuss statt. Im Anschluss an diese Expertenanhörung wurden jedoch zum Gesetzentwurf seitens der CSU-Fraktion noch erhebliche, substantielle Änderungsanträge eingebracht. Es handelt sich um die Änderungsanträge vom 15.10.2014 (Anlage 7):

- LT-Drs. 17/3415 (Regelung für gemeindefreie Gebiete, neuer Art. 82 Abs. 3 BayBO),
- LT-Drs. 17/3416 („Bestandsschutzregelung“ für Ausweisungen in Flächennutzungsplänen, neuer Art. 82 Abs. 4 BayBO),
- LT-Drs. 17/3417 (Beteiligung der Nachbargemeinde bei der Aufstellung von Bauleitplänen, neuer Art. 82 Abs. 5 BayBO).

Aufgrund dieser Änderungsanträge, die auf substanzielle Änderungen des Gesetzentwurfes der Staatsregierung zielten und besondere verfassungsrechtliche Probleme aufwerfen (insbes. im Hinblick auf die Gesetzgebungskompetenz und die kommunale Selbstverwaltungsgarantie), wurde von Seiten der Oppositionsfraktionen im Wirtschaftsausschuss beantragt, über die Änderungsanträge zum Gesetzentwurf der Staatsregierung eine weitere Expertenanhörung durchzuführen. Da im Kalenderjahr 2014 noch keine zwei Anhörungen auf Verlangen der Fraktionen, die nicht die Staatsregierung stützen (§ 173 Abs. 1 Satz 2 GeschOLT), beschlossen wurden, hätte der Ausschuss die Expertenanhörung beschließen müssen. Daran ändert es auch nichts, dass bezüglich des gegenständlichen Gesetzes bereits eine Expertenanhörung stattgefunden hat. Denn der neue § 173 Abs. 2 GeschOLT, wonach eine erneute Anhörung zum selben Beratungsgegenstand, zu dem auch Änderungsanträge gehören, nur von der Ausschussmehrheit beschlossen werden kann, ist erst nachträglich in die GeschOLT aufgenommen worden (vgl. GVBI 2014, S. 594). Der auf die Durchführung einer weiteren Anhörung gerichtete Geschäftsordnungsantrag der Oppositionsfraktionen war auch nicht etwa formell unzureichend, weil er noch keinen Fragenkatalog und noch keine Expertenliste enthielt. Dieses Erfordernis stellt § 173 Abs. 1 GeschOLT nicht auf. Der Ausschussvorsitzende hat die ordnungsgemäß beantragte Anhörung mit der Begründung abgelehnt, dass sich die Frage nach deren Sinn stelle. Diese Einschätzung stellt eine unzulässige politische Bewertung des in § 173 Abs. 1 GeschOLT enthaltenen Minderheitenrechts dar, die dem Ausschussvorsitzenden nicht zukommt. Vielmehr liegt es im politischen Einschätzungsspielraum der Oppositionsfraktionen, zu Änderungsanträgen zu einem politisch umstrittenen Gesetzentwurf auch eine weitere Expertenanhörung zu beantragen, wenn sich nach einer ersten Expertenanhörung substanzielle Änderungen, insbesondere auch in der verfassungsrechtlichen Beurteilung durch Änderungsanträge ergeben haben. Der Wirtschaftsausschuss hat eine weitere Expertenanhörung weder beschlossen noch durchgeführt. Vielmehr hat der Vorsitzende des Ausschusses den Geschäftsordnungsantrag auf Durchführung einer weiteren Expertenanhörung von der Ausschusstagesordnung genommen und in Aussicht gestellt, eine entsprechende Anhörung nach der Beschlussfassung und nach Inkrafttreten des gegenständlichen Gesetzes im November 2015 durchzuführen.

Zum Ganzen s. Prot. der 20. Sitzung des Ausschusses für Wirtschaft und Medien etc. vom 16.10.2014, S. 1 ff. – Anlage 8 –

Darin lag offensichtlich eine Verletzung des § 173 Abs. 1 GeschOLT, den die Antragstellerinnen gegenüber der Präsidentin des Landtags auch zum Ausdruck gebracht und gerügt haben.

Schreiben der Landtagsfraktion Freie Wähler vom 16.10.2010 und der Fraktion Bündnis90/Die Grünen vom 21.10.2014 an die Präsidentin des Landtags – Anlage 9 –

Der Ältestenrat hat daraufhin den Geschäftsordnungsantrag auf Durchführung einer weiteren Expertenanhörung mit Beschluss vom 22.10.2014 zwar erneut auf die Tagesordnung des federführenden Wirtschaftsausschusses gesetzt. Dieser hat daraufhin in seiner Sitzung vom 6.11.2014 auch beschlossen, dass er gem. § 173 GeschOLT eine weitere Anhörung durchführen werde. Eine solche Anhörung fand indes vor der Endberatung im Verfassungsausschuss, der zweiten und dritten Lesung sowie der Beschlussfassung im Plenum über den Gesetzentwurf und die Änderungsanträge auf Grund ausdrücklichen Beschlusses des Ausschusses nicht mehr statt. Vielmehr hat der Ausschuss den Beschlussvorschlag: „Die Terminsetzung für die Anhörung hat vor Verabschiedung des Gesetzes zu erfolgen“ abgelehnt.

Prot. der 22. Sitzung des Ausschusses für Wirtschaft und Medien etc. vom 6.11.2014, S. 1 ff./S. 9 – Anlage 10 –

Der endberatende Ausschuss für Verfassung, Recht und Parlamentsfragen hat in seiner Sitzung vom 6.11.2014 eine Vertagung der Beschlussfassung über den Gesetzentwurf und die Änderungsanträge bis nach einer gem. § 173 GeschOLT im federführenden Wirtschaftsausschuss durchzuführenden Anhörung sowie einen entsprechenden Antrag der Antragstellerinnen abgelehnt (Protokoll in Anlage 4, S. 28).

