
Datum: 21.04.2020
Gericht: Oberverwaltungsgericht NRW
Spruchkörper: 8. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 A 311/19
ECLI: ECLI:DE:OVGNRW:2020:0421.8A311.19.00

Vorinstanz: Verwaltungsgericht Arnsberg, 4 K 8500/17

Tenor:

Auf die Berufung der Beigeladenen wird das Urteil des Verwaltungsgerichts Arnsberg vom 18. Dezember 2018 geändert.

Der Beklagte wird unter Aufhebung des Ablehnungsbescheids vom 6. September 2017 verpflichtet, den Antrag der Klägerin vom 29. Februar 2016 auf Erteilung eines immissionsschutzrechtlichen Vorbescheids für die Errichtung und den Betrieb von fünf Windenergieanlagen des Typs Vestas V126 mit einer Nabenhöhe von 149 m und einem Rotordurchmesser von 126 m in der Gemarkung B. , Flur , Flurstücke und , Flur , Flurstück , sowie der Gemarkung B1. , Flur , Flurstücke und , unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung der Beigeladenen wird zurückgewiesen.

Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens tragen die Klägerin und der Beklagte jeweils zur Hälfte mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die diese selbst trägt. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen tragen der Beklagte und die Beigeladene jeweils zu einem Viertel und die Klägerin zur Hälfte.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Der jeweilige Vollstreckungsschuldner darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

<u>Tatbestand:</u>	1
Die Beteiligten streiten um die Erteilung eines immissionsschutzrechtlichen Vorbescheids für fünf Windenergieanlagen, die außerhalb der im Flächennutzungsplan dargestellten Konzentrationszonen errichtet werden sollen.	2
Die Klägerin beantragte unter dem 29. Februar 2016 beim Beklagten die Erteilung eines immissionsschutzrechtlichen Vorbescheids hinsichtlich der planungsrechtlichen Zulässigkeit zur Errichtung und zum Betrieb von fünf Windenergieanlagen des Typs Vestas V126 mit einer Gesamthöhe von 212 m, einer Nabenhöhe von 149 m, einem Rotordurchmesser von 126 m und einer Nennleistung von 3,3 bzw. 3,45 MW in T. , Gemarkung B. , Flur , Flurstücke und , Flur , Flurstück , sowie der Gemarkung B1. , Flur , Flurstücke und . Die Klägerin stellte die Frage zur Prüfung, ob der Errichtung und dem Betrieb der Windenergieanlagen eine planerische Ausschlusswirkung entgegenstehe, weil der Teilflächennutzungsplan eine Ausweisung an anderer Stelle im Sinne von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB vorsehe.	3
Der damals geltende Flächennutzungsplan enthielt zwar keine Darstellungen für die Windenergienutzung, der Rat der Beigeladenen hatte aber bereits am 25. April 2013 die Aufstellung eines Sachlichen Teilflächennutzungsplans „Windenergie“ (im Folgenden: Teilflächennutzungsplan) für den Bereich des gesamten Gemeindegebietes beschlossen. Das Gemeindegebiet der Beigeladenen ist im Landschaftsplan T. des Beklagten in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. März 1993 (im Folgenden: Landschaftsplan) weitgehend als Landschaftsschutzgebiet mit grundsätzlich geltenden Bauverboten ausgewiesen. Während des Aufstellungsverfahrens äußerte sich die Untere Naturschutzbehörde des Beklagten mit Stellungnahmen vom 18. Juli 2013, vom 30. September 2014, vom 6. März 2015, vom 3. Dezember 2015, vom 22. August 2016 und vom 5. September 2016 zu der Frage, ob die Errichtung von Windenergieanlagen mit den Schutzgebietsfestsetzungen des Landschaftsplans vereinbar sei. Für die später als Konzentrationszonen festgesetzten Potentialflächen „I. Höhe Mitte“, „I. Höhe Ost“ und „Südliche Waldflächen Süd“ stellte sie eine Befreiung von den Festsetzungen nur für einen kleinen westlichen Teil der Potentialfläche „I. Höhe Mitte“ in Aussicht. Sie begründete dies im Wesentlichen mit der starken Beeinträchtigung des Landschaftsbildes durch Windenergieanlagen auf exponierten und markanten Höhenzügen. Der Kreistag des Beklagten lehnte den Antrag der Beigeladenen auf Inaussichtstellung einer Befreiung von den Schutzgebietsfestsetzungen des Landschaftsplans am 28. Oktober 2016 ab. Demgegenüber hielt die Bezirksregierung Arnsberg im Schreiben vom 25. Januar 2017 eine Befreiungslage mit Blick auf den Windenergieerlass 2015 für gegeben.	4
Am 2. Februar 2017 stellte der Rat der Beigeladenen die Aufstellung des Sachlichen Teilflächennutzungsplans „Windenergie“ fest, den die Bezirksregierung Arnsberg am 28. April	5

2017 genehmigte. Feststellungsbeschluss und Genehmigung wurden am 4. Mai 2017 öffentlich bekannt gemacht.

Mit Bescheid vom 6. September 2017 lehnte der Beklagte die Erteilung des Vorbescheids ab. Zur Begründung führte er aus, dass die Errichtung von Windenergieanlagen außerhalb der ausgewiesenen Konzentrationszonen unzulässig sei. 6

Die Klägerin hat am 2. Oktober 2017 Klage zum Verwaltungsgericht Arnberg erhoben. Zur Begründung hat sie im Wesentlichen geltend gemacht, dass die Darstellungen von Konzentrationszonen im Teilflächennutzungsplan ihrem Vorhaben nicht entgegenstünden. Der Plan sei abwägungsfehlerhaft sowie vollzugsunfähig und damit unwirksam. Die Beigeladene habe die Potentialflächen fehlerhaft ermittelt. Die Beigeladene hätte nicht nur Konzentrationszonen ausweisen dürfen, auf denen mindestens fünf Windenergieanlagen errichtet werden könnten. Die Schutz- und Vorsorgeabstände seien widersprüchlich und damit fehlerhaft ermittelt worden. Harte und weiche Tabukriterien seien teilweise nicht hinreichend unterschieden worden. Der Windenergie sei nicht substantiell Raum verschafft worden. Die Konzentrationszonen machten nur 5,6 % der Potentialflächen (Planungsbereich abzüglich des Innenbereichs und der harten Tabuzonen) aus. Dies sei ein Indiz für eine Verhinderungsplanung, weil der Anteil deutlich unter dem Anhaltswert von 10 % liege. Schließlich verstoße der Teilflächennutzungsplan gegen die Festsetzungen des Landschaftsplans. Wegen der Schutzwürdigkeit des Landschaftsbildes liege keine Befreiungslage vor und Befreiungen hinsichtlich der Konzentrationszonen seien nicht in Aussicht gestellt worden. 7

Die Klägerin hat beantragt, 8

den Beklagten unter Aufhebung des Bescheids vom 6. September 2017 zu verpflichten, den unter dem 29. Februar 2016 beantragten immissionsschutzrechtlichen Vorbescheid zu erteilen. 9

Der Beklagte hat beantragt, 10

die Klage abzuweisen. 11

Die Beigeladene hat im erstinstanzlichen Verfahren keinen Antrag gestellt. 12

Sie hat ausgeführt, dass das Abwägungsgebot bei Aufstellung des Teilflächennutzungsplans nicht verletzt worden sei. Insbesondere sei das Abwägungsergebnis nicht fehlerhaft. Die Klägerin überschätze insoweit die Indizwirkung des Verhältnisses von Konzentrationszonen zur Potentialfläche. Die Beigeladene habe die abwägungsrelevanten Belange rechtsfehlerfrei gewichtet. Die Festlegung der Mindestgröße für eine Konzentrationszone begründe auf der Ebene der weichen Tabuzonen keinen Abwägungsfehler. Die Vorsorge- und Schutzabstände seien in zulässiger Weise ermittelt worden. Die Bauverbote des Landschaftsplans stünden der Flächennutzungsplanung nicht entgegen. Die Beigeladene habe trotz der Stellungnahmen der Unteren Naturschutzbehörde eine positive Prognose dahingehend treffen dürfen, dass eine objektive Befreiungslage mit Blick auf das erhebliche Interesse am Ausbau erneuerbarer Energien gegeben sei. Das Landschaftsbild sei nicht ausdrücklicher und unmittelbarer Schutzzweck des Landschaftsschutzgebiets. Der Beklagte habe sich über Ziff. 8.2.2.5 des Windenergieerlasses vom 4. November 2015 hinweggesetzt, wonach im Regelfall von einem überwiegenden öffentlichen Interesse auszugehen sei. Die Bezirksregierung vertrete als höhere Naturschutzbehörde die Auffassung, dass eine Befreiungslage gegeben sei. 13

Mit Bescheid vom 8. Oktober 2018 hat der Beklagte einen Antrag der Enercon GmbH auf Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb einer Windenergieanlage innerhalb der Konzentrationszone „I1. Höhe Mitte“ u. a. aus Gründen des Landschaftsschutzes abgelehnt. Eine Befreiung nach § 67 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNatSchG werde nicht erteilt, weil das Landschaftsbild hochgradig schutzwürdig und mit Blick auf den exponierten Höhenzug gegenüber der Überprägung durch große Windenergieanlagen empfindlich sei. 14

