

WOLTER & HOPPENBERG

Rechtsanwälte Steuerberater Notare
gegründet 1924

**Bauplanungsrechtliche Überlegungen
zum IKW Beckum**

von

Thomas Tyczewski

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht

24086/08W15

INHALTSVERZEICHNIS

1. SACHVERHALT UND AUFGABENSTELLUNG	1
2. ZUM VERFAHREN	2
3. DIE VORAUSSETZUNGEN DES § 36 BAUGB	4
a) Bindung an das Planungsrecht	4
b) Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 3 oder 4 BauGB	5
aa) Eigene Privilegierung	5
bb) Einheitlicher Betrieb	6
cc) Mitgezogene Nutzung	8
dd) Untergeordnete Nebenanlage	11
e) Hilfsüberlegungen zum privilegierten Vorhaben	13
d) Gesicherte Erschließung	14
e) Zulässigkeit als sonstiges Vorhaben	15
aa) Darstellungen des Flächennutzungsplans, § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BauGB	15
bb) Landschaftsplan und sonstige Fachpläne, § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BauGB	16
cc) Schädliche Umwelteinwirkungen, § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BauGB	16
dd) Unwirtschaftliche Aufwendungen, § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 BauGB	16
ee) Natur- und Landschaftsschutz, Orts- und Landschaftsbild, Denkmalschutz, Bodenschutz, § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB	17
ff) Splittersiedlung, Hochwasserschutz, Funkstellen und Radaranlagen, § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 bis 8 BauGB	18
gg) Planungserfordernis als öffentlicher Belang	18
4. DIE RÜCKBAUVERPFLICHTUNG	19
5. SICHERUNG DER RÜCKBAUVERPFLICHTUNG	20
6. MÖGLICHKEIT EINER TEILBAUGENEHMIGUNG	22
7. ZUSAMMENFASSUNG UND EMPFEHLUNG	23

1. Sachverhalt und Aufgabenstellung

Die CEMEX WestZement GmbH (im Folgenden: Cemex), ein deutsches Tochterunternehmen des mexikanischen, weltweit tätigen Baustoffherstellers Cemex, betreibt in Beckum die beiden Zementwerke Kollenbach und Mersmann. Beide Zementwerke liegen im Außenbereich. Die Industriekraftwerksgesellschaft Beckum mbH (im Folgenden: IKW Beckum) ist eine Betreibergesellschaft der Helector Germany GmbH, die zum griechischen Mischkonzern Eliniki Technodomiki TEB A.E. gehört. Die IKW Beckum plant die Errichtung eines EBS-Kraftwerkes direkt östlich angrenzend an das Zementwerk Mersmann, etwa 2,4 Kilometer östlich des Stadtzentrums Beckum.

Im IKW sollen elektrische Energie und Wärme durch thermische Umsetzung von Ersatzbrennstoffen (EBS) erzeugt werden. Die Ersatzbrennstoffe werden von außerhalb durch Dritte mit LKW angeliefert. Die gewonnene elektrische Energie soll nach den bisher bekannten Informationen zu mehr als 50 % zur Versorgung der beiden Beckumer Werke und im Übrigen in das öffentliche Stromnetz eingespeist werden.

Die IKW Beckum beabsichtigt deshalb, bei der Bezirksregierung Münster als Immissionsschutzbehörde ein Genehmigungsverfahren durchzuführen. Ein Scoping-Termin gem. § 2 a der 9. BImSchV wurde am 12.6.2007 durchgeführt. Das Vorhaben wurde vom Vorhabenträger verschiedenen Behörden und der Beckumer Bevölkerung im Rahmen einer Bürgerversammlung vorgestellt. Der Stadtentwicklungsausschuss und der Ausschuss für Umwelt, Infrastruktur und Verkehr haben sich in ihrer gemeinsamen Sitzung am 20.6.2007 mit dem Vorhaben beschäftigt und die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens vorbehaltlich der im Genehmigungsverfahren zu prüfenden bau- und umweltrechtlichen Belange in Aussicht gestellt. Der zuletzt für Juni 2008 angekündigte Genehmigungsantrag ist nach unseren Informationen bisher

nicht gestellt worden. Der Inhalt der Genehmigungsunterlagen ist ebenso wenig bekannt wie die vertraglichen Vereinbarungen der Cemex mit der IKW Beckum.

Nach den bisherigen Hinweisen der Bezirksregierung Münster wird die Stadt Beckum (im Folgenden: Stadt) nach Antragstellung unter Vorlage der vollständigen, für die Prüfung des Planungsrechts notwendigen Genehmigungsunterlagen um die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 Abs. 1 BauGB ersuchen. Hierfür bleibt der Stadt gem. § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB eine Entscheidungsfrist von zwei Monaten. Die Frist ist nicht verlängerbar, auch nicht im Einvernehmen mit dem Vorhabenträger und der Bezirksregierung (BVerwG, Urteil vom 12.12.1996, NVwZ 1997, 900).

Aus den bisher bekannten Informationen ergeben sich bereits vor förmlicher Antragstellung grundlegende bauplanungsrechtliche Fragen, denen hier nachgegangen werden soll. Eine genaue Prüfung kann allerdings erst unter Berücksichtigung der Antragsunterlagen erfolgen.

2. Zum Verfahren

Das EBS-Kraftwerk ist gem. § 4 Abs. 1 BImSchG iVm Ziffer 8.1 a) der 4. BImSchV genehmigungspflichtig. Für das Verfahren gelten im Wesentlichen die §§ 10 ff. BImSchG sowie die Regelungen der 9. BImSchV. Da es sich um ein Außenbereichsvorhaben nach § 35 BauGB handelt, kann die Immissionsschutzbehörde nur im Einvernehmen mit der Gemeinde entscheiden, § 36 Abs. 1 Satz 2 BauGB. Zutreffend und in Einklang mit der hM ist die Bezirksregierung davon ausgegangen, dass die Voraussetzungen des Fachplanungsvorbehalts nach § 38 BauGB nicht vorliegen. Nach § 38 Satz 1 BauGB sind in Verfahren für die Errichtung und den Betrieb öffentlich zugänglicher Abfallbeseitigungsanlagen die Vorschriften der §§ 29 bis 37 BauGB und damit auch § 36 BauGB nicht anzuwenden. An derartigen Verfahren wird die Gemeinde lediglich als Träger öffentlicher Belange beteiligt. Der wesentliche Unter-

schied aus Sicht der Gemeinde besteht darin, dass das fehlende Einvernehmen der Gemeinde nach § 36 BauGB zwar in bestimmten Fällen ersetzt, aber nicht außer Acht gelassen werden kann, während eine negative Stellungnahme der Gemeinde als Träger öffentlicher Belange außerhalb des § 36 BauGB keine bindende Sperrwirkung entfaltet. Nach hM handelt es sich bei dem IKW aber nicht um eine Abfallbeseitigungsanlage, sondern um eine Abfallverwertungsanlage. Sie dürfte auch nicht öffentlich zugänglich sein. Eine abschließende Prüfung kann aber auch insoweit erst erfolgen, wenn die genauen Modalitäten des Betriebs in der Betriebsbeschreibung vorliegen (zur Problematik Runkel in Ernst-Zinkahn-Bielenberg, BauGB, § 38 Rdrn. 40 ff.; Löhr in Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 10. Aufl., § 38 Rdnr. 24; kritisch und detailliert Versteyl, Zur Anwendbarkeit des § 38 BauGB bei der Errichtung/Änderung von Müllverbrennungsanlagen und EBS-Kraftwerken, AbfallR 2007, 120 ff.).

