

GegenWind

Bürgerinitiative Ottmarsbocholt

Senden, den 07.11.2016

An den Rat der Stadt Lüdinghausen

Herrn Bürgermeister R. Borgmann

Borg 2

59348 Lüdinghausen

Öffentliche Auslegung des Entwurfs zur 1. Änderung des Bebauungsplanes "Aldenhövel" vom 19.10.2016 bis einschließlich 21.11.2016, Amtsblatt Nr.09/2016, vom 12.10.2016

Sehr geehrte Damen und Herren,

nachfolgend macht die Bürgerinitiative Ottmarsbocholt GegenWind zur beabsichtigten 1. Änderung des Bebauungsplans "Aldenhövel", folgende Einwendungen:

1. Die in der Begründung zur 1. Änderung des Bebauungsplanes "Aldenhövel" u. Ziff1.1 vorgebrachte Vermutung, dass die Höhenbegrenzung von 100m im Bebauungsplan als juristisch (teil-) funktionslos einzuordnen ist, berücksichtigt nicht die Höhenfestsetzung im zur Zeit rechtsgültigen Flächennutzungsplan, die seinerzeit aus Gründen des Landschaftschutzes auf 100m festgeschrieben wurde und noch ist.

Die Rechtsvermutung der Funktionslosigkeit von rechtskräftig festgesetzten Höhenbegrenzungen für Windkraftanlagen ist nach vorherrschender Rechtsmeinung nicht haltbar.

So führt Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht Thomas Tyczewski, Kanzlei Wolter & Hoppenberg, Hamm, in seinem Gutachten vom 10.03.2016 "Zur Wirksamkeit der Konzentrationszonenplanung 2002 in Harsewinkel" unter Ziffer VI aus:

"VI. Unwirksamkeit des FNP wegen geänderter Verhältnisse

Bisweilen wird in der öffentlichen Diskussion die Auffassung vertreten, alte FNP - wie hier - mit Höhenbeschränkungen, seien nicht mehr zeitgemäß. Das mag zutreffen. Rechtlich ist das für die

Bürgerinitiative Ottmarsbocholt GegenWind

Wirksamkeit der FNP ohne Bedeutung. Das Gesetz stellt für die Abwägung allein auf das Datum des Ratsbeschlusses ab. Allein durch das Fortschreiten der Technik tritt ein Plan nicht außer Kraft. Er wird nach dem derzeitigen Stand der Rechtsprechung auch nicht funktionslos, wenn und solange in den dargestellten Konzentrationszonen überhaupt WEA errichtet werden können."

Das zitierte Gutachten ist in Kopie beigelegt.

Somit bleiben im Flächennutzungsplan der Stadt Lüdinghausen die Höhenbegrenzungen weiterhin wirksam, unabhängig davon wie der aktuelle Stand der Technik ist.

Aus diesem Grund ist die in der Begründung zur Bebauungsplanänderung, Ziff. 1.4, nur als deklaratorisch bezeichnete Aufhebung der Höhenbegrenzung unzulässig, da sie den Festsetzungen des gültigen Flächennutzungsplans widersprechen würden und auch bezgl. des Bebauungsplanes der Tatbestand der Funktionslosigkeit der derzeitigen Höhenbegrenzung nicht erfüllt ist.

Als Plan für das gesamte Gemeindegebiet enthält der Flächennutzungsplan das übergeordnete Konzept der städtebaulichen Entwicklung. Folgerichtig verlangt das BauGB, dass die kleinteiligen Bebauungspläne aus dem Flächennutzungsplan entwickelt werden müssen. Der Bebauungsplan konkretisiert somit die Darstellungen des Flächennutzungsplans und setzt für die räumlich begrenzten Bereiche in rechtsverbindlicher Weise fest, ob und wie die Grundstücke bebaut werden dürfen. Im derzeit gültigen Flächennutzungsplan der Stadt Lüdinghausen ist die Höhenbegrenzung von 100m rechtsverbindlich verankert.

