

Frey/Stiefvater: Befangenheit bei der Flächennutzungsplanung für die Ausweisung von Flächen für Windkraftanlagen

NVwZ 2014,
249

Befangenheit bei der Flächennutzungsplanung für die Ausweisung von Flächen für Windkraftanlagen

Professor Dr. Michael Frey, Mag. rer. publ., und Fabienne Stiefvater*

Die Kommunen haben durch die Möglichkeit zur Aufstellung oder Änderung von (Teil-) Flächennutzungsplänen Windkraft mit Darstellungen nach § 35 III 3 BauGB eine erhebliche Steuerungsmöglichkeit hinsichtlich der Windkraftnutzung auf der Gemarkungsfläche. Die Nutzung dieser Steuerungsmöglichkeit kann für einzelne Bürger, auch Gemeinderäte erhebliche Vor- oder Nachteile zur Folge haben. Obwohl derartige Windkraft-FNP mit einer Normenkontrollklage angegriffen werden können und in der Regel kein diesbezüglicher Bebauungsplan mehr folgt, herrscht derzeit noch keine Klarheit hinsichtlich der Anwendung der kommunalrechtlichen Befangenheitsvorschriften auf Beschlüsse hinsichtlich dieser (Teil-)Flächennutzungspläne. Der folgende Artikel erarbeitet für diese Situation einen Lösungsansatz, mit dem einerseits Interessenskonflikte der Mitglieder der Beschlussorgane vermieden und andererseits die Beschlussfähigkeit der Gremien gewahrt werden kann.

I. Einleitung und Problemdarstellung

Als Folge der Änderung des baden-württembergischen Landesplanungsgesetzes durch die grün-rote Landesregierung¹ wurden die bestehenden Festsetzungen für Vorrang- und Ausschlussgebiete in Regionalplänen zum 31. 12. 2012 aufgehoben². Dadurch haben nun Kommunen in Baden-Württemberg die Möglichkeit, im Rahmen der Flächennutzungsplanung selbst zu steuern, an welchen Stellen des Gemarkungsgebiets sie Windkraftnutzung zulassen wollen. Über das Mittel des Planvorbehalts des § 35 III 3 BauGB³ besteht die Möglichkeit, auf der übrigen Gemarkungsfläche Windkraftnutzung „in der Regel“ auszuschließen⁴. Politisches Ziel der Landesregierung ist es, bis zum Jahr 2020 10 % des Strombedarfs aus heimischer Windkraft zu decken⁵. In der Konsequenz sind nunmehr praktisch alle Gemeinden mit windhöffigen Flächen auf dem Weg, allein oder gemeinsam mit anderen Gemeinden (Teil-)Flächennutzungspläne Windkraft mit Darstellungen nach § 35 III 3 BauGB (häufig im Rahmen der so genannten überlagernden Darstellung) neu aufzustellen oder bereits bestehende anzupassen⁶. Während zu den inhaltlichen Anforderungen bereits zahlreiche Ausführungen erschienen sind⁷, behandelt der vorliegende Text die Frage, wann und unter welchen Voraussetzungen Mitglieder der Beschlussorgane kommunaler Planungsträger⁸ befangen im Sinne der kommunalrechtlichen Befangenheitsvorschriften⁹ sind.

Während deren Anwendung bei der Aufstellung von Bebauungsplänen geradezu der Musterfall ist¹⁰, bei dem der den Befangenheitsvorschriften zu Grunde liegende Interessenkonflikt beispielhaft zu Tage tritt und zu einer Ausdifferenzierung

Frey/Stiefvater: Befangenheit bei der Flächennutzungsplanung für die Ausweisung von Flächen für Windkraftanlagen (NVwZ 2014, 249)

250



ferenzierten Rechtsprechung geführt hat, ist die Anwendbarkeit der Befangenheitsvorschriften auf die Aufstellung von Flächennutzungsplänen (FNP) weitaus weniger eindeutig¹¹.

Allerdings unterscheiden sich sachliche (Teil-)Flächennutzungspläne mit Darstellungen nach § 35 III 3

BauGB wegen ihrer Außenwirkung auf Grund des Planvorbehalts deutlich von normalen Flächennutzungsplänen, deren Darstellungen grundsätzlich keine unmittelbare Außenwirkung entfalten. Nach der Rechtsprechung des *BVerwG*¹² sind Flächennutzungspläne mit Darstellungen nach § 35 III S 3 BauGB zudem auf der Grundlage einer Analogiebildung zu § 47 I Nr. 1 VwGO der Normenkontrolle zugänglich¹³. Angesichts der umfassenden Prüfung des (Teil-)Flächennutzungsplans Windkraft an höherrangigem Recht durch das *OVG*/den *VGH* sind daher hohe Anforderungen an den Inhalt und das Verfahren zur Aufstellung eines entsprechenden (Teil-)Flächennutzungsplans zu stellen. Der vorliegende Beitrag prüft daher, ob und inwieweit die kommunalrechtlichen Befangenheitsvorschriften auf Windkraft (Teil-)Flächennutzungspläne mit Darstellungen nach § 35 III 3 BauGB anwendbar sind und zeichnet die verschiedenen Befangenheitsszenarien für Mitglieder kommunaler Beschlussorgane nach.

II. Die Befangenheitsvorschriften und ihre Anwendbarkeit auf Windkraft (Teil-)Flächennutzungspläne

1. Die kommunalrechtlichen Befangenheitsvorschriften

a) Zweck der Befangenheitsvorschriften

Mitglieder kommunaler Beschlussorgane sind nach dem Wortlaut der Befangenheitsvorschriften der (landesrechtlichen) Gemeindeordnungen¹⁴ in der Regel dann wegen Befangenheit von der Beratung und Beschlussfassung ausgeschlossen, wenn die Entscheidungen ihnen oder ihnen nahestehenden Personen¹⁵ einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil bringen *können*¹⁶. Die Vorschrift sichert zunächst die Wahrung der Allgemeininteressen durch kommunale Beschlussorgane durch Ausschluss aller Mitglieder, bei denen die Gefahr einer Interessenkollision zwischen individuellen Sonderinteressen und der Pflicht zu uneigennützigem und verantwortungsbewusstem Handeln zum Wohle der Gemeinde¹⁷ besteht. Darüber hinaus wird auch das Vertrauen der Bürgerschaft in die Uneigennützigkeit der Entscheidungen kommunaler Beschlussorgane geschützt („können“). Es kommt daher nicht darauf an, ob auf Grund der Möglichkeit eines unmittelbaren Vor- oder Nachteils eine solche Interessenkollision tatsächlich besteht¹⁸, es soll bereits der „böse Schein einer Interessenkollision“ vermieden werden¹⁹.

b) Vorliegen eines unmittelbaren Vor- oder Nachteils

Hinsichtlich der Frage, wann ein unmittelbarer Vorteil vorliegen kann, wird teilweise auf einen direkt kausalen²⁰ oder einen nicht direkten, aber doch zwangsläufig zu erwartenden Zusammenhang zwischen Entscheidung und dem Eintritt des Vor- oder Nachteils²¹ abgestellt, teilweise wird mit Blick auf den Zweck der Befangenheitsvorschriften auf die Aus- und Außenwirkung auf den Bürger abgestellt: Ein unmittelbarer Vor- oder Nachteil soll dann vorliegen, wenn der Bürger nicht mehr von der Objektivität der Entscheidung ausgehen kann²². Nach der u. a. vom *VGH Mannheim* vertretenen so genannten Sonderinteressentheorie liegt ein unmittelbarer Vor- oder Nachteil vor, wenn die Entscheidung so eng mit den persönlichen Belangen des Mitglieds kommunaler Entscheidungsgremien zusammenhängt, dass es in herausgehobener Weise betroffen wird. „Erforderlich, aber auch ausreichend ist insoweit, dass der betroffene Gemeinderat oder seine Bezugsperson einer bzw. eine von wenigen anderen in gleicher Weise Betroffenen ist und sich sein bzw. ihr Interesse dadurch von den allgemeinen oder Gruppeninteressen deutlich abhebt“²³.

