

Verwaltungsgericht Minden, 11 K 3001/19

Datum: 12.08.2020
Gericht: Verwaltungsgericht Minden
Spruchkörper: 11. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 K 3001/19
ECLI: ECLI:DE:VGMI:2020:0812.11K3001.19.00

Tenor: Der Beklagte wird unter Aufhebung des Bescheides vom 22.08.2019 verpflichtet, über den Antrag der Klägerin auf Erteilung eines immissionsschutzrechtlichen Vorbescheides vom 16.01.2019 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Klägerin und der Beklagte tragen die Kosten des Verfahrens jeweils zur Hälfte.

Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten jeweils gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des beizutreibenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand:	1
Die Beteiligten streiten um die Errichtung und den Betrieb einer Windenergieanlage auf dem Grundstück Gemarkung H. , Flur 8, Flurstück 27. Der Standort liegt im bauplanungsrechtlichen Außenbereich der Beigeladenen und außerhalb der erstmals mit der 13. Änderung des Flächennutzungsplanes im Jahre 2002 erfolgten Ausweisung von Konzentrationszonen für Windenergieanlagen.	2
Das Aufstellungsverfahren zur 13. Änderung des Flächennutzungsplanes nahm folgenden Verlauf:	3
In den Sitzungen vom 13.12.2000 und 25.01.2001 beschloss der Rat der Beigeladenen die Änderung des Flächennutzungsplanes mit dem Ziel der Ausweisung von Konzentrationszonen für Windenergieanlagen mit einer Höhe von maximal 140 m über Grund. Der Aufstellungsbeschluss wurde im Amtsblatt der Beigeladenen vom 18.04.2001 bekannt gemacht. Dort heißt es u.a.:	4
„Die Änderungsbereiche im einzelnen:	5
(...)	6
<u>Im gesamten Stadtgebiet:</u>	7
Darstellung von Vorranggebieten für Windenergie	8

(...)	9
Die Änderungsbereiche der 13. Änderung des Flächennutzungsplanes sind in den beigefügten Übersichtsplänen dargestellt.“	10
In den beigefügten Lageplänen sind jeweils Teile des Gemeindegebietes und die darin gelegenen Änderungsbereiche 2 bis 6 abgebildet.	11
Die frühzeitige Bürgerbeteiligung erfolgte in der Zeit vom 30.04.2001 bis 01.06.2001.	12
Im Auftrag der Beigeladenen ermittelte und bewertete die L. & C2. Landschaftsarchitekten GmbH die für die Windenergienutzung in Frage kommenden Flächen, vgl. Landschaftspflegerischer Fachbeitrag Standortuntersuchung Windenergieanlagen Stand: März 2002 (im Folgenden: Standortkonzept).	13
Auf der Grundlage der im ersten Schritt erfassten planungsrelevanten Bestandsdaten des Stadtgebiets und potenziell betroffener Nachbargemeinden wurden dabei im zweiten Schritt Ausschlussflächen und Mindestabstände auf der Grundlage des WEA-Erlasses NRW vom 03.05.2000 (im Folgenden: WEA-Erlass 2000) ermittelt. In einem dritten Schritt erfolgte ein Abgleich mit den Windgeschwindigkeitsdaten des Deutschen Wetterdienstes, um die für die WEA-Nutzung nicht wirtschaftlichen Gebiete auszuschließen. Bei der Anwendung der Ausschlussflächen und Mindestabstände wurden im Wesentlichen die Kriterien des WEA-Erlasses 2000 berücksichtigt und darüber hinaus alle Flächen mit einer Größe von weniger als 10 ha ausgeschlossen, weil nach dem Willen des Plangebers nur Gebiete in Betracht kommen sollten, die die Aufnahme von mindestens drei Anlagen zuließen.	14
In Anwendung dieser Kriterien wurden die von der Beigeladenen zunächst vorgeschlagenen Änderungsbereiche 2 bis 6 als „nicht geeignet“ bewertet, weil sie jeweils mindestens eines der o.g. Ausschlusskriterien erfüllten. Von den im Rahmen der Standortuntersuchung durch das Gutachterbüro darüber hinaus ermittelten Bereichen 1 bis 7 erfüllte lediglich der Bereich 7 („Im W. “, Größe ca. 10 ha) die zugrunde gelegten Anforderungen.	15
In der Sitzung vom 12.12.2001 beschloss der Rat, zwei Vorranggebiete, nämlich eines östlich der T1. Straße mit einer Größe von 36 ha (Änderungsbereich 1, ähnlich dem sogenannten Änderungsbereich 6 im Aufstellungsbeschluss) und eines südlich der K 22 und K 13 mit einer Größe von 63 ha (Änderungsbereich 2, im Aufstellungsbeschluss noch als sogenannter Änderungsbereich 4 bezeichnet), auszuweisen. Die maximale Anlagenhöhe wurde auf 140 m festgesetzt.	16
Die öffentliche Auslegung des Planentwurfes einschließlich des Erläuterungsberichtes wurde im Amtsblatt vom 13.12.2001 bekannt gemacht und erfolgte im Zeitraum vom 27.12.2001 bis zum 25.01.2002. Im Amtsblatt wird als Änderungsbereich das gesamte Stadtgebiet I. bezeichnet und auf die beigefügten Übersichten verwiesen.	17
Der zunächst vom Rat am 06.02.2002 gefasste Beschluss zur 13. Änderung des Flächennutzungsplans, mit dem lediglich noch der Änderungsbereich 1 als Vorrangzone ausgewiesen worden war, wurde mit Beschluss vom 06.03.2002 mit der Begründung aufgehoben, Teile des Vorranggebietes lägen im gesetzlich festgelegten Überschwemmungsgebiet des Abrockbaches und die erforderliche Befreiung könne nach Aussage der Bezirksregierung E. nicht in Aussicht gestellt werden. In der Folge wurde der im Überschwemmungsgebiet gelegene – südliche – Bereich herausgenommen und das Vorranggebiet nach Norden hin erweitert. Der neue Änderungsbereich 1 weist eine Größe von 12 ha auf.	18

