

**RECHTSGUTACHTEN**  
**zu Fragen betreffend die Rechtswirksamkeit**  
**von Konzentrationszonen für die Windkraft**  
**im Flächennutzungsplan der**  
**Stadt Bornheim**

erstattet von:

Rechtsanwalt Dr. Tassilo Schiffer  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
und

Rechtsanwältin Dr. Christina Nowak

## INHALTSVERZEICHNIS

|            |                                                                                                                          |           |
|------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>A.</b>  | <b>Fragestellungen und Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.....</b>                                              | <b>2</b>  |
| <b>B.</b>  | <b>Sachverhalt.....</b>                                                                                                  | <b>5</b>  |
| <b>C.</b>  | <b>Rechtliche Würdigung .....</b>                                                                                        | <b>9</b>  |
| <b>I.</b>  | <b>Rechtmäßigkeit des Flächennutzungsplanes der Stadt Bornheim .....</b>                                                 | <b>9</b>  |
|            | 1. Aktuelle Vorgaben der Rechtsprechung .....                                                                            | 9         |
|            | 2. Rückwirkung der Rechtsprechungsänderung .....                                                                         | 12        |
|            | 3. Überprüfung der Vorgehensweise der Stadt Bornheim.....                                                                | 14        |
|            | a) Bestimmung der Konzentrationszonen durch die Stadt Bornheim.....                                                      | 14        |
|            | b) Verfahrens- und Formfehler .....                                                                                      | 14        |
|            | c) Überprüfung der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB.....                                                                   | 21        |
|            | d) Auswirkung der festgestellten Abwägungsfehler .....                                                                   | 26        |
|            | e) Überprüfbarkeit des Abwägungsergebnisses .....                                                                        | 31        |
|            | f) Zwischenergebnis .....                                                                                                | 32        |
|            | 4. Funktionslosigkeit der Vorrangzone.....                                                                               | 32        |
|            | a) Definition: Funktionslosigkeit.....                                                                                   | 32        |
|            | b) Berücksichtigung des Referenzmodells des EEG 2017 .....                                                               | 34        |
|            | c) Reichweite der Funktionslosigkeit .....                                                                               | 36        |
|            | d) Zwischenergebnis .....                                                                                                | 40        |
|            | 5. Prozessuales Vorgehen gegen den Flächennutzungsplan .....                                                             | 41        |
|            | a) Durchführung einer prinzipialen Normenkontrolle .....                                                                 | 41        |
|            | b) Durchführung einer inzidenten Normenkontrolle .....                                                                   | 45        |
| <b>II.</b> | <b>Planerische Empfehlungen – Heilungs- und Sicherungsmöglichkeiten.....</b>                                             | <b>47</b> |
|            | 1. Fehlerheilung nach § 214 Abs. 4 BauGB.....                                                                            | 47        |
|            | 2. Neuaufstellung des gesamten Flächennutzungsplanes.....                                                                | 47        |
|            | 3. Repowering .....                                                                                                      | 48        |
|            | 4. Änderung des Flächennutzungsplanes bei gleichzeitiger Neuaufstellung eines sachlichen Teilflächennutzungsplanes ..... | 48        |

**A. Fragestellungen und Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse**

- 1. Ist die im aktuellen Flächennutzungsplan der Stadt Bornheim dargestellte Vorrangzone für die Windkraft auch mit Blick auf die zwischenzeitlich fortentwickelte Rechtsprechung geeignet, die ihr zugedachte Steuerungswirkung zu erzielen?**

Nein.

Es spricht zunächst – ohne dass dies juristisch abschließend geprüft werden könnte – einiges dafür, dass die Vorrangzone des Flächennutzungsplanes mit Blick auf die Höhenbegrenzung und die damit verbundene potentielle Unwirtschaftlichkeit der Ansiedlung von Windenergieanlagen im betreffenden Bereich unter Geltung des aktuellen Förderregimes im Rechtssinne funktionslos und damit unwirksam geworden ist. Diese Funktionslosigkeit könnte den Festsetzungen jedenfalls im Rahmen einer gerichtlichen Auseinandersetzung mit der Folge entgegengehalten werden, dass die der Konzentrationsflächenausweisung zugedachte Steuerungsfunktion nicht mehr erreicht werden kann.

Unabhängig davon genügt auch die Entwicklung der Vorrangzone für die Windkraft nicht mehr den aktuellen Anforderungen der höchstgerichtlichen Rechtsprechung und ist daher abwägungsfehlerhaft. Diese Fehler des Abwägungsvorganges sind auch nach § 214 Abs. 3 S. 2 BauGB nach wie vor beachtlich und können gerichtlich geltend gemacht werden. Die Rügefrist des § 215 BauGB ist nämlich mangels ordnungsgemäßigem Hinweis auf die Wirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB im Rahmen der Bekanntmachung des Flächennutzungsplanes nicht in Gang gesetzt worden ist.

Es spricht schließlich manches dafür, dass der Flächennutzungsplan in seiner derzeitigen Fassung aufgrund eines Verkündungsmangels jedenfalls insoweit unwirksam ist, wie er Konzentrationszonen für die Windkraft festsetzt. Auch aus diesem Grund kann er die ihm ursprünglich zugedachte Steuerungswirkung in Bezug auf die Windkraft nicht erreichen. Die Bekanntmachung des Flächennutzungsplanes aus dem Jahr 2011 erfüllt nämlich in Bezug auf die Windkraftnutzung nicht die gesetzlich normierten Mindestvoraussetzungen des § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 Alt. 3 BauGB und ist da-

mit fehlerhaft. Dieser Fehler stellt einen stets und zeitlich unbeschränkt beachtlichen sog. Ewigkeitsmangel dar.

2. **Ist die im Flächennutzungsplan vorgesehene Höhenbegrenzung auf 150 m Rotorspitze mit Blick auf die aktuellen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen der Windenergieförderung als „Verhinderungsplanung“ anzusehen mit der Folge, dass die ausgewiesene Vorrangzone ihre Steuerungswirkung verliert?**

Die Frage kann juristisch nicht abschließend beantwortet werden.

Die im Flächennutzungsplan enthaltene Festsetzung der Höhenbegrenzung ist - für sich betrachtet - seinerzeit abwägungsfehlerfrei erfolgt. Unterstellt man, dass unter den aktuellen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen ein wirtschaftlicher Betrieb von Windenergieanlagen in den Konzentrationszonen nicht möglich ist, wäre einerseits die Höhenbegrenzung nach heutigen Maßstäben funktionslos geworden. Diese Funktionslosigkeit führte im Ergebnis zum Entfall der Steuerungswirkung der gesamten Vorrangzone für die Errichtung und Nutzung von Windenergieanlagen.

Andererseits könnte die Höhenbegrenzung im Ergebnis dazu führen, dass der Windkraft in Bornheim nicht mehr substanziell Raum gegeben wird, weil durch die Höhenbegrenzung die Ansiedlung von Windkraftanlagen unter den aktuellen Förderbedingungen in der Vorrangzone so unattraktiv geworden ist, dass die Ansiedlung dort zukünftig unterbleibt. Ob dies tatsächlich der Fall ist, beurteilt sich nicht primär nach rechtlichen Kriterien. Neben der zulässigen Höhe der Windenergieanlage ist vielmehr anhand zahlreicher weiterer Faktoren wie Anlagentyp, Einkaufspreis, Finanzierungsmodalitäten, Strompreisen sowie der Höhe und Entwicklung der Förderbedingungen unter Anwendung des EEG die grundsätzliche Eignung des betreffenden Standortes festzustellen.

3. **Welche Möglichkeiten zur Steuerung der Ansiedlung von Windkraftanlagen bestehen?**

Es bestehen unterschiedliche Möglichkeiten, die identifizierten Problemstellen des Flächennutzungsplanes zu heilen:

Einerseits besteht die Möglichkeit den bestehenden Flächennutzungsplan dahingehend zu ändern, dass die Festsetzung der Konzentrationszonen für die Errichtung und Nutzung von Windenergie aus diesem vollständig herausgenommen werden. Der Plan müsste im Anschluss unter Beachtung der Anforderungen der Rechtsprechung an die Bekanntmachung erneut bekanntgemacht werden. Zeitgleich könnten im Rahmen eines neu aufzustellenden sachlichen Teilflächennutzungsplanes Konzentrationszonen für die Errichtung und Nutzung von Windenergieanlagen neu festgesetzt werden, welche den Anforderungen der Rechtsprechung genügen und gleichzeitig den geänderten Förderbedingungen des EEG 2017 Rechnung tragen.

Andererseits wäre es auch denkbar, entweder den gesamten Flächennutzungsplan neu aufzustellen und dabei die Konzentrationszonen für die Windkraft ergebnisoffen neu zu identifizieren und festzusetzen. Alternativ könnte der bestehende Flächennutzungsplan auch in Bezug auf die Ausweisung von Konzentrationszonen geändert werden.

Die Planungen können ggf. durch Zurückstellungen gemäß § 15 BauGB gesichert werden.

4. **Wie viele Windenergieanlagen sind notwendig, damit Windenergie im Stadtgebiet der Stadt Bornheim „substanziell“ Raum verschafft wird?**

Diese Frage kann rechtlich nicht beantwortet werden.

Absolute Kriterien, anhand derer sich ablesen ließe, ob der Windenergie substantiell Raum gegeben wird, existieren in der Rechtsprechung nicht. Die Obergerichte betonen regelmäßig, dass es sich um auf den konkreten Einzelfall bezogene Entscheidungen handelt. Rechtsprechung, aus der sich Anhaltspunkte bezogen auf die konkrete Anzahl der notwendigen Windenergieanlagen ableiten ließe, existiert dementsprechend nicht.

Es ist aber denkbar, die auf den designierten Konzentrationsflächen potentiell zu erzeugende Strommenge ins Verhältnis zum Strombedarf der Gemeinde zu setzen oder zu ermitteln, wie groß der Anteil der ausgewiesenen Konzentrationszonen an den Potenzialflächen ist und in welchem Verhältnis Konzentrationsflächen und Gemeindeflächen zueinander stehen. Fer-

ner können die entsprechenden Größenverhältnisse in den Nachbargemeinden Aufschluss geben.

## **B. Sachverhalt**

Die Stadt Bornheim hat mit der 29. Änderung des ursprünglichen Flächennutzungsplanes im Jahre 1998 eine Konzentrationszone für die Windkraft im Bereich der L 192 – DB-Linie - Mittelterrassenkante - ausgewiesen. Die bauliche Höhe der Windenergieanlagen wurde innerhalb der Konzentrationszone gem. § 16 Abs. 1 Baunutzungsverordnung (BauNVO) i. V. m. § 5 Abs. 2 Nr. 1 BauGB auf 100 m begrenzt.

Die Ermittlung der Fläche zur Darstellung der Konzentrationszone für die Windkraft erfolgte seinerzeit dergestalt, dass das gesamte Gemeindegebiet mit Blick auf potenziell geeignete Flächen für die Windkraft untersucht wurde. Dabei wurden solche Flächen ausgeschieden, auf die verschiedene, in der damaligen Begründung zur 29. Änderung des Flächennutzungsplanes aufgeführte Negativkriterien zutrafen. Darunter finden sich Kriterien, wie die Einhaltung notwendiger Schutzabstände oder Aspekte des Natur- und Landschaftsschutzes, bei deren Anwendung die davon betroffenen Flächen in rechtlicher und/oder tatsächlicher Hinsicht für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen ausscheiden. Zu den Negativ-Kriterien zählen auch kommunalen Belange des Tourismus oder die Frage des Vorhandenseins von Abgrabungsstandorten, Geprüft wurde weiter, welche Gebiete innerhalb der Gemeinde unter Berücksichtigung von ebenfalls in der Begründung im Einzelnen aufgeführten Positivkriterien besonders für die Windenergie geeignet sind. Der Aspekt der Windhöflichkeit wurde dabei den Positiv-Kriterien zugeordnet.

Unter Berücksichtigung der Negativkriterien verblieb der Bereich östlich der Mittelterrassenkante/DB-Linie und im Süden der Bereich östlich der L 281 als potenziell geeignetes Gebiet. Mit Blick auf konkurrierende Raumnutzungen ist im weiteren Abwägungsprozess der Bereich zwischen der L 281 und Hersel ausgeschieden worden und im Ergebnis der Bereich L 192 - DB-Linie Mittelterrassenkante als im Bornheimer Stadtgebiet geeignet für die Ausweisung einer Konzentrationszone für die Errichtung von Wind-

energieanlagen angesehen und der Flächennutzungsplan entsprechend geändert worden.

Im Jahre 2010/2011 ist der Flächennutzungsplan der Stadt Bornheim insgesamt neu aufgestellt worden. Im Zuge der Neuaufstellung wurde von einer erneuten Ermittlung geeigneter Flächen für eine oder mehrere Vorrangzonen für Windkraftanlagen abgesehen und stattdessen auf die Erkenntnisse aus der 29. Änderung des Flächennutzungsplanes zurückgegriffen.

