

■ Fachbeiträge

Deutsche Einheimischenmodelle – Europäische Kommission gibt »grünes Licht« zu neuen Leitlinien

von Sven Klein, Regierungsrat, Oberste Baubehörde im Bayerischen Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr, München¹

Nach der langjährigen Debatte um die Frage der zulässigen Ausgestaltung von Einheimischenmodellen hat die Europäische Kommission nun mitgeteilt, keine Einwände mehr gegen die zwischen Bayern und der Bundesregierung abgestimmten Leitlinien zu Einheimischenmodellen erheben zu wollen. Darüber hinaus hat die Europäische Kommission in Aussicht gestellt, das laufende Vertragsverletzungsverfahren einzustellen, sofern im Zuge des laufenden Gesetzgebungsverfahrens zur Novellierung des Baugesetzbuchs die Ausgestaltung von Einheimischenmodellen verbindlich geregelt wird.

I. Allgemeine Einführung

»So eine Entwicklung hätte man für Deutschland nie erwartet« – der Satz stammt aus einem Artikel des Handelsblatts vom 08.12.2016² und spielt auf die aktuelle Preisentwicklung am Immobilienmarkt an. Gleiches ließe sich auf die Situation am Grundstücksmarkt übertragen. Viele Gemeinden, insbesondere in Bayern, haben daher das Ziel, die einheimische Bevölkerung vor den Folgen dieser Entwicklung über das Instrument der Einheimischenmodelle zu schützen.

1. Entwicklung des Grundstücks- und Immobilienmarkts

Teils exorbitant steigende Grundstücks- und Immobilienpreise infolge eines erheblichen Zuzugs von außen und einer wachsenden Nachfrage nach Alters- und Zweitwohnsitzen haben in den letzten Jahren verstärkt dazu geführt, dass sich viele Einwohner und besonders Familien mit Kindern in ihrer eigenen Stadt oder Gemeinde kein Eigenheim mehr leisten können. Es wächst dann trotz der örtlichen Verwurzelung der Druck, wegzuziehen und gewachsene Sozialbeziehungen aufzugeben.

Betroffen sind insbesondere boomende Ballungsgebiete und landschaftlich besonders attraktive Gegenden wie der Großraum München oder das bayerische Oberland. Die mittleren Wohnflächenpreise für Eigentumswohnungen sind etwa im Landkreis München zwischen den Jahren 2014 und 2015 um 30,8 % auf 4.250 €/m² angestiegen.³

2. Schutz der ortsansässigen Bevölkerung

Das Ziel von Einheimischenmodellen ist es daher, weniger begüterten Mitgliedern der örtlichen Bevölkerung, insbesondere jungen ortsansässigen Familien, den Erwerb angemessenen Wohnraums

in ihrer Heimatgemeinde zu ermöglichen. Auf diese Weise sollen eine ausgewogene Bevölkerungsstruktur und der soziale Zusammenhalt in der Gemeinde gewahrt bleiben, einer erzwungenen Abwanderung von Einheimischen soll entgegengewirkt werden.

II. Einheimischenmodelle auf dem Prüfstand des Europarechts

Einheimischenmodelle befinden sich nunmehr seit Jahren auch im Visier der Europäischen Kommission und sind auch bereits Gegenstand einer wegweisenden Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH)⁴ gewesen.

1. EU-Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland

Nachdem die Europäische Kommission im Jahr 2007 gegen die Bundesrepublik Deutschland ein Vertragsverletzungsverfahren wegen des Einheimischenmodells einer nordrhein-westfälischen Gemeinde eingeleitet und zwei Jahre später auch die Vergabepraxis von vier oberbayerischen Gemeinden beanstandet hatte, standen die betroffenen Kommunen vor der diffizilen Frage, ob und wie Einheimischenmodelle überhaupt europarechtskonform ausgestaltet werden können.

2. Rechtliche Kritik der Europäischen Kommission

Die Europäische Kommission argumentierte im Rahmen des Vertragsverletzungsverfahrens damit, dass die praktizierten Einheimischenmodelle insbesondere gegen das Recht der Freizügigkeit für Arbeitnehmer (Art. 45 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union [AEUV]) und die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) verstießen.⁵ Die Europäische Kommission hat in ihrer Argumentation an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur verdeckten Diskriminierung angeknüpft, wonach sich Maßnahmen, die eine Unterscheidung aufgrund des Kriteriums des Wohnsitzes treffen, hauptsächlich zum Nachteil der Angehörigen anderer Mitgliedstaaten auswirken, da die Gebietsfremden meist Ausländer sind.⁶ Bei den beanstandeten Einheimischenmodellen handele es sich nach Ansicht der Europäischen Kommission⁷ um eine systematische Bevorzugung Einheimischer und damit um eine unionsrechtswidrige Diskriminierung.⁸

3. Urteil des EuGH vom 08.05.2013⁹ (Flämisches Dekret)

Vor dem Hintergrund der dargelegten, erheblichen Kritik der Europäischen Kommission hat der EuGH auf ein Vorabent-

scheidungsersuchen des belgischen Verfassungsgerichtshofes – zur Überraschung vieler – grundsätzliche Rahmenbedingungen für eine zulässige Ausgestaltung von Einheimischenmodellen statuiert.¹⁰

a) Verwerfung des flämischen Dekrets

Der EuGH entschied, das flämische »Dekret über die Grundstücks- und Immobilienpolitik« verstoße gegen Unionsrecht. Damit schloss er sich dem Schlussantrag des Generalanwalts beim EuGH *Mazák*¹¹ an. Die betreffenden Maßnahmen gingen über das hinaus, was zur Erreichung des angestrebten Ziels erforderlich sei.¹² Die fraglichen Kriterien des Dekrets begünstigten nicht nur die weniger kapitalkräftige einheimische Bevölkerung, sondern auch einen Teil der einheimischen Bevölkerung, der über ausreichende Mittel verfüge und damit keines Schutzes auf dem Immobilienmarkt bedürfe.¹³

b) Europarechtliche Rechtfertigung von Einheimischenmodellen

Besondere Aufmerksamkeit erregte indes nicht die rechtliche Verwerfung des flämischen Dekrets, sondern vielmehr die Argumentation des EuGH, dass Einheimischenmodelle zwar gegen europarechtliche Grundfreiheiten verstießen, aber grundsätzlich europarechtlich gerechtfertigt sein könnten.