Der geänderte Planentwurf wurde in der Zeit vom 18.03.2002 bis 08.04.2002 – verkürzt – öffentlich ausgelegt. Die öffentliche Bekanntmachung der erneuten Auslegung erfolgte im Amtsblatt der Beigeladenen vom 08.03.2002 mit dem Text	19
„ <u>Die Änderungsbereiche im einzelnen:</u>	20
<u>Änderungsbereich 1</u>	21
Darstellung eines Vorranggebietes für die Windenergie östlich der T1. Straße, nördlich des ausgewiesenen Überschwemmungsgebietes im Ortsteil I. “.	22
Der Änderungsbereich wurde in einem Übersichtsplan dargestellt.	23
Der Rat der Beigeladenen beschloss in seiner Sitzung vom 10.04.2002 die Änderung des Flächennutzungsplanes auf der Grundlage dieses geänderten Planentwurfes. Die Bezirksregierung E. genehmigte die Planänderung mit Verfügung vom 24.05.2002. Die Genehmigung wurde im Amtsblatt vom 21.06.2002 öffentlich bekannt gemacht; die Beschreibung des Änderungsbereichs 1 entspricht der Bekanntmachung der erneuten öffentlichen Auslegung. Der Plan enthält für diesen Bereich die Festsetzung „Gemäß § 16 Abs. 1 und BauNVO wird das Maß der baulichen Nutzung – hier: Höhe der Windenergieanlagen – mit maximal 140 m über Grund (gemessen bis zur Rotorblattspitze) bestimmt.“.	24
Das von der Beigeladenen im Jahr 2012 eingeleitete Verfahren zu einer 19. Änderung des Flächennutzungsplans mit dem Ziel, Vorrangzonen für die Windenergienutzung auszuweisen, wurde aufgrund eines Ratsbeschlusses vom 26.04.2016 nicht weiterverfolgt.	25
Die Klägerin beantragte am 16.01.2019 die Erteilung eines immissionsschutzrechtlichen Vorbescheides für die Errichtung und den Betrieb einer Windenergieanlage mit einer Gesamthöhe von maximal 240 m auf dem Grundstück Gemarkung H. , Flur 8, Flurstück 27. Der Standort liegt nordwestlich der Ortschaft H. in einem Bereich, der im Entwurf zur 19. Änderung des Flächennutzungsplanes als Potenzialfläche Nr. 1.1 ausgewiesen war. Nach dem Vorbescheidsantrag soll geprüft werden, ob dem Vorhaben Belange i.S.d. § 35 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 und Nr. 2 BauGB entgegenstehen. Öffentliche Belange i.S.d. § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 bis 8 BauGB sollten nicht Gegenstand der Prüfung sein.	26
Im Rahmen der Beteiligung der Träger öffentlicher Belange versagte die Beigeladene mit Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten vom 20.03.2019 das gemeindliche Einvernehmen unter Berufung auf die dem Vorhaben entgegenstehenden Festsetzungen des Flächennutzungsplans i.d.F. der 13. Änderung. Der Standort der geplanten Anlage liege außerhalb einer im Flächennutzungsplan ausgewiesenen Konzentrationszone. Der Flächennutzungsplan entfalte nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB Ausschlusswirkung. Eventuelle Abwägungsmängel hätten nach der verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Regelung des § 215 Abs. 1 Nr. 2 BauGB in der maßgeblichen Fassung vom 27.08.1997 innerhalb von sieben Jahren nach Inkrafttreten des Flächennutzungsplanes geltend gemacht werden müssen. Das sei nicht geschehen.	27
Der Beklagte hörte die Klägerin mit Schreiben vom 06.05.2019 zur geplanten Ablehnung des Antrages wegen des fehlenden Einvernehmens der Beigeladenen an. Die Klägerin nahm mit Schreiben vom 05.06.2019 Stellung.	28
Der Beklagte lehnte mit Bescheid vom 22.08.2019, zugestellt am 26.08.2019, den Antrag der Klägerin auf Erteilung eines Vorbescheides ab. Die Beigeladene habe ihr Einvernehmen versagt. An die Versagung des Einvernehmens sei er gebunden, soweit	29

diese nicht offensichtlich rechtswidrig erfolgt sei. Als Genehmigungsbehörde stehe ihm eine Normverwerfungskompetenz grundsätzlich nicht zu, sodass er von der Rechtsgültigkeit des Flächennutzungsplanes ausgehen müsse. Eine optisch bedrängende Wirkung der geplanten Anlage sei aufgrund des Einhaltens des dreifachen Abstandes zur Wohnbebauung nicht erkennbar.

Die Klägerin hat am 25.09.2019 Klage erhoben. Sie vertritt die Auffassung, der Flächennutzungsplan i.d.F. der 13. Änderung könne dem Vorhaben nicht entgegengehalten werden. Die Schlussbekanntmachung genüge nicht den sich § 6 Abs. 5 BauGB ergebenden Anforderungen, weil der räumliche Geltungsbereich der Änderung in den beigefügten Plänen nicht dargestellt werde. Die Änderung des Planes umfasse nicht nur die ausgewiesenen Konzentrationszonen, sondern den gesamten Außenbereich der Gemeinde. Aufgrund der Bekanntmachungsmängel sei die siebenjährige Rügefrist des § 215 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BauGB a.F. nicht in Lauf gesetzt worden, sodass Abwägungsmängel weiterhin geltend gemacht werden könnten. Ferner werde aus der Schlussbekanntmachung nicht deutlich, dass der Plan Ausschlusswirkung i.S.d. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB haben solle. 30

Die 13. Änderung des Flächennutzungsplans leide unter erheblichen Mängeln sowohl im Abwägungsvorgang als auch im Abwägungsergebnis. Dem Erläuterungsbericht lasse sich in keiner Weise eine Unterscheidung zwischen harten und weichen Tabuzonen entnehmen. Hinsichtlich der Methodik der Eignungsanalyse werde auf gutachterliche Aussagen verwiesen. Dabei seien verschiedene Bereiche ohne weitere Abwägung als „Ausschlussgebiete“ eingeordnet worden, bei denen es sich nach richtiger Herangehensweise lediglich um weiche Tabuzonen handele, die der gemeindlichen Abwägung zugänglich seien. Dies gelte u.a. für Abstandsflächen zu Waldflächen und zu Naturschutzgebieten. Ferner leide die 13. Änderung des Flächennutzungsplans der Beigeladenen an nach wie vor rügefähigen Mängeln im Abwägungsergebnis. Sie verschaffe der Windenergie keinen substanziellen Raum, wenn sie sich auf die Darstellung eines einzigen Vorranggebietes mit einer Größe von ca. 12 ha beschränke; dies entspreche lediglich ca. 0,12 % des Gemeindegebietes. Hinzu komme, dass die zulässige Anlagenhöhe im Vorranggebiet auf 140 m beschränkt worden sei. 31

Die Klägerin beantragt, 32

den Beklagten unter Aufhebung des Bescheides vom 22.08.2019 zu verpflichten, ihr einen immissionsschutzrechtlichen Vorbescheid betreffend die Errichtung und den Betrieb einer Windenergieanlage auf dem Grundstück Gemarkung H. , Flur 8, Flurstück 27, zu erteilen. 33

Der Beklagte beantragt, 34

die Klage abzuweisen. 35

Er nimmt Bezug auf die Begründung des angefochtenen Bescheides. 36

Die Beigeladene hat keinen Antrag gestellt. Sie macht geltend, der Beklagte habe den Antrag nicht in der Sache bescheiden dürfen, weil dieser nicht prüffähig gewesen sei. Die von der Klägerin vorgelegten Unterlagen würden eine vorläufige positive Gesamtbeurteilung des Vorhabens nicht zulassen. Insbesondere sei völlig offen, ob dem Vorhaben Belange des Artenschutzes und des Landschaftsschutzes entgegenstünden, die nicht mit Nebenbestimmungen überwindbar seien. Es sei auch nicht Aufgabe des Gerichts, die noch fehlenden Informationen und Unterlagen einzuholen und erstmals zu prüfen. Da der Antrag nicht prüffähig sei, hätte der Beklagte ihn aus formellen Gründen ablehnen müssen. Auf die Frage, ob der Flächennutzungsplan in der Fassung der 13. 37

Änderung dem Vorhaben der Klägerin entgegenstehe, komme es deshalb nicht an.

