

Windkraftanlagen an unergiebigen Standorten¹

Von Prof. Dr. iur. Erwin Quambusch, FH Bielefeld

1. Die lukrative Furcht vor dem Treibhauseffekt

Die Erzeugung von Windstrom dient in Deutschland der Abschöpfung und Umverteilung von jährlich etwa vier Mrd. Euro.² Das Geld wird von der Allgemeinheit aufgebracht, die erhöhte Strompreise sowie steuerliche Absetzungen der Anlagenbetreiber zwangsweise finanziert. Auch in den Fällen, in denen sich Windkraftanlagen nicht rentieren, ist die Errichtung der Anlagen für einen kleinen Personenkreis hochattraktiv. Einen Nutzen haben neben den Standortverpächtern auf jeden Fall die Hersteller, die Planer sowie die Initiatoren, also diejenigen, die die Standorte suchen, sich um das Interesse der Landwirte und das Einverständnis der Bürgermeister bemühen. Sie bringen die Gründung der Betreibergesellschaften in Gang und vermarkten die Anlagen. Hersteller und Initiatoren haben fast immer die Möglichkeit, Erlöse zu erzielen bzw. Provisionen zu erhalten, weil für sie die Zahlungen bereits im Zeitpunkt der Errichtung der Anlagen fällig werden. Mittelbar profitieren von der Vermarktung auch diejenigen Politiker, die von der Windbranche finanziell gefördert werden.³

Ursächlich für die gigantische Umverteilung ist die vom Erneuerbare-Energien-Gesetz (§ 1 EEG) wie auch von der Verwaltungsgerichtsbarkeit⁴ vertretene Annahme, Windkraftanlagen vermöchten der Allgemeinheit durch eine Stromerzeugung ohne CO₂-Ausstoß zu dienen und somit zur Klimaverbesserung beizutragen. Dieses Argument wäre kabarettreif, wenn es nicht auf breite Zustimmung in der Bevölkerung träfe.

Zur Gewinnung und Festigung der Zustimmung wird gern auf das Kyoto-Protokoll⁵ verwiesen. Das Kyoto-Protokoll verpflichtet aber nicht zur Errichtung von Windkraftanlagen, sondern zur CO₂-Reduktion. Es ist hier von Interesse, weil es unterstellt, die heute registrierbare globale Erwärmung sei schädlich und sie sei durch CO₂ verursacht. Beides ist umstritten; wäre aber hiervon auszugehen, so wäre dennoch die Produktion von Windstrom fragwürdig, weil eine CO₂-Verminderung durch Kraftwerksmodernisierungen wesentlich billiger⁶ und ohne die weiträumige Beschädigung der Landschaft sowie ohne die Wertminderung von Wohneigentum⁷ erreicht werden kann. Wäre von der Schädlichkeit des CO₂ sowie von der Schädlichkeit der globalen Erwärmung auszugehen, so wäre das Kyoto-Protokoll ungeeignet, um zum Klimaschutz beizutragen. Das ist unstreitig.⁸ Abgesehen davon, dass das Kyoto-Protokoll von den Unterzeichnerstaaten nicht erfüllt wird, wäre, wenn es erfüllt würde, nur eine Verminderung des Treibhauseffekts zwischen 2/100 und 15/100° C zu erwarten.⁹ An dieser unbedeutenden Temperaturabsenkung sind die deutschen Windkraftanlagen mit 1/10.000° C beteiligt.¹⁰

Wie zuverlässig solche Berechnungen letztlich sind, braucht hier nicht erörtert zu werden; denn der Gesetzgeber gewährleistet, dass durch die Erzeugung deutschen Windstroms eine CO₂-Entlastung nicht eintritt. Dem liegt die in Europa geschaffene Möglichkeit zugrunde, mit Verschmutzungsrechten handeln zu können. (Deutsche Rechtsgrundlage ist das TEHG¹¹). Dieser Handel gleicht eine in Deutschland erzielte CO₂-Reduzierung durch eine entsprechend gesteigerte CO₂-Produktion im Ausland aus. Indem nämlich in Deutschland die Stromproduktion aus regenerativen Energien gefördert wird, brauchen die Verschmutzer in Deutschland auch weniger Verschmutzungsrechte in Anspruch zu nehmen. Folglich verbilligen sich die Verschmutzungsrechte. Demgemäß erhöht sich die Nachfrage nach Verschmutzungsrechten an anderer Stelle, und demgemäß erhöht sich wiederum an anderer Stelle die CO₂-Produktion. Das ist der vereinfacht dargestellte Befund des Wiss. Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft aus dem Jahr 2004¹² sowie das Resultat der Tatsache, dass klimabezogene Maßnahmen grenzüberschreitend wirksam sind.

