
Datum: 02.07.2021
Gericht: Oberverwaltungsgericht NRW
Spruchkörper: 7. Senat
Entscheidungsart: Anerkenntnisurteil
Aktenzeichen: 7 B 286/21
ECLI: ECLI:DE:OVGNRW:2021:0702.7B286.21.00

Vorinstanz: Verwaltungsgericht Gelsenkirchen, 8 L 1615/20

Tenor:

Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Gelsenkirchen vom 22.2.2021 wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 30.000 Euro festgesetzt.

Gründe:

Die Beschwerde der Antragstellerin hat keinen Erfolg. Das Beschwerdevorbringen, auf dessen Prüfung der Senat gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO beschränkt ist, führt nicht zur Änderung des angegriffenen Beschlusses, mit dem das Verwaltungsgericht den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage - 8 K 1199/19 - gegen die immissionsschutzrechtliche Genehmigung vom 11.2.2019 für die Errichtung und den Betrieb einer Windenergieanlage abgelehnt hat.

1. Der Antrag ist nunmehr als Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3, Abs. 5 Satz 1 VwGO i. V. m. § 63 BImSchG statthaft. Denn § 63 BImSchG in der seit dem 10.12.2020 geltenden Fassung gilt auch für Genehmigungen, die vor seinem Inkrafttreten erteilt worden sind.

Vgl. Senatsbeschluss vom 12.3.2021 - 7 B 8/21 -, juris.

2. Aus dem Beschwerdevorbringen ergibt sich – nach der hier allein gebotenen summarischen Beurteilung – nicht, dass die von dem Antragsgegner unter Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 BauGB erteilte Genehmigung zulasten der

1

2

3

4

5

Antragstellerin rechtswidrig wäre.

a) Soweit die Antragstellerin einwendet, das Ersuchen um Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren nach § 36 Abs. 1 Satz 1 und 2 BauGB sei aufgrund der bewusst unvollständigen Antragsunterlagen fehlerhaft gewesen, sie habe dies (mehrfach) fristgemäß gerügt und ihr sei eine Entscheidung auf Grundlage in planungsrechtlicher Hinsicht vollständiger Unterlagen zu ermöglichen, dringt sie mit diesem Vorbringen nicht durch. 6

Das Verwaltungsgericht hat eine Verletzung der Antragstellerin in ihren Rechten insoweit tragend mit der Begründung verneint, dass diese ihr Einvernehmen verweigert habe. Verweigere die Gemeinde ihr Einvernehmen, sei grundsätzlich davon auszugehen, dass die ihr vorliegenden Unterlagen aus ihrer Sicht genügten, um über die planungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens zu befinden. Sie könne sich nicht einen oder einzelne Belange zur Begründung der versagenden Entscheidung herausgreifen und sich zugleich – quasi zeitlich unbegrenzt – die Anforderung weiterer Bauvorlagen und die weitergehende Prüfung der planungsrechtlichen Zulässigkeit des Vorhabens vorbehalten. Die Antragstellerin habe mit Schriftsatz vom 23.8.2018 und noch einmal mit Schriftsätzen vom 29.11.2018 und 6.12.2018 ihr Einvernehmen insbesondere mit Blick auf den Erlass der Veränderungssperre für den Bereich des Bebauungsplans Nr. 166 nicht nur vorsorglich versagt. 7

Diese Feststellungen werden durch die Ausführungen der Antragstellerin zum Ersuchen des Antragsgegners schon deshalb nicht durchgreifend erschüttert, weil davon auszugehen ist, dass eine Versagung des gemeindlichen Einvernehmens aus Sachgründen den Einwand der Gemeinde, das Einvernehmensersuchen sei wegen offenkundiger Unvollständigkeit der Unterlagen rechtsmissbräuchlich, ins Leere laufen lässt. 8

