Gutachtliche Stellungnahme zu den rechtlichen Konsequenzen der behördlichen Anwendung des Helgoländer Papiers

von

Prof. Dr. Edmund Brandt

im Auftrag des Fördervereins der

Koordinierungsstelle Windenergierecht (k:wer) e. V.

Dezember 2016

G l i e d e r u n g

Einleitung 1

1) Ausgangslage 1
2) Mit der gutachtlichen Stellungnahme verfolgte Ziele 2
3) Methodische Überlegungen und Gang der Darstellung 3

I Kategoriale Anforderungen an das behördliche Handeln im Verwaltungsverfahren 6

1) Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung 6
2) Ausprägungen des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung 6
3) Maßgebliche Kriterien für die rechtlichen Voraussetzungen des Verwaltungsaktes 8

II Rechtsfolgen und Merkmale der Rechtswidrigkeit behördlichen Handelns Im Verwaltungsverfahren 10

1) Begriffliche Klärungen 10
2) Die einzelnen Fehlerfolgen 10
3) Merkmale/Charakteristika rechtswidriger Verwaltungsakte 11
4) Folgerungen 14

III Konsequenzen im Hinblick auf die Anwendung/Heranziehung des Helgoländer Papiers 16

1) Begrifflich-kategoriale Klärungen 16
2) Speziell: Auswirkungen von Gutgläubigkeit/Bösgläubigkeit 22
3) Konsequenzen für die an dem Verfahren Beteiligten 22

IV Haftungsfragen 25

1) Der Folgenbeseitigungsanspruch 25
2) Amtshaftung 27
3) Entschädigung für Beeinträchtigungen des Eigentums 34

V Zusammenführung der Teilbefunde und Handlungsempfehlungen 36

Literaturverzeichnis 38

Einleitung

1) Ausgangslage

Die „Diskussionswellen“, die das sog. Helgoländer Papier[1] in den vergangenen Jahren erzeugt hat, haben sich deutlich verändert: Dominierten ursprünglich fachwissenschaftlich determinierte Auseinandersetzungen,[2] ließ das UMK-Votum vom Frühjahr 2015[3] die Frage in den Vordergrund treten, worum es sich beim Helgoländer Papier eigentlich handle und welche normative Kraft von ihm ausgehe. Anders als die Plausibilität von in dem Dokument enthaltenen Empfehlungen[4] dürfte die Frage seiner Rechtsnatur und der von ihm ausgehenden rechtlichen Bindungswirkung inzwischen beantwortet sein.[5] Das gilt auch für die Kompatibilität des Helgoländer Papiers mit grundsätzlichen wissenschaftlichen Anforderungen.[6]

Auf einem anderen Blatt steht, wie die maßgeblichen Akteure die eben genannten Erkenntnisse rezipieren und namentlich, was daraus folgt, wenn – weiterhin – so getan wird, als könne behördliches (und gerichtliches) Handeln auf das Helgoländer Papier gestützt werden. Der erste Aspekt betrifft vorrangig die Überwindung bzw. Transzendierung der Rezeptionshürden, die bei Behörden und nicht zuletzt auch bei höchsten Gerichten zu beobachten sind – nämlich vorzugsweise sich selbst zitierend beziehungsweise auf die „gefestigte Rechtsprechung“ zurückgreifend und sie wiederholend, ohne es der Mühe wert zu finden, Argumente von außen zur Kenntnis zu

---

[1] Die offizielle Bezeichnung lautet „Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten (LAG VSW), Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten (Stand: April 2015), Berichte zum Vogelschutz 51 (2014), S. 15 ff“ – im Folgenden zitiert als: Helgoländer Papier.

[2] Gelegentlich konnte man in dem Zusammenhang allerdings den Eindruck gewinnen, von der fachwissenschaftlichen Diskussion im eigentlichen Sinne bis zur Fachsimpelei sei es nur ein kleiner Schritt.

[3] 84. Sitzung der UMK am 22.05.2015.

[4] Darüber wird nach wie vor gestritten.

[5] *Brandt*, Das Helgoländer Papier aus rechtlicher Sicht, ZNER 2015, S. 336 ff.; *Schlacke/Schnittker*, Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten, 2015.

[6] *Brandt*, Das Helgoländer Papier – Grundsätzliche wissenschaftliche Anforderungen, 2016.

nehmen geschweige denn, sich mit ihnen auseinanderzusetzen.[7] Der zweite Aspekt bedarf der näheren Prüfung, nicht zuletzt im Hinblick darauf, was von behördlichen (und gerichtlichen) Entscheidungen zu halten ist, die auf Aussagen im Helgoländer Papier fußen

2) Mit der gutachtlichen Stellungnahme verfolgte Ziele

Das übergeordnete Ziel, das mit der gutachtlichen Stellungnahme verfolgt wird, besteht darin herauszuarbeiten, welche Rechtsfolgen es auslöst, wenn das Helgoländer Papier für behördliche (und gerichtliche) Entscheidungen rechtlich folgenreich wird.
Um es erreichen zu können, ist eine Reihe von Teilzielen anzustreben: Basisgröße für alle sich anschließenden Überlegungen muss die Ermittlung der kategorialen Anforderungen sein, die es zu erfüllen gilt, damit behördliches Handeln im Verwaltungsverfahren[8] Rechtmäßigkeitsanforderungen standhält. Die rechtliche Messlatte ist zu bestimmen – zunächst grundsätzlich, im weiteren Verlauf unter besonderer Berücksichtigung der im hier interessierenden Zusammenhang in erster Linie relevanten Aspekte. Würde es sich dabei lediglich um – gewissermaßen zur Disposition stehende – normative Impulse handeln, wäre ihre rechtliche Durchschlagskraft gering, wollte man überhaupt eine solche annehmen. Die Ergiebigkeit der Statuierung derartiger Anforderungen steht und fällt also damit, welche Konsequenzen im Verwaltungsverfahren erfolgte rechtswidrige behördliche Handlungen haben. Sie sind deshalb zu ermitteln, und aus den erzielten Befunden sind Schlüsse zu ziehen. Dabei geht es logischerweise auch um Haftungsfragen. Auch insoweit braucht es einige grundsätzliche begriffliche und kategoriale Klärungen. Auf der Grundlage sind Überlegungen zur Reichweite anzustellen, die eine derartige Haftung erreichen kann.

[7] Sie liefern damit einen eindrucksvolle – wenn auch für die Praxis alles andere als tröstliche – Beleg für selbstreferenzielle System, und der von ihnen hartnäckig wahrgenommenen Möglichkeit, sich Einflüssen von außen zu verschließen. Grundsätzlich dazu *Luhmann*, Soziale Systeme, 1987, S. 140 ff.
[8] Nur zur Klarstellung: Darauf beschränkt sich behördliches Handeln nicht, etwa wenn die Behörde fiskalisch tätig wird.

Die auf die Weise erzielten Erkenntnisse sind in Beziehung zueinander zu setzen, Teilbefunde sind zusammenzuführen und daraus Handlungsempfehlungen abzuleiten.

3) Methodische Überlegungen und Gang der Darstellung

Die zur Anwendung kommende Methodik und das Ausmaß der Entfaltung methodischer Überlegungen haben sich strikt daran zu orientieren, welchen Beitrag zur Erkenntnisgewinnung sie zu leisten vermögen und in welchem Umfang bzw. wo angesetzt werden muss, um die erforderliche Durchdringung vornehmen zu können. Das bedeutet konkret:

- Die Rechtsnatur des Helgoländer Papiers muss nicht – erneut – diskutiert werden. Vielmehr genügt es, insoweit die dazu bestehenden Befunde heranzuziehen, an den entsprechenden Stellen zu integrieren und Folgerungen abzuleiten.[9]
- Das gilt auch im Hinblick auf die Nichteinhaltung grundsätzlicher wissenschaftlicher Anforderungen im Helgoländer Papier.[10]
- Eigene rechtswissenschaftliche Durchdringungsleistungen stehen weiterhin nicht an, soweit es um die Ermittlung kategorialer Anforderungen an das behördliche Handeln im Verwaltungsverfahren sowie die Herausarbeitung der Rechtsfolgen rechtswidrigen behördlichen Handelns auf der allgemeinen Ebene geht. Vielmehr sind insoweit – lediglich – diejenigen Erkenntnisse zu ermitteln, zu sichten und kompakt darzustellen, die als allgemein anerkannter Stand der Verwaltungsrechtsdogmatik gelten können.[11]
- Anders stellt es sich dort dar, wo es um die Konsequenzen für behördliches Verhalten im Verwaltungsverfahren bei Zugrundelegung des Helgoländer Papiers geht. Hier muss aus einer Reihe von Gründen Neuland betreten und müssen Schritt für Schritt Erkenntnisse gewonnen werden. Soweit ersichtlich fehlt es nämlich insoweit sowohl in der behördlichen Praxis als auch in Gerichtsentscheidungen, in denen das Helgoländer Papier eine Rolle spielt, an einem Problembewusstsein. Dementsprechend sind hier

[9] Siehe dazu Fn. 5.
[10] Siehe dazu Fn. 6.
[11] Stellvertretend seien genannt *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2011, sowie *Kloepfer*, Verfassungsrecht I § 10.

sukzessive die maßgeblichen Bestimmungsgrößen freizulegen, in ihrem Bedeutungsgehalt zu bestimmen und funktional in die Folgenanalyse einzustellen. Unter anderem wird es in dem Zusammenhang gehen um a) das Gewicht des Helgoländer Papiers im Kontext der behördlichen Entscheidung, b) die Erörterung der Frage, was es bedeutet, wenn sehr wohl eine tragfähige Ermächtigungsgrundlage zur Verfügung gestanden hätte, tatsächlich aber auf das Helgoländer Papier zurückgegriffen wurde, c) die Erörterung der Frage, ob insoweit subjektive Komponenten eine Rolle spielen und wenn ja, welche, schließlich d) welche Haftungsfolgen ausgelöst werden können.

Die absolut im Vordergrund stehende Praxisorientierung verbietet es, sich beim Umgang mit dem normativen Grundgerüst, wie es sich auf der Verfassungsebene namentlich aus Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG sowie auf der einfachgesetzlichen Ebene aus § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG – Tötungsverbot – ergibt, ganz überwiegend auf die in weiten Teilen der Literatur entwickelte[12] und vom Verfasser geteilte[13] rechtsdogmatische Durchdringung leiten zu lassen. Ein solches Vorgehen würde die Gefahr in sich bergen, gerade an neuralgischen Punkten die „Andockfähigkeit“ zu verlieren. Das schließt nicht aus, jeweils die für richtig gehaltene Sichtweise zu benennen. Basisgröße hat jedoch das zu sein, was mittlerweile als „gefestigte Rechtsprechung“ gilt.[14]

Wiederum mit Blick auf die angestrebte Praxisorientierung und um der besseren Verständlichkeit willen werden an der einen oder anderen Stelle Wiederholungen in Kauf genommen.

Daraus ergibt sich der folgende Gang der Darstellung: Unter I werden die kategorialen Anforderungen an das behördliche Handeln im Verwaltungsverfahren dargestellt. Zentral ist dann die Erörterung der Merkmale und Rechtsfolgen der Rechtswidrigkeit behördlichen Handelns im Verwaltungsverfahren (unter II). Die Konsequenzen im Hinblick auf die Heranziehung des Helgoländer Papiers werden unter III erörtert. Und

[12] Zusammenfassend dazu *Willmann*, Der besondere Artenschutz als Element der Genehmigungsentscheidung eines Flächennutzungsplans, 2015, S. 22 ff.
[13] Siehe etwa *Brandt*, Naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative im Kontext der Genehmigung von Windenergieanlagen, in: Jahrbuch Windenergierecht 2013. Hrsg. *Edmund Brandt*, 2014, S. 45 ff., m. w. N.
[14] Gewissermaßen paradigmatisch insoweit *BVerwG*, Urt. v. 21.11.2013 – 7 C 40/11 –, *juris*, Rnrn. 13 ff..

schließlich geht es um Haftungsfragen (unter IV). Unter V sind die Teilbefunde zusammenzuführen und Handlungsempfehlungen abzuleiten.

