

## Öffentliches Baurecht Bauplanungsrecht

### Teilflächennutzungsplan „Wind“

BauGB §§ 1 Abs. 7, 2 Abs. 3, 35 Abs. 2 und 3, 249 Abs. 3 und 9; BNatSchG § 67 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1; EEG § 2; VwGO § 47.

**1. Soweit nach § 249 Abs. 3 BauGB die Möglichkeit einer landesgesetzlichen Abstandsregelung in Bezug auf Siedlungsflächen besteht, und eine solche Regelung in NRW mit einem 1.000 m Abstand gemäß dem Zweiten Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Ausführung des Baugesetzbuches in NRW (GV NRW S. 877) seit dem 15.07.2021 in Kraft ist, schließt dies ein Rechtsschutzinteresse für einen Normenkontrollantrag gegen einen Teilflächennutzungsplan mit den Wirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB auch dann nicht aus, wenn die Antragstellerin Windenergieanlagen errichten möchte, denen das in NRW bestehende landesgesetzliche Mindestabstandserfordernis in Bezug auf Siedlungsflächen entgegensteht.**

**2. Die Einordnung von Landschaftsschutzgebieten als harte Tabuzonen kommt nicht in Betracht, wenn die Möglichkeit der Erteilung einer Ausnahme oder Befreiung, mithin eine objektiven Befreiungslage, besteht.**

**3. Auf der Prüfungsebene des Substantiell-Raum-Verschaffens ist es erforderlich die Flächen, die nach Abzug der harten Tabuzonen vom Gemeindegebiet verbleiben, im Verhältnis zu jenen Flächen zu ermitteln und zu bewerten, die als Konzentrationszonen für die Windenergienutzung dargestellt werden.** (Leitsätze der Redaktion)

OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 29.09.2022 – 7 D 71/19.NE.

**Aus den Gründen:** Der Antrag hat Erfolg.

**A.** Der Antrag ist zulässig.

**I.** Der auf die Ausschlusswirkung des sachlichen Teilflächennutzungsplans „X.“ nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB bezogene Normenkontrollantrag ist statthaft.

Möglicher Gegenstand einer statthaften prinzipialen Normenkontrolle ist gem. § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO (analog) auch die in den Darstellungen des Flächennutzungsplans zum Ausdruck kommende planerische Entscheidung der Gemeinde, mit der Ausweisung von Flächen für privilegierte Nutzungen nach § 35 Abs. 1 Nr. 2–6 BauGB die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB an Standorten außerhalb der ausgewiesenen Flächen eintreten zu lassen.<sup>1</sup>

**II.** Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt.<sup>2</sup>

Durch die Planung der Antragsgegnerin kann die Antragstellerin in ihrem Recht auf gerechte Abwägung aus § 1 Abs. 7 BauGB verletzt sein. Sie macht hinreichend geltend und kann nach dem Regelungsgehalt des Teilflächennutzungsplans auch geltend machen, dass ihr hinreichend konkrete Nutzungsmöglichkeiten an Flächen im Plangebiet für die Nutzung zu Zwecken der Windenergie genommen werden.<sup>3</sup>

Die Antragstellerin hat Nutzungsrechte hinsichtlich des Grundstücks Gemarkung S3., Flur 17, Flurstück 8, hinreichend geltend gemacht. Das Grundstück liegt außerhalb der dargestellten Konzentrationszonen. Der Vortrag bezieht sich auch auf die zivilrechtliche Übertragung von Rechten der Fa. O3. aus deren Vereinbarungen mit dem Grundeigentümer E3. X1. für einen Standort südlich des X2. Dafür besteht die konkrete Nutzungsabsicht der Antragstellerin ausweislich des vorgelegten Bescheids des S.-Kreises-O. vom 15.05.2019 und der beigezogenen Gerichtsakten und Beiakten des VG Düsseldorf 28 K 4696/19 weiter fort.

Eine abschließende zivilrechtliche Prüfung ist im vorliegenden Zusammenhang – anders als von der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung gefordert – nach dem aufgezeigten Maßstab für die Prüfung der Antragsbefugnis nicht geboten. Der Senat hat keine durchgreifenden Zweifel am Vorliegen eines Übertragungsakts hinsichtlich der Nutzungsoption von der Fa. O3. auf die Antragstellerin. Der Senat hält auch einen Fortbestand der vertraglichen Sicherung der Nutzungsoption für hinreichend wahrscheinlich; Zweifel an einem Erlöschen durch Zeitablauf nach den von der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung angesprochenen vertraglichen Formulierungen dürften sich schon daraus ergeben, dass die Antragstellerin ein Vorbescheidsverfahren angestrengt und weiter betrieben hat.

**III.** Die Antragstellerin hat die Antragsfrist nach § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO eingehalten. Die Bekanntmachung des Plans erfolgte am 21.07.2018, der Antrag ging am 19.07.2019 ein.

**IV.** Es fehlt der Antragstellerin auch nicht am Rechtsschutzbedürfnis.

Das Erfordernis des Rechtsschutzbedürfnisses für ein Normenkontrollverfahren soll verhindern, dass Gerichte in eine Normprüfung eintreten, deren Ergebnis für den

1 Vgl. OVG NRW, Urt. v. 24.09.2020 – 7 D 64/18.NE, BauR 2020, 1879 = juris m.w.N.

2 Vgl. § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO.

3 Vgl. zur Antragsbefugnis in entsprechenden Konstellationen: Senat, Urt. v. 24.09.2020 – 7 D 64/18.NE, BauR 2020, 1879 = juris; ferner BVerwG, Beschl. v. 19.11.2020 – 4 BN 14.20, BRS 88 Nr. 173 = juris.

