

Oberverwaltungsgericht
für das Land Nordrhein-Westfalen
Aegidiikirchplatz 5
48143 Münster

**In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren
Stadt Gladbeck**

./.

Kreis Recklinghausen

- 7 A 949/22 -

begründen wir nachfolgend unseren Antrag auf Zulassung der Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Gelsenkirchen vom 24. März 2022.

Der Sachverhalt ist dem Senat in Teilen bereits aus dem Beschwerdeverfahren 7 B 286/21 bekannt. In rechtlicher Hinsicht wirft der Fall vor allem grundlegende Fragen zum Umgang mit dem gemeindlichen Einvernehmen als absolutem Verfahrensrecht auf. In seinem vorlaufenden Eilbeschluss vom 02.07.2021 hat der Senat hervorgehoben, dass es einer Klärung im Hauptsacheverfahren vorbehalten bleibe, ob die Versagung des gemeindlichen Einvernehmens aus Sachgründen den Einwand der Gemeinde, das Einvernehmensersuchen sei wegen offensichtlicher Unvollständigkeit rechtsmissbräuchlich, auch dann ins Leere laufen lasse, wenn die Versagung des Einvernehmens und die Rüge der Unvollständigkeit der Antragsunterlagen in zeitlichem Zusammenhang erfolgen (BA, Bl. 3). Im Einzelnen:

A. Sachverhalt

Die Klägerin richtet sich mit ihrer Anfechtungsklage gegen die der Beigeladenen für eine Windenergieanlage (WEA) des Typs Enercon E 138 EP3 unter Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens erteilte immissionsschutzrechtliche Genehmigung vom 11.02.2019.

Der Anlagenstandort der mittlerweile errichteten und betriebenen Windenergieanlage befindet sich auf dem Plateau der sog. Mottbruchhalde in Gladbeck (Anlagenstandort: 45964 Gladbeck, Gemarkung: Gladbeck, Flur: 63, Flurstück: 100). Die Mottbruchhalde bildet einen zentralen Bestandteil des Grünen Rings der Stadt Gladbeck und überragt die umgebende Landschaft mit 60 m Höhe deutlich. Die Windenergieanlage ihrerseits weist eine Gesamthöhe von 200,5 m auf. Sie prägt sowohl die Halde als auch das umgebende Stadtgebiet weitläufig.

Die Klägerin verfolgt das Ziel, die Gladbecker Halden vor dem Hintergrund des Leitbildes „Haldenwelt 2027 – KunstKulturLandschaft“ zu einem zusammenhängenden Freizeit- und Erlebnisraum zu entwickeln. Der Mottbruchhalde kommt dabei aufgrund ihrer zentralen Lage in städtebaulicher Hinsicht eine Schlüsselfunktion zu. Durch die Windenergieanlage werden die jahrelangen Planungen für den zusammenhängenden Freizeit- und Erlebnisraum der Gladbecker Halden hinfällig. Sowohl mit dem künstlerischen Anspruch einer Vulkansilhouette als auch mit dem beabsichtigten Freiraumeindruck ist die auf der zentralen Mottbruchhalde thronende Windenergieanlage unvereinbar.

Das jetzt streitgegenständliche Vorhaben hat sowohl in genehmigungs- als auch in bauplanungsrechtlicher Hinsicht eine längere Vorgeschichte. Ursprünglich beantragte die Beigeladene zwei WEA anderen Typs an abweichenden Standorten. Die Klägerin betrieb parallel die Aufstellungsverfahren für eine Windkraftkonzentrationsplanung mit der Steuerungswirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB und den Bebauungsplan Nr. 166 „Gebiet: Mottbruchhalde“ nebst Veränderungssperre. Im Einzelnen:

I.

Erstmals beantragte die Beigeladene 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 Beklagte der Beigeladenen in dem damaligen Verfahren mit, dass die Antragsunterlagen unvollständig seien. Neben einer aktuellen Typenprüfung fehlten Unterlagen zum Schallverhalten der Windenergieanlagen. Mit Schreiben vom 16.07.2012 wies der Beklagte weiter darauf hin, dass die Artenschutzprüfung unzureichend sei und Unstimmigkeiten beim Landschaftspflegerischen Begleitplan bestünden. Die Beigeladene legte daraufhin Stellungnahmen des Kölner Büros für Faunistik vom 26.09.2012 und vom 02.10.2012 vor.

Mit Bescheid vom 23.05.2012 stellte der Beklagte den Genehmigungsantrag der Beigeladenen für die zwei WEA wegen des in Aufstellung befindlichen sachlichen Teilflächennutzungsplans „Konzentrationszonen für Windenergieanlagen“ bis zum 23.11.2012 zurück.

Die Klägerin versagte am 19.12.2012 die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens, woraufhin der Beklagte den Antrag der Beigeladenen mit Bescheid vom 17.06.2013, zugestellt am 18.06.2013, ablehnte. Zur Begründung führte er aus, dass das Vorhaben planungsrechtlich unzulässig sei und die Klägerin die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens versagt habe.

Die Klägerin zog den Antrag auf Genehmigung des sachlichen Teilflächennutzungsplans durch die Bezirksregierung Münster mit Schreiben vom 17.03.2014 zurück. Das Verfahren ruht seitdem.

Die Beigeladene erhob am 18.06.2014 Klage gegen die Ablehnung der Genehmigung für die zwei WEA. Im laufenden Gerichtsverfahren überreichte die Beigeladene mit Schriftsatz vom 08.03.2017 eine Untersuchung zur optisch bedrängenden Wirkung der zwei WEA des Büros SOLvent vom 07.02.2017, eine Stellungnahme der Ahlenberg Ingenieure vom 17.07.2015 zum Standsicherheitsnachweis der Anlagen. Mit Schriftsatz vom 18.04.2017 übersendete die Klägerin eine „Bewertung des Landschaftsbildes gemäß Windenergieerlass“ und eine Begründung zum Antrag auf naturschutzrechtliche Befreiung von den Festsetzungen zum Landschaftsschutzgebiet L 10 Landschaftsplan Nr. 4 „Gladbeck“.

Mit Urteil vom 11.05.2017 verurteilte das VG Gelsenkirchen den Beklagten zur Neubescheidung des Genehmigungsantrages für die zwei WEA. Bauplanungsrecht stehe der Anlagengenehmigung nicht entgegen, weil die Satzung über die Anordnung einer Veränderungssperre für den Bereich des Bebauungsplanes Nr. 166 „Gebiet: Mottbruchhalde“ unwirksam sei, jedenfalls aber dem Vorhaben nicht entgegenstehe. Eine abschließende Beurteilung der weiteren Genehmigungsvoraussetzungen durch das Gericht sei nicht möglich. Die Berufung ließ das VG nicht zu, woraufhin die Klägerin einen Antrag auf Zulassung der Berufung stellte.

Das laufende Zulassungsverfahren erledigte sich dadurch, dass die Beigeladene den ursprünglichen Genehmigungsantrag für die zwei WEA nicht weiterverfolgte und stattdessen die jetzt streitgegenständliche Genehmigung für eine WEA anderen Typs an anderem Standort beantragte. Auf die Erledigungserklärung der Beigeladenen stellte das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen das Verfahren am 05.03.2019 ein.

II.

Bereits parallel zu dem Genehmigungsverfahren für die ursprünglichen zwei WEA stellte die Klägerin den Bebauungsplan Nr. 166 „Gebiet: Mottbruchhalde“ auf.

Am 13.03.2014 fasste der Stadtplanungs- und Bauausschuss der Klägerin den Aufstellungsbeschluss für den Bebauungsplan Nr. 166. Der Beschluss wurde am 16.04.2014 bekannt gemacht. Ein in der Sitzung gestellter Antrag, der als weiteres Ziel der Aufstellung des Bebauungsplans die „Nutzung des Haldenkörpers als Standort zur Erzeugung erneuerbarer Energien“ vorsah, wurde abgelehnt.

Vom 11. bis zum 13.11.2015 widmete sich eine von der Klägerin durchgeführte Planungsworkstatt der Entwicklung der Gladbecker Haldenwelt. Dabei stand insbesondere die Mottbruchhalde im Fokus. Die Mottbruchhalde bildet einen zentralen Bestandteil des Grünen Rings der Stadt Gladbeck. Sie ist als einzige Halde im Ruhrgebiet als genuines Kunstwerk entwickelt worden. Ihr Plateau ist einem Vulkankegel nachempfunden. Die Bauleitplanung verfolgt das Ziel, die Gladbecker Halden vor dem Hintergrund des Leitbildes „Haldenwelt 2027 – KunstKulturLandschaft“ zu einem zusammenhängenden Freizeit- und Erlebnisraum zu entwickeln. Die touristischen Potentiale der Halde sollen dabei sowohl durch künstlerische Aktivitäten und Wettbewerbe als auch durch den Sportpark Mottbruch gehoben werden.

Am 04.05.2016 erließ der Rat der Klägerin die bereits angesprochene Satzung über die Anordnung einer Veränderungssperre für den Bereich des Bebauungsplanes Nr. 166 „Gebiet: Mottbruchhalde“ (im Folgenden: Veränderungssperre). Die Veränderungssperre wurde am 13.06.2016 bekannt gemacht. Der Rat der Klägerin beschloss 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 erfolgte am 04.10.2016. Seit dem Jahr 2017 liegt die Mottbruchhalde im Bereich eines Stadtumbaugebietes.

Am 15.11.2018 fasste der Bau- und Planungsausschuss der Klägerin den Offenlagebeschluss zum Bebauungsplan Nr. 166.

Die Geltungsdauer der Veränderungssperre wurde am 13.06.2018 um ein Jahr verlängert.

Schließlich wurde der Bebauungsplan Nr. 166 „Gebiet: Mottbruchhalde“ am 04.04.2019 vom Rat der Klägerin als Satzung beschlossen und am 15.04.2019 in Kraft gesetzt.

III.