I Kategoriale Anforderungen an das behördliche Handeln im Verwaltungsverfahren

Ganz überwiegend handelt die Verwaltung auf der Grundlage des Öffentlichen Rechts, insbesondere des Allgemeinen und Besonderen Verwaltungsrechts. Es gibt aber auch Bereiche, die privatrechtlich geprägt sind. Da es im hier interessierenden Zusammenhang ausschließlich um ein Tätigwerden im Zusammenhang beziehungsweise dem Umfeld der Genehmigung von Windenergieanlagen, also um die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben geht, kann der zuletzt genannte Bereich außen vor bleiben.

1) Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung bindet sie an die Regelungen des Gesetzgebers; die Kehrseite ist die Kontrolle durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit, deren Aufgabe nicht zuletzt darin besteht festzustellen, ob die Verwaltung die Gesetze beachtet hat.[15]

2) Ausprägungen des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung hat zwei Ausprägungen: den Vorrang des Gesetzes sowie den Vorbehalt des Gesetzes. Der Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG) besagt, dass die Behörden keine gegen die Gesetze verstoßenden Maßnahmen treffen dürfen. Das Vorrangprinzip verpflichtet die Verwaltung zu gesetzeskonformem Verhalten. Damit es nicht leerläuft und lediglich von symbolischer Art ist, sind an einen Verstoß Sanktionen geknüpft. Bezogen auf Verwaltungsakte, um die es hier geht, resultiert aus einem nicht-gesetzeskonformen Verhalten grundsätzlich ihre Anfechtbarkeit, ausnahmsweise ihre Nichtigkeit. Das

[15] Zusammenfassend dazu *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2011, § 6, w. w. N.

bedeutet im Umkehrschluss, dass sie – von dem Ausnahmefall der Nichtigkeit abgesehen – wirksam sind, sofern und solange sie nicht erfolgreich angegriffen wurden.

Im Zusammenhang mit der Genehmigung von Windenergieanlagen kommt im hier interessierenden Zusammenhang ein Verstoß gegen § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG dergestalt in Betracht, dass das Tatbestandsmerkmal „Tötungsverbot“ falsch – nämlich zu weit – ausgelegt wird.[16] Mit Blick auf das Helgoländer Papier ist das aber nicht der entscheidende Punkt. Deshalb muss an dieser Stelle darauf nicht weiter eingegangen werden, und die Überlegungen können sich auf den Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes konzentrieren.

Nach dem Vorbehaltsgrundsatz darf die Verwaltung nur tätig werden, wenn sie dafür über eine gesetzliche Ermächtigung verfügt. Immer dann, wenn es einer solchen gesetzlichen Ermächtigung bedarf, darf die Verwaltung also nur und erst dann handeln, wenn sie auf eine solche Ermächtigung zurückgreifen kann.
Wo sich die verfassungsrechtliche Verankerung des Vorbehaltsgrundsatzes befindet, ist umstritten.[17] Dass das Grundgesetz den Vorbehaltsgrundsatz enthält, steht demgegenüber aber fest. Deshalb muss zu der Kontroverse im weiteren Verlauf nicht Stellung genommen werden. Das gilt umso mehr, als es sich bei der Regelung der Anforderungen an die Genehmigung von Windenergieanlagen um Eingriffe in Freiheit und Eigentum handelt und wir es insoweit mit dem Eingriffsvorbehalt als der „Urform des Gesetzesvorbehalts“[18] zu tun haben.

Durch die Bindung an die Gesetze werden die Behörden zu gesetzesvollziehenden Organen. Gesetze als Rechtsnormen sind konditional gefasste Anordnungen: Verwirklicht ein konkreter Sachverhalt den Tatbestand eines Gesetzes, soll die darin vorgesehene Rechtsfolge gelten.[19]

---

[16] Dazu bereits Brandt, Zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Tötungsverbot“ in § 44 Abs. 1 Ziff. 1 BNatSchG, in: Jahrbuch Windenergierecht 2012. Hrsg. Edmund Brandt, 2013, S. 165 ff.
[17] Siehe dazu *Maurer*, § 6 Rnrn. 4 ff.
[18] *Maurer*, § 6, Rnr. 16.
[19] *Maurer*, § 7 Rnrn. 1 f.

Wie der Gesetzesvollzug zu geschehen hat, insbesondere, welche rechtlichen Anforderungen dabei zu beachten sind, ist nunmehr zu erörtern.

3) Maßgebliche Kriterien für die rechtlichen Voraussetzungen des Verwaltungsakts

Für den Gesetzesvollzug steht eine umfangreiche Gruppe von Verwaltungsmaßnahmen zur Verfügung. Nach wie vor das Zentrum solcher Maßnahmen bildet der Verwaltungsakt als hoheitliche Regelung eines Einzelfalls durch eine Verwaltungsbehörde mit unmittelbarer Außenwirkung (§ 35 Satz 1 VwVfG). Er ist dann rechtmäßig, wenn er allen Anforderungen gerecht wird, die die Rechtsordnung an ihn stellt. Rechtswidrig/fehlerhaft ist er demgegenüber dann, wenn er in formeller oder materieller Hinsicht mit dem geltenden Recht nicht im Einklang steht.

Der Verwaltungsakt entspricht den rechtlichen Anforderungen – und ist deshalb rechtmäßig,

- wenn im konkreten Fall die Behörde zum Handeln durch einen Verwaltungsakt befugt war,
- wenn die formelle Rechtsmäßigkeit gegeben ist (insbesondere Zuständigkeits-, Verfahrens- und Formvorschriften beachtet werden)

sowie

- wenn der Verwaltungsakt inhaltlich mit dem geltenden Recht vereinbar ist.

Auf die beiden erstgenannten Anstriche muss hier nicht weiter eingegangen werden. So wird im Helgoländer Papier beispielsweise nicht in Zweifel gezogen, dass die Zuständigkeit für die Genehmigung von Windenergieanlagen bei den BImSchG-Behörden liegt.

Etwas näherer Betrachtung bedarf demgegenüber die Frage der materiellen Rechtmäßigkeit. Rechtlichen Anforderungen wird ein Verwaltungsakt gerecht, wenn er insbesondere

- mit den bestehenden Gesetzen und Rechtsgrundsätzen übereinstimmt

und

- über eine Ermächtigungsgrundlage verfügt. Das ist dann nicht der Fall, wenn es eine solche Ermächtigungsgrundlage nicht gibt oder die Rechtsnorm, auf der der Verwaltungsakt beruht, wegen Verstoßes gegen höherrangiges Recht rechtswidrig oder verfassungswidrig und deshalb nichtig ist.[20]

Speziell im Hinblick auf die Ermächtigungsgrundlage ist also festzuhalten: Damit der Verwaltungsakt insoweit rechtmäßig ist, braucht es eine(!) Rechtsnorm, auf die er sich stützen lässt, also in der Lage ist, die intendierte Rechtsfolge auszulösen. Es beeinträchtigt die Rechtmäßigkeit demgegenüber nicht, wenn daneben(!) weitere Ermächtigungsgrundlagen ins Feld geführt werden, die sich als nicht tragfähig erweisen – solange eben eine verbleibt. Unbeantwortet ist danach:

- Ist es für die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes unerheblich = unschädlich, wenn sich die Verwaltungsbehörde explizit auf Rechtsnormen stützt, die allesamt – aus welchen Gründen auch immer – als Ermächtigungsgrundlage nicht in Frage kommen, es demgegenüber aber eine Rechtsform gibt, die tatsächlich in der Lage wäre, die Entscheidung zu tragen?
- Welche Rolle spielt insoweit eine falsche (oder keine) Begründung?
- Darf die Verwaltungsbehörde mögliche Rechtsnormen als Ermächtigungsgrundlage gewissermaßen „anbieten“, oder muss sie sich insoweit festlegen?

Darauf ist an entsprechender Stelle noch einzugehen.

[20] *Maurer*, § 10 Rnrn. 14 ff. Weitere rechtliche Anforderungen betreffen die Ermessensfehlerfreiheit, die Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und die Einhaltung des Bestimmtheitsgrundsatzes.

II Merkmale und Rechtsfolgen der Rechtswidrigkeit behördlichen Handelns im Verwaltungsverfahren

Soeben[21] wurde bereits dargelegt, dass – vom Sonderfall der Nichtigkeit abgesehen – seine Rechtswidrigkeit einen Verwaltungsakt angreifbar macht, aber nicht per se unwirksam werden lässt. Was das im Einzelnen bedeutet, ist im weiteren Verlauf kurz auszuführen. Zu dem Zweck bedarf es einiger weniger begrifflicher Klärungen (unter 1)). Die einzelnen Fehlerfolgen werden unter 2) behandelt. Die erzielten Befunde führen zu Folgerungen (unter 3)).

1) Begriffliche Klärungen

Zwei Begriffspaare sind zu unterscheiden: einerseits rechtmäßig und rechtswidrig, andererseits rechtswirksam und rechtsunwirksam (= nichtig). Die erste Frage – Rechtsmäßigkeit versus Rechtswidrigkeit – betrifft die Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht. Bei der zweiten Frage geht es um die intendierten Rechtswirkungen. Rechtswirksam ist/wird ein Verwaltungsakt, wenn die in ihm zum Ausdruck kommende Regelung – insbesondere als Gebot oder als Verbot – Geltung erlangt. Der Verwaltungsakt ist damit „in der Welt“, er kann „wirken“, auch wenn der Adressat meint, sein Inhalt sei rechtswidrig. Es resultiert aus der Funktion des Verwaltungsakts, dass die Verwaltung als Ausfluss der Staatsgewalt (zunächst) einseitig regeln kann.[22]
Erst nach einer etwaigen Feststellung durch die Widerspruchsbehörde oder ein Gericht führt die Rechtswidrigkeit zur Rechtsunwirksamkeit.[23]

2) Die einzelnen Fehlerfolgen

[21] Unter I 2).
[22] *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 2015, Rnr. 748.
[23] Dabei stellt sich die weitere – hier nicht zu erörternde – Frage, unter welchen Voraussetzungen, innerhalb welcher Zeit und von wem eine solche Feststellung getroffen werden kann und getroffen werden muss.

Auf die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts wird im Verwaltungsverfahrensrecht nicht einheitlich reagiert. Vielmehr gibt es in Abhängigkeit von Art und Schwere des Rechtsverstoßes unterschiedliche Fehlerfolgen. Mit *Maurer*[24] kann es die folgenden Rechtsfolgen geben:

- Von Anfang an Rechtsunwirksamkeit = Nichtigkeit bei offenkundigen und schwerwiegend rechtswidrigen Verwaltungsakten (§ 44 VwVfG),
- Anfechtbarkeit und Aufhebbarkeit bei rechtswidrigen Verwaltungsakten (geregelt in der VwGO),
- Unbeachtlichkeit von Verfahrensfehlern, wenn sie nachträglich geheilt werden (§ 45 VwVfG) oder wenn sie offensichtlich die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst haben (§ 46 VwVfG),
- Zurücknahme des rechtswidrigen Verwaltungsakts bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen durch die Behörde (§ 48 VwVfG),
- gegebenenfalls Umdeutung eines rechtswidrigen Verwaltungsakts in einen rechtmäßigen Verwaltungsakt (§ 47 VwVfG),
- jederzeitige Berichtigung eines offenbar unrichtigen Verwaltungsakts (42 VwVfG).

