

Gemeinde Immünster
Herrn Ersten Bürgermeister
Anton Steinberger
Freisinger Straße 3
85304 Immünster

Az.	Telefon	Datum
<u>2922/16FS/sc/rd</u>	<u>089/545878-0</u>	<u>02.02.2017</u>

Errichtung von Windenergieanlagen in Immünster

Sehr geehrter Herr Bürgermeister Steinberger,

mit E-Mail vom 07.12.2016 baten Sie um rechtliche Stellungnahme zu der Frage:

„Welche tatsächlich möglichen und rechtlich zulässigen Maßnahmen kann die Gemeinde Immünster ergreifen, um die Errichtung von einem und mehreren Windrädern/Windpark zu verhindern?“

1. Sachverhalt

Anlass der Beauftragung ist der Bauantrag über die Errichtung von zwei Windenergieanlagen innerhalb einer im Teilflächennutzungsplan der Gemeinde Immünster ausgewiesenen Konzentrationszone. Teilflächennutzungsplan berücksichtigt bereits die „10 H-Regelung“ des Art. 82 BayBO (Genehmigung des Teilflächennutzungsplanes mit Bescheid des Landratsamtes vom 14.01.2016; damit kein Fall des Art. 82 Abs. 4 Nr. 1 BayBO).

Das Landratsamt hat den Antrag Ihrer Mitteilung nach negativ beschieden, weil der nach Art. 82 BayBO („10 H-Regelung“) er-

MEIDERT & KOLLEGEN
Rechtsanwälte Partnerschaft mbB

KANZLEI MÜNCHEN

DR. NIKOLAUS BIRKL *
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Mediator

MATHIAS REITBERGER *
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Mediator

FRANK SOMMER
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

KANZLEI AUGSBURG

HERMANN MEIDERT †
PETER SCHICKER

Fachanwalt für Miet- und
Wohnungseigentumsrecht

JOSEF DEURINGER *
Fachanwalt für Agrarrecht

GUNTRAM BAUMANN *
Fachanwalt für Arbeitsrecht

JÜRGEN WEISBACH (bis 01 / 2015)
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

DR. THOMAS JAHN *
Fachanwalt für Bau-
und Architektenrecht

AXEL WEISBACH *
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Fachanwalt für Arbeitsrecht

THOMAS SAUER
Fachanwalt für Familienrecht

PROF. DR. FRITZ BÖCKH
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
auch Dipl. Verwaltungswirt (FH)

ROBERT SCHULZE *
Fachanwalt für Bau-
und Architektenrecht

NICOLE KANDZIA
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

MICHAEL MIHL

STEFAN KUS

BERNHARD MÜLLER

MATTHIAS RITZMANN
Fachanwalt für Miet- und
Wohnungseigentumsrecht

DR. WOLFRAM GAEDT

NICO F. KUMMER

* Partner der Partnerschaftsgesellschaft mbB

KANZLEI MÜNCHEN

Franziska-Bilek-Weg 9
(Theresienhöhe)
80339 München
Telefon: 089 / 545878-0
Telefax: 089 / 545878-11
muenchen@meidert-kollegen.de

KANZLEI AUGSBURG

Bergiusstraße 15
86199 Augsburg
Telefon: 0821 / 90630-0
Telefax: 0821 / 90630-30
augsburg@meidert-kollegen.de

KANZLEI KEMPTEN

Am Stadtpark 4
87435 Kempten
Telefon: 0831 / 96060360
Telefax: 0831 / 96060369
kempten@meidert-kollegen.de

www.meidert-kollegen.de

DEUTSCHE BANK MÜNCHEN 24
KONTO: 2 255 115 | BLZ: 700 700 24
IBAN: DE44 7007 0024 0225 5115 00
SWIFT-BIC: DEUTDE33MUC

forderliche Mindestabstand vom 10-fachen der Höhe der Windenergieanlagen zum nächstgelegenen maßgeblichen Siedlungsbereich geringfügig nicht eingehalten wurde. Es ist jedoch damit zu rechnen, dass die Planung entsprechend genehmigungskonform angepasst wird.

Nun geht eine Bürgerinitiative gegen den Teilflächennutzungsplan und gegen die Genehmigung von Windenergieanlagen im Gemeindegebiet vor. Dem Gemeinderat und der Verwaltung wird dabei unter anderem vorgeworfen, sie würden nicht alles dafür tun, um den Bürgerwillen aus dem Bürgerentscheid vom 10.07.2016 umzusetzen.

2. Rechtslage

Für die Darstellung der Rechtslage beschränke ich mich nachfolgend auf die wesentlichen Aspekte, um den Umfang der Stellungnahme überschaubar zu halten.