Letztlich wird die Frage der Anwendbarkeit des § 38 BauGB auch nicht von der Stadt entschieden werden. Die Verfahrensführerschaft liegt allein und abschließend bei der Bezirksregierung Münster. Wählt die Bezirksregierung das interne Beteiligungsverfahren nach § 36 BauGB, so kann sich die Gemeinde dem nicht mit dem Hinweis entziehen, § 36 BauGB finde wegen § 38 BauGB gar keine Anwendung. Anderes mag für den umgekehrten Fall gelten, wenn die Bezirksregierung § 36 BauGB fehlerhaft nicht anwendet. Darin könnte ein Eingriff in die kommunale Planungshoheit liegen. Zur Zeit ist dieser Frage aber nicht weiter nachzugehen, weil die Bezirksregierung die Stadt nach § 36 BauGB um ihr Einvernehmen ersuchen will.

3. Die Voraussetzungen des § 36 BauGB

a) Bindung an das Planungsrecht

Wird die Stadt um ihr Einvernehmen ersucht, so hat sie das zur Genehmigung gestellte Vorhaben ausschließlich an § 35 BauGB zu messen, § 36 Abs. 2 Satz 1 BauGB. Fragen des Bauordnungsrechts oder die Einhaltung anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften im Sinne des § 75 Abs. 1 BauO NRW spielen dagegen keine Rolle, ebenso wenig wie die Vereinbarkeit des Vorhabens mit dem Raumordnungsrecht (Regionalplan). Wegen ihrer Doppelfunktion als planende Gemeinde und als untere Bauaufsichtsbehörde wird die Stadt allerdings auch als Baugenehmigungsbehörde von der Bezirksregierung am Verfahren beteiligt. Insoweit kommt ihr jedoch nur die Rolle als Träger öffentlicher Belange zu. Eine Bindung der Bezirksregierung an die Beurteilung des Bauordnungsrechts durch die Stadt besteht – anders als zum Planungsrecht – nicht. Die folgenden Ausführungen beschränken sich allein auf die Einvernehmenserteilung nach § 36 BauGB. Vorab ist weiter klarzustellen, dass der Stadt bei ihrer Entscheidung kein rechtliches oder politisches Ermessen zukommt. Ist das Vorhaben planungsrechtlich zulässig, muss sie ihr Einvernehmen erteilen, ist es unzulässig, so muss sie das Einvernehmen versagen. Andere Aspekte, etwa die Sicherung bestehender oder die Gewinnung neuer Arbeitsplätze, die Förderung innovativer Technologien, die Wirtschaftlichkeit des Vorhabens usw. spielen bei der Prüfung der Stadt keine Rolle. Es handelt sich also trotz der sicherlich erheblichen Bedeutung des Vorhabens für die Stadt um eine reine Rechtsprüfung.

Hinzuweisen ist abschließend auf die Möglichkeit, dass ein zu Unrecht versagtes Einvernehmen zu Amtshaftungsansprüchen nach § 839 BGB iVm Art. 34 GG gegen die Gemeinde führen kann (BGH, Urteil vom 13.10.2005, ZfBR 2006, 181; Söfker in Ernst-Zinkahn-Bielenberg, BauGB, § 36 Rdnr. 48 m.w.H.). Das gilt ebenso für die verspätete Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens. Bei gewerblichen, insbe-

sondere bei industriellen Anlagen kann der Schadensersatz erheblich sein, weil er auch entgangenen Gewinn erfasst, § 252 BGB. Schon aus diesem Grunde sollte die Stadt die Einvernehmensprüfung des § 36 BauGB ab gesetzliche Rechtsprüfung durchführen und sie von Fragen der politischen Opportunität freihalten.

b) Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 3 oder 4 BauGB

Ausschlaggebend für den planungsrechtlichen Prüfungsmaßstab ist, ob es sich bei dem Vorhaben um ein privilegiertes Vorhaben nach § 35 Abs. 1 BauGB oder um ein sonstiges Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB handelt. Denn ein privilegiertes Vorhaben ist im Außenbereich nur dann nicht zulässig, wenn öffentliche Belange entgegenstehen, während sonstige Vorhaben nur zugelassen werden können, wenn öffentliche Belange nicht beeinträchtigt werden. In beiden Fällen findet eine Abwägung zwischen den öffentlichen und den privaten Belangen statt, wobei die gesetzliche Privilegierung gebührend in Rechnung zu stellen ist (hierzu Roeser, Berliner Kommentar zum BauGB, 3. Aufl., § 35 Rdnr. 10 und 11 m.w.H.).

Soweit ersichtlich gibt es bisher keine Gerichtsentscheidungen zur planungsrechtlichen Behandlung von EBS-Kraftwerken im Außenbereich. Auch die Literatur hat sich mit diesem speziellen Anlagentyp und seiner Errichtung im Außenbereich kaum nennenswert beschäftigt. Die Beantwortung der hier anstehenden Fragen muss sich deshalb an der Rechtsentwicklung anderer, möglichst vergleichbarer Außenbereichsvorhaben orientieren und insbesondere die dort entwickelten Maßstäbe für die vorliegende Gutachtenproblematik fruchtbar machen.