Die Klägerin könne sich im Übrigen auf etwaige Mängel des Flächennutzungsplanes nicht berufen. Die sich aus § 215 BauGB in der Fassung vom 20.08.1997 ergebenden Fristen für die Rüge von Mängeln in Abwägungsvorgang und Abwägungsergebnis seien abgelaufen. Ob der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen zur ordnungsgemäßen Bekanntmachung der Genehmigung von Flächennutzungsplänen zu folgen sei, sei offen. Das Bundesverwaltungsgericht habe mit Beschluss vom 16.01.2019 die Revision gegen das diesbezügliche Urteil vom 06.12.2017 zugelassen. Auch wenn die Zulassung aus anderen Gründen erfolgt sei, sei es möglich, dass das Bundesverwaltungsgericht die Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts insoweit korrigieren werde.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie die beigezogenen Verwaltungsvorgänge des Beklagten und der Beigeladenen Bezug genommen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die zulässige Klage ist in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet.

Der ablehnende Bescheid des Beklagten vom 22.08.2019 ist aufzuheben, weil er rechtswidrig ist und die Klägerin in ihren Rechten verletzt, § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Die Klägerin hat Anspruch auf erneute Bescheidung ihres Antrags auf Erteilung eines immissionsschutzrechtlichen Vorbescheides nach § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO. Die Erteilung des beantragten Vorbescheides kann sie dagegen nicht beanspruchen.

Auf Antrag soll gemäß § 9 Abs. 1 BImSchG durch Vorbescheid über einzelne Genehmigungsvoraussetzungen sowie über den Standort der geplanten – hier nach § 4 Abs. 1 BImSchG i. V. m. § 1 Abs. 1 der 4. BImSchV und Nr. 1.6 des Anhangs 1 zur 4. BImSchV genehmigungsbedürftigen – Anlage entschieden werden, sofern deren Auswirkungen ausreichend beurteilt werden können und ein berechtigtes Interesse an der Erteilung eines Vorbescheids besteht. §§ 6 und 21 BImSchG gelten sinngemäß (§ 9 Abs. 3 BImSchG). Die Genehmigung ist nach § 6 Abs. 1 BImSchG zu erteilen, wenn sichergestellt ist, dass die sich aus § 5 BImSchG und einer auf Grund des § 7 BImSchG erlassenen Rechtsverordnung ergebenden Pflichten erfüllt werden (Nr. 1), und andere öffentlich-rechtliche Vorschriften – hier insbesondere die bauplanungsrechtlichen Anforderungen – und Belange des Arbeitsschutzes der Errichtung und dem Betrieb der Anlage nicht entgegenstehen (Nr. 2).

Die Klägerin hat ein berechtigtes Interesse an der Erteilung eines Vorbescheids (dazu 1.). Die Frage des Entgegenstehens der Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB im Rahmen der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit ist zulässiger Gegenstand eines Vorbescheids (dazu 2.). Die 13. Änderung des Flächennutzungsplans hindert die Errichtung einer Windenergieanlage nicht (dazu 3.). Da sich die für die Erteilung eines Vorbescheides erforderliche vorläufige positive Gesamtbeurteilung weder spruchreif bejahen noch spruchreif verneinen lässt, ist der Beklagte unter Heranziehung der zum sog. steckengebliebenen Genehmigungsverfahren entwickelten Grundsätze gemäß § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO zu einer Neubescheidung des Vorbescheidsantrags unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu verpflichten (dazu 4.).

1.

Die Klägerin hat ein berechtigtes Interesse daran, dass die Frage der Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB im Rahmen der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit des

Vorhabens durch einen Vorbescheid geklärt wird. Dessen Bindungswirkung ist geeignet, ihr Investitionsrisiko zu verringern.

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 21.04.2020 – 8 A 311/19 –, juris Rn. 39. 47

2. 48

Die Klägerin durfte den Vorbescheidsantrag auf die Prüfung der Frage beschränken, ob dem Vorhaben Belange i.S.d. § 35 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 BauGB entgegenstehen, und die weiteren Genehmigungsvoraussetzungen – hier insbesondere Belange i.S.d. § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 bis Nr. 8 BauGB – von der Prüfung ausschließen. 49

Ein Vorbescheid kann zu jeder für die Genehmigung relevanten Frage ergehen, die im Vorgriff auf sie rechtlich und tatsächlich geklärt werden kann, insbesondere zu bauplanungsrechtlichen Fragen. Dies schließt umgekehrt für den Antragsteller auch das Recht ein, einzelne für die Genehmigung relevante Fragen aus der Prüfung auszuklammern, u.a. auch, ob von dem Vorhaben schädliche Umwelteinwirkungen durch Lärm und Schattenwurf i.S.d. § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BauGB ausgehen. 50

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 28.02.2008 – 10 A 1060/06 –, juris Rn. 42 ff. 51

Soweit der Vorbescheid über das Vorliegen bestimmter Genehmigungsvoraussetzungen entscheidet, bindet er als Ausschnitt aus dem feststellenden Teil der Genehmigung die Genehmigungsbehörde für das weitere Genehmigungsverfahren und nimmt insoweit die Entscheidung vorweg. 52

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 21.04.2020 – 8 A 311/19 –, juris Rn. 40 und 41. 53

3. 54

Die 13. Änderung des Flächennutzungsplans der Beigeladenen entfaltet keine Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. 55

Eine Ausschlusswirkung war zwar vom Plangeber beabsichtigt und ist beschlossen worden (a.)). Die 13. Änderung ist aber schon formell fehlerhaft erfolgt, weil den Anforderungen, die nach der Bekanntmachungsverordnung zu stellen sind, nicht genügt wurde (b.)) und der (Schluss-)Bekanntmachung nicht zu entnehmen ist, dass die Planänderung die Wirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB entfalten soll (c.)). Die Planänderung leidet außerdem unter Abwägungsfehlern, die sowohl den Abwägungsvorgang als auch das Abwägungsergebnis betreffen (d.)). Diese Fehler sind beachtlich (e.)) und rügefähig (f.)). 56

a.) 57

Für eine Ausschlusswirkung i.S.d. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ist entscheidend, ob ein entsprechender Wille des Plangebers den Aufstellungsvorgängen entnommen werden kann, wobei der dem Flächennutzungsplan beizufügende Erläuterungsbericht eine wesentliche Hilfe für die Verdeutlichung und die Auslegung des Plans sein kann. 58

Vgl. BVerwG, Urteile vom 31.03.2013 – 4 CN 1/12 – juris Rn. 10, und vom 13.12.2018 – 4 CN 3/18 –, juris Rn 10. 59

Der Wille des Rates der Beigeladenen, der 13. Änderung des Flächennutzungsplanes Ausschlusswirkung i.S.d. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB beimessen zu wollen, lässt sich dem Erläuterungsbericht zum Feststellungsbeschluss vom 10.04.2002 eindeutig entnehmen. In ihm wird ausgeführt (Seite 2), dass aufgrund der Darstellung von Vorranggebieten 60

außerhalb liegende Standorte generell unzulässig sein sollen.

