

Baumeister Rechtsanwälte Postfach 1308 48003 Münster

Eilt, bitte sofort vorlegen!

Per Boten

Oberverwaltungsgericht für das
Land Nordrhein-Westfalen
Aegidiikirchplatz 5
48143 Münster

BEARBEITER
Dr. Unland

SEKRETARIAT
Frau Stauvermann /Li.
0251-4848854

AKTENZEICHEN
2236/20UA

DATUM
19.03.2021

**In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren
Stadt Gladbeck**

./.

**Kreis Recklinghausen
beigeladen: Gladbeck-Wind GmbH
- 7 B 286/21 -**

begründen wir nachfolgend unsere **Beschwerde** vom 25.02.2021 gegen den Beschluss des VG Gelsenkirchen vom 22.02.2021 - 8 L 1615/20 – und **beantragen** aufgrund der in der letzten Woche bereits aufgenommenen Bauarbeiten für die Windenergieanlage den **Erllass eines Baustopps im Wege einer Zwischenverfügung:**

1. Teil: Beschwerdebegründung

Die Antragstellerin wendet sich im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen die Vollziehbarkeit der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für eine Windenergieanlage auf der zum Genehmigungszeitpunkt im Außenbereich ihres Stadtgebietes gelegenen sog. Mottbruchhalde.

Das VG Gelsenkirchen hat den zuletzt gestellten Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die immissionsschutzrechtliche Genehmigung abgelehnt, wobei es

sich an verschiedenen Stellen auf Billigkeitserwägungen zurückzieht und Vortrag der Antragstellerin nicht würdigt. Das VG entwickelt ein eigenes Verständnis von dem eigentlich absoluten Mitwirkungsrecht der Gemeinden aus § 36 BauGB und baut damit die gemeindliche Planungshoheit empfindlich zurück. Zurückstellungszeiträume zur Absicherung von Konzentrationsplanungen nach § 15 Abs. 3 BauGB will das VG in analoger Anwendung des § 17 Abs. 1 S. 3 BauGB auf die Geltungsdauer einer Veränderungssperre anrechnen, ohne eine Regelungslücke nachweisen zu können. Mit dem hierauf gerichteten Vortrag der Antragstellerin setzt sich das Gericht nicht auseinander. Für die Antragstellerin hat dies alles die missliche Konsequenz, dass ihre viele Jahre währenden Planungen für die Gestaltung des Haldenkörpers und die Freiraumnutzung als Landschaftspark obsolet zu werden drohen.

Da der Baubeginn für die Windenergieanlage bereits stattgefunden hat, ist eine möglichst zeitnahe gerichtliche Entscheidung über das Eilgesuch notwendig, erforderlichenfalls im Wege der Zwischenverfügung.

A. Sachverhalt

I.

Im Hauptsacheverfahren (8 K 1199/19) hat die Antragstellerin bereits am 11.03.2019 beim VG Gelsenkirchen Anfechtungsklage gegen die unter Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens erteilte immissionsschutzrechtliche Genehmigung für die Windenergieanlage erhoben.

II.

Der vorgesehene Anlagenstandort befindet sich auf der Mottbruchhalde in Gladbeck. Die Halde überragt die umgebende Landschaft mit 60 m Höhe deutlich. Die Windenergieanlage soll auf dem Plateau der kegelförmigen Halde zustehen kommen und ihrerseits eine Gesamthöhe von 200,5 m aufweisen. Die Anlage würde damit sowohl die Halde als auch das umgebende Stadtgebiet weitläufig prägen.

Der Landschaftsplan Nr. 4 „Gladbeck“ des Antragsgegners aus dem Jahr 2001 weist die Mottbruchhalde als Teil des Landschaftsschutzgebietes L10 „Brauck“ aus.

*Vgl. S. 145 ff. des Satzungstextes des Landschaftsplans Nr. 4 „Gladbeck“, abrufbar unter:
https://www.kreis-re.de/Inhalte/Buergerservice/Umwelt_und_Tiere/Umwelt/Untere_Naturschutzbehoerde/Gladbeck_Satzungstexti.pdf*

Der Schutzzweck des Landschaftsschutzgebiets Nr. 10 ist wie folgt definiert:

„Die Festsetzung des Raumes als Landschaftsschutzgebiet ist zur Wiederherstellung naturnaher Lebensstätten und Lebensgemeinschaften und ihrer Wirkungsgefüge entsprechend der veränderten spezifischen Standortbedingungen als auch zur Wiederherstellung eines befriedigenden Landschaftsbildes mit einem entsprechenden Wegeangebot für die wohnungsbezogene und gesamtstädtische Erholungsnutzung erforderlich.“

Der Landschaftsplan regelt unter C. 1.2.1.:

„Es ist verboten: 1. Bauliche Anlagen im Sinne der Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen zu errichten (...) unberührt bleibt die Errichtung von Windenergieanlagen in planungsrechtlich abgesicherten Konzentrationszonen“

Bereits der Landschaftsplan sichert damit die Erholungsnutzung der Mottbruchhalde als zentraler Bestandteil des Grünen Rings der Stadt Gladbeck ab.

Hieran anknüpfend verfolgt die Antragstellerin seit Anfang der 2010er Jahre das Ziel, die Gladbecker Halden zu einem zusammenhängenden Freizeit- und Erlebnisraum zu entwickeln. Der Mottbruchhalde kommt dabei aufgrund ihrer zentralen Lage in Umsetzung des Leitbildes „Haldenwelt 2027 – KunstKulturLandschaft“ eine Schlüsselfunktion zu. Die Halde ist deshalb - als einzige im Ruhrgebiet - als genuines Kunstwerk geplant und gestaltet worden. Ihr Plateau ist einem Vulkankegel nachempfunden, der von größeren baulichen Anlagen freigehalten werden soll. Die touristischen Potentiale sollen sowohl durch künstlerische Aktivitäten und Wettbewerbe als auch durch die Nutzung als Sportpark gehoben werden.

Zur bauleitplanerischen Umsetzung der städtebaulichen Zielsetzungen fasste der Rat der Antragstellerin am 13.03.2014 den Aufstellungsbeschluss für den Bebauungsplan Nr. 166 „Gebiet: Mottbruchhalde“ und beschloss zur Absicherung der Planung am 04.05.2016 die Satzung über die Anordnung einer Veränderungssperre. Letztere wurde am 13.06.2016 bekannt gemacht.

Der Bebauungsplan Nr. 166 wurde am 04.04.2019 beschlossen und am 15.04.2019 in Kraft gesetzt. Der Plan schließt Windenergieanlagen auf der Mottbruchhalde aus. Der Antragsgegner hatte die streitgegenständliche Genehmigung für die WEA erst kurz zuvor - am 11.02.2019 – erteilt. Der Bebauungsplan konnte nur deshalb nicht früher beschlossen und in Kraft gesetzt werden, weil die Zulassung des Abschlussbetriebsplanes durch die Bezirksregierung Arnsberg und die Entlassung der Bergehalde aus der Bergeaufsicht abgewartet werden mussten.

Ein Schlüsselement des jetzt zur Realisierung anstehenden Projekts „Haldenwelt 2027 - KunstKulturLandschaft“ ist das sogenannte „Basislager“ an der Nord-Ostflanke der Halde Mottbruch. Hier soll die Haldenwelt ihren Auftakt mit einem touristischen Ankerpunkt erhalten. Vorgesehen ist u.a. ein gastronomisches Angebot und ein der Örtlichkeit angepasstes

„besonderes“ Übernachtungsangebot (tiny houses, Baumhäuser o.ä.). Der Bebauungsplan Nr. 166 hat für diesen Projektbestandteil durch Festsetzung eines entsprechenden Baufeldes die planungsrechtlichen Voraussetzungen geschaffen. Die Realisierbarkeit dieses Basislagers wird mit der Errichtung der Windenergieanlage jedoch bereits kurzfristig unmöglich. Angesichts der Entfernung zwischen Windenergieanlage und Basislager von weniger als 400 m ist dieses Projekt städtebaulich und immissionsschutzrechtlich mit der Windenergieanlage unvereinbar. Da das Projekt im Rahmen der Internationalen Gartenausstellung 2027 (IGA) präsentiert werden soll, ist vor dem Hintergrund der erforderlichen umfassenden Planung und der notwendigen zeitaufwendigen Antragstellung für Mittel der Städtebauförderung ein kurzfristiger Projektstart erforderlich. Wird die Windenergieanlage auf der Halde erst einmal errichtet und betrieben, macht das Projekt keinen Sinn mehr. Die Zielsetzung eines Landschaftsparkes zur ruhigen Erholungsnutzung auf der Halde ist dann in ihrem Kernbestandteil in Frage gestellt.

III.

Das jetzt streitige Windenergievorhaben hat auch in genehmigungsrechtlicher Hinsicht eine längere Vorgeschichte: Ursprünglich beantragte die vormalige Betreiberin zwei WEA anderen Typs an abweichenden Standorten auf der Halde. Dieses Verfahren wurde parallel zu dem Aufstellungsverfahren für eine Windkraftkonzentrationsplanung mit der Steuerungswirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB und den Bebauungsplan Nr. 166 „Gebiet: Mottbruchhalde“ nebst Veränderungssperre betrieben.

1. Die vormalige Betreiberin beantragte bereits am 15.07.2011 die Errichtung und den Betrieb von zwei Windenergieanlagen auf der Mottbruchhalde. Der Antrag bezog sich auf Anlagen des Typs Repower/Senvion 3.2M114 (Gesamthöhe 180 m) mit einer jeweiligen Gesamthöhe von 180 m an anderen Standorten auf der Mottbruchhalde.

Mit Schreiben vom 05.09.2011 und 28.10.2011 teilte der Antragsgegner der Beigeladenen in dem damaligen Verfahren mit, dass die Antragsunterlagen unvollständig seien. Mit Bescheid vom 23.05.2012 stellte der Antragsgegner den Genehmigungsantrag der Beigeladenen für die zwei WEA wegen des in Aufstellung befindlichen sachlichen Teilflächennutzungsplans „Konzentrationszonen für Windenergieanlagen“ bis zum 23.11.2012 zurück.

2. Die Antragstellerin versagte am 19.12.2012 die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens, woraufhin der Antragsgegner den Antrag der Beigeladenen mit Bescheid vom 17.06.2013 ablehnte. Die Antragstellerin erhob daraufhin Klage gegen die Ablehnung der Genehmigung für die zwei WEA beim VG Gelsenkirchen.

4. Der Rat der Antragstellerin erließ am 04.05.2016 die bereits angesprochene Satzung über die Anordnung einer Veränderungssperre für den Bereich des Bebauungsplanes Nr. 166 „Gebiet: Mottbruchhalde“. Die Veränderungssperre wurde am 13.06.2016 bekannt gemacht. Weiter beschloss der Rat der Antragstellerin am 29.09.2016 ein „städtebauliches Nachnutzungskonzept“ für die weitere Entwicklung der Haldenwelt, das regional, insbesondere mit den betroffenen Nachbarstädten Bottrop und Gelsenkirchen, abgestimmt wurde. Die Bekanntmachung des Beschlusses erfolgt am 04.10.2016. Seit dem Jahr 2017 liegt die Mottbruchhalde im Bereich eines Stadtumbaugebietes. Das VG Gelsenkirchen verpflichtete mit Urteil vom 11.05.2017 den Antragsgegner zur Neubescheidung des Genehmigungsantrages für die zwei WEA.

5. Das anschließende von der Antragstellerin geführte Berufungszulassungsverfahren erledigte sich später dadurch, dass die Beigeladene den ursprünglichen Genehmigungsantrag für die zwei WEA nicht weiterverfolgte und stattdessen die jetzt streitgegenständliche Genehmigung für einen WEA anderen Typs an anderem Standort beantragte.

IV.

Den Genehmigungsantrag für die jetzt streitige WEA stellte die Rechtsvorgängerin der Beigeladenen am 19.07.2018. Ursprünglich verstanden Antragsgegner und Betreiberin die Umstellung des Genehmigungsverfahrens auf eine WEA anderen Typs an anderem Standort nicht als neuen Genehmigungsantrag, sondern als Wiederaufnahme des Genehmigungsverfahrens für die bisherigen zwei WEA. Obwohl die Antragsgegnerin das Einvernehmen auf Grundlage unvollständiger Antragsunterlagen abfragte und die Antragstellerin dies mehrfach monierte, hat der Antragsgegner das gemeindliche Einvernehmen letztlich ersetzt, ohne die ihm vorliegenden Antragsunterlagen vollständig übersandt zu haben. Im Einzelnen:

1. Am 09.08.2018 übersandte der Antragsgegner der Antragstellerin im Verfahren um die bisherigen zwei WEA den Genehmigungsantrag für die jetzt streitgegenständliche eine WEA, fragte das gemeindliche Einvernehmen nach § 36 BauGB ab und setzte für die Prüfung der Vollständigkeit der Antragsunterlagen eine Frist von einer Woche. Der Antragsgegner wies ausdrücklich darauf hin, dass es sich um die Wiederaufnahme des Genehmigungsverfahrens für die bisherigen zwei WEA handele und noch eine Sichtbeziehungsstudie in Bearbeitung sei, die nachgesandt werde. Beigefügt war dem Schreiben des Antragsgegners eine Schallimmissionsprognose der reko GmbH & Co. KG vom 11.07.2018. Weitere Schallbegutachtungen wurden nicht vorgelegt. Ferner lag ein landschaftspflegerischer Begleitplan des Büros Mestermann von Oktober 2018 (ohne Nachtrag) bei. Auch Gutachten zur Avifauna wurden nicht übersandt.
2. Am 16.08.2018 teilte die Antragstellerin dem Antragsgegner mit, dass eine Prüfung auf Vollständigkeit innerhalb einer Woche, insbesondere bei nur einem Satz Antragsunter-

lagen, nicht möglich sei und beantragte daher eine Fristverlängerung bis zum 24.08.2018. Zudem wies sie auf die Unvollständigkeit der Antragsunterlagen hin.

3. Mit Schreiben vom 23.08.2018 (abgesandt am 24.08.2018) konkretisierte die Antragstellerin ihren Vortrag und wies auf das Fehlen einer Sichtbeziehungsanalyse, eines aktualisierten avifaunistischen Gutachtens und geprüfter Standsicherheitsnachweise hin. Ferner stellte sie klar, dass angesichts der unvollständigen Antragsunterlagen die Frist für die Einvernehmensversagung nach § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB noch nicht begonnen habe. Für den Fall, dass der Antragsgegner dies anders sehen sollte, bat sie die Antragstellerin um einen Hinweis.
4. Am 19.09.2018 ging bei der Antragstellerin das Gutachten zur optisch bedrängenden Wirkung ein. Eine erneute Abfrage des gemeindlichen Einvernehmens erfolgte in diesem Zusammenhang nicht.
5. Mit Schreiben vom 06.12.2018 wies die Antragstellerin daraufhin, dass das Verfahren nicht als Wiederaufnahme, sondern als Neuantrag zu behandeln sei, da sich die Genehmigungsfrage inhaltlich anders stelle. Vorsorglich versagte die Antragstellerin die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens. Die Versagung begründete sie mit einem Verstoß gegen die Veränderungssperre und Ziele der Raumordnung hinsichtlich der zeichnerischen Festsetzungen des Vorranggebietes mit der zweckgebundenen Nutzung „Aufschüttungen und Ablagerungen - Halden“. Ferner wurde nochmals ausdrücklich und unter dezidiertem Begründung auf die Fehlerhaftigkeit und Unvollständigkeit der Begutachtung der optisch bedrängenden Wirkung durch die Sichtbeziehungsuntersuchung der reko GmbH & Co. KG vom 11.09.2018 hingewiesen.
6. Daraufhin teilte die Rechtsvorgängerin der Beigeladenen dem Antragsgegner mit Schreiben vom 18.12.2018 mit, dass ihr Antrag vom 19.07.2018 als Neuantrag gewertet

werden solle. Dieses Schreiben wurde der Antragstellerin erst am 01.02.2019 übermittelt. Das gemeindliche Einvernehmen fragte der Antragsgegner nicht erneut ab.

7. Stattdessen hörte der Antragsgegner am 24.01.2019 die Antragstellerin zur Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens an, wobei er eine Stellungnahmefrist von nur sieben Werktagen setzte. Zur Begründung führte er aus, dass die Veränderungssperre gegenüber der Betreiberin „allerspätestens“ seit dem 17.12.2018 keine Wirkung mehr entfalte. Die dreijährige Geltungsdauer der Veränderungssperre sei abgelaufen. Sie sei seit zwei Jahren und sieben Monaten in Kraft. Ferner sei zugunsten der Betreiberin die für sechs Monate ausgesprochene Zurückstellung vom 23.05.2012 zu berücksichtigen, die mit dem seinerzeit in Aufstellung befindlichen sachlichen Teilflächennutzungsplan „Konzentrationszonen für Windenergieanlagen“ begründet worden sei. Hinsichtlich der optisch bedrängenden Wirkung habe der Gutachter Nachprüfungen durchgeführt mit dem Ergebnis, dass keine optische bedrängende Wirkung vorliege. Der Antragstellerin übersandt wurde diese Begutachtung nicht. (Die Antragstellerin hat in die Begutachtung erst am 05.04.2019 - mit der Übersendung der Verfahrensakten durch das Gericht - Einsicht nehmen können.)
8. Am 01.02.2019 forderte die Antragstellerin nochmals ausdrücklich die Übersendung der beim Antragsgegner nach der Versagung des Einvernehmens eingegangenen weiteren Unterlagen an. Ferner bat sie angesichts umfangreicher Unterlagen und der Komplexität der sich stellenden Rechtsfragen um eine Verlängerung der ungewöhnlich kurzen Anhörungsfrist.
9. Mit E-Mail vom gleichen Tage verlängerte der Antragsgegner die Anhörungsfrist um drei Tage bis zum 07.02.2019. Weiter übersandte er das Schreiben der Rechtsvorgängerin der Beigeladenen zur Behandlung ihres Antrages als Neuantrag (s.o.), eine Stellungnahme der RAG Montan Immobilien GmbH vom 17.01.2019 zur Errichtung der Wind-

energieanlage auf der Mottbruchhalde und ein Schreiben des Regionalverbands Ruhr vom 09.12.2013 zur Errichtung von Windenergieanlagen in Marl auf der Brinkfortsheide. Weitere nachgereichte Antragsunterlagen wurden nicht übersandt.

