
Datum: 25.01.2021
Gericht: Oberverwaltungsgericht NRW
Spruchkörper: 2. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 2 D 98/19.NE
ECLI: ECLI:DE:OVGNRW:2021:0125.2D98.19NE.00

Tenor:

Die 3. Änderung des Flächennutzungsplanes der Stadt N. ist unwirksam, soweit damit die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB herbeigeführt werden sollen.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Antragsgegnerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand: 1

Die Antragstellerin wendet sich gegen die 3. Änderung des Flächennutzungsplanes der Antragsgegnerin zur Ausweisung von Konzentrationszonen für Windenergieanlagen (im Folgenden 3. Änderung). 2

Die Antragstellerin plant die Errichtung und den Betrieb mehrerer Windenergieanlagen im Außenbereich der Antragsgegnerin außerhalb der durch die 3. Änderung dargestellten Konzentrationszonen. Zu diesem Zweck hat sie nach eigenen Angaben die fraglichen Flächen von den jeweiligen Eigentümern gepachtet und unter dem 18. Juli 2018 beim N1. Kreis einen Antrag auf Erteilung eines immissionsschutzrechtlichen Vorbescheids hinsichtlich der Errichtung und des Betriebs von drei Windenergieanlagen gestellt. 3

Die 3. Änderung stellt im Stadtgebiet zwei Konzentrationszonen für die Nutzung der Windenergie mit einer Gesamtfläche von 19,5 Hektar dar, wobei die eine Zone „B. I.“ (Teilbereich I) im östlichen Stadtgebiet eine Fläche von 7,5 Hektar aufweist und die zweite Fläche „L.“ (Teilbereich II) im südöstlichen Stadtgebiet circa 12 Hektar groß ist. Die dritte Änderung soll die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB herbeiführen.

In dem zugehörigen Erläuterungsbericht (Planbegründung) wird zusammengefasst ausgeführt: Die Flächennutzungsplanänderung solle durch die Ausweisung von Konzentrationszonen eine räumliche Steuerung der Errichtung von Windenergieanlagen gewährleisten und damit eine ungeordnete Überstellung der Landschaft mit solchen Vorhaben vermeiden. Die Antragsgegnerin wolle zugunsten bestimmter Schutzgüter die Nutzung der Windenergie nicht im gesamten Stadtgebiet eröffnen. Dies sei für sie von besonderer Bedeutung, weil sich aufgrund der Lage der Stadt in einer Erholungslandschaft (Naturpark F.) ein großes Konfliktpotential zwischen den Interessen der Naherholung bzw. dem Fremdenverkehr einerseits und der Errichtung von Windenergieanlagen mit deren Fernwirkung andererseits abzeichne. Insbesondere solle einer übergebürlichen Belastung des von der land- und forstwirtschaftlichen Nutzung geprägten Landschaftsbildes vorgebeugt werden, weil die bisher von technischen Bauwerken verhältnismäßig unberührte Landschaft eine bedeutsame Funktion für die landschaftsorientierte Erholung der Bevölkerung besitze. Zudem solle die räumliche Entwicklungsmöglichkeit der Siedlungsbereiche im Stadtgebiet nicht durch die negativen bau- und betriebsbedingten Umweltauswirkungen von Windenergieanlagen eingeschränkt werden. Zu diesem Zweck habe sie eine Untersuchung des gesamten Gemeindegebietes im Hinblick auf Windenergieanlageneignungsflächen vornehmen lassen. Der „Fachbeitrag zur Ermittlung von Konzentrationszonen für Windenergieanlagen im Flächennutzungsplan der Stadt N.“ (im Folgenden: Fachbeitrag) habe zwei als für die Errichtung von Windenergieanlagen gut geeignet ermittelte Flächen zur Darstellung als Konzentrationszonen empfohlen. Entgegen der ursprünglichen Absicht habe sich im weiteren Verlauf jedoch gezeigt, dass diese Bereiche nur in reduzierter Form dargestellt werden könnten. Dies betreffe insbesondere den Teilbereich II, der sich im südlichen Bereich mit einem im Gebietsentwicklungsplan dargestellten Reservegebiet für den oberirdischen Abbau nicht energetischer Bodenschätze (H. -Steinbruch) überschneide. Insofern sei die vorgesehene Fläche reduziert worden, wobei über das Reservegebiet hinaus ein circa 100 Meter breiter Sicherheitsstreifen ebenfalls zurückgenommen worden sei. Die Lage der Vorrangflächen in Landschaftsschutzgebieten (Typ A) im Landschaftsplan Nr. 6 „N.“ stehe der Ausweisung nicht entgegen, nachdem die Untere Landschaftsbehörde hier die Erteilung von Befreiungen in Aussicht gestellt habe.

Die gutachterliche Untersuchung des Gemeindegebietes sei folgendermaßen durchgeführt worden: In einer ersten formalisierten Stufe der Flächenauswahl sei zunächst die Ermittlung von sogenannten Ausschlussbereichen – Flächen, die für die Aufstellung von Windenergieanlagen grundsätzlich nicht geeignet („Tabu“) seien – erfolgt. Als Ausschlussbereiche habe der Gutachter auf der Grundlage einer Bestandsaufnahme der Flächennutzungen und aller planerischen Vorgaben dabei u. a. definiert:

? im Landschaftsplan Nr. 6 "N." des N1. Kreises festgesetzte Naturschutzgebiete, gemeldete FFH-Gebiete, Biotop, naturschutzwürdige Gebiete gemäß Biotopkataster – zuzüglich einer Pufferzone von 200 Metern; sofern sie insbesondere dem Schutz bedrohter Vögel dienen – zuzüglich einer Pufferzone (Schutzabstand) von 500 Metern.

„? im Landschaftsplan festgesetzte Naturdenkmale, geschützte Landschaftsbestandteile

? alle tatsächlichen und geplanten (Flächennutzungsplandarstellung!) Wohn- und gemischten Bauflächen, Flächen für den Gemeinbedarf, Wochenendhaus- und Campingplatzgebiete, sonstige Sonderbauflächen – zuzüglich einer Immissionsschutzzone von 500 Metern	9
? Einzelhöfe/Hofgruppen und sonstige Wohngebäude im Außenbereich – zuzüglich einer Immissionsschutzzone von 300 Metern	10
? Waldflächen – zuzüglich einer Abstandszone von 35 Metern	11
? Gewässer größer als 5 ha – zuzüglich einer Bauverbotszone von 50 Metern	12
? Bundesautobahnen – zuzüglich einer Sicherheitszone von 100 Metern	13
? Bundes-, Landes- und Kreisstraßen – zuzüglich einer Sicherheitszone von 40 Metern“	14
Die danach insgesamt verbliebenen 67 Einzelflächen seien als sogenannte Suchräume näher betrachtet worden. Hierbei sei im Hinblick auf die beabsichtigte Bündelungsfunktion eine Vielzahl kleiner und kleinster Flächen, die verstreut über das gesamte Stadtgebiet lägen, herausgefiltert worden, soweit wegen der geringen Größe entweder gar keine oder maximal zwei Anlagen hätten errichtet werden können. Die restlichen Flächen ließen grundsätzlich die Errichtung einer Windfarm mit mindestens drei Anlagen zu.	15
Diese 51 Einzelflächen seien dann in elf Raumeinheiten zusammengefasst worden, weil sie bezüglich ihrer landschaftsästhetischen Komponenten, ihrer Vorbelastung durch naturfremde Elemente und ihrer Erholungsnutzung im Wesentlichen homogene Bedingungen bzw. Ausprägungen aufwiesen. Die weitere Bewertung sei anhand der Kriterien „landschaftsästhetischer Wert“, „Vorbelastung“ und „Erholungseignung“ erfolgt. Die Beurteilung des landschaftsästhetischen Wertes beruhe auf der Berücksichtigung der Aspekte „Vielfalt“, „Naturnähe“ und „Eigenart“ der Landschaft. Die Erholungseignung sei anhand der Ausstattung mit für die Erholungsnutzung relevanter Infrastruktur (insbesondere Wander- und Radwege) sowie der Lage zu Freizeiteinrichtungen und Sehenswürdigkeiten/Ausflugszielen bewertet worden. Dies sei anhand einer jeweils fünfstufigen Skala durch Zuordnung von Wertpunkten erfolgt und die Empfindlichkeit auf einer fünfstufigen Matrix von sehr gering (drei bis vier Wertpunkte) bis sehr hoch (vierzehn bis fünfzehn Wertpunkte) bestimmt worden. Es hätten sich dann fünf Raumeinheiten mit einer mittleren Empfindlichkeit und sechs mit einer hohen Empfindlichkeit (32 Einzelflächen) ergeben.	16
Die verbliebenen fünf Raumeinheiten mit nur mittlerer Empfindlichkeit (19 Einzelflächen) seien schließlich in einem vierten Schritt einer weitergehenden städtebaulichen Betrachtung und Bewertung unterzogen worden. Sie seien noch einmal anhand der Kriterien Geländemorphologie, Erschließungsmöglichkeit, Sichtbeziehungen, sonstiger städtebaulicher Aspekte und Windpotential näher untersucht worden. Diese Differenzierung habe dann für elf der neunzehn Einzelflächen ergeben, dass sie wegen eines hohen Konfliktpotentials nicht geeignet seien, sechs weitere Flächen seien bedingt geeignet gewesen. Hiervon seien drei wegen ihrer geringen Größe ausgeschieden worden. Eine weitere Fläche von 7,3 ha, die zwar im unmittelbaren Anschluss an eine gut geeignete Fläche liege, sei jedoch wegen ihrer ungünstigeren Geländemorphologie nicht berücksichtigt worden. Hierbei sei die Stadt den Empfehlungen des Gutachters gefolgt, dies gelte auch für die nahe der B 54 gelegenen Flächen.	17

Eine Prüfung, ob die letztlich dargestellten Vorrangzonen der Entwicklung der Windenergie substantiell Raum geben, enthält der Erläuterungsbericht nicht. Im Weiteren wird dann für die beiden Konzentrationszonen – entgegen der gutachterlichen Empfehlung, eine einheitliche Höhenbegrenzung von 120 m festzulegen – eine differenzierende Höhenbegrenzung vorgesehen, nach der für die Anlagen im Teilbereich II eine Höhe von 99,90 m, in einem Ausschnitt des Teilbereichs I von 120 m Gesamthöhe und für den übrigen Teilbereich I von 100 m festgelegt wird. Diese orientiert sich für den Teilbereich I an in der Nähe bereits vorhandenen bzw. genehmigten Windenergieanlagen. Im Teilbereich II wird ausschlaggebend die Vermeidung einer Kennzeichnung nach dem Luftverkehrsgesetz angeführt.