Vgl. BVerwG, Urteil vom 27.8.2020 - 4 C 1/19 -, juris. 9

Dies gilt summarischer Beurteilung zufolge auch dann, wenn die Versagung des Einvernehmens und die Rüge der Unvollständigkeit der Antragsunterlagen wie hier in zeitlichem Zusammenhang erfolgen. Eine abschließende Überprüfung der darauf bezogenen Einwände der Antragstellerin zum Umfang ihres absoluten gemeindlichen Mitwirkungsrechts nach § 36 BauGB mag dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben. 10

Anders als die Antragstellerin meint, ergibt sich nichts Gegenteiliges daraus, dass das Einvernehmensersuchen des Antragsgegners ursprünglich im Rahmen einer „Wiederaufnahme“ des abschlägig beschiedenen immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens für die Errichtung und den Betrieb von zwei Windenergieanlagen des Typs Repower 3.2M114 (Aktenzeichen: (70.5) 562.0022/11/0106.2) erfolgte. Für die Antragstellerin war nämlich offenkundig, dass das Einvernehmensersuchen ein neues Vorhaben an einem anderen Standort betraf. Nichts anderes hat sie mit ihrem Schriftsatz vom 6.12.2018 zum Ausdruck gebracht. 11

b) Das Vorbringen der Antragstellerin, die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens sei rechtswidrig, weil keine angemessene Anhörungsfrist gewährt worden (dazu aa)) und die Anhörung auf der Grundlage unvollständiger Unterlagen erfolgt sei (dazu bb)), hat ebenfalls keinen Erfolg. 12

aa) Das Verwaltungsgericht hat festgestellt, dass die vom Antragsgegner mit Anhörungsschreiben vom 24.1.2019 gesetzte und bis zum 7.2.2019 verlängerte Frist zur Abgabe einer Stellungnahme zur beabsichtigten Ersetzung des gemeindlichen 13

Einvernehmens angemessen gewesen ist. Es hat sich dabei maßgeblich auf den seit der Abfrage des gemeindlichen Einvernehmens erfolgten intensiven und zeitnahen Argumentations- und Informationsaustausch zwischen den Beteiligten sowie den Vermerk des Antragsgegners vom 25.1.2019 zum Gesprächstermin vom 24.1.2019 zwischen den Verwaltungsspitzen der Antragstellerin und des Antragsgegners gestützt. Festzuhalten ist insoweit, dass die Vertreter der Antragstellerin nach dem genannten Vermerk angesichts des Umstands, dass die „Argumente hinsichtlich des gemeindlichen Einvernehmens bereits umfangreich ausgetauscht seien“, ausdrücklich Verständnis für eine „sehr kurze Frist in der Anhörung“ signalisiert hatten. Eine solche Abstimmung zwischen den nach außen vertretungsberechtigten Organen der beiden Beteiligten rechtfertigt hier nach summarischer Prüfung die Einstufung der gewählten Anhörungsfrist auch mit Blick auf das Beschwerdevorbringen als (noch) angemessen.

bb) Ist die Anhörung hinsichtlich der Fristsetzung nach summarischer Prüfung rechtmäßig erfolgt, so gilt nichts anderes mit Blick auf die bis zum Fristablauf gewährte Akteneinsicht. Auch diese war nämlich maßgeblich durch die im Gesprächstermin vom 24.1.2019 nach Aktenlage erfolgte Abstimmung bestimmt. 14

Soweit die Antragstellerin mit Schriftsatz ihres damaligen Prozessbevollmächtigten vom 1.2.2019 konkret benannte weitere Unterlagen angefordert hat, wurden ihr diese mit E-Mail des Antragsgegners vom selben Tage übersandt. Mit Blick auf die allgemeine Anforderung der „nach der Versagung des gemeindlichen Einvernehmens eingegangenen weiteren Unterlagen“ durfte sich der Antragsgegner angesichts der Kürze der gesetzten Frist in der genannten E-Mail darauf zurückziehen, dass die „Argumente in der Sache“ bereits „erschöpfend ausgetauscht worden“ seien, wie es auch in dem Vermerk vom 25.1.2019 zum gemeinsamen Gesprächstermin vom 24.1.2019 festgehalten wurde. 15

c) Die Antragstellerin ist nach summarischer Prüfung auch nicht mit ihrem Einwand erfolgreich, dass dem Vorhaben ihre Veränderungssperre für den Bereich des Bebauungsplans Nr. 166 entgegenstehe. 16

