

# Legal Opinion

## **Beurteilung eines landesgesetzlichen „10 H-Mindestabstandes“ von Windenergieanlagen zu Wohnnutzung auf Grundlage einer „Länderöffnungsklausel“ im BauGB unter Berücksichtigung auf Landesebene geplanter Stichtags-Regelungen**

Auftraggeber: Landtagsfraktion der Bündnis 90/Die Grünen im Bayerischen Landtag  
Maximilianeum, 81627 München

**MASLATON**  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Leipzig · München · Köln

**Rechtsanwalt Prof. Dr. Martin Maslaton**  
Recht der Erneuerbaren Energien  
TU Chemnitz /TU Bergakademie Freiberg  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

**Rechtsanwältin Helga Jakobi**

[www.maslaton.de](http://www.maslaton.de)

# Gliederung

<b>A. Sachverhalt und Aufgabenstellung</b> .....	<b>3</b>
<b>B. Rechtliche Würdigung</b> .....	<b>4</b>
<b>1. Teil: Bayerische 10 H-Abstandsregelung mit Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB vereinbar?</b> .....	<b>4</b>
I. Bisherige Rechtslage: Privilegierung und „Planvorbehalt“ .....	5
II. Künftige Rechtslage: Privilegierung und „Landesgesetzesvorbehalt“ .....	8
III. Konkret: Geplante „10 H-Abstandsregelung“ mit Privilegierung gem. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB vereinbar? .....	11
1. Bisherige Rechtsprechung zu Vorsorgeabständen zu Wohnbebauung .....	11
2. Konkret: Substantieller Raum für Windenergie bei landesgesetzlicher „10-H-Abstandsregelung“ .....	13
IV. Ergebnis .....	15
<b>2. Teil: Einschätzung der derzeit angekündigten „Stichtags-Regelungen“</b> .....	<b>15</b>
I. Grundsätze für „Stichtags-Regelungen“ .....	15
II. Stichtag gem. bayerischen Kabinettsbeschluss vom 04.02.2014.....	17
III. Im Übrigen: Unzulässige Rückwirkung von Gesetzen?.....	21
1. Grundsätze .....	21
2. Vorliegend „Unechte Rückwirkung“ .....	24
a) In Gang gesetzte Genehmigungsverfahren erfasst .....	24
b) „Unechte“ Rückwirkung vorliegend unzulässig? .....	25
IV. Ergebnis .....	28

## A. Sachverhalt und Aufgabenstellung

Die bayerische Staatsregierung initiierte die Einführung einer „Länderöffnungsklausel“ im BauGB, um die rechtlichen Grundlagen für eine landesgesetzliche Regelung eines Mindestabstandes von Windenergieanlagen zu Wohnbebauung zu schaffen. Die Einführung einer solchen „Länderöffnungsklausel“ wurde im Koalitionsvertrag vom 16.12.2013 vereinbart, mit Beschluss des Bundeskabinetts vom 22.01.2014 („Eckpunkte-Papier“) wurde der 09.04.2014 als Zeithorizont für einen Gesetzesentwurf genannt. Am 08.04.2014 hat das Bundeskabinett den Entwurf eines Gesetzes zu Einführung einer Länderöffnungsklausel beschlossen.

Die Bayerische Staatsregierung hat bereits mit Kabinettsbeschluss vom 04.02.2014 beschlossen, nach Inkrafttreten einer Länderöffnungsklausel einen Mindestabstand vom 10-fachen der Gesamthöhe der Windenergieanlagen zu Wohnbebauung landesgesetzlich zu regeln. Dabei soll es bei „örtlichem Konsens auf Grundlage von Entscheidungen der Gemeinde“ Ausnahmen geben.

### Aufgabenstellung:

Folgende Fragen sind einer ersten rechtlichen Einschätzung zu unterziehen:

Wie ist der von der bay. Staatsregierung in Ausführung einer bundesrechtlichen Öffnungsklausel beabsichtigte Gesetzesentwurf, der grundsätzlich einen Mindestabstand von 10 H (H=Gesamthöhe der Windkraftanlage) vorsieht vor dem Hintergrund der Privilegierung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB zu werten, vor allem wenn Kommunen, die von einer Steuerung der Windenergie nach § 35 Abs. 3 Nr. 1 BauGB Gebrauch machen, aufgrund einer allgemein gültigen 10H-Regelung zu einer Verhinderungsplanung gezwungen werden?

Wie ist der von der bay. Staatsregierung im Zusammenhang mit der 10 H Regelung verwendete Begriff der „relativen Privilegierung“ zu beurteilen, insbesondere vor dem Hintergrund, dass die bayerische Staatsregierung diesen Begriff im Bayerischen Energiekonzept vom 24. Mai 2011 noch völlig anders dargestellt hat?

Wie ist die von der bay. Staatsregierung mit Kabinettsbeschluss vom 04.02.2014 getroffene Stichtagsregelung vor dem Hintergrund des Vertrauensschutzes zu beurteilen (Beispiel: Genehmigungsunterlagen werden nicht mehr eingereicht, weil Stichtag bereits verstrichen ist, obwohl sich das Vorhaben im Geltungsbereich eines gültigen oder in Aufstellung befindlichen Regionalplans befindet)?

## **B. Rechtliche Würdigung**

### **1. Teil: Bayerische 10 H-Abstandsregelung mit Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB vereinbar?**

Im ersten Teil ist – dahingehend ist die erstgenannte Frage zu verstehen - konkret zu prüfen, inwieweit die Privilegierung der Windenergie im planungsrechtlichen Außenbereich nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB einem von der bayerischen Staatsregierung beabsichtigten landesgesetzlichen 10H-Mindestabstand von Windenergieanlagen zu Wohnnutzung (auf Grundlage jener „Länderöffnungsklausel“, wie sie nunmehr der Gesetzesentwurf des Umweltministeriums zur *„Einführung einer Länderöffnungsklausel zur Vorgabe von Mindestabständen zwischen Windenergieanlagen und Wohnnutzungen“* vorsieht) offenkundige rechtliche Grenzen setzt.

Um dies konkret prüfen zu können, ist zunächst kurz darzustellen, welchen Umfang bzw. materiellen Regelungsgehalt die bisherige Privilegierung der Windenergie nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB nach der ergangenen (insbesondere bundes-) verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung aufweist (**I.**). Da die nunmehr vorgesehene Länderöffnungsklausel zumindest ihrem Wortlaut nach offenbar in diesen bisherigen Privilegierungstatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB „eingreift“, ist zu klären, ob und inwieweit dies künftig den Umfang der bisherigen Privilegierung ändert (**II.**). Ausgehend hiervon ist sodann zu klären, ob der durch die – eventuell modifizierte - Privilegierung gem. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB gezogene gesetzliche Rahmen konkret durch die von Bayern beabsichtigte „10 H-Abstandsregelung“ eingehalten wird (**III.**).

## I. Bisherige Rechtslage: Privilegierung und „Planvorbehalt“

Seit der BauGB-Novelle vom 30.07.1996 sind Windenergieanlagen im Außenbereich gem. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegiert zulässig. Es war dabei das erklärte Ziel des Gesetzgebers, den Ausbau der Windenergienutzung "aus klimaschutz-, energie- und umweltpolitischen Gründen" zu fördern und "den Anteil erneuerbarer Energien an der Energieversorgung zu steigern".

- vgl. Beschlussempfehlung des Ausschusses für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau vom 19.06.1996, BTDrucks13/4978 -

Mit der BauGB-Novelle vom 30.07.1996 führte der Gesetzgeber jedoch gleichzeitig mit § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB einen sog. „Planvorbehalt“ ein. Demnach sind Windenergievorhaben nicht mehr nur dann unzulässig, wenn ihnen öffentliche Belange im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB entgegenstehen, sondern auch dann, wenn für sie durch Darstellungen in einem Flächennutzungsplan eine wirksame Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist.