- b.) 61
- Die Genehmigung der von der Beigeladenen beschlossenen 13. Änderung des Flächennutzungsplans durch die Bezirksregierung E. vom 24.05.2002 ist nicht ordnungsgemäß bekannt gemacht worden, sodass die Änderung nicht wirksam geworden ist, vgl. § 6 Abs. 5 Satz 2 BauGB. 62
- Nach § 52 Abs. 3 GO NRW in der bis zum 30.12.2013 geltenden Fassung finden die für die öffentliche Bekanntmachung von Satzungen geltenden Bestimmungen (§ 7 Abs. 4 und 5 GO NRW) auch bei den nach diesem Gesetz oder anderen Rechtsvorschriften vorgeschriebenen sonstigen Bekanntmachungen sinngemäß Anwendung, soweit nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist. § 52 Abs. 3 GO NRW verweist nicht lediglich auf die ausdrücklich erwähnten Regelungen in § 7 Abs. 4 und 5 GO NRW, sondern auch auf die Bestimmungen der auf der Grundlage der Verordnungsermächtigung in § 7 Abs. 5 GO NRW ergangenen Bekanntmachungsverordnung, die sinngemäß Anwendung finden. 63
- Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 08.02.2013 – 10 B 1239/12 –, juris Rn. 8. 64
- Nach § 7 Abs. 5 GO NRW bestimmt das Innenministerium durch Rechtsverordnung, welche Verfahrens- und Formvorschriften bei der öffentlichen Bekanntmachung von Satzungen und sonstigen ortsrechtlichen Bestimmungen einzuhalten sind, soweit nicht andere Gesetze hierüber besondere Regelungen enthalten. Zum Zeitpunkt der Bekanntmachung der 13. Änderung des Flächennutzungsplans am 21.06.2002 galt die Verordnung über die öffentliche Bekanntmachung von kommunalem Ortsrecht vom 26.08.1999 (Bekanntmachungsverordnung – BekanntmVO). Deren Geltungsbereich erfasst nach § 1 Abs. 1 BekanntmVO das Verfahren und die Form bei der öffentlichen Bekanntmachung von Satzungen; die Vorschriften über Satzungen gelten gemäß § 1 Abs. 2 BekanntmVO auch für sonstige ortsrechtliche Bestimmungen. 65
- Die bundesgesetzlich nach §§ 2 Abs. 1 Satz 2, 3 Abs. 2 Satz 2 und 6 Abs. 5 Satz 1 BauGB vorgeschriebenen ortsüblichen Bekanntmachungen über Aufstellung, Auslegung und Genehmigung eines Flächennutzungsplans sind sonstige öffentliche Bekanntmachungen i.S.d. § 52 Abs. 3 GO NRW, für die nach § 1 Abs. 2 BekanntmVO die Vorschriften der Bekanntmachungsverordnung über Satzungen gelten. Selbst wenn man auf der Grundlage von § 52 Abs. 3 GO NRW nur von einer sinngemäßen Anwendung der Bekanntmachungsverordnung bei der Bekanntmachung von Beschlüssen ausgeht, die Flächennutzungspläne betreffen, sind damit zumindest die wesentlichen Regelungen der Bekanntmachungsverordnung zum Verfahren vor der Bekanntmachung sowie zu deren Inhalt und Form zu beachten. 66
- Vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 18.12.2015 – 8 B 253/15 –, juris Rn. 14, vom 11.03.2014 – 8 B 1339/13 –, juris Rn. 9 ff., und vom 08.02.2013 – 10 B 1239/12 –, juris Rn. 7 ff. 67
- Infolgedessen ist als wesentliche Regelung zunächst § 2 Abs. 3 BekanntmVO anwendbar, wonach der Bürgermeister schriftlich bestätigt, dass der Wortlaut der Satzung mit den Ratsbeschlüssen übereinstimmt und dass nach § 2 Abs. 1 und Abs. 2 BekanntmVO verfahren worden ist, und die Bekanntmachung anordnet. 68
- Eine Übereinstimmungserklärung nach § 2 Abs. 3 BekanntmVO NRW befindet sich nicht in den Aufstellungsvorgängen. Die Prozessbevollmächtigten der Beigeladenen haben auf telefonische Nachfrage des Gerichts bestätigt, dass eine solche Erklärung nicht vorliegt (vgl. Vermerk vom 13.08.2020). 69
- Eine Bekanntmachungsanordnung hat der Bürgermeister der Beigeladenen nach dem 70

Inhalt der Aufstellungsvorgänge ebenfalls nicht erlassen; auch eine Bestätigung nach § 2 Abs. 1 und 2 BekanntmVO ist nicht erfolgt.	
c.)	71
Die 13. Änderung des Flächennutzungsplanes wurde außerdem nicht in einer den Anforderungen des § 6 Abs. 5 BauGB genügenden Weise bekannt gemacht.	72
Nach der übereinstimmenden Rechtsprechung der Bausenate des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen,	73
vgl. Urteil vom 06.12.2017 – 7 D 100/15.NE –, juris Rn. 33 ff., und dem folgend Urteile vom 21.01.2019 – 10 D 23/17.NE –, juris Rn. 57, vom 07.03.2019 – 2 D 36/18 –, juris Rn. 41, und vom 14.03.2019 – 2 D 71/NE –, juris Rn. 43,	74
der sich der für das Immissionsschutzrecht zuständige 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen,	75
vgl. Beschluss vom 14.12.2018 – 8 B 296/18 –, juris Rn. 29 ff.,	76
und das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht,	77
vgl. Urteile vom 05.03.2018 – 12 KN 144/17 –, juris Rn. 43, vom 18.02.2019 – 12 KN 152/17 –, juris Rn. 49, und vom 25.04.2019 – 12 KN 226/17 –, juris Rn. 36,	78
angeschlossen haben, ist für eine ordnungsgemäße Bekanntmachung aus rechtsstaatlichen Gründen erforderlich, dass dem Adressaten der räumliche Geltungsbereich der Rechtsnormqualität aufweisenden Darstellungen hinreichend deutlich gemacht wird. Dies ist bei einem Flächennutzungsplan mit den Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB grundsätzlich der gesamte Außenbereich der Gemeinde. Sofern in der Bekanntmachung von der Darstellung von „Konzentrationszonen“ die Rede ist, ohne dass auf § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB hingewiesen oder dieser Begriff auf andere Weise erläutert wird, ist dies für eine hinreichende Information der Normadressaten über den Rechtscharakter und den Geltungsbereich der getroffenen Darstellung des Flächennutzungsplans jedenfalls dann ungeeignet, wenn in dem der Bekanntmachung beigefügten Lageplan nur die Konzentrationszonen und die sich unmittelbar anschließenden Bereiche dargestellt werden und nicht die übrigen Teile des Außenbereiches. Der Geltungsbereich der Änderung wird durch eine derartige Darstellung konterkariert und für den Normadressaten unklar.	79
Vgl. OVG NRW vom 06.12.2017 – 7 D 100/15.NE –, juris Rn. 40 bis 43.	80
Nach der Schlussbekanntmachung der 13. Änderung des Flächennutzungsplans vom 21.06.2002 betrifft der Änderungsbereich 1 die „Darstellung eines Vorranggebietes für die Windenergie“, ohne dass der Begriff „Vorranggebiet“ erläutert, auf § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB hingewiesen oder die beabsichtigte negative Wirkung der Darstellung sonst verdeutlicht wird. Für den Normadressaten kann daher der Eindruck entstehen, es handle sich um eine nur den Änderungsbereich 1, nicht aber das gesamte Gemeindegebiet betreffende Ausweisung. Die Annahme, dass der Geltungsbereich der Planänderung sich auf den Änderungsbereich 1 beschränkt, wird durch den dazu bekanntgemachten Übersichtsplan verstärkt, in dem nur dieser Bereich dargestellt wird.	81
Ob derartige Mängel der Schlussbekanntmachung nach § 6 Abs. 5 BauGB unbeachtlich sind, wenn durch die Auslegungsbekanntmachung der Geltungsbereich und die Wirkungen der Änderung des Flächennutzungsplanes ausreichend verdeutlicht wurden	82