Das Verfahren zur Aufstellung der 3. Änderung nahm im Wesentlichen folgenden Verlauf: 19

In seiner Sitzung vom 16. Dezember 2002 fasste der Rat der Antragsgegnerin einen Aufstellungsbeschluss zur 3. Änderung des Flächennutzungsplanes der Stadt N. zur Ausweisung von Vorrangflächen für Windenergieanlagen. Dieser wurde durch Ratsbeschluss vom 28. Juli 2003 konkretisiert und im Anschluss am 8. und 9. Oktober 2003 öffentlich bekannt gemacht. Die frühzeitige Beteiligung der Öffentlichkeit erfolgte durch eine öffentliche Anhörung am 16. Oktober 2003. 20

In seiner Sitzung vom 29. März 2004 beschloss der Rat der Antragsgegnerin über die im Rahmen der frühzeitigen Beteiligung eingegangenen Stellungnahmen aus der Öffentlichkeit und seitens der Behörden und Träger öffentlicher Belange sowie die Offenlage des geänderten Entwurfs der 3. Änderung. Der Planentwurf und der zugehörige Erläuterungsbericht lagen in der Zeit vom 19. April bis 21. Mai 2004 öffentlich aus. 21

In seiner Sitzung vom 12. Juli 2004 beschloss der Rat über die eingegangenen Anregungen, Einwände und Stellungnahmen und die erneute öffentliche Auslegung des daraufhin geänderten Planentwurfs. Diese erfolgte im Zeitraum vom 28. Juli bis 27. August 2004. 22

In seiner Sitzung vom 17. Mai 2005 befand der Rat der Antragsgegnerin über die im Rahmen der erneuten Offenlage eingegangenen Anregungen und Stellungnahmen und fasste den Feststellungsbeschluss zur 3. Änderung. 23

Unter dem 20. Mai 2005 fertigte der Bürgermeister der Antragsgegnerin den Flächennutzungsplan hinsichtlich der ausgewiesenen zwei Vorrangzonen aus. Die Genehmigung des Flächennutzungsplanes wurde sodann aufgrund einer Bekanntmachungsanordnung vom 13. September 2005 – ein unterschriebenes Exemplar findet sich in den Akten nicht - am 15. September 2005 in der N2. Zeitung und am 16. September 2005 in der X. Rundschau sowie im Amtlichen Bekanntmachungsblatt des N1. Kreises öffentlich bekannt gemacht. Der Bekanntmachung beigefügt waren zwei Übersichten über Teilbereiche des Flächennutzungsplanes, die die beiden Konzentrationszonen – bezeichnet als Teilbereich 1 „B. I.“ und Teilbereich 2 „L.“ -, nicht jedoch das gesamte Gemeindegebiet erkennen lassen. Im textlichen Teil wird darauf hingewiesen, dass der Änderungsbereich zwei räumlich voneinander getrennte Teilbereiche umfasse. Sodann heißt es wörtlich: 24

„Der wirksame Flächennutzungsplan enthält für diese Bereiche jeweils die Darstellung „Fläche für die Landwirtschaft“. Die Flächen enthalten nunmehr die Darstellung „Konzentrationszonen für Windenergieanlagen“ als eine die o. g. Darstellung überlagernde Darstellung. Damit wird die Windenergienutzung als zusätzliche Nutzungsmöglichkeit neben der Landwirtschaft dargestellt. Für die Konzentrationszonen werden jeweils 25

Höhenbegrenzungen für bauliche Anlagen in die Flächennutzungsplandarstellungen aufgenommen.“

Weiter weist die Bekanntmachungsanordnung darauf hin, 26

„dass - unter Berücksichtigung der allgemeinen Überleitungsvorschriften des § 233 Abs. 1 der Neufassung des Baugesetzbuches (BauGB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 13.09. 2004 (BGBl. I Seite 2414) – gemäß § 215 Abs. 1 des Baugesetzbuches (BauGB) in der vor dem 20.7.2004 geltenden Fassung die Verletzung der in § 214 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 und 2 BauGB der vor dem 20.7.2004 geltenden Fassung bezeichneten Verfahrens- und Formvorschriften dann unbeachtlich ist, wenn sie nicht innerhalb eines Jahres seit dieser Bekanntmachung schriftlich gegenüber der Stadt N. geltend gemacht worden ist. Gemäß § 215 Abs. 1 BauGB in der vor dem 20.7.2004 geltenden Fassung sind ebenfalls Mängel der Abwägung unbeachtlich, wenn sie nicht innerhalb von sieben Jahren seit dieser Bekanntmachung gegenüber der Stadt N. geltend gemacht worden sind.“ 27

Die Genehmigung des Flächennutzungsplanes wurde am 31. Oktober 2018 aufgrund einer Bekanntmachungsanordnung des Bürgermeisters vom 29. Oktober 2018 - eine von ihm unterschriebene Bekanntmachungsanordnung enthalten die übersandten Aufstellungsvorgänge wiederum nicht - im Amtlichen Bekanntmachungsblatt des N1. Kreises erneut bekannt gemacht. Die Bekanntmachung ist ergänzt um eine Übersichtskarte des gesamten Stadtgebietes, in die die beiden Konzentrationszonen eingetragen sind. Darüber hinaus ist im textlichen Teil Folgendes festgehalten: 28

„Im Hinblick auf die Zielsetzung, eine Ausschlusswirkung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB für Windenergieanlagen im Stadtgebiet außerhalb ausgewiesener Konzentrationszonen zu erzielen, umfasst der räumliche Geltungsbereich der dritten Änderung des Flächennutzungsplans den gesamten Außenbereich der Stadt N. im Sinne des § 35 BauGB. Mit der Ausweisung und Darstellung von Konzentrationszonen für Windenergieanlagen im Flächennutzungsplan ergibt sich nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ein öffentlicher Belang, der einem Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB an anderer Stelle in der Regel entgegensteht.“ 29

Nach der Bekanntmachungsanordnung soll die 3. Änderung des Flächennutzungsplanes rückwirkend zum 16. September 2005 wirksam werden. Weiter weist die Bekanntmachungsanordnung darauf hin, 30

„dass gemäß § 215 Abs. 1 BauGB Absatz 1 31

- eine nach § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 BauGB beachtliche Verletzung der dort bezeichneten Verfahrens- und Formvorschriften, 32

- eine unter Berücksichtigung des § 214 Abs. 2 BauGB beachtliche Verletzung der Vorschriften über das Verhältnis des Bebauungsplans und des Flächennutzungsplans und 33

- nach § 214 Abs. 3 Satz 2 BauGB beachtliche Mängel des Abwägungsvorgangs 34

dann unbeachtlich werden, wenn sie nicht innerhalb eines Jahres seit dieser Bekanntmachung schriftlich gegenüber der Stadt N. unter Darlegung des die Verletzung begründenden Sachverhalts geltend gemacht worden sind.“ 35

Am 24. Oktober 2019 hat die Antragstellerin den vorliegenden Normenkontrollantrag gestellt. Der Antrag sei zulässig, insbesondere sei sie antragsbefugt. Sie beabsichtige, auf Flächen 36

außerhalb der dargestellten Konzentrationszonen Windenergieanlagen zu errichten und verfüge über vertragliche Nutzungsrechte für die in Rede stehenden Grundstücke. Zudem habe sie insoweit bereits einen immissionsschutzrechtlichen Vorbescheid beantragt. Die Antragsfrist des § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO sei gewahrt. Diese sei durch die erneute Bekanntmachung der 3. Änderung des Flächennutzungsplanes am 29. Oktober 2018 erneut ausgelöst worden. Der Antrag sei auch begründet, weil die 3. Änderung des Flächennutzungsplanes jedenfalls aus materiellen Gründen unwirksam sei. Es lägen jedenfalls beachtliche Abwägungsmängel vor, was sie fristgerecht gerügt habe. Die 3. Änderung beachte die in der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des erkennenden Gerichts gestellten Anforderungen an eine zulässige Ausschlussplanung auf der Basis eines schlüssigen Gesamtkonzeptes nicht. Die Antragsgegnerin habe sich bereits nicht den Unterschied zwischen harten und weichen Tabuzonen bewusst gemacht beziehungsweise dies nicht dokumentiert. Den Aufstellungsvorgängen und dem Erläuterungsbericht lasse sich nicht eindeutig und zweifelsfrei entnehmen, welche Flächen des Stadtgebietes den harten und welche den weichen Tabuzonen zugerechnet worden seien. Der Erläuterungsbericht und die zugrundeliegende Untersuchung sprächen vielmehr lediglich von „Ausschlussbereichen“, ohne ihre Auswahl im Einzelnen zu begründen oder planerisch zu rechtfertigen. Es sei daher lediglich zu vermuten, dass es sich hierbei um harte Tabuzonen im Sinne der Rechtsprechung handeln solle. Als solche erweise sich die Auswahl jedoch unter verschiedenen Gesichtspunkten als fehlerhaft. So würden Waldflächen zuzüglich einer Abstandszone von 35 m als Ausschlussbereiche definiert. In der Rechtsprechung sei jedoch inzwischen einheitlich anerkannt, dass Waldgebiete für die Windenergienutzung grundsätzlich zur Verfügung stünden. Die pauschale Annahme der Antragsgegnerin, dass die Waldflächen als harte Tabuzone einzustufen seien, sei damit fehlerhaft. Eine konkrete Betrachtung und Auseinandersetzung mit den Gegebenheiten und Umständen des Einzelfalls habe hier ausweislich der Aufstellungsvorgänge nicht stattgefunden. Hinzu komme die nicht gerechtfertigte Ergänzung um eine Abstandszone. Auch der Ausschluss aller tatsächlichen und nach der Flächennutzungsplandarstellung geplanten Wohn- und gemischten Bauflächen, Gemeinbedarfsflächen, Wochenendhaus- und Campingplatzgebiete, sonstiger Sonderbauflächen zuzüglich einer Immissionsschutzzone von jeweils 500 Metern könne nicht den harten Tabukriterien zugeordnet werden. Lediglich geplante Siedlungsbereiche könnten keine harten Tabuzonen darstellen, ebenso wenig pauschale Immissionsschutzzonen von 500 Metern. Ohne nähere Betrachtung könnten ferner nicht pauschal alle Naturschutz- und FFH-Gebiete sowie Biotopzonen zuzüglich einer Pufferzone von 200 bzw. 500 Metern als harte Tabukriterien gewertet werden. Hiergegen spreche schon eine Befreiungsmöglichkeit nach § 62 BNatSchG. Ebenso sei anerkannt, dass bezüglich der FFH-Gebiete eine Überprüfung dahingehend zu erfolgen habe, welchem Schutzzweck sie dienen. Gleiches gelte jedenfalls für den als hart gewertete Pufferzone von 500 Metern, sofern die FFH-Gebiete, Naturschutzgebiete und Biotopzonen „dem Schutz bedrohter Vögel“ dienen. Diese Mängel seien auch beachtlich, nachdem sie diese mit Schriftsatz vom 23. Oktober 2019 gegenüber der Antragsgegnerin fristgerecht gerügt habe. Eine Rügepräklusion aufgrund der ersten Bekanntmachung der 3. Änderung sei nicht eingetreten. In der ersten Bekanntmachung habe die Antragsgegnerin auf eine bereits am 19. Juli 2004 außer Kraft getretene Fassung des § 215 Abs. 1 BauGB hingewiesen. Dies sei fehlerhaft und damit sei die Rügefrist nicht ausgelöst worden. Allein aufgrund des fehlerhaften Hinweises auf eine veraltete Rechtslage liege auch ein Verkündungsmangel vor. Zudem genüge die Bekanntmachung aus dem Jahre 2005 den rechtsstaatlichen Anforderungen an die Bekanntmachung eines Flächennutzungsplanes mit verfolgter Ausschlusswirkung nicht. Insbesondere habe ein Hinweis darauf gefehlt, dass die 3. Änderung den gesamten Außenbereich der Antragsgegnerin erfasse. Schließlich liege auch keine Übereinstimmungserklärung des Bürgermeisters gemäß § 2 Abs. 3 BekanntmVO vor.