Der Gesetzgeber und auch das BVerwG versteht § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB als ein die Privilegierung flankierendes Instrument, durch das die Gemeinde in die Lage versetzt wird, die bauliche Entwicklung im Außenbereich planerisch zu steuern. Hierzu führt das BVerwG in seiner Grundsatzentscheidung vom 17.12.2002 aus:

*„§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB hat Kompromisscharakter. Der Gesetzgeber bringt durch die Privilegierung einerseits zum Ausdruck, dass es sich um Nutzungen handelt, die dem Außenbereich adäquat sind. Er verschließt sich andererseits aber nicht der Einsicht, dass er sich vielfach mit Massenphänomenen konfrontiert sieht, die ohne Planung nicht zu bewältigen sind. Dies gilt nicht nur für die Windenergienutzung, bei der sich allein anhand der Kriterien des § 35 Abs. 1 BauGB eine "Verspargelung" der Landschaft nicht verhindern ließe, sondern z.B. auch für den Abbau von Bodenschätzen, der in manchen Gegenden eine "Verkraterung" der Landschaft zur Folge haben würde, sowie für die Massentierhaltung, die mit ihren Großstallungen mancherorts den Außenbereich beherrscht. Die Missstände, die weithin drohen, haben den Gesetzgeber veranlasst, **die Privilegierung in den***

**Fällen des § 35 Abs. 1 Nrn. 2 bis 6 BauGB unter einen "Planvorbehalt" zu stellen.**

(...)

**Die gesetzgeberische Privilegierungsentscheidung kommt zwar weiterhin, aber nur mehr nach Maßgabe der gemeindlichen Planungsvorstellungen zum Tragen. Durch § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erhalten bestimmte Darstellungen des Flächennutzungsplans über die in Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 getroffene Regelung hinaus bauplanerische Bedeutung. Die Gemeinde bekommt ein Instrument an die Hand, das es ihr ermöglicht, durch eine Kanalisierung der in § 35 Abs. 1 Nrn. 2 bis 6 BauGB aufgeführten Vorhaben, die städtebauliche Entwicklung in ihrem Gemeindegebiet in geordnete Bahnen zu lenken. Dieses gesetzgeberische Modell trägt sowohl dem gebotenen Außenbereichsschutz als auch der durch Art. 28 Abs. 2 GG gewährleisteten Planungshoheit Rechnung. Es entspricht damit der Grundkonzeption des § 1 BauGB, wonach es zu den Aufgaben der Gemeinde gehört, nach Maßgabe ihrer städtebaulichen Vorstellungen die bauliche und die sonstige Nutzung der Grundstücke im Gemeindegebiet vorzubereiten und zu leiten.**

- BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 (4 C 15/01) -

Damit wird die Privilegierung der Windenergie im Außenbereich sozusagen „in die Verantwortung“ der Gemeinden – bzw. der Regionalplanung - gelegt. Denn das Zurücktreten der Privilegierung in Teilen des Plangebiets lässt sich nach der Wertung des Gesetzgebers, so das Bundesverwaltungsgericht, nur dann rechtfertigen, wenn die Gemeinden (bzw. die Regionalplanung) sicherstellen, dass sich die betroffenen Vorhaben an anderer Stelle gegenüber konkurrierenden Nutzungen durchsetzen. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB bietet ihr die Möglichkeit, Windenergieanlagen ebenso wie die in § 35 Abs. 1 Nrn. 2 bis 6 BauGB genannten sonstigen Vorhaben auf bestimmte Standorte zu konzentrieren. Dagegen lässt er es nicht zu, das gesamte Gemeindegebiet (bzw. Plangebiet) mit dem Instrument des Flächennutzungsplans (bzw. Regionalplan) zu sperren.

- BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 (4 C 15/01) -

Der Gemeinde ist es daher verwehrt, den Flächennutzungsplan als Mittel zu benutzen, das ihr dazu dient, unter dem Deckmantel der Steuerung Windkraftanlagen in

Wahrheit zu verhindern. Mit einer bloßen "Feigenblatt"-Planung, die auf eine verkappte Verhinderungsplanung hinausläuft, darf sie es nicht bewenden lassen.

Vielmehr muss sie der Privilegierungsentscheidung des Gesetzgebers Rechnung tragen und für die Windenergienutzung *in substantieller Weise* Raum schaffen.

§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB bietet keine Handhabe dafür, die Zulassung von Windkraftanlagen in der Weise restriktiv zu steuern, dass die Gemeinde sich einseitig von dem Ziel leiten lässt, die Entfaltungsmöglichkeiten dieser Nutzungsart auf das rechtlich unabdingbare Minimum zu beschränken.

Festzuhalten ist damit: Die Privilegierung der Windenergie nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB verpflichtet den jeweiligen Planungsträger dazu – will er von seiner Steuerungsmöglichkeit Gebrauch machen – der Windenergie *in substantieller Weise* Raum zu verschaffen.

Dem Plan muss daher ein schlüssiges gesamträumliches Planungskonzept zugrunde liegen. Dabei muss die mit der positiven Standortausweisung verbundene Ausschlusswirkung durch besondere, nachvollziehbare städtebauliche Gründe legitimiert sein.

- BVerwG, Urt. v. 13.03.2003 (Az.: 4 C 4/02) -

Die Ausarbeitung eines solchen Planungskonzeptes ist dabei dem Abwägungsvorgang zugeordnet. Das bedeutet, dass den öffentlichen Belangen, denen an sich erst auf der Stufe der Vorhabenzulassung Rechnung zu tragen ist, schon auf der Ebene der Flächennutzungsplanung rechtliche Bedeutung zukommt.

- BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 (BVerwG 4 C 15.01) -

Liegen keine nachvollziehbaren städtebaulichen Gründe vor, die eine Nichtausweisung eines Standortes rechtfertigen, so liegt kein schlüssiges Planungskonzept vor, sodass der Windenergie schon deshalb nicht substantiell Raum verschafft wird und damit der Privilegierungsentscheidung des Bundesgesetzgebers nicht hinreichend Rechnung getragen wird.

## II. Künftige Rechtslage: Privilegierung und „Landesgesetzesvorbehalt“

Nunmehr will der Bundesgesetzgeber diese bisherige in § 35 BauGB enthaltene Privilegierungs-Systematik jedenfalls modifizieren. Der am 08.04.2014 beschlossene Gesetzentwurf sieht vor:

*„Die Länder können durch bis zum 31.12.2015 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 den 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.“*

Damit erhält nunmehr der Landesgesetzgeber neben den Kommunen ebenfalls eine – sehr weitgehende - Steuerungsmöglichkeit. D.h. der Bundesgesetzgeber möchte (allein) die Privilegierung der Windenergie gem. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB – parallel zum Planvorbehalt des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB - unter einen „Landesgesetzesvorbehalt“ stellen.

Im Einzelnen:

Nach dem Wortlaut des Entwurf-Textes soll es dem Landesgesetzgeber offenbar möglich sein, generell Windenergieanlagen, die einen bestimmten Abstand unterschreiten, von der Anwendbarkeit bzw. von der Geltung der bundesgesetzlich eingeführten Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB auszuschließen! Nach dem Wortlaut ist damit tatsächlich eine zumindest teilweise „Rücknahme“ der vom Bundesgesetzgeber eingeführten Privilegierung für „nicht-abstandskonforme“ Windenergieanlagen durch den Landesgesetzgeber möglich, d.h. im Falle einer Landes-Abstandsregelung soll für „nicht-abstandskonforme“ Windenergieanlagen (insoweit vollständig) die Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB entfallen!

