



23.05.2019

Wichtige neue Entscheidung

Bauplanungsrecht: Anwendung der 10 H-Regelung in einem Gebiet mit Bebauungsplan

§ 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB, Art. 82 Abs. 1, 2 BayBO

Berechnung des Mindestabstands nach der 10 H-Regelung zu Wohngebäuden in einem Gebiet mit Bebauungsplan

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 30.04.2019, Az. 22 BV 18.842

Leitsatz:

Bei der Bemessung des Mindestabstands nach Art. 82 Abs. 1 und 2 BayBO (sog. 10 H-Regelung) von der Mitte des Mastfußes einer Windenergieanlage zum nächstgelegenen Wohngebäude, das in einem Gebiet mit Bebauungsplan nicht nur ausnahmsweise zulässigerweise errichtet werden kann, ist gegebenenfalls auf eine für das betreffende Baugrundstück festgesetzte Baugrenze abzustellen. Das gilt auch dann, wenn auf diesem Grundstück bereits ein Wohngebäude zulässigerweise errichtet wurde, durch welches die Baugrenze nicht ausgeschöpft wird.

Hinweis:

Streitgegenständlich ist die Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb von zwei Windenergieanlagen, die das zuständige Land-

Hinweis: Diese Entscheidung wird gleichzeitig auf unserer Internetseite sowie Twitter (@LA_Bayern) eingestellt.

www.landesanwaltschaft.bayern.de

ratsamt abgelehnt hat. Die beantragten Windkraftanlagen halten zwar einen Abstand von 10 H zum nächstgelegenen Wohngebäude innerhalb des Bebauungsplangebiets ein, nicht aber in Bezug auf die für dieses Grundstück festgesetzte Baugrenze. Für die Berechnung der Höhe kommt es auf Art. 82 Abs. 2 BayBO an, der folgenden Wortlaut hat:

„(2) ¹Höhe im Sinn des Abs. 1 ist die Nabenhöhe zuzüglich Radius des Rotors. ²Der Abstand bemisst sich von der Mitte des Mastfußes bis zum nächstgelegenen Wohngebäude, das im jeweiligen Gebiet im Sinn des Abs. 1 zulässigerweise errichtet wurde bzw. errichtet werden kann.“

Nach Auffassung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs (BayVGH) bemisst sich der Mindestabstand vorliegend nach Art. 82 Abs. 1 und 2 BayBO von der Mitte des jeweiligen Mastfußes bis zur Baugrenze auf dem nächstgelegenen Grundstück. Der BayVGH stellt fest, dass sich aus dem Wortlaut des Art. 82 Abs. 1 BayBO nicht zweifelsfrei ergebe, ob sich der Mindestabstand nur auf zulässigerweise errichtete oder auch auf solche Wohngebäude beziehe, die im jeweiligen Gebiet im Sinne der Vorschrift zulässigerweise errichtet werden könnten. Aus Art. 82 Abs. 2 Satz 2 BayBO ergebe sich allerdings eindeutig, dass es auf das nächstgelegene Wohngebäude ankomme, welches einer der beiden vorgenannten Kategorien angehöre. Die in diesem Zusammenhang verwandte Konjunktion („bzw.“) lasse nicht erkennen, dass ggf. vorrangig auf das nächstgelegene Wohngebäude abzustellen wäre, das bereits zulässigerweise errichtet worden sei. Der BayVGH schließt auch aus der Gesetzesbegründung (LT-Drs. 17/2137, S. 7 f.), dass die 10 H-Regelung einen Schutz für Gebiete im Sinne des Art. 82 Abs. 1 BayBO vor heranrückenden Anlagen im Sinne von § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB gewährleisten solle. Diese Zielsetzung würde nur unvollständig erreicht, wenn die Regelung ggf. vorrangig in Bezug auf vorhandene Wohnbebauung anzuwenden wäre.

Der BayVGH weist darauf hin, dass auch ein Wohngebäude im Geltungsbereich eines Bebauungsplans, welches die Baugrenze überschreite, für die Berechnung des Mindestabstands maßgeblich sein könne, wenn es zum Zeitpunkt der Genehmigungsentscheidung betreffend die Windenergieanlage zulässigerweise errichtet worden sei oder zulässigerweise errichtet werden könne. Ein Wohngebäude könne in diesem Sinne auch unter Überschreitung einer Baugrenze zulässigerweise errichtet werden, wenn für die Errichtung eine wirksame Baugenehmigung erteilt worden sei, z.B. unter Erteilung einer Ausnahme oder Befreiung.

Die streitgegenständlichen Windenergieanlagen sind damit als sonstige Vorhaben bauplanungsrechtlich unzulässig. Das Verwaltungsgericht hatte die Klage auf Erteilung der Genehmigung zu Recht abgewiesen.

Egner
Oberlandesanwältin

22 BV 18.842
RO 7 K 17.1208

*Großes Staats-
wappen*

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsstreitsache

***** ** ***** ***** ***,
***** ** ***** ***** ***,
***** * ***** ***** ***,

- ***** -

*****.
***** ***** ***** & ***** ,
*****_*****_** ** ***** ***** ***,

gegen

Freistaat Bayern,

vertreten durch:
Landesanwaltschaft Bayern,
Ludwigstr. 23, 80539 München,

- Beklagter -

wegen

Immissionsschutzrecht (Windkraft);
hier: Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts
Regensburg vom 8. März 2018,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 22. Senat,

durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Peitek,

den Richter am Verwaltungsgerichtshof Nebel,
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Beil

ohne mündliche Verhandlung am **30. April 2019**
folgendes

Urteil:

I. Das Urteil des Verwaltungsgerichts Regensburg vom 8. März 2018 wird in Nummer I. abgeändert.

II. Der Bescheid des Landratsamtes Tirschenreuth vom 20. Juni 2017 wird in Nr. 3 insoweit aufgehoben, als eine Gebühr von über 6.376,25 Euro festgesetzt wurde.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

III. Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

IV. Die Kostenentscheidung ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe des zu vollstreckenden Betrags abwenden, wenn nicht der Beklagte vor Vollstreckungsbeginn Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin begehrt die Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb von zwei Windenergieanlagen.
- 2 Unter dem 10. August 2016 beantragte die Klägerin die Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb von zwei Windenergieanlagen auf Grundstücken jeweils der Gemarkung H***** (sogenannte „WEA Nord“ auf dem Grundstück Fl.Nr. ****, „WEA Süd“ auf dem Grundstück Fl.Nr. ****).
- 3 Die vorgesehenen Anlagenstandorte liegen in einem Bereich, der im Flächennutzungsplan als Fläche für die Landwirtschaft dargestellt ist. Die nächstgelegene Wohnbebauung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 BayBO befindet sich innerhalb des Bereichs eines Bebauungsplans, in dem als Art der baulichen Nutzung ein allgemeines

Wohngebiet festgesetzt ist. Die beantragten Windkraftanlagen halten nach den Berechnungen der Klägerin und der Beurteilung des Beklagten bemessen von der Mitte des Mastfußes jeweils einen Abstand vom 10-fachen ihrer Höhe zum nächstgelegenen, auf dem Grundstück Fl.Nr. ***** der Gemarkung H***** errichteten Wohngebäude innerhalb dieses Bebauungsplangebiets ein. Dieser Mindestabstand wird dagegen nicht eingehalten, soweit er als Abstand zu der Baugrenze verstanden wird, die für dieses Grundstück festgesetzt wurde und die durch das dort errichtete Wohngebäude nicht ausgeschöpft wird.

- 4 Mit Bescheid vom 20. Juni 2017 lehnte das Landratsamt Tirschenreuth den Genehmigungsantrag der Klägerin vom 10. August 2016 ab (Nr. 1 des Bescheides). Weiter wurde die Klägerin zur Tragung der Verfahrenskosten verpflichtet (Nr. 2) und eine Bescheidsgebühr in Höhe von 9.188,75 Euro festgesetzt (Nr. 3). Zum derzeitigen Verfahrensstand sei noch keine Umweltverträglichkeitsprüfung erfolgt, da von der Klägerin vordringlich die Frage der Privilegierung der Anlagen vorangestellt worden sei. Damit sei auch die Frage der Verfahrensart noch nicht abschließend geprüft. Bei den beantragten Windenergieanlagen handele es sich um sonstige Vorhaben im Sinne von § 35 Abs. 2 BauGB, die das Landschaftsbild beeinträchtigen würden und damit bauplanungsrechtlich unzulässig seien. Diese Anlagen seien nicht gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegiert, weil der Mindestabstand vom 10-fachen ihrer Höhe zu Wohngebäuden nicht eingehalten werde. Bezugspunkt für die Berechnung des Mindestabstands sei vorliegend die für das Grundstück Fl.Nr. ***** der Gemarkung H***** festgelegte Baugrenze. Nach Art. 6 des bayerischen Kostengesetzes - BayKG - i.V.m. den einschlägigen Tarifen des Kostenverzeichnisses – KVz - errechne sich eine Gebührensumme von 36.755 Euro. Bei Ablehnung eines Antrags könne die für die beantragte Amtshandlung festzusetzende Gebühr gemäß Art. 8 Abs. 1 KG bis auf ein Zehntel ermäßigt werden. Im vorliegenden Fall sei die Gebühr für die Ablehnung des gestellten Antrags auf ein Viertel ermäßigt worden. Die Gebühr sei unter Berücksichtigung des Verwaltungsaufwands angemessen.
- 5 Am 19. Juli 2017 erhob die Klägerin eine Verpflichtungsklage mit dem Ziel einer Neuverbescheidung ihres Antrags vom 10. August 2016 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts. Hilfsweise begehrte die Klägerin die Aufhebung der Kostenfestsetzung in Nr. 3 des Bescheides vom 20. Juni 2017, soweit darin eine Gebühr von mehr als 3.675,50 Euro festgesetzt wurde. Bei den streitgegenständlichen Windenergieanlagen handele es sich um gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegierte Vorhaben. Aus dem Wortlaut des Art. 82 Abs. 1 BayBO ergebe sich, dass Bezugspunkt der Abstandsregelung allein das jeweilige Wohngebäude sei. Die Alternative der noch möglichen Errichtung eines Wohngebäudes in Art. 82 Abs. 2 Satz 2

BayBO stelle einen Auffangtatbestand dar, der nicht eingreife, wenn ein Wohngebäude auf einem Grundstück bereits errichtet worden sei. Eine andere Interpretation würde der Länderöffnungsklausel in § 249 Abs. 3 BauGB widersprechen, in der ausdrücklich von „im Landesgesetz bezeichneten zulässigen baulichen Nutzungen“ die Rede sei. Dies bedeute, dass eine zulässige bauliche Nutzung nur eine solche sein könne, die aufgrund einer wirksamen Baugenehmigung ausgeübt werde oder sonstigen Bestandsschutz genieße. Im Übrigen könne es vom Gesetzgeber nicht gewollt sein, dass bei einem errichteten Gebäude zusätzlich noch die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit eines Alternativ- oder Erweiterungsgebäudes geprüft werden solle. Ferner sei zu berücksichtigen, dass im Immissionsschutzrecht bei der Frage von schädlichen Umwelteinwirkungen auf vorhandene Wohngebäude abzustellen sei und nicht auf künftige. Eine andere Lösung würde zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit für Windkraftanlagenbetreiber führen. Würde ein Grundstückseigentümer die Baugrenze überschreiten, würde ein Abstellen auf diese zu einem kleineren Abstand zum Wohngebäude führen, was nicht sein könne. Der Vertrauensschutz der Eigentümer von Grundstücken innerhalb des 10 H-Abstands sei nicht negativ tangiert, da diese Grundstücke bebaubar seien. Dem demnach privilegierten Vorhaben der Klägerin könne § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB nicht entgegengehalten werden. Der Beklagte habe zudem Art. 8 Abs. 1 KG rechtswidrig angewandt. Das Äquivalenzprinzip sei evident verkannt worden, da die behördliche Tätigkeit im Rahmen der beantragten Genehmigung auf Wunsch der Klägerin auf die Frage der Feststellung der Zulässigkeit des Antrags nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB, Art. 82 BayBO beschränkt gewesen sei. Es hätte eine Gebührenreduzierung auf zehn Prozent erfolgen müssen.