10. Mit Schreiben vom 06.02.2019 teilte die Antragstellerin dem Antragsgegner mit, dass eine Frist von 10 Arbeitstagen zur Stellungnahme im Falle der Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens nicht angemessen sei. Ein über den bisherigen Vortrag hinausgehendes Vorbringen bleibe vorbehalten. Außerdem wurde darauf hingewiesen, dass der LWL empfohlen habe, für die Siedlung Brauck eine Sichtbeziehungsanalyse einzuholen, um zu überprüfen, ob die Nutzung der denkmalgeschützten Bauten der Siedlung durch die Windenergieanlage dauerhaft eingeschränkt werde. Dieser Empfehlung ist der Antragsgegner im Weiteren nicht gefolgt.
11. Am 11.02.2019 - dem letzten Tag der Offenlage des Bebauungsplans Nr. 166 der Antragstellerin - erteilte der Antragsgegner die Anlagengenehmigung unter Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens, ohne weitere Antragsunterlagen übersandt zu haben.
12. Erst im Zuge der Akteneinsicht im gerichtlichen Hauptsacheverfahren stellte sich heraus, dass beim Antragsgegner vor Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens und vor der Genehmigungserteilung folgende weitere Antragsunterlagen eingereicht worden waren:
 - das Avifaunistische Gutachten von Oktober 2018,
 - der Nachtrag zum Landschaftspflegerischen Begleitplan von November 2018,
 - der Nachtrag zum Gutachten zur optisch bedrängenden Wirkung vom 14.12.2018 sowie
 - die Überarbeitung der Schallimmissionsprognose vom 31.01.2019.

Obwohl die Antragstellerin somit wiederholt zur Übersendung nachgereichter Antragsunterlagen aufgefordert hatte, ist ihr dieser Teil der Antragsunterlagen nicht einmal im Rahmen der Anhörung zur Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens zur Kenntnis gegeben worden.

V.

Im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 19.11.2020 um die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der im Hauptsacheverfahren erhobenen Anfechtungsklage ersucht. Aufgrund einer zwischenzeitlich eingetretenen Gesetzesänderung in § 63 BImSchG - nach der die aufschiebende Wirkung bereits von Gesetzes wegen entfällt - hat die Antragstellerin ihren Antrag mit Schriftsatz vom 19.11.2020 umgestellt und die Anordnung der aufschiebenden Wirkung beantragt.

Diesen Antrag hat das VG mit Beschluss vom 22.02.2021 abgelehnt. Im Wesentlichen begründet das Gericht dies damit, dass die Antragstellerin nicht in ihrem Beteiligungsrecht aus § 36 BauGB verletzt sei. Der Antragsgegner habe das Einvernehmen der Antragstellerin zu Recht ersetzt. Dies folge zum einen daraus, dass sich die Antragstellerin nicht auf die Unvollständigkeit der Antragsunterlagen habe berufen können, da sie das Einvernehmen aus einem anderen Grunde versagt habe. Zudem bestehe kein Kausalzusammenhang zwischen der Versagung des Einvernehmens und der Unvollständigkeit der Antragsunterlagen. Im Ergebnis sei es daher treuwidrig, wenn sich die Antragstellerin auf die gerügte Unvollständigkeit berufe. Daneben habe die Antragstellerin auch die fehlenden Antragsunterlagen nicht hinreichend gerügt. Letztlich sei ein etwaiger Verfahrensfehler zumindest gemäß § 45 Abs. 2, Abs. 1 Nr. 3 VwVfG NRW geheilt und damit unbeachtlich geworden.

Darüber hinaus habe auch die Veränderungssperre für den Bebauungsplan Nr. 166 „Gebiet: Mottbruchhalde“ vom 13.06.2016 der Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens nicht

entgegengestanden. Das VG begründet dies allein durch pauschalen Verweis auf sein Urteil vom 11.05.2017 (8 K 2788/14). Hinzu fügt es noch die Aussage:

„Dem tritt die Antragstellerin nicht rechtlich durchgreifend entgegen, [...]“, BA, S. 15.

Bereits an dieser Stelle sei angemerkt, dass die Antragstellerin sich in ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt sieht: Das VG rechnet Zurückstellungszeiträume zur Absicherung einer Konzentrationsplanungen nach § 15 Abs. 3 BauGB in analoger Anwendung des § 17 Abs. 1 S. 3 BauGB auf die Geltungsdauer der Veränderungssperre an, vertritt damit eine Mindermeinung, die sich nicht einmal auf die vom VG zitierten Fundstellen stützen lässt, übergeht dazu sämtlichen Vortrag aus dem letzten Schriftsatz der Antragstellerin vom 29.01.2021 (insbesondere Seiten 23 - 30) und versteigt sich dann auch noch in der Pauschalbehauptung, die Antragstellerin sei der Auffassung des Gerichts nicht durchgreifend entgegengetreten.

VI.

Die Beigeladene als Inhaberin der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung will nunmehr mit der Errichtung der WEA beginnen: Sie hat unter dem 04.03.2021 eine erneute Baubeginnsanzeige (Baubeginn 08.03.2021) abgegeben sowie den bisher noch fehlenden Standsicherheitsnachweis und die notwendige Bürgschaft vorgelegt.

B. Rechtslage

Die mit Antrag vom 25.02.2021 erhobene Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des VG Gelsenkirchen vom 22.02.2021 ist zulässig und begründet.

Das VG hat den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO i. V. m. § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 VwGO, § 63 BImSchG zu Unrecht abgelehnt. Es verkennt, dass voraussichtlich das als absolutes Verfahrensrecht ausgestaltete gemeindliche Beteiligungsrecht der Antragstellerin aus § 36 BauGB verletzt wurde, die erlassene Veränderungssperre der Genehmigungserteilung im Weg stand, die Erschließung unter dem Aspekt der Löschwasserversorgung nicht gesichert ist und weitere öffentliche Belange entgegenstehen. Mithin überwiegt das Aussetzungsinteresse der Antragstellerin das Vollzugsinteresse der Beigeladenen an der Ausnutzung der erteilten Genehmigung.

I. Zulässigkeit des Antrags auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung

Der zuletzt gestellte Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der in der Hauptsache erhobenen Anfechtungsklage ist – was das VG letztlich offengelassen hat – statthaft und insgesamt zulässig.

Mit Inkraftsetzung des § 63 BImSchG entfällt die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs eines Dritten gegen die Zulassung einer Windenergieanlage an Land mit einer Gesamthöhe von mehr als 50 Metern auch, wenn dieser bereits vor Inkrafttreten der Vorschrift eingelegt wurde und seinerzeit die Wirkung des § 80 Abs. 1 Satz 2 VwGO ausgelöst hatte.

Der Bundestag hat am 5. November 2020 den Gesetzentwurf der Bundesregierung „zur Beschleunigung von Investitionen“ (19/22139, 19/22778, 19/23054 Nr. 6) in der vom Verkehrsausschuss geänderten Fassung (19/24040) angenommen. In der BT- Drucksache 19/22778,

Seite 15 vom 23.09.2020 hat der Bundesrat in seiner Stellungnahme angeregt, eine Übergangsregelung in Bezug auf die Änderung des § 63 BImSchG und den Entfall der aufschiebenden Wirkung aufzunehmen:

„[...] Artikel 3 Nummer 2 [Entfall der aufschiebenden Wirkung von Drittwiderspruchsklagen] dieses Gesetzes [gilt] nicht für behördliche Zulassungsentscheidungen, die erstmalig vor Inkrafttreten dieses Gesetzes bekannt gegeben worden sind.“

Dem ist der Gesetzgeber nicht gefolgt; eine Übergangsregelung wurde nicht aufgenommen.

Der (ungeschriebene) Grundsatz des intertemporalen Prozessrechts besagt, dass Änderungen des Prozessrechts grundsätzlich auch laufende Verfahren erfassen. Einschränkungen erfährt dieser Grundsatz aber aus Gründen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes mit Blick auf das Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG.

Das OVG des Saarlandes hat sich mit der Frage, ob die bereits ausgelöste aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs eine solche Einschränkung begründet, im Zuge der Einführung des § 212 a Abs. 1 BauGB beschäftigt – für welchen ebenfalls keine Übergangsvorschrift geschaffen wurde - und die Anwendung des Grundsatzes des intertemporalen Prozessrechts bejaht. Das OVG führt insoweit aus:

„Auch in Fallgestaltungen, in denen Widerspruch und gegebenenfalls auch Klage bereits vor Inkrafttreten von § 212 a Abs. 1 BauGB erhoben wurden, gebieten Rechtsstaatprinzip und Vertrauensschutz keine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz des intertemporalen Prozessrechts, wonach Änderungen des Verfahrensrechts auch anhängige Verfahren erfassen.“

OVG des Saarlandes, Urteil v. 17.02.1999 – 2 W 9/98 – juris Rn. 6.

Es bestehe auch nach der Rechtslage vor Einführung einer neuen Regelung im Hinblick auf § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO keine geschützte Rechtsposition dahingehend, dass der Rechtsbehelf seine aufschiebende Wirkung bis zum Abschluss des Verfahrens beibehalte. Es müsse stets damit gerechnet werden, dass die aufschiebende Wirkung durch behördliche oder gerichtliche Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit auf der Grundlage der §§ 80 a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3, 80 Abs. 2 Nr. 4, 80 Abs. 5 VwGO beseitigt werde. Unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten sei daher gegen die Anwendung des - nachträglich – gesetzlich angeordneten Entfalls der aufschiebenden Wirkung nichts zu erinnern.

Im Ergebnis entspricht dies auch der Rechtsprechung des OVG NRW, das davon ausgeht, dass unmittelbar in Kraft tretende Bestimmungen regelmäßig auch die schon vor ihrem Inkrafttreten eingelegten Widersprüche und Anfechtungsklagen Dritter erfassen, solange das jeweilige Fachgesetz dies nicht anders bestimmt.

Vgl. für Baugenehmigungen zu § 212a BauGB: OVG NRW, Beschluss v. 05.02.1998 – 10 B 2939/97 -, juris Rn. 2 ff.; vgl. ferner: VG Minden, Beschluss v. 30.12.2020 – 11 L 933/20 –, juris Rn. 4 ff.

Da das BImSchG die Anwendung des § 63 BImSchG auf anhängige Rechtsbehelfsverfahren nicht ausschließt, ist der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der in der Hauptsache erhobenen Anfechtungsklage somit statthaft.

II. Erfolgsaussichten in der Hauptsache

Dem Antrag gem. § 80a Abs. 3 S. 2 VwGO, § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 1 VwGO auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der in der Hauptsache gegen die immissionsschutzrechtliche Anlagenehmigung gerichtete Anfechtungsklage ist auch unter Berücksichtigung der Erwägungen des VG in seinem Eilbeschluss stattzugeben. Das Aussetzungsinteresse der Antragstellerin überwiegt weiterhin das Vollzugsinteresse der Beigeladenen.

Das VG hat in seinem Beschluss große Teile des schriftsätzlichen Vortrags der Antragstellerin nicht gewürdigt. Zur besseren Verständlichkeit stellen wir daher die wesentlichen rechtlichen Erwägungen der Auseinandersetzung mit dem verwaltungsgerichtlichen Beschluss jeweils voran:

1. Verletzung des formellen Beteiligungsrechts aus § 36 Abs. 1 BauGB und § 73 Abs. 4 BauO NRW

Die Antragstellerin ist in ihren absoluten Verfahrensrechten aus § 36 BauGB und § 73 Abs. 4 BauO NRW sowohl deshalb verletzt, weil sie vom Antragsgegner im Zusammenhang mit der Abfrage und der Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens in mehrfacher Hinsicht nicht ordnungsgemäß beteiligt wurde (a)), als auch, weil die Ersetzung des Einvernehmens offensichtlich verfahrensfehlerhaft war (b)).

a) Fehlerhafte Abfrage des Einvernehmens

Die Abfrage des Einvernehmens war schon deshalb rechtswidrig, weil der Antragsgegner das Einvernehmen auf Grundlage bewusst unvollständiger Antragsunterlagen abgefragt hat (aa)). Selbst wenn man hierin nur dann einen durchgreifenden Mangel sieht, wenn die Gemeinde die Unvollständigkeit der Unterlagen fristgemäß rügt und das Einvernehmen versagt, hat die Antragstellerin dem vorliegend genügt (bb)). Zudem wurden nach der Versagung des Einvernehmens der Antragstellerin zwar noch einzelne Unterlagen übersandt, jedoch wurde weder das gemeindliche Einvernehmen erneut abgefragt, noch wurden die nachgereichten Unterlagen vollständig übersandt (cc)). Der Antragsgegner hat das Einvernehmen der Antragstellerin nicht nur auf Grundlage bewusst unvollständiger Antragsunterlagen abgefragt, sondern ihr dann auch noch – trotz entsprechender Rüge der Unvollständigkeit der Antragsunterlagen – nachgereichte Unterlagen, die für die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens nach § 35 BauGB relevant sind. Das VG will all dies damit rechtfertigen, dass die Antragstellerin

letztlich ihr Einvernehmen versagt und damit zum Ausdruck gebracht habe, dass es auf die Vollständigkeit der Antragsunterlagen im Weiteren nicht mehr ankomme. Diese Auffassung verkennt das gemeindliche Mitwirkungsrecht aus § 36 Abs. 1 BauGB und § 73 Abs. 4 BauO NRW grundlegend (dd)).

aa) Einvernehmensabfrage auf Grundlage bewusst unvollständiger Unterlagen

Die Antragstellerin ist schon deshalb in ihrem absoluten Verfahrensrecht auf rechtmäßige Beteiligung nach § 36 Abs. 1 BauGB verletzt, weil der Antragsgegner das Einvernehmen nach seinen Einlassungen auf Grundlage bewusst unvollständiger Antragsunterlagen abgefragt hat. Eine solche Abfrage ist von vornherein nicht geeignet, dem gemeindlichen Mitwirkungsrecht nach § 36 Abs. 1 BauGB gerecht zu werden zu erfüllen und die Rechtsfolgen des § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB auszulösen.

Der Gesetzgeber will der Gemeinde eine Entscheidung über ihr Einvernehmen auf Grundlage in planungsrechtlicher Hinsicht vollständiger Antragsunterlagen ermöglichen. Ein unvollständiges Ersuchen setzt die Frist des § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB schon nicht in Gang.

BVerwG, Urteil v. 16.09.2004 – 4 C 7.03 –, juris Rn. 26 ff.; vgl. Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, § 36 Rn. 38.

Dem Antragsgegner war im Rahmen seiner Einvernehmensabfrage vom 09.08.2018 bewusst, dass er der Antragstellerin unvollständige Unterlagen vorlegte. Er wies insoweit selbst darauf hin, dass die Sichtbeziehungsanalyse noch nicht vorliege und nachgereicht werde.

„Den Antragsunterlagen ist noch keine Sichtbeziehungsstudie zur Beurteilung der optisch bedrängenden Wirkung der WEA beigefügt. Die Studie wird zurzeit noch erstellt und sobald sie vorliegt übersandt.“ Schreiben des Antragsgegners vom 09.08.2018, Seite 3.

Dennoch setzte der Antragsgegner eine Frist zur Versagung des Einvernehmens. Das Ersuchen im Rahmen des § 36 Abs. 1 BauGB muss in Anbetracht der weitreichenden Folgen der Einvernehmensfiktion und aus Gründen der Rechtssicherheit jedoch solange unterbleiben, wie die Genehmigungsbehörde selbst davon ausgeht, dass die vorliegenden Unterlagen noch unvollständig sind. Dafür sprechen folgende Erwägungen:

Dürfte die Genehmigungsbehörde eine Einvernehmensabfrage auf Grundlage bewusst unvollständiger Unterlagen vornehmen, wäre dies mit erheblichen Nachteilen zu Lasten der Gemeinde im Hinblick auf die Zwei-Monats-Frist des § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB verbunden: Zum einen würde – sofern man von einem wirksamen Fristbeginn ausginge – das Prüfungsrecht der Gemeinde in zeitlicher Hinsicht unrechtmäßig verkürzt. Werden die fehlenden Unterlagen erst nach Beginn des Fristlaufs zugesandt, hat die Gemeinde im Zweifel nicht mehr genügend Zeit, eine Prüfung der nun vorgelegten, regelmäßig umfangreichen Unterlagen vorzunehmen. Da die Frist des § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB nach einhelliger Auffassung nicht verlängerbar ist,

vgl. statt vieler nur: Söfker a.a.O., § 36 BauGB Rn. 38a,

könnten sowohl der Vorhabenträger – durch verspätetes Einreichen der erforderlichen Unterlagen – als auch die Genehmigungsbehörde durch – wenn auch im Einzelfall unverschuldete – verzögerte Zusendung der fehlenden Unterlagen eine für die Gemeinde mit ihrem Selbstverwaltungsrecht nicht vereinbare verkürzte Prüfungsfrist herbeiführen.

Zum anderen lässt sich § 36 BauGB nicht entnehmen, dass eine Einvernehmensabfrage „auf Vorrat“ zulässig sein soll. Eine solche würde es der Genehmigungsbehörde ermöglichen, die Frist für die Einvernehmensversagung auf Grundlage offensichtlich unvollständiger Antragsunterlagen auszulösen. Das BVerwG betont vielmehr ausdrücklich, dass sich aus Sinn und Zweck des Einvernehmenserfordernisses ergibt, dass der Gesetzgeber der Gemeinde eine Ent-

scheidung über ihr Einvernehmen auf Grundlage in planungsrechtlicher Hinsicht vollständiger Antragsunterlagen ermöglichen will.

BVerwG, Urteil v. 16.09.2004 – 4 C 7.03 – juris Ls. 1.

Weiter verweist das BVerwG zutreffend darauf, dass Folge einer Beteiligung aufgrund unvollständiger Antragsunterlagen wäre, dass die Gemeinde ihr Einvernehmen „zur Fristwahrung“ versagen würde, um die für sie nachteiligen Folgen der Einvernehmensfiktion abzuwehren. Eine gesetzliche Regelung, die diese „Automatik“ in Kauf nähme, setzte sich in Widerspruch zur planungsrechtlichen Schutzfunktion des Einvernehmenserfordernisses.

BVerwG, Urteil v. 16.09.2004 – 4 C 7.03 – juris Rn. 16.

Zudem würde damit das Risiko der Prüfung der Vollständigkeit der Antragsunterlagen, über die Fälle von der Genehmigungsbehörde nicht erkannter Unvollständigkeiten hinaus, in unbilliger Weise auf die Gemeinde verlagert. Die Gemeinde trägt schon dann das Risiko einer Fehleinschätzung der Vollständigkeit der Antragsunterlagen, wenn die Genehmigungsbehörde von deren Vollständigkeit ausgeht. Zudem bliebe unklar, ab wann die Frist für die Einvernehmensversagung denn laufen soll: Mit Abfrage des Einvernehmens auf Grundlage unvollständiger Unterlagen (wie vorliegend vom Antragsteller behauptet) oder mit der letzten nachgereichten Unterlage.

