

WOLTER  HOPPENBERG

Rechtsanwälte Partnerschaft mbB
gegründet 1924

Konzentrationszonenplanung der Stadt Sendenhorst

von

Thomas Tyczewski
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht

4026/21 TY17

INHALTSVERZEICHNIS

| | |
|---|-----------|
| 1. PROBLEMSTELLUNG | 1 |
| 2. DER PLANUNGSSTAND IN SENDENHORST | 2 |
| a) Gesamt-FNP | 2 |
| b) Die 14. Änderung des FNP | 3 |
| c) Das Urteil des OVG Münster vom 19.9.2006 | 3 |
| 3. PRÜFUNGSMAßSTAB | 4 |
| a) Ausschlusswirkung | 4 |
| b) Beachtlichkeit von Planmängeln, §§ 214 und 215 BauGB | 4 |
| 4. DIE KONZENTRATIONSZONENDARSTELLUNG IM FNP 2007 | 5 |
| a) Materielle Fehler | 5 |
| b) Formelle Fehler – öffentliche Bekanntmachung | 6 |
| c) Formelle Fehler – Ausfertigung | 8 |
| 5. DIE 14. ÄNDERUNG DES VORGÄNGER-FNP 2002 | 9 |
| a) Materielle Mängel | 9 |
| b) Formelle Mängel | 10 |
| (1) Unvollständige Abwägung – partieller Abwägungsausfall | 10 |
| (2) Ausfertigung | 11 |
| (3) Öffentliche Bekanntmachung | 11 |
| 6. SCHLUSSFOLGERUNG | 12 |
| 7. ERGEBNIS | 13 |

1. Problemstellung

Windenergieanlagen (WEA) sind im Außenbereich durch die gesetzgeberische Grundentscheidung in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegiert. Als Korrektiv ist den Gemeinden in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB die Möglichkeit an die Hand gegeben worden, durch die Darstellung von Konzentrationszonen in ihren Flächennutzungsplänen (FNP) WEA räumlich zu bündeln und sie zugleich für den übrigen Außenbereich grundsätzlich auszuschließen. Für den Planungsvorgang hat die Rechtsprechung ein Tabukriteriensystem entwickelt, dessen Anwendung sie in ständiger Rechtsprechung auch einfordert. Das hat vor allem in den letzten knapp 10 Jahren zu einer immer größeren Ausdifferenzierung der Kriterien geführt. Den so erarbeiteten Wirksamkeitsmaßstab legen die Gerichte auch an bestehende Konzentrationszonenplanungen an.

FNP besitzen nach der gesetzlichen Systematik nur den Charakter von vorbereitenden Bauleitplänen, die der verbindlichen Umsetzung durch Bebauungspläne bedürfen. FNP fehlt deshalb die rechtliche Außenwirkung (Kuschnerus, Der sachgerechte Bebauungsplan, 4. Aufl., Rdnr. 49 m.w.N.). Dieser Grundsatz erfährt durch § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB eine Durchbrechung. Die Darstellung von Konzentrationszonen im FNP steuert unmittelbar die Zulässigkeit von Windenergieanlagen ohne dass es eines verbindlichen Bebauungsplanes bedarf. Das Bundesverwaltungsgericht ist deshalb bereits in seinem Urteil vom 20.11.2003 – 4 CN 6.03 – zu der Erkenntnis gelangt, im Anwendungsbereich des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB – also bei Konzentrationszonenplanungen – erfülle der FNP eine dem Bebauungsplan vergleichbare Funktion. Dieser Erkenntnis folgend hat es die Normenkontrolle gegen FNP gem. § 47 VwGO zugelassen, wenn und soweit es um die Wirksamkeit der Konzentrationszone (Ausschlusswirkung) geht. Mehr als eine Dekade später haben dann Oberverwaltungsgerichte die weitere Konsequenz gezogen, dass der rechtsnormartige Charakter der Konzentrationszonenplanungen erfordere, dass auch hinsichtlich der Form- und Verfahrensvorschriften die für Bebauungspläne

geltenden, zumeist strengeren Regeln als bei FNP entsprechend anzuwenden sein (exemplarisch OVG NRW, Urteil v. 6.12.2017 – 7 D 100/15.NE –).

