

zeugende gesetzliche Regelungen selbst dann keine Wirkungen entfalten, wenn sie zwar nach Auffassung des BVerfG nicht gegen die Verfassung verstoßen, aber in der einfachrechtlichen Interessenbewertung zu unbilligen Ergebnissen führen. Denn nicht jede wenig überzeugende Regelung ist zugleich verfassungswidrig, wie aber auch nicht umgekehrt jede (gerade noch) verfassungskonforme Regelung bei einer Betrachtung auf der einfach-gesetzlichen Ebene die Weihen einer überzeugenden Regelung für sich beanspruchen kann. Das BVerfG hat der Fachgerichtsbarkeit mit seinen Hinweisen die Möglichkeit eröffnet, hier korrigierend einzugreifen, um einen sachgerechten Gesetzesvollzug sicherzustellen. Die Gerichte sind im Sinne eines sachgerechten Interessenausgleichs wohl nicht schlecht beraten, wenn sie diese Möglichkeit aufgreifen.

(Das vereinigte Korps der Mieter). Selbst unter der früheren Geltung des Verschuldensprinzips war es einfacher, eine Ehe zu scheiden, als einen Mieter aus der Wohnung zu bekommen (Stüer, AnwBlatt 2007, 431). Und nicht nur in der traditionellen Residenz des Rechts in Karlsruhe haben diese Überlegungen durchaus ihre Verfechter. Denn Bundesrichter sind nicht selten neben Eigentümern eines Eigenheims an ihrem ursprünglichen Wohnsitz Mieter einer Wohnung an ihrem beruflichen Dienstsitz. Das gilt übrigens auch für den Direktor des Deutschen Mieterbundes, der Mieter einer Wohnung an seiner dienstlichen Wirkungsstätte und Eigentümer eines Hauses am Niederrhein ist. Das alles ist nicht verboten. Zugleich ist aber auch klar, dass bei solchen Konstellationen die Mieter in den Köpfen der Beteiligten eine vorzeigbare Stellung haben und deren Interessen nicht grundlos auf der Strecke bleiben. Das ist vom Ergebnis nicht zu beanstanden. Allerdings sollten die Fachgerichte den ihnen vom BVerfG zugespielten Ball aufgreifen und durch eine entsprechende Auslegung des einfachen Rechts sicherstellen, dass das Gefüge zwischen Vermietern, Mietern und Maklern in einem speziellen Teilbereich der Auslegung des Bestellerprinzips nicht aus den Fugen gerät.

Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. Bernhard Stüer, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Mitglied des Verfassungsrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer, Münster/Osnabrück.*

* An der Stellungnahme des Verfassungsrechtsausschusses der BRAK gegenüber dem BVerfG haben mitgewirkt: die Rechtsanwälte Prof. Dr. Christian Kirchberg (Karlsruhe, Vorsitzender), Dr. Christian Dieter Bracher (Berlin), Prof. Dr. Wolfgang Kuhla (Berlin), Prof. Dr. Christof Lenz (Stuttgart), Dr. Michael Moeskes (Magdeburg), Prof. Dr. Michael Quaa M.C.L. (Stuttgart), Dr. Gerhard Strate (Hamburg), Prof. Dr. Bernhard Stüer (Münster), Prof. Dr. Michael Uechtritz (Stuttgart), Frank Johnigk (BRAK, Berlin).

Landesverfassungsgerichte

Verletzung des Neutralitätsgebots im politischen Meinungskampf

Art. 21 Abs. 1 GG; § 53 Abs. 1 Satz 2 Thür Verf

1. Das Recht der Parteien auf Chancengleichheit aus Art. 21 Abs. 1 GG ist nicht auf den Wahlkampf beschränkt. Es gilt auch für den politischen Meinungskampf und Wettbewerb im Allgemeinen.

2. Nutzt ein Amtsinhaber amtliche Kommunikationswege zur Verbreitung eigener Äußerungen, nimmt er staatliche Ressourcen in Anspruch. Dies ist ein Indiz für eine amtliche Äußerung. Eine Nutzung dieser Kommunikationswege ist auch die Verlinkung zu einem Interview auf der Facebook-Seite des Freistaats Thüringen oder dem Twitter-Account der Thüringer Staatskanzlei.

3. Der Appell eines Regierungsmitglieds an die Stadt- und Gemeinderäte, dass es keine Gemeinsamkeiten auf der Basis von Anträgen einer bestimmten Partei geben dürfe, verletzt das aus Art. 21 Abs. 1 GG folgende Neutralitätsgebot zu Lasten dieser Partei.

Thür VerfGH, Urt. v. 08.06.2016 – 25/15 –

Bay BO darf Privilegierung von Windenergieanlagen erheblich einschränken

Art. 72 Abs. 1, Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG; Art. 11, Art. 101, Art. 103 Abs. 1 Bay Verf; § 1 Abs. 7, § 35 § 249 Abs. 3 BauGB; Art. 82, Art. 83 Abs. 1, Art. 84 Satz 3 Bay BO; § 173 Bay LTGeschO

[...]

3. Der in Art. 82 Abs. 1 und 2 Bay BO geregelte höhenbezogene Mindestabstand für Windkraftanlagen als Voraussetzung für die bauplanungsrechtliche Privilegierung im Außenbereich (sog. 10 H-Regelung) ist mit der Bayerischen Verfassung vereinbar. Ebenfalls verfassungsgemäß sind die Übergangsbestimmung des Art. 83 Abs. 1 Bay BO, die Sonderregelung in Art. 82 Abs. 3 Bay BO für gemeindefreie Gebiete, die Bestandsschutzregelung des Art. 82 Abs. 4 Bay BO für vorhandene Flächennutzungspläne und das Unterlassen einer vergleichbaren Bestimmung für Regionalpläne.

a) Die dem Landesgesetzgeber durch die Öffnungsklausel in § 249 Abs. 3 BauGB eingeräumte Gesetzgebungsbefugnis zur Bestimmung eines Mindestabstands ist nicht unbegrenzt. Die bundesrechtliche Grundentscheidung für eine Privilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich darf durch eine landesrechtliche Abstandsregelung weder rechtlich noch faktisch ausgehebelt werden. Die durch den bayerischen Landesgesetzgeber normierte Festlegung des Mindestabstands zu allgemein zulässigen Wohngebäuden auf die 10-fache Anlagenhöhe überschreitet den bundesrechtlich eröffneten Gestaltungsrahmen nicht; zwar wird der räumliche Anwendungsbereich für den Privilegierungstatbestand erheblich eingeschränkt, nicht aber beseitigt. Grundrechte der Bayerischen Verfassung werden hierdurch ebenfalls nicht verletzt.

b) Die Regelung des Art. 82 Abs. 4 Bay BO für vorhandene Darstellungen von Konzentrationszonen für Windkraftanlagen in Flächennutzungsplänen berührt auch insoweit nicht den Schutzbereich des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts (Art. 11 Abs. 2 Satz 2 Bay Verf), als sie »Bestandsschutz« nur unter der Voraussetzung vorsieht, dass eine betroffene Nachbargemeinde der Fortgeltung der Darstellung bis zum 21.05.2015 nicht widerspricht.

4. Verfassungswidrig ist die in Art. 82 Abs. 5 Bay BO den Gemeinden auferlegte Pflicht, bei der Aufstellung von Bauleitplänen, die für Vorhaben der Windenergienutzung einen geringeren als den Mindestabstand festsetzen wollen, im Rahmen der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB auf eine einvernehmliche Festlegung mit betroffenen Nachbargemeinden hinzuwirken. Diese Regelung steht in einem offensichtlichen und schwerwiegenden Widerspruch zur Kompetenzordnung des Grundgesetzes und verstößt deshalb gegen das Rechtsstaatsprinzip der Bayerischen Verfassung.

Bay VerfGH, Urt. v. 09.05.2016 – Vf. 14-VII-14 – u.a. – Ländereöffnungsklausel § 249 Abs. 3 BauGB

Gründe: I.

[1] Die zur gemeinsamen Entscheidung verbundenen Verfahren betreffen die Frage, ob die Vorschriften des Art. 82 Abs. 1 bis 5, des Art. 83 Abs. 1 und des Art. 84 Satz 3 Bay BO in der Fassung des § 1 des Gesetzes zur Änderung der Bay BO und des G. über die behördliche Organisation des Bauwesens, des Wohnungswesens und der Wasserwirtschaft v. 17.11.2014 (GVBl S. 478) über einen höhenbezogenen Mindestabstand für Windkraftanlagen als Voraussetzung für deren bauplanungsrechtliche Privilegierung – sogenannte 10 H-Regelung – gegen die Bay Verf verstoßen. [...]

V. [...]

[111] Das Änderungsgesetz v. 17.11.2014 (GVBl S. 478), durch dessen § 1 die in Streit stehenden Vorschriften in die Bay BO eingefügt worden sind, ist verfassungsgemäß zustande gekommen (1.). Inhaltlich mit der Bayerischen Verfassung vereinbar sind die Grundregelung des Art. 82 Abs. 1 und 2 Bay BO sowie die Übergangsbestimmung des Art. 83 Abs. 1 Bay BO zur Einführung eines höhenbezogenen Mindestabstands für Windkraftanlagen als Voraussetzung für die bauplanungsrechtliche Privilegierung im Außenbereich (2.). Verfassungsrechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden sind die Sonderregelung in Art. 82 Abs. 3 Bay BO für gemeindefreie Gebiete (3.), die Bestandsschutzregelung des Art. 82 Abs. 4 Bay BO für vorhandene Flächennutzungspläne (4.) und das Unterlassen einer vergleichbaren Bestimmung für Regionalpläne (5.). Verfassungswidrig ist hingegen die in Art. 82 Abs. 5 Bay BO den Gemeinden auferlegte Pflicht, bei der Aufstellung von Bauleitplänen, die für Vorhaben der Windenergienutzung einen geringeren als den Mindestabstand festsetzen wollen, im Rahmen der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB auf eine einvernehmliche Festlegung mit betroffenen Nachbargemeinden hinzuwirken; diese Vorschrift steht in einem offensichtlichen und schwerwiegenden Widerspruch zur Kompetenzordnung des Grundgesetzes und verstößt deshalb gegen das Rechtsstaatsprinzip der Bayerischen Verfassung (6.). [...]

[115] 2. Die Grundregelung des Art. 82 Abs. 1 und 2 Bay BO sowie die Übergangsbestimmung des Art. 83 Abs. 1 Bay BO zur Einführung eines höhenbezogenen Mindestabstands für Windkraftanlagen als Voraussetzung für die bauplanungsrechtliche Privilegierung im Außenbereich sind inhaltlich mit der Bayerischen Verfassung vereinbar.

[116] a) Das Rechtsstaatsprinzip des Art. 3 Abs. 1 Satz 1 Bay Verf ist entgegen dem Haupteinwand der Ast. nicht we-

gen eines Widerspruchs dieser Vorschriften zur Kompetenzordnung des Grundgesetzes verletzt.

[117] Prüfungsmaßstab in den Verfahren vor dem VerfGH ist allein die Bay Verf. Nach ständiger Rechtsprechung 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 nicht in den Bereich des Bundesrechts mit der Folge, dass jeder Verstoß gegen Bundesrecht zugleich als Verletzung der Bayerischen Verfassung anzusehen wäre. Art. 3 Abs. 1 Satz 1 Bay Verf ist vielmehr erst dann verletzt, wenn der Widerspruch des bayerischen Landesrechts zum Bundesrecht offen zutage tritt und darüber hinaus auch inhaltlich nach seinem Gewicht als schwerwiegender Eingriff in die Rechtsordnung zu werten ist (vgl. VerfGH v. 21.12.2011 VerfGHE 64, 224/228; v. 16.06.2015 Bay VBl 2015, 707 Rdnr. 43). Das gilt auch für die Beurteilung der Frage, ob der Landesgesetzgeber die bundesrechtliche Kompetenzordnung des Grundgesetzes eingehalten hat (VerfGH v. 18.04.2002 VerfGHE 55, 57/64; v. 15.05.2014 Bay VBl 2014, 688 Rdnr. 69).

