

## **Ersthinweise bzw. häufige Fragen zur bayerischen 10 H-Regelung**

Mit der neuen bayerischen 10 H-Regelung, die am 21. November 2014 in Kraft getreten ist, soll entsprechend der Gesetzesbegründung (LT-Drs. 17/2137) ein angemessener Interessenausgleich zwischen den Anforderungen der Energiewende und den zu berücksichtigenden Interessen der örtlichen Wohnbevölkerung geschaffen werden.

### **1. Welche Wohngebäude werden erfasst?**

- Es werden alle Wohngebäude in Gebieten mit Bebauungsplänen (§ 30 Baugesetzbuch (BauGB)) sowie innerhalb im Zusammenhang bebauter Ortsteile (§ 34 BauGB) erfasst, in denen Wohngebäude nach der Baunutzungsverordnung (BauNVO) allgemein, d.h. nicht nur ausnahmsweise zulässig sind. Im Außenbereich sind nur Wohngebäude im Geltungsbereich von Satzungen nach § 35 Abs. 6 BauGB geschützt. Voraussetzung ist jedoch, dass die Gebäude zulässigerweise zu Wohnzwecken errichtet wurden bzw. werden können. Dabei werden auch Gebäude erfasst, die nur teilweise zu Wohnzwecken genutzt werden. Ob sich die betreffenden Wohngebäude in der Gemeinde befinden, in der die Windenergieanlage (WEA) errichtet werden soll, oder in einer anderen Gemeinde, ist hingegen nicht von Bedeutung.
- Nur ausnahmsweise zulässige Wohngebäude, z.B. in Gewerbegebieten (vgl. § 8 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO) oder Industriegebieten (vgl. § 9 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO), sowie einzelne Gebäude mit Wohnnutzung im Außenbereich, die nicht unter eine Außenbereichssatzung (§ 35 Abs. 6 BauGB) fallen, werden vom Gesetz nicht erfasst. Grund ist, dass Wohngebäude, die im jeweiligen Gebiet nur ausnahmsweise zulässig sind, und Außenbereichsvorhaben nach der Intention des Gesetzgebers weniger schutzwürdig und -bedürftig sind und dass im Übrigen Möglichkeiten zur Errichtung von WEA sonst zu stark eingeschränkt wären.

## 2. Wie bemisst sich die Höhe einer WEA?

Nach Art. 82 Abs. 2 Satz 1 Bayerische Bauordnung (BayBO) bemisst sich die Höhe einer WEA im Sinn des Absatzes 1 nach der Nabenhöhe zuzüglich Radius des Rotors. Der Begriff „Nabenhöhe“ ist dabei wie im Windenergieerlass als Höhe der Achse zu verstehen, um den sich die Flügel des Rotors drehen.

## 3. Wie bemisst sich der Abstand einer WEA?

Nach Art. 82 Abs. 2 Satz 2 BayBO bemisst sich der Abstand von der Mitte des Mastfußes der WEA bis zum nächstgelegenen Wohngebäude, das im jeweiligen Gebiet im Sinne des Absatzes 1 zulässigerweise errichtet wurde.

Art. 82 Abs. 2 Satz 2 BayBO nimmt auch unbebaute Flächen in Bezug („...zulässigerweise ... errichtet werden kann“). Als Bezugspunkt hierfür wird entsprechend der Gesetzesbegründung im Zusammenhang mit Bebauungsplänen (§ 30 BauGB) die Grenze der überbaubaren Grundstücksflächen empfohlen, im Innenbereich (§ 34 BauGB) der Rand der Fläche, die an den Außenbereich grenzt.

## 4. Was gilt, wenn ein Wohngebäude näher als 10 H an eine bereits bestehende WEA heranrücken soll?

Wohngebäude müssen sich nicht an den Mindestabstand von 10 H halten. Sie können also – vorbehaltlich baurechtlicher Anforderungen zur Gewährleistung gesunder Wohn- und Arbeitsverhältnisse – grundsätzlich auch innerhalb dieses Radius errichtet werden.