- 6 Der Beklagte verteidigte die erfolgte Ablehnung der beantragten Genehmigung und die dazu getroffene Kostenfestsetzung. Zur Begründung hinsichtlich der Antragsablehnung wurden die Ausführungen im Bescheid vom 20. Juni 2017 wiederholt und vertieft. Betreffend die Kostenfestsetzung wurde vorgetragen, zwar sei im Genehmigungsantrag erwähnt worden, dass die Klägerin vordringlich die Frage der Privilegierung habe klären wollen, jedoch seien nicht nur Unterlagen hierzu eingereicht worden. Es habe eine Überprüfung der Antragsunterlagen durch den Beklagten stattgefunden und eine Mitteilung, welche weiteren Unterlagen für die Beurteilung erforderlich seien. Weiterhin sei die Untere Naturschutzbehörde im Verfahren beteiligt gewesen. Die Gebührenreduzierung auf ein Viertel berücksichtige den Verwaltungsaufwand für ein aufwändiges Verfahren. Angesichts der umfangreichen baurechtlichen Prüfung, der Prüfung der 10 H-Regelung, der naturschutzrechtlichen Prüfung mit zahlreichen Gesprächsterminen und auch Ortsbesichtigungen sei die festgesetzte Gebühr angemessen und erforderlich.

- 7 Mit Urteil vom 8. März 2018 wies das Verwaltungsgericht Regensburg die Klage ab. Die beantragte Genehmigung sei zu Recht aus bauplanungsrechtlichen Gründen versagt worden. Die Klägerin könne sich nicht auf die Privilegierung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB berufen, da diese wegen Art. 82 BayBO im vorliegenden Fall keine Anwendung finde. Die geplanten Windenergieanlagen würden den Abstand nach Art. 82 Abs. 1 und 2 BayBO nicht einhalten. Dabei sei auf die durch Bebauungsplan festgesetzten, nächstgelegenen überbaubaren Grundstücksflächen abzustellen, somit auf die für das Grundstück Fl.Nr. ***** festgesetzten Baugrenzen. Mit der Formulierung des Art. 82 Abs. 2 Satz 2 BayBO werde deutlich, dass nicht ausschließlich vorhandene Wohnbebauung maßgeblich sein könne, sondern dass gerade die noch nicht existente zulässige künftige Wohnbebauung im Blick des Gesetzgebers gewesen sei und in den Anwendungsbereich aufgenommen werden sollte. Dies sei auch von der Ermächtigungsgrundlage des § 249 Abs. 3 BauGB gedeckt, die von einem Abstand zu „zulässigen baulichen Nutzungen“ spreche. Nach der Gesetzesbegründung (LT-Drs. 17/2137 S. 8) sollten vom Schutzbereich der Abstandsregelung Gebiete erfasst werden, die regelmäßig im Kontext einer geordneten städtebaulichen Entwicklung stünden. Damit komme auch zum Ausdruck, dass die zulässige bauliche Entwicklung innerhalb dieser Gebiete von der Regelung umfasst sein solle, also auch im zulässigen baurechtlichen Rahmen künftige Neubauten oder Anbauten. Im Ergebnis zu Recht habe das Landratsamt angenommen, dass das nicht privilegierte Vorhaben öffentliche Belange beeinträchtige. Dieses sei als gewerbliches Vorhaben zu qualifizieren, das den Darstellungen des Flächennutzungsplans widerspreche (§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BauGB) und die natürliche Eigenheit der Landschaft und den Erholungswert beeinträchtige (§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB). Die Klage erweise sich auch im Hilfsantrag betreffend die Gebührenfestsetzung als unbegründet. Das Landratsamt habe von dem Ermessen nach Art. 8 Abs. 1 Satz 1 KG Gebrauch gemacht und die Gebühr unter Berücksichtigung des Verwaltungsaufwands auf ein Viertel ermäßigt. Diese nur beschränkt auf Ermessensfehler überprüfbare Entscheidung begegne keinen Bedenken. Anhaltspunkte für eine zwingende Ermäßigung auf ein Zehntel seien nicht ersichtlich.
- 8 Mit der gegen dieses Urteil eingelegten, vom Verwaltungsgericht zugelassenen Berufung beantragt die Klägerin,
- 9 das Urteil des Verwaltungsgerichts Regensburg vom 8. März 2018 und den Bescheid des Landratsamtes vom 20. Juni 2017 aufzuheben und den Beklagten zu verpflichten, über den Antrag vom 10. August 2016 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden,
- 10 hilfsweise, die Nr. 3 des Bescheides vom 20. Juni 2017 insoweit aufzuheben, als hierin eine Gebühr von mehr als 3.675,50 Euro festgesetzt wurde.

