

Wolter Hoppenberg | Hafengeweg 14 | 48155 Münster

Münster, 26.07.2021

Per E-Mail: middendorf@sassenberg.de

cc: uphoff@sassenberg.de

koenig@sassenberg.de

Stadt Sassenberg

Herrn Bürgermeister Uphoff, Bauverwaltungs-

amt/Amtsleiter/Herrn Thomas Middendorf

Schürenstraße 17

48336 Sassenberg

Thomas Tyczewski

Rechtsanwalt

/NE/D6/1101-21

Sekretariat: Andrea Neuperger

Telefon: +49 251 9179988-453

Telefax: +49 251 9179988-3011

tyczewski@wolter-hoppenberg.de

Unser Zeichen: 4134/21 TY17

(bitte immer angeben)

Stadt Sassenberg - FNP Windenergie und Vorhaben

Sehr geehrter Herr Middendorf,

ich habe anhand der übermittelten Unterlagen die angesprochenen Fragen geprüft und bin dabei zu folgenden Ergebnissen gelangt.

1. Ausschlusswirkung der 20. Änderung des Flächennutzungsplans

a)

Der planungsrechtlichen Zulässigkeit von privilegierten Windenergieanlagen (WEA) nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB steht als öffentlicher Belang die Ausweisung an anderer Stelle des Außenbereichs durch den Flächennutzungsplan entgegen, § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Die Stadt Sassenberg hat mit der am 24.8.1999 vom Rat beschlossenen und am 23.6.2000 von der Bezirksregierung Münster genehmigten 20. Änderung des Flächennutzungsplans (im Folgen abkürzend: FNP) zwei Konzentrationszonen dargestellt mit dem Ziel, außerhalb der Zonen Windenergieanlagen auszuschließen. Fraglich ist, ob die Ausschlusswirkung eintritt und in immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren beim Kreis Warendorf Standorten außerhalb der beiden Zonen entgeggehalten werden kann. Die Antwort ist

Wolter Hoppenberg Rechtsanwälte Partnerschaft mbB • AG Essen PR 2914 • USt-IdNr. DE 125233481

Hauptstandort Hamm	Münsterstraße 1-3	59065 Hamm	Tel.: +49 2381 92122-0	Fax: +49 2381 92122-7000
Standort Berlin	Bernburger Str. 32	10963 Berlin	Tel.: +49 30 26390059-0	Fax: +49 30 26390059-655
Standort Münster	Hafengeweg 14	48155 Münster	Tel.: +49 251 9179988-0	Fax: +49 251 9179988-855
Standort Osnabrück	Möserstraße 2-3	49074 Osnabrück	Tel.: +49 541 506967-0	Fax: +49 541 506967-699

Sparkasse Hamm
IBAN: DE84410500950000135525
BIC: WELADED1HAM

Sparkasse Münsterland Ost
IBAN: DE88400501500034175067
BIC: WELADED1MST

Commerzbank AG Hamm
IBAN: DE43410400180507495000
BIC: COBADEFF410

wichtig für den Kreis bei der Entscheidung über den Genehmigungsantrag und für die Stadt bei der Entscheidung über die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 BauGB.

b)

Da Rügen innerhalb der seinerzeit geltenden 7-Jahres-Frist des § 215 BauGB a.F. nicht eingegangen sind, sind eventuelle Abwägungsfehler seit 2007 unbeachtlich geworden und können heute grundsätzlich nicht geltend gemacht werden, wenn der auch seinerzeit erforderliche Hinweis auf die Rügeobliegenheiten und die Rechtsfolgen einer Nichtbeachtung wirksam mitbekannt gemacht worden ist. Da Mängel bei der Handhabung des von der Rechtsprechung entwickelten, im Laufe der Jahre immer mehr ausdifferenzierten und auch für alte FNP eingeforderten Tabukriteriensystems nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts Abwägungsmängel sind, ist eine Verletzung des Tabukriteriensystems heute eigentlich nicht mehr relevant. Relevant sind die sog. Ewigkeitsmängel, das sind Mängel des Plans, die auch ohne Rüge stets beachtlich bleiben und auch heute noch in Genehmigungsverfahren eine Rolle spielen. Wesentlich sind zwei andere Aspekte.

c)

Flächennutzungspläne sind gem. § 6 Abs. 5 BauGB öffentlich bekannt zu machen. Das geschieht durch die öffentliche Bekanntmachung der Genehmigung der Bezirksregierung. Das OVG NRW hat in seinem Urteil vom 6.12.2017 – 7 D 100/15.NE –, juris, entschieden, dass Flächennutzungspläne grundsätzlich nur vorbereitenden Charakter haben und der Umsetzung durch Bebauungspläne bedürfen. Der Flächennutzungsplan entfaltet deshalb nur eine innergemeindliche Wirkung. Flächennutzungspläne mit den Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB führen dagegen ohne einen weiteren Umsetzungsakt unmittelbar zur Ausschlusswirkung und damit zur Unzulässigkeit eines Bauvorhabens. Sie haben deshalb (nur) in dieser Sonderkonstellation rechtsnormartigen Charakter und wirken ähn-

lich wie ein Bebauungsplan. Das Bundesverwaltungsgericht hatte daraus bereits den Schluss gezogen, dass gegen Konzentrationszonenplanungen in Flächennutzungsplänen die Normenkontrolle zulässig ist, die sonst nur Satzungen vorbehalten ist (Urteil v. 26.4.2007 – 4 CN 3.06 –, BVerwGE 128, 382). Das OVG NRW ist einen Schritt weiter gegangen und hat aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet, dass Flächennutzungspläne mit Ausschlusswirkung ähnlich wie Bebauungspläne bekannt zu machen seien. Sie müssen für den Adressaten deutlich machen, dass die Rechtswirkungen einer Konzentrationszonenplanung nicht innerhalb der Zonen, sondern gerade außerhalb eintreten. Unzureichend ist deshalb die Veröffentlichung lediglich der Genehmigung durch die Bezirksregierung, weil sie dem Bürger nicht deutlich macht, dass eine Planung in Kraft gesetzt wird, die unmittelbare Wirkung für ihn haben kann (Anstoßfunktion der Bekanntmachung). Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Rechtsprechung der OVG NRW und Lüneburg durch Urteil vom 29.10.2020 – 4 CN 2.19 –, juris, bestätigt. Das ohne mündliche Verhandlung ergangene Urteil wurde im Januar 2021 bekannt. Seitdem ist klar, dass die meisten alten Flächennutzungspläne in NRW dieser Bekanntmachungsanforderung nicht gerecht werden und deshalb die mit ihnen intendierte Ausschlusswirkung nicht erzielen. Die betroffenen Kommunen haben deshalb keine Planung, die gegen Genehmigungsanträge ins Feld geführt werden kann; die Privilegierung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB schlägt in diesen Kommunen im gesamten Außenbereich voll durch.

Das gilt auch für den FNP Sassenberg. Im Amtsblatt des Kreises Warendorf vom 14.7.2000 veröffentlicht wurde lediglich in Umsetzung von § 6 Abs. 5 Satz 1 BauGB die Genehmigung der Bezirksregierung. Damit ist der FNP nicht ordnungsgemäß bekannt gemacht und in Kraft gesetzt worden. Das hat zugleich den Nebeneffekt, dass der nicht ordnungsgemäß bekannt gemachter Plan die Rügefrist von 7 Jahren nach §§ 214 und 215 BauGB a.F. nicht in Gang gesetzt hat und deshalb sämtliche Abwägungsmängel heute noch gerügt werden können. Das bezieht sich auf sämtliche Abwägungsmängel und damit auch die Verstöße gegen das Tabukriteriensystem. Da das System 1999 noch gar nicht bekannt war – die

erste Grundsatzentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts stammt vom 17.12.2002 –, entspricht der Aufstellungsvorgang naturgemäß nicht diesem System.

d)

Daneben gibt es einen weiteren Ewigkeitsmangel. Gem. § 1 Abs. 4 BauGB sind die Bauleitpläne an die Ziele der Raumordnung anzupassen. 2000 waren im seinerzeit geltenden Regionalplan Münsterland (GEP 1998) Windeignungsbereiche mit Ausschlusswirkung (Konzentrationswirkung) festgelegt. Die Kommunen hatten diese Eignungsbereiche zwingend in ihre Flächennutzungspläne zu übernehmen. Allenfalls geringfügige Randkorrekturen ließen die zuständigen Senate des OVG Münster zu, während die Zahl, die allgemeine Größenordnung und die annähernde räumliche Lage der Zonen/Eignungsbereiche mit Ausschlusswirkung verbindlich vorgeschrieben waren. Die Städte durften weder die Zahl der Zonen verringern noch erhöhen noch durfte der Umgriff wesentlich verändert werden (OVG NRW, Urteile v. 28.1.2005 – 7 D 35/03.NE – und v. 19.9.2006 – 10 A 973/04 –, beide juris); eine wesentliche Änderung erforderte entweder eine Änderung des Regionalplans oder ein Zielabweichungsverfahren. Eigentlich hätte sich seinerzeit deutlich die Frage gestellt, ob der Aufwand einer Flächennutzungsplanung neben der Regionalplanung angesichts der engen Bindung überhaupt sinnvoll war. Diese Erkenntnis war indes um die Jahrtausendwende noch nicht vorhanden, sondern ergab sich erst aus der Rechtsprechung ab 2005.

Der GEP Münsterland legte auf dem Gebiet der Stadt Sassenberg die beiden Windeignungsbereiche WAF 03 und WAF 04 fest. Der Windeignungsbereich WAF 03 umfasste 170 ha nordöstlich der Ortslage Füchtorf, der Bereich WAF 04 nordwestlich der Ortslage von Sassenberg 240 ha. Dargestellt sind im Bereich des Eignungsbereichs WAF 03 23,2 ha. Dabei hat die Stadt außerdem eine im Gesetz nicht vorgesehene Differenzierung ihrer beiden Zonen vorgenommen, die ihrerseits unzulässig war. Die Stadt hat nämlich unterschieden zwischen (echten) Konzentrationszonen und „beschränkten Eignungsbereichen“.

Diese zweite Kategorie kennt das Gesetz nicht. Aus dem Plan wird auch nicht deutlich, welche (Ausschluss)Wirkung diese beschränkten Bereiche im Verhältnis zu den echten Zonen haben sollen. Selbst wenn man aber über die Differenzierung hinwegsieht und die beiden Zonen/Eignungskategorien zusammennimmt, hat die Stadt statt der 410 ha des GEP 1998 „nur“ 188,5 ha im FNP dargestellt, also deutlich weniger als die Hälfte der Regionalplanflächen (S. 7 und 8 des Erläuterungsberichts). Dass eine derartige Flächendiskrepanz keine Anpassung der Bauleitplanung an die Ziele der Raumordnung beinhaltet, liegt auf der Hand. Auch dieser Verstoß führt dazu, dass der FNP die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht auslöst.

Nur klarstellend sei darauf hingewiesen, dass der Regionalrat dieses Planungssystem mit dem Sachlichen Teilplan „Energie“ 2016 aufgegeben hat. Heute hat der aktuelle Teilplan keine eigene Ausschlusswirkung mehr.

e)

Eine Heilung der Mängel im ergänzenden Verfahren nach § 214 Abs. 4 BauGB scheidet aus. Zwar lassen sich auch lange zurückliegende Mängel heilen, doch ist der Heilung eine Grenze gesetzt, wenn der zu heilende Plan nach heutigen Maßstäben schlechterdings nicht mehr beschlossen werden könnte. Das ist bereits deshalb der Fall, weil die Anwendung des Tabukriteriensystems zu anderen Ergebnissen führt als die Abwägung 1999. Eine Abwägung wie 1999 wäre im Jahre 2021 nicht mehr rechtskonform.

2. Konsequenzen für laufende Genehmigungsverfahren

a)

Damit stellt sich die Frage, wie der Kreis und die Stadt mit diesem rechtlichen Befund in laufenden Genehmigungsverfahren umgehen sollen. Ungeachtet der oben stehenden Erwägungen ist der FNP weder vom Rat der Stadt Sassenberg und vom OVG Münster als

Normenkontrollgericht aufgehoben worden. Formal ist er also in der Welt und deshalb grundsätzlich auch Entscheidungsgrundlage für öffentliche Stellen. Hat eine Gemeinde durchgreifende Bedenken gegen ihren eigenen Plan, so muss sie ihn zur Klarstellung aufheben, darf ihn aber weder ausdrücklich noch stillschweigend nicht mehr anwenden (BVerwG, Urteil v. 21.11.1986 – 4 C 22.83 –; Kuschnerus, Der Sachgerechte Bebauungsplan, 4. Aufl., Rdnr. 1058 ff.).

b)

Die Rechtsprechung nimmt allerdings eine Ausnahme dann an, wenn der Plan *offensichtlich unwirksam* ist (vgl. OVG NRW, Urteil v. 30.6.2005 – 20 A 3988/03 –, juris). Spätestens seit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 29.10.2020 ist höchstrichterlich geklärt, dass die Veröffentlichung der Genehmigung der Bezirksregierung für eine Konzentrationszonenplanung nicht ausreicht. Das VG Arnsberg hat daraus in seinem Beschluss vom 4.3.2021 – 4 L 911/20 – die Konsequenz gezogen, dass weder die Standortgemeinde bei Entscheidungen nach § 36 BauGB noch der Kreis in Genehmigungsverfahren an alte Flächennutzungspläne mit dem beschriebenen Veröffentlichungsmangel gebunden seien. Das Gericht geht davon aus, dass Stadt und Kreis nicht weiter von der Ausschlusswirkung eines Flächennutzungsplans mit Veröffentlichungsmangel ausgehen können, sondern den öffentlichen Belang des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ausblenden müssen.

c)

Die Stadt kann sich deshalb im Genehmigungsverfahren nicht mehr auf die 20. Änderung des FNP berufen. Sie muss auch damit rechnen, dass der Kreis für den Fall, dass die Stadt gleichwohl das Einvernehmen unter Berufung auf den FNP versagt, das Einvernehmen gem. § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB iVm § 73 BauO NRW ersetzt.