Das Parlamentsplenum hat das Gesetz und die Änderungsanträge am 12.11.2014 in zweiter und dritter Lesung beraten und beschlossen, ohne dass zuvor die beantragte Anhörung nach § 173 GeschOLT stattgefunden hätte.

In diesem Verfahrensablauf liegt insgesamt ein Verstoß gegen § 173 GeschOLT, der im Verlaufe des Gesetzgebungsverfahrens auch nicht mehr geheilt worden ist. Es ist evident, dass eine Anhörung nach § 173 GeschOLT zu einem Beratungsgegenstand – hier den zum Gesetzentwurf vorgelegten Änderungsanträgen – nur dann Sinn ergibt, wenn über den Beratungsgegenstand noch nicht abschließend entschieden worden ist. Die Ausschussmehrheit verstößt nicht nur dann gegen das Minderheitenrecht aus § 173 Abs. 1 Satz 2 GeschOLT, wenn sie die Durchführung einer Anhörung trotz Vorliegens der Vorausset-

zungen dafür aus politischen Erwägungen ablehnt, sondern auch dann, wenn sie die Anhörung zu einem Zeitpunkt durchführen will, zu dem die sachliche Entscheidung, also hier die Beschlussfassung über den Gesetzentwurf und die Änderungsanträge, längst erfolgt ist.

bb) Allerdings führt der Verstoß gegen eine Geschäftsordnungsvorschrift im Gesetzgebungsverfahren als solches noch nicht zur Verfassungswidrigkeit oder Nichtigkeit des in dem betreffenden Verfahren zustande gekommenen Gesetzes.

VerfGHE 35, 148/162; Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, 2009, Art. 20 Rn. 7.

Die Unerheblichkeit von Geschäftsordnungsverstößen kann allerdings nur im Grundsatz gelten, da ansonsten auch gravierende Verletzungen wichtiger Geschäftsordnungsvorschriften konsequenzlos wären.

Meder/Brechmann, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 5. Aufl. 2014, Art. 72 Rn. 5: „grundsätzlich nicht“ unter Bezugnahme auf VerfGH 35, 148/162.

Vielmehr kann die Verletzung einer Vorschrift der Geschäftsordnung auf die Wirksamkeit des Gesetzes ausnahmsweise und unter drei Voraussetzungen durchschlagen, die hier sämtlich vorliegen:

(1) Es darf sich bei der Geschäftsordnungsvorschrift nicht nur um eine bloße Ordnungsvorschrift handeln, sondern es muss eine Norm sein, die entweder eine verfassungsrechtliche Vorgabe wiederholt oder konkretisiert oder von ihrer Funktion her für die Meinungsbildung innerhalb des Ausschusses und damit auch für das Plenum relevant sein kann. Dies ist bei § 173 Abs. 1 GeschOLT der Fall. Die Durchführung von Anhörungen insbesondere zu Gesetzgebungsprojekten ist nicht eine bloße Ordnungsvorschrift, sondern ein Vorgang, der die Meinungsbildung innerhalb des Ausschusses unterstützen, Unklarheiten über den Gesetzentwurf bereinigen, tatsächliche oder verfassungsrechtliche Probleme aufzeigen oder sonstige für das Gesetzgebungsprojekt relevante Informationen zu Tage treten lassen kann.

(2) Die Verletzung einer Geschäftsordnungsvorschrift ist für die Wirksamkeit eines Gesetzes dann unerheblich, wenn es ausgeschlossen oder zumindest sehr unwahrscheinlich ist, dass bei Beachtung der Vorschrift das Gesetzgebungsverfahren anders verlaufen, insbe-

sondere das Gesetz oder die Änderungsanträge nicht oder mit einem modifizierten Inhalt beschlossen worden wären. Es muss mithin eine gewisse Entscheidungserheblichkeit der Geschäftsordnungsverletzung angenommen werden können. Auch dies ist vorliegend zu bejahen. Die zweite Expertenanhörung sollte sich insbesondere auf die tatsächlichen und rechtlichen Fragen beziehen, die durch die von Seiten der CSU-Fraktion eingebrachten substantziellen Änderungsanträge aufgeworfen worden sind. Es sollte in der weiteren Anhörung also nicht um eine – gewissermaßen fassadenartige – Wiederholung einer bereits durchgeführten Expertenanhörung gehen, sondern um die Erörterung neu aufgetretener, schwieriger Verfassungsrechtsfragen. Betroffen waren insbesondere die Aspekte der Konsequenzen der Entprivilegierung für gemeindefreie Gebiete (Art. 82 Abs. 3 BayBO) und die durch die Änderungsanträge neu gefassten Regelungen zum Bestandsschutz von Ausweisungen in Flächennutzungsplänen (Art. 82 Abs. 4 BayBO) sowie zur interkommunalen Abstimmung bei der Aufstellung neuer Bauleitpläne (Art. 82 Abs. 5 BayBO). Die damit verbundenen Fragen sind von tatsächlichem Gewicht und nicht unerheblicher rechtlicher Schwierigkeit. Es ist auch nicht fernliegend anzunehmen, dass sich im Rahmen einer erneuten – und zwar *vor* der zweiten Lesung im Plenum durchgeführten – Expertenanhörung Gesichtspunkte und Erkenntnisse ergeben hätten, die die Abgeordneten veranlasst hätten, das Gesetz nicht so, sondern möglicherweise in einer modifizierten Fassung zu beschließen. Immerhin hatte ja auch die erste Expertenanhörung zu Änderungen am Gesetzentwurf (in Gestalt der bereits erwähnten Änderungsanträge) geführt.