aa) Eigene Privilegierung

Das Vorhaben könnte selbst den Privilegierungstatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB erfüllen. Das setzt voraus, dass es entweder der öffentlichen Versorgung mit Elektrizität oder einem ortsgebundenen gewerblichen Betrieb dient; die anderen Va-

rianten dieses Privilegierungstatbestandes scheiden offensichtlich aus. Trotz nicht unerheblicher Kritik in der Literatur geht das BVerwG in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass durch die Nr. 3 insgesamt nur ortsgebundene Betriebe erfasst werden (BVerwG, Urteil v. 16.6.1994, BVerwGE 96, 95, und Urteil v. 21.1.1977, DVBl. 1977, 526). Der Begriff der Ortsgebundenheit ist eng auszulegen. Es reicht dafür nicht aus, dass das Vorhaben an dieser Stelle wirtschaftlich besonders günstig betrieben werden kann. Erforderlich ist vielmehr, dass der Betrieb auf die geographische oder geologische Eigenart des Standortes angewiesen ist (BVerwG, Urteil v. 5.7.1974, NJW 1975, 550). Das lässt sich für das EBS-Kraftwerk nicht feststellen. Es kann nicht „hier und so nur an der fraglichen Stelle betrieben werden“, mag auch die räumliche Nähe zu dem Cemex-Werk Mersmann wirtschaftlich besonders günstig sein. Das gilt auch, wenn man nicht nur die Bodennutzung selbst, sondern auch die Auf- und Verarbeitung der gewonnenen Bodenschätze in die Privilegierung einbezieht (so BVerwG, Beschluss v. 9.5.1972, DVBl. 1972, 685). Denn das EBS-Kraftwerk verarbeitet nicht oder jedenfalls nicht in größerem Umfang die bei der Zementgewinnung anfallenden Materialien, sondern nutzt an anderer Stelle bei Dritten anfallende Einsatzstoffe als Ersatzbrennstoff.

bb) Einheitlicher Betrieb

Zementwerke sind nach allgemeiner Ansicht nicht wegen ihrer Standortgebundenheit, sondern wegen der von ihnen ausgehenden Staubemissionen und damit ihrer nachteiligen Wirkung auf die Umgebung nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB privilegiert (Krautzberger in Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 10. Aufl., § 35 Rdnr. 44; Bracher in Gelzer/Bracher/Reidt, Bauplanungsrecht, 7. Aufl. 2004, S. 754; Bönker in Hoppe/Bönker/Grotefels, Öffentliches Baurecht, 3. Aufl., Rdnr. 246; Tyczewski/Freund in Hoppenberg/de Witt, Handbuch des öffentlichen Baurechts, Stand 2008, A IV Rdnr. 153). EBS-Kraftwerke wiederum unterfallen dieser Privilegierungsvorschrift nicht, weil sie unter Berücksichtigung der von ihnen ausgehenden Emissionen

durchaus in überplanten Bereichen oder im unbeplanten Innenbereich untergebracht werden können.

Ähnlich wie die standortgebundenen Betriebe nach Nr. 3 können aber auch die „im Außenbereich gesollten“ Betriebe nach Nr. 4, die lediglich mit einem Betriebsteil die Voraussetzungen einer Privilegierung erfüllen, insgesamt privilegiert sein, wenn sie als Folge nicht nur wirtschaftlicher Zweckmäßigkeit, sondern technischer Erfordernisse dem typischen Erscheinungsbild eines Betriebs dieser Art entsprechen und der privilegierte Betriebszweig den gesamten Betrieb prägt (Krautzberger in Battis/Krautzberger/Löhr, aaO, § 35 Rdnr. 36 a.E.). Insoweit gelten ähnliche Maßstäbe, wie sie die Rechtsprechung für die standortgebundenen Betriebe nach Nr. 3 entwickelt hat.

Das BVerwG hat sich bereits in einem sehr frühen Urteil vom 7.5.1976, NJW 1977, 119 f., mit der Frage beschäftigt, ob eine Transportbetonanlage in räumlicher Nähe zur einer genehmigten, standortgebundenen Kiesgrube als Teil eines insgesamt genehmigten ortsgebundenen Betriebes planungsrechtlich zulässig ist. Dabei kam es nicht darauf an, ob die Transportbetonanlage dem Kiesabbau „dient“. Das BVerwG hat vielmehr auf den Begriff des „Unternehmens“ im baurechtlichen Sinne abgehoben und dabei auch für die vorliegende Konstellation wichtige Grundsätze aufgestellt. So hat es ausgeführt, es komme für die Ortsgebundenheit eines Gesamtbetriebes – in negativer Hinsicht – nicht auf die betriebswirtschaftliche oder gar die handelsrechtliche Einheit des Unternehmens an. Entscheidend sei überhaupt nicht eine konkrete, sondern eine typisierende Betrachtungsweise. Ein Unternehmen mit einem im engsten Sinne des Wortes ortsgebundenen Betriebszweig sei dann insgesamt *ein* ortsgebundener Betrieb, wenn und soweit er als Folge nicht nur wirtschaftlicher Zweckmäßigkeit, sondern technischer Erfordernisse dem typischen Erscheinungsbild eines Betriebes dieser Art entspricht und wenn – zweitens – der im engsten Sinne des Wortes ortsgebundene Betriebszweig den gesamten Betrieb präge. Das BVerwG hat

die Sache sodann an den VGH München zurückverwiesen und diesem aufgegeben zu prüfen, „ob die Erstreckung eines Unternehmens vom Kiesabbau über die Kiesaufbereitung bis hin zur Herstellung von Transportbeton dem typischen Erscheinungsbild einer „Kiesgrube“ entspreche. Die Privilegierung erfasst neben dem Abbau von Rohstoffen grundsätzlich auch die Aufbereitung und Verarbeitung des gewonnenen Materials, nicht hingegen die Verarbeitung zu Fremdprodukten (Kuschnerus, Das zulässige Bauvorhaben, Rdnr. 467). Das entspricht der Linie, welche die Rechtsprechung zu den mitgezogenen Nutzungen bei landwirtschaftlichen Betrieben entwickelt hat. Hierauf wird noch einzugehen sein.

Im vorliegenden Falle geht es nicht um die Verlängerung einer Produktionskette im Außenbereich, sondern um die Gewinnung eines preisgünstigen Produktionsmittels für den ortsgebundenen Betrieb „Zementwerk“ in einem neuen Betriebsteil. Diesem gedanklichen Ansatz muss nicht notwendig die fehlende Eigentums- und Betreiberidentität des Zementwerkes und des IKW entgegenstehen. Das kann jedoch offen bleiben, weil jedenfalls nach landläufiger Ansicht – ohne dass diese empirisch belegt wäre – die Kombination aus einem Zementwerk und einem EBS-Kraftwerk bei typisierender Betrachtung nicht dem typischen Erscheinungsbild eines nach Nr. 4 privilegierten „Zementwerkes“ entspricht. Allein der Umstand, dass ein erheblicher oder sogar der überwiegende Teil der gewonnenen Energie dem Zementwerk zur Verfügung gestellt wird, macht daraus keinen einheitlichen Betrieb. Das zeigt sich auch daran, dass das EBS-Kraftwerk problemlos auch ohne das Zementwerk betrieben werden kann, weil es autarke Absatzmöglichkeiten (in das öffentliche Netz) besitzt. Das IKW arbeitet nicht auf Grund der vom BVerwG verlangten technischen Erfordernisse, sondern aus kaufmännischen Gründen mit dem technisch für sich stehenden Zementwerk zusammen. Insofern kann von einem einheitlichen und dann insgesamt privilegierten Betrieb nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB nicht gesprochen werden.