Überprüft wurde allerdings, ob die im Zuge der 29. Änderung des Flächennutzungsplanes vorgesehene Höhenbegrenzung der Windkraftanlagen auf eine bauliche Höhe von 100 m (Rotorspitze) einem wirtschaftlichen Betrieb entgegensteht. Die Stadt Bornheim hat sich 2010/11 insoweit an dem 60 %-Ertragsnachweis des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG) orientiert, der festlegt, dass nur Strom von solchen Windenergieanlagen vom Netzbetreiber zu einem festgelegten Preis abgenommen werden muss, die mindestens 60 % des Ertrags einer baugleichen Anlagen an einem optimalen Referenzstandort erreichen. Dies war bei bestehenden Anlagen in Bornheim (86 m Rotorspitze) und in Wesseling (139 m Rotorspitze) nicht der Fall. Lediglich für eine geplante Anlage mit 179 m (Rotorspitze) konnte seinerzeit der Nachweis geführt werden. Fachgutachterlich wurde sodann festgestellt, dass im Bereich der angestrebten Konzentrationszonen Gesamthöhen von 150 m bis 160 m (Rotorspitze) notwendig sind, um einen wirtschaftlichen Betrieb der Anlagen im Sinne des 60 %-Nachweises zu erreichen.

Unter dem Eindruck dieser sachverständigen Feststellungen und eines Ergänzungsgutachtens hat die Stadt Bornheim seinerzeit beschlossen, die maximale Höhe von Windenergieanlagen innerhalb der Konzentrationszone auf 150 m Rotorspitze festzulegen. Im Gegenzug für den aus Sicht der Stadt Bornheim damit verbundenen Mehreingriff in das Landschaftsbild durch die höheren Anlagen ist im Zuge der Neuaufstellung des Flächennutzungsplanes der Stadt Bornheim im Jahre 2010/2011 die mit der 29. Änderung des ursprünglichen Flächennutzungsplanes dargestellte Konzentrationszone verkleinert worden. Darüber hinaus wurden die Flä-

chen in zwei Teilflächen unterteilt, um die in dem Bereich geltenden Schutzabstände zu der dort verlaufenden Stromtrasse einzuhalten.

In den im aktuell gültigen Flächennutzungsplan der Stadt Bornheim dargestellten Konzentrationszonen sind derzeit maximal drei höhenbegrenzte Windkraftanlagen genehmigungsfähig.

Infolge des im Zuge der EEG-Novelle eingeführten Ausschreibungsverfahrens für die Förderung von Windkraftanlagen sind die Anforderungen an die je Windkraftanlage erzeugte Windstrommenge, die für einen wirtschaftlichen Betrieb notwendig sind, gestiegen. Offenbar führt dies dazu, dass die höhenbegrenzte Vorrangzone für die Windkraft in der Stadt Bornheim für die Betreiber von Windkraftanlagen nicht mehr attraktiv ist.

Die Verwaltung befürchtet, dass vor dem skizzierten Hintergrund die Darstellung der Konzentrationszone für die Windkraft im Geltungsbereich des Flächennutzungsplanes der Stadt Bornheim ihre Steuerungswirkung mit der Folge verliert oder bereits verloren hat, dass Windkraftanlagen im gesamten Stadtgebiet grundsätzlich planungsrechtlich zulässig sein können.

Vor diesem Hintergrund bittet die Stadt Bornheim um rechtsgutachterliche Beantwortung der skizzierten Fragestellungen:

1. Ist die im aktuellen Flächennutzungsplan der Stadt Bornheim dargestellte Vorrangzone für die Windkraft auch mit Blick auf die zwischenzeitlich fortentwickelte Rechtsprechung geeignet, die ihr zugedachte Steuerungswirkung zu erzielen?
2. Ist die im Flächennutzungsplan vorgesehene Höhenbegrenzung auf 150 m Rotor spitze mit Blick auf die aktuellen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen der Windenergieförderung als „Verhinderungsplanung“ anzusehen mit der Folge, dass die ausgewiesene Vorrangzone ihre Steuerungswirkung verliert?
3. Welche Möglichkeiten zur Steuerung der Ansiedlung von Windkraftanlagen bestehen?

4. Wie viele Windenergieanlagen sind notwendig, damit der Windenergie im Stadtgebiet der Stadt Bornheim „substanziell Raum“ verschafft wird?

## **C. Rechtliche Würdigung**

### **I. Rechtmäßigkeit des Flächennutzungsplanes der Stadt Bornheim**

Windkraftanlagen zählen zu den nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB im Außenbereich grundsätzlich bauplanungsrechtlich privilegierten Anlagen, die zulässig sind, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen und eine ausreichende Erschließung gesichert ist. Das vom Gesetzgeber geschaffene Instrument für die planerische Steuerung der Ausweisung von Vorrangzonen für Windkraft im Außenbereich und damit rechtlicher Ausgangspunkt für die Rechtsfortbildung der Gerichte, ist der Planvorbehalt gemäß § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB.

Vor dem Hintergrund der Regelung des Flächenbedarfs von Windenergieanlagen besteht der Grundgedanke der Norm darin, dass die planende Gemeinde durch gezielte Standortzuweisungen im Flächennutzungsplan das übrige Plangebiet von Windenergieanlagen freihalten kann. Im Flächennutzungsplan können dementsprechend gemäß § 5 Abs. 2 Nr. 1 BauGB Vorrangzonen für Windkraft ausgewiesen werden

(vgl. Battis/Krautzberger/Löhr, Kommentar zum BauGB, 13. Aufl. 2016, § 35, Rn. 111).

#### **1. Aktuelle Vorgaben der Rechtsprechung**

Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (im Folgenden: BVerwG) verlangte bis etwa ins Jahr 2007 das Vorliegen eines schlüssigen gesamträumlichen Planungskonzeptes, welches lediglich umfasste, dass sich die planerische Abwägung erkennbar auf alle Belange der positiv festgelegten und der ausgeschlossenen Standorte erstreckte. Lediglich eine gezielte Verhinderungsplanung war dem Plangeber verwehrt

(BVerwG, Urteil vom 13.3.2003 – 4 C 4/02, juris, Rn. 15).

Seit etwa 2012 nimmt das BVerwG auf der Ebene des Abwägungsvorgangs eine in drei Arbeitsschritte gegliederte Prüfung vor, deren Vorgaben durch den Plangeber eingehalten werden müssen. Diese Prüfung beruht

auf dem Gedanken, dass die gemeindliche Entscheidung nicht nur Auskunft darüber geben soll, von welchen Erwägungen die positive Standortzuweisung getragen wird, sondern auch deutlich macht, welche Gründe es rechtfertigen, den übrigen Planungsraum von Windenergieanlagen freizuhalten

(exemplarisch: BVerwG, Beschluss vom 24.3.2015 – 4 BN 32/13 –, juris, Rn. 22; BVerwG, Urteil vom 13.12.2012 – 4 CN 1/11 –, juris, Rn. 9 f.).

In einem ersten Schritt sind diejenigen Bereiche des Gemeindegebiets als Tabuzonen zu ermitteln, die sich für die Nutzung der Windenergie nicht eignen. Die Tabuzonen lassen sich in zwei Kategorien einteilen. In harten Tabuzonen ist die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen aus tatsächlichen und/oder rechtlichen Gründen schlechthin ausgeschlossen. In einem zweiten Schritt sind die weichen Tabuzonen zu bestimmen. Dies sind diejenigen Zonen, in denen die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen zwar tatsächlich und rechtlich möglich ist, in denen aber nach den allgemeinen städtebaulichen Vorstellungen, die die Gemeinde anhand eigener Kriterien entwickeln darf, keine Windenergieanlagen aufgestellt werden sollen

(BVerwG, Beschluss vom 09. Februar 2015 – 4 BN 20/14 –, juris, Rn. 7; BVerwG, Urteil vom 13.12.2012 – 4 CN 1/11 –, juris, Rn. 12; OVG Münster, Urteil vom 21.1.2019 – 10 D 23/17.NE –, juris, Rn. 80; Schrödter, Kommentar zum BauGB, 9. Aufl. 2019, § 5, Rn. 120 ff.; EZBK, Kommentar zum BauGB, 131. EL Oktober 2018, § 35, Rn. 124 b f.).

Nach Abzug der harten und der weichen Tabuzonen bleiben in einem dritten Schritt die so genannten Potenzialflächen übrig, die für die Darstellung von Konzentrationszonen im Flächennutzungsplan grundsätzlich in Betracht kommen. Sie sind in den betreffenden Bereichen jeweils zu den konkurrierenden Nutzungen in Beziehung zu setzen, das heißt, die öffentlichen Belange, die gegen die Darstellung des konkreten Landschaftsraums als Vorrangzone für Windenkraft sprechen, sind mit dem Anliegen abzuwägen, der Windenergienutzung an geeigneten Standorten eine Chance zu geben, die ihrer Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB gerecht wird

(BVerwG, Urteil vom 13.12.2012 – 4 CN 1/11 –, juris, Rn. 10; OVG Münster, Urteil vom 21.1.2019 – 10 D 23/17.NE –, juris, Rn. 85; .; EZBK, Kommentar zum BauGB, 131. EL Oktober 2018, § 35, Rn. 124 b).

Als Ergebnis der Abwägung muss der Windenergie in substantieller Weise Raum verschafft worden sein. Welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit der Windkraft substantiell Raum verschafft wurde, hat die Rechtsprechung bisher offen gelassen. Das BVerwG hat eine mathematisch bestimmbare Größe oder Relation zurückgewiesen und betont, es handle sich um eine Frage der Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse im jeweiligen Planungsraum, deren Beantwortung zudem den Tatsachengerichten vorbehalten sei

(OVG Münster, Urteil vom 21.1.2019 – 10 D 23/17.NE –, juris, Rn. 87, 106; BVerwG, Beschluss vom 29.3.2010 – 4 BN 65/09 –, juris, Rn. 5; BVerwG, Urteil vom 24.1.2008 – 4 CN 2/07 –, juris, Rn. 11; Schrödter, Kommentar zum BauGB, 9. Aufl. 2019, § 5, Rn. 127 ff.; EZBK, Kommentar zum BauGB, 131. EL Oktober 2018, § 35, Rn. 124 f).

In dieser Konsequenz hat das BVerwG verschiedene Modelle und Herangehensweisen der jeweiligen Planungsträger gebilligt, einschränkend aber klargestellt, dass die von den Tatsachengerichten entwickelten Kriterien nur dann revisionsrechtlich hinzunehmen sind, wenn sie nicht von einem Rechtsirrtum infiziert sind, gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verstoßen oder ansonsten für die Beurteilung des Sachverhalts schlechthin ungeeignet sind

(BVerwG, Urteil vom 13.12.2012 – 4 CN 1/11 –, juris, Rn. 18; BVerwG, Beschluss vom 22.4.2010 – 4 B 68/09 –, juris, Rn. 6 f.; BVerwG, Urteil vom 20.5.2010 – 4 C 7/09 –, juris, Rn. 28).

Alle Entscheidungen haben gemein, dass stets das Abstellen auf ein isoliertes Kriterium als unzureichend bewertet wurde

(exemplarisch: BVerwG, Beschluss vom 12.5.2016 – 4 BN 49/15 –, juris, Rn. 5; OVG Münster, Urteil vom 1.7.2013 – 2 D 46/12.NE –, juris, Rn. 87; so auch:

EZBK, Kommentar zum BauGB, 131. EL Oktober 2018, § 35, Rn. 124 f).

Vielmehr verlangt wird eine auf die örtlichen Besonderheiten maßgeschneiderte Abwägung, wozu beispielsweise eine Relation zwischen der Gesamtfläche des Gemeindegebietes und der ausgewiesenen Vorrangzonen gebildet, die Anzahl sowie der Energiemenge der Windkraftanlagen am Bedarf der Gemeinde abgewogen oder etwa die Größe der im maßgeblichen Regionalplan vorgesehenen Mindestgröße für Konzentrationszonen mitbetrachtet wurde

(BVerwG, Beschluss vom 22.4.2010 – 4 B 68/09 –, juris, Rn. 6 f.; OVG Münster, Urteil vom 1.7.2013 – 2 D 46/12.NE –, juris, Rn. 87).

Das BVerwG spricht in diesem Kontext generalisierend davon, dass es der Gemeinde verwehrt ist, den Flächennutzungsplan als Mittel zu benutzen, um unter dem Deckmantel der Steuerung, Windkraftanlagen in Wahrheit zu verhindern

(BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15/01, NVwZ 2003, 733, 735).

Erkennt der Rat der planenden Gemeinde im Rahmen seiner Planabwägung, dass der Windenergie durch die betreffende Planung gerade nicht substanziell Raum verschafft wird, so ist der Rat gehalten, sein Konzept zu überprüfen und gegebenenfalls zu ändern. Will der Rat trotzdem an dem von ihm aufgestellten Konzept festhalten, muss konsequenterweise angenommen werden, dass eine planerische Steuerung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB gleichzeitig entfällt

(BVerwG, Urteil vom 24.1.2008 – 4 CN 2/07 –, juris, Rn. 15; EZBK, Kommentar zum BauGB, 131. EL Oktober 2018, § 35, Rn. 124 b).

## **2. Rückwirkung der Rechtsprechungsänderung**

Zu prüfen ist zunächst, ob der Flächennutzungsplan der Stadt Bornheim, der zeitlich vor der Änderung der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung

in Kraft getreten ist, im Falle einer Überprüfung an der veränderten Rechtsauslegung gemessen würde.

Dogmatisch handelt es sich um eine veränderte Rechtsauslegung der Gerichte und nicht etwa um eine Änderung der Gesetzesvorschriften. Höchststrichterliche Urteile sind kein Gesetzesrecht und erzielen auch keine vergleichbare Rechtsbindung. Durch das Abweichen von einer früher vertretenen Rechtsansicht, also durch Veränderung einer Rechtsauslegung, verstößt ein Richter nicht gegen Art. 20 Abs. 3 GG

(BVerfG, Beschluss vom 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 –, juris, Rn. 42; BGH, Urteil vom 29.2.1996 – IX ZR 153/95 –, juris, Rn. 25).

