



Gemeinde Havixbeck · Willi-Richter-Platz 1 · 48329 Havixbeck

An die Mitglieder

- des Gemeinderates
- des Bau- und Verkehrsausschusses

**Öffnungszeiten des Rathauses:**

montags – freitags: 08.30 Uhr – 12.00 Uhr  
montags zusätzlich: 14.00 Uhr – 16.00 Uhr  
donnerstags zusätzlich: 14.00 Uhr – 18.00 Uhr  
und nach Vereinbarung

**Konten der Gemeinde Havixbeck:**

Sparkasse Westmünsterland 80 000 029 (BLZ 401 545 30)  
IBAN DE9740154530008000029 BIC WELADE33WXXX  
Volksbank Baumberge 400 007 500 (BLZ 400 694 08)  
IBAN DE36400694080400007500 BIC GENODEM1BAU

**Fernmündlich:** erreichen Sie uns am besten innerhalb der Öffnungszeiten sowie dienstags und mittwochs von 14.00 – 16.00 Uhr

**Datum** Havixbeck, 24.08.2015  
**Mein Zeichen** G Zimmer 208  
**Auskunft erteilt** Frau Böse T -02507-33160  
**Betreff** Ausschließungsgründe / § 31 Gemeindeordnung NRW  
hier: Teilflächennutzungsplan Windenergie

Sehr geehrte Damen und Herren,

gerne möchte ich Sie über die grundsätzliche Möglichkeit einer Befangenheit und damit eines Mitwirkungsverbot im Rahmen der Abstimmungen zur Verwaltungsvorlage 99/2015 informieren.

Laut § 43 Abs. 2 in Verbindung mit § 31 Gemeindeordnung NRW (GO) darf ein Ratsmitglied weder beratend noch entscheidend mitwirken, wenn die Entscheidung über eine Angelegenheit ihm selbst, einem Angehörigen oder einer von ihm kraft Gesetz oder kraft Vollmacht vertretenen natürlichen oder juristischen Person einen unmittelbaren Vor- oder Nachteil bringen kann. Die Legaldefinition zu dem Begriff „Angehöriger“ aus § 31 GO füge ich zur Erläuterung diesem Anschreiben bei.

Auf Grund seiner engen Verknüpfung zur verbindlichen Bauleitplanung hat der sachliche Teilflächennutzungsplan/Windenergie rechtsverbindlichen Charakter und kann somit für die betroffenen Grundstücksinhaber oder -nutzer zu Vor- oder Nachteilen führen. Daher sind die Vorschriften zu den Mitwirkungsverboten beachtlich. Zum vertiefenden Verständnis füge ich den Aufsatz von Stiefvater/Frey, erschienen in der „Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht“ vom 1.3.2014, „Befangenheit bei der Flächennutzungsplanung für die Ausweisung von Flächen für Windkraftanlagen“ ebenfalls diesem Anschreiben hinzu.

In einer komprimierten Kurzfassung kann ich zu dem Inhalt dieses Aufsatzes folgendes wiedergeben:

Haben Sie oder ein(e) Angehörige (r) Eigentum oder sind Sie oder ein(e) Angehörige (r) Inhaber dinglich verfestigter Rechte (z.B. MieterIn/PächterIn) in einem als innerhalb einer sogenannten weichen Tabuzone definierten Konzentrationsgebiet, dann besteht die Möglichkeit der Befangenheit. Eine Befangenheit ohne unmittelbaren Bezug zum Grundstück, ist in der Regel nicht anzunehmen. Der Städte- und Gemeindebund hat sich in einem Anschreiben v. 21.5.2015 an die Gemeinde Senden der Auffassung von Stiefvater/Frey an angeschlossen.

