

Zur Entscheidung über das
gemeindliche Einvernehmen
für das IKW Beckum

von

Thomas Tyczewski
Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

24086/08W15

INHALTSVERZEICHNIS

1. AUSGANGSLAGE	2
a) Das Vorhaben.....	2
b) Antrag der IKW Beckum und Beteiligung der Stadt.....	3
c) Aufgabenstellung.....	3
2. ZUM VERFAHREN	4
a) Grundsätze.....	4
b) Die Entscheidungsfrist.....	4
3. DIE EINVERNEHMENSERTEILUNG NACH § 36 BAUGB – DER WEG ÜBER § 35 ABS. 1 BAUGB.....	5
a) Prüfungsmaßstab.....	5
b) Selbständig privilegiertes Vorhaben nach § 35 Abs. 1 BauGB – das EBS-Kraftwerk als Teil eines standortgebundenen Betriebes.....	5
c) Das IKW als gesolltes Außenbereichsvorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB	7
d) Abgeleitete Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB – das EBS-Kraftwerk als untergeordnete Nebenanlage zu einem gesollten Außenbereichsvorhaben.....	8
e) Das IKW als untergeordnete Nebenanlage.....	12
f) Rechtsfolge unvollständiger Unterlagen.....	15
g) Möglichkeit eines bedingten Einvernehmens.....	16
h) Hinweis auf die Möglichkeit einer Baulast	17
4. DIE ALTERNATIVE – DER WEG DES EINVERNEHMENS ÜBER § 35 ABS. 2 BAUGB.....	19
a) Darstellungen des Flächennutzungsplans, § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BauGB	19
b) Landschaftsplan und sonstige Fachpläne, § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BauGB	20
c) Schädliche Umwelteinwirkungen, § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BauGB.....	22
d) Unwirtschaftliche Aufwendungen, § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 BauGB.....	23
e) Natur- und Landschaftsschutz, Orts- und Landschaftsbild, Denkmalschutz, Bodenschutz, § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB.....	23
f) Splittersiedlung, Hochwasserschutz, Funkstellen und Radaranlagen, § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 bis 8 BauGB.....	24
aa) Planungserfordernis als öffentlicher Belang	25
5. DER UNTERSCHIED ZWISCHEN BEIDEN LÖSUNGSWEGEN.....	26
6. DIE AUSREICHENDE ERSCHLIEßUNG.....	28
a) Erfordernis eines Erschließungsvertrages	28
b) Die Hinterliegersituation.....	29
c) Die Pflicht zur Annahme eines zumutbaren Erschließungsangebotes	30
d) Substanz des Erschließungsangebotes	31
e) Die Diskussion über die Fahrtrouten.....	31
7. ZUSAMMENFASSUNG UND EMPFEHLUNG.....	32

1. Ausgangslage

a) Das Vorhaben

Die Industriekraftwerksgesellschaft Beckum mbH (im Folgenden IKW Beckum) plant seit längerem die Errichtung eines EBS-Kraftwerkes direkt östlich angrenzend an das Zementwerk Mersmann, das von der CEMEX WestZement GmbH (im Folgenden CEMEX) betrieben wird. Die IKW Beckum ist als Betreibergesellschaft ein Tochterunternehmen der Helector Germany GmbH, die zum griechischen Mischkonzern Eliniki Technodominiki TEB A.E. gehört. Die CEMEX betreibt in Beckum außer dem Zementwerk Mersmann auch das Zementwerk Kollenbach. Beide Werke sind räumlich voneinander getrennt und liegen ca. 1 km Luftlinie auseinander.

Errichtung und Betrieb des EBS-Kraftwerkes bedürfen gem. § 4 Abs. 1 BImSchG iVm Ziffer 8.1 a) der 4. BImSchV einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung. Sie ist dem Verfahren nach § 10 BImSchG zugeordnet, für ihre Erteilung ist die Bezirksregierung Münster (im Folgenden: BezReg) zuständig. Für diesen Verfahrensweg ist die Einordnung als Abfallverwertungs- oder Abfallbeseitigungsanlage, auf die später noch eingegangen wird, unerheblich. Das Vorhaben unterliegt selbst bei einer Einordnung als Abfallbeseitigungsanlage nicht dem Fachplanungsvorbehalt des § 38 BauGB, weil es sich nicht um eine öffentlich zugängliche Anlage handelt.

Die Stadt Beckum (im Folgenden Stadt) wird in dem immissionsschutzrechtlichen Verfahren als untere Bauaufsichtsbehörde angehört. Außerdem hat sie gem. § 36 Abs. 1 Satz 2 BauGB ihr Einvernehmen als (planende) Gemeinde zu erteilen. Im Folgenden geht es allein um diesen zweiten Aspekt der gemeindlichen Entscheidung nach § 36 BauGB. Fragen, die sich der Stadt mit der Beurteilung des Vorhabens vor dem Hintergrund des § 75 BauO NRW stellen, werden nicht angesprochen. Bereits im Vorfeld der Antragstellung drängten sich planungsrechtliche Fragen zur Zulässigkeit des Vorhabens auf. Der Unterzeichner hat hierzu unter dem 8.8.2008 ein Rechtsgutachten erstellt, auf das zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird. In dem Gutachten wird darauf hingewiesen, dass

sich verschiedene Rechtsfragen erst in Kenntnis der Antragsunterlagen beantworten lassen.

b) Antrag der IKW Beckum und Beteiligung der Stadt

Unter dem 18.7.2008 hat die IKW Beckum einen Antrag auf Erteilung eines immissionschutzrechtlichen Vorbescheides gem. § 9 BImSchG gestellt. U.a. wird die Frage nach der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit des Vorhabens gestellt. Mit Schreiben vom 12.8.2008, bei der Stadt eingegangen am 15.8.2008, hat die BezReg den Vorbescheidsantrag nebst Antragsunterlagen übersandt und gebeten, hierzu baurechtlich Stellung zu nehmen und insbesondere über das gemeindliche Einvernehmen nach § 36 BauGB zu entscheiden. Hierfür wurde eine Frist bis zum 19.9.2008 gesetzt. Falls bis zu diesem Zeitpunkt keine Stellungnahme der Gemeinde vorliege, gehe die BezReg von der Erteilung des Einvernehmens aus.

c) Aufgabenstellung

Das folgende Gutachten untersucht die Voraussetzungen der Einvernehmenserteilung nach § 36 BauGB und schließt mit einer Empfehlung zum weiteren Vorgehen ab. Das bereits erwähnte vorlaufende Gutachten vom 8.8.2008 wird als bekannt vorausgesetzt und ist Grundlage dieses Gutachtens.

Dem Unterzeichner lagen außer den bereits früher bekannten Unterlagen drei Aktenordner Antragsunterlagen vor, welche die BezReg mit dem Schreiben vom 12.8.2008 übersandt hat. Außerdem hat der Unterzeichner gemeinsam mit dem Leiter des Bauordnungsamtes der Stadt, Herrn Osteroth, die Örtlichkeit am Vorhabenstandort Mersmann sowie das Umfeld des Zementwerkes Kollenbach in Augenschein genommen.

2. Zum Verfahren

a) Grundsätze

Die wesentlichen Ausführungen zum Verfahren nach § 36 BauGB sind bereits im Erstgutachten enthalten. Hervorzuheben ist hier noch einmal, dass es sich um eine reine Rechtsentscheidung handelt, bei welcher der Stadt keine rechtlichen oder politischen Spielräume zustehen. Die Erteilung ist ausschließlich vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 35 BauGB abhängig zu machen. Die rechtswidrige Versagung des Einvernehmens oder die rechtswidrig verspätete Erteilung des Einvernehmens kann Schadensersatzansprüche aus Amtshaftung begründen. Das setzt allerdings Verschulden der Amtsträger voraus, das immer dann fehlt, wenn sich die Ratsmitglieder – wie hier - vor ihrer Entscheidung nach bestem Wissen durch die Fachabteilung der Verwaltung oder einen externen Gutachter haben beraten lassen.

Das versagte gemeindliche Einvernehmen kann ersetzt werden, nach geltender Rechtslage (Bürokratieabbaugesetz I) durch den Kreis Warendorf als obere Bauaufsichtsbehörde, nach zukünftiger Rechtslage durch die BezReg als immissionsschutzrechtliche Genehmigungsbehörde.

b) Die Entscheidungsfrist

Für die Entscheidung hat die Gemeinde zwei Monate Zeit, § 36 Abs. 2 BauGB. Diese Frist ist bundesrechtlich zwingend und kann weder verkürzt noch verlängert werden. Das gilt selbst dann, wenn alle Beteiligten hiermit einverstanden sind. Die Frist beginnt mit dem Eingang der vollständigen Unterlagen bei der Gemeinde zu laufen. Vollständig sind die Unterlagen, wenn sie der Gemeinde erlauben zu prüfen, ob das Vorhaben planungsrechtlich zulässig ist oder nicht. Der Hinweis der BezReg in ihrem Schreiben an die Stadt vom 12.8.2008, sie gehe von der Erteilung des Einvernehmens aus, wenn dieses nicht bis zum 19.9.2008 versagt werde, ist schlicht falsch. Die vorhandenen Unterlagen sind der Stadt am 15.8.2008 zugegangen. Die Frist des § 36 Abs. 2 BauGB kann deshalb frühestens am 15.10.2008 (Eingang bei der BezReg) ablaufen. Sind die Unterlagen nicht vollständig, hat die Frist noch gar nicht zu laufen begonnen (dazu unten). Die genannte Frist bis zum

19.9.2008 kann sich deshalb allein auf die Stellungnahme der Stadt in ihrer Eigenschaft als untere Bauaufsichtsbehörde und die Prüfung des § 75 BauO NRW beziehen.

