



Bayerischer Verfassungsgerichtshof  
Prielmayerstraße 5  
80335 München

Dr. Helmut Loibl  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Sabine Sobola  
Rechtsanwältin  
Lehrbeauftragte für IT-Recht,  
Urheber- und Medienrecht

Ihr Zeichen

Unser Zeichen  
16275-14/LO/hl

Datum  
19.11.2014

Ulrike Specht  
Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Erbrecht

Susanne Lindenberger  
Rechtsanwältin

Susanne Bausch  
Rechtsanwältin

Tatiana Auburger, LL.M.  
Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Versicherungsrecht

des Hans-Josef Fell 

- Antragsteller zu 1-

Marc Bruck  
Rechtsanwalt

und

Christian Wenzel  
Rechtsanwalt

des Patrick Friedl 

-Antragsteller zu 2-

Gudrun Wagner  
Rechtsanwältin

Prozessbev: Paluka Sobola Loibl & Partner Rechtsanwälte,  
Prinz-Ludwig-Straße 11, 93055 Regensburg

Sebastian Hümmeler  
Rechtsanwalt

gegen

Florian Pronold  
Rechtsanwalt  
Zulassung ruht gem. § 47 II BRAO

die Regelung des Art. 82 Abs. 1 bis 5 und Art. 83 Abs. 1 der Bayerischen Bauordnung (BayBO).

Ausweislich der in Anlage P1 und P2 beigelegten Vollmachten zeigen wir die Wahrnehmung der rechtlichen Interessen der Antragsteller zu 1 und zu 2 an und **beantragen** in ihrem Namen und Auftrag,

**die Regelung der Art. 82 Abs. 1 bis 5 und 83 Abs. 1 BayBO wegen Verstoßes gegen die Grundrechte der Art. 103, 101, 3 Abs. 1 S. 1 BV sowie gegen Art. 118 BV für nichtig zu erklären.**

  
Paluka Sobola Loibl  
& Partner  
Rechtsanwälte

Neue Adresse:

Prinz-Ludwig-Straße 11  
93055 Regensburg

Tel 0941 585710  
Fax 0941 5857114  
Mail info@paluka.de  
Web www.paluka.de

Partnerschaftsgesellschaft  
Amtsgericht Regensburg PR39

**Gliederung:**

<b>I. Die angegriffene Regelung</b>	<b>4</b>
<b>II. Vorbemerkungen</b>	<b>6</b>
1. Allgemeines	6
2. Die Antragsteller	6
3. Zielsetzung des Gesetzgebers	7
a) Vorgaben des Bundesgesetzgebers	7
b) Vorgaben des Bayerischen Gesetzgebers	9
4. Rechtlicher Rahmen	9
a) Privilegierung von Windenergieanlagen	9
b) Vorgaben der Rechtsprechung zum Planvorbehalt	10
c) Länderöffnungsklausel	12
<b>III. Tatsächlicher Rahmen</b>	<b>15</b>
1. Tatsachenvortrag	15
a) Auswirkungen des Mindestabstands auf Windenergieanlagen	15
b) Keine Erhöhung der Potentialfläche durch kommunale Planungen	19
c) Unwirtschaftlichkeit kleiner Windenergieanlagen	19
d) Durchschnittliche Genehmigungsdauer von Windenergieanlagen	24
2. Würdigung des Sachverhaltes	25
a) Aushöhlung der Privilegierung von Windenergieanlagen	25
b) Keine Erhöhung der Potentialflächen durch kommunale Planungen	26
c) Keine Potentialflächen für unwirtschaftliche Anlagen	28
d) Zwischenergebnis	28
<b>IV. Zulässigkeit der Popularklage</b>	<b>29</b>
1. Antragsberechtigung	29
2. Antragsgegenstand	29
3. Verletzte Grundrechte	30
4. Rechtsschutzinteresse	30
<b>V. Begründetheit der Popularklage</b>	<b>31</b>
<b>Teil 1: Verfassungswidrigkeit wegen Grundrechtsverletzung</b>	<b>31</b>
1. Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 S. 1 BV	31
a) Komplette Aushöhlung der bundesrechtlich vorgegebenen Privilegierung von Windenergieanlagen (Art. 82 Abs. 1 und 2 BayBO)	31
b) Verstoß gegen Bundesrecht (Art. 82 Abs. 4 Nr. 3 BayBO)	34
c) Fehlende Rechtsetzungsbefugnis für Art. 82 Abs. 5 BayBO	36
d) Fehlende Regelung zu Regionalplanausweisungen	38
2. Verstoß gegen Art. 103 BV	40
a) Geschützte Rechtsposition	40
b) Eingriff	41

c) Fehlende Rechtfertigung des Eingriffs	41
aa) Legitimer Zweck	43
bb) Geeignetheit und Erforderlichkeit	44
(1) Keine „ungeschützte“ Wohnbebauung	44
(2) Steuerungsmöglichkeiten bereits gesetzlich verankert	46
cc) Unausgewogenheit der Regelung	47
3. Verstoß gegen Art. 101 BV	50
a) Geschützte Rechtsposition	51
b) Eingriff	51
c) Fehlende Rechtfertigung des Eingriffs	51
aa) Legitimer Zweck	52
bb) Geeignetheit und Erforderlichkeit	52
cc) Unausgewogenheit der Regelung	52
4. Verstoß gegen Art. 118 BV	53
a) Ungleichbehandlung von Windenergieanlagen gegenüber anderen Bauwerken	54
b) Fehlende Regelung für Regionalpläne	55
5. Ergebnis	56
Teil 2: Verfassungswidrigkeit wegen Verstoß gegen das kommunale Selbstverwaltungsrecht (Art. 11 Abs. 2 BV)	57
1. Rechtlicher Rahmen	57
2. Geschützte Rechtsposition	58
3. Eingriff	58
a) Art. 82 Abs. 4 Nr. 3 BayBO	58
b) Art. 82 Abs. 5 BayBO	59
4. Fehlende Rechtfertigung des Eingriffs	60
a) Art. 82 Abs. 4 Nr. 3 BayBO	60
b) Art. 82 Abs. 5 BayBO	61
Teil 3: Verfassungswidrigkeit wegen unzureichender Übergangsregelung	62
1. Geschützte Rechtsposition	63
2. Eingriff	64
3. Fehlender Rechtfertigung des Eingriffs	64
a) Zeitlicher Aspekt der Reichweite des Vertrauensschutzes	65
b) Echte und unechte Rückwirkung	66
aa) Echte Rückwirkung	67
bb) Unechte Rückwirkung	68
c) Einordnung	69
d) Zulässigkeit der Rückwirkung	70
4. Ergebnis	73
VI. Gesamtergebnis	74

## Begründung:

### I. Die angegriffene Regelung

Der Bayerische Landtag hat laut Drucksache 17/4198 am 12.11.2014 die Änderung bzw. Einführung der streitgegenständlichen Regelungen beschlossen. Diese treten am 21. November 2014 in Kraft.

Die angegriffenen Bestimmungen der Art. 82 und 83 BayBO lauten:

#### **Art. 82 BayBO Windenergie und Nutzungsänderung ehemaliger landwirtschaftlicher Gebäude:**

(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) <sup>1</sup>Höhe im Sinn des Abs. 1 ist die Nabenhöhe zuzüglich Radius des Rotors.  
<sup>2</sup>Der Abstand bemisst sich von der Mitte des Mastfußes bis zum nächstgelegenen Wohngebäude, das im jeweiligen Gebiet im Sinn des Abs. 1 zulässigerweise errichtet wurde bzw. errichtet werden kann.

(3) Soll auf einem gemeindefreien Gebiet ein Vorhaben nach Abs. 1 errichtet werden und würde der in Abs. 1 beschriebene Mindestabstand auch entsprechende Wohngebäude auf dem Gebiet einer Nachbargemeinde einschließen, gilt hinsichtlich dieser Gebäude der Schutz der Abs. 1 und 2, solange und soweit die Gemeinde nichts anderes in einem ortsüblich bekannt gemachten Beschluss feststellt.

(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 ist,
2. soweit und sobald die Gemeinde der Fortgeltung der Darstellung nicht bis 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 21. Mai 2015 in einem ortsüblichen 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) <sup>1</sup>Bei der Aufstellung von Bauleitplänen, die für Vorhaben nach Abs. 1 einen geringeren als den dort beschriebenen Mindestabstand festsetzen wollen, ist im Rahmen der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB auf eine einvernehmliche Festlegung mit betroffenen Nachbargemeinden hinzuwirken. <sup>2</sup>Abs. 4 Nr. 3 Halbsatz 2 gilt entsprechend.

**Art. 83 Abs. 1 BayBO:**

- (1) Soweit vor Ablauf des 4. Februar 2014 bei der zuständigen Behörde ein vollständiger Antrag auf Genehmigung von Anlagen zur Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie eingegangen ist, finden Art. 82 Abs. 1 und 2 keine Anwendung.

## II. Vorbemerkungen

### 1. Allgemeines

Nach Art. 98 Satz 4 der Bayerischen Verfassung (BV) hat der Verfassungsgerichtshof Gesetze und Verordnungen für nichtig zu erklären, die ein Grundrecht verfassungswidrig einschränken.

Mit Art. 82 und 83 BayBO hat der Bayerische Landesgesetzgeber die sog. 10-H-Regelung eingeführt, mit der dem Grundsatz nach Windenergieanlagen in Bayern nur noch dann privilegiert im Außenbereich zulässig sein sollen, wenn sie – vereinfacht dargestellt – einen Mindestabstand vom 10-fachen der gesamten Anlagenhöhe zur nächstgelegenen Wohnbebauung einhalten.

Damit wird im Ergebnis die vom Bundesgesetzgeber im Jahr 1997 eingeführte grundsätzliche Privilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich (§ 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB) in Bayern faktisch völlig ausgehöhlt, wie noch zu zeigen sein wird. Der Windenergienutzung wird jegliche substanzielle Entfaltungsmöglichkeit in Bayern genommen. Bisher in Regionalplänen ausgewiesenen Vorranggebieten für die Windenergienutzung wird der Boden entzogen, nahezu die gesamte bestehende bayerische Windenergieplanung wird hinfällig.

Um dem entgegenzuwirken, hat sich in Bayern die **Klagegemeinschaft Pro Windkraft** im Rahmen des "Förderverein Klimaschutz - Bayerns Zukunft e. V." (VR 201619 AG München) gegründet. Initiiert wurde dieser Verein insbesondere von Hans-Josef Fell unter Mithilfe von Patrick Friedl, den beiden hier vorliegenden Antragstellern.

Zielsetzung der Klagegemeinschaft ist es, die immensen Aktivitäten der bayerischen Landespolitik und bayerischen Staatsbehörden gegen den Ausbau der Windenergie juristisch auf den Prüfstand zu stellen und die Einhaltung der geltenden Rechte einzufordern. Hierzu zählt insbesondere die finanzielle Unterstützung potentieller Kläger und Antragsteller, wie im hier vorliegenden Fall.

### 2. Die Antragsteller

Hans-Josef Fell, der Antragsteller zu 1, war in den Jahren 1998 bis 2013 Mitglied des Deutschen Bundestages. Er ist Autor des EEG-Entwurfes und damit "Erfinder" des ersten Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) aus dem Jahr 2000. Als Berichterstatter in der parlamentarischen Verhandlungsgruppe für die Regierungsfraktion Bündnis 90/Die Grünen für das EEG 2000 und 2004 hat Hans-Josef Fell damit maßgeblich den Grundstein für den Ausbau der Erneuerbaren Energien und die zwischenzeitlich von allen geforderte Energiewende gelegt. Zudem wirkte er maßgeblich an den Teilbelangen der Erneuerbaren Energien in den Gesetzesnovellen zum Bundesbaugesetzbuch und Bundesnaturschutzgesetz mit. Er war über zehn Jahre Sprecher für Energiepolitik der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen und ist Sprecher der Vereinigung Klagegemeinschaft Pro Windkraft. Die persönliche Zielsetzung von Herrn Fell liegt darin, die Energieversorgung weltweit auf 100 Prozent Erneuerbare Energien umzustellen und

die vollständige Abkehr von fossilen und atomaren Energieträgern zu schaffen. Um dies zu erreichen, ist ein dezentraler Energiemix erforderlich. Für Hans-Josef Fell ist es völlig inakzeptabel, dass der Freistaat Bayern - offensichtlich als einziges Bundesland – nicht nur von der sogenannten Länderöffnungsklausel Gebrauch macht, sondern dies in einer völlig überzogenen Art und Weise, dergestalt, dass letztendlich faktisch das gesamte bayerische Staatsgebiet künftig dem Grundsatz nach von Windkraftnutzung freizuhalten ist. Er sieht hierin eine massive Beeinträchtigung seiner bayerischen Grundrechte, weil ihm faktisch die Möglichkeit genommen wird, nunmehr selbst einen aktiven Beitrag zur Umsetzung der Energiewende durch Errichtung oder Beteiligung an einer bayerischen Windenergieanlage zu leisten. Zudem sieht er den Willen des Bundesgesetzgeber, die er in rot-grüner Regierungsverantwortung in den Jahren 1998 bis 2005 zusammen mit der Bundestagsmehrheit wahrgenommen hat, vor allem im Bereich der Privilegierung der Windkraft in krasser Weise durch die beklagte Gesetzgebung missachtet.

Patrick Friedl, der Antragsteller zu 2, ist wissenschaftlicher Mitarbeiter des Bundestagsabgeordneten Dieter Janecek. Er setzt sich seit Jahren für den aktiven Klimaschutz und die Energiewende ein und engagiert sich insbesondere für den Ausbau der Windenergie. Als Stadtrat in Würzburg ist er Mitglied im Regionalen Planungsausschuss in der Region Würzburg, der sich seit Jahren mit der Ausweisung von Vorrang- und Vorbehaltsflächen für Windkraft beschäftigt. Patrick Friedl war ca. elf Jahre wissenschaftlicher Mitarbeiter von Hans-Josef Fell in seiner Zeit als Sprecher für Energiepolitik der Bundestagsfraktion von Bündnis 90/Die Grünen. Seinen privaten Strombedarf deckt Patrick Friedl bereits jetzt über die Stadtwerke Würzburg, die ihren Kunden ein Windkraftstrom-Produkt anbieten. Auch er sieht seine bayerischen Grundrechte durch die streitgegenständliche Regelung in unzulässiger Weise eingeschränkt, weil ihm die Möglichkeit genommen wird, einen eigenen aktiven Beitrag zur Umsetzung der Energiewende durch Errichtung und/oder Beteiligung an einer bayerischen Windenergieanlage zu leisten.

### **3. Zielsetzung des Gesetzgebers**

#### **a) Vorgaben des Bundesgesetzgebers**

Der Bundesgesetzgeber hat sich seit vielen Jahren das Ziel gesetzt, den Anteil der Erneuerbaren Energien an der Stromversorgung deutlich zu erhöhen. Im ersten EEG (Erneuerbare-Energien-Gesetz) aus dem Jahr 2000 war die Zielsetzung, den Anteil Erneuerbarer Energien am Gesamtverbrauch bis zum Jahr 2010 mindestens zu verdoppeln (§ 1 EEG 2000). Im EEG 2004 wurde als Zielsetzung ausgegeben, bis zum Jahr 2010 den Anteil Erneuerbarer Energien an der Stromversorgung auf mindestens 12,5 Prozent und bis zum Jahr 2020 auf mindestens 20 Prozent zu erhöhen (§ 1 Abs. 2 EEG 2004). Diese Zielsetzung wurde im EEG 2009 (§ 1 Abs. 2) auf einen Anteil von mindestens 30 Prozent im Kalenderjahr 2020 festgeschrieben, danach sollte sich der Anteil kontinuierlich weiter erhöhen. Der Bundesgesetzgeber hat diese Vorgaben mit dem EEG 2012 nochmals erhöht und einen Anteil von 35 Prozent spätestens bis zum Jahr 2020, von 50 Prozent spätestens bis zum Jahr 2030, von 65 Prozent bis spätes-

tens zum Jahr 2040 und von 80 Prozent spätestens bis zum Jahr 2050 vorgegeben (§ 1 Abs. 2 EEG 2012).

Das aktuell geltende EEG 2014 legt in § 1 Abs. 2 fest, dass der entsprechende Anteil Erneuerbarer Energien am Bruttostromverbrauch bis zum Jahr 2025 40 bis 45 Prozent betragen soll und bis zum Jahr 2035 55 bis 60 Prozent. Der Gesetzgeber bleibt hierbei bei seiner Zielsetzung, dass bis 2050 mindestens 80 Prozent des deutschen Bruttostromverbrauchs durch Erneuerbare Energien gedeckt werden sollen.

*BT-Drs. 18/1304, S.1.*

Aktuell dürfte der Anteil der Erneuerbaren Energien am Stromverbrauch deutschlandweit ca. 25 Prozent ausmachen. Hierbei sind ca. 8 Prozentpunkte auf Strom aus Windenergie zurückzuführen.

**Beweis:** [REDACTED]

Damit beträgt im Bundesdurchschnitt der Windkraftanteil an den Erneuerbaren Energien ca. 32 Prozent.

In Bayern wurden sogar ca. 34 Prozent des Stromverbrauchs im Kalenderjahr 2013 durch Erneuerbare Energien abgedeckt. Ende 2013 waren hierbei in Bayern 652 Windenergieanlagen mit ca. 1120 Megawatt Leistung installiert. Im Jahr 2013 wurden 98 neue Windenergieanlagen mit einer Gesamtleistung von über 250 Megawatt errichtet, im Durchschnitt hatte jede Anlage, die im Jahr 2013 errichtet wurde, damit über 2,5 MW installierte Leistung.

**Beweis:** [REDACTED]

Durch die Festlegung konkreter Zielausbaupfade in § 3 EEG 2014 legt der Bundesgesetzgeber deutlich fest, welche Erneuerbare Energien in welcher Weise ausgebaut werden sollen: den größten Anteil soll hierbei künftig eindeutig die Windenergienutzung ausmachen. An Offshore-Windenergieanlagen sollen 6.500 bis 15.000 Megawatt pro Kalenderjahr hinzugebaut werden, Binnenland-Windenergieanlagen sollen einen Netozubau von 2.500 Megawatt pro Jahr erfahren. Ebenso soll Strom aus solarer Strahlungsenergie mit 2.500 Megawatt pro Jahr einen erheblichen Anteil ausmachen, während Biomasse nur bis 100 Megawatt pro Kalenderjahr Zubau erfahren soll. Damit wird deutlich, dass der Bundesgesetzgeber für die Erreichung der Ziele der Energiewende zu einem wesentlichen Anteil auf den weiteren Ausbau der Windenergienutzung setzt.

Dies wird auch in der Gesetzesbegründung deutlich, in der es wörtlich heißt:

*„Vor dem Hintergrund der in den letzten Jahren stark gestiegenen EEG-Umlage soll der Fokus des Ausbaus in Zukunft auf den kostengünstigeren Technologien wie Wind an Land und Photovoltaik liegen. Für beide Technologien ist deshalb ein jährlicher Ausbau von 2.500 MW vorgesehen. Im Fall der Windenergieanlagen ist dies im Vergleich zu den letzten Jahren ein deutlicher Anstieg der zugebaut Leistung, da seit 2009 im Mittel nur ca. 2.000 MW pro Jahr installiert wurden.“*

BT-Drs. 18/1304, S. 164.

## b) Vorgaben des Bayerischen Gesetzgebers

Der Freistaat Bayern hat in seinem aktuellen Landesentwicklungsprogramm die Zielsetzung ausgegeben, dass Erneuerbare Energien verstärkt zu erschließen und zu nutzen sind.

**Beweis:** [REDACTED]

Für die Windkraftnutzung in Bayern sind regionsweite Steuerungskonzepte in Form von Vorranggebieten in Regionalplänen festzulegen.

**Beweis:** [REDACTED]

Dabei sollen Windenergieanlagen konzentriert an raumverträglichen Standorten vorgesehen werden, um einerseits die Errichtung von Windenergieanlagen zu unterstützen und andererseits einen unkoordinierten, die Landschaft zersiedelnden Ausbau zu verhindern. Letztlich sollen also großflächige Konzentrationszonen ausgewiesen werden, einzelne Windenergieanlagen sind als Regelfall nicht erwünscht.

**Beweis:** [REDACTED]

Die regionalen Planungsverbände sind hierbei gehalten, bis August 2015 Vorranggebiete für die Windenergienutzung auszuweisen.

Vgl. [REDACTED]

## 4. Rechtlicher Rahmen

### a) Privilegierung von Windenergieanlagen

Der Bundesgesetzgeber hat mit Wirkung ab 01.01.1997 die Privilegierung von Windenergieanlagen im baurechtlichen Außenbereich eingeführt, die heute geltende Regelung findet sich in § 35 Abs. 1 Nummer 5 BauGB. Sie lautet:

*„(Im Außenbereich ist ein Vorhaben nur zulässig, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen, die ausreichende Erschließung gesichert ist und wenn es) 5. der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Wind- oder Wasserenergie dient.“*

Zeitgleich hat der Bundesgesetzgeber einen sogenannten Planvorbehalt in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB verankert, dieser lautet:

*„Öffentliche Belange stehen einem Vorhaben nach Abs. 1 Nummer 2 bis 6 in der Regel auch dann entgegen, soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist.“*

Zweck dieser Vorschrift war und ist es, den Gemeinden und den für die Raumordnung zuständigen Behörden ein Steuerungsinstrument gegenüber den privilegierten Vorhaben im Außenbereich zu vermitteln, insbesondere um unter Berücksichtigung der grundsätzlichen Zulässigkeit dieser Vorhaben im Außenbereich eine geordnete städtebauliche Entwicklung des Gemeindegebietes und über die jeweiligen Gemeindegebiete hinaus zu gewährleisten.

*Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, § 35 Rn. 123.*

Wörtlich heißt es im Ausschussbericht:

*„Durch positive Standortzuweisung an einer oder auch an mehreren Stellen im Plangebiet erhalten die Regionalplanung und die Gemeinden die Möglichkeit, den übrigen Planungsraum von den durch den Gesetzgeber privilegierten Anlagen freizuhalten.“*

*Vgl. BT-Drs. 13/4978, S. 7*

## **b) Vorgaben der Rechtsprechung zum Planvorbehalt**

Da in der Praxis Gemeinden teilweise versucht haben, durch sogenannte „Feigenblattausweisungen“ ihr gesamtes Gemeindegebiet für die Windkraftnutzung zu sperren, haben die Gerichte frühzeitig Vorgaben zur wirksamen Ausnutzung des Planvorbehalts gemacht:

Zunächst hat der Plangeber ein schlüssiges Planungskonzept mit konkreten Beurteilungskriterien zu entwickeln, das er seiner künftigen Gebietsausweisung zugrundeliegen möchte. Auf diese Weise sollen sogenannte Tabuzonen ermittelt werden, die sich in zwei Kategorien einteilen lassen: Harte Tabuzonen, in denen die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen aus tatsächlichen und/oder rechtlichen Gründen schlechthin ausgeschlossen sind und weiche Tabuzonen, in denen die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen zwar tatsächlich und rechtlich möglich sind, in denen nach den städtebaulichen Vorstellungen der Gemeinde jedoch anhand ihrer Kriterien keine Windkraftnutzung stattfinden soll. In einem zweiten Schritt hat der Plangeber sein gesamtes Plangebiet anhand dieser Kriterien zu untersuchen und auf diese Weise die geeigneten Kriterien herauszuarbeiten. Schließlich hat eine ordnungsgemäße planerische Abwägung in einem dritten Schritt zu erfolgen, bei der die einzelnen für und wider die Ausweisung sprechenden öffentlichen und privaten Belange gegeneinander abzuwägen sind.

*BVerwGE 117, 287 ff.; Vgl. auch Germer/Loibl, Energierecht (Handbuch), 2. Auflage, S. 484 ff.; Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, § 35 Rn. 124a.*

Das Bundesverwaltungsgericht hat insoweit zwar festgestellt, dass ein Plangeber nicht gehalten ist, sämtliche für die Windkraftnutzung geeigneten Flächen auch tatsächlich auszuweisen; vielmehr kann er der Windkraftnutzung gegenläufige Interessen nach den zum Abwägungsgebot entwickelten Grundsätzen zurückstellen, wenn hinreichend gewichtige städtebauliche Gründe dies rechtfertigen. Allerdings ist es dem Plangeber

verwehrt, lediglich objektiv ungeeignete Flächen oder bloße „Alibi-Flächen“ auszuweisen, die unter dem Deckmantel der planungsrechtlichen Steuerung der Windkraftnutzung eigentlich zu deren Verhinderung dienen sollen.

*BVerwGE 117, 287 ff.; Vgl. auch Germer/Loibl, Energierecht (Handbuch), 2. Auflage, S. 484 ff.*

Will der Plangeber privilegierte Vorhaben wie Windenergieanlagen auf bestimmte Bereiche konzentrieren und sie ansonsten im gesamten Plangebiet ausschließen, muss er ihnen in den geplanten Bereichen in substantieller Weise Raum verschaffen.

*BVerwG NVwZ 2003, 738.*

Je kleiner die für die Windenergienutzung verbleibende Fläche ausfällt, umso mehr ist das gewählte methodische Vorgehen des Plangebers zu hinterfragen und zu prüfen, ob mit Blick auf die örtlichen Verhältnisse das Auswahlkonzept abzuändern ist.

*VGH München, Urteil vom 18.06.2009, Az. 22 B 07.1384.*

Erkennt die planende Gemeinde, dass der Windenergie nicht ausreichend substantiell Raum geschaffen wird, muss sie ihr Auswahlkonzept überprüfen und gegebenenfalls ändern.

*BVerwG NVwZ 2008, 559 ff.*

Ob der Windenergienutzung in substantieller Weise Raum verschafft wird und wo die Grenze zur unzulässigen Negativplanung verläuft, lässt sich hierbei nicht abstrakt bestimmen. Maßgeblich sind die tatsächlichen Verhältnisse im jeweiligen Beurteilungsraum. Größenangaben sind, isoliert betrachtet, als Kriterium ungeeignet.

*BVerwG ZfBR 2006, 679 ff.*

Vielmehr ist eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen, wonach der Nutzung der Windenergie in substantieller Weise Raum verschafft ist, wenn die ausgewiesene Positivfläche nach ihrer Zahl und Größe einen beachtlichen Teil der potenziell für die Windkraftnutzung in Betracht kommenden Fläche ausmacht und mit hinreichender Sicherheit zur Errichtung von Windkraftanlagen führt, die nach ihrer Zahl und Energiemenge auch mit Blick auf den Bundesdurchschnitt geeignet sind, einen gewichtigen und den allgemein anerkannten energiepolitischen Zielsetzungen nicht offensichtlich widersprechenden Beitrag zur Erhöhung des Anteils regenerativer Energien an der Gesamtenergieerzeugung zu leisten.