Dass dennoch an der Errichtung nutzloser Windkraftanlagen festgehalten wird, lässt sich vielleicht mit deutscher Zukunftsangst und der Sorge wegen des vermuteten Treibhauseffekts erklären – allerdings nur teilweise. Verschlimmert worden ist die Situation, weil die Nutzlosigkeit deutscher Windkraftanlagen

- 1 Um Rechtsnormen und Fußnoten ergänzter aktualisierter Text eines Vortrags, den der Verf. auf Einladung der niedersächsischen Bürgerinitiative W.I.N.D. in Lindau gehalten hat.
- 2 Auskunft des Bundes der Steuerzahler vom 2. 8. 2006. Davon entfallen ca. 2,0 Mrd. auf die mittels der Zwangssubventionierung aufzubringende Einspeisevergütung und ca. 1,0 Mrd. auf steuerliche Abschreibungen.
- 3 In diesem Zusammenhang stoßen die Parteispenden auf besonderes Interesse. Aufschluss geben insofern die vom Bundestagspräsidenten veröffentlichten Rechenschaftsberichte der Parteien.
- 4 Vgl. nur BVerwG, RdL 2003, 244 (246).
- 5 BGBl. II 2002, 966.
- 6 Während die CO₂-Vermeidung durch Windkraftanlagen je t zwischen 41 und 77 Euro kostet (vgl. Dena-Studie, FAZ v. 20. 9. 2004, S. 11), wird das Emissionsrecht an der Börse zur Zeit etwa mit 25 Euro/t gehandelt.
- 7 Zur diesbezüglichen Problematik Quambusch, ZFSH/SGB 2005, 214, sowie BVerwG, Urt. v. 16. 3. 2006, Az.: 4 A 1075.04 (Schönefeld) zur Wertminderung durch Planung.
- 8 Vgl. aus neuer Zeit etwa Wicke, Polit. Studien, Bd. 400, S. 28.
- 9 Der erstgenannte Wert ist der Zeitschrift Nature (2003, 395) entnommen; der höhere ist der, der vom IPCC der Ver. Nationen angenommen wird (zu Einzelheiten vgl. Lomborg, The Sceptical Environmentalist, 2001, S. 302).
- 10 Dietze, Fusion 2/2003, 43 (46).
- 11 Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz.
- 12 In einer Kurzfassung wiedergegeben in der FAZ v. 5. 3. 2004, S. 11.

auch vom BVerwG¹³ nicht gesehen wird. Es hat niemals seine prinzipielle Haltung aufgegeben, den Nutzen einfach zu unterstellen. Hätte es wenigstens die unbestrittene klimatische Ineffizienz des Kyoto-Protokolls zur Kenntnis genommen, so hätte die Rechtsprechung eine andere Richtung nehmen müssen, und auch die Gemeinden wären nicht dazu verleitet worden, sinnlose Flächennutzungspläne zu erstellen.

Die gesamte Fehlentwicklung ist letztlich auf ein ungelöstes Interpretationsproblem zurückzuführen. Seit der Mitte des 19. Jahrhunderts vollzieht sich mit einiger Stetigkeit eine globale Erwärmung. Man kann diese Tatsache als natürlichen Vorgang interpretieren, insbesondere als Resultat solarer Vorgänge; man kann sie aber auch als Ausfluss eines veränderten menschlichen Verhaltens deuten. Immerhin hat sich der CO₂-Ausstoß weltweit drastisch erhöht. Dennoch ist ein Zusammenhang zwischen einem Treibhauseffekt und den gestiegenen CO₂-Mengen nicht erkennbar,¹⁴ auch wenn dieser Zusammenhang in den Medien täglich als bewiesen behandelt wird. Sicher ist einstweilen, dass am Treibhauseffekt gut verdient wird, und zwar nicht nur seitens der Windbranche, sondern auch seitens zahlreicher Nichtregierungsorganisationen, die von der Klimaangst leben.¹⁵ Daraus lässt sich aber wiederum nicht die Behauptung herleiten, der drastisch erhöhte CO₂-Ausstoß sei in Wirklichkeit unbeachtlich. Das Gesamtsystem des Klimas ist noch viel zu wenig erforscht, um von vornherein schädliche Wirkungen stark erhöhter CO₂-Mengen ausschließen zu können. Ausschließen kann man nur, dass die Produktion von Windstrom für die Verminderung des vermuteten Treibhauseffekts irgendeine Bedeutung hat.

2. Windkraftanlagen ohne Wind

Wer in dieser Situation Windkraftanlagen mit dem Argument rechtfertigen will, sie leisteten immerhin einen Beitrag zum Ausstieg aus der Atomstromgewinnung, muss sich entgegenhalten lassen, dass die Windstromerzeugung hierzu völlig unzureichend ist. Die Anlagen erzeugen zwar Strom; aber dieser Strom ist in einer hoch entwickelten Industriegesellschaft als solcher praktisch unverwertbar. Die Unstetigkeit des Windaufkommens macht es nötig, dass aus Gründen der Versorgungssicherheit herkömmliche Kraftwerke parallel weiterbetrieben werden, und zwar im steigenden Umfang mit der steigenden Zahl der Windkraftanlagen. Es ist heute nur noch von einer gesicherten Windenergie-Leistung von 5 % auszugehen.¹⁶ Eine solche Ineffizienz der Windstromproduktion ist nicht nur mit der volkswirtschaftlich unvernünftigen Fehlleitung von Anlagekapital verbunden, sondern sie stellt auch ein betriebswirtschaftliches Problem dar. Dieses wird zu Lasten der Anteilseigner gelöst.