[118] Ein solcher offenkundiger und schwerwiegender Verstoß lässt sich nicht feststellen. Die Grundregelung des Art. 82 Abs. 1 und 2 Bay BO sowie die Übergangsbestimmung des Art. 83 Abs. 1 Bay BO halten sich innerhalb des Gestaltungsspielraums, den der Bund den Ländern durch § 249 Abs. 3 BauGB eröffnet hat.

[119] aa) [...]

[120] Mit dieser Öffnungsklausel ermöglicht der Bund im Rahmen seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz für das Bodenrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG) den Ländern, den Privilegierungstatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB für Windenergieanlagen durch Festlegung von Mindestabständen insbesondere zu Wohnbebauung einzuschränken. [...]

[123] Insbesondere bleibt es grundsätzlich allein der Entscheidungskompetenz des Landesgesetzgebers überlassen, die Reichweite des Mindestabstands und damit mittelbar den Umfang der Entprivilegierung von Windenergieanlagen zu bestimmen. Die durch § 249 Abs. 3 BauGB eingeräumte Gesetzgebungsbefugnis zur Bestimmung eines Mindestabstands ist jedoch nicht unbegrenzt. [...]

[125] Will der Landesgesetzgeber den durch die Öffnungsklausel des § 249 Abs. 3 BauGB eingeräumten Spielraum ausfüllen, so darf er sich nicht in Widerspruch zu bestehenden bundesrechtlichen Regelungsgefüge setzen. Der Bundesgesetzgeber hat den Privilegierungstatbestand für Windenergieanlagen im Außenbereich beibehalten und ihn den Ländern lediglich zur abstandsbezogenen Einschränkung geöffnet. Diese bundesrechtliche Grundentscheidung darf durch eine landesrechtliche Abstandsregelung weder rechtlich noch faktisch ausgehebelt werden. Der Landesgesetzgeber ist deshalb gehindert, einen so hohen Mindestabstand festzulegen, dass praktisch keine Flächen für die Anwendung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB zugunsten von Windenergieanlagen verbleiben und dieser – fortbestehende – bundesrechtliche Privilegierungstatbestand dadurch in

dem jeweiligen Land ausgehöhlt wird (Würfel/Werner, Bay VBl 2015, 109/111). Dessen Anwendungsbereich darf durch Landesgesetz nur eingeschränkt, nicht aber ganz oder nahezu vollständig ausgeschlossen werden (Decker, in: Simon/Busse, Bay BO, Art. 82 Rdnr. 14).

[126] **bb)** Weder die Grundregelung des Art. 82 Abs. 1 und 2 Bay BO noch die Übergangsvorschrift des Art. 83 Abs. 1 Bay BO als die zentralen Vorschriften der fristgerecht vor dem 31.12.2015 verkündeten bayerischen Abstandsregelung überschreiten den Gestaltungsrahmen, den der Bund den Ländern durch § 249 Abs. 3 BauGB eröffnet hat.

[127] **(1)** Die zulässigen baulichen Nutzungen, denen gegenüber Windenergieanlagen den Mindestabstand einhalten müssen, sind bundesrechtskonform festgelegt. [...]

[130] **(2)** Der von Windenergieanlagen einzuhaltende Abstand ist in Übereinstimmung mit den bundesrechtlichen Vorgaben im Einzelnen hinreichend bestimmt festgelegt. [...]

[132] **(3)** Die pauschale Festlegung des Mindestabstands auf das 10-fache der jeweiligen Anlagenhöhe überschreitet ebenfalls nicht die den Ländern durch § 249 Abs. 3 BauGB übertragene Gesetzgebungsbefugnis.

[133] Mit dieser Ausdehnung kann die Abstandsregel – noch – ihre bundesgesetzlich vorgegebene bodenrechtliche Funktion erfüllen, mögliche Nutzungskonflikte zwischen Windenergieanlagen und Wohnnutzung zu steuern. Zwar geht die fachgerichtliche Rechtsprechung in Auslegung und Anwendung des bauplanungsrechtlichen Begriffs der öffentlichen Belange i.S.d. § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB davon aus, dass von einer Windkraftanlage in der Regel bereits dann keine optisch bedrängende, das Gebot der Rücksichtnahme verletzende Wirkung zulasten der Wohnnutzung ausgeht, wenn der Abstand mindestens das Dreifache der Gesamthöhe der Windkraftanlage beträgt (vgl. OVG NW v. 09.08.2006 DVBl 2006, 1532 ff.; BVerwG v. 11.12.2006 Bay VBl 2007, 250 f.; Bay VGH v. 29.05.2009 Bay VBl 2010, 114 f.; v. 27.05.2015 – 22 ZB 15.630 – juris Rdnr. 24). Der Gesetzgeber ist aber nicht gehindert, für die vorgelagerte Frage, welche Vorhaben im Außenbereich privilegiert zulässig sein sollen, ein im Vergleich zur Einzelfallsteuerung durch das Rücksichtnahmegebot weitaus strengeres, pauschalierendes Abstandserfordernis zugunsten bestimmter Wohnnutzungen einzuführen. Mit der Wahl eines Mindestabstands des 10-fachen der Anlagenhöhe hält sich der Landesgesetzgeber mit Blick auf die Besonderheiten von Windkraftanlagen im Bereich bodenrechtlicher Relevanz. Denn diese Anlagen werden nicht nur wegen ihres Bauvolumens und ihres Turms, sondern insbesondere wegen der in großer Höhe wahrzunehmenden Drehbewegung des Rotors vielfach als störend und wohnwertmindernd empfunden.

[134] Der nach Art. 82 Abs. 1 und 2 Bay BO einzuhaltende Abstand führt nicht dazu, dass der bundesrechtliche Privilegierungstatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB in Bayern faktisch ausgehebelt wird. Es verbleiben ausreichend Flächen für seine Anwendung zugunsten von Windenergieanlagen. Das ergibt sich allerdings nicht bereits daraus, dass das Gesetz den Gemeinden die Möglichkeit belässt, entprivilegierten Windkraftanlagen auch innerhalb des Mindest-

abstands durch Aufstellung eines Bebauungsplans Baurecht zu verschaffen. Wenn Bundesrecht, wie oben ausgeführt, verbietet, dass der Anwendungsbereich des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB ganz oder nahezu vollständig ausgeschlossen wird, so erfordert das notwendigerweise das Vorhandensein von Flächen im Außenbereich, die außerhalb des landesrechtlich vorgeschriebenen Mindestabstands liegen. Diesem Erfordernis kann nicht durch die Aussicht auf eine – im Umfang zudem ungewisse – gemeindliche Bauleitplanung Rechnung getragen werden. Andererseits genügt es den Vorgaben des § 249 Abs. 3 BauGB, wenn der landesrechtliche Mindestabstand so bemessen ist, dass in einem nicht völlig unerheblichen Umfang Außenbereichsflächen außerhalb des Abstands zu geschützten Wohngebäuden verbleiben, die einen räumlichen Anwendungsbereich für § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB bilden. Dem trägt die bayerische Abstandsregelung ausreichend Rechnung.

[135] Durch die Festlegung des Mindestabstands auf die 10-fache Anlagenhöhe wird der räumliche Anwendungsbereich für den Privilegierungstatbestand zwar erheblich eingeschränkt, nicht aber beseitigt. [...]

[136] Selbst wenn man aber davon ausgeht, dass moderne Windkraftanlagen eine Höhe von 200 m erreichen und dementsprechend einen Mindestabstand von 2.000 m zu geschützten Wohngebäuden einhalten müssen, verbleibt eine Restfläche von 1,7 % der Landesfläche (vgl. Zaspel-Heisters, a.a.O.). Daraus ergibt sich bei einer Gesamtfläche Bayerns von 70.550 km² ein Bereich von ca. 1.199 km², in dem mögliche Standorte für Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB weiterhin zur Verfügung stehen. Hinzu kommen diejenigen Außenbereichsflächen, die zwar innerhalb des Mindestabstands liegen, auf welchen die Abstandsregelung aber wegen der Bestandsschutzregelung des Art. 82 Abs. 4 Bay BO für vorhandene Flächennutzungspläne mit der Ausweisung von Konzentrationszonen nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB mangels fristgemäßen Widerspruchs der planenden Gemeinde und der betroffenen Nachbargemeinden keine Anwendung findet (dazu unten 4.).

[137] Die demnach in ausreichendem Umfang verbleibenden »Bruttoflächen« für eine privilegierte Zulassung von Windkraftanlagen im Außenbereich verringern sich freilich erheblich, wenn von ihnen diejenigen Bereiche abgezogen werden, in denen Windenergieanlagen trotz ihrer Privilegierung rechtlich – aus anderen Gründen als dem fehlenden Abstand – nicht zugelassen oder aus tatsächlichen Gründen nicht sinnvoll betrieben werden können. So hat der Bundesverband WindEnergie – Landesverband Bayern in seiner Stellungnahme im Gesetzgebungsverfahren die verbleibende (Nettopotenzial-) Fläche, ausgehend allerdings von einem Mindestabstand von 2.000 m, auf 0,05 % der Landesfläche beziffert (vgl. Anlage 2 zum Wortprotokoll über die Anhörung im Wirtschaftsausschuss am 03.07.2014 S. 97 f.). Die Ast. im Verfahren Vf. 4-VIII-15 trägt vor, die verbleibende privilegierte Fläche solle nach Ermittlungen durch die Oberste Baubehörde im Bayerischen Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr unter Berücksichtigung sonstiger Ausschlusskriterien sogar nur 0,01 % der Landesfläche umfassen. Es ist indes für die Frage der Vereinbarkeit von Art. 82 Abs. 1 und 2 Bay BO mit Bundesrecht unerheblich, dass Vorhaben im Anwendungsbereich des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB an an-

deren Hindernissen rechtlicher oder tatsächlicher Art scheitern können. Für den Landesgesetzgeber ergibt sich aus der bundesrechtlichen Öffnungsklausel nicht die Verpflichtung, die in Betracht kommenden Außenbereichsflächen in Bayern wie ein Planungsträger im Rahmen von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB auf ihre Eignung für Windenergienutzung zu bewerten und nach einer Abwägung als Planergebnis den Mindestabstand so festzulegen, dass der Windenergie substanziiell Raum verschafft wird.

[138] (4) Die Übergangsbestimmung des Art. 83 Abs. 1 Bay BO hält sich ebenfalls im Rahmen der Kompetenz, die den Ländern durch § 249 Abs. 3 BauGB übertragen worden ist. [...]

[141] b) Weder die Abstandsregelung des Art. 82 Abs. 1 und 2 Bay BO noch die Übergangsvorschrift des Art. 83 Abs. 1 Bay BO verstoßen gegen sonstige Vorschriften der Bayerischen Verfassung.

[142] Wird der landesrechtliche Normgeber aufgrund einer bundesrechtlichen Ermächtigung tätig, muss er die darin enthaltenen Vorgaben beachten. Eine Prüfung der abgeleiteten Norm auf ihre Vereinbarkeit mit dem Landesverfassungsrecht ist nur insoweit eröffnet, als die bundesrechtliche Ermächtigung Grundlage dem landesrechtlichen Normgeber einen Gestaltungsspielraum einräumt. Das ist vorliegend im Hinblick auf das Ob und das Wie einer Abstandsregelung der Fall (oben a) aa). Im Rahmen dieser Festlegung muss der Gesetzgeber auch die ihn bindenden Vorschriften der Bayerischen Verfassung beachten (VerfGH v. 16.06.2015 Bay VBl 2015, 707 Rdnr. 57; Brechmann, in: Meder/Brechmann, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 5. Aufl. 2014, Art. 55 Rdnr. 29).

[143] aa) Das Eigentumsgrundrecht des Art. 103 Abs. 1 Bay Verf ist nicht verletzt.