## 5. Was passiert mit gemeindlichen Bauleitplänen?

Hier ist zu unterscheiden:

- Bebauungspläne (Sondergebiete „Wind“) sowie „normale“ Flächennutzungspläne mit Flächen für Windkraft ohne Ausschluss- bzw. Konzentrationswirkung werden von der Neuregelung nicht berührt. Sie gelten fort. Hintergrund hierfür ist, dass diese Bauleitpläne im Gegensatz zu Flächennutzungsplänen mit Ausschluss- bzw. Konzentrationswirkung i.S.d. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB keine entsprechende Privilegierung von WEA i.S.d. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB voraussetzen.

Soweit sich diese noch im Aufstellungsverfahren befinden, können sie grds. fortgeführt werden. Hierbei ist jedoch ggf. (insbesondere im Rah-

men der Abwägung) der besondere Schutzzweck der neuen gesetzlichen Regelung zu berücksichtigen.

- Für (zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes) bestehende Flächennutzungspläne mit Ausschluss- bzw. Konzentrationswirkung i.S.d. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB gilt nach Art. 82 Abs. 4 BayBO grundsätzlich Bestandsschutz. D.h. die Konzentrationsflächendarstellungen gelten unverändert fort. Die 10 H-Regelung gilt hier nicht, mit der Folge, dass WEA wie bisher nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegiert sind. Allerdings kann sowohl die Beleggemeinde, also die Gemeinde, die den Plan aufgestellt hat, als auch eine betroffene Nachbargemeinde dieser Wirkung **bis zum 21. Mai 2015** (also sechs Monate nach Inkrafttreten des Gesetzes) in einem ortsüblich bekannt zu machenden Beschluss widersprechen. Für die Zuständigkeit und Beschlussfassung gelten die Geschäftsordnung der jeweiligen Gemeinde sowie die allgemeinen Regelungen des Verwaltungs- und Kommunalrechts. Durch die Fristsetzung soll möglichst zeitnah Klarheit und Rechtssicherheit geschaffen werden.

„**Sobald**“ ein entsprechender Widerspruch vorliegt, gilt nunmehr auch für das Plangebiet – ebenso wie bereits im übrigen Gemeindegebiet ohne Konzentrationsflächendarstellungen im Flächennutzungsplan – die 10 H-Regelung. Bis zum wirksamen Widerspruch gilt jedoch die alte Rechtslage fort. Eine Rückwirkung der 10 H-Regelung kommt nicht in Betracht.

„**Soweit**“ ein teilweiser Widerspruch erfolgt, ist zu prüfen, ob die Konzentrationsflächendarstellung(en) insgesamt noch vom planerischen Gesamtkonzept der Gemeinde getragen ist (sind) und sich als abwägungsgerecht darstellt (darstellen). Im Regelfall wird dies jedoch bei einem nur teilweisen Widerspruch nicht mehr gewährleistet sein.

Im Hinblick auf das Widerspruchsrecht der Nachbargemeinde ist zu beachten, dass diese nur „soweit“ widersprechen kann bzw. darf, wie sie tatsächlich auch betroffen ist. Als betroffen gilt dabei eine Nachbargemeinde, deren Wohngebäude in Gebieten im Sinn des Art. 82 Abs. 1 BayBO in einem geringeren Abstand als dem 10-fachen der Höhe der

Windenergieanlagen, sofern der Flächennutzungsplan jedoch keine Regelung enthält, maximal in einem Abstand von 2.000 m, stehen.

- Für Flächennutzungspläne mit Ausschluss- bzw. Konzentrationswirkung i.S.d. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, die sich noch im Aufstellungsverfahren befinden, ist nach der gesetzlichen Regelung kein Bestandsschutz vorgesehen. Es ist jedoch ein Wechsel in ein Verfahren ohne Konzentrationsflächen möglich, so dass lediglich ein „einfacher“ Flächennutzungsplan ohne die besonderen Wirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB aufgestellt wird. Dieser wiederum kann als Grundlage für einen Bebauungsplan dienen, der einen geringeren Abstand als 10 H festsetzt. Für die Berücksichtigung der gesetzgeberischen Intention der Neuregelung gilt das oben Gesagte.
- Für die Regionalplanung gilt die Bestandsschutzregelung des Art. 82 Abs. 4 BayBO nicht.

## 6. Schaffung von Baurecht für WEA durch Bauleitplanung?

Für entprivilegierte WEA, die im Außenbereich nicht mehr zulässig wären, können Gemeinden durch einen entsprechenden Bebauungsplan (Sondergebiet „Wind“, § 11 Abs. 2 BauNVO) Baurecht schaffen. Zu einer solchen Bauleitplanung ist die Gemeinde unmittelbar aufgrund des BauGB befugt.