11 Das Verwaltungsgericht habe infolge einer fehlerhaften Anwendung des Art. 82 BayBO zu Unrecht eine Entprivilegierung der streitgegenständlichen Windkraftanlagen angenommen. Bezugspunkt für die 10 H-Regelung in Art. 82 Abs. 1 BayBO sei in dem Fall, dass das konkret zu beurteilende Grundstück bereits bebaut sei, stets das vorhandene Wohngebäude. Ausgangspunkt sei stets Art. 82 Abs. 1 BayBO, welcher ausdrücklich bestimme, dass der Mindestabstand zu Wohngebäuden in den jeweiligen Gebieten einzuhalten sei. Art. 82 Abs. 2 Satz 2 BayBO konkretisiere dann lediglich, wie der Abstand zu den Wohngebäuden zu ermitteln sei. Der Begriff der „zulässigen baulichen Nutzungen“ im Sinne von § 249 Abs. 3 BauGB werde durch Art. 82 BayBO dahingehend konkretisiert, dass primär auf bereits vorhandene Wohngebäude abzustellen sei. Ausschließlich für unbebaute Flächen werde in der Gesetzesbegründung (LT-Drs. 17/2137, S. 8) empfohlen, als Bezugspunkt für die Ermittlung des Mindestabstands die Grenzen der überbaubaren Grundstücksflächen zu wählen. Dadurch, dass der Gesetzgeber nicht schlicht die Wendung „zulässige bauliche Nutzungen“ in den Wortlaut des Art. 82 BayBO aufgenommen habe, habe er klar und deutlich zum Ausdruck gebracht, dass es nicht stets nur auf geplante zulässige bauliche Nutzungen ankommen solle. Ein pauschales Abstellen auf die Baugrenzen würde zu dem widersinnigen Ergebnis führen, dass bei einem über die überbaubaren Grundstücksflächen hinaus errichteten Wohngebäude der Mindestabstand nicht eingehalten würde. Soweit der Beklagte davon ausgehe, dass ein Wohngebäude außerhalb eines Baufensters nicht zulässigerweise errichtet werden könne, übersehe sie offensichtlich die Regelung des § 31 BauGB, wonach ohne weiteres Ausnahmen und Befreiungen von den Vorgaben des Bebauungsplans zulässig seien. Würde ein Wohngebäude nach Meinung des Beklagten in unzulässiger Weise außerhalb der Baugrenze errichtet, werde trotz des rechtswidrigen Verhaltens ein weitergehender Schutz zugestanden, als er nach den vom Bauherrn selbstgeschaffenen Fakten möglicherweise zustehen würde. Ein solch groteskes Ergebnis könne keinesfalls im Sinne des Gesetzgebers sein. Es könne kein Wahlrecht dahingehend geben, bei Unterschreitung der Baugrenzen auf eben diese abzustellen, und bei Überschreitung dann auf die tatsächlich vorhandene Bebauung. Ein derartiges Wahlrecht sei weder dem Wortlaut, noch der Gesetzesbegründung zu entnehmen. Nur, wenn bei vorhandener Wohnbebauung auf das vorhandene Wohnhaus und bei unbebauten Flächen auf die Baugrenzen abgestellt werde, lasse sich Rechtssicherheit herstellen. Da die streitgegenständlichen Windkraftanlagen vorliegend unstrittig den in Art. 82 Abs. 1 BayBO vorgesehenen Mindestabstand zu dem in Rede stehenden Wohngebäude einhalten würden, sei das Vorhaben weiterhin nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegiert. Hilfsweise sei die Gebührenfestsetzung in Nr. 3 des Bescheides vom 20. Juni 2017 wegen einer Verletzung des Äquivalenzprinzips in Art. 8 Abs. 1 KG aufzuhe-

ben, soweit sie 3.675,50 EUR übersteige. Infolge der Bitte der Klägerin, zunächst nur die Einhaltung des Mindestabstands unter Anwendung des Art. 82 BayBO zu prüfen, sei rein tatsächlich seitens des Beklagten kein weiterer Verwaltungsaufwand betrieben worden. Es sei keine umfassende Prüfung auf Vollständigkeit und keine Öffentlichkeits- oder Behördenbeteiligung durchgeführt worden. Der tatsächliche Verwaltungsaufwand habe sich darauf beschränkt, Rechtsfragen zu Art. 82 BayBO zu prüfen. Eine eingehende Prüfung der weiteren eingereichten Genehmigungsunterlagen habe nicht stattgefunden. Damit stehe die Gebührenreduzierung auf nur ein Viertel der Gebührensomme in Höhe von 36.755 Euro in grobem Missverhältnis zwischen dem tatsächlich betriebenen Verwaltungsaufwand und dem Nutzen für die Klägerin. Für diese stehe derzeit nur fest, dass nach Auffassung des Beklagten Art. 82 BayBO der Genehmigungserteilung entgegenstehe. Sämtliche sonstigen genehmigungsrechtlichen Fragen seien weiterhin offen.

12 Der Beklagte beantragt,

13 die Berufung zurückzuweisen.

14 Zur Frage der Berechnung des Abstands nach Art. 82 Abs. 2 Satz 2 BayBO werde auf eine Stellungnahme der damaligen Obersten Baubehörde vom 16. Januar 2017 Bezug genommen, wonach es auf die Grenzen der überbaubaren Grundstücksflächen ankomme. Der Bezug des 10 H-Abstands zu den überbaubaren Grundstücksflächen ergebe sich bereits aus der Bezugnahme auf Wohngebäude in Gebieten mit Bebauungsplänen in Art. 82 Abs. 1 BayBO und aus der Formulierung in Art. 82 Abs. 2 Satz 2 BayBO, wonach bei der Berechnung des Abstands auf das nächstgelegene Wohngebäude abgestellt werde, das im jeweiligen Gebiet im Sinne des Art. 82 Abs. 1 zulässigerweise errichtet worden sei bzw. errichtet werden könne. Sei eine Baugrenze festgesetzt, so könnten Gebäude und Gebäudeteile zulässigerweise im Sinne von Art. 82 Abs. 2 Satz 2 BayBO bis dorthin errichtet werden. Ein über die überbaubaren Grundstücksflächen hinaus errichtetes Wohngebäude sei nicht zulässigerweise errichtet im Sinne von Art. 82 Abs. 2 Satz 2 BayBO. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn eine Befreiung nach § 31 Abs. 2 BauGB vorläge. Sei dies nicht der Fall, müsse der Abstand für die 10 H-Regelung nach dem gemäß dem Bebauungsplan zulässigen Abstand berechnet werden. Das von der Klägerin beschriebene Wahlrecht, wonach bei Unterschreitung der Baugrenzen auf eben diese und bei Überschreitung auf die tatsächlich vorhandene Bebauung abgestellt würde, gebe es so nicht. In Bezug auf den Hilfsantrag werde auf die Urteilsgründe und die Klageerwiderung des Landratsamtes im erstinstanzlichen Verfahren Bezug genommen, In dem der Verwaltungsaufwand näher erläutert worden sei.

