



Rundbrief zum Recht der Erneuerbaren Energien

Der Repowering-Bebauungsplan

Gibt es Möglichkeiten der Festsetzung von Repowering-Flächen?

Rechtsanwalt Dr. Andreas Hinsch

Das Repowering von Windenergieanlagen, d. h. der Abbau von Altanlagen und die Errichtung neuer Anlagen, nimmt allmählich deutlich Fahrt auf. Soll jedoch ein Repowering durchgeführt werden und eine Vielzahl von Windenergieanlagen, die verstreut errichtet sind, durch einen neuen Repowering-Windpark ersetzt werden, stellen sich große, auch bauplanungsrechtliche Probleme.

Der vom Deutschen Städte- und Gemeindebund jüngst herausgegebene Leitfaden zum Repowering („Repowering für Windenergieanlagen - Kommunale Handlungsmöglichkeiten“) geht davon aus, dass zur Sicherstellung des Abbaus der Altanlagen Festsetzungen nach § 9 Abs. 2 BauGB möglich sind. So wird vorgeschlagen, die Nutzbarkeit der Festsetzungen des neuen Bebauungsplans daran zu knüpfen, dass genau bestimmte alte Windenergieanlagen beseitigt wurden. Die bauliche Nutzbarkeit der einzelnen, im Bebauungsplan vorgesehenen Windenergieanlagenstandorte ist so erst möglich, wenn genau spezifizierte Altanlagen beseitigt wurden. Diese Lösung hat große Vorteile, denn durch die bindende Festsetzung durch die städtebauliche Satzung ist abschließend sichergestellt, dass eine Nutzbarkeit der

Repowering-Flächen tatsächlich erst dann möglich wird, wenn Altanlagen beseitigt werden.

Man sollte daneben jedoch nicht aus den Augen verlieren, dass die Festsetzungsmöglichkeit von bedingten Nutzungen erst durch das EAG-Bau im Jahre 2004 geschaffen wurde. Betrachtet man die Rechtsprechung, sind die Gemeinden mit dieser Festsetzungsmöglichkeit bislang sehr sparsam umgegangen. Aussagefähige Entscheidungen zu dieser Norm liegen nicht vor.

Dabei ist insbesondere zu beachten, dass die Festsetzungsmöglichkeit nach § 9 Abs. 2 BauGB nur in „besonderen Fällen“ besteht. Es bedarf einer besonderen städtebaulichen Situation, die eine bedingte Festsetzung rechtfertigt. Eine solche Situation liegt vor, wenn der Bebauungsplan der Gemeinde vom planerischen Leitbild getragen wird, dass die durch den Bebauungsplan ermöglichte Nutzung erst in Abstimmung mit anderen Maßnahmen ermöglicht werden soll. Bei der Aufstellung eines Bebauungsplans für das Repowering sind diese Voraussetzungen erfüllt, denn die planerische Absicht der Gemeinde zielt darauf, das Repowering abzusichern und gibt so vor, dass die Verwirklichung der im Bebauungsplan vorgesehenen leistungsstärkeren Windenergieanlagen erst nach Beseitigung der leistungsschwachen Altanlagen möglich ist. Eine besondere städtebauliche Situation liegt beim Repowering also vor.

Des Weiteren ist zu beachten, dass die bedingte Festsetzung nicht zu einer dauerhaften, vom Eigentümer nicht beeinflussbaren Bausperre wird. Insoweit sollte sichergestellt sein, dass der Bedingungseintritt vom Eigentümer selbst beeinflusst bzw. herbeigeführt werden kann. Um hier eine sichere Abwägung zu treffen, wird eine begleitende vertragliche Regelung (und dingliche Sicherung) zwischen den Eigentümern der Alt- und Neufäche regelmäßig sinnvoll, damit die Gemeinde eine

Aktuelles

Netzanbindung von Offshore-Windparks

Auf der Internetseite der Bundesnetzagentur wurde Anfang Oktober ein Positionspapier zur Netzanbindung von Offshore-Windparks veröffentlicht. Dieses Positionspapier legt die Regelung des § 17 Abs. 2a EnWG detailliert aus. Die Behörde versucht damit, die unterschiedlichen Ansichten von Netz- und Anlagenbetreibern zur Auslegung der Vorschrift beizulegen. Inhaltlich bleibt zu den Auslegungshinweisen festzuhalten, dass die Anforderungen für die Auslösung der Investitionen in die Netzanbindung relativ hoch gehängt wurden. Vor diesem Hintergrund bleibt abzuwarten, ob das Positionspapier dazu beitragen kann, die Offshore-Windenergieentwicklung weiter zu befördern.

ordnungsgemäße Abwägungsentscheidung treffen kann.