Antragsteller wertlos ist. Es ist aber nicht erforderlich, dass die begehrte Erklärung einer Norm als unwirksam unmittelbar zum eigentlichen Rechtsschutzziel führt. Danach besteht jedenfalls dann ein Rechtsschutzbedürfnis für einen Normenkontrollantrag, wenn ein Erfolg des Antrags die Rechtsstellung des Antragstellers verbessert.<sup>4</sup>

Für ein Rechtsschutzinteresse reicht es danach aus, dass sich nicht ausschließen lässt, dass die gerichtliche Entscheidung für den Antragsteller von Nutzen sein kann. Es genügt, wenn im Sinne einer tatsächlichen Prognose zu erwarten ist, dass die Gemeinde einen neuen Plan mit möglicherweise für den jeweiligen Antragsteller günstigeren Festsetzungen aufstellen wird.<sup>5</sup>

Daran gemessen kann hier ein Rechtsschutzbedürfnis nicht verneint werden. Insbesondere ist nicht von einem anderweitigen rechtlichen Hindernis für das Vorhaben der Antragstellerin auszugehen, das ihr Rechtsschutzinteresse entfallen ließe, weil auch bei einer Unwirksamkeitserklärung das Vorhaben nicht umsetzbar wäre. Soweit nach § 249 Abs. 3 BauGB die Möglichkeit einer landesgesetzlichen Abstandsregelung in Bezug auf Siedlungsflächen besteht, und eine solche Regelung in NRW mit einem 1.000 m Abstand gemäß dem Zweiten Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Ausführung des Baugesetzbuches in NRW (GV NRW S. 877) seit dem 15.07.2021 in Kraft ist, schließt die Antragsgegnerin daraus zu Unrecht auf das Fehlen eines Rechtsschutzbedürfnisses. Zwar stünde derzeit die getroffene Regelung einer Vorhabenverwirklichung auf der Optionsfläche der Antragstellerin entgegen. Im Bereich der südlich gelegenen Stadt E1. liegen in einer Entfernung von ca. 800 m Siedlungsflächen. Die gesetzliche Regelung sieht danach eine planungsrechtliche Entprivilegierung vor und das Vorhaben wäre nach § 35 Abs. 2 BauGB nicht positiv zu beurteilen. Es erscheint indes nach Überzeugung des Senats jedenfalls offen, ob sich diese Rechtslage ändert und die landesrechtliche Abstandsregelung aufgehoben oder in hier für das Vorhaben der Antragstellerin erheblicher Weise geändert wird. In dem Koalitionsvertrag der Regierungsfractionen CDU und Grüne in NRW für den Zeitraum 2022 bis 2027 heißt es auf S. 9 zu dieser Fragestellung:

Pauschale Mindestabstandsregeln werden wir abschaffen. In einem ersten Schritt werden wir neben der Aktivierung zusätzlicher Flächen (aller Kalamitätsflächen, Industrie- und Gewerbeflächen, Flächen entlang von Infrastrukturtrassen) auch den pauschalen 1000 m-Abstand für das Repowering abschaffen. Mit dem Inkrafttreten des neuen „X.-an-Land-Gesetzes“, voraussichtlich bereits Anfang 2023, kommen die pauschalen gesetzlichen Mindestabstände für alle Kommunen mit einer rechtswirksamen Konzentrationszonenplanung nicht mehr zur Anwendung – das sind rund 320 Städte und Gemeinden, also etwa 80 %. Für die Übrigen werden wir den

bisher geltenden 1000-Meter-Abstand mit der Ausweisung der Windenergieausbaugelände abschaffen. Ersatz für die pauschalen gesetzlichen Mindestabstände wird die neue Steuerung über Windenergiegebiete durch Landes- und Regionalplanung schaffen. Die Planung dieser Gebiete werden wir ab sofort und parallelisiert angehen, sodass wir eine NRW-weite Ausweisung deutlich vor der vom Bund gesetzten Frist (31.12.2026) umsetzen.

Daraus vermag der Senat – anders als die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung vorgetragen hat – nicht zu ersehen, dass eine Änderungsperspektive in Bezug auf die Abstandsregelung mit Auswirkungen für das Gebiet der Antragsgegnerin ausgeschlossen wäre. Dass es in diesem Zusammenhang eines Gesetzentwurfs kurz vor der Beschlussfassung bedürfte, wie die Antragstellerin meint, ergibt sich weder aus der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts,<sup>6</sup> noch entspräche dies den Anforderungen der vorstehend zitierten Senatsrechtsprechung zum Rechtsschutzbedürfnis für Normenkontrollverfahren gegen Bebauungspläne.<sup>7</sup>