3. Die Einvernehmenserteilung nach § 36 BauGB – der Weg über § 35 Abs. 1 BauGB

a) Prüfungsmaßstab

Das Einvernehmen der Gemeinde darf bei einem Außenbereichsvorhaben, das hier nach einhelliger und zutreffender Ansicht aller Beteiligten gegeben ist, nur aus den sich aus § 35 BauGB ergebenden Gründen versagt werden, § 36 Abs. 2 Satz 1 BauGB. Das gemeindliche Einvernehmen ist unabhängig davon zu erteilen, ob das Vorhaben als privilegiertes Vorhaben nach § 35 Abs. 1 BauGB oder als sonstiges Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB zulässig ist, wenn nur die jeweils geltenden Zulässigkeitsvoraussetzungen für privilegierte oder sonstige Vorhaben erfüllt sind. Da die Zulässigkeitsvoraussetzungen divergieren, wird im Folgenden zunächst geprüft, ob das IKW ein privilegiertes Vorhaben im Sinne des § 35 Abs. 1 BauGB ist. Bei negativer Antwort handelt es sich automatisch um ein sonstiges Vorhaben im Sinne des § 35 Abs. 2 BauGB.

b) Selbständig privilegiertes Vorhaben nach § 35 Abs. 1 BauGB – das EBS-Kraftwerk als Teil eines standortgebundenen Betriebes

Die privilegierten Vorhaben sind in § 35 Abs. 1 BauGB abschließend aufgeführt. Hier kommen allein die beiden Privilegierungstatbestände der Nr. 3 und 4 in Betracht. Von Nr. 3 werden Vorhaben erfasst, die der öffentlichen Versorgung mit Elektrizität, Gas, Telekommunikationsdienstleistungen, Wärme und Wasser, der Abwasserwirtschaft oder einem ortsgebundenen gewerblichen Betrieb dienen. Das BVerwG versteht die Vorschrift trotz Kritik in der Literatur so, dass die Ortsgebundenheit als übergreifende Voraussetzungen für sämtliche Vorhabenvarianten gilt (BVerwG, Urteil v. 16.6.1994, DVBl. 1994, 1141; Roeser in Berliner Kommentar zum BauGB, § 35 Rdnr. 34). Das EBS-Kraftwerk ist nicht auf diesen Standort angewiesen. Es könnte, wenn auch möglicherweise unter schlechteren wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, auch an anderen Standorten betrieben werden. Der Begriff der Ortsgebundenheit ist eng auszulegen und erfasst die Betriebe, die auf die geo-

graphische oder geologische Eigenart dieser Stelle angewiesen sind und nicht solche, die aus wirtschaftlichen Gründen gerade an diesem Standort optimal betrieben werden können (BVerwG, Urteil v. 5.7.1974, NJW 1975, 550, und Urteil v. 18.3.1983, DVBl. 1983, 893).

Allerdings ist der „ortsgebundene Betrieb“ nicht nur auf die Bodennutzung im engeren Sinne, also die Gewinnung von Gestein, Kies, Öl, Torf etc., beschränkt. Auch die Auf- und Verarbeitung kann von der Privilegierung mit umfasst werden, jedenfalls soweit sich diese unmittelbar auf das gefundene Rohmaterial bezieht (BVerwG, Beschluss v. 9.5.1972, DVBl. 1972, 685). Die Abgrenzung mag im Einzelfall schwierig sein. So ist etwa der Kiesabbau als ortsgebundenes Vorhaben privilegiert und umfasst als Verarbeitungsvorgang auch die Kiessortierung, kaum aber eine Fertigbetonanlage auf der nächsten Produktionsebene (BVerwG, Urteil v. 7.5.1976, BVerwGE 50, 346, und Urteil v. 16.6.1994, aaO).

Ungeachtet der Abgrenzungsschwierigkeiten im Einzelfall ist aber anerkannt, dass Kraftwerke nicht als Betriebsteil eines ortsgebundenen Betriebes von der Privilegierung mit umfasst werden, weil Kraftwerke im Allgemeinen nicht die an der Stelle ihrer Errichtung gewonnenen Rohstoffe oder Materialien verwerten (ausdrücklich Roeser, aaO, § 35 Rdnr. 35). Das gilt auch hier. Nach der Betriebsbeschreibung werden die im IKW eingesetzten Ersatzbrennstoffe von (externen) Brennstofflieferanten beigebracht (Nr. 4.5 des Antrages „Brennstoffe“). Damit stellt sich das IKW nicht als Verarbeitungsbetrieb des oder CEMEX-Werke(s) dar und kann nach den Kriterien der Rechtsprechung nicht als Teil eines Gesamtvorhabens privilegiert sein. Es handelt sich vielmehr um den klassischen, vom BVerwG erwähnten Fall der Angliederung eines Fremdbetriebes an einen privilegierten Außenbereichsbetrieb.

Angesichts dessen bedarf es keiner Prüfung, ob das CEMEX-Werk Mersmann seinerseits ein ortsgebundener Betrieb im Sinne der Nr. 3 ist. Offen bleiben kann ferner, ob für die Beantwortung dieser Frage generalisierend auf den Vorhabentyp Zementwerk oder konkret-individuell auf das jeweilige Zementwerk abzustellen ist. Mittlerweile gibt es nämlich Zementwerke, die ursprünglich die am Standort gewonnenen Materialien verarbeitet haben, nach Beendigung des Abbaus aber Materialien verarbeiten, die an ganz anderen

Standorten gewonnen wurden. Wenn Letzteres möglich ist, steht die Einordnung als standortgebundenes Unternehmen sehr in Frage.

In der Begründung zum immissionsschutzrechtlichen Antrag der IKW Beckum wird ohne jedes Problembewusstsein auf § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB Bezug genommen. Die Gemeinde ist bei ihrer planungsrechtlichen Prüfung allerdings nicht an die rechtliche Einschätzung des Antragstellers gebunden. Sie muss, quasi von Amts wegen, weiterprüfen, ob das zur Genehmigung gestellte Vorhaben aus anderen als den vom Antragsteller angegebenen Gründen planungsrechtlich zulässig ist. Als Zwischenergebnis bleibt festzuhalten, dass sich die Zulässigkeit des EBS-Kraftwerkes nicht unmittelbar aus § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB ergibt.

c) Das IKW als gesolltes Außenbereichsvorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB

Die Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB setzt voraus, dass das Kraftwerk wegen seiner besonderen Anforderungen an die Umgebung, wegen seiner nachteiligen Wirkung auf die Umgebung oder wegen seiner besonderen Zweckbestimmung nur im Außenbereich ausgeführt werden soll (sog. gesollte Vorhaben). Nach der Rechtsprechung des BVerwG stellt diese Bestimmung einen Auffangtatbestand für solche Vorhaben dar, die von den Nummern 1 bis 3, 5 und 6 nicht erfasst werden, nach den Grundsätzen der städtebaulichen Ordnung, wenn überhaupt oder sinnvoll nur im Außenbereich ausgeführt werden können, weil sie zur Erreichung des mit ihnen verfolgten Zwecks auf einen Standort außerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile angewiesen sind (BVerwG, Beschluss v. 6.9.1999, NVwZ 2000, 678; Roeser, aaO, § 35 Rdnr. 37 m.w.H.).

Von den in der Nr. 4 aufgeführten Tatbestandsvarianten kommen nur die „nachteiligen Wirkungen auf die Umgebung“ in Betracht. Wegen ihrer nachteiligen Wirkungen auf die Umgebung sollen solche Vorhaben im Außenbereich ausgeführt werden, die selbst in planerisch ausgewiesenen Industriegebieten nicht angesiedelt werden können, weil ihre Emissionen derart stark sind, dass sie auch in solchen Bereichen das zumutbare Maß übersteigen. Als Beispiel werden in der Literatur u.a. Zementwerke wegen der Staubemissionen angeführt (Roeser, aaO, § 35 Rdnr. 40; Krautzberger in Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 10. Aufl., § 35 Rdnr. 44; Bracher in Gelzer/Bracher/Reidt, Bauplanungsrecht, 7.

Aufl., 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). Man wird deshalb davon ausgehen können, dass das Zementwerk Mersmann der CEMEX, wenn nicht nach Nr. 3, so doch nach Nr. 4 privilegiert ist.

Aus denselben Gründen wie zuvor dargelegt nimmt das IKW aber nicht als Teil des Betriebes Mersmann an der Privilegierung des Zementwerkes teil, weil sich das Kraftwerk nicht als Verarbeitungsstätte der im privilegierten Betrieb gewonnenen Erzeugnisse darstellt. Immerhin ist damit der Weg eröffnet zu Überlegungen, aus der Privilegierung von Mersmann Zulässigkeitsgründe für das Kraftwerk abzuleiten.

d) Abgeleitete Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB – das EBS-Kraftwerk als untergeordnete Nebenanlage zu einem gesollten Außenbereichsvorhaben

Im Vorfeld des Genehmigungsantrages hat die BezReg zu erkennen gegeben, dass sie das IKW Beckum als untergeordnete Nebenanlage zu dem privilegierten Außenbereichsvorhaben „Zementwerk Mersmann“ einschätzt, wenn und soweit das IKW mehr als die Hälfte der gewonnenen Energie an das privilegierte Vorhaben abgibt und nur den Rest in das öffentliche Netz einspeist. Damit knüpft die BezReg – ohne das ausdrücklich zu sagen – an die rechtliche Einschätzung des Landes NRW an, welche dieses aus dem Urteil des BVerwG vom 16.6.1994, aaO, zur fehlenden Privilegierung von Windenergieanlagen gezogen hat. Ansatzpunkt hierfür sind Überlegungen zur sog. mitgezogenen 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. Typischer Fall ist der Hofladen, in dem der Landwirt seine eigenen Erzeugnisse verkauft. 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 konkretindividuelle, 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 mitgezogener 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. Das spricht dafür, dass der von der Bezirksregierung erwogene Weg prinzipiell nicht gangbar ist.