Die Gemeinde ist dabei nicht an den Abstand von 10 H gebunden.

Art. 82 Abs. 1 BayBO sieht nämlich nur eine Entprivilegierung und keinen generell gültigen fixen Mindestabstand vor. Untergrenze sind die bereits jetzt maßgeblichen immissionsschutzrechtlichen Abstände.

Der von der Bayerischen Staatsregierung geforderte „Konsens vor Ort“, bei dem eine Abweichung von 10 H möglich sein soll, wird im Rahmen des Bauleitplanverfahrens durch die Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung (§§ 3, 4 BauGB) sowie die Beteiligung der Nachbargemeinde durch das interkommunale Abstimmungsgebot (§ 2 Abs. 2 BauGB) gewährleistet. Wie die Belange der betroffenen Nachbargemeinde dabei zu berücksichtigen sind, ergibt sich aus der **Auslegungshilfe** in Art. 82 Abs. 5 BayBO. Danach ist bei einem Bauleitplan, durch den auf dem Gebiet der Nachbargemeinde 10 H bzw. 2.000 m

unterschriften würden, im Rahmen der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB auf eine „einvernehmliche Festlegung“ hinzuwirken. „Hinzuwirken“ in diesem Zusammenhang bedeutet, dass die Einbindung der betroffenen Nachbargemeinde als Abwägungsmaterial dokumentiert werden muss. Ein **Zustimmungserfordernis** und damit eine Änderung der materiellen Rechtslage wird hierdurch allerdings nicht normiert. Dies wäre auch weder von der Länderöffnungsklausel gedeckt, noch mit dem BauGB vereinbar.

## 7. Was gilt für gemeindefreie Gebiete?

Für WEA in gemeindefreien Gebieten gilt grundsätzlich die 10 H-Regelung mit der Folge, dass auch in diesen Gebieten WEA entprivilegiert werden, wenn sie den Abstand zu Wohngebäuden nach Art. 82 Abs. 1 BayBO in angrenzenden Gemeinden nicht einhalten. Die unter Ziffer 6 erwähnte Möglichkeit, von dieser Regelung durch entsprechende Bauleitplanung abzuweichen, besteht vorliegend nicht, da eine Bauleitplanung nur von einer Gemeinde für ihr Hoheitsgebiet erfolgen kann. Nach Art. 82 Abs. 3 BayBO können jedoch angrenzende Gemeinden für WEA in gemeindefreien Gebieten, die 10 H im Hinblick auf diese unterschreiten, auf die Wirkung der 10 H-Regelung verzichten. Die jeweilige WEA ist dann weiterhin privilegiert. Hierbei gilt es zu beachten, dass bis zu einem entsprechenden Beschluss der Gemeinde (zur Zuständigkeit Beschlussfassung s.o.), der ortsüblich bekannt zu machen ist, die 10 H-Regelung gilt. Zudem kann die Gemeinde auch einen nur teilweisen Verzicht („soweit“) vornehmen.

Davon abgesehen kann natürlich auch eine Eingemeindung des Gebiets erfolgen und dann ein entsprechender Bebauungsplan, der für WEA einen geringeren Abstand als 10 H vorsieht, aufgestellt werden.

## 8. Wann ist eine Nachbargemeinde „betroffen“?

Der Begriff der „betroffenen“ Nachbargemeinde wird vom Gesetzgeber sowohl in Art. 82 Abs. 4 Nr. 3 BayBO als auch in Art. 82 Abs. 5 BayBO verwendet. Eine nähere Begriffsbestimmung ist in Art. 82 Abs. 4 Nr. 3 Halbsatz 2 BayBO enthalten. Danach ist für die Betroffenheit einer Nachbargemeinde grundsätzlich maßgeblich, welche Höhe der jeweilige Bauleitplan (insbesondere im Bebauungsplan) als maximal zulässig vorsieht. Sofern er keine Angabe dazu enthält, wird, um die Betroffenheit klar bestimmen zu können, ein Abstand von

maximal 2.000 m festgelegt. Hintergrund für die Wahl gerade dieses Abstands ist, dass er sich auf die derzeit übliche Höhe bei WEA von 200 m bezieht. Diese waren auch Auslöser der Debatten, die letztlich zur 10 H-Regelung geführt haben.