*OVG Magdeburg, ZNER 209, 310 und nachfolgend BVerwG BauR 2010, 2074 ff.*

Nicht zulässig wäre die Festlegung eines bestimmten prozentualen Anteils, den eine Konzentrationsfläche im Vergleich zu den Potenzialflächen erreichen müsse, damit die Rechtsfolge des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB eintritt. Allerdings darf dem Verhältnis dieser Flächen zueinander Indizwirkung beigemessen werden und es ist nichts gegen einen Rechtssatz des Inhalts zu erinnern, dass, je geringer der Anteil der ausgewiesenen Konzentrationsflächen ist, desto gewichtiger die gegen eine weitere Ausweisung

von Vorranggebieten sprechenden Gesichtspunkte sein müssen, damit es sich nicht um eine unzulässige Feigenblattplanung handelt.

*BVerwGE 145, 231 ff.*

Eine Gemeinde, die von 29 von ihr als potentielle Windenergiezonen ermittelten Bereiche 28 durch Anlegung eines vorgeblich weichen zusätzlichen Rasters ausschließt, gibt der Windenergie unter Berücksichtigung der vor Ort gegebenen Möglichkeiten keinen substanziellen Raum. Dieser Entscheidung lag eine Positivausweisung von nur 1,38 % des Gemeindegebietes im Verhältnis zu den in der Standortuntersuchung ermittelten Potenzialflächen von 8,26 % zu Grunde. Auch wenn diesen Prozentzahlen abstrakt grundsätzlich keine entscheidende Bedeutung zukommt, da maßgeblich die Verhältnisse des Einzelfalls unter Berücksichtigung der konkreten Möglichkeiten zur Ansiedlung von Windkraftanlagen sind, kommt diesem Verhältnis jedoch indizielle Wirkung zu.

*VGH Kassel, NuR 2009, 349 ff.*

Im Ergebnis ist damit folgendes festzuhalten:

- Der Bundesgesetzgeber hat mit der Einführung der Privilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich grundsätzlich festgelegt, dass solche Anlagen - sofern keine öffentlichen Belange entgegenstehen - im Außenbereich zulässiger Weise errichtet werden dürfen.
- Der Planvorbehalt des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ermöglicht es Gemeinden und regionalen Planungsverbänden, durch eine Positivausweisung von Flächen für die Windenergienutzung das restliche Plangebiet für diese Nutzungsart zu sperren. Der Gesetzgeber wollte hier eine entsprechende Steuerungsmöglichkeit für Gemeinden und regionale Planungsverbände einführen.
- Nach dem Willen des Gesetzgebers und der höchstrichterlichen Rechtsprechung muss jedoch auch bei Nutzung dieses Planvorbehalts sichergestellt sein, dass der Windenergienutzung in substanzieller Weise Raum verschafft wird. Eine Aushöhlung der baurechtlichen Privilegierung von Windenergieanlagen durch Gemeinden und regionale Planungsverbände ist nicht möglich, eine faktische Verhinderungsplanung ist rechtswidrig und unwirksam. Damit dürfen Gemeinden und regionale Planungsverbände die Windkraftnutzung in ihren Gebieten zwar steuern, nicht aber faktisch aushöhlen und unmöglich machen.

### **c) Länderöffnungsklausel**

Mit Wirkung ab 01. August 2014 hat der Bundesgesetzgeber in § 249 Abs. 3 BauGB eine sogenannte Länderöffnungsklausel eingeführt. Diese Regelung lautet:

*„Die Länder können durch bis zum 31. Dezember 2015 zu verkündende Landesgesetze bestimmen, dass § 35 Absatz 1 Nummer 5 auf Vorhaben, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen, nur Anwendung findet, wenn sie einen bestimmten Abstand zu*

*den im Landesgesetz bezeichneten zulässigen baulichen Nutzungen einhalten. Die Einzelheiten, insbesondere zur Abstandsfestlegung und zu den Auswirkungen der festgelegten Abstände auf Ausweisungen in geltenden Flächennutzungsplänen und Raumordnungsplänen, sind in den Landesgesetzen nach Satz 1 zu regeln. Die Länder können in den Landesgesetzen nach Satz 1 auch Abweichungen von den festgelegten Abständen zulassen.“*

Zurückzuführen ist dies auf eine Forderung der Länder Sachsen und Bayern, wonach die Privilegierung von Windenergieanlagen der Gestalt im Gesetz verankert werden sollte, dass allein die jeweiligen Bundesländer festlegen können, ob eine Privilegierung gelten soll oder nicht.

*Vgl. hierzu Mitschang/Reidt, BauR 2014, 1232, 1233 m.w.N.*

Der verabschiedete Wortlaut geht hierbei nicht so weit. Vielmehr werden die Länder lediglich dazu ermächtigt, die Privilegierung innerhalb von festzulegenden Mindestabständen aufzugeben sowie weitere damit zusammenhängende Fragen zu regeln. Begründet wird dies im Wesentlichen damit, dass die Akzeptanz von Windenergieanlagen vielfach von der Entfernung solcher Anlagen zur Wohnnutzung abhängt und mit der Regelung dem Umstand Rechnung getragen werde, dass die Ausgangslage in den einzelnen Bundesländern auch aufgrund der topographischen Verhältnisse unterschiedlich sei.

*BT-Drs. 18/1301; vgl. Mitschang/Reidt, a.a.O.*

Insbesondere hat sich die Forderung des Landes Sachsen, die Privilegierung des § 35 Abs. 1 Nummer 5 BauGB komplett abzuschaffen,

*vgl. BR-Drs. 206/13.*

nicht durchgesetzt.

Demzufolge wurde die Länderöffnungsklausel so ausgestaltet, dass es bei der grundsätzlichen Privilegierung von Windenergieanlagen im baurechtlichen Außenbereich verbleibt. Nach wie vor ist mit Bundesgesetz nicht vereinbar, wenn durch die Hintertür der Landesgesetzgebung über unverhältnismäßige Abstandsregelungen die Klimapolitik vereitelt werden würde. Die vom Bundesgesetzgeber vorgegebene Energiewende darf nicht in Frage gestellt werden. Konkret heißt dies, dass der Windenergienutzung weiterhin „substanzieller Raum“ verbleiben muss.



Der Landesgesetzgeber hat bei der Wahrnehmung des ihm überlassenen Gestaltungsraums die Grundwertung des § 35 Abs. 1 Nummer 5 BauGB zu berücksichtigen. Er muss der privilegierten Nutzung grundsätzlich einen substanziellen Raum zur Verwirklichung zur Verfügung stellen. Führt eine landesgesetzliche Regelung faktisch zu einer landesweiten Ansiedlungsverhinderung der Windkraftnutzung, ist der Gestaltungsspielraum überdehnt.

[REDACTED]

Der Bundesgesetzgeber hat zusammen mit der Privilegierung von Windenergieanlagen zeitgleich eine Steuerungsmöglichkeit für Kommunen und regionale Planungsverbände in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB eingeführt. Nach der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ist der jeweilige Plangeber hierbei unabdingbar verpflichtet, der Windenergie substanziellen Raum zu verschaffen, wenn sie von diesem Planvorbehalt in rechtmäßiger Weise Gebrauch machen wollen. Wenn nun der Bundesgesetzgeber mit der Länderöffnungsklausel auch den Bundesländern eine Steuerungsmöglichkeit einräumt, muss hieraus die Schlussfolgerung gezogen werden, dass sich nunmehr der bundesgesetzliche Privilegierungsstatbestand des § 35 Abs. 1 BauGB praktisch spiegelbildlich auch an den Landesgesetzgeber richtet und diesen verpflichtet, die entsprechende landesrechtliche Regelung so auszugestalten, dass der Windenergienutzung weiterhin substanzieller Raum verschafft wird.

[REDACTED]

Eine landesrechtliche Regelung, die den bundesrechtlichen Gedanken der Privilegierung inhaltlich aushöhlt und eine substanzielle Nutzung der Windenergie auf einem Landesgebiet nicht gewährleistet, kann im Hinblick auf das Gebot der Bundestreue der Länder hinsichtlich der Gesetzgebungskompetenz bedenklich erscheinen.

*Krautzberger/Stüer, BauR 2014, 1, 2.*

Die Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers, Windkraftanlagen im Außenbereich zu privilegieren, darf durch zu weitreichende Ausnahmegestimmungen nicht ausgehöhlt werden. Eine Ausnahmegestimmung muss daher dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen und einen gerechten Ausgleich der berührten Belange schaffen.

*Scheidler, UPR 2014, 214, 216.*

Selbst der Bundesrat weist klarstellend darauf hin, dass die höhenbezogenen Abstandsregelungen in den Ländergesetzen „angemessen“ sein müssen, d. h. dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen und einen gerechten Ausgleich zwischen der Förderung Erneuerbarer Energien einerseits und dem Schutz von Natur und Landschaftsbild sowie vor optisch erdrückender Wirkung andererseits ermöglichen müssen.

*BR-Drs. 569/13, S. 3.*

Im Ergebnis ist damit folgendes festzuhalten:

Der Bundesgesetzgeber hat mit der Länderöffnungsklausel des § 249 Abs. 3 BauGB den Bundesländern zwar ermöglicht, die grundsätzlich geltende Privilegierung des § 35 Abs. 1 Nummer 5 BauGB in einzelnen Fällen zu beschränken. Diese Beschränkungsmöglichkeit geht jedoch eindeutig nicht so weit, dass der Landesgesetzgeber eine komplette Entprivilegierung herbeiführen dürfte, vielmehr ist er nach wie vor gehalten, im Rahmen des entsprechenden Umsetzungsgesetzes der Windkraftnutzung in substantzieller Weise Raum zu verschaffen. Eine faktische Aushöhlung der nach wie vor geltenden Privilegierung durch den Bundesgesetzgeber ist nicht zulässig.

### III. Tatsächlicher Rahmen

#### 1. Tatsachenvortrag

##### a) Auswirkungen des Mindestabstands auf Windenergieanlagen

Heute dem Stand der Technik entsprechende gängige Windenergieanlagen mit 3,0 bis 3,5 MW installierter elektrischer Leistung erreichen in der Regel eine Gesamthöhe von ca. 200 Meter.

*Vgl. Scheidler, UPR 2014, 214.*

Hier ein paar Beispiele:

- Nordex N117, 3 MW, Nabenhöhe von 91 bis 120 m, Rotordurchmesser 116,5 m
- Enercon E-101 E2, 3,05 MW, Nabenhöhe 99, 135 oder 149 m, Rotordurchmesser 101 m
- Senvion 3,4 M, 3,4 MW, Nabenhöhe von 90 bis 143 m, Rotordurchmesser 104 bis 114 m

#### **Beweis:** [REDACTED]

Der Gesetzgeber selbst erläutert, dass im vergangenen Jahr die durchschnittliche Nabenhöhe von Neuanlagen in Bayern 133,5 Meter und der durchschnittliche Rotordurchmesser bei 93,9 Meter lag, die durchschnittliche Gesamthöhe der letztes Jahr errichteten Windenergieanlagen lag also bei über 180 Meter.

*BR-Drs. 569/13, S. 2.*

Der gängige Abstand solcher dem aktuellen Stand der Technik entsprechenden Windenergieanlagen in Bayern zur nächstgelegenen Wohnbebauung beträgt rund 800 Meter. Legt man einen solchen Mindestabstand zwischen Windenergieanlage und nächstgelegener Wohnbebauung zu Grunde, stünde rechnerisch ein Anteil von 5,17 % der Gesamtfläche Bayerns für den Ausbau der Windkraft zur Verfügung. Bereits bei Festlegung eines Mindestabstands von 1000 Meter reduziert sich diese Fläche auf einen Anteil von 2,58 % der Fläche des Freistaats Bayerns, bei einem Bebauungsplan von 1200 Meter verbleibt nur noch ein Anteil von 1,24 Prozent der Fläche.

**Beweis:**



Bei der Ermittlung dieser Flächen sind bereits berücksichtigt und abgezogen diejenigen Flächen, die aufgrund von feststehenden Restriktionskriterien für die Windkraftnutzung nicht zur Verfügung stehen (Naturdenkmale, Naturschutzgebiete, alpine Schutzzonen, FFH-Gebiete, Landschaftsschutzgebiete, Vogelschutzgebiete, Wasserschutzgebiete, Biotope, Biosphärenreservate und Infrastruktureinrichtungen wie Straßen und Autobahnen, Schienen und Flughäfen).

**Beweis:**



Noch nicht berücksichtigt sind hierbei militärische Radarbereiche, Radarstationen des DWD, Richtfunkstrecken, standortbezogene Artenschutzanforderungen, Vorgaben zum Denkmalschutz oder seismologische Messstationen. Ebenso wenig wurde die Frage der Windhöflichkeit berücksichtigt. Berücksichtigt man diese Punkte, würden sich die oben dargestellten Prozentzahlen nochmals drastisch reduzieren.

**Beweis:**



Legt man die heute üblichen Gesamthöhen gängiger Windenergieanlagen zu Grunde und geht damit im Regelfall von rund 2000 Meter Mindestabstand aus, reduzieren sich die verbleibenden Flächen auf einen minimalen Restwert von 0,05 Prozent der Landesfläche Bayerns.

**Beweis:**



Berücksichtigt man zudem, dass nicht alle diese verbleibenden Flächen in ausreichender Weise windhöflich sind sowie weitere Ausschlussgründe wie militärische Radarbereiche, Radarstationen des DWD, Vorgaben zum Denkmalschutz oder seismologische Messstationen, wird nur noch eine Potenzialfläche für die Windkraftnutzung in Bayern von unter 0,01 % der bayerischen Landesfläche verbleiben.

**Beweis:**



Diese Zahlen werden bestätigt durch eine Untersuchung des Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung, wonach bei inzuhaltenden Abstandsflächen von 2.000 m

eine theoretische Potentialfläche von 1,7 % errechnet wird. Ausreichend windhöflich wären nach dieser Studie lediglich 0,86 % der Landesfläche Bayerns.

**Beweis:**



Bei dieser Studie sind noch nicht die übrigen Ausschlusskriterien wie Naturschutzgebiete, sonstige landschaftliche Schutzzonen oder Naturschutzbelange (Vogelschutz etc.), Radarstationen, Denkmalschutz, Seismologische Stationen, Landschaftsbild u.v.m. Berücksichtigt man diese Ausschlusskriterien, verbleibt es bei der oben bereits dargestellten Potentialfläche von unter 0,01 % der bayerischen Landesfläche.

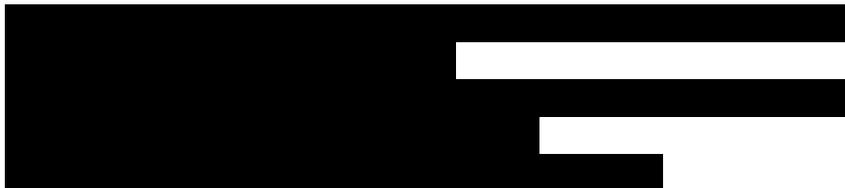
Bei einer Landesfläche des Freistaates Bayern von 70.553 Quadratkilometern würde eine Potenzialfläche von unter 706 ha verbleiben. Eine heute gängige und dem Stand der Technik entsprechende Windenergieanlage hat einen tatsächlichen Flächenbedarf von ca. 0,5 ha. Allerdings ist natürlich zu beachten, dass ein gewisser Umgriff um eine Windenergieanlage und ein Abstand von Windenergieanlagen zueinander nötig ist, so dass letztlich nur eine Windenergieanlage pro 10 bis 15 ha Fläche gestellt werden kann. Bei der Regionalplanung wird hier üblicherweise mit einem Flächenbedarf von 10 ha pro Windenergieanlage gerechnet.

**Beweis:**



In Fachstudien wird zum Teil von einem deutlich höheren Flächenbedarf ausgegangen, so etwa geht das Umweltbundesamt von 6 Hektar pro installiertem MW aus; für eine 3 MW-Anlagen mit 200 m Gesamthöhe wären dies also 18 Hektar.

**Beweis:**



Sofern Windenergieanlagen auf einer größeren zusammenhängenden Fläche platziert werden, ist sogar ein deutlich größerer Abstand nötig, so dass von 5,6 ha je installiertem MW, also von 16,8 ha pro Windenergieanlage auszugehen ist.

**Beweis:**



Bezogen auf die Potenzialflächen bedeutet dies, dass für ganz Bayern hochgerechnet damit – einen Flächenbedarf von 10 ha zugrundegelegt - noch eine theoretische Potenzialfläche für maximal 70 Windenergieanlagen besteht. Hierbei ist allerdings noch gar nicht berücksichtigt, dass viele der Potenzialflächen bereits mit vorhandenen Windenergieanlagen bebaut sind (Stand Ende 2013 waren in Bayern 652 Windener-

gieanlagen errichtet) bzw. von solchen Anlagen ein entsprechender Mindestabstand einzuhalten ist, so dass im Ergebnis faktisch kein nennenswertes Potential für die Errichtung von Windenergieanlagen verbleibt.

**Beweis:**



Zu beachten ist weiterhin, dass nicht alle Potentialflächen genutzt werden können, weil etwa schmale Streifen quer zu den Hauptwindrichtungen nicht komplett bebaut werden können. Schließlich ist zu bedenken, dass die Potentialflächen wegen der 10-H-Regelung weit von jeglicher Siedlungsstruktur stehen und damit häufig Belange des Landschaftsbildes gegen eine Genehmigung sprechen werden.

**Beweis:**



Im Ergebnis führt die 10-H-Regelung also dazu, dass von den theoretisch errechneten noch möglichen 70 Windenergieanlagen nur ein geringer Bruchteil (max. 10 bis 20 Anlagen) realisierbar sein wird. Bezogen auf die Gesamtfläche Bayerns ist dies ein völlig zu vernachlässigender Anteil.

**Beweis:**



Dabei gäbe es auch in Bayern selbst bei eingeschränkten Abstandskriterien wie etwa einem Mindestabstand von 1.000 m zur nächstgelegenen Wohnbebauung ein erhebliches Potential für die Windenergienutzung. Hier ist davon auszugehen, dass ohne weiteres 2 % der Bayerischen Landesfläche für die Windenergienutzung zur Verfügung steht, damit könnten ohne weiteres ca. 1.400 bis 1.500 Windenergieanlagen (aktueller IST-Stand: ca. 700 Anlagen) in Bayern realisiert werden.

**Beweis:**



## b) Keine Erhöhung der Potentialfläche durch kommunale Planungen

Art. 82 Abs. 4 BayBO erklärt zwar dem Grundsatz nach, dass die 10-H-Regelung keine Anwendung im Geltungsbereich von Flächennutzungsplänen findet, in denen für Windenergievorhaben eine Positivausweisung erfolgt ist. Damit müssten eigentlich alle geltenden Flächennutzungspläne mit Windkraftausweisung als zusätzliche Potenzialflächen mit berücksichtigt werden.

Hierzu ist allerdings zu beachten, dass sich hierdurch die Potenzialflächen nicht in nennenswerter Weise erhöhen. Es haben nur wenig bayerische Kommunen entsprechende Windkraftflächen ausgewiesen, soweit dies der Fall war, sind diese größtenteils bebaut, so dass als zusätzliche Potenzialflächen letztlich wenig verbleibt, so dass die oben dargestellte faktische Aushöhlung der Möglichkeit, in Bayern Windenergieanlagen zu errichten, im Ergebnis bestehen bleibt.

### Beweis:

Zwar könnten Gemeinden über die Bauleitplanung der Windkraftnutzung entsprechende Geltung verschaffen, diese bloße Möglichkeit stellt in keinsten Weise eine Gewähr dafür da, dass dies auch tatsächlich der Fall sein wird. Bleiben die Kommunen untätig, wird die Windkraftnutzung in Bayern völlig zum Erliegen kommen, wie bereits gezeigt wurde.

Hierbei muss auch die bisherige Tätigkeit der bayerischen Kommunen berücksichtigt werden: Bislang haben nur wenige bayerische Kommunen Windkraftflächen in ihren Flächennutzungsplänen ausgewiesen, tatsächliche Bebauungspläne sind bislang absolut unüblich und stellen den Ausnahmefall dar (bekannte Beispiele: Stadt Vilsbiburg (für 1 WEA), Gemeinde Berching (7 WEA), Gemeinde Pilsach (8 WEA). Hinzu kommt, dass alle diese Baugebiete bereits vollständig mit Windenergieanlagen bebaut sind, hier verbleibt kein zusätzliches Potential für künftige Entwicklungen.

## c) Unwirtschaftlichkeit kleiner Windenergieanlagen

Ein wirtschaftlicher Betrieb einer kleineren Windenergieanlage mit einer deutlich geringeren Gesamthöhe und damit auch einer deutlich geringeren Leistung ist im Hinblick auf die in Bayern generell zu erwartende Windhöflichkeit ist kaum möglich:

Kleine Windenergieanlagen mit 100 m Gesamthöhe (zum Beispiel Enercon E 48 mit 800 KW installierter Leistung) kosten pro KW installierter Leistung deutlich mehr als große Windenergieanlagen mit über 200 m Gesamthöhe. Große Windenergieanlagen haben jedoch den 5- bis 6-fachen Ertrag einer kleinen Windenergieanlage.

### Beweis:

Hier gilt die Formel, dass pro zusätzlichen Höhenmeter der Anlage ein Prozent mehr Ertrag zu generieren ist. In Zusammenschau mit der Tatsache, dass höhere Anlagen eine größere installierte Leistung haben, bringt damit eine 3 MW-Anlage mit 200 m

Gesamthöhe – bei geringerem Preis pro installiertem KW – ungefähr das 5 bis 6-fache des Ertrages einer 800 kW-Anlage mit 100 m Gesamthöhe.

**Beweis:**



Ein wirtschaftlicher Betrieb einer kleinen Windenergieanlage mit ca. 100 bis 140 Meter Gesamthöhe ist im Hinblick auf die Windhöflichkeit und die heutigen Anlagenpreise in Bayern nicht möglich. Im Hinblick darauf, dass die Vergütungshöhe nach dem EEG 2014 quartalsweise abgesenkt wird und bereits die letzten Jahre drastisch gefallen ist, kann ein 20-jähriger Betrieb (Mindestvergütungsdauer nach dem EEG) einer solchen Windenergieanlage unter Ausnutzung der EEG-Vergütung – wenn überhaupt - allenfalls die Kosten (Invest und fortlaufende Kosten) decken, ein Investor, der auf wirtschaftlichen Gewinn ausgerichtet ist, würde eine solche Anlage nicht errichten. Demzufolge sind in den letzten Jahren in Bayern keine solchen kleinen Anlagen wie etwa die Enercon E-48 oder E-53 verkauft oder aufgestellt worden.

**Beweis:**



Um die Unwirtschaftlichkeit kleiner Windenergieanlagen in einem Binnenland wie Bayern anschaulich zu untermalen, wird nachfolgend die schriftliche Einschätzung der

 wortlautgetreu eingefügt:

***Größere Anlagen: Größere Effizienz und größere Wirtschaftlichkeit***  
*Vor dem Hintergrund der in Bayern angedachten 10H-Regelung werden vermehrt Stimmen laut, die eine Lösung des Problems einer höhenbezogenen Abstandsregelung im Ausweichen auf geringere Anlagenhöhen und den daraus resultierenden geringeren Abstandsbedarfen sehen. Die Möglichkeiten und Auswirkungen dieser Lösung sollen nachfolgend behandelt werden.*

### **1. Höhenrelevante Faktoren einer Windenergieanlage**

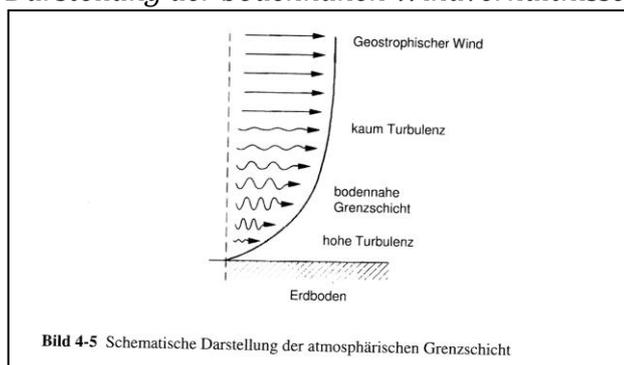
#### *a. Nabhöhe*

*Die erste maßgebliche Größe, welche die Gesamtbauhöhe einer Windenergieanlage beeinflusst, ist die Nabhöhe. Sie gibt an, in welcher Höhe über Geländeoberkante sich die horizontal rotierende Achse des Rotors befindet. Eine Vergrößerung der Nabhöhe fließt zu 100% in die Gesamtbauhöhe ein.*

Große Nabenhöhen sind insbesondere bei der Nutzung der Windenergie an Binnenlandstandorten von großer Relevanz:

Zum einen werden in höheren Luftschichten größere durchschnittliche Windgeschwindigkeiten erreicht. In die Energieertragsformel geht die Windgeschwindigkeit in der dritten Potenz ein, was eine Verachtfachung der Leistung bei einer Verdoppelung der Windgeschwindigkeit bedeutet. Als Faustformel gilt: Je Meter Nabenhöhe nimmt der Ertrag einer Anlage um 0,5 % bis 1 % zu.

Zum anderen sind große Nabenhöhen von hoher Relevanz wenn es darum geht, möglichst die gesamte Rotorkreisfläche in Bereiche einer laminaren, turbulenzarmen Anströmung zu bringen. Die durch natürliche Hindernisse (Relief, Wald, etc.) bedingte Bodenrauigkeit von Binnenlandstandorten gerade auch in südlichen Bundesländern erzeugt eine turbulente bodennahe Strömung, die sich negativ auf den Ertrag von Windenergieanlagen auswirkt und größere Maschinenlasten bedingt. Durch turbulente Strömungen in bodennahen Bereichen werden die Rotorblätter gebremst und es treten große Differenzen zwischen der Anströmung des oberen und des unteren Rotorblattes auf. Zur besseren Verständlichkeit nachfolgend eine schematische Darstellung der bodennahen Windverhältnisse:



Quelle: GASCH, TWELE (2011): Windkraftanlagen, S. 126

#### b. Rotordurchmesser

Die zweite maßgebliche Größe für die Gesamthöhe einer Anlage ist der Rotordurchmesser. Mit wachsendem Rotor wächst auch die Höhe, in welche die Blattspitze in oberster Position vordringt. Die Vergrößerung des Rotordurchmessers fließt mit dem Faktor 0,5 in die Gesamtbauhöhe ein.

