

Verwaltungsgericht Gelsenkirchen
Bahnhofsvorplatz 3
45879 Gelsenkirchen

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren

Stadt Gladbeck

./.

Kreis Recklinghausen

beigeladen: Mingas-Power GmbH

– 8 K 1199/19 –

begründen wir nachfolgend unsere Klage vom 11.03.2019:

I. Sachverhalt

Die Klägerin richtet sich mit ihrer Anfechtungsklage gegen die der Beigeladenen für eine Windenergieanlage des Typs Enercon E 138 EP3 unter Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens erteilte immissionsschutzrechtliche Genehmigung vom 11.02.2019. Der Anlagenstandort befindet sich auf der sog. Mottbruchhalde in Gladbeck (Anlagenstandort: 45964 Gladbeck, Gemarkung: Gladbeck, Flur: 63, Flurstück: 100). Die Mottbruchhalde überragt die umgebende Landschaft mit 60 m Höhe deutlich. Die jetzt genehmigte Windenergieanlage soll auf dem Plateau der kegelförmigen Halde zustehen kommen und ihrerseits eine Gesamthöhe von 200,5 m aufweisen.

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:

1. 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 7.2.2017, 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 Verwaltungsgericht 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 weiter verfolgte und statt-

dessen die jetzt streitgegenständliche Genehmigung für einen WEA anderen Typs an anderem Standort beantragte. Auf die Erledigungserklärung der Beigeladenen stellte das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen das Verfahren am 05.03.2019 ein.

2. 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 Planungswerkstatt 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 erfolgt am 04.10.2016. Seit dem Jahr 2017 liegt die Mottbruchhalde im Bereich eines Stadumbaugebietes.

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.

3. 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 von Oktober

2018 (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.

Mit Schreiben vom 24.08.2018 konkretisierte die Klägerin ihren Vortrag und wies auf das Fehlen einer Sichtbeziehungsanalyse, eines aktualisierten avifaunistischen Gutachtens und geprüfter Standsicherheitsnachweise hin.

Am 20.09.2018 ging bei der Klägerin das Gutachten zur optisch bedrängenden Wirkung ein.

Mit Schreiben vom 06.12.2018 verweigerte die Klägerin die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens. Sie wies darauf hin, dass das Verfahren nicht als Wiederaufnahme, sondern als Neuantrag zu behandeln sei, da sich die Genehmigungsfrage inhaltlich anders stelle. Die Versagung des Einvernehmens begründete sie mit einem Verstoß gegen die Veränderungssperre und Ziele der Raumordnung hinsichtlich der zeichnerischen Festsetzungen des Vorranggebietes mit der zweckgebundenen Nutzung „Aufschüttungen und Ablagerungen – Halden“. Ferner wurde auf Mängel bei der Begutachtung der optisch bedrängenden Wirkung hingewiesen, die einen Verstoß gegen das Gebot der Rücksichtnahme begründeten.

Daraufhin teilte die Beigeladene 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.

Am 24.01.2019 erfolgte die Anhörung der Klägerin zu Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens mit einer Frist bis zum 04.02.2019 (7 Werktage). Der Beklagte führte aus, dass die Veränderungssperre gegenüber der Beigeladenen „allerspätestens“ seit dem 17.12.2018 keine Wirkung mehr entfalte. Ihre dreijährige Geltungsdauer sei abgelaufen. Sie sei seit 2 Jahren und 7 Monaten in Kraft. Ferner sei zugunsten der Beigeladenen die für 6 Monate ausgesprochene Zurückstellung vom 23.05.2012 zu berücksichtigen, die mit dem seinerzeit in Aufstellung befindlichen sachlichen Teilflächennutzungsplan „Konzentrationszonen für Windenergieanlagen“ begründet worden sei. Hinsichtlich der optisch bedrängenden Wirkung habe der Gutachter Nachprüfungen durchgeführt mit dem Ergebnis, dass keine optische bedrängende Wirkung vorliege. Eine Übersendung dieser Begutachtung an die Klägerin erfolgte indes nicht. Sie hat in die Begutachtung erst am 05.04.2019 – mit der Übersendung der Verfahrensakten durch das Gericht – Einsicht nehmen können.

Am 31.01.2019 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 Email 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.

Mit Schreiben vom 06.02.2019 teilte die Klägerin der Beklagten mit, dass eine Frist von 10 Arbeitstagen im Falle der Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens bei der Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für eine Windenergieanlage für eine abgestimmte Stellungnahme zu knapp bemessen sei. Ein über den bisherigen Vortrag hinausgehendes Vorbringen bleibe vorbehalten. Außerdem wurde darauf hingewiesen, dass der LWL empfohlen habe, für die Siedlung Brauck eine Sichtbarkeitsanalyse 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.

Nicht mehr übersandte der Beklagte der Klägerin das nachgereichte Avifaunistische Gutachten von Oktober 2018, den Nachtrag zum Landschaftspflegerischen Begleitplan von November 2018, den Nachtrag zum Gutachten zur optisch bedrängenden Wirkung vom 14.12.2018 sowie die Überarbeitung der Schallimmissionsprognose vom 31.01.2019. Die Klägerin hat in diese Unterlagen erst im Zuge des gerichtlichen Verfahrens nach der Übersendung der Verfahrensakten durch das Gericht Einsicht nehmen können.

II. Rechtliche Würdigung

Die zulässige Klage ist begründet, weil der Beklagte die Anlagengenehmigung unter Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens rechtswidrig erteilt hat und die Klägerin dadurch in ihren Rechten verletzt ist.

Die Klägerin ist bereits in ihrem formellen Beteiligungsrecht aus § 36 BauGB als absolutem Verfahrensrecht verletzt, weil sie in dem Genehmigungsverfahren nicht ordnungsgemäß beteiligt wurde (hierzu 1.). Weiterhin verletzt die Einvernehmensersetzung die Klägerin aus materiell-rechtlichen Gründen in eigenen Rechten. Sie hat das gemeindliche Einvernehmen nach § 36 Abs. 2 S. 1 BauGB zurecht verweigert. Prüfungsmaßstab sind insoweit § 35 BauGB – weil das Windenergievorhaben im entscheidungserheblichen Zeitpunkt (noch) dem Außenbereich zuzuordnen war – und § 14 BauGB. Abstrakt gilt, dass die Versagung des Einvernehmens auf sämtliche Genehmigungsvoraussetzungen nach § 35 BauGB gestützt werden kann. Fehlt eine Genehmigungsvoraussetzung, kommt es für die gerichtliche Überprüfung der Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens nicht darauf an, ob die Gemeinde bereits die Versagung des Einvernehmens entsprechend begründet hat.

OVG NRW, Urteil v. – 8 A 460/13 – juris Rn. 63 f. m.w.N.

Konkret standen dem Vorhaben im entscheidungserheblichen Zeitpunkt der Ersetzung des Einvernehmens in materiell-rechtlicher Hinsicht die Veränderungssperre für den Bereich des Bebauungsplanes Nr. 166 „Gebiet: Mottbruchhalde“ (hierzu 2.), die nicht gesicherte Erschließung (hierzu 3.) sowie in mehrfacher Hinsicht öffentliche Belange nach § 35 Abs. 3 BauGB entgegen (hierzu 4.).

1. Verletzung des formellen Beteiligungsrechtes aus § 36 BauGB

Die Klägerin ist in ihrem absoluten Verfahrensrecht aus § 36 BauGB verletzt, weil sie vom Beklagten im Zusammenhang mit der Abfrage und Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens nicht ordnungsgemäß beteiligt wurde.

Gem. § 36 BauGB wird über die Zulässigkeit von Vorhaben im Außenbereich nach § 35 BauGB im Genehmigungsverfahren im Einvernehmen mit der Gemeinde entschieden. Wird die Gemeinde im Genehmigungsverfahren nicht gemäß § 36 Abs. 1 BauGB beteiligt, hat sie bereits deshalb einen Anspruch auf Aufhebung der Genehmigung. Einer materiell-rechtlichen Überprüfung der Rechtslage bedarf es in dieser Konstellation nicht.

OVG NRW, Urteil v. 28.11.2007 – 9 A 2325/06 – juris Ls. 3; bestätigt durch BVerwG, Beschluss v. 11.08.2008 – 4 B 25/08 – juris Rn. 6 m.w.N.

In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist weiter rechtsgrundsätzlich geklärt, dass der Gesetzgeber der Gemeinde eine Entscheidung über ihr Einvernehmen auf Grundlage in planungsrechtlicher Hinsicht vollständiger Antragsunterlagen ermöglichen will. Ein unvollständiges Ersuchen setzt die Frist des § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB nicht in Gang.

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

Erst mit der Einvernehmensabfrage auf Grundlage vollständiger Antragsunterlagen wird die Gemeinde in die Lage versetzt, die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens zu beurteilen und zu entscheiden, ob und ggf. wie sie durch Inkraftsetzung einer Veränderungssperre oder eines rechtsverbindlichen Bebauungsplans die materielle Rechtslage mit Wirkung für den zur Genehmigung gestellten Bebauungsanspruch verändern will.

*Vgl. BVerwG, Urteil v. 07.02.1986 – 4 C 43.83 – BRS 46 Nr. 142;
BVerwG, Beschluss v. 11.08.2008 – 4 B 25.08 – juris.*

Im Hinblick auf die Einvernehmensfiktion nach § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB trifft die Gemeinde bei unvollständigen Antragsunterlagen allerdings eine Rügeobliegenheit, wenn sie den Eintritt der Fiktionswirkung binnen der Zweimonatsfrist verhindern will. Lässt die Gemeinde die Frist für die Einvernehmensverweigerung wegen unvollständiger Antragsunterlagen verstreichen, geht dies insoweit zu ihren Lasten. Rügt sie dagegen die Unvollständigkeit der Antragsunterlagen oder versagt das Einvernehmen fristgemäß, tritt die Einvernehmensfiktion nicht ein.