(3) Schließlich ist die Verletzung einer Geschäftsordnungsvorschrift dann im Hinblick auf die Wirksamkeit des Gesetzes erheblich, wenn diese entweder Vorgaben enthält, die bereits in der Verfassung vorgesehen sind, oder zur Umsetzung und Konkretisierung verfassungsrechtlicher Vorgaben erlassen worden ist, wenn also in Wirklichkeit nicht nur die Geschäftsordnungsnorm, sondern die Verfassung selbst verletzt ist. So verhält es sich bei § 173 Abs. 1 GeschOLT. Diese Vorschrift ist vor dem Hintergrund und im Lichte der durch Art. 16a BV gestärkten Oppositionsrechte zu sehen. Art. 16a BV hat es zum Ziel, diejenigen Abgeordneten und Fraktionen in ihrer verfassungsrechtlichen Stellung zu stärken, die die Staatsregierung nicht stützen. Diese haben das Recht auf ihrer Stellung entsprechende Wirkungsmöglichkeiten in Parlament und Öffentlichkeit. Zur Erreichung dieser Zielsetzung ist nicht nur ein Gesetzgebungsauftrag formuliert (Art. 16a Abs. 3 BV), sondern es besteht insoweit auch ein Gestaltungsauftrag für das Parlament selbst. Dieses hat im Rahmen seiner Geschäftsordnungsautonomie sicherzustellen, dass die in Art. 16a BV getroffene

ne Wertentscheidung zu Gunsten der Opposition auch im parlamentarischen Alltag mit Leben erfüllt wird. Hierbei hat der Landtag freilich einen weiten Gestaltungsspielraum. Davon hat er insbesondere auch durch § 173 Abs. 1 Satz 2 GeschOLT Gebrauch gemacht, indem er den Oppositionsfraktionen die Möglichkeit eingeräumt hat, eine bestimmte Anzahl von Expertenanhörungen zu beantragen. Zwar ist das Parlament bei der Festlegung von Oppositionsrechten nicht gehalten, bestimmte Arten und Modalitäten von Antragsmöglichkeiten vorzusehen. Das Parlament war also nicht verpflichtet, § 173 GeschOLT in der gegenwärtigen Fassung so vorzusehen. *Wenn* jedoch das Parlament – von seiner Geschäftsordnungsautonomie Gebrauch machend – bestimmte Minderheitenrechte festlegt, die unmittelbar der Realisierung des Art. 16a BV zu dienen bestimmt sind, dann ist ein Verstoß gegen solche Regelungen nicht nur eine Verletzung der Geschäftsordnung selbst, sondern auch der verfassungsrechtlichen Vorschrift, deren Realisierung die Geschäftsordnungsvorschrift dienen will, hier des Art. 16a BV.

Da es sich – zusammenfassend zu b) – bei der verletzten Geschäftsordnungsvorschrift des § 173 Abs. 1 nicht nur um eine Ordnungsvorschrift, sondern um eine beschlussrelevante und potenziell inhaltsbeeinflussende Verfahrensvorschrift handelt, ohne deren Verletzung das Gesetz möglicherweise nicht oder mit anderem Inhalt verabschiedet worden wäre und da in der Verletzung des § 173 GeschOLT schließlich auch eine Verletzung des Art. 16a BV liegt, schlägt der Verfahrensfehler insgesamt auf die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes durch. Dieses leidet an einem erheblichen Verfahrensfehler und ist deswegen aus formellen Gründen verfassungswidrig und damit nichtig.

2. Das Gesetz ist auch materiell verfassungswidrig. Es verletzt Grundrechtspositionen potenzieller Betreiber von Windkraftanlagen (a.) sowie die in Art. 11 Abs. 2 BV verbürgte Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden (b.).

a) Die in Art. 82 Abs. 1 BayBO liegende weitgehende Entprivilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich (§ 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB) verletzt Grundrechtspositionen (potenzieller) Betreiber von Windkraftanlagen. Es liegt sowohl eine Verletzung der Eigentumsgarantie (Art. 103 BV) als auch der Berufsfreiheit (Art. 101 BV) vor.

aa) Art. 103 BV schützt unstreitig auch das Grundeigentum und damit verbunden auch die Freiheit, auf dem jeweiligen Grundstück bauliche Anlagen zu errichten (Baufreiheit).

Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, 2009, Art. 103 Rn. 41 m.w.N.

aaa) Durch die Anforderung eines Abstandes von 10H zwischen einer Windenergieanlage und der zulässigen Wohnbebauung als Voraussetzung für die Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB wird es Eigentümern von Außenbereichsgrundstücken, auf denen der 10H-Abstand von zu errichtenden Windenergieanlagen zur nächsten Wohnbebauung nicht eingehalten werden kann, rechtlich unmöglich, Windenergieanlagen in der heute üblichen und für eine effiziente Nutzung erforderlichen Höhe (ca. 200 Meter) zu errichten. Denn ein nichtprivilegiertes Vorhaben ist bauplanungsrechtlich ein sog. „sonstiges Vorhaben“, das nach Maßgabe von § 35 Abs. 2 und 3 BauGB „im Einzelfall“, also nur ausnahmsweise genehmigt werden kann. Angesichts der entgegenstehenden beeinträchtigten öffentlichen Belange und der grundsätzlichen Entscheidung des Gesetzgebers, dass nichtprivilegierte Vorhaben im Außenbereich gerade nicht verwirklicht werden sollen, haben Windenergieanlagen als sonstige Vorhaben im Sinn des § 35 Abs. 2 BauGB grundsätzlich keine Chance auf Genehmigung.

Vgl. etwa *Finkelburg/Ortloff/Kment*, Öffentliches Baurecht, Bd. I, Bauplanungsrecht, 6. Aufl. 2011, S. 385.

Die Entprivilegierung durch Art. 82 Abs. 1 BayBO stellt mithin einen Eingriff in die eigentumsrechtlich geschützte Baufreiheit in Gestalt einer Inhalts- und Schrankenbestimmung dar.

bbb) Eine solche Inhalts- und Schrankenbestimmung lässt sich verfassungsrechtlich rechtfertigen, wenn mit ihr ein verfassungsrechtlich legitimer Zweck verfolgt wird, die Regelung zu deren Erreichung geeignet und erforderlich sowie die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne zu bejahen ist.

Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, 2009, Art. 103 Rn. 75 m.w.N.

(1) Der Zweck, der mit der Abstandregelung in Art. 82 Abs. 1 BayBO verfolgt wird, ist zumal der Begründung der Staatsregierung zum Gesetzentwurf zu entnehmen. Dort ist zunächst davon die Rede, dass mit der Postulierung eines großzügigen Abstandes zwischen

Windenergieanlagen und Wohnbebauung die Zustimmung und Akzeptanz der Bevölkerung zur Energiewende erreicht werden sollte.

Gesetzentwurf der Staatsregierung, LT-Drs. 17/2137, S. 1 („Akzeptanz“, „Konsens“)

Akzeptanz der Bevölkerung und Konsens sind als solches keine verfassungsrechtlich legitimen Zwecke. Dies gilt zumal deswegen, als Zustimmung und Akzeptanz letztlich politische Kategorien und Wertungen sind, die keinerlei objektivierbarer Überprüfung zugänglich sind. Es handelt sich um die politische Setzung eines vermeintlichen Zwecks, der als solcher jedenfalls nicht die Kraft hat, Grundrechtseingriffe zu legitimieren. Zusätzlich wird im Gesetzentwurf (a.a.O.) die Vermeidung städtebaulicher Spannungen als Zweck der Regelung genannt. Solche Spannungen, die insbesondere durch die optische Bedrängung oder gar eine optisch erdrückende Wirkung von Windenergieanlagen verursacht werden können, zu entschärfen ist eine verfassungsrechtlich legitime Zwecksetzung, gerade auch im Hinblick auf die aus Art. 101, 103 BV folgende Schutzpflicht des Staates zur Sicherstellung einer verträglichen Wohnnutzung.

(2) Die Festlegung eines Abstandes zwischen Windenergieanlagen und Wohnbebauung als Voraussetzung für eine Privilegierung und damit Genehmigungsfähigkeit von Windenergieanlagen im Außenbereich ist ohne Zweifel auch ein geeignetes Mittel zur Erreichung des Zwecks, nämlich der Vermeidung von Spannungen im Rahmen der Bodennutzung in Gestalt optischer Bedrängung.

(3) Allerdings ist die Festsetzung des konkreten Abstandes als Voraussetzung für die Privilegierung in der Größenordnung des 10-fachen der Höhe der Windenergieanlage zur Erreichung des Zwecks nicht erforderlich. Denn es steht bereits nach bisherigem Recht – neben der TA Lärm – ein (bau)rechtliches Instrument zur Verfügung, das zur Erreichung des Zwecks gleich wirksam und im Hinblick auf die Grundrechtspositionen der betroffenen Eigentümer weniger einschneidend ist. Dieses planungsrechtliche Instrument ist das aus § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB folgende Gebot der Rücksichtnahme, das von der ständigen Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte und des Bundesverwaltungsgerichts eben für die Lösung von Nutzungskonflikten im Zusammenhang mit Windenergieanlagen herangezogen wird und die Entwicklung sachgerechter Lösungen im Einzelfall ermöglicht. Diese Rechtsprechung (vgl. die Nachweise bereits oben bei IV.1.a.aa (1)) lässt sich dahingehend

zusammenfassen, dass Windenergieanlagen eine optische bedrängende Wirkung entfalten können und damit gegen das bauplanungsrechtliche Gebot der Rücksichtnahme aus § 35 Abs. 3 BauGB verstoßen können. Entscheidend ist, dass die Verwaltungsgerichte die Beantwortung der Frage, ob infolge des konkreten Abstandes zwischen Windenergieanlage und Wohnbebauung eine bedrängende und damit gegen das Rücksichtnahmegebot verstößende Wirkung vorliegt, von einer Einzelfallbetrachtung abhängig machen. Die Rechtsprechung fordert nicht einen bestimmten Abstand pauschalierend im Regelfall, sondern stellt auf die konkrete Situation des Grundstücks (und seiner Umgebung), auf dem die Windenergieanlage errichtet werden soll, ab. Hierbei hat die Rechtsprechung freilich bestimmte Typisierungen entwickelt, auf die bereits oben hingewiesen worden ist (s. oben IV.1.a.aa (1)). Festzuhalten ist, dass die Rechtsprechung eine Verletzung des Rücksichtnahmegebots bei einem Abstand, der in etwa dem dreifachen der Höhe der Windenergieanlage entspricht, verneint. Zwar könne auch hier im Einzelfall anderes gelten, typischerweise sei jedoch die optische Wirkung einer Windenergieanlage, die in einem Abstand ihrer 3-fachen Höhe zur Wohnbebauung steht, zumutbar. Dieses aus § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB entwickelte Instrument der Ableitung konkreter Zumutbarkeitsmaßstäbe ermöglicht es, passgenau und parzellenscharf Zumutbarkeitsschwellen und damit notwendig werdende Abstände zu ermitteln. Mit diesem Rechtsinstitut wird der Zweck der Bewältigung von Nutzungskonflikten zwischen Wohnbebauung und Windenergieanlagen in ebenso wirksamer und vor allem in grundrechtsschonenderer Wirkung erreicht. Denn die Konstruktion der Lösung der Nutzungskonflikte über das Rücksichtnahmegebot arbeitet nicht mit einer Entprivilegierung und einer damit verbundenen grundsätzlichen Genehmigungsunfähigkeit der Windenergieanlage (worin ein intensiver Eingriff in das Eigentumsgrundrecht zu sehen ist), sondern geht weiterhin von der Privilegierung in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB aus und löst – grundrechtsschonender – Nutzungskonflikte durch die Anwendung von – durchaus auch typisierten – Abstandsregelungen im konkreten Einzelfall. Art. 82 Abs. 1 BayBO hingegen entprivilegiert faktisch den gesamten Außenbereich mit Ausnahme solcher weniger Grundstücke, auf denen die Errichtung von Windenergieanlagen möglich ist, die den 10-fachen Abstand ihrer Höhe zur Wohnbebauung einhalten.