Weiterhin werden in den Befangenheitsvorschriften auch weitere persönliche und sachliche Tatbestände, in denen Interessenkonflikte unterstellt werden, genannt. Charakteristisch ist hier, dass der unmittelbare Vorteil nicht beim Mitglied eines kommunalen Beschlussorgans eintritt, sondern auf Grund einer wirtschaftlichen Verflechtung bei seinem Arbeitgeber, einer Handelsgesellschaft oder einem rechtlich selbstständigen Unternehmen, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder als Selbstständiger bei gutachtlicher oder sonstiger Tätigkeit in gleicher Sache.

Dabei können nur individuelle Sonderinteressen ein Mitwirkungsverbot auf Grund von Befangenheit auslösen, Interessenkollisionen mit den Interessen einer ganzen Berufs- oder Bevölkerungsgruppe sind von der Befangenheit ausgenommen, da hier eine gewollte Wahrung kollektiver Interessen vorliegt und es in der Regel auch an der Unmittelbarkeit des Vor- oder Nachteils fehlt²⁴.

Folge der Mitwirkung eines befangenen Mitglieds eines kommunalen Beschlussorgans ist die Rechtswidrigkeit des Beschlusses²⁵. Wird auf die Mitwirkung eines befangenen Mitglieds eines kommunalen Beschlussorgans nicht innerhalb eines Jahres nach der Bekanntmachung des genehmigten Flächennutzungsplan beanstandet, tritt Heilung durch Zeitablauf nach §§ 18 VI 2, 4 IV, 5 BadWürttGO ein²⁶.

Frey/Stiefvater: Befangenheit bei der Flächennutzungsplanung für die Ausweisung von Flächen für Windkraftanlagen (NVwZ 2014, 249) 251  

2. Die Anwendbarkeit der Befangenheitsvorschriften auf Windkraft-(Teil-) Flächennutzungspläne

Während die Anwendung der Befangenheitsvorschriften im Rahmen von Bebauungsplan-Verfahren unstreitig ist und es hierzu eine breit gefächerte Rechtsprechung gibt²⁷, ist jedoch fraglich, ob und inwieweit die Befangenheitsvorschriften auch auf Flächennutzungspläne und insbesondere auf (Teil-) Flächennutzungspläne Windkraft mit Darstellungen nach § 35 III 3 BauGB anwendbar sind²⁸.

a) Klassische Ansicht: keine Anwendung der Befangenheitsvorschriften auf Flächennutzungspläne

Klassisch wird die Anwendung der Befangenheitsvorschriften auf das Flächennutzungsplan-Verfahren grundsätzlich mit den Argumenten abgelehnt, dass es sich beim Flächennutzungsplan anders als beim Bebauungsplan nur um einen vorbereitenden Bauleitplan handelt, der seiner Natur nach grobmaschiger ist und grundsätzlich keine Außen- bzw. Rechtswirkung gegenüber Dritten entfalte²⁹. Außerdem drohe, da der Flächennutzungsplan in der Regel das gesamte Gemeindegebiet umfasse, bei einer Anwendung der Befangenheitsvorschriften die Gefahr einer Beschlussunfähigkeit und damit eine Planungsunfähigkeit³⁰, da typischerweise eine Vielzahl von in der Gemeinde wohnenden Gemeinderäten (§ 12 BadWürttGO) betroffen sein dürften. Zudem sei diese Konfliktsituation durch die bundesrechtliche Zuweisung der Bauleitplanung an die Kommunen als Aufgabe der verfassungsrechtlich durch Art. 28 II GG geschützten kommunalen Selbstverwaltung angelegt³¹. Letztlich lasse sich auch aus der Rechtsnatur des Flächennutzungsplans als grundsätzlich (anders als Bebauungspläne) nicht explizit im Rahmen von Normenkontrollverfahren angreifbare hoheitliche Maßnahme sui generis schließen, dass die Anwendung der landesrechtlichen Befangenheitsvorschriften auf Flächennutzungspläne rechtssystematisch nicht vorgesehen sei³².

b) H. M.: Differenzierung zwischen Erstaufstellung und späteren Änderungen des Flächennutzungsplans

Rechtsprechung und ein Großteil der Literatur haben sich, auf Entscheidungen des *OVG Lüneburg*³³ und des *OVG Münster*³⁴ einer nach verschiedenen Stadien der Flächennutzungsplan-Aufstellung differenzierenden Auffassung angeschlossen³⁵: So sollen bei einer erstmaligen Aufstellung eines Flächennutzungsplans im Interesse der Gewährleistung der kommunalen Planungshoheit die Befangenheitsvorschriften selbst dann nicht angewendet werden, wenn Gemeinderäte Eigentümer oder Inhaber sonstiger dinglicher Rechte an Grundstücken im Plangebiet sind, bei einer Änderung eines Flächennutzungsplans hingegen sollen Eigentümer oder Inhaber sonstiger dinglicher Rechte an Grundstücken im Änderungsbereich oder an ihn angrenzend befangen sein, wenn die Planänderung die

Nutzbarkeit der Grundstücke verändert³⁶.

c) Anwendbarkeit der Auffassungen auf Flächennutzungspläne mit Darstellungen nach § 35 III 3 BauGB

Weder die eine Anwendung der Befangenheitsvorschriften generell ausschließende Auffassung noch die von der Rechtsprechung entwickelte differenzierende Lösung lassen sich für Windkraft- (Teil-) Flächennutzungspläne mit Darstellungen nach § 35 III 3 BauGB anwenden:

Bei den Windkraft-Flächennutzungsplänen mit Darstellungen nach § 35 III 3 BauGB handelt es sich in der Regel um sachliche, seltener auch um räumliche³⁷ Teilflächennutzungspläne i. S. des § 5 II b BauGB. Sie stellen typischerweise eine das gesamte Gemeindegebiet betreffende Änderung eines bestehenden Flächennutzungsplans dar. Die Darstellungen nach § 35 III 3 BauGB führen auch infolge der Wirkungen des Planvorbehalts (planungsrechtliche Zulässigkeit der Windkraftnutzung innerhalb der Konzentrationszonen und regelmäßiger Ausschluss der Windkraftnutzung außerhalb der Konzentrationszonen) jedenfalls für alle außerhalb der Konzentrationszonen liegenden Flächen zu einer (nachteiligen) Änderung der Nutzbarkeit der Grundstücke: Hier ist „in der Regel“ keine Windkraftnutzung mehr zulässig. Hinsichtlich der innerhalb der Konzentrationszone liegenden Grundstücke liegt hingegen insoweit ein Vorteil vor, dass hier eine Windkraftnutzung planungsrechtlich zulässig ist oder bleibt, auch ohne dass dem Flächennutzungsplan ein (rechtlich möglicher) konkretisierender Bebauungsplan folgt³⁸.

Dies zu Grunde gelegt, wäre nach der erstgenannten Lösung kein Mitglied eines kommunalen Beschlussgremiums befangen³⁹, nach der zweitgenannten Lösung praktisch alle⁴⁰. Demzufolge würde eine Nichtanwendung der Befangenheitsvorschriften ihrem Zweck nicht gerecht, die konsequente Anwendung hingegen würde eine Beschlussunfähigkeit nach sich ziehen.

Daher muss für Flächennutzungspläne mit Darstellungen nach § 35 III 3 BauGB eine dieser Fallkonstellation angepasste Lösung entwickelt werden, welche deren Besonderheiten Rechnung trägt. Hierbei sind neben dem Zweck der Befangenheitsvorschriften auch die von der Rechtsprechung entwickelten Anforderungen an eine rechtssichere Methodik der Konzentrationszonenplanung⁴¹ zu berücksichtigen. Eine angepasste Lösung muss auch berücksichtigen, dass das *BVerwG* (Teil-) Flächennutzungspläne Windkraft mit Darstellungen nach § 35 III 3 BauGB im Wege einer Analogie zu § 47 I Nr. 1 *VwGO* der Normenkontrolle zugänglich gemacht hat. Es besteht daher durchaus die Möglichkeit, dass solche Flächennutzungspläne von Einwohnern der Gemeinde angegriffen werden, soweit sie substantiiert darlegen können, durch den Flächennutzungsplan möglicherweise in ihren subjektiven Rechten verletzt zu sein⁴². Insoweit dürfte zumindest die Möglichkeit eines unmittelbaren Nachteils in allen Fällen vorliegen, in denen ein Mitglied kommunaler Beschlussorgane gegen den (Teil-)Flächennutzungsplan Windkraft mit Dar

Frey/Stiefvater: Befangenheit bei der Flächennutzungsplanung für die Ausweisung von
Flächen für Windkraftanlagen (NVwZ 2014, 249)

252



stellungen nach § 35 III 3 BauGB antragsbefugt nach § 47 II *VwGO* ist.