15 Mit Schreiben vom 28. März 2019 bat der Verwaltungsgerichtshof den Beklagten um Erläuterung, inwieweit vorliegend die Tarif-Stelle Nr. 8.II.0/1.1.1.1 des Kostenverzeichnisses einschlägig ist. Der Beklagte hat sich hierzu mit Schriftsatz vom 9. April 2019 geäußert.

16 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gerichts- und Behördenakten verwiesen.

17 **Gründe:**

18 Gemäß § 101 Abs. 2 i.V.m. § 125 Abs. 1 Satz 1 VwGO konnte der Verwaltungsgerichtshof mit Zustimmung der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung entscheiden.

19 Die zulässige Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 8. März 2018 ist weit überwiegend als unbegründet zurückzuweisen. Das Verwaltungsgericht hat zu Recht den mit dem Hauptantrag geltend gemachten Anspruch auf erneute Entscheidung über den Genehmigungsantrag der Klägerin vom 10. August 2016 verneint, weil einer Genehmigungserteilung die bauplanungsrechtliche Unzulässigkeit der streitgegenständlichen Anlagen entgegensteht (dazu 1.). Die Errichtung und der Betrieb dieser Anlagen sind keine privilegierten Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB, weil die sogenannte 10 H-Regelung eingreift (dazu 1. a). Die folglich nichtprivilegierten Vorhaben im Sinne des § 35 Abs. 2 BauGB sind bauplanungsrechtlich unzulässig, weil sie jedenfalls die natürliche Eigenart der Landschaft und ihren Erholungswert gemäß § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB beeinträchtigen (dazu 1. b). Dagegen hat das Verwaltungsgericht die Klage unzutreffend auch im Hilfsantrag insgesamt abgewiesen, da die in Nr. 3 des angefochtenen Bescheids festgesetzte Gebühr ihrer Höhe nach teilweise rechtlich zu beanstanden ist (dazu 2.).

20 1. Die Klägerin kann nicht beanspruchen, dass der Beklagte unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut über ihren Genehmigungsantrag entscheidet (§ 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO), da die Ablehnung dieses Antrags rechtmäßig ist. Die beantragte immissionsschutzrechtliche Genehmigung ist zu Recht gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG versagt worden, weil die Errichtung und der Betrieb der beantragten Windenergieanlagen nach § 35 BauGB bauplanungsrechtlich unzulässig ist.

21 a) Bei den beantragten Windenergieanlagen handelt es sich um sonstige Vorhaben im Sinne von § 35 Abs. 2 BauGB, weil der Privilegierungstatbestand des § 35 Abs. 1

Nr. 5 BauGB wegen Unterschreitung des Mindestabstands nach Art. 82 Abs. 1 und 2 BayBO nicht anwendbar ist.

- 22 Der Mindestabstand nach Art. 82 Abs. 1 und 2 BayBO bemisst sich vorliegend von der Mitte des jeweiligen Mastfußes bis zur Baugrenze auf dem nächstgelegenen Grundstück Fl.Nr. *****; dieses liegt im Geltungsbereich eines Bebauungsplans, in dem für diesen Bereich ein allgemeines Wohngebiet festgesetzt ist. Der derart ermittelte Abstand entspricht vorliegend unstreitig nicht dem 10-fachen der Höhe der streitgegenständlichen Windenergieanlagen.
- 23 Gemäß Art. 82 Abs. 1 BayBO in der Fassung vom 17. November 2014 findet der Privilegierungstatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB u.a. auf Vorhaben, die der 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. Nach Art. 82 Abs. 2 Satz 2 BayBO bemisst sich der Abstand von der Mitte des Mastfußes bis zum nächstgelegenen Wohngebäude, das im jeweiligen Gebiet im Sinne des Art. 82 Abs. 1 BayBO zulässigerweise errichtet wurde bzw. errichtet werden kann. Mit dieser Regelung wurde von der Öffnungsklausel in § 249 Abs. 3 BauGB Gebrauch gemacht. Danach konnten die Länder durch bis zum 31. Dezember 2015 zu verkündende Landesgesetze bestimmen, dass § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB u.a. auf Vorhaben, die der Nutzung der Windenergie dienen, nur Anwendung findet, wenn sie einen bestimmten Abstand zu den im Landesgesetz bezeichneten zulässigen baulichen Nutzungen einhalten (§ 249 Abs. 3 Satz 1 BauGB). Einzelheiten u.a. zur Abstandsfestlegung sind in diesen Landesgesetzen zu bestimmen (§ 249 Abs. 3 Satz 2 BauGB).
- 24 Aus dem Wortlaut des Art. 82 Abs. 1 BayBO ergibt sich nicht zweifelsfrei, ob sich der Mindestabstand nur auf zulässigerweise errichtete oder auch auf solche Wohngebäude bezieht, die im jeweiligen Gebiet im Sinne der Vorschrift zulässigerweise errichtet werden können. Aus Art. 82 Abs. 2 Satz 2 BayBO ergibt sich allerdings eindeutig, dass es auf das nächstgelegene Wohngebäude ankommt, welches einer der beiden vorgenannten Kategorien angehört. Die in diesem Zusammenhang verwandte Konjunktion („bzw.“) lässt nicht erkennen, dass ggf. vorrangig auf das nächstgelegene Wohngebäude abzustellen wäre, das bereits zulässigerweise errichtet wurde.
- 25 Die Gesetzesmaterialien stützen dieses Normverständnis. Nach der Gesetzesbe-