Auch wenn vertragliche Lösungen mit Investoren sicher ebenfalls ihre Probleme haben und nur zwischen den Parteien gelten, ist der planenden Kommune und auch den Investoren zu raten, den Abbau der Altanlagen durch städtebauliche Verträge nach § 11 BauGB zu regeln. Es ist im Zweifel ohnehin notwendig, dass die Bauleitplanung durch städtebauliche Verträge begleitet wird. Nur wenn wirklich in absehbarer Zeit sichergestellt ist, dass die Altanlagen beseitigt werden, besteht überhaupt ein Bedürfnis für einen Bauleitplan. Hier sollten die von der Planung Betroffenen auch durch vertragliche Regelungen gegenüber der Gemeinde nachweisen, dass eine Umsetzung der Planung möglich ist.

Unsere Themen

- Der Repowering-Bebauungsplan Gibt es Möglichkeiten der Festsetzung von Repowering-Flächen?
- Besteuerung von Offshore-Windparks
- Maßnahmen des Erzeugungsmanagements nach § 4 Abs. 3 Satz 2 EEG 2004
- Aktuelle Rechtsprechung

Besteuerung von Offshore-Windparks

Rechtsanwalt Rainer Heidorn

In der Vergangenheit sind die steuerlichen Aspekte beim Betreiben eines Offshore-Windparks in der öffentlichen Diskussion und in den Fachpublikationen nur wenig beleuchtet worden. Dabei weisen diese Projekte durchaus einige Besonderheiten in steuerlicher Hinsicht auf, die wir nachfolgend vorstellen möchten.

Das Einkommensteuerrecht legt grundsätzlich fest, dass zum so genannten steuerlichen Inland auch der der Bundesrepublik Deutschland zustehende Anteil am Festlandssockel gehört, soweit dieser der Energieerzeugung unter Nutzung erneuerbarer Energien dient. Der Festlandssockel erstreckt sich nach dem Seerechtsübereinkommen bis zu einer Entfernung von 200 Seemeilen von der Küstenlinie. Daher unterliegen Betreiber von Offshore-Windparks, die im Bereich des Festlandssockels liegen, der deutschen Einkommensteuerpflicht. Gleiches gilt gemäß § 1 Abs. 3 Körperschaftsteuergesetz für Körperschaften, und auch das Gewerbesteuergesetz ordnet an, dass die Einkünfte aus dem Betrieb von Offshore-Windenergieanlagen der deutschen Gewerbesteuer zu unterwerfen sind. Die entsprechenden Neuformulierungen in den genannten Steuergesetzen sind durch das Jahressteuergesetz 2008 aufgenommen worden.

Für die Gewerbesteuer ergibt sich insbesondere die Frage, welche Gemeinde zur Erhebung der Gewerbesteuer berechtigt ist und ggf. nach welchen Kriterien die Zerlegung der Gewerbesteuer zu erfolgen hat. Nach der Neufassung des § 29 Gewerbesteuergesetz richtet sich die Verteilung

der Gewerbesteuer zu 30 % nach den zu zahlenden Arbeitsentgelten (dies betrifft regelmäßig die Gemeinde, in der die Betreibergesellschaft ihre tatsächliche Geschäftsleitung hat) und zu 70 % nach dem Sachanlagevermögen der jeweiligen Betriebsstätten (letzteres betrifft somit die Standortgemeinde des Windparks). Die Entwicklung der Rechtsprechung zu dieser Frage und die unlängst erfolgte Gesetzesänderung hatten wir in den Ausgaben Januar und Oktober 2008 unseres Rundbriefs bereits dargestellt.

Bei Offshore-Windparks besteht die Besonderheit, dass der Festlandssockel gemeindefreies Gebiet ist. § 4 Abs. 2 Gewerbesteuergesetz bestimmt dementsprechend, dass für Betriebsstätten in gemeindefreien Gebieten die Landesregierung durch Rechtsverordnung bestimmt, wer die entsprechenden Steuerbefugnisse ausübt. Dies ist beispielsweise in Niedersachsen durch die Küstengewässer-Gewerbe- und Grundsteuerhebungsverordnung vom 2. Oktober 2008 erfolgt. Danach erhebt gem. § 1 das Land Niedersachsen für diese gemeindefreien Gebiete die Gewerbesteuer. In Schleswig-Holstein ist die Landesverordnung über die Erhebung von Gewerbesteuer in gemeindefreien Gebieten erlassen worden. Danach hat die Inselgemeinde Helgoland das Recht zur Erhebung der Gewerbesteuer.