Unabhängig davon begegne auch die erneute Bekanntmachung vom 29. Oktober 2018 erheblichen rechtlichen Bedenken. Das Bundesverwaltungsgericht verlange, dass in einem Fall, in dem nur eine Bekanntmachung wiederholt und kein neuer Feststellungsbeschluss gefasst werde, gleichwohl die Angemessenheit des Abwägungsergebnisses sorgfältig geprüft werde, wenn zwischen der ursprünglichen Beschlussfassung über den Bauleitplan und dem Inkraftsetzen nach Fehlerbehebung längere Zeit verstrichen sei oder sich die für die Abwägung maßgeblichen Umstände geändert hätten. Je größer der zeitliche Abstand zwischen dem ursprünglichen Verfahren und der Fehlerbehebung sei, umso größer sei die Wahrscheinlichkeit für die Notwendigkeit einer erneuten Abwägung. Vor diesem Hintergrund sei es hier nicht ausreichend gewesen, allein eine erneute Bekanntmachung zu veranlassen. Der ursprüngliche Feststellungsbeschluss sei vor über 13 Jahren gefasst worden. Seitdem habe sich die Rechtsprechung im Bereich der Konzentrationszonenplanung beachtlich weiterentwickelt. Aufgrund dessen sei eine Fehlerbehebung der 3. Änderung nicht allein durch eine erneute Bekanntmachung möglich gewesen. Erforderlich sei vielmehr eine erneute Abwägung gewesen. Neben den geltend gemachten und vorliegenden Abwägungsfehlern sei auch das Abwägungsergebnis fehlerhaft. Es lasse sich nicht feststellen, dass die Flächennutzungsplanung der Windenergienutzung substantiell Raum gebe. In der Rechtsprechung des OVG NRW sei indes geklärt, dass grundsätzlich der Anteil der ausgewiesenen Vorrangzonen am nach Abzug der harten Tabuzonen verbleibenden Gemeindegebiet hierüber am besten Auskunft geben könne. Ein solches Verhältnis lasse sich aufgrund der unklaren Angaben im Erläuterungsbericht hier indes nicht bestimmen. Allerdings spreche die Größe von nur 19,5 ha der beiden Konzentrationszonen von vornherein dagegen, dass der Windenergie substantiell Raum verschafft worden sei.

Die Antragstellerin beantragt, 37

die 3. Änderung des Flächennutzungsplans der Antragsgegnerin zur Ausweisung von „Konzentrationszonen für Windenergieanlagen“, bekanntgemacht am 29. Oktober 2018, für unwirksam zu erklären, soweit damit die Rechtswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB herbeigeführt werden sollen. 38

Die Antragsgegnerin beantragt, 39

den Antrag abzulehnen. 40

Zur Begründung trägt sie wörtlich ausschließlich vor, „dass aus Sicht der Stadt N. mit erneuter Schlussbekanntmachung der dritten Änderung des Flächennutzungsplanes zur Ausweisung von Konzentrationszonen für Windenergieanlagen vom 29. Oktober 2018 diese Flächennutzungsplanänderung rückwirkend wirksam geworden ist und der Antrag der ABO Wind AG unbegründet ist. Von einer darüber hinausgehenden Stellungnahme zur Antragsbegründung wird abgesehen.“ 41

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der beigezogenen Aufstellungsvorgänge der Antragsgegnerin Bezug genommen. 42

Entscheidungsgründe: 43

Der Antrag ist zulässig (dazu A.) und begründet (dazu B.). 44

A. Der Antrag ist zulässig. 45

46

Er ist analog § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO statthaft.

Möglicher Gegenstand einer statthaften prinzipalen Normenkontrolle gemäß § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog ist auch (dann allerdings allein) 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 bis Nr. 6 BauGB die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB an Standorten außerhalb der ausgewiesenen Flächen eintreten zu lassen. 47

Vgl. BVerwG, Urteile vom 31. Januar 2013 - 4 CN 1.12 -, juris Rn. 10 ff., und vom 26. April 2007 - 4 CN 3.06 -, BRS 71 Nr. 33 = juris Rn. 13 ff. 48

Dies trifft auf die streitgegenständliche 3. Änderung zu. Nach dem Inhalt der Planurkunde zielt die Antragsgegnerin mit der Darstellung von Vorrangflächen/ Konzentrationszonen - die Begriffe sind hier planimmanent synonym gebraucht - für die Nutzung der Windenergie für ihr gesamtes Stadtgebiet auf die Rechtsfolge des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. 49

Die Antragstellerin ist gemäß § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO (analog) antragsbefugt. Die 3. Änderung kann sie in ihrem Recht auf gerechte Abwägung aus § 1 Abs. 7 BauGB verletzen. Sie macht mit der Antragsbegründung substantiiert geltend und kann nach dem geschilderten Regelungsgehalt der 3. Änderung auch geltend machen, ihr würden durch die 3. Änderung konkrete und konkret gesicherte, durch nachhaltig verfolgte Genehmigungsanträge dokumentierte Nutzungsmöglichkeiten auf Grundstücken außerhalb der dargestellten Vorrangflächen genommen. Insoweit hat sie beim zuständigen N1. Kreis immissionsschutzrechtliche Genehmigungsanträge gestellt. 50

Der am 24. Oktober 2019 gestellte Antrag wahrt auch die Frist des § 47 Abs. 2 VwGO. Insoweit kann hier dahingestellt bleiben, ob die ursprüngliche Bekanntmachung aus September 2005 geeignet war, eine Antragsfrist auszulösen, also den potentiell Antragsbefugten die Möglichkeit der Kenntnisnahme vom Geltungsanspruch des Plans zu verschaffen. 51

Vgl. zu den Anforderungen eingehend OVG NRW, Urteil vom 7. März 2019 – 2 D 36/18.NE -, BauR 2019, 453 = juris Rn. 23 ff. 52

Dies erscheint hier zumindest zweifelhaft, weil die Bekanntmachung explizit herausstellt, dass die Änderung (nur) zwei räumlich voneinander getrennte Teilbereiche erfasse. Dass dies Auswirkungen auf das übrige Stadtgebiet haben könnte und der Geltungsanspruch der 3. Änderung auch dieses (insgesamt) erfassen könnte, konnte sich einem Adressaten bei objektiver Lesart dadurch kaum erschließen, zumal sich auch die beigefügten Kartenausschnitte auf die genannten Flächen beschränkten und bezogen. Dass diese dann die Bezeichnung „Konzentrationszonen für Windenergie“ als überlagernde Darstellung erhielten, dürfte angesichts dieser klaren Beschränkung zu keinem anderen Verständnis führen. 53

Dies mag hier indes auf sich beruhen, weil jedenfalls die erneute Bekanntmachung der Genehmigung der 3. Änderung am 31. Oktober 2018 die Antragsfrist des § 47 Abs. 2 VwGO erneut ausgelöst hat. Wird ein Bebauungsplan - oder wie hier ein Flächennutzungsplan bzw. seine Änderung - nach Behebung eines Bekanntmachungsmangels im ergänzenden Verfahren ein weiteres Mal bekannt gemacht, dann löst diese Bekanntmachung die Antragsfrist nach § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO grundsätzlich erneut aus. Eine Beschränkung kommt insoweit nur dann in Betracht, wenn bei Gelegenheit der Fehlerheilung frühere 54

Fassungen (zwangsläufig) mitbekanntgemacht werden, die geänderten Festsetzungen also schon vor der erneuten Bekanntmachung geltendes Recht waren.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 18. August 2015 - 4 CN 10.14 -, BVerwGE 152, 379 = juris Rn. 6 ff. 55

Ein solcher Fall liegt hier indes nicht vor, weil die (auch) von der Antragsgegnerin gesehene Bekanntmachungsfehler die gesamte hier umstrittene 3. Änderung erfassen und die neubekanntgemachte 3. Änderung damit keine Bestandteile enthielt, die aus der - zutreffenden - Sicht des Plangebers unabhängig von ihr geltendes Recht waren. 56

B. Der Normenkontrollantrag ist begründet. 57

Es kann dahinstehen, ob die 3. Änderung auch nach der erneuten Bekanntmachung am 31. Oktober 2018 noch beachtliche formelle Mängel aufweist (I.). Denn die Konzentrationszonenplanung erfüllt jedenfalls die an sie zu stellenden materiellen Anforderungen nicht (II.). 58

I. Nach den vorgelegten Aufstellungsvorgängen spricht indes viel dafür, dass auch die erneute Bekanntmachung der Genehmigung der 3. Änderung an einem durchgreifenden Mangel leidet, weil es an einer ordnungsgemäßen Bekanntmachungsanordnung i. S. v. § 2 Abs. 3 BekanntmVO fehlt. Eine danach erforderliche vom Bürgermeister unterschriebene oder jedenfalls abgezeichnete Verfügung findet sich zu der erneuten Bekanntmachung nicht – ebenso wenig wie zu der ursprünglichen. B. die hierauf bezogene Rüge der Antragstellerin hat die Antragsgegnerin auch nicht reagiert, so dass zumindest zweifelhaft ist, dass ein solches Exemplar tatsächlich existiert und lediglich anderweitig verwahrt wurde. Dem brauchte der Senat aber wegen der jedenfalls durchgreifenden materiellen Mängel nicht weiter nachzugehen. 59

Ebenfalls dahinstehen kann hier, ob ein rückwirkendes Inkraftsetzen der 3. Änderung auf den Zeitpunkt des ersten Bekanntmachungsversuchs allein durch eine einfache Neubekanntmachung bereits daran scheitert, dass sich die Sach- und Rechtslage zwischenzeitlich maßgeblich geändert hat und jedenfalls eine erneute Abwägungsentscheidung des Rates erforderlich gewesen wäre, was hier aber zumindest naheliegt. 60

In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist seit langem anerkannt, dass zwar eine gänzlich neue Abwägungsentscheidung nicht bei jeder Veränderung abwägungserheblicher Belange zwischen Satzungs- oder Feststellungsbeschluss und Verkündung erforderlich ist. Sie ist - nur, aber auch immer dann - geboten, wenn sich die Sach- oder Rechtslage grundlegend geändert hat, für die ursprüngliche Abwägungsentscheidung also sozusagen „die Geschäftsgrundlage weggefallen“ ist. Fehlt es an dieser Grundvoraussetzung, so ist es bei der rückwirkenden Heilung eines Ausfertigungsmangels auf der Grundlage (jetzt) des § 214 Abs. 4 BauGB unschädlich, wenn das zuständige Gemeindeorgan nicht in eine erneute Abwägung eingetreten ist. Allerdings hat die Gemeinde, je mehr Zeit seit der ursprünglichen Beschlussfassung inzwischen vergangen ist, desto eher Veranlassung zu der Prüfung, ob Änderungen der Sach- oder Rechtslage vorliegen, die die ursprüngliche Abwägung so grundlegend berühren, dass eine neue Sachentscheidung zu treffen ist. Ein Bebauungsplan – oder wie hier eine Änderung eines Flächennutzungsplans - darf nicht rückwirkend in Kraft gesetzt werden, wenn das Abwägungsergebnis, das zur Zeit der Beschlussfassung möglicherweise rechtlich nicht zu beanstanden war, wegen nachträglicher Ereignisse nicht mehr haltbar ist, und zwar unter Einbeziehung auch des Gesichtspunkts, dass möglicherweise im Vertrauen auf den Bestand 61

des Bebauungsplans Dispositionen getroffen und Investitionen getätigt worden sind. Ein Bauleitplan, dessen Inhalt gemessen an § 1 Abs. 3 BauGB und den Anforderungen des Abwägungsgebots unvertretbar ist, erfüllt, auch wenn dieser Zustand erst nach dem in § 214 Abs. 3 Satz 1 BauGB genannten Zeitpunkt eingetreten ist, nicht die materiellen Voraussetzungen, derer es zu seiner Wirksamkeit bedarf. Unterlässt es die Gemeinde, in dieser Richtung Prüfungen anzustellen, so nimmt sie in Kauf, dass ihr Versuch, einen formfehlerhaft erlassenen Bauleitplan nachträglich auf eine tragfähige Grundlage zu stellen, von vornherein daran scheitert, dass veränderte äußere Umstände dem zwingend entgegenstehen. Ist die Gemeinde darauf bedacht, im Rahmen eines Fehlerkorrekturverfahrens Fehler zu vermeiden, die sich ihrerseits als Wirksamkeitshindernis darstellen, so liegt es in ihrem ureigenen Interesse, vor der rückwirkenden Inkraftsetzung des Bebauungsplans auf einer ersten Stufe zu prüfen, ob eine Änderung der Sach- oder Rechtslage die ursprüngliche Abwägung so grundlegend berühren kann, dass eine neue Sachentscheidung geboten ist. Je nachdem wie diese Prüfung ausfällt, kann sie gehalten sein, auf einer zweiten Stufe in eine erneute Abwägung einzutreten.

Vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 18. Dezember 1995 – 4 NB 30/95 – BRS 57 Nr. 30 = juris Rn. 15, und vom 3. Juli 1995 – 4 NB 11.95 -, NVwZ 1996, 374 = juris Rn. 19; zusammenfassend Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB – Kommentar, 14. Aufl. 2019, § 214 Rn. 27. 62

Dies korrespondiert letztlich mit der Pflicht einer Gemeinde, den durch einen offensichtlich unwirksamen Bauleitplan gesetzten Rechtsschein eines gültigen Bebauungs- oder Flächennutzungsplan durch dessen Aufhebung oder eine rechtmäßige Neuplanung zu beseitigen. 63

Vgl. dazu OVG NRW, Urteil vom 7. März 2019 – 2 D 36/18.NE -, BauR 2019, 1299 = juris Rn. 56; Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB – Kommentar, 14. Aufl. 2019, § 214 Rn. 26. 64

Eine solche abwägungsrelevante Veränderung der Sach- und Rechtslage hat hier aber seit dem Feststellungsbeschluss vom 17. Mai 2005 bis zur erneuten Bekanntmachung der Genehmigung der 3. Änderung am 31. Oktober 2018 zweifellos stattgefunden. Nicht nur hat sich die Rechtsprechung hinsichtlich der Anforderungen an eine rechtmäßige Konzentrationszonenplanung im Sinne einer Ausschärfung der maßgeblichen Kriterien fortlaufend entwickelt. Mindestens ebenso bedeutsam sind die fortschreitende technische Entwicklung auf dem Gebiet der Nutzung von Windenergie und ihre energiepolitischen Rahmenbedingungen. Dies führt(e) nicht nur zu deutlich veränderten Anlagenkonfigurationen und Standortbedingungen, sondern etwa über diverse Änderungen von Einspeisevergütungen zu durchaus fundamentalen Modifikationen der Beurteilung, an welchen Standorten Windenergieanlagen (noch oder inzwischen) wirtschaftlich sinnvoll genutzt werden können. All dies hat die Antragsgegnerin hier jedoch vollständig ausgeblendet. 65

Ob dies schon für sich genommen zur Unzulässigkeit der erneuten Bekanntmachung und des rückwirkenden Inkraftsetzens der 3. Änderung führt, bedurfte hier jedoch keiner abschließenden Entscheidung. Denn Konsequenz dieser rechtlichen Zusammenhänge ist jedenfalls, dass für die Beurteilung der Wirksamkeit der 3. Änderung materiell-rechtlich (auch) auf die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt des Abschlusses des ergänzenden Verfahrens abzustellen ist. 66

So schon BVerwG, Beschluss vom 3. Juli 1995 ? 4 NB 11.95 -, NVwZ 1996, 374 = juris Rn. 12 ff. 67

Dies führt zumindest für die hier zu betrachtende 3. Änderung zu identischen Ergebnissen, nämlich zu ihrer Unwirksamkeit aus materiellen Gründen.

II. Die 3. Änderung enthält in der vorliegenden Form durchgreifende materielle Fehler, die jeweils für sich genommen zu ihrer Gesamtunwirksamkeit führen. Sie weist Abwägungsmängel auf, die gemäß § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 oder Abs. 3 Satz 2 BauGB beachtlich sind. 69

Die Ausarbeitung eines Planungskonzepts, mit dem die gesetzlich an sich für den gesamten Außenbereich nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB bestehende Privilegierung von Windenergieanlagen planerisch auf Teilflächen beschränkt (und hier betont) wird, hat sich nach der seit langem gefestigten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts abschnittsweise zu vollziehen. 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 städtebaulichen Vorstellungen, die die Gemeinde anhand eigener Kriterien entwickeln darf, generell nicht aufgestellt werden sollen (weiche Tabuzonen). B. der ersten Stufe des Planungsprozesses muss sich die Gemeinde den Unterschied zwischen harten und weichen Tabuzonen bewusst machen und dies dokumentieren. 70

Dazu insbesondere BVerwG, Beschluss vom 9. Februar 2015 - 4 BN 20.14 -, ZfBR 2015, 489 = juris Rn. 5, 7. 71

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. 72

BVerwG, Beschluss vom 16. Dezember 2019 - 4 BN 30.19 -, ZfBR 2020, 373 = juris Rn. 8; vorgehend bereits OVG NRW, Urteil vom 17. Januar 2019 ? 2 D 63/17.NE -, juris Rn. 57. 73

Demgegenüber sind weiche Tabuzonen zu den Flächen zu rechnen, die einer Berücksichtigung im Rahmen der Abwägung zugänglich sind. Sie dürfen anhand einheitlicher Kriterien ausgeschieden werden, bevor diejenigen Belange abgewogen werden, die im Einzelfall für und gegen die Nutzung einer Fläche für die Windenergie sprechen. Weiche Tabuzonen sind damit für die Gemeinde disponibel. Der Rat muss die Entscheidung, eine Fläche als weiche Tabuzone zu bewerten, schon vor dem Hintergrund rechtfertigen, dass dadurch eine kraft Gesetzes bestehende Privilegierung und damit den jeweiligen Grundstückseigentümern eine an sich gesicherte Nutzungsoption ohne Einzelfallprüfung entzogen wird. Andernfalls scheitert seine Planung schon an dem fehlenden Nachweis, dass er die weichen Tabuzonen auf der Stufe der Abwägung (tatsächlich) in die Planung eingestellt hat. 74

Vgl. BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 2012 ? 4 CN 1.11 -, BVerwGE 145, 231 = juris Rn. 14; OVG NRW, Urteile vom 17. Januar 2019 - 2 D 63/17.NE -, juris Rn. 61, und vom 24. September 2020 - 7 D 64/18.NE, juris Rn. 55. 75

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 76

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.

Vgl. BVerwG, Urteile vom 24. Januar 2008 - 4 CN 2.07 -, BRS 73 Nr. 94 = juris Rn. 15, vom 20. Mai 2010 - 4 C 7.09 -, BVerwGE 137, 74 = juris Rn. 45, vom 13. Dezember 2012 - 4 CN 1.11 -, BVerwGE 145, 231 = juris Rn. 11 ff., und vom 11. April 2013 - 4 CN 2.12 -, NVwZ 2013, 1017 = juris Rn. 6, sowie Beschluss vom 15. September 2009 - 4 BN 25.09 -, BauR 2010, 82 = juris Rn. 7. 77

Nach Abzug der harten und der weichen Tabuzonen bleiben so genannte Potenzialflächen übrig, die für die Darstellung von Konzentrationszonen im Flächennutzungsplan in Betracht kommen. Hier sind in einem weiteren Arbeitsschritt die öffentlichen Belange, die gegen die Darstellung eines Landschaftsraums als Konzentrationszone für die Windenergienutzung sprechen, einzelfallbezogen mit dem Anliegen abzuwägen, ihr an geeigneten Standorten eine Chance zu geben, die ihrer Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB gerecht wird. 78

Vgl. BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 2012 ? 4 CN 1.11 -, BVerwGE 145, 231 = juris Rn. 10, und Beschluss vom 15. September 2009 – 4 BN 25.09 -, BauR 2010, 82 = juris Rn. 8. 79

Das Abwägungsergebnis ist schließlich darauf zu prüfen, ob mit der Planung der Windenergie substantiell Raum gegeben wird. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Entscheidung, anhand welcher Kriterien sich diese Frage beantworten lässt, den Tatsachengerichten vorbehalten und verschiedene Modelle gebilligt, dabei aber eine gewisse Priorität für einen Flächenvergleich dergestalt erkennen lassen, dass der prozentuale Anteil der ausgewiesenen Vorrangflächen zu der nach Abzug der harten Tabukriterien verbleibenden Außenbereichsfläche als aussagekräftiger Ansatzpunkt gewertet werden kann. 80

BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 2012 - 4 CN 1.11 -, BVerwGE 145, 231 = juris, Rn. 18 f. 81

Dies entspricht auch der gefestigten Rechtsprechung des erkennenden Gerichts. 82

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 22. September 2015 ? 10 D 82/13.NE -, ZfBR 2016, 52 = juris Rn. 79, bestätigt durch BVerwG, Beschluss vom 12. Mai 2016 – 4 BN 49.15 -, juris Rn. 4 ff., vom 20. Januar 2020 – 2 D 100/17.NE -, BauR 2020, 1120 = juris Rn. 231 ff., und vom 24. September 2020 ? 7 D 64/18.NE - juris Rn. 57; vgl. auch Nds. OVG, Urteil vom 7. Februar 2020 - 12 KN 75/18 -, BauR 2020, 758 = juris Rn. 99 ff. 83

Für die Rechtmäßigkeit der Flächenauswahl unter Abwägungsgesichtspunkten sind dabei 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. 84

Vgl. OVG NRW, Urteile vom 19. Mai 2004 - 7 A 3368/02 -, NuR 2004, 690 = juris Rn. 51 ff., 57, vom 20. November 2012 - 8 A 252/10 -, juris Rn. 56, vom 22. September 2015 - 10 D 82/13.NE -, ZfBR 2016, 52 = juris Rn. 45, vom 20. Januar 2020 - 2 D 100/17.NE -, BauR 2020, 1120 = juris, Rn. 130 f., und vom 24. September 2020 – 7 D 64/18.NE -, juris Rn. 58. 85

Diese Anforderungen erfüllt die streitige 3. Änderung des Flächennutzungsplans der Antragsgegnerin offensichtlich nicht.