Im hier interessierenden Zusammenhang spielen ersichtlich nur die beiden zuerst genannten Fehlerfolgen eine Rolle. Auf sie ist deshalb im weiteren Verlauf näher einzugehen, und es sind diejenigen Parameter zu bestimmen, von denen die Klassifizierung der „normalen“ Rechtswidrigkeit mit der Folge der Anfechtbarkeit und Aufhebbarkeit einerseits bei offenkundigen und schwerwiegend rechtswidrigen Verwaltungsakten die Rechtsfolge als nichtig andererseits abhängt.

3) Charakteristika rechtswidriger Verwaltungsakte

Gemäß § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO hebt das Gericht den Verwaltungsakt (und den etwaigen Widerspruchsbescheid) auf, soweit er rechtswidrig und der Kläger dadurch in

[24] § 10 Rnr. 25.

seinen Rechten verletzt ist.[25] Der Begriff der Rechtswidrigkeit umfasst sowohl die bloße Anfechtbarkeit als auch die Nichtigkeit. Deshalb braucht das Verwaltungsgericht im Rahmen der Anfechtungsklage nicht zu prüfen, welche der beiden Formen der Rechtswidrigkeit vorliegt. Für die hier zu beantwortenden Fragen ist die Unterscheidung allerdings von Bedeutung: § 44 VwVfG nennt einerseits generell die Voraussetzungen, unter denen ein Verwaltungsakt nichtig ist (Abs. 1), beziehungsweise führt Konstellationen auf, die zur Nichtigkeit (Abs. 2) oder gerade (noch) nicht zur Nichtigkeit führen (Abs. 2 und 3).

Fehler im Sinne von § 44 Abs. 1 VwVfG sind solche, die in einem so schwerwiegenden Widerspruch zur geltenden Rechtsordnung stehen, dass es unerträglich wäre, wenn der Verwaltungsakt dennoch die von ihm beabsichtigten Rechtswirkungen hätte.[26] Der Verstoß muss nach Art und Ausmaß ein solches Gewicht haben, dass sich eine Einschränkung des Gebots der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zugunsten der Rechtssicherheit nicht mehr rechtfertigen ließe.[27] Deshalb ist der Rang der Rechtsvorschrift, gegen die der Verwaltungsakt verstößt, so dass nicht nur der Verstoß gegen Verfassungsrecht (beziehungsweise Gemeinschaftsrecht) zur Nichtigkeit führen kann, nicht entscheidend, vielmehr muss ein Durchschnittsbetrachter[28] den schweren Rechtsfehler wahrnehmen.
Anhaltspunkte für die Beurteilung liefern die in § 44 Abs. 2 und 3 VwVfG ausdrücklich geregelten Fälle.[29] Danach muss es sich grundsätzlich um Fehler handeln, die sich hinsichtlich Tragweite und Schwere mit denjenigen vergleichen lassen, die in Abs. 2 genannt sind, aber schwerer wiegen als die in Abs. 3 aufgeführten Mängel.[30]

Für die Rechtsfolge Nichtigkeit gemäß § 44 Abs. 1 VwVfG reicht es nicht aus, wenn der Verwaltungsakt an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet. Darüber hinaus

---

[25] Die Voraussetzungen sind kumulativ aufgeführt. Im Grunde ist jedoch die Erwähnung der ersten Voraussetzung überflüssig, da eine subjektive Rechtsverletzung rechtslogisch immer die objektive Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts voraussetzt. *Schenke*, in: *Kopp/Schenke*, VwGO, 2015, § 113 Rnr. 5
[26] So explizit *BVerwG* NVwZ 1984, 578. Siehe auch *BVerwG* NJW 1985, 2658.
[27] *OVG Magdeburg*, Urt. v. 15.03.2011 – 8 K 8.09 juris.
[28] BVerwGE 19, 287.
[29] Außerdem § 45 Abs. 1 VwVfG, wo es um die Rechtsfolgen der Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften geht.
[30] *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 2015, § 44 Rnr. 9.

muss der Fehler offenkundig sein. Mit Hilfe dieser zusätzlichen Hürde wird das Vollzugsinteresse der Verwaltung gewahrt. Offenkundigkeit bedeutet danach, dass die schwere Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsakts sich für einen unvoreingenommenen, mit den in Betracht kommenden Umständen vertrauten, verständigen Beobachter ohne Weiteres aufdrängen muss.[31] Die ernsthafte Möglichkeit, der Verwaltungsakt könnte doch rechtmäßig sein, darf für einen urteilsfähigen Durchschnittsbetrachter nicht bestehen.[32] Können hinsichtlich der Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit vernünftigerweise noch Zweifel bestehen, ist der Verwaltungsakt um der Rechtssicherheit willen zunächst – bis zur völligen Aufhebung – hinzunehmen.[33]

In der Diskussion über die Heranziehung von § 44 VwVfG geht es über weite Strecken um Zuständigkeitsfehler, Verfahrensfehler bei der Willensbildung, fehlende oder fehlerhafte Mitwirkungshandlungen und sonstige schwere formelle Mängel, wie etwa die Verletzung des Schriftformerfordernisses, Unklarheit oder Unbestimmtheit.[34] Im hier interessierenden Zusammenhang spielen sie keine Rolle. Deshalb ist auf sie nicht weiter einzugehen, wohl aber auf die Fehler, die in der Literatur unter der Sammelbezeichnung „sonstige schwere Verstöße“ gefasst werden.[35] Dazu gehört vor allem das Nichtvorhandensein einer gesetzlichen Grundlage. In dem Zusammenhang ist zu differenzieren: Fehlen einzelne Voraussetzungen einer gesetzlichen Ermächtigung für die durch den Verwaltungsakt getroffene Regelung, hat das nicht die Nichtigkeit zur Folge. Vielmehr liegt hier der „Regelfall der einfachen materiellen Rechtswidrigkeit“[36] vor; dabei spielt es keine Rolle, wo im Einzelnen der Fehler angesiedelt ist.[37] Zur Nichtigkeit führen demgegenüber schlechterdings überhaupt nicht zu rechtfertigende Akte. Sie können hier unberücksichtigt bleiben – erwähnt sei aber immerhin, dass Verwaltungsakte als nichtig angesehen worden sind, wenn besonders schwere Eingriffe angeordnet wurden, obwohl man wusste, dass wichtige Voraussetzungen fehlten.[38]

---

[31] So etwa die Formulierung in *OVG Lüneburg* DÖV 1986, 382.
[32] *OVG Münster* NVwZ 1988, 74.
[33] Bull/Mehde (Fn. 22), Rnr. 60.
[34] Zusammenfassend dazu *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 2015, § 44 Rnrn. 14 ff. m. w. N.
[35] *Kopp/Ramsauer*, a. a. O, Rnrn. 29 ff.
[36] *Kopp/Ramsauer*, a. a. O, Rnr. 30.
[37] *BVerwG* NJW 1984, 2114.
[38] *OVG Lüneburg* NVwZ-RR 2013, 129.

Typische Rechtswidrigkeitskonstellationen sind:

- Für den Verwaltungsakt fehlt es an einer Ermächtigungsgrundlage, eine solche ist aber nach den Rechtsgrundsätzen über den Vorbehalt des Gesetzes[39] erforderlich. Das gleiche gilt, wenn die Ermächtigungsgrundlage verfassungswidrig ist.

- Die Tatbestandsvoraussetzungen der Bestimmung, die zum Erlass derartiger Verwaltungsakte ermächtigt, sind im konkreten Fall nicht gegeben.

- Rechtsnormen werden zu Unrecht als einschlägig angesehen, falsch ausgelegt oder falsch angewendet.

- Bei der Rechtsanwendung kommt es zu Verfassungsverstößen, etwa mit Blick auf die falsche Einschätzung von Grundrechten.

- Die Behörde hat ihr Ermessen falsch ausgeübt.[40]

Da es vorliegend um „gebundene" Genehmigungen auf der Basis von § 6 Abs. 1 BImSchG geht, muss das zusätzliche Fehlereinfallstor, das § 114 Satz 1 VwGO bei Ermessensentscheidungen eröffnet,[41] im weiteren Verlauf nicht in die Überlegungen einbezogen werden.

4) Folgerungen

Setzt man die Erkenntnisse der Fehlerquellenlehre sowie die im Verwaltungsverfahrensgesetz und in der Verwaltungsgerichtsordnung vorgesehenen

[39] Siehe dazu oben unter I 2).
[40] Zusammenfassend dazu *Bull/Mehde* (Fn. 22), Rnr. 769 ff.
[41] Die Bestimmung lautet: „Soweit die Verwaltungsbehörde ermächtigt ist, nach ihrem Ermessen zu handeln, prüft das Gericht auch, ob der Verwaltungsakt oder die Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsakts rechtswidrig ist, weil die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist."

Rechtsfolgen mit dem durch die Heranziehung des Helgoländer Papiers angelegten „Potential“ in Beziehung, ergeben sich bestimmte Handlungsfelder, die einer näheren Betrachtung bedürfen. Sie sind angelegt zunächst auf der Ebene der Rechtsvoraussetzungen, wenn nämlich das Helgoländer Papier unmittelbar als Ermächtigungsgrundlage für das behördliche Handeln herangezogen wird beziehungsweise – häufig nicht ohne weiteres erkennbar – die Auslegung der Tatbestandsmerkmale Tötungs- und Störungsverbot in § 44 Abs. 1 Nr. 1 und 2 prägt. Sie erstrecken sich aber selbstverständlich auch auf die Rechtsfolgen, wenn als Konsequenz die Genehmigung versagt oder mit restringierenden Nebenbestimmungen versehen wird.

Dominierend dürften Fragen der Anfechtbarkeit und Aufhebbarkeit berührt sein, die – wie dargelegt – außerordentlich hohen Hürden, die § 44 VwVfG mit Blick auf die Nichtigkeit von Verwaltungsakten errichtet, lassen es demgegenüber eher als unwahrscheinlich erscheinen, dass sie insoweit eine Rolle spielen könnten.

III Konsequenzen im Hinblick auf die Heranziehung des Helgoländer Papiers

Hier ist stufenförmig vorzugehen. Zunächst ist begrifflich/kategorial zu klären, was Heranziehung des Helgoländer Papiers überhaupt bedeuten kann (unter 1)). Auf die Weise wird die Basis dafür geschaffen, Schritt für Schritt zu ermitteln, welche Konsequenzen sich aus den denkbaren Arten der Heranziehung des Helgoländer Papiers ergeben. Da es in der Diskussion nicht selten eine größere Rolle spielt, ist in einem besonderen Abschnitt auf die Auswirkungen von Gutgläubigkeit einerseits, Bösgläubigkeit andererseits einzugehen (unter 2)). Schließlich sind die Konsequenzen für die an dem Verfahren Beteiligten zu erörtern (unter 3)).

1) Begrifflich-kategoriale Klärungen

Heranziehung des Helgoländer Papiers kann denkbarerweise etwas sehr Verschiedenartiges bedeuten. Um Missverständnissen vorzubeugen, werden im Folgenden Ausprägungen genannt und wird auch bereits mit der Zielsetzung abgeschichtet, dass rechtlich Irrelevantes eliminiert wird.