Besonderheiten ergeben sich bei der Besteuerung vor allem dann, wenn ausländische Betreibergesellschaften beteiligt sind. Da die maßgeblichen Rechtsänderun-



Rainer Heidorn ist bei Blanke Meier Evers als Partner für die Bereiche Gesellschafts- und Steuerrecht und Energierecht zuständig.

gen erst zum 1. Januar 2008 in Kraft getreten sind, waren Gewinne und Verluste einer ausländischen Person oder Gesellschaft durch den Betrieb eines Offshore-Windparks in der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone in Deutschland nicht steuerbar. Dies bedeutete indes auch, dass Verluste, die aus einer entsprechenden Tätigkeit resultierten, nicht steuermindernd berücksichtigt werden konnten. Da zukünftige Gewinne nunmehr der Besteuerung in Deutschland unterliegen, ergäbe sich hier ein Missverhältnis, wenn die Anlaufverluste im Rahmen der Projektentwicklung nicht geltend gemacht werden konnten, die Gewinne jedoch besteuert werden.

Auch aus den Doppelbesteuerungsabkommen der Nordseeanrainerstaaten untereinander ergeben sich einige offene Fragestellungen. Man kann daher davon ausgehen, dass die steuerrechtliche Entwicklung in Bezug auf Offshore-Windenergieanlagen noch nicht abgeschlossen ist.

Aktuelle Rechtsprechung

Konzentrationsplanung für Biomasse

Verwaltungsgericht Regensburg, Urteil vom 2. April 2009 - 2 K 07.1478

Eine Konzentrationsplanung für die Biomassenutzung ist wegen der ohnehin komplexen Privilegierungsvoraussetzung ungewöhnlich und regelmäßig auch praktisch nicht notwendig. Im vorliegenden Fall ließ das Gericht offen, ob die Planung rechtmäßig war. Es ging jedoch davon aus, dass wegen einer Sondersituation die Zulassung der Biogasanlage trotz der Lage in einer Ausschlussfläche zulässig war.

Keine Klagebefugnis von Fischern gegen Offshore-Windpark

Verwaltungsgericht Oldenburg, Urteil vom 3. Juni 2009 - 5 A 254/09

Berufsfischer können gegen die Errichtung eines Offshore-Windparks in der Nordsee weder einen erheblichen Nachteil noch eine erhebliche Beeinträchtigung ihres Fischereirechts geltend

machen. Das Gericht hat insbesondere festgestellt, dass die Fischer keine Rechte darauf haben, die bislang für die Fischerei nutzbaren Flächen innerhalb der 12-Seemeilen-Zone weiter uneingeschränkt zu nutzen.

Windenergieanlage als Seefracht

Bundesgerichtshof, Urteil vom 29. Juli 2009 - 1 ZR 221/06

In dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall war eine fehlerhafte Windenergieanlage auf dem Rücktransport von Australien über See erheblich beschädigt worden. Dazu stellte das Gericht fest, dass, wenn wegen unzureichender Sicherung während der Seebeförderung das Transportgut beschädigt wird, dies für ein grobes Organisationsverschulden des Verfrachters spricht. Ihn trifft insoweit die Darlegungslast für die ordnungsgemäße Organisation des Seetransports.

Artenschutz kein Hindernis

Oberverwaltungsgericht Magdeburg, Urteil vom 23. Juli 2009 - 2 L 32/06

Das Oberverwaltungsgericht hat das Landesverwaltungsamt zur Genehmigung

einer Windenergieanlage verpflichtet, obwohl aus Sicht der zuständigen Landesreferenzstelle für Fledermausschutz der konkrete Standort der Windenergieanlage für Fledermäuse hochsensibel war und als schlagopferintensiv eingestuft wurde. Sowohl die Einwände, dass die Anlage innerhalb eines Durchzugsgebiets der Fledermäuse errichtet werden sollte, als auch, dass in der Nähe eine sog. Leitstruktur vorhanden war, blieb aus Sicht des Gerichts unsubstantiiert.

