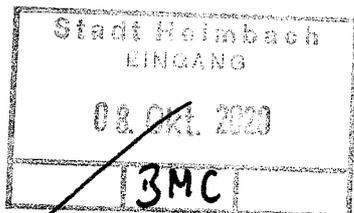


# KREIS DÜREN

... WIR MACHEN DAS!

Briefanschrift: Kreisverwaltung Düren 52348 Düren

An den  
Bürgermeister der  
Stadt Heimbach  
Hengebachstraße 14  
52396 Heimbach



BMC  
BMW  
SHBSETK  
AV

Der Landrat

Umweltamt

Dienstgebäude  
Bismarckstr. 16, Düren  
Auskunft  
Gerda-Maria Jakob  
Telefon-Durchwahl  
02421/22-1066217  
eMail  
amt66@kreis-dueren.de

Zimmer-Nr.  
406 (Haus B)

Fax  
02421/22-2029

Bitte vereinbaren Sie einen Termin!  
Im Übrigen gelten folgende Servicezeiten:  
Mo - Do 8.00 - 16.00 u. Fr 8.00-13.00 Uhr

Ihr Zeichen  
BMC/WEA

Ihre Nachricht vom  
31.7.2020

Mein Zeichen  
66/2 - 1.6.2-(12-16)/19

Datum  
07. Oktober 2020

## Antrag der Wind Repowering GmbH & Co. KG aus Erkelenz auf Errichtung und Betrieb von 5 Windenergieanlagen (WEA) in Heimbach-Vlatten

Sehr geehrter Herr Bürgermeister Cremer,

mit Schreiben vom 15.03.2019 wurden Sie um Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens gemäß § 36 BauGB gebeten. Dieses haben Sie am 17.05.2019 form- und fristgerecht verweigert.

Die Versagung des Einvernehmens ist inhaltlich nicht begründet, so dass das durch Sie insoweit rechtswidrig versagte Einvernehmen zu ersetzen ist.

Diese Entscheidung wird wie folgt begründet:

### 1. Flächennutzungsplan

Sie führen aus, dass der geltende Flächennutzungsplan i.d.F. der 12. Änderung dem Vorhaben hinsichtlich der darin enthaltenen Höhenbegrenzung entgegenstehen würde und die Voraussetzungen für eine mögliche Ausnahme nicht dargelegt wären.

#### Bankverbindung:

Sparkasse Düren  
IBAN: DE80 3955 0110 0000 3562 12, SWIFT-BIC: SDUEDE33XXX  
Postbank Köln  
IBAN: DE50 3701 0050 0079 1485 03, SWIFT-BIC: PBNKDEFF

Hinweise zum Datenschutz finden Sie unter [www.kreis-dueren.de/datenschutz](http://www.kreis-dueren.de/datenschutz)

Telefonzentrale:  
(02421) 220

Web & Social Media  
[www.kreis-dueren.de](http://www.kreis-dueren.de)  
[facebook.com/kreisdueren](https://facebook.com/kreisdueren)  
[twitter.com/kreisdueren](https://twitter.com/kreisdueren)

Paketanschrift:  
Bismarckstraße 16  
52351 Düren

### a) Ausnahme von der Höhenbegrenzung im FNP

In den textlichen Darstellungen des v.g. FNP ist unter Nr. 1 aufgeführt, dass die Bauhöhe der WEA bis zur drehenden Spitze bezogen auf das Ursprungsgelände 75 m nicht überschreiten darf. Von der festgelegten Maximalhöhe kann im Einzelfall abgewichen werden, wenn aufgrund eines Windgutachtens dargelegt wird, dass einzelne Anlagen nicht wirtschaftlich betrieben werden können.

Die Antragstellerin hat zwischenzeitlich eine Stellungnahme zur Wirtschaftlichkeit vorgelegt. Die Rödl & Partner GbR kommt in ihrem Bericht vom 01. August 2019 zu dem Ergebnis, "dass eine wirtschaftliche Umsetzung des geplanten Repowering-Vorhabens unter dem Ansatz von Windenergieanlagen mit einer Höhe von ca. 100 Metern nicht möglich ist."

Auch die Tatsache, dass alle derzeit vorhandenen WEA höher als 75 m sind und somit in der Vergangenheit stets von der Ausnahmebestimmung Gebrauch gemacht wurde, spricht dafür, dass ein wirtschaftlicher Betrieb nur bei Anlagen mit einer Gesamthöhe von mehr als 75 m in Betracht kommt.