(4) Selbst wenn man die Erforderlichkeit eines Abstandes in Höhe von $10H$ als Voraussetzung für die Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB und damit für die Lösung von Bodennutzungskonflikten entgegen der hier vertretenen Auffassung bejahen würde, würde die verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Art. 82 Abs. 1 BayBO an der Verhältnismä-

ßigkeit im engeren Sinne scheitern. Eine eigentumsbeeinträchtigende Regelung ist verhältnismäßig, wenn der mit ihr verfolgte Zweck (hier: die Vermeidung von Bodennutzungskonflikten im Hinblick auf die optische Relevanz von Windenergieanlagen) nicht außer Verhältnis zum Maß der Eigentumsbeeinträchtigung steht. Der verfolgte legitime Zweck und die Eigentumspositionen der betroffenen Eigentümer sind miteinander abzuwägen und zueinander ins Verhältnis praktischer Konkordanz zu setzen, in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen.

Meder/Brechmann, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 5. Aufl. 2014, Art. 103 Rn. 20.

Ausgewogenes Verhältnis bedeutet, dass keines der gegenläufigen Zwecke oder Interessen zu Gunsten des jeweils anderen vollständig entwertet bzw. außer Acht gelassen werden darf. Eine Regelung ist danach verhältnismäßig, wenn das beeinträchtigte Interesse, hier die Eigentumsfreiheit im Sinne der Baufreiheit, nicht vollständig hinter dem zu erreichenden Zweck, hier der Vermeidung von Bodennutzungskonflikten im Hinblick auf die optische Relevanz von Windenergieanlagen, zurücktritt. Dies ist durch die konkrete Fassung des Art. 82 Abs. 1 BayBO aber der Fall. Durch die Festlegung des 10-fachen Abstandes und die damit verbundene faktische Konsequenz, dass es keine oder nurmehr eine zu vernachlässigende Zahl von privilegierten Flächen im Außenbereich für die Realisierung moderner und effizienter Windenergieanlagen gibt, treten die Interessen der an einer Windnutzung interessierten Eigentümer nahezu vollständig zurück. Denn aufgrund dieser Regelung haben Eigentümer von Außenbereichsgrundstücken, die diese Grundstücke für die Erzeugung von Windenergie nutzen wollen, keine rechtliche Möglichkeit mehr, dies zu tun, wenn im Hinblick auf ihr Grundstück die Realisierung des Abstandes in Höhe von 10H ausscheidet. Kann der gesetzlich gebotene Abstand von 10H aber nicht eingehalten werden, ist das Vorhaben nicht privilegiert – mit der Konsequenz, dass es als sonstiges Vorhaben im Außenbereich im Sinne des § 35 Abs. 2 BauGB regelmäßig nicht genehmigungsfähig ist. Da ein Bebauungsplan mit der Ausweisung eines Sondergebiets Windenergie regelmäßig nicht besteht und auch ein Anspruch auf Erlass eines solchen nicht existiert (vgl. § 1 Abs. 3 Satz 2 BauGB) und schließlich auch eine Genehmigungsfähigkeit im Innenbereich nach § 34 BauGB ersichtlich ausgeschlossen ist, besteht keinerlei Rechtsposition mehr für die Realisierung von modernen und effizienten Windenergieanlagen. Die Baufreiheit ist insofern nahezu vollständig überwältigt, ein abgewogener Ausgleich der konfligierenden Interessen ist schon von daher nicht erreicht. Befindet sich das

Außenbereichgrundstück im gemeindefreien Gebiet, gilt Art. 82 Abs. 3 BayBO, der die Abstandsregelung von 10H auch hier für maßgeblich erklärt (es sei denn, dass die Nachbargemeinde etwas anderes beschlösse, worauf indes ebenfalls kein Anspruch besteht). Der in Art. 82 Abs. 1 BayBO liegenden weitgehenden Beseitigung der Baufreiheit für Windenergieanlagen im Außenbereich steht eine übermäßige Berücksichtigung des Schutzes gegen optisch bedrängende Wirkungen von Windenergieanlagen gegenüber: Wenn nach der gefestigten Rechtsprechung regelmäßig davon auszugehen ist, dass bei einem Abstand im Maß der dreifachen Höhe einer Windenergieanlage keine optisch bedrängende Wirkung zu besorgen und diese damit zumutbar ist (vgl. bereits oben), erscheint eine pauschale Festlegung eines Abstandes in Höhe von 10H als Voraussetzung für die Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB als überzogen, als unangemessen. Der Gesetzgeber hat einen Abstand gewählt, der mehr als das Dreifache dessen beträgt, was nach Auffassung der Verwaltungsgerichte unter Zugrundelegung des planungsrechtlichen Rücksichtnahmegebots zur Vermeidung optischer Bedrängung typischerweise notwendig ist. Nun ist der Gesetzgeber an die Rechtsprechung, auch an obergerichtliche Rechtsprechung zur Konkretisierung des Rücksichtnahmegebots nicht gebunden und kann seinerseits – auch in pauschalierender Entscheidung – höhere Abstände festlegen, wenn dies (aus seiner Sicht) zur Verhinderung optisch bedrängender Wirkungen notwendig und objektiv nachvollziehbar ist. Eine Überschreitung des von der fachgerichtlichen Rechtsprechung mit sorgfältiger Begründung erarbeiteten Rahmens um mehr als das Dreifache ist jedoch im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht vertretbar. Dies gilt zumal deswegen, als sich aus der Gesetzesbegründung keinerlei Anhaltspunkte dafür ergeben, dass und ob sich der Gesetzgeber mit der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte und dem Rücksichtnahmegebot überhaupt auseinandergesetzt hat und welche Erwägungen konkret für die Festlegung des Abstandes von 10H entscheidend waren. Die Begründung im Gesetzentwurf der Staatsregierung (a.a.O., S. 6, 7) erschöpft sich hauptsächlich in Floskeln: „Durch einen großzügig bemessenen Regel-Mindestabstand, von dem jede Gemeinde mittels Bauleitplanung im Sinne geringerer Abstandsanforderungen abweichen kann, bietet der Gesetzgeber in einem transparenten und bewährten Verfahren die Möglichkeit eines Ausgleichs ...“. Oder: „In der Gesamtschau dieser Belange ... erweist sich der Faktor 10 als angemessen“. Warum man beim mehr als dreifachen Abstandswert (im Verhältnis zu den Anforderungen aus dem Rücksichtnahmegebot) noch von Ausgleich oder gar von angemessenem Ausgleich sprechen kann, lässt die Begründung indes nicht erkennen. Sie lässt zumindest insofern die Anforderungen an ein Mindestmaß von Rationalität vermis-