1. Dies gilt schon deshalb, weil der Erläuterungsbericht, der zumindest die wesentlichen planerischen Überlegungen zu enthalten hat, 87

vgl. in diesem Zusammenhang auch OVG NRW, Urteil vom 6. März 2018 – 2 D 95/17.NE -, DVBl. 2018, 950 = juris Rn. 190, 88

dieses vom Bundesverwaltungsgericht aus § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB abgeleitete zwingende und seit Inkrafttreten der Regelung im Jahr 1998 auf alle späteren Flächennutzungspläne bzw. Flächennutzungsplanänderungen anzuwendende Konzept mit keinem Wort erwähnt und auch im Übrigen nicht zu erkennen ist, dass sich der Rat der Beschwerdeführerin daran orientiert hätte. Namentlich lässt sich nicht feststellen, ob insoweit harte oder weiche Tabukriterien überhaupt ? und wenn ja in welchem Verhältnis - maßgeblich waren. Damit ist jedenfalls weder die Anforderung des Bundesverwaltungsgerichts erfüllt, dass sich der Plangeber die Unterschiede der einzelnen Kriterien bewusst machen muss, noch wäre ein solches Vorgehen auch nur ansatzweise dokumentiert. 89

Dies gilt trotz oder gerade aufgrund der Tatsache, dass der Plangeber hier auf der ersten Stufe Tabubereiche festgelegt hat, die nach seiner Definition solche Flächen umfassen, „die für die Aufstellung von Windenergiebereichen grundsätzlich nicht geeignet sind“. Dies läuft auf die Annahme „harter Tabubereiche“ hinaus – im weiteren Planungsverlauf hat die Antragsgegnerin sie auch als solche behandelt und nicht mehr abwägend betrachtet. Tatsächlich handelt es sich jedoch, wie die weiteren Ausführungen zeigen, einerseits um Zonen, „die aus naturschutz- oder baurechtlichen Gründen zur Ausweisung als Konzentrationszonen für Windenergieanlagen nicht zur Verfügung stehen“ – diese wären dann möglicherweise tatsächlich als „hart“ qualifizierbar – andererseits aber auch um solche, „die eine hohe bzw. sehr hohe Empfindlichkeit gegenüber den spezifischen Wirkungen von Windenergieanlagen (insbes. Lärmentwicklung) aufweisen und ein entsprechend hohes Konfliktpotential im Zuge der Aufstellung von Windenergieanlagen erwarten lassen“ (Zitate jeweils Fachbeitrag S. 14) – mithin allenfalls um „weiche“ Kriterien. Eine klare Zuordnung, welcher Aspekt im Einzelnen für die jeweilige Einstufung – und ggf. in welchem (Flächen-)Verhältnis – maßgeblich gewesen ist, erfolgt für die einzelnen unter „Tabu“ subsumierten Kriterien im Weiteren nicht, vielmehr werden etwa bei den Siedlungsflächen oder Naturschutz- und FFH-Gebieten und zugeordneten Schutzzonen oder auch bei den Waldflächen rechtliche und planerische Ausschlussgründe unterschiedslos angeführt. 90

2. Schon dies schließt es im Übrigen aus, dieses grundlegende Defizit deshalb als unbeachtlich zu betrachten, weil es sich bei den unter den Begriff des „Tabus“ gefassten Kriterien tatsächlich – ungeachtet ihrer unklaren Zuordnung durch den Plangeber, aber im Sinne ihrer tatsächlichen Handhabung – um harte Tabus im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts handelte. 91

Unbeschadet dessen liegen bei einer Reihe von Kriterien, die der Plangeber der Tabu-Kategorie zugeordnet hat, die Voraussetzungen für die Qualifikation als hartes Tabu tatsächlich nach der gefestigten höchstrichterlichen und obergerichtlichen Rechtsprechung nicht vor. Hierzu zählen – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – in der vorliegenden Form namentlich der Umgang mit Waldflächen [dazu a)], der Ausschluss aller Siedlungsbereiche u. ä. nach Flächennutzungsplan nebst einheitlichen Pufferzonen [dazu b)] sowie die angenommenen naturschutzrechtlichen Ausschlüsse nebst Pufferzonen [dazu c) – e)]. Auch die vorgesehenen Abstände zu Autobahnen, Bundes-, Land- und Kreisstraßen lassen sich 92

als hartes Tabu so nicht rechtfertigen [dazu f]).

a) Fehlerhaft hat bzw. hätte der Rat der Antragsgegnerin zunächst die Waldflächen im Stadtgebiet als harte Tabuzonen angesehen. 93

Dass es sich bei Waldflächen weder aus tatsächlichen noch aus rechtlichen Gründen - etwa wegen beachtlicher Ziele der Raumordnung und/oder der Landesplanung - um der Windenergienutzung von vornherein nicht offenstehende Teile des Außenbereichs handelt, ist inzwischen nicht nur gefestigte Rechtsprechung aller drei Bausenate und auch des für das Immissionsschutzrecht zuständigen 8. Senats des erkennenden Gerichts, sondern wird in der jüngeren obergerichtlichen Rechtsprechung soweit ersichtlich einheitlich so vertreten. 94

Vgl. OVG NRW, Urteile vom 22. September 2015 - 10 D 82/13.NE, ZfBR 2016, 52 = juris Rn. 53, vom 6. Dezember 2017- 7 D 100/15.NE -, BauR 2018, 468 = juris Rn. 52 ff., und vom 6. März 2018 - 2 D 95/15.NE -, DVBl. 2018, 950 = juris Rn. 98; sowie (der Sache nach) Beschluss vom 9. Juni 2017 - 8 B 1264/16 -, NWVBl. 2017, 473, 475; Thür. OVG, Urteil vom 8. April 2014 - 1 N 676/12 -, juris Rn. 93; OVG Berlin-Bbg., Urteil vom 24. Februar 2011 - 2 A 2.09 -, NuR 2011, 794 = juris Rn. 69; Nds. OVG, Urteile vom 23. Januar 2014 - 12 KN 285/12 -, juris Rn. 19, vom 14. Mai 2014 - 12 KN 29/13 -, NuR 2014, 654, vom 3. Dezember 2015 - 12 KN 216/13 -, BauR 2016, 470, 473, und vom 13. Juli 2017 ? 12 KN 206/15 -, DVBl. 2017, 1302, 1305 f.; Gatz, Windenergieanlagen, Rn. 76; Tyczewski, BauR 2014, 934, 944; a. A. noch Hess. VGH, Urteil vom 17. März 2011 - 4 C 883/10.N -, juris Rn. 41 m. w. N. 95

Zur Vermeidung von Wiederholungen kann insoweit auf die Entscheidungsgründe insbesondere der rechtskräftigen Urteile des erkennenden Gerichts vom 22. September 2015 - 10 D 82/13.NE -, vom 6. März 2018 - 2 D 95/15.NE – sowie vom 20. Januar 2020 – 2 D 100/17.NE - Bezug genommen werden. 96

Lediglich ergänzend sei darauf hingewiesen, dass nach Auskunft der Landesregierung allein in NRW inzwischen knapp 100 Windenergieanlagen in Waldbereichen errichtet oder genehmigt wurden, 97

vgl. etwa Neue Westfälische vom 6. März 2019, S. 4, 98

also auch in tatsächlicher Hinsicht keine grundsätzlichen Hinderungsgründe mehr angenommen werden. Dass dadurch mit insgesamt 5,5 ha (entspricht etwa 600 m² pro Anlage) zugleich nur ein relativ geringer Anteil von Waldflächen in Anspruch genommen worden ist, ist ein weiteres Indiz gegen harte Ausschlüsse zum Waldschutz und dürfte im Gegenteil eine pauschale Anwendung auch auf der zweiten Abwägungsebene grundsätzlich problematisch erscheinen lassen. 99

Vgl. auch OVG Berlin-Bbg., Urteil vom 5. Juli 2018 - 2 A 2/16 -, ZNER 2018, 550 = juris Rn. 91 ff. 100

Dass dies hier auch schon für den Zeitpunkt der Planung im Jahr 2004 galt, ergibt sich - ungeachtet der Tatsache, dass sich die Antragsgegnerin auf Gegenteiliges ohnehin nicht berufen könnte - aus dem seinerzeit übernommenen Fachbericht selbst. Dort heißt es etwa zu den im Stadtgebiet dominierenden Nadelwaldbeständen ausdrücklich, ihre Inanspruchnahme sei nicht grundsätzlich ausgeschlossen; entsprechend wird die Zuordnung als Tabu auch planerisch mit den „relevanten ökologischen Funktionen“ auch dieser „naturferneren Forste“ und ihrer „aus gutachterlicher Sicht hohen Empfindlichkeit“ gegenüber Windenergieanlagen“ gerechtfertigt (Zitate Fachbeitrag S. 16). Hinzu kommt hier, 101

dass zu allen Waldflächen offenkundig nicht aus tatsächlichen oder Rechtsgründen zwingende Zusatzabstände angesetzt werden.

b) Nach vorstehenden Maßstäben hat bzw. hätte der Plangeber ebenfalls alle tatsächlichen und geplanten „(Flächennutzungsplandarstellung!)“ (so ausdrücklich Erläuterungsbericht S. 7) Wohn- und gemischten Bauflächen, Flächen für den Gemeinbedarf, Wochenendhaus- und Campingplatzgebiete, sonstigen Sonderbauflächen – zuzüglich einer Immissionsschutzzone von 500 Metern zu Unrecht den harten Tabukriterien zugeordnet. 102

aa) Dies ergibt sich schon unmittelbar aus dem Rekurs auf die Darstellung dieser Flächen (allein) im Flächennutzungsplan der Antragsgegnerin selbst. Eine solche Darstellung kann gerade keine die Gemeinde – von außen – rechtlich oder tatsächlich bindenden Vorgaben enthalten, vielmehr ist sie grundsätzlich frei, ihre eigene Flächennutzungsplanung zu ändern. Ein rechtliches oder tatsächliches Hindernis besteht für die Gemeinde insoweit also ersichtlich nicht. 103

OVG NRW, Urteil vom 6. März 2018 – 2 D 95/15.NE -, DVBl. 2018, 950 = juris Rn. 139; vom 17. Januar 2019 - 2 D 63/17.NE -, juris Rn. 125 ff., und vom 14. März 2019 - 2 D 71/17.NE -, BauR 2019, 1418 = juris Rn. 132 ff.; bezogen auf eine im Flächennutzungsplan dargestellte Vorrangzone für Bodenabbau auch Nds. OVG, Urteil vom 3. Dezember 2015 - 12 KN 216/13 -, BauR 2016, 470, 473 f.; für Siedlungsflächen Nds. OVG, Urteil vom 13. Juli 2017 - 12 KN 206/15 -, DVBl. 2017, 1303, 1304. 104

bb) Hinzu kommt, dass der Plangeber eine undifferenzierte Pufferzone von 500 m um alle diese Bereiche gelegt hat. Auch dies kann kein hartes, rechtlich zwingendes Kriterium sein. Dies gilt schon deshalb, weil auch der Bezugspunkt – wie gesagt – kein von außen vorgegebenes, sondern von der Antragsgegnerin selbst geplantes Ausschlusskriterium ist. 105

Unabhängig davon - und als selbstständiger Planungsfehler - erschließt sich die vom Plangeber insoweit vorgenommene Gleichstellung aller einbezogenen Gebiete – Sonderbauflächen, gemischte Bauflächen, Wohnbauflächen, Gemeinbedarfsflächen - nicht und wird von der Antragsgegnerin auch nicht näher begründet. Dass diese einen einheitlichen Schutzanspruch haben könnten und damit aus Gründen des Immissionsschutzes eine einheitliche Fläche von 500 m zwingend oder auch nur angemessen wäre, ist - schon wegen der fehlenden Erwähnung dieser Gebiete in Ziffer 6.1 der TA Lärm – letztlich auszuschließen, zumal eine Festsetzung durch Bebauungspläne nicht in Rede steht und offen ist, ob die Antragsgegnerin dies überhaupt beabsichtigt. All dies wird vom Plangeber nicht erwogen oder begründet. 106

Zu einem Zuschlag von 50 m bei der Anwendung harter immissionsschutzrechtlicher Tabukriterien bereits OVG NRW, Urteil vom 5. Juli 2017 - 7 D 105/14.NE -, BauR 2017, 1653 = juris Rn. 50 ff., insbes. 52; für 100 m auch Nds. OVG, Urteil vom 3. Dezember 2015 - 12 KN 2616/13 -, BauR 2016, 470, 472. 107