Diesen Erwägungen kann hier auch nicht mit dem Argument entgegengetreten werden, dass es in der Rechtsprechung anerkannt sei, dass die Frist des § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB mit Nachreichen der die Unvollständigkeit begründenden Unterlagen zu laufen beginne. Dieser Erwägung liegt in tatsächlicher Hinsicht zugrunde, dass die Genehmigungsbehörde von der Vollständigkeit der Unterlagen ausging und sich erst im Rahmen der Überprüfung durch die je-

weils zu beteiligende Gemeinde herausstellt, dass durch die vorgelegten Unterlagen nicht sämtliche relevanten Fragen geklärt werden können.

Ausgehend hiervon war vorliegend schon keine wirksame Abfrage des gemeindlichen Einvernehmens gegeben. Der Antragsgegner hat der Antragstellerin mit der Abfrage vom 09.08.2018 bewusst unvollständige Unterlagen vorgelegt, die Prüfung der Erteilung ihres Einvernehmens war der Antragstellerin damit von vornherein nicht möglich. § 36 Abs. 1 BauGB will der Gemeinde eine umfassende eigene Prüfung der bauplanungsrechtlichen Genehmigungsvoraussetzungen ermöglichen. Eine „Abfrage auf Vorrat“ zu Lasten der Gemeinden ist damit unvereinbar.

bb) Fristgemäße Rüge der Unvollständigkeit der Antragsunterlagen

Selbst wenn man auch im Falle der Abfrage des Einvernehmens auf Grundlage bewusst unvollständiger Antragsunterlagen eine Verletzung des Beteiligungsrechts aus § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB zusätzlich (zu Unrecht) davon abhängig macht, dass die Antragstellerin die Unvollständigkeiten innerhalb der Frist zur Versagung des gemeindlichen Einvernehmens rügt, hat die Antragstellerin vorliegend dieser Obliegenheit genügt:

Die Unvollständigkeit der Antragsunterlagen hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 16.08.2018 (im Hinblick auf Sichtbeziehungsuntersuchung und Standsicherheitsnachweis) und vom 23.08.2018 (im Hinblick auf Sichtbeziehungsuntersuchung, Avifaunistisches Gutachten und Standsicherheitsnachweis) gerügt. In letzterem Schreiben hat die Antragstellerin zudem bereits ausdrücklich darauf hingewiesen, dass angesichts der Unvollständigkeiten der Unterlagen die Zweimonatsfrist des § 36 Abs. 2 BauGB nicht zu laufen begonnen hat. Die Antragstellerin hat ihrer Rügeobliegenheit damit innerhalb der Zweimonatsfrist des § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB zweifelsohne genügt, so dass die Einvernehmensfiktion nicht eingetreten ist.

Vgl. BVerwG, Urteil v. 16.09.2004 – 4 C 7.03 – juris Rn. 18; OVG NRW, Beschluss v. 21.12.2010 – 8 B 1426/10.

Vom Antragsgegner nachgereicht wurden lediglich noch die Sichtbeziehungsuntersuchung zur Beurteilung der optisch bedrängenden Wirkung der reko GmbH & Co. KG vom 11.09.2018 sowie das Avifaunistische Gutachten mit (Zwischen-)Stand August 2018.

Vor diesem Hintergrund versagte die Antragstellerin das gemeindliche Einvernehmen mit Schreiben vom 06.12.2018 vorsorglich. Dies folgt auch daraus, dass die Antragstellerin in diesem Schreiben – neben der Einvernehmensversagung – ausdrücklich nochmals auf die Unvollständigkeit der Antragsunterlagen hinwies. Sie begründete im Einzelnen, warum sie eine Nachbesserung der Sichtbeziehungsanalyse der reko GmbH & Co. KG vom 11.09.2018 zwingend für erforderlich hielt. Sie wies zutreffend darauf hin, dass das Gutachten insoweit unvollständig war, wie es sich nicht mit Wohngebäuden befasst, die weiter als das Dreifache der Anlagenhöhe entfernt sind, was insbesondere vor dem Hintergrund der topografischen Sondersituation des Haldenstandortes erforderlich ist. Ferner verwies sie auf Unvollständigkeiten und Wertungswidersprüche im Hinblick auf eine Reihe von Einzelgebäuden hin.

Dieser Nachforderung kam der Antragsgegner im Weiteren sogar nach. Die daraufhin erstellte Nachbetrachtung der reko GmbH & Co. KG zum Gutachten zur optisch bedrängenden Wirkung vom 14.12.2018 übersandete er jedoch nicht mehr an die Antragstellerin. Dies überrascht auch angesichts der mehrfachen Aufforderungen der Antragstellerin, ihr sämtliche nachgereichten Unterlagen zu übersenden. So forderte die Antragstellerin den Antragsgegner im Rahmen der Anhörung zur Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens mit anwaltlichem Schreiben vom 01.02.2019 sogar noch einmal ausdrücklich zur Übersendung der bei ihm nach der Versagung des Einvernehmens eingegangenen weiteren Unterlagen auf. Der Antragsgegner übersandte mit E-Mail vom selben Tage lediglich noch die Klarstellung der Beigeladenen,

dass ihr Genehmigungsantrag für die streitgegenständliche WEA als Neuantrag zu werten sei, sowie zwei Stellungnahmeschreiben der RAG.

Die Frist für die Einvernehmensversagung hatte damit angesichts der fälschlichen Abfrage in einem Wiederaufnahmeverfahren, der unvollständigen Antragsunterlagen und der entsprechenden Rüge der Antragstellerin im Eigentlichen noch gar nicht begonnen. Die Antragstellerin hat ihrer Rügeobliegenheit – wenn man eine solche bei einer Einvernehmensabfrage auf Grundlage bewusst unvollständiger Antragsunterlagen überhaupt verlangt – in jeder Hinsicht genügt.

cc) Fortgesetzte Unvollständigkeit der Antragsunterlagen

Der Antragsgegner hat ferner weder noch einmal das gemeindliche Einvernehmen abgefragt, noch lagen der Antragstellerin im entscheidungserheblichen Zeitpunkt alle für die bauplanungsrechtliche Beurteilung relevanten Unterlagen vor.

- (1) Die Antragstellerin muss sich auch nicht darauf verweisen lassen, dass eine erneute Abfrage zu irgendeinem Zeitpunkt des Verfahrens konkludent erfolgt sei. Da der Zeitpunkt einer nicht ausdrücklichen Abfrage des gemeindlichen Einvernehmens durch die Gemeinde nicht zweifelsfrei bestimmt werden kann, und auch eine Fehleinschätzung dahingehend erneut zu ihren Lasten gehen würde, ist stets ein ausdrückliches Verlangen der Genehmigungsbehörde erforderlich.

*Vgl. OVG NRW, Urteil v. 28.11.2007 – 8 A 2325/06 –, juris Rn. 114;
Dürr in: Brügelmann, Baugesetzbuch, Werkstand: 116. Lfg. Oktober
2020, § 36 Rn. 43.*

- (2) Davon abgesehen scheidet eine erneute (konkludente) Abfrage aber auch daran, dass dem Antragsgegner aufgrund der Hinweise der Antragstellerin bei der nachträglichen Übersendung einiger weiterer Unterlagen fortlaufend bewusst war, dass der Antragstel-

lerin damit immer noch keine vollständigen Antragsunterlagen vorlagen. Bereits unter diesem Aspekt war dem Antragsgegner eine wirksame Beteiligung der Antragstellerin im Rahmen des § 36 BauGB von vornherein verwehrt, eine konkludente zumal.

- (3) Und selbst wenn die Nachsendung irgendwelcher Unterlagen als konkludente Abfrage des gemeindlichen Einvernehmens zu verstehen gewesen wäre, würde dies vorliegend keine rechtmäßige Abfrage des Einvernehmens begründen, weil das Einvernehmen bis zu dessen Ersetzung aufgrund unvollständiger Antragsunterlagen abgefragt wurde. Bei dem Recht der Gemeinde aus § 36 BauGB handelt es sich nicht um eine reine Anhörungsvorschrift, sondern – wie auch der Antragsgegner und die Beigeladene einräumen – um ein selbstständiges Prüfungsrecht der Gemeinde. Das BVerwG führt hierzu aus:

*„Mit der Regelung über das Einvernehmen der Gemeinde in § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB ruft der Gesetzgeber die Gemeinde als betroffene Gebietskörperschaft und Trägerin der Planungshoheit zur eigenverantwortlichen planungsrechtlichen Beurteilung des Bauvorhabens auf. Er überlässt es der Gemeinde, aus ihrer Ortskenntnis und ihrer planerischen Sicht festzustellen, ob der Bauantrag ihr eine fundierte bauplanungsrechtliche Bewertung des Vorhabens ermöglicht oder in dieser Hinsicht noch ergänzungsbedürftig ist. **Ebenso obliegt ihr die Feststellung, ob und wann ein bei ihr eingereichter Bauantrag in die erforderliche Beurteilungsreife "hineingewachsen" ist. Die Entscheidung darüber kann und darf die Baugenehmigungsbehörde der Gemeinde nicht abnehmen.** Auch das ergibt sich aus der Schutzfunktion des Einvernehmenserfordernisses.“* BVerwG, Urteil v. 16.09.2004 – 4 C 7.03 –, juris Rn. 19 [Hervorhebungen durch den Unterzeichner].

Da die Gemeinde im Hinblick auf die Genehmigungsvoraussetzungen der §§ 31, 33–35 BauGB in Bezug auf jedes einzelne Tatbestandsmerkmal die Erteilung des Einvernehmens verweigern kann, ist somit sicherzustellen, dass sie bei ihrer Einvernehmensentscheidung über sämtliche bauplanungsrechtlich potentiell relevanten Antragsunterlagen verfügt.

Liegen die gegenständlichen Unterlagen bei der Genehmigungsbehörde bereits vor, so ist eine Vorlage auf Verlangen der Gemeinde höchstens dann nicht erforderlich, wenn die Unterlagen für die bauplanungsrechtliche Beurteilung von vornherein irrelevant sind. Hieran sind mit Blick auf die Selbstverwaltungsgarantie und die damit einhergehende Planungshoheit der Gemeinde aus Art 28 Abs. 2 GG, Art 78 Abs. 1 LV NRW hohe Anforderungen zu stellen. Soweit die Gemeinde Einwände gegen ihr bereits vorliegende Unterlagen erhebt – sei es hinsichtlich der Vollständigkeit oder Plausibilität –, die zu Nachuntersuchungen und Ergänzungen führen, sind ihr auch diese weitergehenden Erkenntnisse zur eigenen Prüfung zu übersenden. Die Gemeinde muss sich aufgrund ihres eigenverantwortlichen Prüfungsrechts nicht darauf verweisen lassen, nur ein pauschales Ergebnis der Nachträge mitgeteilt zu bekommen. Vielmehr ist sie im Rahmen ihrer Planungshoheit dazu berechtigt und verpflichtet, eine unabhängige Prüfung der neuen Erkenntnisse vorzunehmen. Dies führt nicht dazu, dass die Frist des § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB in einer Weise zur Disposition der Gemeinde gestellt würde, die mit Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelungen nicht vereinbar wäre. Voraussetzung für die Nachforderung von Unterlagen ist nämlich stets, dass die Unterlagen unvollständig sind und die Einwände der Gemeinde bauplanungsrechtliche Relevanz haben. Sollte dies im Einzelfall nicht zutreffen, ist die Genehmigungsbehörde aufgrund des beginnenden Fristablaufs nicht daran gehindert, nach dessen Eintritt entweder das Einvernehmen – soweit rechtswidrig verweigert – zu ersetzen oder, falls keine Reaktion der Gemeinde erfolgt ist, von der Fiktionswirkung des § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB auszugehen. Ob ihre Einschätzung insoweit zutreffend war, ist sodann – wie vorliegend – im Zweifel durch gerichtliche Überprüfung festzustellen.

Die Abfrage des gemeindlichen Einvernehmens erfolgte hier – zunächst im Rahmen einer „Wiederaufnahme“ des Genehmigungsverfahrens für die ursprünglich beantragten zwei WEA – mit Schreiben des Antragsgegners vom 09.08.2018. Zwangsläufig waren

die folgenden, erst später erstellten Antragsunterlagen, auf die im Genehmigungsbescheid Bezug genommen wird, nicht Gegenstand der Einvernehmensabfrage:

- die Sichtbeziehungsuntersuchung zur Beurteilung der optisch bedrängenden Wirkung der reko GmbH & Co. KG vom 11.09.2018,
- das Avifaunistische Gutachten in der überarbeiteten Fassung von Oktober 2018,
- der Nachtrag zum Landschaftspflegerischen Begleitplan von November 2018,
- der Nachtrag der reko GmbH & Co. KG zum Gutachten zur optisch bedrängenden Wirkung vom 14.12.2018 und
- die Überarbeitung der Schallimmissionsprognose vom 31.01.2019.

Die Unvollständigkeit der Antragsunterlagen hat die Antragstellerin im Hinblick auf Sichtbeziehungsuntersuchung und Standsicherheitsnachweis mit Schreiben vom 16.08.2018 und im Hinblick auf Sichtbeziehungsuntersuchung, Avifaunistisches Gutachten und Standsicherheitsnachweis mit Schreiben vom 23.08.2018 gerügt. Die Unvollständigkeit der nachträglich übersandten Sichtbeziehungsuntersuchung vom 11.09.2018 hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 06.12.2018 ebenfalls moniert. Ohnehin waren der Antragstellerin sämtliche nachgereichten bauplanungsrechtlich relevanten Unterlagen zu übersenden. Dies ist vorliegend nicht geschehen. Die Antragstellerin war somit nicht in der Lage, eine abschließende Prüfung in Bezug auf ihr Einvernehmen durchzuführen.

Irrelevant ist an dieser Stelle auch, ob sich die materiell-rechtlichen Bedenken der Antragstellerin im Nachhinein bestätigt haben. Darum geht es bei dem formellen Beteiligungsrecht aus § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB indes nicht. Die Frage der Vollständigkeit der Antragsunterlagen in formeller Hinsicht ist einer materiell-rechtlichen ex ante Betrachtung entzogen. Das Einvernehmenserfordernis dient auch der Sicherung der gemeindli-

chen Planungshoheit dahingehend, dass die Gemeinde klären kann, ob sie Anlass dafür sieht, eine entgegenstehende Bauleitplanung zu betreiben.

Vgl. Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, § 36 Rn. 9 mit zahlreichen Verweisen auf die Rechtsprechung.

Dies setzt selbstverständlich voraus, dass ihr sämtliche Unterlagen zur Verfügung gestellt werden, die für die bauplanungsrechtliche Beurteilung des Vorhabens im Zeitpunkt der Entscheidung über das Einvernehmen relevant sein können, und nicht nur diejenigen, aus denen sich im Nachhinein betrachtet ein materielles Genehmigungshindernis ergeben hat. Im Rahmen ihres Mitwirkungsrechts aus § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB muss der Gemeinde auch die Überprüfung der Nachuntersuchung unter allen Gesichtspunkten möglich sein. In diesem Sinne hat der 8. Senat des OVG NRW zum Umfang des Aufhebungsanspruchs der Gemeinde bei Verletzungen ihres absoluten Verfahrensrechts aus § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB ausgeführt:

„Entgegen der Ansicht des Beklagten und der Beigeladenen hängt der Erfolg des gemeindlichen Aufhebungsbegehrens nicht davon ab, ob das Vorhaben tatsächlich bauplanungsrechtlich unzulässig ist oder ob ein noch offenes Planungsrecht von der Gemeinde ausgeübt worden wäre und dem Vorhaben hätte entgegen gehalten werden können. Andernfalls würde die bereits unter B. II. 2. beschriebene, der Gemeinde vom Gesetzgeber mit Blick auf das Recht der kommunalen Selbstverwaltung eingeräumte Rechtsposition entwertet, weil es der Baubehörde durch Nichtbeachtung der Verfahrensrechte ermöglicht würde, die Gemeinde in die vom Gesetzgeber nicht gewollte Klägerrolle zu drängen, aus der heraus sie ihre Rechtsposition (nicht zuletzt unter Berücksichtigung eines anderen Beurteilungszeitpunkts) verteidigen müsste.“

OVG NRW, Urteil vom 28. November 2007 – 8 A 2325/06 –, juris Rn. 120, juris.

Vorliegend kommt verstärkend hinzu, dass aufgrund des Vorbringens der Gemeinde zur Unvollständigkeit der Antragsunterlagen weitergehende Nachuntersuchungen zur

optisch bedrängenden Wirkung tatsächlich erfolgt sind. Der Antragsgegner und die Beigeladene hielten die Nachbetrachtungen somit ebenfalls für erforderlich. Warum (u.a.) diese Untersuchung der Antragstellerin nicht als Teil der bauplanungsrechtlich relevanten Antragsunterlagen übersandt wurde, ist unerfindlich.

Vor diesem Hintergrund blieben die Antragsunterlagen bis zur Ersetzung des Einvernehmens unvollständig. Eine rechtmäßige Abfrage des Einvernehmens lag nicht vor. Die Antragstellerin hat in jeder Hinsicht ihrer Rügeobliegenheit – so man eine solche bei der Abfrage des Einvernehmens auf Grundlage bewusst unvollständiger Antragsunterlagen überhaupt annehmen will – in jeder Hinsicht genügt. Schon deshalb muss die Ersetzung des Einvernehmens rechtswidrig sein und die Antragstellerin in ihrem absoluten Beteiligungsrecht aus § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB verletzt.

dd) Sichtweise des VG zur Rechtmäßigkeit der Einvernehmensabfrage

Das VG hält den vorstehenden Befunden in seinem angefochtenen Beschluss pauschal entgegen, dass die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens nicht rechtswidrig gewesen sei, weil die Antragstellerin während des Genehmigungsverfahrens ordnungsgemäß beteiligt worden sei und ihr insbesondere nicht für ihre Beurteilung notwendige Antragsunterlagen vorenthalten worden seien (BA, S. 9). Ausdrücklich offen lässt das VG insoweit, ob die von der Antragstellerin im Einzelnen benannten Unterlagen für eine planungsrechtliche Beurteilung erforderlich wären und nach welchem Maßstab dies zu entscheiden sei (BA, S. 9).

(1) Erfordernis eines Kausalzusammenhangs zwischen unvollständigen Antragsunterlagen und Einvernehmensversagung

Jedenfalls – meint das VG – sei dann, wenn eine Gemeinde ihr Einvernehmen verweigere, grundsätzlich davon auszugehen, dass aus ihrer Sicht die ihr vorliegenden Unterlagen genügen, um über die planungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens befinden zu können (BA, S.