Um diese Beschränkung möglicherweise zu verändern oder aufzuheben hat die Stadt Lüdinghausen im Jahre 2014 ein FNP-Änderungsverfahren eingeleitet, welches nicht rechtskräftig abgeschlossen ist, der Antrag auf Genehmigung einer/der Änderung des FNP ist bis heute bei der Bezirksregierung Münster nicht gestellt. Es ist daher umso unverständlicher, warum zum jetzigen Zeitpunkt die Änderung des Bebauungsplanes "Aldenhövel" vorgenommen werden soll, obwohl das FNP-Änderungsverfahren nicht annähernd einen Stand erreicht hat, der diese Änderung des Bebauungsplans rechtfertigen würde. Da es derzeit an einem auf einem rechtskräftigen FNP basierenden gesamtstädtischem Konzept für die Windenergie fehlt, welches die mit erheblichen Auswirkungen auf den Immissionsschutz, das Landschaftsbild und auf die Anlieger und die umgebende Bevölkerung (auch den Ortsteil Senden-Ottmarsbocholt) - siehe u.a. auch Ziff. 3.3, 6 und 8 der Begründung zur Bebauungsplanänderung - vorgesehene 1. Änderung des Bebauungsplans rechtfertigende würde, ist diese rechtswidrig. Diese 1. Änderung des Bebauungsplans nur als Änderung mit deklaratorischem Charakter zu bezeichnen ist juristisch mehr als ungenau und verharmlost in tatsächlicher Hinsicht die damit verbundenen Auswirkungen. Dem kann auch nicht die angebliche Teilfunktionslosigkeit der jetzigen Höhenbegrenzung (siehe zitiertes Gutachten Wolter Hoppenberg, Rechtsanwälte Partnerschaft mbB) entgegengehalten werden, da gerade diese Aufhebung der Höhenbegrenzung massive Veränderungen und negative Auswirkungen mit sich bringt. Um eben diese Nachteile (z.B. Landschaftsbild, Immissionsschutz) zu begrenzen, wurde die Höhenbegrenzung als Festsetzung in den Bebauungsplan aufgenommen. Aus Sicht der Stadt Lüdinghausen sollte weiterhin bedacht werden, dass die Aufhebung der Höhenbegrenzung im Bebauungsplan ohne Betrachtung des gesamten Stadtgebiets möglicherweise auch für die Geltungmachung von Schadensersatzansprüchen relevant ist, da die weiterhin bestehende Höhenbegrenzung im FNP andere Gebiete möglicherweise auch in wirtschaftlicher Hinsicht benachteiligt.

2. Auch die geplante isolierte Änderung des Flächennutzungsplans mit dem Ziel die 100m Höhenbegrenzung aufzuheben, kann als isolierte Änderung des Flächennutzungsplans durch die Bezirksregierung Münster nicht genehmigt werden, siehe Vorlagen-Nr.: FB 3/142/2015 der Stadt

Bürgerinitiative Ottmarsbocholt GegenWind

Lüdinghausen, folglich kann auch die beabsichtigte 1. Änderung des Bebauungsplans "Aldenhövel" nicht durchgeführt werden, da eine gleichzeitige Änderung des Flächennutzungsplans nicht möglich ist.

3. Diese geplanten, isolierten Änderungen des Bebauungsplans und des FNP sind auch unter Beachtung des gültigen Windenergieerlasses 2015 gar nicht möglich. Dieser für alle verwaltungsrechtlichen Entscheidungen, auch für die Bauleitplanung der Gemeinden bindende Erlass lässt keine andere Vorgehensweise zu, als zeitgleich eine Gesamtplanung des gesamten Stadtgebietes vorzunehmen, welche die Vorranggebiete für die Windkraft festlegt. (Gesamtstädtisches Konzept für die Windkraft)

Insoweit verstößt das von der Stadt Lüdinghausen geführte planungsrechtliche Vorgehen gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, dem alles Tun und Wirken der Verwaltung unterliegt.

4. Weiterhin ist laut Windenergieerlass 2015 vor einer Änderung des Bebauungsplans, eine Nachuntersuchung der vorhandenen Windkraftzone "Aldenhövel" mit den stadtweit gleichen Kriterien durchzuführen, was unter Umständen zwingend zu Veränderungen und notwendigen Neufestsetzungen im vorhandenem Bebauungsplan führen könnte.

5. Wir weisen ausdrücklich darauf hin, dass im Verfahren zur Änderung des bestehenden Bebauungsplans und Flächennutzungsplans, der Regionalplan Münsterland, hier maßgeblich, der "Sachlicher Teilplan Energie", rechtsgültig seit dem 16.02.2016, zu beachten ist.

Bei einer, wie auch immer geplanten Änderung des Bebauungsplans, verliert der zur Zeit gültige Bebauungsplan den Bestandsschutz, mit der Folge, dass der im gültigen Sachlichen Teilplan Energie wesentlich kleiner ausgewiesene Windenergiebereich zu übernehmen ist.