Hierzu führt der EuGH aus, dass im Zusammenhang mit der Sozialwohnungspolitik eines Mitgliedstaats die raumplanerische Absicht, ein ausreichendes Wohnangebot für einkommensschwache Personen oder andere benachteiligte Gruppen der örtlichen Bevölkerung sicherzustellen, einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen könne.¹⁴ Einheimischenmodelle könnten somit mit Unionsrecht vereinbar sein. Voraussetzung für die Rechtfertigung des Verstoßes gegen Grundfreiheiten sei aber ein unmittelbarer Zusammenhang mit sozioökonomischen Aspekten, die diesem legitimen Ziel auch entsprächen.¹⁵ Damit verwirft der EuGH nicht das Kriterium der Ortsbindung des Bewerbers,¹⁶ sondern sieht die hinreichende Berücksichtigung sozioökonomischer Kriterien als zwingende Voraussetzung für die Erforderlichkeit und Angemessenheit bei der Beurteilung der europarechtlichen Rechtfertigung von Einheimischenmodellen an.

4. Zwischenergebnis

Der EuGH hat Einheimischenmodelle im Ergebnis für grundsätzlich rechtmäßig erklärt. Der Entscheidung ist zu entnehmen, dass das sozialpolitische Ziel, den Wohnbedarf der ortsansässigen, wenig begüterten Bevölkerung durch Einheimischenmodelle zu decken, ein auch im Unionsrecht grundsätzlich relevanter Allgemeinwohlbelang ist. Um den Vorgaben des Unionsrechts standzuhalten, sind aber geeignete Auswahlkriterien zur Erreichung dieses legitimen Ziels erforderlich. Die Dauer der Ortsansässigkeit allein als maßgebliches Auswahlkriterium bei Einheimischenmodellen ist jedenfalls rechtlich nicht haltbar. Vielmehr muss neben der Gewichtung der Ortsgebundenheit des Bewerbers dem Kriterium der Sozialauswahl signifikante Bedeutung zukommen.

III. Neue Leitlinien zu Einheimischenmodellen

Anhang:

Zwischen der Europäischen Kommission, dem Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit und der Bayerischen Staatsregierung im Verhandlungswege erzielte Einigung über Kautelen, bei deren Anwendung die Europäische Kommission in Aussicht stellt, keine Einwände mehr gegen die in Bayern praktizierten Einheimischenmodelle zu erheben.

Leitlinien für Gemeinden bei der vergünstigten Überlassung von Baugrundstücken im Rahmen des so genannten Einheimischenmodells

Die Leitlinien dienen der europarechtskonformen Ausgestaltung städtebaulicher und sonstiger Verträge (vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 2 des Baugesetzbuchs – BauGB), soweit die Gemeinde Einheimischenmodelle nutzt. Unter Berücksichtigung des Grundrechts auf Freizügigkeit dienen Einheimischenmodelle dazu, einkommensschwächeren und weniger begüterten Personen der örtlichen Bevölkerung den Erwerb angemessenen Wohnraums zu ermöglichen.

1. Einhaltung von Vermögens- und Einkommensobergrenzen

Für die vergünstigte Überlassung von Baugrundstücken im Rahmen eines Einheimischenmodells kommen nur Bewerber in Betracht, deren Vermögen und Einkommen (kumulativ) die jeweils von der Gemeinde vorab öffentlich bekannt gemachten Obergrenzen nicht überschreiten. Hierbei gelten folgende Maßgaben:

1.1 Vermögensobergrenze

- Der Bewerber darf maximal über ein Vermögen in Höhe des Grundstückswertes verfügen.
- Der Bewerber darf nicht Eigentümer eines bebaubaren Grundstücks in der betreffenden Gemeinde sein. Immobilieneigentum außerhalb der betreffenden Gemeinde wird als Vermögen angerechnet.

1.2 Einkommensobergrenze

- Der Bewerber darf maximal ein Einkommen (Gesamtbetrag der Einkünfte) in Höhe des durchschnittlichen Jahreseinkommens eines Steuerpflichtigen innerhalb der Gemeinde¹⁷ erzielen. Erfolgt der Erwerb durch ein Paar, erfolgt die Berechnung auf Basis der addierten Einkommen und in Relation zum doppelten Durchschnittseinkommen.
- Wenn in der Gemeinde das durchschnittliche Jahreseinkommen von 51.000 € überschritten wird, gilt für einen Bewerbers eine Einkommensobergrenze von 51.000 €¹⁸. Bei einem Paar als Bewerber dürfen die addierten Einkommen die doppelte Obergrenze nicht übersteigen.
- Zur Obergrenze ist ein Freibetrag i.H.v. 7.000 €¹⁹ je unterhaltspflichtigem Kind hinzuzurechnen.

2. Auswahlkriterien und ihre punktebasierte Gewichtung

Für die Auswahl aus mehreren im Sinne der Nr. 1 berechtigten Bewerbern sind die in Nr. 2.1 bis 2.3 genannten Auswahlkriterien nach Maßgabe der Nr. 2.4 anzuwenden und zu gewichten.

2.1 Bedürftigkeit nach Vermögen und Einkommen

Je mehr die Vermögens- und Einkommensobergrenzen nach Nr. 1 unterschritten werden, desto mehr Punkte gibt es.

2.2 Bedürftigkeit nach weiteren sozialen Kriterien

Die Punktevergabe erfolgt aufgrund individueller Merkmale und Belastungen, wie z.B. Zahl der Kinder, pflegebedürftige Angehörige, Behinderung.

2.3 Zeitdauer und gegebenenfalls Ehrenamt

Die Punktevergabe erfolgt in Abhängigkeit von der verstrichenen Zeitdauer

- seit Begründung des Erstwohnsitzes und/oder
- seit Ausübung einer Erwerbstätigkeit

in der Gemeinde.

Im Rahmen der Zeitdauer kann die Ausübung eines Ehrenamts berücksichtigt werden.