10). Mit dem OVG Sachsen-Anhalt (Beschluss v. 15.08.2007 – 2 M 162/07) sei davon auszugehen, dass sich eine Gemeinde, wenn sie sich bei ihrer Prüfung darauf beschränke, einen oder einzelne dem Vorhaben aus ihrer Sicht entgegenstehende Belange herauszugreifen und die Verweigerung ihres Einvernehmens damit zu rechtfertigen, später nicht mehr auf eine Unvollständigkeit der Bauvorlagen berufen könne (BA, S. 10). Letztlich müsse es einen Kausalzusammenhang zwischen dem etwaigen Fehlen der benannten Unterlagen und der Versagung des gemeindlichen Einvernehmens geben (BA, S. 10). Werde die Einvernehmensversagung selbsttragend auf materiell-rechtliche Genehmigungshindernisse (hier Veränderungssperre und Ziele der Raumordnung) gestützt, könne die Gemeinde sich deshalb nicht mehr auf unvollständige Antragsunterlagen berufen (BA, S. 11). Der Verweis auf ein – etwaiges – Fehlen von Antragsunterlagen stelle dann ein im Ergebnis in sich widersprüchliches Verhalten dar, auf das sich die Gemeinde nach dem Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB – *venire contra factum proprium* – nicht berufen könne (BA, S. 11).

So liegt der Fall nach Auffassung des VG hier: Die Antragstellerin könne sich nicht auf das Fehlen der Sichtbeziehungsuntersuchung der reko GmbH & Co. KG vom 11.09.2018, des Nachtrags zum Landschaftspflegerischen Begleitplans von November 2018, des Nachtrags zum Gutachten zur optisch bedrängenden Wirkung vom 14.12.2018 sowie der Überarbeitung der Schallimmissionsprognose vom 31.01.2020 berufen, weil kein Kausalzusammenhang zwischen dem etwaigen Fehlen der benannten Unterlagen und der Versagung des gemeindlichen Einvernehmens vorgelegen habe (BA, S. 10). Bereits mit Schreiben vom 23.08.2018 habe die Antragstellerin nicht nur die Unvollständigkeit der Antragsunterlagen zum Ausdruck gebracht, sondern auch, dass das gemeindliche Einvernehmen wegen der Veränderungssperre und der entgegenstehenden Ziele der Raumordnung nicht erteilt werden könne. Die Versagung des gemeindlichen Einvernehmens sei daher nicht nur als vorsorglich zu verstehen. Die Antragstellerin habe nicht deutlich gemacht, dass bzw. warum sie vor der Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens von dieser Haltung (in Kenntnis der vollständigen Antragsunterlagen) abgerückt wäre.

Die Sichtweise des VG verkennt die rechtlichen Anforderungen des Einvernehmenserfordernisses als absolutes Mitwirkungsrecht, will diese mit Treu und Glauben Erwägungen überspielen und würdigt den vorliegenden Sachverhalt unzutreffend:

- (a) In rechtlicher Hinsicht verkennt das VG das absolute gemeindliche Mitwirkungsrecht nach § 36 BauGB. Danach darf eine Gemeinde bei der Versagung des gemeindlichen Einvernehmens durchaus die Unvollständigkeit von Antragsunterlagen und materielle Versagungsgründe nebeneinander geltend machen. Dies folgt bereits daraus, dass bei unvollständigen Antragsunterlagen die entsprechenden Genehmigungsvoraussetzungen nicht überprüfbar sind, womit letztlich auch materielle Versagungsgründe greifen, was zur Versagung des Einvernehmens berechtigt.

Vgl. VGH München, Urteil v. 02.07.2004 – 1 B 02.1006 – NVwZ-RR, S. 788 (789).

Das gemeindliche Mitwirkungsrecht aus § 36 Abs. 1 BauGB verfolgt nach der Rechtsprechung zweierlei, voneinander unabhängige Funktionen: Zum einen soll die Gemeinde durch Einsatz ihrer Planungsinstrumente die rechtlichen Voraussetzungen der Zulässigkeit des Vorhabens noch verändern können, zum anderen wird der Gemeinde ein selbstständiges Prüfungsrecht vermittelt. Das BVerwG führt hierzu aus:

*„Mit der Regelung über das Einvernehmen der Gemeinde in § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB ruft der Gesetzgeber die Gemeinde als betroffene Gebietskörperschaft und Trägerin der Planungshoheit zur eigenverantwortlichen planungsrechtlichen Beurteilung des Bauvorhabens auf. Er überlässt es der Gemeinde, aus ihrer Ortskenntnis und ihrer planerischen Sicht festzustellen, ob der Bauantrag ihr eine fundierte bauplanungsrechtliche Bewertung des Vorhabens ermöglicht oder in dieser Hinsicht noch ergänzungsbedürftig ist. **Ebenso obliegt ihr die Feststellung, ob und wann ein bei ihr eingereicherter Bauantrag in die erforderliche Beurteilungsreife "hineingewachsen" ist. Die Entscheidung darüber kann und darf***

die Baugenehmigungsbehörde der Gemeinde nicht abnehmen. Auch das ergibt sich aus der Schutzfunktion des Einvernehmenserfordernisses.“ BVerwG, Urteil v. 16.09.2004 – 4 C 7.03 –, juris Rn. 19 [Hervorhebungen durch den Unterzeichner].

Dieses selbständige Prüfungsrecht wird bei fortlaufendem Genehmigungsverfahren und bei nachgereichten Unterlagen selbstverständlich nicht dadurch obsolet, dass die Gemeinde zu einem früheren Zeitpunkt bereits ein Genehmigungshindernis benannt und daraufhin ihr gemeindliches Einvernehmen versagt hat. Bei unvollständigen Antragsunterlagen ist die Gemeinde unabhängig von der Versagung des Einvernehmens berechtigt, deren Unvollständigkeit zu rügen, um die 2-Monats-Frist der Einvernehmensfiktion nach § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB zu hemmen. Schon gar nicht kann die Geltendmachung des einen Rechts – Versagung des Einvernehmens – das andere – Prüfung auf Grundlage vollständiger Antragsunterlagen – schon im Vorfeld der Ersetzung des Einvernehmens ausschließen. Dies gilt in der vorliegenden Konstellation, in der das Einvernehmen der Gemeinde auf Grundlage bewusst unvollständiger Antragsunterlagen abgefragt wurde und die Gemeinde in jedem ihrer Stellungnahmeschreiben die Unvollständigkeit der Antragsunterlagen betont hat, in besonderer Weise. Von der ersten Abfrage des Einvernehmens bis unmittelbar vor dessen Ersetzung hat die Antragstellerin keinen Zweifel daran gelassen, dass sie auf Grundlage vollständiger Antragsunterlagen beteiligt werden möchte. Dies ist konstitutiver Teil ihres absoluten Beteiligungsrechts. Den Eindruck bereits vorher abschließend über die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit entscheiden zu können und zu wollen, hat die Antragstellerin an keiner Stelle vermittelt.

- (b) Eine andere Sichtweise rechtfertigen auch nicht die Billigkeitserwägungen des VG: Treffen beide Situationen zusammen – liegen also unvollständige Antragsunterlagen vor und ergibt sich aus Sicht der Gemeinde ein von der Unvollständigkeit unabhängiges Genehmigungshindernis –, kann die Gemeinde nach dem Sinn und Zweck des Beteiligungsverfahrens nicht dazu gezwungen werden, sich für eine der beiden verfahrens-

rechtlichen Optionen zu entscheiden. Denn beruft sich die Gemeinde nur auf die Unvollständigkeit der Antragsunterlagen, läuft sie am Ende Gefahr, dass, wenn der Unvollständigkeitseinwand im Ergebnis (doch) nicht durchgreift, ihr Einvernehmen aufgrund der nicht eingetretenen Fristhemmung nach § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB nach Ablauf der 2-Monats-Frist fingiert wird, ohne dass sie sich unabhängig davon ergebende Genehmigungshindernisse hätte geltend machen können. Entscheidet sie sich umgekehrt für die Versagung des Einvernehmens aufgrund eines Genehmigungshindernisses, kann sie bei dessen Nichtdurchgreifen nicht nachträglich die Unvollständigkeit der Antragsunterlagen rügen und so eine „Wiedereinsetzung“ in das Abfrageverfahren und die 2-Monats-Frist erreichen. Im Ergebnis würde damit der entscheidungserhebliche Zeitpunkt der Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens in unzulässiger Weise faktisch vorverlagert. Bereits mit der Versagung des Einvernehmens würde die Rüge der Vollständigkeit der Antragsunterlagen abgeschnitten, selbst wenn – wie vorliegend – der Gemeinde die für die bauplanungsrechtliche Beurteilung des Vorhabens erforderlichen Genehmigungsunterlagen nicht vollständig vorliegen und die Gemeinde dies wiederholt rügt.

Auch für die weiteren Beteiligten ergäben sich unhaltbare Konsequenzen: Treffen ein Genehmigungshindernis und unvollständige Antragsunterlagen aufeinander, wäre die Gemeinde zunächst für die vollständige Wahrung ihrer Rechte gezwungen, nur die Unvollständigkeit der Unterlagen zu rügen. Erst wenn diese vervollständigt wurden, könnte sie ihr Einvernehmen wegen des von Beginn an vorliegenden Genehmigungshindernisses versagen. Dies führt im Ergebnis zu einer erheblichen Benachteiligung des Vorhabenträgers. Dieser sieht sich unter Umständen für die Vorlage vollständiger Unterlagen zur Einholung von umfangreichen Gutachten aufgefordert, um dann im Ergebnis die Ablehnung seines Genehmigungsantrages aufgrund einer Einvernehmensversagung aus einem völlig anderen Grund zu erhalten.

Auch vor diesem Hintergrund erschließt sich nicht, weshalb das VG es für billig erachtet, einen Kausalzusammenhang zwischen der Versagung des Einvernehmens und der Rüge der Unvollständigkeit der Antragsunterlagen zu fordern.

- (c) In zeitlicher Hinsicht ist zudem bemerkenswert, dass sich das VG zur Erhärtung seines Treuwidrigkeitsvorwurfs auf die Erklärungen der Antragstellerin zur Versagung des Einvernehmens in ihren Schreiben vom 01.08.18 sowie vom 23.08.18 stützt. Die dem zugrunde liegende Abfrage des Einvernehmens mit Schreiben vom 09.08.18 fand dabei nicht nur aufgrund erklärtermaßen unvollständiger Antragsunterlagen, sondern noch dazu ausdrücklich im Wiederaufnahmeverfahren für die vormals zwei beantragten WEA, die ein aliud zur jetzt antragsgegenständlichen WEA darstellen, statt. Die Vorhabenträgerin erklärte erst mit Schreiben vom 18.12.2018, dass die Antragsunterlagen für die neue WEA als Neuantrag zu werten sind. Auch unter diesem Gesichtspunkt liegt der Vorwurf, die weiteren Nachforderungen von Antragsunterlagen im Neugenehmigungsverfahren für die nun streitgegenständliche WEA treuwidrig, von vornherein neben der Sache. Das Einvernehmen hätte in jedem Fall unter Beifügung vollständiger Antragsunterlagen im Verfahren um die streitgegenständliche WEA neu abgefragt werden müssen.
- (d) Schließlich nimmt das VG zu Unrecht eine mit dem Beschluss des OVG des Landes Sachsen-Anhalt (2 M 162/07) vergleichbare tatsächliche und rechtliche Konstellation an. Dies hat die Antragstellerin bereits in ihrem Schriftsatz vom 29.01.2021 aufgezeigt, was das VG wiederum nicht würdigt. Im Verfahren bei dem OVG des Landes Sachsen-Anhalt hat die Gemeinde ihr Einvernehmen zunächst aufgrund entgegenstehender Belange versagt und sich erst, als sie damit nicht durchzudringen vermochte, nach Ablauf der Zweimonatsfrist auf die Unvollständigkeit der Antragsunterlagen berufen. Die Gemeinde ist im dortigen Fall ihrer Rügeobliegenheit nicht nachgekommen, sodass die Frist über die Entscheidung zum Einvernehmen ablaufen konnte. Das OVG stellte da-

raufhin fest: Es gehe zu Lasten der Gemeinde, wenn sie ihr Prüfprogramm dahingehend reduziere, dass sie die Verweigerung auf einzelne Punkte stütze und nicht weiter prüfe, ob alle erforderlichen Unterlagen vorlägen. Mit der Verweigerung des Einvernehmens habe die Gemeinde zum Ausdruck gebracht, dass eine vollständige Prüfung stattgefunden habe.

Grundlegend anders liegt der Fall hier: Die Antragstellerin hat von Beginn an auf die Unvollständigkeit der Antragsunterlagen hingewiesen. Sie ist ihrer Rügeobliegenheit nachgekommen, sodass die Frist des § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB erst gar nicht anlaufen konnte (s.o.: aa) bis cc)). Vorliegend ist das Beteiligungsverfahren mithin nicht in ein der Präklusionswirkung zugängliches Stadium gelangt.

Im Ergebnis ist der Vorwurf des VG, die Antragstellerin verhalte sich widersprüchlich, wenn sie einerseits die Unvollständigkeit von Antragsunterlagen geltend macht und andererseits das gemeindliche Einvernehmen versagt, in tatsächlicher Hinsicht konstruiert und in rechtlicher Hinsicht nicht zu begründen.

(2) Erfüllung der Beteiligungspflicht

Wohl als hilfsweise zu den auf Treu und Glauben gestützten Erwägungen des VG zu verstehen, macht dieses weiter geltend, Überwiegendes spreche dafür, dass der Antragsgegner seiner Beteiligungspflicht hinreichend nachgekommen sei (BA, S. 12). Soweit es um die Abfrage des Einvernehmens geht, verweist das VG pauschal darauf, dass der Antragstellerin unter dem 30.08.2018 erneut ein Komplettordner der damals vorhandenen Antragsunterlagen übersandt wurde. Zudem sei mit Schreiben vom 17.09.2018 der Antragstellerin die Sichtbeziehungsstudie der reko GmbH & Co. KG vom 17.09.2018 vorgelegt worden. Das Avifaunistische Gutachten von Oktober 2018 sei der Antragstellerin zwar nicht übersandt worden, dies

habe sie aber auch in ihren Schreiben vom 29.11.2018 und vom 06.12.2018 aber auch nicht gerügt (BA, S. 12).

Auch diese Ausführungen des VG überzeugen aus einer Reihe von Gründen nicht. Insoweit kann im Wesentlichen auf die einleitenden, vom VG nicht gewürdigten Ausführungen verwiesen werden:

- (a) Die Abfrage des Einvernehmens war bereits deshalb rechtswidrig, weil der Antragsgegner das Einvernehmen auf Grundlage bewusst unvollständiger Antragsunterlagen und noch dazu im Wiederaufnahmeverfahren für die vormals beantragten zwei Windenergieanlagen abgefragt hat (s.o.: (aa)). Der Gesetzgeber will der Gemeinde dagegen eine Entscheidung über ihr Einvernehmen in dem Genehmigungsverfahren für das jeweilige Vorhaben auf Grundlage in planungsrechtlicher Hinsicht vollständiger Antragsunterlagen ermöglichen. Ein unvollständiges Ersuchen im Verfahren für ein anderes Vorhaben setzt die Frist des § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB schon nicht in Gang. Die Antragstellerin muss sich auch nicht darauf verweisen lassen, dass eine erneute Abfrage zu irgendeinem Zeitpunkt des Verfahrens konkludent erfolgt sei. Da der Zeitpunkt einer nicht ausdrücklichen Abfrage des gemeindlichen Einvernehmens durch die Gemeinde nicht zweifelsfrei bestimmt werden kann, und auch eine Fehleinschätzung dahingehend erneut zu ihren Lasten gehen würde, ist stets ein ausdrückliches Verlangen der Genehmigungsbehörde erforderlich (s.o.: ee)).

- (b) Selbst wenn man – trotz der eklatanten Beteiligungsmängel – hierin nur dann durchgreifende Mängel sehen will, wenn die Gemeinde das falsche Verfahren und die Unvollständigkeit der Unterlagen fristgemäß rügt und das Einvernehmen versagt, hat die Antragstellerin dem vorliegend genügt (s.o.: (bb)).

- (c) An der damit fehlerhaften Abfrage des gemeindlichen Einvernehmens hat sich auch nicht dadurch etwas geändert, dass der Antragstellerin nach der Versagung des Einvernehmens noch einzelne Unterlagen übersandt wurden. Weder wurde das gemeindliche Einvernehmen erneut abgefragt, noch wurden die nachgereichten Unterlagen vollständig übersandt. Der vom VG in den Vordergrund gestellte, unter dem 30.08.2018 zu Verfügung gestellte „Komplettordner“ enthielt nicht alle als unvollständig monierten Unterlagen. Die nachgereichte Sichtbeziehungsuntersuchung zur Beurteilung der optisch bedrängenden Wirkung der reko GmbH & Co. KG vom 11.09.2018 sowie das Avifaunistische Gutachten mit (Zwischen-)Stand August 2018 gaben ebenfalls im entscheidungserheblichen Zeitpunkt der Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens den vollständigen Antragsbestand nicht annähernd wieder. Letztlich fehlten:
- das Avifaunistische Gutachten in der überarbeiteten Fassung von Oktober 2018,
 - der Nachtrag zum Landschaftspflegerischen Begleitplan von November 2018,
 - der Nachtrag der reko GmbH & Co. KG zum Gutachten zur optisch bedrängenden Wirkung vom 14.12.2018 und
 - die Überarbeitung der Schallimmissionsprognose vom 31.01.2019.
- (d) Fehl geht auch der Einwand des VG, die Antragstellerin habe die Unvollständigkeiten nicht hinreichend gerügt. Mit Schreiben vom 06.12.2018 hat die Antragstellerin nicht nur vorsorglich ihr Einvernehmen versagt, sondern explizit darauf hingewiesen, dass sie die Sichtbeziehungsanalyse der reko GmbH & Co. KG vom 11.09.2018 für unvollständig und zwingend nachzubessern hielt. Dieser Forderung entsprachen der Antragsgegner und die Beigeladene mit der Nachbetrachtung der reko GmbH & Co. KG vom 14.12.2018 zum Gutachten zur optisch bedrängenden Wirkung. Der Antragsgegner leitete der Antragstellerin diese Nachbegutachtung jedoch – trotz deren expliziten Hinweises auf die vorherige Unvollständigkeit – aus unerfindlichen Gründen nicht zu. Dasselbe galt für die weiteren, vorstehend bezeichneten Unterlagen, obwohl die Antragstelle-

rin mit Schreiben vom 01.02.2019 noch einmal ausdrücklich zur Übersendung der bei ihm nach der Versagung des Einvernehmens eingegangenen Antragsunterlagen aufgefordert hatte. Soweit das VG diese Aufforderung als bezugslose und nicht hinreichend begründete Bitte (ab-)qualifiziert und moniert, dass die Antragstellerin nicht dargelegt habe, warum die weiteren Unterlagen für die Beurteilung des gemeindlichen Einvernehmens „unerlässlich“ seien (BA, S. 13), verdeutlicht es erneut sein falsches Verständnis vom gemeindlichen Beteiligungserfordernis nach § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB: Das gemeindliche Einvernehmen war kraft Gesetzes auf Grundlage vollständiger Antragsunterlagen zur Beurteilung der Zulässigkeit des Vorhabens nach § 35 BauGB abzufragen. Dass die Gemeinde die insoweit relevanten Unterlagen sehen und prüfen möchte, muss sie nicht weitergehend begründen. Dieser Anspruch ergibt sich aus dem gemeindlichen Beteiligungsrecht als absolutem Verfahrensrecht mit eigenständiger Prüfungscompetenz der Gemeinde.