und diese Bekanntmachung jedenfalls die ihr zugedachte Anstoßfunktion erfüllt hat,	
vgl. hierzu OVG NRW, Urteil vom 06.12.2017 – 7 D 100/15.NE –, juris Rn. 47,	83
kann dahingestellt bleiben, weil die Auslegungsbekanntmachung vom 08.03.2002 hinsichtlich der textlichen und zeichnerischen Darstellung der Schlussbekanntmachung vom 21.06.2002 entspricht und deshalb die o.g. Mängel der Bekanntmachung nach § 6 Abs. 5 BauGB nicht „kompensieren“ kann.	84
Schon mangels einer wirksamen Bekanntmachung können die Festsetzungen der 13. Änderung des Flächennutzungsplanes dem Vorhaben der Klägerin damit nicht entgegengehalten werden.	85
d.)	86
Die 13. Änderung des Flächennutzungsplans entfaltet im Übrigen auch deshalb keine Ausschlusswirkung i.S.d. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB für die Errichtung von Windenergieanlagen,	87
vgl. zum insoweit beschränkten Prüfungsgegenstand: BVerwG, Urteil vom 13.12.2018 – 4 CN 3/18 –, juris Rn. 29,	88
weil der dieser Festsetzung zugrunde liegende Abwägungsvorgang (aa.)) und auch das Abwägungsergebnis (bb.)) mangelhaft sind.	89
aa.)	90
Das Abwägungsgebot des § 1 Abs. 7 BauGB verlangt, dass weder die Bedeutung einzelner Belange verkannt noch der Ausgleich zwischen ihnen in einer Weise vorgenommen wird, die zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht. Innerhalb des so gezogenen Rahmens ist dem Abwägungserfordernis schon dann genügt, wenn sich die zur Planung berufene Gemeinde im Widerstreit verschiedener Belange für die Bevorzugung des einen und damit notwendigerweise für die Zurückstellung des anderen Belangs entscheidet.	91
Vgl. BVerwG, Urteile vom 13.12.2012 – 4 CN 1/11 –, vom 13.03.2003 – 4 C 3/02 – und vom 17.12.2002 – 4 C 15/01 – sowie Beschluss vom 15.09.2009 – 4 BN 25/09 –, sämtlich in juris.	92
Ein diesen Anforderungen genügendes Plankonzept für die Ausweisung von Konzentrationszonen ist stufenweise zu entwickeln. Dabei sind in einem ersten Arbeitsschritt diejenigen Bereiche als "Tabuzonen" zu ermitteln, die für die Nutzung der Windenergie nicht zur Verfügung stehen, wobei Tabuzonen sich in "harte" und "weiche" untergliedern lassen. Der Begriff der harten Tabuzonen dient der Kennzeichnung von Gemeindegebietsteilen, die für eine Windenergienutzung, aus welchen Gründen auch immer, nicht in Betracht kommen, mithin für eine Windenergienutzung "schlechthin" ungeeignet sind. Mit dem Begriff der weichen Tabuzonen werden Bereiche des Gemeindegebiets erfasst, in denen nach dem Willen der Gemeinde aus unterschiedlichen Gründen die Errichtung von Windenergieanlagen "von vornherein" ausgeschlossen werden "soll". Die Potenzialflächen, die nach Abzug der harten und weichen Tabuzonen übrig bleiben, sind in einem weiteren Arbeitsschritt zu den auf ihnen konkurrierenden Nutzungen in Beziehung zu setzen, d.h. die öffentlichen Belange, die gegen die Ausweisung eines Landschaftsraums als Konzentrationszone 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.	93

- Vgl. BVerwG, Urteil vom 13.12.2012 – 4 CN 1/11 –, juris Rn. 12. 94
- Harte Tabuflächen sind einer Abwägung zwischen den Belangen der Windenergienutzung und widerstreitenden Belangen (§ 1 Abs. 7 BauGB) entzogen. Demgegenüber sind weiche Tabuzonen zu den Flächen zu rechnen, die einer Berücksichtigung im Rahmen der Abwägung zugänglich sind. Deshalb muss der Plangeber seine Entscheidung für weiche Tabuzonen rechtfertigen. Dazu muss er aufzeigen, wie er die eigenen Ausschlussgründe bewertet, d.h. kenntlich machen, dass er – anders als bei harten Tabukriterien – einen Bewertungsspielraum hat, und die Gründe für seine Wertung offen legen. Andernfalls scheidet seine Planung unabhängig davon, welche Maßstäbe an die Kontrolle des Abwägungsergebnisses anzulegen sind, schon an dem fehlenden Nachweis, dass er die weichen Tabukriterien auf der Stufe der Abwägung in die Planung eingestellt hat. 95
- Vgl. BVerwG, Urteile vom 13.12.2012 – 4 CN 1/11 –, juris Rn. 13. 96
- Diese notwendige Unterscheidung zwischen harten und weichen Tabuzonen ist im Planungsprozess nicht getroffen worden. 97
- Im Erläuterungsbericht zum Feststellungsbeschluss vom 10.04.2002 wird hinsichtlich der Ermittlung der Vorranggebiete auf das Standortkonzept der L. & C2. Landschaftsarchitekten GmbH Bezug genommen und dieses zum Bestandteil des Flächennutzungsplanes erklärt (Seite 2). Dieses Standortkonzept ist schon deshalb abwägungsfehlerhaft, weil es „Ausschlussgebiete“ und „Mindestabstände“ unter Bezugnahme auf den WEA-Erlass 2000 (Seite 4 und Tabelle 1), Gesetzesvorgaben (Seite 6 Tabelle 2) sowie „empfohlene“ Ausschluss- und Abstandskriterien (Seite 6 Tabelle 3) benennt, diese unterschiedslos auf das Gemeindegebiet anwendet und im Sinne einer „harten“ Tabuzone bewertet, obwohl die Windenergienutzung in diesen Bereichen nicht schlechthin tatsächlich oder rechtlich unmöglich ist. Soweit bei den gewählten Mindestabständen zu – vermeintlichen – Ausschlussbereichen auf eine „Einzelfallprüfung“ verwiesen wird, wird aus dem Standortkonzept nicht ersichtlich, in Bezug auf welche Aspekte und unter Anwendung welcher Kriterien diese stattgefunden hat. Auch im Erläuterungsbericht ist dazu nichts dokumentiert. 98
- Die im Standortkonzept fehlende Unterscheidung zwischen „harten“ und „weichen“ Tabuzonen führt zu einem Abwägungsausfall, weil die zu Unrecht „hart“ ausgeschlossenen Flächen und die für diese berücksichtigten „Mindestabstände“ allenfalls als „weiche“ Tabuzonen aufgrund einer Abwägung aus dem weiteren Planungsprozess hätten ausgeschieden werden dürfen. 99
- Dies betrifft zumindest die unter Bezugnahme auf Ziel 5 des Gebietsentwicklungsplans – Teilabschnitt „Nutzung der Windenergie“ – als Ausschlussbereiche bewerteten Waldflächen, Naturschutz- und FFH-Gebiete sowie die hierzu angenommenen „Mindestabstände“. 100
- Vgl. zu Waldflächen OVG NRW, Urteile vom 14.03.2019 – 2 D 71/17.NE –, juris Rn.96, vom 22.09.2015 – 10 D 82/13.NE –, juris Rn. 53, vom 06.12.2017 – 7 D 100/15.NE –, juris Rn. 52 ff. unter Berufung darauf, dass die entsprechenden Festsetzungen des GEP mit § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB unvereinbar sind, 101
- zu Naturschutzgebieten OVG NRW, Urteile vom 09.09.2019 – 10 D 36/17.NE –, juris Rn. 87, und vom 14.03.2019 – 2 D 71/17.NE –, juris Rn. 126 ff. unter Hinweis darauf, dass eine Einstufung als harte Tabuzone nur unter Berücksichtigung der individuellen Schutz- und Erhaltungsziele in Betracht kommt, und 102
- zu FFH-Gebieten OVG NRW, Urteil vom 20.10.2010 – 2 D 100/17.NE –, juris Rn. 57, 103

wonach die Einstufung als harte Tabuzone nur unter Berücksichtigung der individuellen Schutz- und Erhaltungsziele in Betracht kommt.