Eine schematische Lösung verbietet sich. Vielmehr sind hier vor dem Hintergrund des Zwecks der Befangenheitsvorschriften die bestehenden Interessenkonfliktkonstellationen unter Berücksichtigung der Besonderheiten der besonderen Methodik der Windkraft-Flächennutzungsplanung eines (Teil-) Flächennutzungsplans Windkraft mit Darstellungen nach § 35 III 3 BauGB konkret zu betrachten.

III. Der Planvorbehalt, das Verfahren der Aufstellung und die Folgen der Befangenheit für

kommunale Beschlussorgane

Bei der Entwicklung einer auf (Teil-)Flächennutzungspläne Windkraft mit Darstellungen nach § 35 III 3 BauGB angepassten Anwendung der kommunalrechtlichen Befangenheitsvorschriften müssen, vor dem Hintergrund des Zwecks der Befangenheitsvorschriften und unter Berücksichtigung der Gefahr einer Beschlussunfähigkeit, sowohl die rechtlichen Besonderheiten des Planvorbehalts als auch die von der Rechtsprechung für die Planaufstellung entwickelte Prüfmethodik berücksichtigt werden.

1. Besonderheiten des Planvorbehalts

Der Planvorbehalt des § 35 III 3 BauGB ermöglicht kommunalen Planungsträgern, die planerische Zulässigkeit von Windenergieanlagen im Rahmen der Flächennutzungsplanung durch die Ausweisung von Konzentrationszonen selbst zu steuern⁴³. Die Darstellung von Konzentrationszonen für die Windkraftnutzung im Flächennutzungsplan steht dann der grundsätzlich privilegierten Zulässigkeit von Windenergieanlagen im Außenbereich nach § 35 I Nr. 5 BauGB an anderer Stelle als öffentlicher Belang „in der Regel“ entgegen (Planvorbehalt)⁴⁴.

Die Wirkung des Planvorbehalts kann dabei sowohl über eine allgemeine Fortschreibung des kommunalen Flächennutzungsplans (in der Praxis selten) oder über einen sachlichen und/oder räumlichen Teilflächennutzungsplan (nach § 5 II b BauGB; häufiger) erzielt werden. Flächen für die Windkraftnutzung können nach § 5 II BauGB sowohl als Bauflächen (§ 5 II Nr. 1 BauGB; etwa als „Sonderbaufläche für Windkraftnutzung“) wie auch als Flächen für Versorgungsanlagen (§ 5 II Nr. 4 BauGB) oder als Flächen für Anlagen, Einrichtungen oder sonstigen Maßnahmen, die dem Klimawandel entgegenwirken (§ 5 II Nr. 2 b BauGB) erfolgen. Vor dem Hintergrund der Tatsache, dass durch Windenergieanlagen nur kleine Teile der ausgewiesenen Flächen tatsächlich in Anspruch genommen werden und die oben genannten Darstellungsarten mit der derzeitigen tatsächlichen Nutzungsart (meist Flächen für Land- und Forstwirtschaft) widersprechen, greift die kommunale Praxis infolge des nicht abschließenden Charakters dieser Darstellungsmöglichkeiten in Anlehnung an die Planungskategorien der Raumordnung⁴⁵ häufig zur Darstellung als „Konzentrationszone für die Windkraftnutzung“ in überlagernder Darstellung zur ebenfalls im Flächennutzungsplan vorgesehenen Grundnutzung der Flächen als Flächen für Land- und Forstwirtschaft⁴⁶.

2. Methodik zur Auswahl der Konzentrationszonen

Nach den allgemeinen rechtlichen Anforderungen, die das *BVerwG* in seinen hierzu grundlegenden Entscheidungen vom 17. 12. 2002⁴⁷ und vom 13. 12. 2012⁴⁸ konkretisiert hat, ist Voraussetzung für die wirksame Ausweisung von Windkraft-Konzentrationszonen mit Ausschlusswirkung für das übrige Plangebiet in Form einer den Planvorbehalt nutzenden Darstellung nach § 35 III 3 BauGB, dass der Planungsträger der Windkraftnutzung auf der Grundlage eines schlüssigen gesamträumlichen Planungskonzepts „substanziell Raum“ verschafft, mit dem es gerechtfertigt werden kann, das übrige Plangebiet von der an sich im Außenbereich privilegierten Windkraftnutzung (§ 35 I Nr. 5 BauGB) frei zu halten.

Um den Anforderungen an ein abwägungsfehlerfreies schlüssiges gesamträumliches Planungskonzept, das der Windkraft substanziell Raum gewährt gerecht zu werden, hat der Planungsträger ein mehrstufiges Abschichtungsverfahren durchzuführen. In einem ersten Schritt sind dabei die so genannten „harten Tabuzonen“ zu ermitteln und auszuschneiden, die für die Windkraftnutzung nicht zur Verfügung stehen und der Abwägungsentscheidung des Planungsträgers entzogen sind, weil ihnen tatsächliche oder rechtliche Hindernisse i. S. des § 1 III 1 BauGB zwingend entgegenstehen⁴⁹. In einem weiteren Schritt sind sodann die Flächen zu erheben, die für die Windkraftnutzung grundsätzlich geeignet sind und bei denen geprüft werden muss, ob die Windkraftnutzung auf diesen Flächen mit anderen konfligierenden öffentlichen Belangen zu vereinbaren ist („weiche Tabuzonen“ bzw.

Prüfflächen). Die nach dieser Prüfung verbleibenden windhöffigen Flächen können nach einer umfassenden Abwägung durch den kommunalen Planungsträger als Konzentrationszonen ausgewiesen werden.

3. Auswirkungen auf die mögliche Befangenheit von Mitgliedern kommunaler Beschlussgremien

Vor diesem Hintergrund prüft die folgende Darstellung entsprechend der von Rechtsprechung und Literatur zur Befangenheit im Rahmen von Bebauungsplänen herausgearbeiteten Fallgruppen⁵⁰ zunächst die Befangenheit anhand von Eigentum oder eines dinglich verfestigtem Rechts an einem Grundstück innerhalb oder außerhalb der Konzentrationszone. Anschließend werden die weiteren Fallgruppen ohne Grundeigentumsbezug untersucht.

a) Eigentum oder sonstiges dinglich verfestigtes Recht an Grundstücken in der Konzentrationszone

Nach der Rechtsprechung zu den kommunalrechtlichen Befangenheitsvorschriften sind nicht nur Eigentümer von Grundstücken innerhalb eines Bebauungsplangebiets befangen, sondern daneben auch weitere Berechtigte, wie etwa Mieter oder Pächter und ihnen nahestehende Personen⁵¹.

