Verfahrensrechtliche Probleme bei der Genehmigung von Windenergieanlagen

1. Problemstellung und Entwicklung des Problems

Windenergieanlagen (WEA) sind gem. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB im Außenbereich planungsrechtlich privilegiert. Als Ausgleich hat der Gesetzgeber den Kommunen die Möglichkeit eingeräumt, in ihren Flächennutzungsplänen (FNP) Konzentrationszonen darzustellen und so Windenergieanlagen auf bestimmten Außenbereichsflächen zu konzentrieren. Gem. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB sind Standorte außerhalb der Konzentrationszonen regelmäßig unzulässig. Von dieser Planungsmöglichkeit hat die Gemeinde Havixbeck im Jahre 2004 mit der 23. Änderung ihres FNP Gebrauch gemacht.

Im Laufe der Jahre hat die Rechtsprechung die inhaltlichen und formellen Anforderungen an Konzentrationsdarstellungen stetig erhöht. Mittlerweile werden viele für Bebauungspläne geltende Regelungen entsprechend auf FNP mit der Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB angewandt, weil die durch den Plan eintretende Ausschlusswirkung ähnlich wie ein Bebauungsplan unmittelbare Außenwirkung entfaltet („rechtsnormartiger Charakter“).

Die öffentliche Bekanntmachung von FNP erfolgt gem. § 6 Abs. 5 BauGB durch die Veröffentlichung der Genehmigung der Bezirksregierung. So sind praktisch alle Kommunen auch bei der öffentlichen Bekanntmachung von Konzentrationszonenplanungen vorgegangen, ohne dass die Rechtsprechung daran Anstoß genommen hätte. Das gilt auch für die Gemeinde Havixbeck, die in ihrem Amtsblatt vom 27.7.2004 die Genehmigung der Bezirksregierung Münster vom 29.6.2004 veröffentlicht hat. Der Veröffentli-

chung war eine Karte beigefügt, die einen Ausschnitt des Gemeindegebietes mit der dargestellten Konzentrationszone zeigt.

Durch Urteil vom 6.12.2017 hat der 7. Senat des OVG Münster entschieden, dass in der öffentlichen Bekanntmachung einer Konzentrationszonenplanung den Bürgern der Geltungsbereich der Planung deutlich gemacht werden muss. Da die Ausschlusswirkung einer Konzentrationszonenplanung gerade nicht in der Konzentrationszone eintritt – hier wirkt die Privilegierung fort –, sondern im übrigen Außenbereich der Gemeinde – hier entfällt die Privilegierung –, müsse verbal und/oder kartographisch deutlich werden, dass der gesamte Außenbereich der Gemeinde betroffen sei. Eine Karte, die nur einen Teil des Außenbereichs abbilde, genüge diesen Anforderungen nicht (OVG NRW, Urteil v. 6.12.2017 – 7 D 100/15.NE –). Der entsprechende FNP trete damit gar nicht wirksam in Kraft. Dieser Rechtsprechung haben sich schnell die mit Windenergieverfahren befassten anderen Senate des OVG Münster angeschlossen, ebenso sämtliche erstinstanzlichen Verwaltungsgerichte in NRW. Nach dieser Rechtsprechung waren flächendeckend praktisch alle älteren Konzentrationszonenplanungen gar nicht wirksam geworden. Das gilt auch für die 23. Änderung des FNP Havixbeck. Allerdings hat das Bundesverwaltungsgericht Anfang 2019 die Revision gegen das Urteil des OVG Münster vom 6.12.2017 zugelassen, sodass eine höchstrichterliche Entscheidung zur Anwendung des § 6 Abs. 5 BauGB noch ausstand.

Damit entstand in den immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren, die bei den Kreisen und kreisfreien Städten geführt wurden, die Unsicherheit, wie mit den älteren FNP der kreisangehörigen Kommunen umzugehen sei, insbesondere ob ältere Konzentrationszonenplanungen als öffentlicher Belang einem Vorhaben entgegengehalten werden konnten, wenn der Anlagenstandort außerhalb einer dargestellten Konzentrationszone lag. Einerseits stand der FNP dem Vorhaben entgegen. Anderseits wusste man aus einer Fülle von gleichgelagerten Fällen, dass die Gerichte von einer fehlerhaften Bekanntmachung ausgingen. Das führt auf die Frage der Normverwerfungskompetenz. Dieselbe Frage stellte sich auch den Gemeinden bei der Frage, ob das

gemeindliche Einvernehmen nach § 36 BauGB für einen Standort außerhalb der im FNP dargestellten Konzentrationszone erteilt werden musste, wenn dem Vorhaben andere planungsrechtliche Belange nicht entgegenstanden. Das betraf auch die Gemeinde Havixbeck.