sen. Die Begründung ist zudem baurechtlich angreifbar, weil sie Außen- und Planbereich vermischt: Dadurch, dass die Schaffung von Baurecht für Windenergieanlagen durch Bebauungsplan möglich bleibt, ist zur Rechtfertigung der Entprivilegierung durch 10H im Außenbereich und des darin liegenden Eingriffs gar nichts ausgesagt, zumal die Gemeinde zu einer entsprechenden Bauleitplanung nicht verpflichtet ist. Mögliche (durch Art. 82 Abs. 5 BayBO freilich erschwerte) Bauleitplanung ist keine Begründung und schon gar keine Kompensation für eine so weitgehende Entprivilegierung, wie sie durch die Festlegung von 10H erfolgt. Der vom Verhältnismäßigkeitsprinzip geforderte angemessene Ausgleich zwischen den Interessen der Eigentümer von Außenbereichsgrundstücken und dem Interesse spannungsfreier Bodennutzung wird nicht dadurch erreicht, dass es (weiterhin) die Möglichkeit der Bauleitplanung nach Maßgabe des BauGB gibt.

Zusammenfassend: Durch die Festlegung eines Abstandes in Höhe von 10H als Voraussetzung für die Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB hat der Gesetzgeber keinen angemessenen Ausgleich gefunden, sondern den eigentumsrechtlich geschützten Raum für die Errichtung von Windenergieanlagen faktisch weitgehend verschlossen, ohne die Gründe darzutun, weshalb der Abstand mehr als das Dreifache dessen betragen muss, was die Rechtsprechung im Rahmen des Rücksichtnahmegebots für ausreichend und zumutbar erachtet. Damit wird der Gesetzgeber dem Postulat praktischer Konkordanz nicht gerecht. Dies gilt umso mehr, als der Gesetzgeber zur Erreichung seiner Zwecksetzung eine pauschalierende Abstandsregelung im Sinne von 10H unabhängig vom Einzelfall gewählt hat. Damit räumt er der von ihm verfolgten Zwecksetzung auch in solchen Konstellationen umfassende und uneingeschränkte Priorität ein, in denen ein geringerer Abstand der Windenergieanlage zur Wohnbebauung ohne Weiteres im Sinne einer friedlichen Bodennutzung ausreichend und zumutbar wäre. Der Gesetzgeber ist zwar grundsätzlich zu Typisierungen und Pauschalierungen berechtigt. Diese bedürfen jedoch umso höherer Plausibilität, je intensiver sie mit Grundrechtsbeeinträchtigungen verbunden sind. Dies gilt insbesondere dann, wenn Pauschalierungen – wie hier die Festlegung des 10-fachen Abstandes generell und für alle Windenergieanlagen im Außenbereich – dazu führen, dass konkrete Situationen und Besonderheiten des Einzelfalls, die auch für die Eigentümerfreiheit ins Feld geführt werden könnten, vollständig außer Betracht bleiben (müssen). Die pauschalierende Regelung von 10H lässt sämtliche Kriterien unbeachtet, die für die Frage der optisch bedrängenden Wirkung im Einzelfall maßgeblich sind und von der Rechtsprechung herangezogen werden.

Vgl. die Aufzählung relevanter Gesichtspunkte in *BayVGH*, Beschl. vom 1.12.2014 – 22 ZB 14.1594 (Rn. 16).

Das pauschale 10H-Abstandserfordernis für die Privilegierung lässt all dies beiseite: Es gilt unabhängig von der jeweils konkreten topografischen Lage, es gilt unabhängig von der sichtrelevanten Verdeckung oder gar Abschirmung des Geländes durch Bewuchs, unabhängig von den konkreten Sichtwegen und deren Verdeckung durch andere Objekte etc. Die 10H-Regelung gilt selbst dann, wenn die auf einem Grundstück zu errichtende Windenergieanlage von der benachbarten Wohnbebauung aus auch bei einem Abstand von weniger als 10H aufgrund der topografischen Situation des Geländes, aufgrund von Bewuchs oder anderer Konstellationen überhaupt nicht zu sehen wäre – ein nachgerade absurdes Ergebnis.

Vgl. die graphische Darstellung in Anlage 11

In solchen Situationen erscheint die Festlegung des 10-fachen Abstandes als Selbstzweck ohne jede Rücksichtnahme auf die Interessen des Eigentümers. Dass der Gesetzgeber durch diese pauschalierende Lösung unter Außerachtlassung der Besonderheiten des Einzelfalls den Korridor des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verlassen hat, dürfte evident sein. Daher erweist sich der Eingriff in Art. 103 BV als unverhältnismäßig und infolgedessen als Verletzung dieses Grundrechts.

So im Ergebnis auch *Würfel/Werner*, a.a.O., S. 112; *Güner*, a.a.O., S. 112.

bb) Der Betrieb von Windenergieanlagen ist durch Art. 101 BV geschützt. Diese Grundrechtsnorm schützt nach ständiger Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs nicht nur die allgemeine Handlungsfreiheit, sondern auch die Handlungsfreiheit in beruflicher und wirtschaftlicher Hinsicht.