- Heranziehung des Helgoländer Papiers kann zunächst meinen, die dort vertretenen Positionen zu einzelnen Vogelarten und/oder den dort entfalteten Ansatz zur Kenntnis zu nehmen und sich damit im Rahmen des eigenen Willensbildungsprozesses auseinanderzusetzen. Rechtlich ist das irrelevant und auch nicht zu greifen, es sei denn, das Ergebnis eines derartigen Willensbildungsprozesses wäre die als solche explizit artikulierte Absicherung der behördlichen Entscheidung durch das Helgoländer Papier, gewissermaßen also die Metamorphose des Dokuments von einem Diskussionsbeitrag[42] zur Rechtsgrundlage.[43] Maßgeblich ist danach, welche

[42] Vorsorglich noch einmal zur Klassifizierung als einen solchen Diskussionsbeitrag *Brandt (Fn. 5).*

Autorität die Behörde dem Helgoländer Papier für ihre Entscheidung beimisst – als Bündelung von Fachmeinungen, mit denen man sich auseinandersetzen und die man möglicherweise teilen kann oder auch nicht – oder als verbindliche Richtschnur für das eigene Handeln. Im erstgenannten Fall mag die Heranziehung des Helgoländer Papiers einer (fach-) wissenschaftlichen Überprüfung nicht standhalten;[44] im rechtlichen Kontext kommt es darauf aber nicht an, was die Behörde herangezogen hat, um sich eine Meinung zu bilden, sondern ob die Meinung selbst zu einer zumindest vertretbaren Interpretation der maßgeblichen Rechtssätze führt. Denkbare Angriffsfläche ist dann die Interpretation dieser Rechtssätze – hier namentlich von § 44 Abs. 1 Nr. 1 (und evtl. Nr. 2) BNatSchG –, sie mag rechtsfehlerhaft sein und damit zur Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts führen[45]; auf das Helgoländer Papier selbst kommt es dabei nicht an.

- Ganz anders stellt sich die Sachlage dar, wenn die Behörde das Helgoländer Papier als maßgebliche Bestimmungsgröße für das eigene Handeln benutzt, sich also aufgrund der dort enthaltenen Aussagen gehalten sieht, sich in einer bestimmten Weise zu bewegen. Das ist mit Hilfe einiger Szenarien näher auszuführen:

1. Einbezogen in das rechtlich folgenreiche Prüfprogramm werden von der Behörde diejenigen Vogelarten, die im Helgoländer Papier genannt sind, weil(!) sie dort aufgeführt sind. In dem Fall würde das Helgoländer Papier als Ermächtigungsgrundlage fungieren, um in die grundrechtlich geschützten Rechtspositionen des Antragstellers einzugreifen. Der Vorbehalt des Gesetzes[46] gebietet, dass ein solcher Eingriff nur dann zulässig ist, wenn ein bestimmtes von der Behörde zu benennendes Gesetz bzw. eine Rechtsverordnung dazu ermächtigt.[47] Das Helgoländer Papier ist kein Gesetz,

---

[43] Dazu sogleich. Auseinandersetzungen und gerichtliche Überprüfungen können sich logischerweise nur daran orientieren was offenbar ist beziehungsweise offenbar wird – anders formuliert: Wie im Zivilrecht (vergleiche § 119 BGB) sind Motive grundsätzlich unbeachtlich.

[44] Siehe dazu zusammenfassend *Brandt*, Das Helgoländer Papier, 2016, S. 32 ff.

[45] Siehe dazu oben unter II 3).

[46] Siehe dazu oben unter I 2).

[47] Im Zusammenhang mit dem vom Bundesverfassungsgericht entwickelten sog. Parlamentsvorbehalt reicht nicht mehr in jedem Fall eine Rechtsverordnung aus. Vielmehr muss in zwei Stufen geprüft werden, ob aus Gründen der „Wesentlichkeit“ ein förmliches Gesetz benötigt wird, um den insoweit bestehenden Anforderungen gerecht zu werden. Siehe dazu im Einzelnen *Bull/Mehde* (Fn. 22), Rnr. 174 ff., m. w. N. Da im hier interessierenden Zusammenhang Rechtsverordnungen keine Rolle spielen, muss auf die Unterscheidung nicht weiter eingegangen werden.

überhaupt keine Rechtsnorm.[48] Es kann demgemäß nicht als Ermächtigungsgrundlage dienen. Eine behördliche Entscheidung, die sich darauf stützt, ist folglich rechtswidrig, wie dargelegt[49] angreifbar, die Aufhebung gemäß § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO die Konsequenz.
In einem solchen Fall könnte u. U. sogar die Frage aufgeworfen werden, ob der Verwaltungsakt nicht gemäß § 44 VwVfG nichtig wäre. Besondere Nichtigkeitsgründe gemäß § 44 Abs. 2 VwVfG[50] liegen nicht vor. Umgekehrt haben wir es auch nicht mit Verstößen zu tun, die gemäß § 44 Abs. 3 VwVfG[51] **nicht** zur Nichtigkeit führen. Es verbleibt somit nur die Möglichkeit der Nichtigkeit aufgrund schwerer **und** offensichtlicher Fehler (§ 44 Abs. 1 VwVfG).

In dem Zusammenhang ließe sich ins Feld führen, dass die vollständige Missachtung des Verfassungsgrundsatzes des Gesetzesvorbehalts einen so schwerwiegenden Widerspruch zur geltenden Rechtsordnung und den ihr zugrunde liegenden Wertvorstellungen der Gemeinschaft darstellen könnte, dass es unerträglich wäre, wenn der Verwaltungsakt die von ihr beabsichtigten Rechtswirkungen hätte.[52] Freilich müsste insoweit wohl weiter differenziert werden. In der geschilderten Weise als schwerer Mangel wäre danach ein behördliches Verhalten zu klassifizieren, bei dem sich die Behörde so generieren würde, als bedürfte es für ihr mit Grundrechtseingriffen verbundenes Handeln keine Ermächtigungsgrundlage, als wäre sie insoweit frei. In dem Fall wäre es mit den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Verwaltung in der Tat unvereinbar, dem Verwaltungsakt den Anschein der Wirksamkeit zu lassen. In der hier zugrunde gelegten Fallkonstellation läge es so jedoch nicht: Die Notwendigkeit, sich auf eine Ermächtigungsgrundlage stützen zu müssen, würde nicht in Abrede gestellt, es wäre „nur“ der Rückgriff auf eine dafür nicht geeignete Ermächtigungsgrundlage. Die durch § 44 Abs. 1 VwVfG markierte äußerste Linie dürfte von daher in einem solchen Fall noch nicht überschritten sein.

---

[48] Dazu bereits *Brandt*, ZNER 2015, S. 336 ff., sowie *Schlacke/Schnittker*, Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten, November 2015, S. 19.
[49] Siehe oben unter I 2).
[50] Siehe dazu oben unter I 3).
[51] Siehe dazu oben unter I 3).
[52] Formulierung angelehnt an BVerwG, NVwZ 1984, 578.

Unabhängig davon müsste zusätzlich die zweite in § 44 Abs. 1 VwVfG normierte Voraussetzung erfüllt sein, damit es zur der Nichtigkeitsfolge kommen würde: die Offensichtlichkeit des Fehlers. Spätestens an der Stelle käme man nicht weiter, denn dem Verwaltungsakt wäre seine Fehlerhaftigkeit nicht „auf die Stirn geschrieben“[53], sie wäre nicht evident,[54] da der Verstoß gegen die Rechtsordnung nicht dem Tenor entnommen werden könnte, sondern erst als ein Begründungselement unter anderen Elementen identifiziert werden müsste. Das Erkenntnisvermögen eines aufmerksamen und verständigen Bürgers – nicht das eines geschulten Juristen – wäre damit überfordert.

Es bleibt also bei dem Befund der Anfechtbar- und Aufhebbarkeit; demgegenüber liefe es nicht auf die Nichtigkeit eines solchen Verwaltungsakts hinaus.

2. Als Ermächtigungsgrundlage für den (ablehnenden) Bescheid beziehungsweise die Nebenbestimmungen wird grundsätzlich der Windenergieerlass des betreffenden Bundeslandes herangezogen,[55] an neuralgischen/entscheidungserheblichen Stellen werden aber die Vorgaben des Erlasses durch die „Handlungsempfehlungen“ aus dem Helgoländer Papier ersetzt.

Für die Behörde ist ein (ministerieller) Erlass verbindlich; wenn er entsprechend formuliert ist, sind die Vorgaben 1 : 1 zu übernehmen. Lässt er Raum für Interpretationen, hat die Behörde die Obersatzbildung nach den gleichen Regeln vorzunehmen, die gelten würden, handelte es sich um ein Gesetz oder eine Rechtsverordnung. Ausgehend vom Wortlaut sind also bei Bedarf die einzelnen Auslegungsschritte unter Heranziehung der Auslegungsregeln zu vollziehen.[56] In dem Zusammenhang erscheint vorstellbar – namentlich im Rahmen des letzten Auslegungsschritts („teleologische Interpretation“), in dem nach dem Sinn und Zweck der konkreten Norm im Kontext des Gesamtzusammenhangs gefragt wird –, dass Überlegungen, die im Helgoländer Papier zu bestimmten Handlungsempfehlungen geführt haben, eine Rolle spielen, nämlich als Diskussionselement, das in die eigene

[53] So die klassische vielfach benutzte Formulierung.

[54] Zur dogmatischen Verankerung des Evidenzansatzes siehe *Maurer*, § 10 Rnr. 31, m. w. N.

[55] Zu den Windenergieerlassen siehe zusammenfassend *Willmann*, Windenergieerlasse der Bundesländer, 2016, S. 8 ff.

[56] Zu den Anforderungen bei der Auslegung siehe *Smeddinck*, Rechtliche Methodik, 2013, S. 5 ff.

Deduktion innerhalb(!) der Interpretation des Windenergieerlasses eingestellt wird. Aussagen im Helgoländer Papier hätten dann den gleichen Stellenwert und das gleiche Gewicht wie Diskussionsbeiträge auf Fachtagungen oder in Fachzeitschriften. Mit der Rechtsnatur des Helgoländer Papiers – nämlich kein untergesetzliches Regelwerk und keine Fachkonvention zu sein, sondern (lediglich) eine Stimme im fachwissenschaftlichen Diskurs –[57] nicht vereinbar wäre demgegenüber, wenn das Helgoländer Papier an die Stelle des Windenergieerlasses treten würde, ihm eine Art Lückenschließungs- oder Ergänzungsfunktion zukäme oder er zur Normkonkretisierung herangezogen würde. Wie bei der oben[58] erörterten Konstellation bekäme das Helgoländer Papier in dem Fall die Rolle als Ermächtigungsgrundlage – wenn auch nicht so augenfällig –, was einen Verstoß gegen die Rechtsquellenlehre[59] darstellen und den Anforderungen an den Gesetzesvorbehalt nicht gerecht würde.
Eine solchermaßen ausgerichtete Heranziehung des Helgoländer Papiers würde also zur Anfecht- und Aufhebbarkeit des Bescheides führen – aus den unter 1. genannten Erwägungen nicht zu seiner Nichtigkeit.[60]

3. Anzusprechen ist schließlich die Konstellation, bei der nicht auf einen Windenergieerlass zurückgegriffen werden kann, sei es, weil es in dem betreffenden Bundesland keinen gibt[61] oder weil in dem maßgeblichen Windenergieerlass der konkrete Sachverhalt nicht behandelt wird, die Behörde hier zwar nicht auf das Helgoländer Papier als (vermeintliche) Ermächtigungsgrundlage zurückgreift,[62] wohl aber bei der Interpretation der §§ 44 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 BNatSchG – Tötungs- und Störungsverbot – auf Aussagen in dem Dokument Bezug nimmt.