Da aus meiner Sicht plausibel dargelegt wird, dass ein wirtschaftlicher Betrieb von Windenergieanlagen mit niedrigen Höhenbegrenzungen, wie hier von 75 m, nicht möglich ist, gehe ich davon aus, dass im vorliegenden Fall die Voraussetzungen einer Ausnahmeregelung erfüllt sind.

Es spricht vieles dafür, dass – wenn ein Ermessensspielraum angenommen wird - überwiegende Gründe für eine Ermessensreduzierung auf Null dahingehend vorliegen, dass von der Höhenbegrenzung abgewichen werden muss.

### b) Die Höhenbegrenzung als öffentlicher Belang

Sofern man davon ausgeht, dass es sich bei der Höhenbegrenzung um eine wirksame Darstellung im FNP handelt, würde diese die Wirkung eines öffentlichen Belangs im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BauGB entfalten.

Als ein solcher öffentlicher Belang könnte die Höhenbegrenzung zwar einem privilegierten Außenbereichsvorhaben im Sinne von § 35 Abs. 1 BauGB entgegenstehen, allerdings müsste sich dieser Belang im Rahmen einer nachvollziehenden Abwägung bewähren.

Bei dieser Abwägung wäre zu berücksichtigen, dass eine Neugenehmigung für eine Windenergieanlage mit einer Gesamthöhe von 75 m in diesem Bereich aus wirtschaftlichen Gründen ausscheiden würde.

Es spricht überwiegendes dafür, dass sich die Höhenbegrenzung nicht bewährt und der öffentliche Belang im Rahmen einer nachvollziehenden Abwägung überwunden wird.

### c) Funktionslosigkeit des FNP

Nach Prüfung der Sach- und Rechtslage komme ich zu dem Ergebnis, dass der FNP hinsichtlich der Höhenbegrenzung funktionslos geworden ist.

Nach herrschender Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes kann ein Bebauungsplan dann funktionslos werden, wenn und soweit die tatsächlichen Verhältnisse auf die sich seine Festsetzungen beziehen, seine Verwirklichung auf unabsehbare Zeit ausschließen und diese Tatsache so offensichtlich ist, dass ein in die Fortgeltung der Festsetzungen gesetztes Vertrauen keinen Schutz verdient.

Mit Urteil vom 22.02.1974 hat das BVerwG entschieden, dass die Funktionslosigkeit für Bebauungspläne und Flächennutzungspläne gilt, so dass die o.a. Argumentation auch auf Ihren FNP übertragbar ist.

Nach derzeitigem Erkenntnisstand ist davon auszugehen, dass bei einer Gesamthöhe von nur 75 m in der heutigen Zeit kein wirtschaftlicher Betrieb von Windenergieanlagen im Binnenland möglich ist

Zudem ist das Ziel des Repowerings, die Altanlagen gegen modernere Anlagen mit größerer Leistungsfähigkeit auszutauschen, um eine höhere Rentabilität zu erzielen und die Ressource "Wind" effektiver auszunutzen.

Auch die bereits bestehenden Windräder weisen eine Höhe auf, die deutlich über der 75 m Marke liegt.

Im Windenergieerlass NRW wird unter Nr. 4.3.7 aufgeführt, dass sich für die Realisierung von Repowering-Vorhaben nur Windenergieanlagen der Multimegawattklasse eignen und diese eine erheblich höhere Gesamthöhe als 100 m erreichen.

In einem Verfahren aus dem Kreis Euskirchen hat das OVG Münster im Rahmen einer mündlichen Verhandlung am 10.11.2015 festgestellt, dass die Höhenbegrenzung von 75m in dem dort streitgegenständliche FNP, im Bebauungsplan und in der Gestattungssatzung funktionslos geworden sein dürfte.

Der zugrunde liegende Sachverhalt ist dem Protokoll des OVG nicht zu entnehmen, allerdings scheint die Festlegung einer Höhenbegrenzung mit dem hier vorliegenden Fall vergleichbar.

Die Funktionslosigkeit hat vorliegend zur Folge, dass die Höhenbegrenzung nicht beachtet werden muss.

Zusammenfassend komme ich daher zu dem Ergebnis, dass die Versagung des Einvernehmens unter Bezugnahme auf Ihren Flächennutzungsplan nicht begründet ist.

#### d) Grundlegende Planungsmängel

Der Vollständigkeit halber möchte ich darauf hinweisen, dass die 12. Änderung des FNP möglicherweise unter grundlegenden Mängeln leiden und in der Folge zur Gesamtnutzenwirkung führen könnte.