**9. Welche noch offenen Verfahren sind nach alter Rechtslage zu entscheiden?**

Nach dem Gesetz ist im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren die bis zum 21. November 2014 geltende Rechtslage anzuwenden, wenn der vollständige Antrag auf immissionsschutzrechtliche Genehmigung gemäß § 4 Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG) vor Ablauf des 4. Februar 2014 (Stichtag) bei der zuständigen Behörde eingegangen ist. Ein Antrag ist vollständig, wenn er den gesetzlichen Erfordernissen, die in der 9. Bundesimmissionsschutzverordnung (BImSchV) festgelegt sind, entspricht.

Anträge auf einen immissionsschutzrechtlichen Vorbescheid gemäß § 9 BImSchG werden von der Stichtagsregelung nicht erfasst.

**10. Was gilt, wenn bereits ein Vorbescheid erteilt wurde?**

In Fällen, in denen bereits ein bestandskräftiger Vorbescheid auf der Grundlage des geltenden Rechts vor Inkrafttreten der neuen Abstandsregelung erteilt worden ist, besteht eine Bindungswirkung für das noch laufende Genehmigungsverfahren. Die Bindungswirkung eines bestandskräftigen Vorbescheids gemäß § 9 BImSchG beschränkt sich dabei auf die Fragen, über die im Vorbescheid gemäß § 9 BImSchG verbindlich entschieden worden ist. Dies hat zur Folge, dass eine Bindungswirkung hinsichtlich der alten Rechtslage zur bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit von WEA nur eintritt, wenn im Vorbescheid über die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit positiv entschieden wurde.

**11. Warum ist bei bau- bzw. immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren Stichtag der 4. Februar 2014?**

An diesem Tag hat der Ministerrat die Eckpfeiler der bayerischen Regelung beschlossen. Der Beschluss wurde der Öffentlichkeit mitgeteilt und über die Medien verbreitet. Damit konnten und mussten etwaige Antragsteller mit den

konkret angestrebten Rechtsänderungen rechnen, so dass sie sich nicht mehr auf schutzwürdiges Vertrauen berufen können.

## **12. Wie wirkt sich die 10 H-Regelung auf die Landesplanung aus?**

(FF: Staatsministerium der Finanzen, für Landesentwicklung und Heimat)

Vorrang- und Vorbehaltsgebiete für die Errichtung von WEA in Regionalplänen haben die raumbedeutsame Windkraftnutzung als solche in diesen Gebieten zum Gegenstand, befassen sich jedoch nicht mit der Frage der zulässigen Höhe der jeweiligen WEA.

Bei Fortschreibungen von Regionalplänen zum Thema „Windkraft“, die beim Inkrafttreten der 10 H-Regelung noch nicht abgeschlossen sind, werden die Regionalen Planungsverbände diese Regelung jedoch in ihre planerischen Überlegungen einzubeziehen haben.

Bei bestehenden Windkraftkonzepten werden die Regionalen Planungsverbände zu prüfen haben, ob Änderungen aufgrund der 10 H-Regelung erforderlich sind.

## **13. Wie wirkt sich wiederum die Landesplanung auf etwaige Bebauungspläne der Gemeinden aus, die einen geringeren Abstand festlegen wollen?**

(FF: Staatsministerium der Finanzen, für Landesentwicklung und Heimat)

In sog. Ausschlussgebieten ist eine Bauleitplanung für raumbedeutsame WEA – wie bisher und damit unabhängig von der 10 H-Regelung – unzulässig.

Bebauungspläne mit einer städtebaulich begründeten höhenbezogenen Abstandsregelung, die in Vorranggebieten für die Errichtung von WEA liegen, stellen eine zulässige Konkretisierung dieser Vorranggebiete dar.

Bei Vorbehaltsgebieten für die Errichtung von WEA handelt es sich nicht um Ziele, sondern lediglich um Grundsätze der Raumordnung. Somit können die Gemeinden in Vorbehaltsgebieten (nach Abwägung) – wie auch in „weißen Flächen“ (Flächen, die weder Vorrang- noch Vorbehalts- noch Ausschlussgebiete sind) – eine höhenbezogene Abstandsregelung in Bebauungsplänen vorsehen.