Frey/Stiefvater: Befangenheit bei der Flächennutzungsplanung für die Ausweisung von Flächen für Windkraftanlagen (NVwZ 2014, 249)

253



aa) Eigentümer

Vorteil im Sinne eines individuellen Sonderinteresses für Eigentümer von Flächen innerhalb von Konzentrationszonen ist zunächst die Nutzbarkeit der Fläche als Stand- oder Poolfläche für Windkraftanlagen und die daraus resultierenden unmittelbaren Vorteile in monetärer Form⁵² durch eigene Nutzung, Verpachtung oder Verkauf der Grundstücke an Windenergieanlagenbetreiber zu sehen. Dieser Vorteil ist auch insoweit unmittelbar, als das auf Grund der Wirkung des Planvorbehalts ein den Flächennutzungsplan konkretisierender B-Plan zwar möglich, aber nicht erforderlich (und damit in der Praxis selten) ist. Er ist auch geeignet, das Vertrauen in die Uneigennützigkeit des Mitglieds des kommunalen Beschlussorgans zu erschüttern. Insoweit sind Eigentümer von Grundstücken innerhalb geplanter Konzentrationszonen befangen im Sinne der kommunalrechtlichen Befangenheitsvorschriften. Auch die Fortführung einer bestimmten bestehenden Nutzungsart eines Grundstücks⁵³ stellt einen die Befangenheit begründenden unmittelbaren Vorteil dar⁵⁴.

bb) Weitere berechtigte Personen

Als weitere berechtigte Personen, die durch die Einbeziehung ihrer Flächen in eine Konzentrationszone ein individuelles Sonderinteresse haben könnten, kommen Pächter oder Mieter von Grundstücken innerhalb der Konzentrationszone in Frage. Diese dingliche Verfestigung dieser schuldrechtlichen Vertragsverhältnisse als Befangenheit begründende Elemente ist von Rechtsprechung und Literatur zwischenzeitlich anerkannt⁵⁵. Anders als dem Eigentümer steht dem Pächter – wie auch dem Mieter – in der Regel das Recht zur Weiterverpachtung des Grundstücks an einen Windkraftanlagenbetreiber nicht zu. Insofern dürfte dem Pächter eines Grundstücks innerhalb einer Konzentrationszone kein unmittelbarer Vorteil durch eine zusätzliche Nutzungsmöglichkeit entstehen. Im Gegenteil: Jedenfalls sofern keine überlagernde Darstellung zur Grundnutzung als Fläche für Land- oder Forstwirtschaft geplant wird, dürfte der (Land-)Pächter bzw. der Mieter ein individuelles Sonderinteresse daran haben, den Bestand seines Pacht- bzw. Mietverhältnisses zu sichern, in dem er den Nachteil einer konkurrierenden bzw. verdrängenden Nutzungsmöglichkeit zu verhindern sucht⁵⁶. Sofern man hier

eine Vorwegnahme der Nutzungsänderung durch den Flächennutzungsplan annimmt, dürfte auch hier ein die Befangenheit begründender unmittelbarer Nachteil vorliegen⁵⁷. Unabhängig stellt nach der Rechtsprechung auch die Fortführung einer bestimmten Nutzung auf dem Grundstück einen die Befangenheit begründenden Vorteil dar⁵⁸, so dass unter diese Gruppe fallende Mitglieder kommunaler Beschlussorgane in jedem Fall befangen sein dürften.

b) Eigentum oder sonstige dinglich verfestigte Rechte an Grundstücken außerhalb der Konzentrationszone

Mit Blick auf die spezielle Untersuchungsmethodik bei (Teil-)Flächennutzungsplänen Windkraft muss innerhalb dieser Gruppe differenziert werden.

aa) Eigentum oder sonstige dinglich verfestigte Rechte an Grundstücken außerhalb der Konzentrationszone, die der Abwägung durch den Planungsträger entzogen sind

In diese Gruppe fallen zunächst Eigentümer bzw. Inhaber sonstiger dinglich verfestigter Rechte an Grundstücken innerhalb von so genannten „harten Tabuzonen“, aber auch an Grundstücken in Bereichen, die aus anderen Gründen der Abwägung nicht zur Verfügung stehen und damit der Disposition der kommunalen Beschlussorgane entzogen sind. Neben den Grundstücken in so genannten harten Tabuzonen dürfte dies auch die Grundstücke betreffen, die im Innenbereich (§ 34 BauGB) liegen (und damit von der Ausschlusswirkung des § 35 III 3 BauGB nicht erfasst werden) oder Grundstücke, die aus sonstigen zwingenden Gründen, etwa auf Grund von immissionsschutzrechtlich-zwingend einzuhaltenden Mindestabständen auf Grund der TA Lärm⁵⁹ oder einer zu geringen Windhöffigkeit (und damit einer fehlenden Eignung zur Windkraftnutzung⁶⁰) nicht zur Verfügung stehen. Gemeinsam ist diesen Flächen, dass aus Rechten an ihnen kein individuelles Sonderinteresse begründet werden kann, da sich aus der Konzentrationszonenplanung mit Ausschlusswirkung für die übrigen Flächen kein unmittelbarer Vor- oder Nachteil herleiten lässt.

Dies gilt insoweit auch für eventuell durch die Flächennutzungsplanung vorweggenommene Belästigungen unterhalb der Nachteilsschwelle, wie etwa Schattenwurf unterhalb der gesetzlichen Grenzwerte oder eine als zukünftig negativ empfundene Veränderung der Aussicht durch Windkraftanlagen⁶¹, zumal sich diese Auswirkungen nicht in Person nur einzelner Mitglieder kommunaler Beschlussorgane zuspitzen⁶² dürften. Für diese Bewertung spricht auch, dass diese Beeinträchtigungen nicht geeignet sind, die für eine Antragsbefugnis im Normenkontrollverfahren erforderliche Möglichkeit einer Rechtsverletzung nach § 47 II VwGO zu begründen⁶³. Folglich ist hier keine Befangenheit anzunehmen.

bb) Eigentum oder sonstige dinglich verfestigte Rechte an Grundstücken außerhalb der Konzentrationszone, die der Abwägung durch den Planungsträger unterliegen

Während

Frey/Stiefvater: Befangenheit bei der Flächennutzungsplanung für die Ausweisung von Flächen für Windkraftanlagen (NVwZ 2014, 249) 254  

bei der vorgenannten Gruppe mangels einer Dispositionsbefugnis des kommunalen Beschlussorgans bereits kein unmittelbarer Vor- oder Nachteil vorliegt, der eine Befangenheit begründen kann, ist bei der dinglich berechtigten an Grundstücken, über deren Nutzung das kommunale Beschlussorgan im Rahmen der Abwägung entscheiden kann, ein unmittelbarer Vor- oder Nachteil für den Grundstücksbesitzer denkbar. Dies betrifft nach der Rechtsprechung so genannte „weiche Tabuflächen“ sowie Prüfflächen. Entscheidend ist hier jedoch eine konkrete Einzelfallbetrachtung. Insoweit gilt das zu

den dinglich berechtigten an Grundstücken innerhalb der Konzentrationszone Ausgeführte entsprechend. Daher dürfte in diesen Fällen eine Befangenheit von Mitgliedern kommunaler Beschlussorgane wegen des Vorliegens eines unmittelbaren Vor- oder Nachteils in der Regel schon deshalb vorliegen, weil die konkrete Nutzungsmöglichkeit des Grundstücks durch den Planvorbehalt beschränkt wird. Insoweit liegt auch eine, die Antragsbefugnis im Normenkontrollverfahren begründende Möglichkeit einer Rechtsverletzung vor⁶⁴.

Nicht ausreichend ist jedoch die eventuelle Vorwegnahme möglicher unterhalb der Nachteilsschwelle zu verortenden Belästigungen (s. o.).

Sofern man abweichend von der oben vertretenen Auffassung, dass wegen mangelnder Windhöffigkeit ungeeignete Bereiche des Außenbereichs nicht von vornherein der Abwägungsentscheidung des Planungsträgers entzogen sind (und damit keine Befangenheit begründen können) auch die Bereiche, deren Windhöffigkeit einen bestimmten Schwellenwert nicht erreicht (und die damit ungeeignet für die Windenergienutzung sind) hinzuzählt, sind alle Grundstückseigentümer im Außenbereich, die nicht innerhalb von harten Tabuzonen liegen ebenfalls als befangen anzusehen. Damit steigt die Wahrscheinlichkeit der Befangenheit von Gemeinderäten – und damit die Gefahr einer Beschlussunfähigkeit erheblich an.