Die Ersetzung des Einvernehmens ist daher bereits mangels rechtmäßiger Abfrage des gemeindlichen Einvernehmens rechtswidrig und die Antragstellerin schon deshalb in ihrem absoluten Beteiligungsrecht aus § 36 BauGB verletzt. Es kann keine Rede davon sein, dass die Gemeinde als sachnahe und fachkundige Behörde an der Beurteilung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen mitentscheidend beteiligt worden wäre. Vielmehr hat der Antragsgegner die ausreichende Beteiligung der Gemeinde bewusst verweigert, wohl weil er sich in einem Wettlauf mit dem parallel in Aufstellung befindlichen Bebauungsplan Nr. 166 „Gebiet: Mottbruchhalde“ gesehen hat, der auf der Halde einen Landschaftspark und keinen Standort für Windenergieanlagen vorsieht.

b) Verfahrensfehlerhafte Einvernehmensersetzung

Weiter haben wir im Antragsverfahren beim VG dargelegt, dass das Verfahren im Hinblick auf die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens für sich genommen an beachtlichen Feh-

lern leidet. Die Antragstellerin wurde nicht ordnungsgemäß angehört (aa)). Dieser Verfahrensfehler ist auch nicht nach §§ 45, 46 VwVfG NRW unbeachtlich (bb)). Insoweit ist das absolute Beteiligungs- und Mitentscheidungsrecht der Antragstellerin aus § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB ebenfalls verletzt.

aa) Anhörung

Die Anhörung zur Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens war rechtswidrig, weil sie wiederum auf Grundlage unvollständiger Antragsunterlagen erfolgte und zudem keine angemessene Anhörungsfrist gewährt wurde.

- (1.) Gem. § 73 Abs. 4 BauO NRW ist die Gemeinde vor Erlass der Genehmigung anzuhören. Ihr ist Gelegenheit zu geben, binnen angemessener Frist erneut über das gemeindliche Einvernehmen zu entscheiden. Das VG würdigt diese Regelung in seinem Beschluss überhaupt nicht.

Die Regelung verdeutlicht unmissverständlich, dass es sich bei dem Einvernehmenserfordernis auch nach der Vorstellung des Landesgesetzgebers um ein absolutes Verfahrensrecht der Gemeinde mit eigenständiger Prüf- und Mitentscheidungskompetenz handelt. Vor Ersetzung des Einvernehmens ist ihr nochmals („erneut“) Gelegenheit zu geben, über das Einvernehmen selbst zu entscheiden. Dies setzt notwendigerweise voraus, dass die Gemeinde nicht schon wegen der (vorliegend noch dazu hilfsweise) erfolgten Versagung des gemeindlichen Einvernehmens mit weiteren Einwänden gegen die Einvernehmensersetzung abgeschnitten ist. Zum einen würde ansonsten die erneute Gelegenheit zur Entscheidung von vornherein keinen Sinn machen. Zum anderen würde der Gesetzgeber nicht apodiktisch formulieren, dass der Gemeinde nochmals Gelegenheit zu geben ist, „über das Einvernehmen zu entscheiden“. Der Landesgesetzgeber unterstreicht mit dieser Formulierung unmissverständlich die eigenständige Prüfungs- und

Entscheidungskompetenz der Gemeinde im Rahmen des Einvernehmens. Dessen Ersetzung soll nur ultima ratio sein, wenn die Gemeinde sich in der Anhörung nochmals dagegen entscheidet, das Einvernehmen zu erteilen, was auch insoweit die vollständige Kenntnis der bauplanungsrechtlich relevanten Antragsunterlagen in diesem Zeitpunkt voraussetzt. In besonderer Weise muss dies gelten, wenn die Gemeinde – wie vorliegend – im Rahmen der Anhörung nochmals explizit um die Übersendung der vollständigen (und bis dahin bei ihr unvollständigen) Antragsunterlagen bittet. Unterlagen, von deren nachträglicher Veränderung sie keine Kenntnis hat (Avifaunistisches Gutachten von Oktober 2018 und Nachtrag zum Landschaftspflegerischen Begleitplan von November 2018, Schallimmissionsprognose vom 31.01.2019), kann sie nicht konkreter anfordern. Eine ausreichende Gelegenheit zur erneuten Entscheidung über das gemeindliche Einvernehmen nach § 73 Abs. 4 S. 2 BauO NRW bestand damit vorliegend von vornherein nicht.

- (2.) Unabhängig von dem Vorstehenden war die Anhörungsfrist mit zehn Tagen nicht angemessen i.S.d. § 73 Abs. 4 S. 2 BauO NRW. Bei der Fristbemessung sind Kriterien wie Größe, Umfang und politische Bedeutung des Vorhabens sowie rechtliche und tatsächliche Schwierigkeiten zu berücksichtigen.

Vgl. Wiesmann, in: Rehm, BauO NRW, § 74 Rn. 5;

Als Regelwert wird in der Literatur eine Frist von sechs Wochen für angemessen und ausreichend erachtet.

Jaeger, in: BeckOK Bauordnungsrecht NRW, § 73 Rn. 19

Das VG erachtet vorliegend – wohl wiederum vom Ergebnis gedacht – eine Frist von nur zwei Wochen für angemessen. Zur Begründung verweist es auf den seit der Abfrage

des gemeindlichen Einvernehmens durch den Antragsgegner intensiven, zeitnahen Argumentations- und Informationsaustausch zwischen den Beteiligten und darauf, dass Vertreter der Antragstellerin nach einem Vermerk des Antragsgegners Verständnis für eine kurze Stellungnahmefrist gezeigt hätten. Zwar seien der Antragstellerin noch nach Ablauf einer Woche der zweiwöchigen Anhörungsfrist ergänzende Unterlagen übersandt worden, einen weiteren Verlängerungsantrag habe die Antragstellerin daraufhin jedoch nicht mehr gestellt. Umstände, die für eine längere Frist als zwei Wochen sprächen, hätte die Antragstellerin nicht substantiiert vorgetragen (BA, S. 13 f.).

Auch insoweit blendet das VG den Vortrag der Antragstellerin im Beschwerdeverfahren aus, und würdigt die vorliegenden Tatsachen bemerkenswert einseitig:

Die vom VG herangezogenen Anhaltspunkte haben für die Bestimmung der angemessenen Anhörungsfrist keine entscheidende Bedeutung. Weder kann ein vorab erteilter Hinweis, das Einvernehmen ersetzen zu wollen, noch der Einwand, dass die Argumente in der Sache aus Sicht des Antragsgegners bereits hinlänglich ausgetauscht worden seien, oder, dass - in der Wahrnehmung der Vertreter des Antragsgegners - die Vertreter der Antragstellerin „Verständnis“ für die Frist „signalisiert“ hätten, unter den gegebenen Umständen eine angemessene Anhörungsfrist begründen. Tatsächlich verfügte die Antragstellerin während der Anhörung über zentrale Teile der Antragsunterlagen nicht, so dass von einem hinreichenden Austausch zu dem Vorhaben von vornherein keine Rede sein kann. Auch hat die Antragstellerin mit anwaltlichem Schreiben vom 01.02.2019 unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass sie alle weiter eingegangenen Unterlagen benötigt und explizit eine angemessene Verlängerung der Anhörungsfrist beantragt. Dass eine solche - mit den gewährten drei Tagen Verlängerung - nicht gegeben wurde, dürfte auf der Hand liegen. Hierauf hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 06.02.2019 auch noch einmal ausdrücklich hingewiesen. Insoweit sie sich dort außerdem ergänzenden Vortrag in einem gerichtlichen Verfahren vorbehielt, betraf dies den

Fall, dass ihr im Anhörungsverfahren keine hinreichende Stellungnahmefrist mehr eingeräumt wird. Indem das VG diese Ausführungen in der Sache als Verzicht auf eine Fristverlängerung umdeutet, interpretiert es den Sachverhalt tendenziös.

Richtigerweise hätten der Antragsgegner (und das VG) bei der Fristbemessung Kriterien wie Größe, Umfang und politische Bedeutung des Vorhabens sowie rechtliche und tatsächliche Schwierigkeiten berücksichtigen müssen.

Vgl. Wiesmann, in: Rehm, BauO NRW, § 74 Rn. 5; Jaeger, in: BeckOK Bauordnungsrecht NRW, § 73 Rn. 19.

Der Gemeinde soll durch die Anhörung die Möglichkeit gegeben werden, ihre bisherige Entscheidung unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte zu überdenken und unter Umständen zu einer anderen Entscheidung zu kommen. Hierfür ist es einerseits erforderlich, dass ihr ausreichend Zeit für die Prüfung zur Verfügung steht und dass sie andererseits auf eine vollständige Unterlagengrundlage zurückgreifen kann. Dass der vorliegende Fall eine – gemessen an anderen Außenbereichsvorhaben – deutlich überdurchschnittliche Komplexität aufweist, drängt sich schon beim Blick in den Verfahrensgang auf. In Frage steht hier ein sehr breites Spektrum von Genehmigungsvoraussetzungen: Entgegenstehen der Veränderungssperre mit Fragen der Anrechnung von Zurückstellungszeiten, optisch bedrängende Wirkung, Geräuschimmissionen, Artenschutz, Landschaftsschutz, Ziele der Raumordnung, Denkmalschutz, um nur einige zu nennen. Der Genehmigungsbescheid umfasst 49 Seiten. Die politische Bedeutung des Vorhabens ist ebenfalls als hoch einzustufen. Die Windenergieanlage würde aufgrund ihres Standortes auf der Halde erhebliche prägende Wirkung für einen größeren Teil des Stadtgebietes entfalten und vor allem auch in Widerspruch zu der seit Jahren auf der Halde verfolgten Planung für einen Landschaftspark stehen. Bei dem Vorhaben handelt es sich zweifelsohne um ein Politikum, das den Rat und die Öffentlichkeit seit Jahren immer wieder intensiv beschäftigt. In einer solchen Situation das gemeindliche Einvernehmen auf

Grundlage unvollständiger Antragsunterlagen abzufragen und nach bemerkenswert kurzer Anhörungsfrist zu ersetzen, verletzt § 73 Abs. 4 BauO NRW, der der Gemeinde vor der Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens ein Recht auf ausreichende Gelegenheit zur erneuten Entscheidung über das Einvernehmen gibt, evident.

Das Vorstehende gilt erst recht, wenn man mit dem Antragsgegner davon ausgeht, dass der Rat über das Einvernehmen zu entscheiden hatte. Der Antragsgegner hätte sich dann bei der Fristbestimmung an der nächsten turnusmäßigen Sitzungsperiode orientieren müssen. Jedenfalls hätte die Antragstellerin in die Lage versetzt werden müssen, ihre politischen Gremien nochmals einzubinden, was angesichts einer zweiwöchigen Stellungnahmefrist jedoch von vornherein ausgeschlossen war.

Angemerkt sei noch, dass die Antragstellerin diese Argumentation in den Grundzügen bereits im Eilverfahren beim VG vorgebracht hat. Auch insoweit geht das VG einerseits nicht mit einem Wort auf den Vortrag ein, erhebt aber andererseits den Vorwurf, die Antragstellerin habe nichts Substantiiertes für eine längere Anhörungsfrist als zwei Wochen vorgetragen. Dem Anspruch der Antragstellerin auf rechtliches Gehör wird das VG damit nicht gerecht.

- (3.) Hilfsweise hält das VG einen Verfahrensmangel bei der Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens dadurch für geheilt, dass der Antragstellerin im gerichtlichen Verfahren Einsicht in die vollständigen Verwaltungsvorgänge und Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wurde (BA, S. 14).

Grundlegend verkennt das VG dabei wiederum, dass die rechtmäßige Abfrage und Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens absolute Verfahrensrechte der Gemeinde sind.

Vgl. OVG NRW, Urteil v. 28.11.2007 – 8 A 2325/06 – juris Ls. 3; bestätigt durch BVerwG, Beschluss v. 11.08.2008 – 4 B 25/08 – juris Rn. 6 m. w. N.

Eine nachträgliche Heilung ist vorliegend auch durch § 73 Abs. 4 BauO NRW gesetzlich ausgeschlossen. Danach ist die Gemeinde im Zuge der Ersetzung des Einvernehmens vor Erlass der Genehmigung anzuhören und ihr ist Gelegenheit zu geben, binnen angemessener Frist erneut über das gemeindliche Einvernehmen zu entscheiden. Dieses absolute Verfahrensrecht kann durch eine im Nachgang im gerichtlichen Verfahren ermöglichte Akteneinsicht und Gelegenheit zur Stellungnahme nicht geheilt werden. Das gemeindliche Mitwirkungs- und Prüfungsrecht der Gemeinde als absolutes Verfahrensrecht aus § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB besteht im Vorfeld und nicht im Nachgang zur Erteilung einer Genehmigung. Wird § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB verletzt, erfolgt aufgrund der Beteiligung als absolutem Verfahrensrecht keine – von § 46 VwVfG NRW aber vorgesehene – Prüfung, ob der Verfahrensfehler auch materiell durchgreift.

Vgl. BVerwG, Beschluss v. 11.08.2008 – 4 B 25/08 –, juris Rn. 5.

§ 46 VwVfG NRW findet daher auf Verfahrens- und Formfehler im Rahmen des gemeindlichen Einvernehmens keine Anwendung.

Ebenso liegt der Einwand des VG neben der Sache, im Falle der Antragstellerin sei es nicht zu einer „völligen Übergehung“ gekommen. Für eine Verletzung eines absoluten Verfahrensrechts kommt es auf die Schwere der Verletzung von vornherein nicht an. Unabhängig davon sind die Befugnisse der Gemeinde aus § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB und § 73 Abs. 4 BauO NRW zentrale Bestandteile der gemeindlichen Planungshoheit. Diese wurde vorliegend – nochmals cursorisch zusammengefasst – in mehrerlei Hinsicht und im Ergebnis schwerwiegend verletzt:

- Das Einvernehmen wurde zu keinem Zeitpunkt auf Grundlage vollständiger Antragsunterlagen abgefragt.

- Das Einvernehmen wurde nicht einmal im Antragsverfahren für das hier streitgegenständliche Vorhaben, sondern im Wiederaufnahmeverfahren für zwei andere Windenergieanlagen auf der Halde abgefragt.

- Trotz wiederholter Rüge der Unvollständigkeit der Antragsunterlagen wurden der Antragstellerin zentrale Teile der Antragsunterlagen nicht zur Kenntnis gegeben. Das Fehlen einer ausreichenden Sichtbarkeitsanalyse hat die Antragstellerin explizit gerügt, der Antragsgegner hat diese Nachbegutachtung eingeholt, der Antragstellerin allerdings nicht zur Kenntnis gegeben.

- Die Anhörung zur Ersetzung des Einvernehmens hat der Antragstellerin keine erneute Gelegenheit zur Entscheidung über das Einvernehmen in angemessener Frist gegeben. Sie kannte weiterhin zentrale Antragsunterlagen nicht. Die zweiwöchige Anhörungsfrist auf Grundlage unvollständiger Antragsunterlagen kann schwerlich als angemessen bezeichnet werden.

Angesichts dessen kann eine erhebliche Verletzung des gemeindlichen Mitwirkungsrechts aus § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB und § 73 Abs. 4 BauO NRW schwerlich in Abrede gestellt werden.

Weiterhin kommt eine Heilung nach § 45 Abs. 2, Abs. 1 Nr. 3 VwVfG NRW nicht in Betracht, weil es dabei nur um Fälle fehlender Anhörung geht, während vorliegend die gesamte Einvernehmensabfrage und Ersetzung verfahrenswidrig abgelaufen sind. Das Einvernehmen ist die stärkste Form der Verfahrensbeteiligung, die von der schwächeren Form der Anhörung zu unterscheiden ist. Das Einvernehmen setzt eine positive Ent-

scheidung der Gemeinde voraus. Im Rahmen der (bloßen) Anhörung hat die Behörde dagegen nur die Ausführungen des Anzuhörenden zur Kenntnis zu nehmen, kann sich aber im Ergebnis ohne weitere Voraussetzungen hierüber hinwegsetzen.

Schließlich kommt nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung selbst die Heilung eines bloßen Anhörungsmangels außerhalb eines Verwaltungsverfahrens nicht in Betracht.

BVerwG, Urteil v. 24.06.2010 – 3 C 14/09 –, juris Rn. 37; dasselbe, Urteil v. 22.03.2012 – 3 C 16/11 –, juris Rn. 18; dasselbe, Beschluss v. 18.04.2017 – 9 B 54.16 –, juris Rn. 4;

Auch die hilfswesen Erwägungen des VG können daher an der Verletzung der Antragstellerin in ihrem absoluten Beteiligungsrecht nichts ändern.

bb) Ermessensausfall

Neben den vorstehenden Erwägungen ist war die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens auch deshalb rechtsfehlerhaft, weil der Antragsgegner sich offensichtlich zur Erteilung des Einvernehmens verpflichtet gesehen und keinerlei Ermessenserwägungen hierzu angestellt hat.

Die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens wird im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbescheid erst in der Begründung des Bescheides auf S. 30 angesprochen. Den dortigen Ausführungen sind keinerlei Ermessenserwägungen zu entnehmen. Stattdessen führt der Antragsgegner – nach Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB – aus, dass das Einvernehmen zu ersetzen war (S. 31). Bereits der Wortlaut der Norm gibt vor, dass das Einvernehmen ersetzt werden „kann“, weshalb Ermessen auszuüben ist.

Vgl. Dürr, in: Brügelmann, BauGB, § 36 Rn. 49 mit weiteren Nachweisen und Überblick zum Meinungsstand.