2.4 Maßgaben

- Die Auswahl erfolgt in einem offenen und transparenten Verfahren.
- Grundlage ist eine punktebasierte Bewertung der bei den Bewerbern vorliegenden Merkmale zu den Auswahlkriterien nach Nr. 2.1 bis 2.3.
- Die Auswahlkriterien nach Nr. 2.1 bis 2.3 und der jeweilige Bewertungsmaßstab sind von der Gemeinde vorab zu konkretisieren und bekannt zu machen.
- Für das Auswahlkriterium nach Nr. 2.3 gelten ergänzend folgende Maßgaben:
 - Das Auswahlkriterium nach Nr. 2.3 darf zu höchstens 50 % in die Gesamtbewertung einfließen. (Beispiel: Wenn insgesamt 100 Punkte zu vergeben sind, darf es für das Kriterium der Zeitdauer und gegebenenfalls Ehrenamt höchstens 50 Punkte geben.). Umgekehrt steht es den Gemeinden frei, die Kriterien nach 2.1 und 2.2 höher zu gewichten als den Aspekt der Zeitdauer, z.B. im Verhältnis 60 : 40.
 - Die höchste zu erreichende Punktzahl ist bei einer Zeitdauer von maximal 5 Jahren erreicht.
 - Die Gemeinde kann die Ausübung eines Ehrenamts im Rahmen der Zeitdauer berücksichtigen (Nr. 2.3). Die Punkte für die verstrichene Zeitdauer seit Begründung des Erstwohnsitzes und/oder seit der Ausübung einer Erwerbstätigkeit sind entsprechend zu mindern.

3. Sicherung des Förderzwecks

Wenn der Begünstigte nach dem geförderten Erwerb des Grundstücks seinen Erstwohnsitz für weniger als zehn Jahre auf diesem Grundstück hat, soll der Begünstigte einen angemessenen Teil der Vergünstigung zurückerstatten. Dieser prozentuale Anteil errechnet sich in der Regel aus dem Zeitraum, der bis zu einer Nutzung von zehn Jahren fehlt (bei einem Verkauf nach acht Jahren zum Beispiel 20 %).

Zur Erfüllung der vom EuGH konturierten unionsrechtlichen Vorgaben hat Bayern gemeinsam mit der Bundesregierung neue Leitlinien zur Ausgestaltung von Einheimischenmodellen erarbeitet (s. oben), denen gegenüber die Europäische Kommission Einverständnis signalisiert hat.

1. Grundlage

Die neuen Leitlinien zu Einheimischenmodellen passen sich dem grundlegenden Ziel der Europäischen Union an, die soziale Gerechtigkeit und den sozialen Schutz zu fördern (Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 2 des Vertrages über die Europäische Union). Eine intakte, sozial sowie demografisch ausgewogene Bevölkerungsstruktur ist gerade Voraussetzung für den sozialen Zusammenhalt und die soziale Integration vor Ort.²⁰ Dies entspricht auch der Linie des EuGH, der sich dahingehend klar geäußert hat, dass nationale Regelungen im Interesse des Ziels der Bekämpfung des Drucks auf den Grundstücksmarkt oder – als Raumordnungsziel – der Erhaltung einer beständigen Bevölkerung in den ländlichen Gebieten die Grundfreiheiten beschränken dürfen.²¹

Diese grundlegende Zielrichtung von Einheimischenmodellen ist heranzuziehen sowohl als Handlungsmaxime bei der Aufstellung von Einheimischenmodellen als auch als Auslegungsmaxime bei Fragen der Interpretation der von der Gemeinde festgelegten Vergabekriterien.

Den neuen Leitlinien liegt nun ein transparentes System zugrunde, das insbesondere an die gesellschaftliche, familiäre und soziale Bindung des potenziellen Käufers zu der betreffenden Gemeinde anknüpft und das auf objektiven, nicht diskriminierenden, im Voraus bekannten und gerichtlich überprüfbaren Kriterien beruht.²² Nachfolgend sollen die Leitlinien näher beleuchtet werden.

Die Leitlinien für Einheimischenmodelle sind in erster Linie am Erwerb eines Grundstücks ausgerichtet. Eine Anwendung von Einheimischenmodellen auf den Erwerb von Wohnungseigentum ist aber ebenfalls möglich.

2. Allgemeine Eingangsvoraussetzungen (1. Stufe)

Im Rahmen der ersten Stufe des Verfahrens geht es um die Frage, welche Voraussetzungen überhaupt an eine Bewerbung zur Teilnahme an Einheimischenmodellen geknüpft werden. Hierbei spielt das Kriterium der Ortsansässigkeit des Bewerbers²³ keine Rolle; es ist schlicht egal, an welchem Ort der Bewerber wohnt.²⁴ Allgemeine Zugangsberechtigung ist allein die Einhaltung von maximalen Obergrenzen hinsichtlich Einkommen und Vermögen.

a) Vermögensobergrenze

Der Bewerber darf maximal über ein Vermögen in Höhe des Grundstückswertes verfügen. Ein höherer Vermögensansatz wäre mit dem Sinn und Zweck des Einheimischenmodells nicht vereinbar, da sich der Bewerber bereits aus seinem eigenen Vermögen heraus ein Grundstück leisten könnte, ohne dass sein Vermögen komplett oder weitestgehend aufgezehrt wäre.

Unter Zugrundelegung dessen wird es daher wohl insbesondere in Ballungsräumen mit sehr hohen Immobilienpreisen regelmäßig nicht in Betracht kommen, Grundstücke für freistehende Einfamilienhäuser über das Einheimischenmodell bereitzustellen. Bewerber, deren Vermögen den Bau eines freistehenden Einfamilienhauses mit großem Garten erlaubt, dürften mit Blick auf die Vermögensobergrenze kaum mehr zur Teilnahme an Einheimischenmodellen berechtigt und ohne Weiteres wirtschaftlich auch in der Lage sein, ein Haus auf dem Grundstücksmarkt zu erwerben.²⁵

aa) Begriff des Vermögens

Der Begriff des Vermögens ist hier im zivilrechtlichen Sinne zu verstehen. Vermögen ist danach die Gesamtheit aller geldwerten Güter und Rechte, die einen wirtschaftlichen Wert haben, mit anderen Worten, alle Rechte, Forderungen und Rechtsverhältnisse, die einen in Geld schätzbaren Wert haben. Darunter fällt in erster Linie Geldvermögen in Form von Bargeld, Bankguthaben, Forderungen und börsennotierten Wertpapieren wie Aktien oder Anleihen, aber auch Realvermögen, wie etwa Eigentumsrechte an Gütern wie Immobilien in anderen Gemeinden (Eigentum eines bebaubaren Grundstücks in der betreffenden Gemeinde schließt die Teilnahme am Einheimischenmodell aus!²⁶), an nicht börsennotierten Unternehmensbeteiligungen, an Produktionsmitteln oder Rohstoffen sowie an Patenten. Anzusetzen ist stets das Nettovermögen, also das Bruttovermögen abzüglich bestehender Verbindlichkeiten.²⁷ Bei Paaren ist das Vermögen zusammenzurechnen; die Obergrenze erhöht sich hier nicht. Den Bewerber trifft eine Darlegungs- und Nachweispflicht gegenüber der Gemeinde.