Den Genehmigungsantrag für die jetzt streitgegenständliche WEA hat die Beigeladene am 19.07.2018 gestellt. Ursprünglich verstanden Beklagter und Beigeladene die Umstellung auf eine WEA anderen Typs an anderem Standort nicht als neuen Genehmigungsantrag, sondern als Wiederaufnahme des Genehmigungsverfahrens für die bisherigen zwei WEA:

Am 09.08.2018 übersandte der Beklagte der Klägerin den Genehmigungsantrag für die eine WEA, fragte das gemeindliche Einvernehmen nach § 36 BauGB ab und setzte für die Prüfung der Vollständigkeit der Antragsunterlagen eine Frist von einer Woche. Dem Schreiben der Beklagten war eine Schallimmissionsprognose der reko GmbH & Co. KG vom 11.07.2018 beigelegt. Weitere Schallbegutachtungen wurden nicht vorgelegt. Ferner lag ein Landschaftspflegerischer Begleitplan des Büros Mestermann (ohne Nachtrag) bei. Gutachten zur optisch bedrängenden Wirkung und zur Avifauna wurden nicht übersandt.

Am 16.08.2018 teilte die Klägerin dem Beklagten mit, dass eine Prüfung auf Vollständigkeit innerhalb einer Woche, insbesondere bei nur einem Satz Antragsunterlagen, nicht möglich ist

und beantragte daher eine Fristverlängerung bis zum 24.08.2018. Zudem wies sie auf die Unvollständigkeit der Antragsunterlagen 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 Beklagte dies anders sehen sollte, bat ihn die Klägerin um einen Hinweis.

Mit Schreiben vom 23.08.2018 (abgesandt am 24.08.2018) konkretisierte die Klägerin ihren Vortrag und wies auf das Fehlen einer Sichtbeziehungsanalyse, eines aktualisierten avifaunistischen Gutachtens und geprüfter Standsicherheitsnachweise hin. Zudem führte die Klägerin explizit aus, dass, ungeachtet der Unvollständigkeit der Bauvorlagen, das gemeindliche Einvernehmen nicht erteilt werden könne. Es bestehe eine rechtskräftige Veränderungssperre zur Sicherung der Bauleitplanung, die auch von dem Beklagten zu beachten sei.

Am 19.09.2018 ging bei der Klägerin das Gutachten zur optisch bedrängenden Wirkung ein. Eine erneute Abfrage des gemeindlichen Einvernehmens durch den Beklagten erfolgte in diesem Zusammenhang nicht.

Mit Schreiben vom 06.12.2018 wies die Klägerin darauf hin, dass das Verfahren nicht als Wiederaufnahme, sondern als Neuantrag zu behandeln sei, da sich die Genehmigungsfrage inhaltlich anders stelle. Vorsorglich versagte die Klägerin erneut 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“. Darüber hinaus wurde nochmals ausdrücklich und unter dezidiert 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.

Daraufhin teilte die Rechtsvorgängerin der Beigeladenen dem Beklagten mit Schreiben vom 18.12.2018 mit, dass ihr Antrag vom 19.07.2018 als Neuantrag gewertet werden solle. Dieses Schreiben wurde der Klägerin erst am 01.02.2019 übermittelt.

Ungeachtet des Neuantrages und der weiterhin unvollständigen Antragsunterlagen hörte der Beklagte die Klägerin am 24.01.2019 zur Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens mit einer Frist bis zum 04.02.2019 (7 Werktage) an. Der Beklagte führte aus, dass die Veränderungssperre gegenüber der Beigeladenen „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 optisch bedrängende Wirkung vorliege. Der Klägerin übersandt wurde diese Begutachtung nicht. (Die Klägerin hat in die Begutachtung erst am 05.04.2019 - mit der Übersendung der Verfahrensakten durch das Gericht - Einsicht nehmen können.)

Mit Schreiben vom 01.02.2019 forderte die Klägerin die Übersendung der beim Beklagten 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.

Mit E-Mail vom 01.02.2019 verlängerte der Beklagte die Anhörungsfrist um drei Tage bis zum 07.02.2019. Weiter übersandte er das Schreiben der Beigeladenen zur Behandlung ihres Antrages als Neuantrag (s.o.), eine Stellungnahme der RAG Montan Immobilien GmbH vom 17.01.2019 zur Errichtung der Windenergieanlage 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.

Mit Schreiben vom 06.02.2019 teilte die Klägerin dem Beklagten 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 Beklagte im Weiteren nicht gefolgt.

Am 11.02.2019 – dem letzten Tag der Offenlage des Bebauungsplans Nr. 166 der Klägerin – erteilte der Beklagte der Beigeladenen unter Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens die Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb der Windenergieanlage.

Erst im Zuge der Akteneinsicht im gerichtlichen Hauptsacheverfahren stellte sich heraus, dass beim Beklagten 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 Klägerin 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.

IV.

Am 12.03.2019 hat die Klägerin gegen den immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbescheid beim VG Gelsenkirchen Klage erhoben. Daneben beantragte sie am 20.11.2020 vorläufigen Rechtsschutz. Das VG lehnte den Antrag mit Beschluss vom 22.02.2021 – 8 L 1615/20 – ab. Die dagegen gerichtete Beschwerde wies der erkennende Senat mit Beschluss vom 02.07.2021 – 7 B 286/21 – zurück. Zur Begründung verwies der Senat darauf, dass sich auf Grundlage einer summarischen Prüfung nicht ergebe, dass die von dem Antragsgegner unter Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 BauGB erteilte Genehmigung rechtswidrig wäre. Der Einwand der Gemeinde, das Einvernehmensersuchen sei wegen offenkundiger Unvollständigkeits der Unterlagen rechtsmissbräuchlich, laufe wegen Versagung des Einvernehmens aus Sachgründen ins Leere. Dies gelte bei summarischer Beurteilung auch dann, wenn die Versagung des Einvernehmens und die Rüge der Unvollständigkeit der Antragsunterlagen in zeitlichem Zusammenhang erfolgten. Eine abschließende Überprüfung der darauf bezogenen Einwände der Antragstellerin zum Umfang ihres absoluten gemeindlichen Mitwirkungsrechts nach § 36 BauGB bleibe dem Hauptsacheverfahren vorbehalten (BA, Bl. 3 f.).

V.

Noch während der Rechtshängigkeit des erstinstanzlichen Hauptsacheverfahrens hat der Beklagte um den Nachtzeitraum erweiterte Betriebszeiten der Windenergieanlage zugelassen, ohne das gemeindliche Einvernehmen hierzu abzufragen: Mit Bescheid vom 28.01.2021 hob der Beklagte zunächst die Nebenbestimmung IV. 6.1.2 des Genehmigungsbescheides vom 11.02.2019 auf. Diese sah zum Schutz des Uhus eine nächtliche Abschaltung der Windenergieanlage vom 15.01. bis zum 15.08. eines jeden Jahres jeweils in der Zeit von einer halben Stunde vor Sonnenuntergang bis eine halbe Stunde nach Sonnenaufgang vor. Mit weiterem

Bescheid vom 09.11.2021 stellte der Beklagte fest, dass die Windenergieanlage entsprechend der Nebenbestimmung IV. 3.1.6 der Ursprungsgenehmigung aus Schallgründen im Nachtmodus betrieben werden dürfe.

VI.

Mit Urteil vom 24.03.2022 hat das VG Gelsenkirchen die Anfechtungsklage abgewiesen. Eine Verletzung der Rechte der Klägerin folge weder aus einer Missachtung bzw. Verletzung ihres gemeindlichen Beteiligungsrechts aus § 36 BauGB, noch aus einem Verstoß gegen materielles Recht, auf das die Klägerin sich berufen könne. Im Kern hat sich das VG auf die folgenden tragenden Erwägungen gestützt:

1. Die Frist des § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB sei am 20.09.2020 in Gang gesetzt worden und am 19.11.2020 abgelaufen. Die Einvernehmensfrist sei angelaufen durch die vom Beklagten nachgereichten Unterlagen, die die Klägerin ursprünglich in ihrem Schreiben vom 30. August 2018 angefordert hatte. Spätestens am 19.11.2020 hätten der Klägerin alle (ursprünglich noch fehlenden) Unterlagen vorgelegen (UA, Bl. 20).
2. Die ursprüngliche Abfrage des Beklagten zum gemeindlichen Einvernehmen vom 09.08.2018 sei als rechtsverbindliches Ersuchen zu verstehen, obwohl auch der Beklagte zu diesem Zeitpunkt von der Unvollständigkeit der Antragsunterlagen wusste und gleichwohl um das gemeindliche Einvernehmen ersuchte. Da der Beklagte aber diesen Umstand offen gegenüber der Klägerin kommuniziert hatte, könne es sich nicht um eine unbillige Risikoverlagerung auf die Klägerin handeln (UA, Bl. 21 f.).
3. Vor Fristablauf habe die Klägerin keine rechtlich wirksame und fristgerechte Verweigerung ihres Einvernehmens gegenüber dem Beklagten geltend gemacht. Insbesondere das

Schreiben vom 23.08.2018 könne nicht als rechtlich verbindliche Verweigerung ausgelegt werden. Zwar führte die Klägerin insoweit in ihrem Schriftsatz wörtlich aus: „Bereits zu diesem Zeitpunkt weise ich ungeachtet der Unvollständigkeit der Bauvorlagen darauf hin, dass das gemeindliche Einvernehmen nach § 36 BauGB durch die Stadt Gladbeck nicht erteilt werden kann.“ Dies aber dürfe und könne der Beklagte nach objektivem Empfängerhorizont nicht als verbindliche Erklärung über die Verweigerung des Einvernehmens durch die Klägerin verstanden haben (UA, Bl. 23 f.).