Für die ebenfalls als harte Tabuzonen betrachteten Brutvogelvorkommen (Großer Brachvogel und Kiebitz) und den hierzu gebildeten Abstandsflächen von 300 m und 500 m (Standortkonzept, Seite 7 und 8) fehlt es an jeglichen Angaben, ob und für welchen Bereich faunistische Untersuchungen vorlagen, die die Annahme rechtfertigten, durch die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen sei der Verstoß gegen Zugriffsverbote i.S.d. § 44 Abs. 1 BNatSchG zu befürchten. Der Ausschluss als harte Tabuzone setzt auf der Ebene der Flächennutzungsplanung zumindest artenschutzrechtliche Bestandserfassungen und Ermittlungen voraus, die hier – soweit ersichtlich – vor der Planaufstellung nicht stattgefunden haben. 104

Vgl. Nr. 5.1.2 des WEA-Erlasses 2000, der für den Flächenausschluss den Nachweis avifaunistisch bedeutsamer Rast-, Nahrungs- und Brutplätze voraussetzte; nunmehr – zum Erfordernis einer ASP in der Flächennutzungsplanung – Ministerium für Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz NRW, Leitfaden Umsetzung des Arten- und Habitatschutzes bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in NRW, Stand: 10.11.2017. 105

Der pauschale Hinweis, dass diese Arten im Stadtgebiet vorkommen (Seite 8), reicht ohne Nachweise zu Bestandserfassungen, Brutstandorten und Raumnutzungen für die Annahme einer harten Tabuzone nicht aus. 106

Ebenso fehlerhaft stellt sich der Ausschluss aller Potenzialflächen mit einer Größe von weniger als 10 ha dar, der damit begründet wird, diese seien nicht geeignet, mindestens drei Anlagen aufzunehmen (Standortkonzept, Seite 8). § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB verlangt für die Ausschlusswirkung nicht, dass ausschließlich Flächen für mindestens drei Windenergieanlagen dargestellt werden. Das gesetzgeberische Ziel, die Bündelung von Anlagen als Windenergieparks zu ermöglichen, mag eine Mindestzahl planerisch wünschenswert erscheinen lassen, findet im Wortlaut des Gesetzes aber keinen Niederschlag. 107

Vgl. BVerwG, Urteil vom 13.12.2018 – 4 CN 3/18 –, juris Rn. 23. 108

Demzufolge hätte eine Mindestgröße allenfalls im Rahmen der Abwägung als „weiches“ Tabukriterium berücksichtigt werden dürfen. 109

Dies gilt in gleichem Maße für den zu städtischen Siedlungen berücksichtigten Mindestabstand von 1.000 m. Eine Begründung dafür, dass dieser Abstand aus immissionsschutzrechtlichen Gründen (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG) erforderlich war und deshalb als „harte“ Tabuzone berücksichtigt werden musste, fehlt. Schon der WEA-Erlass 2000, auf den das Standortkonzept Bezug nimmt, sieht vor, dass Abstände zu Siedlungsgebieten im Einzelfall zu berechnen sind und hierbei die Einhaltung der Immissionswerte nach der TA Lärm sicherzustellen ist, vgl. Nr. 4.2.4.1. Insoweit hätte ein Abstand zu Siedlungsgebieten allenfalls als „Vorsorgeabstand“ im Wege der Abwägung Berücksichtigung finden können. Ob sich ein Abstand zu Siedlungsgebieten von 1.000 m ohne eine Differenzierung der Gebietstypen nach der Baunutzungsvorordnung städtebaulich überhaupt rechtfertigen lässt, 110

vgl. OVG NRW, Urteil vom 20.01.2020 – 2 D 100/17.NE –, juris Rn. 200, 111

sei dahingestellt. 112

bb.) 113

Das Ergebnis des Planungsprozesses genügt den Anforderungen des § 1 Abs. 7 BauGB nicht, weil für die Windkraftnutzung kein substanzieller Raum verbleibt.	114
Zwar ist der Planungsträger nicht verpflichtet, einen bestimmten Anteil der Potenzialflächen als Konzentrationszonen für die Windenergienutzung auszuweisen.	115
Vgl. BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15/01 –, juris Rn. 29 ff.	116
Das Bundesverwaltungsgericht hat die Entscheidung, anhand welcher Kriterien sich beantworten lässt, ob eine Konzentrationsflächenplanung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB für die Nutzung der Windenergie in substanzieller Weise Raum schafft, bisher den Tatsachengerichten vorbehalten und verschiedene Modelle gebilligt, sofern sie nicht von einem Rechtsirrtum infiziert sind, gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verstoßen oder ansonsten für die Beurteilung des Sachverhalts schlechthin ungeeignet sind.	117
Vgl. BVerwG, Urteile vom 13.12.2012 – 4 CN 1/11 –, juris Rn. 18, und vom 20.05.2010 – 4 C 7/09 –, juris Rn. 28; Beschluss vom 22.04.2010 – 4 B 68/09 –, juris Rn. 7.	118
Dem Verhältnis der ausgewiesenen Flächen zu den Potenzialflächen (Größe des Gemeindegebietes abzüglich der „harten“ Tabuzonen) kann dabei eine gewisse Indizwirkung beigemessen werden. Je geringer der Anteil der ausgewiesenen Flächen ist, desto gewichtiger müssen die gegen eine weitere Ausweisung von Vorranggebieten sprechenden Gesichtspunkte sein, damit es sich nicht um eine unzulässige „Feigenblattplanung“ handelt.	119
Vgl. BVerwG, Urteil vom 13.12.2012 – 4 CN 1/11 –, juris Rn. 19.	120
Insoweit wird dieser Maßstab in der Rechtsprechung als geeigneter Maßstab für die Frage des „substanziellen Raumes“ angesehen und angewandt.	121
Vgl. OVG NRW, Urteil vom 22.09.2015 – 10 D 82/13.NE –, juris Rn. 79; OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 24.02.2011 – 2 A 2/09 –, juris Rn. 60; VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 09.10.2012 – 8 S 1370/11 –, juris Rn. 60.	122
Wenn sich der Plangeber auf der Ebene der Abwägung dafür entscheidet, bestimmte Bereiche als weiche Tabuzonen für die Windkraftnutzung auszuschließen, und etwa um harte Tabuzonen relativ große Pufferzonen bildet, dann muss er sein Auswahlkonzept nochmals überprüfen und gegebenenfalls abändern, sofern auf dieser Grundlage der Windenergie nicht ausreichend substanziell Raum geschaffen wird. Je kleiner die für die Windenergienutzung verbleibenden Flächen ausfallen, umso mehr ist das gewählte methodische Vorgehen zu hinterfragen und zu prüfen, ob mit Blick auf die örtlichen Verhältnisse auch kleinere Pufferzonen als Schutzabstand genügen.	123
Vgl. BVerwG, Urteil vom 24.01.2008 – 4 CN 2/07 –, juris Rn. 15.	124
Nach diesen Grundsätzen hätte die Beigeladene die von ihr angewandten Auswahlkriterien erneut in Frage stellen und korrigieren müssen, weil das Abwägungsergebnis der Windkraftnutzung keinen substanziellen Raum gibt.	125
Das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen geht davon aus, dass bei einem Anteil der ausgewiesenen Konzentrationszonen von 10 % der Vergleichsfläche regelmäßig davon auszugehen ist, dass für die Windenergienutzung substanziell Raum geschaffen wird, umgekehrt die Planung umso problematischer erscheint, je weiter sie sich von dieser Marke entfernt.	126