Das Verwaltungsgericht hat sich insoweit selbstständig tragend darauf gestützt, dass die Veränderungssperre mangels hinreichend konkretisierter planerischer Ziele nicht wirksam in Kraft getreten sei und dazu auf sein Urteil vom 11.5.2017 im Klageverfahren mit dem Aktenzeichen 8 K 2788/14 Bezug genommen. Dem Aufstellungsbeschluss für den Bebauungsplan Nr. 166 und dem Beschluss über die Veränderungssperre ließen sich keine nennenswerten Anhaltspunkte über die Planungsabsichten entnehmen. Weder die Planzeichnungen zum Aufstellungsbeschluss noch diejenigen zur Veränderungssperre enthielten Festsetzungsabsichten, sondern zeichneten vielmehr allein den status quo nach. Anlässlich des Aufstellungsbeschlusses sei lediglich beschlossen worden, dass die „Nutzung des Haldenkörpers als Standort zur Erzeugung erneuerbarer Energien“ kein weiteres Aufstellungsziel sein solle. Auch den Ausschuss- und Ratsvorlagen der Antragstellerin seien keine hinreichend konkretisierten Planungsabsichten zu entnehmen. Aus der allgemein gehaltenen und nicht abschließenden Aufzählung der Ziele ergebe sich, dass letztlich eine Eingrenzung der Planungsabsicht nicht erfolgt, sondern vielmehr eine „Ideensammlung“ zu potenziellen Nutzungsmöglichkeiten vorgenommen worden sei. Deutlich werde die mangelnde Konkretisierung auch durch das in der Aufzählung nicht weiter eingeschränkte Ziel der Prüfung baulicher Nutzungsmöglichkeiten, da Art und Umfang baulicher Nutzung ganz erheblichen Einfluss auf die Einordnung und Ausgestaltung eines Plangebiets hätten. Dies gelte auch vor dem Hintergrund der hier beabsichtigten Freiraumüberplanung des Außenbereichs. Da eine Negativplanung keine hinreichend konkreten (positiven) 17

Planungsvorstellungen ersetze, ergebe sich auch aus der in der Ausschussvorlage Nr. 16/0114 genannten Absicht, anderweitig bestehende Nutzungsabsichten (namentlich die Errichtung von Windenergieanlagen) auszuschließen, keine andere Bewertung der Umstände. Ferner folge aus den Vorlagen Nr. 16/0114 und 16/0147, dass auch nach dem Werkstattverfahren vom 11. bis 13.11.2015 ein Rahmenkonzept und ein Nachnutzungskonzept noch zu entwickeln seien.

Mit Blick auf diese Ausführungen des Verwaltungsgerichts zeigt die Antragstellerin auch mit ihrer Beschwerdebegründung das für den Erlass einer Veränderungssperre nach § 14 Abs. 1 BauGB im maßgeblichen Zeitpunkt erforderliche Mindestmaß an positiven bauleitplanerischen Vorstellungen im Sinne des § 1 Abs. 3 BauGB, 18

vgl. dazu in diesem Zusammenhang OVG NRW, Urteil vom 4.12.2020 - 2 D 50/20.NE -, juris Rn. 27 ff., 19