Das Landesbauministerium hatte in einem klarstellenden Erlass vom 27.10.2016 zum Umgang mit als fehlerhaft erkannten Bebauungsplänen auf der Grundlage der Rechtsprechung vorgegeben, dass den Kreisen grundsätzlich keine Normverwerfungskompetenz zusteht. Eine Ausnahme gelte nur in Fällen offensichtlicher Fehlerhaftigkeit. Als ein Beispiel erwähnte der Erlass die mittelbare Entscheidung eines Gerichts in dem Genehmigungsverfahren eines anderen Vorhabenträgers, der FNP sei wirkungslos. Die Kreise wurden angehalten, fehlerhafte Bebauungspläne gegenüber den Kommunen zu rügen und ihre Aufhebung notfalls mit den Mitteln der Kommunalaufsicht durchzusetzen. Bis dahin sei von ihrer Wirksamkeit auszugehen. Aus den bereits dargestellten Gründen galt der Erlass auch für Konzentrationszonenplanungen in FNP.

Angesichts des noch laufenden Revisionsverfahrens beim Bundesverwaltungsgericht gingen die meisten Kommunen und Kreise trotz der einheitlichen Entscheidungspraxis in NRW davon aus, dass ihr FNP bzw. der FNP der Standortgemeinde wahrscheinlich fehlerhaft sei, jedoch nicht offensichtlich fehlerhaft. Kreise mit einer anderen Entscheidungspraxis wurden über die Bezirksregierungen angehalten, die fragwürdigen FNP weiter anzuwenden.

Durch Urteil vom 29.10.2020 hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass die Rechtsprechung des OVG Münster zur öffentlichen Bekanntmachung von Konzentrationszonenplanungen mit Bundesrecht in Einklang steht. Damit ist zugleich höchstrichterlich geklärt, dass praktisch alle älteren FNP mit Konzentrationszonenplanungen in NRW nicht wirksam in Kraft gesetzt worden sind und deshalb kein öffentlicher Belang sind, der einem Standort außerhalb einer Konzentrationszone entgegengehalten werden kann (BVerwG, Urteil v. 29.10.2020 – 4 CN 2.19 –). Wir sind nach der Klärung der

Rechtsfrage davon ausgegangen, dass seitdem die Voraussetzungen für eine Normverwerfungskompetenz der Kreise und auch der betroffenen Gemeinden selbst gegeben sind. Das Landesbauministerium und die Bezirksregierungen sehen das anders und nehmen eine Normverwerfungskompetenz dann und nur dann an, wenn der jeweilige FNP der Standortgemeinde bereits Gegenstand einer gerichtlichen Prüfung war und dort die Unwirksamkeit festgestellt wurde.

Nunmehr hat es eine Klärung durch den Beschluss des VG Arnsberg vom 4.3.2021 gegeben. Er betrifft den Fall der Stadt Bad Berleburg und deren FNP aus dem Jahre 2003, in dem ebenfalls eine Konzentrationszone dargestellt ist. Die öffentliche Bekanntmachung aus dem Mai 2003 weist denselben Mangel wie in Havixbeck auf. Der Kreis Siegen-Wittgenstein hatte sich in einem immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren über den FNP Bad Berleburg hinweggesetzt, deren Einvernehmen ersetzt und die Genehmigung erteilt. Das VG Arnsberg hat die Vorgehensweise bestätigt und ausgeführt, weder die Stadt selbst noch der Kreis seien an die offensichtlich nicht wirksam in Kraft gesetzte Planung gebunden. Beide müssten nicht abwarten, bis die 1. Änderung des FNP in einem förmlichen Verfahren aufgehoben worden sei (VG Arnsberg, Beschluss v. 4.3.2021 – 4 L 911/20 –). Der Beschluss ist noch nicht rechtskräftig. Er ist diesem Schreiben als Anlage angehängt.