In der Entwurfsbegründung ist jedenfalls weder explizit von einer „Förderung der Erneuerbaren Energien“ noch von einer „Revidierung der Privilegierungsentscheidung“ oder ähnlichem die Rede. Anhand der derzeit vorhandenen Informationen kann daher diese Frage zum jetzigen Zeitpunkt sicherlich nicht abschließend beantwortet werden. Allerdings spricht die gewählte Formulierung des Entwurf-Textes jedenfalls deshalb nicht für eine vollständige „Verlagerung“ der Privilegierungsentscheidung in die Hände des Landesgesetzgebers, da der Bundesgesetzgeber dann § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB wohl auch schlicht hätte streichen können. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB ist weiterhin existent.

Dabei ist an dieser Stelle darüberhinaus darauf hinzuweisen, dass es zumindest auf den ersten Blick durchaus zweifelhaft erscheint, ob eine solche (teilweise) Übertragung auf bzw. Rücknahme der Privilegierungsentscheidung durch den Landesgesetzgeber rechtlich möglich ist. Hier stellen sich vor allem komplexe Fragen der Gesetzgebungskompetenz! Diese Fragen betreffen jedoch allein die Zulässigkeit einer bundesgesetzlichen „Länderöffnungsklausel“, nicht hingegen die - hier zu beurteilende - landesgesetzliche Ausführung einer solchen. Die rechtliche Zulässigkeit der im Entwurf vorliegenden Länderöffnungsklausel muss daher an dieser Stelle zunächst unterstellt werden.

Aber gerade auf Grund dieser derzeitigen tatsächlichen und rechtlichen Unklarheit und der Tatsache, dass § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB selbst nicht geändert wird, ist anzunehmen, dass der Bundesgesetzgeber weiterhin die Windenergie im Außenbereich generell privilegieren will und die Privilegierung der Windenergie nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB weiterhin „Gültigkeit“ beanspruchen kann.

Ausgehend hiervon ist festzuhalten: Auch nach der BauGB-Novelle (so wie sich derzeit darstellt) sind zunächst einmal weiterhin die Kommunen und die Regionalplanung entsprechend bundesverwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung verpflichtet, der Windenergie substantiell Raum zu verschaffen, wollen sie vom „Planvorbehalt“ Gebrauch machen. Wenn der Bundesgesetzgeber mit der Länderöffnungsklausel aber nun auch den Bundesländern eine Steuerungsmöglichkeit einräumt, so lässt sich hieraus schlussfolgern, dass sich nunmehr der bundesgesetzliche Privilegierungsstatbestand des § 35 Abs. 1 BauGB praktisch spiegelbildlich auch an den Landesgesetzgeber richtet und diesen verpflichtet, daneben natürlich weiterhin auch die Kommunen und die Regionalplanung. Auch der Landesgesetzgeber ist damit ein „Normadressat“ des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB. Dies dürfte zumindest

einen gut vertretbaren Argumentationsansatz darstellen. Gegenteiliges ergibt sich jedenfalls insbesondere nicht aus der Entwurfsbegründung.

Es lässt sich demzufolge weiterhin durchaus vertreten, dass nach der BauGB-Novelle - um bei den Worten des Bundesverwaltungsgerichts zu bleiben - die gesetzgeberische Privilegierungsentscheidung zwar weiterhin, aber nur mehr „nach Maßgabe der landesgesetzlichen Regelungen“ zum Tragen kommt. Daher könnte man weiterhin durchaus annehmen, dass die bisherige Rechtsprechung zu den Grenzen des kommunalen Planvorbehaltes auf die künftige Rechtslage (Landesgesetzvorbehalt) zu übertragen ist, d.h. die rechtlichen Grenzen des künftigen landesgesetzgeberischen Gesetzesvorbehaltes könnten mit den von der Rechtsprechung definierten Grenzen des kommunalen Planvorbehaltes zumindest sinngemäß identisch sein.

Zwar wird durch den am 08.04.2014 beschlossenen Entwurf den Ländern

*„sowohl hinsichtlich der Einführung und der Reichweite einer Abstandsregel als auch zur Größe des Abstandes Flexibilität eingeräumt“.*

- so die Entwurfsbegründung, S. 6 -

Allerdings ergibt sich auch diesem sehr weitgehenden Gesetzesentwurf, insbesondere seiner Begründung nicht, dass eine völlige „Verbannung“ der Windenergienutzung aus einem Bundesland ermöglicht werden. Vielmehr überträgt dieser Entwurf auf Grund seines „Ausmaßes“ den Ländern in entsprechendem – sprich weitem - Umfang die Verantwortung, der Privilegierungsentscheidung des Bundesgesetzgebers in § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB hinreichend Rechnung zu tragen und der Windenergie substantiell Raum zu verschaffen.

Festzuhalten ist damit: Will der Landesgesetzgeber vom künftigen „Landesgesetzesvorbehalt“ Gebrauch machen und eine Abstandsregelung einführen, so ist auch dieser verpflichtet, der Privilegierung der Windenergie gem. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB und dem bundesverwaltungsgerichtlichen Postulat, der Windenergie „substantiell Raum zu verschaffen“, zur Geltung zu verhelfen, siehe nun im Einzelnen sogleich unter III.

### **III. Konkret: Geplante „10 H-Abstandsregelung“ mit Privilegierung gem. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB vereinbar?**

Überträgt man die zum kommunalen Planvorbehalt ergangene verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung (1.) auf den geplanten „Landesgesetzvorbehalt“, so ist ausgehend hiervon zu klären, ob der durch die gesetzliche Privilegierung gezogene und von der Rechtsprechung näher definierte gesetzliche Rahmen auch konkret im Falle einer von Bayern geplanten „10 H-Abstandsregelung“ eingehalten wird (2.).

#### 1. Bisherige Rechtsprechung zu Vorsorgeabständen zu Wohnbebauung

Zu der konkreten Frage, welche (Vorsorge-)Abstände zu Wohnbebauung mit der Privilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich letztlich vereinbar sind, gibt es für die Ebene der Regionalplanung und insbesondere der Flächennutzungsplanung ober- und auch bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung. Das Bundesverwaltungsgericht hat zur Berücksichtigung des Vorsorgegrundsatzes im Rahmen der Flächennutzungsplanung Folgendes ausgeführt:

*„Über Grenzwertregelungen, durch die die Erheblichkeitsschwelle im Sinne des Schutzstandards des § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG zu Gunsten der Nachbarschaft auch mit Wirkung für das Städtebaurecht konkretisiert wird, darf sich die Gemeinde nicht sehenden Auges hinwegsetzen. Ist vorhersehbar, dass sich im Falle der Umsetzung der planerischen Regelungen die immissionsschutzrechtlich maßgeblichen Grenzwerte nicht werden einhalten lassen, so ist der Bauleitplan nichtig. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, dass die Gemeinde umgekehrt im Interesse von Bauinteressenten von ihren planerischen Befugnissen keinen anderen Gebrauch machen darf, als Nutzungen bis an die Grenze dessen zu ermöglichen, was anhand der Maßstäbe des Immissionsschutzrechts gerade noch zulässig ist, ohne als schädliche Umwelteinwirkungen im Sinne des § 3 Abs. 1 BImSchG qualifiziert werden zu können. Wie der Senat wiederholt ausgeführt hat, ist es ihr vielmehr bereits im Vorfeld der Abwehr schädlicher Umwelteinwirkungen gestattet, durch ihre Bauleitplanung eigenständig gebietsbezogen das Maß des Hinnehmbaren zu steuern (... ) **Abwägungsfehlerhaft ist eine solche am Vorsorgegrundsatz des § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG orientierte Planung im Rahmen des Darstellungsprivilegs***

*des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erst dann, wenn sie auch unter Berücksichtigung des Gestaltungsspielraums, den der Gesetzgeber der Gemeinde zubilligt, städtebaulich nicht mehr begründbar ist.“*

- BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 (4 C 15.01) –

Dies ist der Fall, wenn eine solche Planung eines rechtfertigenden Anlasses entbehrt und dazu führt, dass andere städtebauliche Anforderungen wie das Erfordernis für eine Konzentrations- und Ausschlussplanung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, der Windenergienutzung substantiell Raum zu geben, nicht mehr eingehalten werden können, oder dass wesentlich Ungleiches ohne sachliche Rechtfertigung gleich behandelt wird.