gründung (LT-Drs. 17/2137 S. 7 f.) sollten vom „Schutzbereich erfasst werden Gebiete, die regelmäßig im Kontext einer geordneten städtebaulichen Entwicklung stehen. [...] Mit dem Begriff ‚Wohngebäude‘ im Sinn des Art. 82 Abs. 1 und 2 BayBO wird grundsätzlich an die Begriffsgebung der Baunutzungsverordnung angeknüpft. Bereits aus § 249 Abs. 3 Satz 1 BauGB ergibt sich, dass es sich nur um zulässige bauliche Nutzungen handeln kann. Erforderlich ist daher, dass die Gebäude zulässigerweise zu Wohnzwecken errichtet wurden bzw. werden können. [...] Für unbebaute Flächen wird im Zusammenhang mit Bebauungsplänen als Bezugspunkt die Grenzen der überbaubaren Grundstücksflächen empfohlen, im Innenbereich gem. § 34 BauGB der Rand der Fläche, die an den Außenbereich grenzt.“ Demzufolge soll die sogenannte 10 H-Regelung einen Schutz für Gebiete im Sinne des Art. 82 Abs. 1 BayBO vor heranrückenden Anlagen im Sinne von § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 BauGB gewährleisten. Diese Zielsetzung würde nur unvollständig erreicht, wenn die Regelung ggf. vorrangig in Bezug auf vorhandene Wohnbebauung anzuwenden wäre. Ist zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung bzw. einer Baugenehmigung für die Errichtung und den Betrieb einer Windenergieanlage auf dem nächstgelegenen Grundstück im betreffenden Gebiet bereits ein Wohngebäude zulässigerweise errichtet worden, so wäre der Mindestabstand nur zu diesem Wohngebäude einzuhalten; eine Wohnbebauung, die im betreffenden Gebiet anstelle oder in Erweiterung dieses Wohngebäudes auf demselben Grundstück zulässigerweise errichtet werden könnte, wäre dagegen nach der Rechtsauffassung der Klägerin nicht geschützt.

- 26 Vor dem Hintergrund des angestrebten Gebietsschutzes wäre es nicht nachvollziehbar, weshalb es im Geltungsbereich eines Bebauungsplans von Bedeutung sein sollte, inwieweit vom jeweiligen Baurecht auf dem zum Anlagenstandort nächstgelegenen Grundstück bereits Gebrauch gemacht wurde. Ein Vorhaben, das den Festsetzungen eines Bebauungsplans im Sinne des § 30 Abs. 1 BauGB nicht widerspricht und dessen Erschließung gesichert ist, ist bauplanungsrechtlich zulässig; darauf, ob auf dem Grundstück bereits schon ein zulässigerweise errichtetes Gebäude vorhanden ist, kommt es dabei nicht an.
- 27 In dieser Auslegung entspricht Art. 82 Abs. 1 und 2 BayBO auch der Öffnungsklausel des § 249 Abs. 3 BauGB. Die landesrechtliche Abstandsregel kann sich auch auf noch nicht verwirklichte bauliche Nutzungen beziehen, wenn auf deren Zulassung ein Rechtsanspruch besteht; insofern kommt auch eine gebietsbezogene Ausgestaltung in Betracht (vgl. BayVerfGH, E.v. 9.5.2016 – Vf. 14-VII-14 – juris Rn. 122 und 131).
- 28 Bei der Berechnung des Mindestabstands kann ggf. auf die in einem Bebauungsplan

festgesetzte Baugrenze auf demjenigen Grundstück abgestellt werden, das zur geplanten Windenergieanlage nächstgelegen ist. Entspricht ein zukünftiges Wohngebäude dieser Festsetzung, kann es zulässigerweise im Sinne von Art. 82 Abs. 2 Satz 2 BayBO errichtet werden. Allerdings kann auch ein Wohngebäude im Geltungsbereich eines Bebauungsplans, welches die Baugrenze überschreitet, für die Berechnung des Mindestabstands maßgeblich sein, wenn es zum Zeitpunkt der Genehmigungsentscheidung betreffend die Windenergieanlage zulässigerweise errichtet wurde oder zulässigerweise errichtet werden kann. Ein Wohngebäude kann in diesem Sinne auch unter Überschreitung einer Baugrenze zulässigerweise errichtet werden, wenn für die Errichtung eine wirksame Baugenehmigung erteilt wurde (vgl. entsprechend für den Begriff eines zulässigerweise errichteten Betriebs im Sinne von § 34 Abs. 3a Satz 1 Nr. 1 a) BauGB Söfker in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand Oktober 2018, § 34 Rn. 88a), z.B. unter Erteilung einer Ausnahme oder Befreiung.