Da weder mir, noch der Verwaltung der Gemeinde Havixbeck mögliche Befangenheitsgründe der Rats- und Ausschussmitglieder bekannt sind, bitte ich Sie um Prüfung der persönlichen oder der im Sinne der Angehörigendefinition vorliegenden Ausschließungsgründe im Rahmen der anstehenden Abstimmungsverfahren. Sollte ein solcher Ausschließungsgrund vorliegen, bitte ich Sie, gemäß der Geschäftsordnung für den Rat und die Ausschüsse der Gemeinde Havixbeck vorzugehen, die zu diesem Sachverhalt wie folgt lautet:

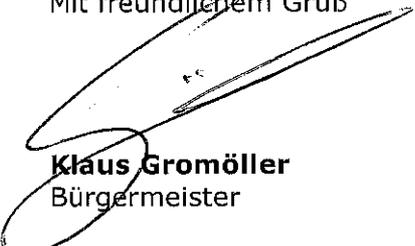
### § 9 Befangenheit von Ratsmitgliedern

- (1) Muß ein Ratsmitglied annehmen, nach §§ 43 (2), 31 GO NRW von der Mitwirkung an der Beratung und Entscheidung ausgeschlossen zu sein, so hat es den Ausschließungsgrund vor Eintritt in die Verhandlung unaufgefordert dem Bürgermeister anzuzeigen und den Sitzungsraum zu verlassen; bei einer öffentlichen Sitzung kann das Ratsmitglied sich in dem für die Zuhörer bestimmten Teil des Sitzungsraumes aufhalten.
- (2) In Zweifelsfällen entscheidet der Rat darüber, ob ein Ausschließungsgrund besteht.
- (3) Verstößt ein Ratsmitglied gegen die Offenbarungspflicht nach Abs. 1, so stellt der Rat dies durch Beschluß fest. Der Ratsbeschluß ist in der Niederschrift aufzunehmen.<sup>1</sup>

Hinweisen möchte ich in diesem Zusammenhang auch auf die für die Ausschussmitglieder bestehende Möglichkeit, sich vertreten zu lassen.

Sollten Sie noch Fragen haben, wenden Sie sich bitte an Frau Böse unter der Tel.Nr.: 2507-33160.

Mit freundlichem Gruß



**Klaus Gromöller**  
Bürgermeister

T 02507/33-128 F 02507/335128  
Email: [gromoeller@gemeinde.havixbeck.de](mailto:gromoeller@gemeinde.havixbeck.de)

Anlagen:

- Text § 31 GO
- Aufsatz Stiefvater/Frey

---

<sup>1</sup> Aus: „Geschäftsordnung für den Rat und die Ausschüsse der Gemeinde Havixbeck im Kreis Coesfeld in der Fassung der letzten Änderung gem. Ratsbeschluss vom 10.02.2005, TOP 15.“

## 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 Landesregierung<sup>1</sup> wurden die bestehenden Festsetzungen für Vorrang- und Ausschlussgebiete in Regionalplänen zum 31. 12. 2012 aufgehoben<sup>2</sup>. 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 BauGB<sup>3</sup> besteht die Möglichkeit, auf der übrigen Gemarkungsfläche Windkraftnutzung „in der Regel“ auszuschließen<sup>4</sup>. Politisches Ziel der Landesregierung ist es, bis zum Jahr 2020 10 % des Strombedarfs aus heimischer Windkraft zu decken<sup>5</sup>. 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 anzupassen<sup>6</sup>. Während zu den inhaltlichen Anforderungen bereits zahlreiche Ausführungen erschienen sind<sup>7</sup>, behandelt der vorliegende Text die Frage, wann und unter welchen Voraussetzungen Mitglieder der Beschlussorgane kommunaler Planungsträger<sup>8</sup> befangen im Sinne der kommunalrechtlichen Befangenheitsvorschriften<sup>9</sup> sind.

Während deren Anwendung bei der Aufstellung von Bebauungsplänen geradezu der Musterfall ist<sup>10</sup>, bei dem der den Befangenheitsvorschriften zu Grunde liegende Interessenkonflikt beispielhaft zu Tage tritt und zu einer ausdifferenzierten

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

250

enzierten Rechtsprechung geführt hat, ist die Anwendbarkeit der Befangenheitsvorschriften auf die Aufstellung von Flächennutzungsplänen (FNP) weitaus weniger eindeutig<sup>11</sup>.