Danach kommt es für die Annahme eines Rechtsschutzbedürfnisses der Antragstellerin nicht mehr entscheidend darauf an, dass es schon mit Blick auf die gesetzliche Bestimmung des § 2 EEG in der – am 29. Juli dieses Jahres in Kraft getretenen – Fassung des Gesetzes zu Sofortmaßnahmen für einen beschleunigten Ausbau der erneuerbaren Energien und weiteren Maßnahmen im Stromsektor vom 20.07.2022<sup>8</sup> nicht ausgeschlossen erscheint, sondern vielmehr nahe liegt, dass die Antragsgegnerin bei einem erfolgreichen Normenkontrollantrag neu plant und sich dies auch günstig für das Vorhaben der Antragstellerin auswirkt. Nach § 2 Satz 1 EEG liegen die Errichtung und der Betrieb von Anlagen, hierzu gehören gemäß der Begriffsbestimmung in § 3 Nr. 1 EEG auch Windenergieanlagen, sowie der dazugehörigen Nebenanlagen im überragenden öffentlichen Interesse und dienen der öffentlichen Sicherheit. Nach § 2 Satz 2 EEG sollen, bis die Stromerzeugung im Bundesgebiet nahezu treibhausgasneutral ist, die erneuerbaren Energien als vorrangiger Belang in die jeweils durchzuführenden Schutzgüterabwägungen eingebracht werden.<sup>9</sup>

Im Rahmen einer tatsächlichen Prognose kommt es danach in Betracht, dass die Antragsgegnerin nach einem

4 Vgl. BVerwG, Urt. v. 29.10.2020 – 4 CN 2.19, BRS 88 Nr. 40 = BauR 2021, 652 = juris.

5 Vgl. OVG NRW, Urt. v. 06.12.2017 – 7 D 100/15.NE, BauR 2018, 468 = BRS 85 Nr. 30 = juris.

6 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 26.05.1993 – 4 NB 3.93, BRS 55, Nr. 28 = BauR 1994, 215.

7 Vgl. OVG NRW, Urt. v. 06.12.2017 – 7 D 100/15.NE, BauR 2018, 468 = BRS 85 Nr. 30 = juris.

8 BGBl. I S. 1237.

9 Vgl. zu dieser Bestimmung näher OVG NRW, Beschl. v. 04.08.2022 – 22 A 488/20, juris.

Obsiegen der Antragstellerin in dem vorliegenden Verfahren ihre Flächennutzungsplanung ändert und eine Fläche auch unter Einschluss des Vorhabengrundstücks durch Bebauungsplan für die Windenergienutzung sichert, um dem Gebot, der Windenergienutzung substantiell Raum zu verschaffen, zu entsprechen. Ebenso kommt es danach in Betracht, dass auch für diesen Bereich ein Sondergebiet für die Windenergienutzung i.S.d. § 2 Nr. 1 WindBG in der ab 01.02.2023 geltenden Fassung<sup>10</sup> dargestellt wird; dann müsste die landesrechtliche Entprivilegierung nach der bundesrechtlichen Regelung in § 249 Abs. 9 BauGB spätestens bis 31.05.2023 entfallen.

Es bestehen im Übrigen auch keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass das Vorhaben der Antragstellerin auf der genannten Optionsfläche im Bereich südöstlich B1. aus anderen Gründen zwingend scheitern müsste. Insbesondere sind nach dem Akteninhalt keine rechtlichen Hindernisse im Hinblick auf die luftverkehrsrechtliche Zulässigkeit ersichtlich. Nach der bei den Akten befindlichen Stellungnahme der Bezirksregierung E. vom 23.10.2014 bestehen – anders als hinsichtlich der Anlage WEA 1 – keine Gründe, die einer luftverkehrsrechtlichen Zustimmung entgegenstehen. Soweit nach dem Inhalt der beigezogenen Akten zum Vorbescheidungsverfahren ursprünglich möglicherweise abstandsrechtliche Anforderungen nach dem Bauordnungsrecht in Bezug auf ein Straßengrundstück der Antragsgegnerin nicht eingehalten waren, ergeben sich auch daraus keine hinreichenden Anhaltspunkte für offensichtliche und nicht ausräumbare rechtliche Hindernisse für das Vorhaben der Antragstellerin. Der Abstand vom Mastfuß zum westlich gelegenen Weg beträgt ca. 100 m, bei einer Gesamthöhe von knapp 200 m ist nach Maßgabe von § 6 Abs. 13 BauO NRW 2018 der Abstand gewahrt. Auf bauordnungsrechtliche Abstandserfordernisse hat die Antragsgegnerin im gerichtlichen Verfahren im Übrigen auch nicht mehr abgestellt.

**B.** Der Antrag ist auch begründet.

Der Plan leidet jedenfalls an beachtlichen Mängeln des Vorgangs der Abwägung mit Blick auf die Annahmen zum Umfang harter Tabuzonen in Landschaftsschutzgebieten (dazu I.) und im Hinblick das Erfordernis, der Windenergie substantiell Raum zu verschaffen (dazu II.).

**I.** Ein Mangel der Ermittlung bzw. Bewertung im Rahmen des Vorgangs der Abwägung liegt nach den maßgeblichen Grundsätzen (dazu 1.) vor, weil von der Antragsgegnerin im Rahmen der Abwägung angenommene harte Tabukriterien zu Unrecht auf erhebliche Flächen von Landschaftsschutzgebieten bezogen und diese deshalb von der weiteren Betrachtung als Flächen für die Windenergienutzung ausgeschlossen wurden (dazu 2.); dieser Mangel ist beachtlich (dazu 3.) und führt ins-

gesamt zur Unwirksamkeit der streitgegenständlichen Planung (dazu 4.).

