

Stadt Jever  
Herrn Bürgermeister Albers  
Am Kirchplatz 11  
26441 Jever



JANN BERGHAUS  
Rechtsanwalt und Notar  
zugleich Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
FRANZ-A. DUIN  
Rechtsanwalt und Notar  
zugleich Fachanwalt für Arbeitsrecht  
KERSTIN STRÜBER  
Rechtsanwältin  
zugleich Fachanwältin für Familienrecht  
DR. JUR. RALF KIEHNE  
Rechtsanwalt  
zugleich Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
CHRISTOPH BRAND LL.M.  
Rechtsanwalt  
zugleich Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
DR. JUR. JAN RESHÖFT LL.M.  
Rechtsanwalt  
FRAUKE SCHLEMMINGER  
Rechtsanwältin  
Julianenburger Straße 31  
26603 AURICH  
Telefon (0 49 41) 6 10 82-84  
Telefax (0 49 41) 6 10 85

Unser Zeichen:  
00412/15/BII/Cr

Sachbearbeiter:  
RA Berghaus

Aurich, den 12.05.2016  
Frau Crede: Tel.: 04941-92366-20  
j.berghaus@rechtsanwaelte-  
berghaus.de

## Schreiben der Fraktion der FDP im Rat der Stadt Jever vom 07.04.2016

Sehr geehrter Herr Albers,

Sie hatten uns um eine rechtliche Stellungnahme zu dem Schreiben der FDP-Fraktion im Rat der Stadt Jever vom 07.04.2016 gebeten. Mit dem Schreiben fordert die Fraktion einen Aufschub der Bauleitplanung zur Windenergie (Moratorium), „bis belastbare wissenschaftliche nationale Studien über gesundheitliche Gefahren, die von Windkraftanlagen (WEA) für Menschen ausgehen, vorliegen“. In dem Schreiben wird auch von „rechtlichen Risiken für die Entscheidungsträger im Zusammenhang mit der Genehmigung von Windparks“ (Seite 2 unten) und „schwerwiegenden Haftungsrisiken“ „nicht nur für die Gebietskörperschaften, sondern vor allem auch für die Stadtratsmitglieder persönlich“ gesprochen (Seite 3 am Ende).

In rechtlicher Hinsicht ist zu dem Schreiben vom 07.04.2016 folgendes zu bemerken:

1.

Es ist unzutreffend, dass die „Bundesländer Bayern und Sachsen“ „beispielsweise gesetzlich die 10 H-Regelung“ vorgeschrieben hätten: Gemäß dem am 01.08.2014 in Kraft getretenen § 249 Abs. 3 BauGB konnten die einzelnen Bundesländer durch ein bis zum 31.12.2015 zu verkündendes Landesgesetz bestimmen, dass die in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB geregelte Privilegierung von Windkraftanlagen im baurechtlichen Außenbereich nur auf Windenergievorhaben Anwendung findet, die einen bestimmten Abstand zu den im Landesgesetz bezeichneten zulässigen baulichen Nutzungen einhalten (vgl. § 249 Abs. 3 Satz 1 BauGB). Von dieser bundesgesetzlichen Ermächtigung hat als einziges Bundesland der Freistaat Bayern durch die in Artikel 82 Absätze 1 bis 5 Bayerische Bauordnung (BayBO) getroffene Regelung Gebrauch gemacht. Der Freistaat Sachsen und alle anderen Bundesländer, die diese sogenannte Länderöffnungsklausel zum Teil auch vehement abgelehnt hatten, haben davon keinen Gebrauch gemacht. Inzwischen ist die in § 249 Abs. 3 BauGB gesetzte Frist bis zum 31.12.2015 auch abgelaufen.

Art. 82 Abs. 1 BayBO lässt die gesetzliche Privilegierung von Windkraftanlagen gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB im Übrigen auch nur dann entfallen, wenn der Abstand der Windkraftanlagen (vom Mastmittelpunkt aus gerechnet) nicht wenigstens das 10-fache ihrer Höhe zu Wohngebäuden im Bebauungsplangebiet gemäß § 30 BauGB, Wohngebäuden innerhalb bestimmter im Zusammenhang bebauter Ortsteile gemäß § 34 BauGB und Wohngebäuden im Geltungsbereich von Außenbereichssatzungen gemäß § 35 Abs. 6 BauGB beträgt. Nicht erfasst sind also z.B. Einzelwohngebäude im Außenbereich. Ein genereller Mindestabstand von Windkraftanlagen in der Größe der 10-fachen Gesamthöhe zu jeglichen Wohngebäuden ist also auch in Bayern nicht gesetzlich vorgesehen. Insbesondere zu allen Wohngebäuden im baurechtlichen Außenbereich gemäß § 35 BauGB und zu Wohngebäuden in Splittersiedlungen im Außenbereich, soweit diese nicht im Geltungsbereich einer Außenbereichssatzung gemäß § 35 Abs. 6 BauGB belegen sind, gilt der Mindestabstand also nicht. Außerdem gilt der Mindestabstand nicht gegenüber Windkraftanlagen, deren Zulässigkeit nicht nur durch die jeweilige Konzentrationsflächendarstellung im Flächennutzungsplan gemäß § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB geregelt wird (bauplanungsrechtliche Zulässigkeit dann gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB), sondern gleichzeitig auch durch einen z. B. im Parallelverfahren gemäß § 8 Abs. 2 BauGB aufgestellten Bebauungsplan gesteuert wird (planungsrechtliche Zulässigkeit dann gemäß § 30 BauGB), (vgl. Art. 82 Abs. 5 BayBO).