Im Hinblick auf die denkbaren Rechtsfolgen wird zu differenzieren sein:
Werden Aussagen im Helgoländer Papier für die Interpretation der einschlägigen Tatbestandsmerkmale übernommen und der weiteren Deduktion zugrunde gelegt,

[57] Siehe dazu noch einmal *Brandt (Fn.5.).*
[58] Unter 1.
[59] Dazu oben unter II.
[60] Erst-Recht-Schluss: Die Offenkundigkeit wäre noch ein Stück weiter entfernt als bei der dort behandelten Konstellation.
[61] Dazu noch einmal *Willmann*, (Fn.55).
[62] Dazu oben unter 1.

weil(!) sie so im Helgoländer Papier stehen, ihnen also insofern eine rechtliche Verbindlichkeit zugeschrieben wird, verstößt die Behörde dagegen, dass sie zu einer eigenständigen Rechtsanwendung verpflichtet ist, was nicht nur eine korrekte Subsumtion impliziert, sondern auch eine Obersatzbildung lege artis verlangt. Sie muss also einerseits diejenigen Vorschriften identifizieren, die überhaupt(!) geeignet sind, als Ermächtigungsgrundlage zu dienen, und sie muss in einem zweiten Schritt die einschlägigen Vorschriften korrekt auslegen. An einer solchen korrekten Interpretation fehlt es, wenn nicht Schritt für Schritt der Bedeutungsgehalt der einzelnen Tatbestandsmerkmale von § 44 Abs. 1 BNatSchG mit Hilfe der zur Verfügung stehenden Auslegungsmethoden[63] geklärt, sondern gemeint wird, das insoweit Maßgebliche stünde im Helgoländer Papier und müsste lediglich an der entsprechenden Stelle „platziert" werden. In dem Fall wäre wiederum die bereits oben angesprochene Rechtswidrigkeit des Bescheides die Folge.[64]

Anders ist die Sachlage zu beurteilen, wenn das Helgoländer Papier – richtigerweise – als Diskussionsbeitrag auch hinsichtlich der Interpretation der genannten BNatSchG-Bestimmungen[65] gesehen und entsprechend gewürdigt wird. Rechtsfehler sind dann selbstverständlich denkbar, insbesondere wenn bei der Interpretation Auslegungsregeln missachtet werden oder von vornherein gar nicht zur Anwendung gelangen. Spezifisch mit dem Helgoländer Papier hätte das dann jedoch nichts zu tun.[66]

4. Zusammenfassend ergibt sich danach folgendes Bild: Die Heranziehung des Helgoländer Papiers seitens der Behörde ist so lange unschädlich, so lange es als fachwissenschaftlicher Diskussionsbeitrag verstanden und als solcher – optional – in den eigenen Willensbildungsprozess eingestellt wird. Anders formuliert: Rechtsfehler treten insoweit nicht auf, als die Behörde das Helgoländer Papier nicht als von einer

[63] Siehe dazu noch einmal oben unter III 1).

[64] Siehe oben unter Fn. 59 II 2).

[65] Nur vorsorglich sei darauf hingewiesen, dass insoweit die Aussagen im Helgoländer Papier eher dürftig sind. Belastbare Aussagen enthält der darauf bezogene Passus im Helgoländer Papier (S. 15) nicht, was die paradoxe Situation bewirkt, dass man sich ersichtlich innerhalb eines konkreten rechtlichen Rahmens bewegen möchte, dann aber offenlässt, was das zu bedeuten hat. Siehe dazu im Einzelnen *Brandt*, Das Helgoländer Papier, 2016, S. 32 f.

[66] In dem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass man der Behörde eine rechtsfehlerhafte Interpretation der §§ 44 f. BNatSchG dann nicht wird vorhalten können, wenn sie sich auf der Linie der Rechtsprechung bewegt – ungeachtet der (massiven) Kritik, die diese Rechtsprechung berechtigterweise in der Literatur erfahren hat. Zu Letzterem siehe etwa *Brandt*, in: Jahrbuch Windenergierecht 2013, S. 45 ff.

fachlichen und/oder rechtlichen Autorität(!) kommend und deshalb(!) zu übernehmen beziehungsweise zugrunde zu legen einstuft.
Der Befund kippt in dem Augenblick, in dem unter Verkennung dessen, was die Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten ist und wie ihre Verlautbarungen einzuschätzen sind, rechtliche Fundierungen im Helgoländer Papier gesehen werden und das Dokument als rechtliches Fundament herangezogen wird, sei es anstelle von Windenergieerlassen oder sie gewissermaßen überwölbend – oder aber auch als maßgeblicher Bestimmungsfaktor bei der Interpretation von § 44 Abs. 1 BNatSchG. In dem Fall wird die Fehlerhaftigkeit des Bescheides ausgelöst, der ihn angreifbar und aufhebbar macht.

2) Speziell: Auswirkungen von Gutgläubigkeit/Bösgläubigkeit

Für die Entscheidung darüber, ob der Verwaltungsakt rechtmäßig oder rechtswidrig ist, ist die Gut- beziehungsweise Bösgläubigkeit der Akteure irrelevant. Insbesondere wird die Rechtswidrigkeit des Bescheides nicht dadurch vermieden, dass irrtümlich das Helgoländer Papier für eine geeignete Ermächtigungsgrundlage gehalten wird und/oder die in dem Dokument formulierten Handlungsempfehlungen für bindend angesehen werden. Maßgebliche Bezugsgröße ist nämlich das Handeln einer Behörde als „Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt“ (§ 1 Abs. 4 VwVfG); wir haben es mit einem funktionellen, nicht einem personalisierten Behördenbegriff zu tun.

Das Wissen um die rechtliche Irrelevanz des Helgoländer Papiers macht den Bescheid umgekehrt auch nicht „noch rechtswidriger“; insoweit gibt es keine Steigerung.[67] Die subjektive Komponente spielt allerdings bei der Frage der Haftung eine Rolle.[68]

3) Konsequenzen für die an dem Verfahren Beteiligten

[67] Zur Frage der Bedeutung für die Überschreitung der Nichtigkeitsschwelle siehe oben unter 2).
[68] Siehe dazu unten unter IV.

Ausgangspunkt ist § 10 VwVfG. Danach ist das Verwaltungsverfahren nicht an bestimmte Formen gebunden, soweit keine besonderen Rechtsvorschriften für die Form des Verfahrens bestehen; es ist einfach, zweckmäßig und zügig durchzuführen. Nach dem in § 24 VwVfG verankerten Untersuchungsgrundsatz hat die Behörde den entscheidungserheblichen Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln. Um das Verwaltungsverfahren rechtsfehlerhaft betreiben zu können, muss die Behörde weiterhin die Rechtskunde vorhalten bzw. sich gegebenenfalls verschaffen, welche nötig ist, um im Ergebnis zu rechtsfehlerfreien Entscheidungen zu gelangen und damit Rechtssicherheit zu gewährleisten.[69]

Im hier interessierenden Zusammenhang ergibt sich daraus die Verpflichtung, das Zusammenspiel der einzelnen Bestimmungen – insbesondere § 6 Abs. 1 BImSchG, § 44 Abs. 1 BNatSchG, Windenergieerlass – und auch den Bedeutungsgehalt der jeweiligen Normelemente zu durchdringen und für den zur Entscheidung anstehenden Fall fruchtbar zu machen. Wie weit sie dabei zu gehen hat beziehungsweise – anders formuliert – wie sehr sie sich rechtlichen Kontoversen widmen muss, steht nicht ein für allemal fest, sondern hängt davon ab, was erforderlich ist, um das Verwaltungsverfahren den Vorgaben des § 10 Satz 2 VwVfG gemäß betreiben zu können. Bezogen auf den Umgang mit dem Helgoländer Papier stellen sich insoweit keine größeren Probleme: Ohne sich durch irgendwelche Bibliographien oder spezielle Fachliteratur hindurcharbeiten zu müssen, führt ein einfacher Google-Zugriff sogleich zu den Befunden, auf die es insoweit ankommt.

Zwischenfazit: Um nicht Gefahr zu laufen, dass der Bescheid rechtswidrig wird, hat die Behörde die Rechtsnatur des Helgoländer Papiers und die rechtliche Irrelevanz der darin enthaltenen Handlungsempfehlungen in das Verwaltungsverfahren einzubeziehen, das dem Erlass des Verwaltungsaktes vorangeht.

Die Mitwirkung von Beteiligten (Antragsteller, Betroffene usw.) am Verwaltungsverfahren ist in einer Reihe von Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes normiert

[69] Dazu *Smeddinck,* Rechtliche Methodik*, 2013*, S. 30 f.

(insbesondere in den §§ 24 und 26 VwVfG). Die genannten Vorschriften führen jedoch nicht zu Mitwirkungspflichten der Beteiligten. Weigern sie sich, können keine Sanktionen verhängt werden.[70] Bleibt allerdings eine Tatsache trotz behördlicher Ermittlungsbemühungen unaufgeklärt, geht das zu Lasten desjenigen, der sich auf diese Tatsache beruft, der also aus der behaupteten Tatsache eine ihm günstige Rechtsfolge ableiten möchte.[71]

Selbstverständlich dürfte es in der Regel im Interesse der Beteiligten liegen, aktiv am Verwaltungsverfahren mitzuwirken und es zu fördern. Diese Förderung kann auch darin bestehen, rechtliche Ausführungen zu machen. Eine Verpflichtung, sich auf Aussagen zum Sachverhalt zu beschränken, besteht selbstverständlich nicht. Im hier interessierenden Zusammenhang mag es naheliegen, auf die Rechtsnatur und den Bedeutungsgehalt des Helgoländer Papiers insgesamt, die darin enthaltenen Empfehlungen im Besonderen hinzuweisen und gegebenenfalls daraus Folgerungen abzuleiten. Dafür, das bereits proaktiv und nachdrücklich(!) zu tun, besteht umso mehr Veranlassung, als – wie dargelegt –[72] in Behörden allem Anschein nach insoweit nicht selten rechtsirrige Auffassungen verbreitet sind.

Verfahrensökonomische Erwägungen legen es nahe, insoweit in einem vergleichsweise frühen Stadium entsprechende Hinweise zu liefern – und keineswegs auf das Widerspruchs- bzw. Gerichtsverfahren zu warten und erst dann Rechtsfehler zu rügen.

---

[70] *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht, 2011, Rnr. 949.
[71] *Detterbeck*, ebenda.
[72] Siehe dazu die Einleitung unter 1).

IV Haftungsfragen

Zu erörtern ist das Recht der staatlichen Ersatzleistungen, das die verschiedenen Wiederherstellungs-, Schadensersatz- und Ausgleichsansprüche bei Rechtsbeeinträchtigungen durch staatliches Verhalten umfasst.

Hier zu behandelnde Ausprägungen sind:

- der Folgenbeseitigungsanspruch auf Beseitigung der tatsächlichen Folgen eines rechtswidrigen Eingriffs und damit auf Wiederherstellung des früheren Zustandes. Folglich ist er gegenüber Schadensersatz- und Entschädigungsansprüchen vorgelagert (dazu unter 1));
- die Amtshaftung für rechtswidriges schuldhaftes Verhalten eines Beamten oder eines sonstigen öffentlichen Bediensteten im hoheitlichen Bereich (dazu unter 2))

sowie

- die Entschädigung für Beeinträchtigungen des Eigentums (dazu unter 3)).