Der Radius des Rotors geht in der zweiten Potenz in die überstrichene Kreisfläche des Rotors ein ( $A = \pi \times r^2$ ) und hat damit große Auswirkungen auf den Energieertrag der Anlage, da diese neben der Windgeschwindigkeit ( $v$ ) und der Luftdichte ( $\rho$ ) als weitere Größe ( $A$ ) in die Energieertragsformel eingeht ( $P_{Wind} = 0,5 \times \rho \times A \times v^3$ ). Die Größe der Rotorkreisfläche bedingt damit maßgeblich die Leistung, die dem Wind entnommen werden kann und somit auch den Ertrag.

## 2. Höhenbeschränkungen von Windenergieanlagen und die Auswirkungen auf Ertrag und Wirtschaftlichkeit der Anlage

Im nun folgenden Kapitel soll dargestellt werden, welche Auswirkungen eine Höhenbeschränkung von Windenergieanlagen auf deren Ertrag und die Wirtschaftlichkeit einer Investition in solche Anlagen haben wird. Vor dem Hintergrund der 10H-Regelung wird in den nachfolgenden Beispielen ein Vergleich zwischen einer Anlage der aktuellen Anlagengeneration (große Gesamthöhe) und einer Anlage mit einer Gesamthöhe von unter 100 Metern, die somit lediglich einen Abstand zur nächsten Wohnbebauung von ca. 1.000 Metern benötigen würde, gezogen.

Folgende Annahmen wurden dem Vergleich zu Grunde gelegt:

- Zur Berechnung des Ertrages wird am imaginären Standort eine in Bayern gängige gute Windgeschwindigkeit von 6 m/s auf einer Referenzhöhe von 140 Metern angenommen.
- Weiterhin wurde eine laminare Anströmung und Standardluftdichte für die Berechnung des Ertrages angenommen. Dies ist insbesondere für die kleinere Anlage eine optimistische Annahme, da in derart geringen Höhen im bewegten Relief der südlichen Bundesländer keine laminare Anströmung vorzufinden ist.

Die Kenndaten der beiden Anlagen sind in nachfolgender Tabelle dargestellt:

Fabrikat	ENERCON	ENERCON
Modell	E-70 E4	E-115
Leistung	2.300 kW	3.000 kW
Rotordurchmesser	71 m	115,7 m
Für Berechnung verwendete Nabenhöhe	64 m	149 m
Gesamthöhe	99,5 m	206,9 m
Theoretischer Jahresertrag	2.800 MWh/a	8.200 MWh/a
Investition je Anlage (inkl. Nebenleistungen, ca.-Preise)	2.400.000 €	5.000.000 €
Investition/Ertrag	0,857 €/kWh	0,609 €/kWh

Durch den Vergleich der beiden Anlagen werden insbesondere zwei Resultate deutlich:

Zum einen produziert die kleinere Anlage nur rund ein Drittel des Stroms der Groß-Anlage. Um die gleiche Menge Strom zu erzeugen wären somit rund dreimal so viele Anlagen des kleineren Typs notwendig.

Zum anderen erzeugt die größere Anlage Strom zu deutlich geringeren Kosten: Teilt man die Investitionskosten der Anlage durch den Jahresertrag, zeigt sich der wirtschaftliche Vorteil der großen Anlage. Da Windenergieprojekte in den südlichen Bundesländern meist ohnehin lediglich Renditen im einstelligen Prozentbereich generieren, ließe die weitere Re-

*duzierung der Wirtschaftlichkeit zahlreiche Projekte unwirtschaftlich werden.*

*Resultierend aus diesen beiden Faktoren lässt sich schlussfolgern, dass durch den geringeren Energieertrag kleinerer Anlagen die Anlagenzahl im Rahmen des weiteren Ausbau der Windkraft gegenüber einem Ausbau mit Großanlagen in etwa verdreifacht werden müsste um gesteckte Ausbauziele zu erreichen. Dies wird aber aufgrund der geringeren Wirtschaftlichkeit in der Praxis nicht möglich sein. Vielmehr würde eine Vielzahl von Projekten unwirtschaftlich und damit nicht realisierbar werden.*

### **3. Auswirkungen auf die Ausbauziele des Freistaates Bayern**

*Das bayerische Energiekonzept „Energie innovativ“ vom 24. Mai 2011 sieht vor, bis zum Jahr 2021 17 Milliarden Kilowattstunden Strom aus Windenergie in Bayern zu erzeugen. Das Konzept sieht dafür den Neubau von 1.000 bis 1.500 neuen Anlagen bis 2021 vor. Dies entspricht – unter Berücksichtigung des im Basisjahr 2009 bereits produzierten Windstroms von 600 Millionen kWh - einem Jahresertrag je Anlage von ca. 11.000.000 kWh (1.500 Anlagen) bis zu ca. 16.400.000 kWh (1.000 Anlagen), was bereits für die aktuelle Anlagentechnologie auf süddeutschen Standorten sehr ambitioniert ist. Um die angegebene Energiemenge mit Anlagen zu realisieren, die eine Gesamthöhe von 100 Metern nicht überschreiten, wären unter Zugrundelegung des oben genannten Ertrages jedoch nahezu 6.000 Anlagen notwendig.*

### **4. Fazit**

*Die Option, als Reaktion auf höhenbezogene Abstandsregelungen geringere Anlagenhöhen zu realisieren, ist in mehrererlei Hinsicht problematisch:*

- 1. Mit geringerer Höhe sinkt auch der Ertrag der Anlage deutlich.*
- 2. Um dennoch Ausbauziele erreichen zu können, würde daraus eine Vervielfachung der Anzahl zu realisierender Anlagen notwendig werden.*
- 3. Aufgrund der besseren Effizienz großer Anlagen sind kleinere Anlagen an Binnenlandstandorten gerade vor dem Hintergrund einer degressiven Förder-/Vergütungssituation nicht mehr konkurrenzfähig und oft unwirtschaftlich.*
- 4. Der Ausbau der Windenergie mit kleineren Anlagen wird aus wirtschaftlichen Gründen somit voraussichtlich nicht stattfinden.*
- 5. Ungeachtet der kritischen Wirtschaftlichkeit muss bezweifelt werden, dass das Erreichen der Ausbauziele mit der dreifachen Anzahl an kleineren Anlagen akzeptanzfördernd wirken wird.*

**Beweis:**



#### **d) Durchschnittliche Genehmigungsdauer von Windenergieanlagen**

Grundsätzlich geht die 9. BImSchV davon aus, dass ein Genehmigungsantrag zügig bearbeitet wird und nach Feststellung der Vollständigkeit der Unterlagen nach drei Monaten die Genehmigung auszusprechen ist. Die tatsächliche Praxis sieht hier jedoch im Regelfall ganz anders aus:

Ein durchschnittliches immissionsschutzrechtliches Genehmigungsverfahren in Bayern dauert von der Antragseinreichung bis zur Genehmigungserteilung zwischen 18 und 24 Monate.

**Beweis:**



Hierbei ist es völlig unüblich und als Ausnahme zu bezeichnen, wenn bayerische Genehmigungsbehörden eine Vollständigkeitsbescheinigung hinsichtlich der Vollständigkeit der eingereichten Unterlagen ausstellen.

**Beweis:**



Diese lange Zeitdauer ist nicht zuletzt dem aufwändigen Verfahren geschuldet, das bei mittlerweile jeder zur Genehmigung stehenden Windenergieanlage zu durchlaufen ist. Insbesondere die spezielle artenschutzrechtliche Prüfung (saP) erfordert nach dem Bayerischen Winderlass eine bestimmte Mindestanzahl von Begehungen, so dass allein die Erstellung dieser für die Genehmigung unabdingbaren Unterlage mindestens ein volles Jahr zu rechnen ist. Sofern der Genehmigungsantrag erst nach Mitte eines Jahres gestellt ist, können in der Regel die nötigen Begehungen erst im Folgejahr gemacht werden, so dass damit das Verfahren mindestens bis in den Herbst des Folgejahres andauert.

**Beweis:**



Zudem sind Bodengutachten, Brandschutzkonzepte u.v.m. vorzulegen, die neben der saP, die allein schon einen mittleren fünfstelligen Betrag veranschlagt, dazu führen, dass in der Regel bis zur Vorlage vollständiger Unterlagen bzw. bis zur Erteilung einer Genehmigung bereits ein 6-stelliger Betrag investiert wurde.

**Beweis:**

Zieht man den Genehmigungsantrag zurück oder erhält eine Ablehnung, entstehen hierdurch z. T. nicht unerhebliche Gebühren. Aktuell wurde für die Ablehnung eines Genehmigungsantrags von einer bayerischen Genehmigungsbehörde ein Betrag von über 30.000 Euro gefordert.

**Beweis:**

Die Antragsunterlagen werden in der Regel – falls überhaupt – erst kurz vor Genehmigungserteilung dann, wenn alle Unterlagen und vor allem Gutachten vollständig vorliegen, als vollständig anerkannt.

## 2. Würdigung des Sachverhaltes

### a) Aushöhlung der Privilegierung von Windenergieanlagen

Wie ausführlich dargelegt wurde, lassen sich in Bayern Windenergieanlagen selbst an guten, windstarken Standorten nur dann wirtschaftlich betreiben, wenn die Anlagen eine Mindesthöhe von über 140 Meter haben. Die heute gängigen Windenergieanlagen mit der besten ökonomischen und ökologischen Ausbeute haben eine Gesamthöhe von über 200 Metern.

Die streitgegenständliche Regelung des Art. 82 Abs. 1 BayBO, welche vom nächstgelegenen Wohngebiet einen Mindestabstand vom zehnfachen dieser Gesamthöhe fordert, führt dazu, dass wirtschaftlich zu betreibende Windenergieanlagen in Bayern nur mit einem Abstand von in der Regel 2.000 Metern, mindestens jedoch 1.400 Metern errichtet werden dürften.

Damit steht – wenn man feststehende Restriktionskriterien (Naturdenkmal, Naturschutzgebiete, alpine Schutzzonen, FFA Gebiete, Vogelschutzgebiete, Wasserschutzgebiete, Biotop, Biosphärenreservate und Infrastruktureinrichtungen) bereits als Ausschlussflächen berücksichtigt - für die Windkraftnutzung in Bayern nur noch eine Potenzialfläche von weit unter 1 Prozent der gesamten Landesfläche überhaupt zur Verfügung, selbst wenn man nur von 140 Meter hohen Anlagen ausgeht. Bei einer heute gängigen Gesamthöhe von 200 Metern würde nur ein Anteil von 0,05 Prozent der bayerischen Fläche verbleiben. Berücksichtigt man zudem, dass nicht alle diese verbleibenden Flächen in ausreichender Weise windhöflich sind sowie weitere Ausschlussgründe wie militärische Radarbereiche, Radarstationen des DWD, Vorgaben zum Denkmalschutz oder seismologische Messstationen zu beachten sind, wird nur noch eine Potenzialfläche für die Windkraftnutzung in Bayern von unter 0,01 % der bayerischen Landesfläche verbleiben.

Auch wenn die Rechtsprechung bisher bei der Abgrenzung einer Positivausweisung von einer Verhinderungsplanung bislang nahezu durchgängig keine festgelegten bestimmten Prozentanteile akzeptiert hat, so kommt dem Verhältnis der Potenzialflächen

gegenüber den Ausschlussflächen zueinander eine erhebliche Indizwirkung zu: Je geringer der Anteil der verbleibenden Potenzialflächen, desto eher ist von einer unzulässigen Verhinderungsplanung auszugehen.

Überträgt man diese Rechtsprechung auf den hier vorliegenden Sachverhalt, muss anerkannt werden, dass bei einer verbleibenden Potenzialflächen für die Windkraftnutzung bei Anwendung der streitgegenständlichen 10-H-Regelung von unter 0,01 % der bayerischen Landesfläche von einer kompletten Aushöhlung der nach wie vor vom Bundesgesetzgeber vorgegebenen Privilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich auszugehen ist:

Wie gezeigt wurde, verbleiben bei einer Landesfläche des Freistaates Bayern von 70.553 Quadratkilometern damit als maximale Potenzialfläche allenfalls 706 Hektar. Bei heute gängigen und dem Stand der Technik entsprechenden Windenergieanlagen liegt der Flächenbedarf bei mindestens 10 ha. Hieraus errechnet sich eine rein theoretische Potenzialfläche für maximal 70 Windenergieanlagen. Berücksichtigt man, dass in Bayern bereits Ende 2013 bereits 652 Windenergieanlagen errichtet waren, die teilweise bereits in den entsprechenden Flächen stehen bzw. zu denen Mindestabstände einzuhalten sind aus Gründen der Standsicherheit und zur Verhinderung unwirtschaftlicher Abschattungseffekte, verbleibt - wie gezeigt wurde - im Ergebnis kein nennenswertes Potenzial für die Errichtung neuer Windenergieanlagen im baurechtlichen Außenbereich. Dies gilt umso mehr, als nicht alle verbleibenden Flächen geeignet sind, je weiter die Anlagen von Siedlungsstrukturen entfernt sind, desto eher dürfte wegen einer drohenden Verunstaltung des Landschaftsbildes eine Genehmigung nicht durchsetzbar sein. Insoweit wird auf die obigen Ausführungen (S. 15 ff.) verwiesen.

Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass die Anwendung der hier streitgegenständlichen 10-H-Regelung zu einer völligen faktischen Aushöhlung der vom Bundesgesetzgeber vorgegebenen Privilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich führt.

## **b) Keine Erhöhung der Potentialflächen durch kommunale Planungen**

Dem lässt sich auch nicht wirksam entgegenhalten, dass zum einen nach Art. 82 Abs. 4 BayBO die streitgegenständliche 10-H-Regelung nicht in vorhandenen Flächennutzungsplänen gilt und im Übrigen Gemeinden die Möglichkeit hätten, über einen Bebauungsplan Windkraftanlagen im Ergebnis doch zu ermöglichen:

Art. 82 Abs. 4 BayBO erklärt zwar dem Grundsatz nach, dass die 10-H-Regelung keine Anwendung im Geltungsbereich von Flächennutzungsplänen findet, in denen für Windenergievorhaben eine positiv Ausweisung erfolgt ist. Damit müssten eigentlich alle geltenden Flächennutzungspläne mit Windkraftausweisung als zusätzliche Potenzialflächen mit berücksichtigt werden.

Hierzu wurde bereits ausgeführt, dass sich hierdurch die Potenzialflächen nicht in nennenswerter Weise erhöhen. Es haben nur wenig bayerische Kommunen entsprechende Windkraftflächen ausgewiesen, soweit dies der Fall war, sind diese größtenteils bebaut, so dass als zusätzliche Potenzialflächen letztlich wenig verbleibt, so dass die

oben dargestellte faktische Aushöhlung der Möglichkeit, in Bayern Windenergieanlagen zu errichten, im Ergebnis bestehen bleibt.

Zudem ist auf die Regelung in Art. 82 Abs. 4 Nr. 2 und 3 BayBO hinzuweisen, wonach die entsprechenden Gemeinden sechs Monate nach Inkrafttreten der streitgegenständlichen Regelung Zeit haben, um durch einen bloßen Widerspruch die 10-H-Regelung auch für den Bereich der bisherigen Flächennutzungsplanung für die Windkraftnutzung tatsächlich einzuführen. Hier wird abzuwarten bleiben, wie viele Kommunen ihre ausgewiesenen Windkraftflächen als Potenzialflächen beibehalten und wie viele durch einen entsprechenden Widerspruch die Geltung der 10-H-Regelung einführen werden. Wir gehen davon aus, dass hierzu im Laufe des vorliegenden Verfahrens noch ergänzend vorgetragen werden kann.

Sofern erste Stimmen in der Literatur einwenden, dass die Windkraftnutzung in Bayern nicht vollständig zum Erliegen kommen müsse, weil ja schließlich die Kommunen die Möglichkeit haben, durch Aufstellung eines entsprechenden Bebauungsplanes die Möglichkeit der Windenergienutzung zu schaffen,

*vgl. Scheidler, UPR 2014, 214, 220,*

dürfte dieses Argument wenig stichhaltig sein:

Es dürfte unbestritten sein, dass der Bundesgesetzgeber die Privilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich gerade nicht aufgehoben hat. Ebenso liegt klar auf der Hand, dass der bayerische Gesetzgeber, der die Länderöffnungsklausel nutzen möchte, damit der Windenergienutzung in Bayern substantiell Raum verschaffen muss. Wie bereits ausgeführt wurde, wird dieser Vorgabe die streitgegenständliche 10-H-Regelung eindeutig nicht gerecht, hierdurch wird die grundsätzlich geltende Privilegierung inhaltlich völlig ausgehöhlt und der Windkraftnutzung nicht ansatzweise in substantieller Art Raum verschafft.

Zwar erklärt der bayerische Gesetzgeber in Art. 82 Abs. 4 Nr. 1 BayBO zunächst, dass bestehende Flächennutzungspläne mit Positivausweisungen für die Windenergienutzung nicht der 10-H-Regelung unterfallen sollen, schränkt dies jedoch in den nachfolgenden Sätzen sogleich wieder ein und ermöglicht es den Kommunen, durch einen bloßen Gemeinderatsbeschluss die Wirkung der 10-H-Regelung wieder herbeizuführen. Der Gesetzgeber selbst hat insoweit also keinerlei Maßnahmen getroffen, dass der Windkraftnutzung in substantieller Weise Raum verschafft wird. Bleiben die Kommunen untätig, verbleibt es bei einer völligen Aushöhlung der vom Bundesgesetzgeber vorgegebenen Privilegierung der Windkraftnutzung im Außenbereich.

Der Hinweis darauf, Gemeinden könnten über die Bauleitplanung der Windkraftnutzung entsprechende Geltung verschaffen, stellt in keinsten Weise eine Gewähr dafür dar, dass dies auch tatsächlich der Fall sein wird. Bleiben die Kommunen untätig, wird die Windkraftnutzung in Bayern völlig zum Erliegen kommen, wie bereits gezeigt wurde.

Hierbei muss auch die bisherige Tätigkeit der bayerischen Kommunen berücksichtigt werden: Bislang haben nur wenige bayerische Kommunen Windkraftflächen in ihren

Flächennutzungsplänen ausgewiesen, tatsächliche Bebauungspläne sind bislang absolut unüblich und stellen den Ausnahmefall dar.

Vor diesem Hintergrund ist nicht damit zu rechnen, dass die Kommunen nun großflächig Windenergieflächen ausweisen werden. Aus juristischer Sicht dürfte dies auch keine Rolle spielen, weil die bayerische Umsetzungsregelung des Art. 82 BayBO selbst in geeigneter Weise sicherstellen müsste, dass der Windkraftnutzung in substantieller Weise Raum verschafft wird. Die Möglichkeit der Aufstellung eines Bebauungsplans hat mit dieser Regelung nichts zu tun, es gibt auch keinerlei Vorgaben des Landesgesetzgebers dafür, dass Kommunen entsprechende Flächen auszuweisen hätten. Hypothetische Fallgestaltungen und Möglichkeiten können und dürfen hier nicht berücksichtigt werden, vielmehr ist von der Sachlage zum Stichtag des Inkrafttretens des Art. 82 BayBO auszugehen, an dem keine nennenswerte Fläche in bayerischen Bebauungsplänen für die Windkraftnutzung dargestellt ist.

### **c) Keine Potentialflächen für unwirtschaftliche Anlagen**

Auch lässt sich nicht entgegenhalten, dass die 10-H-Regelung durchaus noch Windkraftnutzung ermöglichen würde, man müsse lediglich kleinere Anlagenhöhen umsetzen. Wie gezeigt wurde ist ein wirtschaftlicher Betrieb einer kleinen Windenergieanlage mit einer Gesamthöhe von unter 140 Metern in Hinblick auf die heute zu erlangende Strompreisvergütung einerseits und die erheblich gestiegenen Investitionskosten und laufenden Kosten für die Anlage andererseits faktisch nicht möglich.

Die Vorgabe, dass der Windkraftnutzung in substantieller Weise Raum verschafft werden muss, darf nicht nur rein rechtlich betrachtet werden, sondern muss durchaus zumindest offensichtliche faktische Gesichtspunkte mit berücksichtigen: Wenn von vornherein feststeht, dass aus wirtschaftlichen Gründen kleine Windenergieanlagen unter 140 Meter Gesamthöhe in Bayern nicht gebaut werden können, dürfen entsprechende Potentialflächen, die lediglich derartige kleine Anlagen zulassen, bei der Prüfung des „in substantieller Weise Raum verschaffen“ nicht berücksichtigt werden.

### **d) Zwischenergebnis**

Vor diesem Hintergrund verbleibt es bei den obigen Ausführungen, die tatsächlichen Potentialflächen, die nach Einführung der streitgegenständlichen 10-H-Regelung verbleiben, liegen in Bayern bei weit unter 0,01 % der Landesfläche. Es verbleibt ein Ausbaupotential von allenfalls 10 bis 20 Windenergieanlagen im ganzen Freistaat. Die bundesrechtliche Privilegierung ist damit faktisch ausgehöhlt.

## IV. Zulässigkeit der Popularklage

### 1. Antragsberechtigung

Nach Art. 55 Abs. 1 VfGHG kann „jedermann“ die Verfassungswidrigkeit einer Rechtsvorschrift des bayerischen Landesrechts durch Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof geltend machen.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes und der herrschenden Meinung in der Fachliteratur sind an die Antragsberechtigung keinerlei weitere Anforderungen zu stellen als die, dass der Popularkläger rechtsfähig sein muss, insbesondere also parteifähig und prozessfähig.

*VerfGHE 7, 69, 73; VerfGH BayVBl. 2013, 45, 46; VerfGH NuR 2012, 47.*

Die Antragsberechtigung muss demzufolge unabhängig von Staatsangehörigkeit, Wohnsitz und Aufenthalt sein.

*VerfGHE 7, 66, 73.*

Auch muss kein besonderes Rechtsschutzinteresse oder ein gegenwärtiges und unmittelbares Betroffensein nachgewiesen werden, noch nicht einmal ein persönlicher oder sachlicher Bezug zum Verfahrensgegenstand ist nötig.

*VerfGHE 54, 109, 133; VerfGHE 7, 66, 73.*

An der Antragsberechtigung der Antragsteller zu 1 und 2 dürften demzufolge hier vorliegend keinerlei Zweifel bestehen: Beide sind uneingeschränkt partei- und prozessfähig, sie haben zudem die deutsche Staatsbürgerschaft und ihren Wohnsitz in Bayern, darüber hinaus sind sie im Bereich Erneuerbare Energien seit langem enorm engagiert und möchten einen aktiven Beitrag zum Ausbau der Windenergie in Bayern leisten.

### 2. Antragsgegenstand

Gegenstand einer Popularklage können zulässigerweise „Gesetze und Verordnungen“ sein, Art. 98 Satz 4 BV. Hierunter sind alle Rechtsvorschriften des bayerischen Landesgesetzes zu verstehen, wie Art. 55 Abs. 1 VfGHG klargestellt. Damit können insbesondere formelle Gesetze des bayerischen Landesrechtes zulässiger Gegenstand einer Popularklage sein.

*Müller in: Meder/Brechmann, Die Verfassung des Freistaats Bayern, S. 781.*

Die angegriffenen Regelungen der Art. 82 und 83 BayBO sind damit zulässiger Gegenstand einer Popularklage.

### 3. Verletzte Grundrechte

Nach Art. 55 Abs. 1 Satz 2 VfGHG hat der Antragsteller darzulegen, dass ein durch die Verfassung gewährleistetetes Grundrecht verfassungswidrig eingeschränkt wird. Hierbei muss der Antragsteller grundsätzlich keine eigene Rechtsbetroffenheit geltend machen,

*VerfGHE 29, 1, 3; 60, 184, 210,*

jedoch muss substantiiert dargelegt werden, dass die angegriffene Norm ein Grundrecht oder ein grundrechtsgleiches Recht der bayerischen Verfassung verletzt.

Hier vorliegend rügen die Antragsteller eine Verletzung der Grundrechte der Art. 103, 101 BV, zudem eine Verletzung des Art. 3 Abs. 1 S. 1 BV. Um unnötige Doppellungen zu vermeiden, wird hinsichtlich der substantiierten Darlegung auf die ausführlichen Ausführungen in der Begründetheit verwiesen.

### 4. Rechtsschutzinteresse

Popularklagen dienen nicht in erster Linie dem Schutz der Grundrechte des Einzelnen, sondern dem Schutz der Grundrechte als Institution. Demzufolge setzt die Popularklage kein besonderes Rechtsschutzinteresse des Antragstellers voraus.

*VerfGHE 36, 56, 61; VerfGH BayVBl. 2009, 749.*

Auch kommt es auf persönliche Motive des Antragstellers nicht an.

*VerfGHE 46, 137, 139.*

## V. Begründetheit der Popularklage

### Teil 1: Verfassungswidrigkeit wegen Grundrechtsverletzungen

#### 1. Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 S. 1 BV

Die angegriffenen Regelungen sind mit dem Rechtsstaatsprinzip, das in Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV verankert ist, nicht zu vereinbaren.

Insbesondere liegen Verstöße gegen höherrangiges Bundesrecht vor, die als Verletzung des Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV zu einer Verfassungswidrigkeit führen:

Im Popularklageverfahren ist allein die Bayerische Verfassung Prüfungsmaßstab. Nach ständiger Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes kann die Frage, ob der bayerische Gesetzgeber höherrangiges Bundesrecht verletzt hat, nur am Maßstab des Rechtsstaatsprinzips der Bayerischen Verfassung überprüft werden. Dieses erstreckt seine Schutzwirkung hierbei jedoch nicht in den Bereich des Bundesrechts mit der Folge, dass jeder Verstoß gegen Bundesrecht zugleich als Verletzung der Bayerischen Verfassung anzusehen wäre. Vielmehr ist Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV erst dann verletzt, wenn der Widerspruch des bayerischen Landesrechts zum Bundesrecht offen zu Tage tritt und darüber hinaus auch inhaltlich nach seinem Gewicht als schwerwiegender Eingriff in die Rechtsordnung zu werten ist. Nur eine besonders krasse Verletzung höherrangigen Rechts kann damit also dazu führen, einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV anzunehmen.

