

Repowering als Planungsproblem

Zur Höhenbegrenzung von Windkraftanlagen
Prof. Dr. Erwin Quambusch

Die Befürworter der Windstromproduktion bedienen sich zunehmend des Arguments, die installierten Anlagen müssten durch höhere ersetzt werden, um das Windaufkommen effektiv ausbeuten zu können. Dieser Ansicht ist neuerdings das OVG NRW mit der Einschätzung entgegengetreten, ein wirtschaftlicher Betrieb sei auch im Binnenland bereits mit einer Anlagenhöhe von 75 m möglich. Das OVG kommt damit den Planungsträgern entgegen, die die Höhenbegrenzungen einsetzen, um missliebige Anlagen abzuwehren. Zugleich wertet das OVG jedoch die unrentablen Standorte auf und ermuntert damit die Plangeber sowohl zur Vernachlässigung des Wirtschaftlichkeitsaspekts als auch zur Erhöhung der Anzahl unwirtschaftlicher Standorte.

I. Repowering als Versuch zur Wirtschaftlichkeit

Die in Deutschland errichteten rd. 18.000 Windkraftanlagen vermögen wegen des allgemein unzureichenden Windaufkommens überwiegend nicht wirtschaftlich betrieben zu werden. Diese Einschätzung stützt sich auf eine Studie des Deutschen Windenergie-Instituts (DEWI)¹, eines Instituts des Landes Niedersachsen, das durchaus nicht im Verdacht steht, der Windenergie mit Vorbehalten zu begegnen. Nach Einschätzung des DEWI wird die Wirtschaftlichkeitsgrenze bei einer Laufzeit von 20 Jahren und der Vergütung nach dem EEG (von 2002) bei etwas mehr als 2.000 Volllaststunden² pro Jahr erreicht.³ Da nach der Studie i. d. R. die reale Nutzungszeit zwischen der üblichen Finanzierungsdauer von 12 Jahren und der erwarteten Lebensdauer von 20 Jahren anzunehmen sein wird, ergibt sich bei einer Laufzeit von 16 Jahren die Wirtschaftlichkeit etwa ab 2.300 Volllaststunden. In der Windkraftwirklichkeit kann demgegenüber aufgrund der verfügbaren Zahlen aus dem Jahre 2006 im Durchschnitt nicht einmal mit 2.000, sondern lediglich mit jährlichen Volllaststunden zwischen etwa 1.673 in Schleswig-Holstein und 904 in Baden-Württemberg gerechnet werden.⁴

Ein Ausweg aus dieser unbefriedigenden Situation wird darin gesehen, die vorhandenen Windkraftanlagen durch technisch leistungsstärkere Anlagen zu ersetzen. Hierfür wird der neudeutsche Begriff Repowering verwendet. Das Repowering strebt den Neubau von Anlagen an, die die bisherige Höhe erheblich übersteigen, also i. d. R. erheblich höher sind als 150 m. Es stellt demnach ein neues Vorhaben i. S. d. § 29 BauGB dar, und dieses lässt sich nur verwirklichen, wenn sich die kommunalen Planungsträger bereit finden oder verpflichtet werden können, den hierzu benötigten Raum vorzusehen.

II. Die Interessenlage der Gemeinden

Dass die Installierung höherer Anlagen die Interessen der Gemeinden tangiert, folgt schon aus dem Umstand, dass die Gemeinden im Allgemeinen überhaupt keine Windkraftanlagen installiert sehen möchten. Auch Anlagen von der heute üblichen Höhe sind fast immer mit einer erheblichen Beschädigung des Landschaftsbildes, mit der Wertminderung von Wohngrundstücken⁵ und in vielen Fällen mit Belastungen durch Lärm, Nachtbefeuerung und sonstige anlagentypische Beeinträchtigungen verbunden.⁶ Das gilt erst recht, wenn die Anlagen zu Windparks gebündelt sind. Demgegenüber bleiben die Vorteile, die eine Gemeinde aus dem Anlagenbau zu ziehen vermag, unbedeutend, wenn man einmal von den strafbaren Zuwendungen absieht, die offenbar nicht selten im Rahmen rechtswidriger Kopplungsgeschäfte an Gemeinden oder gemeindenahe Institutionen gezahlt werden.⁷ Insbesondere muss die Hoffnung der Gemeinden auf Gewerbesteuerzahlungen durch die Anlagenbetreiber meist unerfüllt bleiben. Die Anlagen sind fast immer Betriebsstätten, die sich nicht am Sitz der Geschäftsleitung befinden und denen auch keine Arbeitnehmer zuzuordnen sind, so dass demgemäß an die Gemeinden, in denen die Anlagen stehen, i. d. R. keine Gewerbesteuer zu zahlen ist (vgl. § 29 GewStG).⁸ Vor diesem Hintergrund drängt sich für die Gemeinden die Frage nach den rechtlichen Möglichkeiten der Verhinderung von Windkraftanlagen geradezu auf. Das Interesse an der Verhinderung dürfte angesichts der Repowering-Versuche erheblich wachsen, und zwar schon deshalb, weil von den größeren Anlagen auf die in der Nähe wohnenden Menschen entsprechend gesteigerte nachteilige Wirkungen zu erwarten sind.

III. Möglichkeiten legaler Verhinderungsplanung

1. Respektierung naturschutzrechtlicher Schutzvorschriften

Unabhängig davon, ob Windkraftanlagen erstmals geplant oder ob alte Anlagen ersetzt werden sollen, gilt, dass die Plangeber den naturschutzrechtlichen Vorschriften gerecht werden müssen. Häufig wird jedoch verkannt, dass fast überall in Deutschland namentlich die streng geschützten Fledermäuse und roten Milane anzutreffen sind. Soweit eine Störung oder Tötung der Tiere zu erwarten ist, sind Errichtung und Betrieb der Anlagen von vornherein unzulässig oder nur unter Betriebsbeschränkungen möglich. Die Schutzvorschrift des § 42 BNatSchG, die hier als Orientierungsgrundlage in den Blick zu nehmen ist, bezieht sich auf jedes einzelne gesetzlich geschützte Lebewesen, verfolgt also nicht lediglich die Erhaltung der Population. Der Schutz der Tiere ist strafbewehrt durch § 66 i. V. m. § 65 BNatSchG. Er wird nicht dadurch entwertet, dass § 43 Abs. 4 BNatSchG die absichtliche Beeinträchtigung voraussetzt; denn Absicht im Sinne dieser Regelung ist bereits dann anzunehmen, wenn der Handlungserfolg erkannt worden ist und die beeinträchtigende Anlage dennoch in Betrieb genommen wird.⁹ Demnach ist z.B. die Tötungsabsicht zu bejahen, wenn eine Windkraftanlage in einem Jagdgebiet der Tiere errichtet wird, wo es zwangsläufig zu Kollisionen kommen muss. Diese Klarstellung verdeutlicht den Rang der Schutzbestimmungen; dennoch gehört sie im engeren Sinne nicht zum Thema, weil die Ausnahmeregelung des § 43 Abs. 4 BNatSchG über die Absichtlichkeit der Beeinträchtigung auf die hier interessierende

Bauleitplanung nicht anwendbar ist. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut.¹⁰ In Planungsfragen ist somit ohne weiteres von dem Beeinträchtigungsverbot des § 42 BNatSchG auszugehen, sofern nicht eine Möglichkeit der Befreiung nach § 62 BNatSchG besteht. Die Voraussetzungen für eine Befreiung (wie die nicht beabsichtigte Härte sowie überwiegende Gründe des Gemeinwohls) können jedoch in aller Regel nicht vorliegen.¹¹

2. Die sozialen Anforderungen

Schon in der Vergangenheit haben sich die Gemeinden häufig vor der Beeinträchtigung durch Windkraftanlagen zu schützen versucht, indem sie in den Flächennutzungsplänen solche Flächen für den Anlagenbau vorgesehen haben, an denen die Anlagen nur geringe Störungen für die Einwohner entwickeln können. Solche Flächen sind aber für die Windstromproduktion oft nicht optimal geeignet. Die Plangeber mögen sich somit auf den ersten Blick der Auffassung des BVerwG¹² entzogen haben, es sei Raum für die Nutzung der Windenergie zu schaffen. Indessen konnten sich die Gemeinden durchaus auf der Seite des Gesetzgebers sehen; denn dieser verpflichtet sie dazu, eine nachhaltige städtebauliche Entwicklung zu gewährleisten (§ 1 Abs. 5 BauGB), die u.a. auf die sozialen Anforderungen Rücksicht nimmt und die eine menschenwürdige Umwelt sicherstellt. Diese Anforderungen erscheinen aber nur schwer erfüllbar, wenn sich die Lebensqualität wegen der benachbarten Anlagen nachvollziehbar vermindert. Das Problem verschärft sich in ländlichen Gemeinden zusätzlich durch Nachbarschaftsstreitigkeiten, weil die erlebten Nachteile oftmals von solchen Anlagen herrühren, die Bürgern der gleichen Gemeinde gehören.

3. Der Aspekt der Wirtschaftlichkeit

Des Weiteren wird der Plangeber die Frage nach dem Nutzen der Windkraft nicht vernachlässigen dürfen und den Nutzen als Abwägungsposten behandeln müssen.¹³ Folglich muss auch nach dem Nutzen gefragt werden, den die kommunalen Planungen für die Anlagenbetreiber haben können. Insofern kann für die Gemeinden im Prinzip nichts anderes gelten, als was für die Regionalverbände gilt. Diese sind gehalten, nur solche Standorte auszuweisen, die den Betreibern der Anlagen einen wirtschaftlichen Betrieb i. S. d. § 1 Abs. 2 Nr. 3 ROG ermöglichen können. Die Anforderungen, die das Gesetz stellt, können zwar nicht bezwecken, den künftigen Betreibern eigenständige wirtschaftliche Erwägungen abzunehmen; jedoch verbietet es sich für einen Träger öffentlicher Gewalt, durch planerische Vorgaben Vertrauenstatbestände zu schaffen, die zu wirtschaftlichen Fehlentscheidungen verleiten.

Der vorgesehene Standort muss also als hinreichend geeignet erscheinen, um eine echte wirtschaftliche Chance eröffnen zu können. Dem entspricht § 1 Abs. 3 BauGB, indem er eine Schranke für solche Planungen errichtet, die sich u. a. auch wegen wirtschaftlicher Hindernisse als nicht vollzugsfähig erweisen.¹⁴ Ein Fall der Ungeeignetheit liegt etwa vor, wenn ein Standort eingeplant wird, an dem bereits eine zuvor genehmigte Anlage aus Gründen wirtschaftlicher Ineffizienz aufgegeben werden mußte.¹⁵ Inwieweit das Repowering das Kosten-Nutzen-Verhältnis zu verbessern vermag, lässt sich nur mit Rücksicht auf sämtliche Betriebsbedingungen des Einzelfalls abschätzen. Zu diesen gehört u.a. auch die Schwierigkeit, in Windparks die Abstände der Anlagen untereinander neu festlegen zu müssen. Seitens der Plangeber wird aber oftmals nicht einmal bedacht,

welche Bedeutung der Förderungswürdigkeit nach dem EEG zukommt. § 10 Abs. 4 EEG hat deutlich gemacht, dass die Windstromproduktion nur als förderungswürdig gelten kann, wenn die Anlagen wenigstens 60 % eines näher definierten Referenzwertes erfüllen können. 60 % entsprechen weniger als 1.500 Volllaststunden. Der vom Gesetz definierte Mindestnutzen liegt damit um etwa 500 Volllaststunden unter der eingangs definierten Wirtschaftlichkeitsgrenze von mindestens 2.000 Volllaststunden. Die Erfüllung des Referenzwertes gewährleistet mithin lediglich einen Anspruch auf Teilhabe an der Förderung nach dem EEG. Wenn die Bauleitplanung den Eindruck erweckt, der Mindestnutzen lasse bereits einen wirtschaftlichen Betrieb erwarten,¹⁶ so wirkt sich dies insbesondere für solche Investoren irreführend aus, die mit den wirtschaftlich-technischen Zusammenhängen nicht vertraut sind, also in erster Linie für die zahlreichen unprofessionell agierenden Kleinanleger.

In diesem Zusammenhang können sich für den Plangeber durchaus auch haftungsrechtliche Fragen stellen. Werden die hier angesprochenen Tatsachen bei der Bauleitplanung vorsätzlich oder fahrlässig nicht veranschlagt, so kann sich in dem Fall, dass deswegen einem Kommanditisten der Miteigentumsanteil an der Anlage durch Insolvenz verlorengelht, der Gedanke an die Staatshaftung aufdrängen, weil Satzungsrecht unter rechtswidriger Vernachlässigung des Wirtschaftlichkeitsaspekts geschaffen worden ist. Insofern kann in vielen Fällen davon ausgegangen werden, dass es die Bauleitplanung versäumt hat, auf die Interessen eines individualisierbaren Personenkreises Rücksicht zu nehmen.¹⁷ Jedoch dürfte in aller Regel ebenfalls von Bedeutung sein, dass die Anlagenvermarkter, wenn sie für die benachteiligten Kapitalanleger bei der Standortbeschaffung gehandelt haben, die wirklichen Investitionsbedingungen gekannt haben, also auch jene, die die Planvorgaben wirtschaftlich illusorisch machen.¹⁸

4. Die Höhenbegrenzung

Die bedeutendste Möglichkeit, den Anlagenbau zu verhindern, besteht in der planungsrechtlichen Höhenbegrenzung. Da das Repowering neue Anforderungen an die Höhe der Anlagen stellt, erweitert sich zugleich die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Bewohner in der Nachbarschaft; denn zumindest die bedrängenden Wirkungen, die typischerweise von Windkraftanlagen ausgehen, nehmen mit der Höhe der Anlagen zu und erfordern somit größere Abstände. Das baurechtliche Rücksichtnahmegebot ist jedenfalls dann als verletzt anzusehen, wenn der Abstand zu bewohnten Gebäuden weniger als das Doppelte der Anlagenhöhe beträgt.¹⁹ Wo also eine alte Anlage von 150 m Gesamthöhe gerade noch als rechtlich hinnehmbar erscheinen mag, wenn der Abstand zu einem Wohngebäude 300 m beträgt, reicht dieser Abstand für eine erneuerte Anlage von 180 m Höhe nicht mehr aus. Dessen ungeachtet kann der doppelte Abstand in solchen Fällen nicht ausreichen, in denen die Betroffenen gesteigerten Beeinträchtigungen ausgesetzt sind, namentlich denen eines Windparks. In entsprechender Weise verschärfen sich die Anforderungen, die sich stellen, um einer nicht hinnehmbaren Verunstaltung der Landschaft (§ 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB) entgegenzuwirken. Zwar mag es Fälle geben, in denen bestandskräftig genehmigte alte Anlage das Landschaftsbild bereits so gravierend verschandelt haben, dass angenommen werden kann, eine neue Anlage vermöchte trotz größerer Höhe insofern keine weitergehenden Nachteile herbeizuführen;²⁰ eine solche Prognose ist jedoch nicht verallgemeinerungsfähig. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die destruktiven

Einflüsse zunehmen, weil sich aufgrund der neuen Höhe auch eine größere Fernwirkung einstellt. Zahlenmäßig bedeutend sind hier jene Fälle, in denen der Anlagenbau auf Konzentrationszonen i. S. v. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB beschränkt ist und das Repowering dort auf eine Höhenbegrenzung durch den Flächennutzungs- oder den Bebauungsplan trifft. Hier können sich die Höhenbegrenzungen dahingehend auswirken, dass Standortsucher durch die wirtschaftliche Unergiebigkeit des Standortes abgeschreckt werden. Ob sich allerdings die wirtschaftliche Ergiebigkeit stets als das maßgebliche Kriterium bei der Standortsuche auswirkt, ist eine andere Frage. Immerhin werden zunehmend Standorte akzeptiert, deren Rentabilität völlig unzureichend ist.²¹

IV. Möglichkeiten des Planungsermessens

1. Die kommunale Planungshoheit

Mit der Höhenbegrenzung können die Gemeinden aufgrund ihrer Planungshoheit ihren Außenbereich von Windkraftanlagen freihalten, obschon sowohl § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB als auch das EEG deutlich gemacht hat, dass der Bau von Windkraftanlagen gefördert werden soll. Freilich stoßen die Gemeinden mit ihren eigenen planerischen Vorstellungen auf Grenzen, wenn die im Rahmen des Planungsermessens zu treffenden Abwägungen fehlerhaft vorgenommen werden. Ein Abwägungsfehler, der hier insbesondere auf Interesse stößt, liegt vor, wenn die abzuwägenden öffentlichen und privaten Belange in ihrer Bedeutung falsch eingeschätzt werden.²² Die Gerichte haben jedoch zu respektieren, dass die der Gemeinde durch Art. 28 Abs. 2 GG zugewiesene Autonomie das Recht umfasst, für das eigene Gebiet die Grundlagen der Bodennutzung festzulegen.²³ Vor diesem Hintergrund ist nicht zu sehen, warum es nicht eine Frage der Grundlagen der Bodennutzung sein sollte, wenn auf dem Gebiet der Gemeinde rotierende Objekte von der Höhe einer Kathedrale errichtet werden sollen, die das Leben und Zusammenleben der Einwohner in verschiedener Hinsicht maßgeblich zu beeinträchtigen vermögen. Dennoch stellt sich die Frage, ob die Realisierung solcher Anlagen in Anbetracht der kommunalen Planungshoheit gerichtlich durchsetzbar ist. In dieser Hinsicht wird bereits prognostiziert, neue Flächennutzungspläne, die das Repowering nicht berücksichtigten, liefen Gefahr, als nichtig kassiert zu werden.²⁴ Damit dies geschehen könnte, müssten die Höhenbegrenzungen rechtswidrig sein. Davon wäre auszugehen, wenn ihnen im Einzelfall private oder öffentliche Belange entgegenstünden, deren Bedeutung gewichtig genug ist, um die Ausübung der Planungshoheit abwägungsfehlerhaft erscheinen zu lassen.

2. Kein entgegenstehender öffentlicher Belang

Dass der Gesetzgeber des BauGB und des EEG die Verminderung des CO₂-Ausstoßes mittels der Windstromproduktion anstreben, lässt noch nicht auf die Existenz eines öffentlichen Belangs schließen, der gem. § 1 Abs. 7 BauGB in die Abwägung der Plangeber einzubeziehen wäre. Unter den gegenwärtigen Rechtsverhältnissen ist nämlich davon auszugehen, dass der den Windkraftanlagen zugeordnete Beitrag zur CO₂-Minderung den Wert Null nicht zu übersteigen vermag. Durch die in Europa geschaffene

Möglichkeit, mit sogen. Verschmutzungsrechten handeln zu können, werden die Emissionen lediglich auf andere Standorte verlagert, so dass es im Ergebnis nicht zu einer Reduzierung der CO₂-Emissionen durch Windkraftanlagen kommen kann.²⁵ (Deutsche Rechtsgrundlage hierfür ist das TEHG von 2003.) Demgemäß muss sich auch die vom BVerwG²⁶ im Jahr 2002, also vor dem Erlass des TEHG, zum Ausdruck gebrachte Ansicht relativieren, die Plangeber müssten der Windenergienutzung „in substantieller Weise Raum schaffen“. Angesichts der Auswirkungen des TEHG gibt es jedenfalls keinen Gesichtspunkt dafür, die Nutzung der Windenergie als öffentlichen Belang in die planungsrechtliche Abwägung einzustellen, wenn man hier einmal unbedeutende Nebenaspekte vernachlässigt.²⁷ Würde dieser Gesichtspunkt eines Tages infolge einer Gesetzesänderung entfallen,²⁸ so würde dennoch ein Abwägungsdefizit verbleiben. Anlagen, die 180 m hoch und höher sind, könnten den Anforderungen des Landschaftsschutzes (vgl. § 19 Abs. 3 BNatSchG) überhaupt nur gerecht werden, wenn Windkraftanlagen einen Nutzen zu erbringen vermöchten, der den Eingriff in die Landschaft rechtfertigen kann. Zwar sieht sich der Gesetzgeber von der Annahme motiviert, Windkraftanlagen vermöchten dem Klimaschutz zu dienen;²⁹ aber dieses Motiv korrigiert nicht die Tatsache, dass ein solcher Effekt so außerordentlich gering ist, dass er keinen Eingriff in Natur und Landschaft zu rechtfertigen vermag.³⁰ Er vermag auch nicht die Wertminderung von Wohngrundstücken zu rechtfertigen, die in die Abwägung einzubeziehen ist³¹ und die angesichts der Ineffizienz der Windstromerzeugung oft schon für sich allein genommen ausreichen dürfte, um die adäquate Nutzung des Außenbereichs verneinen zu müssen.

3. Die Interessen der Windunternehmer

Es ist auch nicht zu sehen, woher ein Plangeber die Legitimation beziehen könnte, die gem. § 1 Abs. 7 BauGB vorzunehmende Abwägung dahingehend auszuüben, dass den Interessen der Antragsteller ein Vorrang einzuräumen sei. Das kann zunächst insofern nicht sein, als eine Gemeinde nicht verpflichtet sein kann, ihrerseits für einen Unternehmer nur die denkbar besten wirtschaftlichen Voraussetzungen zu schaffen;³² denn hierdurch würde das Planungsermessen weitgehend entzogen. Zwar argumentiert das BVerwG³³ mit der Formel vom „gesteigerten Durchsetzungsvermögen des privaten Interesses“; aber dieses Argument lässt sich nur bei differenzierter Betrachtung verwenden. Die hier in Betracht kommenden privaten Interessen sind nämlich von unterschiedlicher Art und nicht von vornherein mit gleichem Gewicht zu respektieren. Insbesondere muss zwischen den Interessen der Betreiber einerseits und denen der Hersteller und Vermarkter andererseits unterschieden werden. Während die Hersteller und Vermarkter an den Anlagen verdienen, noch bevor diese den Betrieb aufgenommen haben, hängt der Gewinn der Betreiber entscheidend vom Windaufkommen und damit oft auch von der Höhe der Anlagen ab. Eine Höhenbegrenzung wäre unangemessen, wenn sie eine sachlich nicht zu rechtfertigende Beschneidung von Unternehmerinteressen bedeuten würde. Hier ist aber zu sehen, dass die Interessen der Hersteller und Vermarkter trotz der Höhenbegrenzung eine Chance zur Verwirklichung behalten, soweit ihnen die Möglichkeit verbleibt, evtl. eine kleinere Anlage vermarkten zu können. Im übrigen ist der Aufwand, den die Vermarkter hierfür zu erbringen haben, vergleichsweise gering, zumal im Fall der Vermarktung mit einer Provision von schätzungsweise 10 % gerechnet werden kann, bezogen auf einen Anlagenwert von wenigstens 2,0 Mio. Euro.

Anders stellt sich demgegenüber die Situation für die Betreiber dar, also typischerweise für eine große Anzahl von Kapitalanlegern in einer Betreiber-KG. Sie tragen das volle Risiko, das sich aus einem unzureichenden Windaufkommen und somit auch aus einer zu geringen Anlagenhöhe ergibt. Indessen ist einem Urteil des OVG NRW³⁴ zu entnehmen, dass auch Höhen von lediglich 75 m schon für einen wirtschaftlichen Betrieb im Binnenland in Betracht kommen sollen. Ob im Einzelfall eine solche Einschätzung zulässig ist, hängt außer vom tatsächlichen Windaufkommen von Faktoren technischer Art sowie von Struktur und Bewuchs des Geländes ab. Im Allgemeinen wird eine Anlage von 75 m Höhe im Binnenland wegen unzureichenden Windaufkommens nicht wirtschaftlich betrieben werden können. Das gilt jedenfalls dann, wenn unter Wirtschaftlichkeit die Erwirtschaftung eines Betriebsergebnisses verstanden wird, das die Kosten abzudecken und wenigstens einen minimalen Gewinn zu erwirtschaften vermag, um überhaupt eine Ausschüttung an die Betreiber vornehmen zu können. Das OVG NRW macht für einen wirtschaftlichen Betrieb zur Voraussetzung, dass bei einer auf 75 m begrenzten Höhe eine mittlere Windgeschwindigkeit von 5 m/s (gemessen in 50 m Höhe) genutzt werden kann. In aller Regel können aber 5 m/s für einen wirtschaftlichen Betrieb nicht ausreichen.³⁵ Gutachten, die dennoch den wirtschaftlichen Betrieb prognostizieren, wird zunächst die Erfahrung entgegenzuhalten sein, dass Windgutachten gern die vorteilhaften Tatsachen zugunsten ihrer Auftraggeber zu überschätzen scheinen. Jedenfalls bedienen sie sich nicht selten einer fragwürdigen Methode, indem sie auf die zur sicheren Prognose benötigten Windmessungen völlig verzichten. Dennoch braucht hier auf das Argument der Unseriosität nicht zurückgegriffen zu werden. Überführt man die mittlere Windgeschwindigkeit in den Begriff der Volllaststunden, so wird bei 5 m/s auf jeden Fall deutlich weniger als die eingangs bezifferte Mindestvolllaststundenzahl von 2.000 zu erreichen sein. Immerhin würde der moderne marktgängige Anlagentyp E 70 des führenden deutschen Herstellers Enercon bei einer Windgeschwindigkeit von 5 m/s allenfalls 1.750 Volllaststunden erreichen können. Indessen brauchen die Vermarkter mit Rücksicht auf die eigenen wirtschaftlichen Erwartungen kein nachhaltiges Interesse an der zuverlässigen Begutachtung des ausgewählten Standortes zu haben; sie müssen aber ein nachhaltiges Interesse daran haben, Betreiber zu finden, die die Anteile erwerben und das Betriebsrisiko übernehmen. Ob die Vermarkter bereit sind, bei der Standortwahl Höhenbegrenzungen zu akzeptieren, hängt entscheidend von den jeweils bestehenden Vermarktungschancen ab. Das für sie wichtige Problem liegt darin, den prognostizierten Erfolg den potentiellen Erwerbern der Anlage glaubwürdig darzustellen. Hierzu dient normalerweise ein Prospekt. Inwieweit dessen Informationen den Tatsachen entsprechen, kann sich potentiellen Kapitalanlegern allerdings erst zuverlässig erschließen, wenn die Anleger hinreichend sachverständig sind. Davon ist i. d. R. nicht auszugehen, auch deshalb nicht, weil bei den Kapitalanlegern die nötige Aufgeschlossenheit für sachverständige Informationen oftmals von vornherein fehlt.

V. Konsequenzen

Die Situation ist durch eine widersprüchliche Argumentation gekennzeichnet. Während einerseits geltend gemacht wird, auch geringe Anlagenhöhen reichten für einen wirtschaftlichen Betrieb aus, wird andererseits gefordert, die Plangeber müssten sich unbedingt dem Repowering öffnen. Das OVG NRW kommt hier dem Interesse an einer Höhenbegrenzung entgegen. Indirekt suggeriert es damit jedoch bei den Kapitalanlegern, es bestehe die Möglichkeit, mit Anlagen von nur 75 m Höhe wirtschaftlich Strom zu erzeugen. Obwohl diese Möglichkeit an den noch verfügbaren Standorten des Binnenlandes kaum irgendwo gegeben sein kann, hat sie nun mittels der Autorität eines Gerichtsurteils den Anschein besonderer Glaubwürdigkeit erhalten. In Wirklichkeit wertet das OVG unrentable Standorte auf. Konkludent ermuntert es die Gemeinden, Standorte auszuweisen, deren Ausweisung sich gerade aus Gründen unzureichender Wirtschaftlichkeit verbieten müsste. Indessen ließe sich der Neubau missliebiger Anlagen auch gerade dadurch verhindern, dass die Möglichkeiten der Windkraft realistisch veranschlagt würden.

Autor:

Prof. Dr. jur. Erwin Quambusch, Trakehnerweg 50, 48308 Senden, Tel. 02597 8504, oder Rüttestr. 27, 79674 Todtnauberg, Tel. 07671 8603

Fußnoten-Sammlung (Quellenbezug)

- 1 Studie zur aktuellen Kostensituation 2002 der Windenergienutzung in Deutschland, S. 28.
- 2 Volllaststunden = Jahresenergieeintrag : installierte Leistung.
- 3 Es wird davon ausgegangen, daß die Wirtschaftlichkeitsgrenze als erreicht gilt, wenn die Summe der Kosten die Summe der erzielten Einkünfte nicht mehr übersteigt.
- 4 Für diese und die übrigen im Text angeführten Berechnungen bedankt sich der Verf. bei den Dipl.-Ing. J. Waldmann und M. Lauffer, die sich ihrerseits z. T. auf Angaben von BWE und VDN bezogen haben.
- 5 Nach übereinstimmender Auskunft von Maklern ist von etwa 30 % auszugehen. Zur rechtlichen Problematik Quambusch, ZFSH/SGB 2005, 214.
- 6 Dabei stellt sich das Problem, daß keine zuverlässige Meßmethode verfügbar ist, um die gesundheitlichen Auswirkungen des von Windkraftanlagen verursachten Lärms zu erfassen; hierzu Quambusch, RdL 6/2007.
- 7 Vgl. z. B. FAZ v. 28. 8. 2006. Die Strafbarkeit folgt aus den §§ 331 ff. StGB.
- 8 Von diesem Grundsatz sind zwar Ausnahmen aus Gründen der Billigkeit denkbar (vgl. § 33 Abs. 1 GewStG), aber wohl nur selten zu ermöglichen; vgl. Meier, FR 2006, 538 sowie FG Niedersachsen, Urt. v. 16. 2. 2006, Az. 6 K 457/04.
- 9 Vgl. etwa VGH Kassel, NuR 2004, 393.
- 10 Vgl. auch BVerwG, NVwZ 2006, 1161. Angesichts dessen braucht hier auch nicht darauf eingegangen zu werden, daß § 43 Abs. 4 BNatSchG die europäische Regelung in Art. 16 FFH-RL nur unzureichend umgesetzt hat.
- 11 Diese Annahme wird sich in aller Regel auch deshalb als zwingend erweisen, weil für eine Ausnahme die strengen Anforderungen der FFH-RL und der VogelSchRL erfüllt sein müssen.
- 12 RdL 2003, 202 (204).
- 13 So ebenfalls BVerwG, RdL 2003, 202 (205).
- 14 Das BVerwG leitet dies aus dem Tatbestandsmerkmal der Erforderlichkeit ab; vgl. z. B. RdL 2003, 202 (203).
- 15 Vgl. Badische Zeitung v. 26. 8. 2006 zum Thema Rotoren-Ausverkauf.
- 16 So u. a. jüngst noch der Regionalverband Hochrhein-Bodensee in seinem Teilregionalplan Windenergie 2007.
- 17 Immerhin wenden sich die Normen hier nicht nur an die Allgemeinheit; vgl. auch BGH, DVBl. 1976, 173 (176).
- 18 Rechtsfragen des Innenverhältnisses sind hier ebenso wenig zu behandeln wie strafrechtliche Fragen, namentlich solche des Kapitalanlagebetrugs (§ 264 a StGB).
- 19 Vgl. BVerwG, Beschl. – 4 B 72.06 – v. 11. 12. 2006.
- 20 Vgl. VG Freiburg i. Br., ZUR 2006, 323.
- 21 Zur permanenten Verschlechterung der Standorte Boehmer-Beuth, Energie aus Windkraft, Okt. 2003, S. 45 ff.
- 22 Vgl. etwa BVerwGE 45, 309 (315).
- 23 Vgl. BVerfGE 56, 298 (310 ff.).
- 24 Wustlich, ZUR 2007, 16 (20 f.).
- 25 Zu diesem Ergebnis kommt das Gutachten des Wiss. Beirats beim BMWA v. 16. 1. 2004.
- 26 RdL 2003, 202 (204).
- 27 Vgl. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB, § 1 EEG. Namentlich um die Windkrafttechnik technologisch weiterzuentwickeln, wäre es ausreichend, sich auf die Anzahl der hierzu erforderlichen Anlagen zu beschränken.
- 28 An dem vom Wiss. Beirat (a. a. O.) formulierten Ergebnis wird sich allerdings nichts Wesentliches ändern, wenn ab 2008 die Verschmutzungsrechte seitens des Staates nicht mehr unentgeltlich zugeteilt werden; vgl. FAZ v. 19. 4. 2007, S. 12.
- 29 Vgl. BT-Drucks. 13/4978, S. 7.
- 30 Würde man von der absurden Annahme ausgehen, die Absicht zur CO₂-Verminderung, wie sie im Kyoto-Protokoll dokumentiert ist, lasse sich zu 100 % mittels der Erzeugung von Windstrom erreichen, so würde dies lediglich zu einer Verminderung des Treibhauseffekts von 1/100 °C führen; vgl. die Nachweise bei Schulte, Streit um heiße Luft, Die Kohlendioxid-Debatte, 2003, S. 44 ff., 166 ff.
- 31 Vgl. BVerwG, Urt. v. 16. 3. 2006, Az. 4 A 1075.04 (Schönefeld), sowie oben Fn. 5.
- 32 Vgl. auch BVerfGE 100, 226 (242 f.) zu den Grenzen, auf die insofern ein Eigentümer trifft.
- 33 RdL 2003, 202 (204).
- 34 Urt. v. 13. 3. 2006, Az. 7A 3414/04.
- 35 Nach einer vom OVG NRW zitierten Dokumentation des BUND soll sogar eine Windgeschwindigkeit von 4,7 m/s (gemessen in 50 m Höhe) noch für eine wirtschaftliche Nutzung in Betracht kommen.