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

Gemessen hieran ist die Klägerin vorliegend in ihrem absoluten Verfahrensrecht auf Beteiligung und Mitentscheidung über die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit verletzt:

- a) Die Abfrage des gemeindlichen Einvernehmens durch den Beklagten erfolgte – 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 Einvernehmensabfrage:
- die Sichtbeziehungsuntersuchung zur Beurteilung der optisch bedrängenden Wirkung der reko GmbH & Co. KG vom 11.09.2018,
 - das Avifaunistische Gutachten 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 mit Schreiben vom 16.08.2018 – im Hinblick auf Sichtbeziehungsuntersuchung und Standsicherheitsnachweis – und vom 23.08.2018 – im Hinblick auf Sichtbeziehungsuntersuchung, Avifaunistisches Gutachten und Standsicherheitsnachweis – gerügt. In letzterem Schreiben hat die Klägerin zudem bereits darauf hingewiesen, dass angesichts der Unvollständigkeiten der Unterlagen die Zwei-Monats-Frist des § 36 Abs. 2 BauGB nicht zu laufen begonnen hat.

Vom Beklagten nachgereicht wurde daraufhin lediglich noch die Sichtbeziehungsuntersuchung zur Beurteilung der optisch bedrängenden Wirkung der reko GmbH & Co. KG vom 11.09.2018.

Die Klägerin versagte das gemeindliche Einvernehmen mit Schreiben vom 06.12.2018. Sie wies im Hinblick auf die (nachgesandte) Sichtbeziehungsuntersuchung der reko GmbH & Co. KG vom 11.09.2018 zutreffend darauf hin, dass das Gutachten insoweit unvollständig war, wie es sich nicht mit Wohngebäuden befasst, die weiter als das Dreifache der Anlagenhöhe entfernt sind, was insbesondere vor dem Hintergrund der topografischen Sondersituation des Haldenstandortes erforderlich ist. Ferner wurde auf Unvollständigkeiten und Wertungswidersprüche im Hinblick auf eine Reihe von Einzelgebäuden hingewiesen.

Die Beigeladene reagierte hierauf, indem sie zur optisch bedrängenden Wirkung durch die reko GmbH & Co. KG unter dem 14.12.2018 einen Nachtrag zu der Untersuchung vom 11.09.2018 erstellen ließ. Dieser berücksichtigt die methodische Kritik der Klägerin in Teilen und setzt sich mit einer Reihe weiterer Betrachtungspunkte auseinander.

Der Beklagte übersandte diesen Nachtrag der Klägerin im Weiteren jedoch ebenso wenig, wie das Avifaunistische Gutachten von Oktober 2018, den Nachtrag zum Landschaftspflegerischen Begleitplan von November 2018 sowie die Überarbeitung der Schallimmissionsprognose vom 31.01.2019.

Im Anhörungsschreiben zur Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens vom 24.01.2019 teilte der Beklagte der Klägerin zur Frage der Vollständigkeit der Antragsunterlagen lediglich noch mit, dass hinsichtlich der optisch bedrängenden Wirkung der Gutachter Nachprüfungen mit dem Ergebnis durchgeführt habe, dass keine optische bedrängende Wirkung vorliege. Der Nachtrag selbst wurde indes nicht übersandt.

Die Klägerin forderte den Beklagten im Rahmen der Anhörung zur Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens mit anwaltlichem Schreiben vom 01.02.2019 sogar noch einmal ausdrücklich zur Übersendung der bei ihm nach der Versagung des Einvernehmens eingegangenen weiteren Unterlagen auf. Der Beklagte übersandte daraufhin mit E-Mail vom selben Tage lediglich noch die Klarstellung der Beigeladenen, dass ihr Genehmigungsantrag für die streitgegenständliche WEA als Neuantrag zu werten sei, sowie zwei Stellungnahmeschreiben der RAG.

Letztlich hat die Klägerin erst am 05.04.2019 – mit der Akteneinsichtnahme im vorliegenden Klageverfahren – vom Inhalt des Avifaunistischen Gutachtens von Oktober 2018, dem Nachtrag zum Landschaftspflegerischen Begleitplan von November 2018, dem Nachtrag zur Untersuchung der optisch bedrängenden Wirkung vom 14.12.2018 sowie der Überarbeitung der Schallimmissionsprognose vom 31.01.2019 erfahren.

Das Vorgehen des Beklagten ist mit dem gemeindlichen Beteiligungs- und Mitentscheidungsrecht nach § 36 Abs. 1 BauGB als absolutem Verfahrensrecht unvereinbar.

Das BVerwG betont die eigenständige Mitentscheidungsbefugnis der Gemeinde auf Grundlage des Einvernehmenserfordernisses, auch bei der Frage der Vollständigkeit der Antragsunterlagen:

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

BVerwG, Urteil v. 16.09.2004 – 4 C 7/03 – juris Rn. 24.

Gegen diese Anforderungen hat der Beklagte evident verstoßen: Weite Teile der genehmigungsgegenständlichen Antragsunterlagen sind der Klägerin weder im Zusammenhang mit der Abfrage des gemeindlichen Einvernehmens noch im Nachgang dazu übersandt worden. Verschärfend kommt hinzu, dass die Klägerin auf die Unvollständigkeiten hingewiesen und ihr Einvernehmen auch deshalb versagt hat. Selbst im Nachgang zur Versagung des Einvernehmens hat die Klägerin noch um Übersendung gebeten, was der Beklagte jedoch explizit verweigert hat. Demnach kann keine Rede davon sein, dass die Gemeinde als sachnahe und fachkundige Behörde an der Beurteilung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen mitentscheidend beteiligt worden wäre. Vielmehr hat der Beklagte die ausreichende Beteiligung der Gemeinde bewusst verweigert, wohl weil er sich in einem Wettlauf mit dem parallel in Aufstellung befindlichen Bebauungsplan Nr. 166 „Gebiet: Mottbruchhalde“ gesehen hat, der auf der Halde keinen Standort für Windenergieanlagen vorsieht.

Mit der Vorenthaltung von nachgeforderten Antragsunterlagen und dem dennoch ersetzten Einvernehmen hat der Beklagte gegen das absolute gemeindliche Beteiligungs- und Mitentscheidungsrecht aus § 36 Abs. 1 BauGB verstoßen.

- b) Die Verletzung des gemeindlichen Beteiligungs- und Mitentscheidungsrechts zeigt sich auch daran, dass das Einvernehmen ersetzt wurde, ohne dass die Frist für die Entscheidung über das Einvernehmen nach den Maßstäben der höchstrichterlichen Rechtsprechung auch nur angelaufen wäre:

Die Ersetzung des Einvernehmens setzt voraus, dass die der Gemeinde zustehende Frist zur Entscheidung über das Einvernehmen nach § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB abgelaufen ist.

Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, § 36 BauGB, Rn. 42, Lfg. 123 Oktober 2016.

Zu laufen beginnt die Frist des § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB allerdings erst mit Übersendung der vollständigen Antragsunterlagen.

BVerwG, Urteil v. 16.09.2004 – 4 C 7/03 – NVwZ 2005, 213, 214; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, § 36 BauGB, Rn. 38, Lfg. 123 Oktober 2016 m.w.N.

Vollständige Antragsunterlagen wurden der Klägerin im Genehmigungsverfahren indes nicht zur Verfügung gestellt. Dabei hat die Klägerin auf diesen Umstand hingewiesen und damit ihrer Mitwirkungsverpflichtung genügt. Sie hat geltend gemacht, dass der Genehmigungsantrag ohne die Vorlage der fehlenden fachtechnischen Untersuchungen nicht beurteilungsreif und insoweit ergänzungsbedürftig ist. Ferner hat sie

das gemeindliche Einvernehmen versagt, es also gerade nicht auf den Eintritt der Einvernehmensfiktion nach § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB ankommen gelassen (s.o.: a).

Der Befund der Verletzung des absoluten Beteiligungs- und Mitentscheidungsrechts der Klägerin aus § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB wird somit auch dadurch bestätigt, dass der Beklagte das Einvernehmen ersetzt hat, ohne dass die der Klägerin zustehende Frist zur Entscheidung über das Einvernehmen nach den Maßstäben der höchstrichterlichen Rechtsprechung auch nur angelaufen wäre.

Die Klägerin kann danach schon wegen der Verletzung ihres Beteiligungsrechts aus § 36 Abs. 1 BauGB die Aufhebung der Genehmigung verlangen.

2. Entgegenstehen der Veränderungssperre

Ferner ist die Klägerin in ihren Rechten verletzt, weil der Kläger das gemeindliche Einvernehmen ersetzt und die Anlagengenehmigung erteilt hat, obwohl die Veränderungssperre der Klägerin für den Bereich des Bebauungsplanes Nr. 166 „Gebiet: Mottbruchhalde“ vom 13.06.2016 entgegenstand.

a) Materielle Rechtmäßigkeit

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

Als Sicherungsmittel ungeeignet ist eine Veränderungssperre nur dann, wenn sich das aus dem Aufstellungsbeschluss ersichtliche Planungsziel im Wege planerischer Festsetzung nicht erreichen lässt, wenn der beabsichtigte Bauleitplan einer positiven Plankonzeption entbehrt,

der Förderung von Zielen dient, für deren Verwirklichung die Planungsinstrumente des Baugesetzbuchs nicht bestimmt sind, oder wenn rechtliche Mängel schlechterdings nicht behebbar sind.

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

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

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

Eine strikte Akzessorietät zwischen konkreten Planungsabsichten der Gemeinde und der Rechtmäßigkeit der Veränderungssperre besteht nicht. Es ist gerade Sinn der Veränderungssperre, vorhandene planerische Ziele zu sichern und deren weitere Entwicklung zu ermöglichen. Grundsätzlich ist es erforderlich aber auch ausreichend, dass die Gemeinde im Zeitpunkt des Erlasses der Veränderungssperre zumindest Vorstellungen über die Art der beabsichtigten baulichen Nutzung besitzt, sei es, dass sie einen bestimmten Baugebietstyp, sei es, dass sie nach den Vorschriften des § 9 Abs. 1 BauGB festsetzbare Nutzungen ins Auge gefasst hat. Demgegenüber kann nicht verlangt werden, dass Art und Maß der vorgesehenen Nutzung bereits detailliert und abgewogen dargelegt werden können.

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

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

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

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

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

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

Erklärtes positives Planungsziel der Klägerin ist eine zusammenhängende Freiraumentwicklung im Bereich der Halden Moltke I/II, Mottbruch, Halde 19 sowie Halde 22. Bereits im Zu-

ge des vom 11.11. bis zum 13.11.2015 durchgeführten Werkstattverfahrens sind zentrale Nutzungs- und Gestaltungsfragen konzeptionell umrissen worden.