[144] (1) Das Eigentumsgrundrecht schützt das Recht des Eigentümers, sein Grundstück im Rahmen der Gesetze baulich zu nutzen (VerfGH v. 26.01.1996 Bay VBl 1997, 45/46; v. 23.01.2012 VerfGHE 65, 1/13). Dieser Schutz umfasst auch rechtlich eröffnete Nutzungsmöglichkeiten eines Grundstücks, die noch nicht ins Werk gesetzt worden sind (Wendt, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 14 Rdnr. 45). Die Abstandsregelung berührt dieses Recht, indem sie Vorhaben der Windenergienutzung im Außenbereich innerhalb des festgelegten Abstands »entprivilegiert«, ihre Zulässigkeit also vorbehaltlich der Übergangsbestimmung des Art. 83 Abs. 1 Bay BO ab dem Inkrafttreten der Neuregelung auch für bereits laufende Genehmigungsverfahren (oben a) bb) (4) von der Nichtbeeinträchtigung (§ 35 Abs. 2 BauGB) statt von dem Nichtentgegenstehen (§ 35 Abs. 1 BauGB) öffentlicher Belange abhängig macht. Mit diesem Inhalt beschränken die angegriffenen Vorschriften die zuvor eröffneten Nutzungsmöglichkeiten von Außenbereichsgrundstücken und gestalten den Inhalt der Eigentumsposition für die Zukunft um. [...]

[146] Zu den Funktionen der Eigentumsgarantie gehört, dem Einzelnen Rechtssicherheit hinsichtlich der durch sie geschützten Güter zu gewährleisten und das Vertrauen auf das durch die verfassungsgemäßen Gesetze ausgeformte Eigentum zu schützen (vgl. BVerfG v. 15.10.1996 BVerfGE 95,

64/82). Aus der verfassungsrechtlichen Eigentumsgewährleistung kann allerdings nicht hergeleitet werden, dass eine vom Eigentumsrecht umfasste, vom Berechtigten ausgeübte Befugnis nach ihrem Entstehen für alle Zukunft uneingeschränkt erhalten bleiben müsste oder nur im Wege der Enteignung wieder genommen werden dürfte. Der Gesetzgeber steht bei der Neuordnung eines Rechtsgebiets nicht vor der Alternative, alte Rechtspositionen zu konservieren oder gegen Entschädigung zu entziehen. Er kann vielmehr durch eine angemessene und zumutbare Überleitungsregelung individuelle Rechtspositionen umgestalten; er kann insbesondere, ohne seinen Gestaltungsspielraum zu überschreiten, bestimmen, dass die neuen Vorschriften mit ihrem Inkrafttreten für die bisherigen Rechte und Rechtsverhältnisse gelten, wenn das durch Gründe des öffentlichen Interesses unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt ist (VerfGH v. 23.08.2011 VerfGHE 64, 149/155).

[147] (2) Die Grundregelung des Art. 82 Abs. 1 und 2 Bay BO bestimmt Inhalt und Schranken des Eigentums in verhältnismäßiger Weise, ohne den Kernbereich der Eigentumsgarantie zu berühren.

[148] Mit ihr verfolgt der Gesetzgeber das Ziel, die Akzeptanz von Windkraftanlagen in der Bevölkerung im Zusammenhang mit der Energiewende und dem dadurch erforderlichen Ausbau der erneuerbaren Energien zu fördern (vgl. LT-Drucks. 17/2137 S. 1, 6). Mit dieser Zielsetzung hält sich der Gesetzgeber, zumal mit Blick auf die technische Entwicklung hinsichtlich der Rotorengöße und der Gesamthöhe von Windkraftanlagen und der dadurch ausgelösten bodenrechtlichen Spannungen und politischen Diskussionen (befürchtete »Verspargelung« der Landschaft), unabhängig von einer empirischen Belegbarkeit durch Meinungsumfragen im Rahmen seines Gestaltungsspielraums. Zur Erreichung dieses legitimen Ziels ist die Entprivilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich innerhalb eines Abstands des 10-fachen der Anlagenhöhe zu den geschützten Wohngebäuden geeignet, weil durch sie der gewünschte Erfolg gefördert werden kann. Der Gesetzgeber darf die Abstandsregelung unter Berücksichtigung seiner Einschätzungsprärogative auch für erforderlich halten. Denn ein anderes, gleich wirksames, aber das Eigentum weniger beeinträchtigendes Mittel steht nicht zur Verfügung. Eine Verringerung des vom Gesetzgeber bewusst »großzügig bemessenen Regel-Mindestabstands« (LT-Drucks. 17/2137 S. 6) wäre zwar aus dem Blickwinkel der bauwilligen Grundeigentümer ein milderer Mittel, aber zur Verfolgung der genannten Allgemeinwohlziele nicht von gleicher Wirksamkeit, und zwar weder hinsichtlich der zu schützenden Wohngebäude noch mit Blick auf die angestrebte Akzeptanzförderung von Windenergieanlagen. Dem steht nicht entgegen, dass die speziellen Abstandserfordernisse, die sich aus dem Immissionsschutzrecht oder aus dem bauplanungsrechtlichen Gebot der Rücksichtnahme ergeben (oben a) bb) (3), weit unter dem durch Art. 82 Abs. 1 und 2 Bay BO festgelegten Mindestabstand des 10-fachen der Anlagenhöhe liegen (a.A. Albrecht/Zschiegner, NVwZ 2015, 1093/1095 f.; zweifelnd Molodovsky, in: Molodovsky/Famers/Kraus, Bay BO, Art. 82 Rdnr. 30). Denn Bezugspunkt der Erforderlichkeit ist das vom Landesgesetzgeber angestrebte Ziel einer allgemeinen Akzeptanzförderung durch einen »großzügigen« Mindestabstand generell-abstrakter Art, nicht

aber die (bloße) Abwehr unzumutbarer Einwirkungen auf die Nachbarschaft im Einzelfall.

[149] Die Entprivilegierung von Windenergieanlagen innerhalb des festgelegten Abstands ist auch verhältnismäßig im engeren Sinn. Der mit ihr verbundene Eingriff in die ursprünglich eröffneten Nutzungsmöglichkeiten und die mit ihm verfolgten legitimen Zwecke stehen im Hinblick auf das Gewicht und die Bedeutung der Eigentumsgewährleistung zueinander in einem angemessenen Verhältnis. Das Eigentum an Außenbereichsgrundstücken ist durch das bundesrechtliche System der §§ 30, 34 und 35 BauGB schwächer ausgestaltet als das Eigentum an Grundstücken im bauplanerischen Innenbereich. Im Anwendungsbereich des § 35 BauGB, der vom Leitgedanken größtmöglicher Schonung des Außenbereichs beherrscht wird (vgl. BVerwG v. 20.06.2013 BVerwGE 147, 37 Rdnr. 14), sind einer Bebaubarkeit enge Grenzen gesetzt. Dieser Vorbehalt gilt nicht nur für sonstige Vorhaben i.S.d. § 35 Abs. 2 BauGB, sondern gleichermaßen für privilegierte Vorhaben i.S.d. § 35 Abs. 1 BauGB (BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 3 C 15.01 – BVerwGE 117, 287 = DVBl 2003, 797). Daher vermittelt § 35 BauGB auch keinen Schutz gegen neu auftretende öffentliche Belange (BVerwG v. 16.04.2015 NVwZ 2015, 1540 Rdnr. 13). Windenergieanlagen weisen zudem die Besonderheit auf, dass sie zwar seit dem Inkrafttreten des Änderungsgesetzes v. 30.07.1996 (BGBl I, S. 1189) am 01.01.1997 privilegiert zulässig, seit diesem Zeitpunkt aber zugleich dem Planvorbehalt des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB unterworfen sind. War die Eigentumsposition demnach bereits unter verschiedenen Aspekten eingeschränkt, so wird sie durch das zusätzliche Abstandserfordernis keineswegs völlig entwertet. Windkraftanlagen sind auch innerhalb des festgelegten Abstands nicht etwa verboten. Ihnen wird nur die besondere Vorzugsstellung genommen, die privilegierte Vorhaben i.S.d. § 35 Abs. 1 BauGB genießen (BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 3 C 15.01 – BVerwGE 117, 287 = DVBl 2003, 797); sie bleiben weiterhin auch innerhalb des Mindestabstands zulässig, wenn die in § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB beispielhaft aufgezählten öffentlichen Belange nicht beeinträchtigt werden. Die durch Art. 82 Abs. 1 und 2 Bay BO bewirkte Aufhebung der Privilegierung innerhalb des festgelegten Abstands zu geschützten Wohngebäuden führt also lediglich auf die bauplanungsrechtliche Ausgangslage zurück, die vor dem 01.01.1997 gegolten hat (dazu BVerwG v. 16.06.1994 BVerwGE 96, 95 ff.). Diese Beschränkung der Bebaubarkeit mit Windkraftanlagen hält sich im Rahmen zulässiger Sozialbindung. Sie geht nicht weiter als der Schutzzweck reicht, den der Gesetzgeber verfolgt. Durch sie wird weder die Verfügungsbefugnis angetastet noch die Privatnützigkeit des Eigentums infrage gestellt, zumal alle anderen durch § 35 BauGB eröffneten Nutzungsmöglichkeiten im Außenbereich unberührt bleiben. Ein Eigentümer muss es grundsätzlich hinnehmen, dass ihm eine möglicherweise rentablere Nutzung seines Grundstücks verwehrt wird. Art. 103 Abs. 1 Bay Verf schützt nicht die einträglichste Nutzung des Eigentums (vgl. BVerfG v. 02.03.1999 BVerfGE 100, 226/242 f.).

[150] (3) Die Übergangsvorschrift des Art. 83 Abs. 1 Bay BO ist ebenfalls mit dem Eigentumsgrundrecht vereinbar. Die beschränkte Anwendung der Abstandsregelung auf bei ihrem Inkrafttreten bereits laufende, aber noch nicht abge-

schlossene Genehmigungsverfahren (oben **a** **bb**) (4) begegnet auch unter dem Gesichtspunkt der Rückwirkung keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

[151] (a) Die allgemeinen rechtsstaatlichen Regeln über die Rückwirkung von Rechtsnormen, die im Rechtsstaatsprinzip wurzeln und in Art. 103 Abs. 1 Bay Verf eine besondere Ausprägung erfahren haben, enthalten für verschiedene Fallgruppen unterschiedliche Anforderungen. Zu unterscheiden ist zwischen der echten Rückwirkung (Rückbewirkung von Rechtsfolgen) und der unechten Rückwirkung (tatbestandliche Rückanknüpfung). Eine echte Rückwirkung liegt in einer Anordnung des Gesetzgebers, eine für den Bürger nachteilige Rechtsfolge solle schon für einen vor dem Zeitpunkt der Verkündung der Norm liegenden Zeitraum gelten. Dadurch knüpft die Norm an abgeschlossene Tatbestände nachträglich andere, ungünstigere Rechtsfolgen als diejenigen, von denen der Bürger bei seinen Dispositionen ausgehen durfte. Demgegenüber betrifft die unechte Rückwirkung oder tatbestandliche Rückanknüpfung nicht den zeitlichen, sondern den sachlichen Anwendungsbereich einer Norm. Die Rechtsfolgen eines Gesetzes treten erst nach Verkündung der Norm, also mit Wirkung für die Zukunft ein; deren Tatbestand erfasst aber Sachverhalte, die bereits vor Verkündung »*ins Werk gesetzt*« wurden. Eine unechte Rückwirkung knüpft den Eintritt der Rechtsfolgen der später geschaffenen Norm an Gegebenheiten aus der Zeit vor deren Verkündung an. Sie liegt typischerweise dann vor, wenn eine Rechtsposition nachträglich durch Vorschriften verschlechtert wird, die auf aus der Vergangenheit stammende, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte angewandt werden (vgl. VerfGH v. 04.06.2003 VerfGHE 56, 99/105 f.; VerfGHE 66, 101/116; v. 11.11.2015 – Vf. 2-VII-15 – juris Rdnr. 51).