Beide Entwicklungsstränge haben dazu geführt, dass Rechtsbehelfe gegen Konzentrationszonenplanungen überdurchschnittlich oft Erfolg hatten. Das betrifft sowohl Normenkontrollen gegen neue FNP als auch die mittelbare Prüfung von FNP in Genehmigungsrechtsstreiten, in denen es als (entscheidende) Vorfrage darum ging, ob der jeweilige FNP die erwünschte Ausschlusswirkung erzeugt.

Die für Gemeinden schwierige Entwicklung der Rechtsprechung erfordert eine Prüfung der jeweiligen Kommune, ob der eigene FNP die ihm zugedachte Steuerungsfunktion in Genehmigungsverfahren erfüllt. Ist das nicht der Fall, können WEA prinzipiell überall im Außenbereich errichtet werden, wenn es nicht spezifische Genehmigungshindernisse gibt. Das gilt auch für die Stadt Sendenhorst.

2. Der Planungsstand in Sendenhorst

a) Gesamt-FNP

Die Stadt hat in den Jahren 2005 bis 2007 ihren FNP insgesamt neu aufgestellt. Der FNP wurde am 29.3.2007 vom Rat beschlossen, am 24.5.2007 von der Bezirksregierung Münster genehmigt und am 20.6.2007 durch Aushang in Sendenhorst und Albersloh öffentlich bekanntgemacht. Damit ist er am 20.6.2007 in Kraft getreten.

Die Neuaufstellung des FNP enthält auch die Darstellung der beiden Konzentrationszonen „Ahrenhorst/Alst“ (350 ha) und „Jönsthövel“ (75 ha). Die Steuerung der Windenergie spielte im Aufstellungsverfahren nur eine untergeordnete Rolle, wie auch der geringe Umfang auf einer Seite der ansonsten 206 Seiten starken Begründung anschaulich belegt (S. 62 und 63). Eine eigenständige Untersuchung des gesamten Gemeindegebietes hat in der Aufstellungsphase nicht stattgefunden.

b) Die 14. Änderung des FNP

Die Darstellung von Konzentrationszonen im FNP 2007 stellt sich letztlich als Übernahme aus der 14. Änderung des Vorgänger-FNP dar. Das Aufstellungsverfahren hierfür wurde in den Jahren 2001 und 2002 durchgeführt. Die Änderung trat am 22.3.2002 in Kraft. Durch sie wurden die im Gebietsentwicklungsplan für den Regierungsbezirk Münster, Teilabschnitt Münsterland 1, Teil 3: Sachlicher Teilabschnitt „Eignungsbereiche für erneuerbare Energien/Windkraft“ (GEP) festgelegten Windeignungsbereiche WAF 11 und WAF 17 als Konzentrationszonen übernommen. Die zunächst erwogene Darstellung weiterer Flächen wurde im Laufe des Verfahrens verworfen.

c) Das Urteil des OVG Münster vom 19.9.2006

Die 14. Änderung des FNP war Gegenstand eines Rechtsstreits um die Baugenehmigung für eine Windenergieanlage außerhalb der beiden Konzentrationszonen. Der Kreis Warendorf hatte als Baugenehmigungsbehörde den Bauantrag abgelehnt. Daraufhin hat der Bauherr vor dem VG Münster auf Erteilung der Baugenehmigung geklagt. In dem Verfahren ging es u.a. auch darum, ob der GEP und der FNP Sendenhorst dem Vorhaben als öffentlicher Belang gem. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB entgegenstünden. Das VG Münster hat die Klage durch Urteil vom 18.12.2003 abgewiesen. Das daraufhin angerufene OVG Münster wies die Berufung durch Urteil vom 19.9.2006 – 10 A 973/04 – zurück. Beide Gerichte hielten den GEP und den FNP für wirksam.