4. Infolge des Eintritts der Einvernehmensfiktion sei der von der Klägerin geltend gemachte Verstoß gegen § 73 Abs. 4 BauO NRW rechtlich unerheblich, läge aber auch nicht vor. Selbst unter der Annahme, die Gemeinde habe das Einvernehmen wirksam durch den Schriftsatz vom 23.08.2018 verweigert, sei eine Verletzung der Mitwirkungsrechte der Klägerin nach § 36 BauGB insgesamt nicht festzustellen. Die Klägerin hätte sich nämlich in der Lage gesehen, bereits am 23.08.2018 ihr Einvernehmen aus Sachgründen zu versagen. Sie habe mit dem Verweis auf die Veränderungssperre zum Ausdruck gebracht, dass sie bereits auf der Basis der bis dahin vorliegenden Unterlagen die (abschließende) Entscheidung treffen konnte, dass das Vorhaben ihre Planung behindere und das gemeindliche Einvernehmen nicht in Betracht komme. Bereits deshalb ginge ihr Einwand, sie habe nicht alle für die Entscheidung relevanten Unterlagen gehabt, ins Leere (UA, Bl. 24 f.).
5. Hinsichtlich der Anhörungsfrist § 73 Abs. 4 BauO NRW verweist das VG vollumfänglich auf seine Entscheidung im Eilverfahren vom 22.02.2021. In diesem hieß es, die von dem Beklagten gesetzte Frist von ursprünglich sieben und letztlich zehn Tagen sei nicht unangemessen kurz. Maßgeblich sei insoweit der vor der Abfrage des gemeindlichen Einvernehmens erfolgte intensive und zeitnahe Argumentations- und Informationsaustausch zwischen den Beteiligten sowie ein Vermerk des Beklagten vom 25.01.2019 über ein Gespräch zwischen den Beteiligten, in dem die Klägerin Verständnis für die sehr

kurze Frist zur Anhörung geäußert hatte. Der Umstand, dass die Klägerin noch mit Schreiben vom 01.02.2021 explizit die Übersendung eventuell nachgereichter Antragsunterlagen beantragt hatte, findet in diesem Zusammenhang keine Erwähnung (vgl. UA, Bl. 27).

6. Einer erneuten Abfrage des gemeindlichen Einvernehmens bedurfte es nach Auffassung des VG auch nicht wegen der Zulassung des Nachtbetriebes durch die Bescheide vom 28.01.2021 und vom 09.11.2021. Mit der Zulassung des Nachtbetriebes gehe keine Nutzungsänderung im Sinne des § 29 Abs. 1 BauGB einher, weil es sich um bloße Nutzungsintensivierungen handele, weil der Nachtbetrieb nicht ganzjährig eingeschränkt gewesen sei und die Betriebsbeschränkung zugunsten der Fledermäuse allein mit einer Änderung der tatsächlichen Verhältnisse begründet sei, nämlich dass im Jahr 2019 keine Hinweise für die Anwesenheit eines Uhus im Wirkungsbereich der Windenergieanlagen gefunden wurden. Daraus meint das VG schließen zu können, dass die mit der Aufhebung der Nebenbestimmung einhergehende „Nutzungsintensivierung“ „gerade nicht auf einer Änderung des Betriebs der Windenergieanlage durch den Betreiber, sondern auf äußeren, seinem Einflussbereich entzogenen Umständen“ beruhe (UA, Bl. 30).

B. Rechtliche Würdigung

Die Berufung ist zuzulassen, da an der Richtigkeit des Urteils des VG Gelsenkirchen ernstliche Zweifel bestehen (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) und die Entscheidung Fragen von rechtsgrundsätzlicher Bedeutung aufwirft (§ 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO).

I. Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung

Es bestehen ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung im Sinne des § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO.

Der Zulassungsgrund der ernstlichen Zweifel dient in erster Linie der Gewährleistung materieller Einzelfallgerechtigkeit. Er ist auf die inhaltliche Kontrolle der erstinstanzlichen Entscheidung gerichtet.

Seibert in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, § 124 Rn. 7

Ernstliche Zweifel liegen dann vor, wenn erhebliche Gründe dafürsprechen, dass die verwaltungsgerichtliche Entscheidung einer rechtlichen Prüfung wahrscheinlich nicht standhalten wird. Maßstab ist daher die materielle Rechtsanwendung. Ihr unterfallen sowohl die Normauslegung und Subsumtion als auch die Richtigkeit der Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts.

BVerwG, NVwZ 2000, 1163 (1164); VGH München, BeckRS 2018, 26949 Rn. 26.

Hinreichende Zweifel an der Richtigkeit der angegriffenen Entscheidung liegen mithin vor, wenn ein einzelner tragender Rechtssatz oder eine erhebliche Tatsachenfeststellung des Verwaltungsgerichts mit schlüssigen Gegenargumenten in Frage gestellt werden kann.

OVG NRW, Beschluss v. 19.01.2021 – 4 A 2259/17 –, juris Rn. 2 m.w.N.

Vorliegend überzeugt das VG Urteil vor allem im Hinblick auf die rechtlichen und tatsächlichen Würdigungen zum absoluten Verfahrensrecht der Gemeinde aus § 36 BauGB nicht. Das Gericht verkennt sowohl die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Beteiligung der Gemeinde nach § 36 BauGB als auch an die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 73 Abs. 4 BauO NRW.

Im Ausgangspunkt blendet das Gericht unzulässig aus, dass die Klägerin das gemeindliche Einvernehmen mit Schreiben vom 23.08.2018 explizit versagt hat, so dass für eine Uminterpretation im Sinne „eines unverbindlichen rechtlichen Hinweises“ offensichtlich kein Raum ist (1.). Abgesehen davon lagen mangels vollständiger Antragsunterlagen und wegen entsprechender Rüge der Klägerin zu keinem Zeitpunkt die Voraussetzungen für den Fristbeginn nach § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB vor; deshalb konnte die Einvernehmensfiktion auch nicht – wie vom VG angenommen – am 19.11.2018 eintreten (2.). Das fehlende Einvernehmen hat der Beklagte weiterhin nicht ordnungsgemäß ersetzt (3.). Zum einen waren die Antragsunterlagen weiterhin unvollständig, schon deshalb hat der Beklagte keine ausreichende Gelegenheit zur nochmaligen Entscheidung über das Einvernehmen nach § 73 Abs. 4 BauO NRW gegeben (a). Zum anderen war die Anhörungsfrist vor der Ersetzung nicht angemessen (b).

1. Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens mit Schreiben vom 23.08.2018

Das VG meint, dass sich Probleme mit der Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens gar nicht stellten, weil das Einvernehmen nicht fristgemäß nach § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB versagt worden sei. Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, interpretiert das VG das Schreiben der Klägerin an den Beklagten vom 23.08.2018 in unzulässiger Weise in einen unverbindlichen rechtlichen Hinweis um (vgl. UA, Bl. 23).

- a) Tatsächlich hat die Klägerin in dem Schreiben das gemeindliche Einvernehmen in kaum zu überbietender Klarheit versagt, indem sie explizit ausführt:

„Bereits zu diesem Zeitpunkt weise ich ungeachtet der Unvollständigkeit der Bauvorlagen darauf hin, dass das gemeindliche Einvernehmen nach § 36 BauGB durch die Stadt Gladbeck nicht erteilt werden kann. Durch Bekanntmachung der Satzung über die Anordnung einer Veränderungssperre der Stadt Gladbeck für den Bereich des Bebauungsplanes Nr. 166 Gebiet: Mottbruchhalde vom 02.06.2018 im Amtsblatt der Stadt am 08.06.2018 besteht eine rechtskräftige Veränderungssperre zur Sicherung der Bauleitplanung. (...)“

Die Klägerin hat das gemeindliche Einvernehmen damit nicht nur ausdrücklich versagt, sondern dies auch noch mit dem materiellen Hinderungsgrund der Veränderungssperre begründet. Bereits der eindeutige Wortlaut und die Begründung der Einvernehmensversagung lassen insoweit keinerlei Raum für Interpretationen.

- b) Das VG stützt sein gegenteiliges Verständnis darauf, dass die Klägerin auf S. 2 des Schreibens ausdrücklich herausgestellt habe, dass angesichts der Unvollständigkeit der Unterlagen die Frist des § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB nicht zu laufen begonnen habe. Davon und ausgehend von dem insoweit maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont, habe der Beklagte auf Grundlage dieser Ausführungen den Schluss ziehen können und müssen, dass die Klägerin eine verbindliche Erklärung über das Einvernehmen (noch) nicht abgeben wolle.

Mit dieser Interpretation sprengt das VG die Grenzen zulässiger Auslegung und setzt sich – wohl vom gewollten Ergebnis her gedacht – über den unmissverständlich erklärten Willen der Klägerin hinweg. Nichts anderes ergibt aus dem Hinweis der Klägerin auf S. 2 des Schreibens, dass angesichts der Unvollständigkeit der Unterlagen die Frist des § 36 Abs. 2 BauGB nicht zu laufen begonnen habe. Selbstverständlich ist die Ge-

meinde bei unvollständigen Antragsunterlagen nicht gehindert, das gemeindliche Einvernehmen zu versagen, zumal die Klägerin hier das Entgegenstehen der Veränderungssperre unabhängig von den noch unvollständigen Antragsunterlagen beurteilen konnte. Dem Schreiben kann im Weiteren (lediglich) entnommen werden, dass sich die Gemeinde darüber hinaus *vorbehält*, ihre Verweigerung des Einvernehmens auch, also zusätzlich, auf weitere Einwände zu stützen, die sich gegebenenfalls aus den noch fehlenden Unterlagen ergeben könnten. Ausdrücklich heißt es nämlich, dass „ungeachtet der Unvollständigkeit der Unterlagen“, das gemeindliche Einvernehmen nicht erteilt werden kann. Dies kann nur so verstanden werden, dass das Einvernehmen wegen der Veränderungssperre bereits verbindlich versagt werden sollte und sich aus den unvollständigen Antragsunterlagen weitere Versagungsgründe ergeben könnten.

- c) Weiter will das VG seine Auslegung damit begründen, dass die Klägerin das Einvernehmen mit Schreiben vom 06.12.2018 (erneut) versagt habe, was gegen die Einvernehmensversagung mit Schreiben vom 23.08.2018 spreche. Auch dem kann aus mehrerlei Gründen nicht gefolgt werden: Selbstverständlich kann die Gemeinde ihr Einvernehmen aus verschiedenen, kumuliert geltend gemachten Gründen verweigern. Dies folgt zwangsläufig daraus, dass die Zulässigkeit eines Vorhabens an mehreren bauplanungsrechtlichen Voraussetzungen scheitern kann und die Gemeinde im Rahmen des Einvernehmens eine eigene umfassende Prüfkompetenz neben der der Genehmigungsbehörde hat. Mithin kann auch die Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens wiederholt stattfinden, ohne dass daraus der Rückschluss gezogen werden kann, dass ein erstes Versagen des gemeindlichen Einvernehmens einen bloß rechtlich unverbindlichen Hinweis darstellt.