[152] (b) Die Abstandsregelung des Art. 82 Abs. 1 und 2 Bay BO entfaltet insoweit unechte Rückwirkung, als sie die Rechtsposition des Eigentümers (oder Investors) auch dann verkürzt, wenn er bei ihrem Inkrafttreten am 21.11.2014 mit der Planung des Vorhabens bereits begonnen und entsprechende Investitionen getätigt, aber eine behördliche Genehmigung noch nicht erhalten hat. Die Übergangsregelung des Art. 83 Abs. 1 Bay BO nimmt davon nur diejenigen Fallgestaltungen aus, in denen ein vollständiger Genehmigungsantrag vor Ablauf des 04.02.2014 bei der zuständigen Behörde eingegangen ist, und belässt es insoweit aus Gründen des Vertrauensschutzes (vgl. LT-Drucks. 17/2137 S. 8) bei der früheren Rechtslage. Das ist entgegen der Ansicht der Ast. in den Verfahren Vf. 14-VII-14 und Vf. 4-VIII-15 verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

[153] Der Grundsatz des Vertrauensschutzes geht nicht so weit, den Bürger für die Zukunft vor jeder nachteiligen Änderung einer bisher gewährten Rechtsposition zu bewahren. Auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte darf der Normgeber deshalb mit Wirkung für die Zukunft grundsätzlich einwirken. Aus dem Gebot der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes ergeben sich auch in Fällen einer unechten Rückwirkung verfassungsrechtliche Grenzen für belastende Vorschriften. Das Vertrauen des Einzelnen auf den Fortbestand einer Regelung ist aber weit weniger geschützt als bei einer echten Rückwirkung. Es ist die Bedeutung des Anliegens des Normgebers für das Wohl der Allgemeinheit gegen das Vertrauen des Bürgers auf den Fortbestand der Rechts-

lage abzuwägen (ständige Rechtsprechung; vgl. VerfGH v. 31.07.1996 VerfGHE 49, 120/123 f.; VerfGHE 56, 99/106; 66, 101/117).

[154] Es begegnet bereits erheblichen Zweifeln, ob das Vertrauen des ein Vorhaben planenden Bauherrn auf den Fortbestand der Rechtslage bis zur Erteilung der erforderlichen Genehmigung überhaupt schutzwürdig ist (vgl. BVerwG v. 04.07.1980 DÖV 1980, 921 f. zur Verschärfung des § 34 BauGB durch das Änderungsgesetz v. 18.08.1976, BGBl I, S. 2221). Denn sowohl im baurechtlichen wie im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren gilt, wie oben ausgeführt (**a**) **bb**) (**4**), der allgemeine Grundsatz, dass es für die Frage, ob das Vorhaben mit den öffentlich-rechtlichen Vorschriften vereinbar ist, maßgeblich auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Entscheidung der Genehmigungsbehörde über den Antrag ankommt. Der Bauherr plant demnach auch nach Einleitung des Genehmigungsverfahrens grundsätzlich auf eigenes Risiko und muss jederzeit damit rechnen, dass die Genehmigung an einer Änderung der Sach- oder Rechtslage scheitert. Das gilt insbesondere für Vorhaben im Außenbereich, deren Zulässigkeit von dem Nichtentgegenstehen bzw. der Nichtbeeinträchtigung öffentlicher Belange abhängt, deren Reichweite zu Beginn der Planung nur bedingt absehbar ist. Ein besonderer Vertrauensschutz ergibt sich nicht allein daraus, dass die Planung einer Windkraftanlage mit erheblichem Aufwand verbunden sein kann. Das Gesetz stellt mit dem Vorbescheid (§ 9 BImSchG, Art. 71 Bay BO) ein Instrument zur Verfügung, um einzelne Genehmigungsvoraussetzungen, wie den Standort, vorab verbindlich klären zu lassen, um unnötige Detailplanungen und entsprechenden Kostenaufwand zu vermeiden.

[155] Selbst wenn das Vertrauen des Eigentümers (oder Investors) auf den Fortbestand der Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB gleichwohl bereits vor Erteilung einer Genehmigung wegen der Planungskosten schutzwürdig sein sollte, so hat es nur geringes Gewicht. Einer solchen – unterstellten – Schutzwürdigkeit hat der Gesetzgeber bei Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an einer beschleunigten und möglichst einheitlichen Durchsetzung der Abstandsregelung mit der Übergangsvorschrift des Art. 83 Abs. 1 Bay BO ausreichend Rechnung getragen. Mit der Wahl des Stichtags 04.02.2014, bis zu dem ein vollständiger Genehmigungsantrag bei der zuständigen Behörde eingegangen sein muss, um die Anwendung der Neuregelung auszuschließen, hält der Gesetzgeber sich angesichts der allenfalls geringen Schutzwürdigkeit des enttäuschten Vertrauens im Rahmen des weiten Gestaltungsspielraums, der ihm für die konkrete Ausgestaltung einer Übergangsregelung zur Verfügung steht (vgl. VerfGH v. 15.07.2004 VerfGHE 57, 84/97).

[156] Als vertrauenszerstörendes Ereignis hat er die an diesem Tag bekannt gegebene Presseerklärung der Bayerischen Staatskanzlei über einen Beschluss des Ministerrats zu »*Neuregelungen bei Windenergieanlagen*« ansehen dürfen. Zwar fehlte damals noch die Landeskompetenz für eine entsprechende gesetzliche Regelung; denn die Öffnungsklausel des § 249 Abs. 3 BauGB wurde vom Bundestag erst am 11.07.2014 beschlossen und ist am 01.08.2014 in Kraft getreten. Ferner konnte die von der Staatsregierung angekündigte Neuregelung nur – nach Inkrafttreten der bundesrechtlichen Öffnungsklausel – durch den Landtag im Rahmen seiner

Gesetzgebungskompetenz beschlossen werden. Gleichwohl können auch Ankündigungen der mit Gesetzesinitiativrecht ausgestatteten Staatsregierung ausreichen, um schutzwürdiges Vertrauen zu beseitigen (vgl. BVerfG v. 03.12.1997 BVerfGE 97, 67/82). Mit Blick auf eine – allenfalls – geringe Schutzwürdigkeit des in Rede stehenden Vertrauens war der Gesetzgeber nicht gehindert, auf diesen frühen Stichtag abzustellen. Aus der Presseerklärung geht unmissverständlich hervor, »*dass die Bundesregierung ... bis zum 9. April 2014 einen Gesetzentwurf für die im Koalitionsvertrag vereinbarte Länderöffnungsklausel im BauGB zum Mindestabstand von Windkraftanlagen zu Wohnbebauung vorlegen will*« und dass »*die Staatsregierung ... unverzüglich einen Gesetzentwurf zur Ausfüllung dieser bundesgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage vorlegen (wird), mit dem Ziel, diesen ebenfalls im August 2014 in Kraft zu setzen*«. Wenn Grundstückseigentümer oder Investoren nach dieser konkreten und auf ein zügiges Gesetzgebungsverfahren hinweisenden Ankündigung Genehmigungsanträge für Windkraftanlagen gestellt haben, um den Gesetzesänderungen zuvorzukommen, schützt die Verfassung ihr Vertrauen auf den Fortbestand der bisherigen Rechtslage nicht.

[157] **bb**) Am Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 101 Bay Verf), dessen Schutz den beruflichen und wirtschaftlichen Bereich sowohl der Grundstückseigentümer als auch der – potenziellen – Betreiber von Windkraftanlagen umfasst (vgl. VerfGHE 66, 101/118; VerfGH v. 25.09.2015 Bay VBl 2016, 81 Rdnr. 174), sind Art. 82 Abs. 1 und 2 sowie Art. 83 Abs. 1 Bay BO nicht zu messen. Denn dieses Grundrecht wird unter den vorliegenden Umständen durch das sachnähere Eigentumsgrundrecht verdrängt. Die Berufsfreiheit schützt den Erwerb, mithin die Betätigung selbst, während die Eigentumsgarantie das Erworbenere schützt, also die Ergebnisse der Erwerbsbetätigung zum Gegenstand hat (vgl. VerfGH v. 24.05.2012 VerfGHE 65, 88/100; VerfGHE 66, 101/122). Art. 82 Abs. 1 und 2 Bay BO regeln unmittelbar Inhalt und Schranken des Eigentums an Außenbereichsgrundstücken, weshalb der Schutzbereich des Art. 103 Bay Verf berührt ist. Die damit verbundene Begrenzung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit insbesondere für Anlagenbetreiber ist nur mittelbare Folge der Eigentumsbeschränkung.

[158] **cc**) Der Gleichheitssatz des Art. 118 Abs. 1 Bay Verf ist nicht verletzt.

[159] **(1)** Der Gleichheitssatz untersagt dem Gesetzgeber, gleich liegende Sachverhalte, die aus der Natur der Sache und unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit eine gleichartige Regelung erfordern, ungleich zu behandeln; dagegen ist wesentlich Ungleiches nach seiner Eigenart verschieden zu regeln. Der Gleichheitssatz verbietet Willkür. Er verlangt keine schematische Gleichbehandlung, sondern lässt Differenzierungen zu, die durch sachliche Erwägungen gerechtfertigt sind. Dem Gesetzgeber bleibt es überlassen, nach seinem Ermessen zu entscheiden, in welcher Weise er dem allgemeinen Gedanken der Angemessenheit, Billigkeit und Zweckmäßigkeit Rechnung tragen will. Nur wenn die äußersten Grenzen dieses Ermessens überschritten sind, d.h. wenn für die getroffene Regelung jeder sachlich einleuchtende Grund fehlt, ist der Gleichheitssatz verletzt (ständige Rechtsprechung; vgl. VerfGH v. 14.02.2011 VerfGHE 64, 10/19; v. 23.07.2014 Bay VBl 2014, 751 Rdnr. 25).

[160] (2) Die Abstandsregelung des Art. 82 Abs. 1 und 2 Bay BO genügt diesen Anforderungen. [...]

[164] **dd)** Die Abstandsregelung des Art. 82 Abs. 1 und 2 Bay BO ist mit dem Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden vereinbar.

[165] (1) Nach Art. 11 Abs. 2 Satz 2 Bay Verf haben die Gemeinden das Recht, ihre eigenen Angelegenheiten im Rahmen der Gesetze selbst zu ordnen und zu verwalten. Kennzeichnend für das Selbstverwaltungsrecht ist die Eigenverantwortlichkeit der Gemeinden in jedem einzelnen Tätigkeitsbereich des eigenen Wirkungskreises (ständige Rechtsprechung; vgl. VerfGHE 50, 181/203; VerfGH v. 15.07.2002 VerfGHE 55, 98/121). Es umfasst, wie die Erwähnung der »Ortsplanung« in Art. 83 Abs. 1 Bay Verf zeigt, auch die kommunale Planungshoheit, deren Ziele mit den Mitteln der Bauleitplanung nach dem Baugesetzbuch umgesetzt werden können (VerfGH v. 14.06.1985 VerfGHE 38, 51/66; VerfGHE 65, 152/166).

[166] Das Selbstverwaltungsrecht ist gem. Art. 11 Abs. 2 Satz 2 Bay Verf nur im Rahmen der Gesetze gewährleistet. Die Einzelausgestaltung von Inhalt und Umfang des Selbstverwaltungsrechts unterliegt der Entscheidung des Gesetzgebers; diesem steht dabei ein weiter normativer Ermessensspielraum zu. Die Grenzen der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit ergeben sich daraus, dass das Selbstverwaltungsrecht in seinem Wesensgehalt und Kernbereich unangetastet bleiben muss (ständige Rechtsprechung; vgl. VerfGHE 55, 98/121). Regelungen, die das Selbstverwaltungsrecht – außerhalb des Kernbereichs – berühren, müssen, um dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu genügen, generell von einer Abwägung zwischen den Belastungen für die gemeindliche Selbstverwaltung und den für die Regelungen maßgebenden, am öffentlichen Wohl orientierten, sachlichen Gesichtspunkten getragen sein (vgl. VerfGHE 55, 98/121 m.w.N.).

[167] (2) Gemessen an diesen Anforderungen begegnet die Grundregel des Art. 82 Abs. 1 und 2 Bay BO keinen Bedenken.

[168] Die Ast. im Verfahren Vf. 3-VIII-15 sehen einen verfassungswidrigen Eingriff in die gemeindliche Planungshoheit darin, dass die durch Art. 82 Abs. 1 Bay BO faktisch bewirkte »quasi vollständige Entprivilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich« den Gemeinden »die Ausweisung von Konzentrationsflächen für Windenergie in Teilflächennutzungsplänen unmöglich« mache und damit dieses durch § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB eröffnete Planungsinstrument faktisch beseitige. Abgesehen davon, dass eine nahezu vollständige Entprivilegierung nicht festgestellt werden kann (oben **a)** **bb)** (3), überzeugt das Argument auch in seiner Schlussfolgerung nicht. Denn insoweit ist bereits der Schutzbereich der Planungshoheit nicht berührt.