Auch wenn die Frist zur Einleitung eines Normenkontrollverfahrens abgelaufen ist, könnte im Rahmen einer gerichtlichen Inzidentkontrolle die Rechtmäßigkeit des FNP überprüft werden.

Ich rege daher an, in Ihrer eigenen Verantwortung die Rechtmäßigkeit des Flächennutzungsplanes zu überprüfen.

Neben dem Aspekt einer erforderlichen gesamträumlichen Betrachtung, wäre insbesondere zu überprüfen, ob die Bekanntmachung den vom Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen geprägten Anforderungen entspricht.

#### 2. Denkmalschutz, Landschaftsbild und Erholungswert

Ihrerseits wurde eine "erhebliche Beeinträchtigung sensorielle Art" auf diverse Baudenkmäler und eine Beeinträchtigung des Landschaftsbildes geltend gemacht.

Laut den vorliegenden Stellungnahmen der im Verfahren beteiligten Fachämter, ist diese Einschätzung nicht zutreffend.

##### - Denkmalschutz

Im Verfahren wurde der LVR -Amt für Denkmalpflege im Rheinland- beteiligt. Aufgrund der Nachforderungen des LVR wurde das Denkmalgutachten ergänzt. Die erneute Prüfung durch den LVR ergab, dass durch das Vorhaben keine erhebliche Beeinträchtigung der nach DSchG schützenswerten Denkmäler verursacht wird.

Mit Schreiben vom 25.05.2020 haben Sie wegen Ihrerseits befürchteter Beeinträchtigungen sensorielle Art aussagekräftige Visualisierungen gefordert.

Die Antragstellerin hat daraufhin mitgeteilt, dass sie nach Prüfung durch ihren Rechtsbeistand weder Verpflichtung noch Notwendigkeit zur Ergänzung der bereits vorliegenden Unterlagen sieht. Begründet wird dies damit, dass in der Stellungnahme des LVR vom 13.11.19 ausdrücklich keine Bedenken gegen das Vorhaben vorgebracht wurden.

Anlässlich einer telefonischen Rücksprache mit dem LVR bestätigte der für die denkmalrechtliche Bewertung zuständige Sachbearbeiter, Herr Dr. Braun, dass seine Stellungnahme vom 13.11.2019 abschließend sei und denkmalrechtliche Belange dem Vorhaben nicht entgegenstehen würden.

Die in der ursprünglichen Stellungnahme gewünschte Visualisierung wurde durch eine Begehung vor Ort ersetzt. Weitere Unterlagen sind aus fachtechnischer Sicht des Denkmalschutzes nicht erforderlich.

Mit E-Mail vom 06.07.2020 hat Herr Dr. Braun dies auch nochmals schriftlich bestätigt.

#### -Landschaftsbild

Zum o.g. Antrag auf Genehmigung von fünf Windenergieanlagen in Heimbach-Vlatten sind zu den Belangen von Natur und Landschaft sowie zum Artenschutz umfangreiche Gutachten erarbeitet und im Umweltbericht zusammengefasst worden.

Die Belange von Natur und Landschaft sowie die des Artenschutzes sind anhand der v.g. Gutachten ordnungsgemäß ermittelt worden. Die Maßgaben aus den Gutachten zur Berücksichtigung der betroffenen Belange sind bei der Planung berücksichtigt worden.

Zum Ausgleich für die Beeinträchtigung des Landschaftsbildes, ist gemäß § 31 Abs. 4 und 5 des Landesnaturschutzgesetz NRW (LNatSchG-NRW) i.V. mit dem Verfahren zur Landschaftsbildbewertung im Zuge der Ersatzgeld-Ermittlung für Eingriffe in das Landschaftsbild durch den Bau von Windenergieanlagen in NRW ein Ersatzgeld zu zahlen. Die Höhe des Ersatzgeldes wurde im landschaftspflegerischen Begleitplan korrekt ermittelt.

Die Versagung des Einvernehmens ist daher auch unter diesem Aspekt nicht begründet.

### 3. Lärmschutz

Sie befürchten, dass die mit dem Antrag vorgelegten Lärmprognosen nicht zutreffend und fehlerhaft seien, so dass die maßgeblichen Immissionswerte überschritten würden.

Die Prüfung durch das Fachamt ergab, dass auch diese Vermutung jeglicher Grundlage entbehrt.