- vgl. VGH München, Bschl. v. 21.01.2013 ( 22 CS 12.2297) -

D.h.: Sicherlich sind Vorsorgeabstände zu Wohnbebauung zulässig. Der Planungsträger kann zumindest in diesem ersten Schritt auch zunächst relativ große Pufferzonen um bestimmte Nutzungen herum zugrunde legen.

- BVerwG, Urt. v. 24.01.2008 (4 CN.07) -

Allerdings bedarf es – nicht mehr und nicht weniger - eines städtebaulichen Grundes, welcher die zu Grunde gelegten Vorsorgeabstände dem Grunde nach und auch der Höhe nach (750m, 800m, 1000m oder 1250m) begründet und rechtfertigt.

Gleichzeitig hat der Planungsträger aber immer das auf Grund der Privilegierung vorgegebene Gebot, der Windenergie substantiell Raum zu verschaffen, zu beachten. Insbesondere darf er keine „verkappte Verhinderungsplanung“ betreiben.

Dabei ist zu vergegenwärtigen, dass es für die Frage, wann „substantiell Raum verschafft“ wird, nicht allein auf isolierte Größenangaben (z.B. 1% des Gemeindegebietes) ankommt. Vielmehr sind nach bundesverwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung z.B. die Größe der auszuweisenden Fläche für die Windenergie im Vergleich zur im Regionalplan vorgegebenen Mindestgröße bedeutsam oder auch die Anzahl und Energiemenge der Windenergieanlagen in den auszuweisenden Flächen unter Berücksichtigung der durch neue Windenergieanlagen erzielbare Stromgewinnung.

- vgl. Ernst-Zinkahn/Bielenberg, BauGB, Stand 2014, § 35 Rn. 124a -

Auch kommt es nicht darauf an, wie viele Anlagen bereits in einer Planungsregion genehmigt oder errichtet sind.

- BVerwG, Urt. v. 13.03.2003 (4 C 4.02) -

Stellt der Planungsträger fest, dass auf Grund seines Planungskonzeptes der Windenergie eben nicht substantiell, gegebenenfalls sogar überhaupt kein Raum verschafft wird, so muss er sei Konzept überprüfen und ist insbesondere gehalten, z.B. Vorsorgeabstände zu ändern bzw. reduzieren. Je kleiner die für die Windenergienutzung verbleibenden Flächen ausfallen, umso mehr ist das gewählte methodische Vorgehen zu hinterfragen und zu prüfen, ob mit Blick auf die örtlichen Verhältnisse auch kleinere Pufferzonen als Schutzabstand genügen. Will er dennoch an den bisher vorgesehenen Abständen festhalten, muss er auf eine planerische Steuerung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB verzichten.

- BVerwG, Urt. v. 24.01.2008 (4 CN.07) -

## 2. Konkret: Substantieller Raum für Windenergie bei landesgesetzlicher „10H-Abstandsregelung“

Überträgt man nun die soeben unter 1. dargelegten Anforderungen der Rechtsprechung zumindest sinngemäß auf die von Bayern geplante landesgesetzliche 10H-Abstandsregelung lässt sich in zumindest vertretbarer Weise wie folgt argumentieren:

In Übertragung der Rechtsprechung ist auf Grund der bundesgesetzlichen Privilegierung wohl auch der Landesgesetzgeber verpflichtet, der Windenergie substantiell Raum zu verschaffen. Umgekehrt verbietet sich daher auch eine Art „verkappte Verhinderungsregelung“.

Daher ließe sich in Übertragung der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ganz konkret wie folgt argumentieren:

Jedenfalls dann, wenn der von Bayern geplante landesgesetzliche Mindestabstand von 10H zu Wohnbebauung dazu führt, dass der Windenergie überhaupt kein Raum mehr verschafft wird und damit die bundesgesetzliche Privilegierung komplett ausgehöhlt wird, kann von „substantiell Raum verschaffen“ wohl kaum die Rede sein. Daher ist der konkret gewählte - gesetzliche - Mindestabstand von 10H mindestens zu hinterfragen und zu prüfen, ob geringere gesetzliche Mindestabstände als Schutzabstand genügen. Will aber der Landesgesetzgeber – obwohl ein „substantielles Raum verschaffen“ nicht gegeben ist - an diesem Mindestabstand festhalten, so muss der Landesgesetzgeber auf eine solche landesgesetzliche Steuerung auf Grundlage der „Länderöffnungsklausel“ verzichten. Andernfalls stellt sich eine gesetzliche Mindestabstandsregelung – in Übertragung der Rechtsprechung zum kommunalen Planvorbehalt - als eine Art „verkappte Verhinderungsregelung“ dar.

D.h. aber umgekehrt auch, dass der Landesgesetzgeber durchaus auf Grundlage der „Länderöffnungsklausel“ einen geringeren Mindestabstand (z.B. 5H oder 6H) gesetzlich regeln kann, solange er damit der Windenergie substantiell Raum verschafft. Daher müsste in jedem Fall geklärt werden, ob mit einer 10H-Abstandsregelung tatsächlich der Windenergie nicht mehr „substantiell Raum verschafft“ wird! Ob dies zutrifft, kann derzeit sicherlich nicht abschließend beurteilt werden. In jedem Fall ist in diesem Zusammenhang zu bedenken, dass Bayern eine Ausnahme für „Konsens-Fälle“ angekündigt hat. Eventuell zwingt diese – derzeit zumindest angekündigte - Ausnahmeregelung für „Konsens-Fälle“ zu einer anderen Bewertung. Denn zumindest bei zahlreichen Ausnahmefällen könnte der Windenergie im Ergebnis durchaus substantiell Raum verschafft werden. Ungeachtet der Frage, ob die vorgelegte Länderöffnungsklausel diese von Bayern gewünschte Ausnahmemöglichkeit rechtlich überhaupt zulässt oder auch von Bayern realisiert wird, ist jedenfalls offensichtlich nicht absehbar, in welchem Umfang von einer Ausnahmemöglichkeit Gebrauch gemacht würde. Daher müsste wohl vielmehr die landesgesetzliche Regelung selbst der Privilegierungsentscheidung Rechnung tragen und auch selbst das „substantiell-Raum-Verschaffen“ sicherstellen.

Führt aber die von Bayern geplante „10H-Abstandsregelung“ in tatsächlicher Hinsicht dazu, dass im gesamten Landesgebiet Windenergienutzung überhaupt nicht mehr möglich ist und damit die bundesgesetzliche Privilegierung in Bayern praktisch „keine Rolle mehr spielt“, so kann von einem substantiell Raum verschaffen

wohl kaum mehr die Rede sein. Daher ließe sich durchaus gut vertreten, dass eine solche Regelung den durch die bundesgesetzliche Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB vorgegebenen rechtlichen Rahmen überschreitet und somit rechtlich unzulässig ist.

#### **IV. Ergebnis**

Zusammenfassend ist festzuhalten: Führt die von Bayern geplante „10H-Abstandsregelung“ in tatsächlicher Hinsicht dazu, dass im gesamten Landesgebiet Windenergienutzung nicht mehr in substantieller Weise bzw. überhaupt nicht mehr möglich ist und damit die bundesgesetzliche Privilegierung in Bayern praktisch „keine Rolle mehr spielt“, so ließe sich durchaus vertreten, dass eine solche Abstandsregelung den durch die bundesgesetzliche Privilegierung vorgegebenen rechtlichen Rahmen überschreitet und somit rechtlich unzulässig ist. Dies zu Grunde gelegt dürfte die von der bayerischen Staatsregierung angestrebte „relative Privilegierung“ der Windenergie im Falle einer 10H-Abstandsregelung wohl eher eine euphemistische Umschreibung für eine „Aushöhlung“ der bundesgesetzlichen Privilegierungsentscheidung auf Landesebene darstellen.