**1.** Die verfahrensrechtlichen Anforderungen an den Abwägungsvorgang ergeben sich aus den Vorgaben des § 2 Abs. 3 BauGB, wonach bei der Aufstellung der Bauleitpläne die Belange, die für die Abwägung von Bedeutung sind (Abwägungsmaterial), ermittelt und bewertet werden müssen. Sie decken sich mit denen, die die Rechtsprechung bezogen auf die Zusammenstellung des Abwägungsmaterials aus dem Abwägungsgebot des § 1 Abs. 7 BauGB entwickelt hat. Das Abwägungsgebot des § 1 Abs. 7 BauGB, nach dem bei der Aufstellung der Bauleitpläne die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen sind, stellt inhaltliche Anforderungen an den Abwägungsvorgang und an das Abwägungsergebnis. Das Abwägungsgebot ist danach verletzt, wenn eine sachgerechte Abwägung überhaupt nicht stattfindet, wenn in die Abwägung Belange nicht eingestellt werden, die nach Lage der Dinge hätten eingestellt werden müssen, wenn die Bedeutung der betroffenen Belange verkannt oder wenn der Ausgleich zwischen den von der Planung berührten Belangen in einer Weise vorgenommen wird, die zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht. Innerhalb des so gezogenen Rahmens ist dem Abwägungserfordernis 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. Bei der Planung von Konzentrationszonen für die Windenergienutzung verlangt das Abwägungsgebot nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts die Entwicklung eines schlüssigen Gesamtkonzepts, das sich auf den gesamten Außenbereich des Gemeindegebiets erstreckt. Die planerische Entscheidung muss nicht nur Auskunft darüber geben, von welchen Erwägungen die positive Standortzuweisung getragen wird, sondern auch deutlich machen, welche Gründe es rechtfertigen, den übrigen Planungsraum von Windenergieanlagen freizuhalten. Die Ausarbeitung eines Planungskonzepts ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts insgesamt auf der Ebene des Abwägungsvorgangs angesiedelt. Sie vollzieht sich abschnittsweise. Im ersten Abschnitt sind diejenigen Bereiche als Tabuzonen zu ermitteln, die sich für die Nutzung der Windenergie nicht eignen. Die Tabuzonen lassen sich in zwei Kategorien einteilen, nämlich in Zonen, in denen die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen aus tatsächlichen und/oder rechtlichen Gründen schlechthin ausgeschlossen sind (harte Tabuzonen), und in Zonen, in denen Windenergieanlagen zwar tatsächlich und rechtlich möglich sind, in denen sie aber nach den

10 BGBl. I S. 1353.

städtebaulichen Vorstellungen, die die Gemeinde anhand eigener Kriterien entwickeln darf, nicht aufgestellt werden sollen (weiche Tabuzonen). Auf der ersten Stufe des Planungsprozesses muss sich die Gemeinde zunächst den Unterschied zwischen harten und weichen Tabuzonen bewusst machen und ihn dokumentieren. Bei den harten Tabuzonen handelt es sich nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts um Flächen, deren Bereitstellung für die Windenergienutzung an § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB scheitern würde. Danach haben die Gemeinden die Bauleitpläne aufzustellen, sobald und soweit es für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist. Nicht erforderlich ist ein Bauleitplan, wenn seiner Verwirklichung auf unabsehbare Zeit rechtliche oder tatsächliche Hindernisse im Wege stehen. Harte Tabuzonen scheiden kraft Gesetzes als Konzentrationszonen für die Windenergienutzung aus und sind so einer Abwägung zwischen den Belangen der Windenergienutzung und widerstreitenden Belangen (§ 1 Abs. 7 BauGB) von vornherein entzogen. Demgegenüber sind weiche Tabuzonen zu den Flächen zu rechnen, die einer Berücksichtigung im Rahmen der Abwägung zugänglich sind. Zwar dürfen sie anhand einheitlicher Kriterien ermittelt und vorab ausgeschieden werden, bevor diejenigen Belange abgewogen werden, die im Einzelfall für und gegen die Nutzung einer Fläche für die Windenergie sprechen. Ihre Ermittlung und ihre Bewertung sind aber gleichwohl der Ebene der Abwägung zuzuordnen. Weiche Tabuzonen sind disponibel, was sich daran zeigt, dass städtebauliche Gesichtspunkte hier nicht von vornherein vorrangig sind und der Plangeber die weichen Tabuzonen einer erneuten Betrachtung und Bewertung unterziehen muss, wenn er als Ergebnis seiner Untersuchung erkennt, dass er für die Windenergienutzung nicht substantiell Raum schafft. Der Rat muss die Entscheidung, eine Fläche als weiche Tabuzonen zu bewerten, nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass damit eine gesetzliche Privilegierung und damit den Eigentümern eine an sich gesicherte Nutzungsoption ohne Einzelfallprüfung entzogen wird, 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. Diese Forderung ist mit dem abschließenden Abwägungsparameter rückgekoppelt, dass, je kleiner die für die Windenergienutzung verbleibenden Flächen am Ende ausfallen, umso mehr das gewählte methodische Vorgehen zu hinterfragen ist. Nach Abzug der harten und der weichen Tabuzonen verbleiben nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sogenannte Potenzialflächen, die für die Darstellung von Konzentrationszonen im Flächennutzungsplan in Betracht kommen. Sie sind in einem weiteren Arbeitsschritt zu konkurrierenden Nutzungen in Beziehung zu setzen, d.h., die öffentlichen Belange, die gegen die Darstellung eines Landschaftsraums als Kon-

zentrationzone für die Windenergienutzung sprechen, sind mit dem Anliegen abzuwägen, ihr an geeigneten Standorten eine Chance zu geben, die ihrer Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB gerecht wird. Die Abwägung ist schließlich darauf zu prüfen, ob mit der Planung der Windenergienutzung substantiell Raum gegeben wird. Für die Rechtmäßigkeit der Flächenauswahl unter Abwägungsgesichtspunkten sind die Erwägungen maßgeblich, die tatsächlich Grundlage der Abwägungsentscheidung des Plangebers waren. Entscheidend für die gerichtliche Überprüfung der Abwägungsentscheidung sind damit in erster Linie die Verlautbarungen in der Begründung, die dem Flächennutzungsplan nach § 5 Abs. 5 BauGB beizufügen ist, ergänzt durch die Erwägungen, denen der Plangeber bei seiner abschließenden Beschlussfassung gefolgt ist.<sup>11</sup>