cc) Mitgezogene Nutzung

Rechtsprechung und Literatur haben für landwirtschaftliche Betriebe die Rechtsfigur der mitgezogenen Nutzung entwickelt (BVerwG, Urteile v. 30.11.1984, NVwZ 1986, 203, und 19.4.1985, NVwZ 1986, 200, Beschluss vom 23.6.1995, Buchholz § 35 Nr. 312; Krautzberger in Battis/Krautzberger/Löhr, aaO, § 35 Rdnr. 14 m.w.N.). Danach kann ein nicht landwirtschaftlicher Betriebsteil an der Privilegierung des landwirtschaftlichen Betriebes teilnehmen. Die Privilegierung ist in einem solchen Fall nicht deshalb ausgeschlossen, weil der landwirtschaftliche Betrieb sich auch ohne den landwirtschaftlichen Betriebsteil noch sachgerecht, also betriebswirtschaftlich sinnvoll führen lässt. Innerhalb einer Bandbreite hindert das Gesetz den Eigentümer nicht, zu bauplanungsrechtlich hinzunehmenden Umstrukturierungen zu gelangen und neue Betriebsweisen zu entwickeln, z.B. betriebliche Erweiterungen im Hinblick auf den Absatz der mit Bodenertragsnutzung erzeugten Güter pflanzlicher oder tierischer Art. Die für sich betrachtet nichtlandwirtschaftlichen Nutzungen werden dann von der Privilegierung „mitgezogen“. Sie müssen allerdings äußerlich erkennbar dem landwirtschaftlichen Betrieb zu und untergeordnet sein und diesem gegenüber bodenrechtliche Nebensache bleiben. Die Rechtsprechung half, den notwendigen Strukturwandel in der Landwirtschaft zu fördern.

Damit stellt sich die Frage, ob die Rechtsprechung zu mitgezogenen Nutzungen bei landwirtschaftlichen Betrieben auf andere Privilegierungstatbestände, insbesondere auf ortsgebundene Betriebe nach Nr. 3 und „gesollte“ Vorhaben nach Nr. 4 übertragbar ist. Die Literatur nimmt dies überwiegend an, verweist aber hinsichtlich der Voraussetzungen in der Regel auf das bereits oben zitierte Urteil des BVerwG vom 7.5.1976 zum Spannbetonwerk an der Kiesgrube (Söfker in Ernst-Zinkahn-Bielenberg, aaO, § 35 Rdnr. 54; Krautzberger in Battis/Krautzberger/Löhr, aaO, § 35 Rdnr. 32). Es kann hier offen bleiben, ob die Einschätzung in der Literatur überhaupt zutrifft. Denn das BVerwG hat in der zitierten Entscheidung gerade nicht auf den Begriff des „Dienens“, sondern auf den Betriebsbegriff abgestellt und hierbei eine typisierende Betrachtungsweise gefordert. Bei mitgezogenen Nutzungen greift

hingegen keine typisierende Betrachtung Platz, sondern eine konkret-individuelle, weil sich anders im jeweiligen Einzelfall die bodenrechtliche Unterordnung der mitgezogenen Nutzung nicht bestimmen lässt. Da die vom BVerwG in seinem Urteil v. 7.5.1976 aufgestellten Voraussetzungen hier nicht vorliegen, kann die planungsrechtliche Zulässigkeit nicht über die Rechtsfigur der mitgezogenen Nutzung begründet werden.

Im Übrigen hat sich das BVerwG in seinem Urteil vom 16.6.1994, NVwZ 1995, 64, mit der Stromerzeugung als mitgezoener Nutzung befasst und dies generell abgelehnt. In dem seinerzeit entschiedenen Fall ging es um die Genehmigung einer Windenergieanlage in räumlicher Nähe eines landwirtschaftlichen Betriebes, deren Ertrag zu einem Fünftel der Eigenversorgung dienen und zu vier Fünfteln in das öffentliche Stromnetz eingespeist werden sollte. Hierzu hat das BVerwG in Bezug auf die vom Kläger herangezogene Figur der mitgezogenen Nutzung ausgeführt:

„Soweit der Kläger sich unter Hinweis darauf, dass die Erlöse aus der Einspeisung in das öffentliche Netz zur Aufbesserung der durch Erzeugerpreise in der Landwirtschaft veränderte Ertragslage dienen sollen, auf die Rechtsprechung des Senats beruft, wonach auch die Angliederung eines landwirtschaftsfremden Betriebsteils an der Privilegierung des § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB teilhaben kann, verkennt er die Grenzen, die einer solchen Erstreckung der Privilegierung gesetzt sind. Auch im Falle der Erweiterung der betrieblichen Betätigung darf der Zusammenhang mit der für die Landwirtschaft charakteristischen Bodenertragsnutzung nicht aufgelöst werden. Ein nicht-landwirtschaftlicher Betriebszweig wird nur dann von der Privilegierung „mitgezogen“, wenn er seinerseits einen Bezug zur Erzeugung und zum Absatz landwirtschaftlicher Güter aufweist. Dagegen bietet § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB keine Handhabe dafür, einen landwirtschaftlichen Betrieb unter erleichterten Voraussetzungen um einen von der landwirtschaftlichen Nutzung unabhängigen gewerblich-kaufmännischen Betriebsteil zu erweitern.“

Das heißt, der mitgezogene Betriebsteil muss – bei dem Privilegierungstatbestand der Nr. 1 – einen Bezug zur Erzeugung und zum Absatz landwirtschaftlicher Güter nachweisen (Kuschnerus, aaO, Rdnr. 441, 445). Bei den nach anderen Tatbeständen privilegierten Betrieben muss dieser innere Bezug ebenfalls vorhanden sein. Das ist genau das, was das BVerwG in der Spannbetonentscheidung für die Annahme insgesamt eines privilegierten Betriebs auch verlangt hat. Davon kann bei einer Zementfabrik und einem EBS-Kraftwerk keine Rede sein. Das Kraftwerk weist keinen inhaltlichen Bezug zur Zementgewinnung auf und ist insbesondere nicht Teil der Produktionsstätte.