1) Der Folgenbeseitigungsanspruch

Der Folgenbeseitigungsanspruch ist nicht auf Schadensersatz oder Entschädigung gerichtet, sondern auf Wiederherstellung. Es geht um die Beseitigung der tatsächlichen Folgen eines rechtswidrigen Eingriffs und damit um die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes, der durch den rechtswidrigen Eingriff verändert wurde, insoweit also um eine Vollzugsfolgenbeseitigung.[73]

Der Anspruch – als Restitutionsanspruch – hat vier Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen:

- Es muss sich um einen hoheitlichen Eingriff handeln. Erforderlich ist also ein positives Tun, ein Handeln der Verwaltung; ein Unterlassen reicht nicht.
- Betroffen sein muss ein subjektives Recht, etwa das Eigentumsrecht.

[73] Zum Ganzen *Maurer*, § 30, sowie *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 2013, S. 31.

- Durch den hoheitlichen Eingriff muss ein rechtswidriger Zustand entstanden sein.
- Dieser Zustand muss noch andauern.

Der Folgenbeseitigungsanspruch zielt auf die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes durch Beseitigung der Folgen des rechtswidrigen Verwaltungshandelns. Er ist kein allgemeiner Wiedergutmachungsanspruch.[74] Strukturell wird er dadurch begrenzt, dass die Wiederherstellung des früheren Zustandes noch tatsächlich möglich, rechtlich zulässig und für die Verwaltung zumutbar sein muss. An Letzterem fehlt es, wenn die Wiederherstellung einen unverhältnismäßig großen Aufwand erfordern würde.[75] Der Folgenbeseitigungsanspruch entfällt, wenn der rechtswidrige Zustand mittlerweile behoben worden ist, insbesondere wenn der rechtswidrige durch einen rechtmäßigen Verwaltungsakt ersetzt wird. Die bloße Möglichkeit der nachträglichen Legalisierung reicht allerdings nicht aus, um den Anspruch entfallen zu lassen.
Erfasst werden nur die unmittelbaren Folgen eines Eingriffs; es geht also – nur – um die Beseitigung der durch den hoheitlichen Eingriff geschaffenen rechtswidrigen Fakten.

Bezogen auf das weiter oben[76] erörterte Verhalten der Genehmigungsbehörden ergibt sich danach Folgendes:
- Windenergieanlagen zu errichten und zu betreiben unterfällt dem Berufsfreiheitsgrundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG, gegebenenfalls zusätzlich dem Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG. Durch die Versagung der Genehmigung bzw. die Auferlegung von Nebenbestimmungen – etwa Monitoring – wird mittels eines hoheitlichen Eingriffs in die grundrechtlich geschützte Position eingegriffen.

Die erste Voraussetzung ist damit erfüllt.

- Wenn aus den dargelegten Gründen[77] dem Antrag nicht entsprochen wird bzw. die Genehmigung an die Erfüllung einer Bedingung geknüpft oder mit einer Auflage verbunden wird, entsteht eine Divergenz zwischen dem, worauf ein Anspruch bestünde oder was umgekehrt nicht geduldet werden müsste, weil es dafür keine Rechtsgrundlage gibt, und dem, was die Behörde verlangt, indem sie etwa ein

[74] Ständige Rechtsprechung seit BVerwGE 28, 155 (165 f.).
[75] BVerwG DVBl 2004, 1493.
[76] Siehe unter Fn. 64 II 2).
[77] Siehe oben in der Einleitung unter 1).

Monitoring verfügt. Für den Fall entsteht ein rechtswidriger Zustand und ist auch die zweite Voraussetzung erfüllt.

- Solange der Bescheid nicht aufgehoben wird, dauert der Zustand auch noch an.

- Die Wiederherstellung des früheren Zustandes ist fraglos tatsächlich möglich, wenn und solange der Genehmigungsanspruch im Raum steht bzw. von der Nebenbestimmung Abstand genommen wird, indem etwa schlicht auf Abschaltzeiten verzichtet wird.

- Gleichwohl dürfte die Reichweite eines möglichen Folgenbeseitigungsanspruchs begrenzt sein: Wird nämlich der ursprüngliche rechtswidrige Verwaltungsakt – hier also die Verweigerung der Genehmigung aufgrund der unzulässigen Heranziehung des Helgoländer Papiers beziehungsweise die Anordnung von Nebenbestimmungen auf seiner Basis – durch einen rechtmäßigen Verwaltungsakt ersetzt und zwar entweder auf der Widerspruchsebene oder im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes –, besteht für einen Folgenbeseitigungsanspruch nur noch eine sehr begrenzte Reichweite. Anders formuliert: Funktioniert das in der Verwaltungsgerichtsordnung angelegte Rechtsschutzsystem, geht es gerade nicht um die Eliminierung irgendwelcher Folgen, sondern um die Realisierung der von vornherein geltend gemachten Ansprüche – Genehmigung – beziehungsweise die Abwehr von Forderungen – etwa Monitoring. Das gilt erst recht, wenn das Gericht von der in § 113 Abs. 1 Satz 2 VwGO verankerten Möglichkeit Gebrauch macht und auf Antrag ausspricht, dass und wie die Verwaltungsbehörde die Vollziehung rückgängig zu machen hat.[78]

2) Amtshaftung

[78] Die in § 113 Abs. 1 Satz 3 VwGO normierte – zusätzliche – Voraussetzung, dass der Anspruch nur zulässig ist, wenn die Behörde dazu in der Lage und die Frage spruchreif ist, dürfte unproblematisch erfüllt sein. *Maurer*, § 30, Rnr. 4, weist in dem Zusammenhang darauf hin, dass der Folgenbeseitigungsanspruch ein materiell-rechtlicher Anspruch ist, der durch § 113 Abs. 1 Satz 2 VwGO nicht begründet, sondern in der Bestimmung vorausgesetzt wird und lediglich eine prozessual vereinfachte Geltendmachung ermöglicht.

Im Verhältnis zum Folgenbeseitigungsanspruch, der auf die Beseitigung der tatsächlichen Folgen eines rechtswidrigen Eingriffs und die Wiederherstellung des früheren Zustandes zielt, ist – wie schon kurz erwähnt – der Schadensersatzanspruch gemäß Art. 34 GG in Verbindung mit § 839 BGB nachrangig. Er kommt demgemäß grundsätzlich nur dann zum Zuge, wenn der vorhergehende Anspruch nicht greift. § 839 BGB und Art. 34 GG stellen eine einheitliche Anspruchsgrundlage dar: Sind die Tatbestandsmerkmale des § 839 BGB erfüllt, trifft bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 34 GG die Schadensersatzpflicht nicht den Amtswalter, sondern den Staat.[79]

Damit ein Amtshaftungsanspruch gegeben ist, müssen – kumulativ – fünf Voraussetzungen erfüllt sein:

- Es muss jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes handeln. Öffentliches Amt ist in dem Zusammenhang funktionell zu verstehen. Danach ist nicht die Rechtsstellung des Amtswalters entscheidend, sondern lediglich, ob jemand mit der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben betraut und in dem Zusammenhang tätig geworden bzw. untätig geblieben ist. Konkret bedeutet das, dass danach zu fragen ist, ob das schadensbegründende Verhalten dem Öffentlichen Rech oder dem Privatrecht zugehört.

„Jemand“ kann danach nicht nur ein Beamter im engeren beamtenrechtlichen Sinne sein, es fallen auch Angestellte und Arbeiter im Öffentlichen Dienst darunter.[80]

Die schädigende Handlung muss in Ausübung eines öffentlichen Amtes erfolgen. Sie hat also im äußeren und inneren Zusammenhang mit der Amtsausführung zu stehen.[81] Der Gegensatz wäre, dass sie „bei Gelegenheit“ erfolgt.[82]

Weiterhin muss der Amtswalter a) eine Amtspflicht verletzt haben, die b) dem Geschädigten gegenüber bestand.[83] Eine Amtspflichtverletzung liegt dann vor, wenn der

---

[79] Art. 34 in Verbindung mit § 839 BGB regeln ausschließlich das Außenverhältnis zwischen dem Staat einerseits und dem Bürger andererseits. Den Regressanspruch im Innenverhältnis behandelt Art. 34 Satz 2 GG. Danach ist ein Rückgriff bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit möglich. Darauf ist hier nicht weiter einzugehen.

[80] Daneben auch etwa Mitglieder eines Gemeinderats (BGHZ 106, 323 (330)) oder Beliehene, also Private, die mit der Erledigung bestimmter hoheitlicher Aufgaben betraut sind (BGHZ 121, 161).

[81] BGHZ 125, 15 (19).

[82] BGHZ 11, 181 (185 ff.).

[83] In den allermeisten Fällen geht es um die Erfüllung bzw. Nichterfüllung dieser Voraussetzung.

Amtswalter die spezifischen Pflichten verletzt, die sich aus seinem amtlichen Verhältnis zum Staat (= Dienstherrn) ergeben.[84] Sie löst dann – aber auch nur dann – eine Schadensersatzpflicht aus, wenn die verletzte Amtspflicht zumindest **auch** dem Geschädigten gegenüber bestand und dessen Schutz bezweckte. Eine solche Drittrichtung (Drittbezogenheit) wird man immer dann annehmen können, wenn ein subjektives Recht des Geschädigten betroffen ist. Maßgebend ist, ob und inwieweit der Schutz der Interessen des Geschädigten bezweckt ist.[85] Im konkreten Fall muss also geprüft werden, ob die Amtspflicht überhaupt Drittwirkung hat, ob der Geschädigte zum Kreis der geschützten Personen gehört und ob das konkret betroffene Rechtsgut der in den Schutzbereich einbezogenen Person von der Drittwirkung erfasst wird.[86]

Bei der Amtshaftung handelt es sich um eine Verschuldenshaftung. Sie setzt demgemäß ein vorsätzliche oder fahrlässiges Verhalten – ausgerichtet am objektiven Verschuldensmaßstab des § 276 Abs. 2 BGB[87] – voraus. Es genügt damit der Nachweis, dass das rechtswidrige Verhalten der „Behörde“ bei objektiver Betrachtung nicht der gebotenen Sorgfalt entsprach.[88]

- Es muss eine Kausalität zwischen der Amtspflichtverletzung und dem Schaden bestehen. Demzufolge ist ein Vergleich mit der Sachlage anzustellen, die es geben würde, wenn sich der Amtsträger pflichtgemäß verhalten hätte.

Sind die soeben dargelegten anspruchsbegründeten Voraussetzungen erfüllt, greift der Amtshaftungsanspruch gleichwohl nur durch, wenn keine Haftungsbeschränkung – bis hin zum Haftungsausschluss – vorgesehen ist. Die folgenden Konstellationen kommen in Betracht:

---

[84] Bei Vorliegen eines Ermessensspielraums handelt der Amtswalter rechtswidrig und damit amtspflichtwidrig, wenn er die Bindungen und Grenzen des Ermessens nicht beachtet. Da es sich im hier interessierenden Zusammenhang um eine gebundene, nicht um eine Ermessensentscheidung handelt, ist darauf nicht weiter einzugehen.

[85] Siehe etwa BGHZ 93, 87 (90 ff.), 129, 23 (25), 140, 380 (382). Zusammenfassend dazu *Maurer,* § 26 Rnrn. 16 ff.

[86] BGHZ 39, 358 (353 ff.), 123, 191 (194 ff.). Die Frage, wann eine Amtspflicht mit Drittwirkung vorliegt, hat in der Rechtsprechung zu einer Fülle von Entscheidungen geführt. Zusammenfassend dazu *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht (Fn. 73) § 3.