Das BVerwG und die Obergerichte wenden daher das der Rechtsprechung entwickelte Planungskonzept – ohne weitere Erläuterung – auch auf alte Flächennutzungspläne aus der Zeit vor dieser Rechtsprechung an

(siehe etwa: BVerwG, Urteil vom 13.12.2012 – 4 CN 1/11 –, juris; OVG Münster, Urteil vom 1.7.2013 – 2 D 46/12.NE –, juris, Rn. 6).

Folglich gilt die Präzisierung der Anforderungen an einen fehlerfreien Abwägungsvorgang durch die Rechtsprechung für alle zur Überprüfung anstehenden Planungsentscheidungen unabhängig davon, wie weit sie zurückreichen

(OVG Weimar, Urteil vom 08.4.2014 – 1 N 676/12 –, juris, Rn. 85; Blessing, M., Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen, 1. Aufl. 2016, S. 13, Rn. 59-62).

Der Flächennutzungsplan der Stadt Bornheim muss sich daher im Ergebnis an den präzisierten Vorgaben der Rechtsprechung messen lassen. Hinzu kommt, dass das BVerwG betont, dass seiner Ansicht nach dem Plangeber gerade bezogen auf die Unterteilung in harte und weiche Tabuzonen nichts Unmögliches abverlangt werde. An der Vereinbarkeit mit § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB und § 1 Abs. 7 BauGB müsse sich jede Planung messen lassen

(BVerwG, Urteil vom 13.12.2012, – 4 CN 1/11 –, juris, Rn. 14).

### **3. Überprüfung der Vorgehensweise der Stadt Bornheim**

#### **a) Bestimmung der Konzentrationszonen durch die Stadt Bornheim**

Die Stadt Bornheim hat im Rahmen der Neuaufstellung des Flächennutzungsplanes im Jahr 2011 auf eine vollständige und gebietsweite Neuermittlung geeigneter Flächen zwecks Ausweisung als Konzentrationszonen verzichtet und stattdessen auf die Erkenntnisse aus der 29. Änderung des damaligen Flächennutzungsplanes aus dem Jahr 1998 zurückgegriffen.

Im Jahr 1998 hatte die Stadt Bornheim anhand der von ihr identifizierten Negativ-Kriterien, dazu zählten: Schutzabstände, Aspekte des Natur- und Landschaftsschutzes, Belange des Tourismus und etwa das Vorhandensein von Abgrabungsstandorten, Flächen ausgeschieden. Im Anschluss erfolgte eine Prüfung der Flächen am Maßstab der Positiv-Kriterien wie etwa der Windhöflichkeit. Unter Berücksichtigung der Kriterien und mit Blick auf konkurrierende Raumnutzungen ist im weiteren Abwägungsprozess letztlich der Bereich L 192 - DB-Linie Mittelterrassenkante als im Bornheimer Stadtgebiet geeignet für die Ausweisung einer Konzentrationszone für die Errichtung von Windenergieanlagen angesehen und der Flächennutzungsplan entsprechend geändert worden.

Im Jahr 2010/11 wurde die maximale Höhe von Windenergieanlagen innerhalb der Konzentrationszone auf 150 m Rotorspitze festgelegt. Gleichzeitig wurde die dargestellte Konzentrationszone verkleinert und aufgrund der einzuhaltenden Schutzabstände in zwei Teilflächen unterteilt.

#### **b) Verfahrens- und Formfehler**

Eine vollständige Überprüfung auf Verfahrens- und Formfehler wurde nicht angestellt. Geprüft wurde aber, ob der Flächennutzungsplan der Stadt Bornheim bzw. dessen Genehmigung gemäß § 6 Abs. 5 BauGB im Jahr 2011 ordnungsgemäß bekannt gemacht wurde.

**aa) Fehlender Hinweis auf die Festsetzung von Vorrangzonen in der Bekanntmachung**

Ein Flächennutzungsplan erfüllt im Anwendungsbereich von § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB eine einem Bebauungsplan vergleichbare Funktion. Er besitzt daher – jedenfalls insoweit – die Wirkung einer Rechtsnorm.

(OVG Münster Urteil vom 6.12.2017 – 7 D 100/15.NE – , juris, Rn. 33, 35).

Im Grundsatz gilt, dass Rechtsnormen in der Weise der Öffentlichkeit bekanntzumachen sind, dass sich die Betroffenen in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt verlässlich Kenntnis verschaffen können

(OVG Münster Urteil vom 6.12.2017 – 7 D 100/15.NE – , juris, Rn. 31 ff.).

Für Flächennutzungspläne sieht § 6 Abs. 5 BauGB die ortsübliche Bekanntmachung ihrer Genehmigung durch die höhere Verwaltungsbehörde vor.

Aus rechtsstaatlichen Gründen ist es dabei erforderlich, dass den Adressaten der Bekanntmachung der räumliche und gegenständliche Regelungsinhalt der Darstellungen, die Rechtsnormqualität haben, hinreichend deutlich gemacht wird. Mindestvoraussetzung für eine wirksame Bekanntgabe ist nach § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 Alt. 3 BauGB, dass der mit der Bekanntmachung des Flächennutzungsplanes verfolgte Hinweiszweck erreicht worden ist

(BVerwG, Urteil vom 6.7.1984 – 4 C 22/80 –, juris, Rn. 19; OVG Lüneburg, Urteil vom 5.3.2018 – 12 KN 144/17 –, juris, Rn. 41 ff.).

Werden Konzentrationszonen für die Errichtung und Nutzung von Windenergieanlagen dargestellt, gehört wegen der Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB grundsätzlich der gesamte Außenbereich der Gemeinde zum räumlichen Geltungsbereich

(OVG Münster, Urteil vom 6.12.2017 – 7 D 100/15.NE –, juris, Rn. 40 ff.; OVG Münster, Urteil vom 21.1.2019 – 10 D 23/17.NE –, juris, Rn. 57).

Mit anderen Worten ist erforderlich, dass die Bekanntmachung eines Flächennutzungsplanes, der Vorrangzonen für Windkraft festsetzt, einen zusätzlichen, dies erwähnenden Hinweis enthält. Mit Blick darauf, dass im vorliegenden Fall die Bekanntmachung des gesamten Gemeindegebiet umfassenden Flächennutzungsplanes in Rede steht, mag man diese Voraussetzung noch als erfüllt ansehen.

(Vgl. OVG Lüneburg Urt. v 05.03.2018 – 12 KN 144/17, juris Rdn. 42)

Die Bekanntmachung enthält aber überhaupt keinen Hinweis darauf, dass dem in Rede stehenden Flächennutzungsplan die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB in Bezug auf Windräder zukommt.

Die Bekanntmachung ist daher nicht geeignet, aus sich heraus eine hinreichende Information der Normadressaten über den Rechtscharakter der fraglichen Darstellungen im Flächennutzungsplan sicherzustellen

(vgl. OVG Münster, Urteil vom 6.12.2017 – 7 D 100/15.NE –, juris, Rn. 40 ff.; OVG Münster, Urteil vom 21.1.2019 – 10 D 23/17.NE –, juris, Rn. 57).

Folglich ist die Bekanntmachung des Flächennutzungsplanes der Stadt Bornheim jedenfalls in Bezug auf die Darstellung der Konzentrationszonen für die Windkraft fehlerhaft.

Zweifelhaft ist, ob dieser Bekanntmachungsfehler den gesamten Flächennutzungsplan infiziert oder sich lediglich auf die Darstellung eines Flächennutzungsplanes mit den Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB für die Windkraftanlagen beschränkt.

Für eine Beschränkung der Unwirksamkeit auf die Darstellung eines Flächennutzungsplanes mit den Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB spricht zunächst, dass nur diese Darstellungen überhaupt die qualifizierten Bekanntmachungsanforderungen auslösen. Daneben entspricht es gesicherter Rechtsprechung, dass – soweit ein Flächennutzungsplan der Normenkontrolle zugänglich ist – sich eine etwaige Feststellung der Unwirksamkeit lediglich auf den Bereich beschränken darf, der die einer Rechtsvorschrift vergleichbare Wirkung entfaltet.

(zuletzt BVerwG Urt. v 4.12.2018 – 4 CN 3.18, Rdn. 29 mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung)

Schließlich betraf die Bekanntmachung in den Fällen, die den beiden genannten Urteilen des OVG Münsters zugrunde jeweils keinen vollständigen Flächennutzungsplan sondern lediglich eine Flächennutzungsplanänderung bzw. einen Teilflächennutzungsplan und sind für die vorliegend relevante Fragestellung daher nur beschränkt aussagekräftig.

(vgl. OVG Münster, Urteil vom 6.12.2017 – 7 D 100/15.NE –, juris, Rn. 43; OVG Münster, Urteil vom 21.1.2019 – 10 D 23/17.NE –, juris, Rn. 57).

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die Rechtsprechung zur Unwirksamkeit von Bebauungsplänen in Folge von Verkündungsmängeln

(Vgl. z.B. OVG Berlin Brandenburg Urt. v. 23.11.2017 – OVG 2 A 17.15, juris Rdn. 60 ff. mit weiteren Nachweisen)

nur dann nicht die Gesamtunwirksamkeit des Plans zur Folge haben soll, wenn die übrigen Festsetzungen für sich betrachtet noch eine den Anforderungen des § 1 Abs. 3 BauGB gerecht werdende, sinnvolle städtebauliche Ordnung bewirken können und zusätzlich die Gemeinde nach ihrem im Planungsverfahren zum Ausdruck gekommenen Willen im Zweifel auch einen Plan dieses eingeschränkten Inhalts beschlossen hätte.

Überträgt man diese Überlegung auf den vorliegenden Flächennutzungsplan spricht einiges dafür, dass die Stadt Bornheim den Flächennutzungsplan ohne die steuernden Regelungen zur Windkraft nicht in Kraft gesetzt hätte. Insoweit ist nämlich zu berücksichtigen, dass ein vorhandener Flächennutzungsplan außer Kraft tritt, sobald ein neuer wirksam wird. Eines besonderen Aufhebungsverfahrens oder eines auf Aufhebung gerichteten Feststellungsbeschlusses bedarf es aus der Sicht des Bundesrechts nicht.

(Brüggemann-Gierke/Lenz, BauGB, § 6 Rdn. 267)

Ausweislich der Begründung zur Neuaufstellung des Flächennutzungsplanes war es ein zentrales Ziel der Flächennutzungsplanung die Ansiedlung von Windkraftanlagen im Gemeindegebiet auch zukünftig zu steuern. Bereits mit der 29. Änderung des ursprünglichen Flächennutzungsplanes hat-

te die Stadt Bornheim allerdings einen Flächennutzungsplan, dem grundsätzlich eine Windkraftbezogene Steuerung beigelegt worden ist. Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Gemeinde diese Steuerungswirkung in Bezug auf die Windkraft zu Gunsten des neuen Flächennutzungsplanes auf das Spiel gesetzt hätte. Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass es höchstrichterliche Rechtsprechung zu der Frage, wie sich ein Bekanntmachungsfehler im Zusammenhang mit Darstellung eines Flächennutzungsplanes mit den Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB auf die Wirksamkeit des Gesamtflächennutzungsplanes auswirken, nicht auffindbar war.

Insoweit birgt das gefundene Ergebnis eine gewisse Rechtsunsicherheit; klar ist aber, dass jedenfalls die Wirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB nicht wirksam herbeigeführt worden sind.

**bb) Hinweis auf das Schriftformerfordernis**

Ferner könnte der Hinweis in der Bekanntmachung über das Wirksamwerden des Flächennutzungsplanes vom 15. Juni 2011 an einem weiteren formalen Fehler leiden.

Ausgangspunkt ist der Wortlaut der Bekanntmachung. Diese besagt – verkürzt dargestellt –, dass gemäß § 215 BauGB Fehler nach § 214 BauGB unbeachtlich werden, wenn sie nicht innerhalb eines Jahres schriftlich gegenüber der Stadt geltend gemacht werden.

Die von der Stadt Bornheim gewählte Formulierung, Fehler müssen schriftlich geltend gemacht werden, entspricht dem Wortlaut des § 215 Abs. 1 BauGB.

Demgegenüber ist in der Kommentarliteratur anerkannt, dass unter das Schriftformerfordernis auch die Erklärung zur Niederschrift gegenüber der Gemeinde fällt

(Battis/Krautzberger/Löhr, Kommentar zum BauGB, 13. Aufl. 2016, § 215, Rn. 5; EZBK, Kommentar zum BauGB, 131. EL Oktober 2018, § 215, Rn. 32).

Dieser Hinweis fehlt vorliegend. Dies könnte dazu führen, dass die Ausschlusswirkung des § 215 Abs.1 BauGB vorliegend nicht eingetreten ist.

Für Auslegungsbekanntmachungen, die im Aufstellungsverfahren eines Flächennutzungsplanes auf einer zeitlich vorgelagerten Prüfungsebene gegenüber der Bekanntmachung über das Wirksamwerden durchgeführt werden, ist in der Rechtsprechung zwischenzeitlich anerkannt, dass die Formulierung, Stellungnahmen könnten bei der Antragsgegnerin schriftlich oder zur Niederschrift vorgebracht werden, geeignet ist, einzelne Bürger von einer Beteiligung im Aufstellungsverfahren abzuhalten.

(OVG Münster Urt. v. 14.03.2019 – 2 D 71/17.NE, juris Rdn. 46)

§ 3 Abs. 2 BauGB schreibt diese Form nicht vor, sodass zum Beispiel auch eine Stellungnahme per E-Mail zulässig ist.