[169] § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB setzt die Gemeinden als Träger der Flächennutzungsplanung in die Lage, die bauliche Entwicklung der nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB privilegierten Vorhaben im Außenbereich verbindlich planerisch zu steuern. Die Vorhaben sind nicht mehr nur dann unzulässig, wenn ihnen öffentliche Belange im Sinn von § 35 Abs. 1 und 3 Satz 1 BauGB entgegenstehen, sondern auch dann, wenn für sie durch Darstellungen im Flächennutzungsplan

eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist. Die planerisetzende Regelung des Gesetzgebers in § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB, die bestimmte privilegierte Vorhaben generell dem Außenbereich zuweist, kommt damit nur mehr nach Maßgabe der gemeindlichen Planungsvorstellungen zum Tragen. Die im Flächennutzungsplan ausgewiesenen Konzentrationszonen entfalten kraft gesetzlicher Anordnung in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB auf der Ebene der Vorhabenzulassung eine – dem Flächennutzungsplan sonst fehlende – rechtliche Außenwirkung. Der Flächennutzungsplan erfüllt im Anwendungsbereich des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB demnach eine dem Bebauungsplan vergleichbare Funktion (vgl. BVerfG v. 26.04.2007 BVerfGE 128, 382 Rdnr. 16). Anders als dieser entfaltet eine Konzentrationszonendarstellung allerdings keine anlagenzulassende Wirkung, die ihr durch die von Art. 82 Abs. 1 und 2 Bay BO bewirkte bauplanungsrechtliche Entprivilegierung bei Unterschreitung des Mindestabstands wieder genommen werden könnte (vgl. Jäde, in: Jäde/Dirnberger/Bauer/Weiß, Die neue Bay BO, Art. 82 Rdnr. 23).

[170] Soweit Vorhaben der Windenergienutzung durch die landesrechtliche Abstandsregelung auf der Grundlage des § 249 Abs. 3 BauGB entprivilegiert werden, entfällt nach der gesetzlichen Konzeption sowohl der Raum als auch das Bedürfnis für das besondere Steuerungsinstrument des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Denn es fehlt eine gesetzliche Zuordnung zum Außenbereich, die durch gemeindliche Standortplanung zu steuern wäre. Den Gemeinden verbleibt aber weiterhin uneingeschränkt die Möglichkeit, durch eine entsprechende Bauleitplanung nach den allgemeinen Regelungen der §§ 1 ff. BauGB Baurechte für Windenergieanlagen unabhängig von den Vorgaben des Art. 82 Abs. 1 und 2 Bay BO, d.h. auch innerhalb des Abstands, zu schaffen. Auf der Ebene der Bebauungsplanung können zudem schon mit Blick auf den Katalog möglicher Festsetzungen (vgl. § 9 BauGB) städtebaulich bedeutsame Fragen umfassender geklärt werden als durch die Ausweisung von Konzentrationsflächen für Windenergieanlagen im Flächennutzungsplan mit der Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB für das übrige Gemeindegebiet (vgl. Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 35 Rdnr. 123). Die Gemeinden verlieren im Anwendungsbereich des Art. 82 Abs. 1 Bay BO demnach nicht etwa ihre allgemeinen Planungsmöglichkeiten in Bezug auf Windkraftanlagen, sondern je nach Ausmaß der Entprivilegierung allenfalls das besondere Planungsinstrument des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Dieses dürfte zwar im Regelfall mit weniger Aufwand verbunden sein als die Aufstellung eines aus dem Flächennutzungsplan zu entwickelnden (vgl. § 8 Abs. 2 Satz 1 BauGB) Bebauungsplans erfordert; es ist aber in den Einwirkungsmöglichkeiten schwächer ausgestaltet. Dass die Abstandsregelung als mittelbare Folge höheren Planungsaufwand verursacht und mit Blick auf vorhandene Flächennutzungsplanungen gegebenenfalls Anpassungsbedarf auslösen kann, berührt nicht den Schutzbereich der Planungshoheit. Denn der Schutzzweck der Selbstverwaltungsgarantie zielt nicht darauf ab, den Gemeinden eine möglichst einfache, mühelose, aber schwache Mitwirkungsmöglichkeit zu verschaffen, sondern eine möglichst starke (vgl. BVerfG v. 07.05.2001 BVerfGE 103, 332/372 f.).

[171] 3. Die Sonderregelung des Art. 82 Abs. 3 Bay BO für gemeindefreie Gebiete ist ebenfalls verfassungsgemäß.

[172] **a)** Sie steht nicht in Widerspruch zur bundesrechtlichen Öffnungsklausel des § 249 Abs. 3 BauGB. [...]

[174] **b)** Für eine Verletzung des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts (Art. 11 Abs. 2 Satz 2 Bay Verf) ist ebenfalls nichts ersichtlich.

[175] Dass der Gesetzgeber die Entscheidung über die Abweichung, also die ausnahmsweise Geltung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB für Vorhaben innerhalb des durch Art. 82 Abs. 1 und 2 Bay BO angeordneten Mindestabstands, der Nachbargemeinde überlässt, berührt die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung nicht. Da es um die Errichtung von Windkraftanlagen in dem Teil des Staatsgebiets geht, der ausnahmsweise keiner Gemeinde zugewiesen ist (vgl. Art. 11 Abs. 1 Satz 2 Bay Verf), kann die Entscheidung der Nachbargemeinde die Planungshoheit einer anderen Gemeinde nicht beeinträchtigen. Auf Seiten der Nachbargemeinde werden die Entscheidungsbefugnisse entgegen der Ansicht der Ast. im Verfahren Vf. 4-VIII-15 nicht in Widerspruch zu Art. 11 Abs. 2 Bay Verf »überdehnt«. Art. 82 Abs. 3 Bay BO ermöglicht der Nachbargemeinde lediglich, den Schutz des Art. 82 Abs. 1 und 2 Bay BO hinsichtlich der auf ihrem eigenen Gebiet gelegenen Wohngebäude zu suspendieren. Das stärkt ihre Planungshoheit für das eigene Gebiet gegenüber Einwirkungen von außen, ohne sie aber in einer verfassungsrechtlich bedenklichen Weise auf gemeindefremdes Gebiet zu erweitern.

[176] **4.** Die Bestandsschutzregelung des Art. 82 Abs. 4 Bay BO für vorhandene Flächennutzungspläne ist mit der Bayerischen Verfassung vereinbar.

[177] **a)** Die Vorschrift steht (jedenfalls) nicht in einem offenkundigen und schwerwiegenden Widerspruch zu Bundesrecht, der das Rechtsstaatsprinzip der Bayerischen Verfassung verletzen würde.

[178] Art. 82 Abs. 4 Bay BO enthält eine Überleitungsregelung für Darstellungen in Flächennutzungsplänen i.S.d. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zu den Standorten von Windkraftanlagen im Außenbereich. Ist bei Inkrafttreten der Neuregelung am 21.11.2014 eine solche – wirksame – Darstellung in einem allgemeinen Flächennutzungsplan (§ 5 Abs. 1 Satz 1 BauGB) oder in einem sachlichen Teilflächennutzungsplan (§ 5 Abs. 2 b BauGB) vorhanden, ordnet Art. 82 Abs. 4 Bay BO unter den in Nr. 2 und 3 genannten Voraussetzungen an, dass Art. 82 Abs. 1 und 2 Bay BO keine Anwendung finden. Insoweit wird bestehenden Darstellungen von Konzentrationszonen für Windkraftanlagen in Flächennutzungsplänen »Bestandsschutz« (vgl. LT-Drucks. 17/3416) vermittelt. Dieser lässt den Privilegierungstatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB zugunsten von Windkraftanlagen innerhalb der Konzentrationszone uneingeschränkt fortbestehen (vgl. Jäde, in: Jäde/Dirnberger/Bauer/Weiß, Die neue Bay BO, Art. 82 Rdnr. 25).

[179] Mit dieser Rechtsfolge werden die Auswirkungen der festgelegten Abstände auf Ausweisungen in geltenden Flächennutzungsplänen geregelt. Dazu hat der Bundesgesetzgeber die Länder durch § 249 Abs. 3 Satz 2 BauGB ausdrücklich und ohne besondere inhaltliche Einschränkung ermächtigt. Auf eine eigene Regelung, wie sie etwa § 245a Abs. 3 BauGB für die Änderung des § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB durch Gesetz v. 11.06.2013 (BGBl I, S. 1548) enthält, hat er verzichtet.

Der Landesgesetzgeber hat den ihm eröffneten Gestaltungsspielraum durch die Ausgestaltung des Art. 82 Abs. 4 Bay BO nicht überschritten.

[180] Die Öffnungsklausel des § 249 Abs. 3 BauGB verlangt nicht die uneingeschränkte Fortgeltung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB bei bestehenden Darstellungen i.S.d. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB (vgl. Grüner, NVwZ 2015, 108/109). Bundesrecht nimmt es vielmehr – in Abwendung von dem Grundsatz über die Fortgeltung von wirksam gewordenen Plänen bei Gesetzesänderungen (vgl. § 233 Abs. 3 BauGB) – hin, dass die landesrechtlichen Abstandsregelungen bisherige Standortplanungen auf der Grundlage des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB verdrängen können. Das ist keineswegs systemwidrig, sondern entspricht dem inhaltlichen Zusammenhang zwischen dem Privilegierungstatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB und dem Planvorbehalt des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB (oben **2. b) dd**). Entfällt die gesetzliche Zuordnung zum Außenbereich, entfällt zugleich das Bedürfnis nach einem sie flankierenden (vgl. BT-Drucks. 13/4978 S. 7) besonderen Steuerungsinstrument für die Gemeinden.

[181] § 249 Abs. 3 Satz 3 BauGB verbietet den Ländern ferner nicht, die Entscheidung über die Fortgeltung der Konzentrationsflächenplanung im Einzelfall der planenden Gemeinde und den betroffenen Nachbargemeinden zu überlassen. Zwar stehen die in Art. 82 Abs. 4 Nr. 2 und 3 Bay BO normierten Voraussetzungen für einen »Bestandsschutz« in einem gewissen Spannungsverhältnis zu den bundesrechtlichen Vorschriften über die Bauleitplanung. Zum einen setzt Nr. 2 voraus, dass die planende Gemeinde »der Fortgeltung der Darstellung« (für die Zwecke des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB), also ihrer eigenen Standortplanung, nicht bis zum 21.05.2015 in einem ortsüblich bekannt gemachten Beschluss widersprochen hat. § 1 Abs. 8 BauGB ordnet demgegenüber an, dass für die Änderung, Ergänzung und Aufhebung eines Flächennutzungsplans die Vorschriften des Baugesetzbuchs über seine Aufstellung gelten. Zum anderen verlangt Nr. 3, dass auch eine betroffene Nachbargemeinde der Darstellung nicht bis zum selben Stichtag in einem ortsüblich bekannt gemachten Beschluss widersprochen hat. Ein solches Widerspruchsrecht der Nachbargemeinde sehen die bundesrechtlichen Vorschriften über die Bauleitplanung nicht vor. Gleichwohl kann daraus nicht, jedenfalls nicht ohne Weiteres, auf einen Widerspruch zu Bundesrecht geschlossen werden (a.A. Decker, in: Simon/Busse, Bay BO, Art. 82 Rdnr. 68 ff., 74; Grünwald, DVBl 2015, 1353/1357; Molodovsky, in: Molodovsky/Famers/Kraus, Bay BO, Art. 82 Rdnr. 62, 70). Auch wenn dem Widerspruch der planenden Gemeinde oder einer betroffenen Nachbargemeinde der Sache nach bauleitplanerischer Charakter zukommt, regelt Art. 82 Abs. 4 Bay BO seiner Rechtsfolge nach nicht die Bauleitplanung als solche, sondern ausschließlich die Auswirkungen der Abstandsregelung und der damit einhergehenden Entprivilegierung von Windkraftanlagen auf vorhandene Flächennutzungspläne mit positiver Standortzuweisung und gleichzeitiger Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Das aber hat der Bundesgesetzgeber gem. § 249 Abs. 3 Satz 2 BauGB ohne weitere inhaltliche Bindung der Gesetzgebungskompetenz der Länder überlassen. Sollte ein Widerspruch vorliegen, so ist er jedenfalls weder offenkundig noch schwerwiegend, weshalb ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip der Bayerischen Verfassung in jedem Fall ausscheidet.