- Vgl. OVG NRW, Urteile vom 14.03.2019 – 2 D 71/17.NE –, juris Rn. 183 m.w.N., und vom 22.09.2015 – 10 D 82/13.NE –, juris Rn. 85 ff.; VG Hannover, Urteil vom 24.11.2011 – 4 A 4927/09 –, juris Rn. 67. 127
- Weder das Standortkonzept noch der Erläuterungsbericht zur 13. Änderung des Flächennutzungsplan enthalten Angaben des Plangebers zum Anteil der ausgewiesenen Vorrangzone an den Potenzialflächen und Äußerungen dazu, welcher Anteil als genügend angesehen wird, um der Windenergie substanziellen Raum zu eröffnen. Eine Berechnung anhand der im Standortkonzept ausgewiesenen Potenzialflächen ist der erkennenden Kammer nicht möglich, weil, wie soeben ausgeführt, große Bereiche zu Unrecht als harte Tabuzonen bewertet und von vornherein ausgeschieden wurden. 128
- Legt man die im Rahmen der 19. Änderung des Flächennutzungsplanes im Auftrag der Beigeladenen erstellte Potenzialflächenanalyse zugrunde, 129
- vgl. L. & C2. Landschaftsarchitekten GmbH, Gesamträumliches Planungskonzept zur Ermittlung von Potenzialflächen für die Windenergienutzung (Stand: 06.05.2015), abrufbar im Internet über das Ratsinformationssystem der Beigeladenen, 130
- sind im Stadtgebiet der Beigeladenen Potenzialflächen in einer Größenordnung von 1.057 ha vorhanden, was 10,5 % der Stadtgebietsfläche entspricht (Seite 54). Die im Rahmen der 13. Änderung des Flächennutzungsplanes als Vorrangzone ausgewiesene Fläche von 12 ha würde danach nur ca. 1,1 % der Potenzialflächen ausmachen. Auch wenn daraus ein Rückschluss auf die 2002 vorhandenen Potenzialflächen nicht ohne Weiteres gezogen werden kann, musste sich bei einem derart geringen Flächenanteil für die Beigeladene die Frage stellen, ob der Windenergienutzung nach den oben dargelegten Maßstäben noch substanziell Raum gegeben worden ist. Die Beigeladene wäre daher zumindest gehalten gewesen, erneut in die Abwägung einzutreten und die gewählten „weichen“ Tabukriterien zu überprüfen. 131
- Darauf, dass der Standort der von der Klägerin geplanten Windenergieanlage innerhalb der im Entwurf zur 19. Änderung des Flächennutzungsplans ausgewiesenen Potenzialfläche Nr. 1.1 liegt, 132
- vgl. Begründung zur 19. Änderung des Flächennutzungsplans „Darstellung von Konzentrationszonen zur Nutzung der Windenergie“ – Vorentwurf Stand: Mai 2015 –, Seite 17, abrufbar im Internet über das Ratsinformationssystem der Beigeladenen, 133
- sei in diesem Zusammenhang ergänzend hingewiesen. 134
- e.) 135
- Die der 13. Änderung des Flächennutzungsplanes anhaftenden Fehler sind beachtlich i.S.d. § 214 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2 BauGB. Nach dieser Vorschrift, der die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Flächennutzungsplans am 21.06.2002 geltende Fassung vom 27.07.2001 entspricht, sind Fehler im Abwägungsvorgang nur erheblich, wenn sie offensichtlich und auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen sind. 136
- Ein Fehler im Abwägungsvorgang ist offensichtlich, wenn er auf objektiv feststellbaren Umständen beruht und ohne Ausforschung der Mitglieder des Rats über deren Planungsvorstellungen für den Rechtsanwender erkennbar ist. Er ist auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen, wenn nach den Umständen des jeweiligen Falls die konkrete Möglichkeit besteht, dass ohne den Mangel die Planung anders ausgefallen wäre. Davon ist bei einer – wie hier – fehlerhaft erfolgten Differenzierung zwischen harten und weichen Tabuzonen auszugehen, weil bei richtiger Anwendung 137

dieser Unterscheidungskriterien die Möglichkeit bestanden hätte, dass der Plangeber mehr, andere, größer oder anders zugeschnittene Vorrangflächen für die Windenergienutzung dargestellt hätte.

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 17.01.2019 – 2 D 63/17.NE –, juris Rn. 189 m.w.N. zur Rechtsprechung des BVerwG und anderer Obergerichte. 138

f.) 139

Der Klägerin ist eine Berufung auf die aufgezeigten Mängel nicht aufgrund Fristablaufs verwehrt. 140

Soweit Vorschriften der Bekanntmachungsverordnung und damit landesrechtlicher Vorgaben verletzt wurden, läuft keine Rügefrist, weil der Flächennutzungsplan nicht ordnungsgemäß öffentlich bekannt gemacht worden ist, vgl. § 7 Abs. 6 Satz 1 b) GO NRW. Die Verletzung der Vorschriften der Bekanntmachungsverordnung bleibt daher beachtlich. 141

Vgl. dazu auch Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB (Stand: Februar 2020), § 3 Rn. 73 und 77; zur Fehlerfolge der Nichtigkeit des Bauleitplans ohne ordnungsgemäße Bekanntmachung BVerwG, Urteile vom 26.05.1978 – IV C 9/77 –, juris Rn. 19 und vom 07.09.1979 – IV C 7/77 –, juris Rn. 24 f., sowie Beschluss vom 08.01.1968 – IV CB109/66 –, Buchholz, Sammel- und Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, 406.11 § 10 BBauG Nr. 1. 142

Die nach § 215 BauGB geltenden Rügefristen sind ebenfalls nicht abgelaufen. 143

Nach § 215 BauGB in der nach § 233 Abs. 2 Satz 3 BauGB maßgeblichen Fassung vom 27.08.1997 werden Verletzungen der in § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 bezeichneten Verfahrens- und Formvorschriften (Nr. 1) und Mängel der Abwägung (Nr. 2) unbeachtlich, wenn sie nicht in Fällen der Nr. 1 innerhalb eines Jahres, in Fällen der Nr. 2 innerhalb von sieben Jahren seit Bekanntmachung des Flächennutzungsplans oder der Satzung schriftlich gegenüber der Gemeinde geltend gemacht werden. 144

Mangels wirksamer Bekanntgabe der Flächennutzungsplanänderung (s.o.) wurden die Fristen des § 215 Abs. 1 Satz 1 BauGB a.F. nicht in Lauf gesetzt, 145

vgl. dazu OVG NRW, Urteil vom 06.12.2017 – 7 D 100/15.NE –, juris Rn. 50. 146

Auf die Frage, ob die 13. Flächennutzungsplanänderung der Beigeladenen schwere Mängel im Abwägungsergebnis aufweist, die im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung des § 215 BauGB a.F. dazu führen müssen, dass sie ungeachtet eines Fristablaufs „ewig“ rügefähig sind, kommt es daher nicht an. 147