*VerfGH BayVBl. 2014, 333 ff.; VerfGH 50, 76, 98; 50, 226, 266.*

Zudem ergibt sich aus Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV kein Grundrecht, auf dessen Verletzung allein eine Popularklage gestützt werden könnte. Erst eine zulässig mit einer konkreten Grundrechtsrüge erhobene Popularklage eröffnet es dem Verfassungsgerichtshof, zu prüfen, ob eine landesrechtliche Norm mit dem Rechtsstaatsprinzip vereinbar ist.

*VerfGH BayVBl. 2014, 333 ff.*

Vorliegend haben die Antragsteller - insoweit kann auf die obigen sowie die nachfolgenden Ausführungen verwiesen werden - eine Verletzung der Grundrechte der Art. 103 und 101 BV geltend gemacht.

Vorliegend verletzen mehrere der angegriffenen Regelungen in besonders offensichtlicher und krasser Weise das Rechtsstaatsprinzip:

#### **a) Komplette Aushöhlung der bundesrechtlich vorgegebenen Privilegierung von Windenergieanlagen (Art. 82 Abs. 1 und 2 BayBO)**

Eine Verletzung des Rechtsstaatsprinzips ist hierbei noch nicht darin zu sehen, dass der Landesgesetzgeber eine Regelung über die Privilegierung von Windenergieanlagen im baurechtlichen Außenbereich trifft, obwohl hier die Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nummer 18 Grundgesetz dem Bund obliegt. Insoweit hat der Bun-

desgesetzgeber über die Länderöffnungsklausel des § 249 BauGB ausdrücklich die Möglichkeit einer solchen landesgesetzlichen Regelung geschaffen.

Allerdings hat der Landesgesetzgeber in krasser und offensichtlicher Weise den zulässigen Rahmen der Einschränkung der baurechtlichen Privilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich überschritten:

Wie gezeigt wurde (vgl. S. 12 ff.), hat sich im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zur Länderöffnungsklausel die Forderung des Freistaates Sachsen, die Privilegierung von Windenergieanlagen komplett aufzuheben, gerade nicht durchgesetzt.

Vielmehr hat der Bundesgesetzgeber es eindeutig bei der grundsätzlichen Privilegierung von Windenergieanlagen im baurechtlichen Außenbereich belassen. Den Ländern sollte lediglich eine gewisse Flexibilität eingeräumt werden, um die Akzeptanz von Windenergieanlagen zu erhöhen und dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Ausgangslage in einzelnen Bundesländern aufgrund der topographischen Verhältnisse unterschiedlich ist.

*BT-Drs. 18/1310, S. 6.*

Im Übrigen sollen für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen weiterhin die einschlägigen Rechtsvorschriften, insbesondere die immissionsschutzrechtlichen Regelungen, die TA Lärm und die Vorgaben aus dem Luftverkehrsrecht gelten.

*BT-Drs. 18/1310, S. 6.*

Dies belegt in anschaulicher Weise, dass der Bundesgesetzgeber weder die Privilegierung von Windenergieanlagen aufheben wollte, noch wollte er die Möglichkeit einräumen, den Ländern die Freiheit zu lassen, eine komplette Entprivilegierung herbeizuführen. Eine solche Möglichkeit würde mit der ausdrücklichen Ermöglichung einer Flexibilität ebenso wenig korrelieren wie die Ausführungen, dass im Übrigen insbesondere die immissionsschutzrechtlichen Regelungen et cetera gelten, da es hierauf im Falle einer kompletten Entprivilegierung gar nicht mehr ankommen würde.

Insbesondere der Bundesrat hat ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die höhenbezogenen Abstandsregelungen in den Ländergesetzen „angemessen“ sein müssen, d. h. dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen und einen gerechten Ausgleich zwischen den berührten öffentlichen Belangen - Förderung Erneuerbarer Energien einerseits, Schutz von Natur und Landschaft andererseits - ermöglichen müssen.

*BR-Drs. 569/13.*

§ 249 Abs. 3 BauGB ermächtigt die Länder lediglich dazu, § 35 Abs. 1 Nummer 5 BauGB auf Vorhaben, die der Windenergienutzung dienen, dahingehend zu beschränken, dass sie einen bestimmten Abstand zu den im Landesgesetz bezeichneten zulässigen baulichen Nutzungen einzuhalten haben. Diese Regelung ermächtigt eindeutig nicht dazu, die Wirkung des § 35 Abs. 1 Nummer 5 BauGB komplett aufzuhebeln. Ebenso offensichtlich unzulässig ist es, eine landesrechtliche Regelung zu schaffen, die letztendlich zum selben Ergebnis führt, als wäre die Regelung des § 35 Abs. 1 Nummer 5 BauGB komplett aufgehoben. Damit ist eine inhaltliche Aushöhlung der

grundsätzlichen Privilegierung von Windenergieanlagen von § 249 Abs. 3 BauGB eindeutig und offensichtlich nicht gedeckt.

Diesen Anforderungen wird die streitgegenständliche Regelung des Art. 82 Abs. 1 BayBO offensichtlich nicht gerecht:

Art. 82 Abs. 1 BayBO lässt die grundsätzliche Privilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich nur Anwendung finden, wenn diese Vorhaben einen Mindestabstand vom 10-fachen ihrer Höhe zu Wohngebäuden in Gebieten mit Bebauungsplänen, innerhalb im Zusammenhang bebauter Ortsteile (sofern in diesen Gebieten Wohngebäude nicht nur ausnahmsweise zulässig sind) und im Geltungsbereich von Satzungen nach § 35 Abs. 6 BauGB einhalten. Hierbei definiert Art. 82 Abs. 2 BayBO, dass sich die Höhe im vorgenannten Sinn nach der Nabenhöhe zuzüglich dem Rotorradius bemisst, wobei dieser Abstand von der Mitte des Mastfußes aus bis zum nächstgelegenen Wohngebäude im jeweils geschützten Gebiet einzuhalten ist.

Wie gezeigt wurde (vgl. S. 15 ff.), verbleibt - wenn man diesen Mindestabstand zu allen nach Art. 82 Abs. 1 BayBO geschützten Gebieten von 2000 Metern über die Gesamtfläche Bayerns angelegt - keine nennenswerte Fläche mehr, um Windenergieanlagen im Außenbereich noch zu ermöglichen. Selbst bei einem Abstand von nur 1400 Metern wären nur derart wenige Potenzialflächen gegeben, dass von einer „substanziellen Raumverschaffung“ nicht ansatzweise die Rede sein kann. Legt man hier die oben dargestellte ständige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sowie des bayerischen Verwaltungsgerichtshofs zur unzulässigen Verhinderungsplanung als Maßstab an, wären die verbleibenden Potenzialflächen eindeutig und offensichtlich niemals ausreichend, um eine Sperrung der gesamten restlichen Fläche des Freistaates auch nur ansatzweise zu rechtfertigen.

Damit ist im Ergebnis festzuhalten:

Die Regelungen der Art. 82 Abs. 1 und Abs. 2 BayBO führen offensichtlich und eindeutig zu einer kompletten Entprivilegierung der Windenergienutzung im baurechtlichen Außenbereich für den gesamten Freistaat Bayern. Eine solche komplette Entprivilegierung ist eindeutig nicht von der bundesgesetzlichen Grundlage in § 249 Abs. 3 BauGB gedeckt, offensichtlich wollte der Bundesgesetzgeber mit eben dieser Regelung gerade keine komplette Entprivilegierung durch die Bundesländer ermöglichen, sondern sichergestellt wissen, dass sich die Windkraftnutzung trotz der entsprechenden Regelung in einem Bundesland noch in angemessener Weise durchsetzen kann. Dies ergibt sich nicht nur aus den Gesetzgebungsmaterialien zur Einführung des § 249 Abs. 3 BauGB selbst (wie gezeigt wurde, S. 12 ff.), sondern auch aus der bundesgesetzlichen Zielsetzungen des EEG 2014: Demnach soll – wie ebenfalls gezeigt wurde - auch in Zukunft die Windenergie eine tragende Rolle bei der Energiewende spielen. Diese Zielsetzung wäre völlig konterkariert, wenn einzelne Bundesländer, wie hier vorliegend erfolgt, eine komplette Entprivilegierung von Windenergieanlagen für ein gesamtes Landesgebiet aussprechen könnten. Die über Art. 82 Abs. 1 und Abs. 2 BayBO eingeführte komplette Entprivilegierung von Windenergieanlagen im baurechtlichen Außenbereich im gesamten Freistaat Bayern stellt hierbei einen besonders krassen und offensichtlichen Verstoß dar, so dass diese Regelung wegen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 Satz 1 BV als nichtig anzusehen ist.

## **b) Verstoß gegen Bundesrecht (Art. 82 Abs. 4 Nr. 3 BayBO)**

Art. 82 Abs. 4 Nr. 3 BayBO erklärt, dass die 10-H-Regelung der Art. 82 Abs. 1 und Abs. 2 BayBO keine Anwendung findet im Geltungsbereich bestehender Flächennutzungspläne, in denen eine Windkraftausweisung für die Zwecke des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erfolgt ist.

Mit anderen Worten: Hat eine Gemeinde im Flächennutzungsplan ihre Steuerungsmöglichkeiten für Windenergieanlagen ausgenutzt und entsprechende Positivausweisungen vorgenommen, damit das restliche Gemeindegebiet über § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB damit von Windenergieanlagen freizuhalten ist, soll grundsätzlich die 10-H-Regelung für den Bereich dieses Flächennutzungsplans nicht gelten. Hier verbleibt es bei der grundsätzlichen Privilegierung von Windenergieanlagen im baurechtlichen Außenbereich nach § 35 Abs. 1 Nummer 5 BauGB.

Art. 82 Abs. 4 Nr. 3 BayBO wiederum ordnet die Unanwendbarkeit dieser Regelung (des Art. 82 Abs. 4 Nr. 1 BayBO) für den Fall an, das der Flächennutzungsplan einen geringeren Abstand als 10-H zu geschützten Wohngebieten einer Nachbargemeinde vorsieht und die Nachbargemeinde binnen 6 Monaten nach Inkrafttreten der Regelung des Art. 82 BayBO widerspricht.

Mit anderen Worten: Für bestehende Flächennutzungspläne mit positiven Windenergieausweisungen gilt die 10-H-Regelung grundsätzlich nicht, es sei denn, gegenüber geschützten Wohngebieten zur Nachbargemeinde wird der Mindestabstand von 10-H nicht eingehalten und die Nachbargemeinde widerspricht. In diesem Fall ist in vollem Umfang - und nicht nur gegenüber der Nachbargemeinde - die 10-H-Regelung des Art. 82 Abs. 1 und Abs. 2 BayBO anwendbar.

Im Ergebnis entscheidet damit nicht die planende Gemeinde, sondern die Nachbargemeinde darüber, ob die eigene Flächennutzungsplanung mit einer entsprechenden Steuerungswirkung für die Windkraftnutzung gilt oder ob stattdessen insoweit die 10-H-Regelung greifen soll.

Eine solche Regelung ist mit dem in Art. 28 Abs. 2 Grundgesetz sowie in Art. 11 Abs. 2 BV verankerten Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden in keinster Weise vereinbar.

Dieses verfassungsrechtlich garantierte Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden schützt die Allzuständigkeit, also das Recht, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze selbst zu ordnen und selbst zu verwalten.

*VerfGHE 31, 44, 57 ff.*

Geschützt ist insbesondere die Eigenverantwortlichkeit der Aufgabenwahrnehmung, die in den Gemeindehoheiten ihren Ausdruck findet.

*VerfGHE 31, 44, 57 ff.*

Nach Art. 83 Abs. 1 BV zählt die Ortsplanung zum eigenen Wirkungskreis; die damit garantierte Planungshoheit besteht im Recht der Gemeinde zur eigenverantwortlichen die Planung ihres Gebietes.

*VerfGHE 55, 98, 107.*

Dies spiegelt sich in § 1 Abs. 1 BauGB in der Befugnis wieder, die bauliche und sonstige Nutzung der Grundstücke in der Gemeinde vorzubereiten und zu leiten. Der Gemeinde kommt insoweit ein Planungsspielraum zu, so bekräftigt insbesondere § 2 Abs. 1 Satz 1 BauGB die Eigenverantwortlichkeit der Gemeinde bei der Aufstellung von Bauleitplänen.

*VerfGHE 24, 57, 69.*

Eingriffe können hierbei etwa aus überörtlichen Planungen resultieren, die dann zulässig wären, wenn sie überörtliche Interessen des Gemeinwohls auf der Basis einer Güterabwägung und unter Berücksichtigung des planerischen Gestaltungsspielraums rechtfertigen.

*VerfGHE 37, 59, 73 ff.*

Beeinträchtigungen der Planungshoheit können im Übrigen aus Planungen anderer Gemeinden resultieren, etwa wenn fremde Planungen unmittelbare rechtliche Auswirkungen auf das eigene Gemeindegebiet haben. Bei faktischen Konsequenzen kommt es darauf an, ob die fremde Planung unmittelbare Auswirkungen gewichtiger Art hat und hinreichend konkrete eigene überörtliche Planungen beeinträchtigt werden.

*VerfGHE 39, 17, 24 ff.*

In derartigen Fällen besteht eine formelle Beteiligung sowie eine materielle Abstimmungspflicht (vgl. § 2 Abs. 2 BauGB).

Als äußerste Grenze scheidet sowohl ein vollständiger Entzug der Planungshoheit, als auch ein Antasten von dessen Kernbereich aus.

*VerfGHE 38, 51, 65 ff.*

Dieser Kernbereich ist offensichtlich und eindeutig betroffen, wenn und soweit eine landesrechtliche Regelung es ermöglicht, dass eine gebietsfremde Körperschaft bzw. benachbarte Gemeinde über die Anwendbarkeit der eigenen Bauleitplanung völlig frei entscheiden darf.

Gemessen an diesen Vorgaben ist die Regelung des Art. 82 Abs. 4 Nr. 3 BayBO wegen Verstoß gegen höherrangiges Recht eindeutig nichtig:

Nach Art. 82 Abs. 4 Nr. 3 BayBO soll nicht die eigene Gemeinde über die Geltung des eigenen Flächennutzungsplans entscheiden, vielmehr soll dies der Nachbargemeinde überlassen werden. Die *Nachbargemeinde* kann festlegen, ob im eigenen Gemeindegebiet die 10-H-Regelung Anwendung finden soll oder nicht. Entscheidet sich die Nachbargemeinde gegen die Anwendung, verbleibt es bei der Wirksamkeit der bisherigen Flächennutzungsplanung mit der entsprechenden Steuerungswirkung über § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Entscheidet sich die Nachbargemeinde für die Anwendung der 10-H-Regelung, entfällt die Regelungswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, weil es insoweit bereits am Vorliegen eines privilegierten Vorhabens nach § 35 Abs. 1 Nummer 5 BauGB fehlt. Die Steuerungswirkung der Windkraftplanung der

Gemeinde wird durch einen bloßen Beschluss der *Nachbargemeinde* komplett aufgehoben.

In besonderer Weise ist hierbei zu beachten, dass Art. 82 Abs. 4 Nr. 3 BayBO die Anwendbarkeit der 10-H-Regelung des Art. 82 Abs. 1 und 2 BayBO gerade nicht darauf beschränkt, dass geschützte Wohnbereiche der Nachbargemeinde betroffen sind. Vielmehr darf die Nachbargemeinde insgesamt für das gesamte fremde Gemeindegebiet die Geltung der 10-H-Regelung anordnen.

Insoweit ist erneut die bundesrechtliche Regelung zur Aufstellung von Bauleitplänen zu bemühen: Nach § 2 Abs. 2 BauGB muss die Gemeinde die Belange der Nachbargemeinde selbst dann, wenn sie erheblich betroffen sind, entsprechend dem Abwägungsgebot beachten. Im Ergebnis kann sich die planende Gemeinde jedoch vollständig über die erkannten, gewichteten und ernst genommenen Belange der Nachbargemeinde hinwegsetzen. Mit diesen bundesrechtlichen Vorgaben ist die hier vorliegende Regelung, wonach eine Nachbargemeinde Planungsentscheidungen bzw. Wirksamkeitsentscheidungen vom Planungen auf völlig fremdem Gemeindegebiet treffen darf, offensichtlich in keinsten Weise zu vereinbaren. Es handelt sich hierbei insbesondere um einen besonders krassen Eingriff, weil es der gesamten bundesdeutschen Rechtssystematik völlig fremd ist, verbindliche Planungen auf fremden Gebieten zu tätigen oder aufzuheben oder - wie hier - die Steuerungswirkung solcher Planungen außer Kraft zu setzen. Für eine solche Regelung fehlt dem bayerischen Landesgesetzgeber erneut offensichtlich die entsprechende Regelungsbefugnis.

Nur der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass auch die Länderöffnungsklausel des § 249 Abs. 3 BauGB eine solche Rechtsetzungsbefugnis offensichtlich nicht beinhaltet, keinesfalls wird in dieser Regelung eine Ausnahme von der verfassungsrechtlich garantierten Selbstverwaltungshoheit der Gemeinden ausgesprochen.

Selbst in diesem Fall würde sich die Regelung des Art. 82 Abs. 4 Nr. 3 BayBO jedoch nicht als verhältnismäßig erweisen, weil es völlig offensichtlich für ein eventuelles Schutzbedürfnis der Nachbargemeinde ausreichen würde, wenn gegenüber ihren festgesetzten bzw. geschützten Gebieten die 10-H-Regelung gelten würde. Eine generelle Anwendung auch für das Gebiet der Nachbargemeinde ist durch nichts zu rechtfertigen.

### **c) Fehlende Rechtsetzungsbefugnis für Art. 82 Abs. 5 BayBO**

Nach Art. 82 Abs. 5 BayBO hat eine planende Gemeinde bei der Aufstellung eines Bebauungsplans, der einen geringeren Abstand als 10-H zu nach Art. 82 Abs. 1 Satz 1 BayBO geschützten Wohngebäuden vorsieht, im Rahmen der Abwägung des § 1 Abs. 7 BauGB mit der benachbarten Gemeinde auf eine einvernehmliche Festlegung hinzuwirken.

Damit regelt der Landesgesetzgeber in Art. 82 Abs. 5 BayBO, was eine planende Gemeinde im Rahmen ihrer Bauleitplanung sowie im Rahmen ihrer Abwägung zusätzlich zu dem, was der Bundesgesetzgeber im BauGB vorgibt (zum Beispiel in § 1 Abs. 7 oder § 2 Abs. 2 BauGB), zu beachten habe.

Auch hierfür fehlt dem Landesgesetzgeber völlig offensichtlich jegliche Rechtsetzungsbefugnis:

Wie bereits oben ausgeführt wurde, hat der Bundesgesetzgeber mit seiner Regelung zur Bauleitplanung im BauGB umfassend und abschließend von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht. Dem Landesgesetzgeber ist es vollständig verwehrt, zusätzliche Vorgaben für das Bauleitplanverfahren oder den dort in § 1 Abs. 7 BauGB vorgesehenen Abwägungsprozess zu machen. Die dortigen bundesgesetzlichen Regelungen sehen zwar eine Abwägung vor, eine Einschränkung dieser Abwägung, wonach zu bestimmten Punkten auf eine einvernehmliche Festlegung mit der Nachbargemeinde hinzuwirken wäre, lässt sich dem Bundesgesetz jedoch eindeutig nicht entnehmen. Dem Landesgesetzgeber fehlt völlig offensichtlich jegliche Rechtsetzungsbefugnis für eine solche Regelung.

Zudem hat der Bundesgesetzgeber in § 2 Abs. 2 BauGB bereits abschließend geregelt, wie mit der Bauleitplanung benachbarter Gemeinden umzugehen ist. Hier ist mitnichten vorgegeben, dass zu bestimmten Punkten auf eine einvernehmliche Festlegung hinzuwirken wäre, so wie der bayerische Gesetzgeber dies nunmehr für bestimmte Fälle der Windkraftplanung vorsehen möchte. Insoweit fehlt dem bayerischen Gesetzgeber nicht nur jegliche Rechtsetzungsbefugnis für die Regelung in Art. 82 Abs. 5 BayBO, zudem widerspricht diese Regelung inhaltlich offensichtlich und in besonders krasser Weise den bundesgesetzlichen Vorgaben des § 1 Abs. 7 BauGB sowie des § 2 Abs. 2 BauGB:

Demnach hat die benachbarte Gemeinde einen Anspruch auf Beteiligung, wenn unmittelbare Auswirkungen gewichtiger Art auf die städtebauliche Ordnung und Entwicklung der Nachbargemeinde in Betracht kommen. Insoweit sind ein einfacher Abstimmungsbedarf bei mehr als geringfügiger Betroffenheit und ein qualifizierter Abstimmungsbedarf bei unmittelbaren Auswirkungen gewichtiger Art zu unterscheiden. Allerdings stellt § 2 Abs. 2 BauGB keinen zwingenden Planungsleitsatz dar, sondern unterliegt der Abwägung. Die Vorgabe, bei einem geringeren Abstand zwischen Windkraftanlage und nächstgelegener Wohnbebauung als der zehnfachen Gesamthöhe eine einvernehmliche Festlegung mit der Nachbargemeinde herbeizuführen, geht eindeutig über diese Vorgaben in besonders krasser Weise hinaus und ist daher mit dem Rechtsstaatsprinzip in keinster Weise mehr zu vereinbaren.

Auch die Länderöffnungsklausel des § 249 Abs. 3 BauGB schafft für eine solche Regelung eindeutig keine Rechtsgrundlage, im Gegenteil: Ganz ausdrücklich soll nach der Gesetzesbegründung den Gemeinden das Recht unbenommen bleiben, durch Aufstellung von Bebauungsplänen Baurechte zu schaffen.

*BT-Drs. 18/1310, S. 6.*

Von Einschränkungen dieser Möglichkeit ist weder im Wortlaut des § 249 Abs. 3 BauGB, noch in der dortigen Gesetzesbegründung die Rede.

Die Regelung des Art. 82 Abs. 5 BayBO muss daher als offensichtlich nichtig angesehen werden.

#### **d) Fehlende Regelung zu Regionalplanausweisungen**

Die gesamte Regelung des Art. 82 BayBO enthält keinerlei Aussagen zur Anwendbarkeit der 10-H-Regelung auf bestehende Regionalplanausweisungen. Lediglich kommunale Flächennutzungspläne werden dem Grundsatz nach zunächst von der 10-H-Regelung ausgenommen, Art. 82 Abs. 4 Nr. 1 BayBO. Eine entsprechende Regelung für Regionalpläne fehlt offensichtlich.

Dies muss verwundern, hat der Landesgesetzgeber doch im aktuellen bayerischen Landesentwicklungsprogramm vorgegeben, dass für die Windkraftnutzung in Bayern regionsweite Steuerungskonzepte in Form von Vorranggebieten in Regionalplänen festzulegen sind. Einige regionale Planungsverbände haben dies bereits umgesetzt, die meisten sind derzeit dabei, eine solche Umsetzung durchzuführen. Nach § 2 Abs. 1 Satz 2 LEP hat die Festlegung von Vorranggebieten für die Errichtung von Windkraftanlagen in den Regionalplänen innerhalb von 2 Jahren nach Inkrafttreten dieser Verordnung zu erfolgen, d. h., bis Ende August 2015 müssen die regionalen Planungsverbände insoweit tätig geworden sein.

Soweit regionale Planungsverbände bereits tätig geworden sind und bei ihrer Planung die Vorgaben der ständigen bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung zur Verhinderungsplanung beachtet haben, wurde in diesen Regionalplänen der Windkraftnutzung in substantieller Weise Raum verschafft. Die außerhalb der ausgewiesenen Vorranggebiete (und gegebenenfalls Vorbehaltsflächen) befindlichen Flächen stellen damit nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB Ausschlussflächen dar. Zumindest war dies so, bis die hier streitgegenständliche Regelung des Art. 82 BayBO in Kraft getreten ist.

Nunmehr ist ein Großteil der ausgewiesenen Vorranggebiete, die im Regelfall als Kriterium einen Mindestabstand zur nächstgelegenen Wohnbebauung von 800 bis maximal 1000 m vorgegeben haben, in Hinblick auf die anwendbare 10-H Regelung des Art. 82 Abs. 1 BayBO faktisch nicht mehr mit Windenergieanlagen bebaubar. Damit wird letztendlich der Positivplanung komplett der Boden entzogen mit der Folge, dass der Windenergienutzung gerade nicht mehr in substantieller Weise Raum verschafft wird. Die Steuerungswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB läuft damit leer.

Dieses Problem hat der Bundesgesetzgeber erkannt und insoweit in der Länderöffnungsklausel des § 249 Abs. 3 BauGB ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt, die Auswirkungen der festgelegten Abstände für Ausweisungen in geltenden Flächennutzungsplänen und Raumordnungsplänen zu regeln.

Der Landesgesetzgeber war also nicht nur aufgrund der Ermächtigungsnorm selbst, sondern auch durch entsprechende Veröffentlichungen der Fachliteratur

*vgl. Scheidler, UPR 2014, 214, 217*

auf diese Problematik hingewiesen worden und gehalten, dieses Kollisionsproblem im bayerischen Landesgesetz zu lösen. Tatsächlich ist der Landesgesetzgeber in Hinblick auf Regionalpläne hier offensichtlich gänzlich untätig geblieben. Damit wird das Gebot der Rechtsklarheit und der Rechtsbestimmtheit in massiver Weise verletzt:

Klar dürfte lediglich sein, dass mangels entsprechender Ausnahmeregelung Art. 82 BayBO vollumfänglich auch innerhalb geltender Regionalpläne, die eine Windkraft-

ausweisung beinhalten, gilt. Klar dürfte insoweit ebenfalls sein, dass die größten Teile der dort ausgewiesenen Positivflächen für die Windenergienutzung damit faktisch für die Windkraftnutzung nicht mehr zur Verfügung stehen, weil die üblichen Abstandskriterien für Windenergieanlagen zur nächstgelegenen Wohnbebauung in Regionalplänen regelmäßig bei 800 bis 1000 m liegen, die 10-H-Regelung jedoch, wie gezeigt wurde (S. 15 ff.), Abstände von teilweise über 2000 m erforderlich macht.