### **2. Teil: Einschätzung der derzeit angekündigten „Stichtags-Regelungen“**

Im zweiten Teil ist die derzeit kursierende „Stichtags-Regelung“ einer ersten rechtlichen Einschätzung zu unterziehen. Vorab soll bereits darauf hingewiesen werden, dass hier die Frage der Rückwirkung von Gesetzen von zentraler Bedeutung ist, welche mit der Einführung von Stichtagen regelmäßig einhergeht, vgl. hierzu **(III.)**! Ungeachtet dessen sind zunächst die rechtlichen Rahmenbedingungen **(I.)** für die derzeit kursierende konkrete Stichtags-Regelung (hierzu unter **II.)** zu skizzieren.

#### **I. Grundsätze für „Stichtags-Regelungen“**

Bundesverwaltungsgericht und Bundesverfassungsgericht haben zur Problematik von Stichtags-Regelungen umfangreiche Rechtsprechung entwickelt. So führte das BVerwG aus:

*„Ungleichheiten, die durch Stichtagsregelungen entstehen, müssen hingenommen werden, wenn die Einführung eines Stichtages notwendig und die Wahl des Zeitpunktes, orientiert am gegebenen Sachverhalt, sachlich vertretbar ist (im Anschluss an BVerfG, Beschluss vom 8. April 1987 - 1 BvR 564, 684, 877, 886, 1134, 1636, 1711/84 - BVerfGE 75, 78 <106>). Hierbei steht der Verwaltung ein Einschätzungsspielraum im Rahmen der unter Berücksichtigung aller Umstände geltenden Grenze der Zumutbarkeit zu, deren Einhaltung von einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe abhängt.“*

- BVerwG, Urt. v. 11.05.2006 (5 C 10/05) im Anschluss an BVerfG, Bschl. v. 15.10.1996 zu gesetzlich festgelegten Stichtagen sowie Bschl. vom 8.06.1988 (2 BvL 9/85 und 3/86) -

Für die Wahl eines bestimmten Stichtages ist – da hier regelmäßig eine Rückwirkung von Gesetzen im Raume steht - insbesondere auch maßgeblich, bis wann das Vertrauen der von einer Gesetzesänderung Betroffenen in den Fortbestand der Rechtslage schutzwürdig ist:

*Zwar wird das Vertrauen der Bürger in eine bestehende Rechtslage grundsätzlich erst mit dem Änderungsbeschluss des Bundestages zerstört (vgl. BVerfGE 95, 64 <88>; 97, 67 <79>). Dieser Gesichtspunkt hat aber insbesondere dann weniger Gewicht, wenn es darum geht, einen **Ankündigungseffekt** zu vermeiden, der die beabsichtigte Wirkung der Gesetzesänderung ganz oder zum Teil zunichte zu machen droht. **Bei der Beurteilung, ab welchem Zeitpunkt die Wirkung der Ankündigung einer Gesetzesänderung den Gesetzeszweck durchkreuzt, und bei der daran orientierten Festsetzung von Stichtagen steht dem Gesetzgeber ein beträchtlicher Einschätzungsspielraum zu. Das Bundesverfassungsgericht muß sich insoweit auf die Prüfung beschränken, ob der Gesetzgeber seinen Spielraum in sachgerechter Weise genutzt, die für die zeitliche Anknüpfung in Betracht kommenden Faktoren hinreichend gewürdigt und eine sachlich begrün-***

*dete Entscheidung getroffen hat* (vgl. BVerfGE 95, 64 <88 f.>). Dies ist hier der Fall.

(...)

*Da, wie in den Stellungnahmen ausgeführt wird, viele Investoren Rückübertragungsansprüche aufgekauft haben, um sich in der Konkurrenz zu anderen möglichen Investoren einen Vorrang zu verschaffen, liegt die Beurteilung des Gesetzgebers, daß es bei **Bekanntwerden des Gesetzentwurfs** zu einem **Vorzieheffekt** mit nachteiligen Folgen für die Investitionen in den neuen Bundesländern, verbunden mit einer Wettbewerbsverzerrung, gekommen wäre, innerhalb seiner Einschätzungsprärogative. Die Wahl des Datums des **Kabinettsbeschlusses als Stichtag ist angesichts der daraufhin erfolgten Berichterstattung sachgerecht und verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden** (vgl. auch BVerfG, Beschluß der 3. Kammer des Zweiten Senats, NJW 1992, S.2877 <2878>).*

- BVerfG, Bschl. v. 29.10.1999 ( 2 BvR 1996/97) -

Das BVerfG akzeptiert damit auch die Vermeidung von „Ankündigungseffekten“, welche zu einem Unterlaufen des Gesetzeszwecks führen, um einen bestimmten Stichtag sachlich zu rechtfertigen. Das BVerfG akzeptiert dabei grundsätzlich sogar auch Stichtage, die zu einer „echten“ Rückwirkung führen, sofern sie eben die Erreichung des Gesetzeszwecks sicherstellen sollen.

- BVerfG, Bschl. v. 03.12.1997 ( 2 BvR 882/97) -

Ausgehend von diesen Maßstäben ist fraglich, ob der derzeit kursierende Stichtag nicht zu beanstanden ist. Die bayerische Staatsregierung beschloss mit Kabinettsbeschluss vom 04.02.2014 als Stichtag den 04.02.2014, bis welchem die „alte Rechtslage angewandt werden wird“ **(II)**.

## **II. Stichtag gem. bayerischen Kabinettsbeschluss vom 04.02.2014**

Mit Kabinettsbeschluss vom 04.02.2014 hat die bayerische Staatsregierung beschlossen, auf Grundlage der „Länderöffnungsklausel“ einen Mindestabstand von

10H gesetzlich zu regeln. Die Einzelheiten sind derzeit noch unklar, allerdings wurden Ausnahmeregelungen im Falle eines „örtlichen Konsenses“ angekündigt. Zudem wurde in diesem Kabinettsbeschluss ein Stichtag benannt:

*„Die alte Rechtslage wird angewandt werden, sofern bis zum 04. Februar 2014 ein vollständiger Antrag auf bau- oder immissionsschutzrechtliche Genehmigung gestellt worden ist.“*

Dieser Stichtag ist einer ersten rechtlichen Einschätzung zu unterziehen.

Ungeachtet der Tatsache, dass derzeit mehrere verschiedene Stichtage kursieren und dieser Stichtag schon deshalb zweifelhaft ist, entstehen bei Durchsicht der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung weitere Zweifel: So hatte sich das BVerfG mit dem Fall auseinanderzusetzen, dass ein „Wachstums-Programm“ der Bundesregierung die Streichung einer Abschreibungsbegünstigung ankündigte, wobei ein zunächst angekündigter Stichtag vom 30.04.1996 (Ankündigung im Programm) im Gesetz schließlich auf den 25.04.1996 „vorverlegt“ wurde. Dabei ging es allerdings um die eher umgekehrte Frage, wann schutzwürdiges Vertrauen begründet wird:

*Die Ankündigung der Bundesregierung, die Abschreibungsbegünstigung für Aufträge nach dem 30. April 1996 streichen zu wollen (a.a.O., S. 43), **begründet kein rechtsstaatlich schutzwürdiges Vertrauen der Beschwerdeführerin in die Einhaltung dieses Termins.** Diese Ankündigung war Teil eines achtstufigen Programms einer wachstums- und beschäftigungsfreundlichen Steuerpolitik, in dem die Bundesregierung bestimmte Gesetzesinitiativen und deren Verwirklichung jeweils zu bestimmten Zeitpunkten in Aussicht gestellt hat. Diese Vorhaben können aber nur vom Parlament im Rahmen seiner Gesetzgebungskompetenz verwirklicht werden; **die Bundesregierung kann dem Parlament mit ihrem Initiativrecht (Art. 76 Abs. 1 GG) einen Gegenstand vorgeben, Parlamentsbeschlüsse jedoch nicht - auch nicht hinsichtlich eines Zeitpunktes - vorherbestimmen und deshalb auch nicht vorankündigen.** Dementsprechend sind die verschiedenen und bis in das Jahr 2003 vorausgreifenden Daten nur programmatische Erklärungen der Bundesregierung, die das Parlament bei seinen Gesetzesentscheidungen zu erwägen und zu würdigen hat. **Ihnen kommt schon nicht der Erklärungswert definitiver Gesetzes-***

***initiativen zu.** Der Deutsche Bundestag hat im Finanzausschuß die Äußerung der Bundesregierung in seine Abwägungen einbezogen und in ihren Folgewirkungen gewürdigt. Seine Entscheidung, den Stichtag vorzuverlegen, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Ankündigung der Bundesregierung könnte ein rechtsstaatlich schützenswertes Vertrauen allenfalls dann begründet haben, wenn die Bundesregierung als Verordnunggeber einen allein in ihre Zuständigkeit fallenden Beschluß über eine Änderung der Rechtsverordnung bekanntgegeben hätte. Wie der Gesetzesadressat sich auf einen Gesetzesbeschluß des Bundestages einstellen muß, so könnte der Verordnungsadressat in einem Verordnungsbeschluß eine Vertrauensgrundlage finden. **Das Programm der Bundesregierung für mehr Wachstum und Beschäftigung enthält jedoch nur Vorstellungen für eine Gesetzesinitiative, nicht eine Aussage über eine Änderung der Rechtsverordnung.** Der gesamte Abschnitt "Wachstums- und beschäftigungsfreundliche Steuerpolitik" handelt von geplanten Gesetzesänderungen. **Dementsprechend enthält die Ankündigung, die Abschreibungsbegünstigung auf bis zum 30. April abgeschlossene Verträge zu begrenzen, nur eine Aussage über die Absicht der Bundesregierung, durch eine Gesetzesinitiative im Parlament auf alsbaldige Änderung der gesetzlichen Ermächtigung hinwirken zu wollen.** Zudem wäre das Regelungsprogramm nicht durch Rechtsverordnung - in der Zuständigkeit der Bundesregierung -, sondern nur durch Gesetz zu verwirklichen gewesen. Dabei hätten sowohl das Einkommensteuergesetz wie die Einkommensteuerdurchführungsverordnung nur mit Zustimmung des Bundesrates geändert werden können.*

- BVerfG, Bschl. v. 03.12.1997 ( 2 BvR 882/97) -

Diesen Ausführungen ist zum Einen klar zu entnehmen, dass Ankündigungen in politischen Programmen kein schutzwürdiges Vertrauen in den Fortbestand der Rechtslage begründen. Betroffenen könne also nicht darauf vertrauen, dass ein dort genannter Stichtag nicht mehr zu seinen Lasten geändert, d.h. vorverlegt wird.

Gleichzeitig dürfte aber aus dieser Entscheidung umgekehrt durchaus zu schlussfolgern sein, dass bloße programmatische Absichtserklärungen eben das Vertrauen in den Fortbestand der Rechtslage auch nicht zerstören. Nach bundesverwaltungs-

gerichtlicher Auffassung ist offenbar allein entscheidend, dass es sich bei derartigen „Programmen“ eben nur um eine Vorstellung für eine Gesetzesinitiative und nicht um eine definitive Aussage in Form eines Gesetzesentwurfs über eine Änderung der Rechtslage handelt. Jedenfalls bei letzter wird regelmäßig entweder – je nach inhaltlicher Aussage - ein vertrauensschutzbegründender oder ein „vertrauensschutzzerstörender“ Tatbestand geschaffen!

- vgl. BVerfG, Bschl. v. 10.10.2012 (1 BvL 6/07) -

Für die vorliegend zu beurteilende Stichtags-Regelung bedeutet dies:

Frühestens mit der Vorlage eines konkreten Gesetzesentwurfes zur Einführung eines landesgesetzlichen Mindestabstandes könnte in entsprechender Anwendung der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung ein Verlust des Vertrauens in den Fortbestand der Rechtslage anzunehmen und ein Stichtag an diesen Zeitpunkt sachlich zu rechtfertigen sein. Dies trifft auf den Kabinettsbeschluss vom 04.02.2014 nicht zu, hier wurde eine Gesetzesinitiative lediglich angekündigt.

Dieser – frühe - Stichtag dürfte nach bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsprechung zwar dann sachgerecht sein, wenn „Ankündigungseffekte“, welche den Gesetzeszweck unterlaufen würden, zu befürchten sind und mittels des Stichtages vermieden werden sollen. Ob dies vorliegend allerdings in tatsächlicher Hinsicht zutrifft und insoweit ein sachlicher Grund für den gewählten Stichtag ersichtlich ist, erscheint nach bisheriger Sachlage - soweit bekannt - sicherlich zweifelhaft. Für einen „Ansturm von Antragstellungen“ oder auch ein „Ansturm von Verbescheidungen“, welche die geplante Abstandsregelung leerlaufen lassen könnten, gibt es indessen keine belastbaren Anhaltspunkte. Vielmehr ist in diesem Zusammenhang auf das Vollzugsschreiben des Bayerischen Umweltministeriums an die Regierungen und Kreisverwaltungsbehörden vom 07.08.2013 hinzuweisen.

Genauso gut ist davon auszugehen, dass nach dem Kabinettsbeschluss vom 04.02.2014 angesichts der mit einem langwierigen und kostspieligen Genehmigungsverfahren verbundenen Investitionen eine Antragseinreichung „nochmal gut überlegt“ wird oder auf eine solche eher verzichtet wird!

Zudem: Selbst wenn auf Grund der Ankündigung der Gesetzesänderung vermehrt Anträge gestellt würden, so würde dies noch nicht zwangsläufig zu einem „Leer-

laufen“ der geplanten Mindestabstandsregelung führen, da die Verfahrensdauer schon vom Gesetzgeber mit mindestens drei Monaten (vereinfachtes Genehmigungsverfahren) bzw. sieben Monaten (förmliches Genehmigungsverfahren) angesetzt wird, in der Realität jedoch bedeutend länger ist! Dass also ohne eine Stichtagsregelung „fließbandartig“ Genehmigungen beantragt und auch noch erteilt würden und damit die geplante Mindestabstandsregelung zunichte gemacht werden würde, ist derzeit bestenfalls eine Vermutung.

Eine sachliche Rechtfertigung des geplanten Stichtages ist damit derzeit nicht ersichtlich.

### **III. Im Übrigen: Unzulässige Rückwirkung von Gesetzen?**

Neben den vorstehenden Ausführungen zur Sachgerechtigkeit der konkret gewählten Stichtage steht mit den geplanten Stichtagesregelungen gleichzeitig die Frage im Raum, ob hier eine – gegebenenfalls unzulässige – „Rückwirkung von Gesetzen“ geplant ist.