Nach Einschätzung des Deutschen Windenergieinstituts (DEWI),¹⁷ einer Einrichtung des Landes Niedersachsen, erreichen die Anlagen bei 20-jähriger Betriebsdauer die Wirtschaftlichkeitsgrenze bei 2 000 Volllaststunden im Jahr. Bei einer realistischere anzunehmenden 16-jährigen Betriebsdauer wird die Wirtschaftlichkeitsgrenze bei 2 300 Volllaststunden erreicht. Der Begriff der Volllaststunde stammt aus der Elektrotechnik, wird allgemein für den Ertrag der Anlagen verwendet und ermöglicht deshalb auch Rückschlüsse auf den wirtschaftlichen Betrieb. Im deutschen Durchschnitt betrug die Zahl der Volllaststunden in dem normalen Windjahr 2002 nur 1 322.¹⁸ Da die guten Standorte im Wesentlichen bereits früh besetzt wurden, nimmt die Standortqualität seit 2002 kontinuierlich ab, mit der Folge, dass das Minimum von 2 000 Volllaststunden im Binnenland allenfalls noch mit Anlagen erreicht werden dürfte, die in ihrer Höhe weit über 150 m hinausgehen, also in brutaler Weise landschaftszerstörerisch wirken.

Angesichts dessen wird versucht, schlechte Standorte durch gute Windprognosen zu verbessern. Die guten Prognosen werden

wiederum gern auf fragwürdige Windgutachten gestützt. Ob Windprognosen aussagefähig sind, hängt maßgeblich davon ab, ob Windmessungen durchgeführt und inwieweit die tatsächlichen Betriebsergebnisse vorhandener Anlagen in der Nachbarschaft berücksichtigt worden sind. Sind die Daten der Windgutachten nicht durch Messungen vor Ort ermittelt, sondern nur aus Messungen der Wetterstationen abgeleitet worden, so müssen die hierin liegenden Unsicherheiten bei der Ertragsberechnung berücksichtigt werden, und zwar mit mindestens 30 %.¹⁹ Einschlägige Auskünfte kann der Kapitalanleger aber den Prospekten, die der Vermarktung der Kapitalanteile dienen, oftmals nicht entnehmen. Er kann des Weiteren die Seriosität des mit dem Gutachten beauftragten Instituts kaum einschätzen. Wie ein Prospekt aus dem Jahr 2004 belegt, kann es sich hierbei auch um eine Firma handeln, die weder im Telefon- noch im Branchenbuch auffindbar ist.

Um schlechte Standorte auf dem Papier zu guten Standorten zu machen, ergeben sich weitere Möglichkeiten im Zusammenhang damit, dass das zugrunde gelegte Windaufkommen in Energieertragsberechnungen überführt werden muss. Hierbei wird das angenommene Windaufkommen in eine Beziehung zur vorgesehenen Anlagentechnik gebracht, also insbesondere zu seiner Leistungsfähigkeit und Störanfälligkeit. Auch insofern ergeben sich gute Möglichkeiten, übertrieben günstige Prognosen zu stellen, z. B. indem die Reparaturbedürftigkeit der Anlagen irreführend kalkuliert wird.

Bleibt das Windaufkommen in der Realität hinter der Prognose zurück, so bedeutet das nicht, die Energieerträge ermäßigten sich im entsprechenden Umfang. Vielmehr muss die Berechnung der Erträge von folgender Formel ausgehen: Die in einer Luftströmung enthaltene Energie ist proportional zu der dritten Potenz der Luftgeschwindigkeit. Man muss hier nur wissen, was daraus folgt, nämlich dass schon ein um 10 % gemindertes Windaufkommen die Energieerträge fast um das Dreifache reduziert.²⁰ Weist ein Prospekt etwa darauf hin, Abweichungen in den Windverhältnissen von 20 % und mehr seien möglich, so liegt darin eine Verschleierung des Risikos, die als Kapitalanlagebetrug (§ 264 a StGB) strafbar ist. Der durchschnittliche Kapitalanleger vermag nämlich den wirklichen Inhalt der Prospektaussage nicht zu veranschlagen, weil er die physikalische Bedeutung der Angaben nicht erkennt. Er vermag also nicht zu durchschauen, dass bei einem um 20 % geminderten Windaufkommen das Unternehmen nicht einmal zwei Jahre zu überleben vermöchte, dass Ertragsausschüttungen nicht möglich wären und die Einlagen innerhalb weniger Jahre vollständig verloren gehen müssten.²¹

3. Gegensteuern des Gesetzgebers

Weil das Geschäft mit dem Wind auch an ganz unergiebigsten Standorten gemacht wird, hat der Gesetzgeber die Förderung der Windstromproduktion zu begrenzen versucht. Seit dem 1. 8. 2005 sollen neue Anlagen nur noch an der Zwangssubventionie-

13 Vgl. nur BVerwG, RdL 2003, 202 (204); ähnlich OVG Lüneburg, Urt. v. 8. 11. 2005, Az. 1 LB 133/04.

14 Vgl. statt vieler *Schulte*, Streit um heiße Luft, Die Kohlendioxid-Debatte, 2003, S. 166.

15 So *Singer*, Schweizer Monatshefte 7/8 2004, 1 m. w. N.

16 Dena-Studie, a.a.O.

17 Studie zur aktuellen Kostensituation 2002 der Windenergienutzung in Deutschland.

18 Errechnet vom Arbeitskreis Technik-Umwelt-Gesellschaft der Universität Erlangen-Nürnberg, Windenergie, 2003.

19 Vgl. *Strack/Winkler*, Analyse der Unsicherheiten bei der Ertragsberechnung von Windparks, in: DEWEK-Tagungsband, Sitzung 13, 2002.