dd) Untergeordnete Nebenanlage

In einem gemeinsamen Runderlass der nordrhein-westfälischen Ministerien für Bauen und Verkehr, Umwelt und Naturschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz und Wirtschaft, Mittelstand und Verkehr vom 21.10.2005 – WKA-Erl. – wird angenommen, Windkraftanlagen seien auch als untergeordnete Anlagen zu privilegierten Vorhaben gem. § 35 Abs. 1 BauGB zulässig. Dies betreffe insbesondere privilegierte Betriebe der Land- und Forstwirtschaft, der gartenbaulichen Erzeugung und der gewerblichen Tierhaltung. Gesetzliche Voraussetzung sei, dass eine Windenergieanlage als untergeordnete Nebenanlage nicht den überwiegenden Teil der erzeugten Energie zur Einspeisung in das öffentliche Netz abgebe. Für diese rechtliche Einschätzung wird das bereits erwähnte Urteil des BVerwG vom 16.6.1994, DVBl. 1994, 1141, in Anspruch genommen. Hieran knüpft möglicherweise auch die Einschätzung der Bezirksregierung Münster an, die das EBS-Kraftwerk für zulässig hält, wenn jedenfalls mehr als 50 % der gewonnenen Energie für die standortgebundenen Cemex-Zementwerke bestimmt seien. Dies passt ferner zu der Annahme im WKA-Erl., dass eine Windenergieanlage auch mehreren privilegierten Betrieben zugeordnet werden könne. Denn die Hälfte der gewonnenen Energie soll nicht allein dem Zementwerk

Mersmann zugeführt werden, dem das EBS-Kraftwerk räumlich zugeordnet ist, sondern dem Verbund aus beiden Beckumer Zementwerken der Cemex.

Indes lassen sich dem Grundsatzurteil des BVerwG vom 16.6.1994 die vorbeschriebenen Aussagen gerade nicht entnehmen. Das BVerwG hat in einem ersten Schritt ausgeführt, es fehle bereits deshalb der Bezug zu einem landwirtschaftlichen Betrieb, weil - quantitativ - nur ein relativ kleiner Teil des gewonnenen Stroms der Eigenversorgung diene und im übrigen - qualitativ - ein unabhängiger gewerblich-kaufmännischer Betrieb nicht als Betriebsteil von einem landwirtschaftlichen Betrieb mitgezogen werden könne. In der Literatur ist deshalb auch zutreffend der Schluss aus dem Urteil des BVerwG vom 16.6.1994 gezogen worden, nach der Windkraftanlagen als nicht im Außenbereich privilegiert angesehen wurden, und zwar weder nach Nr. 1 noch nach Nr. 3 oder 4 des § 35 Abs. 1 (Söfker in Ernst-Zinkahn-Bielenberg, aaO, § 35 Rdnr. 58). Der Bundesgesetzgeber hat aus diesem Urteil des BVerwG die Konsequenz gezogen und Windenergieanlagen durch die mit Wirkung zum 1.1.1997 in Kraft getretene Änderung des BauGB in Nr. 6 (Nr. 7 a.F.) eigenständig privilegiert.

Anlagen, in und mit denen Energie erzeugt wird, die dann einem von der Energiegewinnung losgelösten Betrieb zugeführt wird, sind schon deshalb keine untergeordneten Nebenanlagen dieses Fremdbetriebes, weil ihnen qualitativ der innere Bezug zu diesem Betrieb fehlt. Ob dies anders zu beurteilen ist, wenn - wie bei Biomasseanlagen - die Einsatzstoffe für die Anlage aus demselben Betrieb stammen, dem später die Energie wieder zugeführt wird, kann dahinstehen. Ein derartiger Kreislauf liegt nämlich zwischen dem Zementwerk und dem Kraftwerk nicht vor. Die Einsatzstoffe für das EBS-Kraftwerk stammen von Dritten und nicht aus dem Zementwerk.

Insgesamt bleibt deshalb festzuhalten, dass das IKW

- weder isoliert betrachtet privilegiert ist

- noch als untergeordneter Betriebsteil eines einheitlichen Betriebes „Zementwerk“ eingeordnet werden kann
- noch eine vom Zementwerk mitgezogene Nutzung oder
- eine untergeordnete Nebenanlage darstellt.

Es handelt sich danach vielmehr um ein sonstiges Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB.

Es erscheint angesichts der gerichtlich nicht geklärten Rechtslage aber auch vertretbar, das IKW als untergeordnete und dem Zementwerk dienende Nebenanlage zu begreifen, wenn und soweit es den Voraussetzungen genügt, welche die obersten Landesbehörden in analoger Anwendung an Windenergieanlagen stellen, die einem landwirtschaftlichen Betrieb zugeordnet sind.

c) Hilfsüberlegungen zum privilegierten Vorhaben

Geht man davon aus, die Privilegierung des IKW scheidet nicht bereits aus generellen Gründen aus, ergeben sich konkrete weitere Prüfungsschritte. Denn die Privilegierung über § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB ist nur möglich, wenn

- sich das IKW dem Zementwerk deutlich unterordnet
- wenn das IKW mindestens überwiegend der Eigenversorgung des Zementwerkes Mersmann oder beider Cemex-Werke dient und nur den geringeren Teil des erzeugten Stroms in das öffentliche Netz abgibt.

Bezüglich des ersten Aspektes ist zu prüfen, ob das IKW nach der Art seines Betriebes und der von ihm in Anspruch genommenen Fläche (des Außenbereichs) bodenrechtliche Nebensache des Zementwerkes bleibt. Entsprechende Aussagen können erst auf Grund der verbindlichen Antragsunterlagen getroffen werden.

Entscheidende Bedeutung kommt ferner den Verträgen der Cemex mit der IKW Beckum zu. In ihnen muss auf Dauer sichergestellt sein, dass der erzeugte Strom zumindest nicht überwiegend in das öffentliche Stromnetz geleitet wird. Aus den Antragsunterlagen muss sich ferner ergeben, dass und wie der Nachweis hierüber geführt wird. In rechtlicher Hinsicht ist zu klären, ob mehr als 50 % der erzeugten Energie in das Werk Mersmann abzuführen ist oder ob es ausreicht, dass mehr als 50 % in die beiden Beckumer Cemex-Werke Mersmann und Kollenbach geleitet werden. Sieht man den rechtlichen Ansatz für die Privilegierung des EBS-Kraftwerkes in seiner Eigenschaft als Betriebsteil des privilegierten Betriebes Mersmann und sieht man ferner keine Betriebseinheit der Cemex-Werke Mersmann und Kollenbach, so wäre es nur konsequent, wenn der mehr als hälftige Anteil der Energie (allein) in den Betrieb abgeführt wird, von dem das IKW seine Privilegierung ableitet. Diese Fragen lassen sich letztlich erst vor dem Hintergrund der zivilrechtlichen Verträge und in Kenntnis der (gesellschaftsrechtlichen) Verflechtung der beiden Cemex-Betriebe beantworten.

Ferner muss sich aus den Antragsunterlagen ergeben, dass der Strombezug von der IKW den Cemex-Werken einen derartigen betriebswirtschaftlichen Vorteil bietet, dass ein vernünftiger Betriebsinhaber unter Beachtung des Postulats höchstmöglicher Schonung des Außenbereichs den Bau eines EBS-Kraftwerkes (selbst) vornehmen würde.