- 29 Demnach kann im Falle einer Wohnbebauung im Geltungsbereich eines Bebauungsplans oftmals auf ein nächstgelegenes Wohngebäude abzustellen sein, das zulässigerweise errichtet werden kann. Demgegenüber wird es gerade bei einer Wohnbebauung im unbeplanten Innenbereich (§ 34 BauGB) oftmals auf das nächstgelegene zulässigerweise errichtete Wohngebäude ankommen, da es zur Bestimmung der Grenze zwischen Innen- und Außenbereich auf die vorhandene Bebauung ankommt; der Bebauungszusammenhang endet grundsätzlich an der letzten maßstabsbildenden Bebauung (vgl. Söfker in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand Oktober 2018, § 34 Rn. 19 und 25 m.w.N.). Allerdings kann auch ein Wohngebäude, das zulässigerweise in einer Baulücke im unbeplanten Innenbereich errichtet werden kann, nächstgelegen im Sinne des Art. 82 Abs. 2 Satz 2 BayBO sein.
- 30 Den Bedenken der Klägerin, dass diese Auslegung ein problematisches Wahlrecht zwischen verschiedenen Bezugspunkten für den Mindestabstand bedeutet, ist nicht zu folgen. Vielmehr ist nach Art. 82 Abs. 2 Satz 2 BayBO stets das nächstgelegene Wohngebäude in einem Gebiet nach Art. 82 Abs. 1 BayBO maßgeblich, das entweder bereits zulässigerweise errichtet wurde oder noch errichtet werden kann. Zwar mag es sein, dass bei der Feststellung des nach diesen Vorschriften maßgeblichen nächstgelegenen, noch nicht verwirklichten und zulässigen Wohngebäudes gewisse Vollzugsprobleme auftreten können. Auch im Hinblick darauf genügt die Regelung in Art. 82 Abs. 1 und 2 BayBO jedoch nach der Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs vom 9. Mai 2016 – Vf. 14-VII-14 – (juris Rn. 131) dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot, weil sich der Endpunkt des Abstands in Auslegung des

Begriffs „zulässigerweise“ unter Rückgriff auf die allgemeinen Regelungen der §§ 30 bis 35 BauGB und der Baunutzungsverordnung bestimmen lässt.

- 31 b) Die streitgegenständlichen Windenergieanlagen sind als sonstige Vorhaben im Sinne von § 35 Abs. 2 BauGB bauplanungsrechtlich jedenfalls deshalb unzulässig, weil sie die natürliche Eigenart der der Landschaft und ihren Erholungswert beeinträchtigen (§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB). Das Verwaltungsgericht hat dies nachvollziehbar damit begründet (Urteilsabdruck S. 9), dass es sich bei den Anlagenstandorten um landwirtschaftlich genutzte Flächen handelt, die zudem von drei Seiten durch ein Landschaftsschutzgebiet eingerahmt werden. Die Klägerin hat im Übrigen insoweit keine konkreten Gegenargumente vorgetragen.
- 32 2. Die Gebührenfestsetzung in Nr. 3 des angefochtenen Bescheids vom 20. Juni 2017 ist teilweise rechtswidrig und verletzt insoweit die Klägerin in ihren Rechten.
- 33 a) Die Klägerin kann nicht beanspruchen, dass die Gebühr auf einen Betrag von 3.675,50 Euro reduziert wird.
- 34 Sie hat insoweit geltend gemacht, dass die nach Art. 6 BayKG i.V.m. dem Kostenverzeichnis – KVz - zu errechnende Gebühr gemäß Art. 8 Abs. 1 BayKG auf ein Zehntel hätte reduziert werden müssen. Der tatsächliche Prüfungsaufwand der Genehmigungsbehörde habe sich auf Rechtsfragen zu Art. 82 BayBO beschränkt; eine Gebührenreduzierung nur auf ein Viertel würde das Äquivalenzprinzip verletzen.
- 35 Das Verwaltungsgericht hat im angefochtenen Urteil (Urteilsabdruck S. 10) insoweit zutreffend ausgeführt, das Landratsamt habe die eingereichten Genehmigungsunterlagen auf Vollständigkeit prüfen und den Verwaltungsaufwand hierfür in Ansatz bringen können. Weiter habe das Landratsamt weiteren angefallenen Verwaltungsaufwand nachvollziehbar mit der bauplanungsrechtlichen und naturschutzfachlichen sowie –rechtlichen Prüfung begründet. Die Klägerin hat demgegenüber nur pauschal behauptet, über die Prüfung der Rechtsfragen zu Art. 82 BayBO hinaus habe der Beklagte keinen weiteren Verwaltungsaufwand betrieben. Der vom Landratsamt dargelegte Aufwand wird jedoch durch die vorgelegten Behördenakten dokumentiert. Zudem ist im vorliegenden Fall plausibel, dass bereits die Prüfung der genannten Rechtsfragen relativ aufwändig gewesen ist.
- 36 Die Gebühr wurde vorliegend gemäß Art. 8 Abs. 1 KG auf ein Viertel ermäßigt. Die Klägerin bemängelt, durch den ablehnenden Bescheid vom 20. Juni 2017 sei nur geklärt worden, dass die bauplanungsrechtliche Unzulässigkeit des Vorhabens nach

§ 35 BauGB einer Genehmigungserteilung entgegenstehe; weitere Genehmigungsfragen seien nicht geklärt worden. Die Ablehnung eines Antrags im Sinne von Art. 8 Abs. 1 KG wird jedoch oftmals auf nur einen tragenden Grund gestützt. Es ist zudem nicht ersichtlich, welches berechnete Interesse die Klägerin an der Klärung weiterer Genehmigungsvoraussetzungen haben könnte, wenn feststeht, dass die beantragten Anlagen jedenfalls wegen des Fehlens einer Genehmigungsvoraussetzung immissionsschutzrechtlich nicht genehmigungsfähig sind. Es ist auch im Hinblick auf den immissionsschutzrechtlichen Beschleunigungsgrundsatz (vgl. § 10 Abs. 6a BImSchG) nicht zu beanstanden, dass das Landratsamt zu diesem Zeitpunkt die Bearbeitung des Genehmigungsantrags hinsichtlich weiterer Genehmigungsvoraussetzungen (§ 6 Abs. 1 BImSchG) vorangetrieben hat. Im Übrigen ist anzumerken, dass die Klägerin insbesondere auch an naturschutzfachlichen Prüfungsschritten mitgewirkt hat. So hat das Landratsamt am 1. Februar 2017 eine Besprechung unter Beteiligung der Klägerin betreffend artenschutzfachliche Fragen durchgeführt. Zum damaligen Zeitpunkt ist die Klägerin offensichtlich noch davon ausgegangen, dass eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung jedenfalls dadurch erlangt werden könnte, dass die ursprünglich vorgesehene Anlagenhöhe „hilfsweise“ reduziert wird. Auf eine mit Schreiben des Landratsamtes Tirschenreuth vom 6. Dezember 2016 (Bl. III 16 f. der Behördenakte) erfolgte Anhörung der Klägerin zu einer beabsichtigten Ablehnung des Genehmigungsantrags hat diese mit Schreiben ihrer Bevollmächtigten vom 9. Februar 2017 (Bl. III 31 f. der Behördenakte) u.a. mitgeteilt, dass im Falle einer – ggf. möglichst zeitnahen – Ablehnung des ursprünglichen Antrags ein entsprechender „Hilfsantrag“ mit einem Alternativstandort „im Verfahren fortgeführt“ werden könne. Im vorliegenden Zusammenhang ist nicht von Bedeutung, weshalb es im Ergebnis im vorliegenden Verfahren zu keiner Konkretisierung eines solchen Alternativstandorts gekommen ist.