Selbstverständlich können andere öffentliche Belange im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB dem Vorhaben entgegenstehen und zur Versagung des Einver-

nehmens der Stadt Sassenberg führen. Denn die Stadt hat insgesamt die Vereinbarkeit des Vorhabens mit § 35 BauGB zu prüfen und nicht nur die Vereinbarkeit mit dem eigenen Planungsrecht. Zu anderen, eventuell entgegenstehenden öffentlichen Belangen ist aber nichts mitgeteilt.

d)

Die Stadt kann dem Ergebnis auch durch eine Wiederaufnahme der 2019 eingestellten Konzentrationszonenplanung nicht entgehen. Zwar entsteht grundsätzlich ein kommunales Zurückstellungsrecht gem. § 15 Abs. 3 BauGB zum Schutz einer neuen Konzentrationszonenplanung. Doch würde es für die Zurückstellung an dem notwendigen Sicherheitsbedürfnis fehlen, weil der Anlagenstandort in einem Windeignungsbereich des Regionalplans liegt, den die Stadt – ohne die Möglichkeit des Wegwägens – in den sachlichen Teilflächennutzungsplan gem. § 1 Abs. 4 BauGB übernehmen müsste. Außerdem ist durch die zweijährige Unterbrechung der Planung das Sicherheitsbedürfnis erloschen. Insoweit wird auf den jüngsten Beschluss des auch für Sassenberg zuständigen 8. Senat des OVG Münster vom 20.7.2021 zu einem Fall in Everswinkel verwiesen. Da die Entscheidung noch nicht veröffentlicht ist, füge ich Sie als Anlage bei. Im Falle der Weiterverwendung bitte ich, aus Datenschutzgründen entweder das Rubrum zu schwärzen oder die erste Seite des Beschlusses nicht weiterzuleiten.

e)

Allerdings liegen die Ausführungen der in ihrer Mail vom 16.6.2021 weitgehend neben der Sache. Der Regionalplan erzeugt seinerseits keine Ausschlusswirkung gem. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Es geht auch nicht darum, ob die WEA der ausnahmsweise trotz Verstoßes gegen den FNP zugelassen werden können. Die ursprünglich erwogene Positivplanung steht nicht mehr im Raum, nachdem sich die Bezirksregie-

rungen in NRW dahin verständigt haben, derartige Positivplanung neben einer klassischen Konzentrationszonenplanung zu genehmigen.

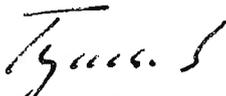
3.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die 20. Änderung des FNP Sassenberg aus den Jahren 1999/2000 keine Ausschlusswirkung gem. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erzeugt. Stadt und Kreis haben nach der jüngsten Rechtsprechung des VG Arnsberg vom 4.3.2021, die auf ein OVG-Urteil aus dem Jahr 2005 aufsetzt, das Recht und die Pflicht, den Plan nicht gegen Standorte außerhalb der damals dargestellten Zonen ins Feld zu führen. Eine Neuplanung hilft nicht weiter, weil der Standort innerhalb eines im Regionalplan festgelegten Winddeignungsbereiches liegt und ohne eigene Prüfung in einen sachlichen Teilflächennutzungsplan übernommen werden müsste.

Es spricht deshalb Vieles dafür dem Kreis dahin zu antworten, dass im Falle der Zuleitung der Genehmigungsunterlagen mit der Bitte um Entscheidung nach § 36 BauGB die Einvernehmenserteilung jedenfalls nicht an § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB scheitert, dass allerdings andere öffentliche Belange im Sinne des § 35 Abs. 3 BauGB noch geprüft werden müssten.

Für Rückfragen stehe ich jederzeit gerne zur Verfügung. Ich bin allerdings in der Zeit vom 27.7. bis 3.8. wegen Urlaubs und auswärtiger Termine nicht erreichbar.

Mit freundlichen Grüßen



Thomas Tyczewski
Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Verwaltungsrecht