2. Die Antragsgegnerin hat entgegen diesen Vorgaben mit Blick auf die Landschaftsschutzgebiete im Plangebiet nicht hinreichend ermittelt und bewertet, inwieweit dort eine Befreiungslage i.S.v. § 67 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNatSchG hinsichtlich landschaftsschutzrechtlicher Bauverbote für Windenergieanlagen besteht, die die Errichtung von Windenergieanlagen ermöglicht; sie hat danach in erheblichem Umfang unter Landschaftsschutz stehende Bereiche zu Unrecht pauschal den harten Tabuzonen zugeordnet.

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass es der Einordnung von Landschaftsschutzgebieten als harte Tabuzonen entgegensteht, wenn die Möglichkeit der Erteilung einer Ausnahme oder Befreiung, mithin einer objektiven Befreiungslage, besteht.<sup>12</sup>

Eine solche Befreiungslage nach § 67 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNatSchG besteht nach der Rechtsprechung des OVG NRW unter bestimmten Voraussetzungen in Landschaftsschutzgebieten. Bei der Entscheidung über die Erteilung einer naturschutzrechtlichen Befreiung nach § 67 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNatSchG kann das erhebliche öffentliche Interesse am Ausbau der Windenergie im Einzelfall partielle, den Charakter des Schutzgebiets und dessen besondere Schutzzwecke nicht in Frage stellende Einschränkungen des Landschaftsschutzes rechtfertigen.<sup>13</sup>

Zum Umfang der Landschaftsschutzgebiete mit einer entsprechenden Befreiungsmöglichkeit fehlt es hier schon an hinreichenden tatsächlichen Ermittlungen

11 Vgl. OVG NRW, Urt. v. 17.01.2019 – 2 D 63/17.NE, juris, v. 05.07.2017 – 7 D 105/14.NE, BRS 85 Nr. 32 = BauR 2017, 1653 und v. 24.09.2020 – 7 D 64/18.NE, BRS 88 Nr. 41 = BauR 2020, 1879 = juris m.w.N.

12 Vgl. OVG NRW, Urt. v. 20.01.2020 – 2 D 100/17.NE, BRS 88 Nr. 43 = BauR 2020, 1120 = juris m.w.N.

13 Vgl. OVG NRW, Beschl. v. 09.06.2017 – 8 B 1264/16, NWVBl 2017, 473 = juris, ebenso OVG NRW, Urt. v. 21.04.2020 – 8 A 311/19, NWVBl 2020, 383 = juris.

und Bewertungen der Antragsgegnerin im Rahmen des Planungsverfahrens. Eine kartographische Darstellung der unter Landschaftsschutz stehenden Bereiche befindet sich innerhalb der Aufstellungsvorgänge lediglich in der Anlage zu dem ursprünglichen Plankonzept aus dem Jahre 2012 im Anschluss an eine tabellarische Aufstellung der Landschaftsschutzgebiete. Mit Blick auf Landschaftsschutzgebiete im Planungsgebiet waren nach der Stellungnahme des Kreises im Aufstellungsverfahren vom 03.03.2017 Befreiungen nach § 67 BNatSchG in Betracht zu ziehen. Eine flächenbezogene Bewertung der besonderen Schutzzwecke mit Blick auf eine Beeinträchtigung durch Windenergienutzung ist den Vorgängen indes nicht zu entnehmen. Die Antragsgegnerin hat sich auf die allgemeine Feststellung beschränkt (siehe etwa Bl. 43 des Umweltberichts), je nach Schutzzweck komme eine Befreiung in Betracht. Die nach der Rechtsprechung erforderliche Dokumentation des Unterschieds zwischen harten und weichen Tabuzonen,<sup>14</sup> ergibt sich daraus nicht.

Soweit im Rahmen der Planbegründung unter Bezugnahme auf das Konzept aus dem Jahre 2012 und die dort im Anhang aufgelisteten Landschaftsschutzgebiete Kriterien formuliert werden, nach denen eine Befreiung in Betracht kommen soll, mag dahinstehen, ob insoweit auf die Fassung der Begründung im Rahmen des Satzungsbeschlusses (Stand 05.12.2017) oder auf die Fassung abzustellen ist, die von der Verwaltung nach einem E-Mail-Austausch mit der Bezirksregierung im unmittelbaren Vorfeld der Genehmigung erstellt worden ist (Fassung vom 05.06.2018/28.05.2018). In der mit dem Satzungsbeschluss erwogenen Fassung (Stand 05.12.2017) finden sich schon im Ausgangspunkt keinerlei Kriterien für die Frage, wann eine Befreiung in Betracht kommen soll. Soweit entsprechende Kriterien in der ergänzten Fassung der Begründung (Stand: 28.05.2018/05.06.2018) unter Bezugnahme auf Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts NRW eingefügt sind, werden diese im weiteren Verlauf der Begründung in einer Weise angewandt, die mit den Vorgaben der Rechtsprechung nicht übereinstimmt. So wird bei der Betrachtung der Landschaftsschutzgebiete nicht etwa jeweils gebietsbezogen auf die besonderen Schutzzwecke und den Charakter der Gebiete in Abwägung mit den Erfordernissen der Windenergienutzung abgestellt, sondern generell zugrunde gelegt, dass ein allgemeines Entwicklungsziel für alle Landschaftsschutzgebiete besteht, das sich gegenüber Erfordernissen der Befreiung für Windenergienutzung durchsetze. Damit stellt auch die nachgebesserte Begründung des Plans vom 28.05.2018/05.06.2018 nicht etwa, wie in dem Beschluss des OVG NRW<sup>15</sup> vorgegeben, auf den jeweiligen besonderen Schutzzweck und Charakter des Landschaftsschutzgebiets ab (vgl. § 26 BNatSchG), sondern auf eine allgemeine planerische Zielsetzung nach dem Entwicklungsziel „Erhaltung einer mit na-