Vgl. nur *VerfGH* v. 28.6.2013 Vf. 10-VII-12, BayVBl. 2014, 333.

Auch der kommerzielle Betrieb von Windkraftanlagen mit einer ökonomisch sinnvollen Höhe zählt hierzu. Der faktische Ausschluss der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsfähigkeit (nach § 6 BImSchG) durch die bauplanungsrechtliche Entprivilegierung stellt einen Eingriff in Art. 101 BV dar. Auch dieses Grundrecht kann allerdings durch den

Gesetzgeber beschränkt werden, wenn es für die Beschränkung einen verfassungsrechtlichen Zweck gibt, die Regelung zu dessen Erreichung geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne ist. Insofern kann auf die Ausführungen zur Rechtfertigung des Eingriffs in Art. 103 Abs. 1 BV verwiesen werden. Ebenso wenig wie die Einhaltung des der Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Rahmen der Rechtfertigung des Eingriffs in die Eigentumsfreiheit bejaht werden kann, kann sie im Rahmen der Rechtfertigung des Eingriffs in Art. 101 BV bejaht werden. Art. 82 Abs. 1 BayBO verstößt somit auch gegen Art. 101 BV und ist auch insofern nichtig.

b) Die in Art. 11 Abs. 2 verbürgte Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden ist in mehrfacher Hinsicht verletzt:

aa) Durch die aufgrund der faktischen Wirkung des Art. 82 Abs. 1 BayBO wegen des Abstandserfordernisses von 10H eintretende quasi vollständige Entprivilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich wird den Gemeinden die Ausweisung von Konzentrationsflächen für Windenergie in Teilflächennutzungsplänen unmöglich gemacht. Dies wurde bereits ausgeführt (oben IV.1.a.aa (2)). Insofern handelt der Landesgesetzgeber indes nicht nur ohne Gesetzgebungskompetenz, er greift auch in die durch Art. 11 Abs. 2 BV geschützte Planungshoheit der Gemeinden ein. Zwar wird den Gemeinden das Planungsinstrument der Ausweisung von Konzentrationsflächen zur planerischen Gestaltung des Außenbereichs erst durch den Bundesgesetzgeber in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB eingeräumt. Infolge der Entprivilegierung durch Art. 82 Abs. 1 BayBO ist es aber der Landesgesetzgeber, der diese planungsrechtliche Option faktisch beseitigt. Dabei macht es keinen Unterschied, dass der Landesgesetzgeber die Möglichkeit zur Ausweisung von Konzentrationsflächen *rechtlich* unberührt lässt, da § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ja bestehen bleibt. In der faktischen Entprivilegierung von Windenergieanlagen für den Außenbereich liegt zugleich eine faktische Beseitigung des Instruments der Ausweisung von Konzentrationsflächen für Zwecke des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Wie bei den Grundrechten ist es auch für Eingriffe in die kommunale Selbstverwaltungsgarantie unerheblich, ob diese zielgerichtet oder faktisch erfolgen. Auch ein faktischer Eingriff in die kommunale Selbstverwaltungsgarantie ist ein rechtlich erheblicher Eingriff, der zur Verfassungswidrigkeit führt, wenn er verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden kann. Ein Eingriff in die kommunale Selbstverwaltungsgarantie ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn er zur Erreichung eines legitimen Zwecks erfolgt, dazu geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne

ist. Diesen Anforderungen wird Art. 82 Abs. 1 BayBO nicht gerecht (zur Vermeidung von Dopplungen sei diesbezüglich auf die Rechtfertigung der in Art. 82 Abs. 1 BayBO zugleich liegenden Grundrechtsverletzungen verwiesen – oben bei a. –, insofern gilt für den Eingriff in die kommunale Selbstverwaltungsgarantie nichts anderes).

bb) Zudem verstößt der in Art. 82 Abs. 4 Nr. 3 BayBO geregelte Nichtwiderspruchsvorbehalt zu Gunsten der Nachbargemeinde im Hinblick auf die „Bestandskraft“ von Konzentrationsflächenausweisungen in Flächennutzungsplänen gegen die kommunale Selbstverwaltungsgarantie. Mit der faktisch weitgehenden Entprivilegierung von Windkraftanlagen im Außenbereich wird nicht nur künftigen, sondern auch bestehenden Teilflächennutzungsplänen und dort für Zwecke des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ausgewiesenen Konzentrationsflächen der Boden für ihre Wirksamkeit entzogen. Zwar bleiben entsprechende Teilflächennutzungspläne in Kraft. Sie können jedoch ihre Konzentrationswirkung, die maßgeblich in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB besteht, nicht mehr entfalten. Denn innerhalb der als Konzentrationsflächen (im Außenbereich) ausgewiesenen Gebiete können Windenergieanlagen nur errichtet werden, wenn diese nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegiert und nicht als sonstige (nur ganz ausnahmsweise genehmigungsfähige) Vorhaben im Sinne des § 35 Abs. 2 BauGB anzusehen sind. Infolge der Festlegung des Abstandes von 10H sind jedoch Windkraftanlagen in Konzentrationsflächengebieten regelmäßig nicht mehr privilegiert. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Gemeinden bei der (bereits erfolgten) Aufstellung der Teilflächennutzungspläne und der – aufwändigen – Ermittlung und Festlegung von Konzentrationsflächen noch von einer anderen planungsrechtlichen Grundlage ausgegangen sind. Bei der Aufstellung der Flächennutzungspläne war noch nicht absehbar, dass kraft bundesgesetzlicher Öffnungsklausel der Landesgesetzgeber eine faktisch vollständige Entprivilegierung vornehmen und damit den schwierigen und aufwändigen Abwägungsentscheidungen der Gemeinde die Grundlage entziehen würde. Mit anderen Worten: Das der Ausweisung von Konzentrationsflächen zu Grunde liegende komplizierte gesamträumliche Plankonzept, an das von der Rechtsprechung insbesondere des Bundesverwaltungsgerichts erhebliche Anforderungen zur Vermeidung von Verhinderungsplanung gestellt werden, ist in sich zusammengebrochen, da seinerzeit nicht von einem 10H-Abstand ausgegangen worden war.