nicht auf. 20

Der Verweis auf das „Werkstattverfahren“ vom 11. bis zum 13.11.2015 sowie auf die Vorstellung der Ergebnisse dieses Verfahrens am 16.3.2016 genügt insofern schon angesichts der genannten Inhalte der Sitzungsvorlagen nicht. Soweit die Antragstellerin meint, der Vorlage Nr. 16/0147 für die Sitzung des Stadtplanungs- und Bauausschusses am 14.4.2016 sei eine Konkretisierung des Nutzungs- und Gestaltungskonzepts zu entnehmen, sind auch in dieser Vorlage lediglich die Ergebnisse des Werkstattverfahrens zusammengefasst, und die weitere Konkretisierung bleibt einem Rahmenkonzept vorbehalten, erst dieses Konzept sollte dann als Grundlage für das weitere Aufstellungsverfahren des Bebauungsplans Nr. 166, den Rahmenplan für die weitere Entwicklung der Haldenlandschaft sowie ein städtebauliches Nachnutzungskonzept dienen. In diesem Sinne ist auch nach der Ratsvorlage Nr. 16/0114 – wie auch das Verwaltungsgericht in seinem in Bezug genommenen Urteil vom 11.5.2017 hervorgehoben hat – davon auszugehen, das „zu erstellende Nutzungskonzept“ bilde „zukünftig die Grundlage für das Bebauungsplanverfahren Nr. 166“. Nichts anderes ergibt sich daraus, dass der Bebauungsplan Nr. 166 am 4.4.2019 und damit erst etwa drei Jahre später vom Rat der Antragstellerin als Satzung beschlossen wurde. 21

d) Die Antragstellerin hat auch nicht mit ihrem Vortrag Erfolg, dass die ausreichende Erschließung des Vorhabens nach § 35 Abs. 1 BauGB mit Blick auf die unzureichende Verfügbarkeit von Löschwasser angesichts besonderer Brandlasten nicht gesichert sei. 22

Das Verwaltungsgericht hat auf das Brandschutzkonzept verwiesen, das im Einzelnen ausführt, dass aufgrund der besonderen Konstruktionsart der Windenergieanlagen der Firma Enercon keine erhöhte Brandlast oder Brandgefährdung bestehe und im Falle eines Brandes keine größere Anzahl von Menschen, Tieren oder erheblichen Sachwerten gefährdet sei. Deswegen sei eine örtliche Löschwasserbereitstellung (Hydranten, Löschwasserbehälter usw.) nicht notwendig. Zur Erfüllung des abwehrenden Brandschutzes hätten die Gemeinden die notwendige Löschwasserversorgung bereitzustellen und zu unterhalten. 23

Der Hinweis der Antragstellerin auf eine besondere Brandgefahr aufgrund vorhandener Trockenvegetation sowie aufgrund der „entzündlichen Teile des in den Haldenkörper eingebrachten Bergematerials“ der N. wird auch mit dem Verweis auf eine andere Halde (ohne Bezugnahme auf das jeweilige Schüttmaterial und die Schüttdichte) nicht hinreichend konkretisiert und genügt schon deshalb nicht den Darlegungsanforderungen nach § 146 Abs. 4 Satz 3 und 6 VwGO. Gleiches gilt mit Blick auf die behauptete 24

Gefährdung einiger Wohnhäuser „unmittelbar am Haldenfuß“. Die im Zuge der Realisierung des Landschaftsparks geplanten Übernachtungsmöglichkeiten („Basislager“) sind hier schon deshalb nicht relevant, weil sie zum Zeitpunkt des Erlasses der streitgegenständlichen immissionsschutzrechtlichen Genehmigung vom 11.2.2019 ihrerseits noch nicht genehmigt waren.

e) Das Beschwerdevorbringen der Antragstellerin, der Antragsgegner habe das gemeindliche Einvernehmen zu Unrecht ersetzt, weil dem Vorhaben der Landschaftsplan Nr. 4 entgegenstehe, verfährt ebenfalls nicht. Dies gilt sowohl hinsichtlich des Vortrags, die im Landschaftsplan Nr. 4 vorgesehenen Ausnahmen von dem festgesetzten Bauverbot erlaubten für Windenergieanlagen keinen Rückgriff auf den Befreiungstatbestand des § 67 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNatSchG (dazu aa)), als auch für den Einwand, eine Befreiung widerspreche dem Schutzzweck des betroffenen Landschaftsschutzgebiets Nr. 10 „C.“ (dazu bb)). 25

