

Fränkischen Albverein e.V. (FAV)

Seminar zum Themenkomplex

**Windkraftanlagen als Rechtsproblem, Landschaftsschutz,  
Raumbedeutsamkeit, Naturschutz, Nachbarschutz,  
neue Gesetzeslage  
am 04.02.2005 – 9:00 – 14:00 im LRA Ansbach**

**Windkraftanlagen als Problem der öffentlichen Verwaltung**

Referat von Prof. Dr. E. Quambusch vom 4. 2. 2005

Verwaltungsakte, die die Errichtung von Windkraftanlagen genehmigen, sind rechtswidrig, wenn sie den Schutzgebietsregelungen widersprechen, ferner, wenn sie den EU-Richtlinien zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume und der wildlebenden Tiere und hier insbesondere der Vögel widersprechen. Sie sind ferner rechtswidrig, wenn sie der von den Naturschutzgesetzen geforderten Güterabwägung nicht gerecht werden. Ein Eingriff in Natur und Landschaft ist unzulässig, wenn die Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege anderen Belangen vorgehen. Ähnlich stellt sich die baurechtliche Situation dar.

Ein Problem liegt hier darin, dass die Gerichte bisher keinen Maßstab entwickelt haben, nach dem sich der **Wert der Landschaft** zuverlässig bestimmen lässt. Zurückgegriffen wird auf hochgradig unscharfe Begriffe wie „besondere Schutzwürdigkeit“ und „besonders grober Eingriff“, wobei auf die Wertungen des Durchschnittsbetrachters abgehoben wird. Da sich einem Durchschnittsbetrachter die individuellen Wertungen der Richter unschwer zuordnen lassen, ist der Ausgang eines Verfahrens insofern von persönlichen Einstellungen abhängig und nur schwer abschätzbar. Diese Situation ist ebenso unbefriedigend wie die Sowohl-als-auch-Strategie des BVerwG, nach der einerseits auf den Schutz des Außenbereichs nicht verzichtet werden darf, jedoch dem Interesse am Klimaschutz mittels Nutzung der Windenergie zu entsprechen ist.

Hier wird noch der Frage nachzugehen sein, ob sich Klimaschutzinteressen durch die Nutzung der Windkraft wirklich wahren lassen; zu sehen ist aber zunächst, dass nicht nur bei den Gerichten, sondern auch bei den Behörden der **Nutzen der Windenergie** zu einem maßgeblichen Entscheidungskriterium erhoben worden ist. Windkraftanlagen werden als

wünschenswert angesehen, weil ihnen ein ökologischer Nutzen zugeschrieben wird. Dieser wird wiederum dem Gemeinwohlinteresse zugeordnet. Sollten die Anlagen jedoch tatsächlich nicht den zugeschriebenen Nutzen haben, so hätte dies zur Folge, daß sich das Gewicht zugunsten des Naturschutzes und der Landschaftspflege bzw. zugunsten der Schonung des Außenbereichs verschieben müsste.

Das Gesetz selbst spricht mittelbar die Frage des Nutzens an. § 35 BauGB privilegiert Windkraftanlagen – abgesehen von den selten wahrgenommenen Zwecken der Forschung und Entwicklung – zum Zweck der Nutzung der Windenergie. Damit entsteht zwangsläufig eine Assoziation zum Begriff des Nutzens.

Ob der Landschaft die Nutzung der Windenergie auferlegt werden kann, ist nicht von der Frage zu trennen, inwieweit mit der Nutzung tatsächlich ein **Beitrag zum Klimaschutz** geleistet werden kann. Der Klimaschutz wird mittels einer Verminderung des Treibhauseffekts angestrebt. Dabei ist den Windkraftanlagen die Aufgabe zugedacht worden, Strom zu erzeugen, ohne CO<sub>2</sub> zu produzieren, weil CO<sub>2</sub> als Ursache des Treibhauseffekts angesehen wird. Die Nutzung zu diesem Zweck ist also ein ergebnisorientierter Vorgang.

Demgegenüber ist eine Nutzung zugunsten eines von vornherein unerreichbaren Nutzens begrifflich ausgeschlossen. Dass es entscheidend auf das der Nutzung zuzumessende Ergebnis ankommt, ergibt sich des Weiteren aus dem Prinzip der größtmöglichen Schonung des Außenbereichs ebenso wie aus der prinzipiellen Schutzbedürftigkeit der Natur und der Landschaft, die aus den Naturschutzgesetzen herzuleiten ist. Diese Prinzipien können nur einen Sinn ergeben, wenn sie lediglich aufgrund gewichtiger, insbesondere Gemeinschaftsbezogener Anlässe durchbrochen werden können, so daß das Abrücken vom Prinzip durch einen

wenigstens gleichwertigen nützlichen Effekt kompensiert wird. Nur in diesem Sinne können die Nutzungen der Kompromissformel des BVerwG entsprechen, nach der sie „dem Außenbereich

adäquat“ sein müssen. Inwieweit sie im Einzelfall adäquat sind, hängt von dem Ergebnis ab, mit dem die Windstromerzeugung zur Stromversorgung beitragen kann.

Klimaschutz mittels Windkraftanlagen zu versuchen ist nicht möglich, weil Windkraftanlagen keinen nennenswerten Beitrag zur Versorgung mit elektrischer Energie zu leisten vermögen. Windkraftanlagen erzeugen zwar Elektrizität; aber der erzeugte Strom bedeutet keinen entsprechenden Zuwachs an Versorgung mit Energie, weil die herkömmliche Stromerzeugung nur in einem unbedeutenden Umfang abgelöst werden kann. Insbesondere wegen der Unstetigkeit des Windaufkommens und des Stromverlustes in einem ca. 1.000 km langen, zusätzlich benötigten Netz müssen herkömmliche Kraftwerke aus Gründen der Versorgungssicherheit parallel weiterbetrieben werden – übrigens mit sehr ungünstigen technischen und klimatischen Nebeneffekten.

Der Beitrag zur Minderung des Treibhauseffekts liegt jenseits der Messbarkeitsgrenze. An der **Ineffizienz der Windstromproduktion** ändert sich nichts, indem der Windstromerzeugung weitere Zwecke zugeschrieben werden, z. B. die Ablösung der Atomenergie; denn die Erfüllung sämtlicher zugeschriebenen Zwecke bleibt vom Umfang der nutzbaren Stromproduktion abhängig.

Selbst dann, wenn die Windstromproduktion die vom Gesetzgeber zugeordnete klimatische Relevanz hätte, bliebe sie unbedeutend, weil durch das Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (TEHG) innerhalb Europas sichergestellt wird, dass die als Ursache für den Treibhauseffekt angesehenen Emissionen nicht vermindert, sondern nur auf andernorts angesiedelte Emittenten verlagert werden. Zu der somit garantierten ökologischen Nutzlosigkeit treten eine durch das EEG veranlasste Mehrbelastung der Stromverbraucher, die von der Gesamtheit der Steuerzahler zu finanzierenden steuerrechtlichen Abschreibungen der Anlageneigner, die direkte und versteckte Subventionierung der Anlagenproduzenten sowie die durch die Subventionen und Zwangssubventionen angeregte Fehlleitung von Investitionskapital. Die ökologische Nutzlosigkeit korrespondiert folglich mit einem volkswirtschaftlichen Schaden, der auf etwa 3,0 Mrd. Euro jährlich zu beziffern ist. Diese dramatische Fehlentwicklung wird durch jeden Genehmigungsakt verschärft.

Dies vor Augen, hat sich der Gesetzgeber die Frage nach dem Nutzen auch insofern zu eigen gemacht, als er die Windstromproduktion nur noch als nach dem EEG förderungswürdig ansieht, wenn die Anlagen wenigstens 60 % eines bestimmten Referenzertrags erbringen. An

dieser neuen Regelung können auch die Planungs- und Genehmigungsbehörden nicht vorbeigehen. Zwar ist die Referenzwert-Regelung dazu vorgesehen, auf die Anlagenbauer einzuwirken; darüber hinaus konkretisiert sie aber den **Mindestnutzen**, den der Gesetzgeber erwartet. Lässt man außer acht, daß auch Windkraftanlagen mit einem vom Gesetz vorgegebenen Mindestnutzen keinen Beitrag zum Klimaschutz leisten können, so bringt der Gesetzgeber doch zum Ausdruck, daß Anlagen, die den Referenzwert nicht erreichen, nicht mehr zu Lasten der Allgemeinheit betrieben werden sollen. Es handelt sich – vergrößert formuliert – um Anlagen an unzweifelhaft windschwachen Standorten, wie sie insbesondere südlich der Mainlinie sowie in den küstenfernen Bereichen Ostdeutschlands anzutreffen sind. Indem der Gesetzgeber auf den Nutzen der Anlagen abhebt, weist er zugleich Verwaltung und Rechtsprechung auf einen Gesichtspunkt hin, der sowohl bei der Ausübung des Planungsermessens als auch bei den

einzelfallbezogenen Güterabwägungen nicht ignoriert werden darf. Er durfte – übrigens auch nach der Ansicht der BVerwG – schon bisher nicht ignoriert werden; jedoch war die Sach- und Rechtslage bisher weniger konkretisiert.

Die Genehmigungsbehörde, die den Intentionen des neuen EEG folgt, beschneidet im übrigen die Antragsteller nicht unverhältnismäßig in ihrer unternehmerischen Freiheit. Zu sehen ist, daß die im Binnenland betriebenen Anlagen trotz der Strompreissubventionierung in aller Regel nicht wirtschaftlich betrieben werden können. Der wirtschaftliche Betrieb der Anlagen setzt i. d. R. eine Auslastung von mindestens 2.000 Vollaststunden/a voraus. Diese Vorgabe lässt sich im Binnenland fast nirgendwo erreichen. Werden Anlagen, die ohnehin insovenzprogrammiert wären, nicht genehmigt, so sind nur die Verkaufschancen der Hersteller und die Provisionserwartungen der Vermittler betroffen; denn diese Forderungen werden bereits fällig, bevor die Anlagen errichtet worden sind. Angesichts dessen kann es dem Staat nicht versagt sein, das **Windaufkommen zum Kriterium** zu machen, um die Allgemeinheit vor Nachteilen zu bewahren. In einer am Allgemeinwohl orientierten Rechtsordnung und speziell auch eines am Allgemeinwohl orientierten Beamtenrechts kann einem gesteigerten Durchsetzungsvermögen privater Interessen nur Raum gegeben werden, wenn den öffentlichen Belangen nicht ein geringeres Gewicht beigemessen wird.

Hiernach lässt sich als Zwischenergebnis formulieren: Zumindest im windschwachen Binnenland kann es keine Pflicht geben, Windkraftanlagen zu genehmigen. Es gibt auch keinen Anlaß, sie in den Flächennutzungsplänen zu berücksichtigen. Wo bisher von der Rechtsprechung

angenommen wurde, es sei Raum für die Nutzung der Windenergie zu schaffen, konnte dies schon bisher nicht bedeuten, Windkraftanlagen müßten möglichst gestattet werden. Ein Problem ist hier dadurch entstanden, daß auch die Gerichte an dem Glauben teilgenommen haben, die Windstromerzeugung liege im Interesse der Allgemeinheit. Hierfür lassen die Tatsachen den Gerichten heute ebenso wenig Raum wie die Interpretationsvorgaben, die das neue EEG macht.

Verzichtet eine Gemeinde darauf, Windkraftanlagen in einem **Flächennutzungsplan** vorzusehen, so kann die Gemeinde hierdurch allein die Errichtung der Anlagen nicht verhindern, wenn die Anlagen mit der Raumordnung vereinbar sind und die Genehmigungsbehörde die Anlagen auf dem Gebiet der Gemeinde zulassen will. Jedoch hat die Gemeinde im Genehmigungsverfahren die Möglichkeit zur Gegenwehr, weil sie entgegenstehende öffentliche Belange geltend machen kann (vgl. § 36 BauGB). Von besonderer Bedeutung ist hier das Interesse an einer nicht verunstalteten Landschaft. Dass die Gemeinde in der unteren Naturschutzbehörde einen natürlichen Verbündeten hat, soll hier am Rande erwähnt werden.

Erstellt die Gemeinde einen Flächennutzungsplan, so ist sie wegen des Prinzips des Vorrangs des Gesetzes an die **Vorgaben der Raumordnungsplanung** gebunden. Ob im Sinne der Raumordnungsplanung eine Windkraftanlage raumbedeutsam ist, muss mit Rücksicht auf die Wirkungen beurteilt werden, die von der Anlage ausgehen. Kriterien sind namentlich die Höhe, der Rotordurchmesser und der Standort im Rahmen des landschaftlichen Gesamtbildes. Auch eine einzelne Anlage kann bereits hochgradig verunstaltend wirken, wohingegen eine einzelne Anlage, die einem Windpark von 20 bereits errichteten Anlagen hinzugefügt wird, die Verhältnisse eher unwesentlich beeinflussen dürfte. Obwohl hier nur mit Rücksicht auf den Einzelfall geurteilt werden kann, wird etwa in Baden-Württemberg eine Anlage von 50 m Nabenhöhe als raumbedeutsam angesehen, während die Raumbedeutsamkeit in Nordrhein-Westfalen erst ab einer Nabenhöhe von 100 m angenommen wird. Wo der Raumordnungsplan keine Höhenbegrenzung vorsieht, verbleiben der Gemeinde noch Möglichkeiten zur Konkretisierung.

Soweit die Gemeinde planerische Möglichkeiten wahrnimmt, darf sie den erzielbaren Grad der **Windenergienutzung als Abwägungsposten** behandeln, wo immer das Planungsrecht ihr hierzu Raum lässt. Das Recht hierzu hatten die Gemeinden freilich unstreitig auch schon bisher; jedoch stand auch ihnen die Vermutung im Wege, die Windstromproduktion könne einen adäquaten Nutzen haben. Die Landesplanungsgesetze unterstützen hier die Gemeinden in der

Abwehr des Anlagenbaus insofern, wie sie eine Verhinderungsplanung betreiben. Andererseits arbeiten sie nicht nur den Gemeinden, sondern auch dem Gemeinwohl und dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit entgegen, wo sie durch die Ausweisung von Vorrangflächen Anreize für Fehlinvestitionen schaffen und zugleich die Landschaftsverunstaltung verschlimmern, ohne daß dieses Resultat durch einen sinngebenden Vorteil aufgewogen werden kann.

Auch zu Zeiten, als sich die Sach- und Rechtslage für die Windbranche noch weniger eindeutig darstellte als heute, haben Windunternehmer häufig versucht, den behördlichen Entscheidungsträgern **Schadensersatzansprüche** in Millionenhöhe für den Fall unterbliebener Ausweisung oder Genehmigung anzudrohen. Deshalb ist hier der Hinweis angezeigt, daß für den nach seiner Rechtsansicht handelnden Amtsträger insofern kaum eine bedrohliche Situation entstehen kann, und zwar schon deshalb nicht, weil es von vornherein schwierig ist, dem Amtsträger ein Verschulden anzulasten. Das gilt zunächst und in besonderer Weise hinsichtlich einer eventuellen Regressforderung; denn insofern muss entweder Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit gegeben sein (Art. 34 S. 2 GG, § 46 BRRG). Unter dem Aspekt der Haftung des Staates ist zu sehen, daß das GG die nach einfachem Recht entstandenen Ansprüche auf den Staat überleitet, also der Staat zwar anstelle des Amtswalters in Anspruch genommen werden kann, jedoch nur in den Fällen mindestens fahrlässig begangener Amtspflichtverletzungen.

Bezugspunkt des Verschuldens ist die Verletzung einer gegenüber dem Bürger bestehenden Pflicht. Dass eine Rechtsverletzung vorsätzlich begangen wird, entspricht nicht der Erfahrung, wo immer der Amtsträger sich selbst der Möglichkeit einer Selbstgefährdung ausgesetzt sieht. Hinsichtlich einer fahrlässigen Pflichtverletzung ist auf die zur Wahrnehmung des Amtes erforderlichen Fähigkeiten abzustellen. Dabei wird leicht übersehen, daß das Gesetz von den Beamten ein eigenständiges Urteil erwartet (vgl. §§ 37 S. 1, 38 BRRG). Beamte müssen sich also auch eigenständig eine Rechtsmeinung bilden. Folglich kann von einem schuldhaften Verhalten auch dann nicht ausgegangen werden, wenn eine nach sorgfältiger Prüfung gefundene Auffassung auch nur gerade noch im Rahmen des Vertretbaren liegt.

Amtsträger und Anstellungsträger sind mithin in einem Maße abgesichert, daß Schadensersatzansprüche nur bei rechtlich nicht mehr nachvollziehbaren Entscheidungen gerechtfertigt sein können. Nichts anderes gilt übrigens für die Mitglieder kommunaler Vertretungskörperschaften.

Demgegenüber sollte nicht der Hinweis unterbleiben, daß sich Haftungsfragen gerade wegen der Genehmigung von Windkraftanlagen stellen müssen und stellen werden. Im **Fall der rechtswidrig erteilten Genehmigung** ergibt sich ein Anspruch zugunsten derjenigen, in deren subjektive Rechte eingegriffen worden ist. Das Thema ist von großer Brisanz, wo die Anlagen im siedlungsnahen Umfeld genehmigt worden sind und damit ursächlich für die dramatischen Wertminderungen sind, die damit im optischen Einzugsgebiet an Wohngebäuden eintreten. Man

braucht in dieser Hinsicht nicht einmal die Frage nach dem Verschulden und der Amtshaftung zu stellen; denn in Betracht kommen insoweit sowohl Folgenentschädigungsansprüche als auch Entschädigungen aufgrund enteignungsgleicher Eingriffe. Diese Ansprüche müssen um so mehr hervortreten, je mehr die Betroffenen erkennen, daß die Anlagegenehmigungen den Erwartungen nicht entsprechen, die der Gesetzgeber in Bezug auf den Nutzen und das Gemeinwohl vorgegeben hat.

**Ich bedanke mich für Ihre Aufmerksamkeit.**