Unklar ist, wie mit diesen geltenden Regionalplänen künftig umzugehen ist. Diese haben allesamt in ihren Ausweisungen ausdrücklich Ausschlussgebiete vorgesehen, die damit im Hinblick auf die oben dargestellte Rechtsprechung zur Verhinderungsplanung kaum noch haltbar sein dürften. Gleichwohl beanspruchen Regionalpläne nach wie vor Geltung, die gesamte Verwaltung ist nicht berechtigt, sich über eine derartige Ausweisung hinwegzusetzen. Hierdurch entsteht eine Situation unerträglicher Rechtsunsicherheit, die durch eine klarstellende Regelung - etwa dahingehend, dass für Regionalpläne die Regelung des Art. 82 Abs. 4 Nr. 1 entsprechend gilt - ausgeräumt hätte werden können. Gleichwohl ist der bayerische Landesgesetzgeber gänzlich untätig geblieben und hat dieses offensichtliche Rechtsproblem nicht gelöst. Im Hinblick darauf, dass bereits in der bundesrechtlichen Ermächtigungsnorm des § 249 Abs. 3 BauGB eine solche Regelung ausdrücklich gefordert ist (*„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“*) liegt ein offensichtlicher und krasser Verstoß sowohl gegen die Ermächtigungsnorm des § 249 Abs. 3 BauGB, als auch gegen das Gebot der Rechtsklarheit und Rechtsbestimmtheit vor mit der Folge, dass die gesamte Regelung des Art. 82 BayBO als nichtig angesehen werden muss.

Nur am Rande sei darauf hingewiesen, dass zudem nicht ansatzweise ein Grund dafür zu erkennen ist, weshalb der Landesgesetzgeber in Art. 82 Abs. 4 Nr. 1 eine Ausnahmeregelung für bestehende Flächennutzungspläne trifft, bestehende Regionalpläne hier jedoch außen vor lässt. Hierin ist eine Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte zu sehen: Sowohl Zielausweisungen in Vorranggebieten in Regionalplänen als auch Positivausweisungen in Flächennutzungsplänen haben in gleicher Weise in der Regel eine Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Vor diesem Hintergrund hat die Ermächtigungsnorm des § 249 Abs. 3 BauGB ausdrücklich die Forderung aufgestellt, die Kollisionsprobleme in der Länderregelung mit bestehenden Flächennutzungsplänen und Regionalplänen zu lösen. Die Sachverhalte bei Regionalplänen und Flächennutzungsplänen sind damit völlig identisch. Gleichwohl hat der Landesgesetzgeber für Flächennutzungspläne in absolut ungleicher und nicht zu rechtfertigende Weise eine Ausnahme von der 10-H-Regelung angeordnet, für Regionalpläne hingegen soll umgekehrt grundsätzlich die 10-H-Regelung gelten. Zwar lässt Art. 82 Abs. 4 Nr. 2 BayBO der Gemeinde die Möglichkeit, durch einen entsprechenden Beschluss die Wirkung der 10-H-Regelung herbeizuführen, umgekehrt gewährt Art. 82 dem regionalen Planungsverband jedoch nicht die Möglichkeit, für seine Regionalplanfläche die 10-H-Regelung außer Kraft zu setzen. Hierin liegt eine massive Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte und damit ein klarer Verstoß gegen Art. 118 Absatz 1 Satz 1 BV. Hierauf wird später noch genauer einzugehen sein.

## 2. Verstoß gegen Art. 103 BV

### a) Geschützte Rechtsposition

Das Eigentumsgrundrecht des Art. 103 BV sichert die Freiheit im vermögensrechtlichen Bereich und ermöglicht dadurch eine eigenverantwortliche Lebensgestaltung.

*VerfGHE 35, 58, 70.*

Geschützt sind insbesondere die Rechtspositionen, die nach dem BGB als Eigentum gelten, darüber hinaus jedoch auch alle sonstigen vermögenswerten subjektiven Rechte.

Insbesondere schützt Art. 103 BV das Recht des Bauherrn, sein Grundstück im Rahmen der Gesetze baulich zu nutzen.

*VerfGH BayVBl. 2012, 397, 400.*

Auch der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb genießt als Sach- und Rechtsgesamtheit seiner Substanz nach den Eigentumsschutz nach Art. 103 Abs. 1 BV.

*VerfGH BayVBl. 2014, 333 ff.*

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts soll eigentumsrechtlich das Unternehmen und damit die tatsächliche, nicht aber die rechtliche Zusammenfassung der zu einem Vermögen gehörenden Sachen und Rechte, die an sich schon vor verfassungswidrigen Eingriffen geschützt sind, sein.

*BVerfGE 74, 129, 148.*

Vor dem Hintergrund eines weiten verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriffs spricht vieles dafür, das Unternehmen, das wirtschaftlich eine Einheit ist und als solche auch von der Rechtsprechung anerkannt und geschützt wird, in seiner Gesamtheit als Funktions- und Organisationseinheit als vermögenswerte Rechtsposition dem Eigentumsschutz zu unterstellen.

*BeckOK GG/Axer GG Art. 14, Rn. 52.*

Allerdings schützt Art. 103 BV nur das Erworbene, nicht den Erwerb. Die unternehmerische Betätigungsfreiheit dürfte eher Art. 101 BV zuzuordnen sein.

*Vgl. VerfGHE 56, 148, 173.*

Zum Eigentum an einem Grundstück gehört das Recht, ein Grundstück im Rahmen der Gesetze baulich zu nutzen.

*BverfGE 104, 1, 11.*

Das Recht zu bauen muss nicht erst verwaltungstechnisch durch eine öffentlich-rechtliche Bebauungsbefugnis verliehen werden, sondern ist grundsätzlich mit dem Grundeigentum verbunden, so dass der Eigentümer einen grundrechtlich fundierten Rechtsanspruch auf eine Baugenehmigung hat.

Vgl. Beck OK GG/Axer, Art. 14, Rn. 45 m.w.N.; Maunz-Dürig, GG, Art. 14 Rn. 56 f.

Mit Blick auf das Verhältnis von Baufreiheit und Verfassungsrecht ist davon auszugehen, dass die bauliche Nutzung eines Grundstücks zu den essenziellen und originären Inhalten des Eigentums an Grund und Boden zählt und daher die Baufreiheit vom grundrechtlichen Eigentumsschutz umfasst ist.

*Kau, ZfBR 2009, 120, 122 f.*

Die in § 35 Abs. 1 Nummer 5 BauGB angelegte Privilegierung der Nutzung eines Grundstücks zur Windenergieproduktion stellt ein subjektives öffentliches Recht dar, dessen Einschränkung eine Verletzung des Art. 14 Abs. 1, 2 Grundgesetz ermöglicht.

*OVG Lüneburg, NuR 2005, 597 ff.*

Unter Zugrundelegung dieser Vorgaben greift die streitgegenständliche Regelung des Art. 82 Abs. 1, 2 BayBO in nach Art. 103 Abs. 1 BV rechtlich geschützte Positionen ein:

Die grundsätzliche Privilegierung von Windenergieanlagen im baurechtlichen Außenbereich über § 35 Abs. 1 Nummer 5 BauGB gewährt jedem (auch) bayerischen Grundstückseigentümer das grundsätzliche Recht, sein im Außenbereich befindliches Grundstück mit einer Windenergieanlage zu bebauen, sofern die Erschließung gesichert ist und keine öffentlichen Belange entgegenstehen.

Hierbei handelt es sich um eine auf das Eigentumsgrundrecht nach Art. 14 Abs. 1 Grundgesetz sowie nach Art. 103 Abs. 1 BV gestützte und von diesen Grundrechten geschützte subjektive Rechtsposition.

## **b) Eingriff**

Diese subjektive Rechtsposition jedes bayerischen Grundstückseigentümers, der Flächen im baurechtlichen Außenbereich hat, wird durch die hier streitgegenständliche Regelung des Art. 82 Abs. 1, 2 BayBO beschränkt: Diese Regelung spricht jedem bayerischen Grundstückseigentümer, dessen Grundstück näher als die zehnfache Gesamthöhe einer geplanten Windenergieanlage an einem der in Art. 82 Abs. 1 BayBO genannten geschützten Gebiete liegt, die Privilegierung des § 35 Abs. 1 Nummer 5 BauGB ab und entzieht damit die von Art. 103 BV geschützte und vom Bundesgesetzgeber über § 35 Abs. 1 BauGB ausgestaltete subjektive Rechtsposition.

## **c) Fehlende Rechtfertigung des Eingriffs**

Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes sind die Bestimmungen von Inhalt und Schranken des Eigentums nicht nach Art. 98 Satz 2 BV zu messen, vielmehr sind die Bindungen nach Art. 103 Abs. 2, Art. 158 und Art. 159 dem Eigentumsgrundrecht immanent.

*VerfGHE 4, 109, 137; 41, 83, 91.*

Damit liegt keine Verletzung von Art. 103 BV vor, wenn der Gesetzgeber den Inhalt des Eigentums bestimmt.

*Vgl. VerfGE 36, 1, 7.*

Allerdings ist der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum bei der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentumsgrundrechts beschränkt: hierbei muss der Gesetzgeber die schutzwürdigen Interessen der Eigentümer und die Belange des Gemeinwohls in einen gerechten Ausgleich und ein ausgewogenes Verhältnis bringen.

*VerfGHE 56, 178, 189; BayVBl. 2012, 332, 333.*

Insbesondere ist der Gesetzgeber hierbei an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden.

*VerfGHE 56, 178, 189; BayVBl. 2012, 108.*

Dem Eigentümer dürfen im Einzelfall keine unzumutbaren Belastungen auferlegt werden.

*VerfGHE 37, 177, 181.*

Entscheidend kommt es auf eine Abwägung der Interessen der betroffenen Eigentümer einerseits und der Interessen der Allgemeinheit andererseits an.

*VerfGH BayVBl. 2012, 108, 110.*

Besondere Anforderungen gelten hierbei für das Grundstückseigentum, da diesem seine Lage und sein Zustand „anhaften“ und hierdurch das Grundstück „geprägt“ wird.

*VerfGH BayVBl. 2012, 397, 400.*

Hierbei kann im Einzelfall ein Grundstück aufgrund seiner Situation sowohl belastet, als auch begünstigt sein.

*VerfGHE 36, 1, 8.*

Nutzungsmöglichkeiten, die nach der konkreten örtlichen Lage und Beschaffenheit des Grundstücks bestehen, dürfen nicht genommen oder wesentlich beeinträchtigt werden.

*VerfGHE 56, 178, 189; 61, 205, 210.*

Dies zugrunde gelegt, erweist sich die Regelung der Art. 82 Abs. 1, 2 BayBO als unverhältnismäßig:

Um dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gerecht zu werden, muss eine inhalts- und schrankenbestimmende Norm einen **legitimen Zweck** auf der Basis eines tatsächlichen Zweckverwirklichungsbedürfnisses verfolgen, zu dessen Erreichung **geeignet und erforderlich** sein sowie die schutzwürdigen Interessen des Eigentümers und die Belange des Gemeinwohls in einem **ausgewogenen Verhältnis** berücksichtigen. Er-

forderlich ist ein gerechter Ausgleich und ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Schutz- und Zweckinteresse, zwischen Eigentumsfreiheit und Sozialgebot.

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

Diesen Anforderungen wird die streitgegenständliche Regelung offenkundig nicht gerecht:

### aa) Legitimer Zweck

Laut Begründung des ersten vorgelegten Gesetzentwurfes soll die Regelung einen Ausgleich zwischen den Erfordernissen der Energiewende und den zu berücksichtigenden Interessen der örtlichen Wohnbevölkerung schaffen. Dies soll dadurch erfolgen, dass im streitgegenständlichen Gesetz ein „großzügig bemessener Regel-Mindestabstand“ eingeführt wird,

*Bayerischer Landtag Drs. 17/2137, S. 6,*

der zunächst zu einer kompletten Entprivilegierung von Windenergie im Außenbereich führt. Sodann führt die Gesetzesbegründung wörtlich aus:

*„Wo eine Gemeinde dies wünscht und eine entsprechende Bauleitplanung trifft, bleibt der Ausbau der Windenergie bis zu den bisherigen Grenzen des Immissionsschutzrechts möglich.“*

*Bayerischer Landtag Drs. 172137, S. 6.*

Nach einem Zeitraum von 5 Jahren soll eine Evaluierung feststellen,

*„wo die Ausnahmeregelung für Gemeinden mittels Bauleitplanung  
...angemessen ist...“*

*Bayerischer Landtag Drs. 172137, S. 6.*

Damit ergibt sich in anschaulicher Weise aus den Gesetzesmaterialien selbst, dass der bayerische Gesetzgeber durch einen „großzügig gemessenen Regel-Mindestabstand“ der privilegierten Windenergienutzung in Bayern komplett den Boden entziehen möchte. Lediglich dort, wo planende Gemeinden über einen Bebauungsplan positive Genehmigungsmöglichkeiten für Windenergie schaffen, soll offensichtlich überhaupt noch eine Windkraftnutzung in Bayern zulässig sein. Nach 5 Jahren soll dann überprüft werden, ob und inwieweit die Gemeinden von dieser Möglichkeit einer entsprechenden Bauleitplanung Gebrauch gemacht haben.

Damit legt der bayerische Gesetzgeber anschaulich offen, dass er zunächst in Bayern die Windenergienutzung bis auf die wenigen Ausnahmefälle, in denen eine gemeindliche Bebauungsplanung erfolgt, komplett auf Eis legen möchte. Wie der vorgesehene Evaluierungszeitraum von 5 Jahren zeigt, soll dies zudem auf einen erheblichen Zeitraum hin erfolgen.

Ein legitimer Zweck wird damit vom Landesgesetzgeber offensichtlich nicht verfolgt:

Legitim wäre es, wie die Länderöffnungsklausel des § 249 Abs. 3 BauGB es ermöglicht, einen angemessenen Ausgleich zwischen der Windkraftnutzung im Außenbereich einerseits und den Interessen der angrenzenden Wohnbevölkerung andererseits zu schaffen. Legitim wäre es weiterhin, landesspezifische Besonderheiten wie die topographische Lage zu berücksichtigen. Nicht zulässig ist es jedoch, was auch die Ermächtigungsnorm des § 249 Abs. 3 BauGB gar nicht hergibt, eine komplette Entprivilegierung der Windenergienutzung für den gesamten Freistaat Bayern vorzusehen oder anzuordnen. Dies ist jedoch ausweislich der Gesetzesbegründung die offensichtlich verfolgte Zielsetzung des Landesgesetzgebers. Ein legitimer Zweck kann hierin nicht mehr erkannt werden. Schon allein aus diesem Grund muss die Regelung des Art. 82 Abs. 1, 2 BayBO als unverhältnismäßig angesehen werden.

## bb) Geeignetheit und Erforderlichkeit

Geeignet wäre die Regelung, wenn sie den verfolgten legitimen Zweck erreichen oder zumindest fördern würde. Erforderlich wäre die Regelung, sofern sie unter mehreren gleich gut geeigneten Mitteln das am wenigsten belastende wäre.

*Meder/Brechmann, Die Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 3 Rn  
25 ff.*

Da es bereits an der Verfolgung eines legitimen Zweckes fehlt, kann die Regelung des Art. 82 Abs. 1, 2 BayBO keinesfalls als geeignetes Mittel angesehen werden.

Selbst wenn die streitgegenständliche gesetzliche Regelung einen legitimen Zweck verfolgen würde, wie etwa die Schaffung eines Ausgleichs zwischen den Interessen der Windenergienutzung und den Interessen der angrenzenden Bevölkerung, wäre die Regelung des Art. 82 insgesamt, und insbesondere des Abs. 1 und 2 im Speziellen, keinesfalls als erforderlich anzusehen. Im Einzelnen:

### (1) Keine „ungeschützte“ Wohnbebauung

Zunächst ist dem Eindruck, den die Gesetzesbegründungen (zu § 249 Abs. 3 BauGB und zu Art. 82 BayBO) zu vermitteln versuchen, deutlich entgegenzutreten:

Es ist unzutreffend, dass zur Jahrtausendwende Windenergieanlagen mit einer Gesamthöhe von unter 100 m noch völlig marktüblich gewesen wären. Bereits Ende der 1990-er Jahre wurden in Bayern Anlagen mit einer Gesamthöhe von 130 m errichtet, etwa die damals in Bayern standardmäßig verbauten Anlagen des Typs Enercon E-66 mit einer Nabenhöhe von 98 m und einem Rotordurchmesser von 66 m (Beispiel: Anlage Harsdorf nördlich von Bayreuth). Bereits im Jahr 2005 waren Gesamthöhen von 150 m als gängig anzusehen (z.B. Vestas V90, Nabenhöhe 105 m, Rotordurchmesser 90 m im Landkreis Neustadt an der Aisch). Die Entwicklung ging also in keinster Weise sprunghaft vonstatten, anders als dies der Eindruck bei Lektüre der Gesetzesbegründungen vermittelt.

Mit Steigerung der jeweiligen Anlagehöhe sind zwangsläufig auch die Abstände zur Wohnbebauung gestiegen. Dies ist allerdings weniger auf immissionsschutzrechtliche Erwägungen, insbesondere also nicht auf die Lautstärke der Windenergieanlagen, zurückzuführen, sondern auf das im entsprechenden Genehmigungsverfahren schon immer zu berücksichtigende Gebot der Rücksichtnahme.

In den Gesetzesbegründungen wird der Eindruck vermittelt, Wohngebiete oder einzelne Wohnanwesen stünden der Errichtung einer Windenergieanlage im Außenbereich quasi schutzlos gegenüber. Dem ist mitnichten so:

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt in stetiger Rechtsprechung das Gebot der Rücksichtnahme als ungeschriebenen Belang im Sinn des § 35 Abs. 3 BauGB an. Für Windenergieanlagen bedeutet dies insbesondere, dass von ihnen keine optisch bedrängende Wirkung ausgehen darf. Hierzu existiert seit vielen Jahren gefestigte Rechtsprechung, die einen völlig ausreichenden Schutz der angrenzenden Wohnbevölkerung sicherstellt. Hierbei wird als zentraler Anhaltspunkt für die Prüfung, ob eine solche optisch bedrängende Wirkung vorliegt, ausschließlich auf die Anlagenhöhe abgestellt.

Der bayerische Verwaltungsgerichtshof führt hier in einer grundsätzlichen Entscheidung vom 29. Mai 2009 wie folgt aus:

*„Bei einem Abstand von mehr als der **dreifachen Gesamthöhe** der Windenergieanlagen (Nabenhöhe und halber Rotorradius) wird im zu prüfenden Einzelfall regelmäßig das Ergebnis gefunden werden, dass keine optisch bedrängende Wirkung vorliegt. Beträgt der Abstand hingegen weniger als die **zweifache Gesamthöhe** der Anlage, wird im Regelfall eine optisch bedrängende Wirkung festzustellen sein. Bei einem Abstand, der zwischen der 2- und der 3-fachen Gesamthöhe der Anlage liegt, bedarf es einer besonders intensiven Prüfung des Einzelfalles. Bei dieser Einzelfallprüfung sind insbesondere Kriterien wie die Anlagenhöhe, die Standorthöhe und der Standort der Windenergieanlage, der Rotordurchmesser, der Blickwinkel, die Hauptwindrichtung und die Lage der Aufenthaltsräume und deren Fenster zur Anlage zu beachten. Dies entspricht auch der Rechtsprechung des VGH München.“*

*BayVGH BayVBl. 2010, 114 ff,*

Wie diese klaren Vorgaben zeigen, sind nicht nur angrenzende Wohngebiete, sondern sogar einzelne Wohnstandorte über das Gebot der Rücksichtnahme durch diese gefestigte Rechtsprechung zur optisch bedrängende Wirkung ausreichend geschützt.

So ist in einem Abstand bis zur zweifachen Gesamthöhe der Anlage grundsätzlich von einer Unzulässigkeit von Windenergieanlagen auszugehen, erst ab einem Mindestabstand von der dreifachen Gesamthöhe kann der Anlagenbetreiber im Regelfall mit einer Zulässigkeit seiner Anlage rechnen. Hierbei macht die Rechtsprechung unzweideutig klar, dass es selbst dann auf den konkreten Einzelfall ankommt und die besonderen Kriterien des Standortes und insbesondere der Höhenlage bei einer entsprechenden Entscheidung mitzubersichtigen sind.

Zwischen der zweifachen und dreifachen Gesamthöhe wacht die Rechtsprechung sehr genau über die Einhaltung der entsprechenden Vorgaben, so dass Genehmigungen allein wegen einer entsprechenden optisch bedrängenden Wirkung abgelehnt werden.

*So etwa BayVGH, Urteil vom 29.05.2009, Az. 22 B 08.1785.*

Auch hinsichtlich der immissionsschutzrechtlichen Situation sind Wohngebäude in der Umgebung von Windenergieanlagen völlig ausreichend geschützt: So ist grundsätzlich entsprechend der TA Lärm selbst gegenüber einem im Außenbereich befindlichen einzelnen Wohngebäude der Nachtgrenzwert von 45 dB(A) einzuhalten. Auch hierdurch wird im Ergebnis ein entsprechender Abstand zwischen Wohnbebauung und Windenergieanlage sichergestellt.

Insgesamt ist damit festzuhalten, dass Wohngebäude und Wohngebiete gegenüber im Außenbereich privilegierten Windenergieanlagen keinesfalls rechtlos gestellt sind. Bereits vor Einführung der streitgegenständlichen Regelung in Art. 82 BayBO bestanden ausreichende rechtliche Instrumente, um sicherzustellen, dass Anwohner in keinsten Weise in ihren subjektiven Rechten beeinträchtigt werden.

Bereits vor diesem Hintergrund ist an der Erforderlichkeit der hier streitgegenständlichen Regelung, die zu einer Entprivilegierung von Windenergieanlagen im bayerischen Außenbereich führt, erheblich zu zweifeln.

## **(2) Steuerungsmöglichkeiten bereits gesetzlich verankert**

Entscheidend dürfte vorliegend jedoch sein, dass auch vor Einführung des Art. 82 BayBO eine ausreichende rechtliche Steuerungsmöglichkeit bereits gesetzlich verankert war:

Zeitgleich mit der Einführung der Privilegierung von Windenergieanlagen im baurechtlichen Außenbereich hat der Bundesgesetzgeber den Planvorbehalt des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB eingeführt. Wie bereits oben umfassend ausgeführt wurde, wollte der Gesetzgeber insbesondere den Gemeinden, aber auch den regionalen Planungsverbänden eine relativ einfache Steuerungsmöglichkeit an die Hand geben, um einen Wildwuchs von Windenergieanlagen im Gemeindegebiet bzw. im Plangebiet von vornherein zu verhindern. Bereits seit der Privilegierung von Windenergieanlagen ist es daher einer Gemeinde möglich, durch eine bloße Ausweisung im Flächennutzungsplan über § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB das gesamte restliche Gemeindegebiet von der Windenergienutzung freizuhalten. Entsprechendes gilt für regionale Planungsverbände über Zielausweisungen im Regionalplan.

Sofern also ein bestimmter Mindestabstand zwischen Windenergieanlagen und Wohngebieten gewünscht war oder ist, konnte und kann eine Gemeinde auch schon nach bisheriger Rechtslage diesen über eine Flächennutzungsplanung ohne weiteres einführen. Selbst wenn bereits entsprechende Genehmigungsanträge für die Errichtung von Windenergieanlagen vorliegen, beinhaltet § 15 Abs. 3 BauGB ausreichende Sicherungsmöglichkeiten, um die Schaffung vollendeter Tatsachen abzuwenden.

In diesem Zusammenhang ist erneut auf die obigen Ausführungen hinzuweisen, dass auch ohne Ausnutzung dieser Steuerungsmöglichkeiten die Anwohner von Windenergieanlagen in keinsten Weise rechtlos gestellt waren oder sind:

Wie bereits ausgeführt wurde, ist über das Immissionsschutzrecht, das baurechtliche Rücksichtnahmegebot und die gesamte Rechtsordnung in ausreichender Weise sichergestellt, dass durch die Errichtung und den Betrieb einer Windenergieanlage keinerlei subjektive Rechte verletzt werden dürfen. Hier vorliegend geht es - auch mit der streitgegenständlichen Regelung des Art. 82 BayBO - ausschließlich darum, den Anwohnern einen weitergehenden Schutz einzuräumen, als ihnen nach ihrer eigenen subjektiven Rechtsposition zusteht. Diese Möglichkeit ist auch ohne die streitgegenständliche Regelung bereits über § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB im Gesetz verankert, so dass eine zusätzliche Regelung, wie die hier vorliegende in Art. 82 Abs. 1, 2 BayBO, sich nicht als erforderlich erweist. Die 10-H-Regelung des Art. 82 Abs. 1, 2 BayBO ist demnach als unverhältnismäßig einzustufen.

### **cc) Unausgewogenheit der Regelung**

Insbesondere entspricht die Regelung des Art. 82 Abs. 1, 2 BayBO nicht den Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn:

Grundsätzlich darf der angestrebte Zweck nicht außer Verhältnis zur Maßnahme stehen, was im Rahmen einer Gesamtabwägung zu ermitteln ist.

*VerfGHE 22, 34, 38.*

Der entscheidende Ansatzpunkt ist ein wertender Vergleich zwischen zwei kollidierenden Rechtsgütern mit Verfassungsrang. Die Angemessenheit im engeren Sinn ist hierbei dann als verletzt zu beachten, wenn Zweck und Maßnahme im konkreten Fall in einem krassen Missverhältnis zueinander stehen. Unzumutbares darf einem Betroffenen nicht auferlegt werden.

*VerfGHE 22, 130, 135; 25, 27, 37.*

Hier vorliegend kollidieren die Eigentumsgrundrechte desjenigen, der auf seinem Grundstück im Außenbereich eine Windenergieanlage errichten möchte und desjenigen, der in der Nähe ein Wohnhaus errichtet hat oder in einem entsprechenden ausgewiesenen Gebiet errichten möchte bzw. mit dem Bedürfnis der Allgemeinheit, freie Sichtbeziehungen in den Außenbereich zu genießen (wobei bereits fraglich ist, inwieweit dieses Bedürfnis mit Verfassungsrang geschützt ist).

Bei einer Abwägung wird hierbei zu berücksichtigen sein, dass die Errichtung der Windenergieanlage ihrerseits die Errichtung des Wohnhauses in keinsten Weise unmöglich macht. Der Gesetzgeber der Länderöffnungsklausel hatte mit § 249 Abs. 3 BauGB jedoch das Ziel vor Augen, zwischen den Interessen der Windenergienutzung einerseits und den Interessen der angrenzenden Wohnbebauung andererseits einen angemessenen Ausgleich zu schaffen.

Ein solcher Ausgleich wäre nach den Vorstellungen des Bundesgesetzgebers dergestalt zu schaffen, dass einerseits nicht jede bisher rechtlich mögliche Windenergieanlage bis an die Grenze des rechtlich Zulässigen auch tatsächlich errichtet werden können soll. Andererseits muss - dies ergibt sich eindeutig aus den Gesetzgebungsmaterialien - die Möglichkeit einer Windkraftnutzung weiterhin angemessen berücksichtigt werden. Eine insoweit angemessene Möglichkeit einer Regelung wäre es also, einen *angemessenen* Mindestabstand von bestimmten Baugebieten et cetera einzuführen, diesen Mindestabstand allerdings in *angemessener* Weise so zu wählen, dass den Vorgaben der bisherigen Rechtsprechung zur substantziellen Raumverschaffung für die Windenergienutzung vollumfänglich Rechnung getragen wird.

