WOLTER HOPPENBERG
Rechtsanwälte Partnerschaft mbB
gegründet 1924

Wolter Hoppenberg | Hafenweg 14 | 48155 Münster

Per E-Mail: anne.reher@telgte.de

Stadt Telgte
Frau Anne Reher
Baßfeld 4 - 6
48249 Telgte

Münster, 30.09.2021

Thomas Tyczewski
Rechtsanwalt

TY/NE/D6/1410-21
Sekretariat: Andrea Neuperger
Telefon: +49 251 9179988-**453**
Telefax: +49 251 9179988-**3011**
tyczewski@wolter-hoppenberg.de

Unser Zeichen: 4013/21 TY17
(bitte immer angeben)

Stadt Telgte - Windenergie

Sehr geehrte Frau Reher,

ich habe mit Hilfe der übersandten Unterlagen geprüft, ob sich derzeit die Stadt Telgte im Falle eines immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens mit Erfolg auf die Ausschlusswirkung ihres Flächennutzungsplans gem. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB berufen kann.

1.

Die Stadt hat mit der 34. Änderung ihres FNP, die im Jahre 2002 vom Rat beschlossen, im April 2003 von der Bezirksregierung genehmigt und am 9.5.2003 im Amtsblatt des Kreises Warendorf öffentlich bekannt gemacht wurde, eine Konzentrationszonenplanung dargestellt mit dem Ziel, Windenergieanlagen (WEA) außerhalb der Zonen grundsätzlich auszuschließen.

2.

Die Planung erfolgte auf der Basis des seinerzeit geltenden Gebietsentwicklungsplans – Teilabschnitt Münsterland –, der die beiden Windeignungsbereiche WAF 01 und WAF

05 festlegte. Die Windeignungsbereiche hatten ihrerseits Ausschlusswirkung gem. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Der Eignungsbereich WAF 01 umfasste eine Fläche von 393 ha, der Eignungsbereich WAF 05 eine solche von 218 ha. Die Konzentrationszonen „nordöstlich Westbevern-Dorf, Grenzbereich Ostbevern“ und „Bester Feld“ orientieren sich zwar hinsichtlich ihrer Lage an den Windeignungsbereichen, übernehmen sie aber nur wesentlich verkleinert, sodass die beiden im FNP dargestellten Konzentrationszonen statt der im GEP festgelegten Eignungsflächen von insgesamt 611 ha nur knapp 163 ha als privilegierte Windenergienutzungsflächen darstellen. Die öffentliche Bekanntmachung der Genehmigung des FNP entspricht der Praxis jener Zeit und vor allem dem Wortlaut des § 6 Abs. 5 BauGB. Die Stadt hat im Amtsblatt den Wortlaut der Genehmigung und zwei Kartenausschnitte abgebildet, welche den Umgriff der beiden Konzentrationszonen darstellen. Verbal wird darauf hingewiesen, dass es sich um „Konzentrationszonen“ handelt. Außerdem enthält der FNP eine Höhenbegrenzung auf 100 m Gesamthöhe, die aus einer früheren – unwirksamen – Planung „zur Minimierung des ästhetischen und technischen Nutzungskonfliktes“ übernommen, aber nicht weiter begründet wurden.

Eine Ausfertigung des Plans zur 34. Änderung des FNP haben wir nicht feststellen können.

3.

Gemessen an den Vorgaben der Rechtsprechung löst die 34. Änderung des FNP die intendierte Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht aus. Die Planänderung ist offensichtlich unwirksam und würde im Falle eines gerichtlichen Verfahrens keinen öffentlichen Belang darstellen, welcher der planungsrechtlichen Zulässigkeit einer WEA außerhalb der beiden Zonen entgegengehalten werden könnte.

a) Öffentliche Bekanntmachung

Die Stadt Telgte hat sich bei der öffentlichen Bekanntmachung der 34. Änderung des FNP einer lang geübten Praxis bedient, die gerichtlich nie beanstandet wurde. Sie hat die Ge-

nehmigung der Bezirksregierung Münster abgedruckt und damit dem Wortlaut des § 6 Abs. 5 BauGB entsprochen.