[87] Die Bestimmung lautet: „Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.“

[88] BGHZ 106, 323 (330).

- die Subsidiaritätsklausel (das Verweisungsprivileg) des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB, wonach der Beamte bei fahrlässigem Verhalten nur subsidiär haftet, das heißt nur dann, wenn der Geschädigte „nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag". Der anderweitige Ersatzanspruch darf dabei nicht nur rechtlich (formal) bestehen, sondern muss auch tatsächlich in absehbarer Zeit und in zumutbarer Weise durchgesetzt werden können.[89] Nicht heranzuziehen ist die Subsidiaritätsklausel, wenn sich der anderweitige Anspruch wiederum gegen einen Verwaltungsträger richten würde, da in diesem Fall der Ersatzanspruch so oder so durch die öffentliche Hand befriedigt werden müsste.[90]

- bei Versäumung der Rechtsmittel. Aus dem Gedanken des Mitverschuldens heraus entfällt die Haftung, wenn der Geschädigte es vorsätzlich oder fahrlässig versäumt hat, den Schaden durch Einlegung eines Rechtsmittels abzuwenden. In Betracht kommen hier in erster Linie Widerspruch und Anfechtungsklage, aber auch die Rechtsbehelfe des vorläufigen Rechtsschutzes.[91] Der Schadensersatzanspruch entfällt allerdings nur dann, wenn und soweit die Versäumung des Rechtsmittels für den Schaden kausal war.[92] Im konkreten Fall haftet derjenige Verwaltungsträger, in dessen Dienst der Amtswalter steht. Danach kommt es darauf an, welche Körperschaft dem Amtsträger die Aufgaben, bei deren Wahrnehmung die Amtspflichtverletzung geschehen ist, übertragen hat.[93] In der Regel ist das die Anstellungskörperschaft.

Der Umfang des Schadensersatzanspruchs richtet sich nach dem BGB; allerdings kommt nur Schadensersatz in Geld in Frage, nicht die Vornahme oder Unterlassung einer Amtshandlung.[94]

---

[89] BGHZ 120, 124 (126).
[90] BGHZ 13, 88 (101 ff.), 62, 394.
[91] Siehe in dem Zusammenhang auch § 839 Abs. 3 BGB, der den Vorrang der Abwehr von Rechtsverletzungen gegenüber dem finanziellen Ausgleich für gleichwohl erfolgte Rechtsverletzungen zum Ausdruck bringt.
[92] Weitere im hier interessierenden Zusammenhang nicht relevante Einschränkungen der Staatshaftung werden zusammenfassend dargestellt bei *Maurer*, § 26 Rnrn. 34 ff.
[93] BGHZ 53, 217 (218 f.), 99, 326 (330). Bezogen auf die Sonderproblematik bei Beliehenen siehe BGHZ 49, 108 (115 ff.) sowie – für die Prüfung von Flugzeugen durch einen anerkannten luftfahrttechnischen Betrieb – BGHZ 147, 169 (173 ff.).
[94] BGHZ 34, 99.

Umstritten ist, ob die Zivilgerichte, die gemäß Art. 34 Satz 3 GG[95] für den Amtshaftungsanspruch zuständig sind, die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes, auf dessen Erlass der Amtshaftungsanspruch gestützt wird, auch dann noch überprüfen können, wenn der Verwaltungsakt nicht rechtzeitig angefochten wurde und deshalb bestandskräftig geworden ist. Mit dem BGH[96] ist das schon deshalb zu bejahen, weil es in dem Amtshaftungsprozess nicht um den Verwaltungsakt geht, sondern darum, ob der Amtswalter eine Amtspflichtverletzung begangen hat. Außerdem würde sonst § 839 Abs. 3 BGB leerlaufen, wenn in jedem Fall – auch bei nicht schuldhaftem Versäumnis der Rechtsmittel – auf die Bestandskraft verwiesen werden könnte.[97]

Aus dem Vorgenannten ergibt sich im Hinblick auf die hier zur Prüfung anstehende Konstellation das Folgende:

- Gegenstand ist das Handeln der Genehmigungsbehörde auf der Grundlage des Bundes-Immissionsschutzgesetzes in Verbindung mit dem Verwaltungsverfahrensgesetz. Dabei geht es um die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben. Ob die Amtswalter Beamte oder Angestellte des Öffentlichen Dienstes sind, ist – wie dargelegt – unerheblich.

Die erste Voraussetzung für die Begründung eines Amtshaftungsanspruchs ist danach erfüllt.

- Die schädigende Handlung – Verweigerung der Genehmigung bzw. Auferlegung von Nebenbestimmungen – findet ohne Zweifel nicht nur bei Gelegenheit, sondern in Ausübung des öffentlichen Amtes statt.

- Die erste größere Hürde, die es zu nehmen gilt, besteht darin, dass die Genehmigungsbehörde eine Amtspflicht verletzt haben muss, die dem Geschädigten gegenüber besteht.

---

[95] Die Bestimmung lautet: „Für den Anspruch auf Schadensersatz und für den Rückgriff darf der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden."

[96] BGHZ 113, 17.

[97] § 839 Abs. 3 BGB lautet: „Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden."

Hinsichtlich der ersten Teilvoraussetzung kann auf die Ausführungen oben[98] verwiesen werden:
§ 6 Abs. 1 BImSchG verleiht dem Antragsteller einen Anspruch auf Erteilung der Genehmigung, falls die dort normierten spezifischen Voraussetzungen erfüllt sind. Auf die Weise wird gewährleistet, dass die Hemmnisse beseitigt werden (können), die der Entfaltung der unternehmerischen Betätigungsfreiheit entgegenstehen. Es geht also nicht nur darum, dass die durch die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes normierten Anforderungen an ein korrektes Verwaltungsverfahren eingehalten werden, sondern über die gebundene Genehmigung nach § 6 Abs. 1 BImSchG bekommt die Amtspflicht eine Drittwirkung. Sie hat – auch – den Zweck, das Interesse gerade des Geschädigten wahrzunehmen.[99]
Damit ist auch diese Voraussetzung erfüllt.

Weiterhin müssten die Amtswalter schuldhaft – vorsätzlich oder fahrlässig – handeln. Der Vorsatz müsste sich darauf beziehen, dass die Behörde wusste, dass das Helgoländer Papier nicht als Ermächtigungsgrundlage für die Versagung der Genehmigung bzw. von Nebenbestimmungen herangezogen werden darf, ihr Handeln aber (gleichwohl) darauf gerichtet war. Sollte das der Fall sein, ist dem Verschuldenserfordernis genügt. Realistischerweise wird sich das nur in seltenen Fällen belegen geschweige denn beweisen lassen. Immerhin greift die Möglichkeit in dem Maße, in dem sich das Wissen um die Rechtsqualität des Helgoländer Papiers in der Fach- und allgemeinen Öffentlichkeit immer mehr verbreitet, immer weniger, so dass tendenziell Einiges dafür spricht, die Schwelle zum Vorsatz durchaus überschreiten zu können.

Nichtsdestoweniger ist bis auf Weiteres die Variante Fahrlässigkeit mit dem – wie dargelegt – objektiven Verschuldensmaßstab gemäß § 276 Abs. 2 BGB die bedeutsamere Variante.

---

[98] Unter IV 2).
[99] So etwa die Formulierung in BGHZ NJW 1995, 1828.

Abzustellen ist danach auf den „pflichtgetreuen Durchschnittsbeamten“ mit seinen Kenntnissen und den Fähigkeiten, die für die Führung des jeweiligen Amtes im Durchschnitt erforderlich sind. Das rechtswidrige Verhalten muss bei objektiver Betrachtung der gebotenen Sorgfalt widersprechen.

Bei der Genehmigung von Windenergieanlagen geht es um viel: Die Auswirkungen auf das System der Energieversorgung sind beträchtlich, Windenergieanlagen können raumnutzungsbezogene Spannungsverhältnisse begründen, nicht zuletzt steht die durch insbesondere Art. 12 Abs. 1 GG (unternehmerische Betätigungsfreiheit) geschützte Rechtsposition des Antragstellers zur Debatte. Die rechtlichen Anforderungen, die es zu bewältigen gilt, sind per se anspruchsvoll; es bedarf gar keiner Komplikationen, um sich veranlasst zu sehen, sich mit komplexen rechten Normierungen auseinandersetzen zu müssen. Wer immer im Kontext Windenergie Genehmigungsanträge zu bearbeiten hat, muss – als „pflichtgetreuer Durchschnittsbeamter“ – die Normstruktur von § 6 Abs. 1 BImSchG beherrschen. Das schließt zwingend das Wissen um normhierarchische Gegebenheiten und die Unterscheidung zwischen rechtsverbindlichem administrativem Binnenrecht einerseits, rechtlich irrelevanten Verlautbarungen andererseits ein. Letzteres gilt in Bezug auf das Helgoländer Papiers erst recht, seitdem es spätestens im Zusammenhang mit der Befassung durch die Umweltministerkonferenz im Frühjahr 2015 in das Zentrum der Aufmerksamkeit gerückt ist.[100] Zur gebotenen Sorgfalt gehört dementsprechend, über die Rechtsnatur und den (Nicht-)Bindungsgehalt des Helgoländer Papiers Bescheid zu wissen.

Dem nicht Rechnung zu tragen, löst den Fahrlässigkeitsvorwurf gemäß § 839 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 276 Abs. 2 BGB aus.

Zwischenergebnis: Die anspruchsbegründenden Voraussetzungen – vornehmlich auf der Basis Fahrlässigkeit – sind damit erfüllt.

Fraglich ist, ob es zu Haftungsbeschränkungen kommen kann.

[100] Dazu bereits *Brandt*, Neue Energie 2015, Heft 7, S. 20 f.

Auf der Grundlage von Fahrlässigkeit müsste geprüft werden, ob ein anderweitiger Ersatzanspruch besteht und auch in zumutbarer Weise durchgesetzt werden kann. Das ist indes ersichtlich nicht der Fall.[101]

Es dürften Rechtsmittel nicht versäumt worden sein. Das wäre der Fall, wenn die Nichterteilung der Genehmigung nicht mit der Verpflichtungsklage gemäß § 42 Abs. 1, 2. Alt. VwGO bzw. Auflagen nicht mit der Anfechtungsklage gemäß § 42 Abs. 1, 1. Alt. VwGO angegriffen worden wären.

Der Haftungsumfang bestimmt sich grundsätzlich nach § 249 BGB. Er geht allerdings nur auf Geldersatz. Es gilt wie im übrigen Schadensersatzrecht die sog. Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs.[102] Es kommt also darauf an, welchen Verlauf die Dinge bei pflichtgemäßem Handeln genommen hätten und wie sich die Vermögenslage des Betroffenen dabei darstellen würde.
Die Beweislast für den – in dem konkreten Fall bestehenden – ursächlichen Zusammenhang zwischen der Amtspflichtverletzung und dem Schaden trägt der Geschädigte.[103]

3) Entschädigung für Beeinträchtigungen des Eigentums

Von den verschiedenen Ausprägungen[104] kommen im hier interessierenden Zusammenhang allenfalls enteignungsgleiche Eingriffe in Betracht.