Eine Mindestabstandsregelung dahingehend, dass etwa eine Privilegierung nur dann vorliegen würde, wenn der Mindestabstand die zweifache Gesamthöhe beträgt, würde hier eindeutig zu kurz greifen, weil dies bereits aus rechtlichen Gründen - wie gezeigt wurde - über das Gebot der Rücksichtnahme dem Status quo und den bisherigen rechtlichen Vorgaben entspricht.

Ebenso unangemessen wäre und ist es jedoch, einen Mindestabstand zu wählen, der so groß ist, dass faktisch die gesamte Fläche des Freistaates Bayern für die Windenergienutzung ausgeschlossen wird. Eine solche Regelung stellt keinen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen dar, sondern erfüllt die Interessen des Einen vollumfänglich komplett auf Kosten des Anderen, dessen Interessen völlig unberücksichtigt bleiben. Von einer Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn kann bei einer solchen Regelung keinesfalls ausgegangen werden.

So liegt die Fallgestaltung hier: Wie gezeigt wurde, führt die Regelung des Art. 82 Abs. 1, 2 BayBO zu einer faktischen vollständigen Entprivilegierung des gesamten bayerischen Staatsgebietes. Es verbleiben faktisch keinerlei nennenswerte Flächen mehr, in denen eine Windenergienutzung möglich wäre. Jeder bayerische Grundstückseigentümer von Außenbereichsgrundstücken, der bisher - eine entsprechende Windhöflichkeit unterstellt - auf seinem Grundstück privilegiert eine Windenergieanlage hätte errichten oder das Grundstück für diese Nutzung hätte verpachten können, ist nunmehr dieser Möglichkeit vollständig beraubt. Dass durch die Regelung des Art. 82 Abs. 4 BayBO ebenso wenig wie durch die theoretische Möglichkeit einer Bauleitplanung zu Gunsten der Windenergienutzung keine nennenswerte Abhilfe geschaffen wird, wurde bereits oben gezeigt, hierauf wird vollumfänglich verwiesen.

Damit ist im Ergebnis folgendes festzuhalten:

Der bayerische Landesgesetzgeber führt - ausweislich der Gesetzesbegründung offensichtlich bewusst - einen derart großen Mindestabstand für die Geltung der baurechtlichen Privilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich ein, dass zunächst die gesamte bayerische Staatsfläche nicht mehr als privilegiert angesehen werden kann und eröffnet allein die Möglichkeit, über kommunale Bauleitpläne die Windkraftnutzung letztlich im Ergebnis wieder zu ermöglichen. Eine solche absolut einseitige Entscheidung zu Gunsten der Interessen der angrenzenden Wohngebiete bzw. Grundstückseigentümer, die vollständig zulasten der Grundstückseigentümer von Windkraftflächen im Außenbereich geht, kann keinesfalls mehr als angemessen im engeren Sinne bezeichnet werden. Den entsprechenden Grundstückseigentümern werden absolut unzumutbare Belastungen auferlegt. Ein Verweis auf die kommunale

Bauleitplanung ist hier allein deshalb schon unzulässig, weil der Grundstückseigentümer keinerlei Rechtsanspruch auf Aufstellung eines entsprechenden Bebauungsplanes innehat (§ 1 Abs. 3 Satz 2 BauGB). Vor diesem Hintergrund erweist sich die Regelung in Artikel 82 Abs. 1, 2 BayBO als absolut unverhältnismäßig.

Hierbei handelt es sich um einen schweren und unerträglichen Eingriff in das Eigentumsgrundrecht des Art. 103 BV, da letztendlich der Landesgesetzgeber das gesamte bayerische Staatsgebiet zur entprivilegierten Zone erklärt. Hierbei stehen insbesondere der Zweck der Regelung und die konkrete Maßnahme in einem offensichtlich krassen Missverhältnis: Eigentlich sollte nach der Vorgabe des Bundesgesetzgebers in der Länderöffnungsklausel der Zweck der Regelung darin liegen, einen Interessenausgleich zwischen der Windenergienutzung einerseits und den angrenzenden Anwohnern andererseits zu schaffen. Die Maßnahme, die der bayerische Landesgesetzgeber mit der faktischen Entprivilegierung der Windkraftnutzung in Bayern getroffen hat, stellt nicht ansatzweise einen solchen Interessenausgleich dar, sondern löst den Konflikt zu 100 Prozent zugunsten der Anwohner und zu 100 Prozent zulasten der Windkraftnutzung. Krasser kann ein Missverhältnis kaum sein.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang ferner, dass insbesondere die grundsätzliche Privilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich durch den Bundesgesetzgeber keinen Selbstzweck verfolgt. Sie ist eingebettet in ein gesetzliches Gesamtkonzept zur Förderung der Energiewende, die maßgeblich durch das EEG geprägt wird, sich aber durch zahlreiche andere Gesetze und Verordnungen bis hin zum bayerischen Windkrafterlass widerspiegelt. Bei der Frage der Angemessenheit einer Regelung dürfen diese Vorgaben zur Energiewende und zur Förderung der Erneuerbaren Energien nicht unbeachtet bleiben. Wie gezeigt wurde, stellt insbesondere die Windkraftnutzung, die ihrer Natur nach im Außenbereich zu erfolgen hat, ein energiepolitisches Kernelement für die Energiewende dar. Auch vor diesem Hintergrund ist die gesetzgeberische Wertung des bayerischen Landesgesetzgebers, eine komplette Entprivilegierung zulasten der Windenergienutzung in Bayern herbeizuführen, nicht ansatzweise zu rechtfertigen.

Damit ist als Gesamtergebnis folgendes festzuhalten:

Die angegriffene Regelung des Art. 82 Abs. 1, 2 BayBO greift in die grundrechtlich geschützte Rechtsposition des Art. 103 Abs. 1 BayBO ein. Hierbei überschreitet der bayerische Landesgesetzgeber seinen Gestaltungsspielraum, indem er diese Regelung in völlig unverhältnismäßiger Weise ausgestaltet hat: Weder verfolgt der Gesetzgeber mit dieser Regelung einen legitimen Zweck, noch erweist sich diese Regelung als erforderlich und insbesondere ist sie in besonders krasser Weise als unverhältnismäßig anzusehen. Vor diesem Hintergrund ist Artikel 82 Abs. 1, 2 BayBO als nichtig einzustufen.

### 3. Verstoß gegen Art. 101 BV

Das Grundrecht des Art. 101 BV verbürgt die sogenannte allgemeine Handlungsfreiheit. Letztlich stellte diese Regelung eine Auffangnorm für all diejenigen staatlichen freiheitsverbürgenden Akte dar, die nicht unter spezielle Grundrechte fallen.

*Vgl. Meder/Brechmann, a.a.O., Art. 101 Rn 1.*

Insbesondere schützt Art. 101 BV auch die Handlungsfreiheit im beruflichen und wirtschaftlichen Bereich.

*VerfGHE 26, 69, 82.*

Hierbei schützt Art. 101 BV das individuelle, willkürliche Belieben des Berechtigten, alles zu tun, was er will. Diese Freiheit ist denkbar umfassend zu verstehen.

*Vgl. Meder/Brechmann, a.a.O., Art. 101 Rn 7 m.w.N.*

Dieses Grundrecht steht unter einem allgemeinen Gesetzesvorbehalt, allerdings müssen die das Grundrecht einschränkenden Rechtsvorschriften ihrerseits bestimmte Grenzen wahren, damit der Grundrechtsschutz nicht gegenstandslos wird. Art. 101 BV verbürgt nicht nur die Freiheit von gesetzlichem Zwang, sondern setzt auch dem Normgeber selbst Schranken beim Erlass von Rechtsvorschriften, die in die Freiheit- oder Berufsrechte des Einzelnen eingreifen. Insbesondere gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

*VerfGHE 56, 148, 167 ff; BayVBl. 2014, 333 ff.,*

Mit von Art. 101 BV umfasst ist auch der Schutz der sogenannten Berufsfreiheit, da die bayerische Verfassung eine Norm, die Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz vergleichbar wäre, nicht enthält.

*VerfGHE 26, 18, 24.*

Beruf ist hierbei jede erlaubte Tätigkeit, die auf Dauer angelegt ist und die der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage dient.

*VerfGHE 42, 41, 47.*

Im berufsrechtlichen Anwendungsbereich des Art. 101 BV kann die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz herangezogen werden.

*VerfGHE 52, 173, 179.*

Nach der dort entwickelten 3-Stufen-Theorie des Bundesverfassungsgerichts ist zwischen objektiven und subjektiven Berufszulassungsregelungen sowie bloßen Berufsausübungsregelungen zu unterscheiden. Hierbei ist eine Regelung der Berufsausübung zulässig, wenn sie durch vernünftige Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt ist, wenn die gewählten Mittel zur Erreichung des verfolgten Zwecks geeignet und erforderlich sind und wenn die durch sie bewirkte Beschränkung der Berufsausübung den Betroffenen zumutbar ist. Dies erfordert eine umfassende Güterabwägung, die aber nur dann zu einer Korrektur führt, wenn die Betroffenen Individualinteressen er-

sichtlich schwerer wiegen als die die Grundrechtsbeeinträchtigung auslösenden Allgemeinwohlinteressen.

*VerfGHE 47, 77, 86; BVerfGE 44, 353, 373.*

### **a) Geschützte Rechtsposition**

Art. 101 BV schützt die persönliche Freiheit von jedermann, sich persönlich, beruflich und wirtschaftlich frei zu entfalten. Hierzu zählt insbesondere, den Beruf des „Windmüllers“ zu ergreifen und auszuüben. Insbesondere seit dem Boom der Windenergiebranche haben zahlreiche Bürger sich darauf spezialisiert, ihren Lebensunterhalt mit der Energieerzeugung aus Windenergieanlagen zu bestreiten. Zudem haben zahlreiche Investoren ihre wirtschaftliche Betätigung dahingehend ausgerichtet, Windenergieprojekte mit zu finanzieren, zu unterstützen oder selbst umzusetzen. Darüber hinaus haben sich viele Planung-, Projektierungs- und Betriebsführungsgesellschaften ebenso wie freiberufliche Planer, Projektierer und Betriebsführer gegründet, die Windkraftprojekte in Bayern schlüsselfertig umsetzen und sodann an Investoren verkaufen oder aber selbst betreiben. Andere führen den technischen oder wirtschaftlichen Betrieb der Windkraftanlagen für entsprechende Investorengruppen. Diese wirtschaftliche Betätigungsfreiheit und die Ausübung des Berufes Windmüller stellen eindeutig geschützte Rechtspositionen im Sinne des Art. 101 BV dar.

### **b) Eingriff**

In diese wirtschaftliche Betätigungsfreiheit greift die streitgegenständliche Regelung des Art. 82 Abs. 1, 2 BayBO ein: Wie gezeigt wurde, beinhaltet diese Regelung eine komplette Entprivilegierung der Windenergie im bayerischen Außenbereich, es verbleiben faktisch keine Flächen, auf denen in Bayern in nennenswerter Weise Windenergieanlagen noch umgesetzt werden können. Damit wird die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit von Investoren und Planungsgesellschaft in massiver Weise beeinträchtigt, der Beruf des Windmüllers kann in Zukunft in Bayern auf dieser Grundlage nicht mehr ausgeübt werden. Auch Projektierer, Planer, Investoren und Betriebsführer werden in Bayern keinerlei Betätigungsfeld mehr finden können. Insoweit ist von einer Berufsausübungsregelung auszugehen.

### **c) Fehlende Rechtfertigung des Eingriffs**

Die Regelung des Art. 82 Abs. 1, 2 BayBO wäre nur zulässig, wenn sie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen würde. Als Berufsausübungsregelung wäre sie zulässig, wenn sie durch vernünftige Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt wären und die Betroffenen Individualinteressen ersichtlich schwerer wiegen als die Allgemeinwohlinteressen. Diesen Vorgaben wird die Regelung des Art. 82 Abs. 1, 2 BayBO eindeutig nicht gerecht:

### **aa) Legitimer Zweck**

Wie bereits bei den Ausführungen zu Art. 103 BV gezeigt wurde, verfolgt der Gesetzgeber mit der Regelung des Art. 82 Abs. 1, 2 BayBO keinen legitimen Zweck, insoweit kann vollumfänglich auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Schon allein aus diesem Grund erweist sich die Regelung als verfassungswidrig.

### **bb) Geeignetheit und Erforderlichkeit**

Gleiches gilt für die Vorgabe der Geeignetheit und Erforderlichkeit der Regelung, auch insoweit kann umfassend auf die obigen Ausführungen zu Art. 103 BV verwiesen werden. Art. 82 Abs. 1, 2 BayBO ist in keinster Weise erforderlich, um den im Ergebnis verfolgten Zweck tatsächlich erreichen zu können.

### **cc) Unausgewogenheit der Regelung**

Insbesondere erweist sich Art. 82 Abs. 1, 2 BayBO als absolut unangemessen im engeren Sinn. Auch insoweit ist umfassend auf die obigen Ausführungen zu Art. 103 BV zu verweisen.

In Hinblick auf die Angemessenheit als Berufsausübungsregelung ist nochmals in besonderer Weise vorzubringen, dass durch die streitgegenständliche Regelung den geschützten Interessen der Berufsausübenden nicht einmal ansatzweise Rechnung getragen wird. Hier erfolgt keinerlei Ausgleich dahingehend, dass begehrte Belange bzw. Betroffenheiten in angemessener Weise eingeschränkt werden, im Gegenteil: Ihnen wird jegliche Betätigungsmöglichkeit innerhalb Bayern komplett entzogen. Dem gegenüber wird dem widerstreitenden Interesse der Wohnbevölkerung vollumfänglich Rechnung getragen, indem letztendlich faktisch ein weiterer Ausbau der Windenergienutzung im Freistaat Bayern unterbunden wird. Hier erfolgt nicht ansatzweise ein angemessener Interessenausgleich, der bereits vom Bundesgesetzgeber vorgegebenen wurde: In der Begründung zu § 249 Abs. 3 BauGB möchte der Bundesgesetzgeber einen gerechten Ausgleich zwischen den berührten öffentlichen Belangen der Förderung Erneuerbarer Energien einerseits und dem Schutz von Natur und Landschaft sowie vor optisch erdrückender Wirkung andererseits ermöglichen. Diese Interessen dürften in zulässiger Weise ohne weiteres dadurch zu einem angemessenen Ausgleich gebracht werden, dass einerseits ein Mindestabstand gewählt wird, der den Belangen von Natur und Landschaft sowie der Wohnbevölkerung andererseits ausreichend Rechnung trägt, indem beispielsweise ein größerer Mindestabstand eingeführt wird, als der, den die gesetzlichen Vorgaben über das Gebot der Rücksichtnahme und das Immissionsschutzrecht derzeit vorsehen und andererseits die Möglichkeit der Windenergienutzung im Freistaat Bayern durch entsprechende Mindestabstände zwar eingeschränkt wird, der Windenergienutzung aber gleichwohl noch in substantieller Weise Raum verbleibt. Ein solcher Eingriff wäre den Betroffenen Individualinteressen aus Sicht der Windenergienutzung ohne weiteres zuzumuten. Der tatsächlich erfolgte Eingriff über Art. 82 Abs. 1, 2 BayBO dahingehend, dass letztlich jegliche Windenergienutzung im Freistaat Bayern dem Grundsatz nach unterbunden wird, stellt jedoch eine

völlig unzumutbare Beeinträchtigung der Betroffenen Individualinteressen dar, der offensichtlich und in besonders krasser Weise wesentlich schwerer wiegt als die die Grundrechtsbeeinträchtigungen auslösenden Gemeinwohlinteressen. Damit widerspricht diese Regelung in besonders krasser Weise den Vorgaben des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Auch aus diesem Grund ist die Regelung des Art. 82 Abs. 1, 2 BayBO als nichtig einzustufen.

#### 4. Verstoß gegen Art. 118 BV

Art. 118 Abs. 1 BV beinhaltet den allgemeinen Gleichheitssatz, bei dem es sich nach ständiger Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes um ein für alle Menschen geltendes, dem positiven Recht vorausliegendes Grundrecht handelt.

*VerfGHE 1, 29, 31.*

Art. 118 Abs. 1 verbietet Ungleichheiten, insbesondere dürfen gleiche Sachverhalte in willkürlicher Weise nicht ungleich und ungleiche Sachverhalte in willkürlicher Weise nicht gleich behandelt werden.

*Lindner/Möstl, Wolff, a.a.O., Art. 118 Rn 6; Meder/Brechmann, a.a.O. Art. 118 Rn 17.*

Zudem beinhaltet diese Regelung ein allgemeines Willkürverbot, insbesondere dürfen Einzelne vom Staat nicht willkürlich behandelt werden.

*Meder/Brechmann, a.a.O. Art. 118 Rn 17, 32.*

Bei der Anwendung des Gleichheitssatzes für die Gesetzgebung hat der Verfassungsgerichtshof stets betont, dass dem Gesetzgeber ein weiter Ermessensspielraum bei der Gestaltung der Norm zusteht. Diesem obliegt es zu bestimmen, in welcher Weise dem allgemeinen Gedanken der Angemessenheit, Billigkeit und Zweckmäßigkeit Rechnung zu tragen ist. Daher ist nicht zu prüfen, ob der Gesetzgeber jeweils die bestmögliche und gerechteste Lösung getroffen habe.

*VerfGHE 55, 43, 49; 54, 36, 43.*

Der Verfassungsgerichtshof nimmt in der Regel eine rein objektive Betrachtung vor und prüft, ob aus objektiver Sicht sachgerechte Gründe für die betreffende Regelung bestehen.

*VerfGHE 58, 212, 239.*

Hierbei kommt grundsätzlich ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz durch schlichtes Unterlassen des Gesetzgebers nicht in Betracht, da der Tatbestand des Art. 118 Abs. 1 BV begrifflich ein Tätigwerden voraussetzt. Ausnahmsweise kann Art. 118 Abs. 1 BV jedoch ein Regelungsauftrag an den Gesetzgeber entnommen werden, wenn der Gesetzgeber einen Sachverhalt gleichheitswidrig ungeregelt gelassen hat und nur eine Regelung in Betracht kommt, die dem Gleichheitssatz genügen würde.

*VerfGHE 18, 43, 48 ff.; 40, 45, 52; 40, 81, 83.*

Nicht jede Ungleichbehandlung stellt eine Verletzung des Gleichheitssatzes dar, vielmehr kann diese gerechtfertigt sein. Ausschlaggebend ist hierfür, ob ein sachgerechter Grund für die Ungleichbehandlung zu finden ist bzw. ob die Ungleichbehandlung durch sachliche Erwägungen gerechtfertigt ist.

*VerfGHE 55, 57, 60 f.; 63, 83, 103.*

Diesen Erwägungen halten die Streitgegenständlichen Regelungen in Art. 82 BayBO nicht stand:

### **a) Ungleichbehandlung von Windenergieanlagen gegenüber anderen Bauwerken**

Zunächst ist festzustellen, dass Art. 82 BayBO eine Sonderregelung ausschließlich für Windenergieanlagen trifft. Diese sollen entgegen der Grundsatzentscheidung des § 35 Abs. 1 Nummer 5 BauGB nicht privilegiert sein, wenn sie nicht einen Mindestabstand zu bestimmten geschützten Wohngebieten et cetera einhalten.

Andere privilegierte Außenbereichsvorhaben unterliegen keiner solchen Einschränkung, obwohl von ihnen möglicherweise identische oder sogar noch gravierendere Auswirkungen ausgehen als von Windenergieanlagen: So kann etwa eine Starkstromtrasse, die nach § 35 Abs. 1 Nummer 3 BauGB ebenso privilegiert ist wie eine Windenergieanlage, auch ohne einen entsprechenden Mindestabstand privilegiert errichtet werden. Hierbei ist zu beachten, dass derartige Freileitungsmaste durchaus eine Höhe von bis zu 70 bis 100 m haben können und die optisch bedrückende Wirkung sich hier insbesondere dadurch einstellt, dass in regelmäßigen engen Abständen eine entsprechende Vielzahl solcher Masten errichtet werden muss.

Ein sachlicher Grund für eine derartige Ungleichbehandlung ist nicht erkennbar. Insbesondere dürfte die aktuelle Volksbewegung gegen die geplanten Stromtrassen auch quer durch Bayern mindestens ein ebensolches Regelungserfordernis hervorrufen wie dies aufgrund der kritischen Stimmen gegen die Windkraftnutzung der Fall ist. Insoweit liegt eine offensichtliche Ungleichbehandlung identischer Sachverhalte ohne jegliche sachliche Rechtfertigung vor. Ein Verstoß gegen Art. 118 Abs. 1 BV ist augenscheinlich.

Ein solcher Verstoß liegt jedoch auch aufgrund anderer Erwägungen vor: Die Streitgegenständliche Regelung des Art. 82 Abs. 1, 2 BayBO führt im Ergebnis dazu, dass eine geschützte Wohnbebauung davor verschont wird, dass in einem Abstand unterhalb der zehnfachen Gesamthöhe keine Windenergieanlage errichtet wird. Diese Regelung stellt also sicher, dass erst mit einem sehr erheblichen Abstand eine optische Beeinträchtigung durch eine Windenergieanlage überhaupt erst möglich wird. Vor anderen optischen Beeinträchtigungen ist dieselbe geschützte Wohnbebauung jedoch in keinster Weise gesichert: So kann etwa innerhalb desselben allgemeinen Wohngebietes in kurzer räumlicher Distanz, vielleicht sogar bereits auf der gegenüberliegenden Straßenseite eines Einfamilienhauses, ein mehr als 50 m hohes Hochhaus errichtet werden. Die optische Beeinträchtigung hierdurch dürfte um ein Vielfaches höher sein als durch eine in 600 m entfernt stehende Windenergieanlage mit einer Gesamthöhe

von 200 m. Gleichwohl unterbindet die streitgegenständliche Regelung des Art. 82 Abs. 1, 2 BayBO die letztgenannte Beeinträchtigung, die erstgenannte lässt sie jedoch ohne weiteres zu. Ein sachlicher Grund hierfür ist nicht ersichtlich, weshalb eine geschützte Wohnbebauung zwar einerseits generell durch einen entsprechenden Mindestabstand vor einer optische Beeinträchtigung durch eine Windkraftanlage geschützt wird, vor deutlich massiveren optischen Beeinträchtigungen durch andere Bauwerke besteht offensichtlich jedoch keinerlei Schutz. Eine sachliche Rechtfertigung ist auch hierfür nicht ersichtlich, so dass auch insoweit ein Verstoß gegen Art. 118 Abs. 1 BV vorliegt.

## **b) Fehlende Regelung für Regionalpläne**

Wie bereits oben (Fehlende Regelungen zu Regionalplanausweisungen, S. 37) ausgeführt wurde, hat der bayerische Gesetzgeber trotz einer entsprechenden ausdrücklichen Aufforderung in der Ermächtigungsnorm des § 249 Abs. 3 BauGB es unterlassen, die Kollisionsproblematik der in Art. 82 BayBO eingeführten 10-H-Regelung mit bestehenden Raumordnungsplänen zu regeln. Die ebenfalls vom Bundesgesetzgeber geforderte Regelung des Umgangs mit bestehenden Flächennutzungsplänen ist hingegen in Art. 82 Abs. 4 BayBO umgesetzt worden.

Die sachliche Problematik ist hierbei absolut identisch: Sowohl Flächennutzungspläne, als auch Regionalpläne sind, sofern sie Ausweisungen für die Windenergie beinhalten, über § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB gleichgestellt. Positivausweisungen führen dem Grundsatz nach dazu, dass die gesamte verbleibende Restfläche Ausschlussgebiet ist, in der Windenergienutzung dann in der Regel unzulässig ist. Wie ausgeführt wurde, ist hierfür jedoch erforderlich, dass die entsprechende Positivausweisung substanzielles Gewicht verschafft, die Windenergienutzung muss sich also tatsächlich durchsetzen können. Sofern nun jedoch die 10-H-Regelung auch im Rahmen des geltenden Flächennutzungsplanes oder Regionalplans greift, und damit - wie praktisch in allen Fällen - wesentliche Teile der bisherigen Positivausweisung der Windkraftnutzung entzogen werden, muss diese Problematik im Gesetz selbst gelöst werden. Eine tatsächliche Lösung hat der bayerische Gesetzgeber für Flächennutzungspläne herbeigeführt, für Regionalpläne indes nicht, mit der Folge, dass diese beiden dem Grundsatz nach gleich zu behandelnden Fallgestaltungen absolut unterschiedlich behandelt werden: Für bestehende Flächennutzungspläne gilt grundsätzlich die 10-H-Regelung nicht, für bestehende Regionalpläne hingegen schon. Mit anderen Worten: Der bayerische Landesgesetzgeber lässt über Art. 82 Abs. 4 BayBO die steuernde Wirkung einer Flächennutzungsplanung unter Ausschluss der 10-H-Regelung zu, bei bestehenden Regionalplänen entzieht er durch die Erklärung der Anwendbarkeit der 10-H-Regelung dem Steuerungskonzept komplett den Boden. Ein sachlicher Grund für diese Ungleichbehandlung völlig identischer Sachverhalte ist nicht ansatzweise erkennbar. Hierin ist ein offensichtlicher und krasser Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 118 Abs. 1 BV zu sehen.

## 5. Ergebnis

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Regelungen des Art. 82 Abs. 1 und 2 BV sowohl gegen die Grundrechte des Art. 103, als auch des Art. 101 BV verstoßen. Zudem liegen Verstöße dieser gesetzlichen Regelung gegen das Rechtsstaatsprinzip des Art. 3 Abs. 1 S. 1 BV vor. Art. 82 Abs. 1 und 2 BayBO sind demzufolge als nichtig einzustufen.

Für Art. 82 Abs. 4 Nr. 3 BayBO fehlt ebenfalls offenkundig die nötige Rechtsetzungsbe-  
fugnis für den bayerischen Gesetzgeber, so dass auch diese Regelung wegen Verstoß  
gegen Art. 3 Abs. 1 S. 1 BV nichtig ist.

Gleiches gilt für die Regelung in Art. 82 Abs. 5 BayBO, auch diese Regelung muss  
damit nichtig erklärt werden.