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

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

Vgl. Gestaltungskonzept „Gladbecker Alpen“ von März 2016, beigefügt als Anlage K2.

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

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

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

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

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

Einleitend wird darauf verwiesen, dass die fünf Halden Moltke I/II und III/IV, Mottbruch, Halde 22 und Halde 19 eine zusammenhängende postindustrielle Landschaft bilden. Ihre Nutzarmachung für Erholung, Freizeit und Ökologie werde durch das Konzept eines Ensembles aus den Alt-Halden Moltke I/II und III/IV, Landschaftskunstwerk Mottbruch sowie den Halden 19 und 22 mit den Spuren einer ursprünglichen und der wieder hergestellten Landschaft der Emscherniederung zu einem Alleinstellungsmerkmal innerhalb der Metropole Ruhr. Als Rahmen zur Entwicklung der Haldenlandschaft seien folgende Maßnahmen zur äußeren und inneren Erschließung sowie zur Etablierung einer Basisinfrastruktur vorgesehen:

„Basisinfrastruktur

- *Jede Halde erhält einen eigenen einladend gestalteten Eingangsplatz, er bietet Informationen und Orientierung, ist gleichzeitig Parkplatz und Anbindung an übergeordnete Rad- und Fußwege sowie den ÖPNV.*
- *Ein Hauptweg verbindet die Halden, er holt die Besucher an allen vier Eingangsplätzen ab und erschließt die Halden, er führt zu den beiden zentralen Orten „Basisstation“ und „Alltagswiese“. Der Hauptweg steht allen Nutzern, Wanderern und Radfahrern zur Verfügung. Er wird barrierefrei ausgebaut und soll selbst eine Attraktion werden. Davon ab-*

zweigende Nebenwege werden in ihrer Vielfalt nicht begrenzt, bestehen bereits, entstehen spontan oder werden von speziellen Nutzergruppen erstellt.

- *Einrichtung einer Basisstation im Bereich der ehemaligen Umladeanlage mit einer angemessenen Freizeitinfrastruktur inkl. Erweiterung des Vorhandenen Wasserbeckens.*
- *Einrichtung einer Alltagswiese auf dem Plateau mit dem Regenrückhaltebecken an der Südwestseite der Mottbruchhalde.*

Weitere Infrastruktureinrichtungen und bauliche Anlagen

- *Gesamter Haldenbereich*
Die Einrichtung der für Freizeit- und Erholungsnutzungen sowie für die Erschließung erforderlichen Infrastruktur soll im gesamten Haldenbereich möglich sein. Dies gilt auch für temporäre Nutzungen.
- *Mottbruchhalde*
Nach Auffassung der an der Planungswerkstatt Beteiligten sind allerdings auf dem eigentlichen Haldenkörper der Mottbruchhalde als künstlerischem Landschaftsbauwerk jede Art von größeren oder großflächigen Aufbauten wie z.B. Hallen, Fußballplätze, Großskulpturen (wie z.B. „Tiger & Turtle“ oder das Horizontobservatorium), Windenergieanlagen oder auch Wohnungsbau nicht verträglich, weil die Silhouette des Haldenkörpers bewahrt werden soll.

Weitere Infrastruktureinrichtungen und bauliche Anlagen

Für die einzelnen Halden wurden unterschiedliche Szenarien entwickelt:

(...)

- *Halde Mottbruch*

Die Mottbruchhalde bildet das Zentrum der Haldenwelt. Die Werkstatt sieht – trotz der Schüttung mit verringerten Schüttmengen als ursprünglich vorgesehen – in dem Erdbauwerk mit seiner markanten Form des Gipfelkraters ein Landschaftskunstwerk. Daher ist die Silhouette zu bewahren und von höherer Vegetation freizuhalten; der Problematik der Staubentwicklung soll durch geeignete Begrünung begegnet werden. Im Bereich der ehemaligen Umladeanlage soll eine bauliche Nutzung in Verbindung mit einer größeren Wasserfläche etabliert werden; im Sinne eines „Basislagers“ soll hier –

ohne Beeinträchtigung des Landschaftsbildes am Fuß der Halde – die Möglichkeit für eine angemessene Freizeitinfrastruktur geschaffen werden. (...). Für die Notwendigkeit einer Oberflächenentwässerung hat die Planungswerkstatt ein Grobkonzept zur Wasserführung und Rückhaltung erarbeitet. (...)“

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

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

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

b) Geltungsdauer

Die Veränderungssperre war auch unter dem Aspekt ihrer Geltungsdauer im Zeitpunkt der Erteilung der Genehmigung der Beigeladenen gegenüber wirksam. Die Berücksichtigung von Zeiten faktischer Zurückstellungen führt – entgegen der Rechtsauffassung des Beklagten im Genehmigungsbescheid – zu keinem anderen Befund:

- aa) Die Veränderungssperre trat mit der Bekanntmachung am 13.06.2016 in Kraft. Sie galt gem. § 17 Abs. 1 S. 1 BauGB zunächst für 2 Jahre, mithin bis zum 13.06.2018. Am 13.06.2018 wurde die Verlängerung um ein weiteres Jahr gem. § 17 Abs. 1 S. 3 BauGB bekanntgemacht.

Im Zeitpunkt der Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens mit der Genehmigung vom 11.02.2019 stand die Veränderungssperre der planungsrechtlichen Genehmigungsfähigkeit der Windenergieanlage daher entgegen.

- bb) Anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass im Einzelfall grundstücksbezogen eine Berücksichtigung anrechnungsfähiger Zeiten erfolgen müsste: Gem. § 17 Abs. 1 S. 2 BauGB ist auf die Zweijahresfrist der seit der Zustellung der ersten Zurückstellung eines Baugesuchs nach § 15 Abs. 1 BauGB abgelaufene Zeitraum anzurechnen. § 17 Abs. 1 S. 2 BauGB ist analog auf Fälle einer sog. faktischen Zurückstellung anzuwenden. Eine faktische Zurückstellung liegt vor, wenn ein Baugesuch zögerlich behandelt

oder rechtswidrig abgelehnt worden ist und es dadurch zu einer zeitlichen Verzögerung gekommen ist. Vorausgesetzt ist die Stellung eines konkreten Baugesuchs.

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

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

- (1.) § 17 Abs. 1 S. 2 BauGB ist nicht (entsprechend) auf Konstellationen anzuwenden, in denen zwischen zu sichernder Planung und der vorhergehenden Zurückstellung kein innerer Zusammenhang besteht. Eine Anrechnung von Zurückstellungszeiten scheidet daher aus, wenn die vorlaufende Zurückstellung der Sicherung einer anderen Bauleitplanung diene.

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

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

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

Das Erfordernis der Planungsakzessorietät zwischen zu sichernder Planung und vorhergehender Zurückstellung findet auch darin Ausdruck, dass § 17 Abs. 1 S. 2 BauGB

eine Anrechnung von Zurückstellungszeiten ausschließlich bei Zurückstellungen auf Grundlage von § 15 Abs. 1 BauGB – und nicht bei Zurückstellungen auf Grundlage von § 15 Abs. 3 BauGB vorsieht. Die Voraussetzungen einer Analogie zur Zurückstellungsregelung des § 17 Abs. 1 S. 2 BauGB liegen bei Zurückstellungen nach § 15 Abs. 3 BauGB nicht vor.

Vgl. Sennekamp, in: Brügelmann, BauGB, § 17, Rn. 18 (106. EL April 2018); a. A. etwa Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, § 17 Rn. 16a.

Denn Grundlage für die Zurückstellung nach § 15 Abs. 3 BauGB ist ein Aufstellungsverfahren für einen Flächennutzungsplan mit den Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB – und damit einer gesamträumlichen Konzentrationswirkung. Mittels einer Veränderungssperre ist eine solche Konzentrationsplanung nicht sicherungsfähig. Die Zurückstellung auf Grundlage von § 15 Abs. 3 BauGB und eine nachlaufende Veränderungssperre verfolgen daher zwangsläufig andere planerische Zielsetzungen. Für eine analoge Anwendung des § 17 Abs. 1 S. 2 BauGB ist insoweit kein Raum.

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

Sowohl nach dem Wortlaut des § 17 Abs. 1 S. 2 BauGB als auch nach seinem Sinn und Zweck kommt daher eine Anrechnung der Dauer der Zurückstellung nach § 15 Abs. 3 BauGB für das ursprüngliche Baugesuch nicht in Betracht.

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

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

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

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

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

Vorliegend hat die Beigeladene – trotz wiederholter Aufforderung durch den Beklagten und entsprechender Hinweise der Klägerin – die bis dahin unvollständigen Antragsunterlagen erst mit Schriftsätzen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren vom

08.03.2017 (Untersuchung zur optisch bedrängenden Wirkung der zwei WEA des Büros SOLvent vom 7.2.2017 sowie Stellungnahme der Ahlenberg Ingenieure vom 17.07.2015 zum Standsicherheitsnachweis) und vom 18.04.2017 (Bewertung des Landschaftsbildes gemäß Windenergieerlass“ und Begründung zum Antrag auf naturschutzrechtliche Befreiung von den Festsetzungen zum Landschaftsschutzgebiet L 10 Landschaftsplan Nr. 4 „Gladbeck“) ergänzt. Unterstellt, dass ab diesem Datum vollständige Antragsunterlagen vorlagen, so begann die Phase faktischer Zurückstellung frühestens Anfang 2017. Da die Veränderungssperre jedoch bereits am 13.06.2016 in Kraft gesetzt war, sind folgerichtig überhaupt keine Zeiten faktischer Zurückstellung anrechenbar.

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

Schreiben des Beklagten vom 28.10.2011 und vom 16.07.2012 (Blatt 68 ff. bzw. 276 f. der Verfahrensakte des Kreises Recklinghausen); Schrei-

ben der Klägerin vom 19.12.2012 und 19.01.2012 (Blatt 97 f. bzw. 145 f. der Verfahrensakte des Kreises Recklinghausen).

Die auf einzelfallbezogenen Billigkeitserwägungen beruhende Argumentation der Kammer überzeugt insoweit nicht.