Ältere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ging demgegenüber noch davon aus, dass die Formulierung, Bedenken und Anregungen könnten „*schriftlich oder zur Niederschrift*“ vorgetragen werden, nicht dem Gesetz widerspreche, weil es notwendig sei, dass die Argumente, die für oder gegen eine Überarbeitung der Bauleitplanung sprächen, schriftlich niedergelegt würden

(BVerwG, Beschluss vom 28.1.1997 – 4 NB 39/96 –, juris, Rn. 9).

Damit dürfte das Gericht allerdings die Abgrenzung zu lediglich mündlich vorgetragenen Argumenten im Blick gehabt haben. Daran festzuhalten erscheint angesichts der inzwischen weit verbreiteten elektronischen Übertragungswege überholt

(OVG Münster, Urteil vom 21.1.2019 – 10 D 23/17.NE –, juris, Rn. 64-67).

Fraglich ist mithin, ob genannte Rechtsprechung auf die Bekanntmachung zum Wirksamwerden eines Flächennutzungsplanes übertragen werden muss und daher der Verweis auf die Schriftlichkeit unzulässig prohibitiv wirkt.

Während diesbezügliche Rechtsprechung nicht auffindbar war, geht die Kommentarliteratur davon aus, die Wiedergabe des Wortlautes von § 215 Abs. 1 S. 1 BauGB sei zulässig und ausreichend

(Brügelmann, Kommentar zum BauGB, 109. Lfg. Januar 2019, § 215, Rn. 80; Battis/Krautzberger/Löhr, Kommentar zum BauGB, 13. Aufl. 2016, § 215, Rn. 2; EZBK, Kommentar zum BauGB, 131. EL Oktober 2018, § 215, Rn. 52).

Das BVerwG betont daneben in ständiger Rechtsprechung, dass die Schriftform im vorliegenden Kontext vor allem eine Dokumentationsfunktion habe. Das Element der Schriftlichkeit diene der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit, indem die Nachweisbarkeit der fristgerecht erhobenen Rüge gewährleistet werde

(BVerwG, Beschluss v. 8.5.1995 – 4 NB 16/95 –, juris, Rn. 12; BVerwG, Beschluss vom 19.1.2012 – 4 BN 35/11 –, juris, Rn. 4).

Vor diesem Hintergrund lässt mit der folgenden Erwägung vertreten, dass der hier gewählte Hinweis auf die Schriftform ausreichend und nicht irreführend ist:

Der Bekanntmachung des Wirksamwerdens ist zwingend die Auslegung des Flächennutzungsplanes zeitlich vorausgegangen. Folglich hatte die Öffentlichkeit bereits im Rahmen des Verfahrens die Möglichkeit, ihre Bedenken oder Anregungen vorzutragen. Auf der Ebene der Bekanntmachung des Wirksamwerdens geht es jedoch nicht um die Äußerung von Bedenken und Anregungen an deren Äußerung sich die Öffentlichkeit durch ein Schriftformerfordernis gehindert sehen könnte, sondern um die Rüge von Fehlern im Sinne von § 214 BauGB. In Bezug auf den Vortrag letzterer Fehler stellt das Schriftformerfordernis keine irreführende Hürde dar, sondern ist notwendige Voraussetzung für die Erfüllung des damit verbundenen Dokumentationszwecks.

Folglich ist die Bekanntmachung der Stadt Bornheim aus dem Jahr 2011 mit ihrem Verweis, Einwendungen müssten schriftlich gegenüber der Stadt

geltend gemacht werden, objektiv nicht dazu geeignet, einzelne Bürger davon abzuhalten, Fehler im Sinne von § 214 BauGB zu rügen.

**cc) Zwischenergebnis**

Der dargestellte Fehler in der Bekanntmachung des Flächennutzungsplanes der Stadt Bornheim aus dem Jahr 2011 stellt einen Ewigkeitsmangel dar, welcher stets und zeitlich unbeschränkt beachtlich ist. Er führt jedenfalls zur Unwirksamkeit der Darstellungen des Flächennutzungsplanes mit den Wirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB.

**c) Überprüfung der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB**

Darüber hinaus ist fraglich, ob die eingangs genannte Vorgehensweise der Stadt Bornheim in Einklang steht mit § 1 Abs. 7 BauGB und den daraus abgeleiteten Vorgaben der Rechtsprechung.

**aa) Entwicklung der Negativ- und Positiv-Kriterien**

Problematisch ist zunächst, dass die Flächenauswahl der Stadt Bornheim in Gestalt der gebildeten Positiv- und Negativkriterien aus rechtlicher Perspektive harte und weiche Tabukriterien vermischt und damit eine klare und transparente Kategorisierung der zur Verfügung stehenden Flächen vermissen lässt

(vgl. BVerwG, Beschluss vom 9.2.2015 – 4 BN 20/14 –, juris, Rn. 7; OVG Münster, Urteil vom 6.3.2018 – 2 D 95/15.NE –, juris; Rn. 181 ff.).

In einem ersten Schritt hätten vielmehr diejenigen Bereiche als Tabuzonen ermittelt werden müssen, die sich für die Nutzung der Windenergie nicht eignen. Eine kenntlich gemachte Trennung zwischen rechtlichen und tatsächlichen Ausschlussgründen (harte Tabuzonen) und solchen weichen Ausschlussgründen, die von der Planungsträgerin vorgebracht werden, hätte erfolgen müssen

(BVerwG, Urteil vom 13.12.2012 – 4 CN 1/11 –, juris, Rn. 12 ff.; OVG Münster, Urteil vom 21.1.2019 – 10 D 23/17.NE –, juris, Rn. 80).

Die Stadt Bornheim hat an erster Stelle in die Abwägung eingestellt, dass „die oben erwähnten Belastungsfaktoren für gesundes Wohnen und Natur und Landschaft [...] entscheidende Kriterien in der Abwägung bzgl. der Ausweisung von Vorrangflächen für die Nutzung von Windenergie“ sind

(Erläuterungsbericht zur 29. Änderung des Flächennutzungsplanes der Stadt Bornheim, Ausweisung von Konzentrationszonen für die Nutzung der Windenergie, 4.1, S. 6.).

Weiter wurden an dieser Stelle allgemeine Belange der Naherholung geprüft oder darauf verwiesen, dass „ehemalige Abgrabungen [nicht] als Flächen für Windenergie“ dienen könnten

(Erläuterungsbericht zur 29. Änderung des Flächennutzungsplanes der Stadt Bornheim, Ausweisung von Konzentrationszonen für die Nutzung der Windenergie, 4.4.9- 4.4.10, S. 8 f.).

Die genannten Kriterien sind aber keine tatsächlichen oder rechtlichen Ausschlussgründe im Sinne der Rechtsprechung, sondern allgemeine, der Stadt Bornheim wichtige Interessen. Daraus ergibt sich, dass keine rechtliche Aussonderung von harten Tabuzonen vorgenommen wurde. Diese ist rechtlich aber unabdingbar.

Entgegengesetzt hätte es sich bei dem Kriterium der Windhöffigkeit – laut der Stadt Bornheim ein Positiv-Kriterium – tatsächlich um ein hartes Tabukriterium gehandelt, welches an erster Stelle geprüft hätte werden müssen, denn Flächen, die nicht ausreichend windhöffig sind, scheiden bereits aus tatsächlichen für die Errichtung von Windenergieanlagen aus

(OVG Münster, Urteil vom 1.7.2013 – 2 D 46/12.NE –, juris, Rn. 52; OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 24.2.2011 – OVG 2 A 2/09 –, juris, Rn. 62).

Eine harte Tabuzone wird am Maßstab der Rechtsprechung dann anzunehmen sein, wenn die fehlende Windhöffigkeit offensichtlich ist

(OVG Münster, Urteil vom 1.7.2013 – 2 D 46/12.NE –, juris, Rn. 52).

Dies wird zumindest dann der Fall sein, wenn nicht einmal die Anlaufgeschwindigkeit für Windenergieanlagen erreicht wird

(VGH Kassel, Urteil vom 10.5.2012 – 4 C 841/11.N –, juris, Rn. 38).

Die Relevanz der fehlenden Trennung der Belange besteht darin, dass im Rahmen des zu erstellenden gesamträumlichen Konzeptes auf einen Blick erkennbar sein muss, wie die zur Verfügung stehenden Flächen eingestuft worden sind. Die gesetzgeberische Intention besteht darin, dass der Windenergie der Raum verschafft werden soll, der für einen wirtschaftlich sinnvollen Betrieb der Windenergieanlagen und letztlich für das Gesamtziel, die angestrebte Energiewende, notwendig ist. Dieses angestrebte Ziel kann nur dann rechtmäßig und gemeinverträglich umgesetzt bzw. erreicht werden, soweit sämtliche Entscheidungsprozesse an objektiven und einheitlichen Kriterien ausgerichtet und damit einer rechtlichen Überprüfung zugänglich sind. Den individuellen, subjektiven Belangen der planenden Gemeinden wird dadurch Rechnung getragen, dass diese im Rahmen der Abwägung zum Zweck des Ausschlusses von Flächen beachtlich sind, wenn sie hinreichend begründet werden können.

Aufgrund dieser Vermischung der Tabukriterien ist im Ergebnis eben nicht – wie zwingend gefordert – ohne weiteres nachvollziehbar, welche Flächen zwingend von der Errichtung und Nutzung von Windenergie freigehalten werden müssen und damit von vornherein keiner Abwägung oder anderen Bewertung zugänglich sind und solchen Flächen, die grundsätzlich für eine Nutzung in Frage kämen.

Der Ausweisung der Konzentrationszonen im Flächennutzungsplan der Stadt Bornheim aus dem Jahr 1998 ist daher gemessen an den Forderungen der Rechtsprechung abwägungsfehlerhaft und deshalb auch materiell rechtswidrig.

Diese Abwägungsfehler haben sich im Rahmen der Neuaufstellung des Flächennutzungsplanes im Jahr 2011 perpetuiert, da auf eine Neuermittlung geeigneter Flächen nach Lage der uns überlassenen Informationen zwecks Ausweisung als Konzentrationszone verzichtet und stattdessen auf die Erkenntnisse aus der 29. Änderung zurückgegriffen wurde. Ausgeführt wurde

lediglich „der Bereich östlich von Sechtem [habe sich] als optimal geeignet“ ergeben

(Flächennutzungsplan der Stadt Bornheim, Begründung, 2. Entwurf, Teil A: Städtebauliche Begründung, 4.8.3.1., S. 55).

Diese Ausführungen in der Begründung erfüllen in keiner Weise die Anforderung an eine ordnungsgemäße Abwägung

(BVerwG, Urteil vom 13.12.2012 – 4 CN 1/11 –, juris, Rn. 12; OVG Münster, Urteil vom 21.1.2019 – 10 D 23/17.NE –, juris, Rn. 80).

**bb) Verschaffung substanziellen Raums für Windkraft**

Ob nach den Maßstäben der Rechtsprechung der Windkraft im Plangebiet der Stadt Bornheim substanziell Raum verschafft wurde, lässt sich nicht abschließend beantworten. Besondere Beachtung muss dabei zwei Faktoren zukommen, der Größe der ausgewiesenen Konzentrationszone und der zulässigen Höhe der Windenergieanlagen.

**(1) Größe der Konzentrationszone**

Es gilt die Faustregel, dass, je geringer der Anteil der dargestellten Konzentrationsflächen an den Potenzialflächen ist, desto gewichtiger die gegen die Darstellung weiterer Konzentrationsflächen sprechenden Gesichtspunkte sein müssen, damit es sich nicht um eine unzulässige Planung handelt

(BVerwG, Urteil vom 13.12.2012 – 4 CN 1/11 –, juris, Rn. 18 f.; OVG Münster, Urteil vom 21.1.2019 – 10 D 23/17.NE –, juris, Rn. 98; EZBK, Kommentar zum BauGB, 131. EL Oktober 2018, § 35, Rn. 124 f.).

Die Größe der durch die Stadt Bornheim festgesetzte Konzentrationsfläche Wind-R-01 beträgt 20,9 Hektar. Die Fläche Wind-R-02 ist 9,5 Hektar groß. Aufgrund der Tatsache, dass keine harten und weichen Tabuzonen gebildet wurden, konnte auch nicht die Größe der Potenzialfläche insgesamt ermittelt werden.

Die Bildung oben genannter Relation ist damit nicht möglich.

**(2) Begrenzung der Anlagenhöhe auf 150 m**

Der Ertrag einer Windenergieanlage hängt maßgeblich von ihrer Höhe ab. Anlagen mit größeren Rotordurchmessern – die wiederum eine höhere Nabenhöhe voraussetzen – führen zu relevanten Stromertragssteigerungen. Vor dem Hintergrund der Substantialität einer Vorrangzone spielt es mithin eine entscheidende Rolle, ob in einer ausgewiesenen Konzentrationszone Höhenbegrenzungen vorgesehen sind

(FA Wind, Rechtliche Bewertung der Höhenbegrenzung von Windenergieanlagen, Berlin 2018, S. 4).

Bezüglich der aufgeworfenen Frage, ob der Windenergie trotz fehlerhafter Abwägung im Ergebnis in substantieller Weise Raum verschafft worden ist, könnte sich also auswirken, dass im Zuge der Neuaufstellung des Flächennutzungsplanes der Stadt Bornheim beschlossen wurde, die Höhe von Windenergieanlagen innerhalb der Konzentrationszone auf 150 m Rotor-spritze zu begrenzen.