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<sup>12</sup> sind Flächennutzungspläne mit Darstellungen nach § 35 III S 3 BauGB zudem auf der Grundlage einer Analogiebildung zu § 47 I Nr. 1 VwGO der Normenkontrolle zugänglich<sup>13</sup>. 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) Gemeindeordnungen<sup>14</sup> in der Regel dann wegen Befangenheit von der Beratung und Beschlussfassung ausgeschlossen, wenn die Entscheidungen ihnen oder ihnen nahestehenden Personen<sup>15</sup> einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil bringen können<sup>16</sup>. 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 Gemeinde<sup>17</sup> 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 besteht<sup>18</sup>, es soll bereits der „böse Schein einer Interessenkollision“ vermieden werden<sup>19</sup>.

#### **b) Vorliegen eines unmittelbaren Vor- oder Nachteils**

Hinsichtlich der Frage, wann ein unmittelbarer Vorteil vorliegen kann, wird teilweise auf einen direkt kausalen<sup>20</sup> oder einen nicht direkten, aber doch zwangsläufig zu erwartenden Zusammenhang zwischen Entscheidung und dem Eintritt des Vor- oder Nachteils<sup>21</sup> 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 kann<sup>22</sup>. 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“<sup>23</sup>.

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 fehlt<sup>24</sup>.

Folge der Mitwirkung eines befangenen Mitglieds eines kommunalen Beschlussorgans ist die Rechtswidrigkeit des Beschlusses<sup>25</sup>. 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 ein<sup>26</sup>.

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

251 <sup>Δ</sup>  
▽

## **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 gibt<sup>27</sup>, 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 sind<sup>28</sup>.

### **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 entfalte<sup>29</sup>. Außerdem drohe, da der Flächennutzungsplan in der Regel das gesamte Gemeindegebiet umfasse, bei einer Anwendung der Befangenheitsvorschriften die Gefahr einer Beschlussunfähigkeit und damit eine Planungsunfähigkeit<sup>30</sup>, 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 angelegt<sup>31</sup>. 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 sei<sup>32</sup>.

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

Rechtsprechung und ein Großteil der Literatur haben sich, auf Entscheidungen des OVG Lüneburg<sup>33</sup> und des OVG Münster<sup>34</sup> einer nach verschiedenen Stadien der Flächennutzungsplan-Aufstellung differenzierenden Auffassung angeschlossen<sup>35</sup>: So sollen bei einer erstmaligen Aufstellung eines Flächennutzungsplans im Interesse der Gewährleistung der kommunalen Planungshoheit die Befangenheitsvorschriften selbst darin 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 verändert<sup>36</sup>.

### 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 räumliche<sup>37</sup> 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 folgt<sup>38</sup>.

Dies zu Grunde gelegt, wäre nach der erstgenannten Lösung kein Mitglied eines kommunalen Beschlussgremiums befangen<sup>39</sup>, nach der zweitgenannten Lösung praktisch alle<sup>40</sup>. 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 Fallkonstellationen 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 Konzentrationszonenplanung<sup>41</sup> 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 sein<sup>42</sup>. 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 Prüfmethode 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 steuern<sup>43</sup>. 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)<sup>44</sup>.

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 Raumordnung<sup>45</sup> häufig zur Darstellung als „Konzentrationszone für die Windkraftnutzung“ in überlagernder Darstellung zur ebenfalls im Flächennutzungsplan vorgesehenen Grundnutzung der Flächen als Flächen für Land- und Forstwirtschaft<sup>46</sup>.

### **2. Methodik zur Auswahl der Konzentrationszonen**

Nach den allgemeinen rechtlichen Anforderungen, die das BVerwG in seinen hierzu grundlegenden Entscheidungen vom 17. 12. 2002<sup>47</sup> und vom 13. 12. 2012<sup>48</sup> 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 „substanzell 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 substanzell 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 entgegenstehen<sup>49</sup>. 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 windhöflichen 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 Fallgruppen<sup>50</sup> 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 Personen<sup>51</sup>.