Die verbleibenden Regelungen des Art. 82 Abs. 3, Abs. 4 Nr. 1 und 2 BayBO und des  
Art. 83 Abs. 1 BayBO nehmen ihrerseits unmittelbar Bezug auf die nichtigen Regelun-  
gen des Art. 82 Abs. 1 und 2 BayBO mit der Folge, dass damit auch diese Regelungen  
keinen Bestand haben können.

## Teil 2: Verfassungswidrigkeit wegen Verstoß gegen das kommunale Selbstverwaltungsrecht (Art. 11 Abs. 2 BV)

### 1. Rechtlicher Rahmen

Art. 11 Abs. 2 BV beinhaltet eine Selbstverwaltungsgarantie für Gemeinden und gibt diesen nach dem dortigen Satz 2 das Recht, ihre eigenen Angelegenheiten im Rahmen der Gesetze selbst zu ordnen und selbst zu verwalten.

Wesentlicher Teil dieses Selbstverwaltungsrechtes ist die Rechtssetzungshoheit, wonach eine Gemeinde nicht nur ihre eigenen Angelegenheiten verwalten, sondern auch ordnen darf. Die Gemeinde darf mithin Satzungen zur Regelung ihrer eigenen Angelegenheiten erlassen.

*VerfGHE 9, 114, 118.*

Eine Begrenzung dieser gemeindlichen Rechtsetzungsmacht erfolgt insbesondere durch das Territorialprinzip: Gemeinden dürfen grundsätzlich keinerlei Regelungen für Angelegenheiten treffen, die außerhalb ihres eigenen Gebietes greifen.

Insbesondere die Ortsplanung, die nach Art. 83 Abs. 1 BV zum eigenen Wirkungskreis der Gemeinde zählt, und die damit garantierte Planungshoheit einer Gemeinde ist wesentlicher Teil des Selbstverwaltungsrechtes. Sie besteht im Recht der Gemeinde zur eigenverantwortlichen Beplanung ihres Gebietes.

*VerfGHE 55, 98, 107.*

Vor allem bei der Ortsplanung kommt der Gemeinde ein erheblicher Planungsspielraum zu. § 2 Abs. 1 Satz 1 BauGB bekräftigt dementsprechend die Eigenverantwortlichkeit der Gemeinden bei der Aufstellung von Bauleitplänen.

*VerfGHE 38, 51, 65.*

Eingriffe in diese Planungshoheit bzw. in diesen Planungsspielraum können etwa durch überörtliche Planungen resultieren, also aus landesplanerischen, naturschutzrechtlichen oder luftverkehrsrechtlichen Vorgaben. Auch können Beeinträchtigungen der Planungshoheit aus Planungen anderer Gemeinden resultieren, sofern diese fremde Planung unmittelbare rechtliche Auswirkungen auf das eigene Gemeindegebiet haben. Sofern lediglich faktische Konsequenzen vorliegen, ist es nötig, dass die fremde Planung unmittelbare Auswirkungen gewichtiger Art hat und hinreichend konkretisierte eigene örtliche Planungen beeinträchtigt. Insoweit verlangt § 2 Abs. 2 BauGB zur Sicherung der gemeindlichen Planungshoheit, dass die Bauleitpläne benachbarter Gemeinden aufeinander abzustimmen sind. Sind diese Gebote gewahrt, insbesondere wenn die eigene Planungshoheit bei der fremden Planung entsprechend dem interkommunalen Abstimmungsgebot berücksichtigt ist, scheidet eine Verletzung der Planungshoheit aus.

*Vgl. Meder/Brechmann, Art. 11 Rn 52 m.w.N.*

Als äußerste Grenze eines Eingriffs in die Planungshoheit scheidet sowohl ein vollständiger Entzug derselben aus als auch ein Antasten im Kernbereich aus.

*VerfGHE 38, 51, 65 ff.*

Da es sich lediglich um ein grundrechtsähnliches Recht handelt, ist dem Grundsatz nach nur die jeweils betroffene Gemeinde klageberechtigt; demzufolge scheitern Popularklagen von Bürgern oder Nachbargemeinden, die sich gegen lediglich andere Gemeinden betreffende Organisationsakte wenden, regelmäßig.

*Vgl. VerfGHE 31, 99, 118 f.*

Da sich der Prüfungsmaßstab einer Popularklage auf die gesamte Bayerische Verfassung erstreckt, ist eine Verletzung der Selbstverwaltungsgarantie allerdings auch dann zu prüfen, wenn der Popularkläger diese selbst nicht rügen kann.

*Vgl. Meder/Brechmann, Art. 11 Rn 58 m.w.N.*

## **2. Geschützte Rechtsposition**

Wie bereits ausgeführt wurde, schützt Art. 11 Abs. 2 BV über die gemeindliche Planungshoheit das Recht der Gemeinde, eigenverantwortlich ihr territoriales Gebiet zu beplanen. Hierbei steht es ihr insbesondere frei, über die Regelung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB durch entsprechende Ausweisungen von Positivflächen für die Windenergienutzung diese in ihrem Gemeindegebiet zu steuern und die verbleibenden Restflächen des Gemeindegebietes damit als Ausschlussfläche zu deklarieren.

Dieser geschützten Rechtsposition trägt beispielsweise die angegriffene Regelung des Art. 82 Abs. 4 Nr. 1 und 2 BayBO Rechnung, indem die Gemeinde selbst frei bestimmen kann, ob im Rahmen ihrer insoweit bereits erfolgten Flächennutzungsplanung nunmehr die gesetzliche Neuregelung angewendet werden soll oder nicht.

## **3. Eingriff**

Die Regelung des Art. 82 BayBO enthält mehrere Eingriffe in dieses Selbstverwaltungsrecht:

### **a) Art. 82 Abs. 4 Nr. 3 BayBO**

Wie bereits oben ausgeführt wurde, kann eine planende Gemeinde, die über § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB durch die Positivausweisung für die Windenergienutzung eine Ausschlusswirkung für ihre restliche Gemeindefläche herbeigeführt hat, nach Art. 82 Abs. 4 Nr. 1 BayBO auf die Geltung dieser Planung vertrauen; dem Grundsatz nach findet die eingeführte 10-H-Regelung der Abs. 1 und 2 keine Anwendung im Bereich dieses Flächennutzungsplans. Etwas anderes gilt nach Artikel 82 Abs. 4 Nr. 2 BayBO nur, sofern die Gemeinden selbst im Rahmen ihrer Planungshoheit dies entsprechend anordnen. Mit diesen beiden Regelungen wird für die planende Gemeinde grundsätzlich deren Planungshoheit im eigenen Gebiet sichergestellt.

Ein massiver Eingriff in diese Planungshoheit der planenden Gemeinde erfolgt jedoch in Satz 3 des Art. 82 Abs. 4 BayBO: Sofern ein solcher Flächennutzungsplan einen geringeren Abstand als die zehnfache Gesamthöhe von Windenergieanlagen zur Nachbargemeinde einhalten sollte, kann die Nachbargemeinde durch einen einfachen Beschluss die Einführung der 10-H-Regelung bewirken.

Mit anderen Worten: Damit hat es nicht die planende Gemeinde selbst in der Hand, ob für ihr Flächennutzungsplangebiet die 10 H-Regelung gilt, vielmehr entscheidet im Ergebnis die Nachbargemeinde darüber. Die Nachbargemeinde regelt also außerhalb ihres eigenen Territorialgebietes, ob ein Flächennutzungsplan für eine völlig fremde Gemeinde zu gelten hat. Hierin ist ein massiver Eingriff in das Selbstverwaltungsrecht und die kommunale Planungshoheit der tatsächlich planenden Gemeinde zu sehen.

Hierbei handelt es sich um einen besonders massiven Verstoß, da Art. 82 Abs. 4 Nr. 3 BayBO nicht nur anordnet, dass gegenüber der nicht planenden Nachbargemeinde dann die 10-H-Regelung anzuwenden sei, so dass deren Wohnbevölkerung geschützt ist. Vielmehr ordnet die Regelung an, dass in der gesamten Flächennutzungsplanung der Nachbargemeinde die 10-H-Regelung zu gelten hat, also völlig umfassend.

#### **b) Art. 82 Abs. 5 BayBO**

Ein weiterer massiver Eingriff in die Planungshoheit ist in der Regelung des Art. 82 Abs. 5 BayBO zu sehen, wie ebenfalls bereits oben (S. 35 ff.) ausgeführt wurde: Grundsätzlich gibt der Bundesgesetzgeber in § 2 Abs. 2 BauGB vor, wie mit widerstrebenden Interessen benachbarter planender Gemeinden umzugehen ist. Wie gezeigt wurde, sind hier die Belange der Nachbargemeinden zu erfassen, zu gewichten, ernstzunehmen und im Ergebnis abzuwägen. Wenn diesen Vorgaben des § 2 Abs. 2 BauGB Genüge getan ist, wird die Planungshoheit keiner der beteiligten Gemeinden verletzt.

Die Regelung des Art. 82 Abs. 5 BauGB fordert nun, deutlich über § 2 Abs. 2 BauGB hinausgehend, dass dann, wenn eine Bauleitplanung einen geringeren Abstand zur nächstgelegenen Wohnbebauung als die zehnfache Gesamthöhe einer Windenergieanlage vorsieht, mit der betroffenen Nachbargemeinde eine einvernehmliche Festlegung zu erfolgen hat. Die planende Gemeinde darf also nicht sich im Rahmen der Abwägung unter Berücksichtigung ihrer eigenen gewichtigen Belange über die Belange der Nachbargemeinde hinwegsetzen, vielmehr erfordert Art. 82 Abs. 5 BayBO, dass hier letztendlich eine einvernehmliche Festlegung zu erfolgen hat. Dies schränkt entgegen geltendem Bundesrecht die Planungshoheit der Gemeinde, die eine entsprechende Planung vornimmt, in drastischer Weise ein.

#### 4. Fehlende Rechtfertigung des Eingriffs

##### a) Art. 82 Abs. 4 Nr. 3 BayBO

Hierzu ist zunächst auszuführen, dass es für die Regelung des Art. 82 Abs. 4 Nr. 3 BayBO bereits an einer entsprechenden Ermächtigungsnorm fehlt. Eine solche ist - wie bereits ausgeführt wurde - insbesondere nicht in der Länderöffnungsklausel des § 249 Abs. 3 BauGB zu sehen. Im Übrigen hat der Bundesgesetzgeber in § 2 Abs. 2 BauGB abschließend dargelegt, wie die Belange der Nachbargemeinde bei der eigenen Bauleitplanung zu berücksichtigen sind. Für die hier vorliegende Regelung, wonach die Nachbargemeinde über die Geltung des eigenen Flächennutzungsplans frei entscheiden kann, fehlt es an jeglicher Rechtsetzungskompetenz des bayerischen Landesgesetzgebers. Insofern wird vollumfänglich auf die obigen Ausführungen verwiesen.

Im Übrigen erweist sich die Regelung des Art. 82 Abs. 4 Nr. 3 BayBO als offensichtlich unverhältnismäßig: Wie bereits ausgeführt wurde, könnte ein Schutzbedürfnis für die Nachbargemeinde und deren Wohnbebauung tatsächlich bestehen. Es wäre also möglicherweise in Ordnung, wenn die Nachbargemeinde anordnen könnte, dass die 10-H-Regelung für Windenergieanlagen in der planenden Gemeinde gegenüber der eigenen Wohnbebauung bzw. gegenüber den eigenen Wohngebieten zu gelten hat. Eine Regelung, welche die Steuerungswirkung der Planung einer fremden Gemeinde komplett außer Kraft setzt, kann keinesfalls mehr als angemessen im engeren Sinn angesehen werden.

Nur am Rande sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass die Regelung des Art. 82 Abs. 4 Nr. 3 BayBO auch den Anforderungen an die notwendige Bestimmtheit nicht zu erfüllen vermag:

Die Regelung spricht von einem geringeren Abstand als dem 10-fachen ihrer Anlagenhöhe. Von welcher Anlagenhöhe ist aber auszugehen? Geht man von 200 m hohen Anlagen aus? Oder von 140 m hohen Anlagen? Darf die Nachbargemeinde, die von 200 m hohen Anlagen ausgeht, widersprechen und den Flächennutzungsplan bzw. dessen Steuerungswirkung außer Kraft setzen, auch wenn faktisch zu einem späteren Zeitpunkt nur 150 m hohe Anlagen errichtet werden, welche die zehnfache Gesamthöhe zu den betreffenden Wohngebieten der Nachbargemeinde ohne weiteres eingehalten hätte?

Die Problematik sei an folgendem Beispiel verdeutlicht: Die planende Gemeinde hat in 500 m Entfernung zur Gemeindegrenze ein kleines Windkraftgebiet im Flächennutzungsplan ausgewiesen. Der Abstand zur nächstgelegenen Wohnbebauung beträgt 1100 m auf dem eigenen Gemeindegebiet. Von der Gemeindegrenze entfernt liegt das nächstgelegene Wohngebiet der Nachbargemeinde 1100 m weg, das heißt, vom ausgewiesenen Gebiet ist es also insgesamt 1600 m entfernt. Die Nachbargemeinde widerspricht im Sinn von Art. 82 Abs. 4 Nr. 3 BayBO und führt quasi im Ergebnis für die planende Gemeinde die 10-H-Regelung ein. Möchte nun jemand im ausgewiesenen Flächennutzungsplan 140 m hohe Anlagen realisieren, zeigt sich folgende groteske Situation: Nach dem Flächennutzungsplan der planenden Gemeinde dürfte diese Anlage ohne weiteres realisiert werden. Würde die 10-H-Regelung nur gegenüber der Nachbargemeinde gelten, könnten die Anlagen gleichwohl realisiert werden: Der sich errechnende Mindestabstand von 10 H wäre bei 1400 m zur Wohnbebauung in der

Nachbargemeinde, faktisch sind jedoch sogar 1600 m Abstand gegeben. Da jedoch die Nachbargemeinde nach Art. 82 Abs. 4 Nr. 3 BayBO insgesamt widersprochen hat, gilt die 10-H-Regelung auch gegenüber der Wohnbebauung der planenden Gemeinde. Da hier nur ein Abstand von 1100 m gegeben ist, sind die Anlagen damit baurechtlich unzulässig.

Damit hat die Nachbargemeinde die Planung der planenden Gemeinde faktisch außer Kraft gesetzt, obwohl es hierzu keinerlei Notwendigkeit gab und obwohl zum Zeitpunkt der Entscheidung mangels Kenntnis der tatsächlichen Anlagenhöhe noch völlig unklar war, ob überhaupt ein Bedarf für eine solche Maßnahme besteht.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die Regelung des Art. 82 Abs. 4 Nr. 3 BayBO gegen die Planungshoheit der planenden Gemeinde und damit gegen Art. 11 Abs. 2 BV verstößt und insoweit nichtig ist.

#### **b) Art. 82 Abs. 5 BayBO**

Wie ebenfalls bereits oben gezeigt wurde, fehlt es auch hinsichtlich der Regelung des Art. 82 Abs. 5 BayBO offensichtlich an einer entsprechenden Rechtsgrundlage, der Landesgesetzgeber ist offensichtlich zum Erlass einer solchen Regelung nicht befugt. Der Bundesgesetzgeber hat von seiner Gesetzgebungskompetenz vollständig Gebrauch gemacht und über § 1 Abs. 7 BauGB sowie über § 2 Abs. 2 BauGB abschließend geregelt, wie mit der Bauleitplanung benachbarter Gemeinden umzugehen ist. Hier ist klar festgelegt, wie die entsprechende Abstimmung vorzunehmen ist. Weitere Vorgaben, wie diejenige des hier vorgesehenen Art. 82 Abs. 5 BayBO, schränken den dort gesetzten Rahmen mangels Rechtsetzungsbefugnis in unzulässiger Weise ein, eine derartige Regelung muss sich zwangsläufig auch wegen Verstoßes gegen Art. 11 Abs. 2 BV als nichtig erweisen.

### Teil 3: Verfassungswidrigkeit wegen unzureichender Übergangsregelung

Hilfsweise für den Fall, dass sich wider Erwarten die Regelungen in Art. 82 BayBO, insbesondere der dortigen Abs. 1 und 2 als vereinbar mit den Grundrechten der Bayerischen Verfassung erweisen sollten, stellt die Regelung des Art. 83 Abs. 1 BayBO eine unzureichende Übergangsvorschrift dar, die den verfassungsrechtlichen Vorgaben keinesfalls gerecht werden kann.

Inhaltlich erklärt Art. 83 Abs. 1 BayBO, dass die Regelungen des Art. 82 BayBO keine Anwendung finden sollen, sofern vor Ablauf des 04. Februar 2014 bei der zuständigen Behörde ein vollständiger Antrag auf Genehmigung einer Windenergieanlage eingegangen ist.

Begründet wird diese Regelung damit, dass hierdurch aus verfassungsrechtlichen Gründen (Schutz des Eigentumsrechts) den bisher im Vertrauen auf die gültige Rechtslage getätigten Investitionen ein besonderer Schutz gewährt wird.

*Bayerischer Landtag, Drs. 17/2137, S. 8.*

Sofern Genehmigungsverfahren erst nach Inkrafttreten des Art. 82 BayBO abgeschlossen werden, sind sie an dessen Vorgaben zu messen. Sofern jedoch zum Stichtag 04.02.2014 ein vollständiger Antrag nach der 9. BImSchV vorgelegen hat, gelten die bisherigen Vorgaben weiter..

*Bayerischer Landtag, Drs. 17/2137, S. 8.*

Der Stichtag 04.02.2014 soll nach der Gesetzesbegründung der sog. vertrauenszerstörende Zeitpunkt sein: An diesem Tag hat der Ministerrat die Eckpfeiler der bayerischen Regelung beschlossen. Der Mindestabstand von 10-H wurde beschlossen und in der Öffentlichkeit publik gemacht, so dass man sich ab diesem Zeitpunkt nicht mehr auf ein schutzwürdiges Vertrauen berufen könne.

*Bayerischer Landtag, Drs. 17/2137, S. 8.*

Hierbei verkennt jedoch der Gesetzgeber völlig offensichtlich, dass – insoweit wird auf den obigen Tatsachenvortrag hingewiesen – ein durchschnittliches (!) Genehmigungsverfahren zwischen 18 und 24 Monaten Dauer in Anspruch nimmt. Wie bereits oben ausgeführt wurde, wird eine Vollständigkeit der Antragsunterlagen – wenn überhaupt – erst kurz vor Erteilung der Genehmigung anerkannt. Damit fällt eine Vielzahl von laufenden Genehmigungsverfahren, die bereits in den Jahren 2012 und 2013 begonnen wurden, gleichwohl nicht unter diese Stichtagsregelung, weil die nötigen Unterlagen mitunter noch nicht vollständig waren.

Hierbei ist in besonderer Weise zu beachten, dass all diese Verfahren, die nicht unter die Stichtagsregelung fallen, im Regelfall bereits hohe 5-, wenn nicht gar 6-stellige Summen vor dem Genehmigungsantrag und die nötigen Gutachten (saP, Bodenuntersuchungen, Brandschutz etc.) investiert haben. Nunmehr bleibt ihnen im Hinblick auf die eingeführte 10-H-Regelung nichts übrig, als den Genehmigungsantrag zurückzuziehen. Wie bereits ausgeführt wurde, zeigt die Praxis, dass selbst in diesem Fall noch Gebühren von über 30.000 Euro von der Genehmigungsbehörde geltend gemacht werden.

Unter Zugrundelegung dieser Tatsachen ist die Übergangsregelung des Art. 83 Abs. 1 BayBO völlig unzureichend, die Regelung des Art. 82 BayBO verstößt damit wegen unzulässigen Rückwirkungen **gegen Art. 103 BV**:

## 1. Geschützte Rechtsposition

Zum Schutzzumfang des Eigentumsgrundrechts nach Art. 103 GG kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass dem Grundsatz nach dem Eigentumsgrundrecht nur bereits bestehende Rechtspositionen unterfallen, nur insoweit kann es einen eigentumsrechtlichen Schutz an einem bestehenden Gewerbebetrieb geben. Anders ist dies jedoch zu werten, wenn der Unternehmer ausnahmsweise darauf vertrauen durfte, dass gewisse Gegebenheiten auf Dauer oder zumindest für einen gewissen Zeitraum erhalten bleiben und er **aufgrund eines schutzwürdigen Vertrauens zu bestimmten Investitionen oder sonstigen beträchtlichen Aufwendungen bewegt worden ist**.

*Maunz-Dürig, GG, Art. 14, Rn 102 f.*

Insoweit ist von einer eigentumsrechtlich verfestigten Anspruchsposition auszugehen, wenn es um den Schutz von Grundstücksnutzungen geht, die noch nicht verwirklicht wurden, jedoch ursprünglich zulässig waren und deren Verwirklichung sich geradezu aufdrängte.

*BVerfGE 67, 63, 97.*

Der Bundesgesetzgeber hat bereits im Jahr 1997 die Privilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich eingeführt, also vor über 17 Jahren, zu keinem Zeitpunkt stand diese Regelung in Frage, zu keinem Zeitpunkt wurde darüber diskutiert, dass die Privilegierung von Windenergieanlagen wieder aufgehoben werden sollte. Diese Diskussion kam erst im Laufe des Jahres 2013 erstmalig auf, Ende des Jahres 2013 wurde die Möglichkeit einer Länderöffnungsklausel im Koalitionsvertrag festgeschrieben.

Bis zu diesem Zeitpunkt gab es keinerlei Anhaltspunkte für jemanden, der in Bayern eine Windenergieanlage im Außenbereich genehmigen lassen wollte, dass die Geltung der Privilegierung in Bayern derart eingeschränkt oder gar abgeschafft werden könnte, so dass eine Investition in ein solches Verfahren nicht mehr sinnvoll wäre.

Vielmehr konnte jeder, der über einen entsprechenden geeigneten Standort verfügt und die nötigen Unterlagen vorlegt, damit rechnen, entsprechend seinem Rechtsanspruch aus § 6 BImSchG eine Genehmigung für seine beantragte Windenergieanlage zu erhalten.

Insoweit bestand zu dem Zeitpunkt, zu dem in den vorgenannten Fallgestaltungen die Antragsteller für Windenergiegenehmigungen ihre Investitionen getätigt haben, ein absolut schutzwürdiges Vertrauen dahingehend, dass diese Investitionen nicht aufgrund einer Gesetzesänderung, wie der Entprivilegierung der Windenergienutzung in Bayern, völlig sinnlos aufgewendet wurden.

Insoweit sind mit diesen nicht unerheblichen Investitionen eindeutig geschützte Rechtspositionen des Art. 103 BV betroffen.

## 2. Eingriff

Die Regelungen des Art. 82 Abs. 1, 2 BayBO, die nach Art. 83 Abs. 1 BayBO für Vorhaben, die am 04.02.2014 noch im laufenden Genehmigungsverfahren waren, ohne dass die Unterlagen bereits vollständig gewesen wären, vollumfänglich anwendbar sind, greifen in diese nach Art. 103 BV geschützten Rechtspositionen ein, indem nunmehr aufgrund der in Bayern eingeführten Entprivilegierung keine Genehmigung mehr für solche Anlagen zu erhalten ist.

## 3. Fehlende Rechtfertigung des Eingriffs

Wie bereits oben ausgeführt wurde, ist der Gesetzgeber zwar berechtigt, durch Ausnutzung seines gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums Inhalt und Schranken des Eigentums festzulegen. Hierbei ist er jedoch an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden.

Dabei sind unverhältnismäßige Belastungen des Eigentümers zu vermeiden und die Privatnützigkeit des Eigentums so weit wie möglich zu erhalten.

*BVerfGE 100, 226, 245.*

Unverhältnismäßige Belastungen sind durch Ausgleichs- und Übergangsregelungen zu verhindern.

*BVerfGE 58, 300, 350.*

Zwar besteht keine generelle Pflicht zum Erlass von Übergangsvorschriften,

*VerfGHE 29, 105, 134,*

allerdings sind Übergangsvorschriften ein wichtiges Instrument, mit dessen Hilfe der Gesetzgeber durch Normänderungen hervorgerufene Härten ausgleichen und so ein verhältnismäßiges Ergebnis herbeiführen kann.

*Meder/Brechmann, a.a.O., Art. 3 Rn 23.*

Ob und unter welchen Umständen der Gesetzgeber gehalten ist, über Übergangsvorschriften angemessene und zumutbare Regelungen zu schaffen, hängt vom Ergebnis der Abwägung zwischen dem Vertrauen auf den Fortbestand einer Rechtsposition einerseits und der Dringlichkeit einer nötigen Gesetzesanpassung andererseits ab.

*VerfGHE 31, 138, 145.*

Sofern der Gesetzgeber eine Regelung rückwirkend zum Nachteil eines Anlagenbetreibers ändert, ist eine besondere Rechtfertigung nötig. Der Gesetzgeber muss aus-

reichende Gründe anführen, um für die Zukunft eine andere Systementscheidung treffen zu können.

*BVerfGE 97, S. 67, 83.*

Grundsätzlich ist zwischen dem **Ausmaß des Vertrauensschadens und der Bedeutung des verfolgten gesetzgeberischen Ziels abzuwägen.**

*BVerfGE 24, S. 220, 230.*

Ausschlaggebend ist, ob der Anlagenbetreiber **im Vertrauen auf den Bestand des Vergütungsanspruchs die gesetzgeberische Rücksichtnahme erwarten durfte.**

*BVerfGE 24, S. 220, 230.*

Die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Art. 82, 83 BayBO stellt sich in rechtlicher Hinsicht vor allem als Frage der Reichweite des Vertrauensschutzes, also die Frage, inwieweit bereits getätigte Investitionen bzw. durch das EEG geschaffene Vergütungen bzw. ein entsprechendes begründetes Vertrauen hierauf für die Zukunft beschränkt werden dürfen.

In diesem Zusammenhang ist zunächst klarzustellen, dass der Gesetzgeber im Grundsatz nicht daran gehindert ist, die Rechtslage für die Zukunft zu ändern. Derartige zukünftige Entwicklungen unterliegen insoweit der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative.