Eine pauschale Gleichbehandlung der unterschiedlichen Gebietskategorien ist jedenfalls auf der Ebene der harten Tabukriterien unzulässig, weil die Frage, ob aus Immissionsschutzgründen eine Genehmigung für eine Windenergieanlage schlechthin ausgeschlossen ist, nicht zuletzt vom Schutzanspruch des Siedlungsgebiets abhängt. 108

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 6. März 2018 - 2 D 95/15.NE -, DVBl. 2018, 950 = juris Rn. 170 ff.; Urteil vom 14. März 2019 - 2 D 71/17.NE -, BauR 2019, 1418 = juris Rn. 133. 109

Im Ergebnis unschädlich könnte das nur sein, wenn die Antragsgegnerin diesen Schutzabstand von vornherein nur nach Maßgabe der niedrigsten Schutzkategorie bestimmt hätte. Dafür geben die Aufstellungsvorgänge indes nichts Belastbares her. Eine einschlägige weitergehende und nachvollziehbare Begründung des konkret und einheitlich gewählten harten Kriteriums von 500 m findet sich demgegenüber nicht.

cc) Gleiches gilt für die angesetzten Tabubereiche um Einzelbebauungen und Hofgruppen im Außenbereich mit Wohnnutzung. Der hier zugrunde gelegte pauschale Abstand von 300 m kann jedenfalls nicht ohne – hier aber gänzlich fehlende (vgl. Fachbeitrag S. 19) – Begründung als hartes Tabu gewertet werden. Dies gilt vorliegend insbesondere vor dem Hintergrund der vorgesehenen Höhenbeschränkung auf überwiegend lediglich 100 m. 111

Vgl. zur Problematik ausführlich OVG NRW, Urteil vom 14. März 2019 - 2 D 71/17.NE -, BauR 2019, 1418 = juris Rn. 137 ff. 112

c) Der Ausschluss der im Stadtgebiet vorhandenen FFH-Gebiete als der Windkraftnutzung von vornherein und ausnahmslos entzogene Tabubereiche wird den Anforderungen an die Bestimmung harter Tabukriterien in der vorliegenden Form ebenfalls nicht gerecht. Zur Einstufung als hartes Tabu bedarf es insofern regelmäßig einer näheren Befassung mit der konkreten Situation. Dabei kommt es darauf an, ob die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen zu erheblichen Beeinträchtigungen des Gebiets in seinen für die Erhaltungsziele oder den Schutzzweck maßgeblichen Bestandteilen im Sinne des § 34 Abs. 2 BNatSchG führen kann. 113

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 5. Juli 2017 – 7 D 105/14.NE -, BauR 2017, 1653 = juris Rn. 61; OVG Sachs.-?Anh., Urteil vom 21.10.2015 - 2 K 109/13 -, NuR 2016, 491; Nds. OVG, Urteil vom 23. Januar 2014 12 KN 285/12 -, juris Rn. 19, m. w. N.; allgemein auch OVG NRW, Urteil vom 18. Juni 2019 – 2 D 53/17.NE -, BauR 2020, 69 = juris. 114

Eine solche Untersuchung und Beschreibung der fraglichen FFH-Gebiete fehlt hier. Den Angaben des Fachbeitrages (dort S. 6 f.) kann für die beiden bestehenden Gebiete indes keine besondere Windkraftsensibilität entnommen werden; namentlich gehören offenbar keine windkraftsensiblen Vogel- oder Fledermausarten oder Lebensraumtypen zu ihrem Schutzzweck. Eine Auseinandersetzung mit den konkreten Schutzzwecken hat dementsprechend im Aufstellungsverfahren nicht stattgefunden. Ebenso wenig wurde – folgerichtig – thematisiert, ob ggf. Ausnahmen nach Art. 16 der FFH-Richtlinie in Betracht kommen. 115

Vgl. in diesem Zusammenhang eingehend OVG NRW, Urteil vom 20. Januar 2020 – 2 D 100/17.NE -, BauR 2020, 1120 = juris Rn. 157 ff., m. w. N. 116

d) Darüber hinaus stellte sich die Einstufung aller Naturschutzgebiete in der Stadt N. als harte Tabuzonen in der vorliegenden Form aus letztlich gleichen Gründen als jedenfalls nicht ausreichend dokumentiert bzw. begründet dar. Eine konkrete Betrachtung der immerhin 29 Naturschutzgebiete hat hier nach Aktenlage ebenfalls nicht stattgefunden. Die Planbegründung enthält hierzu keine konkreten Aussagen. Insbesondere hat keine, und schon gar keine konkrete Prüfung einer potentiellen Befreiungslage i. S. d. § 67 BNatSchG stattgefunden. 117

Zur Erforderlichkeit einer jedenfalls überschlägigen Einzelbewertung vgl. schon OVG NRW, Urteile vom 20. Januar 2020 – 2 D 100/17.NE -, BauR 2020, 1120 = juris Rn. 162, und vom 14. März 2019 – 2 D 71/17.NE -, BauR 2019, 1418 = juris Rn. 126 ff. 118

- Eine solche ist jedenfalls nicht aktenkundig geworden. Der Fachbeitrag enthält in seinem Anhang lediglich eine Kurzbeschreibung aller Naturschutzgebiete im Stadtgebiet, ohne sich mit ihrer Windkraftsensibilität im Einzelnen auseinanderzusetzen oder sie auch nur zu thematisieren. Eine konkrete Beteiligung der zuständigen Fachbehörde zur Klärung dieser Fragestellung hat es offenbar nicht gegeben. 119
- e) Schließlich lassen sich auch die pauschalen zusätzlichen Pufferzonen zu den naturschutzrechtlichen Schutzgebieten – grundsätzlich 200 m, aber bei Gebieten, die „insbesondere dem Schutz bedrohter Vögel dienen“, 500 m - nicht als harte Tabukriterien qualifizieren. Dies dürfte schon deshalb gelten, weil für den Fall, dass solche Puffer zum Erhalt der Schutzziele erforderlich sein sollten, dies schon bei der Schutzgebietsausweisung zu berücksichtigen wäre. Unabhängig davon fehlt es aber jedenfalls an einer nachvollziehbaren Begründung. Der gewählte Maßstab ist nämlich insbesondere wegen der Heterogenität der Gebietskategorien, an die er anknüpft, keineswegs selbsterklärend. Dies gilt schon für die FFH-Gebiete und die 29 Naturschutzgebiete, noch weniger aber hinsichtlich der noch stärker nach individuellen Kriterien bestimmten und kleinräumig abgegrenzten Biotope. 120
- Ausführlich dazu OVG NRW, Urteil vom 17. Januar 2019 – 2 D 63/17.NE -, juris Rn. 216. 121
- Noch stärkeren Bedenken begegnet angesichts dessen der zumindest teilweise angesetzte weitere Schutzradius von 500 m. Hier erschließt sich um die vorstehenden Erwägungen hinaus schon nicht ohne Weiteres, wann ein Schutzgebiet „insbesondere“ dem Schutz „bedrohter“ Vögel dient und warum schon deshalb ein zusätzlicher Abstand erforderlich sein soll. Hierüber wäre allenfalls – und das auch nur bei der Wahl eines weichen Tabukriteriums – nachzudenken, wenn es um den Schutz windkraftsensibler Vogelarten ginge. 122
- Vgl. OVG NRW, Urteile vom 17. Januar 2019 – 2 D 63/17.NE -, juris Rn. 216 f., und vom 14. März 2019 – 2 D 71/17.NE -, BauR 2019, 1418 = juris Rn. 146 ff. 123
- f) Schließlich lassen sich auch die angesetzten Abstände von 100 m zu Autobahnen und 40 m zu Bundes-, Landes- und Kreisstraßen nicht als harte Tabuzonen rechtfertigen. Aus rechtlichen Gründen ausgeschlossen ist lediglich die Errichtung von Windenergieanlagen in den Anbauverbotszonen von Autobahnen (40 m) und Bundesstraßen außerhalb der Ortsdurchfahrten (20 m). Im Übrigen bedarf die Errichtung baulicher Anlagen in dem festgelegten Umfang nach § 9 FernStrG und § 25 StrWG NRW lediglich der Zustimmung des Trägers der Straßenbaulast, die nur unter den gesetzlich normierten Voraussetzungen versagt werden kann. Ein generelles Bauverbot existiert in diesen Fällen also gerade nicht. 124
3. Abgesehen von diesem – allerdings fundamentalen – Mangel der fehlenden Differenzierung zwischen den harten und weichen Tabukriterien sind der Antragsgegnerin – erneut ohne Anspruch auf Vollständigkeit - jedenfalls auch im Bereich der konkreten Abwägungsentscheidung in Bezug auf die Bestandsanlagen und die vorgesehenen Höhenbegrenzungen durchgreifende Fehler unterlaufen. Soweit ersichtlich, hat sie sich im Rahmen der 3. Änderung – jenseits der Erwägungen zur Höhenbegrenzung - an keiner Stelle planerisch mit dem Umstand auseinandergesetzt, dass zum Zeitpunkt des Feststellungsbeschlusses im Stadtgebiet bereits mehrere Windenergieanlagen vorhanden oder zumindest genehmigt waren, die alle außerhalb der dargestellten Vorrangzonen liegen, wenn auch in mindestens zwei Fällen in ihrer unmittelbaren Nähe. Überlegungen dazu, dass ihnen mit der 3. Änderung eine bisher bestehende bauleitplanerische Absicherung genommen wird, finden sich in den Aufstellungsvorgängen nicht. In der Rechtsprechung ist indes geklärt, dass solche Bestandsschutzinteressen selbstverständlich auch bei einer 125

Flächennutzungsplanung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zu den abwägungserheblichen Belangen zählen. Dies gilt schon mit Blick auf eine Anschlussnutzung im Wege eines Repowerings, aber mehr noch für den nicht nur theoretischen Fall, dass eine Anlage infolge eines Unglücksfalles in Wegfall kommen könnte.