bb) Wertmaßstab beim Grundstückserwerb

Der Preis für ein Grundstück lässt sich auf der Grundlage der vom Gutachterausschuss erarbeiteten Bodenrichtwertkarten in der Stadt- oder Gemeindeverwaltung vor Ort ermitteln. Die Heranziehung der vom Gutachterausschuss als unabhängiges Gremium erstellten Bodenrichtwerte gewährleistet die größtmögliche Transparenz und Vergleichbarkeit, denn ihnen liegt eine umfassende Beobachtung der Entwicklung der Immobilienpreise innerhalb seines örtlichen Zuständigkeitsbereichs zugrunde.

Soweit zum Zeitpunkt der ersten Stufe noch kein konkretes Grundstück einem bestimmten Bewerber zugeordnet werden kann, ist ein durchschnittlicher Grundstückswert der ins Einheimischenmodell fallenden Grundstücke in der Gemeinde anzusetzen.

cc) Wertmaßstab beim Erwerb von Wohnungseigentum

Beim Erwerb von Wohnungseigentum im Rahmen von Einheimischenmodellen ist als Vermögensobergrenze ein Bruchteil des durchschnittlichen Werts von Eigentumswohnungen in der betreffenden Gemeinde bzw. in dem Gemeindegebiet heranzuziehen. Hier kommt der Gemeinde je nach konkreter Fallsituation ein gewisser Gestaltungsspielraum zu.²⁸

b) Einkommensobergrenze

Die Einkommensobergrenze richtet sich nach der Höhe des durchschnittlichen Jahreseinkommens eines Steuerpflichtigen innerhalb der Gemeinde. Die betreffende Gemeinde kann hierzu auf der Homepage des Landesamts für Statistik die erforderlichen Informationen schnell und einfach einsehen.²⁹

Das Landesamt für Statistik knüpft hierbei an den durchschnittlichen Gesamtbetrag der Einkünfte an. Der Begriff des »Gesamtbetrags der Einkünfte« wurzelt im Steuerrecht und knüpft an die sieben steuerrechtlichen Einkunftsarten an: Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft, aus Gewerbebetrieb, aus selbstständiger Arbeit, aus nichtselbstständiger Arbeit, aus Kapitalvermögen, aus Vermietung und Verpachtung sowie sonstige Einkünfte (§ 22 Einkommensteuergesetz). Der Gesamtbetrag der Einkünfte errechnet sich aus der Summe der zuvor genannten Einkünfte abzüglich des Altersentlastungsbetrags, des Entlastungsbetrags für Alleinerziehende und des Freibetrags für Land- und Forstwirte.

Je unterhaltspflichtigem Kind erhöht sich die Obergrenze um einen Freibetrag i.H.v. 7.000 €.³⁰ Die Anrechnung gilt auch für eine etwaige Unterhaltspflicht gegenüber volljährigen Kindern.³¹

Eine absolute Einkommensobergrenze setzen die Leitlinien bei einem durchschnittlichen Jahreseinkommen i.H.v. 51.000 € (für Paare 102.000 €). Maßgeblich wird die absolute Einkommensobergrenze dann, wenn das durchschnittliche Jahreseinkommen von 51.000 € in der Gemeinde überschritten werden sollte. In diesem Fall bleibt es bei der Einkommensobergrenze von 51.000 €. Es handelt sich zudem um eine dynamische Obergrenze, die jährlich entsprechend der Entwicklung des bundesweiten Durchschnittseinkommens angepasst wird.

3. Punktebasiertes Auswahlverfahren (2. Stufe)

Bewerber, die nach der ersten Stufe berechtigt sind, am Einheimischenmodell teilzunehmen, gelangen in die zweite Stufe des Auswahlverfahrens, bei dem eine punktebasierte Gewichtung einzelner Auswahlkriterien erfolgt. Hierbei gibt es Punkte für soziale Kriterien, die der Bewerber erfüllt, und für die Ortsgebundenheit des Bewerbers. Den Gemeinden steht hier im Rahmen der Vorgaben der Leitlinien ein durchaus breiter Gestaltungsspielraum zu.

a) Soziale Kriterien

Entsprechend den Vorgaben der Europäischen Kommission und der Rechtsprechung des EuGH erhalten die sozialen Kriterien eine Gewichtung von jedenfalls nicht weniger als 50 % der Gesamtpunkte.³² Die sozialen Kriterien sind unabhängig von einer Ortsgebundenheit des Bewerbers zu bemessen.

aa) Vermögen und Einkommen

Entsprechend der oben dargelegten Berechnung des Vermögens und des Einkommens werden auf dieser Stufe Punkte vergeben, die die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Bewerbers widerspiegeln; je niedriger das Vermögen und Einkommen, desto gerechtfertigter die Teilnahme am Einheimischenmodell und desto höher demnach auch die zu erreichende Punktzahl. Bei Paaren wird das Vermögen zusammengerechnet und das Familieneinkommen angesetzt.

bb) Anzahl der Kinder

Positiv bei der Punktevergabe können Kinder des Bewerbers berücksichtigt werden. Dem liegt in erster Linie der Grundgedanke der gesetzlichen Pflicht der elterlichen Sorge für das minderjährige Kind zugrunde, die grundsätzlich von beiden Eltern gemeinsam ausgeübt wird. Dieses Fürsorge- und Schutzverhältnis erfordert ein räumliches Zusammenleben und eine Bindung der Kinder an den Wohnort der Eltern. Aus diesem Grund ist es auch gerechtfertigt, Kinder bei der Punktevergabe zu Gunsten der sich für Einheimischenmodelle bewerbenden Eltern zu berücksichtigen. Maßgeblich sind aber jeweils die tatsächlichen Umstände des Einzelfalls.