Hier kann auch nicht von einer Ermessensreduzierung ausgegangen werden. Der Antragsgegner hätte in jedem Falle würdigen müssen, dass die Antragstellerin mit dem Bebauungsplanverfahren Nr. 166 im Zeitpunkt der Ersetzung des Einvernehmens bereits kurz vor Abschluss der Öffentlichkeitsbeteiligung stand. Aufgrund der erst am 31.10.2018 eingereichten Artenschutzprüfung, des Nachtrags zum Landschaftspflegerischen Begleitplan von November 2018, des Nachtrags zur Sichtbeziehungsuntersuchung vom 14.12.2018 und der Schallimmissionsprognose vom 31.01.2019 bestand für den Antragsgegner in diesem Verfahren in zeitlicher Hinsicht überhaupt kein Entscheidungsdruck. Die Betreiberin hatte überhaupt erst am 18.12.2018 mitgeteilt, dass ihr Antrag vom 19.07.2018 als Neugenehmigungsantrag verstanden werden solle und damit das Vorhaben bestimmt. Zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung am 11.02.2019 sprach somit nichts dafür, der Bauleitplanung der Antragstellerin kurzerhand vorzugreifen. Zumindest hätte sich der Antragsgegner mit der Bedeutung des fortgeschrittenen Standes des Bauleitplanverfahrens im Rahmen seiner Ermessensausübung auseinandersetzen müssen. Tatsächlich ging es ihm hier gegenteilig – und damit ermessensfehlerhafterweise – darum, mit der Anlagengenehmigung dem Bauleitplanverfahren durch mehrere „Abkürzungen“ bei der gemeindlichen Beteiligung zuvor zu kommen. Die Genehmigung wurde just am letzten Tag der öffentlichen Auslegung des Bebauungsplanes Nr. 166 erteilt, mit deren Abschluss der entgegenstehende Bebauungsplan Planreife nach § 33 Abs. 1 BauGB erreichte.

2. Verletzung des materiellen Mitentscheidungsrechts aus § 36 Abs. 1 BauGB

Auch in materieller Hinsicht ist die Antragstellerin in ihrem Recht auf Entscheidung im Einvernehmen aus § 36 Abs. 1 BauGB verletzt. Im entscheidungserheblichen Zeitpunkt lagen für das Außenbereichsvorhaben Genehmigungsvoraussetzungen nach § 35 BauGB und § 14

BauGB nicht vor. Konkret standen dem Vorhaben im entscheidungserheblichen Zeitpunkt der Ersetzung des Einvernehmens in materiell-rechtlicher Hinsicht vor allem die Veränderungssperre für den Bereich des Bebauungsplans Nr. 166 „Gebiet: Mottbruchhalde“ (a)) sowie in mehrfacher Hinsicht öffentliche Belange nach § 35 Abs. 3 BauGB entgegen (b)).

a) Entgegenstehen der Veränderungssperre

Der Antragsgegner hat das gemeindliche Einvernehmen ersetzt und die Anlagengenehmigung erteilt, obwohl die Veränderungssperre der Antragstellerin für den Bereich des Bebauungsplanes Nr. 166 „Gebiet: Mottbruchhalde“ vom 13.06.2016 entgegenstand.

Hinsichtlich der materiellen Rechtmäßigkeit der Veränderungssperre und ihrer Geltungsdauer gegenüber der Beigeladenen haben wir in unserer Antragsschrift vom 19.11.2020 sowie der Replik vom 29.01.2021 ausführlich Stellung bezogen. Die Veränderungssperre war danach im entscheidungserheblichen Zeitpunkt der Genehmigungserteilung gegenüber der damaligen Betreiberin wirksam.

Das VG hat leider auch den gesamten Vortrag der Antragstellerin zur Veränderungssperre in seinem Eilbeschluss unberücksichtigt gelassen. Statt einer Würdigung verweist das Gericht pauschal auf die Ausführungen in seinem Urteil vom 11.05.2017 im Klageverfahren 8 K 27/88/14 und behauptet ohne jede inhaltliche Auseinandersetzung, dass die Ausführungen der Antragstellerin keinen Anlass böten, den zeitlichen Wirkrahmen der Veränderungssperre nachträglich abweichend zu bewerten (BA, S. 15 f.). Dies ist selbst für die summarische Prüfung in einem Eilverfahren zu wenig und überrascht einmal mehr angesichts dessen, dass die Antragstellerin sich mit der Argumentation des VG im Urteil vom 11.05.2017 im Einzelnen auseinandergesetzt und nachgewiesen hat, dass das VG auch insoweit Standpunkte vertritt, die rechtlich kaum haltbar sind. Im Einzelnen:

aa) Materielle Rechtmäßigkeit

Die Veränderungssperre war im entscheidungserheblichen Zeitpunkt der Genehmigungserteilung – entgegen der Rechtsauffassung des VG in ihrem Urteil vom 11.05.2017 – wirksam. Die Wirksamkeit scheitert insbesondere nicht am fehlenden Sicherungsbedürfnis.

Als Sicherungsmittel ungeeignet ist eine Veränderungssperre nur dann, wenn sich das aus dem Aufstellungsbeschluss ersichtliche Planungsziel im Wege planerischer Festsetzung nicht erreichen lässt, wenn der beabsichtigte Bauleitplan einer positiven Plankonzeption entbehrt, der Förderung von Zielen dient, für deren Verwirklichung die Planungsinstrumente des Baugesetzbuchs nicht bestimmt sind, oder wenn rechtliche Mängel schlechterdings nicht behebbar sind.

Vgl. BVerwG, Beschluss v. 21.12.1993 – 4 NB 40/93 –, NVwZ 1994, 685.

Zwar erfordern die nachteiligen Wirkungen der Veränderungssperre deren Rechtfertigung. Zugleich dürfen die Anforderungen an die Konkretisierung der Planung im Interesse der kommunalen Planungshoheit jedoch nicht überspannt werden. Die Veränderungssperre muss deshalb nicht mehr als ein Mindestmaß des Inhalts der beabsichtigten Planung erkennen lassen. Eine bloße Negativplanung, die sich darin erschöpft einzelne Vorhaben auszuschließen, reicht allerdings nicht aus.

St. Rspr., BVerwG, Urteil v. 10.09.1976 – 4 C 39.74 – BVerwGE 51, 121, 128; Beschluss v. 05.02.1990 – 4 B 191.89 – juris; Beschluss v. 25.11.2003 – 4 BN 60.03 – juris; Urteil v. 19.02.2004 – 4 CN 13.03 – juris; Beschluss v. 10. 10. 2007 – 4 BN 36.07 – juris.

Eine strikte Akzessorietät zwischen konkreten Planungsabsichten der Gemeinde und der Rechtmäßigkeit der Veränderungssperre besteht nicht. Es ist gerade Sinn der Veränderungssperre, vorhandene planerische Ziele zu sichern und deren weitere Entwicklung zu ermögli-

chen. Grundsätzlich ist es erforderlich aber auch ausreichend, dass die Gemeinde im Zeitpunkt des Erlasses der Veränderungssperre zumindest Vorstellungen über die Art der beabsichtigten baulichen Nutzung besitzt, sei es, dass sie einen bestimmten Baugebietstyp, sei es, dass sie nach den Vorschriften des § 9 Abs. 1 BauGB festsetzbare Nutzungen ins Auge gefasst hat. Demgegenüber kann nicht verlangt werden, dass Art und Maß der vorgesehenen Nutzung bereits detailliert und abgewogen dargelegt werden können.

Vgl. OVG NRW, Beschluss v. 29.08.2013 – 2 B 875/13 – juris; OVG Rheinland-Pfalz, Urteil v. 27.01.2010 – 1 A 10779/09 – NVwZ-RR 2010, 468; Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, § 14 Rn. 44.

Ein Mindestmaß an konkreter planerischer Vorstellung gehört auch zur Konzeption des § 14 BauGB. Nach dessen Abs. 2 S. 1 kann eine Ausnahme von der Veränderungssperre zugelassen werden, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen. Hinreichend konkretisiert ist eine Planung daher, wenn anhand der beabsichtigten planerischen Gestaltungsvorstellungen nach § 14 Abs. 2 Satz 1 beurteilt werden kann, ob ein konkretes Vorhaben die Planung stören oder erschweren kann.

BVerwG, Beschluss v. 05.02.1990 – 4 B 191.89 – ZfBR 1990, 206; Urteil v. 19.02.2004 – 4 CN 16.03 – NVwZ 2004, 858, 860.

Das zu sichernde gemeindliche Planungskonzept muss sich dabei nicht aus dem Planaufstellungsbeschluss selbst ergeben. Die Dokumentation der Planungsabsichten kann vielmehr durch „alle geeigneten Mittel geführt werden, vor allem durch die gemeindeinternen Beschlussvorlagen und Niederschriften über die Beratung und Beschlussfassung, aber auch aus anderen erkennbaren Unterlagen und Umständen, wie der aus Akten oder anderweitig bekannten Vorgeschichte“.

Stock in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, § 14 Rn. 61; BVerwG, Beschluss v. 01.10.2009 – 4 BN 34.09 –, juris Rn. 9.

Gemessen hieran ist vorliegend das erforderliche Mindestmaß an positiver Plankonzeption im entscheidungserheblichen Zeitpunkt des Beschlusses über die Veränderungssperre am 04.05.2016

– vgl. BVerwG, *Beschluss v. 15.08.2000 – 4 BN 35.00 – juris Rn. 28 –*

ohne Weiteres erkennbar. Das VG hat in seinem Urteil vom 11.05.2017 die gegenteilige Auffassung vertreten. Es wertet dabei allerdings nicht hinreichend, dass die Planung bis zum Beschluss über die Veränderungssperre entscheidend fortentwickelt wurde und insoweit auch der Beschluss des Stadtplanungs- und Bauausschusses vom 14.04.2016 zur Entwicklung des Rahmenkonzepts mit den dort dargelegten Planvorstellungen zugrunde zu legen ist:

Erklärtes positives Planungsziel der Antragstellerin ist eine zusammenhängende Freiraumentwicklung im Bereich der Halden Moltke I/II, Mottbruch, Halde 19 sowie Halde 22. Bereits im Zuge des vom 11.11. bis zum 13.11.2015 durchgeführten Werkstattverfahrens sind zentrale Nutzungs- und Gestaltungsfragen konzeptionell umrissen worden.

Vgl. Haldenwelt Gladbeck, Planungswerkstatt, Dokumentation der Ergebnisse, November 2015, beigelegt als Anlage K1 zur Antragsbegründung vom 19.11.2020, siehe dort insbesondere den Planentwurf auf S. 33 (Stand: 01.12.2015). Dort sind die zentralen Inhalte der Freiraumplanung und das Nutzungskonzept bereits konkretisiert.

Das Gestaltungs- und Nutzungskonzept wurde am 16.03.2016 in einer öffentlichen Veranstaltung zum Thema Haldenwelten in der Stadthalle Gladbeck vorgestellt.

Vgl. Gestaltungskonzept „Gladbecker Alpen“ von März 2016, beigelegt als Anlage K2 zur Antragsbegründung vom 19.11.2020.

Bereits damit waren die baulichen Nutzungen ihrer Art nach umrissen und in den Grundzügen auf den Haldenkörpern verortet. Für den oberen Haldenkörper der Mottbruchhalde ging es von vornherein um eine Freiflächenplanung, die im Wesentlichen öffentliche Grünflächen beinhaltet.

Bis zum Beschluss über die Satzung der Veränderungssperre am 14.04.2016 wurde das Konzept weiter ausgearbeitet. Ausweislich der Begründung zur Satzung über die Veränderungssperre sind für das Gebiet der Mottbruchhalde folgende städtebauliche Maßnahmen vorgesehen:

- Ordnungsgemäße Erschließung (Zugänge/Zufahrten sowie Parkmöglichkeiten)
- Vernetzung / Wegesystem
- Erholungs- und Freizeitnutzung inklusive Sportnutzung
- Prüfung und Regelung baulicher Nutzungsmöglichkeiten im Haldenbereich
- Berücksichtigung der Belange der Wasserwirtschaft und des Gewässerausbaus.

Vgl. Sitzungsvorlage Nr. 16/0114 zur Satzung über die Anordnung einer Veränderungssperre vom 14.03.2016.

Wiederum weitergehend konkretisiert wird das Nutzungs- und Gestaltungskonzept in der Sitzungsvorlage Nr. 16/0147 vom 31.03.2016, auf die die Begründung der Veränderungssperre ausdrücklich Bezug nimmt. Den sich hieraus ergebenden – für die Frage der Wirksamkeit der Veränderungssperre maßgeblichen – Planungsstand hat das VG in seinem Urteil vom 11.05.2017 nicht hinreichend gewürdigt. Die Grundkonzeption der Planung wird in der Sitzungsvorlage unter „Haldenlandschaft“ detailliert beschrieben:

Einleitend wird darauf verwiesen, dass die fünf Halden Moltke I/II und III/IV, Mottbruch, Halde 22 und Halde 19 eine zusammenhängende postindustrielle Landschaft bilden. Ihre

Nutzbarmachung für Erholung, Freizeit und Ökologie werde durch das Konzept eines Ensembles aus den Alt-Halden Moltke I/II und III/IV, Landschaftskunstwerk Mottbruch sowie den Halden 19 und 22 mit den Spuren einer ursprünglichen und der wieder hergestellten Landschaft der Emscherniederung zu einem Alleinstellungsmerkmal innerhalb der Metropole Ruhr. Als Rahmen zur Entwicklung der Haldenlandschaft seien folgende Maßnahmen zur äußeren und inneren Erschließung sowie zur Etablierung einer Basisinfrastruktur vorgesehen:

„Basisinfrastruktur

- *Jede Halde erhält einen eigenen einladend gestalteten Eingangsplatz, er bietet Informationen und Orientierung, ist gleichzeitig Parkplatz und Anbindung an übergeordnete Rad- und Fußwege sowie den ÖPNV.*
- *Ein Hauptweg verbindet die Halden, er holt die Besucher an allen vier Eingangsplätzen ab und erschließt die Halden, er führt zu den beiden zentralen Orten „Basisstation“ und „Alltagswiese“. Der Hauptweg steht allen Nutzern, Wanderern und Radfahrern zur Verfügung. Er wird barrierefrei ausgebaut und soll selbst eine Attraktion werden. Davon abzweigende Nebenwege werden in ihrer Vielfalt nicht begrenzt, bestehen bereits, entstehen spontan oder werden von speziellen Nutzergruppen erstellt.*
- *Einrichtung einer Basisstation im Bereich der ehemaligen Umladeanlage mit einer angemessenen Freizeitinfrastruktur inkl. Erweiterung des vorhandenen Wasserbeckens.*
- *Einrichtung einer Alltagswiese auf dem Plateau mit dem Regenrückhaltebecken an der Südwestseite der Mottbruchhalde.*

Weitere Infrastruktureinrichtungen und bauliche Anlagen

- *Gesamter Haldenbereich
Die Einrichtung der für Freizeit- und Erholungsnutzungen sowie für die Erschließung erforderlichen Infrastruktur soll im gesamten Haldenbereich möglich sein. Dies gilt auch für temporäre Nutzungen.*
- *Mottbruchhalde*

Nach Auffassung der an der Planungswerkstatt Beteiligten sind allerdings auf dem eigentlichen Haldenkörper der Mottbruchhalde als künstlerischem Landschaftsbauwerk jede Art von größeren oder großflächigen Aufbauten wie z.B. Hallen, Fußballplätze, Großskulpturen (wie z.B. „Tiger & Turtle“ oder das Horizontobservatorium), Windenergieanlagen oder auch Wohnungsbau nicht verträglich, weil die Silhouette des Haldenkörpers bewahrt werden soll.

Weitere Infrastruktureinrichtungen und bauliche Anlagen

Für die einzelnen Halden wurden unterschiedliche Szenarien entwickelt:

(...)

- *Halde Mottbruch*

Die Mottbruchhalde bildet das Zentrum der Haldenwelt. Die Werkstatt sieht – trotz der Schüttung mit verringerten Schüttmengen als ursprünglich vorgesehen – in dem Erdbauwerk mit seiner markanten Form des Gipfelkraters ein Landschaftskunstwerk. Daher ist die Silhouette zu bewahren und von höherer Vegetation freizuhalten; der Problematik der Staubentwicklung soll durch geeignete Begrünung begegnet werden.

Im Bereich der ehemaligen Umladeanlage soll eine bauliche Nutzung in Verbindung mit einer größeren Wasserfläche etabliert werden; im Sinne eines „Basislagers“ soll hier – ohne Beeinträchtigung des Landschaftsbildes am Fuß der Halde – die Möglichkeit für eine angemessene Freizeitinfrastruktur geschaffen werden. (...). Für die Notwendigkeit einer Oberflächenentwässerung hat die Planungswerkstatt ein Grobkonzept zur Wasserführung und Rückhaltung erarbeitet. (...)

Das in der Verwaltungsvorlage beschriebene Plankonzept hat der Stadtplanungs- und Bauausschuss der Antragstellerin in seiner Sitzung am 14.04.2016 – unmittelbar vor dem in derselben Sitzung gefassten Satzungsbeschluss über die Veränderungssperre – einstimmig beschlossen.

Damit lag für die Mottbruchhalde im maßgeblichen Zeitpunkt eine positive Grundkonzeption für die zukünftige Nutzung der Halde einschließlich gestalterischer Vorstellungen vor. Angesichts seines Detaillierungsgrades (einschließlich der Verortung einzelner Nutzungen) erfüllte das Plankonzept den für eine Veränderungssperre erforderlichen Konkretisierungsgrad in je-

dem Falle. Ziel war schon im Zeitpunkt der Aufstellung der Veränderungssperre, die Halde als Landschaftskunstwerk zu entwickeln und als Freiraumplanung in das Gesamtkonzept eines Volksparks einzubeziehen. Die dezidiert dargelegten Nutzungs- und Gestaltungsvorstellungen waren Ausdruck eines positiven Plankonzepts. Anhand der Planungsvorstellungen konnte auch ohne weiteres beurteilt werden, ob ein konkretes Vorhaben die Planung stören oder erschweren könnte. Die Antragstellerin zielte ausdrücklich auf die Sicherung der „Land Art-Qualitäten“ der Mottbruchhalde vor einer nicht gewollten Überformung der Haldenwelt durch unverträgliche Nutzungen ab. In diesem Zusammenhang wurden einzelne Nutzungen, wie z. B. bauliche Nutzungen der Freizeitbranche oder Windkraft- und Solarnutzungen, als unverträglich benannt. Dieser Umstand begründet im konkreten Planungskontext nicht den Vorwurf der Beliebigkeit der Planungsziele oder einer bloßen Verhinderungsplanung. Die Regelbeispiele sind nicht abschließend und dienen in der Sache der Konkretisierung des Freiraumkonzeptes. Dass das Plankonzept im Weiteren noch weiter konkretisiert werden sollte, steht einer hinreichend konkretisierten Planung gleichfalls nicht entgegen. Die Veränderungssperre sichert den Planaufstellungsprozess und nicht ein bestimmtes Planergebnis.