[182] **b)** Das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden ist durch die Überleitungsvorschrift ebenfalls nicht verletzt. Art. 82 Abs. 4 Bay BO berührt bereits nicht den Schutzbereich des Art. 11 Abs. 2 Satz 2 Bay Verf. [...]

[184] **5.** Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber keine dem Art. 82 Abs. 4 Bay BO vergleichbare Regelung zu den Auswirkungen des festgelegten Abstands auf vorhandene Raumordnungspläne getroffen hat.

[185] **a)** Das Unterlassen einer solchen Vorschrift steht nicht in einem das Rechtsstaatsprinzip der Bayerischen Verfassung verletzenden offenkundigen und schwerwiegenden Widerspruch zum Bundesrecht.

[186] Die Öffnungsklausel des § 249 Abs. 3 Satz 2 BauGB enthält insoweit allerdings einen Regelungsauftrag (*«... sind ... zu regeln»*). Zwar trifft Art. 82 Bay BO anders als zu Flächennutzungsplänen keine ausdrückliche Aussage zu bestehenden Raumordnungsplänen, die flächenmäßige Ausweisungen zur Windenergienutzung mit den Wirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB enthalten. Dem Gesetz ist aber eindeutig zu entnehmen, dass der in Art. 82 Abs. 1 und 2 Bay BO festgelegte Mindestabstand insoweit – als späteres Gesetz – uneingeschränkt Geltung beansprucht und Ausweisungen in Raumordnungsplänen keinen »Bestandsschutz« genießen. [...] Dass bestehende Raumordnungspläne als Folge der Abstandsregelung und der durch sie bewirkten Entprivilegierung von Windkraftanlagen unter Umständen ihre Steuerungskraft nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB verlieren können und gegebenenfalls angepasst werden müssen, ist in § 249 Abs. 3 BauGB angelegt und bundesrechtlich daher unbedenklich.

[187] **b)** Der Gleichheitssatz des Art. 118 Abs. 1 Bay Verf wird nicht dadurch verletzt, dass Art. 82 Abs. 4 Bay BO lediglich bei bestehenden Flächennutzungsplänen, nicht aber bei Raumordnungsplänen einen »Bestandsschutz« für Ausweisungen i.S.d. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB vorsieht.

[188] Die ungleiche Behandlung rechtfertigt sich bereits aus den unterschiedlichen Ebenen, denen die jeweiligen Planungen zuzuordnen sind. Raumordnungspläne, also das Landesentwicklungsprogramm und die aus diesem zu entwickelnden Regionalpläne, werden von den Landesplanungsbehörden und den Regionalen Planungsverbänden in Wahrnehmung einer staatlichen Aufgabe aufgestellt (vgl. Art. 1 Abs. 4 BayLplG). Flächennutzungsplanung wird demgegenüber als Teil der Bauleitplanung von den Gemeinden in eigener Verantwortung wahrgenommen (vgl. § 1 Abs. 2, § 2 Abs. 1 Satz 1 BauGB) und von der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie des Art. 11 Abs. 2 Satz 2 Bay Verf umfasst. Der Gesetzgeber hält sich im Rahmen des ihm zustehenden Gestaltungsspielraums, wenn er nur für die bei Inkrafttreten der gesetzlichen Neuregelung bereits vorhandene gemeindliche Standortplanung die Anwendung der Abstandsregelung nach Maßgabe des Art. 82 Abs. 4 Bay BO ausschließt.

[189] **6.** Art. 82 Abs. 5 Bay BO verletzt demgegenüber das Rechtsstaatsprinzip des Art. 3 Abs. 1 Satz 1 Bay Verf, weil er offenkundig und schwerwiegend gegen die Kompetenzordnung des Grundgesetzes verstößt.

[190] Nach dieser Vorschrift haben Gemeinden bei der Aufstellung von Bauleitplänen, die für Windkraftanlagen eines geringeren als den in Art. 82 Abs. 1 Bay BO festgelegten Mindestabstand festsetzen wollen, im Rahmen der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB auf eine einvernehmliche Festlegung mit betroffenen Nachbargemeinden hinzuwirken. Diese Regelung überschreitet die den Ländern durch § 249 Abs. 3 BauGB übertragene Gesetzgebungsbefugnis in offenkundiger und schwerwiegender Weise (oben 2. a). Der Bund hat den Ländern lediglich die Möglichkeit eröffnet, den bundesrechtlichen Privilegierungsstatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB für Windenergieanlagen im Außenbereich durch landesrechtliche Festlegung von Mindestabständen einzuschränken.

[191] Art. 82 Abs. 5 Bay BO regelt indes weder die Einzelheiten des Mindestabstands als Voraussetzung für die privilegierte Zulassung im Außenbereich noch die Auswirkungen der festgelegten Abstände auf Ausweisungen in geltenden Flächennutzungsplänen und Raumordnungsplänen (§ 249 Abs. 3 Satz 2 BauGB) oder einen Annex hierzu. Er betrifft vielmehr die künftige gemeindliche Bauleitplanung. Für diese ordnet er eine besondere Hinwirkungspflicht an mit dem Ziel, »im Sinne eines Konsenses vor Ort die Belange der Nachbargemeinde bei einer Unterschreitung des Abstands von 10 H durch die Beleggemeinde stärker einzubeziehen« (LT-Drucks. 17/3417). Für solche Vorgaben zu der von § 1 Abs. 7, § 2 Abs. 3 BauGB verlangten planerischen Abwägungsentscheidung eröffnet § 249 Abs. 3 BauGB den Ländern keine Gesetzgebungskompetenz, auch nicht für den Fall, dass mit der Bauleitplanung Baurecht für Windkraftanlagen innerhalb des Mindestabstands geschaffen werden soll (vgl. Decker, in: Simon/Busse, Bay BO, Art. 82 Rdnr. 82; Grünwald, DVBl 2015, 1353/1359; Jäde, in: Jäde/Dirnberger/Weiß, Die neue Bay BO, Art. 82 Rdnr. 34; Molodovsky, in: Molodovsky/Famers/Kraus, Bay BO, Art. 82 Rdnr. 76).

[192] Hinzu kommt, dass das in Art. 82 Abs. 5 Bay BO der Sache nach enthaltene Gebot der interkommunalen Abstimmung bundesrechtlich in § 2 Abs. 2 BauGB abschließend geregelt ist. Ob die landesrechtliche Regelung hiervon inhaltlich abweicht oder, wovon die Gesetzesbegründung ausgeht (vgl. LT-Drucks. 17/3417), lediglich eine »Klarstellung« und »Auslegungshilfe« geben soll, kann dahinstehen. Hat der Bund, wie hier, einen Sachbereich in Wahrnehmung einer konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz abschließend geregelt, so tritt die Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG für eine Regelung der Länder in diesem Sachbereich unabhängig davon ein, ob die landesrechtlichen Regelungen den bundesrechtlichen Bestimmungen widerstreiten oder sie nur ergänzen, ohne ihnen zu widersprechen (VerfGH v. 21.01.2016 – Vf. 66-IX-15 – juris Rdnr. 42; BVerfG v. 10.02.2004 BVerfGE 109, 190/230 m.w.N.).

[193] Die Nichtigkeit des Art. 82 Abs. 5 Bay BO führt nicht zur Nichtigkeit der übrigen in Streit stehenden Vorschriften. Denn er ist nach seinem objektiven Gehalt mit diesen nicht zu einer untrennbaren Gesamtregelung verbunden, die ihren Sinn und ihre Rechtfertigung verliert, wenn man einzelne Bestandteile herausnimmt (vgl. VerfGHE 65, 1/21 f. m.w.N.).

Anmerkung zu Bay VerfGH, Urt. v. 09.05.2016 – Vf. 14-VII-14 – u.a. – Länderöffnungsklausel § 249 Abs. 3 BauGB

(Der Entscheidungsertrag). »Wir stehen selbst enttäuscht und sehen betroffen. Den Vorhang zu und alle Fragen offen«. Diese Erkenntnis von Berthold Brecht im »Der gute Mensch von Sezuan«, die auch für das Literarische Quartett mit dem Literaturpapst Marcel Reich-Ranicki, mit Hellmuth Karasek – beide unvergessen –, Siegrid Löffler und Iris Radisch über viele Jahre prägend war, leuchtet auch an der Münchener Prielmeyerstraße auf. Denn geklärt ist zwar, dass die auf die Ende 2015 außer Kraft getretene Länderöffnungsklausel des § 249 Abs. 3 BauGB gestützte Novelle der Bay BO nicht gegen bayerisches Verfassungsrecht und nicht offensichtlich gegen Bundesrecht verstößt. Mehr aber auch nicht. Ob sie mit Bundesrecht im Übrigen vereinbar ist, ist weiterhin offen.

(Das Konfliktfeld). Der Ausbau der Windkraft ist nicht erst im Zusammenhang mit der Energiewende umstritten. Schon bei der Einführung der grundsätzlichen Privilegierung der Windenergie durch die Windenergienovelle 1996 (Gesetzes zur Änderung des BauGB v. 30.07.1996 – BGBl. I 1189; Stürer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 5. Aufl. 2015, Rdnr. 65) stand ein durchaus labiles Austarieren zwischen dem Privilegierungstatbestand einerseits und den Steuerungsmöglichkeiten der Gemeinden und Träger der Regionalplanung andererseits auf dem Programm. Während die Befürworter der Windenergie beschwichtigend auf die planerischen Steuerungsmöglichkeiten verwiesen, sahen die Gegner der Windkraftanlagen einer Verspargelung der Landschaft und einem rücksichtslosen Gewinnstreben der Investoren vor allem zulasten der benachbarten Wohnnutzung Tür und Tor geöffnet. Die bauliche Nutzung hängt in der Regel von der Wirksamkeit der kommunalen Planungsgrundlage ab; ein unwirksamer Bebauungsplan gewährt keine Baurechte. Bei der Windenergie ist es genau umgekehrt. Die planenden Gemeinden und Träger der Regionalplanung haben zwar über das Darstellungsprivileg des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB Steuerungsmöglichkeiten, indem sie die Windkraft auf Konzentrationszonen einschränken können, während diese Nutzung im gesamten übrigen Planungsraum planungsrechtlich unzulässig ist (Battis/Krautzberger/Löhr, § 35 BauGB Rdnr. 111). Erweist sich die Konzentrationsplanung allerdings an irgendeiner Stelle als unwirksam, stürzt die gesamte Planung wie ein Kartenhaus zusammen – ja wie ein mit einer feinen Nadel durchstochener Luftballon – und die grundsätzliche Privilegierung der Windkraft schlägt durch (BVerwG, Urt. v. 13.03.2003 – 4 C 402 – BVerwGE 118, 33 = DVBl 2003, 1064 – Luftballon; Stürer/Stürer NuR 2004, 341).

(Das Konzept). Nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB stehen öffentliche Belange einem privilegierten Vorhaben in der Regel auch dann entgegen, soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist. Ausgenommen von diesem Darstellungsprivileg waren schon damals die land- und forstwirtschaftlichen Nutzungen (§ 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB). Die Atomkraft (§ 35 Abs. 1 Nr. 7 BauGB) und die Solaranlagen (§ 35 Abs. 1 Nr. 8 BauGB) sind inzwischen als dem Darstellungsprivileg entzogene privilegierte Vorhaben hinzugetreten. Ist eine gemeindliche Bauleitplanung unwirk-

sam, so hat dies traditionell die Folge, dass Vorhaben in aller Regel planungsrechtlich unzulässig sind, weil sie sich nicht auf eine entsprechende Plangrundlage stützen können.