Da die Urteile in einem „normalen“ Genehmigungsverfahren ergingen, wirken sie nur zwischen den Beteiligten des damaligen Prozesses. Anders als Urteile im Normenkontrollverfahren wirken sie nicht über das damals zur Prüfung gestellte Vorhaben und über den damaligen Antragsteller hinaus. Das Urteil vom 19.9.2006 beantwortet deshalb nicht dauerhaft die Frage, ob die 14. Änderung des FNP auch in anderen Konstellationen wirksam ist. Zwar wird ein Oberverwaltungsgericht nicht ohne Not seine einmal getroffene Meinung zu einer Rechtsfrage ändern. Das ist aber möglich, wenn sich

die Rechtsprechung fortentwickelt und später Probleme in einem anderen Licht gesehen und gelöst werden. Die Rechtskraft des Urteils aus dem Jahre 2006 wirkt sich deshalb heute in Genehmigungsverfahren um andere Vorhaben und durch andere Vorhabenträger nicht mehr aus.

3. Prüfungsmaßstab

a) Ausschlusswirkung

Die vorliegende Prüfung beschränkt sich ausschließlich auf das Spezifikum der Konzentrationszonenplanung. Sie geht der Frage nach, ob der FNP 2007 oder – falls dieser bezüglich der Darstellungen zur Windenergie fehlerhaft sein sollte – die 14. Änderung des Vorgänger-FNP die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erzeugen. Es ist in der Rechtsprechung geklärt, dass eine Verletzung des Tabukriteriensystems oder eine Verletzung von Form- oder Verfahrensvorschriften ausschließlich dazu führt, dass die mit der Planung beabsichtigte Ausschlusswirkung nicht eintritt. Die Zone selbst bleibt als Positivdarstellung ebenso erhalten wie der FNP selbst. Die Wirksamkeit des FNP 2007 steht hier also nicht in Rede. Die Verwendung des Begriffs „unwirksam“ ist deshalb der flüssigeren Lesbarkeit geschuldet – gemeint ist jeweils, dass die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht eintritt.

b) Beachtlichkeit von Planmängeln, §§ 214 und 215 BauGB

Nicht jeder Fehler im Plan oder im Aufstellungsverfahren führt zur Unwirksamkeit. Der Gesetzgeber hat in § 214 Abs. 1 und 2 BauGB geregelt, welche Fehler überhaupt beachtlich sind. Unbeachtliche Fehler bleiben von vornherein wirkungslos. Grundsätzlich verlangt der Gesetzgeber, dass sich die Planbetroffenen mit dem Plan befassen und von ihnen festgestellte Mängel innerhalb einer gesetzlich bestimmten Frist rügen. Die Frist betrug ursprünglich 7 Jahre, dann zwei Jahre und beträgt heute ein Jahr. Die meis-

ten beachtlichen Fehler werden nach Ablauf der Frist unbeachtlich, d.h. sie spielen keine Rolle mehr. Lediglich ganz schwere Fehler sind auch nach Ablauf der Rügefrist und ohne Rüge stets beachtlich („Ewigkeitsmängel“). Die Rügefrist wird aber nur in Gang gesetzt, wenn zutreffend in der öffentlichen Bekanntmachung des Plans darauf hingewiesen wird. Das ist beim FNP 2007 der Fall. Da Rügen nach §§ 214 und 215 BauGB nicht vorgetragen worden sind, sind im Folgenden allein sog. Ewigkeitsmängel von Bedeutung und zu untersuchen. Maßgeblicher Stichtag für die Prüfung ist gem. § 214 Abs. 3 BauGB der Tag der jeweiligen Ratsentscheidung.