20 Vgl. auch *Boehmer-Beuth*, Energie aus Windkraft, 2003, S. 48.

21 Vgl. wegen weiterer Einzelheiten *Quambusch*, Kriminalistik 2005, 440, und zu den steuerrechtlichen Konsequenzen §§ 2 b, 52 Abs. 4 EStG.

rung teilnehmen können, wenn sie 60 % eines technisch definierten Referenzertrags erfüllen (vgl. § 10 Abs. 4 EEG mit Anlage). Der 60-%-Wert konkretisiert einen Mindestnutzen und hat die Funktion eines Schwellenwertes.²² Wird der 60-%-Wert von einer Anlage erfüllt, so bedeutet dies selbstverständlich nicht, die Anlage leiste irgendeinen Beitrag zum Klimaschutz; es bedeutet nicht einmal, die Anlage könne wirtschaftlich betrieben werden. Vielmehr wird durch die Vorgabe des 60-%-Wertes lediglich erreicht, dass Strom von Anlagen mit außerordentlicher Ertragschwäche vom Netzbetreiber nicht mehr abgenommen und mit dem Vierfachen des marktüblichen Preises bezahlt werden muss. Dass allerdings das Gesetz immer eingehalten wird, erscheint mittlerweile so wenig wahrscheinlich, wie die Zuverlässigkeit der zugrunde gelegten Gutachten sicher erscheint.

Mit Rücksicht auf die generelle Nutzlosigkeit von Windkraftanlagen und deren landschaftszerstörerische Wirkung wäre es konsequenter, dem Anlagenbau die Zulässigkeit im Außenbereich prinzipiell zu entziehen. Hierauf zielt im Ergebnis ein Antrag ab, den unlängst das Land NRW im Bundesrat eingebracht hat.²³ Aber auch dann, wenn der Antrag erfolglos bleiben sollte, ist der Anlagenbau an unwirtschaftlichen Standorten insofern schwieriger geworden, als nunmehr die Genehmigungsbehörde die Einhaltung der Rückbauverpflichtung gewährleisten soll (vgl. § 35 Abs. 5 BauGB). Die Rückbaukosten sind mit mindestens 5 % des Anlagenwertes zu kalkulieren.²⁴ Zur Absicherung des Rückbaus wird i. d. R. eine selbstschuldnerische Bankbürgschaft verlangt werden müssen, die wiederum nur unter erheblichem finanziellen Einsatz zu bekommen sein dürfte. Schließlich ist der Bau von Windkraftanlagen erschwert worden, weil nunmehr die Bundesregierung Kapitalanlegern die Möglichkeit entzogen hat, ihr Kapital in Windkraftfonds anzulegen, die reine Steuersparfonds sind, mithin dem Zweck dienen, steuersparende Verluste mit Einkünften aus anderen Quellen verrechnen zu können; die Verluste der Windkraftfonds dürfen jetzt also nur noch mit Gewinnen derselben Fonds verrechnet werden.²⁵ Ob sich deswegen eine Beschränkung des Anlagenbaus ergeben wird, erscheint insofern zweifelhaft, als dem Vernehmen nach neuerdings Chinesen und Franzosen im erheblichen Umfang auch unrentable deutsche Windkraftanlagen finanzieren. Wirtschaftlich nachvollziehbar erscheint diese Information freilich nicht.

4. Wild lebende Tiere als Standortfaktor

Ob ein Standort geeignet ist, entscheidet sich zunehmend auch unter dem Gesichtspunkt, dass Windkraftanlagen Vögel und Fledermäuse gefährden. Die Tiere werden entweder erschlagen oder Opfer von Luftwirbeln und Druckunterschieden. Selbst die wenigsten Flieger sind nicht mit der Fähigkeit begabt, den von Windkraftanlagen verursachten Gefahren zuverlässig ausweichen zu können.²⁶ Dass bisher nur eher wenige Tierkadaver gefunden worden sind, kann nicht verwundern; denn die durchgeführten Kontrollen gehen kaum über drei Nachsuchungen im Jahr hinaus, außerdem werden die getöteten Tiere nicht selten mehrere hundert Meter weit geschleudert und meist von Füchsen gefressen. Die Gefährdungen sind besonders groß, wenn die Anlagen auf Waldlichtungen oder an Waldrändern errichtet wurden. Da in den Wäldern der Mittelgebirge oft erst Lichtungen und Schneisen für den Anlagenbau geschlagen werden müssen, werden dadurch oft erst Biotope für Fledermäuse geschaffen,²⁷ sodass hiermit die Tötung der Tiere geradezu systematisch vorbereitet wird.