Mehr noch ist angesichts der unvollständigen Unterlagen und der daraus resultierenden Unsicherheit des Fristbeginns für die Einvernehmensversagung davon auszugehen (und auf Seiten des Beklagten als objektiven Empfänger auch nur so zu verstehen), dass be-

reits das erste gemeindliche Versagen des Einvernehmens verbindlichen Rechtscharakter haben musste. Das Einvernehmenserfordernis soll die Planungshoheit der Gemeinde sichern und zugleich durch die gesetzlich gesetzten Fristen für die Einvernehmensverletzung Rechtssicherheit schaffen. Sofern Unsicherheit über den Fristbeginn und -ablauf der Einvernehmensfiktion herrscht, liefe die Gemeinde mit der Rüge der Unvollständigkeit der Unterlagen und der eigenen Überzeugung, die Frist des § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB habe noch nicht zu laufen begonnen, Gefahr, mit der Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens nach Fristablauf präkludiert zu sein. Angesichts dessen ist fernliegend, dass die Klägerin gegenüber dem Beklagten nur rechtlich unverbindlich die Unzulässigkeit des Vorhabens mitteilen und so Gefahr laufen wollen, ihr gemeindliches Einvernehmen zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr fristgerecht verweigern zu können.

- d) Letztlich spricht sogar die weitere Urteilsbegründung des VG für die hier vertretene Auffassung, dass es sich bei der Aussage vom 23.08.2018 gegenüber dem Beklagten um eine rechtsverbindliche Verweigerung gehandelt hat. Die Argumentation des VG ist an entscheidenden Stellen widersprüchlich: Auf S. 25 des Urteils führt das VG aus, dass mit dem Schreiben vom 23.08.2018 die Gemeinde „zugleich zum Ausdruck gebracht [hat], dass sie bereits auf der Basis der ihr bis dahin vorliegenden Unterlagen die abschließende Entscheidung treffen konnte, dass das Vorhaben ihre Planung behindert und die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens nicht in Betracht kommt“. Eine Erklärung, warum die Klägerin, obwohl ihr nach Auffassung des Gerichts eine rechtsverbindliche Entscheidung über die Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens möglich war, sie gleichwohl nur einen unverbindlichen Hinweis an den Beklagten formuliert haben sollte, bleibt das VG schuldig.

Im Ergebnis besteht bei verständiger Würdigung unter keinem Gesichtspunkt ein begründeter Zweifel daran, dass die Klägerin das gemeindliche Einvernehmen bereits mit dem Schreiben vom 23.08.2018 versagt hat.

2. Hilfsweise: Keine wirksame Einvernehmensabfrage

Weiter lagen mangels vollständiger Antragsunterlagen und wegen entsprechender Rüge der Klägerin zu keinem Zeitpunkt die Voraussetzungen für den Fristbeginn nach § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB vor; auch deshalb konnte – abgesehen vom bereits am 23.08.2018 versagten Einvernehmen (s.o.: 1.) – die Einvernehmensfiktion nicht am 19.11.2018 eintreten. Das VG geht insoweit fehl in der Annahme, dass die Zwei-Monatsfrist des § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB durch das Schreiben der Beklagten vom 09.08.2018 in Verbindung mit den Schreiben vom 30.08. und 17.09.2018 und den dort nachgereichten Unterlagen in Gang gesetzt wurde (UA, S. 19).

Zunächst geht das VG zutreffend davon aus, dass allein das Schreiben vom 09.08.2018 die Frist für das Einvernehmen nicht habe auslösen können (UA, S. 20). In einem Fall unvollständig übermittelter Unterlagen zur Abfrage des gemeindlichen Einvernehmens könne die Frist erst ab Eingang der angeforderten Unterlagen bei der Gemeinde beginnen.

Falsch ist dann jedoch die Annahme, dass der Klägerin mit den Schriftsätzen und nachgereichten Unterlagen vom 30.08. und 17.09.2018 die nachgeforderten Unterlagen vorgelegen hätten. Das gemeindliche Mitentscheidungsrecht aus § 36 BauGB wird auch insoweit verkannt und die Klägerin in ihrem absoluten Verfahrensrecht auf ordnungsgemäße Beteiligung verletzt.

- a) Dies folgt bereits daraus, dass der Beklagte das Einvernehmen mit seinem Schreiben vom 09.08.2018 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 und die Rechtsfolgen des § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB auszulösen.

Vgl. VGH Mannheim, BauR 1999, 381 (382); VGH München, BauR 1999, 1015; OVG Lüneburg NVwZ 1999, 1003.

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 Beklagten war im Rahmen seiner Einvernehmensabfrage vom 09.08.2018 bewusst, dass er der Klägerin unvollständige Unterlagen vorlegte. Er wies insoweit selbst darauf hin, dass die Sichtbeziehungsanalyse noch nicht vorliege und nachgereicht werde. Dennoch setzte der Beklagte 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.

Das VG hält dagegen eine solche „Abfrage auf Vorrat“ für zulässig. Der Beklagte sei zwar von der Unvollständigkeit der Unterlagen ausgegangen, habe diesen Umstand jedoch ausdrücklich hervorgehoben, die Nachreichung der Unterlagen in Aussicht gestellt und darüber hinaus die Klägerin um Mitteilung gebeten, ob aus ihrer Sicht die Antragsunterlagen vollständig seien. Gestützt auf diese Erwägungen gelangt das Gericht zu der (überraschenden) Überzeugung, dass „in einer solchen von Transparenz getragenen Vorgehensweise [...] die Kammer eine unbillige Risikoverlagerung auf die Klägerin nicht zu erblicken“ vermag (UA, S. 22).

Richtig hingegen ist, dass sich § 36 BauGB nicht entnehmen lässt, 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 ausdrücklich, dass sich aus Sinn und Zweck des Einvernehmenserfordernisses ergibt, dass der Gesetzgeber der Gemeinde eine Entscheidung über ihr Einvernehmen auf Grundlage in planungsrechtlicher Hinsicht vollständiger Antragsunterlagen ermöglichen will.

BVerwG, Urteil v. 16.09.2004 – 4 C 7.03 – juris Rn. 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, setze sich in Widerspruch zur planungsrechtlichen Schutzfunktion des Einvernehmenserfordernisses.

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

Das Risiko der Prüfung der Vollständigkeit der Antragsunterlagen würde, über die Fälle von der Genehmigungsbehörde nicht erkannter Unvollständigkeiten hinaus, offensichtlich in unbilliger Weise auf die Gemeinde verlagert. Allein der Umstand, dass der Beklagte mit der Unvollständigkeit (in Teilen) transparent umgegangen ist, vermag hieran nichts zu ändern. Im Übrigen verwies der Beklagte im Schreiben vom 09.08.2018 nicht einmal auf sämtliche Unterlagen, die bei der Abfrage des Einvernehmens noch fehlten, sondern nur auf die Sichtbeziehungsstudie.

Zudem bliebe unklar, ab wann die Frist für die Einvernehmensversagung laufen soll: Mit Abfrage des Einvernehmens auf Grundlage unvollständiger Unterlagen oder mit der letzten nachgereichten Unterlage. Auch ist für die Gemeinde im Vorhinein gar nicht ersichtlich, bei welcher Unterlage es sich denn um die letzte nachgereichte handelt, die gegebenenfalls den Fristbeginn auslösen soll. Auch diese Konsequenz ist unvereinbar mit den strengen Anforderungen, die an die Eindeutigkeit der Abfrage des Einvernehmens und des Fristbeginns für dessen Versagung zu stellen sind.

*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*

Das Ersuchen um die Erteilung des Einvernehmens muss im Hinblick auf die weit reichenden Folgen der Einvernehmensfiktion aus Gründen der Rechtssicherheit schriftlich gestellt werden und eindeutig als solches formuliert sein. Dem Beklagten hätte es obliegen, im Zuge der nachgereichten Unterlagen und bei nach seiner Ansicht nach vollständigen Unterlagen, erneut das gemeindliche Einvernehmen abzufragen, um für alle Seiten rechtssicher eine Fristberechnung zu ermöglichen.

- b) Vorliegend hat der Beklagte zudem auch im Nachhinein nicht alle für die bauplanungsrechtliche Beurteilung relevanten Unterlagen vorgelegt. Dass die Klägerin zu den von ihr bereits mit Schreiben vom 09.08.2018 monierten Unvollständigkeitsunterlagen übersandt bekam, ändert hieran nichts. Indem die Klägerin die Unvollständigkeit der Antragsunterlagen monierte, genügte sie ihrer Rügeverpflichtung. Selbst wenn man daraus nicht die Konsequenz ziehen wollte, dass im Anschluss nochmals eine explizite Abfrage des gemeindlichen Einvernehmens erforderlich gewesen wäre, so konnten auf die Rüge hin jedenfalls nur objektiv vollständige Antragsunterlagen den Lauf der Frist des § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB auslösen. Dies gilt zumal dem Beklagten bei der nachträglichen Übersendung einiger weiterer Unterlagen fortlaufend bewusst war, dass der Klägerin damit immer noch keine vollständigen Antragsunterlagen vorlagen.

Das VG übersieht insoweit, dass es sich bei dem Recht der Gemeinde aus § 36 BauGB nicht um eine reine Anhörungsvorschrift, sondern um ein selbstständiges und sämtliche von § 36 BauGB in Bezug genommene Genehmigungsvoraussetzungen umfassendes Prüfungsrecht der Gemeinde handelt. 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 Einvernehmensverfahrens.“

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 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 (wie vorliegend bei der Sichtbarkeitsanalyse), 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 Disposi-

tion 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 Beklagten vom 09.08.2018. Zwangsläufig waren die folgenden, erst später erstellten Antragsunterlagen, auf die im Genehmigungsbescheid Bezug genommen wird, nicht Gegenstand der ursprünglichen 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 Klägerin 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 Klägerin mit Schreiben vom 06.12.2018 ebenfalls ausdrücklich moniert.