- (3.) Selbst wenn man – nach den vorstehenden Befunden äußerst hilfsweise – mit dem Standpunkt der erkennenden Kammer im Urteil vom 11.05.2017 davon ausgeht, dass die individuelle Sperrfrist von drei Jahren im Zeitpunkt der Genehmigungserteilung bereits abgelaufen war, entfaltet die Veränderungssperre vorliegend jedenfalls deshalb Wirkung, weil die Voraussetzungen für eine Verlängerung in das vierte Jahr gem. § 17 Abs. 2 BauGB vorgelegen haben. Die Begründung des Genehmigungsbescheides, die nur die Frage nach der Verlängerung der Veränderungssperre in das dritte Jahr aufwirft, greift insoweit zu kurz. Die der Gemeinde in § 17 Abs. 2 BauGB eingeräumte Möglichkeit der Verlängerung der Veränderungssperre um ein viertes Jahr ist auch bei der Berechnung des faktischen Zurückstellungszeitraums zu berücksichtigen.

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

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

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

Vorliegend geht es um die Integration der Bauleitplanung für die Halde in ein Gesamtkonzept für die Haldenwelt Gladbecks. Sowohl in räumlicher als auch in konzeptioneller Hinsicht erforderte das Bauleitplanverfahren ein Maß an Ermittlung und Abstimmung, das über das anderer Planungen erheblich hinausging. Zeitlich verzögernd hat sich das Verfahren zur Zulassung des Abschlussbetriebsplans ausgewirkt. Die Zulassung des Abschlussbetriebsplans ist erst am 25.06.2018 durch die Bezirksregierung Arnsberg erfolgt. Die Halde steht daher noch unter Bergaufsicht gem. § 69 Abs. 2 BBergG. Auch musste die Klägerin ihrer Bauleitplanung die durch die RAG Montan Immobilien GmbH übermittelten Untersuchungsergebnisse zu den Altlasten zugrunde legen. Die letzten erforderlichen Informationen zu den Altlasten wurden der Klägerin erst am 13.09.2018 übermittelt. Die Berücksichtigung der Untersuchungsergebnisse ist daraufhin unmittelbar erfolgt, so dass bereits am 15.11.2018 der Offenlagebeschluss erfolgen konnte.

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

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

Die Berücksichtigung von Zeiten faktischer Zurückstellung führt daher aus mehrerlei Gründen nicht dazu, dass die Veränderungssperre vor Erteilung der Genehmigung abgelaufen wä-

re. Folglich ist die Klägerin auch deshalb in eigenen Rechten verletzt, weil ihr Einvernehmen trotz dem Vorhaben entgegenstehender Veränderungssperre ersetzt wurde.

3. Nicht gesicherte Erschließung – § 35 Abs. 1 BauGB

Weiterhin ist ein Vorhaben nach § 35 Abs. 1 BauGB zur Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie im Außenbereich nur zulässig, wenn die ausreichende Erschließung gesichert ist. Dies gilt wegen der Konzentrationswirkung des § 13 BImSchG auch dann, wenn – wie vorliegend – die Sicherung der Erschließung innerhalb eines immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens zu prüfen ist.

Vgl. OVG Sachsen-Anhalt, Urteil v. 22.06.2006 – 2 L 23/04 – juris Rn. 51; OVG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 16.11.2017 – OVG 11 B 6.15 – juris Rn. 47 ff.

Vorliegend ist weder die wegemäßige Erschließung (hierzu a)) noch die Löschwasserversorgung ausreichend gesichert (hierzu b)).

a) Wegemäßige Erschließung

Die Sicherung der wegemäßigen Erschließung setzt voraus, dass die Beigeladene die Verfügungsbefugnis über die zur Herstellung und zum Betrieb erforderlichen Straßen und Wege hat. Es muss die Zuwegung bis zum ersten bestehenden öffentlichen Weg bzw. zur ersten bestehenden öffentlichen Straße gesichert sein. Dies ist nicht der Fall.

Der Genehmigungsbescheid enthält keine Angaben zur Erschließung, da die Zuwegung bis zum Betriebsgrundstück rechtswidrig aus der Genehmigung ausgeklammert wurde.

S. 22 des Genehmigungsbescheides vom 11.02.2019.

Die Zuwegung zur Halde geht von der Boystraße aus, allerdings grenzt das Baugrundstück (Flurstück 100) nicht unmittelbar an die Boystraße. Es werden zunächst die Flurstücke 108, 105, 116, 128 und dann – nach erstmaligem Passieren des Flurstücks 100 – noch das Flurstück 98 gequert, bevor der Standort der Windenergieanlage auf dem Flurstück 100 erreicht wird. Mit Ausnahme des Flurstücks 105 stehen diese Flurstücke im Eigentum der RAG. Das Flurstück 105 befindet sich im Eigentum der Emschergenossenschaft.

Ein detailliertes Erschließungskonzept der Beigeladenen liegt der Klägerin bisher nicht vor. Der Zugriff auf die Flurstücke der RAG und der Emschergenossenschaft dürfte jedenfalls zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung nicht gesichert gewesen sein. Baulasten sind nach Kenntnis der Klägerin gleichfalls nicht eingetragen.

b) Löschwasserversorgung

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

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

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

Das Brandschutzkonzept behandelt etwa nicht die Frage, wie überhaupt Löschwasser auf die Halde geschafft werden soll. Aufgrund der Entfernung und der Topographie der Halde dürfte ein Anschluss an die Trinkwasserversorgung kaum möglich sein. Ob die benötigten Wasser-

mengen im Brandfalle rechtzeitig über Löschfahrzeuge herbeigeschafft werden können, ist offen. Außerdem wird die Brandbekämpfung durch das sehr hängige Gelände erschwert. Ebenfalls nicht untersucht ist, wie sich ein Brand auf die entzündlichen Teile des in den Haldenkörper eingebrachten Bergematerials auswirken kann. Dass die Gefahr eines Haldenbrandes besteht, legt die Situation an der unmittelbar angrenzend gelegenen Halde Graf Moltke nahe. Die Halde befindet sich nach Gasentzündungen seit vielen Jahren im Schwelbrand.

Ein Haldenbrand hätte erhebliche Gefährdungen der umliegenden Wohnhäuser zur Folge. Verstärkt wird deren Brandgefährdung durch die besondere topographische Situation: Einige Wohnhäuser befinden sich unmittelbar am Haldenfuß, so dass sie im Falle eines Anlagenbrandes unmittelbar von brennenden Anlagenteilen getroffen werden können. Im Brandfall führt das – ansonsten übliche – kontrollierte Abbrennenlassen der Anlage daher zu erheblichen Gefahren.

Solange nicht ein überarbeitetes Brandschutzkonzept diesen Bedenken Rechnung trägt, ist davon auszugehen, dass die Erschließung auch hinsichtlich der Löschwasserversorgung nicht hinreichend gesichert ist.

4. Entgegenstehen öffentlicher Belange

Neben der ausreichenden Sicherung der Erschließung erfordert § 35 Abs. 1 BauGB, dass dem Außenbereichsvorhaben öffentliche Belange nicht entgegenstehen. Auch diese Voraussetzung ist hier nicht erfüllt. Dem Vorhaben stehen öffentliche Belange in Form von schädlichen Umwelteinwirkungen durch Anlagenlärm (hierzu a), Naturschutz (hierzu b), Landschaftspflege (hierzu c), Denkmalschutz (hierzu d), Orts- und Landschaftsbild (hierzu e), Zielen der Raumordnung (hierzu f), dem Gebot der Rücksichtnahme (hierzu g) und luftfahrtrechtlichen Genehmigungshindernissen (hierzu h) entgegen.

a) Schädliche Umwelteinwirkungen durch Schall – § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BauGB

Die Genehmigung stellt nicht sicher, dass von dem Vorhaben keine schädlichen Umwelteinwirkungen in Form von Schallimmissionen ausgehen.

- aa) Der Genehmigungsbescheid stellt auf S. 11 für die Nebenbestimmung 3.1.5, nach der die Windenergieanlage zur Nachtzeit nach den Emissionsansätzen der Schallimmissionsprognose zu betreiben ist, auf die evident unvollständige Schallimmissionsprognose vom 11.07.2018 ab. Die überarbeitete Schallimmissionsprognose vom 31.01.2019, die auf Nachforderung des Beklagten weitere Immissionsorte und Schallreflexionen untersucht, ist nicht Gegenstand der Genehmigung geworden. Schon deshalb liegt der Genehmigung keine ausreichende Immissionsprognose zugrunde.
- bb) Selbst die überarbeitete Schallimmissionsprognose vom 31.01.2019 weist zahlreiche methodische Mängel auf, wegen derer von einer „auf der sicheren Seite“ liegenden Immissionsprognose keine Rede sein kann. Die gutachterlichen Befunde lassen vielmehr erhebliche Immissionsrichtwertüberschreitungen erwarten. Exemplarisch aufgezeigt sei dies zunächst für den im Reinen Wohngebiet gelegenen Immissionsort Roßheidestraße 69:

Das Wohnhaus Roßheidestraße 69 wurde in der Schallimmissionsprognose nicht berücksichtigt. Untersucht wurde allerdings das Nachbarwohnhaus Roßheidestraße 71. Hier ermittelt die Prognose unter Berücksichtigung der Vorbelastung durch den Nachtbetrieb der TH Food einen Gesamtpegel von 35,97 dB(A). Die Vorbelastung wird aus einer für den Betrieb TH Food vorliegenden Immissionsmessung am Wohnhaus Rossheide Straße 78 abgeleitet, indem von dem dort gemessenen Beurteilungspegel in Anlehnung an hinter Schallschutzwänden gewonnene Messdaten 5 dB abgezogen werden. Die Bebauung auf der westlichen Seite der Roßheidestraße hätte eine

entsprechende Abschirmwirkung gegenüber dem Wohnhaus Nr. 71 (IP 70 WR Roßheidestraße 71).

Überarbeitung der Schallimmissionsprognose vom 31.01.2019, reko, Bl. 719-721 d. Genehmigungsakte des Beklagten.

Reflexionen träten am Wohnhaus Roßheidestraße 71 nicht auf, weil es sich bei der Fassadenfront um eine glatte Wand handele. Weitergehende Reflexionen und Immissionsorte werden unter Hinweis darauf nicht untersucht, dass sämtliche Häuser auf der östlichen Seite der Roßheidestraße keine Immissionsorte darstellen würden, weil die Fenster durch den Bebauungsplan Nr. 136 als nicht zu öffnen festgesetzt seien.