Zu diesen Punkten liegen dem Unterzeichner keine Informationen vor, so dass auf die offenen Fragen lediglich hingewiesen werden kann.

d) Gesicherte Erschließung

Mangels anderer Anhaltspunkte wird davon ausgegangen, dass die Erschließung des Außenbereichsvorhabens hinreichend gesichert ist. Dabei ist der planungsrechtliche Erschließungsbegriff zugrunde zu legen (hierzu BVerwG, Beschluss vom 22.11.1995

– 4 B 224.95 -; Kuschnerus, aaO, Rdnr. 72). Einer öffentlich-rechtlichen gesicherten Erschließung, etwa durch Baulasten im Sinne des § 4 BauO NRW, bedarf es zwar für die bauordnungsrechtliche Erschließung (Baugenehmigung/immissionsschutzrechtliche Genehmigung), nicht hingegen für die Erteilung des Einvernehmens nach § 36 BauGB (zur Unterscheidung der beiden Erschließungsbegriffe Tyczewski/Freund, aaO, Rdnr. 180-182).

e) Zulässigkeit als sonstiges Vorhaben

Die zur Privilegierung aufgeworfenen Fragen könnten möglicherweise dann offen bleiben, wenn das Vorhaben jedenfalls als sonstiges Vorhaben bauplanungsrechtlich zulässig wäre.

Denn mit der fehlenden Privilegierung steht damit noch nicht die planungsrechtliche Unzulässigkeit eines Vorhabens fest. Planungsrechtlicher Maßstab ist dann vielmehr § 35 Abs. 2 und 3 BauGB. Als sonstiges Vorhaben kann das IKW zugelassen werden, wenn seine Ausführung oder Benutzung öffentliche Belange nicht beeinträchtigt und die Erschließung gesichert ist. Die in Betracht kommenden öffentlichen Belange sind in § 35 Abs. 3 BauGB in Form von Regelbeispielen aufgeführt. Die Aufzählung ist dem Wesen von Regelbeispielen entsprechend nicht abschließend, gleichwohl sind mit einer Ausnahme, auf die später kurz eingegangen wird, hier keine öffentlichen Belange ersichtlich, die nicht im Katalog des § 35 Abs. 3 BauGB enthalten sind.

aa) Darstellungen des Flächennutzungsplans, § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BauGB

Der Flächennutzungsplan stellt die Flächen der IKW als gewerbliche Bauflächen (G) im Sinne des § 1 Abs. 1 BauNVO dar. Eine Einschränkung als Sonderbaufläche für die Zementindustrie oder eine Differenzierung nach Baugebieten im Sinne des § 1 Abs. 2 BauNVO ist nicht gegeben. Auf einer gewerblichen Baufläche kann auch ein

EBS-Kraftwerk errichtet werden. Ein Widerspruch zu den Darstellungen des Flächennutzungsplans besteht daher nicht.

bb) Landschaftsplan und sonstige Fachpläne, § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BauGB

Nach den bisher vorliegenden Informationen liegt das Vorhaben nicht im Geltungsbereich eines Landschafts- oder anderen Fachplanes.

cc) Schädliche Umwelteinwirkungen, § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BauGB

Diesen Aspekt hat die Stadt im Rahmen ihrer eigenen Zuständigkeit nach § 36 BauGB zu prüfen, kann sich dabei aber der Hilfe der Bezirksregierung Münster mit der entsprechenden Fachabteilung (früher StUA) bedienen. In dieser Norm hat der Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des BVerwG das Gebot der Rücksichtnahme verankert (Kuschnerus, aaO, Rdnr. 384). Insoweit kommt es hinsichtlich eventueller Immissionen maßgeblich auf die Zumutbarkeitsschwellen an, die sich aus den Maßstäben des BImSchG ergeben. Für Lärmimmissionen ist das die TA Lärm. Erkenntnisse hierzu liegen dem Unterzeichner nicht vor. Der Vorhabenträger wird allerdings im Rahmen der Antragstellung entsprechende gutachtliche Nachweise erbringen müssen, falls hierzu Veranlassung besteht. Denkbar sind vor allem Lärmimmissionen im Zusammenhang mit der Anlieferung der Ersatzbrennstoffe (LKW-Verkehr). Die Stadt wird diesen Aspekt prüfen und dabei beachten müssen, dass die Zurechnung des vorhabenbezogenen Lärms mit der Vermischung mit dem allgemeinen Straßenverkehr endet (vgl. Nr.7.4 TA Lärm).

dd) Unwirtschaftliche Aufwendungen, § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 BauGB

Dass der Stadt oder anderen Versorgungsträgern besondere Aufwendungen, etwa durch Infrastrukturmaßnahmen, entstehen, ist nicht ersichtlich.

- ee) Natur- und Landschaftsschutz, Orts- und Landschaftsbild, Denkmalschutz,
Bodenschutz, § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB

Die Frage, ob das EBS-Kraftwerk das Orts- und Landschaftsbild verunstaltet oder die natürliche Eigenart der Landschaft und ihren Erholungswert beeinträchtigt, kann naturgemäß erst nach Vorlage der konkreten Planungsunterlagen beantwortet werden. Bei der Prüfung wird aber zu berücksichtigen sein, dass die betroffenen Schutzgüter durch das vorhandene Zementwerk bereits nachhaltig betroffen sind und das IKW nicht in eine bisher unberührte Landschaft eindringt. Insbesondere bei der Verunstaltung des Orts- und Landschaftsbildes legt das BVerwG strenge Maßstäbe an und verlangt eine *grob unangemessene* Beeinträchtigung (BVerwG, Urteil vom 15.5.1997, NVwZ 1998, 58).

ff) Splittersiedlung, Hochwasserschutz, Funkstellen und Radaranlagen,
§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 bis 8 BauGB

Für die Beeinträchtigung dieser Belange gibt es keine Anhaltspunkte. Insbesondere wird man das Zementwerk nicht als Splittersiedlung verstehen können, die durch das EBS-Kraftwerk erweitert wird. Die Rechtsprechung hat das Element der Splittersiedlung um das Element erweitert, dass auch das planlose Ausufern der Bebauung aus einem Ortsteil heraus in den Außenbereich hinein ein siedlungsstrukturell unerwünschter Zersiedelungsvorgang sein und deshalb einem sonstigen Vorhaben entgegen gehalten werden kann. Eine unerwünschte Zersiedelung durch die Errichtung eines neuen Gebäudes im Anschluss an das letzte noch innerhalb des Ortsteils gelegene Gebäude kann auch dann vorliegen, wenn das Objekt hinreichend erschlossen ist (BVerwG, Beschluss vom 11.10.1999, BRS 62 Nr. 118, und Urteil vom 25.1.1985, NVwZ 1985, 747; Kuschnerurs, aaO, Rdnr. 356 und 367). Die Voraussetzungen eines derartigen siedlungsstrukturell unerwünschten Vorgangs dürften kaum vorliegen. Schon die Zementfabrik liegt nicht im unbeplanten Innenbereich, sondern ist seinerseits ein Solitär im Außenbereich. Der Solitär ist auch städtebaulich erwünscht, wie seine bauleitplanerische Absicherung im FNP zeigt. Nach der städtebaulichen Zielsetzung im FNP soll die Zementindustrie an den vorhandenen Standorten geschützt werden; lediglich die sie gefährdenden Nutzungen sollen verhindert werden, was allerdings in der Darstellung einer gewerblichen Baufläche (G) nur bedingt umgesetzt wird. Ferner fehlt jede Vorbildfunktion durch das EBS-Kraftwerk, die ein weiteres Ausgreifen der (gewerblichen) Bebauung in den Außenbereich befürchten lässt.