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. Ge-

setzliche 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 nach Diktion und Denkweise auch die Einschätzung der BezReg 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. Die Genehmigung von Windenergieanlagen erfolgt nach den Beobachtungen des Unterzeichners über die Genehmigungspraxis ausschließlich nach diesem speziellen Privilegierungstatbestand und nicht etwa in Anwendung des WKA-Erl. NRW als mitgezogene Nutzung zu privilegierten Vorhaben.

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 Einsatz-

stoffe 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.

Es spricht deshalb Vieles dafür, dass schon aus diesen generellen Erwägungen das IKW Beckum auch als untergeordnete Nebenanlage zum privilegierten Zementwerk nicht zulässig ist. Einzuräumen ist allerdings, dass angesichts fehlender Gerichtsentscheidungen und angesichts des WKA-Erl. NRW die in der Haltung der BezReg zum Ausdruck gekommene Einschätzung nicht unvertretbar ist. Im Folgenden soll daher geprüft werden, ob im konkreten Einzelfall die Zulässigkeitsvoraussetzungen vorliegen, wobei der Ansatz aus dem WKA-Erl. übertragen wird.

e) Das IKW als untergeordnete Nebenanlage

Voraussetzung einer untergeordneten Nebenanlage ist zunächst, dass sie einen untergeordneten Teil der Betriebsfläche einnimmt. Damit stellt sich bereits hier die Frage, was mit „Betrieb“ gemeint ist. Die Frage wird auch im Folgenden bei weiteren Voraussetzungen virulent. Die Prüfung hat im vorliegenden Fall deshalb herausgehobene Bedeutung, weil CEMEX in Beckum zwei Standorte unterhält, nämlich Mersmann und Kollenbach. Denkbar wäre es, dass es sich dabei um einen einheitlichen Betrieb im bauplanungsrechtlichen Sinne oder um zwei Betriebe handelt. Im Genehmigungsantrag wird zwischen beiden nicht differenziert; sie werden vielmehr als „das bestehende Unternehmen CEMEX West-Zement“ oder „die bestehenden Zementwerke“ bezeichnet.

Die Inhaltsbestimmung des Betriebsbegriffs kann sich nicht an betriebswirtschaftlichen, gesellschaftsrechtlichen, arbeitsrechtlichen Kriterien bzw. Kriterien aus anderen Teilrechtsgebieten orientieren, zumal auch dort der Betriebsbegriff nicht einheitlich gehandhabt wird. Deshalb ist es auch unerheblich, dass die beiden Zementwerke einerseits und das IKW andererseits unterschiedlichen Eigentümern gehören. In anderen Teilrechtsgebieten würde an diesen Eigentumsverhältnissen bereits die Annahme eines mitgezogenen Betriebsteils scheitern. Das Baurecht knüpft indes bei seinen Wertungen grundsätzlich nicht an die Eigentumsverhältnisse an. Anzuknüpfen ist vielmehr an das Bodenrecht, ge-

nauer das Städtebaurecht. Dabei bietet es sich an, auf den Vorhabenbegriff des § 29 BauGB zurückzugreifen. Hat der Vorhabenträger/Bauherr seinerzeit beide, auch räumlich deutlich voneinander getrennte Zementwerke als eigenständige, immissionsschutzrechtliche Anlagen zur Genehmigung gestellt, so handelt es sich auch in der Folgezeit planungsrechtlich um eigenständige Betriebe. Das ist hier nach den dem Unterzeichner vorliegenden Informationen der Fall. Die Zementwerke Mersmann und Kollenbach gehören zwar heute demselben Eigentümer. Ursprünglich waren es aber rechtlich zwei selbständige Zementwerke zweier unterschiedlicher Eigentümer. Beide Betriebe wurden und werden auch jetzt noch genehmigungsrechtlich als eigenständige Werke (Betriebe) behandelt und nicht etwa als ein Gesamtbetrieb. Will das IKW seine planungsrechtliche Privilegierung als mitgezogene Nutzung von einem anderen privilegierten Betrieb ableiten, so kommt deshalb nur das Zementwerk Mersmann als Anknüpfungspunkt für den „Betrieb“ in Betracht.

Eine andere Lösung würde im Übrigen weitere Probleme nach sich ziehen. Nach dem überschlägigen Eindruck, den der Unterzeichner von der Örtlichkeit gewonnen hat, spricht alles dafür, dass das Zementwerk Kollenbach nicht im Außenbereich, sondern im nicht beplanten Innenbereich liegt. Die Wohnbebauung ist – historisch gewachsen – bis an das Werk herangerückt und umgibt es im Süden und Westen partiell. Im Norden grenzt ein Gewerbegebiet an das Betriebsgelände. Der Bebauungszusammenhang zwischen Wohnnutzung/gewerblicher Nutzung und Zementwerk ist nicht in einer Weise durchbrochen, dass damit bei dem Zementwerk Kollenbach schon von einem Außenbereichsvorhaben gesprochen werden könnte. Es dürfte sich vielmehr um eine besondere bauliche Anlage, ggf. einen Fremdkörper, am Rande des unbeplanten Innenbereichs handeln, ähnlich einer Zeche in einer Zechensiedlung. Dass die konfligierenden Nutzungen vor dem Hintergrund des § 50 BImSchG (Trennungsgrundsatz) planungsrechtlich schwer vereinbar sind, ist für die Frage der Abgrenzung von Innen- und Außenbereich unerheblich, weil dafür allein auf das tatsächlich Vorhandene abzustellen ist (hierzu Kuschnerus, Das zulässige Bauvorhaben, Rdnr. 215 m.w.H.). Wären Mersmann und Kollenbach als einheitlicher Gesamtbetrieb einzustufen, so läge dieser Gesamtbetrieb teilweise im Innen- und teilweise im Außenbereich. Ob in derartigen Situationen die außenbereichsbezogene Rechtsfigur der mitgezogenen Nutzung überhaupt handhabbar ist und welche Maßstäbe für die Einordnung dann gelten, ist bisher in Rechtsprechung und Literatur nicht einmal angesprochen.

Stellt man also auf die Zuordnung des IKW zum Zementwerk Mersmann ab, lässt es sich gut vertreten, dass das Kraftwerk (noch) den untergeordneten Teil der Betriebsfläche einnimmt. Feste Größen, wann noch von einer Unterordnung gesprochen werden kann, hat die Rechtsprechung bisher nicht entwickelt. Sie hat sich vielmehr stets am Einzelfall orientiert. Das BVerwG hat in seinem Beschluss vom 28.8.1998, BRS 60 Nr. 89, entscheidend auf das äußere Erscheinungsbild abgestellt. Seinerzeit ging es um die Erweiterung eines forstwirtschaftlichen Betriebes um ein Sägewerk, eine Tischlerei und eine Kistenschreinerei. Entscheidend sei, so das BVerwG, ob das Erscheinungsbild eines im Außenbereich gelegenen land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes unverändert bleibe und nicht durch die mitgezogene Nutzung mitgeprägt werde. Überträgt man dieses Kriterium auf den vorliegenden Fall, so muss sich auch nach Bau und Inbetriebnahme des IKW dem unbefangenen Betrachter der Eindruck eines Zementwerkes aufdrängen. Ist das nicht der Fall, weil das Kraftwerk auf Grund seiner Dimension das Erscheinungsbild einer Gesamtanlage aus Zement- und Kraftwerk prägt, so fehlt es an der für das Mitziehen erforderlichen Unterordnung des IKW unter die privilegierte Nutzung. Dem Unterzeichner liegen geeignete Computersimulationen nicht vor, so dass der Eindruck allein aus den überreichten Bauvorlagen gewonnen werden kann. Die in Anspruch genommene Fläche für das IKW ist – bezogen auf die Gesamtfläche Mersmann – deutlich geringer als die für das Zementwerk. Allerdings erreicht der Baukörper ausweislich der Ansichtszeichnungen mit 65 m am Kamin und 55 m am Hauptbaukörper eine erhebliche Höhe, die bei einer Bruttogrundfläche von 7.332,34 qm den Eindruck der Gesamtanlage als massivem Baukörper durchaus mitprägen könnte. Letztlich handelt es sich um eine Wertungsfrage im Grenzbereich. Die Annahme einer Unterordnung ist deshalb nicht unvertretbar, aber problematisch.