Dieses würde bedeuten, dass im Plangebiet weniger Standorte für Windkraftanlagen möglich sein werden, siehe Plan Nr.11 des Regionalplans Münsterland sowie Randnummer 46: "Eine Abweichung von der räumlichen Abgrenzung der Windenergiebereiche in der nachfolgenden Bauleitplanung ist nur noch möglich, wenn zwingende rechtliche Gründe dies erforderlich machen bzw. wenn faktische Gründe die Umsetzung unmöglich machen und diese auf der landesplanerischen Ebene nicht festgestellt werden konnten."

Ob dann noch zusätzliche Flächen für die Windkraft zu den im Regionalplan Münsterland ausgewiesenen Windenergiebereichen erforderlich bzw. möglich sind, kann nur über eine gesamtstädtische Planung, entsprechend dem Windenergieerlasses 2015, ermittelt werden.

Das Anpassungsgebot laut BauGB ist zu beachten, die Bauleitplanung ist den Zielen der Raumordnung anzupassen. Die Anpassungspflicht nach § 1 Abs. 4 BauGB ist dem Abwägungsgebot nach § 1 Abs. 7 BauGB vorgeschaltet.

Ein Verstoß gegen § 1 Abs. 4 BauGB führt zu Unwirksamkeit des Bebauungsplans.

"Die Anpassungspflicht des § 1 Abs. 4 BauGB wird aktiviert, wenn ein von den Zielen der Raumordnung abweichender Bebauungsplan geändert wird. Das gilt unabhängig vom Umfang der Änderung" siehe Urteil vom 21.01.2008, Aktenzeichen: 3 K 30/06 des OVG Greifswald.

Die wesentlich kleinere Darstellung des Windenergiebereichs im Regionalplan Münsterland gegenüber dem Bebauungsplan "Aldenhövel" berücksichtigt richtigerweise die im umliegenden Bereich ausgewiesenen Flächen zum Schutz der Natur, Landschaft und landschaftsorientierten Erholung.

Unter diesen auch im Regionalplan Münsterland aufgeführten Gesichtspunkten halten wir auch eine unbegrenzte Höhe der geplanten WKA's für nicht vereinbar mit dem Landschaftsbild, welche auch im Rahmen der Aufstellung des zur Zeit rechtsverbindlichen FNP zu einer Höhenbegrenzung geführt haben und auch bei einer Änderung berücksichtigt werden müssten, natürlich unter Beachtung des Abwägungsgebots im gesamten Stadtgebiet.

Bürgerinitiative Ottmarsbocholt GegenWind

Die Stadt Lüdinghausen ist im Rahmen der Aufstellung des Regionalplans Münsterland hier "Sachlicher Teilplan Energie", rechtsgültig seit dem 16.02.2016, beteiligt gewesen und hat im Verfahren keine Einwände gegen die Verkleinerung des Windeignungsgebiets Aldenhövel vorgebracht, um so mehr erstaunt das jetzige Verfahren zur Änderung des Bebauungsplans Aldenhövel unter Missachtung der Anpassungspflicht gemäß § 1 Abs. 4 BauGB.

6. Möglichweisen stützt die Stadt Lüdinghausen die isolierte Änderung des Bebauungsplans "Aldenhövel" auf § 8 Abs. 2 Satz 2 BauGB.

Diese Bestimmung macht für den Erlass/die Änderung eines Bebauungsplans einen zugrundeliegenden Flächennutzungsplan entbehrlich, soweit der Bebauungsplan ausreicht, die städtebauliche Entwicklung zu ordnen. Entsprechend oben unter Ziffer 1 bis 5 ist eine geordnete städtebauliche Entwicklung im vorliegenden Fall ohne Flächennutzungsplan nicht möglich. Selbst wenn das Vorliegen dieser Voraussetzung angenommen wird, bedürfte der ausgelegte Entwurf 1. Änderung des Bebauungsplans "Aldenhövel" gem. § 10 Abs. 2 BauGB in Verbindung mit § 8 BauGB der Genehmigung der höheren Verwaltungsbehörde.

Gemäß § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BauGB wäre der Bebauungsplan ohne entsprechende Genehmigung der Bezirksregierung Münster unwirksam.