Die Stadt Bornheim hat sich 2010/11 an dem 60%-Ertragsnachweis des damals gültigen EEG orientiert und fachgutachterlich nachgewiesen, dass mit Anlagen von einer Gesamthöhe von 150 m in den betreffenden Konzentrationszonen der Nachweis erbracht werden kann.

Dies führt allerdings nur dazu, dass die Festsetzung der Höhenbegrenzung auf 150 m – unterstellt wird die inhaltliche Richtigkeit der Gutachten – isoliert betrachtet keinen Abwägungsfehler darstellt. Die Frage, ob der Windkraft substantieller Raum verschaffen wurde, lässt sich anhand der Information nicht beantworten.

In einer vergleichbaren Fallkonstellation legte das OVG Münster im Jahr 2012 dar, dass die Wirtschaftlichkeit einer Windkraftanlage neben der zulässigen Höhe von zahlreichen weiteren Faktoren, wie Anlagentyp, Einkaufspreis, Finanzierungsmodalitäten, Strompreisen und Jahreswetterlagen abhängt. Maßgeblich sei insbesondere die Höhe der Einspeisevergütung. Ob nunmehr in einer Windkonzentrationszone mit einer Höhenbeschrän-

kung ein wirtschaftlicher Betrieb der Windkraftanlagen möglich ist, sei vom Rat prognostisch abzuschätzen. Ergebe diese Abschätzung, dass sich dort – bezogen auf die Lebensdauer der einzelnen Windkraftanlage – ein nennenswerter Gewinn erwirtschaften lasse, könne nicht angenommen werden, ein wirtschaftlicher Betrieb von Windkraftanlagen sei im fraglichen Bereich von vornherein unmöglich

(OVG Münster, Urteil vom 4.7.2012 – 10 D 47/10.NE –, juris, Rn. 50 f.).

### **(3) Zwischenergebnis**

Die Frage, ob der Windkraft in Bornheim substantiell Raum gegeben wurde, kann nur dann abschließend beantwortet werden, wenn sich anhand der Materialien über den Aufstellungsvorgang nachvollziehen ließe, wie groß der Anteil der ausgewiesenen Konzentrationszonen an den Potenzialflächen ist; in welchem Verhältnis Konzentrationsflächen und Gemeindeflächen stehen und wie viel Strom dort im Verhältnis zum Gesamtbedarf der Gemeinde produziert wird.

### **d) Auswirkung der festgestellten Abwägungsfehler**

Zu prüfen ist nunmehr, welche Auswirkungen die festgestellten Mängel des Abwägungsvorganges des Flächennutzungsplanes der Stadt Bornheim haben.

Die Planerhaltungsvorschriften der §§ 214, 215 BauGB differenzieren zwischen Fehlern des Abwägungsvorganges und Fehlern des dadurch gewonnenen Abwägungsergebnisses. Denn während Fehler des Abwägungsvorganges unter der Voraussetzung der §§ 214, 215 BauGB unbeachtlich werden können, sind Mängel Abwägungsergebnisses stets und ohne zeitliche Beschränkung beachtlich. Sie führen unabhängig vom Vorliegen weiterer Mängel der Abwägung zur Unwirksamkeit des Flächennutzungsplanes

(BVerwG, Beschluss vom 16.3.2010 – 4 BN 66/09 –, juris, Rn. 31; BVerwG, Urteil vom 22.9.2010 – 4 CN

2/10 –, juris, Rn. 21; OVG Münster; Urteil vom 14.4.2011 – 8 A 320/09 –, juris, Rn. 76).

**aa) Die Regelung des § 214 Abs. 3 S. 2 BauGB**

Nach § 214 Abs. 3 S. 2 BauGB können Mängel, die Gegenstand der Regelung nach § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BauGB sind, nicht als Mängel des Abwägungsvorganges geltend gemacht werden. Mängel des Abwägungsvorganges sind im Übrigen nur dann erheblich, wenn sie offensichtlich und auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen sind.

**(1) Offensichtlichkeit des Mangels**

Ein Mangel ist offensichtlich, wenn er auf objektiv feststellbaren Umständen beruht und ohne Ausforschung der Mitglieder des Rates über deren Planungsvorstellungen für den Rechtsanwender erkennbar ist, das heißt, es bedarf einer leichten Erkennbarkeit des Fehlers. Gleichzeitig, so das BVerwG, bleibt alles das beachtlich, was zur „äußeren“ Seite des Abwägungsvorganges derart gehört, dass es auf objektiv erfassbaren Sachumständen beruht. Fehler und Irrtümer, die beispielsweise die Zusammenstellung und Aufbereitung des Abwägungsmaterials, die Erkenntnis und Einstellung aller wesentlichen Belange in die Abwägung oder die Gewichtung der Belange betreffen und die sich etwa aus der Entwurfs- oder Planbegründung oder aus sonstigen Unterlagen ergeben, sind „offensichtlich“ und daher, wenn sich für ihr Vorliegen Anhaltspunkte ergeben, vom Gericht aufzuklären. Alles was hingegen zur „inneren“ Seite des Abwägungsvorganges gehört, wie beispielsweise die Motive oder Vorstellungen der an der Abstimmung beteiligten Ratsmitglieder, gehört nicht zu den offensichtlichen Mängeln im Sinne der Norm und lässt die Gültigkeit des Planes unberührt

(BVerwG, Urteil vom 21.8.1981 – 4 C 57/80 –, juris, Rn. 23 ff.; BVerwG, Urteil vom 13.12.2012 – 4 CN 1/11 –, juris, Rn. 16; Brügelmann, Kommentar zum BauGB, 109. Lfg. Januar 2019, § 214, Rn. 55).

## **(2) Beeinflussung des Ergebnisses**

Ein offensichtlicher Fehler hat das Abwägungsergebnis beeinflusst, wenn nach den Umständen des jeweiligen Falles die konkrete Möglichkeit besteht, dass ohne den Mangel die Planung anders ausgefallen wäre. Es kommt dabei einerseits nicht auf den positiven Nachweis eines Einflusses auf das Abwägungsergebnis an, auf der anderen Seite genügt aber auch nicht die (wohl stets zu bejahende) abstrakte Möglichkeit, dass ohne den Mangel anders geplant worden wäre

(BVerwG, Beschluss vom 09.10.2003 – 4 BN 47/03 –, juris, Rn. 4; BVerwG, Urteil vom 13.12.2012 – 4 CN 1/11 –, juris, Rn. 16; Brügelmann, Kommentar zum BauGB, 109. Lfg. Januar 2019, § 214, Rn. 133).

Die Stadt Bornheim hat – wie oben ausführlich dargestellt – zwar zum Zeitpunkt des Beschlusses keine hinreichende Abgrenzung der harten und weichen Tabuzonen vorgenommen, gleichwohl sind weiche Tabukriterien in die Abwägung eingestellt worden.

Es dürfte sich zunächst um einen offensichtlichen Mangel handeln.

Der Stadt Bornheim ist durch die unterlassene Abgrenzung zwischen harten und weichen Tabuzonen ein Fehler bei der Zusammenstellung und bei der anschließenden Gewichtung der eingestellten Belange unterlaufen.

Dieser Abwägungsfehler ist in der Planbegründung dokumentiert. Er beruht mithin auf objektiv feststellbaren Umständen und gehört zur „äußeren“ Seite des Abwägungsvorganges. Es ist nämlich ohne weiteres für den Rechtsanwender erkennbar, dass den Mitgliedern des Rates zum relevanten Zeitpunkt der Beschlussfassung keine Aufstellung über die vorhandenen Potenzialflächen vorlag, welche für die Errichtung und Nutzung von Windkraftanlagen grundsätzlich in Betracht gekommen wären. Die planende Stadt hätte sich aber auf der Stufe des Planungsprozesses den Unterschied zwischen harten und weichen Tabuzonen bewusst machen und ihn dokumentieren müssen, was objektiv unter Auswertung der Aufstellungsvorgänge feststellbar sein dürfte

(BVerwG, Beschluss vom 09.10.2003 – 4 BN 47/03 –, juris, Rn. 4; Brügmann, Kommentar zum BauGB, 109. Lfg. Januar 2019, § 214, Rn. 116).

Der komplette Entfall dieser Planungsstufe ist somit in der Weise für Jeden ersichtlich, dass er als offensichtlich einzustufen ist

(OVG Münster, Urteil vom 6.3.2018 – 2 D 95/15.NE –, juris; Rn. 211).

Dieser Fehler ist auf das Abwägungsergebnis offensichtlich von Einfluss gewesen, weil die konkrete Möglichkeit besteht, dass die Stadt Bornheim mehr, andere oder größer oder anders zugeschnittene Vorrangflächen für die Windenergienutzung dargestellt hätte, wenn sie sich die Differenzierung zwischen harten und weichen Tabuzonen im erforderlichen Umfang vor Augen geführt hätte

(OVG Münster, Urteil vom 6.3.2018 – 2 D 95/15.NE –, juris; Rn. 211).

Diese konkrete Möglichkeit besteht hier, da bereits auf erster Planungsstufe und damit in richtungsweisender Art keine hinreichende Bewertung der in Bornheim vorhandenen Außenbereichsflächen stattgefunden hat. Daraus folgt, dass sämtliche auf den folgenden Stufen vorgenommenen Entscheidungen auf der Fehlentscheidung basieren. Wären diese abwägungsbeachtlichen Belange der Flächenauswahl und -einstufung zutreffend ermittelt und bewertet worden, besteht die hinreichend konkretisierte Möglichkeit, dass die Stadt im Ergebnis anders geplant hätte.

Folglich muss davon ausgegangen werden, dass der offensichtliche und ergebnisrelevante Abwägungsmangel am Maßstab des § 214 Abs. 3 S. 2 BauGB beachtlich ist.

#### **bb) Ablauf der Rügefrist nach § 215 BauGB**

Eine Überprüfung der festgestellten Fehler des Abwägungsvorganges des Flächennutzungsplanes wäre ausgeschlossen, wenn sie auf Rechtsfehler gestützt wird, die durch rügef়reien Ablauf der Jahresfrist des § 215 Abs. 1 Nr. 3 BauGB bzw. der früheren Fassungen dieser Bestimmung unbeacht-

lich geworden sind. Das heißt, genannte Fehler des Flächennutzungsplanes müssen zwingend innerhalb eines Jahres nach Bekanntmachung gerügt werden, ansonsten werden sie – auch im Rahmen einer Inzidentkontrolle – unbeachtlich

(VGH München, Urteil vom 13.12.2007 – 26 B 05/1638 –, juris, Rn. 30; OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 24.2.2011 – OVG 2 A 24/09 –, juris, Rn. 75; Battis/Krautzberger/Löhr, Kommentar zum BauGB, 13. Aufl. 2016, § 215, Rn. 6 f.; Schrödter, Kommentar zum BauGB, 9. Aufl. 2019, § 5, Rn. 102).

Diese befristete Geltendmachung des § 215 Abs. 1 BauGB steht unter dem Vorbehalt, dass gemäß § 215 Abs. 2 BauGB bei Inkraftsetzung des Flächennutzungsplanes im Rahmen der Bekanntmachung darauf hingewiesen wurde. Um den Fristablauf auszulösen, müsste die Bekanntmachung also frei von Fehlern sein; insbesondere müsste sie den rechtsstaatlich gebotenen Verkündungszweck erfüllen

(Brügelmann, Kommentar zum BauGB, 109. Lfg. Januar 2019, § 215, Rn. 81).

Diese Voraussetzungen erfüllt die am 15. Juni 2011 im Rahmen der Bürgerinformation unter der Rubrik „Amtliche Bekanntmachung“ veröffentlichte Bekanntmachung der Stadt Bornheim – wie bereits geprüft – nicht. Folglich wurde auch die Frist des § 215 Abs. 2 BauGB nicht in Gang gesetzt, so dass die vorliegenden Abwägungsfehler weiterhin beachtlich sind.

#### **cc) Zwischenergebnis**

Die angestellte Abwägung der Stadt Bornheim im Rahmen der Ausweisung der Konzentrationszonen für Windenergie stellt einen nach § 214 Abs. 3 S. 2 BauGB beachtlichen Mangel dar, welcher nicht nach § 215 BauGB unbeachtlich geworden ist. Dieser Mangel könnte im Rahmen einer potentiellen Normenkontrolle dazu führen, dass der Flächennutzungsplan für unwirksam erklärt wird.

**e) Überprüfbarkeit des Abwägungsergebnisses**

Neben den festgestellten Fehlern im Rahmen des Abwägungsvorganges stellt sich die Frage, inwiefern das gewonnene Abwägungsergebnis davon losgelöst überprüfbar ist. Bezogen auf den vorliegenden Fall ist gemeint, ob das Abwägungsergebnis in Gestalt der Ausweisung der Vorrangzone der Stadt Bornheim einer isolierten Überprüfung unterzogen werden kann.

Damit stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Abwägungsergebnis als fehlerhaft einzustufen ist.