c) Sonstige Befangenheitsszenarien ohne unmittelbaren Grundstücksbezug

Bei Mitgliedern kommunaler Beschlussorgane, deren potenzielles Sonderinteresse sich nicht aus einem konkreten Grundstücksbezug herleiten lässt, dürfte das Vorliegen eines die Befangenheit begründenden unmittelbaren Vor- oder Nachteils weitaus seltener nachweisbar sein. Gleichwohl sind, im Rahmen der kommunalen Windkraftdiskussion, neben den oben genannten Gruppen mit Grundstücksbezug häufig solche Akteure typische Meinungsmacher, wie z. B. Inhaber und Angestellte von Betrieben, die sich durch die Windkraftentwicklung Aufträge erhoffen oder um Aufträge bangen, Bürger, die sich als Mitglieder einer Bürgerenergiegenossenschaft oder als Aktionäre von Unternehmen der Windenergiebranche (neben idealistischen Motiven) eine finanzielle Rendite erhoffen, aber auch Aktivisten von Naturschutzorganisationen, Gewerbetreibende etwa im Tourismusbereich wie Übernachtungs- und Gaststättenbetriebe oder Vermieter von Ferienwohnungen, die infolge der Windkraftnutzung einen Umsatzrückgang erwarten sowie Bürger, die gesundheitliche Schäden (etwa durch Infraschall) befürchten. Letztlich hängt die Befangenheit auch bei diesen Gruppen vom konkreten Einzelfall ab, gleichwohl ist zu prüfen, ob sich aus solchen Motiven grundsätzlich eine Befangenheit ergeben kann.

aa) Betreiber eines Tourismusbetriebs wie Übernachtungs- oder Gaststättenbetriebe

Gerade bei den Betreibern von Tourismusbetrieben besteht die Sorge, dass ein Ausbau der Windkraft auf der Gemarkung der Gemeinde zu Umsatzeinbußen führen könnte. Ob diese Sorge begründet ist, ist umstritten⁶⁵. Für die Beantwortung der Frage nach einer Befangenheit kommt es jedoch hierauf auch nicht an, vielmehr muss auch hier ein individuelles Sonderinteresse im Sinne eines unmittelbaren Vor- oder Nachteils vorliegen.

Soweit der Betreiber eines Tourismusbetriebs Eigentümer oder Inhaber eines sonstigen dinglich verfestigten Rechts an einem Grundstück außerhalb der geplanten Konzentrationszone oder im Bereich der weichen Tabu- bzw. Prüfzonen ist, vermag dies nicht bereits eine Befangenheit zu begründen. Vielmehr kommt es darauf an, ob das wirtschaftliche Interesse am eigenen Gewerbebetrieb ein die Befangenheit begründendes Sonderinteresse darstellen kann.

Im Rahmen von Bebauungsplanverfahren lagen den Gerichten bereits mehrere Fälle zur Entscheidung vor, in denen ein Gewerbetreibender sich gegen zu erwartende Konkurrenz zur Wehr setzte: So hat der

*VGH Mannheim*⁶⁶ die Befangenheit eines Inhabers eines Einzelhandelsbetriebs im Rahmen einer Beschlussfassung über den Ausschluss von bestimmten Einzelhandelsbetrieben im Gewerbegebiet mit dem Argument verneint⁶⁷, dass die Verhinderung von Konkurrenzbetrieben keinen unmittelbaren Vorteil darstelle, da Umsatz und Gewinnchancen von einer Vielzahl struktureller (Betriebsstandort, Betriebsgröße) und wirtschaftlicher (Preis-Leistungs-Verhältnis, Service, Warenangebot) Faktoren abhängen⁶⁸. Zwar sind Windkraftanlagen keine Konkurrenten für Tourismusbetriebe, gleichwohl bleibt festzuhalten, dass der wirtschaftliche Erfolg von Tourismusbetrieben von einer Vielzahl unterschiedlicher Faktoren abhängig ist. Außerdem handelt es sich hier auch nicht um ein individuelles Sonderinteresse – alle Tourismusbetriebe vor Ort und darüber hinaus wären in gleicher Weise betroffen. Im Übrigen könnte es bei einem (Teil-)Flächennutzungsplan Windkraft auch an der Unmittelbarkeit des Vor- bzw. Nachteils fehlen, weil durch die Windkraftflächennutzungsplanung gerade die ansonsten generell bestehende Privilegierung der Windenergienutzung überall im Außenbereich nach § 35 I Nr. 5 BauGB gesteuert werden soll. Etwas Anderes könnte nur gelten, wenn die geplante Konzentrationszone den betreffenden Inhaber wie einen Monopolisten betrifft⁶⁹, etwa weil es sich um einen Bergrücken handelt, der ausschließlich für seinen Betrieb ein Schlüsselement darstellt und sich damit das Sonderinteresse dieses Inhabers von dem anderer Tourismusbetriebe so eindeutig unterscheidet, dass es sich auf ihn individualisierbar zuspitzt⁷⁰. Daher darf, von dieser Ausnahme abgesehen, ein Mitglied eines kommunalen Beschlussorgans, welches Inhaber eines Betriebs im Tourismusgewerbe ist, nicht nach den kommunalrechtlichen Befangenheitsvorschriften an der Beratung über die Standortplanung für Windkraftanlagen ausgeschlossen werden.

Frey/Stiefvater: Befangenheit bei der Flächennutzungsplanung für die Ausweisung von Flächen für Windkraftanlagen (NVwZ 2014, 249) 255 

bb) Mitglieder von Tourismus- oder Naturschutzverbänden, vergleichbaren Verbänden oder Bürgerinitiativen ohne finanzielle Interessen

Auch bei Mitgliedern von durch die Ausweisung von Windenergievorranggebieten betroffenen gemeinnützigen Verbänden ohne finanzielle Interessen, wie z. B. Tourismus- oder Naturschutzverbänden liegt kein zur Befangenheit führender unmittelbarer Vor- oder Nachteil im Sinne eines individuellen Sonderinteresses vor. Vielmehr sind hier, sofern keine weiteren die Befangenheit begründenden individuellen Merkmale, wie etwa finanzielle Vorteile vorliegen, nur so genannte Gruppeninteressen i. S. des § 18 III BadWürttGO betroffen⁷¹. Daher können Mitglieder kommunaler Beschlussorgane, die zugleich Mitglieder solcher Verbände sind, nicht wegen Befangenheit von der Beratung und Entscheidung ausgeschlossen werden. Dies gilt entsprechend für Mitglieder von Bürgerinitiativen für oder gegen die Windenergienutzung, solange deren Arbeit nicht auf wirtschaftliche Betätigung ausgerichtet ist. Demzufolge stellen sie kein Unternehmen i. S. von § 18 II Nr. 2 BadWürttGO dar. Daher beurteilt sich die Befangenheit allenfalls nach § 18 I BadWürttGO, bzw. bei Vorständen nach § 18 I Nr. 4 BadWürttGO⁷². Sofern also kein weiterer individueller Vor- oder Nachteil hinzutritt, ist in diesen Fällen ebenfalls nicht von einer Befangenheit auszugehen⁷³.

cc) Angestellte eines Unternehmens der Windenergiebranche

Unter dem Aspekt der Befangenheit ist die Mitwirkung eines ehrenamtlich Tätigen an der Ausweisung von Konzentrationszonen fraglich, der Angestellter eines Unternehmens der Windenergiebranche ist, dort also i. S. des § 18 II Nr. 1 BadWürttGO gegen Entgelt beschäftigt ist. Die Vergabe eines Auftrags an dieses Unternehmen zur Planung und zum Bau einer Windenergieanlage kann durchaus einen Vorteil für das Unternehmen darstellen. Die Unmittelbarkeit dieses Vorteils – und damit eine Befangenheit des Angestellten wäre bei Anwendung der formalen bzw. formal-kausalen Unmittelbarkeitstheorie ohnehin nicht anzunehmen, da die Auftragsvergabe nicht schon allein durch die Ausweisung der Konzentrationszone vorgegeben ist. Auch unter Anwendung der

Sonderinteressentheorie, wäre eine Befangenheit nur anzunehmen, wenn sich die Entscheidung zur Aufstellung eines (Teil-)Flächennutzungsplans Windkraft auf das Unternehmen zuspitzen würde. Das wäre allerdings nur dann anzunehmen, wenn die Gemeinde mit der Ausweisung der Konzentrationszone bereits die Entscheidung über Planung und Bau von Windkraftanlagen auf diesen Flächen verknüpfen würde. Das ist nur dann vorstellbar, wenn die Gemeinde gleichzeitig auch Grundstückseigentümerin der innerhalb der Konzentrationszone liegenden Grundstücke ist. In allen übrigen Fallkonstellationen, in denen Gemeinden entweder nicht auch Grundstückseigentümer sind oder in denen Gemeinden zwar Grundstückseigentümer sind, aber in einem zweistufigen Verfahren zunächst die Flächennutzungsplanung durchführen und anschließend ihre Flächen an Windkraftbetreiber vergeben, ist hingegen keine Befangenheit von Angestellten von Unternehmen der Windkraftbranche anzunehmen, da hier zwischen der Ausweisung der Konzentrationszone und Planung und Bau der Windkraftanlagen noch mehrere, die Unmittelbarkeit des Vorteils ausschließende Faktoren liegen⁷⁴.

dd) Aktionäre von Unternehmen der Windkraftbranche

Ist ein Mitglied eines kommunalen Beschlussorgans Aktionär einer AG, welche Windkraftanlagen plant, baut, betreibt und vertreibt, wäre eine Befangenheit auf Grund § 18 II Nr. 2 BadWürttGO oder § 18 I Nr. 4 BadWürttGO denkbar.