#### 1. Grundsätze

Das BVerfG hat sich zu den Grundsätzen für die „Rückwirkung von Gesetzen“ wie folgt geäußert:

*„Vor dem Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes bedarf es besonderer Rechtfertigung, wenn der Gesetzgeber die Rechtsfolge eines der Vergangenheit zugehörigen Verhaltens nachträglich belastend ändert. Die Verlässlichkeit der Rechtsordnung ist eine Grundbedingung freiheitlicher Verfassungen. Es würde den Einzelnen in seiner Freiheit erheblich gefährden, dürfte die öffentliche Gewalt an sein Verhalten oder an ihn betreffende Umstände im nachhinein belastendere Rechtsfolgen knüpfen, als sie zum Zeitpunkt seines rechtserheblichen Verhaltens galten (...).*

*Eine Rechtsnorm entfaltet Rückwirkung, wenn der Beginn ihres zeitlichen Anwendungsbereichs auf einen Zeitpunkt festgelegt ist, der vor dem Zeitpunkt liegt, zu dem die Norm gültig geworden ist*

(vgl. BVerfGE 72, 200 <241>). Der zeitliche Anwendungsbereich einer Norm bestimmt, in welchem Zeitpunkt die Rechtsfolgen einer gesetzlichen Regelung eintreten sollen. Grundsätzlich erlaubt die Verfassung nur ein belastendes Gesetz, dessen Rechtsfolgen für einen frühestens mit der Verkündung beginnenden Zeitraum eintreten. **Die Anordnung, eine Rechtsfolge solle schon für einen vor dem Zeitpunkt der Verkündung der Norm liegenden Zeitraum eintreten (Rückbewirkung von Rechtsfolgen, "echte" Rückwirkung), ist grundsätzlich unzulässig. Der von einem Gesetz Betroffene muß grundsätzlich bis zum Zeitpunkt der Verkündung einer Neuregelung darauf vertrauen können, daß er nicht nachträglich einer bisher nicht geltenden Belastung unterworfen wird** (vgl. BVerfGE 72, 200 <242, 254>). Dieser Schutz des Vertrauens in den Bestand der ursprünglich geltenden Rechtsfolgenlage findet seinen verfassungsrechtlichen Grund vorrangig in den allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen insbesondere des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit (vgl. BVerfGE 45, 142 <167 f.>; 72, 200 <242>; 83, 89 <109 f.>). **Demgegenüber betrifft die tatbestandliche Rückanknüpfung ("unechte" Rückwirkung) nicht den zeitlichen, sondern den sachlichen Anwendungsbereich einer Norm. Die Rechtsfolgen eines Gesetzes treten erst nach Verkündung der Norm ein, deren Tatbestand erfaßt aber Sachverhalte, die bereits vor Verkündung "ins Werk gesetzt" worden sind** (vgl. BVerfGE 31, 275 <292 ff.>; 72, 200 <242>). Diese Tatbestände, die den Eintritt ihrer Rechtsfolgen von Gegebenheiten aus der Zeit vor ihrer Verkündung abhängig machen, berühren vorrangig die Grundrechte (vgl. BVerfG, a.a.O.) und unterliegen weniger strengen Beschränkungen als die Rückbewirkung von Rechtsfolgen (vgl. BVerfGE 92, 277 <344>). Für das Einkommensteuerrecht kommen je nach Art der betroffenen Einkünfte und der Wege, auf denen sie erzielt worden sind, namentlich Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 und 2 sowie Art. 2 Abs. 1 GG als betroffene Rechte in Betracht (vgl. BVerfGE 72, 200 <242 f., 253 f.>).“

- BVerfG, Bschl. v. 03.12.1997 ( 2 BvR 882/97) -

Weiterhin hat das BVerfG klargestellt:

*„Anders als eine echte Rückwirkung, der das Rechtsstaatsprinzip enge Grenzen zieht (vgl. BVerfGE 72, 200 <257>) und die deshalb verfassungsrechtlich in der Regel untersagt ist (vgl. BVerfGE 95, 64 <86>), ist die unechte Rückwirkung grundsätzlich zulässig (vgl. BVerfGE 63, 152 <175>; 69, 272 <309>; 72, 141 <154>). Jedoch ergeben sich für den Gesetzgeber auch hier aus dem rechtsstaatlichen Grundsatz der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes Schranken. Im näheren hängt die Beurteilung von dem Ergebnis einer Abwägung zwischen dem Ausmaß des Vertrauensschadens des Einzelnen und der Bedeutung des gesetzlichen Anliegens für das Wohl der Allgemeinheit ab. Überwiegen die mit der Regelung verfolgten Gemeinwohlinteressen das Vertrauen des Einzelnen auf die Fortgeltung der bestehenden Rechtslage, ist die unechte Rückwirkung verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (vgl. BVerfGE 72, 175 <196>; 74, 129 <155>; 89, 48 <66>). Von entscheidender Bedeutung ist dabei, ob und inwieweit die Betroffenen auf den Bestand der geltenden Rechtslage vertrauen konnten, also mit deren Änderung nicht zu rechnen brauchten.*

*(...)“*

- BVerfG, Kammerbeschluss v. 29.10.1999 (1 BvR/1996/97) -

Dennoch ist in engen Grenzen auch eine Rückbewirkung von Rechtsfolgen erlaubt. Das BVerfG fordert hier „Zwingende Gründe des gemeinen Wohls“, dem Gesetzgeber muss es erlaubt sein

*„die zur sofortigen Abwehr offensichtlicher Gefahren und Missstände geeigneten und notwendigen Maßnahmen treffen zu können.“*

- BVerfG, Bschl. v. 03.12.1997 ( 2 BvR 882/97) -

So hoch diese Hürden auf den ersten Blick auch zu sein scheinen, im zitierten Beschluss hat das BVerfG es genügen lassen, dass der Gesetzeszweck – im konkreten Fall die Abschaffung von Subventionen – unterlaufen würde, da es nach Ankündigung zu einem „Vorzieheffekt“ gekommen wäre, sodass sich der Gesetzgeber den für ein Gesetzgebungsverfahren erforderlichen Zeitraum mittels Stichtagsregelung „verschaffen“ durfte.

Ausgehend von den soeben dargelegten Grundsätzen steht vorliegend jedenfalls eine „unechte“ Rückwirkung im Raume.

## 2. Vorliegend „Unechte Rückwirkung“

Eine unechte Rückwirkung liegt wie dargelegt vor, wenn eine Norm auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirkt und damit zugleich die betroffene Rechtsposition entwertet, so wenn belastende Rechtsfolgen einer Norm erst nach ihrer Verkündung eintreten, tatbestandlich aber von einem bereits ins Werk gesetzten Sachverhalt ausgelöst werden („tatbestandliche Rückanknüpfung“). Eine solche liegt hier wohl vor (a). Die Zulässigkeit einer solchen ist aber zweifelhaft (b).

### a) In Gang gesetzte Genehmigungsverfahren erfasst

Die von der Bayerischen Staatsregierung im Kabinettsbeschluss vom 04.02.2014 angekündigte Stichtagsregelung dürfte jedenfalls eine „unechte“ Rückwirkung beinhalten:

Mit Einreichung eines immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsantrags wird ein Sachverhalt, d.h. konkret ein Genehmigungsverfahren in Gang gesetzt, welches frühestens mit Verbescheidung – Ablehnung oder Erteilung – abgeschlossen ist.

Für Anträge, die erst nach Verkündigung bzw. Inkrafttreten des geplanten landesgesetzlichen Mindestabstandes eingereicht werden, gilt zwar nach den ganz allgemeinen Regeln des maßgeblichen Zeitpunktes für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage (maßgeblich ist nämlich der Zeitpunkt der Behördenentscheidung) natürlich die neue Rechtslage. Aufgrund der Stichtagsregelung gilt aber die neue, ungünstigere Rechtslage bereits für alle im Zeitpunkt des Inkrafttretens noch offenen Genehmigungsanträge, die entweder nach dem Stichtag 04.02.2014 erst eingereicht oder erst danach vollständig werden.

Damit werden von der Neuregelung auch Anträge erfasst, durch die das Genehmigungsverfahren mit Antragseinreichung in Gang gesetzt worden sind, die aber bis Inkrafttreten des gesetzlichen Mindestabstandes noch nicht abschließend beschieden worden sind.