- 37 b) Die Berechnung der im angefochtenen Bescheid festgesetzten Gebühr enthält jedoch einen unzutreffenden Kostenansatz, der im Ergebnis deren Ermäßigung auf 6.376,25 Euro erfordert.
- 38 Bei der Gebührenkalkulation (vgl. Aktenvermerk vom 10.5.2017, Bl. II 13 der Behördenakte) wurde zu Unrecht die Tarif-Stelle Nr. 8.II.0/1.1.1.1 des Kostenverzeichnisses angewandt; auf dieser Grundlage wurde ein Sockelbetrag von 21.000 Euro zuzüglich eines Erhöhungsbetrags von 6.000 Euro angesetzt. Die vorbezeichnete Tarif-Stelle ist anzuwenden, wenn das jeweilige Genehmigungsverfahren eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung nach § 4 Abs. 1 i.V.m. der 4. BImSchV betrifft und eine UVP durchzuführen ist. Im angefochtenen Bescheid wurde zutreffend angenommen, dass die von der Klägerin beantragten zwei Windenergieanlagen immissi-

onsschutzrechtlich genehmigungspflichtig waren (§ 4 BImSchG i.V.m. §§ 1 und 2 der 4. BImSchV sowie Nr. 1.6.2 – Verfahrensart V – des Anhangs der 4. BImSchV). Weiter heißt es in den Bescheidsgründen, die abschließende Prüfung, ob das Vorhaben dem vereinfachten Genehmigungsverfahren nach § 19 BImSchG unterliege, könne zum derzeitigen Verfahrensstand nicht beurteilt werden. In Betracht kam hier offensichtlich, dass die streitgegenständlichen Windenergieanlagen zusammen mit zwei weiteren Anlagen, die Gegenstand eines damals anhängigen Genehmigungsantrags der Klägerin waren, eine Windfarm (vgl. § 2 Abs. 5 UVPG) gebildet hätten und somit eine standortbezogene Vorprüfung des Einzelfalls hätte erforderlich sein können (vgl. Nr. 1.6.3 der Anlage 1 zum UVPG). Allerdings ist vorliegend bis zum Abschluss des Genehmigungsverfahrens bereits keine standortbezogene Vorprüfung durchgeführt worden; erst recht ist nicht festgestellt worden, dass eine UVP durchzuführen gewesen wäre: Nur im Falle einer solchen Feststellung wäre das Genehmigungsverfahren nach § 10 BImSchG durchgeführt worden (vgl. § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 c) der 4. BImSchV). Insoweit ist rechtlich unerheblich, dass der Beklagte nunmehr meint, er gehe nach einer überschlägigen Prüfung davon aus, dass eine Umweltverträglichkeitsprüfung erforderlich sei. Die Möglichkeit, eine UVP-Pflicht aufgrund einer noch durchzuführenden standortbezogenen Vorprüfung festzustellen, ändert nichts am Ablauf des vorliegenden, abgeschlossenen Genehmigungsverfahrens einschließlich des damit verbundenen Verwaltungsaufwands, der für den Kostenansatz maßgeblich ist.

39 Demnach unterfällt das vorliegend durchgeführte Genehmigungsverfahren nicht der Tarif-Stelle Nr. 8.II.0/1.1.1.1 des Kostenverzeichnisses; vielmehr ist die Tarif-Stelle Nr. 8.II.0/1.1.2 einschlägig, welche die Durchführung des vereinfachten Verfahrens nach § 19 BImSchG betrifft. Danach ergibt sich vorliegend ein Sockelbetrag von 11.250 Euro zuzüglich 4.500 Euro (3 ‰ der 2,5 Mio. Euro übersteigenden Investitionskosten von 4 Mio. Euro). Bei einer Gebührenberechnung unter Berücksichtigung der weiteren, unveränderten Kostenansätze des Beklagten und der gewährten Ermäßigung des Gesamtbetrags auf ein Viertel ergibt sich eine geänderte Gebührenhöhe von 6.376,25 Euro.

40 3. Da der Beklagte nur in geringem Maß unterlegen ist, waren die Kosten des Berufungsverfahrens gemäß § 154 Abs. 2, § 155 Abs. 1 Satz 3 VwGO zur Gänze der Klägerin aufzuerlegen. Da die Kostenentscheidung des Verwaltungsgerichts damit in Einklang steht, konnte sie aufrechterhalten bleiben.

41 Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 167 Abs. 2 VwGO i.V.m. §§ 708 Nr. 10 und 711 ZPO.

42 Die Revision war nicht zuzulassen, weil Zulassungsgründe des § 132 Abs. 2 VwGO nicht ersichtlich sind.