Ein individualisierter Vorteil könnte sich, wie bei zuvor genannten Unternehmen, in Form der Dividende am jährlichen Gewinn der Firma ergeben. Insofern könnte das Gemeinderatsmitglied ein gesteigertes Interesse daran haben, möglichst viele Konzentrationszonen auszuweisen. Eine Befangenheit nach § 18 I Nr. 4 BadWürttGO scheidet jedoch aus, wenn das Gemeinderatsmitglied nicht vertretungsberechtigtes Vorstandsmitglied i. S. von § 78 AktG ist⁷⁵. Bei einfacher Mitgliedschaft kann auch gem. § 18 II Nr. 2 BadWürttGO keine Befangenheit begründet werden, da das Gemeinderatsmitglied nicht im Aufsichtsrat der AG, sondern lediglich Aktionär ist.

Letztlich liegt in all diesen Fällen, analog zu der bereits oben dargestellten Fallgruppe der Angestellten von Unternehmen der Windenergiebranche auch kein unmittelbarer Vorteil i. S. des § 18 I BadWürttGO, sondern allenfalls ein mittelbarer Vorteil vor, solange Planung und Vergabe nicht verknüpft sind. Dies gilt entsprechend für Genossenschafter einer örtlichen Bürgerenergiegenossenschaft.

ee) Mitgliedschaft in einem Leitungsgremium kommunaler Unternehmen im Energiebereich

Mitglieder von kommunalen Beschlussorganen, die als Vertreter oder auf Vorschlag gleichzeitig Mitglied eines Leitungsgremiums kommunaler rechtlich-selbstständiger Stadtwerke oder vergleichbarer Unternehmen (unabhängig von ihrer rechtlichen Form) sind, sind bereits nach § 18 II Nr. 2 BadWürttGO als nicht befangen anzusehen, da sie dem Gremium als Interessensvertreter der Gemeinde angehören⁷⁶, zumindest solange nicht weitere individuelle Befangenheitsgründe hinzutreten.

4. Zusammenfassung

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass ein die Befangenheit begründender unmittelbarer Vor- oder Nachteil im Sinne eines individuellen Sonderinteresses auf Grund von Grundstückseigentum oder eines sonstigen dinglich verfestigten Rechts immer dann vorliegen kann, wenn die Ausweisung des betreffenden Grundstück als Konzentrationszone für die Windenergienutzung der Abwägung i. S. des § 1 VI und VII BauGB durch den kommunalen Planungsträger unterliegt. Dies ist bei allen Flächen gegeben, die nicht bereits infolge harter Tabukriterien der Abwägung entzogen sind. Hierzu zählen bei einem Teil-FNP Windkraft mit Darstellungen nach § 35 III 3 BauGB auch der Innenbereich sowie nach hier vertretener Auffassung die zwingenden immissionsschutzrechtlichen Mindestabstände sowie die fehlende Eignung mangels hinreichender Windhöflichkeit. Hier ist keine Befangenheit möglich.

Bei nicht grundstücksbezogenen Vor- oder Nachteilen fehlt es in der Regel an einem die Befangenheit begründenden individuellen Sonderinteresse, so dass hier nur ausnahmsweise eine Befangenheit vorliegen dürfte.

Die auf diese Weise gefundenen Ergebnisse tragen sowohl dem Zweck der Befangenheitsvorschriften unter Berücksichtigung der Sorge vor der Beschlussunfähigkeit, als auch den

Frey/Stiefvater: Befangenheit bei der Flächennutzungsplanung für die Ausweisung von Flächen für Windkraftanlagen (NVwZ 2014, 249) 256  

Besonderheiten eines auf der Grundlage der Rechtsprechung des *BVerwG* entwickelten (Teil-) Flächennutzungsplan Windkraft (hinsichtlich der Prüfungsmethodik und der Normenkontrollfähigkeit der Darstellung) Rechnung.

IV. Fazit

Die Anwendbarkeit der kommunalrechtlichen Befangenheitsvorschriften auf Beratung und Entscheidung kommunaler Beschlussorgane im Rahmen der Flächennutzungsplanung ist ein (im Vergleich zum Bebauungsplan) noch wenig bearbeitetes Feld. Mit der Energiewende und der zunehmenden Steuerung der Windkraftplanung durch sachliche (Teil-)Flächennutzungspläne Windkraft mit Darstellungen nach § 35 III 3 BauGB ist dieses Feld wegen der Wirkungen des Planvorbehalts um eine zusätzliche Facette reicher geworden. Mit den bislang vertretenen Lösungsansätzen zur Anwendung der Befangenheitsvorschriften lassen sich die dort auftretenden Fragestellungen nicht befriedigend lösen. Mit Hilfe der hier entwickelten Auslegung der Befangenheitsvorschriften unter Nutzung der vom *BVerwG* entwickelten Planungsmethodik lassen sich die hier auftretenden Interessenkonflikte bei gleichzeitiger Vermeidung des Risikos der Beschlussunfähigkeit lösen. Im Ergebnis sind Grundstückseigentümer und Inhaber dinglich verfestigter Rechte an Grundstücken, wie Mieter und Pächter, immer dann befangen, wenn sie durch die Ausweisung einer Konzentrationszone einen unmittelbaren Vor- oder Nachteil erlangen – unmittelbar ist dieser Vorteil immer dann, wenn die Darstellung/Nichtdarstellung der Grundstücke als Konzentrationszone der Abwägung des kommunalen Beschlussorgans unterliegt, was nicht der Fall ist bei Flächen, die auf Grund harter Tabukriterien oder anderer Ausschlussgründe (Innenbereich, immissionsschutzrechtlich zwingende Abstände, nach der hier vertretenen Auffassung auch nicht hinreichend windhöfliche Bereiche des Außenbereichs) von vornherein nicht als Konzentrationszonen in Frage kommen. Sofern kein Grundstücksbezug des individuellen Sonderinteresses vorliegt, dürfte eine Befangenheit von Mitgliedern mangels Unmittelbarkeit nur in Ausnahmefällen vorliegen. Die hier entwickelte Lösung korrespondiert insoweit auch mit der Klagebefugnis der Bürger im Rahmen der vom *BVerwG* durch Analogie zu § 47 I Nr. 1 VwGO entwickelten Normenkontrollfähigkeit von Flächennutzungsplänen mit Darstellungen nach § 35 III 3 BauGB.

* Der Autor *Frey* ist Professor für öffentliches Recht an der Hochschule für öffentliche Verwaltung in Kehl. Die Autorin *Stiefvater* ist Studentin an der Hochschule. Der vorliegende Aufsatz basiert zum Teil auf dem von ihr als Bachelorarbeit eingereichten Text.

1 I. d. F. nach Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des LplG v. 22. 5. 2012 (GBI S. 285).

2 Art. 2 des Gesetzes zur Änderung des LplG v. 22. 5. 2012 (GBI S. 285).

3 *Söfker*, in: *Spannowsky/Uechtritz* (Hrsg.), Beck'scher Onlinekommentar BauGB, 23. Erg.-Lfg., Stand: Sept. 2013, § 35 Rdnrn. 111 ff.