Das Verwaltungsgericht hat den Beklagten mit Urteil vom 18. Dezember 2018 unter Aufhebung des Bescheids vom 6. September 2017 verpflichtet, der Klägerin den beantragten immissionsschutzrechtlichen Vorbescheid zu erteilen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass die Ausweisung der Konzentrationsflächen im Teilflächennutzungsplan dem Vorhaben nicht entgegenstünde, weil dieser Plan unwirksam sei. Er sei vollzugsunfähig und damit nicht erforderlich i. S. v. § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB. Es sei nicht hinreichend sichergestellt, dass sich die Windenergie gegenüber konkurrierenden Nutzungen durchsetze. Im großflächigen Landschaftsschutzgebiet des Landschaftsplans bestehe ein Bauverbot. Dieses gelte auch nach Erlass des Teilflächennutzungsplans weiter, weil der Beklagte nach § 20 Abs. 4 Satz 4 LNatSchG NRW dieser Planung der Beigeladenen widersprochen habe. Nach entgegenstehenden Stellungnahmen der Unteren Naturschutzbehörde habe die Beigeladene im Rahmen ihrer Prognose nicht mehr davon ausgehen dürfen, dass sich die Erteilung einer Ausnahme oder Befreiung vom Bauverbot abzeichne. Der ablehnenden fachbehördlichen Bewertung der Unteren Naturschutzbehörde komme maßgebliche Bedeutung zu, zumal sie nicht offenkundig mangelhaft sei. Hieran ändere auch die entgegenstehende Einschätzung der Bezirksregierung als Oberer Naturschutzbehörde nichts. Der Entwurf des neuen Landschaftsplans trage die Prognose der Beigeladenen ebenfalls nicht, weil danach nur einvernehmlich abgestimmte Konzentrationsflächenplanungen von den Festsetzungen des Landschaftsplans unberührt bleiben sollten. Die Beigeladene hätte auf eine Änderung des Landschaftsplans hinwirken müssen. Der Fehler sei als Ewigkeitsmangel weiterhin beachtlich. Selbstständig tragend liege ein durchgreifender Abwägungsmangel und beachtlicher Fehler vor, weil die Konzentrationszonen, denen auch mit Blick auf die Einschätzung der Unteren Naturschutzbehörde die Festsetzungen des Landschaftsplans entgegenstünden, als harte Tabuzonen hätten ausgeschieden werden müssen. Dieser Fehler sei fristgerecht und ausreichend gerügt worden. 15

Die Beigeladene hat am 17. Januar 2019 die vom Verwaltungsgericht zugelassene Berufung eingelegt. 16

Zur Begründung macht sie geltend, dass das Vorhaben der Klägerin planungsrechtlich unzulässig sei, weil ihm die Ausschlusswirkung des wirksamen Teilflächennutzungsplans nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB entgegenstehe. Dieser Plan sei trotz des landschaftsschutzrechtlichen Bauverbots vollzugsfähig und abwägungsfehlerfrei. Ein flächendeckender Konflikt zwischen einem Landschaftsplan und der Flächennutzungsplanung dürfe nicht nur durch die Änderung des Landschaftsplans aufgelöst werden, sondern prinzipiell auch durch die Erteilung von Befreiungen von dessen Festsetzungen. Dies gelte jedenfalls bei so großen Landschaftsschutzgebieten wie vorliegend. Für die Prognose des Plangebers, ob der Flächennutzungsplan mit Hilfe der Erteilung von Befreiungen vom landschaftsrechtlichen Bauverbot vollzugsfähig sei, sei die objektive Befreiungslage entscheidend, die gerichtlich überprüfbar sei. Die Einschätzung der Unteren Naturschutzbehörde sei dabei nicht bindend; andernfalls würde die gemeindliche Planungshoheit verletzt. Die Beigeladene sei hier zu Recht von einer objektiven Befreiungslage ausgegangen. Eine atypische Sondersituation sei anzunehmen, weil bei 17

Erlass des Landschaftsplans im Jahr 1993 die Windenergie nicht dieselbe tatsächliche und rechtliche Bedeutung gehabt habe wie heute. Das Landschaftsbild werde durch den Landschaftsplan nicht ausdrücklich und unmittelbar geschützt. Die Höhenzüge im Gemeindegebiet der Beigeladenen seien vielmehr erst nach einer Rechtsberatung im Rahmen der Aufstellung des neuen Landschaftsplans besonders unter Schutz gestellt worden, um sich gegen Befreiungsanträge zu „wappnen“. Im Übrigen habe das LANUV das Landschaftsbild anhand fachlicher Bewertungsgrundsätze geringwertiger eingeschätzt als die Untere Naturschutzbehörde. Auswirkungen von Windenergieanlagen auf die Erholungseignung seien nicht belegt, sie seien auch abhängig von der Sichtbarkeit der Windenergieanlagen. Bei der Prüfung einer Befreiung sei das hohe Interesse am Ausbau der Windenergie zu berücksichtigen. Die in § 67 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG vorgesehene Ermessensausübung hindere das Hineinplanen in eine Befreiungslage nicht, weil auf Rechtsfolgenseite nur „Ermessensreste“ verblieben. Die Ablehnung einer Befreiung wegen Unzweckmäßigkeit aufgrund eines Grundsatzkonflikts sei ermessensfehlerhaft.

Ein beachtlicher Abwägungsfehler hinsichtlich des Teilflächennutzungsplans sei nicht darin zu sehen, dass die Flächen, hinsichtlich derer eine Befreiung nicht in Aussicht gestellt worden sei, nicht als harte Tabuzonen angesehen worden seien. Harte Tabuflächen seien nur dann anzunehmen, wenn die Windenergie dort zwangsläufig und dauerhaft nicht genutzt werden könne. Da hier eine objektive Befreiungslage vorliege, sei dies bei den Konzentrationszonen nicht der Fall, zumal die Untere Naturschutzbehörde für einen kleinen Teil der Fläche „I. Höhe Mitte“ sogar eine Befreiung in Aussicht gestellt habe. Der vermeintliche Abwägungsmangel sei jedenfalls unbeachtlich geworden, weil er nicht substantiiert und fristgerecht gerügt worden sei. 18

Die Neuaufstellung des Landschaftsplans stelle die Wirksamkeit des Teilflächennutzungsplans ebenfalls nicht in Frage, weil sie ihrerseits formell und materiellrechtlich unwirksam sei. Eine mit Blick auf die Erweiterung des Bauverbots nach § 17 Abs. 2 LNatSchG NRW erforderliche erneute Auslegung sei unterblieben. Die Grundzüge der Planung seien berührt, weil der Schutzzweck des Landschaftsschutzgebiets hinsichtlich des Landschaftsbildes erweitert worden sei, um die Windenergienutzung zu verhindern. Im Übrigen gebe es Fehler bei der Bekanntmachung der ersten öffentlichen Auslegung und der entsprechenden Öffentlichkeitsbeteiligung. Ein Abwägungsdefizit liege vor, weil der Beklagte die entgegenstehende Flächennutzungsplanung der Beigeladenen nicht angemessen berücksichtigt habe. Die Planungshoheit der Beigeladenen sei verletzt, weil Kreistag und Untere Naturschutzbehörde kollusiv zusammen gewirkt hätten, um die Darstellungen im Teilflächennutzungsplan zu konterkarieren. 19

Die Klage sei auch deswegen unbegründet, weil ein positives Gesamturteil i. S. v. § 9 BImSchG nicht getroffen werden könne. Die eingereichten Unterlagen erlaubten zum Artenschutz sowie zu Schallimmissionen keine Einschätzung, ob das Vorhaben mit hinreichender Wahrscheinlichkeit genehmigungsfähig sei. Ein „steckengebliebenes“ Genehmigungsverfahren liege nicht vor, weil der Antrag der Klägerin aufgrund seiner Unvollständigkeit gar nicht prüffähig gewesen sei. Daher dürfe die Klägerin mit einem Bescheidungsurteil auch keinen Vollstreckungstitel zu Lasten der Behörde erhalten. 20

Die Beigeladene beantragt, 21

unter Aufhebung des angefochtenen Urteils des Verwaltungsgerichts Arnberg vom 18. Dezember 2018 die Klage abzuweisen. 22

Die Klägerin beantragt, 23

die Berufung zurückzuweisen.	24
Sie hält den Teilflächennutzungsplan für nicht erforderlich i. S. v. § 1 Abs. 3 BauGB. Dieser sei wegen der entgegenstehenden Landschaftsplanung dauerhaft vollzugsunfähig. Einzelfallbezogene Befreiungen seien schon kein geeignetes Mittel, um Schutzgebietsfestsetzungen eines Landschaftsplans in einer Vielzahl von Fällen zu überwinden. Für die Prognose der Beigeladenen im Planaufstellungsverfahren zur Vollzugsfähigkeit des Plans sei auch unter Berücksichtigung der gemeindlichen Planungshoheit nicht allein die objektive Befreiungslage entscheidend. Wegen der entgegenstehenden Stellungnahmen der Unteren Naturschutzbehörde und der ablehnenden Entscheidung des Kreistags des Beklagten habe die Beigeladene nicht mit einer künftigen Befreiung vom Bauverbot rechnen dürfen, zumal der Naturschutzbehörde bei der Entscheidung über eine Befreiung Ermessen zustehe. Im Übrigen bestehe keine objektive Befreiungslage. Das öffentliche Interesse an der Windenergienutzung überwiege die Beeinträchtigung des geschützten Landschaftsbildes in den Konzentrationszonen durch die Errichtung von Windenergieanlagen im vorliegenden Fall nicht. Die Neuaufstellung des Landschaftsplans am 14. März 2019 mit dem darin verankerten besonderen Schutz der exponierten Höhenlagen lasse den Teilflächennutzungsplan für die Zukunft vollzugsunfähig und damit nachträglich funktionslos werden. Die festgelegten Konzentrationszonen hätten als harte Tabuzonen ausgeschlossen werden müssen, weil die Errichtung von Windenergieanlagen hier rechtlich auf Dauer ausgeschlossen sei. Dies gelte schon wegen der eindeutigen Ablehnung der Befreiung durch die Untere Naturschutzbehörde. Eine hinreichende Rüge gemäß § 215 Abs. 1 BauGB liege vor.	25
Sollte man die vorläufige positive Gesamtbeurteilung aufgrund der vorliegenden Unterlagen nicht treffen können, seien die Grundsätze zum „steckengebliebenen“ Genehmigungsverfahren anzuwenden. Die Behörde hätte im Falle der Entscheidungserheblichkeit weitere fehlende Unterlagen nachfordern müssen; es müsse mit Blick auf die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes möglich sein, Unterlagen auch noch im gerichtlichen Verfahren nachzureichen.	26
Die Klägerin legt eine Turbulenzabschätzung der Firma X. GmbH & Co. KG vom 4. März 2020 zu ihrem Vorhaben vor.	27
Der Beklagte stellt keinen Antrag. Er führt aus, dass der Teilflächennutzungsplan der Erteilung eines Vorbescheids entgegenstehe, weil die Vorhabenstandorte außerhalb der Konzentrationszonen gelegen seien. Eine Planverwerfungskompetenz komme ihm nicht zu. Das Landschaftsbild insbesondere im Bereich der I1. Höhe werde auch schon durch den Landschaftsplan von 1993 geschützt. Die naturschutzfachlichen Argumente zur Schutzwürdigkeit des Landschaftsbildes im Landschaftsplan aus dem Jahr 2019 stammten sämtlich von der Unteren Naturschutzbehörde. Die Obere Naturschutzbehörde habe zwar zum Vorliegen einer Befreiungslage eine andere Ansicht vertreten als die Untere Naturschutzbehörde, diese Ansicht aber nicht weiter vertieft und der Unteren Naturschutzbehörde auch keine entsprechende Weisung erteilt. Eine vorläufige positive Gesamtbeurteilung könne der Beklagte auf der Grundlage der bisher eingereichten Antragsunterlagen nicht treffen. Es fehlten hierzu insbesondere Unterlagen zu den Aspekten Turbulenzen, Schall- und Artenschutz.	28
Die Beteiligten haben auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet, nachdem der Senat einen Erörterungstermin in Form einer Telefonkonferenz mit den Beteiligten durchgeführt hatte.	29

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Gerichtsakte dieses Verfahrens sowie die beigezogenen Verwaltungsvorgänge des Beklagten und der Beigeladenen verwiesen.

Entscheidungsgründe:

- Der Senat entscheidet gemäß den §§ 101 Abs. 2, 125 Abs. 1 Satz 1 VwGO mit Einverständnis der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung. 31
- Die Berufung der Beigeladenen hat in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg. Sie ist zulässig (A.) und teilweise begründet (B.). 32
- A. Die Berufung der Beigeladenen ist zulässig. Insbesondere ist die Beigeladene durch das angegriffene Urteil des Verwaltungsgerichts beschwert. Ihre verfassungsrechtlich garantierte Planungshoheit aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG ist dadurch berührt, dass das Verwaltungsgericht ihren im Februar 2017 beschlossenen und im Mai 2017 bekannt gemachten Sachlichen Teilflächennutzungsplan „Windenergie“ (im Folgenden: Teilflächennutzungsplan) inzident für unwirksam erklärt hat. 33
- Vgl. zur Beschwer einer Gemeinde bei gerichtlicher inzidenter Verwerfung eines Bebauungsplans BVerwG, Urteil vom 11. Februar 1993 ? 4 C 25.91 -, juris Rn. 10; Happ, in: Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, Vorbemerkung zu § 124 Rn. 30. 34
- B. Die Berufung ist in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet. 35
- Die zulässige Klage ist nur insoweit begründet, als die Klägerin einen Anspruch gegen den Beklagten auf erneute Bescheidung ihres Antrags auf Erteilung eines immissionsschutzrechtlichen Vorbescheids hat (§ 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO). Insoweit ist die Berufung unbegründet (dazu I.). Im Übrigen ist die Berufung begründet. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Erteilung des beantragten Vorbescheids (§ 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO) (dazu II.). 36
- I. Die Klägerin hat aus § 9 Abs. 1 und 3 i. V. m. § 6 Abs. 1 BImSchG einen Anspruch gegen den Beklagten auf erneute Bescheidung ihres Antrags auf Erteilung eines immissionsschutzrechtlichen Vorbescheids unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts (§ 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO). Der entgegenstehende Bescheid des Beklagten vom 6. September 2017, mit dem dieser den Antrag der Klägerin auf Erteilung eines Vorbescheids abgelehnt hat, ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). 37
- 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. Die Vorschriften der §§ 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 38

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 Ausschlusswirkung hindert die Errichtung der streitgegenständlichen Windenergieanlagen 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 „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 hier im Streit stehende 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.

2. Die Klägerin durfte die Frage zum Gegenstand eines Vorbescheids machen, ob die im Teilflächennutzungsplan festgesetzten Konzentrationszonen für Windenergieanlagen eine Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB herbeiführen und diese der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit ihres Vorhabens entgegensteht.

Ein Vorbescheid kann zu jeder für die Genehmigung relevanten Frage ergehen, die im Vorgriff auf sie rechtlich und tatsächlich auch 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. 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. Die festgestellten Genehmigungsvoraussetzungen müssen schon bei der Bescheidung des Antrags auf Erteilung eines Vorbescheids abschließend geprüft werden. Erforderlichenfalls ist – um keine rechtswidrige Genehmigung in Aussicht zu stellen – die Bindungswirkung des Vorbescheids durch Vorbehalte, insbesondere durch Angabe von Nebenbestimmungen zu der späteren Genehmigung einzuschränken.

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 1. März 2018 ? 8 A 2478/15 -, juris Rn. 55 f., m. w. N.

3. Die Ausschlusswirkung von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB hindert die Errichtung und den Betrieb der in Rede stehenden Anlagen nicht.

§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB bestimmt für Windenergieanlagen und andere Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB, dass ihnen in der Regel auch dann öffentliche Belange entgegenstehen, soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist. Der Ausschluss solcher Anlagen auf Teilen des Plangebiets lässt sich nach der Wertung des Gesetzgebers nur dann rechtfertigen, wenn die festgesetzten Flächen für die vorgesehenen Nutzungen geeignet sind und der Plan sicherstellt, dass sich die betroffenen Vorhaben an anderer Stelle gegenüber konkurrierenden Nutzungen durchsetzen.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 17. Dezember 2002 ? 4 C 15.01 -, juris Rn. 17, 27 ff.; OVG NRW, Urteil vom 20. November 2012 - 8 A 430/10 -, juris Rn. 50.

Voraussetzung für eine wirksame Flächennutzungsplanung mit Ausschlusswirkung ist u. a. die Erforderlichkeit der Planung i. S. v. § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB. Daran fehlt es hier (dazu a)). Der Verstoß des Teilflächennutzungsplans gegen diese Vorschrift führt dazu, dass er jedenfalls im Hinblick auf die beabsichtigte Ausschlusswirkung unwirksam ist (dazu b)). 47

a) Der Teilflächennutzungsplan verstößt gegen das Gebot der Erforderlichkeit gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB (dazu aa)), weil er zum ganz überwiegenden Teil nicht vollzugsfähig ist (dazu bb)). 48

aa) Nach § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB haben die Gemeinden die Bauleitpläne aufzustellen, sobald und soweit es für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist. 49

Nicht erforderlich i. S. v. § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB ist ein Bauleitplan, der sich als vollzugsunfähig erweist, weil seiner Verwirklichung dauerhaft oder auf unabsehbare Zeit unüberwindbare rechtliche oder tatsächliche Hindernisse im Wege stehen. 50

Vgl. BVerwG, Urteile vom 10. September 2015 ? 4 CN 8.14 -, juris Rn. 13, und vom 5. Mai 2015 ? 4 CN 4.14 -, juris Rn. 10. 51

Rechtliche Hindernisse in diesem Sinne können sich aus Bauverböten in Landschaftsschutzgebieten gemäß § 26 BNatSchG ergeben. Ein solches Verbot kann der Verwirklichung eines Bauleitplans auf unabsehbare Zeit entgegenstehen, wenn es unüberwindbar ist, nicht aber, wenn eine Abweichungsmöglichkeit (z. B. nach § 67 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNatSchG) besteht und die dafür erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind. 52

Vgl. BVerwG, Urteile vom 30. Januar 2003 ? 4 CN 14.01 -, juris Rn. 12, und vom 17. Dezember 2002 - 4 C 15.01 -, juris Rn. 20, sowie Beschlüsse vom 9. Februar 2004 - 4 BN 28.03 -, juris Rn. 6, und vom 25. August 1997 ? 4 NB 12.97 -, juris Rn. 14. 53

Nach § 67 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNatSchG kann von den Geböten und Verboten dieses Gesetzes, in einer Rechtsverordnung auf Grund des § 57 BNatSchG sowie nach dem Naturschutzrecht der Ländere auf Antrag Befreiung gewährt werden, wenn dies aus Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses, einschließlich sozialer und wirtschaftlicher Art, notwendig ist. 54

Eine – hier allein in Betracht kommende – Befreiung nach dieser Vorschrift erfordert eine Abwägungsentscheidung im Einzelfall, bei der zu prüfen ist, ob die Gründe des Allgemeinwohls so gewichtig sind, dass sie sich gegenüber den Belangen des Landschaftsschutzes durchsetzen. Durch Gründe des Wohls der Allgemeinheit gedeckt sind alle Maßnahmen, an denen ein öffentliches Interesse besteht wie etwa das allgemeine Interesse am Ausbau regenerativer Energien. Liegt ein solches öffentliches Interesse vor, ist zu prüfen, ob es die Befreiung erfordert. Eine Befreiung ist nicht erst dann erforderlich, wenn den Belangen der Allgemeinheit auf keine andere Weise als durch die Befreiung entsprochen werden könnte, sondern schon dann, wenn es zur Wahrnehmung des jeweiligen öffentlichen Interesses vernünftigerweise geböten ist, mit Hilfe der Befreiung das Vorhaben an der vorgesehenen Stelle zu verwirklichen. Es genügt nicht, wenn die Befreiung dem allgemeinen Wohl nur nützlich oder dienlich ist. Dabei begründet das allgemeine Interesse am Ausbau regenerativer Energien keinen allgemeinen Vorrang vor dem Landschaftsschutz. Insbesondere ist es nicht geeignet, Landschaftsschutzgebietssatzungen und die mit ihnen 55

verfolgten Ziele im Wege der Befreiung generell zu Gunsten von energiepolitischen Zwecken zu relativieren. Umgekehrt ist es nicht ausgeschlossen, dass sich die Windenergie in besonders gelagerten Einzelfällen gegenüber den Belangen des Landschaftsschutzes durchsetzt, wenn die Landschaft am vorgesehenen Standort weniger schutzwürdig, die Beeinträchtigung geringfügig ist und die durch die Landschaftsschutzsatzung unter besonderen Schutz gestellten Ziele des Landschaftsschutzes nicht beeinträchtigt werden.

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 5. September 2017 ? 8 A 1125/14 -, juris Rn. 107, sowie 56
Beschlüsse vom 20. November 2017 - 8 A 2389/14 -, juris Rn. 17, und vom 27. Oktober 2017
- 8 A 2351/14 -, juris Rn. 15 f., 28 f., m. w. N.

Der Plangeber muss im Aufstellungsverfahren für den Flächennutzungsplan vorausschauend 57
ermitteln und beurteilen, ob die vorgesehenen Festsetzungen auf überwindbare rechtliche
Hindernisse treffen würden. Im Rahmen dieser Prognose ist unter Berücksichtigung der
konkreten Einzelfallumstände zu prüfen, ob auf der Grundlage der Darlegungen des
Planungsträgers in der Planbegründung die Annahme gerechtfertigt ist, dass der Bauleitplan
bzw. einzelne seiner Festsetzungen realistischerweise umgesetzt werden können.
Andernfalls verstößt der Plan gegen § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB; dies ist nicht erst dann der
Fall, wenn die Gewissheit besteht, dass der Vollzug der Regelung unter allen Umständen
ausgeschlossen sein wird.

Vgl. BVerwG, Urteile vom 25. Juni 2014 - 4 CN 4.13 -, juris Rn. 14, und vom 30. August 2001 58
? 4 CN 9.00 -, juris Rn. 25 f., sowie Beschlüsse vom 16. September 2015 - 4 VR 2.15 -, juris
Rn. 13, und vom 6. Oktober 2011 - 4 BN 19.11 -, juris Rn. 18; Hamb. OVG, Urteil vom
27. April 2016 - 2 E 20/13.N -, juris Rn. 55; Bay. VGH, Beschluss vom 17. April 2015 - 1 NE
14.2678 -, juris Rn. 14 (a. E.); OVG NRW, Urteil vom 27. Mai 2013 - 2 D 37/12.NE -, juris
Rn. 41.

Wenn Flächen mit Bauverboten in einem Landschaftsschutzgebiet überplant werden sollen 59
und sich die Erteilung einer Befreiung nach § 67 Abs. 1 BNatSchG für die Zukunft abzeichnet,
weil eine Befreiungslage objektiv gegeben ist und einer Überwindung der Verbotsregelung
auch sonst nichts im Wege steht, so darf der Plangeber dies im Rahmen seiner Prognose
berücksichtigen und in diese Befreiungslage „hineinplanen“. Auf diese Weise wird
hinreichend sichergestellt, dass sich die betroffenen Vorhaben an den für sie vorgesehenen
Stellen gegenüber konkurrierenden Nutzungen durchsetzen, und lässt sich die
Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB für die übrigen Teile des Plangebiets
rechtfertigen. Bei der Prognose des Plangebers bildet die Stellungnahme der zuständigen
Naturschutzbehörde ein gewichtiges Indiz.

Vgl. BVerwG, Urteile vom 30. Januar 2003 ? 4 CN 14.01 -, juris Rn. 12, und vom 60
17. Dezember 2002 - 4 C 15.01 -, juris Rn. 20, sowie Beschlüsse vom 9. Februar 2004 - 4 BN
28.03 -, juris Rn. 6, 9, und vom 25. August 1997 ? 4 NB 12.97 -, juris Rn. 14; OVG Berlin-
Bbg., Urteil vom 23. Mai 2019 - OVG 2 A 4.19 -, juris Rn. 99 ff.; Hamb. OVG, Urteil vom
11. April 2019 - 2 E 8/17.N -, juris Rn. 48; OVG M.-V., Beschluss vom 4. Mai 2017 - 3 KM
152/17 -, juris Rn. 40; Hess. VGH, Urteil vom 13. Oktober 2016 - 4 C 962/15.N -, juris Rn. 52;
OVG S.-A., Urteil vom 14. Februar 2013 - 2 K 122/11 -, juris Rn. 76, 82; OVG Rh.-Pf., Urteil
vom 13. Februar 2008 - 8 C 10368/07.OVG -, juris Rn. 26 ff.

Je plausibler eine ablehnende Stellungnahme der Naturschutzbehörde gemessen an den 61
gesetzlichen Voraussetzungen des § 67 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG begründet ist, desto
gewichtiger muss der Plangeber Argumente liefern, um darauf vertrauen zu dürfen, dass der
Vollzug seines Plans gleichwohl nicht gefährdet ist. Dies bedeutet umgekehrt, dass der

Plangeber sich über unschlüssige oder erkennbar rechtswidrige Stellungnahmen der Unteren Naturschutzbehörde grundsätzlich mit geringerem Argumentationsaufwand hinwegsetzen darf.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Erforderlichkeit i. S. v. § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB ist grundsätzlich derjenige der Beschlussfassung über den Bauleitplan bzw. dessen Bekanntmachung. 62

Vgl. BVerwG, Urteil vom 18. November 2004 ? 4 CN 11.03 -, juris Rn. 18. 63

Entgegen der Ansicht der Beigeladenen ist es mit der ohnehin nicht schrankenlos gewährleisteten gemeindlichen Planungshoheit aus Art. 28 Abs. 2 GG und dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) vereinbar, wenn ein Gericht sich bei der Prüfung der Erforderlichkeit eines Bauleitplans nach § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB grundsätzlich darauf beschränkt, die Prognose des Plangebers zur Vollzugsfähigkeit des Plans durch die Erteilung von Befreiungen zu überprüfen, anstatt die objektiv-rechtlichen Voraussetzungen für deren Erteilung abschließend zu untersuchen. 64

Während des Aufstellungsverfahrens für einen Flächennutzungsplan mit Konzentrationszonen für jeweils mehrere Windenergieanlagen ist es regelmäßig nicht möglich, die Befreiungsvoraussetzungen für künftige Genehmigungen vollständig zu prüfen, weil typischerweise offen ist, welche Windenergieanlage an welcher Stelle einer Konzentrationszone errichtet werden soll. Die Auswirkungen z. B. auf das Landschaftsbild hängen entscheidend vom konkreten Standort ab und können innerhalb einer Konzentrationszone verschieden sein (wie hier bei der „I. Höhe Mitte“, bei deren westlichem Zipfel die Untere Naturschutzbehörde keinen Konflikt mit dem Schutz des Landschaftsbildes annahm). Daher geben sowohl die Naturschutzbehörde als auch die planende Gemeinde im Planaufstellungsverfahren der Sache nach Einschätzungen zur Befreiungslage ab, die unter dem Vorbehalt der späteren Einzelfallprüfung stehen. Zudem ist die Stellungnahme der zuständigen Naturschutzbehörde nach der oben dargestellten Rechtsprechung bei der Prognose des Plangebers – nicht weniger, aber auch nicht mehr als – ein gewichtiges Indiz. Allein der Umstand, dass eine ablehnende Stellungnahme vorliegt, führt noch nicht automatisch dazu, dass ein gleichwohl erlassener Plan als vollzugsunfähig anzusehen ist. Vielmehr darf und muss der Plangeber und ggf. nachfolgend das Gericht diese Stellungnahme daraufhin prüfen, ob sie in sich schlüssig und nachvollziehbar ist. Auf diese Weise wird sowohl der gemeindlichen Planungshoheit als auch den Belangen des Landschaftsschutzes Rechnung getragen. 65

bb) Ausgehend von diesen Grundsätzen verstößt der Teilflächennutzungsplan gegen das Gebot der Erforderlichkeit der Bauleitplanung aus § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB. 66

aaa) Der Senat kann offen lassen, ob ein Verstoß gegen § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB bereits deswegen vorliegt, weil die festgesetzten Konzentrationszonen für die Windenergienutzung mit Platz für etwa 20 Windenergieanlagen in einem Landschaftsschutzgebiet liegen, ohne dass das landschaftsschutzrechtliche Bauverbot in diesem Bereich zuvor aufgehoben worden ist. 67

Der erkennende Senat hat in seiner bisherigen Rechtsprechung die Erteilung einer Befreiung zur Errichtung von Windenergieanlagen in einem Landschaftsschutzgebiet zwar im Einzelfall unter Berücksichtigung der jeweiligen konkreten Umstände für zulässig gehalten. 68

69

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 5. September 2017 ? 8 A 1125/14 -, juris Rn. 107, sowie Beschlüsse vom 27. November 2018 - 8 B 1170/17 -, juris Rn. 42 ff., vom 20. November 2017 - 8 A 2389/14 -, juris Rn. 17 ff., vom 8. November 2017 - 8 A 2454/14 -, juris Rn. 14 ff., vom 27. Oktober 2017 - 8 A 2351/14 -, juris Rn. 15 f., 28 f., und vom 9. Juni 2017 - 8 B 1264/16 -, juris Rn. 7 ff.

Soweit es aber um Konzentrationszonen für die Errichtung einer nicht ganz unerheblichen Anzahl von Windenergieanlagen geht, hat der Senat Bedenken, ob der Konflikt zwischen Landschaftsschutz und Windenergienutzung durch die Erteilung von Befreiungen nach § 67 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNatSchG bewältigt werden darf. 70

Naturschutzrechtliche Befreiungen sind einzelfallbezogen und dienen nicht dazu, landschaftsrechtliche Regelungen in einem nicht unerheblichen Umfang außer Kraft zu setzen oder inhaltlich zu ändern. Sie sind nicht dafür konzipiert, bauliche Anlagen in nennenswertem Umfang, in für den Landschaftsschutz bedeutsamen Teilen eines Landschaftsschutzgebiets oder gar flächendeckend zuzulassen und auf diese Weise einen allgemeinen, sich generell stellenden Konflikt zwischen Landschaftsschutz und der Nutzung von Windenergie zu lösen. 71

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 24. Oktober 1990 ? 4 NB 29.90 -, juris Rn. 15; OVG Rh.-Pf., Beschluss vom 27. April 2017 - 8 B 10738/17.OVG -, juris Rn. 8; Nds. OVG, Beschluss vom 16. September 2016 - 12 LA 145/15 -, juris Rn. 38; VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 24. März 2014 ? 10 S 216/13 -, juris Rn. 18; Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 3. Aufl. 2019 Rn. 81; Meßerschmidt, Bundesnaturschutzrecht, Stand: Okt. 2019, § 67 Rn. 24; Schrödter/Gellermann, in: Schrödter, BauGB, 9. Aufl. 2019, § 1a Rn. 239; Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Stand: Sept. 2019, § 26 BNatSchG Rn. 21; Teßmer, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, Stand: Juli 2019, § 67 BNatSchG Rn. 6; Lau, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 2. Aufl. 2016, § 67 Rn. 7; Hendrichske, in: Schlacke, GK-BNatSchG, 2. Aufl. 2016, § 26 Rn. 31; Tyczewski, BauR 2014, 934 ff. (942); Kuschnerus, Der sachgerechte Bebauungsplan, 4. Aufl. 2010, Rn. 42; Egner, NuR 2003, 737 ff. (739); Stollmann, DVBl. 1999, 746 ff. (748 f.); Louis, NuR 1995, 62 ff. (66); noch weitergehend für einen grundsätzlichen Ausschluss von Windenergieanlagen in Landschaftsschutzgebieten Scheidler, NuR 2011, 848 ff. (850 f., 855 f.); weniger strikt OVG Berlin-Bbg., Urteil vom 23. Mai 2019 - OVG 2 A 4.19 -, juris Rn. 100. 72

Eine naturschutzrechtliche Befreiung für ein Vorhaben kommt daher vor allem bei Planungen in Betracht, die das Schutzgebiet nur punktuell, „linear“ oder in Grenzbereichen berühren, wie dies etwa bei einem Bebauungsplan für ein einzelnes Grundstück oder einer Straßenplanung durch Bebauungsplan der Fall sein kann. 73

Vgl. Bay. VGH, Urteil vom 14. Januar 2003 ? 1 N 01.2072 -, juris Rn. 39; BVerwG, Urteil vom 18. Juni 1997 - 4 C 3.95 -, juris Rn. 30; Heugel, in: Lütkes/Ewer, BNatSchG, 2. Aufl. 2018, § 67 Rn. 11; Fischer-Hüftle, in: Schumacher/Fischer-Hüftle, BNatSchG 2. Aufl. 2010, § 67 Rn. 5, 14 f. 74

Der Konflikt zwischen dem Ausbau der Windenergie und dem Landschaftsschutz entsteht insbesondere dort, wo der überwiegende Teil des Außenbereichs, in dem der Gesetzgeber die Errichtung von Windenergieanlagen privilegiert hat, unter Landschaftsschutz steht. In Nordrhein-Westfalen decken ausweislich Nr. 8.2.2.5 des Windenergieerlasses 2018 Landschaftsschutzgebiete 45,2 % der Fläche des Landes Nordrhein-Westfalen ab. Sie umfassen in manchen Gemeinden fast den gesamten bauplanungsrechtlichen Außenbereich, wie auch im Gemeindegebiet der Beigeladenen (vgl. Begründung zum 75

Teilflächennutzungsplan, S. 61).

Siehe dazu auch Agatz, Rechtliche Probleme bei der Nutzung von Windenergie, in: 76
Dokumentation 19. Deutscher Verwaltungsgerichtstag Darmstadt 2019, 2020, 93 ff. (159 f.),
die für Nordrhein-Westfalen einen Anteil von 48 % nennt.

Der Mangel an für die Windenergienutzung geeigneten Flächen, die nicht unter 77
Landschaftsschutz stehen, berechtigt die Gemeinde jedoch nicht allgemein dazu, ihre
Konzentrationszonen im Landschaftsschutzgebiet auszuweisen. Sie ist im Rahmen ihrer
Bauleitplanung an die rechtsverbindlichen Ausweisungen von Landschaftsschutzgebieten
gebunden (vgl. die §§ 1 Abs. 6 Nr. 7 Buchstabe g, 6 Abs. 2 BauGB). Will sie die Nutzung der
Windenergie im Außenbereich durch die Festsetzung von Konzentrationszonen in einem
Flächennutzungsplan steuern, erfordern die Konflikte zwischen gemeindlicher
Planungshoheit und Landschaftsschutz eine Abstimmung und Koordination mit dem Träger
der Landschaftsplanung. Das Rücksichtnahme- und Gegenstromprinzip, das über den
Anwendungsbereich des Raumordnungsrechts (vgl. § 1 Abs. 3 ROG) hinaus als allgemeiner
Planungsgrundsatz auch auf das Verhältnis unterschiedlicher Planungsarten Anwendung
findet,

vgl. Durner, Konflikte räumlicher Planungen, 2005, S. 346 f., m. w. N., 78

verpflichtet zu einer Kooperation zwischen den unterschiedlichen Planungsebenen. Der 79
Normgeber der Schutzgebietssatzung ist einerseits an die vorgefundenen Natur-,
Landschafts- und sonstigen Gegebenheiten gebunden, andererseits steht ihm bei der
Festsetzung und Änderung von Landschaftsschutzgebieten ein gewisses
Normsetzungsermessen zu.

Vgl. zu Letzterem BVerwG, Beschluss vom 13. März 2008 - 4 B 15.08 -, juris Rn. 11; OVG 80
NRW, Beschluss vom 27. November 2018 - 8 B 1170/17 -, juris Rn. 10 ff.; zu den
Schwierigkeiten bei gemeindlichen Planungen für Windenergieanlagen siehe Agatz,
Rechtliche Probleme bei der Nutzung von Windenergie, in: Dokumentation 19. Deutscher
Verwaltungsgerichtstag Darmstadt 2019, 2020, 93 ff. (162 ff., 174 ff.).

Jedenfalls dann, wenn ein Flächennutzungsplan – wie hier – mehrere Konzentrationszonen 81
mit insgesamt etwa 20 Anlagen in einem Landschaftsschutzgebiet darstellt, stellt sich die
Frage, ob nicht zuvor das landschaftsschutzrechtliche Verbot einer Errichtung von
Windenergieanlagen aufgehoben werden muss. Die Beurteilung dieser Frage hängt entgegen
dem Vorbringen der Beigeladenen nicht allein von der Relation zwischen der Größe des
Landschaftsschutzgebiets einerseits zu der Fläche der vorgesehenen Konzentrationszonen
andererseits ab, sondern auch von den oben aufgezeigten weiteren Kriterien. Im
vorliegenden Fall kommt hinzu, dass für fünf der zehn Potentialflächen,

zur Anzahl siehe Begründung zum Teilflächennutzungsplan, S. 46, 77, 79 ff., 82

sowie für zwei Teilbereiche weiterer Potentialflächen (darunter den westlichen Zipfel der 83
„1. Höhe Mitte“) die Untere Naturschutzbehörde in ihrer Stellungnahme vom
3. Dezember 2015 keine landschaftsschutzrechtlichen Bedenken hatte, diese Flächen jedoch
von der Beigeladenen nicht als Konzentrationszonen gewählt wurden.

Diese Fragen bedürfen jedoch keiner abschließenden Entscheidung, weil die Prognose der 84
Beigeladenen, der Plan sei trotz des Bauverbots im Landschaftsschutzgebiet vollziehbar,
nicht haltbar ist.

- bbb) Die Beigeladene konnte jedenfalls für den ganz überwiegenden Teil der hier festgesetzten Konzentrationszonen nicht davon ausgehen, dass eine realistische Aussicht bestand, dass landschaftsschutzrechtliche Befreiungen vom Bauverbot für die Errichtung der vorgesehenen Windenergieanlagen erteilt werden. 85
- Das Bauverbot in den Konzentrationszonen des Teilflächennutzungsplans ergibt sich aus § 26 Abs. 2 BNatSchG und den entsprechenden Festsetzungen des Landschaftsplans T. des Beklagten in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. März 1993 (im Folgenden: Landschaftsplan), der im Zeitpunkt der Beschlussfassung über den Teilflächennutzungsplan im Februar 2017 galt. 86
- Die Konzentrationszonen für die Windenergienutzung liegen sämtlich im Landschaftsschutzgebiet „T.“ (bzw. mit kleinen Anteilen in weiteren Schutzgebietsfestsetzungen). Dies ergibt sich aus Ziff. 2.3.1 (Großräumiger Landschaftsschutz) des Landschaftsplans, wonach dieses Landschaftsschutzgebiet mit Ausnahme der Siedlungsbereiche sowie der weiteren Schutzgebietsfestsetzungen das gesamte Plangebiet erfasst, das nach Ziff. 0.1 des Landschaftsplans dem Gemeindegebiet der Beigeladenen entspricht. 87
- Nach § 26 Abs. 2 BNatSchG sind in einem Landschaftsschutzgebiet unter besonderer Beachtung des § 5 Abs. 1 BNatSchG und nach Maßgabe näherer Bestimmungen alle Handlungen verboten, die den Charakter des Gebiets verändern oder dem besonderen Schutzzweck zuwiderlaufen. Nach Ziff. 2.3 Buchstabe a des Landschaftsplans ist es verboten, in einem festgesetzten Landschaftsschutzgebiet bauliche Anlagen, zu denen auch Windenergieanlagen zählen, zu errichten. Die im Landschaftsplan davon ausgenommenen Fallgestaltungen erfassen keine Windenergieanlagen. 88
- Die Prognose der Beigeladenen, dass dieses Bauverbot dem Vollzug des Teilflächennutzungsplans nicht entgegenstehe, weil davon im Wege einer Befreiung nach § 67 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNatSchG abgewichen werden dürfe und solche Befreiungen erteilt werden würden, ist unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls nicht haltbar. 89
- Unter Bezugnahme auf den Schutz des Landschaftsbildes (dazu (1)) hat die Untere Naturschutzbehörde des Beklagten wiederholt detaillierte, plausible Stellungnahmen mit dem Inhalt abgegeben, dass sie für den ganz überwiegenden Teil der Konzentrationszonen keine Befreiungen erteilen werde (dazu (2)). Die von der Beigeladenen dagegen angeführten Einwände rechtfertigten es nicht, sich über diese Bewertung hinwegzusetzen und gleichwohl mit künftig erteilten Befreiungen zu rechnen (dazu (3)). 90
- (1) Das Landschaftsbild im Bereich des Landschaftsplans ist durch diesen geschützt. Als Schutzzweck des Landschaftsschutzgebietes „T.“ bestimmt Ziff. 2.3.1 des Landschaftsplans wörtlich: „Die Festsetzung dient der Sicherung und Erhaltung der natürlichen Erholungseignung und der Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts gegenüber den vielfältigen zivilisatorischen Ansprüchen an Natur und Landschaft. Die Schutzausweisung entspricht dem Entwicklungsziel ‚Erhaltung einer mit naturnahen Lebensräumen oder sonstigen naturnahen Landschaftselementen reich oder vielfältig ausgestatteten Landschaft‘. Ihre natürliche Erholungseignung wird durch die weitgehende Zugehörigkeit zum Naturpark I2. unterstrichen.“ 91
- Dass zu den Schutzzwecken auch der Schutz des Landschaftsbildes gehören soll, folgt aus den Verboten in Ziff. 2.3 des Landschaftsplans. Nach Buchstabe a ist es verboten, bauliche Anlagen zu errichten oder in einer das Landschaftsbild beeinträchtigenden Weise zu ändern, 92

auch wenn sie keiner Genehmigung oder Anzeige bedürfen; unberührt bleiben Bauvorhaben gemäß § 35 Abs. 1 Ziffer 1 bis 3 BauGB, soweit sie nach Feststellung der Unteren Landschaftsbehörde dem Schutzzweck nicht entgegenstehen und hinsichtlich Standort und Gestaltung der Landschaft angepasst werden können. Ziff. 2.3 Buchstabe g des Landschaftsplans verbietet es, Stoffe oder Gegenstände zu lagern, abzulagern oder sich ihrer in anderer Weise zu entledigen, die das Landschaftsbild oder den Naturhaushalt gefährden oder beeinträchtigen können. Wenn sogar die Änderung vorhandener baulicher Anlagen das Landschaftsbild nicht beeinträchtigen darf, gilt dies nach Sinn und Zweck dieses Verbotes erst recht für die grundsätzlich ohnehin untersagte Neuerrichtung baulicher Anlagen. Dies wird bestärkt durch die Vorgaben für die ausdrücklich genannten privilegierten Außenbereichsvorhaben, die der Landschaft anzupassen sind, sowie durch das Gebot, das Landschaftsbild beim Entledigen von Stoffen oder Gegenständen nicht zu beeinträchtigen.

Vor diesem Hintergrund ist nicht entscheidend, ob im Landschaftsplan weitere Ausführungen zum Landschaftsbild, insbesondere zu den exponierten Höhenzügen, enthalten sind. Dass weitere Ausführungen zu den Höhenzügen erst nach Rechtsberatung in den Landschaftsplan 2019 aufgenommen wurden, bedeutet nicht, dass der Aspekt vorher nicht im Landschaftsplan enthalten war. 93

(2) Die ausführlich begründeten und nachvollziehbaren Stellungnahmen der Unteren Naturschutzbehörde sind im Wesentlichen auf die Beeinträchtigung des Landschaftsbildes gestützt. Unter Berücksichtigung der oben dargestellten gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Befreiung vom Bauverbot in einem Landschaftsschutzgebiet, wonach eine solche in besonders gelagerten Einzelfällen erteilt werden kann, wenn die Landschaft am vorgesehenen Standort weniger schutzwürdig, die Beeinträchtigung geringfügig ist und die durch die Landschaftsschutzsatzung unter besonderen Schutz gestellten Ziele des Landschaftsschutzes nicht beeinträchtigt werden, erscheint nach Aktenlage die Einschätzung der Unteren Naturschutzbehörde plausibel, dass Windenergieanlagen auf den exponierten Höhenzügen in den Konzentrationszonen das Landschaftsbild in einer nicht mehr hinnehmbaren Weise beeinträchtigen würden und deshalb für die ganz überwiegenden Bereiche der festgesetzten Konzentrationszonen die Voraussetzungen des § 67 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNatSchG nicht vorliegen. Im Einzelnen: 94

Die Untere Naturschutzbehörde hat in ihrer Stellungnahme vom 18. Juli 2013 an die Beigeladene u. a. ausgeführt, bei der Potentialfläche „I1. Höhe“ handele es sich um einen exponierten Höhenzug mit einer hohen Empfindlichkeit des Landschaftsbildes gegenüber der Errichtung von Windenergieanlagen. Der Höhenzug sei nicht nur von verschiedenen, auch weiter entfernten Standorten im Stadtgebiet von T. als deutliche Horizontkante wahrnehmbar, sondern auch aus den Nachbarkommunen Arnshausen und Meschede. Aufgrund der Fernwirkung des Höhenzuges und der besonderen Bedeutung für das Landschaftsbild bestünden erhebliche Bedenken gegenüber der Ausweisung als Konzentrationszone für Windenergieanlagen an dieser Stelle. 95

In einer späteren Stellungnahme vom 30. September 2014 (dort S. 2 f.) hat die Untere Naturschutzbehörde für die I1. Höhe weiter differenziert: In der nordwestlichen Teilfläche sei das Landschaftsbild nicht besonders empfindlich. Die südöstliche Teilfläche, die die früher abgegrenzte Potentialfläche weiter nach Osten ausdehne, weise dagegen das bereits früher dargestellte Konfliktpotential auf, das sich durch die Erweiterung nach Osten weiter erhöhe. Zur Potentialfläche „Südliche Waldflächen“ führte die Untere Naturschutzbehörde u. a. aus (S. 4 ihrer Stellungnahme), die Höhenrücken entlang der südlichen Stadtgrenze wiesen die höchsten Lagen im Stadtgebiet der Beigeladenen auf. Es 96

handele sich um einen markanten Höhenzug mit einer erheblichen Fernwirkung, die lediglich in nördlicher Richtung durch vorgelagerte Höhenzüge und Bergrücken etwas relativiert werde. In alle übrigen Himmelsrichtungen sei eine beeindruckende Fernsicht gegeben, insbesondere von der nur ca. 30 m hohen Aussichtsplattform des T1. Die Errichtung von bis zu 200 m hohen Windenergieanlagen würde aufgrund der erheblichen Fernwirkung zu einer überdurchschnittlich hohen Beeinträchtigung des Landschaftsbildes führen.

In ihrer Stellungnahme vom 6. März 2015 zum Entwurf des Teil-Flächennutzungsplans „Windenergie“ hat die Untere Naturschutzbehörde darauf hingewiesen, dass die ursprünglich als eigenständiges Abwägungskriterium behandelten markanten Höhenzüge als Begriff vollständig verschwunden seien und das Thema nur noch über die Höhenlage erfasst werde. Dies führe dazu, dass die besonderen Charakteristika der markanten Höhenzüge in Abgrenzung zu sonstigen Höhenlagen nicht mehr hinreichend berücksichtigt würden. Dies betreffe insbesondere die I1. Höhe, die zwar geringere absolute Höhenlagen über NN aufweise als andere Erhebungen oder gleich hohe, aber als die Umgebung dominierender Bergrücken das Landschaftsbild deutlich stärker präge als gleich hohe oder höhere Berge, die in eine insgesamt bergige Landschaft eingebettet seien und aus dieser nicht besonders herausstächen. Die Landschaftsbildbewertung des Landesamtes für Natur, Umwelt und Verbraucherschutz Nordrhein-Westfalen (im Folgenden: LANUV) sei auf der Ebene der Regionalplanung mit relativ großräumigen Landschaftsbildeinheiten angesiedelt, lasse die großräumig-visuelle Wirksamkeit außer Acht und sei wegen der groben Herangehensweise an das Landschaftsbild nicht aussagekräftig für die Windkraftproblematik.

97

Mit Stellungnahme vom 3. Dezember 2015 hat die Untere Naturschutzbehörde für fünf der zehn Potentialflächen sowie für zwei Teilbereiche weiterer Potentialflächen (darunter den westlichen Zipfel der „I1. Höhe Mitte“) Befreiungen von den Festsetzungen des Landschaftsplans T. in Aussicht gestellt, aber weder für den größten Teil der Potentialfläche „I1. Höhe Mitte“ noch für die Flächen „I1. Höhe Ost“ und „Südliche Waldflächen Süd“.

98

Zu dem Antrag der Beigeladenen vom 5. Juli 2016, der Beklagte möge Befreiungen von den Schutzgebietsfestsetzungen des Landschaftsplans für die Flächen „I1. Höhe Mitte“, „I1. Höhe Ost“ und „Südliche Waldflächen Süd“ in Aussicht stellen, teilte die Untere Naturschutzbehörde des Beklagten mit Schreiben vom 22. August 2016 mit, dies komme wegen der Empfindlichkeit des Landschaftsbildes nicht in Frage. In einer Stellungnahme vom 5. September 2016 ergänzte sie zur I1. Höhe, dass bei einer Realisierung beider Flächen (Mitte und Ost) der gesamte Höhenzug auf einer Länge von ca. 7 km als zusammenhängender, langgestreckter Windpark wahrgenommen würde. Der Kreistag des Beklagten lehnte den Antrag der Beigeladenen durch Beschluss vom 28. Oktober 2016 ab.

99

Die Einschätzung der Unteren Naturschutzbehörde zu den Auswirkungen von Windenergieanlagen in den Konzentrationszonen auf das Landschaftsbild werden nach Aktenlage gestützt durch die Angaben in den Flächensteckbriefen (Anlage 11.4 zur Begründung des Teilflächennutzungsplans) und im Anhang 2 zum Umweltbericht (Anlage 11.1 zur Begründung des Teilflächennutzungsplans, dort teilweise auch mit Fotos). Zur Potentialfläche „I1. Höhe Mitte“ heißt es, es handele sich um einen exponierten Höhenzug bzw. um eine markante topographische Lage, der/die bei der Errichtung von Windenergieanlagen eine negative Kulissenwirkung für die Umgebung entfalte (Flächensteckbrief zur „I1. Höhe Mitte“, S. 5, 21; Anhang 2 zum Umweltbericht, I1. Höhe Mitte, S. 8). Ähnliches wird für die Potentialfläche „I1. Höhe Ost“ angeführt (Flächensteckbrief zur „I1. Höhe Ost“, S. 5, 14; Anhang 2 zum

100

Umweltbericht, I1. Höhe Ost, S. 8). Eine „negative Kulissenwirkung“ für Windenergieanlagen auf der I1. Höhe wird auch in der Begründung zum Teilflächennutzungsplan (S. 81) angenommen. Der Potentialfläche „Südliche Waldflächen Süd“ wird im Anhang 2 zum Umweltbericht, Südliche Waldflächen Süd (S. 8), eine exponierte Lage bescheinigt; dort errichtete Windenergieanlagen würden einen besonders empfindlichen Bereich mit sehr hoher Landschaftsbildqualität – die harmonische landschaftliche Einbindung im Bereich des Höhenrückens von Wildewiese – beeinträchtigen.

(3) Um die Einschätzungen der Unteren Naturschutzbehörde zu widerlegen und für den Erlass des Teilflächennutzungsplans hinreichend sicher vom Vorliegen einer Befreiungslage sowie von der Erteilung künftiger Befreiungen ausgehen zu dürfen, hätte es stichhaltiger Gegenargumente bedurft. Daran fehlt es hier. 101

Zur Fernwirkung von Windenergieanlagen auf markanten Höhenzügen hat die Beigeladene ausgeführt, das Sauerland werde als Mittelgebirgslandschaft geprägt durch eine unüberschaubare Zahl von Höhen („Land der tausend Berge und Täler“); diese differenzierte Mittelgebirgslandschaft erschwere eine Bewertung der Auswirkungen der Windkraft auf das Landschaftsbild (vgl. die Abwägungstabelle in Anlage 11.5.11 zur Begründung des Teilflächennutzungsplans, S. 11 f.). 102

Der schlichte Hinweis auf Schwierigkeiten bei der Bewertung des Landschaftsbildes entkräftet nicht die begründeten und nachvollziehbaren Stellungnahmen der Unteren Naturschutzbehörde. Das pauschale Argument, man bewerte das Landschaftsbild anders (vgl. Begründung zum Teilflächennutzungsplan, S. 61 f., Anlage 11.5.10, S. 17, Anlage 11.5.11, S. 14, sowie Beschlussvorlage der Beigeladenen Nr. 111/IX, 8. Ergänzung, vom 7. Juni 2016 betreffend die Ergebnisse der Offenlegung des Entwurfs des Teilflächennutzungsplans, dort unter II.), stellt die detaillierten Ausführungen ebenso wenig substantiiert infrage. Hinzu kommt, dass die von der Beigeladenen in Bezug genommene (vgl. Anlage 11.5.10, S. 18 f., und Anlage 11.5.11, S. 12 f.) und vom LANUV erarbeitete Methodik in der Anlage 1 zum Windenergieerlass vom 4. November 2015, 103

Erlass für die Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen und Hinweise für die Zielsetzung und Anwendung des Ministeriums für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen, des Ministeriums für Bauen, Wohnen, Stadtentwicklung und Verkehr des Landes Nordrhein-Westfalen und der Staatskanzlei des Landes Nordrhein-Westfalen vom 4. November 2015 (im Folgenden: Windenergieerlass 2015), 104

nicht für die Erteilung einer naturschutzrechtlichen Befreiung nach § 67 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNatSchG entwickelt worden ist. Vielmehr handelt es sich dabei um ein „Verfahren zur Landschaftsbildbewertung im Zuge der Ersatzgeld-Ermittlung für Eingriffe in das Landschaftsbild durch den Bau von Windenergieanlagen“, das mit einem lediglich groben Raster arbeitet. Die Frage nach der Höhe einer Ersatzgeldzahlung stellt sich erst dann, wenn feststeht, dass Windenergieanlagen überhaupt errichtet werden dürfen. Daran ändert auch die Empfehlung in Nr. 8.2.2.5 Buchstabe b des Windenergieerlasses 2015 nichts, wonach dieses Verfahren für die Prüfung einer naturschutzrechtlichen Befreiung anzuwenden sei, falls das LANUV das Landschaftsbild einer Region noch nicht bewertet habe. 105

Dass die Landschaftsbildbewertung durch das LANUV ein sehr grobes Raster darstellt, ergibt sich aus der Karte in den Aufstellungsvorgängen (Stand: Juli 2016), auf der das gesamte Gemeindegebiet der Beigeladenen in nur drei Bereiche aufgeteilt ist. Diese Grobaufteilung ist auch den vom LANUV während des Berufungsverfahrens vorgelegten Unterlagen zu 106

entnehmen, soweit darauf das Gemeindegebiet der Beigeladenen abgebildet ist.

Die allgemeine Bezugnahme der Beigeladenen auf das im Windenergieerlass 2015 zum Ausdruck kommende überwiegende öffentliche Interesse an der Windenergienutzung (vgl. Begründung zum Teilflächennutzungsplan, S. 62, Anlage 11.5.11, S. 17 f., sowie Beschlussvorlage der Beigeladenen Nr. 111/IX, 8. Ergänzung, vom 7. Juni 2016 betreffend die Ergebnisse der Offenlegung des Entwurfs des Teilflächennutzungsplans, dort unter II.) begründet schon deswegen kein berechtigtes Vertrauen auf die Erteilung von Befreiungen, weil sie die für die Erteilung einer Befreiung nach § 67 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNatSchG gebotene Einzelfallprüfung außer Acht lässt. Die entsprechenden Formulierungen in Nr. 8.2.2.5 Buchstabe b des Windenergieerlasses 2015

„Der Ausbau der Erneuerbaren Energien als ein zentraler Baustein des Klimaschutzes im Sinn der Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen stellt im Rahmen der Abwägung eine solche Anforderung mit außergewöhnlich hohem Gewicht dar. Dies gilt insbesondere, da ohne die Nutzung der Landschaftsschutzgebiete für die Windenergie die Ausbauziele des Landes Nordrhein-Westfalen nicht zu erreichen sind.

Bei der Prüfung ist daher in der Abwägung in der Regel von einem überwiegenden öffentlichen Interesse auszugehen und eine Befreiung vom Bauverbot nach § 67 Absatz 1 Nummer 1 des Bundesnaturschutzgesetzes kann erteilt werden.“

sind in dieser Allgemeinheit zumindest missverständlich und können die gesetzlichen Vorgaben nicht unterlaufen. Entgegen der Ansicht der Beigeladenen in der Begründung des Teilflächennutzungsplans, S. 62, genügt es nicht, nur für die in Nr. 8.2.2.5 Buchstabe b des Windenergieerlasses 2015 näher benannten Teilbereiche von Landschaftsschutzgebieten den Einzelfall vertiefend zu prüfen.

Der aktuelle geltende Windenergieerlass vom 8. Mai 2018 ist insoweit zu Recht zurückhaltender formuliert. Er nimmt in Nr. 8.2.2.5 Buchstabe b ausdrücklich auf die Senatsrechtsprechung Bezug und weist zutreffend darauf hin, dass die Frage, ob das öffentliche Interesse an der Nutzung von Windenergieanlagen überwiegt, von der Schutzwürdigkeit der Landschaft am konkreten Standort, insbesondere dem Grad der Beeinträchtigung durch die Windenergieanlagen, abhängt.

Die Beigeladene durfte auch nicht deswegen mit der Erteilung von Befreiungen rechnen, weil die Bezirksregierung Arnsberg als Obere Naturschutzbehörde dem Beklagten mit einer Verfügung vom 25. Januar 2017 mitgeteilt hat, dass ihrer Ansicht nach die Voraussetzungen für die Erteilung einer Befreiung in den angestrebten Konzentrationszonen vorlägen. Die Bezirksregierung Arnsberg hat sich in dieser Verfügung nicht ansatzweise mit den konkreten Argumenten der Unteren Naturschutzbehörde für die einzelnen Potentialflächen auseinandergesetzt, sondern sich zur Begründung lediglich pauschal auf Nr. 8.2.2.5 des Windenergieerlasses 2015, einen Erlass des Ministeriums für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen vom 6. April 2016 und das übergeordnete öffentliche Interesse an einer verstärkten Gewinnung und Nutzung regenerativer Energien bezogen. Bei einer solchen Sachlage musste die Beigeladene damit rechnen, dass Anträge auf Erteilung künftiger Befreiungen zu möglicherweise gerichtlich ausgetragenen Meinungsverschiedenheiten zwischen der Unteren und der Oberen Naturschutzbehörde führen und es keineswegs gesichert sein würde, dass die Argumente der Unteren Naturschutzbehörde entkräftet würden. Diese Einschätzung wird nachträglich bestätigt durch den Bescheid des Beklagten vom 8. Oktober 2018. Mit diesem Bescheid hat der Beklagte den Antrag der F. GmbH auf Errichtung einer Windenergieanlage in der

Konzentrationszone „I1. Höhe Mitte“ u. a. mit der Begründung abgelehnt, die erforderliche Befreiung nach § 67 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNatSchG werde nicht erteilt, weil das Vorhaben in erheblichem Maße ein Landschaftsbild von hoher Schutzwürdigkeit beeinträchtigen würde. Eine vergleichbare Argumentation findet sich ausweislich des Tatbestandes des erstinstanzlichen Urteils (dort S. 10) auch in drei weiteren Ablehnungsbescheiden des Beklagten für dieselbe Konzentrationszone.

Die Annahme der Beigeladenen, Befreiungen von den Festsetzungen des Landschaftsplans zur Errichtung von Windenergieanlagen in den festgesetzten Konzentrationszonen würden erteilt werden, war im Zeitpunkt ihres Beschlusses über den Teilflächennutzungsplan im Februar 2017 auch deswegen nicht mehr vertretbar, weil die Beigeladene zu diesem Zeitpunkt von den im Jahre 2008 begonnenen Planungen des Beklagten wusste, den Landschaftsplan von 1993 neu aufzustellen. Mit Blick auf die Stellungnahmen der Unteren Naturschutzbehörde durfte die Beigeladene nicht annehmen, dass im neuen Landschaftsplan das bereits geltende Bauverbot für Windenergieanlagen in den geplanten Konzentrationszonen aufgehoben würde. Die Differenzen zwischen der Landschaftsplanung des Beklagten und der Flächennutzungsplanung der Beigeladenen wurden auch durch das bis Oktober 2015 durchgeführte und letztlich erfolglose Mediationsverfahren nicht behoben. Infolgedessen hatte die Untere Naturschutzbehörde des Beklagten in ihrer Stellungnahme vom 3. Dezember 2015 mitgeteilt, für welche Flächen sie Befreiungen in Aussicht stellen könne, und war die Beigeladene bei ihrer Ansicht geblieben, die Voraussetzungen für die Erteilung von Befreiungen lägen auch auf anderen Flächen vor. 113

b) Der Verstoß gegen § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB führt dazu, dass der Teilflächennutzungsplan jedenfalls insoweit unwirksam ist, als mit ihm die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB herbeigeführt werden sollen. 114

Siehe zur Reichweite einer gerichtlichen Unwirksamkeitsfeststellung eines Flächennutzungsplans mit Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 2018 ? 4 CN 3.18 -, juris Rn. 28 ff. 115

Die Ausschlusswirkung kann auch nicht mit dem Argument begründet werden, dass der Teilflächennutzungsplan für den westlichen Zipfel der Fläche „I1. Höhe Mitte“ vollzugsfähig sein könnte, weil die Untere Naturschutzbehörde mit Stellungnahme vom 3. Dezember 2015 insoweit eine Befreiung in Aussicht gestellt hat. Nach den Aufstellungsvorgängen des Teilflächennutzungsplans hätte die Beigeladene die Darstellung nur dieser kleinen Fläche als Konzentrationszone mit Ausschlusswirkung für das übrige Gemeindegebiet nicht gewollt. 116

Ob der Teilflächennutzungsplan insgesamt unwirksam ist, ist für den Vorbescheidsantrag der Klägerin nicht relevant. 117

Einer Rüge nach den Planerhaltungsvorschriften der §§ 214, 215 BauGB bedarf es nicht. Verstöße gegen § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB fallen nicht in deren Anwendungsbereich. 118

Vgl. BVerwG, Urteil vom 28. April 1999 - 4 CN 5.99 -, juris Rn. 20 (zum vergleichbaren § 244 BauGB a. F.); Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand: Sept. 2019, § 214 Rn. 7. 119

4. Da sich die für die Erteilung eines Vorbescheides erforderliche vorläufige positive Gesamtbeurteilung gemäß § 9 Abs. 1 BImSchG weder spruchreif bejahen noch spruchreif verneinen lässt (dazu a)), ist der Beklagte unter Heranziehung der Grundsätze zum 120

„steckengebliebenen Genehmigungsverfahren“ gemäß § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO zu einer Neubescheidung des Vorbescheidsantrags unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu verpflichten (dazu b)).

a) Für die Erteilung eines Vorbescheids nach § 9 Abs. 1 BImSchG ist 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 kursorischer 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. 121

Vgl. BVerwG, Urteil vom 19. Dezember 1985 ? 7 C 65.82 -, juris Rn. 13 (zur Teilgenehmigung im Atomrecht); OVG NRW, Urteil vom 18. September 2018 - 8 A 1886/16 -, juris Rn. 73 f., m. w. N. aus der Senatsrechtsprechung; Nds. OVG, Urteil vom 21. April 2010 - 12 LB 44/09 -, juris Rn. 57; Peschau, in: Feldhaus, Bundesimmissionsschutzrecht, Stand: Sept. 2019, § 9 BImSchG Rn. 15 ff.; Wasielewski, in: Führ, GK-BImSchG, 2. Aufl. 2019, § 9 Rn. 44; Jarass, BImSchG, 12. Aufl. 2017, § 8 Rn. 12, § 9 Rn. 11, m. w. N.; a. A. Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Stand: Sept. 2019, § 9 BImSchG Rn. 41 ff. 122

Diese umfassende „Vorprüfung“ der Gesamtanlage dient neben dem Schutz der von den Auswirkungen potenziell betroffenen Dritten dem Investitionsschutz des Antragstellers; in seinem Interesse sollen die Risiken, die mit der abschnittsweisen Aufteilung eines einheitlichen Vorhabens verbunden sind, auf ein vernünftiges Maß reduziert werden. Dies soll verhindern, dass ein immissionsschutzrechtlicher Vorbescheid über eine Teilfrage ergeht, obwohl sich die Anlage als Ganzes von vornherein als genehmigungsunfähig erweist. 123

Vgl. BVerwG, Urteil vom 19. Dezember 1985 ? 7 C 65.82 -, juris Rn. 24; OVG NRW, Urteil vom 18. September 2018 - 8 A 1886/16 -, juris Rn. 75 f., m. w. N. 124

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. 125

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 18. September 2018 ? 8 A 1886/16 -, juris Rn. 77 f.; Peschau, in: Feldhaus, Bundesimmissionsschutzrecht, Stand: Sept. 2019, § 9 BImSchG Rn. 22; Wasielewski, in: Führ, GK-BImSchG, 2. Aufl. 2019, § 9 Rn. 65 f. 126

Gemessen hieran lässt sich die vorläufige positive Gesamtbeurteilung auf der Grundlage der bisher eingereichten Unterlagen nicht feststellen. Die Klägerin hat bisher nur Teile der dazu notwendigen Unterlagen vorgelegt und der Beklagte hat die Gesamtbeurteilung noch nicht geprüft. Es ist offen, ob dem Vorhaben Belange der Bodeneignung, der Erschließung, des 127

Artenschutzes oder sonstiger Art in einer Weise entgegenstehen, die nicht mit Nebenbestimmungen überwindbar ist.

b) Da sich ein Anspruch der Klägerin auf Erteilung des Vorbescheids nach dem derzeitigen Kenntnisstand allerdings auch nicht verneinen lässt, ist der Beklagte unter Heranziehung der zum „steckengebliebenen“ Genehmigungsverfahren entwickelten Grundsätze gemäß § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO zu einer Neubescheidung des Vorbescheidsantrags unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu verpflichten. 128

In der Situation eines „steckengebliebenen“ Genehmigungsverfahrens entfällt die Verpflichtung des Gerichts zur Herbeiführung der Spruchreife, wenn ansonsten im Verwaltungsverfahren noch nicht behandelte komplexe technische Fragen erstmals im gerichtlichen Verfahren erschöpfend geprüft werden müssten. In derartigen besonders gelagerten Fällen ist es nicht Aufgabe der Gerichte, ein „steckengebliebenes“ Genehmigungsverfahren in allen Einzelheiten durchzuführen. Es kann daher ausnahmsweise gerechtfertigt sein, dass das Tatsachengericht davon absieht, die Sache spruchreif zu machen, und ein Bescheidungs Urteil i. S. v. § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO erlässt. 129

Vgl. BVerwG, Urteil vom 14. April 1989 - 4 C 52.87 -, juris Rn. 18, und Beschluss vom 25. November 1997 - 4 B 179.97 -, juris Rn. 3; OVG NRW, Urteil vom 20. November 2012 - 8 A 430/10 -, juris Rn. 116. 130

Die Grundsätze des „steckengebliebenen“ Genehmigungsverfahrens gelten grundsätzlich auch für immissionsschutzrechtliche Vorbescheide nach § 9 Abs. 1 BImSchG. 131

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 20. November 2012 ? 8 A 430/10 -, juris Rn. 118. 132

Es ist nicht Aufgabe des Senats, die hier noch fehlenden Unterlagen im Gerichtsverfahren einzuholen und erstmals zu prüfen. Die Genehmigungsbehörde wird nicht dadurch benachteiligt, dass ein rechtskräftiges Bescheidungs Urteil einen Vollstreckungstitel darstellt. Sie darf bei einer Neubescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats den Vorbescheidsantrag grundsätzlich aus anderen Gründen nach entsprechender Anhörung ablehnen, wenn etwa Unterlagen nicht vervollständigt werden. 133

II. Im Übrigen ist die Klage unbegründet, die Berufung insoweit begründet. Aus den unter I. genannten Gründen steht der Klägerin zwar ein Anspruch auf Neubescheidung zu, nicht jedoch ein Anspruch auf Erteilung des beantragten Vorbescheids (§ 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO). 134

Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ 155 Abs. 1 Satz 1, 154 Abs. 2 und 3 VwGO sowie § 162 Abs. 3 VwGO. Die Kosten des Verfahrens sind nach dem Grad des wechselseitigen Obsiegens und Unterliegens zu verteilen. Es entspricht der regelmäßigen Praxis des Senats, in Fällen, in denen die Klage lediglich hinsichtlich des Bescheidungsbegehrens Erfolg hat, das Unterliegen mit dem hälftigen wirtschaftlichen Interesse zu bewerten. 135

Vgl. etwa OVG NRW, Urteil vom 20. November 2012 - 8 A 430/10 -, juris Rn. 123. 136

Die Kostentragungspflicht der Beigeladenen für das Berufungsverfahren folgt aus § 154 Abs. 2 und 3 VwGO. Es entspricht gemäß § 162 Abs. 3 VwGO der Billigkeit, die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen nur für das Berufungsverfahren für erstattungsfähig zu erklären, weil sie sich mit der Rechtsmitteleinlegung einem Kostenrisiko ausgesetzt hat, während sie erstinstanzlich keinen Antrag gestellt hat. 137

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO i. V. m. §§ 708 138 Nr. 10 und 711 ZPO.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision nach § 132 Abs. 2 VwGO liegen nicht 139 vor.