Vgl. dazu – im Ergebnis offen gelassen – OVG NRW, Beschluss vom 31.10.2019 – 8 A 3309/17 –, juris Rn. 16 ff. m.w.N. zur Rechtsprechung des BVerwG und anderer Obergerichte. 148

4. 149

Der Bescheid des Beklagten vom 22.08.2019 ist aufzuheben, weil der herangezogene Ablehnungsgrund – entgegenstehende Festsetzungen im Flächennutzungsplan der Beigeladenen – nicht trägt. 150

Dass – so die Auffassung der Beigeladenen – der Antrag der Klägerin auf Erteilung eines immissionsschutzrechtlichen Vorbescheides vom Beklagten bereits deshalb hätte abgelehnt werden müssen, weil die Auswirkungen der geplanten Anlage mangels 151

Prüffähigkeit der Unterlagen nicht, wie von § 9 Abs. 1 BImSchG gefordert, ausreichend beurteilt werden konnten, ist unerheblich. Gegenstand der (Anfechtungs-) Klage ist der Bescheid „wie er liegt und steht“. Dass es – unterstellt – auch andere Gründe gegeben hätte, den Antrag abzulehnen, ändert nichts daran, dass der auf eine Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB gestützte Ablehnungsbescheid rechtswidrig ist. Er ist daher aufzuheben, auch wenn einem Erlass des von der Klägerin beantragten Vorbescheides möglicherweise auch entgegengestanden hätte, dass die eingereichten Unterlagen eine Gesamtbeurteilung des Vorhabens nicht ermöglichten.

Die Klägerin hat keinen Anspruch auf die Erteilung des beantragten Vorbescheides, weil die Sache nicht spruchreif i.S.d. § 113 Abs. 5 VwGO und das Gericht nicht verpflichtet ist, Spruchreife herzustellen. 152

Nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen ist für die Erteilung eines Vorbescheids nach § 9 Abs. 1 BImSchG eine vorläufige positive Gesamtbeurteilung erforderlich. Diese setzt voraus, dass die „Auswirkungen der geplanten Anlage ausreichend beurteilt werden können“. Aufgrund einer vorläufigen Prüfung anhand der vollständigen und insoweit endgültigen Pläne muss feststehen, dass die gesamte Anlage am vorgesehenen Standort genehmigungsfähig ist. Die in diesem Zusammenhang geläufige Formulierung, dass dem Vorhaben „keine von vornherein unüberwindlichen Hindernisse“ entgegenstehen dürften (vgl. § 8 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG), darf nicht dahin missverstanden werden, dass das vorläufige positive Gesamturteil erst dann fehlt, wenn die Verwirklichung des Vorhabens bei cursorischer Prüfung mit Sicherheit ausgeschlossen ist. Eine positive Gesamtbeurteilung setzt vielmehr eine hinreichende Wahrscheinlichkeit der Genehmigungsfähigkeit der Anlage voraus. Bei der abschließenden Genehmigung des Gesamtvorhabens dürfen sich nur noch solche Probleme stellen, die der Vorhabenträger durch Modifikationen des Vorhabens oder ggf. die Genehmigungsbehörde durch Beifügung von Nebenbestimmungen bewältigen kann und voraussichtlich bewältigen wird. 153

So OVG NRW, Urteil vom 21.04.2020 – 8 A 311/19 –, juris Rn. 120. 154

Die mit einem Vorbescheidsantrag vorzulegenden Unterlagen müssen daher eine Prüfung der vorläufigen positiven Gesamtbeurteilung im Sinne von § 9 Abs. 1 BImSchG ermöglichen. Dementsprechend sind nach § 23 Abs. 4 der 9. BImSchV i.V.m. § 22 Abs. 1 Satz 2 der 9. BImSchV zusätzlich Angaben zu machen, die bei einer vorläufigen Prüfung ein ausreichendes Urteil darüber ermöglichen, ob die Genehmigungsvoraussetzungen im Hinblick auf die Errichtung und den Betrieb der gesamten Anlage vorliegen werden. 155

So erneut OVG NRW, Urteil vom 21.04.2020 – 8 A 311/19 –, juris Rn. 124, bestätigt durch BVerwG, Urteil vom 25.06.2020 – 4 C 3/19 –, Rn. 26, n. v. 156

Unterlagen, die eine vorläufige positive Gesamtbeurteilung ermöglicht hätten und im Genehmigungsverfahren vorzulegen sind (vgl. § 4a Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 der 9. BImSchV), insbesondere eine Schall- und Schattenwurfprognose und auch ein artenschutzrechtlicher Fachbeitrag zur Beurteilung des Vorhabens mit Blick auf den Eintritt möglicher Zugriffsverbote i.S.d. § 44 BNatSchG, wurden vom Betreiber nicht vorgelegt. 157

Ob – wie die Klägerin meint – gleichwohl auch ohne diese Unterlagen eine vorläufige positive Gesamtbeurteilung möglich war, weil ein genehmigungskonformer Betrieb durch Nebenbestimmungen (z.B. zum Schallschutz und Artenschutz durch eine Nachtabschaltung und/oder Vermeidungs- und Ausgleichsmaßnahmen) sichergestellt werden könnte, kann dahingestellt bleiben. Der Beklagte musste eine derartige Prüfung nicht durchführen. In der mündlichen Verhandlung haben die Vertreter des Beklagten bestätigt, dass sie dies auch tatsächlich nicht getan haben. 158

In der damit bestehenden Situation eines "steckengebliebenen" Genehmigungsverfahrens 159

entfällt die Verpflichtung des Gerichts zur Herbeiführung der Spruchreife, wenn ansonsten im Verwaltungsverfahren noch nicht behandelte komplexe technische oder naturschutzfachliche Fragen erstmals im gerichtlichen Verfahren erschöpfend geprüft werden müssten.

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 20.11.2012 – 8 A 430/10 –, juris Rn. 116 m.w.N. 160

Diese Grundsätze gelten auch für die positive Gesamtbeurteilung im Vorbescheidsverfahren. Ob ein genehmigungskonformer Betrieb in jeder Hinsicht durch Modifikationen des Vorhabens oder Nebenbestimmungen sichergestellt werden kann, bedarf im Verwaltungsverfahren einer Prüfung oder zumindest einer Stellungnahme der von der Genehmigungsbehörde zu beteiligenden Fachbehörden. Eine solche Beteiligung hat mit Blick auf den von der Klägerin beschränkten Prüfungsauftrag nicht stattgefunden. 161

Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, noch fehlende Unterlagen oder Stellungnahmen im Gerichtsverfahren einzuholen und erstmals zu prüfen. 162

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 21.04.2020 – 8 A 311/19 –, juris Rn. 128 ff. 163

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 155 Abs. 1, 162 Abs. 3 VwGO. Die Kosten der Beigeladenen waren nicht für erstattungsfähig zu erklären. Dies entspricht der Billigkeit, weil sie keinen Sachantrag gestellt und sich damit nicht am Kostenrisiko beteiligt hat (vgl. § 154 Abs. 3 VwGO). 164

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 167 VwGO i.V.m. §§ 709, 711 ZPO. 165