Danach muss es sich um eine durch eine hoheitliche Maßnahme unmittelbar bewirkte rechtswidrige Beeinträchtigung einer als Eigentum geschützten Rechtsposition handeln. Liegen diese Voraussetzungen vor und scheidet der Verweis auf primären Rechtsschutz

[101] Von der Rechtsprechung ist der Anwendungsbereich der sog. Subsidiaritätsklausel des §839 Abs. 1 Satz 2 BGB sukzessive – zu Recht – so sehr eingeschränkt worden, dass sie in den meisten Fällen nicht mehr eingreift. Siehe dazu zusammenfassend *Bull/Mehde* (Fn. 22) Rnrn. 1132 ff.
[102] Siehe etwa BGH NJW 1982, 36(37).
[103] Siehe etwa BGH DVBl. 1974, 591; DVBl. 1978, 412. Tatsächliche Vermutungen oder Wahrscheinlichkeiten können den Beweis erleichtern.
[104] Siehe dazu zusammenfassend *Maurer,* § 27.

aus, hat der Betroffene einen Anspruch auf Entschädigung. Art und Umfang bestimmen sich dabei nach den allgemeinen Grundsätzen über die Enteignungsentschädigung.[105]

Im Hinblick auf die hier betrachteten Konstellationen scheidet die Entschädigung für Beeinträchtigungen des Eigentums für die rechtswidrigerweise auf das Helgoländer Papier gestützte Versagung der Genehmigung bzw. Verknüpfung mit restringierenden Nebenbestimmungen von vornherein aus: Betroffen ist nämlich gemäß der klassischen Unterscheidung zwischen dem Erwerb (dann Schutz durch Art. 12 Abs. 1 GG: Berufsfreiheit) und dem Erworbenen (dann Schutz durch Art. 14 Abs. 1 GG: Eigentumsfreiheit) nicht das Eigentum, da sich die Rechtsposition des Antragstellers noch nicht so weit verdichtet hat, dass etwas erworben wurde, sondern die unternehmerische Betätigungsfreiheit.

Anders könnte es aussehen, wenn unter Bezugnahme auf das Helgoländer Papier etwa Abschaltzeiten oder ein Monitoring verfügt werden, nachdem die BImSchG-Genehmigung bereits vorliegt. Hier ist der Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG betroffen, und es dürften aus den oben genannten Gründen[106] die sonstigen anspruchsbegründenden Voraussetzungen – hoheitliche Maßnahme, unmittelbar des Eingriffs, Rechtswidrigkeit des Eingriffs – vorliegen.

Jedenfalls auf der Grundlage des sog. Nassauskiesungsbeschlusses des Bundesverfassungsgerichts[107] kommt allerdings die sog. Sperrwirkung des Primärrechtsschutzes zum Tragen. Danach stellt „die Verweisung auf die Anfechtung des Verwaltungsaktes für den Betroffenen keine unzumutbare Belastung dar“.[108] Anhaltspunkte dafür, dass – ausnahmsweise – die Zumutbarkeitsgrenze überschritten sein könnte, liegen nicht vor.
Ein Anspruch wegen eines enteignungsgleichen Einspruchs entfällt also.

---

[105] Bezugsgröße ist Art. 14 Abs. 3 Satz 3 GG, wonach die Art der Entschädigung „unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen“ ist. Die Abwägung dürfte in der Regel zum vollen Wertersatz führen.
[106] Siehe dazu unter IV 2).
[107] BVerfGE 58, 300.
[108] A. a. O., 324.

V Zusammenführung der Teilbefunde und Handlungsempfehlungen

Unter Ausschöpfung der Erkenntnisse der Fehlerquellenlehre führt die Heranziehung des Helgoländer Papiers als Basisgröße für das behördliche Handeln zur Anfechtbar- und Aufhebbarkeit der darauf beruhenden Verwaltungsakte, sei es mit Blick auf die Verweigerung der Genehmigung nach § 6 Abs. 1 BImSchG, sei es bei der Auferlegung von Nebenbestimmungen. Ganz wesentlich kommt es in dem Zusammenhang darauf an, welchen Stellenwert das Helgoländer Papier für das behördliche Handeln erlangt. Rechtlich irrelevant – und auch nicht zu greifen – ist die Absicherung der behördlichen Entscheidung durch das Helgoländer Papier in der Weise, dass es als fachlicher Diskussionsbeitrag in die originäre Entscheidungsfindung der Behörde einfließt.

Völlig anders stellt es sich dar, wenn das Helgoländer Papier gewissermaßen als Ermächtigungsgrundlage herangezogen wird, um die behördliche Entscheidung abzusichern. Eine solche Verhaltensweise führt zur Rechtswidrigkeit und Aufhebbarkeit des Verwaltungsakts, allerdings kaum jemals zu seiner Nichtigkeit gemäß § 44 Abs. 1 VwVfG, da es jedenfalls derzeit noch an der Evidenz des Rechtsverstoßes fehlen dürfte.

Rechtswidrig und damit angreifbar ist ein Verwaltungsakt auch dann, wenn dem Helgoländer Papier eine Art Lückenschließungs- oder Ergänzungsfunktion im Verhältnis zu Windenergieerlassen zugebilligt wird, weiterhin, wenn es als maßgebliches Interpretationselement im Rahmen von § 44 Abs. 1 BNatSchG dient.

Für die Entscheidung darüber, ob der Verwaltungsakt rechtmäßig oder rechtswidrig ist, ist die Gut- bzw. Bösgläubigkeit der Akteure irrelevant.

Für den Fall, dass rechtsfehlerhaft das Helgoländer Papier als Grundlage für behördliche Entscheidungen genommen wird, scheidet in der Regel ein Folgenbeseitigungsanspruch aus, weil die in der VwGO angelegten Rechtsschutzmöglichkeiten greifen und es im Kern nicht um die Beseitigung der tatsächlichen Folgen eines rechtswidrigen Eingriffs geht.

Ernsthafter in Betracht kommt demgegenüber ein Amtshaftungsanspruch gemäß Art. 34 Satz 1 GG in Verbindung mit § 839 Abs. 1 BGB. Bei einem Rückgriff auf das Helgoländer Papier in der dargestellten Weise würde die Genehmigungsbehörde eine Amtspflicht verletzen die – auch – dem Geschädigten gegenüber besteht. Der Amtswalter würde jedenfalls mindestens auch fahrlässig handeln. Anknüpfungspunkte für Haftungsbeschränkungen sind nicht ersichtlich.

Demgegenüber dürfte es an den Voraussetzungen für eine Entschädigung für Beeinträchtigungen des Eigentums fehlen, da es sich dominierend um Eingriffe in die unternehmerische Betätigungsfreiheit gemäß Art. 12. Abs. 1 GG – und nicht um Eingriffe gemäß Art. 14 Abs. 1 GG – handelt, ferner die sog. Sperrwirkung des Primärrechtsschutzes zum Tragen kommen würde.

Nach alledem ist die durch die Heranziehung des Helgoländer Papiers drohende rechtliche Schwachstelle – nämlich Anfechtbarkeit sowie gegebenenfalls Schadensersatzpflichtigkeit – nicht unerheblich. Dementsprechend drängt sich förmlich auf, die sich daraus ergebenden Handlungsmöglichkeiten zu nutzen und bereits in einem frühen Stadium auf die möglichen Folgen hinzuweisen. Korrespondierend ist weiterhin der Kenntnisstand hinsichtlich der Rechtsnatur des Helgoländer Papiers und seine Angreifbarkeit aus wissenschaftstheoretischer Sicht zu verbreitern.

Literaturverzeichnis

Bader, Johann/Michael Ronellenfitsch (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz. VwVfG. Beck´scher Onlinekommentar,
Stand: 01.01.2016, München 2016

Beckmann, Martin, Die gerichtliche Überprüfung von Verwaltungsvorschriften im Wege der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle,
Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 1987, S. 616 ff.

Bock, Markus, Verwaltungsvorschriften,
Juristische Ausbildung (JA) 2000, S. 390 ff.

Borowski, Martin, Intendiertes Ermessen,
Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 2000, S. 149 ff.

Brandt, Edmund, Ausschließlich wissenschaftliche Kriterien zählen,
Neue Energie (NE) 2016, Heft 3, S. 40 f.

Brandt, Edmund, Das Helgoländer Papier aus rechtlicher Sicht,
Zeitschrift für Neues Energierecht (ZNER) 2015, S. 336 ff.

Brandt, Edmund, Das Helgoländer Papier: eine Klarstellung,
Neue Energie (NE) 2015, Heft 7, S. 20 f.

Brandt, Edmund, Das Helgoländer Papier – Grundsätzliche wissenschaftliche Anforderungen,
Berlin 2016

Brandt, Edmund, Zum Tötungsverbot als Versagungsgrund im Sinne des 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG bei der Genehmigung von Windenergieanlagen,
EnergieRecht (ER) 2013, S. 192 ff.

Brandt, Edmund/Sebastian Willmann, Zur Ausnahmeregelung des § 45 Abs. 7 BNatSchG,
o.O.u.J. (Braunschweig, Juli 2016)

Bull, Hans Peter/Veith Mehde, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre,
9. Auflage, Heidelberg 2015

Detterbeck, Steffen, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht,
9. Auflage, München 2011

Erbguth, Wilfried, Allgemeines Verwaltungsrecht,
7. Auflage, Baden-Baden 2014

Fehling, Michael/Berthold Kastner/Rainer Störmer, Handkommentar Verwaltungsrecht. VwVfG/VwGO/Nebengesetze,
4. Auflage, Baden-Baden 2015

Hentschel, Anja, Umweltschutz bei Errichtung und Betrieb von Windkraftanlagen,
Baden-Baden 2010 (Forum Energierecht, Band 16)

Jarass, Hans D., Bundes-Immisionsschutzgesetz: BImSchG-Kommentar,
11. Auflage, München 2015

Kloepfer, Michael, Verfassungsrecht I – Grundlagen Staatorganisationsrecht, Bezüge zum Völker- und Europarecht –,
München 2011

Kopp, Ferdinand/Ulrich Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar,
16. Auflage, München 2015

Kopp, Ferdinand/Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar,
21. Auflage, München 2015

Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten (LAG VSW), Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten (Stand April 2015),
Berichte zum Vogelschutz 51 (2014), S. 15 ff.

Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten (LAG VSW), Abstandsregelungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten,
Berichte zum Vogelschutz 44 (2007), S. 151 ff.

Luhmann, Niklas, Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie,
Frankfurt a. M. 1987.

Mann, Thomas/Christoph Sennekamp/Michael Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz: VwVfG. Großkommentar,
Baden-Baden 2014

Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht,
18. Auflage, München 2011

Ossenbühl, Fritz/Matthias Cornils, Staatshaftungsrecht,
6. Auflage, München 2013

Schlacke, Sabine/Daniel Schnittker, Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten. Gutachterliche Stellungnahme zur rechtlichen Bedeutung des Helgoländer Papiers der Länderarbeitsgemeinschaft der Staatlichen Vogelschutzwarten (LAG VSW 2015), Auftraggeber: Fachagentur Windenergie an Land e. V.,
Berlin, November 2015

Smeddinck, Ulrich, Rechtliche Methodik: Die Auslegungsregeln,
RATUBS Nr. 4/2013

Sodan, Helge/Jan Ziekow (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung. Großkommentar,
4. Auflage, Baden-Baden 2014

Stelkens, Paul/Heinz Joachim Bonk/Michael Sachs (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz: VwVfG. Kommentar,
8. Auflage, München 2014

Unterreitmeier, Johannes, Neue Rechtssicherheit für die Windkraft. Windkrafterlasse als gerichtlich überprüfbare Regelwerke,
Natur und Recht (NuR) 2014, S. 850 ff.

Willmann, Sebastian (Hrsg.), Windenergieerlasse der Bundesländer,
Berlin 2016