Da die Bezirksregierung Münster schon die isolierte Höhenänderung im Flächennutzungsplan als nicht genehmigungsfähig eingestuft hat, wird sie dementsprechend auch die nur für das Gebiet "Aldenhövel" beschlossene Änderung der Höhenbegrenzung im Bebauungsplan nicht für ausreichend halten, um eine geordnete städtebauliche Entwicklung im gesamten Stadtgebiet Lüdinghausen sicherzustellen. Somit könnte die Bebauungsplanänderung auch unter diesen Gesichtspunkten keine Rechtswirksamkeit entfalten, auch eine Heilungsmöglichkeit gemäß § 214 Abs. 4 BauGB scheidet aus.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die vorgesehene 1. Änderung des Bebauungsplanes "Aldenhövel" rechtlich unzulässig ist, da sie u.a. den derzeitigen Festsetzungen des Flächennutzungsplanes der Stadt Lüdinghausen widerspricht, ein gesamtstädtisches Konzept für die Windenergie (wie im Windenergieerlasses 2015 gefordert) fehlt, gegebenenfalls sich weiter ergebende notwendige Neufestsetzungen im Bebauungsplan nicht vorgenommen wurden und die veränderten Vorgaben des Regionalplans Münsterland "Sachlicher Teilplan Energie" keine Beachtung gefunden haben (Wegfall des Bestandschutzes des Bebauungsplans "Aldenhövel").

Unter Beachtung aller gesetzlichen und landesplanerischen Vorgaben gibt es für die Stadt Lüdinghausen keine Möglichkeit den Flächennutzungsplan und den Bebauungsplan "Aldenhövel" zu ändern ohne im Vorfeld eine Gesamtplanung des Stadtgebiets, und den sich daraus ergebenden Windkraftzonen, durchzuführen.

Wir beantragen die Beschlüsse des Stadtrats zur 1. Änderung des Bebauungsplans "Aldenhövel" aufzuheben und das jetzige Verfahren zur Änderung des Bebauungsplans zu beenden.

Weitere rechtliche Schritte, nach Beschluß der vorgesehenen Änderung als Satzung, behalten wir uns vor. Diese werden die Durchführung eines Normenkontrollverfahrens auf Antrag eines Klagebefugten gem. § 47 VwGD und möglicherweise auch die Geltungsmachung von Schadensersatzansprüchen beinhalten.

Weiterhin erwarten wir eine Antwort zu unserer Eingabe vom 04.08.2016 aus der frühzeitigen Öffentlichen Beteiligung gem. § 3 I BauGB die uns bis heute nicht vorliegt.

Bürgerinitiative Ottmarsbocholt GegenWind

Um ggfls. weitere notwendige rechtliche Schritte zeitnah einzuleiten zu können, bitten wir um Ihre zeitnahe Antwort zu dieser Stellungnahme.

Eine Ausfertigung dieses Schreibens haben wir dem Kreis Coesfeld - Umweltamt- zur Kenntnis und Berücksichtigung im dort geführten Genehmigungsverfahren für die im Geltungsbereich des Bebauungsplans "Aldenhövel" vorgesehenen Windkraftanlagen übersandt.

Ebenso erhält die Bezirksregierung Münster -Dezernat 31 u.32- als höhere Verwaltungsbehörde entsprechend dem BauGB eine Kopie dieses Schreibens zur Kenntnis mit der Bitte, insbesondere die Rechtmäßigkeit der planungsrechtlichen Vorgehensweise in diesem Verfahren zu prüfen.

Mit freundlichen Grüßen

Bürgerinitiative Ottmarsbocholt GegenWind

Anlage: Kopie des Gutachtens vom 10.03.2016 "Zur Wirksamkeit der Konzentrationszonenplanung 2002 in Harsewinkel", von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht Thomas Tyczewski, Kanzlei Wolter & Hoppenberg, Hamm

Bürgerinitiative Ottmarsbocholt GegenWind

- KOPIE -

WOLTER  HOPPENBERG

Rechtsanwälte Partnerschaft mbB
gegründet 1924

**Zur Wirksamkeit der
Konzentrationszonenplanung 2002
in Harsewinkel**

von

Thomas Tyczewski
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht

4114/15 W17

INHALTSVERZEICHNIS

A. AUSGANGSSITUATION UND AUFGABENSTELLUNG	1
B. PRÜFUNGSRECHTLICHER MAßSTAB	2
I. DIE AKTUELLE RECHTSPRECHUNG DES BVERWG ZUM TABUKRITERIENSYSTEM	2
II. DAS TABUKRITERIENSYSTEM UND SEINE EINORDNUNG IN DIE FEHLERFOLGENLEHRE DER §§ 214 UND 215 BAUGB	3
III. ALTE FNP UND ABWÄGUNGSFEHLER	4
IV. DIE VERFASSUNGSRECHTLICHE DISKUSSION ZU § 215 Abs. 1 Nr. 2 BAUGB	5
V. ANWENDUNG DES § 215 Abs. 1 Satz 2 BAUGB A.F. AUF DEN FNP DER STADT HARSEWINKEL	6
VI. UNWIRKSAMKEIT DES FNP WEGEN GEÄNDERTER VERHÄLTNISSE	7
C. ERGEBNIS	8