turnahen Lebensräumen oder sonstigen natürlichen Landschaftselementen reich oder vielfältig ausgestatteten Landschaft.“ Dieses Entwicklungsziel ist nach der Systematik des Naturschutzgesetzes NRW, wie sich aus dessen §§ 7 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1., 10, 13 Abs. 1 Satz 2, 22 ergibt, lediglich eine Darstellung, die generelle planerische Zielsetzungen betrifft und die rechtsförmliche Festsetzung der konkreten besonderen Schutzzwecke (§ 26 BNatSchG, § 23 Naturschutzgesetz NRW) nicht ersetzt.

Soweit im Gerichtsverfahren eine Refugialfunktion für verschiedene Tierarten sowie die Bedeutung für die wohnortnahe Erholung als Schutzzweck der Landschaftsschutzgebiete angesprochen werden, ergibt sich daraus – ungeachtet der Frage, inwieweit hierzu Erwägungen des Rats im Rahmen seiner Beschlussfassung vorlagen – nicht, weshalb dies einer Befreiung für Windenergienutzungen entgegenstehen müsste. In Bezug auf die Refugialfunktion fehlt schon ein Nachweis, dass diese auf windkraftsensible Tierarten bezogen ist. In Bezug auf die Erholungsfunktion ist mit Blick auf die zitierte Rechtsprechung nicht ersichtlich, dass Windkraftnutzung damit von vornherein nicht vereinbar wäre; die bloße Sichtbarkeit einer Windenergieanlage schränkt die Erholungsfunktion im Außenbereich nicht mehr als andere Infrastrukturmaßnahmen ein.<sup>16</sup>

Aus dem beigezogenen Landschaftsplan I „O.“ des S.-Kreises O. ergibt sich nichts anderes. Dem Plan lassen sich für die dort festgesetzten Landschaftsschutzgebiete keine konkreten Schutzzweckbestimmungen entnehmen, die die Annahme von „harten Tabuzonen“ für die Windkraftnutzung rechtfertigen könnten.

Entgegen dem Vorbringen der Antragsgegnerin kann die – wie vorstehend dargestellt – nach der Genehmigung durch die Bezirksregierung E. nachgebesserte Begründung schon dem Inhalt nach nicht dahin verstanden werden, dass die Antragsgegnerin die bestehenden Landschaftsschutzgebiete mit Blick auf das genannte Entwicklungsziel der Landschaftsplanung in rechtlich unbedenklicher Weise lediglich als weiche Tabuzonen gewertet hätte. Denn die Feststellungen des Abschnitts 3.3.2 bzw. 3.3.3 der Planbegründung (Stand 05.06.2018) stehen dem entgegen. Das hat die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung zutreffend angemerkt. Landschaftsschutzgebiete werden ausschließlich in dem Abschnitt 3.3.2, der sich mit den „harten“ Tabuzonen befasst, behandelt und in dem Abschnitt 3.3.3, der die „weichen“ Tabuzonen betrifft, mit keinem Wort erwähnt.

14 Vgl. dazu etwa BVerwG, Beschl. v. 09.02.2015 – 4 BN 20.14, BRS 83 Nr. 158 = juris.

15 OVG NRW, Beschl. v. 09.06.2017 – 8 B 1264/16.

16 Vgl. etwa OVG NRW, Beschl. v. 27.10.2017 – 8 A 2351/14, BRS 85 Nr. 163 = BauR 2018, 502 = juris.

3. Der aufgezeigte Mangel der Ermittlung bzw. Bewertung ist auch beachtlich.

Es handelt sich um einen Mangel der Ermittlung bzw. Bewertung, der die Voraussetzungen des § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB erfüllt. Er betrifft wesentliche Punkte der Planung. Er ist offensichtlich, weil er sich ohne weiteres aus den vorliegenden Akten ergibt. Er war auch von Einfluss auf das Ergebnis der Planung; es besteht eine hinreichend konkrete Möglichkeit, dass anders geplant und jedenfalls Teile von Landschaftsschutzgebieten für die Windenergienutzung vorgesehen worden wären, wenn die Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang die harten Tabuzonen zutreffend ermittelt hätte.

Der Mangel ist auch nicht etwa nach § 215 BauGB nachträglich unbeachtlich geworden. Der Mangel ist mit dem – auf Nachfrage des Gerichts von der Antragsgegnerin nachgereichten – Rügeschreiben vom 19.07.2019 von der Antragstellerin rechtzeitig in hinreichender Weise gerügt worden.