Weiteres Kriterium ist nach der am WKA-Erl. orientierten Einschätzung der BezReg, dass mehr als 50 % der gewonnenen Energie an den baurechtlich privilegierten Betrieb abgegeben wird (5.2.1.1 des Erlasses). Möglich ist auch, dass die Nebenanlage mehreren im Außenbereich zulässigerweise errichteten Betrieben dient, was allerdings rechtlich gesichert sein muss. Da das Zementwerk Kollenbach aber nicht im Außenbereich liegt, kommt diese für Windenergieanlagen vorgesehene Möglichkeit hier nicht zum Tragen. Die untergeordnete und dienende Funktion des IKW lässt sich also nur dann bejahen, wenn mehr als

50 % der gewonnenen Energie dem privilegierten Zementwerk Mersmann zugute kommt. Das wird nicht einmal in den Antragsunterlagen behauptet, weil dort undifferenziert auf den Verbund der beiden Beckumer CEMEX-Werke abgehoben wird. Entscheidend ist aber nicht die reine Behauptung des Antragstellers, sondern sind die mit den Abnehmern getroffenen Vereinbarungen und deren Umsetzung. Deshalb gehört hier zu den erforderlichen Bauvorlagen auch der Vertrag zwischen der IKW Beckum und CEMEX, aus dem sich die Verteilung des Stromes an die einzelnen Abnehmer ergibt. Dieser Vertrag liegt der Stadt nicht vor. Ob er bisher überhaupt geschlossen worden ist, ist offen. Die Erfahrungen des Unterzeichners in vergleichbaren Situationen gebieten Skepsis, da rechtlich bindende Verträge zwischen den Betroffenen zumeist erst geschlossen werden, wenn Planungssicherheit besteht. Das ist hier erst mit Vorliegen des beantragten immissionsschutzrechtlichen Vorbescheides der Fall. Zuvor verbleibt es zumeist auf der Ebene eines letter of intent oder eines memorandum of understanding, also Absichtserklärungen.

Daraus folgt: Selbst wenn man sich an den jeweiligen rechtlichen Weichenstellungen zu Gunsten des Vorhabenträgers entscheidet, könnte die Stadt die Privilegierung im Sinne einer mitgezogenen Nutzung/untergeordneten Nebenanlage nicht positiv feststellen, weil nicht belegt ist, dass mehr als 50 % des gewonnenen Stroms dem Zementwerk Mersmann zugute kommt. Es lässt sich nicht einmal feststellen, dass mehr als 50 % dem Betriebsverbund Mersmann/Kollenbach zufließen. Mit Blick auf § 35 Abs. 1 BauGB sind daher die Unterlagen zumindest unvollständig.

f) Rechtsfolge unvollständiger Unterlagen

Das BVerwG hat in seinem Urteil vom 16.9.2004, BRS 67 Nr. 113, im Einzelnen die Pflichtenverteilung bei der Entscheidung des gemeindlichen Einvernehmens dargestellt. Danach beginnt die Zweimonatsfrist des § 36 Abs. 2 BauGB erst mit Eingang der vollständigen und prüffähigen Bauvorlagen bei der Gemeinde zu laufen. Die Gemeinde hat die Unterlagen ihrerseits auf Vollständigkeit zu prüfen und im Falle der Unvollständigkeit gegenüber (hier) der BezReg oder dem Vorhabenträger auf deren Vervollständigung hinzuwirken. Kommt die Gemeinde dieser Pflicht nicht nach, so läuft die Zweimonatsfrist und tritt die Fiktionswirkung des Einvernehmens ein, selbst wenn die Unterlagen objektiv unvollständig

dig sind. Die Gemeinde kann sich dann auch später nicht auf Unvollständigkeit der Bauvorlagen berufen. Irrt sich die Gemeinde und geht verfehlt davon aus, die Unterlagen seien unvollständig, obwohl sie in Wirklichkeit vollständig sind, so beginnt die Zweimonatsfrist zu laufen, obwohl die Gemeinde eine Rüge ausgesprochen hat und deshalb annimmt, die Frist habe noch gar nicht zu laufen begonnen.

Damit hat die Rechtsprechung der Gemeinde eine nicht immer leicht zu erfüllende Prüfpflicht zugewiesen. Dieser muss sie nachkommen, um Rechtsnachteile zu vermeiden. Selbst wenn hier die Stadt also die aufgezeigten rechtlichen Bedenken überwindet, müsste sie von der BezReg und/oder IKW Beckum die Vorlage des Vertrages über die Einspeisung des Stroms verlangen. Sie sollte dieses Verlangen auch begründen. Erst wenn der Vertrag vorliegt, lief die Zweimonatsfrist des § 36 Abs. 2 BauGB. Liegt der Vertrag – wie vermutet – bisher nicht vor, so wäre das Einvernehmen nicht zu versagen. Vielmehr könnte das Vorbescheidsverfahren nicht gefördert werden, bis der Vertrag vorliegt. Das würde zu einer erheblichen Verzögerung führen.

g) Möglichkeit eines bedingten Einvernehmens

Um die zwangsläufig eintretende Verzögerung zu vermeiden, könnte man erwägen, das Einvernehmen der Stadt an die Bedingung zu knüpfen, dass die Vorhabenträgerin bis zur Entscheidung der BezReg über den Vorbescheid den erforderlichen Vertrag mit der CEMEX vorlegt. Aus diesem Vertrag müsse sich ergeben, dass mehr als die Hälfte des gewonnenen Stroms in das Zementwerk Mersmann geliefert wird. Zu einem derartigen Vorgehen ist der Stadt jedoch nicht zu raten.

Es ist bereits umstritten, ob die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens überhaupt an Bedingungen geknüpft werden kann. Nach einer Auffassung ist das unmöglich, weil § 36 BauGB hierfür nichts hergibt. Danach stellt der Bauherr ein Vorhaben zur Prüfung, dem die Gemeinde zustimmen kann oder nicht. Stimmt sie ihm nicht zu, bleibt es dem Bauherrn unbenommen, ein einvernehmensfähiges Vorhaben zur erneuten Prüfung einzureichen. Nach dieser Meinung kann die Gemeinde das Ersuchen der BezReg nur mit ja/nein bzw. der Rüge unvollständiger Bauvorlagen beantworten.

Nach einer anderen Auffassung verbietet der Wortlaut des § 36 BauGB die Einvernehmenserteilung unter einer Bedingung nicht (vgl. insgesamt zur Problematik Roeser in berliner Kommentar, aaO, § 36 Rdnr. 36 m.w.N.). Verfahrensökonomische Gründe sprächen sogar für die Möglichkeit. Allerdings steht es im Ermessen der Gemeinde, ob sie eine bedingte Einvernehmenserteilung erklärt oder nicht. Dies sollte sie bei unvollständigen Bauvorlagen allenfalls dann tun, wenn die Nachlieferung einer bestimmten Bauvorlage eine reine Formalie ist, die zudem von der Genehmigungsbehörde keine tief greifende inhaltliche Prüfung verlangt. Darum geht es hier jedoch nicht. Die Frage, ob sich das IKW dem bestehenden Zementwerk unterordnet, ist eine zentrale Frage der planungsrechtlichen Zulässigkeit. Die Prüfung des Vertrages wird nach Lage der Dinge die Auslegung und eine rechtliche Bewertung erfordern, die eigentlich der Stadt obliegt und die sie bei einer bedingten Einvernehmenserklärung vollständig in die Hand einer anderen Behörde legen würde. Im Übrigen ist bisher nicht einmal der Vertragsentwurf oder sind seine Eckdaten bekannt. Die Stadt würde deshalb eine zentrale planungsrechtliche Prüfung auf die BezReg verlagern. Das entspricht mit Sicherheit nicht dem Willen des Gesetzgebers zu § 36 BauGB.

h) Hinweis auf die Möglichkeit einer Baulast

Es erweist sich damit, dass unter bestimmten rechtlichen Annahmen die Vertragsgestaltung zwischen der IKW Beckum und CEMEX entscheidende Bedeutung für die planungsrechtliche Zulässigkeit hat. Bei dem Vertrag handelt es sich um eine schuldrechtliche Vereinbarung, die jederzeit von den Vertragsparteien geändert werden kann. Hinzu tritt, dass beide Vertragsparteien ein erhebliches wirtschaftliches Interesse an der Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung besitzen; dafür ist die Einvernehmenserteilung der Gemeinde ein wesentlicher und unverzichtbarer Baustein. Klarstellend sei darauf hingewiesen, dass es keinerlei Anhaltspunkte für spätere Vertragskorrekturen gibt. Das Phänomen ist im Baurecht jedoch – losgelöst vom Einzelfall - nicht unbekannt. So hängt etwa die Erschließung von Hinterliegergrundstücken in der Regel von zivilrechtlichen, jederzeit einvernehmlich änderbaren Gewährungen des Anliegers (Vorderliegers) ab. Die baurechtliche Zulassung von Vorhaben ist jedoch auf Dauer gerichtet, mindestens auf die übliche Lebensdauer der betreffenden baulichen Anlage. Damit der öffentlich-rechtlichen Zulassung (Genehmigung) nicht durch nachträgliche privatrechtliche Gestaltungen der Boden

entzogen wird und baurechtswidrige Zustände geschaffen werden, verlangt der Gesetzgeber häufig ein öffentlich-rechtliches Sicherungsmittel. Das ist in NRW (und den meisten anderen Bundesländern) die Eintragung einer Baulast (vgl. etwa § 4 Abs. 1 Nr. 1 BauO NRW – Erschließung –, § 35 Abs. 5 Satz 3 BauGB – Rückbauverpflichtung, keine Neubebauung -). Es wäre deshalb erwägenswert, vom IKW Beckum die Eintragung einer Baulast zu verlangen, mit der öffentlich-rechtlich sichergestellt wird, dass auf Dauer mehr als die Hälfte des erwirtschafteten Stroms dem Zementwerk Mersmann zufließt.