Dies ist nicht schon dann fehlerhaft, wenn die konkrete Möglichkeit besteht, dass die Planung nach der erforderlichen Abwägung anders ausgefallen wäre und der Abwägungsfehler damit im Sinne des § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 3 S. 2 BauGB auf das Abwägungsergebnis „von Einfluss“ gewesen ist. Es ist vielmehr erst dann zu beanstanden, wenn eine fehlerfreie Nachholung der erforderlichen Abwägung schlechterdings nicht zum selben Ergebnis führen könnte, weil anderenfalls der Ausgleich zwischen den von der Planung berührten öffentlichen Belangen in einer Weise vorgenommen würde, der zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht. Anders formuliert bedeutet dies, dass die Grenzen der planerischen Gestaltungsfreiheit überschritten sein müssen. Das Verbot der Disproportionalität stellt sich nämlich als unmittelbare Ausprägung des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar. Eine Stadt, die ihm zuwider handelt, bedient sich eines untauglichen planerischen Mittels, da sie sich außerhalb der äußersten Grenzen stellt, die ihr durch höherrangiges Recht gezogen sind

(BVerwG, Beschluss vom 25.2.1997 – 4 NB 40/96 –, juris, Rn. 19; BVerwG, Urteil vom 22.9.2010 – 4 CN 2/10 –, juris, Rn. 21).

Auf Grundlage der vorliegenden, begrenzten Informationen kann diesbezüglich keine rechtlich verbindliche Aussage getroffen werden.

Es ist hypothetisch zwar denkbar, dass die Ausweisung der Konzentrationszone im Flächennutzungsplan der Stadt Bornheim als Abwägungsergebnis nicht an einem stets beachtlichen Mangel leiden könnte, wenn die

gesamte Abwägung fehlerfrei nachgeholt würde. Es dürfte nicht von vorne-rein ausgeschlossen sein, dass im Ergebnis dieselben Flächen wie bisher als Vorrangflächen ausgewiesen würden.

Eine abschließende Überprüfung ist unterdessen im Rahmen dieses Gut-achtens anhand der verfügbaren Materialien nicht möglich.

**f) Zwischenergebnis**

Der Flächennutzungsplan der Stadt Bornheim leidet zusammengefasst an zumindest zwei im vorliegenden Kontext relevanten Fehlern:

Einerseits ist jedenfalls die Darstellung mit den Wirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB nicht wirksam bekanntgemacht worden und daher unbeacht-lich.

Andererseits ist die Ermittlung der Vorrangzone nach den im Falle einer ge-richtlichen Auseinandersetzung alleine maßgeblichen heutigen Anforde-rungen der Rechtsprechung abwägungsfehlerhaft ermittelt worden, weil ei-ne ordnungsgemäße Trennung von harten und weichen Ausschlusskrite-rien seinerzeit – was nach damaligen Maßstäben ggf. nicht zu beanstanden war – nicht erfolgt ist.

**4. Funktionslosigkeit der Vorrangzone**

Die Höhenbegrenzung auf 150 m Rotorspitze könnte mit Blick auf die För-derbedingungen unter Anwendung des EEG 2010 jedoch dazu führen, dass die Festsetzungen des Flächennutzungsplanes der Stadt Bornheim funktionslos geworden sind.

**a) Definition: Funktionslosigkeit**

In Abkehr von dem Grundsatz, dass in Kraft getretene Bebauungspläne „ewig“ gelten können, entschied das BVerwG erstmals im Jahr 1977, dass ein Bebauungsplan ausnahmsweise wegen Funktionslosigkeit außer Kraft treten kann

(BVerwG, Urteil vom 29.4.1977 – IV C 39/75 –, NJW 1977, 2325).

Übereinstimmend geht die Rechtsprechung davon aus, dass der Grundsatz zur Funktionslosigkeit von Bebauungsplänen gleichermaßen auf Flächennutzungspläne Anwendung findet

(BVerwG, Urteil vom 29.4.1977 – IV C 39/75 –, juris, Rn. 32; BVerwG, Beschluss vom 6.9.1993 – 4 B 32/93 –, juris, Rn. 11; Brügemann, Kommentar zum BauGB, 109. Lfg. Januar 2019, § 6, Rn. 270-274).

Einigkeit besteht über die Voraussetzungen unter denen eine Funktionslosigkeit angenommen werden kann. Es ist anerkannt, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse in dem Gebiet eines Bebauungsplanes oder Flächennutzungsplanes so entwickeln können, dass als Folge die Festsetzungen ganz oder teilweise ihre Funktion verlieren oder als Ergebnis einer planerischen Abwägung schlechterdings nicht mehr vertretbar sind

(BVerwG, Urteil vom 29.4.1977 – IV C 39/75 –, NJW 1977, 2325; BVerwG, Beschluss vom 17.2.1997 – 4 B 16/97 – juris; BVerwG, Beschluss vom 9.10.2003 – 4 B 85/03 –, juris; Battis/Krautzberger/Löhr, Kommentar zum BauGB, 13. Aufl. 2016, § 1, Rn. 28; 10 Rn. 8; Schrödter, Kommentar zum BauGB, 9. Aufl. 2019, § 10, Rn. 7 ff.).

Dies ist dann der Fall, wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse, auf die sich die Planfestsetzungen beziehen, so verändert haben, dass sie ihre Verwirklichung für unabsehbare Zeit ausschließen und dies so offensichtlich ist, dass ein in ihre (Fort-)Geltung gesetztes Vertrauen keinen Schutz verdient. Funktionslosigkeit ist dabei vor allem bei Veränderungen der tatsächlichen baulichen Entwicklungen im Plangebiet angenommen worden, wie beispielsweise für die Bautiefe oder für Stellplatzfestsetzungen bei verändertem Bedarf im Baugebiet

(BVerwG, Beschluss vom 9.10.2003 – 4 B 85/03 –, juris; BVerwG, Beschluss vom 17.2.1997 – 4 B 16/97 – juris).

Diese Grundsätze werden auch auf Veränderungen der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen im Plangebiet übertragen

(BVerwG, Urteil vom 29.9.1978 – 4 C 30/76 –, juris, Leitsatz 4; VGH München, Urteil vom 25.3.2004 – 25 N 01/308 –, NVwZ-RR 2005, 776; OVG Münster, Urteil vom 20.2.2015 – 7 D 29/13 –, juris, Rn. 108; Battis/Krautzberger/Löhr, Kommentar zum BauGB, 13. Aufl. 2016, § 1, Rn. 28; 10 Rn. 8).

Verändern sich innerhalb eines Bauplangebietes die wirtschaftlichen Gegebenheiten derart, dass eine wirtschaftlich tragfähige Nutzung auf Dauer ausgeschlossen ist, so ist ein Festhalten an den Festsetzungen des Bebauungsplanes wirtschaftlich unzumutbar. Diese Tatsache der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit muss derart offenkundig sein, dass ein in die Fortgeltung der Festsetzung gesetztes Vertrauen nicht mehr schutzwürdig erscheint

(VGH München, Urteil vom 25.3.2004 – 25 N 01/308 –, NVwZ-RR 2005, 776).

Daraus lässt sich ableiten, dass genannte Grundsätze der Funktionslosigkeit auch in dem Fall Anwendung finden werden, in dem eine Festsetzung dazu führt, dass die vorgesehene Nutzung einer Fläche wirtschaftlich derart unattraktiv wird, dass sie dauerhaft unterbleibt. In diesem Fall führt eine singuläre Festsetzung offensichtlich und auf unabsehbare Zeit zu einem faktischen Bauverbot, was mit dem Verlust der städtebaulichen Steuerungsfähigkeit, also der Funktionslosigkeit einhergeht.

Folglich kommt im vorliegenden Fall grundsätzlich eine Anwendung der Grundsätze der Funktionslosigkeit in Betracht.

#### **b) Berücksichtigung des Referenzmodells des EEG 2017**

Das Problem ergibt sich vorliegend vor dem Hintergrund, dass das nunmehr gültige EEG 2017 im Gegensatz zum EEG 2014 – an dem sich die Stadt Bornheim orientiert hat – keinen 60%-Referenzertrags-Nachweis mehr vorsieht. Stattdessen hat der Gesetzgeber das Ausschreibungsmodell für Windenergieanlagen eingeführt, wonach die Höhe der finanziellen Förderung für Strom aus erneuerbaren Energiequellen nicht mehr gesetzlich festgelegt ist, sondern durch wettbewerbliche Ausschreibungen ermittelt wird, § 46 b EEG 2017.

In der Folge ist der Ausbau der Windenergie an Land fast zum Erliegen gekommen. Der Neubau von Windenergieanlagen ging 2019 um fast 90 % zurück. In neun von 16 Bundesländern wurden im Jahr 2019 gar keine Windenergieanlagen mehr errichtet

(Frankfurter Allgemeine Zeitung, So viel Windstrom wie noch nie, 12.5.2019, abrufbar unter: [www.faz.net/-gqe-9mvxh](http://www.faz.net/-gqe-9mvxh) (zuletzt abgerufen am: 20.05.2019)).

Mit Einführung des Referenzmodells des EEG 2017 bezweckt der Gesetzgeber, den wirtschaftlichen Betrieb von Windenergieanlagen im gesamten Bundesgebiet und nicht nur an den windhöufigsten Standorten sicherzustellen. § 36h EEG 2017 sieht nun ein einstufiges Referenzertragsmodell vor, bei dem sich der anzulegende Wert je nach Gütefaktor des Standorts anhand eines sogenannten Korrekturfaktors erhöht bzw. verringert. Der Gütefaktor des konkreten Anlagenstandortes wird in der Spanne von 70 – 150 % ausgeglichen, darunter und darüber kann jeweils nur der Korrekturfaktor des nächsten festgelegten Wertes angelegt werden. Der Ausgleich der Standortbedingungen stößt demnach an eine durch § 36 h Abs. 1 S. 4 EEG 2017 festgelegte Grenze.

Ziel dieser gesetzlichen Änderungen ist es, Anlagen an windschwächeren Standorten eine höhere Förderung zukommen zu lassen, sodass auch Anlagen an windschwachen Orten realisierbar sind

(FA Wind, Rechtliche Bewertung der Höhenbegrenzung von Windenergieanlagen, Berlin 2018, S.13).

Die Geltung des neuen EEG 2017 führt dazu, dass windschwache Standorten mit Standortgüten unterhalb von 70 % und zusätzlich mit einer Limitierung der Nabenhöhe deutlich geringe Zuschlagschancen im Ausschreibungssystem haben

(WindGuard, Wirtschaftlichkeit unterschiedlicher Nabenhöhen von Windenergieanlagen, Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, 2017, S. 5).

Speziell an windschwächeren Standorten ist also die Wahl einer möglichst optimierten Windenergieanlage, das heißt, die Wahl großer Rotordurchmesser und großer Nabenhöhen, unerlässlich für die Erlangung reeller Chancen im Ausschreibungssystem

(WindGuard, Wirtschaftlichkeit unterschiedlicher Nabenhöhen von Windenergieanlagen, Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, 2017, S. 5).

Die geänderten Förderbedingungen können dazu führen, dass die im Flächennutzungsplan der Stadt Bornheim festgesetzte Höhenbeschränkung auf 150 m die Zuschlagschancen für eine Förderung so gering werden lässt und in dieser Folge die Betreibung einer Windkraftanlage unter den gesetzten Bedingungen wirtschaftlich derart unattraktiv geworden ist, dass dauerhaft nicht mit einer Realisierung gerechnet werden kann.

Diese Fragestellung kann im Rahmen dieses Rechtsgutachtens allerdings nicht abschließend geprüft werden. Eine solche Prüfung ist vielmehr nur dann möglich, wenn für die ausgewiesene Vorrangzone ein Fachgutachten vorläge, welches sich mit der Fragestellung auseinandersetzt, ob in Anbetracht der Höhenbegrenzung eine Windenergieanlage an entsprechend festgesetzter Stelle auf Grundlage der aktuellen Förderbedingungen wirtschaftlich betrieben werden kann.

#### **c) Reichweite der Funktionslosigkeit**

Unterstellt man für das weitere Gutachten, dass die Höhenbegrenzung der Windenergieanlagen auf 150 m Rotorspitze innerhalb der ausgewiesenen Vorrangzone der Stadt Bornheim dazu führt, dass aufgrund der veränderten wirtschaftlichen Rahmenbedingung, das Betreiben einer Windenergieanlage in den im Flächennutzungsplan ausgewiesenen Konzentrationszonen unwirtschaftlich ist, so ist zu prüfen, inwieweit die Grundsätze der Funktionslosigkeit Anwendung finden.

Notwendige Vorfrage ist die Differenzierung, welcher Teil des Flächennutzungsplanes der Stadt Bornheim konkret von der Funktionslosigkeit betroffen ist, das heißt, ob der Flächennutzungsplan insgesamt, ein räumlicher

Teilbereich (räumliche Funktionslosigkeit) oder einzelne Festsetzungen (sachliche Funktionslosigkeit) funktionslos werden

(vgl. Battis/Krautzberger/Löhr, Kommentar zum BauGB, 13. Aufl. 2016, § 10, Rn. 8).

**aa) Funktionslosigkeit des Flächennutzungsplanes insgesamt**

Mängel, die einzelnen Festsetzungen eines Flächennutzungsplanes anhaften, führen dann nicht zu dessen Gesamtunwirksamkeit, wenn die übrigen Regelungen, Maßnahmen oder Festsetzungen, für sich betrachtet, noch eine sinnvolle städtebauliche Ordnung im Sinne von § 1 Abs. 3 BauGB bewirken können und mit Sicherheit anzunehmen ist, dass die Gemeinde im Zweifel auch eine Satzung ohne den unwirksamen Teil beschlossen hätte. Dagegen ist die Gesamtunwirksamkeit festzustellen, wenn eine einzelne unwirksame Festsetzung mit dem gesamten Flächennutzungsplan in einem untrennbaren Zusammenhang steht

(BVerwG, Urteil vom 21.10.2004 – 4 C 2/04 –, juris, Rn. 18; BVerwG, Urteil vom 11.7.2013 – 4 CN 7/12 –, juris, Rn. 22; OVG Münster, Beschluss vom 20.1.2015 – 2 A 2327/13 –, juris, Rn. 16).