4. Der Mangel führt auch insgesamt zur Unwirksamkeit der Planung in Bezug auf die Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB.

Die Unwirksamkeit eines Teils einer Satzungsbestimmung hat nur dann nicht die Gesamtnurksamkeit zur Folge, wenn die Restbestimmung auch ohne den nichtigen Teil sinnvoll bleibt (Grundsatz der Teilbarkeit) und mit Sicherheit anzunehmen ist, dass sie auch ohne diesen Teil erlassen worden wäre (Grundsatz des mutmaßlichen Willens des Normgebers).<sup>17</sup>

Diese Grundsätze gelten auch für die Überprüfung von Flächennutzungsplandarstellungen mit Wirkungen nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB.<sup>18</sup>

Die zweite Voraussetzung liegt hier nicht vor. Es ist nicht hinreichend sicher anzunehmen, dass die Planung auch ohne den von dem Mangel betroffenen Bereich der Landschaftsschutzgebiete für andere Teilbereiche erlassen worden wäre. Der Mangel der Abwägung in Bezug auf die vom Landschaftsschutz erfassten Flächen erfasst damit auch das weitere Geltungsgebiet des sachlichen Teilflächennutzungsplans.

II. Die Planung leidet an einem weiteren durchgreifenden Abwägungsmangel, weil die Erwägungen der Antragsgegnerin entgegen den maßgeblichen Grundsätzen (dazu 1.) in Bezug auf das Gebot, der Windenergienutzung substantiell Raum zu verschaffen, auf unzureichenden Ermittlungen bzw. Bewertungen beruhen (dazu 2.); auch dieser Mangel ist beachtlich (dazu 3.) und führt insgesamt zur Unwirksamkeit der Planung (dazu 4.).

I. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts muss die Gemeinde im Rahmen ihrer Abwägung der Privilegierungsentscheidung des Gesetzgebers Rechnung tragen und für die Windenergienutzung in

substanzieller Weise Raum schaffen. Mit einer bloßen Feigenblattplanung, die auf eine verkappte Verhinderungsplanung hinausläuft, darf sie es nicht bewenden lassen.<sup>19</sup>

Wo die Grenze zur Verhinderungsplanung verläuft, lässt sich nicht abstrakt bestimmen. Beschränkt sich die Gemeinde darauf, ein einziges Konzentrationsgebiet auszuweisen, ist dies, für sich genommen, noch kein Indiz für einen fehlerhaften Gebrauch der Planungsermächtigung. Auch Größenangaben sind, isoliert betrachtet, als Kriterium ungeeignet. Wann die Grenze zur Verhinderungsplanung überschritten ist, kann erst nach einer Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse im jeweiligen Planungsraum beurteilt werden. Die Einschätzung, ob die Gemeinde der Windenergie substantiell Raum verschafft hat, ist das Ergebnis einer wertenden Betrachtung.<sup>20</sup>

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 substantieller Weise Raum schafft, den Tatsachengerichten vorbehalten und verschiedene Modelle gebilligt. Ergänzend hat es darauf hingewiesen, dass es nicht zulässig wäre, einen bestimmten prozentualen Anteil festzulegen, den die Konzentrationsflächen im Vergleich zu den Potenzialflächen erreichen müssten, damit die Rechtsfolge des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB eintrete, dagegen dürfe dem Verhältnis dieser Flächen zueinander Indizwirkung beigemessen werden und es sei nichts gegen einen Rechtssatz des Inhalts zu erinnern, dass je geringer der ausgewiesene Anteil an Konzentrationsflächen sei, desto gewichtiger die gegen eine weitere Ausweisung von Vorranggebieten sprechenden Gesichtspunkte sein müssten, damit es sich nicht um eine unzulässige Feigenblattplanung handele.<sup>21</sup>

Nach der Auffassung des erkennenden Oberverwaltungsgerichts ist es fehlerhaft, wenn auf der Prüfungsebene des Substantiell-Raum-Verschaffens zur Ermittlung der Vergleichsfläche sowohl harte als auch weiche Tabuzonen von der Außenbereichsfläche abgezogen werden und die dann verbleibende Fläche in Relation zu den dargestellten Konzentrationszonen gesetzt wird. Sonst könnte der Plangeber auf der Ebene der Abwägung (weiche Tabuzonen) die Vergleichsfläche beliebig verkleinern und so die

17 Vgl. BVerwG, Urt. v. 17.10.2019 – 4 CN 8.18, BauR 2020, 215 = juris.

18 Vgl. OVG NRW, Urt. v. 24.09.2020 – 7 D 64/18.NE, BRS 88 Nr. 41 = BauR 2020, 1879 = juris.

19 Vgl. dazu BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 51.01, BRS 65 Nr. 95 = BauR 2003, 828 = juris.

20 Vgl. BVerwG, Urt. v. 20.05.2010 – 4 C 7.09, BRS 76 Nr. 103 = BauR 2010, 1879.

21 Vgl. BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 1.11, BRS 81 Nr. 44 = BauR 2013, 722.

Nutzung der Windenergie in seinem Gemeindegebiet über Gebühr beschränken. Erforderlich ist vielmehr die Ermittlung und Bewertung der Flächen, die nach Abzug der harten Tabuzonen vom Gemeindegebiet verbleiben, im Verhältnis zu den Flächen, die als Konzentrationszonen für die Windenergienutzung dargestellt werden.<sup>22</sup>

2. Danach ist hier ein Mangel des Abwägungsvorgangs festzustellen, denn es fehlt an der erforderlichen Ermittlung und Bewertung zum Gebot, der Windenergienutzung durch die Planung „substantiell Raum zu verschaffen“.