Berücksichtigt werden können nach Sinn und Zweck des Einheimischenmodells nur minderjährige Kinder, da die elterliche Fürsorgepflicht nur bis zur Volljährigkeit gilt. Wenngleich die gesetzliche Unterhaltspflicht fortbestehen kann, besteht indes kein Bedürfnis für die weitere Berücksichtigung der volljährigen, eigenverantwortlichen Kinder bei Einheimischenmodellen. Als weiterer Erwachsener im Haushalt des Bewerbers sollte das volljährige Kind des Bewerbers genauso behandelt werden wie Verwandte zweiten (Geschwister) oder dritten (Tante, Onkel) Grades des Bewerbers, bei denen ebenfalls kein Anlass für eine Privilegierung im Rahmen der Punktevergabe besteht. Im Gegensatz zur Berücksichtigung unterhaltspflichtiger volljähriger Kinder bei der Einkommensobergrenze im Rahmen der ersten Stufe, bei der allein die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Bewerbers maßgeblich ist, kommt es bei den sozialen Kriterien im Rahmen der zweiten Stufe auf die Bewertung des sozialen Beziehungsverhältnisses und der Fürsorgepflicht der Eltern zum Kind an. Im Verhältnis zu Eltern von minderjährigen Kindern sollten Letztere bei der Bepunktung daher vorrangig berücksichtigt werden.

Leben die Eltern getrennt oder sind sie geschieden und üben sie weiterhin das Sorgerecht gemeinsam aus, wird die Aufenthaltsbestimmung grundsätzlich zunächst ebenfalls weiterhin gemeinsam ausgeführt. In diesem Fall erscheint es gerechtfertigt, beide Elternteile bei Einheimischenmodellen zu privilegieren. Das Aufenthaltsbestimmungsrecht kann allerdings vom elterlichen Sorgerecht auch losgelöst werden. Da die Aufenthaltsbestimmungsbefugnis insbesondere die Bestimmung des dauerhaften und vorübergehenden gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes und damit auch des Wohnorts umfasst, ist dem Elternteil, der das Aufenthaltsbestimmungsrecht ausübt, die Privilegierung bei Einheimischenmodellen zu gewähren. Wohnt das Kind dauerhaft bei einem Elternteil, kann der andere Elternteil allenfalls über sein Umgangsrecht in die Privilegierung mit einzubeziehen sein, soweit eine hinreichende, regelmäßige Bindung des Kindes zum Wohnort dieses Elternteils besteht.³³

Wird ein minderjähriges Kind zur Adoption angenommen, erlöschen sämtliche rechtliche Verbindungen des Kindes zu seinen leiblichen Verwandten. Es gibt keine Unterhaltspflichten mehr, kein Erbrecht und auch kein Umgangsrecht. Adoptivkinder sollten bei Einheimischenmodellen daher nur zugunsten der Adoptiveltern, nicht aber zugunsten der leiblichen Eltern berücksichtigt werden.³⁴

cc) Pflegebedürftige Angehörige

Soweit der Bewerber pflegebedürftige Angehörige im eigenen Haushalt hat, können diese bei der Punktevergabe berücksichtigt werden. Gleiches sollte gelten, wenn in der Gemeinde oder in einer Nachbargemeinde ein Angehöriger in einem anderen Haus-

halt lebt, der aber dennoch auf zeitintensive Betreuung angewiesen ist.³⁵ Auch in diesem Fall ist eine hinreichende Ortsgebundenheit mit Blick auf die Pflegeleistung gegeben. Anders wiederum verhält es sich, wenn ein Angehöriger des Bewerbers im Alten- und Pflegeheim in oder außerhalb der Gemeinde lebt, dort umfassend betreut und gepflegt wird und der Bewerber somit keine eigene Pflegeleistung zu erbringen hat. Lediglich die Besuche des Bewerbers bei seinem Angehörigen im Alten- und Pflegeheim sind nicht vergleichbar mit der eigens durchzuführenden Pflege und rechtfertigen auch keine Privilegierung bei Einheimischenmodellen.

b) Ortsgebundenheit

Die Ortsansässigkeit kann bei der Punktevergabe maximal 50 % der Gesamtpunkte ausmachen. Sie kann abhängig gemacht werden vom Wohnsitz des Bewerbers und/oder der Ausübung seiner Erwerbstätigkeit in der Gemeinde. Im Rahmen des Kriteriums der Ortsgebundenheit ist die höchste zu vergebende Punktzahl bei einer Aufenthaltsdauer von maximal fünf Jahren erreicht. Mit anderen Worten: Eine über fünf Jahre hinausgehende Ortsbindung kann somit nicht zu einer höheren Punktzahl führen.

Die Anknüpfung an eine frühere Ortsansässigkeit des Bewerbers erscheint nur dann sachgerecht, wenn dies hinreichend zur Erhaltung der gewachsenen Sozialstruktur in der Gemeinde beiträgt und somit die Einheimischenmodellen zugrunde liegenden Kernziele noch erreicht werden können.³⁶

Die Gemeinde kann im Rahmen des Kriteriums der Ortsgebundenheit, entsprechend den Ausführungen der Europäischen Kommission, auch das Ehrenamt in die Punktevergabe mit einbeziehen.³⁷ So können die sozialen Kontakte der Ortsansässigen zu ihren Mitbürgern in Vereinen privilegiert werden. Berücksichtigt werden können so beispielsweise Tätigkeiten des Bewerbers bei der Freiwilligen Feuerwehr, im Sport- oder Schützenverein oder sonstige ehrenamtliche Tätigkeiten.³⁸ Der Gemeinde steht es frei, ob sie gegebenenfalls auch ehrenamtliche Tätigkeiten berücksichtigt, die der Bewerber in anderen Gemeinden ausübt.³⁹ Hinzuweisen ist aber darauf, dass im Fall der Berücksichtigung des Ehrenamts das Kriterium »Wohnen am Ort« oder »Berufliche Tätigkeit in der Gemeinde« in seiner Bedeutung entsprechend gemindert wird. Eine Gewichtung des Kriteriums der Ortsansässigkeit mit 50 % im Verhältnis zur Gesamtpunktzahl ist dann nicht mehr möglich.