aa) Das Verwaltungsgericht hat ausgeführt, dass für das dem allgemeinen Bauverbot in Landschaftsschutzgebieten nach Abschnitt C.1.2.1 (dort Verbot Nr. 1) des Landschaftsplans Nr. 4 unterliegende Vorhaben die Erteilung einer Befreiung nicht von vornherein deshalb ausscheide, weil der Landschaftsplan unter Abschnitt C.1.2.1 (dort Ausnahme Nr. 1, Buchst. b) eine Ausnahme nur für solche Vorhaben vorsehe, die § 35 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 BauGB in der bei Erlass des Landschaftsplans geltenden Fassung unterfielen. Überdies spreche für die Möglichkeit einer Befreiung der Umstand, dass von dem im Landschaftsplan geregelten Bauverbot die Errichtung von Windenergieanlagen in planungsrechtlich abgesicherten Konzentrationszonen unberührt bleibe. Die Möglichkeit der Einrichtung von Konzentrationszonen habe die Antragstellerin – offensichtlich entgegen den Vorstellungen des Landschaftsplangebers – bis zuletzt ungenutzt gelassen (Beschlussabdruck Seiten 23 f.). 26

Diese Ausführungen werden durch das Beschwerdevorbringen nicht erschüttert. Die Voraussetzungen für Ausnahmen, die im Landschaftsplan – von dessen Wirksamkeit der Senat im Rahmen des vorliegenden summarischen Verfahrens ausgeht – selbst vorgesehen sind, und einer Befreiung nach § 67 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNatSchG sind, worauf das Verwaltungsgericht zutreffend hingewiesen hat, verschieden. Wäre bei allen Fallgestaltungen, die im Landschaftsplan nicht ausdrücklich als Ausnahme genannt sind, ein atypischer Fall als ungeschriebene Voraussetzung für eine Befreiung ausgeschlossen, bliebe für den Befreiungstatbestand kein Anwendungsfall mehr. Dies ist gesetzlich nicht gewollt. 27

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 1.3.2021 - 8 A 1183/18 -, juris, m. w. N. 28

Insbesondere hat das Verwaltungsgericht auch zutreffend festgestellt, dass die auf Windenergieanlagen bezogene Ausnahmeregelung nach Abschnitt C.1.2.1 (dort zu Verbot Nr. 1) ersichtlich von einer tatsächlich vorhandenen Konzentrationszonenplanung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ausging. Dies gilt schon deshalb, weil ansonsten – also ohne eine solche Planung und ohne die Möglichkeit des Rückgriffs auf den Befreiungstatbestand – die Privilegierung für Windenergieanlagen nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB im Gebiet der Antragstellerin aufgrund des nahezu den gesamten Außenbereich umfassenden Geltungsbereichs des Landschaftsplans praktisch leerliefe. 29

bb) Die Antragstellerin zeigt mit ihrer Beschwerde auch nicht auf, dass der Schutzzweck des Landschaftsschutzgebiets Nr. 10 „C.“ einer Befreiung nach § 67 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNatSchG und damit einem hier am konkreten Vorhabenstandort überwiegenden öffentlichen Interesse zugunsten der Windkraft widerspricht. 30

Eine Befreiung setzt eine Abwägungsentscheidung im Einzelfall voraus, bei der zu prüfen ist, ob die Gründe des Allgemeinwohls so gewichtig sind, dass sie sich gegenüber den Belangen des Landschaftsschutzes durchsetzen. Das allgemeine Interesse am Ausbau regenerativer Energien stellt ein besonderes öffentliches Interesse im Sinne von § 67 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNatSchG dar, begründet jedoch keinen allgemeinen Vorrang vor dem Landschaftsschutz. Insbesondere ist es nicht geeignet, Landschaftsschutzgebietsfestsetzungen bzw. -verordnungen 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 das durch die Landschaftsschutzfestsetzung unter besonderen Schutz gestellte Ziel der dauerhaften Sicherung der Vielfalt, Eigenart und Schönheit wie des Erholungswerts der Landschaft nicht beeinträchtigt wird. Das kommt insbesondere in Betracht, wenn der Landschaftsplan – wie hier – weite Teile des Außenbereichs einer Gemeinde unter Schutz stellt.