Seit dem Urteil des 7. Senats des OVG NRW vom 6.12.2017 (7 D 100/15.NE) geht die Rechtsprechung allerdings davon aus, dass die öffentliche Bekanntmachung von FNP mit der Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erhöhten Anforderungen unterliegt. Der FNP ist eigentlich ein vorbereitender Bauleitplan, der nur interne Wirkung erzeugt und Grundlage für die Aufstellung, Änderung oder Aufhebung von Bebauungsplänen ist, die dann erst die verbindliche Außenwirkung schaffen und Baurechte begründen, verändern oder nehmen. Bebauungspläne sind wegen ihrer Wirkung anders bekannt zu machen als der FNP und seine Änderungen. Bebauungspläne sind von ihrer Rechtsnatur her Satzungen und damit Rechtsnormen im materiellen Sinne. Bei Bebauungsplänen (und anderen Rechtsnormen) muss durch die Schlussbekanntmachung für alle Betroffenen deutlich werden, dass sie von diesem Plan (dieser Norm) in ihren rechtlichen Auswirkungen betroffen sind. Bei Bebauungsplänen ist das wegen der überschaubaren Flächengröße, die sie betreffen, unproblematisch. Regelmäßig wird eine Karte mit dem Plangebiet abgedruckt, sodass jeder innerhalb und unmittelbar außerhalb des Plangebietes erkennen kann, dass der Plan für ihn Wirkungen auslöst.

Das OVG NRW hat erkannt, dass einer Konzentrationszonenplanung wegen der unmittelbaren Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB eine ähnliche Wirkung zukommt wie ein Bebauungsplan. Der FNP hat insoweit für die Windenergie „rechtsnormartigen Charakter“ und geht damit über die vorbereitenden Wirkungen des FNP hinaus; er bedarf wegen der Ausschlusswirkung keiner weiteren Umsetzung durch einen Bebauungsplan. Daraus schließt das OVG NRW, dass bei der öffentlichen Bekanntmachung von Konzentrationszonenplanungen für die Planbetroffenen deren Betroffenheit wie bei einem Bebauungsplan deutlich werden muss. Betroffen von der Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB sind nicht die Eigentümer und Vorhabenträger von Projekten innerhalb der Zone. Für sie ändert sie durch die Planung nichts, weil die Privilegierung des § 35 Abs. 1

Nr. 5 BauGB weiterhin voll zum Tragen kommt. Die Rechtsfolge der Ausschlusswirkung tritt vielmehr gerade bei allen Außenbereichsgrundstücken außerhalb der Zonen ein, weil ihre Privilegierung grundsätzlich wirkungslos wird. Deshalb muss – so das OVG – aus der öffentlichen Bekanntmachung nach § 6 Abs. 5 BauGB dieser Effekt deutlich werden. Er muss entweder eindeutig verbal beschrieben oder kartographisch veranschaulicht werden. Allein die Verwendung des Begriffs „Konzentrationszone“ reicht nicht aus, weil es sich dabei um einen zwar für Fachleute gebräuchlichen, aber nicht um einen gesetzlich definierten Begriff handelt.

Nachdem das Bundesverwaltungsgericht zunächst die Revision gegen dieses Urteil des OVG NRW zugelassen hat, hat es durch Urteil vom 29.10.2020 – 4 CN 2.19 – das Urteil des OVG NRW vom 6.12.20017 bestätigt. Da praktisch keine Bekanntmachung eines FNP in NRW diesen bis dahin unbekannten Anforderungen der Rechtsprechung genügt, war mit einem Schlag klar, dass – ohne Anspruch auf vollständige Prüfung – kein älterer FNP ordnungsgemäß bekannt gemacht worden ist.

b) Weitere Folge der fehlerhaften Bekanntmachung

Folge des Bekanntmachungsfehlers ist mittelbar, dass auch der Lauf der Rügefristen in §§ 214, 215 BauGB nicht in Gang gesetzt wird, weil der Fristenlauf einen ordnungsgemäßen Hinweis auf die Rügepflicht und die Rechtsfolgen der Unterlassung voraussetzt. Fehlt ein wirksamer Hinweis, tritt die Wirkung der Unbeachtlichkeit nicht gerügter Fehler nicht ein und § 215 Abs. 1 BauGB (bzw. die früheren Vorgängervorschriften) und der Planerhaltungsgedanke kommen nicht zum Tragen. Ist der FNP nicht ordnungsgemäß bekannt gemacht worden, kann also heute jedermann einwenden, der FNP leide auch an materiellen Fehlern. Das ist hier offenkundig der Fall, weil das mittlerweile etablierte und von der Rechtsprechung eingeforderte Tabukriteriensystem 2002/2003 nicht bekannt war und deshalb die damalige Planung heutigen Ansprüchen nicht genügt.

c) Auswirkung der Rechtsprechung zur Bekanntmachung der Genehmigung für die Stadt Telgte

Die fehlerhafte Bekanntmachung führt ebenso wie die dadurch beachtlichen Abwägungsfehler des Plans dazu, dass die 34. Änderung des FNP nicht ordnungsgemäß bekannt gemacht und damit nicht wirksam geworden ist. Denn die öffentliche Bekanntmachung lässt nicht erkennen, dass sich die Rechtswirkungen der Planung gerade außerhalb der abgebildeten Zonen ergeben. Im Grunde wird die Ausschlusswirkung der Planung nicht hinreichend deutlich. Es wird vielmehr durch die Abbildung der beiden Zonen der Eindruck erweckt, gerade dort träten Rechtsänderungen durch die Planung ein. Das Gegenteil ist der Fall. Der vorliegende Fall ist identisch mit demjenigen, mit dem sich das OVG NRW – dort ging es um die Stadt Linnich – und das Bundesverwaltungsgericht beschäftigt haben.

Ist wegen der fehlerhaften Bekanntmachung die damalige Rügefrist von 7 Jahren nicht in Gang gesetzt worden, sind sämtliche beachtlichen Mängel der Abwägung auch heute noch beachtlich. Dass die damalige Planung heutigen Ansprüchen nicht genügt, bedarf keiner Darlegung. Das Tabukriteriensystem in der heute bekannten Ausprägung ist nicht beachtet worden. Das führt zu einem durchschlagenden Abwägungsfehler und ebenfalls dazu, dass die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht eintritt.

d) Fehlende Ausfertigung

Aus den vorhandenen Unterlagen ist nicht erkennbar, dass der FNP – was erforderlich gewesen wäre (Urteil des OVG NRW vom 24.9.2020 – 7 D 64/18 –) – ausgefertigt worden ist. Auch das ist nachvollziehbar, weil früher beim FNP – anders als bei Bebauungsplänen – eine Ausfertigung vielfach als entbehrlich angesehen worden ist. Angesichts der ohnehin gegebenen Planmängel bedarf es keiner vertieften Prüfung (und eventuell Suche), ob die Ausfertigung doch nachvollziehbar erfolgt ist.

e) Verstoß gegen § 1 Abs. 4 BauGB

Offensichtlich verstößt der FNP auch gegen Ziele der Raumordnung und damit gegen § 1 Abs. 4 BauGB. Auch dabei handelt es sich um einen heute noch beachtlichen Ewigkeitsmangel. Die Festlegung von Windeignungsbereichen im Regionalplan (hier: GEP Münsterland) ist ein bindendes Raumordnungsziel, § 1 Abs. 4 BauGB. Die Stadt hätte deshalb ungeachtet eigener Planungen die Windeignungsbereiche des Regionalplans als Konzentrationszonen des FNP übernehmen und allenfalls Randkorrekturen vornehmen dürfen. An diese raumordnungsrechtliche Vorgabe hat sich die Stadt nicht gehalten. Sie hat vielmehr die beiden Windeignungsbereiche WAF 01 und 05 deutlich verkleinert und letztlich weniger als 30 % der Eignungsfläche als Konzentrationszone dargestellt. Nach dem GEP Münsterland sollten 611 ha der Windenergie zur Verfügung gestellt werden. Die Stadt hat diese (verbindliche) Vorgabe unbeachtet gelassen und sie auf 163 ha reduziert. Damit konterkarierte die kommunale Bauleitplanung die zwingend zu beachtende Regionalplanung und schließt mehr Flächen von der Windenergienutzung aus, als dies verbindlich der Regionalplan vorgab.

Im Ergebnis widerspricht die 34. Änderung des FNP dem damals geltenden GEP Münsterland, weil er die verbindlich vorgegeben 611 ha für die Nutzung der Windenergie auf ca. 163 ha reduziert (Verstoß gegen § 1 Abs. 4 BauGB). Die Planänderung ist darüber hinaus nach den Vorgaben der Rechtsprechung nicht ordnungsgemäß bekannt gemacht und damit nicht in Kraft gesetzt worden. Das führt weiter dazu, dass die Rügefrist des § 215 Abs. 1 BauGB nicht in Gang gesetzt worden ist und jeder anfangs beachtliche Planungsfehler auch heute noch beachtlich ist. Planungsfehler ergeben sich nach heutigen, allerdings maßgeblichen Maßstäben schon aus der Nichtbeachtung des Tabukriteriensystems. Die genannten Mängel sind „offensichtlich", weil die entsprechenden Rechtsfragen höchstrichterlich geklärt sind.

Einem immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsantrag für einen WEA-Standort außerhalb der im FNP 2002/2003 dargestellten Konzentrationszone kann nicht mit Erfolg die 34. Änderung des FNP entgegengehalten werden.

Angesichts des eindeutigen Befundes ist eine weitere Auffächerung der Planungsfehler entbehrlich. Für Rückfragen stehe ich jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Thomas Tyczewski
Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Verwaltungsrecht