- vgl. OVG Lüneburg, Urt. v. 13.02.2013 ( 13 LC 33/11) zur Übergangsregelung des § 40c RuStAG (Verschärfung der Einbürgerungsvoraussetzungen für vor dem 30.03.2007 gestellte Einbürgerungsanträge) -

D.h. eine „unechte“ Rückwirkung wird für sämtliche immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanträge vorliegen, die nach dem Stichtag 04.02.2014 entweder erst eingereicht oder erst nach dem Stichtag vollständig werden!

b) „Unechte“ Rückwirkung vorliegend unzulässig?

Damit ist zu prüfen, ob die mit der geplanten Stichtagsregelung einhergehende „unechte“ Rückwirkung zulässig ist.

Zwar ist eine „unechte“ Rückwirkung nicht grundsätzlich unzulässig. Eine unechte Rückwirkung findet aber ihre verfassungsrechtlichen Grenzen maßgeblich im Grundsatz des Vertrauensschutzes und im Verhältnismäßigkeitsprinzip.

Eine „unechte“ Rückwirkung ist mit den Grundsätzen grundrechtlichen und rechtsstaatlichen Vertrauensschutzes daher nur vereinbar, wenn sie zur Förderung des Gesetzeszwecks geeignet und erforderlich ist und wenn bei einer Gesamtabwägung zwischen dem Gewicht des enttäuschten Vertrauens und dem Gewicht und der Dringlichkeit der die Rechtsänderung rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt bleibt. Der Normadressat muss eine Enttäuschung seines Vertrauens in die alte Rechtslage nur hinnehmen, soweit dies aufgrund besonderer, gerade die Rückanknüpfung rechtfertigender öffentlicher Interessen unter Wahrung der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt ist.

- ständige Rechtsprechung, vgl. BVerfG, Bschl. v. 10.10.2012 (1 BvL 6/07) mit Verweis auf BVerfGE 127, 1; 127, 31 und 127, 61 -

Maßgeblich hängt damit die Beurteilung von dem Ergebnis einer Abwägung zwischen dem Ausmaß des Vertrauensschadens des Einzelnen und der Bedeutung des gesetzlichen Anliegens für das Wohl der Allgemeinheit ab. Überwiegen die mit der Regelung verfolgten Gemeinwohlinteressen das Vertrauen des Einzelnen auf die Fortgeltung der bestehenden Rechtslage, ist die unechte Rückwirkung verfassungs-

rechtlich nicht zu beanstanden. Von entscheidender Bedeutung ist nach bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsprechung dabei, ob und inwieweit die Betroffenen auf den Bestand der geltenden Rechtslage vertrauen konnten, also mit deren Änderung nicht zu rechnen brauchten.

- vgl. BVerfG, Kammerbeschluss v. 20.10.1999 ( 1 BVR 1996/97) mit Verweis auf BVerfGE 72, 175; 74, 129; 89, 48 -

Das Gewicht des enttäuschten Vertrauens bemisst die Rechtsprechung auch danach, ob gewichtige, unumkehrbare Dispositionen im Vertrauen auf die Beibehaltung der alten Rechtslage getroffen wurden.

- vgl. OVG Lüneburg, Urt. v. 13.02.2013 ( 13 LC 33/11) -

Für die vorliegend geplante unechte Rückwirkung ist folgendes festzustellen:

Ungeachtet der Frage, ob hier die geplante unechte Rückwirkung den Gesetzeszweck fördern kann, ist aber schon eine „Dringlichkeit der Rechtsänderung“ nicht ersichtlich:

Eine solche Dringlichkeit der Rechtsänderung wird von der Rechtsprechung insbesondere dann für gerechtfertigt erachtet, wenn „Ankündigungseffekte, also ein „Ansturm von Antragstellungen“ oder auch ein „Ansturm von Verbescheidungen“, welche die geplante Abstandsregelung leerlaufen lassen könnten, vermieden werden sollen.

Für derartige „Ankündigungseffekte“ gibt es indessen keine belastbaren Anhaltspunkte. Wie bereits dargelegt ist genauso gut davon auszugehen, dass nach dem Kabinettsbeschluss vom 04.02.2014 angesichts der mit einem langwierigen und kostspieligen Genehmigungsverfahren verbundenen Investitionen eine Antragseinreichung „nochmal gut überlegt“ wird oder auf eine solche eher verzichtet wird!

Auch andere, die „Dringlichkeit der Rechtsänderung“ rechtfertigenden Gründe sind derzeit nicht wirklich ersichtlich. Der Kabinettsbeschluss vom 04.02.2014 schweigt sich hierzu aus, ein Gesetzesentwurf bzw. eine Entwurfsbegründung liegt derzeit noch nicht vor.

D.h.: Eine Interessenabwägung kommt nicht in Betracht, wenn verfassungsrechtlich bereits kein für die Rückwirkung sprechendes öffentliches Interesse ersichtlich bzw. anzuerkennen ist.

- so auch BVerfG, Bschl. v. 10.10.2012 (1 BvL 6/07) -

Schon mangels eines die „Dringlichkeit“ der Rechtsänderung rechtfertigenden Grundes kann die gebotene Interessenabwägung nur zu Gunsten des Vertrauensschutzes ausfallen!

Dessen ungeachtet hat demgegenüber, sozusagen in der anderen „Waagschale“, das Vertrauen der Antragsteller ein erhebliches Gewicht: Selbst wenn das Vertrauen der Betroffenen in den Fortbestand der geltenden Rechtslage mit Kabinettsbeschluss v. 04.02.2014 zerstört worden sein sollte und deshalb dem Vertrauensschutz insoweit ein eher geringes Gewicht zuzusprechen sein könnte,

- vgl. BVerfG, Kammerbeschluss v. 20.10.1999 ( 1 BVR 1996/97) -

ist zu bedenken: Selbst wenn zum geplanten Stichtag ein Antrag noch nicht vollständig sein sollte, so werden von der Rückwirkung auch Antragsverfahren erfasst, welche bereits seit langem anhängig sind und in welchen gegebenenfalls auch ganz erhebliche Investitionen getätigt wurden! Insbesondere naturschutzrechtliche Gutachten, Umweltverträglichkeitsprüfungen usw. ziehen teilweise einen massiven Zeit- und Kostenaufwand nach sich, nicht zu vergessen sind die regelmäßig vor Antragstellung geschlossenen zivilrechtlichen Vereinbarungen. All diese wurden im Vertrauen auf die Beibehaltung der alten Rechtslage getroffen.

Gerade die von der bayerischen Staatsregierung geplante „verschärfte“, da nicht nur an die Antragstellung, sondern an die Antragsvollständigkeit anknüpfende Stichtagsregelung ist daher mit dem grundrechtlichen und rechtsstaatlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes kaum mehr vereinbar.

Festzuhalten ist damit: Nach dem derzeitigen Kenntnisstand ist die mit der geplanten Stichtagsregelung einhergehenden „unechten“ Rückwirkung als unzulässig zu erachten!

#### **IV. Ergebnis**

Die von der bayerischen Staatsregierung geplante Stichtags-Regelung (Kabinettsbeschluss am 04.02.2014) ist sicherlich angreifbar. Insbesondere ist eine sachliche Rechtfertigung in Form von „Ankündigungseffekten“ zumindest derzeit nicht ersichtlich. In diesem Zusammenhang steht auch eine „unechte“ Rückwirkung im Raume, welche hier kaum zulässig sein dürfte. Diese Problematik wird bisher – verständlicherweise - nicht weiter thematisiert. Vielmehr ist zu konstatieren, dass insbesondere der in den Beschlüssen des Bayerischen Kabinetts gewählte Wortlaut, in welchen von „Übergangsregelungen“ und „Vertrauensschutzregel“ die Rede ist, wohl eher in die Irre führt und die Frage der unzulässigen Rückbewirkung von Rechtsfolgen verschleiert.

Leipzig, 10. April 2014

pro absente

Prof. Dr. Martin Maslaton  
Rechtsanwalt

Helga Jakobi  
Rechtsanwältin