Schließlich erwies sich auch im Nachhinein, dass die mit der Veränderungssperre gesicherte Planung nicht vorgeschoben und die Veränderungssperre nicht bloßer Ausdruck einer Verhinderungsplanung war: Der Rat der Antragstellerin hat den Bebauungsplan Nr. 166 nach dem Beschluss über die Veränderungssperre entsprechend dem vorbeschriebenen planerischen Freiraumkonzept fortentwickelt und letztendlich am 04.04.2019 als Satzung beschlossen.

bb) Geltungsdauer

Die Veränderungssperre war auch unter dem Aspekt ihrer Geltungsdauer im Zeitpunkt der Erteilung der Genehmigung der vormaligen Betreiberin gegenüber wirksam. Die Berücksich-

tigung von Zeiten faktischer Zurückstellungen führt – entgegen der Rechtsauffassung des VG – zu keinem anderen Befund:

- (1) Die Veränderungssperre trat mit der Bekanntmachung am 13.06.2016 in Kraft. Sie galt gem. § 17 Abs. 1 S. 1 BauGB zunächst für 2 Jahre, mithin bis zum 13.06.2018. Am 13.06.2018 wurde die Verlängerung um ein weiteres Jahr gem. § 17 Abs. 1 S. 3 BauGB bekanntgemacht. Im Zeitpunkt der Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens mit der Genehmigung vom 11.02.2019 stand die Veränderungssperre der planungsrechtlichen Genehmigungsfähigkeit der Windenergieanlage daher entgegen.
- (2.) Anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass im Einzelfall grundstücksbezogen eine Berücksichtigung anrechnungsfähiger Zeiten erfolgen müsste: Gem. § 17 Abs. 1 S. 2 BauGB ist auf die Zweijahresfrist der seit der Zustellung der ersten Zurückstellung eines Baugesuchs nach § 15 Abs. 1 BauGB abgelaufene Zeitraum anzurechnen. § 17 Abs. 1 S. 2 BauGB ist analog auf Fälle einer sog. faktischen Zurückstellung anzuwenden. Eine faktische Zurückstellung liegt vor, wenn ein Baugesuch zögerlich behandelt oder rechtswidrig abgelehnt worden ist und es dadurch zu einer zeitlichen Verzögerung gekommen ist. Vorausgesetzt ist die Stellung eines konkreten Baugesuchs.

BVerwG, Urteil v. 10.09.1976 – IV C 39.74 – BVerwGE 51, 121.

Nicht jede Stellung eines konkreten Baugesuchs führt indes dazu, dass ab dem Zeiten tatsächlicher oder faktischer Zurückstellungen anzurechnen wären. Auszugehen ist von folgenden Maßgaben:

- (3.) § 17 Abs. 1 S. 2 BauGB ist nicht (entsprechend) auf Konstellationen anzuwenden, in denen zwischen zu sichernder Planung und der vorhergehenden Zurückstellung kein in-

nerer Zusammenhang besteht. Eine Anrechnung von Zurückstellungszeiten scheidet daher aus, wenn die vorlaufende Zurückstellung der Sicherung einer anderen Bauleitplanung diene.

*OVG Berlin, Beschluss v. 03.01.1991 – 2 A 10.90 – BauR 1991, 188;
Sennekamp, in: Brügelmann, BauGB, § 17, Rn. 18 (106. EL April 2018)
m.w.N.*

Eine „andere Bauleitplanung“ liegt vor, wenn sie sich in formeller und materieller Hinsicht von der ursprünglichen Planung unterscheidet. In formeller Hinsicht kommt es daher auf einen neuen Aufstellungsbeschluss, in materieller Hinsicht auf abweichende Festsetzungen an.

*Sennekamp, in: Brügelmann, BauGB, § 17, Rn. 18 (106. EL April 2018)
m.w.N.*

Das Erfordernis der Planungsakzessorietät zwischen zu sichernder Planung und vorhergehender Zurückstellung findet auch darin Ausdruck, dass § 17 Abs. 1 S. 2 BauGB eine Anrechnung von Zurückstellungszeiten ausschließlich bei Zurückstellungen auf Grundlage von § 15 Abs. 1 BauGB – und nicht bei Zurückstellungen auf Grundlage von § 15 Abs. 3 BauGB vorsieht. Die Voraussetzungen einer Analogie zur Zurückstellungsregelung des § 17 Abs. 1 S. 2 BauGB liegen – entgegen der Auffassung des VG – bei Zurückstellungen nach § 15 Abs. 3 BauGB nicht vor.

Vgl. Sennekamp, in: Brügelmann, BauGB, § 17, Rn. 18 (106. EL April 2018).

Hintergrund ist, dass die Zurückstellung nach § 15 Abs. 3 BauGB ein Aufstellungsverfahren für einen Flächennutzungsplan mit den Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB – und damit eine gesamtträumlichen Konzentrationswirkung – erfordert. Mittels

einer Veränderungssperre ist eine solche Konzentrationsplanung nicht sicherungsfähig. Die Zurückstellung auf Grundlage von § 15 Abs. 3 BauGB und eine nachlaufende Veränderungssperre verfolgen daher zwangsläufig andere planerische Zielsetzungen. Bereits die jeweils durch die Planung in den Blick genommenen Gebiete unterscheiden sich – wie auch vorliegend – grundlegend. Im Rahmen der Aufstellung eines von § 15 Abs. 3 BauGB erfassten Flächennutzungsplanes sollen Vorrangzonen für die Windenergie geschaffen werden. Planungsgegenstand ist grundsätzlich der gesamte Außenbereich, wobei für die Windenergie nicht geeignete oder planerisch nicht gewollte Flächen durch die Anwendung von Ausschlusskriterien auszuschneiden sind. Innerhalb der so ermittelten Windkraftkonzentrationszonen bleiben Windenergieanlagen auf Grundlage ihrer allgemeinen Privilegierung im Außenbereich grundsätzlich zulässig, während sie im übrigen Außenbereich nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB regelmäßig ausgeschlossen sind. Im Eigentlichen geht es somit bei der Konzentrationsplanung auf FNP-Ebene um die Planung weitläufiger Ausschlussflächen. Dagegen geht es im Rahmen der Aufstellung eines Bebauungsplanes um die Festsetzung einer, zumeist deutlich kleinräumigeren, positiven Nutzung. Diese quantitativen und qualitativen Unterschiede der Planungsinstrumente hat der Gesetzgeber erkannt und eine Anrechnung von Zurückstellung im Rahmen einer Veränderungssperre nur für die Sicherung von Bebauungsplänen nach § 15 Abs. 1 BauGB vorgesehen. Dass diese Überlegung abschließend war und sich nicht als redaktionellen Fehler darstellt, ergibt sich auch mit Blick auf die Entschädigungsregelung des § 18 Abs. 1 S. 1 BauGB. Hiernach ist eine Entschädigung in Geld zu leisten, wenn dem Betroffenen dadurch ein Vermögensnachteil entstanden ist, dass die Veränderungssperre länger als vier Jahre über den Zeitpunkt ihres Beginns oder der ersten Zurückstellung eines Baugesuchs nach § 15 Abs. 1 BauGB hinaus dauert. Im Rahmen der Veränderungssperre hat sich der Gesetzgeber erneut ausdrücklich dafür entschieden, nur die Zeiten im Rahmen des § 15 Abs. 1 BauGB zu berücksichtigen. Für eine analoge Anwendung des § 17 Abs. 1 S. 2 BauGB auf Zurückstellungen nach § 15 Abs. 3 BauGB ist insoweit kein Raum.

Der vorliegende Fall illustriert die grundsätzlich unterschiedlichen Planungsziele: Die gesamträumliche Steuerung der Windenergie dient offensichtlich einem anderen planerischen Ziel als die Ausweisung eines Landschaftsparks. Die Antragstellerin verfolgte durch das Aufstellungsverfahren des sachlichen Teilflächennutzungsplanes „Konzentrationszonen für Windenergie“ die Steuerung der Windenergie im gesamten Außenbereich. Dahingegen wurde durch den Bebauungsplan Nr. 166 „Gebiet: Mottbruchhalde“ für einen eng umgrenzten Teil des Außenbereichs durch entsprechende Festsetzungen positiv geregelt, welche bauplanungsrechtlichen Anforderungen an Bauvorhaben innerhalb des Plangebietes zu stellen sind. In materieller Hinsicht werden somit gänzlich andere Planungsziele für ein gegenüber der Flächennutzungsplanung deutlich enger eingegrenztes Plangebiet verfolgt. Statt einer Steuerung der Windenergienutzung auf dem gesamten Gemeindegebiet beabsichtigte die Antragstellerin mit dem Bebauungsplan Nr. 166 die Sicherung und den Ausbau der Halden zu einem zusammenhängenden Kultur-, Freizeit- und Erlebnisraum. Sowohl die im Aufstellungsverfahren in den Blick zu nehmenden rechtlichen Regelungen, als auch das Ziel und das Ergebnis des jeweiligen Bauleitplanes unterscheiden sich damit grundlegend.

Vor diesem Hintergrund ist hier die sechsmonatige Zurückstellung mit Bescheid vom 23.05.2012 wegen des in Aufstellung befindlichen sachlichen Teilflächennutzungsplans „Konzentrationszonen für Windenergieanlagen“ von vornherein nicht anzurechnen. Mit der Zurückstellung sollte hier nicht die Aufstellung des Bebauungsplanes Nr. 166 gesichert werden. Für diesen wurde in formeller Hinsicht ein neuer Aufstellungsbeschluss gefasst, in materieller Hinsicht werden andere Planungsziele für ein gegenüber der Flächennutzungsplanung deutlich enger eingegrenztes Plangebiet verfolgt. Statt einer Steuerung der Windenergienutzung auf dem gesamten Gemeindegebiet beabsichtigte die Klägerin mit dem Bebauungsplan Nr. 166 die Sicherung und den Ausbau der Halden zu einem zusammenhängenden Kultur-, Freizeit- und Erlebnisraum.

Sowohl nach dem Wortlaut des § 17 Abs. 1 S. 2 BauGB als auch nach seinem Sinn und Zweck kommt daher eine Anrechnung der Dauer der Zurückstellung nach § 15 Abs. 3 BauGB für das ursprüngliche Baugesuch nicht in Betracht. Insoweit fehlt es bereits an der notwendigen planwidrigen Regelungslücke. Die Ziele der jeweils von der Zurückstellung gesicherten Bauleitplanung nach § 15 Abs. 1 BauGB und § 15 Abs. 3 BauGB sind grundverschieden. Der Gesetzgeber hat dies erkannt und in diesem Bewusstsein die Regelung des § 17 Abs. 1 S. 2 BauGB geschaffen.

Die unterschiedlichen planerischen Zielsetzungen und die bewusste Entscheidung des Gesetzgebers zur Nichtanrechnung der Zurückstellungsfristen nach § 15 Abs. 3 BauGB hat das VG bereits in seinem Urteil vom 11.05.2017 nicht hinreichend gewürdigt. Das VG kann sich auch nicht (mehr) auf die in Bezug genommene Kommentierung von *Ernst/Zinkahn/Bielenberg* zum BauGB stützen. Eine Anrechnung der Zurückstellungszeiten aus § 15 Abs. 3 BauGB wird dort nun verneint. Konkret heißt es:

„Zurückstellungszeiten auf Grund des § 15 Abs. 3 zur Sicherung einer Konzentrationszonenplanung in einem Flächennutzungsplan können auf die Geltungsdauer einer Veränderungssperre nicht angerechnet werden, denn diese sichert einen künftigen Bebauungsplan und damit eine andere Planung als die geplante Aufstellung oder Änderung des Flächennutzungsplans (zutr. Sennekamp BauR 2014, 640 (643); anders die Voraufl. Rn. 16a).“ Stock, a.a.O., § 17 BauGB Rn. 21.

Soweit sich das VG in seinem Urteil vom 11.05.2017 weiter auf eine Kommentarstelle von *Hornmann*, in: *BeckOK BauGB*, *Spannowsky/Uechtritz*, § 15 Rn. 51 bezieht, deckt auch diese die Rechtsauffassung der Kammer bei näherer Betrachtung nicht. *Hornmann* stellt lediglich fest, dass Zeiten faktischer Zurückstellung auf den Zurückstellungszeitraum des § 15 Abs. 3 S. 1 BauGB anzurechnen seien. Dieses Ergebnis stützt er auf § 15 Abs. 3 S. 2 BauGB, wonach Zeiten zwischen dem Eingang des Baugesuchs bei der zu-

ständigen Behörde bis zur Zustellung der Zurückstellung des Baugesuchs nicht anzurechnen seien, soweit der Zeitraum für die Bearbeitung des Baugesuchs erforderlich war. Dass sich hieraus eine Analogie in Bezug auf § 17 Abs. 1 S. 2 BauGB ergeben soll, wird mit keinem Wort erwähnt und lässt sich seinen Ausführungen auch nicht „zwischen den Zeilen“ entnehmen. Diese beschränken sich nämlich einzig auf einen Umkehrschluss aus § 15 Abs. 3 S. 2 BauGB. Auch die zitierte Fundstelle bei *Rieger, in: Schrödter, BauGB, § 17 Rn. 5* vermag keine entsprechende Anwendung zu begründen. Die dortigen Ausführungen erschöpfen sich – ohne ein einziges Argument oder einen einzigen Nachweis (!) – in der in einem Teilsatz aufgestellten Behauptung, dass § 17 Abs. 1 S. 2 BauGB entsprechend für die Zurückstellung nach § 15 Abs. 3 BauGB gelte. Das VG stützt sich damit letztlich auf eine unbegründete Einzelmeinung, ansonsten hat es die Kommentarliteratur gegen sich.

Zusammenfassend lässt sich die vom VG für zutreffend gehaltene, entsprechende Anwendung des § 17 Abs. 1 S. 2 BauGB auf eine Zurückstellung nach § 15 Abs. 3 BauGB weder auf einen dogmatischen Ansatz noch auf die (übrige) Rechtsprechung oder auf aktuelle Kommentarliteratur stützen.

Die sechsmonatige Zurückstellung mit Bescheid vom 23.05.2012 wegen des in Aufstellung befindlichen sachlichen Teilflächennutzungsplans „Konzentrationszonen für Windenergieanlagen“ war hier daher von vornherein nicht anzurechnen.

- (3.) Außerdem ist wegen des Erfordernisses eines inneren Zusammenhanges zwischen zu sichernder Planung und anzurechnender (faktischer) Zurückstellungszeiten von solchen nur auszugehen, wenn ein an sich genehmigungsfähiges Vorhaben außerhalb der Entscheidungsfrist nicht positiv beschieden wird und dadurch ein Zeitverlust entsteht.

OVG NRW, Urteil v. 11.04.2016 – 2 D 30/15.NE – juris Rn. 54; dasselbe, Beschluss v. 29.10.2010 – 7 B 1293/10 – juris Rn. 22 jeweils m.w.N.

Der Beginn der Entscheidungsfrist setzt deshalb auch die Vollständigkeit des Genehmigungsantrages voraus.

VG Münster, Urteil v. 11.04.2019 – 2 K 3630/16 – UA Bl. 14.

Nur wenn der Genehmigungsantrag vollständig und das Vorhaben tatsächlich genehmigungsfähig ist, kann von einer faktischen Zurückstellung die Rede sein. Die Anrechnung faktischer Zurückstellungszeiten ist die Kompensation für eine rechtswidrige Verfahrensbearbeitung durch die Genehmigungsbehörde, mit der diese in zurechenbarer Weise einen Genehmigungsanspruch vereitelt. Besteht ein Genehmigungsanspruch nicht, wirkt sich weder die Sicherung der gemeindlichen Bauleitplanung noch die Verfahrensführung der Behörde auf die Rechtsposition des Vorhabenträgers aus.

Vorliegend hat die ursprüngliche Betreiberin – trotz wiederholter Aufforderung durch den Antragsgegner und entsprechender Hinweise der Antragstellerin – die bis dahin unvollständigen Antragsunterlagen im verwaltungsgerichtlichen Hauptsacheverfahren erst mit Schriftsätzen vom 08.03.2017 (Untersuchung zur optisch bedrängenden Wirkung der zwei WEA des Büros SOLvent vom 7.2.2017 sowie Stellungnahme der Ahlenberg Ingenieure vom 17.07.2015 zum Standsicherheitsnachweis) und vom 18.04.2017 (Bewertung des Landschaftsbildes gemäß Windenergieerlass“ und Begründung zum Antrag auf naturschutzrechtliche Befreiung von den Festsetzungen zum Landschaftsschutzgebiet L 10 Landschaftsplan Nr. 4 „Gladbeck“) ergänzt. Unterstellt, dass ab diesem Datum vollständige Antragsunterlagen vorlagen, so begann die Phase faktischer Zurückstellung frühestens Anfang 2017. Da die Veränderungssperre jedoch bereits am 13.06.2016 in Kraft gesetzt war, sind folgerichtig überhaupt keine Zeiten faktischer Zurückstellung anrechenbar.

Dem kann auch nicht – wie vom VG im Urteil vom 11.05.2017 (a.a.O.) angenommen – entgegengehalten werden, dass einem Vorhabenträger im Zusammenhang mit § 17 Abs. 1 S. 2 BauGB nicht vorwerfbar sei, wenn er zunächst nur einen Teil der Antragsunterlagen vorlege, weil er davon ausgehen müsse, sein Antrag werde keinen Erfolg haben (UA, S. 17). Bei der Frage, ob Zeiten faktischer Zurückstellung bei unvollständigen Antragsunterlagen zu berücksichtigen sind, handelt es sich um eine Kausalitätsfrage und nicht um eine Frage der Vorwerfbarkeit. Davon abgesehen ist die Beifügung sämtlicher Vorlagen zum Genehmigungsantrag, die für die Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen erforderlich sind, von § 4 der 9. BImSchV gesetzlich gefordert. Die Verpflichtung zur Beibringung vollständiger Antragsunterlagen gilt unabhängig davon, ob die Genehmigungsbehörde diese bereits im Rahmen der Vollständigkeitsprüfung nach § 7 Abs. 1 der 9. BImSchV nachverlangt. Schließlich übersieht das VG, dass sowohl die Antragstellerin als auch der Antragsgegner wiederholt auf die Unvollständigkeit der Antragsunterlagen hingewiesen haben.

Schreiben des Beklagten vom 28.10.2011 und vom 16.07.2012 (Blatt 68 ff. bzw. 276 f. der Verfahrensakte des Kreises Recklinghausen); Schreiben der Klägerin vom 19.12.2012 und 19.01.2012 (Blatt 97 f. bzw. 145 f. der Verfahrensakte des Kreises Recklinghausen).