(Stufensystem). Das BVerwG hat für die planerische Steuerung am Beispiel der Windenergie ein aus vier Schritten bestehendes Stufensystem entwickelt (BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 1.11, 2.11 – BVerwGE 145, 231 = DVBl 2013, 507, Stürer, 509; BVerwGE 137, 259; zum Konzept statt aller Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 2013; ders. DVBl 2009, 737). Die aufgrund zwingender Ausschlusskriterien ungeeigneten Flächen sind zunächst auszusondern (Schritt 1). Die verbleibenden Flächen können durch für das Plangebiet einheitlich angelegte Abwägungskriterien weiter eingeschränkt werden (Schritt 2). Zwischen den danach verbleibenden »Weißflächen« können durch Abwägung die ausgewiesenen »Konzentrationsflächen« festgelegt werden (Schritt 3). Hierzu ist bereits die Empfehlung gegeben worden, bei Zweifeln darüber, ob es sich wirklich um ein »hartes« Kriterium handelt, nach dem Vorbild der schwäbischen Hausfrau vorsorglich doppelt zu nähen und nach der Einsortierung als »hartes« Kriterium vorsorglich auch eine Einsortierung als »weiches« Kriterium in Aussicht zu nehmen (Stürer/Garbrock, DVBl 2013, 1134 – Büren). Sozusagen als bilanzierender »Schlussakkord« ist zu fragen, ob die ausgewiesenen Konzentrationsflächen eine substantielle Nutzung der privilegierten Vorhaben gewährleisten (Schritt 4). Die Frage, ob die Planung im Ergebnis der Windenergie substantiell Raum verschafft (BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 3 C 15.01 – BVerwGE 117, 287 = DVBl 2003, 797), lässt sich nicht ausschließlich nach dem Verhältnis zwischen der Größe der im Flächennutzungs- oder Regionalplan dargestellten Konzentrationsfläche und der Größe derjenigen Potenzialflächen beantworten, die sich nach Abzug der »harten« Tabuzonen von der Gesamtheit der gemeindlichen Außenbereichsflächen ergibt. Je geringer allerdings der Anteil der ausgewiesenen Konzentrationsflächen ist, desto gewichtiger müssen die gegen eine weitere Ausweisung von Vorranggebieten sprechenden Gesichtspunkte sein, damit es sich nicht um eine unzulässige »Feigenblattplanung« handelt (BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 3 C 15.01 – BVerwGE 117, 287 = DVBl 2003, 797). Das genaue Austarieren der Grenze einer noch substantiellen Nutzung hat das BVerwG den Instanzgerichten überlassen (BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 1.11, 2.11 – BVerwGE 145, 231 = DVBl 2013, 507, Stürer, 509, mit Hinweis auf VG Hannover, Urt. v. 24.11.2011 – 4 A 4927/09 – juris Rdnr. 66; BVerwG, Urt. v. 11.04.2013 – 4 CN 2.12 – NVwZ 2013, 489).

(Kursauschläge). Das Konzept läuft allerdings nicht immer ganz rund. Das mehrstufige Prüfungssystem, das sich das BVerwG ausgedacht hat, konnte natürlich in den zuvor aufgestellten Plänen nicht angewendet werden mit der Folge, dass zuvor aufgestellte Pläne wegen Verstoßes gegen dieses Abschichtungssystem von harten und weichen Tabukriterien unwirksam sind. Allerdings kann da die Unbeachtlichkeitsregelung in § 215 Abs. 1 Nr. 3 BauGB dem einen oder anderen Bebauungsplan aus der Patsche helfen. Auch für Regionalpläne kann unter entsprechenden Voraussetzungen die Planerhaltung greifen (§ 12 Abs. 5 Satz 1 Nr. 3 ROG). Pläne, die allerdings auf einer früheren Rechtsgrundlage aufgestellt

worden sind, erleiden hier schnell Schiffbruch, sodass hier nur ein Scherbenhaufen zurückbleibt (BVerwG, Beschl. v. 13.03.2016 – 4 B 7.16 – Fortentwicklung der Rechtsprechung kann zuvor verabschiedete Regionalpläne gefährden, DVBl 2016, 710, Stürer/Stürer, 712).

(Kontrastprogramm). In dieses Bild fügt sich die BauGB-Windenergienovelle 2013 geradezu als Möglichkeit einer Gegenoffensive ein. § 249 Abs. 3 BauGB enthielt bis Ende 2015 eine Länderöffnungsklausel. Die Länder konnten danach durch Landesgesetz bestimmen, dass § 35 Abs. 1 Nr. 5 auf Vorhaben, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen, nur anzuwenden ist, wenn sie einen bestimmten Abstand zu den im Landesgesetz bezeichneten zulässigen baulichen Nutzungen einhalten (Krautzberger/Stürer, BauR 2014, 1412). Und Bayern – einer der Initiatoren dieser Regelung (Bundesrat, Gesetzesantrag der Freistaaten Bayern und Sachsen, BR-Drucks. 569/13 v. 02.07.2013) – hat davon Gebrauch gemacht (zu den Gesetzesmaterialien: Deutscher Bundesrat: Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Länderöffnungsklausel zur Vorgabe von Mindestabständen zwischen Windenergieanlagen und zulässigen Nutzungen, BR-Drucks. 155/14 vom 11.04.2014; Deutscher Bundestag, Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drucks. 18/1310 v. 05.05.2014; Bundesrat: Empfehlungen der Ausschüsse BR-Drucks. 15/1/14 v. 12.05.2014; Deutscher Bundestag Ausschuss für Umwelt, Naturschutz, Bau- und Reaktorsicherheit, 15. Sitzung vom 21.05.2014 mit Sachverständigenanhörung; Bundesrat, Empfehlungen der Ausschüsse, BR-Drucks. 15/1/14 v. 12.05.2014; Bundesrat, BR-Drucks. 155/14 v. 23.05.2014; Beschluss des Bundesrates BT-Drucks. 155/14 v. 23.05.2014; Deutscher Bundestag, Stellungnahme des Bundesrates und Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drucks. 18/1580 v. 28.05.2014; Deutscher Bundestag, Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz, Bau- und Reaktorsicherheit, BT-Drucks. 18/1900 v. 25.06.2014; Deutscher Bundestag, Beschluss v. 27.06.2014 (Annahme), BR-Drucks. 294/14 v. 03.07.2014.). Der Bundesrat lehnte in seiner Stellungnahme den Gesetzentwurf ab. Die Einführung einer Länderöffnungsklausel zur Vorgabe von Mindestabständen zwischen Windenergieanlagen und zulässigen Nutzungen sei überflüssig und im Hinblick auf die notwendige Umsetzung der Energiewende kontraproduktiv. In der Expertenanhörung im zuständigen Bundestagsausschuss vom 21.05.2014 verfestigte sich dieses Bild. Die überwiegende Zahl der Sachverständigen begegnete dem Gesetz doch eher mit Skepsis. Zudem wurden verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht. Ein Eingriff der Länder in die Planungshoheit der Kommunen, der das Ziel hätte, Windenergieanlagen landesweit zu verhindern, sei mit den weiterhin bestehenden bundesgesetzlichen Vorgaben unvereinbar und ein unverhältnismäßiger und daher verfassungswidriger Eingriff in die kommunale Planungshoheit (Battis, Stellungnahme im Ausschuss für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit Ausschuss-Drucks. 18(16)58-C v. 21.05.2014).

(Das Bay Landesrecht). In Art. 82 Bay BO wird in Bezug auf die Länderöffnungsklausel die Windenergie und Nutzungsänderung ehemaliger landwirtschaftlicher Gebäude geregelt. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB findet danach 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. Die Vorschrift ist nicht anzuwenden, wenn in einem Flächennutzungsplan für Vorhaben der nach Abs. 1 beschriebenen Art vor dem 21.11.2014 eine Darstellung für die Zwecke des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erfolgt ist, soweit und sobald die Gemeinde der Fortgeltung der Darstellung nicht bis einschließlich 21.05.2015 in einem ortsüblich bekannt gemachten Beschluss widerspricht und soweit und sobald auch eine betroffene Nachbargemeinde der Fortgeltung der Darstellung nicht bis zu dem vorgenannten Zeitpunkt widerspricht (Art. 82 Abs. 4 Bay BO). Bei Aufstellung der Bauleitpläne, die für Vorhaben nach Art. 82 Abs. 1 Bay BO einen geringeren als den dort bestimmten Mindestabstand festsetzen wollen, ist im Rahmen der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB auf eine einvernehmliche Festlegung mit betroffenen Nachbargemeinden hinzuwirken (Art. 82 Abs. 5 Bay BO).

(Verfassungsrechtlicher Prüfungsrahmen). Der Bay VerfGH, der auf entsprechende Verfassungsbeschwerden mit der Länderöffnungsklausel befasst war, misst diese allerdings in erster Linie an der Bay Verf. Bundesrecht wird nur geprüft, soweit es eindeutig und offensichtlich verletzt ist. Das hat das Gericht nur hinsichtlich einer gesteigerten, über § 2 Abs. 2 BauGB hinausgehenden interkommunalen Abstimmungspflicht festgestellt, im Übrigen nicht. So werden die vom Bay VerfGH behandelten Fragen wohl noch in einigen weiteren Runden die Gerichte beschäftigen. Denn die entsprechende Regelung in der Bay BO ist mit dem Spruch aus München vor allem im Hinblick darauf, ob die bundesrechtlichen Vorgaben eingehalten sind, noch keinesfalls aus dem Schneider.

(Gesetzgebungskompetenzen). Gesetzliche Regelungen zum Bodenrecht fallen zwar nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes (BVerfG, E. v. 16.06.1954 – 1 PBvV 2/52 – BVerfGE 3, 407 – Gutachten Bodenrecht). Dies bedeutet allerdings nicht, dass der Bundesgesetzgeber damit den Inhalt städtebaulicher Regelungen abschließend bestimmen würde. Der Bundesgesetzgeber ist vielmehr in der Lage, insbesondere durch Länderöffnungs- oder -abweichungsklauseln Gesetzgebungskompetenzen aus dem Bereich des Städtebaurechts auf die Länder zu übertragen. Denn im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat (Art. 72 Abs. 1 GG). Zwar werden im Allgemeinen die bundesgesetzlichen Regelungen zum Städtebaurecht als abschließend beurteilt. Dem Bundesgesetzgeber steht es allerdings frei, von seiner konkurrierenden Gesetzgebung keinen abschließenden Gebrauch zu machen und damit den Ländern entsprechende Gesetzgebungsspielräume zu eröffnen. Das gilt selbst in den Bereichen, in denen die Länder die Kompetenz zur Abweichungsgesetzgebung haben (Art. 73 Abs. 3 GG). Der Bund

konnte daher den Ländern auch im Bereich der Windenergie entsprechende Gesetzgebungsspielräume eröffnen (Krautzberger/Stüer, BauR 2014, 1412). Davon geht auch der Bay VerfGH aus.

(Bundesrechtliche Vorgaben). Allerdings sind die bundesrechtlichen Vorgaben zu beachten. Eine landesrechtliche Regelung, die den bundesrechtlichen Gedanken der Privilegierung innerlich aushöhlt und eine substanzielle Nutzung der Windenergie auf dem Gebiet eines Landes nicht mehr gewährleistet, könnte im Hinblick auf das Gebot der Bundestreue der Länder bedenklich erscheinen. Klare Regelungen des Bundesgesetzgebers liegen allerdings hierzu nicht vor. Nach geltendem Recht kann durch die Landesplanung die Planungshoheit der Kommunen für die Standortbestimmung von Windkraftanlagen zwar eingeschränkt werden. Ein Eingriff der Länder in die Planungshoheit der Kommunen, die das Ziel hätte, Windenergieanlagen landesweit zu verhindern, wäre möglicherweise mit den bundesgesetzlichen Vorgaben unvereinbar und dann ein unverhältnismäßiger und verfassungswidriger Eingriff in die kommunale Planungshoheit. Die Beurteilung dürfte allerdings davon abhängen, in welchem Umfang der Bundesgesetzgeber durch § 249 Abs. 3 BauGB den Ländern eine eigene Gesetzgebungskompetenz zuerkannt hat (Art. 72 Abs. 1 GG, Krautzberger/Stüer, BauR 2014, 1412).