4. Die Alternative – der Weg des Einvernehmens über § 35 Abs. 2 BauGB

Angesichts der erheblichen rechtlichen Schwierigkeiten bei der Anwendung des § 35 Abs. 1 BauGB und angesichts des Umstandes, dass selbst bei Lösung aller Rechtsfragen zu Gunsten des Vorhabenträgers eine Entscheidung mangels Vollständigkeit der Bauvorlagen zur Zeit nicht möglich ist, drängt sich die Prüfung einer Alternative auf. § 36 BauGB lässt es zu, dass die Gemeinde die Frage der Privilegierung offen lässt, wenn sich die planungsrechtliche Zulässigkeit (auch) bei Anwendung von § 35 Abs. 2 und 3 BauGB ergibt. Zu unterstellen ist bei dieser Prüfung, dass das Vorhaben nicht privilegiert und deshalb sonstiges Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB ist. Im Folgenden soll deshalb die Zulässigkeit des IKW auf der Grundlage des § 35 Abs. 2 BauGB untersucht werden. Als sonstiges Vorhaben kann das IKW Beckum 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.

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

Der Flächennutzungsplan (FNP) 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 eindeutig nicht gegeben. Entscheidend ist, was der FNP darstellt. Der Begründung des FNP kommt nur die Rolle einer Interpretationshilfe bei einer auslegungsfähigen Darstellung zu. Hier hat sich der Plangeber mit der Kennzeichnung „G“ für „gewerbliche Baufläche“ eines Planzeichens aus der BauNVO bedient. Eine Einschränkung, auf welche die Begründung des FNP deutet, enthält die Darstellung der Baufläche nicht. Will die Stadt die Zulässigkeit von Bauvorhaben an den Zementwerksstandorten stärker steuern, etwa im Sinne einer Beschränkung auf standortsichernde Nutzungen, so kann sie entweder die Darstellung im FNP ändern und eine Sonderbaufläche „S“ mit Zweckbe-

stimmung darstellen oder aus dem FNP Bebauungspläne mit Sonderbaugebieten „SO“ entwickeln. Auf einer gewerblichen Baufläche kann jedenfalls auch ein EBS-Kraftwerk errichtet werden. Ein Widerspruch zu den Darstellungen des Flächennutzungsplans besteht daher nicht.

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

Dem Vorhaben stehen auch keine Fachpläne entgegen. Landschaftsplanerische Verbote existieren nicht.

Teilweise wird vorgetragen, das Vorhaben sei als Abfallbeseitigungsanlage zu qualifizieren und verstoße als solche gegen das 2005 fortgeschriebene Abfallwirtschaftskonzept des Kreises Warendorf. In der Tat sind in diesem Zusammenhang das auf der Grundlage von § 5a LAbfG erlassene Abfallwirtschaftskonzept des Kreises und der nach den §§ 16 ff LAbfG aufgestellte Abfallwirtschaftsplan für den Regierungsbezirk Münster – Teilplan Siedlungsabfälle 1. Fortschreibung 2005 – zu beachten, weil sie den Anforderungen eines Fachplanes nach § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BauGB entsprechen.

Die Einordnung als Abfallbeseitigungsanlage trifft indes nicht zu. Ob eine Anlage der thermischen Verwertung oder der thermischen Beseitigung von Abfällen dient, ist eine der umstrittensten Probleme des Abfallrechts. Hierzu sind neben einer Vielzahl nationaler Gerichtsentscheidungen diverse EuGH-Entscheidungen ergangen (maßgeblich EuGH, Urteil v. 13.2.2003, - Kommission/Luxemburg -, Erwägungen 32 ff., NVwZ 2003, 457 ff.; Urteil v. 13.2.2003, - Kommission/Bundesrepublik Deutschland -, Erwägungen 40 ff., NVwZ 2003, 455 ff.; Urteil v. 14.10.2004, - Kommission/Königreich der Niederlande -, Erwägung 31, NVwZ 2005, 432 ff.). Die dort aufgestellten Kriterien sind wegen des Vorrangs des Europarechts letztlich für die aufgeworfene Frage maßgeblich. Danach ist festzustellen, dass der Verbrennungsvorgang im IKW als Maßnahme der Abfallverwertung eingeordnet werden muss. Dafür sprechen der Ersatz natürlicher Brennstoffe (Primärbrennstoffe) durch die aufbereiteten Abfälle (Sekundär- oder Ersatzbrennstoffe) und die damit einhergehende Schonung natürlicher Ressourcen, der Heizwert der Abfälle sowie die primäre Zielsetzung des Betreibers, den im Rahmen der Abfallverbrennung gewonnenen

Strom an Dritte abzugeben. Letzteres, nicht aber die Behandlung der Abfälle zur Minderung ihrer Schädlichkeit, ist primärer Zweck des IKW Beckum.

Die SPD-Fraktion im Rat der Stadt Beckum hat auf Regelungen im Entwurf einer novellierten Abfallrahmenrichtlinie der Gemeinschaft hingewiesen, der zur Folge der Verwertungstatus davon abhängt, dass die Anlage eine Mindestenergieeffizienz aufweist. Diese werde vom IKW nicht erreicht. Ob das in tatsächlicher Hinsicht zutrifft, kann der Unterzeichner nicht nachprüfen. Das kann nur mit Hilfe eines Sachverständigen geschehen. Denn der Entwurf der Abfallrahmenrichtlinie enthält in seinem Anhang II eine komplexe Berechnungsformel. Aus dieser lässt sich nicht ohne Weiteres ableiten, dass das zur Stützfeuerung eingesetzte Heizöl bei der Berechnung der Energieeffizienz abzuziehen ist und daher das IKW die maßgeblichen Werte nicht einhalten wird.

Entscheidend ist indes etwas Anderes. Der Entwurf der Abfallrahmenrichtlinie ist derzeit kein geltendes Recht und deshalb im laufenden Genehmigungsverfahren nicht einschlägig. Das Rechtsetzungsverfahren auf europäischer Ebene läuft noch. Der von der Fraktion erwähnte Beschluss des Europaparlaments muss noch vom Rat gebilligt werden. Dieser kann auch Änderungen fordern. Die Billigung ist deshalb kein reiner Formalakt. Solange die Billigung sowie die Verkündung der Richtlinie im Amtsblatt nicht erfolgt sind, entfaltet die Richtlinie keine Bindungswirkung. Selbst wenn sie im Oktober 2008 in Kraft träte, wird sie nicht unmittelbar geltendes Recht. Richtlinien bedürfen der Umsetzung in das jeweilige nationale Recht. Hierfür ist eine Umsetzungsfrist von 24 Monaten vorgesehen. Die Bundesrepublik Deutschland hätte also mindestens bis Oktober 2010 Zeit, die Richtlinie umzusetzen und ihren Inhalt in Genehmigungsverfahren zur Geltung zu bringen. Bis dahin ist über den laufenden Antrag längst entschieden.

Die von der SPD-Fraktion angesprochenen Fragen sind indes für den Anlagenbetreiber und seine Wirtschaftlichkeitsberechnungen von Bedeutung. Wird IKW nicht noch dieses Jahr genehmigt, was man praktisch ausschließen kann – es handelt sich hier nur um ein Vorbescheidsverfahren –, so wird sie vorbehaltlich anderen nationalen Abfallrechts den Energieeffizienzfaktor von 0,65 einhalten müssen, um den Verwerterstatus nicht zu verlieren. Verliert sie ihn aber, dürften wegen des öffentlich-rechtlichen Andienungszwangs

gem. § 13 KrW-/AbfG kaum noch Abfälle zur Befeuerung zur Verfügung stehen. Nach dieser Vorschrift sind Erzeuger und Besitzer von anderen Abfällen als solchen aus privaten Haushaltungen – also auch solchen von Gewerbeabfällen, wie sie im IKW zum Einsatz kommen sollen – verpflichtet, den Abfall öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern zu überlassen, um die Auslastung der von der öffentlichen Hand mit Steuergeldern errichteten Müllverbrennungsanlagen sicherzustellen.

Als Abfallverwertungsanlage widerspricht das IKW weder dem Abfallwirtschaftskonzept des Kreises Warendorf

c) 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, §§ 3 und 5 BImSchG. Das Baurecht enthält keine eigenen Zumutbarkeitskriterien, so dass auf die speziellen immissionsschutzrechtlichen Vorgaben zurückgegriffen werden kann (Krautzberger in Batts/Krautzberger/Löhr, aaO, § 35 Rdnr. 54 f.). Unterhalb der gesetzlichen Ebene gibt es anerkannte technische Regelwerke wie die TA Lärm oder die TA Luft, mit deren Hilfe eine detaillierte Belastungsprüfung vorgenommen werden kann. Der Vorhabenträger hat eine Immissionsprognose nach TA Luft durch Müller-BBM unter dem 10.4.2008 erstellen lassen. Die Ausbreitungsberechnung wurde mit dem in NRW anerkannten Programm Austal2000 durchgeführt und hat keine Überschreitung der Immissionswerte ergeben. Die Prognose ist methodisch fehlerfrei. Sollten allerdings substantiierte Zweifel an einzelnen Vorgaben vorgetragen werden, müsste diesen zunächst mit Hilfe des Kreises Warendorf als untere Immissionsschutzbehörde, gegebenenfalls auch mit Hilfe eines externen Fachgutachters nachgegangen werden. Hierfür gibt es aber zur Zeit keine Anhaltspunkte. Im Übrigen ist die untere Immissionsschutzbehörde am Verfahren als TöB beteiligt und wird eine Stellungnahme abgeben.