Grundsätzlich ist jede Festsetzung gesondert auf ihre Funktionslosigkeit zu überprüfen. Maßgebend ist dabei, wie die Reichweite der betreffenden Festsetzungen für den Plan als Einheit und dessen Konzeption einzuschätzen ist. Entscheidend ist, ob die jeweilige Festsetzung geeignet ist, zur städtebaulichen Ordnung im Sinne des § 1 Abs. 3 BauGB im Geltungsbereich des Flächennutzungsplans einen wirksamen Beitrag zu leisten. Die Planungskonzeption, die einer Festsetzung zugrunde liegt, wird nicht schon dann sinnlos, wenn sie nicht mehr überall im Plangebiet umgesetzt werden kann. Erst wenn die tatsächlichen Verhältnisse vom Planinhalt so massiv und so offenkundig abweichen, dass der Flächennutzungsplan insoweit eine städtebauliche Gestaltungsfunktion unmöglich zu erfüllen vermag, kann von einer Funktionslosigkeit die Rede sein. Das setzt voraus, dass die Festsetzung unabhängig davon, ob sie punktuell durchsetzbar ist, bei einer Gesamtbetrachtung die Fähigkeit verloren hat, die städtebauliche Entwicklung noch in einer bestimmten Richtung zu steuern

(BVerwG, Beschluss vom 9.10.2003 – 4 B 85/03 –, juris, Rn. 8).

Die städtebauliche Funktion des Flächennutzungsplanes gemäß § 5 Abs. 1 BauGB für die Raumnutzung in einem Bereich besteht vor allem darin, dass er ein gesamträumliches Entwicklungskonzept darstellt. Die Art der Bodennutzung wird darin nach den voraussehbaren Bedürfnissen der Gemeinde in den Grundzügen dargestellt. Die damit insgesamt zugewiesenen Aufgaben des Flächennutzungsplans zur Programmierung und Koordinierung städtebaulicher Entwicklung und Ordnung zeichnen so ein Gesamtbild der gestuften Bauleitplanung, das dem Flächennutzungsplan die maßgebende Leitfunktion in der städtebaulichen Entwicklung zuweist. Der Flächennutzungsplan entfaltet steuernde Kraft, wenn er hinreichend aussagefähige Darstellungen im Rahmen eines städtebaulichen Gesamtkonzepts für die städtebauliche Entwicklung enthält

(BVerwG, Urteil vom 21.10.1999 – 4 C 1/99 –, juris, Rn. 17; Battis/Krautzberger/Löhr, Kommentar zum BauGB, 13. Aufl. 2016, § 5, Rn. 1).

Gemessen an diesen Vorgaben, ist die Annahme, ein an sich differenziertes gesamträumliches Konzept wie der Flächennutzungsplan der Stadt Bornheim, verlöre seine Steuerungskraft, wenn in einem räumlich abgrenzbaren Bereich eine singuläre, abtrennbare Festsetzung wegfalle, nicht sachgerecht. Der Flächennutzungsplan insgesamt enthält weiterhin hinreichend aussagefähige Darstellungen im Rahmen eines städtebaulichen Gesamtkonzepts für die städtebauliche Entwicklung der Stadt Bornheim und wäre mit Sicherheit auch ohne die fragliche Höhenfestsetzung aufgestellt worden.

#### **bb) Funktionslosigkeit der Vorrangzone**

Anders verhält es sich mit der Steuerungsfähigkeit der Vorrangzone. Die städtebauliche Funktion einer Vorrangzone besteht entsprechend § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB in der positiven Ausweisung von Flächen für Windenergie, verbunden mit der gleichzeitigen negativen Ausschlusswirkung für die übrigen Flächen im Plangebiet.

Die Höhenbeschränkung auf 150 m Rotorspitze führt unter diesem Blickwinkel dazu, dass lediglich die positive Funktion der Vorrangzonenausweisung dauerhaft nicht realisierbar ist, im betrachteten Bereich also – aus wirtschaftlichen Gründen – keine Windenergieanlagen aufgebaut werden. Die Ausschlusswirkung bezüglich der übrigen Flächen bleibt bei abstrakter Betrachtung davon unberührt. So gesehen wäre lediglich 50 Prozent der Festsetzung der Vorrangzone von der Funktionslosigkeit betroffen.

Diese künstliche Aufspaltung steht indes nicht in Einklang mit der gesetzlichen Grundlage in Form des Planvorbehaltes gemäß § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB. Der Planvorbehalt nimmt eine Steuerung der Ansiedlung von Windenergieanlagen vor und zwar durch die Verknüpfung der positiven wie negativen Ausweisung von Flächen. Der Sinn und Zweck des Planvorbehaltes liegt also in der Verbindung beider negativ wie positiver Wirkungen, denn ein Ausschluss der Anlagen auf Teilen des Plangebiets lässt sich nach der Wertung des Gesetzgebers nur rechtfertigen, wenn der Plan sicherstellt, dass sich die betroffenen Vorhaben an anderer Stelle gegenüber konkurrierenden Nutzungen durchsetzen

(BVerwG, Urteil vom 21.10.2004 – 4 C 2/04 –, juris, Rn. 13; BVerwG, Urteil vom 31.1.2013 – 4 CN 1/12 –, juris, Rn. 22).

Letztlich führte die fehlerhafte Höhenfestsetzung damit zum Entfall der Steuerungswirkung der Flächennutzungsplanausweisung für Windenergie im Stadtgebiet.

#### **cc) Funktionslosigkeit der Höhenfestsetzung**

Fraglich ist, ob neben der bereits festgestellten Funktionslosigkeit der Vorrangzone, die Höhenfestsetzung an sich ebenfalls funktionslos geworden ist. Damit unmittelbar verbunden ist die Frage, inwieweit sich die Auswirkungen der Funktionslosigkeit von Vorrangzone und Höhenfestsetzung überhaupt voneinander trennen lassen.

Rechtsprechung zu dieser Problemstellung existiert (noch) nicht.

Die Festsetzung der baulichen Höhe auf maximal 150 m beinhaltet neben dem Gebot, 150 m hohe oder kleinere Windenergieanlagen zu errichten, gleichzeitig das Verbot, Windenergieanlagen mit größerer Höhe zu bauen. An dieser – gewissermaßen als Ausschlusskriterium fungierenden – Bestimmung müssen sich sämtliche zu errichtende Anlagen zwingend messen lassen.

Wenn nunmehr unterstellt wird, dass das Betreiben einer Windenergieanlage mit einer Höhe von maximale 150 m Rotorspitze aufgrund der veränderten wirtschaftlichen Rahmenbedingung, derart unwirtschaftlich ist, dass dauerhaft nicht mit einer Umsetzung gerechnet werden kann, führt dies zu der Feststellung, dass die Höhenfestsetzung an sich funktionslos geworden ist.

In ihrer Auswirkung ist die funktionslose Höhenfestsetzung – wie bereits erläutert – untrennbar von dem Verlust der Steuerungsfähigkeit der gesamten Vorrangzone.

Dies lässt sich systematisch darauf zurückführen, dass die Festsetzung einer maximalen Höhe von Windenergieanlagen innerhalb von Vorrangzonen keine Wirksamkeitsvoraussetzung derselben ist, das heißt, eine Vorrangzone erfordert rechtlich keine Höhenbegrenzung. Wird allerdings eine auf Betreiben der Planungsträgerin festgesetzte Höhenbegrenzung funktionslos „infiziert“ diese die Vorrangzone denklogisch derart, dass innerhalb dieser keine Windenergienutzung mehr möglich ist, was der Funktionslosigkeit der Vorrangzone entspricht.

Wird in dieser Konsequenz die funktionslose Höhenfestsetzung nachträglich durch die Plangeberin aufgehoben, so erlangt die Vorrangzone ihre Steuerungsfähigkeit zurück.

#### **d) Zwischenergebnis**

Unterstellt man im Rahmen dieses Gutachtens, dass die Höhenbegrenzung der Windenergieanlagen auf 150 m Rotorspitze innerhalb der ausgewiesenen Vorrangzone der Stadt Bornheim dazu führt, dass das Betreiben einer Windenergieanlage innerhalb der ausgewiesenen Konzentrationszonen

unwirtschaftlich ist, so führt dies zur wirtschaftlichen Funktionslosigkeit der gesamten Konzentrationszone. Im Ergebnis verlöre die Konzentrationszone ihre Steuerungswirkung mit der Folge, dass sowohl die positive Ausweisung der Flächen als auch die Ausschlusswirkung zugunsten der übrigen Außenbereichsflächen der Stadt Bornheim wegfielen.

## **5. Prozessuales Vorgehen gegen den Flächennutzungsplan**

Aufgrund der festgestellten Mängel des Flächennutzungsplanes der Stadt Bornheim stellte sich die Frage, wie sich diese Mängel prozessual auswirken können.

### **a) Durchführung einer prinzipialen Normenkontrolle**

Möglich ist, dass der Flächennutzungsplan Gegenstand einer prinzipialen Normenkontrolle nach § 47 VwGO analog ist.

### **aa) Statthaftigkeit des Antrages**

Grundsätzlich haben Flächennutzungspläne wegen ihres Charakters als „vorbereitende Bauleitpläne“ keine unmittelbare Rechtswirkung gegenüber privaten Dritten. In dieser Konsequenz sind Normenkontrollanträge nach § 47 VwGO von vornerein unzulässig. Eine Ausnahme gilt für solche Flächennutzungspläne, die auf Grundlage des Steuerungsvorbehaltes des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB Konzentrationszonen für Windenergie ausweisen, können im Wege der verwaltungsgerichtlichen prinzipialen Normenkontrolle, § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog, überprüft werden

(BVerwG, Urteil vom 26.4.2007, – 4 CN 3/06 –, NVwZ 2007, 1081; Kopp/Schenke, Kommentar VwGO, 24. Aufl. 2018, § 47, Rn. 21).

Bedingt durch die Analogie gilt die einschränkende Besonderheit, dass möglicher Gegenstand einer statthaften Normenkontrolle allein die in den Darstellungen des Flächennutzungsplanes zum Ausdruck kommende planerische Entscheidung der Gemeinde ist, mit der Ausweisung von Flächen für privilegierte Nutzungen nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB die Aus-

schlusswirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB an Standorten außerhalb der ausgewiesenen Flächen eintreten zu lassen. Im Übrigen sind die Darstellungen des Flächennutzungsplanes einer prinzipialen verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle nicht zugänglich

(BVerwG, Urteil vom 31.1.2013 – 4 CN 1/12 –, juris, Rn. 10).

Anders formuliert bedeutet dies, dass die analoge Anwendung des § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO auf die im Flächennutzungsplan zum Ausdruck kommende planerische Entscheidung der Gemeinde begrenzt ist, die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB für Vorhaben außerhalb der ausgewiesenen Konzentrationsflächen eintreten zu lassen. Nur diese im Flächennutzungsplan ausdrücklich dargestellte oder in den Darstellungen des Flächennutzungsplanes in sonstiger Weise zum Ausdruck kommende Willensentscheidung ist möglicher Gegenstand einer statthaften Normenkontrolle

(BVerwG, Urteil vom 31.1.2013 – 4 CN 1/12 –, juris, Rn. 10).

Übertragen auf den Flächennutzungsplan der Stadt Bornheim bedeutet dies, dass ausschließlich ein Antrag gerichtet auf die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB statthaft wäre

(so bereits: BVerwG, Urteil vom 31.1.2013 – 4 CN 1/12 –, juris, Rn. 23).

Dies trifft auf den Flächennutzungsplan der Stadt Bornheim 2010/11 zu. Nach dem Inhalt der Planurkunde und der beigefügten Begründung aus 1998

(Erläuterungsbericht zur 29. Änderung des Flächennutzungsplanes der Stadt Bornheim, Ausweisung von Konzentrationszonen für die Nutzung der Windenergie, 1.2, S. 2.).

sowie aus 2010/11

(Flächennutzungsplan der Stadt Bornheim, Begründung, 2. Entwurf, Teil A: Städtebauliche Begründung, 4.8.3.1., S. 55 f.).

zielt die Stadt Bornheim mit der Darstellung von Vorrangzonen für Windkraft für ihr gesamtes Stadtgebiet auf die Rechtsfolge des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB, sodass ein Antrag nach § 47 Abs. 1 S. 1 VwGO analog zur Überprüfung des Planes statthaft wäre.

**bb) Antragsbefugnis**

Soweit ein Flächennutzungsplan Gegenstand einer Normenkontrolle sein kann, ist diese nur zulässig, wenn die Antragsbefugnis gegeben ist. Antragsbefugt im Sinne von § 47 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 VwGO ist jede natürliche oder juristische Person, die die Möglichkeit einer Verletzung von Vorschriften, die zumindest auch dem Schutz ihrer eigenen Interessen dienen, darzulegen kann.

Konkret kommt in Betracht, dass eine natürliche oder juristische Person vorträgt, sie beabsichtige als Bauherrin die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen entweder auf außerhalb der dargestellten Konzentrationszonen gelegenen Grundstücken im Stadtgebiet oder innerhalb der ausgewiesenen Konzentrationszone allerdings mit höheren als den zugelassenen Anlagen. Folglich sei sie möglicherweise durch die Ausweisung der Konzentrationszonen in ihrem Recht auf gerechte Abwägung aus § 1 Abs. 7 BauGB verletzt.