A. Ausgangssituation und Aufgabenstellung

Die Stadt Harsewinkel (im Folgenden: Stadt) hat in den Jahren 2001 und 2002 die 13. Änderung ihres Flächennutzungsplans (FNP) aufgestellt. Der FNP stellt eine Konzentrationszone östlich der Steinhäger Straße dar. Die Fläche der Zone beträgt 12 ha, das sind ca. 0,12 % des Gemeindegebietes. In der Zone sind zwei Windenergieanlagen (WEA) errichtet worden. Der Darstellung ging eine enge Abstimmung mit der Regionalplanungsbehörde und den Fachbehörden voraus. Die Erarbeitung des Plankonzepts erfolgte auf der Grundlage einer das gesamte Gemeindegebiet erfassenden Untersuchung des Büros Kortemeier und Brokmann. Der FNP ist nach Genehmigung durch die Bezirksregierung Detmold vom 11.04.2002 im Juni 2002 in Kraft getreten. Seine Darstellungen zur Windenergie wurden weder schriftlich gegenüber der Gemeinde nach § 215 BauGB a.F. gerügt noch wurden sie mit der Normenkontrolle angegriffen oder waren Gegenstand einer mittelbaren Prüfung im Rahmen eines Genehmigungsverfahrens.

Für die Stadt stellt sich die Frage, ob die bestehende Konzentrationszone einer Wirksamkeitsprüfung standhält mit der Folge, dass WEA außerhalb der Konzentrationszone gem. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB planungsrechtlich unzulässig sind, oder ob es zur Herbeiführung dieses Effektes entweder eines Heilungsverfahrens nach § 214 Abs. 4 BauGB oder sogar einer Neuplanung bedarf.

Die Originalaufstellungsvorgänge haben bei der Begutachtung vorgelegen. Auf Einzelheiten wird bei Bedarf eingegangen.

B. Prüfungsrechtlicher Maßstab

I. Die aktuelle Rechtsprechung des BVerwG zum Tabukriteriensystem

Seit seinem Urteil vom 13.12.2012 – 4 CN 1.11 –, BRS 81 Nr. 44, fordert das BVerwG von planenden Kommunen die Einhaltung des Tabukriteriensystems ein. Es betrifft ausschließlich Planungen mit den Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB und ist räumlich auf den Außenbereich der Gemeinde beschränkt. Danach haben die Kommunen bei der Darstellung von Konzentrationszonen ein gemeindeweites Konzept aufzustellen. Im ersten Schritt sind die harten Tabuflächen zu ermitteln, das sind diejenigen, auf denen die Nutzung von Windenergie aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen von vornherein ausscheidet (z.B. fehlende Windhöffigkeit, fachrechtliche Bauverbote). Diese Flächen stehen dem Planer nicht zur Verfügung und unterliegen nicht der Abwägung. In einem zweiten Schritt werden die weichen Tabuflächen ermittelt, die nach dem städtebaulichen Konzept der Gemeinde für die Nutzung der Windenergie ausscheiden. Dazu gehören z.B. die Schutzabstände, die um Rechtsgüter gezogen werden (z.B. Mindestabstand zu Siedlungsflächen und Wohnstätten im Außenbereich). Diese Flächen unterliegen der Abwägung und sind deshalb im Planungsprozess für Veränderungen offen. Die Kommunen müssen deutlich machen, welche Flächen sie den harten und welche sie den weichen Tabuflächen zurechnen, damit nachprüfbar ist, wo die Kommune ihren Abwägungsspielraum gesehen hat. Eine fehlende Dokumentation dieser Unterscheidung führt zur Unwirksamkeit des Bauleitplans (BVerwG, Urteil v. 11.3.2013 – 4 CN 2.12 –, NVwZ 2013, 1017). Nach Abzug der harten und weichen Tabuflächen bleiben die Potenzialflächen, die im Wege der Abwägung mit konkurrierenden Außenbereichsnutzungen in Beziehung zu setzen sind. Im letzten Arbeitsschritt hat die Kommune zu prüfen, ob die gefundenen Konzentrationszonen der Windenergie substantiell Raum geben. Mit einer „Feigenblattplanung“, die als Mittel dazu genutzt wird, unter dem Deckmantel der Steuerung Windenergieanlagen in Wirklichkeit zu

verhindern, darf es nicht sein Bewenden haben (BVerwG, Urteil v. 17.12.2002 – 4 C 15.01 –, BVerwGE 117, 287).