4. Die Konzentrationszonendarstellung im FNP 2007

a) Materielle Fehler

Der GEP hatte bis zu seinem Außerkrafttreten und anders als der heutige Regionalplan Münsterland selbst Windeignungsbereiche mit Konzentrationszoneneffekt. Die Festlegungen von Windeignungsbereichen waren Ziele der Raumordnung, die die Kommunen gem. § 1 Abs. 4 BauGB in ihre eigenen Planungen übernehmen mussten. Zahl und Lage von Konzentrationszonen standen damit weitgehend fest und konnten durch die gemeindlichen Planungen nur noch einer Randkorrektur unterzogen werden. Der GEP war wirksam einschließlich der beiden die Stadt Sendenhorst betreffenden Bereiche WAF 11 und WAF 17 (OVG NRW, Urteile v. 28.1.2005 – 7 D 35/03.NE – und v. 19.9.2006 – 10 A 973/04 –, beide juris). Den Vorhaben des GEP folgend hat die Stadt die beiden Eignungsbereiche als Zonen übernommen. Deshalb ist das OVG in seinem Urteil vom 19.9.2006 zu dem Ergebnis gekommen, die 14. Änderung des Vorgänger-FNP weise keinen Mangel auf und erzeuge die Ausschlusswirkung. Da der FNP 2007 die Darstellungen lediglich übernommen hat, gilt diese Aussage auch für ihn. Insoweit ist das Urteil auch weiterhin aktuell. Materielle Fehler lagen nicht vor.

b) Formelle Fehler – öffentliche Bekanntmachung

Gem. § 6 Abs. 5 BauGB ist die Genehmigung des FNP durch die Bezirksregierung ortsüblich bekannt zu machen. Mit der Bekanntmachung wird der FNP wirksam. Deshalb wird üblicherweise in der Bekanntmachung des FNP entweder die Genehmigung der Bezirksregierung im Wortlaut abgedruckt oder auf sie hingewiesen. Die Bekanntmachung zum FNP 2007 enthielt zunächst die vier Beschlusspunkte im Wortlaut, die der Rat in seiner Sitzung am 29.3.2007 beschlossen hatte, und sodann die Feststellung, dass die Bezirksregierung die Neuaufstellung mit Verfügung vom 24.5.2007 genehmigt habe. Diese Vorgehensweise entsprach dem damals Üblichen und wurde auch von den Verwaltungsgerichten nicht beanstandet, wie das Urteil vom 19.9.2006 belegt.

Erstmals durch Urteil vom 6.12.2017 hat der 7. Senat des OVG NRW entschieden, dass FNP, die eine Konzentrationszonendarstellung mit Ausschlusswirkung enthalten, wegen ihrer rechtsnormartigen Wirkung ähnlich wie Bebauungspläne öffentlich bekannt zu machen sind. Das Rechtsstaatsprinzip verlange, dass die Planbetroffenen ihre Betroffenheit erkennen können. Die Bekanntmachung der Genehmigung muss ihren Adressaten den räumlichen Geltungsbereich der Darstellungen hinreichend deutlich machen. Dieser Geltungsbereich ist bei Konzentrationszonenplanungen der gesamte Außenbereich der Gemeinde. Die Verwendung des Begriffs „Konzentrationszone“ sei ebenso ungeeignet wie die kartographische Darstellung der ausgewählten Konzentrationszonen. Dem sind zunächst die anderen mit Windergiesachen befassten Senate des OVG NRW, die erstinstanzlichen Verwaltungsgerichte in NRW, sodann das OVG Lüneburg (Urteil v. 5.3.2018 – 12 KN 144/17 –) und schließlich durch Urteil vom 29.10.2020 auch das Bundesverwaltungsgericht gefolgt (Az.: 4 CN 2.19). Stets ging es dabei um Änderungen von FNP, bei der durch den Hinweis auf Konzentrationszonen das Augenmerk des Betrachters auf die Zone(n) gelenkt wurde, obwohl die Ausschlusswirkung im übrigen Außenbereich der Gemeinde eintritt. Mit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 29.10.2020 wird man diese Rechtsfrage als geklärt ansehen müssen.