Überarbeitung der Schallimmissionsprognose vom 31.01.2019, reko, Bl. 729 d. Genehmigungsakte des Beklagten.

Die Untersuchung von Tagwerten wird für nicht erforderlich gehalten, weil die Tagrichtwerte um 15 dB(A) höher lägen, die hier beurteilte Anlage im Volllastbetrieb zur Tagzeit aber nur 6 dB(A) lauter werde.

Überarbeitung der Schallimmissionsprognose vom 31.01.2019, reko, Bl. 729 d. Genehmigungsakte des Beklagten.

Schließlich werden als Immissionsorte nur diejenigen hinsichtlich Reflexionen detaillierter betrachtet, bei denen im Falle eines Reflexionszuschlages von 2 dB(A) die obere Grenze des Richtwertes um 1,49 dB(A) überschritten würde. Dahinter stecken die Thesen, dass der jeweilige Immissionsrichtwert nach TA Lärm 3.2.1 Abs. 3 auf Grund von Vorbelastungen unter gewissen Voraussetzungen um 1 dB(A) überschritten werden könne und nach dem Windenergieerlass Rundungen zulässig seien.

*Überarbeitung der Schallimmissionsprognose vom 31.01.2019, reko,
Bl. 726 d. Genehmigungsakte des Beklagten.*

Keine dieser Annahmen der Schallimmissionsprognose hält einer kritischen Überprüfung stand:

- (1.) Das Wohnhaus Roßheidestraße 69 hätte – wie eine Reihe weiterer Immissionsorte der östlichen Häuserzeile der Roßheidestraße – als Immissionsort berücksichtigt werden müssen. Der Lärmgutachter der Beigeladenen hält dies wohl deshalb nicht für erforderlich, weil er das ebenfalls im Reinen Wohngebiet gelegene Nachbarhaus Roßheidestraße 71 (IP 70) in seine Betrachtung einbezogen hat. Hier wird nach Auffassung des Lärmgutachters nachts eine gewerbliche Gesamtlärmbelastung von 35,97 dB(A) Wohngebiet erreicht.

*Überarbeitung der Schallimmissionsprognose vom 31.01.2019, reko,
Bl. 721 d. Genehmigungsakte des Beklagten.*

Dem liegt allerdings die Annahme zugrunde, dass die Häuserreihe auf der westlichen Seite der Roßheidestraße eine schallabschirmende Wirkung von mindestens 5 dB(A) im Hinblick auf den nachts vom Betrieb TH Food ausgehenden Gewerbelärm hätte. Ob diese an die Situation bei Schallschutzwänden angelehnte Abschirmwirkung beim Wohnhaus Roßheidestraße 71 realistisch ist, ist angesichts der Lücken in der Bebauung an der westlichen Roßheidestraße und deren Entfernung bereits fraglich. Jedenfalls ist eine solche Abschirmwirkung gegenüber dem Wohnhaus Roßheidestraße 69 ausgeschlossen. Dieses liegt nämlich zum Betrieb TH Food in einer Flucht, die die durch keine Bebauung an der westlichen Roßheidestraße verstellt wird. Wenn selbst am Immissionsort Roßheidestraße 71 der Immissionsrichtwert nur äußerst knapp eingehalten sein soll, liegt auf der Hand, dass dies für den nicht abgeschirmten Immissionsort Roßheidestraße 69 nicht gilt.

Lichtbilder aus der Perspektive des Betriebes TH Food auf das Wohnhaus Roßheide 69, beigefügt als Anlagen K3.

Hier ist bereits mangels Abschirmwirkung der westlichen Bebauung von einer Überschreitung des Immissionsrichtwertes in der Gesamtbelastung um 5 dB(A) auszugehen. Entsprechendes gilt für die weitere Bebauung an der östlichen Roßheidestraße, die gegenüber Baulücken in der westlichen Bebauung liegt.

- (2.) Hinzu kommt, dass der Immissionsort Roßheidestraße 69 unter Reflexionsgesichtspunkten offensichtlich problematischer ist als der hieraufhin untersuchte Immissionsort Roßheidestraße 71. Die sich gegenüber dem Wohnhaus Roßheidestraße 69 befindende Baulücke in der westlichen Bebauung wird beidseitig durch Seitenabschlusswände eingerahmt, die für von der WEA und dem Betriebes TH Food ausgehenden Lärm wie ein Schalltrichter in Richtung auf das Wohnhaus Roßheidestraße 69 wirken.

Lichtbilder aus der Perspektive des Betriebes TH Food auf das Wohnhaus Roßheide 69, beigefügt als Anlagen K3.

Warum anstelle des Wohnhauses Roßheidestraße 69 der sowohl hinsichtlich der Abschirmwirkung als auch hinsichtlich Reflexionen offensichtlich günstigere Immissionsort Roßheidestraße 71 gewählt wurde, erschließt sich nicht.

- (3.) Keine Rechtfertigung ist der Erklärungsversuch in der Schallprognose, dass die Häuser auf der östlichen Seite der Roßheidestraße nicht weitergehend auf Reflexionen untersucht worden seien, weil diese keine Immissionsorte darstellten. Die zugrundeliegende Annahme des Gutachters, dass durch den Bebauungsplan Nr. 136 die Fenster zur Straße als nicht zu öffnen festgesetzt seien, ist nach den in der Schallprognose wiedergegebenen Festsetzungen des Bebauungsplanes Nr. 136 falsch.

Vgl. die auszugsweise zitierten Lärmschutzfestsetzungen in der Überarbeitung der Schallimmissionsprognose vom 31.01.2019, reko, Bl. 705 d. Genehmigungsakte des Beklagten.

Da die Fenster durchaus offenbar ausgeführt werden dürfen (und tatsächlich auch so sind), handelt es sich zwangsläufig um Immissionsorte.

Vgl. TA Lärm Anhang A.1.3 a).

Dass im Bebauungsplan bestimmte Bauschalldämmmaße festgesetzt sind, ist hier ohne Bedeutung. In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist geklärt, dass Maßnahmen des passiven Schallschutzes nicht davon befreien, die Immissionsrichtwerte einzuhalten.

BVerwG, Urteil v. 29.11.2012 – 4 C 8/11 – juris Rn. 21.

Die Auswahl der Immissionsorte in der Schallprognose erfolgte damit unter Annahme grundlegend falscher Prämissen.

- (4.) Dies gilt weiter auch für die These, dass als Immissionsorte nur diejenigen hinsichtlich Reflexionen detaillierter betrachtet werden müssten, bei denen im Falle eines Reflexionszuschlages von 2 dB(A) die obere Grenze des Richtwertes um 1,49 dB(A) überschritten würde. Die dahinter stehenden Annahmen, dass nach TA Lärm 3.2.1 Abs. 3 pauschal 1 dB(A) höhere Immissionsrichtwerte zulässig und außerdem Rundungen statthaft seien, sind beide falsch. Der vorliegend im weiteren Instanzenzug zuständige 8. Senat des OVG NRW geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass Immissionsprognosen, die den Nachweis der Einhaltung der Immissionsrichtwerte durch Abrundungen erreichen wollen, nicht auf der sicheren Seite liegen.

OVG NRW, Beschluss v. 22.01.2015 – 8 B 1178/14 – juris Rn. 27; dasselbe, Beschluss v. 20.10.2005 – 8 B 158/05 – juris Rn. 56.

Der Gutachter hat damit die nach TA Lärm 2.3 maßgeblichen Immissionsorte in mehrerlei Hinsicht unzutreffend bestimmt.

- (5.) Weiter greift die Schallimmissionsprognose zu kurz, weil sie auf die Untersuchung des Tagbetriebes von vornherein verzichtet. Die zugrundeliegende Annahme, dass die Tagrichtwerte um 15 dB(A) höher lägen, die hier beurteilte Anlage im Volllastbetrieb zur Tagzeit aber nur 6 dB(A) lauter werde, rechtfertigt dieses Vorgehen nicht. Der aus der Differenz zwischen Beurteilungspegel und Tagrichtwert ergebende Lärmabstand von 9 dB(A) hat gerade nicht zur Folge, dass sich die um die im Umfeld der WEA befindlichen schutzbedürftigen Nutzungen im Tagbetrieb außerhalb des Einwirkungsbereiches der Anlage befinden. Dazu müssten die Tagrichtwerte nach TA Lärm 2.2 um 10 dB(A) – unter zusätzlicher Berücksichtigung von Reflexionen – unterschritten werden. Ohne dem ist infolge der erheblichen Lärmvorbelastungen der Immissionsorte durch die umliegenden Gewerbebetriebe im Tagbetrieb mit deutlichen Immissionsrichtwertüberschreitungen zu rechnen. Auch die Nichtbetrachtung des Tagbetriebes stellt damit einen grundlegenden methodischen Mangel der Schallimmissionsprognose dar.
- (6.) Schließlich ist im Konkreten nicht plausibel, warum der IP 26, an dem eine Richtwertüberschreitung um 1 dB(A) festgestellt wurde, nicht unter dem Gesichtspunkt der Reflexionen betrachtet wurde. Die Anordnung der baulichen Anlagen lässt eine Untersuchung auf Reflexionen geboten erscheinen. In der Roßheidestraße wurden nur zwei IP mit WR-Schutzanspruch berücksichtigt (IP 70, 71). Dort liegt entweder eine Überschreitung um 1 dB(A) vor (IP 70) oder geringfügige Unterschreitungen der Immissionsrichtwerte (IP 71) vor. Hier hätten, um auf der sicheren Seite zu sein, weitere IP berücksichtigt unter genauer Betrachtung von Abschirm- und Reflexionswirkungen berücksichtigt werden müssen. Die vom Gutachter ausgewählten Immissionsorte sind in beiderlei Hinsicht nicht die kritischsten.

In der Gesamtschau beruht auch die überarbeitete Schallimmissionsprognose vom 31.01.2019 auf einer ganzen Reihe rechtlicher und fachlicher Fehleinschätzungen. Insbesondere erfolgte die Auswahl und Bewertung der Immissionsorte unter Annahme grundlegend falscher Prämissen. Von einer „auf der sicheren Seite“ liegenden Immissionsprognose kann keine Rede sein.

b) Naturschutz – § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB

Die Artenschutzprüfung des Kölner Büros für Faunistik von Oktober 2018 und der Landschaftspflegerische Begleitplan des Büros für Landschaftsplanung von Oktober 2018 mit dem Nachtrag von November 2018 sind Bestandteil des Genehmigungsbescheides. Auch sie weisen erhebliche Defizite auf:

aa) Methodik

Dies folgt bereits daraus, dass die Artenschutzprüfungen nicht durchgängig auf Grundlage des aktuellen Standes der Wissenschaft erfolgt sind. Der Artenschutzleitfaden ist nicht durchgängig in der aktuellen Fassung vom 10.11.2017, sondern in weiten Teilen in der überholten Fassung vom 12.11.2013 berücksichtigt.

Bl. 831 f. und B.l 1065 f. der Genehmigungsakte des Beklagten.

Ferner wurde sowohl die Erstfassung des Landschaftspflegerischen Begleitplans von Oktober 2018 als auch der Nachtrag von November 2018 auf Grundlage des veralteten Windenergieerlasses 2015 und nicht der aktuellen Fassung vom 08.05.2018 erstellt. Die aktuelle Fassung war im Zeitpunkt der Fertigstellung der Erstfassung des Gutachtens bereits verfügbar.

MULNV/MWIDE, Erlass für die Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen und Hinweise für die Zielsetzung und Anwendung (Windenergie-Erlass) vom 08.05.2018, MBl. NRW Jahrgang 71 (Nr. 12), S. 258 ff.

Die Gutachten beruhen damit auf einem überholten fachlichen Standard. Auswirkungen hat dies beispielsweise auf die Untersuchungsmethodik und das zu ermittelnde Artenspektrum, aber auch bei den Nebenbestimmungen, wie etwa den Regelungen zu Abschaltzeiten für Fledermäuse (dazu nachfolgend). Schon wegen der Ermittlungsdefizite können aus den Gutachten keine hinreichend belastbaren Schlüsse auf das Nichtvorliegen artenschutzrechtlicher Verbotstatbestände nach § 44 Abs. 1 BNatSchG gezogen werden.

bb) Artenschutzrechtliches Tötungsverbot

Das Vorhaben verletzt darüber hinaus in der durch den Genehmigungsbescheid zugelassenen Form das artenschutzrechtliche Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG. Es begründet ein signifikant erhöhtes Risiko kollisionsbedingter Verluste von Einzelexemplaren besonders geschützter Arten. Betroffen sind Fledermäuse [hierzu (1)], und Amphibien [hierzu (2)].

(1) Fledermäuse

Ausweislich der Artenschutzprüfung können Schlagopfer beim Großen Abendsegler, der Rauhaufledermaus, der Zwergfledermaus sowie der Breitflügelfledermaus nicht ausgeschlossen werden. Hinweise auf erhöhte Aktivität während des Zuges fanden sich bei der Rauhaufledermaus und dem Großen Abendsegler.

(a) Abschaltzeiten

Der Genehmigungsbescheid sieht zur Absenkung des festgestellten Kollisionsrisikos für die Arten Großer Abendsegler, Rauhaufledermaus, Zwergfledermaus und Breitflügelfledermaus in der Nebenbestimmung Ziff. 6.1.5 ein Gondelmonitoring vor. Die Regelung lautet wie folgt:

„Gemäß den Vorgaben der Artenschutzprüfung ist die WEA vom 01. April bis 31. Oktober eines jeden Jahres von Sonnenuntergang bis Sonnenaufgang zum Schutz von Fledermäusen bei folgenden in Gondelhöhe vorherrschenden Witterungsbedingungen abzuschalten:

- *Windgeschwindigkeiten im 10-Minutenmittel unter 6 m/s,*
- *Temperaturen über 10 Grad Celsius,*
- *und kein Niederschlag“*

S. 17 des Genehmigungsbescheides vom 11.02.2019

Diese Nebenbestimmung ist ungeeignet, um das Kollisionsrisiko unter die Schwelle einer signifikanten Erhöhung abzusenken. Die Nebenbestimmung widerspricht dem Artenschutzleitfaden 2017. Dort ist eine Abschaltung „**ab** 10 °C“ (nicht „**über** 10 Grad Celsius“) vorgesehen.

MULNV NRW/LANUV NRW, Leitfaden Umsetzung des Arten- und Habitatschutzes bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in Nordrhein-Westfalen, 2017, S. 37.

Ferner hat der Parameter Niederschlag Eingang in die Nebenbestimmung gefunden, obwohl in Fn. 12 auf S. 37 des Leitfadens ausgeführt ist, dass er nicht verwendet werden kann, weil bisher keine Erkenntnisse über konkrete Schwellenwerte vorliegen.

(b) Gondelmonitoring

Die Nebenbestimmung Ziff. 6.1.7 des Genehmigungsbescheides lässt erweiterte Betriebszeiten auf Grundlage eines einjährigen Gondelmonitorings zu. Angesichts des Rotordurchmessers der vorliegend genehmigten Anlagen ist die Platzierung des Detektors an der Gondelunterseite untauglich. Die Geräte erfassen z.B. die Rufe der – hier nachgewiesenen – Zwergfledermäuse in einer maximalen Reichweite von ca. 30 m.

Brinkmann/Behr/Niermann/Reich, Entwicklung von Methoden zur Untersuchung und Reduktion des Kollisionsrisikos von Fledermäusen an Onshore Windenergieanlagen. Umwelt und Raum Bd. 4, S 143.

Vorliegend geht es um Anlagen mit einem Rotordurchmesser von 139 m. Demzufolge liefert das Gondelmonitoring im Bereich des unteren Rotordurchgangs überhaupt keine belastbaren Ergebnisse zu Fledermausaktivitäten. Dabei wären Erkenntnisse von dort von besonderer Bedeutung, denn die Aktivität der Fledermäuse findet bevorzugt im unteren Rotorenbereich statt, zudem ist dort das Kollisionsrisiko aufgrund der hohen Rotorgeschwindigkeit besonders groß, während es nahe der Gondel am niedrigsten ist. Aktivitätsmessungen wären vor allen Dingen im unteren Bereich von Bedeutung gewesen und höchstens hilfsweise im Gondelbereich.

Die vorgesehenen Abschaltzeiten sowie das festgeschriebene Gondelmonitoring sind daher von vornherein ungeeignet, das signifikant erhöhte Tötungsrisiko für die streng geschützten Fledermausarten unter die Erheblichkeitsschwelle abzusenken.

(2) Amphibien

Unter dem Gesichtspunkt des Tötungsverbotes unzureichend sind ferner die im Genehmigungsbescheid zugunsten der Kreuzkröte getroffenen Regelungen. Bei der Kreuzkröte handelt es sich um eine Art nach Anhang IV der FFH-RL, die wegen ihrer Seltenheit und Gefährdung zugleich auf der Roten Liste bedrohter Tierarten steht:

Die Nebenbestimmung Ziff. 6.1.3 sieht vor, dass zum Schutze der auf der Mottbruchhalde vorkommenden Kreuzkröte Eingriffs- oder Lagerbereiche, die potenziell durch die Kreuzkröte genutzt oder besiedelt werden können, gegen einwandernde Kreuzkröten zu schützen sind.

Innerhalb der eingezäunten Bereiche sollen möglicherweise vorhandene Tiere abgesammelt und aus dem Gefahrenbereich ausgesiedelt werden.

Die beschriebene Vorgehensweise ist nur während der Aktivitätsphasen der Kreuzkröten (April bis September) praktikabel. Während der Ruhephase vergraben sich die Tiere im Erdboden, so dass das in der Nebenbestimmung vorgesehene Absammeln nicht möglich ist. Individuen innerhalb des eingezäunten Bereichs würden bei Erdarbeiten und Befahren mit schwerem Gerät zwangsläufig getötet.

c) Landschaftspflege – § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB

Ferner steht dem Vorhaben der öffentliche Belang der Landschaftspflege nach § 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB entgegen.

In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist geklärt, dass Belange der Landschaftspflege im Sinne des § 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB einem im Außenbereich privilegierten Vorhaben entgegenstehen, wenn dieses in nicht durch Ausnahmegenehmigung oder Befreiung zu behebender Weise im Widerspruch zu einem gültigen Landschaftsplan steht.

*Vgl. BVerwG, Beschluss v. 02.02.2000 – 4 B 104/99 – BauR 2000, 1311;
Urteil v. 19.04.1985 – 4 C 25.84 – BauR 1985, 544 m. w. N.*

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

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

aa) Verbote des Landschaftsplanes

In einem Landschaftsschutzgebiet sind gemäß § 26 Abs. 2 BNatSchG „alle Handlungen verboten, die den Charakter des Gebiets verändern oder dem besonderen Schutzzweck zuwiderlaufen“. Es gelten die allgemeinen Verbote unter C. 1.2.1. Ausweislich der Regelung in Verbot 1 ist insbesondere die Errichtung baulicher Anlagen untersagt. Dort heißt es:

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

Die Errichtung der Windenergieanlage ist von dem Verbotstatbestand erfasst. Sie bleibt nicht von dem Verbot unberührt, da sie nicht innerhalb einer planungsrechtlich abgesicherten Konzentrationszone liegt. Somit liegt ein Verstoß gegen das Bauverbot vor.

Ferner gelten die Verbote 3, 5, 7, 10 und 14, nach denen es untersagt ist

„3. Straßen anzulegen oder auszubauen und Wege oder Stellplätze zu errichten oder mit einer wasserundurchlässigen Schicht zu befestigen; (...)

5. oberirdische oder unterirdische Versorgungs- oder Entsorgungsleitungen einschließlich Fernmeldeleitungen und -einrichtungen zu verlegen bzw. zu errichten oder zu ändern; (...)

7. Stoffe oder Gegenstände zu lagern, abzulagern oder sich ihrer in anderer Weise zu entledigen, die das Landschaftsbild oder den Naturhaushalt gefährden oder beeinträchtigen; (...)

10. auf Flächen außerhalb der befestigten Straßen, Fahrwege und Hofräume, der eingerichteten Park- und Stellplätze ein Kraftfahrzeug sowie Anhänger, Pferdetransporter, Baugeräte etc. zu führen oder abzustellen; (...)

14. Wildlebende Tiere zu beunruhigen, zu belästigen, zu fangen, zu töten oder zu verletzen, zu entfernen, ihre Brut- und Lebensstätten, Puppen, Larven, Eier oder sonstigen Entwicklungsformen fortzunehmen, zu sammeln oder zu beschädigen (...).“

Das Vorhaben verstößt auch gegen diese Verbote. Zur wegemäßigen Erschließung sind der Ausbau und die Befestigung von Straßen und Wegen erforderlich (Verstoß gegen Verbot Nr. 3). Es müssen Infrastruktureinrichtungen wie Versorgungsleitungen und Nebengebäude errichtet werden (Verstoß gegen Verbot Nr. 5). Mindestens im Zeitraum der Bautätigkeit ist eine Ablagerung von Stoffen und Gegenständen zu erwarten, die das Landschaftsbild und den Naturhaushalt beeinträchtigt (Verstoß gegen Verbot Nr. 7). Während der Bauzeit und im Falle von Wartungsarbeiten müssen Kraftfahrzeuge und Baugeräte auf Flächen außerhalb der befestigten Wege geführt und abgestellt werden (Verstoß gegen Verbot Nr. 10). Ferner verstoßen die Errichtung und der Betrieb der Windenergieanlage gegen den artenschutzrechtlichen Verbotstatbestand zum Schutz wildlebender Tiere (s.o. II. 4. b) aa)); Verstoß gegen Verbot Nr. 14).

Der Verstoß gegen die Verbotstatbestände kann nur überwunden werden, wenn die Voraussetzungen für eine Ausnahme oder eine Befreiung vorliegen. Während Ausnahmetatbestände typischerweise bei Normerlass bekannte bzw. voraussehbare Fallgruppen regeln, für die eine Regelung generell nicht passt, geht es bei Befreiungstatbeständen um nicht vorhersehbare atypische Sonderfälle, denen im Einzelfall Rechnung getragen werden soll.

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

Ausnahme und Befreiung sind daher für unterschiedliche Konstellationen vorgesehen und schließen sich im Regelfall gegenseitig aus. Wenn ein Sachverhalt grundsätzlich unter einen Ausnahmetatbestand fällt, dessen Voraussetzungen nicht erfüllt werden, ist durch Auslegung der Ausnahmevorschrift zu ermitteln, ob dennoch eine Befreiung möglich ist. Betrifft der Le-

benssachverhalt eine andere Konstellation, als die durch die Ausnahmegesetzvorschrift geregelt, kommt eine Befreiung in Betracht.

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

Die Abgrenzung erfolgt anhand der näheren Voraussetzungen der Atypik: Das Erfordernis der Atypik gewährleistet, dass der Wille des Plangebers und sein Plankonzept nicht im Wege der Befreiung unterlaufen werden. Die Befreiungsmöglichkeit dient nämlich (nur) dazu, einer rechtlichen Unausgewogenheit zu begegnen, die sich ergeben kann, wenn aufgrund der besonderen Umstände des jeweiligen Einzelfalles der Anwendungsbereich einer Vorschrift und deren materielle Zielrichtung nicht miteinander übereinstimmen; in derartigen Sonderfällen soll der generelle und damit zwangsläufig auch schematische Geltungsanspruch der Vorschrift zugunsten der Einzelfallgerechtigkeit durchbrochen werden können.

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

bb) Fehlende Ausnahmegesetzvoraussetzungen

Ausnahmen von den einschlägigen Verboten des Landschaftsplanes greifen vorliegend nicht. Gem. § 23 Abs. 1 LNatSchG NRW können von den Verboten des § 26 Abs. 2 BNatSchG nur solche Ausnahmen zugelassen werden, die in der jeweiligen Landschaftsschutzgebietsverordnung nach Art und Umfang ausdrücklich vorgesehen sind. Der Landschaftsplan sieht vorliegend nachfolgende Ausnahmeregelung vor:

„Über die Befreiungsmöglichkeit gem. § 69 LG von den Ge- und Verboten unter Ziffer C. 1 (1) (Allgemeine Festsetzungen für alle besonders geschützten Teile von Natur und Landschaft) hinaus erteilt die Untere Landschaftsbehörde auf Antrag eine Ausnahme von den Verboten unter Ziff. C.1.2.1 (Allgemeine Festsetzungen für alle Landschaftsschutzgebiete) für folgende Maßnahmen, wenn sie nach Standort und Gestaltung der

Landschaft angepaßt werden und der Schutzzweck nicht entgegensteht (a, b, c) bzw. beeinträchtigt wird (d-l):“

Die einzige in Betracht kommende Variante ist lit. b:

„Vorhaben im Sinne von § 35 Abs. 1 Nrn.1-4 BauGB.“

Windenergievorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB sind danach ausdrücklich nicht ausnahmfähig.

cc) Fehlende Befreiungsvoraussetzungen

Auch eine Befreiung von den Verboten des Landschaftsschutzgebietes gem. § 69 LG NRW konnte aus mehrerlei Gründen nicht rechtmäßig erteilt werden:

Eine Befreiung von den Verboten des Landschaftsplans setzt zunächst einen atypischen Fall voraus (dazu (1)). Ferner kann gemäß § 67 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BNatSchG eine Befreiung nur dann gewährt werden, wenn diese aus Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses notwendig ist (dazu (2)).

(1) Kein atypischer Fall

Das Windenergievorhaben stellt keinen atypischen Fall dar. Während Ausnahmetatbestände typischerweise bei Normerlass bekannte bzw. voraussehbare Fallgruppen regeln, für die eine Regelung generell nicht passt, geht es bei Befreiungstatbeständen um nicht vorhersehbare atypische Sonderfälle, denen im Einzelfall Rechnung getragen werden soll.

Siehe hierzu bereits oben sowie Sauthoff, in: Schlacke, BNatSchG Kommentar, 2. Auflage 2016, § 67, Rn. 9 m. w. N.

Vorliegend hat sich der Plangeber bewusst dagegen entschieden, Windenergieanlagen im Landschaftsschutzgebiet im Wege der Ausnahme zu ermöglichen. Dagegen hat er andere privilegierte Nutzungen von den Verbotstatbeständen ausgenommen (s.o.). Dies geschah sowohl in Kenntnis der Bedeutung der Windenergie im Allgemeinen als auch ihrer rechtlichen Privilegierung im Besonderen. Der Landschaftsplan stammt aus dem Jahre 2001. Zuvor hatte der Bundesgesetzgeber bereits Windenergieanlagen baurechtlich privilegiert (1997), die gesetzlich hervorgehobene Bedeutung erneuerbarer Energien für den Klimaschutz betont (§ 1 Abs. 3 Nr. 4 BNatSchG) sowie mit der staatlichen Subventionierung durch das EEG ein öffentliches Interesse am Ausbau regenerativer Energien – und damit auch an der Errichtung von Windenergieanlagen – zum Ausdruck gebracht. Dennoch ordnete der Plangeber die Windenergieanlagen in Abwägung mit den Schutzzwecken des Landschaftsplans nicht den begünstigten Anlagen zu. Diese Wertung würde umgangen, könnte – unabhängig von einem hier nicht gegebenen, atypischen Sonderfall – auf den Befreiungstatbestand zurückgegriffen werden.

Vgl. für die umgekehrte Konstellation: OVG NRW, Beschluss v. 9.6.2017 – 8 B 1264/16 – juris Rn. 10; VG Minden, Urteil v. 22.10.2014 – 11 K 2069/13 – juris Rn. 57.

Denn hier geht es gerade nicht darum, dass ein besonderes, ursprünglich nicht abschätzbares Gemeininteresse eine Randkorrektur der Regelung erfordert.

Vgl. zu dieser Voraussetzung: OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 26.9.1991 – 2 A 5.91 – juris Rn. 72.

Vielmehr würde mit Windenergieanlagen pauschal für eine ganze Gruppe privilegierter Anlagen eine Zulassung im Landschaftsschutzgebiet ermöglicht, die der Plangeber nicht gewollt hat. Dies sprengt mangels eines atypischen Falles den Rahmen zulässiger Befreiungen. Eine solche kommt hier von vornherein nicht in Betracht.

(2) Abwägung zwischen Landschaftsschutz und erneuerbaren Energien

Neben dem Fehlen eines „atypischen Falles“ scheitert die Befreiung aber auch daran, dass deren weitere Voraussetzungen nicht vorliegen:

Eine Befreiung kommt nur in Betracht, wenn bei einer Abwägung der Belange des Natur- und Landschaftsschutzes einerseits und des öffentlichen Interesses am Ausbau der regenerativen Energien andererseits Letzteres überwiegt.

Im Ausgangspunkt ist der Abwägungsprozess dadurch gekennzeichnet, dass nur ein qualifiziertes öffentliches Interesse, nicht jedes beliebige öffentliche Interesse in die Abwägung einzustellen ist.

Vgl. BVerwG, Beschluss v. 20.2.2002 – 4 C3. 12.02 – juris Rn. 5; VG Minden, Urteil v. 22.10.2014 – 11 K 2069/13 – juris Rn. 60; Sauthoff, in: Schlacke, BNatSchG Kommentar, 2. Auflage 2016, § 67, Rn. 17.

Als öffentliches Interesse, das eine Befreiung notwendig machen kann, kommen zwar grundsätzlich die regenerative Energieerzeugung im Allgemeinen und der Ausbau der Windenergie im Besonderen in Frage.

Vgl. VG Minden, Urteil v. 22.10.2014 – 11 K 2069/13 – juris; VG Ansbach, Urteil v. 11.12.2013 – AN 9 K 13.01281 – juris; OVG Lüneburg, Urteil v. 22.11.2012 – 12 LB 64/11 – juris; Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band II, § 67 BNatSchG, 75. EL Jan. 2015, Rn. 11.

Nicht gerechtfertigt sind allerdings den Charakter des Schutzgebiets und dessen besondere Schutzzwecke in Frage stellende Einschränkungen des Landschaftsschutzes. Der Schutzzweck des Landschaftsschutzgebiets Nr. 10 „Brauck“ ist wie folgt definiert:

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

Das Vorhaben widerspricht dem Schutzzweck „Wiederherstellung eines befriedigenden Landschaftsbildes“. So konzidiert es auch der Antrag der Beigeladenen auf Befreiung von den Festsetzungen des Landschaftsplans.

Die Beigeladene argumentiert, der Rekultivierungsplan sehe keine Wiederherstellung eines befriedigenden Landschaftsbildes vor. Dann sei auch das Windenergievorhaben zulässig. Dies überzeugt nicht: Der Rekultivierungsplan intendiert durchaus die Wiederherstellung eines befriedigenden Landschaftsbildes. Er sorgt sogar gemeinsam mit der flankierenden Bauleitplanung der Klägerin dafür, dass die Halde mit ihrer vulkanartigen Gestalt als Landschaftskunstwerk ausgeformt und erhalten wird. Die Ausführungen der Beigeladenen lassen somit nicht erkennen, inwiefern der Widerspruch zum Schutzzweck „Wiederherstellung eines befriedigenden Landschaftsbildes“ hier unbeachtlich sein könnte. Eine ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Befreiung kam auf dieser Grundlage von vornherein nicht in Betracht.

Nach alledem scheitert die Befreiung von den Verboten des Landschaftsplans nicht nur am Fehlen eines „atypischen Falles“, sondern auch daran, dass eine solche aus Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses nicht notwendig ist. Schließlich hat der Beklagte insofern ermessensfehlerhaft entschieden, weil er aufbauend auf dem Befreiungsantrag nicht erkannt hat, dass die Wiederherstellung eines befriedigenden Landschaftsplanes durch den Rekultivierungsplan durchaus beabsichtigt und mit der kunstvollen Haldengestaltung auch tatsächlich erreicht wird. Dieses prägt als prägnante Landmarke und Ausdruck der Industriekultur die Umgebung über viele Kilometer.

Dem Vorhaben stehen damit auch die öffentlichen Belange der Landschaftspflege gem. § 35 Abs. 4 Nr. 5 der Zulassung der Vorhaben entgegen.

d) Denkmalschutz – § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB

Eine Entscheidung über die denkmalrechtlichen Auswirkungen des Vorhabens auf die Siedlung „Brauck“ konnte nicht auf fundierter Grundlage getroffen werden. Die vom LWL angeordnete Sichtbarkeitsanalyse wurde vom Beklagten nicht angefordert. Ohne eine solche konnte sich der Beklagte jedoch keinen Eindruck vom Grad der Überprägung des Denkmalbereichs der Siedlung „Brauck“ verschaffen. Die Genehmigung stellt daher rechtswidriger Weise nicht sicher, dass es zu keiner erheblichen Beeinträchtigung des Denkmalbereiches kommt.

e) Orts- und Landschaftsbild – § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB

Das Orts- und Landschaftsbild steht als öffentlicher Belang entgegen, weil der Ersatz für den Eingriff in das Landschaftsbild in Form eines Ersatzgeldes aufgrund einer veralteten Fassung des Windenergieerlasses berechnet worden ist. Zugrunde gelegt wurde der Windenergieerlass 2015.

Bl. 817 der Genehmigungsakte des Beklagten.

Zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Landschaftspflegerischen Begleitplans im Oktober 2018 war bereits der Windenergieerlass 2018 in Kraft, der eine in Anhang 1 detailliert beschriebene Ermittlungsmethodik festlegt.

MULNV/MWIDE, Erlass für die Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen und Hinweise für die Zielsetzung und Anwendung (Windenergie-Erlass) vom 08.05.2018, MBl. NRW Jahrgang 71 (Nr. 12), S. 258 ff.

Auch im Nachtrag zum Landschaftspflegerischen Begleitplan von November 2018 wurde die Neufassung nicht berücksichtigt.

Zur Bewertung der Beeinträchtigung des Landschaftsbildes wäre eine Visualisierung und Landschaftsbildbewertung anhand des Anhangs 1 zum Windenergieerlass 2018 erforderlich gewesen. Eine solche ist im Landschaftspflegerischen Begleitplan jedoch nicht enthalten. Die Ermittlung des Ersatzgeldes auf Grundlage des Windenergieerlasses 2015 dürfte dessen nach aktuellen Maßstäben erforderliche Höhe deutlich unterschätzen. Der Eingriff in das Landschaftsbild ist daher nicht ersetzt, so dass auch der öffentliche Belang des Landschafts- und Ortsbildes aus § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 dem Vorhaben entgegensteht.

f) Gebot der Rücksichtnahme als unbenannter öffentlicher Belang i. S. v. § 35 Abs. 3 S. 1 BauGB – Optisch bedrängende Wirkung

Die Begutachtungen zur optisch bedrängenden Wirkung vom 11.09.2018 sowie der Nachtrag vom 14.12.2018 weisen methodische Fehler auf, weswegen die optisch bedrängende Wirkung der Windenergieanlage gegenüber mehreren Wohnnutzungen verkannt wurde.

Der Gutachter verweist in der Abschlussbetrachtung pauschal darauf, dass die im Windenergiehandbuch von Agatz genannten Aspekte als maßgeblich erachtet würden. Tatsächlich erfolgte jedoch keine Prüfung sämtlicher Aspekte in jedem Einzelfall.

Bl. 944 der Genehmigungsakte des Beklagten.

Das Gutachten kommt zu nicht vertretbaren Ergebnissen. Nach der obergerichtlichen Rechtsprechung ist unter anderem der Einfluss der Topografie auf die Störwirkung der Windenergieanlage im Einzelfall in die Bewertung einzustellen.

OVG NRW, Beschluss v. 22.03.2007 – 8 B 2283/06 – juris; OVG NRW, Beschluss v. 06.05.2016 – 8 B 866/15 – juris Rn. 27 ff.; VG München, Beschluss v. 12.09.2008 – M 1 SN 08.4042 – juris Rn. 25.

aa) Geländeneiveau

Vorliegend ist danach zu berücksichtigen, dass die über 200 m hohe Windenergieanlage auf einem Geländeneiveau errichtet werden soll, das 60 m über der Umgebung liegt. In den betreffenden Einzelfällen hätte berücksichtigt werden müssen, dass die Anlage mit einer Gesamthöhe von 260 m für die am Haldenfuß befindlichen Wohnnutzungen noch erdrückender wirkt. Auch überprägt die Anlage so die weiter entfernt liegenden Wohnhäuser. Der Umstand wurde nicht im Einzelfall berücksichtigt. Vielmehr hat der Gutachter die Topografie pauschal zugunsten einer weniger belastenden Sichtbeziehung gewertet.

Vgl. Bl. 870 der Genehmigungsakte des Beklagten.

Dies überzeugt insbesondere dann nicht, wenn es um den Schutz von Außenwohnbereichen, Balkonen sowie Sichtbeziehungen aus Dachflächenfenstern geht. Das Gutachten geht daher zu Lasten der umliegenden Wohnnutzungen von grundlegend falschen Annahmen aus.

Unter Berücksichtigung der 60 m Haldenhöhe liegen immerhin sieben Immissionsorte unterhalb des zweifachen der Anlagenhöhe, so dass die Regelvermutung für eine optisch bedrückende Wirkung spricht.

bb) Berücksichtigung von Einzelfallständen

Bei den jeweiligen Einzelfallbewertungen fällt auf, dass dem Umstand der teilweisen Sichtverschattung einiger Immissionsorte durch Laubbäume eine zu große Bedeutung zugemessen wird. Über das gesamte Winterhalbjahr ist in diesen Fällen für keine ausreichende Sichtverschattung gesorgt.

Schließlich fällt auf, dass der Gutachter zum Teil erst unter Hinweis auf in den Grundrissplänen dargestellte Möblierungen meint, eine optisch bedrängende Wirkung ablehnen zu können. Dies gilt bspw. für das nur das 2,8 fache der Anlagenhöhe entfernte Wohnhaus Brüsseler Straße 67 (IP 61).

Vgl. Bl. 870 der Genehmigungsakte des Beklagten.

Die in Grundrissplänen dargestellten Möblierungen sind selbstverständlich als beispielhaft zu verstehen und weisen keinerlei baurechtliche Verbindlichkeit auf.

Die gutachterlichen Befunde zur Frage der optisch bedrängenden Wirkung sind vor diesem Hintergrund nicht haltbar. Jedenfalls in den Fällen, in denen unter Berücksichtigung der Höhenlage der Anlage nicht einmal das Zweifache der Anlagenhöhe als Abstand eingehalten wird, ist von einer erdrückenden Wirkung auszugehen. Den Gegenbeweis hat der Gutachter der Beigeladenen für keinen der angesprochenen Immissionsorte geführt.

g) Luftfahrtrechtliche Genehmigungshindernisse und Rücksichtnahmegebot

Die Genehmigung verstößt schließlich gegen § 12 LuftVG und das bauplanungsrechtliche Gebot der Rücksichtnahme. Die luftfahrtrechtliche Zustimmung der Bezirksregierung Münster wurde rechtswidrig erteilt. Die Belange des Aeroclub NRW, der in 1800 m Distanz einen Ballonstartplatz betreibt, sind – wie die Bezirksregierung Münster im Nachgang eingeräumt hat – nicht gewürdigt worden. Der Aeroclub NRW hat für den Betrieb des Startplatzes – dem weltweit größten für Gasballone – im März 2000 eine unbegrenzte Genehmigung erhalten. Durch die Höhe der Windenergieanlage wären Starts bei bestimmten Windbedingungen lebensgefährlich. Die Bezirksregierung hat auf Anfrage der Zeitung WAZ angekündigt, dass eine erneute Prüfung der luftfahrtrechtlichen Genehmigungsvoraussetzungen unter Berücksichtigung der Belange des Aeroclubs NRW stattfinden wird.

*Westdeutsche Allgemeine Zeitung, Ausgabe vom 15.03.2019, auszugsweise beigelegt als **Anlage K4**.*

Dies ist ausweislich der Verfahrensakte des Beklagten bisher nicht erfolgt. Jedenfalls war die Genehmigung im entscheidungserheblichen Zeitpunkt ihrer Erteilung rechtswidrig, weil die luftverkehrliche Situation des Aeroclubs nicht bewertet und infolgedessen verkannt wurde, dass die Genehmigung das bauplanungsrechtliche Rücksichtnahmegebot verletzt.

Nach alledem ist die immissionsschutzrechtliche Genehmigung aus einer Vielzahl von Gründen rechtswidrig und verletzt den Kläger in eigenen Rechten. Der immissionsschutzrechtliche Genehmigungsbescheid ist aufzuheben.

Dr. Unland
Rechtsanwalt