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 Form<sup>52</sup> 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 Grundstücks<sup>53</sup> stellt einen die Befangenheit begründenden unmittelbaren Vorteil dar<sup>54</sup>.

#### **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 anerkannt<sup>55</sup>. 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 sucht<sup>56</sup>. Sofern man hier

eine Vorwegnahme der Nutzungsänderung durch den Flächennutzungsplan annimmt, dürfte auch hier ein die Befangenheit begründender unmittelbarer Nachteil vorliegen<sup>57</sup>. Unabhängig stellt nach der Rechtsprechung auch die Fortführung einer bestimmten Nutzung auf dem Grundstück einen die Befangenheit begründenden Vorteil dar<sup>58</sup>, 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 Lärm<sup>59</sup> oder einer zu geringen Windhöflichkeit (und damit einer fehlenden Eignung zur Windkraftnutzung<sup>60</sup>) 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 Windkraftanlagen<sup>61</sup>, zumal sich diese Auswirkungen nicht in Person nur einzelner Mitglieder kommunaler Beschlussorgane zuspitzen<sup>62</sup> 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 begründen<sup>63</sup>. 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 vor<sup>64</sup>.

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 Windhöflichkeit ungeeignete Bereiche des Außenbereichs nicht von vornherein der Abwägungsentscheidung des Planungsträgers entzogen sind (und damit keine Befangenheit begründen können) auch die Bereiche, deren Windhöflichkeit 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 umstritten<sup>65</sup>. 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<sup>66</sup> die Befangenheit eines Inhabers eines Einzelhandelsbetriebs im Rahmen einer Beschlussfassung über den Ausschluss von bestimmten Einzelhandelsbetrieben im Gewerbegebiet mit dem Argument verneint<sup>67</sup>, 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 abhängen<sup>68</sup>. 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 betrifft<sup>69</sup>, 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 zuspitzt<sup>70</sup>. 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 betroffen<sup>71</sup>. 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 BadWürttGO<sup>72</sup>. Sofern also kein weiterer individueller Vor- oder Nachteil hinzutritt, ist in diesen Fällen ebenfalls nicht von einer Befangenheit auszugehen<sup>73</sup>.

#### **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 liegen<sup>74</sup>.

#### **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 ist<sup>75</sup>. 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 angehören<sup>76</sup>, 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 (GBl S. 285).

2 Art. 2 des Gesetzes zur Änderung des LplG v. 22. 5. 2012 (GBl 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).

- 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 Erstaufstellung und Fortschreibung differenziert (z. B. *OVG Lüneburg*, BauR 1970, 89; *OVG Münster*, NJW 1979, 2632 = DVBl 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. 81f.
- 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*, Ur. 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*, Ur. 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*, Ur. 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 = DVBl 1980, 68 (70).
- 35 Anschaulich zur Entwicklung: *Molitor*, JA 1992, 303 (306).

- 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](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](http://www.um.baden-wuerttemberg.de/servlet/is/94127/Windenergieerlass_BW.pdf) (17. 10. 2013).
- 60 Sofern man die fehlende Windhöflichkeit nicht als hartes Ausschlusskriterium wertet, unterlägen auch die nicht hinreichend windhöflichen 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 (*BVerwG*, 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.

- 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](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

## § 31 (Fn 33)

### Ausschließungsgründe

(1) Der zu ehrenamtlicher Tätigkeit oder in ein Ehrenamt Berufene darf weder beratend noch entscheidend mitwirken, wenn die Entscheidung einer Angelegenheit

1. ihm selbst,
2. einem seiner Angehörigen,
3. einer von ihm kraft Gesetzes oder kraft Vollmacht vertretenen natürlichen oder juristischen Person

einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil bringen kann. Unmittelbar ist der Vorteil oder Nachteil, wenn die Entscheidung eine natürliche oder juristische Person direkt berührt.