Nach dem klaren Wortlaut des § 47 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 VwGO ist die Antragsbefugnis einer Behörde nicht an die einschränkende Voraussetzung einer möglichen subjektiven Rechtsverletzung gebunden. Einschränkungen ergeben sich aber unter dem Gesichtspunkt des objektiven Kontrollinteresses. Dieses liegt zumindest dann vor, wenn die Behörde mit der Ausführung der Norm befasst ist

(Kopp/Schenke, Kommentar VwGO, 24. Aufl. 2018, § 47, Rn. 82, 94).

**cc) Antragsfrist**

Grundsätzlich ist eine Normenkontrolle nur innerhalb eines Jahres nach Bekanntmachung des Flächennutzungsplanes zulässig, § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO. Dies gilt für alle möglichen formellen und materiellen Fehler eines Flächennutzungsplans, wie beispielsweise die in der Praxis am häufigsten vorkommenden Fehler im Rahmen der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB.

Bei strikter Anwendung dieser Jahresfrist wäre vorliegend eine Normenkontrolle gegen den Flächennutzungsplan der Stadt Bornheim von vornerein ausgeschlossen, da die letzte Änderung 2011 bekanntgemacht wurde.

Eine Ausnahme von dem Erfordernis der Antragsfrist wird in Literatur und Rechtsprechung für den Fall der Funktionslosigkeit von Festsetzungen erwogen, ohne dass diese Frage höchstrichterlich entschieden wäre oder ein Konsens im Schrifttum existierte

(statt vieler: Kopp/Schenke, Kommentar VwGO, 24. Aufl. 2018, § 47, Rn. 85).

Hauptargument ist, wie vom VGH München bereits dargetan, dass das rechtsstaatliche Bedürfnis nach einer prinzipialen Normenkontrolle umso deutlicher zu Tage tritt, je mehr sich die tatsächlichen Gegebenheiten von den städtebaulichen Intentionen des Flächennutzungsplans entfernt haben und je offensichtlicher die Chancen einer Planverwirklichung schwinden. Bei strikter Anwendung der Jahresfrist liefe gemäß Natur der Sache die intendierte Rechtsschutzfunktion der Normenkontrolle leer, weil sich die tatsächlichen Verhältnisse in aller Regel erst über viele Jahre hinweg – und gerade nicht innerhalb der Jahresfrist ab Bekanntmachung – so gravierend ändern, dass Funktionslosigkeit in Betracht kommt

(VGH München, Urteil vom 25.3.2004 - 25 N 01/308 -, NVwZ-RR 2005, 776, 777).

Im Fall des Nachweises, dass aufgrund der Höhenbeschränkung die Vorrangzone des Flächennutzungsplans der Stadt Bornheim funktionslos geworden ist, besteht somit das Risiko, dass ein Verwaltungsgericht sich über das Antragsfristerfordernis hinwegsetzt und eine Normenkontrolle zulässt.

**dd) Keine Verwerfungskompetenz der Behörde**

Angemerkt sei, dass rechtsanwendende Verwaltungsbehörde, wie etwa die Baugenehmigungsbehörde, keine eigene Verwerfungskompetenz besitzt. Das heißt, sie ist berechtigt und sogar verpflichtet, einen Flächennutzungsplan, den sie für unwirksam hält, anzuwenden. Dies ergibt sich aus Art. 20 Abs. 3 GG, wonach die Verwaltung an Recht und Gesetz und damit auch an bestehende Satzungen wie einen Flächennutzungsplan gebunden ist. Die Verwerfungskompetenz liegt allein bei der Judikative. Dieser Auffassung hat sich die wohl überwiegende Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte angeschlossen

(VGH München, Urteil vom 1.4.1982 – 15 N 81 A/1679, NVwZ 1983, 481, Leitsatz 3; BVerwG, Urteil vom 21.11.1986 – 4 C 22/83 –, juris, Rn. 11; BVerwG, Urteil vom 21.11.1986 – 4 C 37/84 –, juris, Rn. 9; OVG Saarlouis, Urteil vom 09.12.1991 – 1 R 25/91 –, NVwZ 1993, 396; OVG Münster, Urteil vom 30.6.2005 – 20 A 3988/03 –, juris, Rn. 60-66).

**b) Durchführung einer inzidenten Normenkontrolle**

Eine Überprüfung im Wege einer inzidenten Normenkontrolle kommt in Betracht, soweit ein Unternehmer eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung einer Windkraftanlage außerhalb der im Flächennutzungsplan festgesetzten Konzentrationszone beantragt oder innerhalb der Konzentrationszone, aber für Anlagen höher als 150 m. Auf den Ablehnungsbescheid der zuständigen Behörde reagiert der Unternehmer mit einer Verpflichtungsklage auf Erteilung eben jener Genehmigung. Das Gericht müsste nunmehr als Vorfrage, ob die beantragte immissionsschutzrechtliche Genehmigung erteilt werden muss, die Norm auf die der mögliche Anspruch gestützt wird und auf deren Gültigkeit es ankommt – hier der Flächennutzungsplan –, einer „inzidenten“ Prüfung unterziehen. Ein vergleichbarer Fall lag dem BVerwG im Jahr 2012 zur Entscheidung vor

(vgl. BVerwG, Urteil vom 21.10.2004 – 4 C 2/04 –, juris).

**aa) Zulässigkeit einer inzidenten Normenkontrolle**

Die begehrte Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung ist als Verpflichtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO unproblematisch statthaft.

Der klagende Unternehmer müsste einen Anspruch auf den begehrten Verwaltungsakt, die immissionsschutzrechtliche Genehmigung, substantiiert darlegen, § 42 Abs. 2 VwGO. Hier ist § 6 Abs. 1 BImSchG die einschlägige Anspruchsgrundlage zur Windenergieanlagengenehmigung.

Weiterhin müsste die Klage zwingend innerhalb eines Monats nach Ablehnung der BImSch-Genehmigung eingereicht werden, § 74 Abs. 1, 2 VwGO.

**bb) Begründetheit einer inzidenten Normenkontrolle**

Im Rahmen der Begründetheit ist gemäß § 113 Abs. 5 S. 1 VwGO zu untersuchen, ob die Ablehnung der BImSch-Genehmigung rechtswidrig war und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt wurde.

Ein ordnungsgemäßer Antrag bei der zuständigen Behörde durch den Kläger wird vorausgesetzt. Auf materieller Ebene müsste sodann geprüft werden, ob der Anlage öffentlich-rechtliche Vorschriften entgegenstehen. In diesem Zuge wäre zu prüfen, ob der Flächennutzungsplan der Stadt eine rechtswirksame Standortzuweisung im Wege des § 35 Abs. 3 Nr. 3 BauGB vorgenommen hat, sodass eine inzidente Überprüfung des Flächennutzungsplanes an dieser Stelle vorgenommen würde.

Dies hätte zur Folge, dass die Verweigerung der BImSchG-Genehmigung innerhalb und auch außerhalb der ausgewiesenen Konzentrationszone auf Grundlage des unwirksamen Flächennutzungsplanes rechtswidrig wäre und eine Rechtsverletzung des klagenden Unternehmers festgestellt werden müsste. Folglich müsste – unterstellt die Stadt Bornheim wäre in der Zwischenzeit untätig geblieben – die Genehmigung zur Errichtung und Nutzung der Windkraftanlagen erteilt werden.

## **II. Planerische Empfehlungen – Heilungs- und Sicherungsmöglichkeiten**

Das Gesetz bietet verschiedene Möglichkeiten zur Heilung eines Flächennutzungsplanes und zur Sicherung der Planung.

### **1. Fehlerheilung nach § 214 Abs. 4 BauGB**

Eine Behebung beachtlicher materieller und formeller Fehler eines Flächennutzungsplanes ist grundsätzlich im ergänzenden Verfahren nach § 214 Abs. 4 BauGB möglich. Die Vorschrift setzt allerdings voraus, dass es sich bei den erkannten Mängeln, nicht um solche handelt, die den Kern der Abwägungsentscheidung betreffen. Das heißt, inhaltliche Änderungen des Planes können nur punktuell erfolgen und nicht die Grundzüge der Planung verändern. Dementsprechend scheidet das ergänzende Verfahren aus, wenn die erkannten Abwägungsmängel von solcher Art sind, dass die Planung als Ganzes in Frage gestellt wird

(Battis/Krautzberger/Löhr, Kommentar zum BauGB, 13. Aufl. 2016, § 35, Rn. 23 f.).

So dürfte der Fall hier gelagert sein. Notwendig ist nämlich eine Neubewertung sämtlicher zur Verfügung stehender Flächen anhand der Maßgabe der Kriterien der Rechtsprechung. Das dadurch ein in den Grundzügen veränderter Flächennutzungsplan entsteht, ist möglich. Rechtsprechung die dieses Ergebnis weiter absichern würde, existiert jedoch (noch) nicht.

### **2. Neuaufstellung des gesamten Flächennutzungsplanes**

Im Falle der durch die Stadt Bornheim erkannten Funktionslosigkeit sowie zwecks Behebung der Abwägungsfehler und der fehlerhaften Bekanntmachung kommt eine Neuaufstellung eines Flächennutzungsplanes nach § 5 BauGB für das gesamte Gebiet unter Beachtung der vom BVerwG statuierten und oben ausführlich erläuterten Vorgaben in Betracht. Insbesondere wäre Grundlage eines entsprechenden Verfahrens die Erstellung eines gesamträumlichen Planungskonzeptes.

### **3. Repowering**

Im Jahr 2011 wurde im Rahmen der Klimaschutznovelle mit der Einführung des § 249 BauGB den Planungsträgern die Möglichkeit eröffnet, zusätzliche Flächen in einem bestehenden Flächennutzungsplan als Konzentrationszonen auszuweisen. Die Vorschrift des § 249 Abs. 1 S. 1 BauGB setzt voraus, dass es bereits einen wirksamen Flächennutzungsplan gibt, in dem Flächen für die Nutzung der Windenergie dargestellt sind. Des Weiteren muss der bereits vorhandene Flächennutzungsplan geeignet sein, die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB zu erzeugen. Das heißt, der Flächennutzungsplan muss die besonderen Anforderungen an ein schlüssiges gesamträumliches Planungskonzept erfüllen, die von der Rechtsprechung entwickelt wurden

(Schrödter, Kommentar zum BauGB, 9. Aufl. 2019, § 249, Rn. 9; EZBK, Kommentar zum BauGB, 131. EL Oktober 2018, § 249, Rn. 5).

Problematisch ist folglich, dass die planende Stadt auch bei Berufung auf § 249 Abs. 1 BauGB dazu aufgefordert ist, im Rahmen des Abwägungsgebots bei Neuausweisung von Flächen die Abwägung der bisherigen Konzentrationszonen zu prüfen. Werden dabei – wie hier – Abwägungsfehler aufgedeckt oder ist der Plan aufgrund der fehlerhaften Bekanntmachung unwirksam, kann § 249 Abs. 1 BauGB nicht weiterhelfen

(Blessing, M., Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen, 1. Aufl. 2016, S. 183 f., Rn. 352-356).

### **4. Änderung des Flächennutzungsplanes bei gleichzeitiger Neuaufstellung eines sachlichen Teilflächennutzungsplanes**

In Betracht kommt, den bestehenden Flächennutzungsplan dahingehend zu ändern, dass die Festsetzung der Konzentrationszonen für die Errichtung und Nutzung von Windenergie aus diesem vollständig herausgenommen werden. Der Plan müsste im Anschluss unter Beachtung der Anforderungen der Rechtsprechung an die Bekanntmachung erneut bekanntgemacht werden.

Parallel könnten im Rahmen eines sachlichen Teilflächennutzungsplanes Konzentrationszonen für die Errichtung und Nutzung von Windenergieanlagen festgesetzt werden, welche den Anforderungen der Rechtsprechung genügen und den geänderten Förderbedingungen des EEG 2017 Rechnung tragen.

Der Vorteil der Aufstellung eines sachlichen Teilflächennutzungsplanes für die Ausweisung von Konzentrationszonen liegt darin, dass dieser rechtlich selbstständig und damit nicht vom rechtlichen Schicksal des Gesamt-Flächennutzungsplanes im Sinne des § 5 Abs. 1 S. 1 BauGB abhängig ist

(EZBK, Kommentar zum BauGB, 131. EL Oktober 2018, § 5, Rn. 62 i-k).

Durch Herausnahme der Konzentrationszonen aus dem bestehenden Flächennutzungsplanes wäre wiederum sichergestellt, dass die Darstellungen des Teilflächennutzungsplanes jenen des Gesamt-Flächennutzungsplanes nicht widersprechen, was anderenfalls dazu führen könnte, dass die nach § 5 Abs. 1 S. 2 BauGB maßgeblichen Grundzüge des vorhandenen Flächennutzungsplanes berührt sein könnten und dieser nicht mehr vom Planerfordernis des § 1 Abs. 3 BauGB gedeckt wäre

(Battis/Krautzberger/Löhr, Kommentar zum BauGB, 13. Aufl. 2016, § 5, Rn. 35 e).

Zur Sicherung der Planung kann eine Zurückstellung für den Zeitraum von einem Jahr nach § 15 Abs. 3 BauGB beantragt werden. Der Erlass einer Veränderungssperre nach § 14 BauGB ist nicht möglich

(OVG Münster, Beschluss vom 18.12.2014 – 8 B 646/14 –, juris, Rn. 4; EZBK, Kommentar zum BauGB, 131. EL Oktober 2018, § 15, Rn. 3).

Dr. Tassilo Schiffer  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Christina Nowak  
Rechtsanwältin