Die Aussage, in Bayern wäre ein Mindestabstand der 10-fachen Gesamthöhe der jeweiligen Windkraftanlage zu allen Wohngebäuden gesetzlich geregelt, wäre also vollkommen unzutreffend. Zu den das Potential für eine Windenergienutzung im baurechtlichen Außenbereich einer Gemeinde in den meisten Fällen am stärksten einschränkenden Einzelwohngebäuden im Außenbereich (aber auch zu Splittersiedlungen im Außenbereich, die nicht mit einer Außenbereichssatzung gemäß § 35 Abs. 6 BauGB überzogen sind), gibt es also gar keine Abstandsregelung im Freistaat Bayern. Schon daraus ist im Übrigen auch ersichtlich, dass gerade nicht Gesundheitsgefahren oder angenommener weiterer Aufklärungsbedarf im Hinblick auf die Immissionen von Windkraftanlagen Gründe für die in Bayern getroffene gesetzliche Regelung waren.

2.

In allen anderen Bundesländern und auch in Niedersachsen gibt es gar keine gesetzliche Regelung zu Mindestabständen zwischen Windkraftanlagen und Wohnhäusern. Auch die von Ihrer FDP-Fraktion genannte „gesetzliche Regelung in Niedersachsen von 2 H“ gibt es nicht. Es wird aber in der Rechtsprechung (vgl. Niedersächsisches Obergerverwaltungsgericht, Beschluss vom 16.07.2012 – 12 LA 105/11 -, zitiert nach juris, Rdn. 8, Beschluss vom 20.07.2012 – 12 ME 75/12 -, zitiert nach juris, Rdn. 12, Beschluss vom 12.07.2013 – 12 LA 174/12 -, zitiert nach juris, Rdn. 6 und 7) und in der juristischen Literatur verbreitet angenommen, dass ein Abstand von weniger als dem Zweifachen der Gesamthöhe einer Windenergieanlage (2 H) zu einem Wohnhaus in der Regel zu einem Verstoß gegen das baurechtliche Rücksichtnahmegebot gemäß § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BauGB gegenüber dem Eigentümer des jeweiligen Wohnhauses wegen der optisch bedrängenden Wirkung der jeweiligen Windkraftanlage führt. Deshalb empfehlen auch der Niedersächsische Windenergieerlass (Nds. MBl. 2016, 190 ff.) und die Arbeitshilfe „Regionalplanung und Windenergie“ des Niedersächsischen Landwirtschaftsministeriums und des Niedersächsischen Landkreistages (NLT) (Stand: 15.11.2013) als sogenannte „harte Tabuzone“ bei der Planung von Konzentrationsflächen für Windkraftanlagen von dem Zweifachen der Gesamthöhe der jeweiligen Referenzanlage, im Falle von 200 m hohen Referenzanlagen also von 400 m als harter Tabuzone, in der die Errichtung von Windenergieanlagen schon aus rechtlichen Gründen ausgeschlossen ist, auszugehen (vgl. Erlass a.a.O., Anlage 2 = Tabelle 3, Seite 208).

3.

Tieffrequenter Schall und Infraschall (also tieffrequenter Schall unterhalb der Hörbarkeitsschwelle) von Windkraftanlagen stellen nach allen vorliegenden wissenschaftlichen Erkenntnis-

sen und der bundesweit einheitlichen Verwaltungs- und Rechtsprechungspraxis ab einem Abstand von etwa 250 m zu Windkraftanlagen kein diskussionwürdiges Problem dar. Die wissenschaftliche Diskussion und die mögliche Änderung der DIN 45680 zum Thema „*tieffrequenter Geräusche*“ beziehen sich nur auf die möglichen Auswirkungen tieffrequenten Schalls in wesentlich geringeren Entfernungen und gerade nicht auf den tieffrequenten Schall von Windkraftanlagen, die wegen der üblichen Entfernungen von 500 m und mehr zwischen Windkraftanlagen und Immissionsort dort stets „*nur einen Bruchteil des in der Umgebung messbaren Infraschalls*“ erzeugen (vgl. **Bayerischer VGH, Beschluss vom 08.06.2015 - 22 CS 15.868** -, zitiert nach juris).

Zu diesem Thema (Infraschall von Windenergieanlagen) verweisen wir auf die vorgenannte Entscheidung des Bayerischen VGH vom 08.06.2015 - 22 CS 15.868 -, deren einschlägige Ausführungen wir Ihnen im Volltext bereits übersandt hatten, auf die Untersuchungen der Landesanstalt für Umwelt, Messungen und Naturschutz Baden-Württemberg (LUBW, Stand: Dezember 2014 „*Zwischenbericht 2014*“), die Ihnen bereits übersandten Ausführungen „*Präsentation*“ des Umweltbundesamtes vom 28.09.2015 anlässlich der Informationsveranstaltung im Landkreis Leer und die Veröffentlichung des Niedersächsischen Ministeriums für Umwelt, Energie und Klimaschutz „*Fragen und Antworten zum Windenergieerlass*“ vom 14.12.2015 zu Ziffer 3 („*Gehen Gesundheitsgefährdungen von Infraschallemissionen der Anlagen aus?*“), wo es am Ende heißt: „*Unterhalb der Hörschwelle konnten bisher keine Wirkungen des Infraschalls auf den Menschen belegt werden.*“

In einer weiteren Entscheidung eines Oberverwaltungsgerichts zu diesem Thema, die wir in den letzten Tagen erhalten haben, heißt es:

*„Schädliche Umwelteinwirkungen auf das Wohngrundstück des Antragstellers durch Infraschall sind voraussichtlich nicht zu erwarten. Infraschall ist in der Umwelt ein allgegenwärtiges Phänomen, das außer durch Windkraftanlagen auch noch durch zahlreiche andere Quellen wie den Straßenverkehr, den Wind als solchen und die Meeresbrandung hervorgerufen wird. Tieffrequenter Schall durch Windenergieanlagen liegt im Allgemeinen unterhalb der Wahrnehmungsschwelle des menschlichen Gehörs. Er führt nach dem bisherigen Stand wissenschaftlicher Erkenntnisse grundsätzlich nicht zu Gesundheitsgefahren.“*  
(vgl. **Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 06.05.2016 - 8B 866/15** -, Beschlussumdruck Seite 13).

Ein Forschungsbedarf zum Thema Infraschall von Windkraftanlagen wird wegen der stets vorhandenen Mindestentfernungen zwischen Windkraftanlagen und Wohnhäusern nicht einmal von denjenigen Schall-Fachleuten bejaht, die einen grundsätzlichen Forschungsbedarf zu den möglichen Folgen von Infraschall sehen (vgl. zu diesem Ergebnis der Auswertung aller veröffentlichten Studien: Umweltbundesamt a.a.O.).

4.

Vollkommen abwegig ist der Hinweis auf eine mögliche Haftung der Stadt oder gar der einzelnen Ratsmitglieder im Falle der Fortsetzung der Bauleitplanung.

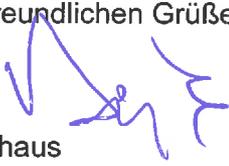
Eine Haftung der Kommune setzt ein rechtswidriges schuldhaftes Handeln ihrer Amtsträger (im haftungsrechtlichen Sinne des § 839 BGB) voraus. Ein Rückgriff der haftenden Kommune auf die einzelnen Amtsträger setzt gemäß Art. 34 Grundgesetz (GG) sogar vorsätzliches oder grob fahrlässiges rechtswidriges Handeln der Amtsträger voraus (vgl. Art. 34 Sätze 1 und 2 GG). Die Fortsetzung der Bauleitplanung auch unter Berücksichtigung des Erkenntnisstandes und Forschungsbedarfs zu Infraschall ist aber gerade nicht pflichtwidrig, überhaupt nicht schuldhaft und überhaupt nicht fahrlässig (erst recht nicht grob fahrlässig). Deshalb finden auch bundesweit gerade überall Bauleitplanungen und Regionalplanungen zusätzlicher Konzentrationsflächen für

Windkraftanlagen trotz der vielerorts von Windkraftgegnern ins Feld geführten angeblichen Infrasschallrisiken statt.

Sollten sich aus späteren Forschungsergebnissen trotz der einhelligen derzeitigen Meinung der Schall-Fachleute doch Gesundheitsgefahren wegen des von Windkraftanlagen ausgehenden Infrasschalls ableiten lassen, wären alle Immissionsschutzbehörden der einzelnen Bundesländer gem. § 17 BImSchG berechtigt und verpflichtet, nachträgliche Betriebsbeschränkungen der Windkraftanlagen zu verfügen.

Eine Haftung der Stadt Jever und erst recht einzelner Mitglieder des Stadtrates in Falle der In-kraftsetzung der begonnenen Bauleitplanung ist aus den vorgenannten Gründen demgegenüber rechtlich vollkommen ausgeschlossen.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'Berghaus', written in a cursive style.

Berghaus  
Rechtsanwalt