(2) Das Mitwirkungsverbot gilt auch, wenn der Betreffende

1. bei einer natürlichen Person, einer juristischen Person oder einer Vereinigung, der die Entscheidung einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil bringen kann, gegen Entgelt beschäftigt ist und nach den tatsächlichen Umständen, insbesondere der Art seiner Beschäftigung, ein Interessenwiderstreit anzunehmen ist,
2. Mitglied des Vorstandes, des Aufsichtsrates oder eines gleichartigen Organs einer juristischen Person oder einer Vereinigung ist, der die Entscheidung einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil bringen kann, es sei denn, er gehört den genannten Organen als Vertreter oder auf Vorschlag der Gemeinde an,
3. in anderer als öffentlicher Eigenschaft in der Angelegenheit ein Gutachten abgegeben hat oder sonst tätig geworden ist.

(3) Die Mitwirkungsverbote der Absätze 1 und 2 gelten nicht,

1. wenn der Vorteil oder Nachteil nur darauf beruht, daß jemand einer Berufs- oder Bevölkerungsgruppe angehört, deren gemeinsame Interessen durch die Angelegenheit berührt werden,
2. bei Wahlen zu einer ehrenamtlichen Tätigkeit oder in ein Ehrenamt und für die Abberufung aus solchen Tätigkeiten,
3. bei Wahlen, Wiederwahlen und Abberufungen nach § 71, es sei denn, der Betreffende selbst steht zur Wahl,
4. bei Beschlüssen eines Kollegialorgans, durch die jemand als Vertreter der Gemeinde in Organe der in Absatz 2 Nr. 2 genannten Art entsandt oder aus ihnen abberufen wird; das gilt auch für Beschlüsse, durch die Vorschläge zur Berufung in solche Organe gemacht werden,
5. bei gleichzeitiger Mitgliedschaft in der Vertretung einer anderen Gebietskörperschaft oder deren Ausschüssen, wenn ihr durch die Entscheidung ein Vorteil oder Nachteil erwachsen kann.

(4) Wer annehmen muß, nach Absatz 1 oder 2 von der Mitwirkung ausgeschlossen zu sein, hat den Ausschließungsgrund unaufgefordert der zuständigen Stelle anzuzeigen und den Sitzungsraum zu verlassen; bei einer öffentlichen Sitzung kann er sich in dem für die Zuhörer bestimmten Teil des Sitzungsraumes aufhalten. Für die Entscheidung in Fällen, in denen der Ausschluß streitig bleibt, ist bei Mitgliedern eines Kollegialorgans dieses, sonst der Bürgermeister zuständig. Verstöße gegen die Offenbarungspflicht sind von dem

Kollegialorgan durch Beschluß, vom Bürgermeister durch einen schriftlichen Bescheid festzustellen.

(5) Angehörige im Sinne des Absatzes 1 Nr. 2, des § 72, des § 93 Abs. 5, § 103 Abs. 7 und des § 104 Abs. 3 sind

1. der Ehegatte oder die eingetragene Lebenspartnerin oder der eingetragene Lebenspartner,
2. Verwandte und Verschwägere gerader Linie sowie durch Annahme als Kind verbundene Personen,
3. Geschwister,
4. Kinder der Geschwister,
5. Ehegatten der Geschwister und Geschwister der Ehegatten,
6. eingetragene Lebenspartnerinnen oder Lebenspartner der Geschwister und Geschwister der eingetragenen Lebenspartnerinnen oder Lebenspartner,
7. Geschwister der Eltern.

Die unter den Nummern 1, 2, 5 und 6 genannten Personen gelten nicht als Angehörige, wenn die Ehe rechtswirksam geschieden oder aufgehoben oder die Lebenspartnerschaft aufgehoben ist.

(6) Die Mitwirkung eines wegen Befangenheit Betroffenen kann nach Beendigung der Abstimmung nur geltend gemacht werden, wenn sie für das Abstimmungsergebnis entscheidend war.