IKW Beckum hat ferner durch denselben Gutachter eine Schallimmissionsprognose auf der Basis der TA Lärm erstellen lassen. Dabei ist die Zusatzbelastung an 6 Immissionsorten (IO) untersucht worden. Da die maßgeblichen Immissionsrichtwerte nach 3.2.1 der TA Lärm unterhalb der Relevanzschwelle lagen, war eine Vorbelastungsermittlung entbehrlich. Auch insoweit ist methodisch nichts zu erinnern. Substantiierte Bedenken sind auch bisher nicht vorgebracht worden. Für die Stadt besteht angesichts dessen kein Handlungsbedarf. Sie kann die Prognosen ihrer rechtlichen Bewertung zugrunde legen.

In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass bei der Schalluntersuchung nur der dem IKW zurechenbare Lärm in den Blick zu nehmen ist. Das ist der Lärm auf dem Werksgelände selbst und der Verkehrslärm auf der An- und Abfahrtstrecke bis zu einer Vermischung mit dem allgemeinen Verkehr, maximal 500 Meter vom Vorhaben entfernt (Nr. 7.4 TA Lärm). Rechtlich nicht mehr zugerechnet wird dem Werk der Lärm, der durch die Mehrbelastung des öffentlichen Straßennetzes entsteht. Die Diskussion über Fahrtrouten durch das Stadtgebiet spiegelt sich – zu Recht – in der Schallimmissionsprognose nicht wieder.

d) 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. Dabei wird unterstellt, dass etwaig notwendige Kosten für Erschließungsmaßnahmen (dazu unten) einschließlich der Unterhaltungskosten vom Vorhabenträger übernommen werden und dass dies vertraglich abgesichert wird.

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

Die betroffenen Belange sind nach Einschätzung des Unterzeichners nicht verletzt. Bei der Prüfung war zu berücksichtigen, 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). Zur Beurteilung wird auf

das Kriterium der Verunstaltung verwiesen. Das IKW wird nach den Antragsunterlagen auf einem Teil der bisherigen Betriebsfläche errichtet werden. Gewichtige neue Eingriffe sind ausgeschlossen. Dementsprechend ist auch bisher schon der Erholungswert der Landschaft auf dem Betriebsgelände des Zementwerkes deutlich gemindert, wenn nicht gar ausgeschlossen.

Bodenschutzbezogene Belange sind ebenfalls zu berücksichtigen. Maßstäbe hierfür finden sich vor allem in §§ 1 und 2 BBodSchG. In der Umweltverträglichkeitsuntersuchung von brandenfels landscape + architecture aus dem April 2008 ist dieser Aspekt untersucht worden. Die Gutachter haben insbesondere die Vorbelastungen im Umfeld des Vorhabenstandortes berücksichtigt (Altdeponie Edelhoff, rekultivierte Steinbrüche Mersmann und Walkerberg). Von dem Vorhaben selbst gehen keine bodenschutzrelevanten Auswirkungen aus. Die Fläche des Standortes wird vollständig versiegelt. Es gibt keine Anhaltspunkte für die Annahme, es gingen erhebliche negative Auswirkungen von dem Vorhaben auf das Schutzgut aus (S. 150 – 165 der UVU). Allein die Existenz von Altlastenverdachtsflächen in der Umgebung reicht für eine Beeinträchtigung dieses Belangs nicht aus.

f) 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 Ausufer 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. Das EBS-Kraftwerk dient ungeachtet der Qualifizierung als privilegiertes Vorhaben wirtschaftlich der Standortsicherung Zementindustrie in Beckum. Außerdem fehlt jede Vorbildfunktion durch das EBS-Kraftwerk, die ein weiteres Ausgreifen der (gewerblichen) Bebauung in den Außenbereich befürchten lässt.

aa) 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 planungsbedürftig 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 Ortsumgebung 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 ist, weil es öffentliche Belange nicht beeinträchtigt.

5. Der Unterschied zwischen beiden Lösungswegen

Die Zulassung eines sonstigen Vorhabens hat gegenüber der Zulassung eines privilegierten Vorhabens eine Besonderheit. Gem. § 35 Abs. 5 Satz 2 BauGB hat der Bauherr eine Verpflichtungserklärung abzugeben, das Vorhaben nach dauerhafter Aufgabe der Nutzung zurückzubauen und Bodenversiegelungen zu beseitigen; bei einer Nutzungsänderung ist die Verpflichtung vom Bauherrn zu übernehmen. Dabei handelt es sich um eine ergänzende Zulässigkeitsvoraussetzung für Außenbereichsvorhaben, an der die Gemeinde aus städtebaulichen Gründen ein erhebliches Interesse haben kann. Sie entspricht in etwa den fachrechtlichen Rekultivierungsverpflichtungen bei planfestgestellten Vorhaben. Die Rückbauverpflichtung ist jedoch beschränkt auf privilegierte Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB, gilt also nicht für land- und forstwirtschaftliche Betriebe und für sonstige Vorhaben.

Würde die Stadt auf eine Vervollständigung der Unterlagen dringen und sodann eine Zulassung des IKW als mitgezogene Nutzung/untergeordnete Nebenanlage zum Zementwerk Mersmann bejahen, könnte sie vom IKW eine Rückbauverpflichtung verlangen, die dann gem. § 35 Abs. 5 Satz 3 BauGB in geeigneter Weise, also zumindest durch Eintragung einer Baulast, zu sichern wäre. Wird das Vorhaben hingegen als sonstiges Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB zugelassen, kann eine Rückbauverpflichtung nicht verlangt werden.

In der Annahme, es gehe um ein privilegiertes Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB hat die IKW Beckum jedoch bereits eine Verpflichtungserklärung abgegeben. Je nach Art der Begründung für die Erteilung des Einvernehmens wird die BezReg die Eintragung einer Baulast (oder eine andere Sicherung) verlangen. Wie man damit umgehen kann, wird später erläutert.

Abgesehen von der Rückbauverpflichtung spricht Vieles dafür, dass der Weg über § 35 Abs. 2 BauGB für die Stadt (und auch für die BezReg mit Blick auf den Vollzug der Genehmigung) leichter handhabbar ist. Er entbindet von der Beantwortung schwieriger rechtlicher Fragen zu § 35 Abs. 1 Nr. 3 und 4 BauGB, insbesondere zur mitgezogenen Nutzung und zur untergeordneten Nebenanlage. Auf den Vertrag zwischen IKW Beckum und CEMEX kommt es für die Zulässigkeit des Vorhabens nicht an. Es kommt ferner nicht darauf an, ob vom IKW mehr als die Hälfte des Stroms an das Zementwerk Mersmann oder den Verbund der beiden Beckumer CEMEX-Werke geliefert wird. Das immissionschutzrechtliche Verfahren kann fortgesetzt werden, wenn die übergreifende Erschließungsfrage (s.u.) gelöst ist. Auch der Vollzug der Genehmigung ist deutlich problemfreier. Die BezReg als Genehmigungsbehörde muss nicht überwachen, ob mehr als die Hälfte des Stroms an das Kraftwerk Mersmann geliefert wird.

Die Stadt muss sich allerdings klar darüber sein, dass das IKW bei einer Zulassung nach § 35 Abs. 2 BauGB rechtlich keine standortsichernde Funktion für das oder die Zementwerk(e) besitzt. Als sonstiges Vorhaben ist das EBS-Kraftwerk auf das Zementwerk Mersmann als rechtlichen Anknüpfungspunkt für das eigene Dasein nicht angewiesen. Sollte

CEMEX irgendwann das Werk Mersmann schließen, wäre das für die Existenz des Kraftwerkes ohne Bedeutung.

6. Die ausreichende Erschließung

a) Erfordernis eines Erschließungsvertrages

Unabhängig von der planungsrechtlichen Einordnung des IKW ist das Vorhaben nur zulässig, wenn die Erschließung ausreichend gesichert ist. Die Anforderungen an die Erschließung hängen von den konkreten Umständen ab, insbesondere von der Betriebsgröße und den Betriebsabläufen (BVerwG, Urteil v. 30.8.1985, DVBl. 1986, 186). Hier muss vor allem sichergestellt sein, dass das Kraftwerk mit den LKW, wie sie in der Betriebsbeschreibung angegeben sind, angefahren werden kann. Das ist insbesondere der Fall, wenn das Werk an eine öffentliche Straße angrenzt, die den Lastwagenverkehr im Regelfall aufnehmen kann (Krautzberger in Battis/Krautzberger/Löhr, aaO, § 34 Rdnr. 22). Außerdem müssen Rettungsfahrzeuge sowie Ver- und Entsorgungsfahrzeuge das Grundstück erreichen können. Muss die öffentliche Straße hingegen umgebaut werden, etwa durch Anbringung einer zusätzlichen Abbiegespur oder Verbreiterung der Straße, weil sonst die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs nicht mehr gewährleistet ist, so ist die Erschließung nicht gesichert (BVerwG, Urteil v. 19.9.1986, BVerwGE 75, 34, 44, Beschluss v. 3.4.1996, NVwZ 1997, 389). Bedarf die vorhandene Zuwegung, die als Erschließung dienen soll, noch des Ausbaus und wird der Ausbau nicht von der Gemeinde hergestellt, so wird man eine gesicherte Erschließung so lange verneinen müssen, wie die Gemeinde keinen durchsetzbaren Anspruch besitzt. Ein solcher Rechtsanspruch setzt in der Regel einen Erschließungsvertrag voraus, in dem die erforderlichen Erschließungsmaßnahmen hinreichend konkret bestimmt werden (BVerwG, Beschluss v. 11.1.1988, Buchholz 406.11 § 34 Nr. 122; Hofherr in Berliner Kommentar, aaO, § 35 Rdnr. 63). Aus der Antragstellung ergibt sich nicht, ob das öffentliche Straßennetz noch ertüchtigt werden muss, damit es den technischen Anforderungen an eine ausreichende Erschließung genügt. Die Ausführungen im Bauantrag (Ordner 3) zur Erschließung sind gemessen an den sonst üblichen Darstellungen zur Vorhabenerschließung eher rudimentär. Jedenfalls heißt es am Ende, „die Verkehrsflächen werden unter Zugrundelegung der einschlägigen Richtlinien aufgebaut