Im Rahmen der Planbegründung sowie der sonstigen Aufstellungsvorgänge hat die Antragsgegnerin maßgeblich auf eine Relation zwischen der Größe der Konzentrationszonen von rund 100 ha und der Größe ihres Stadtgebiets von knapp 10.000 ha abgestellt und dieses mit bestimmten Anhaltswerten aus der von ihr in den Blick genommenen Rechtsprechung verglichen. Den nach der oben zitierten Rechtsprechung des OVG NRW maßgeblichen Ansatzpunkt hat die Antragsgegnerin zwar im Katalog möglicher Kriterien auf S. 9 neben anderen Punkten aufgelistet, ausweislich der beschlossenen Planbegründung aber nicht zum Ansatzpunkt für Ermittlungen und Bewertungen im Rahmen der abschließenden Abwägung gemacht. Auch in der beschlossenen Abwägungstabelle zu den Einwendungen, die in der Öffentlichkeitsbeteiligung eingegangen sind, ergibt sich aus der dort dargestellten Würdigung der Antragsgegnerin, dass sie an dem Kriterium der Relation von Stadtgebietsfläche zu Konzentrationszonenflächen festhalten wollte.

Die Ausführungen der Antragsgegnerin im Schriftsatz vom 03.09.2020 bzw. 10.12.2020, bezogen auf von der Antragstellerin genannte Potenzialflächen von etwas über 2.000 ha liege der Anteil der Konzentrationszonen über 4 %, des Weiteren seien bestimmte Siedlungsbereiche unter Abstandsaspekten noch nicht strikt als harte Tabuzonen eingeordnet worden, dadurch verringere sich möglicherweise der Anteil der Potenzialflächen weiter, mit der Folge, dass der relative Anteil der Konzentrationszone steige, rechtfertigen keine andere Beurteilung. Denn diese im Gerichtsverfahren vorgetragenen weiteren Erwägungen waren nicht Gegenstand der Abwägungsentscheidung des Rats.

3. Dieser Mangel der Ermittlung bzw. Bewertung von der Planung berührter Belange ist auch gem. § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB beachtlich.

Der Mangel betrifft wesentliche Punkte der Ermittlung und Bewertung im Sinne der Regelung. Er ist offensichtlich, weil er sich mit hinreichender Deutlichkeit aus den Aufstellungsunterlagen ergibt.

Der Mangel ist des Weiteren auch auf das Ergebnis des Verfahrens im Sinne der Bestimmung von Ein-

fluss. Denn es besteht die konkrete Möglichkeit, dass bei einer zutreffenden Ermittlung und Bewertung eine andere Darstellung getroffen wäre, bei der weitere Flächen als Konzentrationszonen dargestellt und weniger Flächen von der Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erfasst worden wären. Dem steht nicht der Einwand der Antragsgegnerin im gerichtlichen Verfahren entgegen, ein erheblicher Anteil von harten Tabuzonen sei noch nicht abschließend festgestellt, würden diese berücksichtigt, sei von einem ausreichenden Anteil auszugehen. Dabei bezieht sie sich insbesondere auf immissionsschutzrechtlich gebotene Abstände zu Siedlungsbereichen. Die für die Annahme der Erheblichkeit erforderliche konkrete Möglichkeit folgt hier schon aus dem Umstand, dass die Antragsgegnerin unzureichend ermittelte Annahmen für das Vorliegen von harten Tabuzonen zugrunde gelegt hat. Es erscheint in hinreichend konkreter Weise möglich, dass bei Anwendung der maßgeblichen Voraussetzungen eine andere Darstellung (d.h. von weiteren Konzentrationszonen) getroffen worden wäre.

Der Mangel ist auch nicht etwa gem. § 215 BauGB nachträglich unbeachtlich geworden. Die Antragstellerin hat den Mangel mit der Rügeschrift vom 19.07.2019 inhaltlich hinreichend und rechtzeitig gerügt.

4. Der Mangel der Planung führt nach den aufgezeigten Grundsätzen insgesamt zur Unwirksamkeit der in Rede stehenden Darstellungen mit Ausschlusswirkung gem. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Der Mangel der Ermittlung und Bewertung hinsichtlich des „Substantiell-Raum-Verschaffens“ erfasst die gesamte Planung.

22 Vgl. OVG NRW, Urt. v. 22.09.2015 – 10 D 82/13.NE, NuR 2016, 426 = juris, v. 06.12.2017 – 7 D 100/15.NE, BRS 85 Nr. 30 = BauR 2018, 468 = juris, sowie v. 25.01.2021 – 2 D 98/19.NE, juris, jeweils m.w.N.

## Festsetzung einer privaten Grünfläche trotz Bauwunsches

BauGB §§ 1 Abs. 3 und 7, 3 Abs. 2, 8 Abs. 2 Satz 1, 214 Abs. 4.

1. Ein Verbot, die Offenlage ganz oder teilweise während der Ferien durchzuführen, besteht nicht, solange sichergestellt ist, dass die Einsichtnahmemöglichkeit während der Dienststunden nicht durch einen „Ferienbetrieb“ eingeschränkt sind.

2. Die Anordnung der Rückwirkung gem. § 214 Abs. 4 BauGB ist kein Teil des Satzungsbeschlusses, sondern ein Bestandteil des Bekanntmachungsverfahrens.