c) Individuelle Gewichtung der Gemeinde

Die Gemeinde kann schließlich den sozialen Kriterien insgesamt ein höheres Gewicht beimessen. Je nachdem, ob ein Modell gewünscht ist, welches mehr an die Ortsgebundenheit anknüpft oder eher einen sozialen Schwerpunkt haben soll, kann das Einheimischenmodell derart gestaltet sein, dass die dargestellten sozialen Kriterien in Summe mehr als 50 % der Gesamtpunkte ausmachen. Dies hat die Gemeinde im Vorhinein objektiv und transparent festzulegen.

d) Sicherung des Förderzwecks

Um sicherzustellen, dass der den Einheimischenmodellen zugrunde liegende Zweck auch tatsächlich erfüllt wird, bedarf es einer Regelung für den Fall, dass der Begünstigte⁴⁰ nach kurzer Zeit seinen durch das Einheimischenmodell erhaltenen Wohnsitz in der Gemeinde wieder aufgibt. Das Einheimischenmodell ist zur Wahrung einer ausgewogenen Bevölkerungsstruktur im Kern per-

spektivisch und langfristig angelegt. Deshalb kann grundsätzlich auch verlangt werden, dass der Begünstigte das Grundstück für einen bestimmten Zeitraum zu Wohnzwecken zu nutzen hat.⁴¹

Die Leitlinien fingieren eine Zweckerfüllung nach zehn Jahren. Mit anderen Worten: Behält der Begünstigte über einen Zeitraum von zehn Jahren das im Wege eines Einheimischenmodells erworbene Grundstück, gehen die Leitlinien davon aus, dass der dem Einheimischenmodell zugrunde liegende Zweck erreicht wurde und folglich auch die vergünstigte Vergabe des Grundstücks in vollem Umfang gerechtfertigt war.

Sollte der Begünstigte indes weniger als zehn Jahre seinen Erstwohnsitz in der betreffenden Gemeinde halten, ist es daher gerechtfertigt, dass der Begünstigte einen angemessenen Teil der Vergünstigung zurückerstattet.⁴² Für jedes Jahr, welches bis zur fingierten Zweckerfüllung von zehn Jahren fehlt, erhöht sich die Rückerstattung um 10 %. Mit anderen Worten: Bei einer Aufgabe des Wohnsitzes nach neun Jahren sind 10 % der Vergünstigung zurückzuerstatten, nach acht Jahren 20 %, nach sieben Jahren 30 % und so weiter. Eine teilweise Rückerstattung ist nicht nur deshalb gerechtfertigt, weil objektiv der mit dem Einheimischenmodell verfolgte Zweck nicht erfüllt wird, sondern auch weil der Begünstigte regelmäßig durch die Weiterveräußerung des Grundstücks oder des Wohneigentums einen entsprechenden Gewinn erhält.⁴³

4. Umsetzung von Einheimischenmodellen in nationales Recht

Die Europäische Kommission hat die Einstellung des Vertragsverletzungsverfahrens in Aussicht gestellt, soweit die Leitlinien verbindlich im nationalen Recht verankert werden. Die Bundesregierung hat im Zuge der Novellierung des Baugesetzbuchs⁴⁴ den Anwendungsbereich von städtebaulichen Verträgen dahingehend ergänzt, dass insbesondere auch der Erwerb angemessenen Wohnraums durch einkommensschwächere oder weniger begüterte Personen der örtlichen Bevölkerung erfasst wird. Die Leitlinien sind nicht in die Gesetzesbegründung aufgenommen worden und sollen – nach derzeitigem Kenntnisstand – auch nicht Gegenstand eines Gesetzes oder einer Verordnung sein. Ob die Kommission unter diesen Voraussetzungen das Vertragsverletzungsverfahren offiziell einstellen oder den tatsächlichen Vollzug in der deutschen Verwaltungspraxis zunächst beobachten wird, bleibt abzuwarten.⁴⁵

IV. Fazit

Durch den erfolgreichen Abschluss der Verhandlungen mit der Europäischen Kommission ist nun die für viele Städte und Gemeinden so wichtige rechtssichere Ausgestaltung von Einheimischenmodellen gewährleistet. Den materiell-rechtlichen Inhalt der Leitlinien für Einheimischenmodelle hat die Europäische Kommission nach intensiven Verhandlungen mit Bayern und der Bundesregierung akzeptiert. Offen bleibt indes die Frage, ob die Europäische Kommission mit Blick auf die Umsetzung der Bundesregierung in nationales Recht auch das laufende Vertragsverletzungsverfahren einstellen wird.