Hier besteht indes eine Besonderheit. Die Stadt hat nämlich keine Planänderung, sondern den gesamten FNP neu aufgestellt. Kraft Gesetzes gilt der FNP für das gesamte Gemeindegebiet, § 5 Abs. 1 Satz 1 BauGB. Man kann deshalb mit guten Gründen vertreten, dass jeder Bürger damit rechnen muss, dass ein neu aufgestellter FNP den räumlichen Geltungsbereich der gesamten Gemeinde und damit auch den gesamten Außenbereich erfasst, sodass es keiner besonderen Kennzeichnung im Rahmen der öffentlichen Bekanntmachung nach § 6 Abs. 5 BauGB bedürfe. In diese Richtung zielt auch der einschränkende Vorbehalt des OVG Lüneburg in seinem bereits zitierten Urteil vom 5.3.2018. Dort hat das OVG ausgeführt, dass bei dem erstmaligen Erlass eines FNP noch angenommen werden könne, dass er gemäß der Grundregel des § 5 Abs. 1 Satz 1 BauGB für das gesamte Gemeindegebiet gelt. Anders sei die Rechtslage bei einer bloßen Planänderung, weil sich diese typischerweise nur auf einen Teilbereich des Gemeindegebietes beziehe. Deshalb müsse in der öffentlichen Bekanntmachung deutlich werden, dass Rechtswirkungen nicht nur auf Teilflächen, sondern im gesamten Außenbereich einträten. Der Unterzeichner hält diese Argumentation weiterhin für stringent und maßvoll. Sie würde zu dem Ergebnis führen, dass der FNP 2007 nicht an einem Bekanntmachungsmangel leidet.

Die Rechtsprechung in NRW ist indes einen anderen Weg gegangen. Die Verwaltungsgerichte Minden und Arnsberg haben die Auffassung vertreten, die oben skizzierte Rechtsprechung zu Änderungen des FNP gelte für Neubekanntmachungen erst recht. Durch Urteil vom 25.6.2019 hat das VG Arnsberg entschieden, dass die Neubekanntmachung des FNP der Stadt Olsberg im Hochsauerlandkreis die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht erziele, weil in der öffentlichen Bekanntmachung des FNP nicht gesondert darauf hingewiesen worden sei, dass sich die Ausweisung der Konzentrationszonen außerhalb der Zonen im übrigen Außenbereich auswirke (VG Arnsberg, Urteil v. 25.6.2019 – 4 K 21/18 –). Nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes vom 29.10.2020 hat der 8. Senat des OVG NRW die Rechtsmittelführer in Verfahren, in denen es um die Ausschlusswirkung des FNP ging/geht, auf das Urteil des

Bundesverwaltungsgerichts vom 29.10.2020 hingewiesen. Zu diesen Fällen gehörten auch 5 zugelassene Berufungsverfahren der Stadt Höxter und des Kreises Höxter, bei denen – wie in Sendenhorst – der neu aufgestellte FNP der Stadt Höxter die entscheidende Rolle spielte. Ebenso wie das VG Arnsberg hat das OVG in seinem Hinweis schreiben verlangt, dass auch bei der Neuaufstellung eines FNP auf die Konzentrationszonen und ihre rechtliche Besonderheit gesondert in der öffentlichen Bekanntmachung hingewiesen wird. Zu einem Urteil in den Verfahren aus Höxter wird es nicht kommen, weil Stadt und Kreis ihre Berufungen mittlerweile zurückgenommen haben.