- a) Für Windenergieanlagen mit einer Gesamthöhe von mehr als 50 m ist statt eines „normalen“ Baugenehmigungsverfahrens die Durchführung eines (ggf. vereinfachten) Genehmigungsverfahrens nach Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) vorgeschrieben, da solche Anlagen im Anhang 1 zur 4. Bundes-Immissionsschutzverordnung (4. BImSchV) unter laufender Nr. 1.6 aufgeführt und damit einer entsprechenden Genehmigungspflicht unterworfen sind.

Zum Prüfungsumfang des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens gehört auch das Bauplanungsrecht (vgl. § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG). Damit muss das Einvernehmen der Gemeinde nach § 36 BauGB eingeholt werden, denn nach § 36 Abs. 1 Satz 2 BauGB ist das Einvernehmen der Gemeinde auch erforderlich, wenn in einem anderen Verfahren (hier nach BImSchG) über die Zulässigkeit nach den bauplanungsrechtlichen Vorschriften entschieden wird.

Windenergieanlagen sind bauplanungsrechtlich nach § 35 Absatz 1 Nr. 5 BauGB im Außenbereich privilegiert zulässige Vorhaben. Das bedeutet, dass solche Anlagen (gerade) im Außenbereich errichtet werden dürfen. Für solche Vorhaben hat also der Gesetzgeber in gewissem Umfang Baurecht im Außenbereich geschaffen. Ein Genehmigungsantrag auf Errichtung einer Windenergieanlage im Außenbereich ist daher planungsrechtlich genehmigungsfähig, wenn nicht im Einzelfall am gewählten Standort öffentliche Belange der Genehmigung entgegenstehen.

Nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG ist die immissionsschutzrechtliche Genehmigung zu erteilen, wenn andere öffentlich-rechtliche Vorschriften (hier des BauGB) der Errichtung und dem Betrieb der Anlage nicht entgegenstehen. Der Bauherr hat in diesem Fall einen Anspruch auf Erteilung der Genehmigung.

Die Gemeinde darf gemäß § 36 Abs. 2 Satz 1 BauGB ihr Einvernehmen zu einer Windenergieanlage im Außenbereich nur aus Gründen verweigern, die der Genehmigung der Anlage entgegenstehen. Sie besitzt keine Entscheidungsfreiheit, ob sie ihr Einvernehmen erteilt oder nicht. Daher hat sie zu einer bauplanungsrechtlich zulässigen Windenergieanlage ihr Einvernehmen zu erteilen, wenn sie rechtmäßig handeln will. Verweigert die Gemeinde ihr Einvernehmen zu Unrecht, kann es durch die Genehmigungsbehörde ersetzt werden, § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB.

Als erstes Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Gemeinde zu einer genehmigungsfähigen Windenergieanlage ihr Einvernehmen erteilen muss. Eine generelle Verweigerung des Einvernehmens wäre rechtswidrig.

- b) Der Privilegierungstatbestand für Windenergieanlagen im Außenbereich in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB wurde durch den bayerischen Landesgesetzgeber durch Erlass der Vorschriften in Art. 82 Abs. 1 bis 5 BayBO mit Wirkung zum 21.11.2014 modifiziert („10 H-Regelung“). Die Unterschreitung des in Art. 82 BayBO geregelten Mindestabstandes führt zum Entfall der planungsrechtlichen Privilegierung und einer nur noch erschwerten Zulassungsmöglichkeit als „sonstiges“ Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB. Die „10 H-Regelung“ in Art. 82 BayBO bedeutet aber nicht, dass Windenergieanlagen ähnlich dem Abstandsflächenrecht einen bestimmten Mindestabstand zwingend einhalten müssen und andernfalls unzulässig sind. Anlagen im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB, die den gesetzlich geforderten Mindestabstand einhalten, bleiben auch weiterhin privilegiert zulässig.

Als zweites Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass die Unterschreitung des in Art. 82 BayBO geregelten Mindestabstandes zum Entfall der planungsrechtlichen Privilegierung führt. Anlagen, die den Mindestabstand einhalten, bleiben auch weiterhin privilegiert zulässig.

- c) Die Gemeinde hat über § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB die Möglichkeit, die Zulässigkeit privilegierter Windenergieanlagen im Gemeindegebiet zu steuern. Sie kann im Flächennutzungsplan die Zulässigkeit solcher Anlagen auf bestimmte Bereiche des Gemeindegebietes in sog. Konzentrationszonen beschränken und damit im Gegenzug den übrigen Außenbereich für solche Vorhaben weitgehend sperren.