gg) Planungserfordernis als öffentlicher Belang

Ein Vorhaben kann schließlich auch dann öffentliche Belange beeinträchtigen, wenn es wegen seiner Größe selbst einer förmlichen Planung bedarf, d.h. selbst planungs-

bedürftig ist (BVerwG, Urteil vom 26.11.1976, NJW 1977, 1978). Bei der Planungsbedürftigkeit als öffentlichem Belang geht es allerdings um Erfordernisse der Binnenkoordination, d.h. um die planerische Bewältigung der innerhalb des Bereichs des Vorhabens selbst anstehenden Probleme (Krautzberger in Battis/Krautzberger/Löhr, aaO, § 35 Rdnr. 70 m.w.N.; Kuschnerus, aaO, Rdnr. 352) Ein solches Planungsbedürfnis könnte sich hier allenfalls dann ergeben, wenn das EBS-Kraftwerk wegen des verstärkten LKW-Verkehrs Erschließungs- und Verkehrsprobleme auslöst, die nicht mehr im Einzelzulassungsverfahren, sondern nur noch planerisch gelöst werden können. Das ist hier denkbar. Allerdings liegen dem Unterzeichner Informationen hierzu nicht vor. Vielmehr sprechen die bekannten Tatsachen dafür, dass das vorhandene Straßennetz unter Einschluss der neuen Ortsumgehung geeignet ist, den Mehrverkehr aufzunehmen, so dass es einer ergänzenden Bauleitplanung nicht bedarf.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das EBS-Kraftwerk als sonstiges Vorhaben durchaus planungsrechtlich zulässig sein könnte, weil es öffentliche Belange nicht beeinträchtigt. Allerdings bedarf es für eine dahingehende valide Aussage ergänzender Informationen.

4. Die Rückbauverpflichtung

Gem. § 35 Abs. 5 Satz 2 BauGB ist als weitere Zulässigkeitsvoraussetzung eine Verpflichtungserklärung abzugeben, das Vorhaben nach dauerhafter Aufgabe der zulässigen Nutzung zurückzubauen und Bodenversiegelungen zu beseitigen; bei einer Nutzungsänderung ist die Verpflichtung vom Bauherren zu übernehmen. Diese Rückbauverpflichtung betrifft allerdings nur die privilegierten Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB und wäre nur relevant, wenn sich die Zulässigkeit des EBS-Kraftwerkes aus § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB ergäbe. Für sonstige Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB gilt die Rückbauverpflichtung hingegen nicht.

Diesem Aspekt kommt gesteigerte praktische Bedeutung zu. Es ist zumindest nicht auszuschließen, dass irgendwann das Zementwerk Mersmann nach der Einschätzung des Eigentümers nicht genügend rentabel oder aus unternehmensstrategischen Gründen entbehrlich ist und deshalb aus wirtschaftlichen Gründen geschlossen wird. Das IKW müsste dann die gewonnene Energie ins Netz einspeisen. Bauplanungsrechtlich läge eine Nutzungsänderung vor, weil durch den Fortfall der privilegierten Nutzung „Zementwerk“ auch der Betriebsteil IKW seine Privilegierung verlöre und sich damit die planungsrechtliche Frage neu stellt. Die Rückbauverpflichtung würde dann allerdings auch im Falle einer (genehmigten) Nutzungsänderung für das IKW fortgelten.

In der Praxis stellt sich deshalb die Abgabe der Rückbauverpflichtung in der Regel als Formalie dar.

Ist das IKW als sonstiges Vorhaben nach § 35 Abs. 2 und 3 BauGB zulässig, kann hingegen eine Rückbauverpflichtung nicht verlangt werden.

5. Sicherung der Rückbauverpflichtung

Nach § 35 Abs. 5 Satz 3 BauGB soll die Baugenehmigungsbehörde (hier: die Immissionsschutzbehörde) durch Baulast oder in anderer Weise die Einhaltung der Rückbauverpflichtung sicherstellen. Dabei handelt es sich nicht um eine Zulässigkeitsregelung für das Vorhaben, sondern um eine ergänzende Sicherungsbestimmung (Söfker in Ernst-Zinkahn-Bielenberg, aaO, § 35 Rdnr. 166). Sie ermöglicht nicht die Zulässigkeit eines Vorhabens, sondern setzt sie voraus. Jedenfalls hinsichtlich der Wahl des Sicherungsmittels hat die Genehmigungsbehörde Ermessen, das sie sachgerecht unter Berücksichtigung der gegenläufigen öffentlichen, d.h. effektiven Sicherungsinteressen und privaten Interessen an einer möglichst belastungsfreien Genehmigung ausüben muss. Geht man davon aus, dass gem. § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB „über die Zulässigkeit von Vorhaben nach ...§ 35... im Einvernehmen mit der Gemeinde ent-

schieden wird“, wobei sich die Gemeinde nach § 36 Abs. 2 Satz 1 BauGB nur auf die Versagungsgründe des § 35 BauGB stützen darf, so spricht alles dafür, dass die Sicherung der Rückbauverpflichtung nicht zum Entscheidungsprogramm der Gemeinde gehört. Die Gemeinde ist vielmehr auf die Prüfung der Vorhabenzulässigkeit beschränkt. Sie kann deshalb einem nach § 35 planungsrechtlich zulässigen Vorhaben nicht das Einvernehmen versagen mit der Begründung, sie sei mit der Art der Rückbausicherung nicht einverstanden. Einzuräumen ist allerdings, dass sich Rechtsprechung und Literatur mit dieser Frage bisher noch nicht befasst haben; das mag damit zusammenhängen, dass die Vorschrift erst mit dem EAG Bau 2004 Eingang in das Gesetz gefunden hat.