Resümierend muss man insoweit festhalten, dass die Rechtsprechung in NRW auch bei der Bekanntmachung eines neuen FNP besondere Hinweispflichten hinsichtlich der Konzentrationszonenplanung sieht, welchen der FNP 2007 nicht gerecht wird. Es wäre ein hohes Risiko für die Stadt, wenn sie sich dieser deutlich erkennbaren Entwicklung in der Rechtsprechung in NRW entgegenstellt und darauf setzt, dass das Bundesverwaltungsgericht an die Bekanntmachung der Neuaufstellung von FNP andere (niedrigere) Maßstäbe anlegt als bei der Änderung eines FNP. Rechtlich unvertretbar wäre es zwar nicht, aber das Risiko wäre hoch.

c) Formelle Fehler – Ausfertigung

Ein Ausfertigungsmangel liegt nicht vor. Entgegen einer damals üblichen Handhabung hat die Stadt ihren FNP auch ausgefertigt (Anlage 37 der Genehmigungsakte) und die Ausfertigung auch ordnungsgemäß vorgenommen. Die vielen anderen FNP anhaftenden Ausfertigungsmängel hat der FNP 2007 nicht.

Zwischenergebnis: Es spricht nach der Rechtsprechungspraxis in NRW Vieles dafür, dass der FNP 2007 nicht ordnungsgemäß bekannt gemacht worden ist, weil in der Bekanntmachung nach § 6 Abs. 5 Satz 1 BauGB die Besonderheit der Konzentrationszonen und ihrer Ausschlusswirkungen nicht deutlich gemacht worden ist. Da die Maßstäbe für die öffentliche Bekanntmachung von FNP bisher nur für die Änderung von FNP

höchstrichterlich geklärt ist, nicht dagegen für die Neubekanntmachung eines FNP, ist auch eine – von der Handhabung der VG und des OVG NRW abweichende – Auffassung vertretbar, der FNP 2007 sei ordnungsgemäß bekannt gemacht. Der letztgenannte Weg hätte ein hohes Rechtsrisiko.

5. Die 14. Änderung des Vorgänger-FNP 2002

Für den Fall, dass die Konzentrationszonenplanung 2007 die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht erzeugt, stellt sich die Frage, ob für diesen Fall auf die 14. Änderung des alten FNP zurückzugreifen ist. Das ist deshalb von Interesse, weil das OVG NRW in seinem Urteil vom 19.6.2006 die Planänderung als wirksam angesehen hat.

Es bestehen bereits generelle Zweifel, ob im Falle der partiellen Unwirksamkeit eines neu aufgestellten FNP (hier: Darstellungen zur Windenergie) auf die Darstellung eines früheren FNP zurückgegriffen werden kann. Die Frage ist bisher nicht ober- oder gar höchstrichterlich entschieden. Vieles spricht dagegen. Der FNP 2007 ist insgesamt wirksam einschließlich der dargestellten beiden Konzentrationszonen. Er erzielt lediglich nicht den Ausschlusseffekt des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Er hat aber den Vorgänger-FNP nach dem Grundsatz *lex posterior derogat legi priori* (neues Recht verdrängt altes Recht) außer Kraft gesetzt, sodass es problematisch ist, hinsichtlich einzelner Darstellungen auf frühere Änderungsfassungen eines insgesamt nicht mehr wirksamen Bauleitplans zurückzugreifen. Dieser grundsätzlichen Frage muss dann nicht nachgegangen werden, wenn auch die 14. Änderung des Vorgänger-FNP die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht erzeugt.

a) Materielle Mängel

Insoweit gilt das oben Ausgeführte. Schon die 14. Änderung hat im Wesentlichen die beiden Windeignungsbereiche WAF 17 und WAF 11 als Konzentrationszonen über-

nommen. Dagegen ist nichts zu erinnern, wie bereits das OVG NRW im Jahre 2006 festgestellt hat.

b) Formelle Mängel

Die 14. Änderung leidet an 3 durchgreifenden formellen Ewigkeitsmängeln.