Eine derartige Konzentrationszonenplanung hat die Gemeinde Immünster in Form des Teilflächennutzungsplans für Windenergieanlagen umgesetzt. Dies hat zur Folge, dass nicht mehr der gesamte Außenbereich, sondern nur noch die von der Gemeinde ausgewiesenen Konzentrationszonen für die Errichtung von privilegiert zulässigen Windenergieanlagen zur Verfügung stehen. Innerhalb der ausgewiesenen Konzentrationszonen bleibt es allerdings bei den unter a) und b) dargestellten Regularien. Das bedeutet insbesondere, dass eine Windenergiean-

lage, die das Zehnfache ihrer Höhe zum nächsten maßgeblichen Siedlungsabstand einhält und innerhalb einer der von der Gemeinde ausgewiesenen Konzentrationszonen errichtet werden soll, in aller Regel genehmigungsfähig ist.

Als drittes Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass der Teilflächennutzungsplan der Gemeinde außerhalb der ausgewiesenen Konzentrationszonen eine Sperrwirkung für Windenergieanlagen entfaltet. Innerhalb der ausgewiesenen Konzentrationszonen bleiben Windenergieanlagen jedoch weiterhin privilegiert zulässig, wenn sie die „10 H-Regelung“ einhalten.

- d) Nun könnte man auf die Idee kommen, die gemeindliche Teilflächennutzungsplanung so zu ändern, dass Windenergieanlagen rechtlich oder tatsächlich ausgeschlossen werden.

Eine solche Flächennutzungsplanung wäre indes ganz klar rechtswidrig.

Dies folgt zum einen daraus, dass die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB schon vom Gesetzeswortlaut her zwingend voraussetzt, dass an anderer Stelle im Gemeindegebiet Konzentrationszonen ausgewiesen werden. Zum anderen hat das Bundesverwaltungsgericht in ständiger Rechtsprechung klargestellt, dass solche Konzentrationszonen so beschaffen sein müssen, dass sie der betroffenen Nutzung (hier: Windenergie) im Gemeindegebiet „substanziell Raum“ belassen.¹ Das heißt, es ist der Gemeinde von Anfang an verwehrt, ihre Planung so zu gestalten, dass sie nur ungeeignete oder gar keine Konzentrationszonen für die Nutzung der Windenergie ausweist.

Eine zu restriktive und damit rechtswidrige Planung wäre wirkungslos und würde überhaupt keine Steuerungswirkung entfalten, so dass wiederum der gesamte Außenbereich für die Zulassung von Windenergieanlagen zur Verfügung stünde.

Als viertes Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Gemeinde durch die Ausweisung von Konzentrationszonen im Flächennutzungsplan die Zulässigkeit von Windenergieanlagen zwar begrenzen, nicht aber verhindern kann.

¹ vgl. BVerwGE 117, 287 = NVwZ 2003, 733; BVerwGE 118, 33 = NVwZ 2003, 738; BVerwGE 122, 117 = NVwZ 2005, 208; NVwZ 2013, 519

3. Zusammenfassung

Der Bundesgesetzgeber hat sich im § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB dazu entschieden, Windenergieanlagen im Außenbereich zu privilegieren.

Diese gesetzgeberische Entscheidung kann die Gemeinde nicht aufheben, weder durch eine zu restriktive Planung, noch dadurch, dass sie zu solchen Vorhaben generell ihr Einvernehmen verweigert. Im ersten Fall baut sie nämlich keine wirksame Planungshürde auf, im zweiten Fall ist ihre Entscheidung rechtswidrig und wird im Zweifel durch die Genehmigungsbehörde oder ein Gericht ersetzt werden.

Mit der Teilflächennutzungsplanung für Windenergieanlagen hat die Gemeinde den rechtlichen Spielraum ausgenutzt, um die Zulässigkeit solcher Anlagen im Gemeindegebiet so weit wie möglich rechtmäßig zu begrenzen.

Für die Forderung, Windenergieanlagen im Gemeindegebiet generell zu verhindern, steht der Gemeinde keine rechtmäßige Handhabe zu. Eine entsprechende Forderung gegen die Gemeinde zu erheben, macht vom rechtlichen Standpunkt keinen Sinn und wäre auch vom Bürgerbegehren nicht gedeckt, welches ja ausdrücklich auf rechtmäßige Maßnahmen der Gemeinde abstellt.

Ich hoffe, Ihnen mit diesen Ausführungen behilflich gewesen zu sein.

Für Rückfragen stehe ich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Frank Sommer

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Verwaltungsrecht