Problematisch ist jedoch die Vornahme von Rechtsänderungen, welche eine Wirkung in die Vergangenheit entfalten. Diesbezüglich ist grundsätzlich das **Verbot der Rückwirkung** zu beachten:

#### **a) Zeitlicher Aspekt der Reichweite des Vertrauensschutzes**

In zeitlicher Hinsicht stellt sich die Frage, ab wann ein schutzwürdiges Vertrauen ausgeschlossen ist. Eine Schutzwürdigkeit des Vertrauens geht nach der Rechtsprechung des BVerfG und des Verfassungsgerichtshofes grundsätzlich mit dem Zeitpunkt verloren, zu dem der Adressat mit der betreffenden Rechtsänderung **konkret rechnen musste**. Als maßgebend erachten die Gerichte bei Gesetzen hierfür in der Regel den Zeitpunkt des endgültigen Gesetzesbeschlusses über die normative Neuregelung. Das BVerfG hebt insofern ausdrücklich hervor, dass

*„das Bekanntwerden von Gesetzesinitiativen und die öffentliche Berichterstattung über die Vorbereitung einer Neuregelung durch die gesetzgebenden Körperschaften die Schutzwürdigkeit des Vertrauens in die bisherige Rechtslage noch nicht entfallen lassen.“*

Das Bundesverfassungsgericht führt hierzu in seiner Entscheidung (betreffend das Außensteuergesetz, das dort zu prüfen war) vom 14. Mai 1986 folgendes aus:

*„Auch in den Fällen, in denen - wie bei den hier in Rede stehenden Regelungen des Außensteuergesetzes - die politische Lage den Erlass*

*der gesetzlichen Neuregelung bereits von vornherein als mit hoher Wahrscheinlichkeit absehbar erscheinen ließ, stellt der endgültige Gesetzesbeschuß des Bundestages einen wesentlichen Markstein auf dem Weg der Gesetzwerdung dar. Mit diesem Beschluß ist der wesentliche - wenn auch nicht der einzige und nicht der letzte - Unsicherheitsfaktor beseitigt, was das "Ob" und "Wie" der Neuregelung angeht. Das rechtfertigt und gebietet es, auch in derartigen Fällen den Vertrauensschutz nicht vor dem Gesetzesbeschuß enden zu lassen. Zugleich liegt von diesem Zeitpunkt an das Zwischenergebnis des Gesetzgebungsverfahrens offen zutage und kann von jedem zur Kenntnis genommen werden. Steht damit - schon wegen der Mitwirkungsbefugnisse des Bundesrates - auch weder der Inhalt des künftigen Gesetzes fest, noch dass es überhaupt endgültig zustandekommen wird, so läuft es gleichwohl dem Rechtsstaatsprinzip und den Grundrechten nicht zuwider, wenn von diesem Einschnitt an der Einzelne auf das künftige Fortbestehen der bisherigen Rechtslage jedenfalls nicht mehr vertrauen darf.*

*BVerfG 2. Senat, Entscheidung vom 14.05.1986, Az. 2 BvL 2/83.*

Demzufolge kann ein Investor und Anlagenbetreiber grundsätzlich davon ausgehen, dass er bis zum Inkrafttreten der Neufassung eines Gesetzes die Regelungen des bisherigen Gesetzes in Anspruch nehmen darf.

Dies kann freilich dann nicht gelten, wenn eine entsprechende Gesetzesänderung bereits mit angemessener Frist angekündigt ist. Wie jedoch bereits ausgeführt wurde, war die Frage der Einführung einer Entprivilegierung für Windenergieanlagen vor Ende 2013 kein Thema, niemand musste ernsthaft mit einer solchen Regelung rechnen.

Im **Ergebnis** ist damit festzuhalten: Wer vor 4.2.2014 nicht unerheblich in ein Windkraft-Projekt investiert hat und mangels vollständiger Antragsunterlagen nicht unter die Regelung des Art. 83 Abs. 1 BayBO fällt, genießt gleichwohl ein schutzwürdiges Vertrauen dahin, dass er seine Anlage noch ohne Beachtung der neu eingeführten Regelungen in Art. 82 BayBO umsetzen kann. Sofern gleichwohl die gesetzliche Neuregelung des Art. 82 BayBO für solche Fälle Anwendung findet, liegt insoweit ein massiver Eingriff in einen geschaffenen Vertrauensschutzbestand vor.

## **b) Echte und unechte Rückwirkung**

Grundsätzlich ist bei der Prüfung der Schutzwürdigkeit des Vertrauens hinsichtlich einer nachteiligen Rechtsänderung zwischen echter und unechter Rückwirkung zu unterscheiden.

Eine echte unzulässige Rückwirkung liegt dann vor, wenn der Gesetzgeber nachträglich in bereits abgeschlossene, vergangene Sachverhalte eingreift.

*„Eine Rechtsnorm entfaltet echte Rückwirkung, wenn sie nachträglich in einen abgeschlossenen Sachverhalt ändernd eingreift (vgl. BVerfGE 11, 139 <145 f.>; 30, 367 <386>; 101, 239 <263>; 123, 186 <257>; 132, 302 <318>). Dies ist insbesondere der Fall, wenn ihre Rechtsfolge mit belastender Wirkung schon vor dem Zeitpunkt ihrer Verkündung für bereits abgeschlossene Tatbestände gelten soll („Rückbewirkung von Rechtsfolgen“; vgl. BVerfGE 127, 1 <16 f.>).“*

*BVerfGE, Az. 1 BvL 5/08 vom 17.12.2013.*

Sofern noch nicht abgeschlossene Sachverhalte neu geregelt werden, handelt es sich hingegen um eine dem Grundsatz nach zulässige unechte Rückwirkung.

### **aa) Echte Rückwirkung**

Gesetze mit echter Rückwirkung sind grundsätzlich unzulässig. Das Vertrauen der Bürger in den Bestand von Normen, die auf abgeschlossene Sachverhalte angewandt wurden, schließt eine nachträgliche und gleichzeitig nachteilige Rechtsänderung aus.

*Ein legislatives Zugriffsrecht auf die Vergangenheit folgt auch nicht ohne weiteres aus dem Demokratieprinzip, sondern steht zu diesem in einem Spannungsverhältnis. Zwar begrenzt das Rückwirkungsverbot die legislativen Handlungsspielräume des Parlaments für die Vergangenheit. Die demokratische Verantwortung des Parlaments ist jedoch auf die Gegenwart und auf die Zukunft bezogen. Früher getroffene legislative Entscheidungen verfügen über eine eigenständige demokratische Legitimation. Der historische Legitimationskontext kann - jedenfalls soweit die Gesetzeswirkungen in der Vergangenheit liegen - nicht ohne Weiteres durch den rückwirkenden Zugriff des heutigen Gesetzgebers ausgeschaltet werden. Besonders augenfällig würde dies bei Gesetzen, welche Entscheidungen aus einer früheren Legislaturperiode, die unter anderen politischen Mehrheitsverhältnissen getroffen wurden, rückwirkend revidierten. Für die Vergangenheit beziehen diese Entscheidungen ihre demokratische Legitimation allein aus dem damaligen, nicht aus dem heutigen Entscheidungszusammenhang. Der demokratische Verfassungsstaat vermittelt eine Legitimation des Gesetzgebers in der Zeit. Auch vom Demokratieprinzip ausgehend muss der Zugriff des Gesetzgebers auf die Vergangenheit die Ausnahme bleiben.*

*BVerfGE, Az. 1 BvL 5/08 vom 17.12.2013.*

Ein Vergleich mit dem Abgabenrecht zeigt, dass dort Rechtsänderungen unzulässig sind, die eine im Verkündungszeitraum bereits entstandene Steuerschuld abändern.

Relevanter Zeitpunkt für die Beurteilung, ob eine echte Rückwirkung vorliegt, ist nicht das Zustandekommen des Gesetzes, sondern der Gesetzesbeschluss. Es ist auch zulässig, für die Wirksamkeit der Änderungsregelung einen früheren Zeitpunkt vorzusehen, um Ankündigungseffekte zu umgehen.

Eine echte Rückwirkung ist, mangelndes schutzwürdiges Vertrauen vorausgesetzt, in Ausnahmefällen zulässig. Die Möglichkeit einer nur geringfügigen Benachteiligung stellt einen solchen Ausnahmefall dar. Sofern der Bürger mit einer Änderung rechnen musste, ist von einer zulässigen echten Rückwirkung auszugehen. Eine echte Rückwirkung ist ausnahmsweise auch bei Vorliegen überwiegender Allgemeinwohlgründe zulässig. Sofern ein Vertrauensschutz nicht entsteht, weil eine unklare oder verworrene Rechtslage oder ungültiges Recht durch die Neuregelung beseitigt wurde, ist ebenfalls von einer zulässigen echten Rückwirkung auszugehen.

*Schwarz, Rückwirkung von Gesetzen JA 2013, Rn. 685.*

Hierzu führt das Bundesverfassungsgericht aus:

*„Eine echte Rückwirkung ist dagegen verfassungsrechtlich grundsätzlich unzulässig. Sie liegt vor, wenn ein Gesetz nachträglich ändernd in abgewickelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingreift. Auch in diesem Fall gibt es aber Ausnahmen. Das Rückwirkungsverbot findet im Grundsatz des Vertrauensschutzes nicht nur seinen Grund, sondern auch seine Grenze. Es gilt dort nicht, wo sich kein Vertrauen auf den Bestand des geltenden Rechts bilden konnte. Das ist namentlich dann der Fall, wenn die Betroffenen schon im Zeitpunkt, auf den die Rückwirkung bezogen wird, nicht mit dem Fortbestand der Regelungen rechnen konnten. Ferner kommt ein Vertrauensschutz nicht in Betracht, wenn die Rechtslage so unklar und verworren war, dass eine Klärung erwartet werden musste. Schließlich muss der Vertrauensschutz zurücktreten, wenn überragende Belange des Gemeinwohls, die dem Prinzip der Rechtssicherheit vorgehen, eine rückwirkende Beseitigung erfordern.*

*BVerfG, Beschluss vom 18. Februar 2009, Az 1 BvR 3076/08.*

## **bb) Unechte Rückwirkung**

Sofern eine grundsätzlich zulässige unechte Rückwirkung vorliegt, ist der Gesetzgeber in seiner Gestaltungsfreiheit weit weniger eingeschränkt:

Ergibt eine Einzelfallprüfung, dass die konkrete Beeinträchtigung ausreichend gerechtfertigt werden kann und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügt, ist eine unechte Rückwirkung grundsätzlich als zulässig einzustufen.

*„Eine unechte Rückwirkung liegt vor, wenn eine Norm auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirkt und damit zugleich die betroffene Rechtsposition entwertet (vgl. BVerfGE 101, 239 <263>; 123, 186 <257>), so, wenn belastende Rechtsfolgen einer Norm erst nach ihrer Verkündung eintreten, tatbestandlich aber von einem bereits ins Werk gesetzten Sachverhalt ausgelöst werden („tatbestandliche Rückanknüpfung“; vgl. BVerfGE 63, 343 <356>; 72, 200 <242>; 97, 67 <79>; 105, 17 <37 f.>; 127, 1 <17>). Sie ist grundsätzlich zulässig. Allerdings können sich aus*

*dem Grundsatz des Vertrauensschutzes und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip Grenzen der Zulässigkeit ergeben. Diese Grenzen sind erst überschritten, wenn die vom Gesetzgeber angeordnete unechte Rückwirkung zur Erreichung des Gesetzeszwecks nicht geeignet oder erforderlich ist oder wenn die Bestandsinteressen der Betroffenen die Veränderungsgründe des Gesetzgebers überwiegen (vgl. BVerfGE 95, 64 <86>; 101, 239 <263>; 122, 374 <394 f.>; stRspr).“*

*BVerfGE, Az. 1 BvL 6/07 vom 10.10.2012*

Im Rahmen der unechten Rückwirkung ist die Frage zu klären, unter welchen Bedingungen und um welchen Preis eine Änderung der bestehenden Rechtslage an veränderte Umstände angepasst werden kann. Dabei hat eine **Abwägung zwischen dem Vertrauensschutz des Bürgers und dem Normsetzungsinteresse des Gesetzgebers** zu erfolgen.

Insofern ist zwischen dem Gewicht des gesetzgeberischen Anliegens und dem damit einhergehenden Verlust von Vertrauen ein verhältnismäßiger Ausgleich zu suchen.

Im Rahmen der Abwägung ist einerseits auf die beeinträchtigten Rechtsgüter sowie andererseits auf die Schwere der Nachteile abzustellen. Auch ist das Maß des Vertrauensschutzes zu berücksichtigen.

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist eine **unechte Rückwirkung unzulässig, wenn der Betroffene mit der Neuregelung nicht rechnen musste und er sie auch nicht einkalkulieren konnte**. Eine Unzulässigkeit liegt insbesondere dann vor, wenn sich aufgrund der Gesetzesänderung **Auswirkungen auf gefestigte Vermögenspositionen ergeben**. Verfassungsrechtlich kritisch sind deshalb sowohl die vorzeitige Aufhebung befristet geltender Regelungen sowie die Verkürzung befristeter Gesetze für die Zukunft zu sehen.

### c) Einordnung

Im vorliegend zu betrachtenden Fall fehlt es für die Annahme einer echten Rückwirkung an einem bereits abgeschlossenen, vergangenen Sachverhalt.

Dass die Regelung des Art. 82 BayBO und die damit eingeführte 10-H-Regelung seit ihrem Inkrafttreten im November 2014 auch für nicht abgeschlossene Genehmigungsverfahren gilt, steht außer Frage. Hierin ist eine unechte Rückwirkung entsprechend den obigen Ausführungen zu sehen.

Diese unechte Rückwirkung wird nur in den Fällen des Art. 83 Abs. 1 BayBO aufgehoben: Nur wer am Stichtag vor 4.2.2014 über vollständige Antragsunterlagen verfügte, darf sein Genehmigungsverfahren nach den bisherigen Vorschriften ohne Beachtung des Art. 82 BayBO fortführen. Nur für denjenigen stellt sich die Rechtslage so dar, wie sie bis 4.2.2014 von jedem erwartet werden konnte.

Für alle anderen Anlagenbetreiber, die ihre Anlage nunmehr wegen Art. 82 BayBO nicht mehr genehmigt erhalten, verbleibt es jedoch bei einer unechten Rückwirkung.

#### d) Zulässigkeit der Rückwirkung

Wie bereits ausgeführt wurde, sind unechte Rückwirkungen dem Grundsatz nach zulässig. **Grenzen** dieser Zulässigkeit ergeben sich jedoch aus dem **Grundsatz des Vertrauensschutzes** und dem **Verhältnismäßigkeitsprinzip**.

*BVerfG NVwZ-RR 2010, S. 905, Rn. 33.*

Der Tatsache, ob ein Vertrauen in den Fortbestand der früheren Rechtslage tatsächlich schutzwürdig war, kann hierbei ein besonderes Gewicht zukommen.

*BVerfGE 68, S. 287, 307.*

Nur wenn die Erwägungen des Vertrauensschutzes gegenüber den Hintergründen der Rechtsänderung im Rahmen der Abwägung sich als gewichtiger erweisen, ist die unechte Rückwirkung unzulässig.

*BVerfGE 72, S. 175, 196.*

In diesem Fall kann möglicherweise wegen des gebildeten Vertrauens in den Fortbestand einer alten Regelung die **Schaffung einer Übergangsregelung geboten** sein.

*BVerfGE 68, S. 287, 307.*

Hier vorliegend hat - wie bereits ausgeführt wurde – bis Sommer 2013 niemand auch nur ansatzweise damit rechnen müssen, dass die Privilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich aufgehoben oder eingeschränkt werden würde. Diese Rechtsänderung kam „aus dem Nichts“.

In diesem Zusammenhang sind zudem die obigen Ausführungen hinsichtlich der nicht unerheblichen Investitionen während der Planungsphase einerseits und die ebenfalls nicht unerhebliche Dauer von Genehmigungsverfahren andererseits einzubeziehen: Es ist praktisch nicht möglich, Windenergieanlagen extrem kurzfristig zu planen, genehmigen zu lassen und umzusetzen. Hierfür sind jahrelange Vorbereitungen notwendig. Damit bestand und besteht für nahezu alle Anlagenbetreiber, die am 04.02.2014 vom Beschluss des Ministerrates Kenntnis nehmen konnten, faktisch keine Möglichkeit, ihre Projekte noch so kurzfristig umzusetzen, dass sie vor Inkrafttreten der neuen Regelung des Art. 82 BayBO genehmigt wären. Ebenso wenig bestand zu diesem Zeitpunkt noch die Möglichkeit, die vielleicht kurz vor endgültiger Vervollständigung stehenden Antragsunterlagen tatsächlich zu vervollständigen.

Um ein praktisches Beispiel zu nennen: Antragsteller, die Anfang 2013 ihren Genehmigungsantrag gestellt und im Herbst 2013 ein Gutachten über die spezielle artenschutzrechtliche Prüfung vorgelegt haben, das von der unteren Naturschutzbehörde jedoch – was in der Praxis durchaus häufig vorkommt – nicht anerkannt wurde, mussten nun im gesamten Jahr 2014 nochmals entsprechende Begehungen im Rahmen

eines saP-Gutachtens beauftragen. Diese müssten über den gesamten Frühjahrs- und Sommerzeitraum bis in den Herbst hinein erfolgen, erst dann kann das Gutachten fertiggestellt werden. Ein solcher Antragsteller hatte – trotz seiner bereits erheblichen Investitionen - keinerlei Chance, seine im Vertrauen auf die Fortgeltung der Privilegierung von Windenergieanlagen getätigten Investitionen zu amortisieren. Im Gegenteil: Nimmt er jetzt den Genehmigungsantrag zurück, droht ein weiterer erheblicher 5-stelliger Betrag als Ablehnungsgebühr!

Im Ergebnis ist damit folgendes festzuhalten:

Die Geltung des Art. 82 BayBO auch für laufende Genehmigungsverfahren stellt eine unechte Rückwirkung dar. Die Übergangsregelung des Art. 83 Abs. 1 BayBO schützt nur diejenigen Anlagenbetreiber, die vor 4.2.2014 vollständige Antragsunterlagen vorgelegt haben. Alle anderen sind von der Wirkung des Art. 82 BayBO unmittelbar betroffen.

**Diese unechte Rückwirkung ist sowohl aus Gründen des Vertrauensschutzes, als auch aus Gründen der Verhältnismäßigkeit unzulässig.**

Wie gezeigt wurde, hat der Gesetzgeber mit der bereits seit 1997 bestehenden Privilegierungsentscheidung von Windenergieanlagen im Außenbereich einen besonders qualifizierten Vertrauenstatbestand geschaffen, zumal seit dieser langen Zeit zu keinem Zeitpunkt auch nur ansatzweise eine Rücknahme dieser Privilegierungsentscheidung politisch ernsthaft diskutiert wurde.

Demgegenüber ist für das zügige Inkrafttreten des Art. 82 BayBO kein Argument ins Feld zu führen: Nicht einmal die Gesetzesbegründung selbst erklärt, dass ein schnellstmögliches Inkrafttreten aus irgendwelchen Gründen erforderlich sei, auch lässt sich den gesamten Gesetzesmaterialien nichts dazu entnehmen, dass laufende Verfahren aus bestimmten Gründen zwingend unter die gesetzlichen Neuregelungen fallen müssten. Dies muss umso mehr gelten, als die bisherige Rechtslage seit über 17 Jahren in bekannter und bewährter Weise Geltung beansprucht hat.

Hierbei sind zwei Besonderheiten bei Genehmigungsverfahren von Windenergieanlagen zu berücksichtigen:

Zum Einen sind die erheblichen Investitionen, die ein Antragsteller bereits während des laufenden Genehmigungsverfahrens für die vorzulegenden Gutachten zu tätigen hat, ins Feld zu führen. Je mehr Investitionen ein Antragsteller regelmäßig zu tätigen hat, desto schutzwürdiger muss sein Vertrauen dahingehen sein dürfen, dass seinem Genehmigungsantrag nicht während der üblichen Verfahrensdauer der gesetzliche Boden entzogen wird.

Dies stellt die zweite Besonderheit dar: die enorme Dauer von Genehmigungsverfahren. Der Unterzeichner betreut seit über 15 Jahren eine Vielzahl von Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen, hier kommt es sogar vor, dass manche deutlich länger als 4 volle Jahre dauern. Im Durchschnitt wird man allerdings von ca. 24 Monaten ausgehen können, im besten Fall kann man eine Genehmigung innerhalb von 18 Monaten ernsthaft erwarten.

Da der Landesgesetzgeber selbst die Problematik der unechten Rückwirkung gesehen und sich aus Gründen des Vertrauensschutzes veranlasst gesehen hat, die Übergangsvorschrift des Art. 83 Abs. 1 BayBO einzuführen, dürfte die Notwendigkeit, dass vorliegend tatsächlich eine Übergangsvorschrift zwingend nötig ist, außer Frage stehen.

Wenn der Gesetzgeber jedoch eine Übergangsvorschrift für nötig befindet, muss diese auch tatsächlich dem schutzwürdigen Vertrauen Rechnung tragen und dafür sorgen, dass die unzumutbaren Rückwirkungen auch tatsächlich beseitigt werden.

Hierfür ist eine Übergangsregelung, die nur für Verfahren gilt, deren Antragsunterlagen am 04.02.2014, also zum Zeitpunkt, ab dem man erstmals ernsthaft mit einer Entprivilegierung von Windenergieanlagen in Bayern rechnen musste, völlig unzureichend. Dies gilt umso mehr, wenn man die immensen Investitionen, die für ein solches Verfahren nötig sind, und die durchschnittliche Verfahrensdauer von in der Regel über 18 Monaten mit einbezieht.

Vor diesem Hintergrund stellt Art. 83 Abs. 1 BayBO **keine Übergangsregelung dar, welche den massiven Eingriff in den Vertrauensschutz in angemessener Weise auf ein zulässiges Maß reduzieren würde.**

Die Übergangsvorschrift des Art. 83 Abs. 1 BayBO erweist sich allerdings auch aus einem anderen Grund als unangemessen: Sie stellt ausdrücklich auf die Vollständigkeit der Antragsunterlagen ab. Faktisch werden jedoch solche Vollständigkeitbescheinigungen nahezu von keiner bayerischen Genehmigungsbehörde ausgestellt. Der Nachweis eines Anlagenbetreibers, dass seine Unterlagen am Stichtag vollständig waren, wird so in der Regel nur schwer gelingen.

Insbesondere erweist sich die Übergangsvorschrift des Art. 83 Abs. 1 BayBO in Hinblick auf den gewählten Stichtag als unzulässig:

Eine angemessene Übergangsvorschrift, die eine ausnahmsweise unzulässige unechte Rückwirkung rechtfertigen kann, erfordert, dass derjenige, der Vertrauensschutz genießt, noch in angemessener Weise reagieren kann. Insbesondere muss ihm ermöglicht werden, die Investitionen, die er im Hinblick auf ein schutzwürdiges Vertrauen getätigt hat, fortführen und in sinnvoller Weise zu einem Abschluss bringen kann. Dass eine Übergangsvorschrift, welche den Stichtag – ausweislich der Gesetzesbegründung selbst - auf den Tag ihrer ersten Ankündigung legt, eine solche Reaktionsmöglichkeit geradezu ausschließt und diese Vorgaben damit in keinster Weise zu erfüllen vermag, liegt auf der Hand. Ebenso hätte sogleich der Stichtag in die Vergangenheit gelegt werden können, auch hier hätte ein Investor, der sich in laufenden Planungen befindet, keinerlei Reaktionsmöglichkeiten mehr gehabt. Eine angemessene Übergangsvorschrift zeichnet sich dadurch aus, dass für einen bestimmten Übergangszeitraum noch die bisherigen Rechtsvorschriften gelten und in Anspruch genommen werden können. Die Übergangsfrist des Art. 83 Abs. 1 BayBO wird diesen Anforderungen nicht gerecht.



#### 4. Ergebnis

Im Ergebnis ist damit festzuhalten: Für den Fall, dass sich die Regelungen des Art. 82 BayBO wider Erwarten als grundsätzlich verfassungsgemäß erweisen sollten, sind sie mangels ausreichender angemessener Übergangsregelung in den Art. 82, 83 Abs. 1 BayBO gleichwohl wegen Verstoß gegen Art. 103 BV als unwirksam anzusehen.

## VI. Gesamtergebnis

Die wesentlichen Ergebnisse lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Die Regelung des Art. 82 Abs. 1 und 2 BayBO verstößt gegen die verfassungsrechtlich geschützten Grundrechte der Art. 103 und 101 BV. Diese Grundrechte werden unter Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in unzulässiger Weise durch Art. 82 Abs. 1, 2 BayBO eingeschränkt. Weder ist die Regelung des Art. 82 Abs. 1, 2 BayBO erforderlich, noch stellt die komplette Entprivilegierung eine ausgewogene Regelung dar.

Darüber hinaus sind diese Regelungen nicht mit dem Rechtsstaatsprinzip vereinbar, weil sie in unzulässiger Weise die bundesrechtlich vorgegebene Privilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich komplett aushöhlt und insoweit nicht von der Ermächtigungsnorm des § 249 Abs. 3 BauGB (Länderöffnungsklausel) gedeckt ist.

Art. 82 Abs. 4 Nr. 3 BayBO verstößt ebenfalls gegen das Rechtsstaatsprinzip und gegen das kommunale Selbstverwaltungsrecht des Art. 11 Abs. 2 BV, indem sie die Nachbargemeinde ermächtigt, über die Geltung eines fremden Flächennutzungsplanes einer anderen Gemeinde zu befinden.

Für Art. 82 Abs. 5 BayBO fehlt es bereits an der Rechtsetzungsbefugnis des Bayerischen Gesetzgebers, insbesondere ist diese Regelung keinesfalls durch die Länderöffnungsklausel des § 249 Abs. 3 BauGB gedeckt. Zudem ist sie mit den bundesrechtlichen Vorgaben des BauGB nicht zu vereinbaren.

Weiterhin fehlt der gesamten Regelung des Art. 82 BayBO die in der Länderöffnungsklausel ausdrücklich geforderte Umsetzung der Vorgabe, die Problematik der Abstandsregelung mit kollidierenden Flächennutzungsplänen und Regionalplänen zu lösen. Zwar liegt insofern in Art. 82 Abs. 4 Nr. 1 und 2 BayBO eine Regelung für Flächennutzungspläne vor, dieselbe Problematik, die sich für Regionalpläne stellt, hat der Bayerische Gesetzgeber jedoch ungelöst gelassen. Insoweit liegt ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Art. 118 BV vor.

Schließlich erweist sich die Übergangsregelung des Art. 83 Abs. 1 BayBO als rechtswidrig, weil sie mit dem zu spät gesetzten Stichtag (vollständiger Genehmigungsantrag am 4.2.2014) einen massiven Eingriff in den Vertrauensschutz nicht in angemessener Weise auf ein zulässiges Maß reduziert.

Dr. Helmut Loibl

Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht