

WOLTER  HOPPENBERG

Rechtsanwälte Partnerschaft mbB
gegründet 1924

Planungsrechtliche Rahmenbedingungen für
Windenergieanlagen in Nordkirchen

von

Thomas Tyczewski
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht

4153/19 TY31

INHALTSVERZEICHNIS

A. <u>PROBLEMSTELLUNG</u>	1
B. <u>RECHTLICHE GRUNDLAGEN</u>	1
I. PLANERHALTUNGSVORSCHRIFTEN	1
II. MAßGEBLICHER ZEITPUNKT	2
III. GEP MÜNSTERLAND	3
C. <u>WIRKSAMKEITSPRÜFUNG</u>	4
I. DIE KONZENTRATIONSZONE OSTERBAUERSCHAFT/BEIFANG	4
II. BEKANNTMACHUNGSMÄNGEL?	4
1. DIE AKTUELLE RECHTSPRECHUNG IN NRW	5
2. DAS REVISIONSVERFAHREN DES BVERWG	7
D. <u>HEILUNG DES BEKANNTGABEMANGELS</u>	8
E. <u>EMPFEHLUNG</u>	9

A. Problemstellung

Die Gemeinde Nordkirchen (Gemeinde) erwägt, über die Änderung ihres Flächennutzungsplans (FNP) bzw. die Aufstellung eines sachlichen Teilflächennutzungsplans die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen in Nordkirchen (neu) zu steuern und die vorhandene Planung den aktuellen Erfordernissen anzupassen. Dabei spielt eine wesentliche Rolle, ob der vorhandene Flächennutzungsplan (FNP) hinsichtlich der Darstellungen zur Windenergie wirksam ist und in einem immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren beim Kreis Coesfeld als öffentlicher Belang im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB einem Vorhaben entgegengehalten werden muss.

Der aktuelle FNP stammt aus dem Jahre 1999 und stellt – insoweit in Übereinstimmung mit dem damals geltenden Gebietsentwicklungsplan für das Münsterland/Regionalplan (GEP) – eine ca. 330 ha große Konzentrationszone im Bereich Osterbauerschaft/Beifang dar.

Es ist zu prüfen, ob der aktuelle FNP vor dem Hintergrund der neuesten Rechtsprechung hinsichtlich der Darstellung der Konzentrationszone wirksam ist. Vorab sei darauf hingewiesen, dass die Antwort auf diese Frage die Wirksamkeit des FNP im Übrigen unberührt lässt, die unwirksame Konzentrationszonenplanung also die übrigen Darstellungen des FNP nicht erfassen würde.

B. Rechtliche Grundlagen

I. Planerhaltungsvorschriften

Das BauGB enthält seit langer Zeit sog. Planerhaltungsvorschriften. Heute sind sie in den §§ 214 und 215 BauGB geregelt; ähnliche Regelungen gibt es seit 1976. Danach hat der Gesetzgeber zunächst festgelegt, welche Planmängel überhaupt beachtlich sind und damit Auswirkungen auf die Wirksamkeit eines Bauleitplans haben können.

So wirken sich etwa Fehler beim Aufstellungsbeschluss oder bei der frühzeitigen Bürger- und Trägerbeteiligung nach § 3 Abs. 1 BauGB von Anfang an nicht aus, weil sie vom Gesetzgeber nicht als beachtliche Fehler eingestuft werden. Beachtliche Fehler müssen innerhalb einer bestimmten Frist gerügt werden. Die Frist betrug früher und zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des FNP 1999 sieben Jahre, später zwei Jahre und beträgt heute ein Jahr. Wird innerhalb dieser Frist ein an sich beachtlicher Fehler nicht gerügt, so wird er unbeachtlich.

Unberührt von den Planerhaltungsvorschriften bleiben sog. Ewigkeitsmängel. Das sind besonders schwerwiegende Mängel, die stets und unabhängig von Rügen bei der Handhabung eines Bauleitplans zu beachten sind. Das betrifft etwa fehlerhafte Bekanntmachungen, Bestimmtheitsmängel, Darstellungen/Festsetzungen, für die es keine Rechtsgrundlage gibt, Verstöße gegen Ziele der Raumordnung, vollzugsunfähige Pläne usw. (Kuschnerus, Der sachgerechte Bebauungsplan, 4. Aufl., Rnr. 1084).

In Nordkirchen hat es innerhalb der 1999 maßgeblichen Frist von 7 Jahren keine Rügen gegen den FNP gegeben. Deshalb beschränkt sich die folgende Untersuchung auf die vorgenannten Ewigkeitsmängel. Nur ein Ewigkeitsmangel könnte zur Unwirksamkeit der aktuellen Konzentrationszonendarstellung führen.

II. Maßgeblicher Zeitpunkt

Gem. § 214 Abs. 3 BauGB ist maßgeblicher Zeitpunkt für die Abwägung der Zeitpunkt der Ratsentscheidung. Dieser Zeitpunkt ist auch maßgeblich, wenn es nicht um die Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB, sondern um die Beurteilung von der Abwägung vorgelagerten Rechtsfragen nach § 1 Abs. 3 und 4 BauGB geht. Ein danach rechtswirksamer FNP wird nicht durch Zeitablauf, durch eine fortschreitende Anlagentechnik oder eine Änderung der Rechtslage nachträglich unwirksam. Erst wenn ein Bauleitplan durch eine Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse unter keinen Umständen mehr realisierbar ist und der Plan dadurch seine Steuerungskraft verloren hat, wird er funk-

tionslos und damit nachträglich unwirksam. Die Hürden für die Funktionslosigkeit von Bauleitplänen sind hoch, weil es sich um eine Ausnahmesituation handelt, in der ein Plan ohne Ratsentscheidung und ohne Richterspruch unwirksam wird, was grundsätzlich dem Gedanken der Rechtssicherheit widerspricht (BVerwG, Beschl. V. 9.10.2003 – 4 B 85.03 –, juris).

Der FNP ist am 14.1.1999 öffentlich bekannt gemacht worden und dann in Kraft getreten. Der FNP 1999 ist deshalb gem. § 214 Abs. 3 BauGB an dem 1999 geltenden Rechtszustand zu messen. Für eine nachträgliche Funktionslosigkeit gibt es keine Anhaltspunkte.

III. GEP Münsterland

Materiell-rechtlich gab es 1999 im Münsterland eine Sondersituation, die einmalig für NRW war. Der im November 1998 in Kraft getretene GEP Münsterland hat Windeignungsbereiche festgelegt, die nach der Rechtsprechung des OVG NRW als Ziele der Raumordnung im Sinne des § 1 Abs. 4 BauGB zu qualifizieren waren (OVG NRW, Urteil v. 6.9.2007 – 8 A 4566/04 –, juris). Da Ziele der Raumordnung die Kommunen bei der Bauleitplanung binden, mussten die Kommunen die Windeignungsbereiche aus dem GEP in ihre FNP übernehmen und hatten allenfalls Spielraum für Randkorrekturen, die sich vor allem aus der anderen Maßstäblichkeit des GEP ergaben. Anders als es heute ist und auch seinerzeit in den übrigen Planungsregionen des Landes war, konnten die Münsterland-Gemeinden keine eigenständigen Planungskonzepte für die Windenergie entwerfen, sondern waren zur Übernahme der Windeignungsbereiche aus dem GEP angehalten. Die Kommunen durften also weder Windeignungsbereiche aus dem GEP Münsterland streichen noch sie wesentlich verändern noch – insoweit anders als heute – neue Konzentrationszonen ergänzend hinzufügen.

C. Wirksamkeitsprüfung

I. Die Konzentrationszone Osterbauerschaft/Beifang

Die Gemeinde hat seinerzeit in enger Abstimmung mit der Regionalplanungsbehörde die jetzt ausgewiesene Konzentrationszone ermittelt und sie dann konsequent auch aus dem GEP Münsterland übernommen. Dagegen gibt es nichts zu erinnern; es entspricht dem raumordnungsrechtlichen Gegenstromprinzip. Das Vorgehen entsprach auch der damaligen Rechtslage, wie sie durch die Verwaltungsgerichte gehandhabt wurde. Eine Prüfung, ob die kommunale Planung der Jahre 1997 - 1999 den Ansprüchen an das mittlerweile von der Rechtsprechung entwickelte Tabukriteriensystem genügt, ist nicht angezeigt. Darauf kommt es für die Wirksamkeit des FNP 1999 nicht an, weil die Gemeinde an den seit November 1998 geltenden Regionalplan über § 1 Abs. 4 BauGB gebunden war, also den Windeignungsbereich des Regionalplans als Konzentrationszone im FNP darstellen musste. Das ist geschehen. Deshalb ist materiell-rechtlichen Fragen an die damalige Planung hier nicht weiter nachzugehen.

II. Bekanntmachungsmängel?

Zu den Ewigkeitsmängeln gehören aber auch Mängel der Bekanntmachung eines Bauleitplans. Ein nicht ordnungsgemäß bekannt gemachter Plan genügt rechtstaatlichen Anforderungen nicht und kann deshalb nicht wirksam werden.

Flächennutzungspläne sind vorbereitende Bauleitpläne, die auf Umsetzung durch Bebauungspläne gerichtet sind. Sie haben deshalb nur gemeindeinterne Wirkung und führen im Regelfall gegenüber Dritten keine unmittelbare Außenwirkung herbei.

1. Die aktuelle Rechtsprechung in NRW

Bei Flächennutzungsplänen mit den Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB liegt jedoch eine Besonderheit vor, weil ihre Ausschlusswirkung unmittelbare Außenwirkung erzeugt, ohne dass es dafür eines Bebauungsplanes bedarf. Die Verwaltungsgerichte gehen deshalb einhellig davon aus, dass ein Flächennutzungsplan mit den Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB „rechtsnormartigen Charakter“ hat und jedenfalls insoweit wie ein Bebauungsplan zu behandeln ist (OVG NRW, Urteile v. 14.3.2019 – 2 D 71/17.NE –, juris, v. 9.9.2019 – 10 D 36/17.NE –, juris, und v. 6.12.2017 – 7 D 100/15.NE –, juris). Deshalb kann es die Gemeinde nicht bei der Handhabung des Wortlautes des § 6 Abs. 5 BauGB bewenden lassen und sich bei der öffentlichen Bekanntmachung auf den Wortlaut der Genehmigung der Bezirksregierung beschränken, was im Übrigen für den Flächennutzungsplan völlig ausreichend ist. Vielmehr muss die Gemeinde in der Veröffentlichung deutlich machen, dass der räumliche Geltungsbereich der Konzentrationszonenplanung nicht auf die Konzentrationszonen beschränkt ist, sondern sich wegen der Ausschlusswirkung gerade auf den übrigen Außenbereich der Gemeinde erstreckt. Der 2. Senat des OVG Münster verlangt darüber hinaus auch, dass die Konzentrationszonen in der Bekanntmachung kartographisch abgebildet werden (OVG NRW, Urteil v. 14.3.2019 – 2 D 71/17.NE –, juris).

Die vorgenannte Rechtsprechung ist vor allem zu Fallgestaltungen ergangen, in denen die Konzentrationszonenplanung durch Änderungen des Flächennutzungsplans bewirkt wurde. Viele Kommunen haben zwar die Konzentrationszonen kartographisch dargestellt, aber die Rechtsfolgenwirkung auf den übrigen Außenbereich nicht erwähnt, so dass der Leser den Eindruck gewinnen konnte, die Rechtswirkungen der Planung beschränkten sich auf die Zonen selbst, was unzutreffend ist.

In Nordkirchen – aber auch in einigen anderen Kommunen – liegt allerdings die Besonderheit vor, dass die Konzentrationszonenplanung nicht gesondert in einer Änderungsplanung (oder in einem sachlichen Teilflächennutzungsplan) erfolgt ist, sondern

Teil des (allgemeinen) Flächennutzungsplans ist. Es lässt sich vertreten, dass der Flächennutzungsplan kraft Gesetzes der (vorbereitende) Bauleitplan für das gesamte Gemeindegebiet ist und dass es deshalb keines besonderen Hinweises in der öffentlichen Bekanntmachung bedarf, dass sich die Rechtswirkungen einer Windenergieplanung nicht nur auf Teile des Gemeindegebietes, sondern auf das gesamte Gemeindegebiet beziehen.

Die Rechtsprechung hat diesen Ansatz bisher jedoch nicht verfolgt – im Gegenteil. So hat etwa das VG Arnsberg in mehreren Urteilen vom 25.6.2019 zum Flächennutzungsplan der Stadt Olsberg ausgeführt:

Damit einhergehend gelten die vorbezeichneten Anforderungen erst recht für die Bekanntmachung eines das gesamte Stadtgebiet erfassenden neu aufgestellten Flächennutzungsplans, soweit dieser Konzentrationszonen ausweist. Insbesondere in einem solchen Zusammenhang ist deutlich zu machen, dass dem Flächennutzungsplan ausnahmsweise im Hinblick auf die darin erfolgte Darstellung von Konzentrationszonen Rechtsnormcharakter im oben dargestellten Sinne zukommen soll. In einer solchen Fallgestaltung erschließt sich für die etwaig betroffenen Normadressaten durch die bloße Wiedergabe der Genehmigung der Bezirksregierung gem. § 6 Abs. 5 BauGB nämlich noch umso weniger als bei einer immerhin spezifisch Konzentrationszonen erfassenden bloßen (Teil-)Änderung des FNP, dass (auch) eine verbindliche Rechtsnorm mit dem verbindlichen Regelungsgehalt erlassen worden ist. (VG Arnsberg, Urteile v. 25.6.2019 – 4 K 9386/17 – u.a., juris).

Der Fall in Olsberg lag ähnlich wie der vorliegende Fall in Nordkirchen. Der neu aufgestellte FNP stammte aus dem Jahr 2003, die öffentliche Bekanntmachung enthielt – entsprechend dem Wortlaut des § 6 Abs. 5 BauGB – lediglich die Genehmigung der Bezirksregierung, ohne spezifisch auf die Besonderheiten der Windenergie einzugehen.

Die betroffenen Kommunen können sich auch nicht darauf berufen, dass die strengen Maßstäbe an die öffentliche Bekanntmachung von Konzentrationszonenplanungen erstmals durch das Urteil des OVG Münster vom 6.12.2017 – 7 D 100/15.NE –, juris, aufgestellt wurden. Es mag sogar ältere Urteile geben, in denen die vorbeschriebene, landesweit übliche Handhabung ungerügt und folgenlos geblieben ist. Die verschärfte Rechtsprechung ist jedoch auch auf Altpläne anwendbar, weil der Gesetzeswortlaut 1999 und die Anforderungen aus dem Rechtsstaatsprinzip bereits damals galten, mögen sie in ihren Auswirkungen auch seinerzeit noch nicht erkannt worden sein. Geändert hat sich also nicht das Recht, sondern der Blick auf das Recht.

Damit lässt sich festhalten, dass die Konzentrationszonenplanung im FNP 1999 nach der derzeit in NRW (und auch in Niedersachsen) praktizierten Rechtsprechung wegen eines Bekanntgabemangels unwirksam ist. Die Wirksamkeit des FNP im Übrigen bleibt unberührt.

2. Das Revisionsverfahren des BVerwG

Das Grundsatzurteil des OVG Münster vom 6.12.2017 ist allerdings nicht rechtskräftig. Vielmehr hat das Bundesverwaltungsgericht durch Beschluss vom 16.1.2019 die Revision zugelassen. Das Revisionsverfahren läuft unter dem Az.: 4 CN 2.19 und wird frühestens im Frühjahr/Frühsummer 2020 entschieden. Die Revision ist auch nicht mit Blick auf die hier dargestellte Bekanntgabeproblematik zugelassen worden, sondern wegen eines Fehlers in der Urteilsabfassung (Tenorierung). Ein Revisionsverfahren eröffnet aber dem Bundesverwaltungsgericht die Möglichkeit, das Verfahren grundlegend und umfassend neu zu betrachten und sich auch Aspekten zuzuwenden, die nicht Grund für die Revisionszulassung waren. Ob sich das Bundesverwaltungsgericht also im Revisionsverfahren mit § 6 Abs. 5 BauGB und dem Rechtsstaatsprinzip befassen wird, ist offen. Offen ist auch das Ergebnis, falls sich das Gericht mit der Thematik befasst.

Im Augenblick bleibt deshalb die Rechtsprechung des OVG Münster und der Verwaltungsgerichte das Maß der Dinge, wenn es um die Bekanntmachung von Flächennutzungsplänen mit den Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB geht.

D. Heilung des Bekanntgabemangels

Man könnte daran denken, den Bekanntgabemangel im ergänzenden Verfahren nach § 214 Abs. 4 BauGB zu heilen. Das Heilungsverfahren wäre wenig aufwändig, weil lediglich die Bekanntmachungsanordnung neu gefasst und die Bekanntmachung wiederholt werden müsste. Dem stünde der lange Zeitraum von über 20 Jahren zwischen der erstmaligen Bekanntmachung und der heilenden Bekanntmachung nicht entgegen. Denn § 214 Abs. 4 BauGB kennt keine zeitliche Heilungsgrenze.

Der Heilung steht allerdings ein anderer Aspekt entgegen. Die Gemeinde ist gem. § 1 Abs. 4 BauGB gezwungen, ihren FNP an den nunmehr geltenden Regionalplan anzupassen. Der Sachliche Teilplan Energie des Regionalplans Münsterland legt Vorranggebiete für Windenergiebereiche ohne die Ausschlusswirkung des § 8 Abs. 7 Nr. 3 des Raumordnungsgesetzes (ROG) fest. Die Flächen im Regionalplan sind nicht identisch mit denjenigen im GEP 1998 und im FNP 1999. Selbst wenn die Gemeinde also einen wirksamen FNP hätte, müsste sie diesen in angemessener Frist an neue Raumordnungsziele anpassen. Die Anpassungsfrist ist nicht gesetzlich definiert. Verstöße hiergegen können von der Kommunalaufsicht verfolgt und beseitigt werden. Die Rechtsprechung lässt jedenfalls die Heilung eines Bauleitplans dann nicht mehr zu, wenn damit ein zum Zeitpunkt des Heilungsverfahrens schlechterdings nicht mehr abwägungsfehlerfreier Plan entstünde. Die Heilung materiell offensichtlich fehlerhafter Pläne ist deshalb nicht möglich.

Dieser Fallgestaltung steht es gleich, wenn eine Gemeinde ein ergänzendes Verfahren durchführt und damit einen Bauleitplan in Kraft gesetzt, zu dessen Anpassung sie gem. § 1 Abs. 4 BauGB verpflichtet ist. Sinn des ergänzenden Verfahrens ist es nicht, einen fehlerhaften Plan durch einen anpassungsbedürftigen und deshalb ebenfalls fehlerhaften Plan zu ersetzen.

Das Heilungsverfahren nach § 214 Abs. 4 BauGB scheidet deshalb aus.

E. Empfehlung

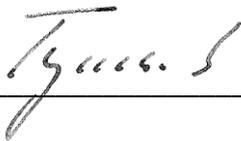
Die Gemeinde muss nach derzeitiger Rechtsprechung damit rechnen, dass ihr FNP 1999, soweit er die Windenergie betrifft, unwirksam ist und in Genehmigungsverfahren vom Kreis Coesfeld, spätestens aber vom VG Münster, verworfen wird. Dass das Bundesverwaltungsgericht eine Rechtsprechungsänderung herbeiführt, ist nicht erkennbar, aber auch nicht gänzlich ausgeschlossen. Die Heilung des Bekanntgabemangels ist mit Blick auf die notwendige Anpassung an den Regionalplan Münsterland ausgeschlossen.

Der Gemeinde ist eine Neuplanung zu empfehlen, um nicht ungeschützt städtebaulich ungewollten Genehmigungsanträgen ausgesetzt zu werden. Die Neuplanung würde die Möglichkeit einer Zurückstellung von Genehmigungsanträgen gem. § 15 Abs. 3 BauGB ermöglichen.

Da die weitere Entwicklung der Rahmenbedingungen derzeit offen ist, sollten vor Anfang 2020 keine planerischen Schritte unternommen werden. Klärungsbedarf ergibt sich:

- aus der Umsetzung des Klimaschutzkonzeptes 2030 der Bundesregierung und einer dadurch bedingten Änderung des BauGB
- aus einer eventuell erforderlichen Anpassung des LEP NRW 2019 an das dann neue Bundesrecht
- aus einer notwendigen Änderung des Regionalplans Münsterland – Sachlicher Teilplan Energie – an neues Bundesrecht (§ 35 oder § 35a BauGB) und an Raumordnungsrecht des Landes.

Münster, den 18. November 2019



Thomas Tyczewski
Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Verwaltungsrecht