4 Hierzu *Frey*, DÖV 2013, 547; *Frey*, NVwZ 2013, 1184.

5 Der Wechsel beginnt, Koalitionsvertrag zwischen Bündnis 90/Die Grünen und der SPD Baden-Württemberg, S. 33, <http://www.gruene-bw.de/fileadmin/gruenebw/dateien/Koalitionsvertrag-web.pdf> (17. 10. 2013).

6

- 7 *Schlarmann/Conrad*, VBIBW 2013, 164; *Spannowsky*, ZfBR 2012, 53, jew. m. w. Nachw.
- 8 Zwar ist nach § 1 III BauGB die Flächennutzungsplanung Aufgabe der Gemeinde. Allerdings können nach § 203 II BauGB durch Landesgesetz Aufgaben der Gemeinden nach dem BauGB auf Verbandsgemeinden, Verwaltungsgemeinschaften oder vergleichbare Zusammenschlüsse übertragen werden. Gerade im Rahmen der Flächennutzungsplanung wird hierfür häufig Gebrauch gemacht, die kommunalen Befangenheitsvorschriften gelten entsprechend (z. B. § 13 VI BadWürttGKZ; *Aker*, in: *Aker/Hafner/Notheis*, BadWürttGO, BadWürttHVO, Stand: 2013, § 60 BadWürttGO Rdnr. 13). Daher verwendet der Text die Bezeichnung „Beschlussorgane kommunaler Planungsträger“.
- 9 Z. B. § 18 BadWürttGO; wie § 18 BadWürttGO: § 27 SaarIGO; ähnlich: § 22 RHPfGO; § 25 HessGO; § 31 NWGO; § 20 SächsGO; § 41 NdsGO.
- 10 Klassisch: Gemeinderat mit Grundstückseigentum im Bebauungsplangebiet; *Aker*, in: *Aker/Hafner/Notheis* (o. Fußn. 8), § 18 BadWürttGO Rdnr. 2.
- 11 *Hager*, VBIBW 1994, 263 (266); spricht von einem „Grenzfall“: Teilweise wird die Anwendung der Befangenheitsvorschriften auf FNP abgelehnt, z. B. *Seeger*, Hdb. für die Gemeinderatssitzung, S. 100; *Büttner*, KommP BY 2012, 370; teilweise zwischen Ertaufstellung und Fortschreibung differenziert (z. B. *OVG Lüneburg*, BauR 1970, 89; *OVG Münster*, NJW 1979, 2632 = DVBI 1980, 68 [70]; sowie große Teile der Lit., z. B. anschaulich hierzu *Molitor*, JA 1992, 303 [306]).
- 12 *BVerwG*, NVwZ 2013, 519 Rdnr. 30; bestätigend zuletzt *OVG Koblenz*, NVwZ-RR 2013, 796 L = BeckRS 2013, 51535.
- 13 *Frey*, NVwZ 2013, 1184.
- 14 Z. B. § 18 BadWürttGO; wie § 18 BadWürttGO: § 27 SaarIGO; insoweit ähnlich: § 22 RHPfGO; § 25 HessGO; § 31 NWGO; § 20 SächsGO; § 41 NdsGO.
- 15 Vgl. hierzu *Aker*, in: *Aker/Hafner/Notheis* (o. Fußn. 8), § 18 BadWürttGO Rdnrn. 11 ff.
- 16 *Söfker*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, Stand: 108. Erg.-Lfg. 2013, § 2 Rdnrn. 81 f.
- 17 § 17 BadWürttGO; *Aker*, in: *Aker/Hafner/Notheis* (o. Fußn. 8), § 17 BadWürttGO Rdnrn. 2 ff.
- 18 *VGH Mannheim*, BauR 2005, 37 = BeckRS 2004, 23321.
- 19 *Söfker*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger* (o. Fußn. 16), § 2 Rdnr. 81, m. Verweis auf *VGH Mannheim*, NuR 2010, 736 = BeckRS 2010, 47246; *OVG Saarlouis*, Urt. v. 9. 3. 2012 – 2 C 252/10, BeckRS 2012, 49495.
- 20 Formal-kausale Theorie; *Glage*, Mitwirkungsverbote in Gemeindeordnungen – Die Gewinnung von Auslegungskriterien und ihre Anwendung auf Einzelprobleme, 1995, S. 147 m. w. Nachw.
- 21 Modifizierte formal-kausale Theorie; *Molitor*, Die Befangenheit von Gemeinderatsmitgliedern – Eine Untersuchung anhand Art. 49 der Bayerischen Gemeindeordnung mit Bezug auf die Kommunalverfassung aller Bundesländer, 1993, S. 8 m. w. Nachw.
- 22 *Molitor* (o. Fußn. 21), S. 87 m. w. Nachw.
- 23 *VGH Mannheim*, Urt. v. 8. 5. 2012 – 8 S 1739/10, BeckRS 2012, 52177.
- 24 Z. B. § 18 II, III BadWürttGO, vgl. *Aker*, in: *Aker/Hafner/Notheis* (o. Fußn. 8), § 18 BadWürttGO Rdnrn. 15 ff.
- 25 Statt aller: *Gern*, KommunalR BadWürtt., 9. Aufl. (2005), Rdnr. 283.
- 26 Die bundesrechtlichen Vorschriften der §§ 214 ff. BauGB sind insoweit nicht anwendbar. *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger* (o. Fußn. 16), § 6 BauGB Rdnr. 99; zur landesrechtlichen Seite: *Aker*, in: *Aker/Hafner/Notheis* (o. Fußn. 8), § 18 BadWürttGO Rdnr. 36; *Gern* (o. Fußn. 25), Rdnr. 283; *Dürr*, BauR BadWürtt., 13. Aufl. (2011), Rdnr. 73.
- 27 Vgl. hierzu *Dürr* (o. Fußn. 26) Rdnr. 73 m. w. Nachw.
- 28 *Aker*, in: *Aker/Hafner/Notheis* (o. Fußn. 8), § 18 BadWürttGO Rdnr. 10: „Grenzfall“ (Formulierung bei *Hager*, VBIBW 1994, 263 [266]).
- 29 *Finkeldei*, in: *Koppitz/Schwarting/Finkeldei*, Der Flächennutzungsplan in der kommunalen Praxis, 2. Aufl. (2000), Rdnr. 2; *Dürr* (o. Fußn. 26), Rdnr. 73.
- 30 *Söfker*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger* (o. Fußn. 16), § 2 Rdnr. 83.
- 31 Demzufolge dürfe dann auch eine Anwendung der landesrechtlichen Befangenheitsvorschriften nicht dazu führen, dass ihre Handhabung dieses Verfahren blockiert. Vgl. *BVerwG*, Urt. v. 7. 5. 1971 – 4 C 18/70, juris; *Söfker*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger* (o. Fußn. 16), § 2 Rdnr. 83.
- 32 *Söfker*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger* (o. Fußn. 16), § 2 Rdnr. 83; *Koppitz*, in: *Koppitz/Schwarting/Finkeldei* (o. Fußn. 29), Rdnr. 282.
- 33 *OVG Lüneburg*, BauR 1970, 89.
- 34 *OVG Münster*, NJW 1979, 2632 = DVBI 1980, 68 (70).
- 35 Anschaulich zur Entwicklung: *Molitor*, JA 1992, 303 (306).

36

37 Z. B. wenn nur Teile des Gemeinde- oder Planungsgebiets beplant werden sollen.

38 Dies wäre zwar rechtlich möglich, etwa mit Darstellungen für Baufenster oder Höhenbegrenzungen, ist aber in der Praxis selten.

39 *Büttner*, KommP By 2012, 370.

40 Da nur Bürger der Gemeinde in den Gemeinderat wählbar sind (§ 28 I BadWürttGO) und das Bürgerrecht nach § 12 BadWürttGO ein mindestens dreimonatiges Wohnen in der Gemeinde voraussetzt.

41 Zuletzt: *Wiggers*, NJW-Spezial 2013, 556.

42 Hierzu sowie zur Normenkontrolle gegen Windkraft-(Teil-)FNP: *Frey*, NVwZ 2013, 1184.

43 *Frey*, DÖV 2013, 547 (548).

44 *Rieger*, ZfBR 2012, 430 (431).

45 *Mitschang*, BauR 2013, 29 (40).