Die Anwendung dieses Systems wirkt insbesondere bei der Zuordnung von Tabukriterien zu den harten und weichen Tabuflächen und bei der Bestimmung des „substantiellen Raums“ Schwierigkeiten auf (Gatz, Bauplanerische Vorgaben für Windenergieanlagen statt Verspargelung der Landschaft, JM 2015, 465). Das Urteil des OVG Münster zum sachlichen Teilflächennutzungsplan der Stadt Haltern am See vom 22.9.2015, in dem es vornehmlich um die Einordnung von Waldflächen und den Maßstab für den „substantiellen Raum“ ging, ist ein anschaulicher Beleg für die Schwierigkeiten, die der Gesetzesanwender mit dem Tabukriteriensystem hat.

II. Das Tabukriteriensystem und seine Einordnung in die Fehlerfolgenlehre der §§ 214 und 215 BauGB

Das Tabukriteriensystem wird – wie erwähnt – vom BVerwG seit dem Urteil vom 13.12.2012 eingefordert. Die Schlagworte der harten und weichen Tabukriterien finden sich erstmals im Beschluss vom 15.9.2009 (- 4 BN 25.09 -, BauR 2010, 82). Erste Anklänge lassen sich im Urteil vom 17.12.2002 finden, auch wenn seinerzeit niemand daraus ein Tabukriteriensystem abgeleitet hat.

Damit versteht sich von selbst, dass jedenfalls vor 2003 keine Kommune bei der Planung von Konzentrationszonen das Tabukriteriensystem angewandt hat, weil es seinerzeit nicht bekannt war. Nach heutigen Maßstäben würde die Nichtanwendung des Systems zu einem Abwägungsfehler und zur Unwirksamkeit der Konzentrationszonen-darstellung führen.

Abwägungsfehler müssen allerdings innerhalb eines Jahres gerügt werden, soweit es sich um Fehler des Abwägungsvorgangs handelt. Werden sie nicht gerügt, werden sie nach einem Jahr unbeachtlich, §§ 214, 215 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BauGB. Die Unbeachtlichkeit ist auch in immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren zu beachten.

Fehler im Abwägungsergebnis müssen dagegen nicht gerügt werden. Es handelt sich um sog. Ewigkeitsmängel, die auch nach langer Zeit in Genehmigungsverfahren beachtlich bleiben.

Wendet eine Kommune das Tabukriteriensystem gar nicht oder fehlerhaft an, wird dieser Mangel im Abwägungsvorgang nach einem Jahr irrelevant. Gibt sie dagegen – aus welchen Gründen auch immer - der Windenergie im Ergebnis nicht substantiell Raum, so ist und bleibt die Konzentrationszonendarstellung unwirksam und beachtlich.

Daraus ergibt sich zwangsläufig, dass FNP, die älter als ein Jahr und nicht gerügt worden sind, nur noch auf sog. Ewigkeitsmängel zu prüfen sind. Das können Form- und Verfahrensmängel sein, aber auch Mängel im Abwägungsergebnis. Daraus ergibt sich für die Prüfung von nicht gerügten FNP, die länger als ein Jahr in Kraft sind, ein deutlich engerer Prüfungsrahmen als bei neuen FNP, die von den Verwaltungsgerichten in Normenkontrollverfahren oder bei mittelbaren Prüfungen vorgenommen werden.

III. Alte FNP und Abwägungsfehler

Für den FNP der Stadt Harsewinkel gilt indes – wie für alle vor der EAG-Baunovelle 2004 in Kraft getretenen FNP – eine Besonderheit. Nach § 233 Abs. 2 Satz 3 BauGB bleiben Fehler in FNP, die auf Grund älterer Gesetzesfassungen des BauGB bereits unbeachtlich geworden waren, weiter unbeachtlich, selbst wenn sie in der aktuellen Fassung des BauGB beachtlich sind. Für den FNP der Stadt Harsewinkel gilt deshalb über § 233 Abs. 2 Satz 3 BauGB die Regelung des § 215 Abs. 1 Nr. 2 BauGB in der Fassung vom 27.8.1997 (BauGB a.F.). Danach wurden Abwägungsfehler unbeachtlich, wenn sie nicht innerhalb von 7 Jahren nach Inkrafttreten des Plans gerügt wurden. Die damalige Gesetzesfassung unterschied also nicht nach Fehlern im Abwägungsvorgang und im Abwägungsergebnis. Selbst Fehler im Abwägungsergebnis konnten unbeachtlich werden, wenn sie nicht gerügt wurden. Wendet man § 215 Abs. 1 Nr. 2 BauGB auf den FNP

aus dem Jahre 2002 an, so wären Abwägungsfehler gleich welcher Art seit 2009 unbeachtlich geworden.

IV. Die verfassungsrechtliche Diskussion zu § 215 Abs. 1 Nr. 2 BauGB

Die vom Gesetzgeber 2004 geänderte Fehlerfolge bei Abwägungsmängeln stand früher allerdings in erheblicher verfassungsrechtlicher Diskussion. Die Diskussion knüpfte an die Eigentumsgewährleistung in Art. 14 Abs. 1 GG an. Werde in grob rechtswidriger Weise die Nutzung von Grundstücken durch eine Planung beschränkt, dürfe der Gesetzgeber diesen eigentumsrechtlich relevanten Fehlgriff nicht qua Gesetz für unbeachtlich erklären. § 215 Abs. 1 Nr. 2 BauGB sei deshalb bei Mängeln im Abwägungsergebnis gar nicht anzuwenden oder verfassungskonform so auszulegen, dass jedenfalls schwere und verfassungsrelevante Abwägungsmängel von der Vorschrift nicht erfasst werden. Die Rechtsprechung hatte dieses Problem ebenfalls gesehen, musste die Frage aber nicht höchstrichterlich klären, weil es für die Ergebnisse nicht entscheidend auf diese Frage ankam. Das OVG Lüneburg hat diese Diskussion in seinem Urteil vom 11. November 2013 – 12 LC 257/12 –, BRS 81 Nr. 58, nachvollzogen. Der Meinungsstand ist mit zahlreichen Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur umfassend wiedergegeben. In dem vom OVG Lüneburg entschiedenen Fall ging es um eine Konzentrationszonendarstellung aus dem Jahre 1999. Die Kommune hatte seinerzeit nur eine einzige Konzentrationszone dargestellt, die zur Aufnahme von allenfalls drei WEA geeignet war und lediglich 0,21 % des Gemeindegebietes ausmachte. Nach heutigen Maßstäben wäre eine derartige Planung sicherlich unwirksam. Schlechterdings verfassungsrechtlich unhaltbar war die Planung nach Auffassung des OVG Lüneburg aber nicht. Das Urteil belegt, dass die verfassungskonforme Auslegung des § 215 Abs. 1 Nr. 2 BauGB a. F. nur in ganz krassen Fällen zur Unwirksamkeit alter ungerügter FNP führt.

V. Anwendung des § 215 Abs. 1 Satz 2 BauGB a.F. auf den FNP der Stadt Harsewinkel

Die Stadt Harsewinkel hat auf ihrem Stadtgebiet eine Konzentrationszone dargestellt, die nach der Annahme des Plangebers eine Windfarm (mindestens drei Anlagen) hätte aufnehmen können. Für die Beurteilung der Abwägung insgesamt (Abwägungsvorgang und Abwägungsergebnis) ist gem. § 214 Abs. 3 BauGB auf den Zeitpunkt des Ratsbeschlusses abzustellen ist. Dass diese Zone heute bei den gebräuchlichen Anlagentypen von 150m Höhe keine drei Anlagen mehr aufnehmen könnte, ändert an der allein maßgeblichen Aussage des Jahres 2002 nichts.

Das mit der 13. Änderung des FNP dargestellte Vorranggebiet von 12 ha ist allerdings - bezogen auf die Fläche des Gemeindegebiets – noch einmal um ca. 50 % kleiner als die Fläche, zu der das OVG Lüneburg entschieden hat. Wo die unterste Grenze anzusiedeln ist, bei der die Rechtsprechung ein offensichtlich unhaltbares Ergebnis annähme, das möglicherweise zu einer verfassungsrechtlich gebotenen Prüfung des Abwägungsergebnisses trotz des Wortlautes von § 215 Abs. 1 Nr. 2 BauGB a. F. zwingt, ist bisher nicht geklärt. Es liegt insbesondere keine Rechtsprechung des BVerwG und des OVG Münster hierzu vor. Dass sich die Stadt im Bereich dieses unteren Rahmens mit der 13. Änderung des FNP bewegt, dürfte aber anzunehmen sein. Andererseits dürfte die Neigung der Verwaltungsgerichte gering sein, der durch die Gesetzesänderung 2004 beendeten Streitfrage einer verfassungskonformen Reduktion von § 215 BauGB a. F. im Nachhinein nachzugehen. Das spricht dafür, dass die Gerichte eine Planung wie in Harsewinkel akzeptieren, um sich der Grundsatzfrage nicht nachträglich stellen zu müssen. Eine Gewähr für diese Annahme gibt es nicht.

