

**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**

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

## **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 Windhöflichkeit, 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 wirft 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 LPlIG NRW a.F. (heute: § 34 LPlIG 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.

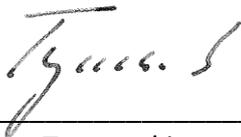
Eine Pflicht zur Anpassung der alten Planung kann sich allerdings in Zukunft aus § 1 Abs. 4 BauGB ergeben, wenn und soweit der neue LEP NRW oder ein neuer Regionalplan verbindliche Vorgaben als Raumordnungsziele enthalten. Die Stadt wird dann entweder auf Konzentrationszonenplanung verzichten oder ihre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

anpassen müssen. Das gilt etwa, wenn die Regionalplanung verbindlich Vorranggebiete ausweisen sollte, die sich nicht mit der vorhandenen Konzentrationszone decken. Derzeit 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