46 *Frey*, DÖV 2013, 547 (548); *OVG Münster*, NVwZ 2002, 1135; *Söfker*, in: *Spannowsky/Uechtritz* (o. Fußn. 3), § 35 Rdnrn. 124 f.

47 *BVerwGE* 117, 287 = NVwZ 2003, 728.

48 *BVerwG*, NVwZ 2013, 519 = DVBl 2013, 507.

49 Der Windenergieerlass des Landes Baden-Württemberg legt hier eine Orientierung an der 60 %-Referenzertragsschwelle des EEG nahe, die derzeit bei ca. 5,25 m/s mittlere Jahres-Windgeschwindigkeit in 100 m Höhe über Grund und bei ca. 5,5 m/s mittlere Jahreswindgeschwindigkeit in 140 m Höhe über Grund liegt. Vgl. hierzu Windenergieerlass BW (Gemeinsame Verwaltungsvorschrift des Ministeriums für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft, des Ministeriums für Ländlichen Raum und Verbraucherschutz, des Ministeriums für Verkehr und Infrastruktur und des Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft v. 9. 5. 2012 – 64-4583/404, Nr. 4.1); http://www.um.baden-wuerttemberg.de/servlet/is/94127/Windenergieerlass_BW.pdf (17. 10. 2013).

50 *Aker*, in: *Aker/Hafner/Notheis* (o. Fußn. 8), § 18 Rdnr. 10; *Dürr* (o. Fußn. 26), Rdnr. 72.

51 *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 1998, 63 = EKBW BadWürttGO, § 18, E 43; *OVG Koblenz*, Urt. v. 24. 3. 2011 – 1 C 10737/10, BeckRS 2011, 49864 = juris Rdnr. 26; *OVG Koblenz*, Urt. v. 24. 6. 2009 – 2 A 10098/09, BeckRS 2009, 35939 = juris Rdnr. 11; zu der § 18 BadWürttGO ähnlichen Vorschrift des § 22 RhPfGO.

52 Die Ausweisung als Windenergie-Konzentrationsfläche dürfte in der Praxis wegen der zu erzielenden Wertsteigerung infolge höherer Pachteinahmen eine massive, die Befangenheit infolge Sonderinteresses begründende Interessenkollision darstellen. Zur Wertsteigerung eines Grundstücks als befangenheitsbegründender Vorteil: *BVerwG*, Urt. v. 7. 5. 1971 – 4 C 18/70, juris.

53 Auch bei erstmaliger Ausweisung von Konzentrationszonen nach § 35 III 3 BauGB: Hier ist die bis dahin infolge der Privilegierung für die Windenergienutzung im Außenbereich nach § 35 I Nr. 5 BauGB bestehende Nutzungsmöglichkeit weiterhin möglich.

54 Entspr. *OVG Koblenz*, Urt. v. 24. 3. 2011 – 1 C 10737/10, BeckRS 2011, 49864 = juris Rdnrn. 9, 28, 29, zu der § 18 BadWürttGO ähnlichen Vorschrift des § 22 RhPfGO.

55 Für die Befangenheit eines Landpächters im BPl-Verfahren vgl. *BVerwGE* 110, 36 = NVwZ 2000, 806 = NJW 2000, 3658 L; *OVG Koblenz*, JuS 2011, 1143; Mieter im BPl-Verfahren: *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 1997, 183 = NZV 1997, 136 L; *Dürr* (o. Fußn. 26), Rdnr. 72 m. w. Nachw.

56 Analog *OVG Koblenz*, Urt. v. 24. 6. 2009 – 2 A 10098/09, BeckRS 2009, 35939 = juris Rdnr. 13, zu der § 18 BadWürttGO ähnlichen Vorschrift des § 22 RhPfGO *OVG Koblenz*, Urt. v. 24. 3. 2011 – 1 C 10737/10, BeckRS 2011, 49864 = juris Rdnr. 26.

57 Entspr. im Rahmen eines Umlegungsverfahrens: *VG Sigmaringen*, NVwZ 1993, 403 = VBLBW 1992, 271; *Aker*, in: *Aker/Hafner/Notheis* (o. Fußn. 8), § 18 BadWürttGO Rdnr. 10.

58 *OVG Koblenz*, Urt. v. 24. 3. 2011 – 1 C 10737/10, BeckRS 2011, 49864 = juris Rdnr. 26.

59 Windenergieerlass des Landes Baden-Württemberg (o. Fußn. 49), Nr. 4.3; http://www.um.baden-wuerttemberg.de/servlet/is/94127/Windenergieerlass_BW.pdf (17. 10. 2013).

60 Sofern man die fehlende Windhöffigkeit nicht als hartes Ausschlusskriterium wertet, unterlägen auch die nicht hinreichend windhöffigen Flächen, die nicht durch andere Tabukriterien erfasst werden, der Abwägung durch die kommunalen Beschlussorgane und könnten insoweit bei Vorliegen eines individuellen Sonderinteresses eine Befangenheit begründen.

61 Das *BVerwG* hat bereits die Auswirkungen einer baulichen Anlage in der Umgebung eines Grundstücks auf dessen Verkehrswert als nicht erheblichen Belang eingestuft und damit die Antragsbefugnis nach § 47 II VwGO verneint, ebenso vertritt das *BVerwG* die Auffassung, die unbebaute Landschaft sei kein schützenswerter privater Belang i. S. des § 1 VI BauGB (*BVerfG*, Urt. v. 9. 2. 1995 – 4 NB 11/94, juris); vgl. zur insoweit parallelen Frage der Antragsbefugnis im Normenkontrollverfahren: *Frey*, NVwZ 2013, 1184.

62 Ausdruck „zuspitzen“ bei *Aker*, in: *Aker/Hafner/Notheis* (o. Fußn. 8), § 18 BadWürttGO Rdnr. 10.

63

- 64 *OVG Lüneburg*, Beschl. v. 22. 1. 2013 – 12 MN 290/12, BeckRS 2013, 46276 = juris Rdnr. 21; *Frey*, NVwZ 2013, 1184.
- 65 Z. B. Befragung des „Centrum für marktorientierte Tourismusforschung der Universität Passau (CenTouris)“ aus dem Jahr 2012 zum Thema „Akzeptanz von Windenergieanlagen in deutschen Mittelgebirgen“, http://cms.deutschemittelgebirge.de/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=80&Itemid=469 (17. 10. 2013), Folien 2012, 25 und 44.
- 66 *VGH Mannheim*, Urt. v. 3. 5. 2005 – 3 S 1998/04, juris.
- 67 *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 2006, 352 L = NJOZ 2006, 1285.
- 68 *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 2006, 352 L = NJOZ 2006, 1285 = juris Rdnr. 20; *VGH Mannheim*, Urt. v. 3. 5. 2005 – 3 S 1998/04, juris Rdnr. 16; *VG Karlsruhe*, Urt. v. 16. 3. 2006 – 9 K 1012/05, BeckRS 2006, 22541 = juris Rdnr. 37.
- 69 Entspr. für Einzelhandelskonkurrenz: *Aker*, in: *Aker/Hafner/Notheis* (o. Fußn. 8), § 18 BadWürttGO Rdnr. 10.
- 70 *Aker*, in: *Aker/Hafner/Notheis* (o. Fußn. 8), § 18 BadWürttGO Rdnr. 10.
- 71 *Gern* (o. Fußn. 25), Rdnr. 280; *Aker*, in: *Aker/Hafner/Notheis* (o. Fußn. 8), § 18 BadWürttGO Rdnr. 22.
- 72 *VGH Mannheim*, Urt. v. 18. 11. 1986 – 5 S. 1719/85, EKBW, BadWürttGO, § 18, E 26.
- 73 *v. Heyl*, in: *Erlenkämper/Zimmermann*, Rechtshandbuch für die kommunale Praxis, 2010, § 1 BauR Rdnr. 41, m. w. Nachw.
- 74 Ähnlich *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 1997, 183 = NZV 1997, 136 L = juris Rdnr. 11.
- 75 *Sixt/Notheis/Menzel/Roth*, Der Gemeinderat in Baden-Württemberg, 2009, Rdnrn. 49, 51.
- 76