(Substanzielle Nutzung der Windenergie). Die Länderöffnungsklausel gewährt zwar die Möglichkeit, größere Abstände zu den im Landesgesetz bezeichneten Nutzungen zu wahren. Damit ist auch eine 10 H-Regelung grundsätzlich in der Reichweite landesrechtlicher Abweichungsmöglichkeiten. Zugleich sieht der Bay VerfGH eine landesrechtliche Regelung allerdings an das Gebot gebunden, der Windkraft eine substanzielle Nutzungsmöglichkeit zu gewähren. Nun hat das BVerwG es zwar bisher abgelehnt, diesen Begriff etwa durch einen festen Prozentsatz der ausgewiesenen von der nach Abzug der harten Kriterien verbleibenden Flächen zu bestimmen. Eine substanzielle Nutzung setzt aber wohl irgendwie eine doch deutlich größere Zahl als Null voraus. Denn mit »Zéro« sind nicht nur bei Bankkrediten keine großen Geschäfte zu machen. Es könnte wohl auch einiges dafür sprechen, dass es sich bei einer substanziellen Nutzung um eine Prozentzahl handeln muss, bei der auch vor dem Komma zumindest eine gehobene einstellige Zahl stehen muss. Zahlen im Bagatellbereich hinter dem Komma dürften wohl nicht mehr dem auch nach Ansicht des Bay VGH weiterhin geltenden Gebot einer substanziellen Nutzung der Windkraft gerecht werden. Hier liegt eine gewisse Achillesferse des Urteils. Denn die Münchener Verfassungsrichter gehen zwar von einer im Lande verbleibenden Bruttofläche von 1,7 % der Landesfläche aus. Durch weiterer einschränkende Kriterien könne dieser Wert indes durchaus auf 0,05 % der Landesfläche (so der Bundesverband Windenergie Landesverband Bayern) oder auf 0,01 % der Landesfläche (so die Oberste Baubehörde im Bayerischen Staatsministerium des Innern) sinken. Das aber sind Größenordnungen einer eher skelettierten Windenergieplanung, die von einer kraftvollen substanziellen Nutzung doch reichlich weit entfernt ist. Denn selbst multiplizierte Zahlen < 1 sind immer noch kleiner als 1. Und auch dreimal Null sind nicht größer als Null (Stüer, DVBl 2016, 1199). Von einem solchen Marginalbeitrag dürfte ein subs-

tanzieller Umstieg auf die erneuerbaren Energien kaum ausgehen. Selbst eine Spielbank wäre ohne ihren »Bankvorteil« zwischen 1,35 % (bei einfachen Chancen) und 2,7 % (bei Mehrfachchancen) nicht überlebensfähig, könnte jedenfalls keinen substanziellen Ertrag aus ihrem Gewerbe ziehen und auch die Spielbankenabgabe nicht stemmen. Wäre dem zu folgen, ist die gesamte bayerische Regelung wegen Verstoßes gegen Bundesrecht vom Tisch. Die Frage ist weiterhin offen, weil der Bay VerfGH nur offensichtliche Verstöße gegen das Bundesrecht in den Blick genommen hat. Das war natürlich sein gutes Recht, schwächt aber zugleich die Reichweite seiner Entscheidung.

(Kommunale Planungshoheit). Fragen der zulässigen Eingriffsmöglichkeit in die kommunale Planungshoheit stellen sich vor allem auch dann, wenn der Landesgesetzgeber in vorhandene Planausweisungen eingreift. Hier geht grundsätzlich die kommunale Planungshoheit nachträglichen veränderten Bewertungen des Gesetzgebers vor. So hat das BVerwG herausgestellt, dass der Bundesgesetzgeber nicht durch eine Änderung der BauNVO in den Bestand rechtsverbindlicher Bauleitpläne eingreifen darf. Vielmehr gelten die Änderungen der BauNVO in aller Regel nur für neue aufzustellende oder im Aufstellungsverfahren befindliche Pläne. Geltende (alte) Pläne haben demgegenüber einen Bestandsschutz gegenüber einer nachträglichen anderen Bewertung (BVerwG, Urt. v. 16.01.2003 – 4 CN 8.01 – BVerwGE 117, 31 = DVBl 2003, 804 – Entsteuerungsklausel). Ob und in welchem Umfang der Landesgesetzgeber daher in bestehende Pläne eingreifen und diese hinsichtlich der einzuhaltenden Abstände vielleicht sogar rückwirkend anders bewerten darf, scheint wohl noch nicht abschließend geklärt. Jedenfalls geht der Landesgesetzgeber ein nicht unerhebliches Risiko ein, wenn er die ihm durch § 249 Abs. 3 Satz 3 BauGB 2014 formal eröffneten Eingriffsmöglichkeiten in vorhandene Planungsausweisungen nutzt (Krautzberger/Stüer, BauR 2014, 1412).

(Bundesrecht bricht Landesrecht). Der Bay VerfGH sieht darin aus der Sicht der Bay Verf kein durchschlagendes Problem. Aber nicht nur aus der Bewertung der Reichweite von Treu und Glauben (BVerwG, Urt. v. 16.05.2000 – 4 C 4.99 – BVerwGE 111, 162 = DVBl 2000, 1853 mit Anm. Bick DVBl 2001, 154 – Gerechtigkeitslücke) wissen wir, dass die Uhren in Berlin und Leipzig gelegentlich anders ticken als in München. Nicht alles, was hier aus bayerischer Landessicht noch als Rechtens angesehen wird, muss auch dort aus Bundessicht ebenso richtig sein. So vielfältig und schön kann eben das Leben in einem in Bund und Länder gegliederten Bundesstaat sein.

(Entschädigungsfragen). Zudem stellen sich nicht unbeachtliche Entschädigungsfragen. Im Planungsschadensrecht hat das BVerwG bisher zwar eher Zurückhaltung walten lassen (BVerwG, Urt. v. 11.04.2013 – 4 CN 2.12 – NVwZ 2013, 489). Sind nach Einführung der Privilegierung der Windkraftanlagen erstmals Konzentrationszonen ausgewiesen worden und wurde dies mit der Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB verbunden, war für die im Übrigen ausgeschlossenen Flächen keine Entschädigungsgrundlage gegeben (Stüer/Stüer, NuR 2004, 341). Anders könnte sich die Rechtslage allerdings darstellen, wenn durch eine Änderung der Planung einem Grundstück die Lage in einer Konzentra-

tionszone entzogen wird (BVerwG, Beschl. v. 05.03.2013 – 4 B 40.12 –). Das BVerwG hat diese Frage bisher nicht entschieden. Das Verfahren, in dem es um die rechtsgrundsätzliche Klärung ging, ob derartige Entschädigungsansprüche in die Abwägung einzustellen sind, ist durch Vergleich beendet worden (BVerwG, mündliche Verhandlung vom 12.06.2014 – 4 C 03 –). Einiges könnte dafür sprechen, dass bei Eingriffen in ausgewiesene Konzentrationszonen Entschädigungsansprüche bestehen könnten – eine Frage, die allerdings weiterhin als offen bezeichnet werden muss.

(Das Roulettespiel geht weiter). So ist wohl das Schicksal der Novelle der Bay BO weiterhin offen und es wird wie am Roulette-Tisch die nächste Runde mit der Ansage des Kessel-Croupiers eröffnet: »Es ist alles bezahlt. Es wechselt die Hand. Ich bitte das Spiel neu zu machen«. Und die Elfenbeinkugel dreht sich in der Roulettemaschine eines anderen juristischen Casinos erneut. Für den Ausgang der nächsten Runden werden noch Wetten angenommen. »Faites votre jeu«.

Ministerialdirektor a. D. Prof. Dr. Michael Krautzberger (Bonn/Berlin) und Rechtsanwalt & Notar Prof. Dr. Bernhard Stüer (Münster/Osnabrück)

Bundesverwaltungsgericht

Auflösung von Stellenblockaden während eines beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahrens

Art. 33 Abs. 2 GG; § 9 Satz 1, § 21 Satz 1, § 22 Abs. 1 Satz 2 BGG; § 33 Abs. 3 Satz 1 BLV

1. Der Abbruch eines Auswahlverfahrens um einen Beförderungsdienstposten mit der Begründung, die dienstliche Beurteilung eines Mitbewerbers sei nicht mehr aktuell, entbehrt eines sachlichen Grundes, wenn die dienstliche Beurteilung nicht länger zurückliegt als der Regelbeurteilungszeitraum und es auch keinen Grund für eine Anlassbeurteilung gibt.

2. Die Notwendigkeit einer neuen aktuellen dienstlichen Beurteilung und damit ein sachlicher Abbruchgrund folgt auch nicht aus dem Umstand, dass der Dienstherr die Aufgaben des streitgegenständlichen Beförderungsdienstpostens einem Mitbewerber übertragen hat (als »kommissarische Vakanzvertretung«). Ein hierdurch ggf. erlangter Bewährungsvorsprung dieses Mitbewerbers muss – im Gegenteil – zur Vermeidung einer unzulässigen Bevorzugung dieses Bewerbers im Auswahlverfahren »ausgeblendet« werden, d.h. unberücksichtigt bleiben.

3. Das Ausblenden eines etwaigen Bewährungsvorsprungs bei rechtswidriger Dienstposteninhaberschaft erfolgt im Wege der »fiktiven Fortschreibung« der dienstlichen Beurteilung (für den Bundesbereich gem. § 33 Abs. 3 Satz 1 BLV). Die »fiktive« Komponente erfordert in dieser Konstellation nur, dass die aus der Aufgabewahrnehmung des höherwertigen Dienstpostens folgenden Besonderheiten in der dienstlichen Beurteilung unberücksichtigt bleiben.

4. Das Rechtsinstitut der fiktiven Fortschreibung (vgl. § 33 Abs. 3 Satz 1 BLV) ermöglicht die Vergabe von Funktionsämtern während des Laufs von beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren und vermeidet damit das in dieser Fallkonstellation offenkundig werdende Problem der Stellenblockade. Die Vergabe des Funktionsamtes selbst unterliegt dabei nicht den Vorgaben aus Art. 33 Abs. 2 GG, solange eine Vorwirkung auf die nachfolgende Statusamtsvergabe vermieden wird.

BVerwG, Beschl. v. 10.05.2016 – 2 VR 2.15 –

Gründe: I

[1] Die Ast. wendet sich im Wege vorläufigen Rechtsschutzes gegen den Abbruch eines Auswahlverfahrens für die Besetzung eines höherwertigen Dienstpostens. [...]

II

[9] Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung, über den der Senat gem. § 123 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 50 Abs. 1 Nr. 4 VwGO in erster und letzter Instanz entscheidet, ist zulässig und begründet. Die Ast. hat glaubhaft gemacht, dass durch den Abbruch des Auswahlverfahrens für den ausgeschriebenen Dienstposten die Verwirklichung eigener Rechte vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (§ 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

[10] **1.** Der Ast. steht ein Anordnungsgrund gem. § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO für den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zur Seite.

[11] Ein rechtswidriger Abbruch des Auswahlverfahrens verletzt den grundrechtsgleichen Bewerbungsverfahrenanspruch. Die Bewerber können bereits diese Maßnahme, obwohl sie nur vorbereitenden Charakter besitzt, einer gerichtlichen Kontrolle zuführen.

[12] Effektiver Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG) gegen den unberechtigten Abbruch eines Auswahlverfahrens kann nur im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes erlangt werden. Das Begehren auf zeitnahe Fortführung des begonnenen Auswahlverfahrens kann durch eine Hauptsacheklage nicht erreicht werden. Der Anordnungsgrund für einen Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO ergibt sich aus dem Inhalt des Rechtsschutzbegehrens selbst, das auf eine sofortige Verpflichtung des Dienstherrn gerichtet ist und deshalb bereits aus strukturellen Gründen nur im Wege des Eilrechtsschutzes verwirklicht werden kann (BVerwG, Urt. v. 03.12.2014 – 2 A 3.13 – BVerwGE 151, 14 Rdnr. 22).

[13] Der Obliegenheit zur zeitnahen Rechtsverfolgung binnen der Frist von einem Monat nach Zugang der Abbruchmitteilung (BVerwG, Urt. v. 03.12.2014 – 2 A 3.13 – BVerwGE 151, 14 Rdnr. 24) ist die Ast. nachgekommen. Mitgeteilt worden ist ihr der Abbruch des Auswahlverfahrens unter dem 06.08.2015; ihr Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung datiert auf den 01.09.2015.

[14] **2.** Der Ast. steht auch ein Anordnungsanspruch zu, weil die Entscheidung der Ag., das Auswahlverfahren abbrechen, ihren Bewerbungsverfahrenanspruch verletzt. Für