Bezüglich der Schallimmissionen ist eine Anlage genehmigungsfähig, wenn der zuständigen Unteren Immissionschutzbehörde anhand anerkannter Prognoseverfahren belegt wird, dass die nach TA-Lärm zulässigen Richtwerte nicht überschritten werden.

Der Anlagentyp wurde zwischenzeitlich vermessen. Anhand der Vermessungsberichte wurde die Schallprognose neu berechnet. Die aktualisierte Prognose bestätigt, dass die zulässigen Richtwerte eingehalten werden. Die Prognose wurde entsprechend der gesetzlich vorgegebenen und mehrfach gerichtlich überprüften Methoden erstellt.

Daher ist die Versagung des Einvernehmens auch unter diesem Aspekt nicht begründet.

### 4. Artenschutz

Die im Verfahren durchgeführte Artenschutzprüfung wurde von Ihnen als nicht geeignet bewertet, um die Verbotstatbestände des § 44 (1) BNatSchG auszuschließen.

Dies ist ebenfalls nicht zutreffend.

Die bemängelte Artenschutzprüfung (ASP) ist, wie im Leitfaden zum Artenschutz vorgesehen, durchgeführt worden und bei der Genehmigung von WEA ein verbindlicher Prüfschritt zur Prüfung ob eine WEA aus artenschutzrechtlicher Sicht zulässig ist. Der Leitfaden wurde per Erlass für die Genehmigungsbehörden als verbindlich eingeführt. Dies wurde auch mehrfach durch Gerichtsentscheidungen bestätigt.

Die fachtechnische Prüfung ergab, dass die Betroffenheit von Arten, Leitfaden und ASP konform ermittelt wurde und die Anlagen in dieser Hinsicht unter Nebenbestimmung grundsätzlich genehmigungsfähig sind.

Die Versagung des Einvernehmens ist auch unter diesem Aspekt nicht begründet.

### 5. Standsicherheit

Aufgrund angeblich zu geringer Abstände untereinander zweifeln Sie die Standsicherheit der Anlagen an.

Es wird darauf hingewiesen, dass das Einvernehmen nur aus den sich aus den §§31, 33, 34 und 35 BauGB ergebenden Gründen versagt werden darf. Die Frage der Standsicherheit gehört nicht dazu.

Inhaltlich werden die Aspekte der Standsicherheit der WEA vom zuständigen Bauordnungsamt geprüft. Bezüglich der Abstände wegen auftretender Turbulenzen ist zu beachten, dass laut Windenergieerlass auch eine Unterschreitung des 8-fachen Rotordurchmessers möglich ist, wenn anhand eines Turbulenzgutachtens die Standsicherheit nachgewiesen wird. Dem Antrag ist ein solches Gutachten beigelegt, womit nachvollziehbar nachgewiesen wird, dass die Standsicherheit der Anlagen gewährleistet ist

Daher ist die Versagung des Einvernehmens auch unter diesem Aspekt nicht begründet.

### 6. Erschließung

Des weiteren führen Sie auf, dass anhand der Planunterlagen nicht ersichtlich sei, ob die Erschließung gesichert ist. Gemäß § 35 BauGB sind Vorhaben im Außenbereich nur zulässig, wenn eben diese Voraussetzung erfüllt ist.

Aufgrund der Tatsache, dass in dem betroffenen Gebiet schon Windräder stehen, ergibt sich ohnehin, dass eine Erschließung vorhanden ist.

Mit Schreiben vom 25.06.2019 hat die Antragstellerin Ihnen ein Angebot für einen Gestattungsvertrag für die Wegenutzung vorgelegt. Darin verpflichtet sich die Vorhabenträgerin, "... das vorhandene Wegenetz im Erschließungsgebiet auf eigene Kosten für eine wegemäßige Erschließung der Windenergie-Anlagenstandorte **auszubauen und zu erweitern.**"

Nach herrschender Meinung gilt folgendes:

"Die Erschließung muss nicht notwendig von der Gemeinde, sondern darf auch durch den Bauherren oder einen Dritten vorgenommen werden. Von einer gesicherten Erschließung ist nicht erst dann auszugehen, wenn der Bauinteressent oder Dritte die Erschließungsaufgabe vertraglich übernommen hat. Vielmehr genügt es, dass der Gemeinde ein zumutbares Erschließungsangebot vorgelegen hat. Ein solches Angebot hat eine Ersetzungsfunktion. .... "

Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt.

Somit ist auch unter diesem Gesichtspunkt eine Verweigerung des Einvernehmens nicht gerechtfertigt.

**Zusammenfassend bleibt somit festzustellen, dass das Einvernehmen zu Unrecht versagt wurde, da keine Gründe i.S. v. § 36 Abs. 2 S. 1 BauGB vorliegen, die eine Versagung rechtfertigen würden.**

Somit liegen die Voraussetzungen für die Ersetzung des Einvernehmens vor.

### **Ersetzen des Einvernehmens**

Gemäß § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB kann die nach Landesrecht zuständige Behörde ein rechtswidrig versagtes Einvernehmen der Gemeinde ersetzen. Nach § 73 BauO NRW 2018 hat die Behörde das Einvernehmen zu ersetzen.

Nach überwiegender Meinung ist die Formulierung "kann" im BauGB nicht als Ermessen zu verstehen ist, sondern als Berechtigung ein fehlendes Einvernehmen zu ersetzen.

So hat auch der Bundesgerichtshof seit dem Jahr 2010 in der amtshaftungsrechtlichen Rechtsprechung in mehreren Entscheidungen die Auffassung vertreten, dass trotz der Ausgestaltung von § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB als Kann-Vorschrift vieles dafür spreche, dass es sich bei dieser Vorschrift um eine bloße Befugnisnorm handle, bei der auf der Rechtsfolgenseite kein Ermessen bestehe, sondern eine gebundene Entscheidung zu treffen sei.

Zum beantragten Vorhaben der Wind Repowering GmbH & Co KG auf Errichtung und Betrieb von 5 WEA in Heimbach-Vlatten haben Sie das Einvernehmen rechtswidrig verweigert, so dass es ersetzt werden muss.

Doch selbst wenn das Ersetzen des Einvernehmens in meinem Ermessen stehen würde, wäre es vorliegend zu ersetzen.

Neben einer ausdrücklichen Ersetzung des Einvernehmens ist auch seine konkludente Ersetzung durch Erteilung der Genehmigung möglich. Von dieser Möglichkeit soll vorliegend Gebrauch gemacht werden.

Bevor ich dies jedoch tue, höre ich Sie hiermit gemäß § 73 Abs. 4 BauO NRW 2018 an und gebe Ihnen Gelegenheit bis zum 28.10.2020 erneut über das gemeindliche Einvernehmen zu entscheiden.

Aus der Planungshoheit der Gemeinde folgt, dass sie zur Nichtigkeit bzw. Fehlerhaftigkeit ihres Bauleitplanes (s. Ausführungen unter Ziffer 1) anzuhören und ihr Gelegenheit zu geben ist, Rechtssicherheit herzustellen und die aus der Sicht des Städtebaus gebotenen Konsequenzen zu ziehen.

Auch unter diesem Aspekt räume ich Ihnen eine Frist bis zum 28.10.2020 ein.

Bezüglich der kurzen Fristsetzung bitte ich um Ihr Verständnis.

Im Hinblick auf den bisherigen Schriftverkehr sowie das persönliche Gespräch am 25.05.2020, verweise ich darauf, dass Ihnen sowohl der Sachverhalt als auch die Argumente der Gegenseite hinreichend bekannt sind.

Auch aufgrund der Tatsache, dass Ihnen für die Beantwortung meines Schreiben vom 03.03.2020 ein Zeitraum von mehreren Monaten eingeräumt wurde und Sie somit ausreichend Zeit hatten die Angelegenheit zu erörtern, erachte ich die jetzt vorgegebene Frist als angemessen.

Die gesetzlich vorgegebene Bearbeitungszeit für die Entscheidung über diesen Antrag ist bereits seit Monaten abgelaufen, so dass die Antragstellerin verständlicherweise auf eine baldige Entscheidung drängt.

Unter Berücksichtigung des berechtigten Interesses der Antragstellerin und der langen Dauer des Verfahrens, beabsichtige ich nunmehr zeitnah über den Antrag zu entscheiden.

Bei Rückfragen stehe ich Ihnen selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen  
Im Auftrag



(Ralf Kreisler)

**Angewandte Rechtsvorschriften jeweils in der zur Zeit gültigen Fassung:**

- 1) Baugesetzbuch (BauGB) in der Fassung vom 03.11.2017 (BGBl. I S. 3634).
  - 2) Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (Landesbauordnung 2018 - BauO NRW 2018) vom 21.07.2018 (GV. NRW. S. 421).
-