Ungeachtet dessen wird die Gemeinde sicherlich gegenüber der Genehmigungsbehörde darstellen dürfen, was sie selbst als geeignete Sicherung ansieht. Denn hiervon wird mittelbar auch ihre Planungshoheit betroffen. Die Art der Sicherstellung ist bundesrechtlich nicht geregelt. Sie kann *durch Baulast oder auf sonstige Weise* erfolgen. Nicht abschließend geklärt ist, was der Gesetzgeber unter der Formulierung „auf sonstige Weise“ versteht. Eine enge Auffassung leitet aus der Gesetzgebungsgeschichte ab, dass dem Bundesgesetzgeber eigentlich nur die Baulast als klassisches öffentlich-rechtliches Sicherungsmittel vor Augen schwebte. Da aber in Bayern und Brandenburg schon 2004 keine Baulasten existierten und – da dies in die Zuständigkeit der Länder fällt – nicht sicher war, wie sich die weitere Rechtsentwicklung zu den Baulasten in den Ländern ergeben würde, hat der Gesetzgeber für die „baulastfreien“ Länder eine Öffnungsklausel vorgesehen. Folgt man dem, so bliebe es in NRW bei der Baulast als Sicherungsmittel.

Diese enge Auslegung dürfte jedoch eine Mindermeinung geblieben sein. Die hM vertritt die Auffassung, nach Sinn und Zweck kämen alle Möglichkeiten im Rahmen der Bauaufsicht nach Landesrecht in Betracht wie Nebenbestimmungen zur Baugenehmigung, der Abschluss eines städtebaulichen oder sogar eines zivilrechtlichen

Vertrages, die Eintragung einer Grunddienstbarkeit nach § 1090 BGB bis hin zur selbstschuldnerischen Bankbürgschaft unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage (Söfker in Ernst-Zinkahn-Bielenberg, aaO, § 35 Rdnr. 166; Krautzberger in Battis/Krautzberger/Löhr, aaO, § 35 Rdnr. 115 und 125a). Auch der Muster-Einführungserlass der Bauministerkonferenz zur BauGB-Novelle 2004 vom 1.7.2004 und die meisten Windenergieanlagenenerlasse der Länder zielen in diese Richtung. Hinsichtlich der Sicherheitsleistung kann sich die Behörde an § 232 BGB orientieren. Allerdings wenden sich Vorhabsträger in aller Regel gegen die Stellung einer Bankbürgschaft, weil dies die Kreditlinie des Unternehmens belastet. Diese Belastung kann bei einer langen Laufzeit der Bürgschaft und bei einer hohen absoluten Sicherheitsleistung ein ernst zu nehmendes Argument sein, das im Rahmen des Ermessens zu berücksichtigen ist. Andererseits dürfte die Bankbürgschaft in Höhe der geschätzten voraussichtlichen Abrisskosten die effektivste Form der Rückbausicherung sein. Jedenfalls darf das geforderte Sicherungsmittel nicht dazu führen, dass das Baurecht tatsächlich vereitelt wird (Tyczewski/Freund, aaO, Rdnr. 256).

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Stadt ihre Vorstellungen zur Sicherung der Rückbauverpflichtung gegenüber der Bezirksregierung vortragen, aber nicht ihre Einvernehmensentscheidung nach § 36 BauGB hiervon abhängig machen darf. Insoweit ist lediglich zu fordern, dass die IKW Beckum die in § 35 Abs. 5 Satz 2 BauGB vorgesehene Verpflichtungserklärung abgibt.

6. Möglichkeit einer Teilbaugenehmigung

Soweit erwogen worden ist, einen schnellen Baubeginn über eine von der Stadt als untere Bauaufsichtsbehörde zu erteilende Teilbaugenehmigung für die Erdarbeiten und evtl. Teile des Rohbaus herbeizuführen, ist dieser Verfahrensweg nicht gangbar. Durchzuführen ist ein immissionsschutzrechtliches Genehmigungsverfahren, für das

allein die Bezirksregierung zuständig ist. Baurechtliche Genehmigungen können daneben nicht erteilt werden. Im Übrigen bietet das Immissionsschutzrecht mit

- der Teilgenehmigung nach § 8 BImSchG iVm § 22 der 9. BImSchV,
- der Zulassung vorzeitigen Beginns nach § 8a BImSchG iVm § 24a der 9. BImSchV und
- dem Vorbescheid nach § 9 BImSchG iVm § 23 der 9. BImSchV

ausreichend fachspezifische Gestaltungsmöglichkeiten, um ein Vorhaben zügig in die Tat umzusetzen.

7. Zusammenfassung und Empfehlung

- Die vorstehenden Erwägungen befassen sich mit grundlegenden Fragen der Einvernehmenserteilung nach § 36 BauGB für ein Vorhaben, das bisher nur in den groben Zügen bekannt ist.
- Eine abschließende und belastbare Bewertung kann erst erfolgen, wenn die vollständigen Antragsunterlagen bekannt sind. Dazu zählen vor allem die Betriebsbeschreibung und die Verträge zwischen Cemex und der IKW Beckum
- Die Einordnung des IKW als privilegiertes Vorhaben begegnet bei isolierter Betrachtung und in der Gesamtschau mit dem Cemex-Werk nach § 35 Abs. 1 BauGB Bedenken.
- Nach dem augenblicklichen Informationsstand kommt die Zulassung als sonstiges Vorhaben im Sinne des § 35 Abs. 2 BauGB in Betracht, weil öffentliche Belange nicht beeinträchtigt werden und die Erschließung gesichert ist.

- Ist das Vorhaben jedenfalls nach § 35 Abs. 2 BauGB planungsrechtlich zulässig, so ist das gemeindliche Einvernehmen nach § 36 BauGB zu erteilen, zumal die Bezirksregierung der Genehmigung eine Rückbauverpflichtung beifügen dürfte.
- Die Sicherung der Rückbauverpflichtung nach § 35 Abs. 5 Satz 3 BauGB gehört nicht zum gemeindlichen Prüfprogramm nach § 36 BauGB. Die Gemeinde kann aber Anregungen hinsichtlich der geeigneten Sicherungsmittel geben.
- Eine Teilbaugenehmigung kann durch die Stadt nicht erteilt werden. Für sämtliche Genehmigungen ist die Bezirksregierung Münster als Immissionsschutzbehörde zuständig.
- Es ist der Gemeinde zu empfehlen, ihre bisherige Linie beizubehalten, also das gemeindliche Einvernehmen in Aussicht zu stellen, die konkrete Entscheidung aber erst nach sorgfältiger Prüfung der Antragsunterlagen zu treffen.
- Die Entscheidung nach § 36 BauGB ist eine reine Rechtsentscheidung, bei der die Gemeinde kein rechtliches oder politisches Ermessen besitzt. Die rechtswidrige Versagung oder Verzögerung des Einvernehmens kann einen Schadensersatzanspruch begründen.
- Denkbar wäre im Übrigen auch die planungsrechtliche Absicherung des IKW über einen Bebauungsplan.

Hamm, den 8. August 2008


Thomas Tyczewski,
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht