

**ENGEMANN | PARTNER**

Rechtsanwälte und Notare

ENGEMANN | PARTNER · Kastanienweg 9 · 59555 Lippstadt

Stadt Dülmen  
Vorbereitende Bauleitplanung  
Herrn Christian Heidemann  
Overbergplatz 3 (Overbergpassage)  
48249 Dülmen

**Mail: c.heidemann@duelmen.de**

RA Lahme

Dezernat

Ulrike Bolte

Sekretariat

Unser Zeichen

17.04.2023

Sehr geehrter Herr Heidemann,

unsere Mandantschaft, [REDACTED], plant in den beiden Teilbereichen der im aktuellen Flächennutzungsplan der Stadt Dülmen dargestellten Konzentrationszone [REDACTED] die Errichtung von je einer Windenergieanlage. Aufgrund der geringen Größe der beiden Teilbereiche stellt sich hierbei die Frage, ob sämtliche Teile der Windenergieanlagen einschließlich Rotor vollständig innerhalb der Konzentrationszone bleiben müssen oder darüber hinausragen dürfen. Im erstgenannten Fall wäre die Errichtung von Windenergieanlagen mit Gesamthöhen von 200 m und mehr nicht möglich. Die Konzentrationszone wäre insgesamt für moderne Windenergieanlagen mit Gesamthöhen von 250 m und mehr nicht geeignet.

Im Flächennutzungsplan der Stadt Dülmen ist eine explizite Festsetzung hierzu weder in den zeichnerischen noch in den textlichen Darstellungen enthalten. Die Begründung des Flächennutzungsplans zeigt aber, dass die Stadt wie selbstverständlich davon ausgegangen ist, dass sich auch der Rotor vollständig innerhalb der Konzentrationszone befinden muss und eine abweichende

Festlegung nicht möglich ist. Es stellt sich daher die Frage, ob die Stadt Dülmen von der neuen Vorschrift des § 5 Abs. 4 WindBG Gebrauch machen kann und durch einfachen Ratsbeschluss bestimmen kann, dass sich der Rotor der geplanten Windenergieanlagen auch außerhalb der Konzentrationszone bewegen darf.

#### 1. Die Vorschrift des § 5 Abs. 4 WindBG und ihre Auslegung

§ 5 Abs. 4 WindBG hat folgenden Wortlaut: *„Bei einem Raumordnungs- oder Flächennutzungsplan, der keine Bestimmung im Hinblick auf die Platzierung der Rotorblätter von Windenergieanlagen außerhalb einer ausgewiesenen Fläche trifft, kann der Planungsträger, der den Beschluss über den Plan gefasst hat, durch Beschluss bestimmen, dass die Rotorblätter nicht innerhalb der ausgewiesenen Fläche liegen müssen, wenn der Plan bis zum 1. Februar 2024 wirksam geworden ist. Der Beschluss ist öffentlich bekanntzugeben oder zu verkünden.“*

Weitere Voraussetzungen oder Beschränkungen enthält der Gesetzeswortlaut nicht. Die Vorschrift ist als Bestandteil des Windenergieflächenbedarfsgesetzes und damit als Teil des „Gesetzes zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land“ erlassen worden. Ziel dieses Gesetzes ist es ausweislich der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 20/2355, Seite 1), *„den Ausbau der Erneuerbaren Energien **drastisch zu beschleunigen** und die Klimaschutzziele zu erreichen“*. (Hervorhebung d.d. Unterzeichner)

Eine konkrete Begründung zu der hier zu betrachtenden Vorschrift des § 5 Abs. 4 WindBG findet sich in dem Gesetzentwurf der Regierungsfaktionen (BT-Drs. 20/2355) nicht, weil diese Vorschrift erst auf Vorschlag des Ausschusses für Klimaschutz und Energie des Bundestages in den Entwurf aufgenommen wurde.

Eine als Planungshilfe konzipierte FAQ-Sammlung „Windenergieausbau“ des Ministeriums für Wirtschaft, Industrie, Klimaschutz und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen (MWIKE) legt die Vorschrift des § 5 Abs. 4 WindBG im Rahmen der Beantwortung der 6. Fragestellung (Seite 4) nun dahingehend aus, dass Voraussetzung für einen Beschluss, nach dem Rotorblätter einer

Windenergieanlage sich auch außerhalb der ausgewiesenen Fläche bewegen dürfen, sei, *„dass das der Festlegung zugrundeliegende Plankonzept bereits materiell auf eine Rotor-out-Planung ausgerichtet war. Dies dürfte bei der Mehrzahl kommunaler Konzentrationszonenplanungen nicht der Fall sein.“* Ähnlich heißt es in Punkt 4.4.5 auf Seite 30 f. der *„Arbeitshilfe für die Ausweisung von Windenergiegebieten in Regionalen Raumordnungsprogrammen“* des Niedersächsischen Ministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, ein nachträglicher Beschluss gemäß § 5 Abs. 4 WindBG sei *„nur in Fällen möglich, in denen sich aus den Planentwurfsunterlagen zweifelsfrei ergibt, dass der Planungsträger von vornherein mit einer „Rotor-außerhalb-Annahme“ geplant hat.“* Lediglich im niedersächsischen Papier wird diese Auffassung begründet. Danach sei bereits bei der Planaufstellung zu prüfen, ob andernfalls harte Tabuzonen betroffen seien, was aufgrund der Definition der harten Tabuzonen nicht rechtmäßig sein könne. Ein Überstreichen sei aber nur zulässig, wenn hiermit keine Rechtsverletzungen einhergehen.

Eine Auseinandersetzung mit dem Wortlaut von § 5 Abs. 4 WindBG und der Tatsache, dass dieser keinerlei Anhaltspunkte für derartige Einschränkungen enthält, findet in beiden Papieren nicht statt.

Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang zunächst, dass es sich bei beiden Papieren nicht etwa um Rechtsnormen handelt. Auch die Qualität von verwaltungsintern verbindlichen Ministerialerlassen kommt ihnen nicht zu. Mit den Dokumenten wird ausdrücklich nur das Ziel verfolgt, Hilfestellungen bei der Auslegung geltender Vorschriften zu geben. Dabei stammt die niedersächsische Arbeitshilfe nicht nur aus einem anderen Bundesland, sondern bezieht sich nach ihrem Titel auch ausdrücklich auf Regionale Raumordnungsprogramme, die den nordrhein-westfälischen Regionalplänen entsprechen.

Zu vermuten ist, dass die in den Arbeitshilfen zugrunde gelegte Auffassung auf die Begründung zurückgeht, die der Ausschuss für Klimaschutz und Energie des Bundestages für die Einfügung der Vorschrift in das Windenergieflächenbedarfsgesetz formuliert hat. Dort heißt es: *„Zum Teil haben die Planungsträger in ihren Plänen nicht explizit bestimmt, dass die*

*Rotoren von Windenergieanlagen über die Grenzen der ausgewiesenen Fläche hinausragen dürfen, obwohl dies den Vorstellungen des Planungsträgers und der Praxis im Planungsraum entspricht. Da in solchen Fällen die Flächen in vollem Umfang für die Windenergie an Land genutzt werden, ist eine nur anteilige Anrechnung der ausgewiesenen Fläche auf die Flächenbeitragswerte nicht sachgerecht. Um Rechtsunsicherheiten zu vermeiden, bedarf es hierzu aber einer expliziten Klarstellung durch den Planungsträger.“(Ausschussdrucksache 20 (25) 149, S. 28 f.).*

Diese Formulierungen könnten so zu verstehen sein, als sei der beschließende Ausschuss davon ausgegangen, es gebe - in nennenswertem Umfang - Flächennutzungspläne, bei denen der kommunale Planungsträger wie selbstverständlich davon ausgegangen sei, dass die Umgrenzung der von ihm dargestellten Konzentrationszonen lediglich für die Anlagentürme, nicht jedoch für die Rotoren maßgeblich sei. Eine solche Vorstellung kann jedoch ausgeschlossen werden. Das gilt jedenfalls, seit das Bundesverwaltungsgericht im Urteil vom 21.10.2004 (4 C 3.04) entschieden hat, dass *„die äußeren Grenzen des Bauleitplans oder die Grenzen von Baugebieten oder Bauflächen (vgl. § 1 Abs. 1 und Abs. 2 BauNVO) stets von der gesamten Windkraftanlage einschließlich des Rotors einzuhalten“* sind. Deshalb trifft es auch nicht zu, dass *„die Rechtsprechung die Geltung einer „Rotor-innerhalb“-Vorgabe [lediglich] zum Teil als „Normalfall“ ansieht, von dem explizit abgewichen werden muss“* (so ebenfalls Ausschussdrucksache 20 (25) 149, Seite 28). Nach der soeben zitierten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gab es keine Abweichungsmöglichkeit. Deshalb ist die Feststellung in der FAQ-Sammlung des MWIKE auch zutreffend, dass eine solche Konstellation *„bei der Mehrzahl kommunaler Konzentrationszonenplanungen“* nicht gegeben sein dürfte. Die Formulierung dürfte allerdings noch zu kurz greifen. Die Anzahl der Flächennutzungspläne, die eine solche Voraussetzung erfüllen (und dennoch wirksam sind!), dürfte gegen null tendieren.

In der Konsequenz würde dies bedeuten, dass die Regelung des § 5 Abs. 4 WindBG - zumindest weitestgehend - leerliefere und keinen praktischen Anwendungsfall hätte. Das jedoch widerspräche dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers, der sich möglicherweise zwar falsche Vorstellungen über die Ausgangssituation bei Flächennutzungsplänen zur räumlichen Steuerung der

Windenergie gemacht hat, u.a. aber mit dieser Vorschrift den Ausbau der Windenergie „drastisch“ beschleunigen wollte.

Zu berücksichtigen ist insoweit auch, dass die in der FAQ-Sammlung vertretene Auffassung keinen Eingang in den Gesetzeswortlaut gefunden hat. Danach ist Voraussetzung für einen entsprechenden Beschluss lediglich, dass der Plan *„keine Bestimmung im Hinblick auf die Platzierung der Rotorblätter von Windenergieanlagen außerhalb einer ausgewiesenen Fläche trifft“*. Warum der Plan diese Bestimmung nicht trifft und ob und ggf. welche Vorstellungen sich der Planungsträger darüber bei Aufstellung des Plans gemacht hat, ist danach also irrelevant. Als weitere Voraussetzung muss der Plan lediglich bis zum 1. Februar 2024 wirksam geworden sein, was hier unzweifelhaft der Fall ist. Der aktuelle Flächennutzungsplan der Stadt Dülmen erfüllt demnach sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen, die sich aus dem Wortlaut von § 5 Abs. 4 Satz 1 WindBG ergeben.

## 2. Ein Beschluss nach § 5 Abs. 4 WindBG und seine Folgen in Dülmen

Nach dem Vorstehenden ist nach diesseitiger Auffassung davon auszugehen, dass der Rat der Stadt Dülmen auf Grundlage von § 5 Abs. 4 WindBG einen Beschluss fassen kann, wonach die Rotorblätter von Windenergieanlagen nicht vollständig innerhalb der im Flächennutzungsplan dargestellten Windenergiegebiete liegen müssen. Da § 5 Abs. 4 WindBG zudem im Singular von *„einer ausgewiesenen Fläche“* spricht und sich der zu fassende Beschluss dann ebenfalls auf diese ausgewiesene Fläche bezieht, ist die Vorschrift nach diesseitigem Verständnis weiter so auszulegen, dass ein Beschluss, mit dem das Hinausragen von Rotorblättern über die Grenzen einer Konzentrationszone für zulässig erklärt wird, sich ohne weiteres auch auf nur eine von mehreren Konzentrationszonen beziehen kann. Es kann unterstellt werden, dass dem Bundesgesetzgeber bewusst war, dass in den Raumordnungs- oder Flächennutzungsplänen zur räumlichen Steuerung der Windenergie jeweils mehrere Flächen für die Errichtung von Windenergieanlagen ausgewiesen werden.

Gemäß § 5 Abs. 4 Satz 2 WindBG ist der Beschluss öffentlich bekanntzumachen oder zu verkünden. Eine Genehmigung z.B. durch die für die Genehmigung von Flächennutzungsplänen zuständige Bezirksregierung ist nicht vorgesehen. Auch ist der Beschluss, der den Flächennutzungsplan im Übrigen nicht ändert, nicht selbständig anfechtbar. Dies wird am Ende des Gliederungspunktes 4.4.5. auf Seite 31 der niedersächsischen Arbeitshilfe auch ausdrücklich festgestellt.

An der Möglichkeit eines solchen Beschlusses ändert sich im Fall der Konzentrationszone [REDACTED] auch nichts dadurch, dass der Bereich zwischen den beiden Teilflächen als „Bereich zum Schutz der Natur“ (BSN) raumordnerisch ausgewiesen ist oder werden soll. Die Auffassung, dass BSN als Fläche für die Windenergienutzung schlechthin nicht in Betracht kommen und deshalb als hartes Tabukriterium zu gelten haben, ist unzutreffend. Das ist zum einen bereits vom OVG NRW so entschieden worden (Urt. v. 20.01.2020, 2 D 100/17.NE). Es zeigt sich aber auch daran, dass die Windpotenzialanalyse, die das Landesamt für Natur, Umwelt und Verbraucherschutz (LANUV) als Grundlage für die Festlegungen des neuen Landesentwicklungsplans (LEP) derzeit erarbeitet, ein Szenario enthält, in dem BSN ausdrücklich als mögliche Bereiche für auszuweisende Windenergiegebiete aufgeführt werden. Der auf dieser Grundlage aufzustellende LEP wird dann verbindliche Vorgaben für die in den sechs Planungsregionen des Landes Nordrhein-Westfalen aufzustellenden Regionalpläne enthalten. Die Auffassung, BSN seien von vornherein und auf Dauer der Nutzung für Zwecke der Windenergie aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen entzogen, ohne dass der Planungsträger darüber disponieren könnte (Definition der harten Tabukriterien) entbehrt danach einer Grundlage.

Im Übrigen ist festzuhalten, dass ein Beschluss des Rates der Stadt Dülmen nach § 5 Abs. 4 WindBG lediglich zu einer beschleunigten Herbeiführung der Rechtslage führen würde, die nach Inkrafttreten des Regionalplans Münsterland ohnehin gelten wird. Der sich bereits in der Öffentlichkeitsbeteiligung befindende Entwurf des Regionalplans Münsterland sieht vor, die in den Flächennutzungsplänen der Gemeinden dargestellten

Konzentrationszonen für die Windenergienutzung als Windenergiegebiete in den Regionalplan aufzunehmen. Auch die Konzentrationszonen des Flächennutzungsplans der Stadt Dülmen sind im Entwurf des Regionalplans bereits enthalten, das gilt insbesondere auch für die hier in Rede stehende Konzentrationszone [REDACTED]. Das im Entwurf des Regionalplans vorgesehene Ziel Z VI.1-1 „Vorranggebiete für die Windenergienutzung“ lautet: *„Die im Regionalplan festgelegten Windenergiegebiete sind Vorranggebiete ohne die Wirkung von Eignungsgebieten und **als Rotor-out-Flächen zu qualifizieren.**“* (Hervorhebung d.d. Unterzeichner)

Ein entsprechender Beschluss des Rates der Stadt Dülmen ließe die mit dem aktuell geltenden Flächennutzungsplan herbeigeführte räumliche Steuerung der Windenergienutzung im Stadtgebiet zudem weitgehend unberührt. Windenergieanlagen wären auch weiterhin ausschließlich innerhalb der dargestellten Konzentrationszonen zulässig, im übrigen Außenbereich als dort dann nicht mehr privilegierte Vorhaben hingegen regelmäßig ausgeschlossen. Mit einem solchen Beschluss würden die Windenergiegebiete i.S. des Gesetzgebers erst vollständig nutzbar, nur Rotor-außerhalb-Flächen sind für die Erreichung der Teilflächenziele vollständig anrechenbar. Zudem hätte die Stadt Dülmen nach diesseitiger Auffassung auch die Möglichkeit, einen solchen Beschluss auf einzelne Konzentrationszonen zu beschränken. Speziell für die Konzentrationszone [REDACTED] spricht einiges dafür, dass dieser Bereich damit überhaupt erst als nutzbare Fläche anerkannt werden kann. Als Maßstab für die Nutzbarkeit sind stets Windenergieanlagen aktueller Größenordnung heranzuziehen. Diese weisen derzeit Gesamthöhen von 250 m und mehr auf. Anlagen dieser Größenordnung lassen sich vollständig, d.h. mit sämtlichen Anlagenteilen nicht innerhalb der Teilgebiete der Konzentrationszone [REDACTED] errichten.

Mit einem entsprechenden Beschluss nach § 5 Abs. 4 WindBG würde der Rat der Stadt Dülmen also keine Situation herbeiführen, die absehbar innerhalb der nächsten 18 bis maximal 24 Monate nicht ohnehin gelten würde. Er würde aber die Möglichkeit der Errichtung moderner Windenergieanlagen jedenfalls im Bereich der Konzentrationszone [REDACTED] erheblich beschleunigen und damit den Zielen von Bundes- und Landesregierung

hinsichtlich Klimaschutz und Versorgungssicherheit in besonderer Weise entsprechen.

### 3. Mögliche Rechtsbehelfe und ihre Konsequenzen

Wie oben bereits erwähnt, ist ein Beschluss nach § 5 Abs. 4 WindBG nicht selbständig anfechtbar. Insbesondere wird auch durch einen solchen Beschluss keine neue Anfechtbarkeit des Flächennutzungsplans im Wege der Normenkontrolle geschaffen. Eine prinzipale Normenkontrolle ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nur gegen Flächennutzungspläne mit den Wirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB möglich, wenn der Kläger außerhalb der dargestellten Konzentrationszonen Windenergieanlagen errichten möchte und daran wegen der Ausschlusswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB gehindert ist. Wegen der beschränkten Normenkontrollfähigkeit solcher Flächennutzungspläne wird in entsprechenden Urteilen ggf. der Plan auch nur insoweit für unwirksam erklärt, als damit die Ausschlusswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB herbeigeführt werden soll. Die mit der Darstellung der Windenergiegebiete verbundene Positivwirkung bleibt hingegen erhalten. Schon deshalb ist es nicht möglich, dass selbst im Falle einer erfolgreichen Normenkontrolle gegen den derzeit geltenden Flächennutzungsplan der Stadt Dülmen (unabhängig von einem Beschluss nach § 5 Abs. 4 WindBG) eine frühere Fassung des Flächennutzungsplans erneut Wirkung entfalten könnte. Das gilt namentlich für die 43. Änderung des Flächennutzungsplans, die lediglich eine Konzentrationszone für Windenergieanlagen im Bereich Welte enthielt. Da allein diese Konzentrationszone zudem nicht geeignet wäre, der Windenergie die für die Herbeiführung einer Ausschlusswirkung notwendigen substantiellen Entwicklungsmöglichkeiten zu belassen, könnte auch diese alte Fassung des Flächennutzungsplans von vornherein keine Wirkung entfalten.

Möglich erschiene lediglich, dass ein betroffener Anwohner Klage gegen eine vom Kreis Coesfeld ggf. erteilte, immissionsschutzrechtliche Genehmigung für die Windenergieanlagen erhebt. Diese Klage könnte indes nur Erfolg haben, wenn der Kläger durch die Genehmigung in eigenen subjektiven Rechten verletzt wäre. Schon die Darstellung von Konzentrationszonen für die Windenergienutzung im Flächennutzungsplan entfaltet für Einwohner der

planenden Kommune keine drittschützende Wirkung (vgl. nur OVG NRW, Urt. v. 05.10.2020, 8 A 894/17). Vielmehr liegt die räumliche Steuerung der Windenergienutzung ausschließlich im allgemeinen öffentlichen Interesse. Ein bloßer Beschluss, der an der Darstellung der Konzentrationszonen im Flächennutzungsplan grundsätzlich nichts ändert und lediglich das begrenzte Überschreiten der äußeren Umgrenzung der Windenergiegebiete durch Teile des Rotors ermöglicht, kann dann erst recht keine drittschützende Wirkung entfalten. Im Übrigen kann aber die Verletzung von Rechten betroffener Anwohner insbesondere im Hinblick auf immissionsschutzrechtliche Schutzansprüche oder das Gebot der Rücksichtnahme ausgeschlossen werden. Die ohnehin geltenden Schall- und Schattenwerte sind weiterhin einzuhalten. Das Gebot der Rücksichtnahme ist insbesondere im Hinblick auf eine etwaige optisch bedrängende Wirkung nunmehr in § 249 Abs. 10 BauGB explizit geregelt. Danach ist regelmäßig nicht von einer optisch bedrängenden Wirkung auszugehen, wenn der Abstand zwischen Wohnhaus und Windenergieanlage mindestens das 2-fache der Gesamthöhe der Windenergieanlage beträgt. Dieser Abstand wird auch nach einem Beschluss nach § 5 Abs. 4 WindBG stets eingehalten.

#### 4. Fazit

Im Ergebnis ist also nach diesseitiger Auffassung ein Beschluss des Rates der Stadt Dülmen gemäß § 5 Abs. 4 WindBG möglich. Dabei kann die Möglichkeit des Überschreitens der Grenzen der im Flächennutzungsplan dargestellten Konzentrationszonen durch die Rotoren von Windenergieanlagen entweder für sämtliche Konzentrationszonen oder auch nur für einzelne Bereiche getroffen werden. Mit einem solchen Beschluss würde lediglich eine absehbar ohnehin eintretende Rechtslage vorgezogen. Nachteilige Folgen für die Wirksamkeit des Flächennutzungsplans der Stadt Dülmen sind nach unserer Auffassung nicht zu besorgen.

Wir hoffen, die bei der Stadt Dülmen entstandenen Fragen umfassend beantwortet zu haben. Selbstverständlich stehen wir für etwaige Rückfragen aber jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

*Lahme*

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

(maschinell erstelltes Schreiben,  
daher ohne Unterschrift gültig)