(Frostschuttschicht, Schottertragschicht, bituminöse Tragschicht, Asphaltfeinbeton oder Betonflächen)“. Das spricht dafür, dass die Straßen für den kommenden LKW-Verkehr in technischer Hinsicht noch ertüchtigt werden müssen. Da ein entsprechender Erschließungsvertrag zwischen Stadt und Vorhabenträgerin bisher nicht existiert, liegen die Voraussetzungen einer technisch ausreichenden und gesicherten Erschließung nicht vor. Sollten sich die Ausführungen lediglich auf die innere Erschließung des Vorhabens auf dem Vorhanggrundstück selbst beziehen, so bedarf es natürlich keines Erschließungsvertrages. Die innere Erschließung ist regelmäßig nicht Teil des gemeindlichen Prüfprogramms der Gemeinde im Verfahren nach § 36 BauGB.

b) Die Hinterliegersituation

Erfolgt die Erschließung des EBS-Kraftwerkes nicht unmittelbar von einer öffentlichen Straße, sondern über das private Gelände der CEMEX und/oder nicht dem öffentlichen Verkehr gewidmete Wegeparzellen, die in städtischem Eigentum stehen, so bedarf es einer rechtlichen Sicherung der Erschließung. Im Unterschied zum bauordnungsrechtlichen Erschließungsbegriff verlangt der bundesrechtliche (planungsrechtliche) Erschließungsbegriff allerdings keine öffentlich rechtlich gesicherte Erschließung, also nicht die Eintragung einer Baulast. Die Eintragung einer privaten Dienstbarkeit im Grundbuch zu Gunsten des IKW-Grundstücks ist ausreichend (zur Unterscheidung zwischen dem planungsrechtlichen und dem bauordnungsrechtlichen Erschließungsbegriff s. Tyczewski/Freund, aaO, Rdnr. 180 – 182). Nach den bisher dem Unterzeichner vorliegenden Informationen sind sowohl der von Norden kommende Klapperweg als auch der von Süden kommende Lindenkamp nicht als öffentliche Straßen gewidmet; sie gelten auch nicht auf Grund „unvordenklicher Verjährung“ als öffentliche Straßen.

Damit setzt die Erschließung des Vorhabens über eine oder beide der genannten Straßen voraus, dass die Stadt als Eigentümerin in rechtlicher Hinsicht die Nutzung gestattet und eine entsprechende Grunddienstbarkeit sowie eine Baulast einträgt und in technischer Hinsicht vertraglich den Ausbau regelt. So lange diese vertraglichen Regelungen nicht vorliegen, ist das Vorhaben nicht ausreichend erschlossen und kann das Einvernehmen auch nicht nach § 36 BauGB erteilt werden.

c) Die Pflicht zur Annahme eines zumutbaren Erschließungsangebotes

In der Regel erklären Bauwillige sich bereit, die Erschließung auf eigene Kosten herzustellen. Für die betroffene Gemeinde stellt sich dann die Frage, ob sie ein Erschließungsangebot annehmen muss oder ob sie es auch ablehnen kann mit der Folge, dass das Vorhaben dann nicht durchgeführt werden darf, wenn und weil keine andere Erschließungsmöglichkeit besteht. Grundsätzlich unterscheidet die Rechtsprechung bei der Antwort zwischen privilegierten und sonstigen Vorhaben. Privilegierte Vorhaben hat der Gesetzgeber selbst dem Außenbereich zugewiesen. Die betroffene Gemeinde muss deshalb bei der Entscheidung über die Annahme eines Erschließungsangebots den Zweck der Privilegierung berücksichtigen und darf die gesetzlich gewollte Realisierung von privilegierten Vorhaben nicht über die Ablehnung eines zumutbaren Erschließungsangebots unterlaufen (OVG Münster, Urteil v. 28.2.2008 – 10 A 1060/06 – zur Erschließung für eine Windenergieanlage; BayVGH, Beschluss v. 3.8.2006 – 22 ZB 05.3154 – zur Erschließung für einen Steinbruch; Roeser in Berliner Kommentar, aaO, § 35 Rdnr. 15). Diese Überlegungen gelten allerdings grundsätzlich nicht für sonstige Vorhaben. Für sie besteht nach der gesetzlichen Grundentscheidung im Außenbereich ein generelles Bauverbot; der Außenbereich hat von sonstigen Vorhaben grundsätzlich frei zu bleiben. Deshalb hat hier die Gemeinde auch einen größeren Entscheidungsspielraum und kann die Überlassung eigener Grundstücke und den Abschluss eines Erschließungsvertrages verweigern. Das BVerwG hat in seinem Urteil vom 31.10.1990, BRS 50 Nr. 86, seine bereits früher geäußerte Ansicht bestätigt, wonach eine Gemeinde für ein im Außenbereich nicht privilegiertes Vorhaben das Erschließungsangebot auch dann ablehnen darf, wenn das Vorhaben keine öffentlichen Belange im Sinne von § 35 Abs. 3 BauGB beeinträchtigt (so schon Urteil vom 7.2.1986, BVerwGE 74, 19, 27). Legt man diese Überlegungen zu Grunde, müsste die Stadt auf ein Erschließungsangebot von IKW Beckum nicht notwendig eingehen.

Der vorliegende Fall ist indes von einer Besonderheit geprägt. Über die beiden genannten Wegegrundstücke wird seit unvordenklicher Zeit die Erschließung des Zementwerkes Mersmann abgewickelt. Das BVerwG und ihm folgend das OVG Münster haben entschieden, dass die Gemeinde ein Erschließungsangebot auch dann annehmen muss, wenn die

Gemeinde auf Dauer rechtlich gehindert ist, den Anliegerverkehr zu dem Baugrundstück zu untersagen. In Betracht kommen insoweit etwa der Gleichbehandlungsgrundsatz oder Treu und Glauben wegen des vorangegangenen Verhaltens der Gemeinde, etwa wenn sie der Bebauung in früherer Zeit vorbehaltlos zugestimmt oder den Ausbau des Weges auf Kosten des Bauherrn geduldet oder sogar gefordert hat (BVerwG, Urteil v. 31.10.1990, aaO; OVG Münster, Urteil v. 28.2.2008, aaO). Zwar könnte man hier einwenden, die Stadt habe die Erschließung des Zementwerkes gerade mit Blick auf dessen Privilegierung bejaht. Das treffe für das EBS-Kraftwerk als sonstiges Vorhaben nicht zu. Doch spricht alles dafür, dass diese Unterscheidung bisher weder deutlich geworden noch in Akten belegbar ist. Vielmehr hat man wohl in der Erschließung des Mersmann-Grundstücks kein Problem gesehen und die Frage nie problematisiert. Hinzu tritt noch eine Hilfsüberlegung. Nach den oben dargestellten Grundsätzen müsste die Stadt jedenfalls ein Erschließungsangebot von CEMEX für das Werk Mersmann annehmen, weil es sich dabei um ein privilegiertes Vorhaben handelt. Es wäre deshalb leicht zu bewerkstelligen, dass CEMEX die Erschließung vornimmt, sich die Kosten hierfür von IKW Beckum erstatten lässt und IKW Beckum die so geschaffene und auch ausreichende Erschließungsanlage nutzt. Es wäre mit einem hohen rechtlichen Risiko verbunden, wenn die Stadt ein zumutbares Erschließungsangebot von IKW Beckum ablehnen würde.

d) Substanz des Erschließungsangebotes

Der Vorhabenträger darf sich jedoch im laufenden Vorbescheidsverfahren nicht darauf beschränken, Vertragsverhandlungen über einen Erschließungsvertrag anzubieten. Vielmehr muss er ein detailliertes Erschließungsangebot unterbreiten (BVerwG, Beschluss v. 18.5.1993, DÖV 1993, 918; Roeser in Berliner Kommentar, aaO, § 35 Rdnr. 15).

e) Die Diskussion über die Fahrtrouten

Im Vorfeld der Gutachtenerstellung ist dem Unterzeichner mitgeteilt worden, das EBS-Kraftwerk werde zum Schutz der Wohnbebauung zumindest bis zur endgültigen Fertigstellung der Umgehungsstrasse im Bereich Neubeckum über die Autobahnausfahrt Oelde und sodann über Straßen mit wenig Wohnnutzung angefahren werden. Davon findet sich

im Genehmigungsantrag nichts. Ein entsprechend dem Antrag abgefasster Vorbescheid würde die Vorhabenträgerin also nicht zu diesem Fahrweg zwingen. Es ist auch kaum möglich, die Vorhabenträgerin mit dem hoheitlichen Mittel der Genehmigung zu einer bestimmten Fahrtroute verbindlich anzuhalten. Als einziger Ansatz hierfür käme Nr. 7.4 TA Lärm in Betracht. Danach sind unter bestimmten Voraussetzungen Lärmminde-
rungsmaßnahmen organisatorischer Art möglich, wobei es sich lediglich um eine Soll-Vorschrift handelt. Das gilt aber nicht für Vorhaben in Industrie- oder Gewerbegebieten, und es gilt nur solange, wie noch keine Vermischung mit dem allgemeinen Verkehr stattgefunden hat. Spätestens außerhalb der 500 m-Zone endet die Zurechnung von Straßenverkehrslärm zu einem bestimmten Vorhaben. Der Vorhabenträger ist also grundsätzlich frei, öffentliche Straßen im Rahmen der Widmung und unter Beachtung der StVO zu benutzen. Hoheitlich können ihm – schon von der Rechtsfolge der TA Lärm her gesehen – deshalb nicht bestimmte Fahrtrouten außerhalb der 500-m-Zone auferlegt werden. Das gilt auch in diesem Fall. Der Vorhabenträger ist nicht gezwungen, die Autobahnabfahrt Oelde zu benutzen, um zum oder vom Werksgelände zur Autobahn zu gelangen. Entsprechende Hinweise im Vorfeld sind deshalb ebenso wie die Darstellungen in der UVU nicht mehr als rechtlich unverbindliche Absichtserklärungen. Die UVU vom April 2008 untersucht verschiedene Routen und kündigt eine jeweils hälftige Nutzung der Routen 1 und 2 an, d.h. über die BAB-Ausfahrten Beckum und Oelde. Diese Absicht wird aber sogleich relativiert, weil sich die Anfahrtsrouten – was auch wirtschaftlich sinnvoll ist – nach der Herkunft der Ersatzbrennstoffe richten werden. IKW Beckum ist jedoch diesbezüglich noch in der Aquirierungsphase und macht zur Herkunft der Ersatzbrennstoffe keine Aussage. Deshalb untersucht der Gutachter im weiteren Verlauf im Sinne einer Worst-case-Betrachtung allein die Route 1 über Neubeckum. Im Übrigen wäre, wollte man den Ansatz genehmigungsrechtlich weiter verfolgen, auch die Stadt Oelde am Verfahren zu beteiligen.

7. Zusammenfassung und Empfehlung

- Die Stadt muss bis zum 15.10.2008 über die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens zu dem Vorbescheidsantrag entscheiden (Entscheidung nach § 36 BauGB). Die Zwei-Monatsfrist kann weder verlängert noch verkürzt werden. Die Frist beginnt nur zu laufen, wenn die Antragsunterlagen vollständig sind, also eine

abschließende Entscheidung der Stadt zulassen. Sind die Antragsunterlagen unvollständig, trifft die Stadt gegenüber der Bezirksregierung oder IKW Beckum eine Rügepflicht.

- Gegenstand der Entscheidung nach § 36 BauGB ist allein die Zulässigkeit des Vorhabens nach § 35 BauGB (planungsrechtliche Zulässigkeit). Dabei handelt es sich um eine reine Rechtsentscheidung ohne Ermessens- oder politischen Gestaltungsspielraum.
- Das Vorhaben erfüllt nicht die Voraussetzungen eines privilegierten Vorhabens nach § 35 Abs. 1 BauGB. Das Kraftwerk als solches ist weder standortgebunden noch so stark emittierend, dass es nur im Außenbereich errichtet und betrieben werden kann.
- Die Voraussetzungen einer „mitgezogenen Nutzung“ oder einer „untergeordneten Nebenanlage“ liegen nach den Kriterien der Rechtsprechung nicht vor. Insbesondere weist es nicht den Bezug zur Erzeugung und zum Absatz der im privilegierten Betrieb gewonnenen Güter auf. Es handelt sich vielmehr um einen eigenständigen gewerblich-kaufmännischen Betrieb, der lediglich den Standort des vorhandenen Zementwerkes nutzt.
- Selbst wenn man eine über das Zementwerk abgeleitete Privilegierung für grundsätzlich möglich hält, bestehen angesichts der Dimension des Kraftwerkes erhebliche Zweifel, ob sich dieses dem Zementwerk Mersmann unterordnet. Das ist nur zu bejahen, wenn der unbefangene Betrachter nach Inbetriebnahme des Kraftwerkes weiterhin von einem Zementwerk spricht.
- Selbst wenn man eine über das Zementwerk abgeleitete Privilegierung für grundsätzlich möglich hält und annimmt, das Kraftwerk ordne sich dem Zementwerk unter, käme in analoger Anwendung der Kriterien des WKA-Erl. NRW vom 21.10.2005 eine Zulassung nur in Betracht, wenn das IKW mehr als 50 % des erzeugten Stroms dem bodenrechtlich selbständigen Zementwerk Mersmann zuführt. Abzustellen ist nicht auf den Verbund der Beckumer Zementwerke Mersmann und Kollenbach, weil es sich dabei um bodenrechtlich und genehmigungstechnisch eigenständige Vorhaben handelt. Die Eigentumsverhältnisse an beiden Betrieben sind unerheblich. Angesichts der bis an das Werksgelände reichenden Wohnbebau-

ung und gewerblichen Bebauung liegt das Werk Kollenbach nicht im Außenbereich, sondern am Rande des unbeplanten Innenbereichs.

- Es ist weder behauptet noch durch einen entsprechenden Vertrag zwischen CEMEX und IKW Beckum belegt, dass mehr als 50 % des erzeugten Stroms dem Zementwerk Mersmann zugeleitet werden. Setzt man sich über die vorher genannten grundsätzlichen rechtlichen Bedenken hinweg, so sind die Antragsunterlagen jedenfalls unvollständig. Das müsste von der Stadt gerügt werden. Die Zwei-Monatsfrist für die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens liefe dann bis Vervollständigung der Unterlagen nicht.
- Das IKW beeinträchtigt jedoch keine öffentlichen Belange und ist deshalb als sonstiges Vorhaben planungsrechtlich zulässig. Insbesondere widerspricht es nicht den (weit gefassten) Darstellungen des Flächennutzungsplans. Das IKW ist nach den Antragsunterlagen als Abfallverwertungsanlage zu qualifizieren. Als solche widerspricht sie nicht dem Abfallwirtschaftsplan für den Regierungsbezirk Münster – Teilplan Siedlungsabfälle 1. Fortschreibung Januar 2005 – und dem Abfallwirtschaftskonzept des Kreises Warendorf 2005. Vom Kraftwerk gehen auch keine schädlichen (unzumutbaren) Umwelteinwirkungen aus. Bodenschutzrechtliche Fragen (Altlastenproblematik) wurden in der UVU geprüft, haben aber kein negatives Ergebnis gebracht. Die Lärm- und Geruchsauswirkungen sind gutachtlich geprüft und kommen zu unkritischen Werten nach den einschlägigen technischen Regelwerken. Angesichts des vorhandenen Zementwerkes und die Beschränkung des Kraftwerkes auf die vorhandene Betriebsfläche sind keine siedlungsstrukturell zu missbilligenden Auswirkungen zu befürchten. Das IKW hat keine Vorbildwirkung für weitere Ansiedlungen.
- Die ausreichende Erschließung des Vorhabens ist nicht gesichert. Das setzt den Abschluss eines Erschließungsvertrages zwischen IKW Beckum und der Stadt voraus, in dem die Lage der Erschließungsstraße(n), ihre technische Ausstattung und ihre zivilrechtliche Gestattung geregelt sind. Außerdem sollten entsprechende Grunddienstbarkeiten eingetragen werden, wobei es ausreicht, dass die Eintragung zum Zeitpunkt des Betriebsbeginns vorliegt.
- Ein den vorgenannten Kriterien entsprechendes Erschließungsangebot wird die Stadt ausnahmsweise annehmen müssen, weil sie den Anliegerverkehr zum Mers-

mann-Grundstück von jeher vorbehaltlos geduldet hat. Die Ablehnung eines Erschließungsangebotes unter Berufung darauf, dass das Zementwerk qualifiziert und das Kraftwerk ein sonstiges Vorhaben ist, trägt ein hohes rechtliches Risiko.

- Die Darstellung der Fahrtrouten, insbesondere die Ankündigung einer hälftigen Nutzung der Autobahnabfahrt Oelde, ist rechtlich unverbindlich und kann auch im Vorbescheid nicht verbindlich geregelt werden.
- Wir empfehlen, die Unvollständigkeit der Antragsunterlagen hinsichtlich der Erschließung gegenüber der Bezirksregierung zu rügen und den Abschluss eines Erschließungsvertrages zu verlangen. Folgt die Stadt den grundsätzlichen rechtlichen Bedenken gegen eine Qualifizierung als privilegiertes Vorhaben, kann sich das Einvernehmen nur noch auf ein sonstiges Vorhaben im Sinne des § 35 Abs. 2 BauGB beziehen. Andernfalls wäre die Vorlage eines Vertrages zwischen CEMEX und der IKW Beckum zu fordern und auch insoweit die Unvollständigkeit der Antragsunterlagen.
- Bei einer Zulassung als sonstiges Vorhaben gibt es auch in Zukunft keine rechtlichen Abhängigkeiten zwischen dem Zementwerk und dem Kraftwerk. Die Schließung von Mersmann hätte für das IKW keine baurechtlichen Konsequenzen. Bei einer Zulassung als privilegiertes Vorhaben wäre das weitere baurechtliche Schicksal des Kraftwerkes an das Schicksal des Zementwerkes gekoppelt.
- Bei einer Zulassung als sonstiges Vorhaben kann eine Rückbauverpflichtung nicht verlangt werden.

Hamm, den 29. August 2008

Thomas Tyczewski,
Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Verwaltungsrecht