Vgl. zusammenfassend OVG NRW, Urteil vom 6. März 2018 – 2 D 95/15.NE -, DVBl. 2018, 950 = juris Rn. 245 ff. 126

Dies bedeutet zwar nicht, dass die Antragsgegnerin ihre Flächennutzungsplanung daran auszurichten hätte, wo sich bereits Windenergieanlagen befinden, damit diese vollständig in Konzentrationszonen einbezogen werden. Es bleibt ihr unbenommen, bestehende Anlagenstandorte in zukünftige Ausschlussbereiche zu verweisen. Dies setzt aber eine angemessene und gleichmäßige Gewichtung der hiervon betroffenen Interessen und ihre konkrete Abwägung mit den für die Planung sprechenden Gesichtspunkten voraus. Hieran fehlt es indes nach vorstehenden Ausführungen vollständig. Dies hätte hier jedoch schon wegen der deutlichen Nähe vorhandener Anlagen zu den dargestellten Vorrangzonen mit Blick auf den konkreten Flächenzuschnitt mehr als nahegelegen. Als sogar unverzichtbar erweist sich eine solche Betrachtung hier mit Blick auf die Tatsache, dass die Antragsgegnerin die bestehenden Anlagen jedenfalls in Teilen zum (alleinigen) Maßstab für die festgelegten Höhenbegrenzungen in den Vorrangzonen gemacht hat. Damit ist es jedoch im Ansatz wenig kompatibel, ihnen zugleich die planungsrechtliche Grundlage zu entziehen. 127

Im Weiteren ist die für den Teilbereich II getroffene Höhenbegrenzung auf 99,90 m jedenfalls deshalb abwägungsfehlerhaft, weil die Antragsgegnerin augenscheinlich irrtümlich davon ausgegangen ist, dass „ab“ einer Höhe von 100 m eine Flugsicherheitskennzeichnung erforderlich wird. Tatsächlich gilt dies aber erst bei einer Höhe von „mehr als“ 100 m. 128

So bereits OVG NRW, Urteil vom 14. April 2011 – 8 A 320/09 -, juris Rn. 131. 129

Unabhängig davon hätte ausgehend von den oben dargestellten Grundlagen aller Anlass bestanden, diese Festlegung im Rahmen des ergänzenden Verfahrens zu überprüfen, nachdem Anlagen mit einer Gesamthöhe von 100 m oder 120 m heute gerichtsbekannt kaum mehr verfügbar sind, jedenfalls aber den Stand der Technik weit verfehlen und allenfalls in Ausnahmefällen, für die hier nichts ersichtlich ist, wirtschaftlich errichtet und betrieben werden können. Eine realistische Nutzungsoption liegt hier nicht zuletzt vor dem Hintergrund einer bereits im Planungsverfahren vorgetragenen (vgl. S 841 der Aufstellungsvorgänge) zumindest schwierigen, jedenfalls aber kostenträchtigen Netzanbindung der Gebiete mindestens fern. Eine gewisse Bestätigung findet dies in dem Umstand, dass - soweit ersichtlich - in den letzten 15 Jahren in den Konzentrationszonen tatsächlich keine Windenergieanlagen errichtet wurden. 130

4. Angesichts des geringen Umfangs der ausgewiesenen Konzentrationszone von nur etwa 19 ha (ca. 0,16 % der Gesamtgemeindefläche von 11.520 ha) spricht schließlich alles dafür, dass mit der angegriffenen 3. Änderung der Windenergie im Ergebnis auch nicht der erforderliche substantielle Raum gegeben wird. 131

Vgl. zu einem Anteil von 0,34 % VerfGH NRW, Urteil vom 1. Dezember 2020 – VerfGH 10/19 -, juris Rn. 92; zu einem Anteil von 0,48 % Nds. OVG, Urteil vom 7. Februar 2020 - 12 KN 75/18 -, BauR 2020, 758 = juris Rn. 109. 132

Konkrete Angaben zur Größe des Außenbereichs lassen sich den Aufstellungsvorgängen dabei nicht entnehmen. Nach den Angaben des Fachbeitrages (dort S. 4) haben aber allein 133

die Wald- und die landwirtschaftlich genutzten Flächen – mithin die Gebiete, die zumindest ganz überwiegend nicht zu den harten Tabubereichen gezählt werden können - einen Umfang von ca. 10.000 ha. Gemessen hieran machen die beiden Konzentrationszonen einen Anteil von lediglich etwa 0,19 % aus.

Unabhängig davon hat sich der Rat der Antragsgegnerin aber ohnehin nicht – wie erforderlich 134 – (abwägend) versichert, dass mit der Konzentrationszonenplanung der Windenergienutzung substantieller Raum verschafft wird. Entsprechende Überlegungen – und zu der dann wohl notwendigen Überarbeitung des Kriterienkataloges - finden sich in den vorgelegten Aufstellungsvorgängen an keiner Stelle. Dass dazu aller Anlass bestanden hätte, zeigt etwa der Umstand, dass eine im Anschluss an eine gut geeignete Fläche liegende – ebenfalls geeignete - Zone von immerhin 7,3 ha letztlich nur deshalb nicht berücksichtigt wurde, weil sie aus Sicht der Stadt eine „ungünstigere Geländemorphologie“ aufweist und insgesamt nicht ganz so gut geeignet erschien wie die beiden ausgewählten Bereiche. Hätte sich der Plangeber mit dem gesetzlichen Erfordernis beschäftigt, der Windenergienutzung mit der Planung substantiell Raum zu geben, hätte er zumindest diesen Bereich jedenfalls mit der gegebenen Begründung kaum unberücksichtigt lassen dürfen.

III. Die vorstehend ausgeführten Fehler sind – soweit sie nicht ohnehin das 135 Abwägungsergebnis betreffen - gemäß § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 3 Satz 2 Hs. 2 BauGB beachtlich.

1. Gemäß § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB ist eine Verletzung von Verfahrens- und 136 Formvorschriften des Baugesetzbuchs für die Rechtswirksamkeit eines Bebauungsplans nur beachtlich, wenn entgegen § 2 Abs. 3 BauGB die von der Planung berührten Belange, die der Gemeinde bekannt waren oder hätten bekannt sein müssen, in wesentlichen Punkten nicht zutreffend ermittelt oder bewertet worden sind und wenn der Mangel offensichtlich und auf das Ergebnis des Verfahrens von Einfluss gewesen ist. § 214 Abs. 3 Satz 2 Hs. 2 BauGB sieht vor, dass Fehler im Abwägungsvorgang nur erheblich sind, wenn sie offensichtlich und auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen sind.

Ein Fehler im Abwägungsvorgang ist offensichtlich, wenn er auf objektiv feststellbaren 137 Umständen beruht und ohne Ausforschung der Mitglieder des Rats über deren Planungsvorstellungen für den Rechtsanwender erkennbar ist. Er ist auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen, wenn nach den Umständen des jeweiligen Falls die konkrete Möglichkeit besteht, dass ohne den Mangel die Planung anders ausgefallen wäre.

Vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 2012 - 4 CN 1.11 -, BVerwGE 145, 231 = juris 138 Rn. 16, m. w. N.

Demgegenüber hat das Bundesverwaltungsgericht in der genannten Entscheidung 139 ausdrücklich klargestellt, dass ein Fehler im Abwägungsvorgang nicht erst dann erheblich ist, wenn eine Fehlerkorrektur schlechterdings nicht zum selben Abwägungsergebnis führen könnte (ebd. Rn. 17).

Danach ist in Bezug auf die oben genannten Mängel von beachtlichen Abwägungsfehlern 140 auszugehen. Sie sind - wie gezeigt - objektiv unter Auswertung der Aufstellungsvorgänge feststellbar. Sie sind auf das Abwägungsergebnis auch offensichtlich von Einfluss gewesen, weil die konkrete Möglichkeit besteht, dass die Antragsgegnerin mehr, andere oder größer oder anders zugeschnittene Vorrangflächen für die Windenergienutzung dargestellt hätte, wenn sie sich die Differenzierung zwischen harten und weichen Tabuzonen im erforderlichen

Umfang vor Augen geführt hätte und auch im Übrigen die maßgeblichen Abwägungsparameter erkannt und zugrunde gelegt hätte.

Vgl. in diesem Zusammenhang auch Nds. OVG, Urteil vom 3. Dezember 2015 - 12 KN 216/13 -, BauR 2016, 470, 474. 141

2. Die Mängel sind – soweit erforderlich – durch die Antragsgegnerin auch fristgerecht gerügt worden. Die maßgebliche Rügefrist des § 215 Abs. 1 BauGB ist hier frühestens mit der erneuten Bekanntmachung der 3. Änderung am 31. Oktober 2018 in Lauf gesetzt und mit dem am 23. Oktober 2019 bei der Antragsgegnerin eingegangenen Rügeschreiben der Antragstellerin gewahrt worden. 142

Für die alleinige Maßgeblichkeit des Hinweises in der erneuten Bekanntmachung Nds. OVG, Urteil vom 25. April 2019 – 12 KN 226/17 -, juris Rn. 60. 143

a) Eine Rügefrist ist nicht bereits durch die ursprüngliche Bekanntmachung vom 15./16. September 2005 in Gang gesetzt worden, weil sie insoweit den rechtsstaatlichen Anforderungen nicht genüge. 144

Rechtsnormen sind in einer Weise der Öffentlichkeit bekanntzumachen, dass sich die Betroffenen in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt verlässlich Kenntnis verschaffen können. 145

Vgl. OVG NRW, Urteile vom 6. Dezember 2017- 7 D 100/15.NE -, juris, Rn. 35 ff. m. w. N., bestätigt durch BVerwG, Urteil vom 29. Oktober 2020 - 4 CN 2.19 -, juris, und vom 21. Januar 2019 - 10 A 23/17 -. 146

Für Flächennutzungspläne sieht § 6 Abs. 5 BauGB die ortsübliche Bekanntmachung ihrer Genehmigung durch die höhere Verwaltungsbehörde vor. Aus rechtsstaatlichen Gründen ist es erforderlich, dass den Adressaten der Bekanntmachung der räumliche Geltungsbereich der Darstellungen, die Rechtsnormqualität haben, hinreichend deutlich gemacht wird. Werden Konzentrationszonen für die Nutzung der Windenergie dargestellt, gehört wegen der Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB grundsätzlich der gesamte Außenbereich der Gemeinde zum räumlichen Geltungsbereich. An einem diesen räumlichen Geltungsbereich verdeutlichenden Hinweis fehlt es in der Bekanntmachung der 3. Änderung. 147

Eine so gegen rechtsstaatliche Publizitätsgrundsätze verstoßende Bekanntmachung, die ihren Hinweiszweck verfehlt, ist zugleich ungeeignet, die Rügefrist des § 215 Abs. 1 BauGB auszulösen. 148

Allgemein dazu OVG NRW, Urteil vom 21. Januar 1982 – 7a 43/79.NE -, BauR 1982, 137; Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB – Kommentar, 14. Aufl. 2019, § 215 Rn. 6; Kukk, in: Schrödter, BauGB – Kommentar, 9. Aufl. 2019, § 215 Rn. 10a; Petz, in: Berliner Kommentar zum BauGB, Stand Juli 2014, § 215 Rn. 27, 29. 149

Dieser allgemeine Grundsatz gilt hier umso eher, als sich der Bekanntmachung ? wie ausgeführt - weder der Geltungsanspruch der Flächennutzungsplanänderung noch die Ausschlusswirkung für das gesamte Gemeindegebiet entnehmen ließen. Insofern fehlte jeder Anknüpfungspunkt für eine Rügeobliegenheit im Hinblick auf die hier in Rede stehenden Mängel. 150

b) Unabhängig davon war die der Bekanntmachung vom 13./15. September 2005 zwingend beizufügende Hinweis auf die Rügeobliegenheit und die Folgen einer Fristversäumnis in mehrfacher Hinsicht fehlerhaft und damit nicht geeignet, die Rügefrist nach § 215 Abs. 1 151

BauGB – in welcher Fassung auch immer – auszulösen.

Der Hinweis in der Bekanntmachungsanordnung vom 13. September 2005 und in der nachfolgenden Bekanntmachung entsprach nicht der zum Zeitpunkt der Bekanntmachung geltenden, sondern der früheren, bereits am 19. Juli 2004 außer Kraft getretenen Rechtslage. Seit dem 20. Juli 2004 galt § 215 BauGB in der durch das Europarechtsanpassungsgesetz Bau - EAG Bau - vom 24. Juni 2004, BGBl. I S. 1359, geänderten Fassung, die inzwischen wiederum durch Gesetz vom 21. Dezember 2006, BGBl. I S. 3316, mit Wirkung vom 1. Januar 2007 geändert worden ist. Nach § 215 Abs. 1 BauGB in der vom 20. Juli 2004 bis zum 31. Dezember 2006 geltenden Fassung wurden die in dieser Vorschrift bezeichneten Sitzungsmängel unbeachtlich, wenn sie nicht innerhalb von zwei Jahren ? seit dem 1. Januar 2007 1 Jahr - seit Bekanntmachung des Flächennutzungsplans oder der Satzung gegenüber der Gemeinde unter Darlegung des die Verletzung begründenden Sachverhalts geltend gemacht worden sind. Mängel des Abwägungsergebnisses waren (und sind) - anders als Mängel des Abwägungsvorgangs (vgl. § 215 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BauGB) - ohne zeitliche Einschränkung beachtlich. 152

Die nach dem EAG Bau maßgebliche Fristenregelung fand hier Anwendung. Das folgt aus der Übergangsregelung in § 233 BauGB, die speziell für die Planerhaltungsvorschriften gilt. Nach § 233 Abs. 2 Satz 1 BauGB sind zwar die §§ 214 bis 216 BauGB auch auf Flächennutzungspläne und Satzungen anzuwenden, die auf der Grundlage bisheriger Fassungen dieses Gesetzes in Kraft getreten sind. Damit ist bezweckt, dass die Vorschriften über die Planerhaltung in der jeweils neuesten Fassung gelten. Gemäß § 233 Abs. 2 Satz 2 BauGB sind unbeschadet des Satzes 1 auf der Grundlage bisheriger Fassungen dieses Gesetzes unbeachtliche oder durch Fristablauf unbeachtlich gewordene Fehler bei der Aufstellung von Flächennutzungsplänen und Satzungen auch weiterhin für die Rechtswirksamkeit dieser Flächennutzungspläne und Satzungen unbeachtlich. Nach § 233 Abs. 2 Satz 3 BauGB sind - abweichend von Satz 1 - für vor dem Inkrafttreten einer Gesetzesänderung in Kraft getretene Flächennutzungspläne und Satzungen die vor dem Inkrafttreten der Gesetzesänderung geltenden Vorschriften über die Geltendmachung der Verletzung von Verfahrens- und Formvorschriften, von Mängeln der Abwägung und von sonstigen Vorschriften einschließlich ihrer Fristen weiterhin anzuwenden. 153

Daraus folgt, dass für die am 15./16. September 2005 bekannt gemachte 3. Änderung die Planerhaltungsvorschriften der §§ 214 ff. BauGB in der Fassung des am 20. Juli 2004 in Kraft getretenen EAG Bau gelten, 154

vgl. allgemein OVG NRW, Urteil vom 14. April 2011 – 8 A 320/09 -, juris Rn. 78 ff.; VGH Bad.-?Württ., Urteil vom 15. Juli 2008 - 3 S 2772/06 -, ZfBR 2008, 810 = juris Rn. 53 f.; Bay. VGH, Urteil vom 19. Juni 2009 - 1 N 07.1552 -, BayVBl. 2010, 247; OVG Berlin-?Bbg., Urteil vom 13. April 2010 - 10 A 2.07 -, BauR 2010, 1535 = juris Rn. 45, 155

auf die die Antragsgegnerin aber nicht hingewiesen hat. 156

Aufgrund der fehlerhaften Belehrung über den Fristlauf konnte kein Rügeverlust eingetreten. 157

Das Gebot, dass die Bekanntmachung auf die Rügeobliegenheit und die dabei zu beachtenden Vorgaben hinweisen muss, beruht auf dem Gedanken, dass ein Mangel des Bauleitplans nach rügelosem Fristablauf nur dann unbeachtlich werden kann, wenn die Öffentlichkeit zuvor auf die Voraussetzungen für die Geltendmachung der Verfahrensfehler und die Rechtsfolgen hingewiesen worden ist. Der in § 215 Abs. 2 BauGB vorgesehene Hinweis ist deshalb Tatbestandsvoraussetzung für die Unbeachtlichkeit der Rechtsverstöße. 158

Ein Rügeverlust kann aber nur eintreten, wenn die durch die Bauleitplanung betroffenen Bürger bei der Bekanntmachung des Bauleitplans auf ihre Rechte so aufmerksam gemacht worden sind, dass sie diese ungeschmälert wahrnehmen konnten. Dies setzt eine vollständige und unmissverständliche Bekanntmachung voraus. Eine Bekanntmachung ist nicht nur dann fehlerhaft, wenn sie die zwingend geforderten Angaben nicht enthält, sondern auch dann, wenn sie irreführende Zusätze enthält oder in anderer Weise geeignet ist, einen Betroffenen von der rechtzeitigen Geltendmachung von Verfahrensrügen abzuhalten.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 14. Juni 2012 - 4 CN 5.10 -, juris Rn. 15, und Beschlüsse vom 31. Oktober 1989 - 4 NB 7.89 -, ZfBR 1990, 32 = juris Rn. 14, 15 (zu § 155a BBauG), und vom 8. Mai 1995 - 4 NB 16.95 -, NVwZ 1996, 372; OVG NRW, Urteil vom 14. April 2011 - 8 A 320/09 -, juris Rn. 85 f., und Beschluss vom 27. August 2020 – 8 A 3144/19 -, UPR 2021, 76 = juris Rn. 15; Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand: Oktober 2019, § 215 Rn. 55. 159

Für den Hinweis nach § 215 Abs. 2 BauGB gelten dieselben Grundsätze, die für Rechtsbehelfsbelehrungen nach § 58 VwGO entwickelt worden sind. 160

Vgl. Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB – Kommentar, Stand Oktober 2019, § 215 Rn. 51b; Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB – Kommentar, 14. Aufl. 2019, § 215 Rn. 2. 161

Unzureichend ist etwa eine Belehrung, die – wie hier der Sache nach - statt der Mängel im Abwägungsvorgang nur den Hinweis auf Mängel der Abwägung enthält. 162

Vgl. VGH Bad.-Württ., Urteil vom 9. Juni 2009 – 3 S 1108/07 -, juris Rn. 31, m. w. N.; Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB – Kommentar, Stand Oktober 2019, § 215 Rn. 52. 163

Ausgehend hiervon verfehlt die tatsächlich erfolgte Belehrung den Hinweiszweck für die zum Zeitpunkt der Bekanntmachung maßgebliche Rechtslage sowohl in zeitlicher als auch inhaltlicher Hinsicht. Weder die tatsächlich laufende Zweijahresfrist noch die Beschränkung der Rügeobliegenheit auf Mängel des Abwägungsvorgangs ließen sich ihr entnehmen – eindeutig und unmissverständlich war sie insoweit jedenfalls nicht. Sie war damit auch nicht für eine „Mängelgruppe“ richtig und insoweit möglicherweise wirksam. 164

Zu einem solchen Fall vgl. VGH Bad.-Württ., Urteil vom 9. Juni 2009 – 3 S 1108/07 -, juris Rn. 32 ff.; Petz, in: Berliner Kommentar zum BauGB, Stand Juli 2014, § 215 Rn. 27, 29; Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand: Oktober 2019, § 215 Rn. 52. 165

Aufgrund der Tatsache, dass es sich bei den Ausschlussfristen des § 215 BauGB – in welcher Fassung auch immer – um gesetzliche Fristen handelt, kann der damit fehlerhafte Hinweis auch nicht statt der tatsächlichen Frist die im Hinweis genannte längere Frist auslösen. 166

Offengelassen in OVG NRW, Urteil vom 14. April 2011 – 8 A 320/09 -, juris Rn. 83; in diesem Sinne (ohne Begründung) Petz, in: Berliner Kommentar zum BauGB, Stand Juli 2014, § 215 Rn. 27. 167

Gesetzliche Fristen stehen nicht zur Disposition des Plangebers. Damit müssten etwa Rügen, die gemäß der Bekanntmachung nach drei Jahren eingegangen sind, zwingend als 168

unbeachtlich gewertet werden. Damit steht zugleich fest, dass durch den falschen Hinweis auf die Frist in jedem Fall die Einlegung einer wirksamen Rüge erschwert wird. Im Übrigen änderte diese Überlegung nichts an der inhaltlichen Unrichtigkeit des bekanntgemachten Hinweises.

Unabhängig davon enthält der bekannt gemachte Hinweis auch bezogen auf die Rechtslage vor dem 20. Juli 2004 einen zumindest irreführenden Hinweis, der die wirksame Rügeerhebung erschwert und damit ebenfalls und für sich genommen dazu führt, dass die Rügefrist nicht in Gang gesetzt wurde. 169

Der in der Bekanntmachung aus September 2005 enthaltene Hinweis 170

„dass - unter Berücksichtigung der allgemeinen Überleitungsvorschriften des § 233 Abs. 1 der Neufassung des Baugesetzbuches (BauGB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 13.09. 2004 (BGBl. I Seite 2414) – gemäß § 215 Abs. 1 des Baugesetzbuches (BauGB) in der vor dem 20.7.2004 geltenden Fassung die Verletzung der in § 214 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 und 2 BauGB der vor dem 20.7.2004 geltenden Fassung bezeichneten Verfahrens- und Formvorschriften dann unbeachtlich ist, wenn sie nicht innerhalb eines Jahres seit dieser Bekanntmachung schriftlich gegenüber der Stadt N. geltend gemacht worden ist. Gemäß § 215 Abs. 1 BauGB in der vor dem 20.7.2004 geltenden Fassung sind ebenfalls Mängel der Abwägung unbeachtlich, wenn sie nicht innerhalb von sieben Jahren seit dieser Bekanntmachung gegenüber der Stadt N. geltend gemacht worden sind.“ 171

ist unrichtig, weil er entgegen der gesetzlichen Vorgabe in § 215 Abs. 1 BauGB in der Fassung vom 27. August 1997, die bis zum 19. Juli 2004 in Kraft war - die von der Antragsgegnerin angenommene Geltung für die Bekanntmachung der 3. Änderung unterstellt -, nicht ausdrücklich darüber belehrt, dass Mängel der Abwägung ebenfalls schriftlich geltend zu machen sind. Dieses - zwingende - Erfordernis kann auch dem zuvor gegebenen Hinweis, dass eine Verletzung von Verfahrens- und Formvorschriften schriftlich gegenüber der Gemeinde geltend zu machen ist, nicht mit der gebotenen Eindeutigkeit entnommen werden. Vielmehr legt die nur in Bezug auf die Schriftform abweichende, ansonsten aber gleichlautende Formulierung, Mängel der Abwägung seien gegenüber der Gemeinde geltend zu machen, gerade nahe, dass es in Bezug auf Mängel der Abwägung einer schriftlichen Rüge nicht bedarf. Dies gilt zumal unter Berücksichtigung der sich erheblich unterscheidenden Rügefristen, die in Zusammenschau mit dem Vorgenannten die Fehlvorstellung erwecken können, die jeweiligen Rügen unterlägen insgesamt – auch hinsichtlich der Form – unterschiedlichen Rechtsregimen. Der weitere Hinweis auf die Notwendigkeit, den den Abwägungsmangel begründenden Sachverhalt darzulegen, ändert hieran nichts, da auch diese Darlegung, nicht anders als die Rüge selbst, etwa im Rahmen einer Vorsprache oder in telefonischer Form erfolgen kann. 172

Vgl. zu einem identischen Hinweis bereits OVG NRW, Beschluss vom 27. August 2020 - 8 A 3144/19 -, UPR 2021, 76 = juris Rn. 9-11, 19; VG Arnsberg, Urteil vom 25. Juni 2019 – 4 K 750/19 -, juris Rn. 91 f. 173

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. 174

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 VwGO i. V. m. §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 175

Die Revision ist nicht zuzulassen, da keiner der Gründe des § 132 Abs. 2 VwGO vorliegt. 176