Immerhin zeigt der Planungsablauf, dass die Stadt seinerzeit keine reine Verhinderungsplanung betrieben hat. Schon 1995 gab es im Bereich der Bezirksregierung Detmold eine Art Kriterienkatalog, den die Bezirksregierung für landesplanerische Anfra-

gen nach § 20 LPlG NRW a.F. (heute: § 34 LPlG NRW) anwandte. Daran hat sich die Stadt soweit ersichtlich gehalten.

Es lässt sich vertreten, dass die Planung aus dem Jahre 2002 keine verfassungsrechtlich relevanten gravierenden Mängel im Abwägungsergebnis aufweist, der bei einer verfassungskonformen Anwendung des § 215 Abs. 1 Satz 2 BauGB zur Unwirksamkeit der Konzentrationszonenplanung führt. Auf die grundlegende Rechtsfrage, ob die genannte Vorschrift überhaupt verfassungskonform ausgelegt werden muss, kommt es dann nicht an. Zweifelsfrei ist diese Annahme nicht.

Auch andere Ewigkeitsmängel sind nicht ersichtlich. Darüber hinaus wurde die damals siebenjährige Rügefrist für Abwägungsmängel und die einjährige Rügefrist für Form- und Verfahrensfehler wirksam in Gang gesetzt. In der öffentlichen Bekanntmachung, die im Amtsblatt vom 21.06.2002 erfolgte, wurde richtig auf den Fristenlauf hingewiesen.

VI. Unwirksamkeit des FNP wegen geänderter Verhältnisse

Bisweilen wird in der öffentlichen Diskussion die Auffassung vertreten, alte FNP - wie hier - mit Höhenbeschränkungen, seien nicht mehr zeitgemäß. Das mag zutreffen. Rechtlich ist das für die Wirksamkeit der FNP ohne Bedeutung. Das Gesetz stellt für die Abwägung allein auf das Datum des Ratsbeschlusses ab. Allein durch das Fortschreiten der Technik tritt ein Plan nicht außer Kraft. Er wird nach dem derzeitigen Stand der Rechtsprechung auch nicht funktionslos, wenn und solange in den dargestellten Konzentrationszonen überhaupt WEA errichtet werden können.

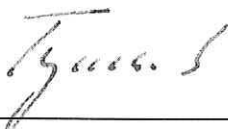
Eine Pflicht zur Anpassung der alten Planung kann sich allerdings in Zukunft aus § 1 Abs. 4 BauGB ergeben, wenn und soweit der neue LEP NRW oder ein neuer Regionalplan verbindliche Vorgaben als Raumordnungsziele enthalten. Die Stadt wird dann entweder auf Konzentrationszonenplanung verzichten oder ihre alte Planung aus 2002

anpassen müssen. Das gilt etwa, wenn die Regionalplanung verbindlich Vorranggebiete ausweisen sollte, die sich nicht mit der vorhandenen Konzentrationszone decken. Derzeitig gibt es jedoch keine Raumordnungsziele, welche die Stadt Harsewinkel zur Planung verpflichten. Dass die Stadt natürlich freiwillig planen kann, steht außer Diskussion. Dass sie auch planen darf und vielleicht sollte, um jegliches Rechtsrisiko auszuschließen, trifft ebenfalls zu.

C. Ergebnis

Der FNP der Stadt Harsewinkel in der Fassung der 13. Änderung aus dem Jahre 2002 steht der Genehmigung von WEA außerhalb der dargestellten Konzentrationszonen gem. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB entgegen. Soweit der FNP Abwägungsfehler enthalten sollte, sind diese seit 2009 gem. § 233 Abs. 2 Satz 3 BauGB in Verbindung mit § 215 Abs. 1 Nr. 2 BauGB a.F. unbeachtlich geworden. Anpassungspflichten nach § 1 Abs. 4 BauGB existieren mangels verbindlicher Raumordnungsziele nicht. Die Stadt Harsewinkel ist in der Lage, planen zu können, aber nicht planen zu müssen. Die Fortsetzung der Planung würde allerdings das bestehende Rechtsrisiko ausschließen.

Münster, 10.03.2016



Thomas Tyczewski
Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Verwaltungsrecht