Das Problem erschöpft sich nicht in der Tötung einiger weniger Tiere. Unter Windkraftanlagen in Freiburg im Breisgau wurden 2005 von einem Gutachter Fledermäuse in einer Anzahl gefunden, die darauf schließen lässt, dass in einem einzigen Jahr bereits 10 % der gesamten Population einer bestimmten heimischen Art vernichtet worden sind.²⁸ Fledermäuse dürften ohne-

hin den weitaus größten Teil der Tiere ausmachen, die ihr Leben durch Windkraftanlagen verlieren. Sie sind jedoch durch das EU-Recht (vgl. Anhang IV der FFH-RL) wie nach dem deutschen Naturschutzrecht (vgl. § 10 Abs. 2 Nr. 11 b BNatSchG) als streng geschützte Tiere eingestuft. Darüber hinaus gelten mehrere Fledermausarten als Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse (vgl. Anhang II der FFH-RL), zu deren Erhaltung besondere Schutzgebiete auszuweisen sind.

Hieraus ergeben sich Konsequenzen sowohl für die planerische Ausweisung als auch für die Genehmigung von Windkraftanlagen. Die Anlagen sind so zu errichten und zu betreiben, dass Vorsorge gegen schädliche Umwelteinwirkungen getroffen wird (Vorsorgegrundsatz, § 5 Abs. 1 Nrn. 1, 2 BImSchG). Eine Gefahrenquelle können Windkraftanlagen auch dann sein, wenn sie von außerhalb in ein zu schützendes Gebiet hineinwirken, etwa indem sie die Jagdbedingungen der Tiere verschlechtern. Sofern sich deshalb eine Anlage nicht von vornherein als unzulässig erweist (vgl. § 34 Abs. 2 BNatSchG), kann u. U. durch Abstandsregelungen und Betriebsbeschränkungen geholfen werden. Die zweckgerechte Distanz beträgt etwa nach den Vorstellungen des Niedersächsischen Landkreises²⁹ z. B. in Bezug auf Naturschutzgebiete 1 000 m und außerhalb der Naturschutzgebiete in Bezug auf Gebiete mit besonderer Bedeutung für Fledermäuse 200 – 500 m. Obwohl es strafbar ist, Tiere einer streng geschützten Art zu töten (§ 66 Abs. 2 i. V. m. § 65 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG), meint die Praxis teilweise, die Abstände auf 50 m beschränken zu können.

5. Behörden als Standortfaktor

Für diejenigen, die sich um die Errichtung von Windkraftanlagen bemühen, liegt der bedeutendste Standortfaktor im Verhalten der Planungs- und der Genehmigungsbehörden. Das Baurecht gibt den Behörden die größtmögliche Schonung des Außenbereichs (§ 35 BauGB) und das Naturschutzrecht generell die Schutzbedürftigkeit von Natur und Landschaft (§ 1 BNatSchG) als Prinzipien vor. Ob die Behörden diese Prinzipien zugunsten der Errichtung von Windkraftanlagen durchbrechen dürfen, ist nicht von der Frage zu trennen, inwieweit die Anlagen einen Nutzen für die Allgemeinheit haben. Dieser Gesichtspunkt wird inzwischen von einzelnen Planungsbehörden immerhin insoweit berücksichtigt, als der vom EEG vorgegebene 60-%-Referenzwert bei den Abwägungsentscheidungen herangezogen wird.³⁰ Zwar macht das EEG unmittelbar keine bauplanungsrechtlichen Vorgaben; aber der Gesetzgeber hat durch die effizienzabhängige Eingrenzung der Windstromförderung deutlich gemacht, dass er den wirtschaftlichen Nutzen der Anlagen für ein Bewertungskriterium hält. Es entfaltet generell seinen Einfluss bei der Gewichtung öffentlicher

²² Zu Einzelheiten *Quambusch*, RdL 2004, 256.

²³ Antrag v. 30. 9. 2005 auf Aufhebung der Privilegierung in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB, BR-Drucks. 718/05.

²⁴ Vgl. *Boehmer-Beuth*, a.a.O., S. 63. Der Windenergie-Erlass NRW hält sogar 6,5 % der Investitionskosten für angemessen (Nr. 5.2.3). 5 % sind bei einer mittleren Anlage mit 2,5 Mio. Euro Anschaffungskosten also ca. 125 000 Euro.

²⁵ Vgl. FAZ v. 25. 11. 2005, S. 21. Verfassungsrechtlich fragwürdig ist allerdings die der Entscheidung beigemessene Rückwirkung. Dennoch wird sich wahrscheinlich kaum jemand in der Spekulation auf eine eventuelle Verfassungswidrigkeit an einem Windkraftfonds beteiligen und wohl auch keine Bank (mit Rücksicht auf die Beraterhaftung) die Beteiligung empfehlen.

²⁶ Hierzu etwa Report of the Intersessional Working Group on Wind Turbines and Bat Populations, 2005, Doc. Eurobats AC 10.9.

²⁷ Den Hinweis verdankt der Verf. Herrn Forstdirektor Dr. Elmar Klein.

²⁸ Hierzu *Badische Zeitung* v. 30. 4. 2005.

²⁹ Hinweise zur Berücksichtigung des Naturschutzes, Stand: Mai 2005, Nrn. 4.1, 4.4.

³⁰ So vom Regionalverband Donau-Ilter lt. Pressemitteilung des Regierungspräsidiums Tübingen v. 27. 9. 2004.

und individueller Belange, die der Errichtung von Windkraftanlagen entgegenstehen können.

Im Allgemeinen ignorieren jedoch die Behörden diese Interpretationsvorgabe mit dem Hinweis auf das Unternehmerinteresse, das nach Ansicht des BVerwG³¹ besonders zu gewichten ist. Dieses Argument, das das BVerwG für die Wertung des Gesetzes hält, überzeugt jedoch nicht. Durch eine eingeschränkte Zulassung von Windkraftanlagen können jedenfalls die unternehmerischen Interessen der Betreiber kaum beschnitten werden; denn die im Binnenland errichteten Anlagen sind aufgrund objektiver Kriterien ohnehin i. d. R. unwirtschaftlich und auf die vorzeitige Insolvenz programmiert. Im Übrigen können private Interessen jedenfalls insoweit keinen Vorrang haben, wie sie sich nicht wenigstens an den Interessen der Allgemeinheit orientieren.³² Interessen der Allgemeinheit sind jedoch nicht ersichtlich; vielmehr ist der Allgemeinheit die Funktion zgedacht worden, nutzlose, aber gut vermarktete Maßnahmen zum Klimaschutz finanzieren zu sollen.

In der Fixierung auf den Klimaschutz haben die Gerichte den Grundsatz vorgegeben, es sei Raum für die Nutzung der Windenergie zu schaffen.³³ Je folgsamer sich die Behörden gegenüber dieser Fehleinschätzung erweisen und je mehr sie zur Preisgabe der Landschaft und der Natur geneigt sind, desto eher gewährleisten sie für ihren räumlichen Zuständigkeitsbereich der Windbranche einen Standortvorteil. Viele Gemeinden haben unter dem Druck einer windkraftfreundlichen Rechtsprechung über Jahre hinweg Initiatoren und Planungsbüros angezogen, indem sie davon ausgegangen sind, sie seien genötigt, in den Flächennutzungsplänen Standorte für Windkraftanlagen vorzusehen. Das ist auch wegen der Furcht vor Schadensersatzansprüchen geschehen. Diese ist aber unbegründet, weil Beamte nicht schuldhaft handeln, wenn sie ihre Pflicht erfüllen, sich eine eigenständige Rechtsmeinung zu bilden (vgl. § 64 NBG).³⁴ Ferner ist angenommen worden, die Ausweisung von Standorten sei unvermeidbar, weil andernfalls möglicherweise Windkraftanlagen an unliebsameren Stellen des Gemeindegebiets errichtet würden. Dabei haben die Gemeinden oftmals die Möglichkeit aus den Augen verloren, entgegenstehende Belange, namentlich solche der Landschaftsästhetik, noch im Genehmigungsverfahren geltend machen zu können (vgl. § 36 BauGB). Teilweise haben sie sogar darauf verzichtet, für die Anlagen eine Höhenbegrenzung vorzusehen.

Die windkraftfreundlichen Haltungen, die wohl bisher bei der Planung überwogen haben, sind in Bezug auf die Genehmigung der Anlagen entsprechend wirksam. Behörden und Gerichte weichen auch insofern dem Argument der Nutzlosigkeit der Windstromproduktion permanent aus. Das hat hier wie dort wahrscheinlich maßgeblich damit zu tun, dass die Verwaltungsrichter, denen hier eine Schlüsselstellung zufällt, nicht bereit oder in der Lage sind, sich mit den technischen und wirtschaftlichen Fragen der Windstromproduktion auseinander zu setzen. Es konnte beobachtet werden, dass Verwaltungsrichter nicht einmal den gesetzlichen 60-%-Referenzwert als Entscheidungshilfe würdigen, sich aber anscheinend von Computeranimationen beeindruckt lassen, durch die Windkraftanlagen zu Spielzeugen verniedlicht werden. Oftmals fixieren sich Richter völlig unnötig auf die Frage, ob die Anlagen eine grobe landschaftliche Verunstaltung darstellen (vgl. § 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB). Dieses Kriterium gewährleistet Bequemlichkeit; denn der abzuwägende Wert der Landschaft (vgl. auch § 19 Abs. 3 BNatSchG) kann unter Rückgriff auf den höchstrichterlichen Maßstab des Durchschnittsbetrachters ermittelt werden, im Klartext also frei nach richterlichem Gutdünken.³⁵ Auch wenn Bürger oftmals Anlass haben, sich über das praktizierte Gutdünken zu freuen, so wäre doch eine Rechtsprechung aufgrund objektiver Kriterien überzeugender.

6. Korrekturmöglichkeiten der Bürger

Während den Windunternehmern die Möglichkeit eröffnet ist, gegen die Ablehnung ihrer Anträge den gesamten Rechtsweg auszuschöpfen, finden sich die Bürger im Obrigkeitsstaat wieder, wenn es ihnen darum geht, den Staat zum Schutz von Natur und Landschaft zu veranlassen. Ihnen steht nur der Rechtsweg offen, wenn sie eine Betroffenheit geltend machen können, wie sie sich aus nachbarschaftlicher Nähe ergibt. Inzwischen ist aber europarechtlich vorgesehen, dass Mitglieder der betroffenen Öffentlichkeit Zugang zu einem Überprüfungsverfahren haben müssen (RL 2003/35/EG). Auch wenn nicht ganz klar ist, wer im Einzelnen der Öffentlichkeit zuzurechnen ist, so muss sie doch Verbände von der Art des NABU umfassen. Diese Regelung, die noch in deutsches Recht überführt werden muss,³⁶ garantiert jedoch nicht schon eine andere Haltung der Gerichte in der Sache.

Immerhin kann sie zu einer Verzögerung der Genehmigungsverfahren verhelfen. Mit dem Zeitgewinn vermag bei den potenziellen Kapitalanlegern die Einsicht zu wachsen, dass die Erzeugung von Windstrom im Binnenland meistens mit einer vorzeitigen Insolvenz enden wird. Zur Verzögerung trägt im Übrigen auch die seit dem 1. 7. 2005 geltende Regelung bei, nach der praktisch für alle Windkraftanlagen das aufwändigere immissionschutzrechtliche Genehmigungsverfahren vorgesehen ist.³⁷ Zur Verzögerung kann evtl. ferner die Petition an den Landtag beitragen, obschon sie in der Sache bisher nur selten Erfolg hatte.

Des Weiteren empfiehlt es sich, die Möglichkeit der Strafanzeige zu nutzen. In der Windbranche ist es offenbar verbreitet, mit Versprechungen zu arbeiten. Am bekanntesten sind wohl jene Fälle, in denen gegenüber Amtsträgern gesetzlich nicht vorgesehene Vorteile im Zusammenhang mit der angestrebten windkraftfreundlichen Haltung versprochen werden. Auch dann, wenn Zuwendungen an Amtsträger unterbleiben und die versprochenen Leistungen nur zum Vorteil der Gemeinde gedacht sein sollten, wird zumindest der Tatbestand der Vorteilsannahme bzw. der Vorteilsgewährung erfüllt (vgl. §§ 331 ff. StGB).³⁸ Das dürfte den Amtsträgern i. d. R. bekannt sein, auch wenn sie möglicherweise die Unrechtsvereinbarung mit dem Hinweis zu relativieren versuchen sollten, die Vorteile selbstlos und allein im Interesse der Gemeinde angenommen zu haben. Im Übrigen verdient speziell in ländlichen Gemeinden der Umstand besondere Aufmerksamkeit, dass eine windkraftfreundliche Haltung von Ratsmitgliedern von dem Interesse geleitet sein kann, die Voraussetzungen für den Abschluss von Pachtverträgen schaffen zu wollen.³⁹

Ferner geht die Vermarktung der Windkraftanlagen im windschwachen Binnenland anscheinend häufig mit dem Kapitalanlagebetrug einher, wo diejenigen, deren Beteiligungskapital erworben wird, über die wirklichen Erfolgsaussichten getäuscht werden.⁴⁰ In diesem Zusammenhang interessiert auch das Ver-

31 Vgl. BVerwG, RdL 2003, 202 (204).

32 Vgl. BVerfGE 50, 290 (340).

33 BVerwG, RdL 2003, 202 (204).

34 Zu Einzelheiten *Quambusch*, VBIBW 2005, 262 (267 f.).

35 Vgl. BVerwG, RdL 2002, 175 (176). Dass vom Betrachter erwartet wird, „für ästhetische Eindrücke offen“ zu sein, ist kein wirklich verwertbares Differenzierungskriterium. Demgegenüber stehen hier nicht nur die präziser formulierten Orientierungspunkte des Niedersächsischen Landkreistages, a.a.O. (wie Fn. 29), Nrn. 2.3, 5.3 m. w. N., 6, zur Verfügung, sondern auch die differenzierten und fundiert begründeten Kriterien von *Nohl*, Landschaftsplanung, 2001, Kap. 3.4, 5 und 6. Vgl. schließlich auch *Quambusch*, BauR 2003, 635.

36 Soweit sie nicht bereits im Rahmen des geltenden deutschen Rechts anwendbar ist (hierzu OVG Koblenz, Beschl. v. 25. 1. 2005, Az. 7 B 12114/04 und 7 E 12117/04).

37 Auch wenn im Prinzip die Öffentlichkeitsbeteiligung entfallen ist; vgl. zu Einzelheiten die 4. BImSchV.

38 Vgl. zu Einzelheiten *Otto*, ZfBR 2006, 320.

39 Hierzu OLG Hamburg, StV 2001, 277 (278).

40 Vgl. oben 2.a.E.

halten der Beamten, die die Anlagen in dem Bewusstsein genehmigen, dass ein Kapitalanlagebetrug geplant ist. Von einem solchen Bewusstsein ist angesichts der Beamtenpflicht, sich ständig die nötigen fachlichen Kenntnisse verschaffen zu müssen (vgl. § 62 NBG), allgemein auszugehen.⁴¹ Allerdings zeigt die Praxis, dass Straftaten nicht verfolgt werden, weil Staatsanwälte offenbar ebenso wie vielen Richtern ein ausreichendes Verständnis für technologische und ökonomische Zusammenhänge fehlt. Es konnte etwa beobachtet werden, wie ein Betreiber unergiebigere Anlagen schon nach wenigen Betriebsjahren seine Ertragsausschüttungen eingestellt hat,⁴² die Staatsanwaltschaft jedoch zuvor Strafanzeigen wegen Kapitalanlagebetrugs zurückgewiesen hatte. Die Anzeigen hatten sich auf eine technisch und ökonomisch sorgfältige Prognose über die absehbare Entwicklung gestützt, waren aber dennoch von der Staatsanwaltschaft mit einer Begründung zurückgewiesen worden, die so dürftig war, dass man ihr eigentlich nur die Botschaft entnehmen konnte: Lasst uns mit diesen komplizierten Dingen in Ruh! Der Vorgang lehrt, dass Anzeigen nur einen Sinn ergeben, wenn sie so verständlich verfasst sind, dass sie von den Beamten nicht in erster Linie als Störung der Routine begriffen werden.

Aussichtsreicher, weil für die Staatsanwaltschaften leichter zu bearbeiten, sind Strafanzeigen wegen der Tötung streng geschützter Tiere, namentlich der fast überall anzutreffenden Fledermäuse. Insofern ist sogar fahrlässiges Handeln strafbar (§ 66 Abs. 2 i. V. m. § 65 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG). Auch kann die Straftat durch Unterlassen begangen werden (§ 13 StGB). Das heißt, dass die Straftat nicht nur im Betreiben der Anlage sowie in ihrer Genehmigung liegen kann, sondern darüber hinaus etwa auch darin, dass es unterlassen wird, eine zum Schutz der Tiere erforderliche Betriebsbeschränkung nicht oder nur unzureichend anzubringen.

Dessen ungeachtet erscheint es angezeigt, das Verhalten der Beamten bei den Genehmigungsbehörden stets kritisch zu begleiten. Es gibt Hinweise dafür, dass die Beamtenpflicht zur unparteiischen Amtsführung (§ 61 NBG) gerade bei der Genehmigung von Windkraftanlagen oft durch Opportunitätserwägungen ersetzt wird. Als natürliche Verbündete der Bürger kommen insofern die Naturschutzbehörden in Betracht, die ihre Bedeutung nur unter Beweis stellen können, wenn sie den Mut zum Wider-

spruch aufbringen. Als Verbündete können sich ferner die Finanzbehörden erweisen, insbesondere auch dann, wenn sie den Anlagenvermarktern verwehren, Aufwendungen als Betriebsausgaben abzuziehen, die zugleich Vorteilsgewährungen (§ 333 StGB) und als solche strafbare Zuwendungen sind (vgl. § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG).

7. Resümee

Zusammenfassend kann man nach alledem sagen: Würde das geltende Recht vorurteilsfrei und mit Sorgfalt angewandt, so wären Windkraftanlagen nur in einem sehr geringen Umfang genehmigungsfähig. Das heute beherrschende Argument, Windkraftanlagen seien erforderlich, um den Treibhauseffekt zu vermindern, ist wirklichkeitsfremd und nützt im Wesentlichen den Anlagenbauern und -vermarktern, den Standortverpächtern sowie jenen Politikern, die die Zustimmung und die finanziellen Vorteile abschöpfen, die sich mit der Behauptung einer klimatischen Bedrohung gewinnen lassen. Die umfangreiche Windstromförderung hat dazu geführt, dass den Kapitalanlegern ständig schlechter werdende Standorte angeboten werden. Die frühzeitige Insolvenz der Betreibergesellschaften wird daher zunehmend wahrscheinlich. Bis zum Rückbau der Anlagen muss die Allgemeinheit nicht nur den teuren Windstrom und die Kosten für die parallel betriebenen Kraftwerke finanzieren, sondern auch erhebliche soziale Konflikte sowie die weiträumige Entwertung der Landschaft und vieler Wohngebäude hinnehmen. Inwieweit diese unheilvolle Entwicklung sich noch nach der Reduzierung staatlicher Begünstigungen fortsetzen wird, ist nicht sicher abschätzbar. Die Möglichkeiten der Bürger zur Gegenwehr liegen außer im politischen Bereich im rechtlichen Bereich vornehmlich in Strafanzeigen wegen Kapitalanlagebetrugs, Vorteilsannahme und Vorteilsgewährung sowie wegen der Tötung streng geschützter Vögel und Fledermäuse.

⁴¹ Hierzu *Quambusch*, Kriminalistik 2005, 440 (444 ff.).

⁴² Also in einer finanziell günstigen Situation, weil die Banken üblicherweise in den ersten Jahren auf die Tilgung ihrer Kredite verzichteten; vgl. zum Vorgang als solchem *Badische Zeitung* v. 2. 12. 2005.