(1) Unvollständige Abwägung – partieller Abwägungsausfall

In Sendenhorst gab es ähnlich wie in anderen Gemeinden in NRW früher eine Abwägungspraxis, wonach die in der frühzeitigen Beteiligung nach den §§ 3 Abs. 1 und 4 Abs. 1 BauGB eingegangenen Einwendungen und Anregungen vom zuständigen Ausschuss oder vom Rat nach diesem Verfahrensschritt abgewogen wurden und darauf basierend der Offenlagebeschluss gefasst wurde. Der Rat entschied dann später mit dem Feststellungsbeschluss nur noch über die Einwendungen, die in der Beteiligungsphase der §§ 3 Abs. 2 und 4 Abs. 2 BauGB eingegangen waren. Eine derartige Abschichtung von Einwendungen sieht das Gesetz nicht vor. Vielmehr muss der Rat am Ende des Aufstellungsvorgangs alle abwägungsrelevanten Gesichtspunkte miteinander und untereinander abwägen. Das hat das OVG NRW durch Urteil vom 14.2.2007 – 10 D 31/04.NE – gerade anhand eines Falles aus Sendenhorst festgestellt (s. neuerdings auch OVG NRW, Urteil v. 21.1.2019 – 10 D 23/17.NE –). Im Übrigen war diese – damals neue – Rechtsprechung der Anlass, beim FNP 2007 den bereits einmal gefassten Ratsbeschluss zu wiederholen und ausdrücklich die Einwendungen aus der frühzeitigen Bürger- und Behördenbeteiligung einzubeziehen. 2001 war man jedoch noch nach der damals üblichen Verfahrensweise vorgegangen. Der Beschlussvorschlag für den Rat lautete seinerzeit:

Zu den im Rahmen der Offenlage des Planentwurfes nach § 3 Abs. 2 BauGB vorgebrachten Anregungen wird den in der Vorlage Nr. 21/02 unterbreiteten Beschlussvorschlägen zugestimmt. (Anlage 44)

Rechtlich führt das dazu, dass die Einwendungen aus der frühzeitigen Beteiligung gar nicht abgewogen worden sind.

(2) Ausfertigung

Die 14. Änderung dürfte nicht ordnungsgemäß ausgefertigt worden sein. Bei den Aufstellungsvorgängen findet sich überhaupt kein ausgefertigtes Exemplar. Der als Anlage 47 in der Akte befindliche Plan mit dem Titel „Ausfertigung“ enthält keine Eintragungen. Unterstellt man, dass es andernorts noch eine ausgefüllte Planurkunde gibt, lautet deren Text wie folgt:

Der Rat der Stadt hat gem. § 3 Abs. 2 des Baugesetzbuches in der Sitzung am ...über die vorgebrachten Anregungen entschieden und die 14. Änderung des Flächennutzungsplans beschlossen.

Das OVG NRW hat in seinem Urteil vom 24.9.2020 – 7 D 64/18.NE – eine derartige Ausfertigung für unwirksam gehalten. Bestätigt werden müsse, dass der Rat den vorliegenden, d.h. ausgefertigten Plan mit genau diesem Inhalt beschlossen hat. Es reiche dagegen nicht die bloße Feststellung, dass der Rat die (hier) 14. Änderung des Plans beschlossen habe, weil so nicht die Identität zwischen Beschluss und Plan, sondern nur die Beschlussfassung über die 14. Änderung – mit welchem Inhalt auch immer – dokumentiert werde. Man mag dies für überspannt und rabulistisch halten, es entspricht aber der aktuellen Rechtsprechung des OVG NRW zur Ausfertigung.

(3) Öffentliche Bekanntmachung

Die öffentliche Bekanntmachung erfolgte am 22.3.2002 im Amtsblatt des Kreises Warendorf. Der Bekanntmachungstext lautet:

Die Bezirksregierung Münster hat mit Verfügung vom 15.3.2002 ...die vom Rat der Stadt Sendenhorst in seiner Sitzung am 28.2.2002 festgestellte 14. Änderung des Flächennutzungsplans der Stadt Sendenhorst genehmigt.