- 3 Immobilienmarktbericht Bayern 2016, S. 120.
- 4 EuGH, Urt. v. 08.05.2013 – C-197/11, C-203/11 (Flämisches Dekret), ECLI:EU:C:2013:288; hierzu instruktiv *Landsmann*, Deutsche Einheimischenmodelle im Visier der Europäischen Kommission, KommP BY 2014, 333.
- 5 Näher hierzu *Portz*, Einheimischenmodelle auf dem Prüfstand der EU-Kommission, KommJur 2010, 366.
- 6 Vgl. EuGH, Urt. v. 16.01.2003 – C-388/01 (Tarifregelung italienische Museen), ECLI:EU:C:2003:30 = NVwZ 2003, 459 (460), Rn. 14.
- 7 EU-Kommission, Mit Gründen versehene Stellungnahme (Vertragsverletzung Nr. 2006/4271), S. 12.
- 8 Sehr kritisch hierzu *Portz*, Fn. 5, 367, der darauf hinweist, dass Einheimischenmodelle gerade nicht an das Merkmal der Staatsangehörigkeit bzw. an das Bestehen eines Wohnsitzes im Inland bzw. Ausland anknüpfen, sondern an den Wohnsitz in einer bestimmten Gemeinde. Dieses Merkmal werde aber auch von der Mehrheit der Inländer nicht erfüllt, so dass gerade keine besondere Auswirkung auf EU-Ausländer und damit weder eine direkte noch indirekte Diskriminierung anzunehmen sei.
- 9 Siehe Fn. 4.
- 10 Vgl. die Besprechung des Urteils von *Portz*, EuGH erklärt Einheimischenmodelle für grds. rechtmäßig, Die Gemeinde – Zeitschrift für die kommunale Selbstverwaltung in Schleswig-Holstein 2013, 183.
- 11 Vgl. Schlussantrag des Generalanwalts beim EuGH *Mazák* v. 04.10.2012 – C-197/11, C-203/11 (verbundene Verfahren), BeckRS 2012, 81998, Rn. 37, der hierzu ausgeführt hat, dass keines der Kriterien des flämischen Grundstücks- und Immobiliendekrets die sozioökonomischen Aspekte widerspiegele, die zu dem Ziel des Schutzes der weniger kapitalkräftigen einheimischen Bevölkerung auf dem Immobilienmarkt gehörten.
- 12 Der EuGH hat hier gar ein faktisches Verbot des Grundstückserwerbs für jeden potenziellen Käufer angenommen, der die im Dekret genannten Bedingungen der Ortsbindung nicht erfülle, vgl. EuGH, Fn. 4, Rn. 55 f.
- 13 Vgl. EuGH, Fn. 4, Rn. 55.
- 14 Vgl. EuGH, Fn. 4, Rn. 52.
- 15 Vgl. EuGH, Fn. 4, Rn. 55.
- 16 Die Festlegung einer Mindest-Ortsansässigkeitsdauer zur Sicherstellung einer gewissen Mindest-Bindung des Bewerbers an den jeweiligen Ort ist europarechtlich zu rechtfertigen; vgl. VG München, Beschl. v. 24.07.2015 – M 11 E 15.1923 – ECLI:DE:VG MUENC:2015:0724.11E15.1923.0A, BeckRS 2015, 51784.
- 17 Grundlage sind die jeweils aktuellen Daten des Statistischen Bundesamtes bzw. des Statistischen Landesamtes für Statistik.
- 18 Der Betrag wird jährlich entsprechend der Entwicklung des bundesweiten Durchschnittseinkommens angepasst.
- 19 Der Betrag orientiert sich an der steuerrechtlichen Größe des Kinderfreibetrages in Deutschland. Dieser gilt bundesweit und wird regelmäßig angepasst.
- 20 Vgl. auch *Portz*, Fn. 5, 367.
- 21 Vgl. EuGH, Urt. v. 01.10.2009 – C-567/07 (Woningstichting Sint Servatius), ECLI:EU:C:2009:593, Rn. 29 f. im Zusammenhang mit dem Recht des freien Kapitalverkehrs.
- 22 Erlässt eine Gemeinde im Wege eines Einheimischenmodells Vergaberichtlinien, so begründet sie damit eine bestimmte Verwaltungspraxis, die zu einer Selbstbindung der Gemeinde führt, so dass sie die Grundstücke nur nach Maßgabe der Vergaberichtlinien vergeben darf (pflichtgemäße Ermessensausübung unter Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung gem. Art. 3 Grundgesetz, 118 Abs. 1 Satz 1 Bayerische Verfassung); vgl. VG München, Beschl. v. 09.08.2016 – M 1 E 16.3167 – BeckRS 2016, 50177.
- 23 Der Einfachheit halber wird von »Bewerber« gesprochen, was »Bewerberin« mit einschließt.
- 24 Die Kritik im Schlussantrag des Generalanwalts beim EuGH *Mazák*, Fn. 11, dass die Voraussetzung einer ausreichenden Bindung zur Zielgemeinde praktisch bedeute, dass bestimmten Personen, nämlich denen, die die genannte Voraussetzung nicht erfüllten, verboten werde, Grundstücke oder darauf errichtete Bauwerke zu kaufen, findet bei den neuen Leitlinien keine Grundlage mehr.
- 25 Bei einem Einheimischenmodell, welches Grundstückspartellen von mindestens 900 bzw. 1.200 m² für Neubauten ausweist – wie dies nach einem aktuellen Bericht der Süddeutschen Zeitung vom 18./19.03.2017 (Bayern, R 19) bei der bayerischen Gemeinde Icking derzeit der Fall sein soll –, dürfte es wohl sehr zweifelhaft sein, ob Begünstigte, die sich aus ihrem Vermögen die Bebauung eines Grundstücks in der genannten Größe ohne Weiteres leisten können, die für Einheimischenmodelle erforderliche Vermögensobergrenze einhalten, mithin zum weniger begüterten Teil der örtlichen Bevölkerung zu zählen sind.
- 26 Ausschlusskriterium bei einem Einheimischenmodell kann zudem sein, dass die Eltern eines Bewerbers in der Heimatgemeinde Wohnraum über ihren eigenen Wohnbedarf hinaus besitzen. Denn bei Personen, die aufgrund des Familieneigentums voraussichtlich im Wege des Erbfalls Bauland bzw. Wohneigentum erwerben werden, besteht bereits eine relativ enge Bindung an die Heimatgemeinde, sodass die Gefahr einer Abwanderung vergleichsweise gering ist; vgl. VG München, Beschl. v. 27.12.2006 – M 9 E 06.4069 – BeckRS 2006, 32703.

1 Der Beitrag gibt die persönliche Meinung des Autors wieder.

2 Abzurufen unter www.handelsblatt.com/finanzen/immobilien/immobilienmarkt-so-eine-entwicklung-haette-man-fuer-deutschland-nierwartet/14952780.html (Stand: 17.03.2017).