Vgl. zu diesen Zusammenhängen *Würfel/Werner*, a.a.O., S. 112 f.

Die Flächennutzungspläne würden daher funktions- und bedeutungslos, wenn nicht unwirksam werden. Hierin liegt ein Eingriff in bestehende Planungen der Gemeinden und damit in die kommunale Selbstverwaltungsgarantie, von der auch die Planungsfreiheit umfasst ist. Allerdings hat der Gesetzgeber dies gesehen und versucht, diesen Eingriff dadurch abzuschwächen, dass die Abstandsregelungen des Art. 82 Abs. 1 BayBO keine Anwendung finden, wenn in einem Flächennutzungsplan vor dem 21.11.2014 für Windenergievorhaben eine Darstellung für die Zwecke des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erfolgt ist. Durch diese Regelung in Art. 82 Abs. 4 BayBO fängt der Landesgesetzgeber seinen zunächst vorliegenden Eingriff in die erfolgte Planung und damit die Planungshoheit der Gemeinden gewissermaßen im Sinne einer Bestandsschutzregelung ab. Diese Eingriffskompensation durch Bestandsschutz relativiert der Gesetzgeber sogleich aber wieder dadurch, dass er den Bestandsschutz in Nr. 3 des Art. 82 Abs. 4 BayBO unter einen Nichtwiderspruchsvorbehalt der betroffenen Nachbargemeinde stellt. Letztlich hat es damit die Nachbargemeinde in der Hand, den in Art. 82 Abs. 1 BayBO potenziell liegenden Eingriff in die Planungshoheit der Gemeinde durch einen Widerspruch wirksam werden zu lassen. Dieses Widerspruchsrecht im Sinne eines Vetorechts der Nachbargemeinde ist nicht nur aus Kompetenzgründen verfassungswidrig (siehe oben IV.1.a.bb.), sondern stellt seinerseits einen – wenn man so will mittelbaren – Eingriff in die kommunale Selbstverwaltungsgarantie dar. Nur wenn die betroffene Nachbargemeinde nicht widerspricht, greift der Bestandsschutz des Art. 82 Abs. 4 BayBO, kann also das durch § 35 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 3 Satz 3 BauGB konstituierte Planungs- und Steuerungskonzept der Gemeinde für Windenergieanlagen im Außenbereich zum Tragen kommen. Der in der Einräumung eines Widerspruchs zu Gunsten der Nachbargemeinde liegende Eingriff in die kommunale Selbstverwaltungsgarantie ließe sich verfassungsrechtlich rechtfertigen, wenn es dafür einen verfassungsrechtlich legitimen Zweck gäbe. Ein solcher ist vorliegend indes weder erkennbar noch vom Gesetzgeber benannt. Vielmehr hat der Gesetzgeber das Widerspruchsrecht der Nachbargemeinde völlig unabhängig von jeglichen sachlichen Kriterien gestellt. Der Gesetzgeber benennt weder formelle noch materielle Gründe, aufgrund derer die Nachbargemeinde dem Bestandsschutz für die Konzentrationsflächenausweisung der jeweils anderen Gemeinde widersprechen dürfte. Letztlich verlangt Art. 82 Abs. 4 Nr. 3 BayBO nicht einmal die Angabe von Gründen, aus denen ein Widerspruch ggf. erhoben wird. Damit unterwirft der Gesetzgeber die Bestandsschutzregelung in Abs. 4 einem weder formell noch materiell gebundenen und daher willkürgeneigten Widerspruchsrecht der Nachbargemeinde. Die Planung der einen Gemeinde gerät mithin unter eine sachlich nicht legitimierte Fremdbestimmung durch die Nachbar-

gemeinde. Wenn der Gesetzgeber schon eine solche Widerspruchskonstruktion wählt, die obendrein bundesrechtlich nicht zugelassen ist, so hätte er zumindest im Lichte der Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden (Art. 11 Abs. 2 BV) selbst Gründe benennen müssen, aus denen aus seiner Sicht eine Nachbargemeinde dem Bestandsschutz widersprechen können sollte. Die vom Gesetzgeber in Art. 82 Abs. 4 Nr. 3 BayBO gewählte Konstruktion stellt nach alledem eine Verletzung des Art. 11 Abs. 2 BV dar.

cc) Ähnliche Erwägungen gelten für Art. 82 Abs. 5 BayBO, der die Aufstellung von Bauleitplänen für Windenergieanlagen, die den 10H-Abstand zu Wohngebäuden der Nachbargemeinde nicht einhalten, vom Hinwirken auf eine einvernehmliche Festlegung mit betroffenen Nachbargemeinden abhängig macht. Auch hierin ist ein Eingriff in die kommunale Selbstverwaltungsgarantie zu sehen, zu dessen Rechtfertigung der Gesetzgeber nichts vorträgt. Lehnt die Nachbargemeinde – aus welchen Gründen auch immer – die Kooperation und damit das Hinwirken auf eine einvernehmliche Lösung ab, wäre ein gleichwohl aufgestellter Bebauungsplan (mit der Ausweisung einer Sonderfläche „Windkraft“) oder eines Flächennutzungsplans (mit der Ausweisung von Konzentrationsflächen für Zwecke des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB) rechtswidrig, da das Hinwirken auf ein Einvernehmen das beiderseitige Hinwirken und damit auch Nachgeben erfordert. Die planende Gemeinde ist mithin vom „Wohlwollen“ der Nachbargemeinde abhängig. Sie gerät unter deren Fremdbestimmung, was mit der von Art. 11 Abs. 2 BV geschützten Planungsfreiheit nicht vereinbar ist.

(Univ.-Prof. Dr. Josef Franz Lindner)