Die Änderung des Flächennutzungsplans beinhaltet die Ausweisung von Konzentrationszonen für die Windenergienutzung.

Diese Formulierung macht nicht hinreichend deutlich, dass die Rechtsfolgen der Planung nicht in den Konzentrationszonen, sondern gerade außerhalb eintreten. Mit dieser Fallgestaltung haben sich die verschiedenen Senate des OVG NRW in zahlreichen Entscheidungen und das Bundesverwaltungsgericht in seinem bereits zitierten Urteil vom 29.10.2020 bereits beschäftigt.

6. Schlussfolgerung

Folgt die Stadt dieser Argumentation hat sie einen wirksamen FNP 2007, der aber nicht die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erzeugt; wegen der Besonderheiten der Konzentrationszonenplanung hätte es eines gezielten Hinweises in der Bekanntmachung bedurft, wonach die beiden dargestellten Konzentrationszonen Ausschlusswirkung haben und Windenergieanlagen außerhalb der beiden Zonen grundsätzlich unzulässig sind. Die Ausschlusswirkung kann auch nicht durch die 14. Änderung des Vorgänger-FNP herbeigeführt werden. Unabhängig davon, ob man überhaupt auf diese Änderungsfassung zurückgreifen könnte, erzeugt sie ebenfalls keine Ausschlusswirkung. Sie ist nicht vollständig abgewogen, nicht ordnungsgemäß ausgefertigt und dann auch nicht ordnungsgemäß öffentlich bekannt gemacht worden. Damit schlägt die Privilegierung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB im gesamten Außenbereich der Stadt durch. Die Stadt wird sich deshalb im Sinne einer grundlegenden Weichenstellung entscheiden müssen, ob sie diesen Zustand so belässt und in Zukunft – etwa mit Blick auf den kommenden Mindestabstand von 1.000 m zwischen WEA und Wohngebäuden – auf Steuerung verzichtet oder eine Neuplanung beginnt, um auch in Zukunft steuernd

auf die Anlagenstandorte für WEA Einfluss nehmen zu können. In beiden Fällen muss die Stadt ein Aufstellungsverfahren durchführen. Entweder sie hebt in einem förmlichen Verfahren gem. § 1 Abs. 8 BauGB die Konzentrationszonendarstellung klarstellend auf oder sie beginnt eine neue Planung mit der Möglichkeit, Genehmigungsanträge gem. § 15 Abs. 3 BauGB zurückstellen lassen zu können.

Angemerkt sei, dass die Höhenbegrenzung auf 140 m weiterhin gilt. Sie hat mit der Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nichts zu tun und beruht auf § 5 Abs. 2 Nr. 1 BauGB (Darstellung zum Maß der baulichen Nutzung). Als Darstellung erlangt sie – anders als eine Höhenfestsetzung im Bebauungsplan – keine unmittelbare und verbindliche Außenwirkung, sondern hat den Charakter eines öffentlichen Belangs, der in der nachvollziehenden Abwägung überwunden werden kann (hierzu VG Münster, Urteil v. 2.4.2020 – 10 K 4573/17 –, juris, Rdnr. 82 ff.).

7. Ergebnis

Weder der FNP 2007 noch die 14. Änderung des Vorgänger-FNP erzeugen die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Die Privilegierung von Windenergieanlagen schlägt im gesamten Außenbereich von Sendenhorst durch. Die Höhenbegrenzung auf 140 m ist weiterhin wirksam, aber im Wege der nachvollziehenden Abwägung im Einzelfall im Genehmigungsverfahren überwindbar.

Münster, den 19. März 2021

Thomas Tyczewski
Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Verwaltungsrecht