2. Schlussfolgerung für die Gemeinde Havixbeck

Wir empfehlen der Gemeinde, auf der Grundlage des Beschlusses des VG Arnsberg weiter vorzugehen und die 23. Änderung des FNP nicht mehr als öffentlichen Belang zu behandeln, der einem Vorhaben außerhalb der Zone entgegensteht. Für die 3 WEA in Herkentrup sollte deshalb das gemeindliche Einvernehmen nach § 36 BauGB erteilt werden, wenn/weil andere planungsrechtliche Gründe des § 35 BauGB dem Vorhaben nicht entgegenstehen. Klarstellend sollte der Rat vor der Befassung mit dem konkreten Genehmigungsantrag feststellen, dass die 23. Änderung des FNP angesichts der oben skizzierten Rechtsprechung hinsichtlich der Ausschlusswirkung Einvernehmensent-

scheidungen nicht mehr zugrunde gelegt wird. Damit steht zugleich fest, dass es keine planerische Steuerung von WEA in Havixbeck mehr gibt. Die Gemeinde muss deshalb im Sinne einer Grundsatzentscheidung klären, ob sie es bei diesem Zustand für die Zukunft belassen will oder ob sie neu plant. Belässt sie es bei diesem Zustand, sollte klarstellend die 23. Änderung in einem förmlichen Verfahren aufgehoben werden. Formal müssen dabei alle Verfahrensschritte der §§ 3 und 4 BauGB gegangen werden, weil die Regeln für die Aufstellung von Bauleitplänen gem. § 1 Abs. 8 BauGB auch für deren Aufhebung gelten. In der Sache ist der Aufwand gering, weil der Plan nie in Kraft getreten ist und ohnehin keine Rechtswirkungen entfaltet. Durch die klarstellende Aufhebung werden deshalb auch keine Rechtspositionen entzogen.

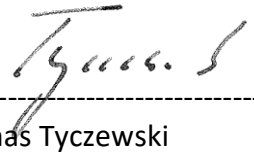
Entscheidet sich die Gemeinde für die Neuplanung, wird sie diese auf der Grundlage geänderter Rahmenbedingungen betreiben müssen; auf den zu erwartenden Mindestabstand von 1.000 m zu Wohngebäuden sei in diesem Zusammenhang hingewiesen (s. § 2 des Entwurfes zur Änderung des AG BauGB NRW). Im Falle der Neuplanung bedarf es keiner klarstellenden Aufhebung der 23. Änderung des FNP. Die Grundsatzentscheidung muss nicht in derselben Sitzung des Rates gefasst werden wie die Erteilung des Einvernehmens und der feststellende Nichtanwendungsbeschluss.

Für den Kreis Coesfeld tritt im Übrigen durch die Einvernehmenserteilung der Gemeinde keine Bindungswirkung ein. Er wird in eigener Zuständigkeit das Planungsrecht und insbesondere seine Normverwerfungskompetenz prüfen müssen. Die Entscheidung des VG Arnsberg vom 4.3.2021 sollte aber Anlass auch für die Bezirksregierung(en) und Kreise sein, die bisherige Rechtsauffassung jedenfalls für die hier in Rede stehende Fallgruppe zu überdenken.

3. Eintragung einer Erschließungsbaulast für den Interessentenweg

Der Bürgermeister sollte auch die Zustimmung zur Eintragung einer Erschließungsbaulast zustimmen. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass die Eintragung oder die Zustimmung zur Eintragung von der Zustimmung der Interessenten abhängt. Herr Kollege Dr. Weber hat in seinem Schreiben vom 1.3.2021 zwar ein Zustimmungserfordernis durch die Interessenten behauptet, aber eine Rechtsgrundlage dafür nicht benannt. Zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen wird auf das Urteil des VG Münster vom 2.11.2006 – 2 K 105/05 – Bezug genommen. Im Übrigen ist nicht erkennbar, welche materiellen Rechte anderer Interessenten durch die Eintragung einer Erschließungsbaulast berührt sein könnten.

Münster, 9. März 2021



Thomas Tyczewski
Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Verwaltungsrecht