Ohnehin waren der Klägerin sämtliche nachgereichten bauplanungsrechtlich relevanten Unterlagen zu übersenden. Dies ist vorliegend nicht geschehen. Die Klägerin war somit nicht in der Lage, eine abschließende Prüfung in Bezug auf ihr Einvernehmen durchzuführen. Mangels einer solchen möglichen Zulässigkeitsprüfung kann aber auch die Frist im Sinne des § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB nicht in Gang gesetzt worden sein.

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

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 entgegengehalten 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 28.11.2007 – 8 A 2325/06 –, juris Rn. 120.

Vorliegend kommt verstärkend hinzu, dass aufgrund des Vorbringens der Gemeinde zur Unvollständigkeit der Antragsunterlagen weitergehende Nachuntersuchungen zur optisch bedrängenden Wirkung tatsächlich erfolgt sind. Der Beklagte und die Beigeladene hielten die Nachbetrachtungen somit ebenfalls für erforderlich. Warum (u.a.) diese Untersuchung der Klägerin 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 zu keinem Zeitpunkt vor und kann auch nicht konkludent fingiert werden. Die Klägerin 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. Aufgrund der zu jedem Zeitpunkt unvollständigen Antragsunterlagen und fortwährenden Rüge durch die Klägerin, trat bereits kein Fristbeginn nach § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB ein.

3. Fehlerhaft ersetztes Einvernehmen

Auch im Weiteren kann das Urteil des VG nicht überzeugen. Geht man richtigerweise davon aus, dass die Klägerin ihr Einvernehmen ordnungsgemäß am 23.08.2018 versagt hat (s.o.: 1.), stellt sich angesichts des absoluten Verfahrensrechts der Gemeinde aus § 36 BauGB die Frage, ob der Beklagte das Einvernehmen formell rechtmäßig ersetzt hat.

Das VG sieht trotz der Übersendung nur unvollständiger Antragsunterlagen keine Verletzung des Mitwirkungsrechts der Klägerin nach §§ 36 BauGB. Die Klägerin hätte sich in der Lage gesehen, ihr Einvernehmen mit Schreiben vom 23.08.2018 zu versagen, womit dem Zweck des Einvernehmens Genüge getan sei (UA, Bl. 24). Zudem hätten ihr nur ergänzende Unterlagen gefehlt (UA, Bl. 26). Zwar hat die Klägerin mit Schreiben vom 31.01.2019 noch einmal die Übersendung sämtlich nachgereichter Unterlagen gefordert, die Nachprüfungen zur Sicht-

beziehungsuntersuchung habe sie jedoch nicht noch einmal speziell angesprochen, so dass sie insoweit ihrer Rügeobliegenheit nicht nachgekommen sei (UA, Bl. 26). Die Frist zur Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens sei „noch“ angemessen gewesen.

Mit diesen Maßstäben verkennt das VG in mehrfacher Hinsicht die rechtlichen Anforderungen, die vor allem § 73 Abs. 4 BauO NRW an die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens stellt. Die Gemeinde ist danach im Falle der Ersetzung des Einvernehmens vor Erteilung der Genehmigung anzuhören, was wiederum ausdrücklich voraussetzt, dass ihr Gelegenheit zu geben ist, binnen angemessener Frist erneut über das gemeindliche Einvernehmen zu entscheiden.

Von einer erneuten Gelegenheit über das gemeindliche Einvernehmen zu entscheiden, kann nur dann die Rede sein, wenn der Gemeinde im Zeitpunkt der erneuten Entscheidung auch vollständige Antragsunterlagen vorlagen, was hier – trotz wiederholter Aufforderung zu vollständiger Übersendung – nicht der Fall war (a). Zudem war die Anhörungsfrist zu kurz, um erneut über die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens entscheiden zu können (b).

a) Unvollständigkeit der Antragsunterlagen im Zeitpunkt der Ersetzung des Einvernehmens

Im Zeitpunkt der Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens fehlten der Klägerin folgende Antragsunterlagen:

- 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.

Das VG will diesem offensichtlichen Beteiligungsdefizit mit verschiedenen Erwägungen entgegenreten:

In erster Linie argumentiert das Gericht, die Klägerin könne die Unvollständigkeit der Antragsunterlagen schon deshalb nicht entgegenhalten, weil, wenn man davon ausgehe, dass sie mit ihrem Schreiben vom 23.08.2018 das Einvernehmen versagt habe, sie sich in der Lage gesehen hätte, das Einvernehmen aus Sachgründen zu versagen, womit dem Zweck des Einvernehmenserfordernisses Genüge getan sei. Die Gemeinde habe in ihrem Schreiben vom 23.08.2018 auf die Veränderungssperre als Verweigerungsgrund hingewiesen. Damit habe sie zugleich zum Ausdruck gebracht, dass sie bereits auf der Basis der bis dahin vorliegenden Unterlagen die (abschließende) Entscheidung treffen konnte, dass das Vorhaben ihre Planung behindere und das gemeindliche Einvernehmen nicht in Betracht komme. Deshalb ginge der Einwand der Klägerin ins Leere, sie habe nicht alle für die Entscheidung relevanten Unterlagen gehabt. Hieran könne auch der Umstand nichts ändern, dass die Klägerin bereits am 23.08.2018 die Unvollständigkeit der Antragsunterlagen gerügt habe. Die hierin angeforderten Unterlagen seien zum einen durch den Beklagten nachgereicht worden, zum anderen handele es sich um bloße Ergänzungen bereits vorhandener Unterlagen. Dass es sich um für die bauplanungsrechtliche Beurteilung um entscheidungsrelevante Unterlagen handele, habe die Klägerin nicht geltend gemacht (UA, S. 26).

Diese Argumentation des VG überzeugt aus mehrererlei Gründen nicht:

- (1.) Der Einwand, dass dem Zweck des Einvernehmenserfordernisses mit der Versagung des gemeindlichen Einvernehmens aus Sachgründen Genüge getan sei, verkennt den Sinn und Zweck des Einvernehmenserfordernisses aus § 36 BauGB und die Regelung des § 73 Abs. 4 BauO NRW.
 - (a) Auf Grundlage von § 36 BauGB darf eine Gemeinde bei der Versagung des gemeindlichen Einvernehmens durchaus die Unvollständigkeit von Antragsunterlagen und mate-

rielle Versagungsgründe nebeneinander geltend machen. Dies folgt bereits daraus, dass bei unvollständigen Antragsunterlagen die entsprechenden Genehmigungsvoraussetzungen jedenfalls nicht abschließend überprüfbar sind, womit letztlich auch weitere materielle Versagungsgründe greifen können.

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

Der Sinn und Zweck des gemeindlichen Einvernehmens ist auch nicht stets dann erfüllt, wenn die Gemeinde meint, einen materiellen Versagungsgrund erkannt zu haben. Vielmehr verfolgt das gemeindliche Mitwirkungsrecht aus § 36 Abs. 1 BauGB nach anerkannter höchstrichterlicher Rechtsprechung zwei 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 ihr aber auch ein selbstständiges Prüfungsrecht neben dem der Genehmigungsbehörde vermittelt.

BVerwG, Urteil v. 16.09.2004 – 4 C 7.03 -, juris Rn. 19

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. Jedenfalls muss dies dann geltend, wenn die Gemeinde zugleich mit der Einvernehmensversagung – wie vorliegend – auf die Unvollständigkeit der Antragsunterlagen verweist und damit ihrer Rügeobliegenheit vollauf genügt.

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. Auch deshalb kann die Geltendmachung des einen Rechts - Versagung des Einvernehmens - das andere - Prüfung auf Grundlage vollständiger Antragsunterlagen - nicht 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 Klägerin keinen Zweifel daran gelassen, dass sie auf Grundlage vollständiger Antragsunterlagen beteiligt werden möchte. Dies ist konstitutiver Teil ihres absoluten Beteiligungsrechts.

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 auch nach dem Sinn und Zweck des Beteiligungsverfahrens nicht dazu gezwungen werden, sich für eine der beiden verfahrensrechtlichen 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 Genehmigungshindernis 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 Voll-

ständigkeit 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.

Weder § 36 BauGB noch die Einlassungen der Klägerin im Verfahren bieten irgendwelche Ansatzpunkte dafür, das Mitentscheidungsrecht der Klägerin auf Grundlage vollständiger Antragsunterlagen abschneiden zu dürfen.

- (b) Das vorliegende Verständnis von Sinn und Zweck des Einvernehmens deckt sich im Übrigen mit § 73 Abs. 4 BauO NRW. 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 der Gemeinde 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 neben der Unvollständigkeitsrüge) 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 von vornherein 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.) Vor dem vorstehenden Hintergrund verfängt auch der Einwand des VG, die angeforderten Unterlagen seien zum einen durch den Beklagten nachgereicht worden, zum anderen handele es sich um bloße Ergänzungen bereits vorhandener Unterlagen, nicht.
 - (a) Rechtlich entscheidend ist, dass die Klägerin nur auf Grundlage aller Antragsunterlagen mit bauplanungsrechtlicher Relevanz nach § 73 Abs. 4 S. 2 BauO NRW erneut über das gemeindliche Einvernehmen entscheiden konnte und sie außerdem letztmalig mit Schreiben vom 31.01.2019 die Übersendung sämtlicher nachgereicherter Antragsunterla-

gen noch einmal ausdrücklich angefordert hat. Auch stellt das VG selbst dar (UA S. 26), dass etwa aufgrund der Rüge der Klägerin am 07.12.2018 noch ein Ortstermin anberaumt wurde, der weitere Unsicherheiten hinsichtlich der Unvollständigkeit der Unterlagen ausräumen sollte. In der Logik des VG hätte es diesen Ortstermin nicht geben dürfen, wären bereits am 19. September alle Unterlagen auf Seiten der Gemeinde vollständig gewesen.

- (b) Weiter verfährt der Hinweis nicht, dass es sich bei den nachgereichten Unterlagen lediglich um Ergänzungen gehandelt habe. Das VG verkennt insoweit grundlegend die kongruente Prüfungs- und Mitentscheidungskompetenz der Gemeinde aus § 36 BauGB hinsichtlich sämtlicher nach § 35 BauGB relevanter Belange.
- (3.) Fehl geht schließlich der Einwand des VG, die Klägerin habe die Unvollständigkeiten nicht hinreichend gerügt.
 - (a) Mit Schreiben vom 06.12.2018 hat die Klägerin 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 Beklagte und die Beigeladene mit der Nachbetrachtung der reko GmbH & Co. KG vom 14.12.2018 zum Gutachten zur optisch bedrängenden Wirkung. Der Beklagte leitete der Klägerin diese Nachbegutachtung jedoch – trotz deren expliziten Hinweises auf die vorherige Unvollständigkeit – aus unerfindlichen Gründen nicht zu.
 - (b) Dasselbe galt für die weiteren, vorstehend bezeichneten Unterlagen, obwohl die Klägerin 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 Klägerin nicht dargelegt habe, warum die weiteren Unterlagen für die Beurteilung des gemeindlichen Einvernehmens „unerlässlich“ seien (UA, S. 26), verdeutlicht dies 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 Prüfungskompetenz der Gemeinde. Auch die Auffassung des VG, wonach die Klägerin weiter nachgereichte Unterlagen nicht hätte allgemein sondern konkret benannt anfordern müssen, überzeugt danach nicht. Eine solche konkrete Anforderung war weder rechtlich gefordert noch überhaupt möglich, weil die Klägerin von der Existenz der weitergehenden Antragsunterlagen und Begutachtungen nichts wusste.

Somit ist die Klägerin bereits deshalb in ihrem absoluten Verfahrensrecht verletzt, weil ihr die Antragsunterlagen mit bauplanungsrechtlicher Relevanz trotz Anforderung nicht vollständig zur Kenntnis gegeben wurden und der Beklagte das gemeindliche Einvernehmen dessen ungeachtet ersetzte.

b) Unangemessen kurze Anhörungsfrist

Die Klägerin wurde auch wegen der unangemessen kurzen Anhörungsfrist nicht ordnungsgemäß nach § 73 Abs. 4 BauO NRW angehört. Dieser Verfahrensfehler ist nicht nach §§ 45, 46 VwVfG NRW unbeachtlich. Insoweit ist das absolute Beteiligungs- und Mitentscheidungsrecht der Klägerin aus § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB ebenfalls verletzt.

Das VG hält demgegenüber die zweiwöchige Anhörungsfrist unter Berücksichtigung der Einzelumstände für „(noch) angemessen“. Verwiesen wird auf den im Vorfeld stattgefundenen intensiven Informationsaustausch zwischen den Parteien. Zudem hätten Vertreter der Klägerin Verständnis gezeigt hinsichtlich der kurzen Stellungnahmefrist. Darüber hinaus sei ein Verfahrensfehler im Rahmen der Anhörung gem. § 45 Abs. 2, Abs. 1 Nr. 3 VwVfG NRW geheilt und damit unbeachtlich (UA, S. 27). Beides verfängt nicht:

- (1.) Zur Ermittlung der angemessenen Anhörungsfrist ist wiederum von § 73 Abs. 4 S. 2 BauO NRW auszugehen. Danach ist der Gemeinde Gelegenheit zu geben, binnen angemessener Frist erneut über das gemeindliche Einvernehmen zu entscheiden. Der Wortlaut verdeutlicht, dass vor der Ersetzung eine nochmalige Prüfung und Entscheidung über das gemeindliche Einvernehmen möglich sein muss. Daraus folgt zum einen, dass ihr die vollständigen Antragsunterlagen mit bauplanungsrechtlicher Relevanz vorliegen müssen (s.o.: a). Zum anderen muss die Gemeinde die Möglichkeit haben, ihre Entscheidung zur Versagung des gemeindlichen Einvernehmens noch einmal vollumfänglich zu überprüfen. Für die erste Entscheidung über das gemeindliche Einvernehmen hat die Gemeinde nach § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB zwei Monate Zeit ab Vorliegen vollständiger Antragsunterlagen. Dies spricht dafür, für die nochmalige Prüfung dieser Entscheidung wiederum zwei Monate Zeit einzuräumen, zumal die nochmalige Beteiligung des Rates erforderlich werden kann. Andererseits sind der Gemeinde bei der erneuten Entscheidung über das Einvernehmen nach § 73 Abs. 4 S. 2 BauO NRW der Sachverhalt und die anstehenden Rechtsfragen im Wesentlichen bereits bekannt, was gewisse Abstriche rechtfertigen kann. Als Regelwert wird in der Literatur eine Frist von sechs Wochen für angemessen und ausreichend erachtet.

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

Im jeweiligen Einzelfall sind bei der Fristbemessung 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;

Die vor diesem Hintergrund anzustellende Würdigung im Einzelfall fällt beim VG bemerkenswert einseitig aus, blendet entscheidende Aspekte aus und erscheint wiederum vom gewollten Ergebnis her gedacht:

- (a) 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 Beklagten bereits hinlänglich ausgetauscht worden seien, oder, dass - in der Wahrnehmung der Vertreter des Beklagten - die Vertreter der Klägerin „Verständnis“ für die Frist „signalisiert“ hätten, unter den gegebenen Umständen eine angemessene Anhörungsfrist begründen. Tatsächlich verfügte die Klägerin 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 Klägerin 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 Klägerin 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 mutwillig um.

- (b) Richtigerweise hätten der Beklagte (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 entfaltet aufgrund ihres Standortes auf der Halde erhebliche prägende Wirkung für einen größeren Teil des Stadtgebietes. Sie steht in Widerspruch zu der seit Jahren auf der Halde verfolgten Planung für einen Landschaftspark. 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, offensichtlich.

- (c) Das Vorstehende gilt erst recht, wenn man mit dem Beklagten davon ausgeht, dass der Rat über das Einvernehmen zu entscheiden hatte. Der Beklagte hätte sich dann bei der Fristbestimmung an der nächsten turnusmäßigen Sitzungsperiode orientieren müssen. Jedenfalls hätte die Klägerin in die Lage versetzt werden müssen, ihre politischen Gremien nochmals einzubinden, was angesichts einer zweiwöchigen Stellungnahmefrist jedoch von vornherein ausgeschlossen war.
- (2.) Hilfsweise hält das VG einen Verfahrensmangel bei der Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens in seinem in Bezug genommenen Eilbeschluss vom 22.02.2021 - 8 L 1650 – dadurch für geheilt, dass der Klägerin im gerichtlichen Verfahren Einsicht in die vollständigen Verwaltungsvorgänge und Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wurde (BA, S. 14).

Auch diese Argumentation belegt das grundlegende Missverständnis des VG zur Rechtsnatur des Einvernehmens als Mitentscheidungsrecht und damit als absolutes Verfahrensrecht, das einer nachträglichen Heilung nicht zugänglich ist

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.

- (a) Eine nachträgliche Heilung ist bereits 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 offensichtlich 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.

- (b) 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 Entscheidung 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.
- (c) 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

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

4. Verpflichtung zur erneuten Beteiligung und Einvernehmensabfrage sowie entgegensehender Bebauungsplan

Schließlich verletzt die nachträgliche Genehmigung des Nachtbetriebes die Klägerin in ihrem Recht aus § 36 BauGB auf Beteiligung und gemeindliche Mitentscheidung.

Zunächst hat der Beklagte auf Antrag der Beigeladenen mit Bescheid vom 28.01.2021 die Nebenbestimmung 6.1.2 zum streitgegenständlichen Genehmigungsbescheid aufgehoben. In der Folge muss die WEA zum Schutze des Uhus nicht mehr vom 15.01. bis zum 15.08 eines jeden Jahres in der Zeit von einer halben Stunde vor Sonnenuntergang bis eine halbe Stunde nach Sonnenaufgang abgeschaltet werden. Ferner hat der Beklagte mit Bescheid vom 09.11.2021 „festgestellt“, dass die WEA nunmehr zur Nachtzeit betrieben werden darf. Zur Begründung für dieser Anlagenänderung beruft der Beklagte sich auf die Nebenbestimmung Nr. 3.1.6 des streitgegenständlichen Genehmigungsbescheides. Danach muss die WEA solange während der Nachtzeit außer Betrieb gesetzt werden, bis das Schallverhalten des WEA-Typs Enercon E-138 EP3 in der erforderlichen schallreduzierten Betriebsweise durch eine FGW-konforme Vermessung an der beantragten WEA selbst oder einer anderen WEA gleichen Typs belegt wird.

Die Klägerin wurde in beiden Änderungsverfahren nicht beteiligt. Die Änderungsbescheide wurden ihr auch nicht bekanntgegeben. Sie hat hiervon durch Akteneinsicht in die Gerichtsakten erfahren. Mit Schriftsatz vom 17.03.2022 hat die Klägerin die Änderungsgenehmigungen in ihre Klage einbezogen.

Bei der Zulassung von Nachtbetrieb handelt es sich – entgegen der Auffassung des VG (UA, Bl. 27 f.) – um ein Vorhaben nach § 29 Abs. 1 BauGB, so dass nach § 36 Abs. 1 i.V.m. § 35 BauGB das gemeindliche Einvernehmen erneut abzufragen war. Der Begriff des Vorhabens umfasst auch die Nutzungsänderung bestehender Anlagen. Unter Nutzungsänderung einer baulichen Anlage ist eine Änderung der Nutzungsweise zu verstehen, die rechtserheblich ist. Insbesondere liegt eine Nutzungsänderung vor, wenn durch die Verwirklichung eines Vorhabens die einer genehmigten Nutzung eigene Variationsbreite verlassen wird und durch die Aufnahme dieser veränderten Nutzung bodenrechtliche Belange neu berührt werden können, so dass sich die Genehmigungsfrage unter bodenrechtlichen Aspekten neu stellt. Eine Änderung der Bausubstanz ist insoweit nicht erforderlich.

BVerwG, Urteil v. 18.11.2010 – 4 C 10/08; Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, § 29 Rn. 49 m.w.N.

Bodenrechtliche Relevanz hat eine Änderung, wenn sie die in § 1 Abs. 6 BauGB genannten Belange berühren kann. In diesem Sinne bodenrechtlich relevant ist eine Änderung der Nutzungsweise auch dann, wenn sie etwa für die Nachbarschaft erhöhte Belastungen mit sich bringt,

vgl. BVerwG, Beschluss v. 07.11.2002 – 4 B 64/02 –; Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, § 29 Rn. 49

beispielsweise durch die Erhöhung der Betriebszeit.

Vgl. OVG Münster, Urteil v. 11.02.2014 – 2 D 15/14 –, Dürr, in: Brügelmann, BauGB, § 29 Rn. 37.

Vorliegend stellen sich bereits mit der Zulassung des Nachtbetriebes im Zeitraum 15.01. bis zum 15.08. durch den Änderungsbescheid vom 28.01.2021 neue genehmigungsrechtliche

Fragen: Der Wegfall der Nachtabschaltung zugunsten des Uhus berührt Belange des Naturschutzes (§ 1 Abs. 6 Nr. 7 lit. a BauGB) und hat ohne Zweifel umweltbezogene Auswirkungen auf den Menschen (§ 1 Abs. 6 Nr. 7 lit. c BauGB). Gleiches gilt für die vollständige Aufhebung des nächtlichen Betriebsverbotes durch den Bescheid vom 28.01.2021. Die sukzessive Ausdehnung der Betriebszeiten einschließlich der Zulassung des Nachtbetriebes begründet somit Nutzungsänderungen i.S.d. § 29 Abs. 1 BauGB.

Das VG meint dagegen, dass mit den nachträglichen Bescheiden keine Nutzungsänderung einhergegangen sei (UA, Bl. 29 f.). Für den Bescheid zur Aufhebung des beschränkten Anlagenbetriebes zum Schutze des Uhus vom 28.01.2021 folge dies daraus, dass der „Nachtbetrieb durch die vorgenannte Nebenbestimmung (nur) vom 15. Januar bis zum 15. August eines jeden Jahres und daher nicht ganzjährig eingeschränkt gewesen sei. Zudem sei der Nachtbetrieb allein wegen einer Änderung der tatsächlichen Verhältnisse (keine weiteren Hinweise auf einen Uhu im Wirkungsbereich im Jahr 2019) begründet worden. Die mit dem Änderungsbescheid einhergehende Nutzungsintensivierung beruhe daher nicht auf einer Änderung des Betriebs der Windenergieanlage durch den Betreiber, sondern auf äußeren, seinem Einflussbereich entzogenen Umständen. In Bezug auf die Zulassung des Nachtbetriebes unter Schallgesichtspunkten sei keine Nutzungsänderung gegeben, weil die Freigabe des Nachtbetriebes bereits in Gestalt einer aufschiebenden Bedingung im Ursprungsbescheid angelegt gewesen sei. Diese Einwendungen überzeugen aus folgenden Gründen nicht:

- (a) Zunächst lassen sich die Auswirkungen des Wegfalls der Abschaltzeiten zugunsten des Uhus nicht dadurch marginalisieren, dass nur der Nachtbetrieb vom 15. Januar bis zum 15. August zugelassen worden sei. Dies ist schon im Tatsächlichen falsch: Die Betriebsausweitung betrifft nicht nur den Nachtbetrieb, sondern die Zeit eine halbe Stunde vor Sonnenuntergang bis eine halbe Stunde nach Sonnenaufgang – und damit im Winter deutlich mehr als die Hälfte des Tages. Dass dergestalt geänderte Betriebsbedingungen genehmigungsrechtliche Relevanz haben können und in der konkreten Situation vor al-

lem die Frage aufwerfen, ob eine solche Betriebsausweitung unter Berücksichtigung der Festsetzungen des auf stille Erholung auf der Mottbruchhalde ausgerichteten Bebauungsplanes genehmigungsfähig sein kann – was im Ergebnis nicht der Fall ist (s.u.) – liegt auf der Hand.

- (b) Neben der Sache liegt auch das Argument des VG, dass keine Nutzungsänderung vorliege, weil die Ausdehnung der Betriebszeiten auf einer Änderung der tatsächlichen Verhältnisse beruhe und nicht auf einer Änderung des Betriebs der Windenergieanlage durch den Betreiber. Ob eine Nutzungsänderung vorliegt, entscheidet sich ausschließlich danach, ob ein erneutes Prüferfordernis durch den ausgeweiteten Anlagenbetrieb ausgelöst wird, weil städtebauliche Belange neu oder anders berührt sind. Dies vorliegend wegen der erheblichen Ausdehnung der Betriebszeiten bis über den Nachtzeitraum hinweg ohne weiteres der Fall (s.o.). Ob der Betreiber zu seinem Antrag auf Betriebsausweitung durch „äußere Umstände“ (Aufgabe des Uhreviers) oder andere Überlegungen motiviert wird, ist für das Prüferfordernis ohne rechtliche Relevanz.
- (c) Angesichts des klaren Befundes zur Ausdehnung der Betriebszeiten im Zeitraum 15.01. bis zum 15.08. kann dahinstehen, ob die zusätzliche Freigabe des Nachtbetriebes unter Schallschutzgründen eine erneute Beteiligung der Klägerin erfordert hätte, oder ob die Situation hier anders liegt, weil der Nachtbetrieb insoweit bereits in Gestalt einer aufschiebenden Bedingung in der Ursprungsgenehmigung angelegt war.
- (d) Genehmigungsfähig waren die Nutzungsänderungen durch die Betriebszeitausdehnungen schon deshalb nicht, weil der am 15.04.2019 in Kraft gesetzte Bebauungsplan Nr. 166 „Gebiet: Mottbruchhalde“ am Anlagenstandort Windenergieanlagen ausschließt. Die Klägerin ist insoweit zusätzlich in eigenen materiellen Rechten verletzt.

- (e) Im Übrigen hätte die Ausdehnung der Betriebszeiten in die Nachtzeiträume hinein die Klägerin auch veranlassen können, nochmals bauleitplanerisch tätig zu werden, etwa durch die Festsetzung von Emissionskontingenten. Dies zeigt, dass die Klägerin – ohne dass es darauf im Rahmen des absoluten Verfahrensrechts aus § 36 BauGB ankäme – ein berechtigtes Interesse an einer erneuten Einvernehmensabfrage vor Genehmigung der erheblich ausgeweiteten Betriebszeiten hatte.

Im Ergebnis lösten die Anträge auf Ausdehnung des Betriebsumfanges damit nicht nur ein erneutes Beteiligungserfordernis nach § 36 BauGB aus, dem der Beklagte verfahrensfehlerhaft nicht nachkam. Zusätzlich setzte er sich mit der Genehmigung der erweiterten Betriebszeiten über die Festsetzungen des Bebauungsplanes Nr. 166 hinweg. Die Klägerin ist in beiderlei Hinsicht in eigenen Rechten verletzt.

5. Zwischenergebnis

Die Klägerin ist in ihrem absoluten Beteiligungsrecht aus § 36 BauGB schon wegen der rechtswidrigen Abfrage des Einvernehmens auf Grundlage unvollständiger Antragsunterlagen verletzt. Jedenfalls aber ist dies der Fall, weil das Einvernehmen ersetzt wurde, ohne dass der Beklagte der Aufforderung der Klägerin, ihr die vollständigen Antragsunterlagen zur Kenntnis zu geben, entsprochen hätte. Außerdem war die gewährte Anhörungsfrist ungemessen kurz. Aus beiden Gründen wurde der Klägerin keine ausreichende Gelegenheit zur erneuten Entscheidung über das Einvernehmen nach § 73 Abs. 4 BauO NRW gegeben. Von alledem abgesehen hat das VG auch verkannt, dass die Ausdehnung der Betriebszeiten nach Wegfall des Uhreviers eine erneute Einvernehmensabfrage erfordert hätte. An der Richtigkeit der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung bestehen demnach ernstliche Zweifel i.S.d. § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO.

II. Grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache

Die Rechtssache weist auch grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO auf. Konkret wirft sie folgende, bereits im Zusammenhang mit dem Berufungszulassungsgrund der ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung behandelte Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung auf:

1. **Rechtmäßigkeit der Abfrage des gemeindlichen Einvernehmens auf Grundlage bewusst unvollständiger Antragsunterlagen**

a) **Liegt eine wirksame Abfrage des gemeindlichen Einvernehmens vor, wenn die Genehmigungsbehörde in Kenntnis der Unvollständigkeit der Antragsunterlagen das gemeindliche Einvernehmen abfragt?**

b) **Beginnt die Frist des § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB in einem solchen Fall mit der Übersendung der von der Gemeinde nachgeforderten Unterlage, auch wenn diese wiederum unvollständig ist und deshalb weitere Nachbetrachtungen erfolgen?**

(1.) Das VG ist der Auffassung, dass die Klägerin nicht in ihrem formellen Beteiligungsrecht aus § 36 BauGB dadurch verletzt sei, dass der Beklagte die Abfrage des gemeindlichen Einvernehmens mit Schreiben vom 09.08.2019 auf Grundlage bewusst unvollständiger Antragsunterlagen vornahm (UA, Bl. 21 f.). Hierin sei keine unbillige Risikoverlagerung zu erkennen. Die Frist nach § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB laufe dann mit der letzten der von der Gemeinde angeforderten Unterlagen (vgl. UA, Bl. 20 f.).

(2.) Die Rechtsauffassung des VG überzeugt nicht. Das Ersuchen im Rahmen des § 36 Abs. 1 BauGB muss in Anbetracht der weitreichenden Folgen der Einvernehmensfiktion und

aus Gründen der Rechtssicherheit solange unterbleiben, wie die Genehmigungsbehörde selbst davon ausgeht, dass die vorliegenden Unterlagen noch unvollständig sind. Eine Einvernehmensabfrage „auf Vorrat“ würde es der Genehmigungsbehörde ermöglichen, die Frist für die Einvernehmensversagung auf Grundlage offensichtlich unvollständiger Antragsunterlagen auszulösen. Das BVerwG betont ausdrücklich, dass sich aus Sinn und Zweck des Einvernehmenserfordernisses ergibt, dass der Gesetzgeber der Gemeinde eine Entscheidung über ihr Einvernehmen auf Grundlage in planungsrechtlicher Hinsicht vollständiger Antragsunterlagen ermöglichen will.

BVerwG, Urteil v. 16.09.2004 – 4 C 7.03 – juris Rn. 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, setze sich in Widerspruch zur planungsrechtlichen Schutzfunktion des Einvernehmenserfordernisses.

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

Das Risiko der Prüfung der Vollständigkeit der Antragsunterlagen würde, über die Fälle von der Genehmigungsbehörde nicht erkannter Unvollständigkeiten hinaus, offensichtlich in unbilliger Weise auf die Gemeinde verlagert. Allein der Umstand, dass der Beklagte mit der Unvollständigkeit (in Teilen) transparent umgegangen ist, vermag hieran nichts zu ändern. Im Übrigen verwies der Beklagte im Schreiben vom 09.08.2018 nicht einmal auf sämtliche Unterlagen, die bei der Abfrage des Einvernehmens noch fehlten, sondern nur auf die Sichtbeziehungsstudie. Auch ist für die Gemeinde im Vorhinein gar nicht ersichtlich, bei welcher Unterlage es sich denn um die letzte nachgereichte han-

delt, die gegebenenfalls den Fristbeginn auslösen soll. Auch diese Konsequenz ist unvereinbar mit den strengen Anforderungen, die an die Eindeutigkeit der Abfrage des Einvernehmens und des Fristbeginns für dessen Versagung zu stellen sind.

*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*

- (3.) Die aufgeworfenen Fragen sind klärungsbedürftig. Ihre Beantwortung ergibt sich weder unmittelbar aus dem Gesetzestext, noch sie in der höchstrichterlichen Rechtsprechung bereits entschieden. Soweit das VG auf das Urteil des BVerwG vom 26.03.2015 – 4 C 1.14 -, juris Rn. 16 verweist, beantworten sich aus diesem die hier aufgeworfenen Fragen nicht. Vorliegend sind von vornherein (bewusst) keine vollständigen Antragsunterlagen übersandt worden, was mit der vom BVerwG entschiedenen Konstellation einer Zurückstellung nach ordnungsgemäßer Einvernehmensabfrage nicht vergleichbar ist.
- (4.) Die aufgeworfenen Fragen sind hier klärungsfähig. Das Urteil des VG beruht in seinem (hilfsweise) tragenden Begründungsstrang auf der Annahme, dass die Abfrage des Einvernehmens ordnungsgemäß erfolgt und die Frist für die Versagung des Einvernehmens mit der Übersendung der ersten Fassung der Sichtbarkeitsstudie ausgelöst worden sei, so dass sich die Frage der Rechtmäßigkeit der Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens nicht stelle (UA, Bl. 24). Gegenüber den anderen tragenden Begründungssträngen greifen ebenfalls Berufungszulassungsgründe (s.o.: I.).

2. **Relevanz der Unvollständigkeit von Antragsunterlagen bei versagtem Einvernehmen**

- a) **Kann die Gemeinde sich stets dann, wenn sie das gemeindliche Einvernehmen aus materiellen Gründen versagt, nicht mehr auf die Unvollständigkeit der Antragsunterlagen zur Begründung einer Rechtsverletzung nach § 36 BauGB berufen?**
- b) **Kann die Gemeinde dies auch dann nicht, wenn sie auf Grundlage unvollständiger Antragsunterlagen beteiligt wurde und der Genehmigungsbehörde die Unvollständigkeit bewusst ist?**
- c) **Gilt dies auch dann, wenn die Gemeinde die Versagung des Einvernehmens nicht nur auf materielle Versagungsgründe gestützt sondern zugleich auf die Unvollständigkeit der Antragsunterlagen hingewiesen hat?**

- (1.) Das VG ist unter Berufung auf das Urteil des BVerwG vom 27.08.2020 – 4 C 1.19 – der Auffassung, dass die Klägerin sich jedenfalls deshalb nicht auf eine Verletzung ihres Rechts auf Beteiligung auf Grundlage vollständiger Antragsunterlagen berufen kann, weil sie mit Schreiben vom 23.08.2018 das gemeindliche Einvernehmen zugleich aus Sachgründen verweigert hat. Damit habe die Klägerin gezeigt, dass sie zu einer Entscheidung in der Sache in der Lage war.
- (2.) Der erkennende Senat hat in seinem vorlaufenden Eilbeschluss vom 02.07.2021 - 7 B 286/21 - ausgeführt, dass es der Klärung im Hauptsacheverfahren vorbehalten bleibe, ob der Einwand der Unvollständigkeit der Antragsunterlagen auch in der vorliegenden Konstellation nicht geltend gemacht werden könne, in der die Rüge der Unvollständigkeit der Antragsunterlagen neben der Versagung des Einvernehmens aus materiellen Gründen vorgebracht werde (BA, S. 3). Sinn und Zweck des

gemeindlichen Einvernehmens (eigenständige bauplanungsrechtliche Prüfkompetenz der Gemeinde und Gelegenheit zur entgegenstehenden Bauleitplanung, s.o.: I. 2.) sprechen eindeutig dafür, dass die Geltendmachung eines materiellen Versagungsgrundes den Einwand unvollständiger Antragsunterlagen nicht stets abschneidet (s.o.: I. 2.). Eine solche Sichtweise würde mit dem anerkannten Verständnis vom Einvernehmenserfordernis als absolutem Verfahrensrecht grundlegend brechen.

- (3.) Die aufgeworfenen Fragen sind auch vor dem Hintergrund des Urteils des BVerwG vom 27.08.2020 – 4 C 1.19 – klärungsbedürftig. Dort war der Einwand der Rüge der Unvollständigkeit der Antragsunterlagen erst lange nach der Versagung des Einvernehmens geltend gemacht worden, nachdem sich herausgestellt hatte, dass ein materieller Einwand nicht griff. Die Gemeinde war außerdem ihrer eigenen Mitwirkungsobliegenheit im Verfahren nach § 36 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 BauGB nicht ausreichend nachgekommen (vgl. juris Rn. 17).

Vorliegend hat die Klägerin demgegenüber zu keinem Zeitpunkt einen Zweifel daran gelassen, dass sie ihr Einvernehmen nicht nur wegen der damaligen Veränderungssperre versagte, sondern zugleich die Unvollständigkeit gerügt. Damit hat sie zum Ausdruck gebracht, dass sie auch nach der Versagung des Einvernehmens auf Grundlage vollständiger Antragsunterlagen beteiligt werden wollte, um gegebenenfalls weitere Genehmigungshindernisse geltend machen zu können oder auch mit Mitteln der Bauleitplanung reagieren zu können. Dies hat der Beklagte auch entsprechend verstanden und wiederholt Unterlagen nachgesendet, wenngleich zu keinem Zeitpunkt alle ihm vorliegenden Unterlagen. Letztlich hat er nicht einmal allen Unterlagen nachgesendet, zu denen die Klägerin Unvollständigkeiten moniert hatte (Sichtbarkeitsanalyse).

(4.) Die dargelegten Fragen sind klärungsfähig, weil sie wiederum den (hilfsweise) tragenden Begründungsstrang des VG betreffen (UA, Bl. 24) und Berufungszulassungsgründe auch gegenüber der weiteren tragenden Begründung greifen.

3. Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens trotz nicht vollständig übersandter Antragsunterlagen

a) Erfordert die von § 73 Abs. 4 S. 2 BauO NRW verlangte, erneute Gelegenheit zur Entscheidung über das gemeindliche Einvernehmen, dass vor dessen Ersetzung der Gemeinde die vollständigen Antragsunterlagen mit bauplanungsrechtlicher Bedeutung für das Einvernehmen vorliegen?

b) Gilt dies jedenfalls dann, wenn die Gemeinde im Zuge der Anhörung zur Einvernehmensersetzung ausdrücklich die vollständige Übersendung der Antragsunterlagen nachfragt?

(1.) Das VG geht nicht davon aus, dass der Gemeinde in diesen Konstellationen die Antragsunterlagen vollständig vorliegen müssten. Es stellt vielmehr darauf ab, ob es sich bei den weiteren Unterlagen der Gemeinde (lediglich) um Ergänzungen handele und ob diese im Einzelnen konkret von der Gemeinde angefragt seien (UA, Bl. 26).

(2.) Für diese grundlegenden Einschränkungen des absoluten Beteiligungsrechts bieten weder § 36 BauGB noch § 73 Abs. 4 BauO NRW einen Anhalt. Der Wortlaut verdeutlicht vielmehr, dass vor der Ersetzung eine nochmalige Prüfung und Entscheidung über das gemeindliche Einvernehmen möglich sein muss, was denotwendig die Kenntnis der vollständigen Antragsunterlagen voraussetzt. Ausdrückliche Rechtsprechung hierzu gibt es allerdings – soweit ersichtlich – nicht, so dass die aufgeworfenen Rechtsfragen klä-

rungsbedürftig sind. Ferner sie über den Einzelfall hinaus von Interesse, da sie das grundlegende Verständnis des gemeindlichen Beteiligungsrechts im Allgemeinen und des § 73 Abs. 4 S. 2 BauO NRW im Besonderen betreffen.

- (3.) Die aufgeworfenen Fragen sind im vorliegenden Verfahren klärungsfähig. In seinem zweiten tragenden Begründungsstrang geht das VG davon aus, dass die Gemeinde ihr Einvernehmen versagt hat, so dass es insoweit auf die Rechtmäßigkeit der Einvernehmensersatzung ankommt (vgl. UA, Bl. 24 ff.). Soweit das VG im ersten Begründungsstrang der Auffassung ist, dass bereits eine Einvernehmensfiktion eingetreten sei (vgl. UA, Bl. 17 ff.), bestehen ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung (s.o.: I. 2.) sowie weitere Fragen von rechtsgrundsätzlicher Bedeutung (s.o.: II. 1., 2).

Nach alledem ist die Berufung zuzulassen.

Dr. Unland
Rechtsanwalt