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 1.3.2021 - 8 A 1183/18 -, juris, m. w. N.

32

Das Verwaltungsgericht hat insofern auf den streitgegenständlichen Bescheid vom 11.2.2019 und auf die Stellungnahme der unteren Naturschutzbehörde vom 12.12.2018 im Genehmigungsverfahren verwiesen. Diese habe unter Bezugnahme auf die Konkretisierungen im Windenergieerlass 2018 zur Begründung ausgeführt, dass der Anlagenstandort kein Teilbereich eines Landschaftsschutzgebietes mit besonderer oder herausragender Funktion sei, sondern das Landschaftsschutzgebiet „C.“ vielmehr keine über die allgemeinen Festsetzungen hinausgehenden Ge- und Verbote enthalte. Es spreche ferner für ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Windenergienutzung am vorliegenden Standort, dass eine unberührte bzw. intakte Naturlandschaft aufgrund der langjährigen bergbaulichen Nutzung und der damit einhergehenden erheblichen Schüttprozesse ohnehin nicht bestehe und das betroffene Gebiet nur über einen stark eingeschränkten Erholungswert verfüge. Zudem sei gerade aufgrund der geringen Grundfläche eine allenfalls geringfügige Beeinträchtigung der Landschaft durch die Windenergieanlage zu erwarten. Die Vereinbarkeit der Windenergienutzung mit der Ausgestaltung einer Haldenlandschaft sowie Freizeit, Sport und Erholung zeige sich an der Nutzung anderer Halden im Ruhrgebiet sowie der strategischen Ausrichtung und beabsichtigten Nutzung des Regionalverbandes Ruhr.

33

Dem setzt die Antragstellerin nichts Substantielles entgegen. Sie belässt es dabei, die Einzelaspekte „Wiederherstellung eines befriedigenden Landschaftsbildes“ und „Erholungsnutzung“ der Erläuterungen des Schutzzwecks für das Landschaftsschutzgebiet Nr. 10 herauszugreifen und ohne hinreichende Auseinandersetzung mit der angegriffenen Entscheidung ihre Einschätzung wiederzugeben

34

f) Schließlich wendet die Antragstellerin auch ohne Erfolg ein, dass die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 BauGB deshalb rechtswidrig gewesen sei, weil sich der Antragsgegner offensichtlich zur Ersetzung des Einvernehmens verpflichtet gesehen und keinerlei Ermessenserwägungen hierzu angestellt habe.

35

Die Entscheidung der Bauaufsichtsbehörde bzw. zuständigen Behörde im Rahmen der Ersetzung des Einvernehmens ist gesetzlich gebunden. Ermessen ist ihr nicht eingeräumt.

36

37

Vgl. Söfker, in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautz-berger, BauGB, Loseblattkommentar, § 36, Rn. 41, m. w. N. (Bearb. Oktober 2016).

Die Kostentscheidung beruht auf den §§ 154 Abs. 2, 162 Abs. 3 VwGO. Die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen sind aus Gründen der Billigkeit erstattungsfähig, weil sie einen Sachantrag gestellt und sich damit selbst einem prozessualen Kostenrisiko ausgesetzt hat (vgl. § 154 Abs. 3 VwGO). 38

Die Streitwertfestsetzung beruht auf den §§ 47 Abs. 1 und 3, 52 Abs. 1, 53 Abs. 2 Nr. 2 GKG i. V. m. Nr. 19.3 und Nr. 1.5 Satz 1 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013. 39

Der Beschluss ist unanfechtbar. 40