Angesichts dessen überzeugt die (wiederum) auf Billigkeitserwägungen im Einzelfall fußende Argumentation des VG nicht.

- (4.) Selbst wenn man – nach den vorstehenden Befunden äußerst hilfsweise – mit dem Standpunkt des VG im Urteil vom 11.05.2017 davon ausgeht, dass die individuelle Sperrfrist von drei Jahren im Zeitpunkt der Genehmigungserteilung bereits abgelaufen war, entfaltet die Veränderungssperre hier jedenfalls deshalb Wirkung, weil die Voraussetzungen für eine Verlängerung in das vierte Jahr gem. § 17 Abs. 2 BauGB vorgelegen haben. Die Begründung des Genehmigungsbescheides, die nur die Frage nach

der Verlängerung der Veränderungssperre in das dritte Jahr aufwirft, greift insoweit zu kurz. Die der Gemeinde in § 17 Abs. 2 BauGB eingeräumte Möglichkeit der Verlängerung der Veränderungssperre um ein viertes Jahr ist auch bei der Berechnung des faktischen Zurückstellungszeitraums zu berücksichtigen.

Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, § 17 Rn. 14; vgl. für die erste Verlängerung der Veränderungssperre nach § 17 Abs. 1 S. 3 BauGB: BVerwG, Beschl. v. 27.07.1990 – 4 B 156.89 – NVwZ 1991, 61 Ls. 3.

Nach § 17 Abs. 2 BauGB kann die Gemeinde die Frist nochmals bis zu einem weiteren Jahr verlängern, wenn besondere Umstände es erfordern.

Besondere Umstände liegen vor, wenn es sich um ein Planverfahren handelt, das sich wegen seines Umfangs, seines Schwierigkeitsgrades oder des Verfahrensablaufes von dem allgemeinen Rahmen der üblichen städtebaulichen Planungstätigkeit wesentlich abhebt, und gerade die Ungewöhnlichkeit des Verfahrens die Ursache dafür ist, dass die Aufstellung des Plans mehr als die übliche Zeit erfordert.

Hier geht es um die Integration der Bauleitplanung für die Halde in ein Gesamtkonzept für die Haldenwelt Gladbecks. Sowohl in räumlicher als auch in konzeptioneller Hinsicht erforderte das Bauleitplanverfahren ein überdurchschnittliches Maß an Ermittlung und Abstimmung. Zeitlich verzögernd hat sich das Verfahren zur Zulassung des Abschlussbetriebsplans ausgewirkt. Dieser ist erst am 25.06.2018 durch die Bezirksregierung Arnsberg zugelassen worden. Die Halde stand daher noch unter Bergaufsicht gem. § 69 Abs. 2 BBergG. Auch musste die Antragstellerin ihrer Bauleitplanung die durch die RAG Montan Immobilien GmbH übermittelten Untersuchungsergebnisse zu Altlasten zugrunde legen. Die letzten hierzu erforderlichen Informationen wurden der Antragstellerin erst am 13.09.2018 übermittelt. Die Berücksichtigung der

Untersuchungsergebnisse ist daraufhin unmittelbar erfolgt, so dass bereits am 15.11.2018 der Offenlagebeschluss erfolgen konnte.

Das Bauleitplanverfahren für die Mottbruchhalde hob sich damit in seiner Komplexität und der auch deshalb eingetretenen Verfahrensverzögerungen von einem durchschnittlichen Bauleitplanverfahren deutlich ab.

Nach alledem stand zum Zeitpunkt der Genehmigungsentscheidung (11.02.2019) auch die Veränderungssperre entgegen. Am 11.02.2015 war kein vollständiger Genehmigungsantrag gestellt; die Veränderungssperre zur Sicherung der Aufstellung des Bebauungsplanes Nr. 166 „Gebiet: Mottbruchhalde“ wurde erst deutlich später beschlossen und in Kraft gesetzt.

Die Berücksichtigung von Zeiten faktischer Zurückstellung führt daher aus mehrerlei Gründen nicht dazu, dass die Veränderungssperre vor Erteilung der Genehmigung abgelaufen wäre. Folglich ist die Antragstellerin auch deshalb in eigenen Rechten verletzt, weil ihr Einvernehmen trotz dem Vorhaben entgegenstehender Veränderungssperre ersetzt wurde.

b) Erschließung und sonstige öffentliche Belange

Die Antragstellerin hat in ihrer Antragsbegründung vom 19.11.2020 weiterhin ausführlich zur Frage der gesicherten Erschließung sowie zu entgegenstehenden öffentlichen Belangen vorgebracht (S. 37 ff.). Auf den dortigen Vortrag geht das VG in seinem Beschluss nicht oder aber allenfalls oberflächlich ein. Insoweit sei an dieser Stelle, auch angesichts des klaren Befundes zur Verletzung des formellen gemeindlichen Beteiligungsrechts aus § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB, zunächst verwiesen. Ergänzend eingegangen sei hier nur noch einmal auf die Aspekte Erschließung (aa)) sowie die widersprechenden Darstellungen des Landschaftsplanes als entgegenstehender öffentlicher Belang nach § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BauGB (bb)).

aa) Erschließung mit Löschwasser

Das Erfordernis der „Sicherung der ausreichenden Erschließung“ in § 35 Abs. 1 S. 1 BauGB umfasst bei Windenergieanlagen auch die Verfügbarkeit einer ausreichenden Löschwassermenge.

OVG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 16.11.2017 – OVG 11 B 6.15 – juris Rn. 63; OVG Koblenz, Urteil v. 6.11.2014 – 8 A 10560/14 – juris Rn. 37 ff.; OVG Hamburg, Urteil v. 28.05.2015 – 2 Bf 27/14 – juris Rn. 63.

Das vorgelegte Brandschutzkonzept trifft hierzu keine Aussage und berücksichtigt die besonderen örtlichen Verhältnisse nicht. Es handelt sich um ein Konzept des Herstellers Enercon für den beantragten Anlagentyp, das offenbar unverändert und ohne Berücksichtigung der Einzelfallumstände eingereicht wurde.

Das Brandschutzkonzept behandelt etwa nicht die Frage, wie überhaupt Löschwasser auf die Halde geschafft werden soll. Aufgrund der Entfernung und der Topographie der Halde dürfte ein Anschluss an die Trinkwasserversorgung kaum möglich sein. Ob die benötigten Wassermengen im Brandfalle rechtzeitig über Löschfahrzeuge herbeigeschafft werden können, ist offen. Außerdem wird die Brandbekämpfung durch das sehr hängige Gelände erschwert. An der Flanke des nachempfundenen Vulkans, die mit Löschfahrzeugen nicht erreicht werden kann, hat sich bereits Trockenvegetation eingestellt, die eine besondere Brandlast begründet. Ebenfalls nicht untersucht ist, wie sich ein Brand auf die entzündlichen Teile des in den Haldenkörper eingebrachten Bergematerials und damit die Standfestigkeit der Anlage auswirken kann. Dass die Gefahr eines Haldenbrandes besteht, legt die Situation an der unmittelbar angrenzend gelegenen Halde Graf Moltke nahe. Die Halde befindet sich nach Gasentzündungen seit vielen Jahren im Schwelbrand.

Ein Haldenbrand hätte erhebliche Gefährdungen zur Folge. Verstärkt wird die mögliche Gefährdung durch die besondere topographische Situation: Einige Wohnhäuser befinden sich

unmittelbar am Haldenfuß, so dass sie im Falle eines Anlagenbrandes unmittelbar von brennenden Anlagenteilen getroffen werden können. Im Zuge der Realisierung des Landschaftsparkes sollen in nur wenigen hundert Metern Entfernung Übernachtungsmöglichkeiten geschaffen werden. Im Brandfall führt das – ansonsten übliche – kontrollierte Abbrennenlassen der Anlage daher zu erheblichen Gefahren.

Diesen Bedenken tritt das VG mit der schlichten Erwägung entgegen, dass die Antragstellerin im Zuge des Genehmigungsverfahrens keine Bedenken gegenüber dem Brandschutzkonzept erhoben habe (BA, S. 16.). Allerdings ging die Antragstellerin von vornherein nicht von einem genehmigungsfähigen Vorhaben aus und ist mit einem entsprechenden Einwand jetzt auch nicht präkludiert. Solange nicht ein überarbeitetes Brandschutzkonzept den aufgezeigten Risiken Rechnung trägt, ist davon auszugehen, dass die Erschließung auch hinsichtlich der Löschwasserversorgung nicht hinreichend gesichert ist.

bb) Landschaftsplan – § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BauGB

Das VG vermag ferner nicht zu erkennen, dass das Vorhaben den Darstellungen des Landschaftsplanes Nr. 4 – Gladbeck – des Antragsgegners nach § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BauGB widerspricht.

Der Landschaftsplan Nr. 4 „Gladbeck“ des Beklagten weist für den auf der Mottbruchhalde gelegenen Anlagenstandort das Landschaftsschutzgebiet L10 aus.

S. 145 ff. des Satzungstextes des Landschaftsplans Nr. 4 „Gladbeck“.

Das VG erkennt zutreffend, dass die Errichtung der Windenergieanlage der Beigeladenen von dem Errichtungsverbot für bauliche Anlagen unter C. 1.2.1., Verbot 1 des Landschaftsplanes erfasst wird. Allerdings hält das VG fälschlicherweise die Voraussetzungen für eine Befrei-

ung nach § 36 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BNatSchG aus Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses für gegeben (BA, S. 21).

- (1.) Das VG will den Rückgriff auf den Befreiungstatbestand nicht von dem Vorliegen einer atypischen Situation abhängig machen. Im Ausgangspunkt übersieht es dabei die unterschiedlichen Regelungsbereiche von Ausnahme und Befreiungen und deren systematisches Verhältnis zueinander: Während Ausnahmetatbestände typischerweise bei Normerlass bekannte bzw. voraussehbare Fallgruppen regeln, für die eine Regelung generell nicht passt, geht es bei Befreiungstatbeständen um nicht vorhersehbare atypische Sonderfälle, denen im Einzelfall Rechnung getragen werden soll.

Sauthoff, in: Schlacke, BNatSchG Kommentar, 2. Auflage 2016, § 67, Rn. 9 m. w. N.

Ausnahme und Befreiung sind daher für unterschiedliche Konstellationen vorgesehen und schließen sich im Regelfall gegenseitig aus. Wenn ein Sachverhalt grundsätzlich unter einen Ausnahmetatbestand fällt, dessen Voraussetzungen nicht erfüllt werden, ist durch Auslegung der Ausnahmegvorschrift zu ermitteln, ob dennoch eine Befreiung möglich ist. Betrifft der Lebenssachverhalt eine andere Konstellation, als die durch die Ausnahmegvorschrift geregelt, kommt eine Befreiung in Betracht.

Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band II, § 67 BNatSchG, 75. EL Jan. 2015, Rn. 4.

Die Abgrenzung erfolgt anhand der näheren Voraussetzungen der Atypik: Dieses Erfordernis gewährleistet, dass der Wille des Plangebers und sein Plankonzept nicht im Wege der Befreiung unterlaufen werden. Die Befreiungsmöglichkeit dient nämlich (nur) dazu, einer rechtlichen Unausgewogenheit zu begegnen, die sich ergeben kann, wenn aufgrund der besonderen Umstände des jeweiligen Einzelfalles der Anwendungsbereich ei-

ner Vorschrift und deren materielle Zielrichtung nicht miteinander übereinstimmen; in derartigen Sonderfällen soll der generelle und damit zwangsläufig auch schematische Geltungsanspruch der Vorschrift zugunsten der Einzelfallgerechtigkeit durchbrochen werden können.

BVerwG, Beschl. v. 14.9.1992 – 7 B 130/92 – juris Rn. 5.

Soweit sich das VG dagegen unter Berufung auf den Beschluss des erkennenden Senats vom 20.11.2017 – 8 A 2389/14 –, juris, Rn. 13, für eine Befreiung eine Atypik nicht für erforderlich hält, verkennt es, dass es bei diesem Kriterium nicht darum geht, in jedem Fall geregelter Ausnahmen den Rückgriff auf einen Befreiungstatbestand auszuschließen. Maßgeblich ist vielmehr, ob der zur Befreiung anstehende Lebenssachverhalt eine andere Konstellation betrifft, als die durch die Ausnahmvorschrift geregelte. Das Erfordernis der Atypik stellt dann sicher, dass der im Ausnahmetatbestand zum Ausdruck gekommene Wille des Plangebers nicht durch Rückgriff auf einen Befreiungstatbestand überspielt wird. Dies wäre hier der Fall, weil sich der Landschaftsplan ausdrücklich mit der Zulassung von Windenergieanlagen im Landschaftsschutzgebiet auseinandersetzt, diese nur dann vom Bauverbot ausnimmt, wenn sie in planungsrechtlich abgesicherten Konzentrationszonen errichtet werden und Ausnahmetatbestände ausdrücklich für bestimmte andere privilegierte Vorhaben, jedoch gerade nicht für Windenergieanlagen.

Vgl. hierzu ausführlich: Schriftsatz der Antragstellerin v. 19.11.2020, S. 54 ff.

- (2.) Wenn man der Forderung nach einer atypischen Fallgestaltung nicht folgt, muss dem Willen des Plangebers jedenfalls dadurch Rechnung getragen werden, dass die unter besonderen Schutz gestellten Ziele des Landschaftsplanes nicht im Wege der Befreiung freihändig untergraben werden. Der erkennende Senat hat insoweit mit Urteil vom 21.04.2020 – 8 A 311/19 –, juris Rn. 54, folgende Maßstäbe aufgestellt:

*„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 geboten 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, Landschaftsschutzgebietsatzungen und die mit ihnen 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.**“
[Hervorhebungen durch Unterzeichner].*

Nicht gerechtfertigt sind danach mehr als geringfügige Beeinträchtigungen der Landschaft und Beeinträchtigungen der unter besonderen Schutz gestellten Ziele des Landschaftsplanes. Der Schutzzweck des Landschaftsschutzgebiets Nr. 10 „Brauck“ ist wie folgt definiert:

*„Die Festsetzung des Raumes als Landschaftsschutzgebiet ist zur Wiederherstellung naturnaher Lebensstätten und Lebensgemeinschaften und ihrer Wirkungsgefüge entsprechend der veränderten spezifischen Standortbedingungen als auch zur **Wiederherstellung eines befriedigenden***

*Landschaftsbildes mit einem entsprechenden Wegeangebot für die wohnungsbezogene und gesamtstädtische Erholungsnutzung erforderlich.“
[Hervorhebungen durch Unterzeichner].*

Dass eine über 200 m hohe Windenergieanlage, die auf dem Rand eines nachempfundenen Vulkankegels thront und von dort aus weite Teile des Stadtgebietes prägt, die Wiederherstellung eines befriedigenden Landschaftsbildes beeinträchtigt, müsst – alle Sympathie für Windenergie unterstellt – auf der Hand liegen. Dass der Standort der Anlage auch der Erholungsnutzung der ehemaligen Halde abträglich ist, drängt sich ebenso auf. Die Stadt Gladbeck ist geprägt durch dichte Bebauung, erhebliches Verkehrsaufkommen und ausgedehnte gewerblich/industrielle Nutzungen. In einer solchen Situation sollte die Naherholung nicht auch noch unter einer Windenergieanlage stattfinden müssen. Die Anlage beeinträchtigt die Erholungsnutzung infolge des ästhetisch deplatzierten Standortes auf dem Rand des nachempfundenen Vulkans, die von ihr ausgehende optische Unruhe sowie ihre erheblichen Geräuschemissionen im gesamten Haldenbereich.

Vgl. hierzu ausführlich: Schriftsatz der Antragstellerin v. 19.11.2020, S. 58 ff.

Auf Grundlage der aktuellen Maßstäbe des erkennenden Senats ist für eine Befreiung im konkreten Einzelfall damit kein Raum. Das VG blendet diese Maßstäbe aus und würdigt einseitig, wenn es unter Hinweis auf die Windhöflichkeit von einem „prädestinierten Standort für Windenergie“ spricht.

3. Ergebnis

Die Anlagengenehmigung verletzt die Antragstellerin damit offensichtlich in ihren Rechten aus § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB. Dies gilt sowohl für das formelle als auch für das materielle Mitwirkungsrecht. Mithin überwiegt das Aussetzungsinteresse das Vollzugsinteresse der Bei-

geladenen an der Ausnutzung der erteilten Genehmigung. Neben den Erfolgsaussichten in der Hauptsache spricht hierfür auch der Umstand, dass bereits mit der Errichtung der Windenergieanlage die Realisierbarkeit des Landschaftsparks grundlegend in Frage gestellt würde.

2. Teil: Antrag auf Zwischenverfügung

Weiterhin **beantragt** die Antragstellerin zur einstweiligen Sicherung ihrer Rechte

der Beigeladenen die Errichtung der Windenergieanlage auf der Mottbruchhalde auf Grundlage der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung vom 11.02.2019 im Wege einer Zwischenverfügung bis zur Entscheidung des Senats über die Beschwerde gegen den Beschluss des VG Gelsenkirchen vom 22.02.2021 zu untersagen.

Die Antragstellerin hat bereits in der letzten Woche (11. KW) mit den Fundamentarbeiten für die Windenergieanlage begonnen. Nach Angaben der Beigeladenen möchte sie das Bauprojekt zügig realisieren. Für die Antragstellerin droht damit, dass der Beschluss des Senats über die Beschwerde gegen die Anlagengenehmigung zu spät kommen und damit faktische Verhältnisse eintreten können. Die jahrelangen Planungen der Antragstellerin für den zusammenhängenden Freizeit- und Erlebnisraum der Gladbecker Halden würden hinfällig. Sowohl mit dem künstlerischen Anspruch einer Vulkansilhouette als auch mit dem beabsichtigten Freiraumeindruck ist eine auf der zentralen Mottbruchhalde thronende Windenergieanlage unvereinbar. Für stille Erholung (einschließlich der geplanten Übernachtungsmöglichkeiten) eignet sich das Haldengelände aufgrund der von dieser ausgehenden Geräuschbelastung und des optischen Unruhelementes dann nicht mehr. Bei Frost scheidet ein sicherer Aufenthalt auf der Halde wegen der Gefahr von Eiswurf von vornherein aus. Insbesondere das Projekt „Basislager“ ist mit der Windenergieanlage städtebaulich und immissionsschutzrechtlich unvereinbar. Städtebauförderungsmittel für das im Rahmen der Internationalen Gartenausstellung 2027 (IGA) geplante Projekt werden mit der Windenergieanlage voraussichtlich nicht zu erreichen

sein. Die Zielsetzung eines Landschaftsparkes zur ruhigen Erholungsnutzung wird damit in einem ihrer Kernbestandteile in Frage gestellt.

Dr. Unland
Rechtsanwalt