- 27 Die Berücksichtigung des Vermögens der Eltern des Bewerbers dürfte dem rechtlichen Maßstab des Gleichheitssatzes nicht standhalten und ist darüber hinaus weder geeignet, die überkommene Sozialstruktur der fördernden Gemeinde zu sichern, noch die Bewerber an die Gemeinde zu binden; vgl. *Huber/Wollenschläger*, Einheimischenmodelle – Städtebauliche Zielverwirklichung an der Schnittstelle von europäischem, nationalem, öffentlichem und privatem Recht, Berlin 2008, S. 49 f.
- 28 Eine Ansetzung von 20 bis 25 % des durchschnittlichen Werts von Wohnungseigentum in der betreffenden Gemeinde dürfte – je nach Ortslage – durchaus angemessen sein.
- 29 Abzurufen unter www.statistik.bayern.de/ (aufgerufen am 17.03.2017); unter »Meine Gemeinde/Stadt in Statistik kommunal« lassen sich die Daten zum durchschnittlichen Gesamtbetrag der Einkünfte für alle bayrischen Gemeinden einsehen.
- 30 Alternativ kann hier auch der Gesamtbetrag der Einkünfte des Bewerbers entsprechend gemindert werden. In diesem Fall führt die Unterhaltungspflicht des Bewerbers bei den sozialen Kriterien i.R.d. zweiten Stufe aufgrund des geminderten Einkommens zu einer entsprechend höheren Bepunktung.
- 31 Hat das volljährige Kind noch keine ökonomische Selbstständigkeit erreicht (z.B. durch Schul- oder Berufsausbildung), besteht insoweit eine Unterhaltungspflicht der Eltern.
- 32 Die angemessene Berücksichtigung sozioökonomischer Kriterien entspricht der Vorgabe des EuGH zur europarechtlichen Rechtfertigung von Einheimischenmodellen, vgl. EuGH, Fn. 4, Rn. 55.
- 33 Ein Umgang alle zwei Wochen des Kindes mit dem getrennt lebenden Elternteil dürfte nicht genügen, um eine Anrechnung des Kindes bei der Punktevergabe zu Gunsten dieses Elternteils zu rechtfertigen.
- 34 Schwieriger dürfte sich die Situation bei Pflegekindern gestalten: Den Pflegeeltern ist die Privilegierung bei der Punktevergabe zu gewähren, wohingegen bei den leiblichen Eltern im konkreten Einzelfall zu prüfen ist, inwieweit ein etwaiges Umgangsrecht eine hinreichende, regelmäßige Ortsbindung des Kindes zum Wohnort der leiblichen Eltern begründet.
- 35 Eine tägliche Betreuung und erforderliche Hilfe im Haushalt des Bedürftigen kann durchaus eine Privilegierung bei Einheimischenmodellen rechtfertigen.
- 36 Vgl. *Huber/Wollenschläger*, Fn. 25, S. 42 f., der bei einem länger als zwei bis drei Jahre in der Vergangenheit liegenden Aufenthalt in der Gemeinde eine Berücksichtigung i.R.d. Einheimischenmodells als rechtlich willkürlich beurteilt.
- 37 Die Europäische Kommission sieht das Kriterium des Ehrenamts nicht als soziales Kriterium an, sondern als Teil des Kriteriums der Ortsbindung des Bewerbers.
- 38 Zweifelhafte dürfte indes sein, ob eine weitere Differenzierung der Punktevergabe innerhalb der gemeindlichen Ehrenämter auf Akzeptanz in der örtlichen Bevölkerung stößt.
- 39 Das Ehrenamt ist aber auch in diesem Fall vor dem Hintergrund der Auffassung der Europäischen Kommission als Teil des Kriteriums der Ortsansässigkeit zu bewerten.
- 40 Der Einfachheit halber wird von »Begünstigter« gesprochen, was »Begünstigte« mit einschließt.
- 41 Vgl. *Huber/Wollenschläger*, Fn. 25, S. 57 ff.
- 42 Vgl. *Huber/Wollenschläger*, Fn. 25, S. 67 ff. m.w.N. zur Rechtsprechung.
- 43 Zur Möglichkeit der Abschöpfung von über den Vergünstigungsvorteil hinausgehenden Spekulationsgewinnen des Begünstigten (»Mehrerlösklauseln«), vgl. *Huber/Wollenschläger*, Fn. 25, S. 67 ff.
- 44 Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2014/52/EU im Städtebaurecht und zur Stärkung des neuen Zusammenlebens in der Stadt, BT-Drucks. 18/10942 v. 23.01.2017, 18/11181 v. 15.02.2017 und 18/11439 v. 08.03.2017: »In § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 [BauGB] werden die Wörter »des Wohnbedarfs der ortsansässigen Bevölkerung« durch die Wörter »der Erwerb angemessenen Wohnraums durch einkommensschwächere und [Anm.: im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens von »oder« zu »und« geändert] weniger begüterte Personen der örtlichen Bevölkerung« ersetzt.«
- 45 Ob die von der Bundesregierung nach derzeitigem Kenntnisstand geplante Beschlussfassung der Fachkommission Städtebau zur allgemeinen Beachtung der Leitlinien der von der Europäischen Kommission geforderten verbindlichen Einführung der Leitlinien in nationales Recht genügt, dürfte jedenfalls zweifelhaft sein.

<Ar. 261.1705-00002>

Eine Hilfestellung – Das Merkblatt Bauleitplanung für Windenergieanlagen

von Dr. Andreas Habermann, Regierungsrat, Oberste Baubehörde im Bayerischen Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr, München¹

Die sog. 10 H-Regelung in Bayern konzentriert sich – nicht selten überinterpretiert und missverstanden – in ihrer Grundaussage nach Art. 82 Abs. 1 und 2 Bayerische Bauordnung (BayBO) auf eine Einschränkung des Privilegierungstatbestands nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 Baugesetzbuch (BauGB) für Vorhaben, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen. Die Städte und Gemeinden können im Wege der Bauleitplanung Baurecht für Windenergieanlagen schaffen, ohne bei der Aufstellung entsprechender Flächennutzungs- und Bebauungspläne an vorgenannten »Mindestabstand« gebunden zu sein. Um dieser besonderen Aufgabe gerecht werden zu können, hat die Oberste Baubehörde im Bayerischen Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr ein Merkblatt Bauleitplanung für Windenergieanlagen erarbeitet.²

I. Vorab: Grundgedanke der sog. 10 H-Regelung

Nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB ist ein Vorhaben im Außenbereich privilegiert zulässig, wenn es »der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Wind- oder Wasserenergie dient«. Mit der Öff-

nungsklausel in § 249 Abs. 3 BauGB hat der Bundesgesetzgeber die Länder dazu ermächtigt, diesen Privilegierungstatbestand dahingehend einzuschränken, dass entsprechende Vorhaben einen landesgesetzlich zu bestimmenden Abstand zu zulässigen baulichen Nutzungen einhalten müssen.³ Der bayerische Landtag hat von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht.⁴ Nach Art. 82 Abs. 1 und 2 BayBO ist ein Mindestabstand vom 10-fachen der Höhe (Nabenhöhe zuzüglich Radius des Rotors) einer Windenergieanlage zu geschützten Wohngebieten einzuhalten – im Wortlaut:

»(1) § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB findet 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.

(2) Höhe im Sinn des Abs. 1 ist die Nabenhöhe zuzüglich Radius des Rotors. Der 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 der Gesetzesbegründung soll hierdurch die Akzeptanz der Bevölkerung gegenüber dem weiteren Ausbau der