Schallimmissionsschutz bei Biogasanlagen

Verwaltungsgerichtshof München, Beschluss vom 29. Juni 2009 - 15 CS 09.860

Der Verwaltungsgerichtshof hat festgestellt, dass der Genehmigungsbescheid im Wege einer Zielvorgabe dem Anlagenbetreiber überlassen kann, durch welche Maßnahme dieser die in der Genehmigung festgesetzten Immissionsgrenzwerte einhalten will. Das Gericht stellte insoweit fest, dass der Einbau eines so genannten Resonanzschalldämpfers unter anderem die Entstehung tieffrequenter Geräusche in den benachbarten Wohnhäusern ver-

Maßnahmen des Erzeugungsmanagements nach § 4 Abs. 3 Satz 2 EEG 2004

Rechtsanwalt Jörg Spelshaus

Im Rahmen des bis Ende 2008 anwendbaren Erzeugungsmanagements nach § 4 Abs. 3 Satz 2 EEG 2004 haben die Netzbetreiber Reduzierungen der Einspeiseleistungen angeschlossener Windenergieanlagen („WEA“) oft derart vorgenommen, dass das jeweilige Netzgebiet in mehrere Bereiche („Cluster“), unter Einbeziehung zu unterschiedlichen Zeitpunkten an das Stromnetz angeschlossener WEA, zusammengefasst wurde. Sobald Maßnahmen des Erzeugungsmanagements angewendet wurden, sind alle WEA in einem solchen Cluster insgesamt leistungsreduziert bzw. abgeschaltet worden. Diese Vorgehensweise der Netzbetreiber eröffnet Schadensersatzansprüche der Betreiber von WEA, die noch bis Ende 2009 für die Jahre 2006 bis 2008 geltend gemacht werden können.

Zugunsten der Gewährleistung der Versorgungssicherheit sind die Netzbetreiber unstreitig zu einer Reduzierung der Einspeiseleistung von WEA berechtigt. Durch § 4 Abs. 3 Satz 1 und 2 EEG 2004 wurde klargestellt, dass die zeitweise Auslastung der Netze für die allgemeine Stromversorgung zwar nicht dazu berechtigt, nach dem EEG privilegierte Anlagenbetreiber vom Netzzugang auszuschließen, die Netzbetreiber aber ein Erzeugungsmanagement anwenden können, das sich an der jeweils aktuellen Netzauslastung zu orientieren hat.

Anwendbar im Rahmen des Erzeugungsmanagements ist, sowohl nach dem Wortlaut des § 4 Abs. 3 EEG 2004 als auch der Geset-

zesbegründung (vgl. BT-Drucks. 15/2864, S. 34), grundsätzlich das Prioritätsprinzip, wonach der Anspruch auf vollständige Abnahme des erzeugten Stroms dann eingeschränkt ist, wenn das Netz vollständig durch Strom aus zeitlich vor diesen WEA angeschlossenen WEA ausgelastet ist. Nach einem Urteil des Landgerichts Itzehoe ist dem Prioritätsprinzip der Gedanke zu entnehmen, dass die zeitlich früher angeschlossenen WEA hinsichtlich der Ausnutzung der Netzkapazitäten bevorrechtigt sind. Das bedeutet, dass nach den gesetzlichen Vorgaben im Rahmen des Erzeugungsmanagements zunächst diejenigen WEA vom Netz zu trennen sind, die zuletzt angeschlossen worden sind.

Die Netzbetreiber berufen sich zur Rechtfertigung des von ihnen vorgenommenen Erzeugungsmanagements in Form des Clustering darauf, dass bei Beachtung des Prioritätsprinzips die erforderliche vollständige Abschaltung einzelner WEA zu lange dauere, um in Notsituationen die Netzstabilität zu gewährleisten. Auch würden neue Investoren vor entsprechenden Investitionen zurückschrecken.

Diese Argumentation verkennt, dass sich infolge einer gleichmäßigen Drosselung aller dem Erzeugungsmanagement unterliegenden WEA in einem Gebiet die wirtschaftliche Position der vorhandenen WEA-Betreiber mit jedem Anschluss einer weiteren WEA verschlechtern würde. Ein solches Vorgehen ist mit dem Grundsatz der Planungssicherheit, der dem EEG zu Grunde liegt, gerade nicht vereinbar. WEA-Betreibern wäre es regelmäßig unmöglich,



Jörg Spelshaus ist bei Blanke Meier Evers in den Bereichen Vertragsgestaltung, Gesellschaftsrecht und Prozessführung tätig.

die Rentabilität ihrer Investition zum Zeitpunkt der Errichtung der jeweiligen WEA abschätzen zu können.

Durch die erfolgte Anwendung des Clustering sind die Betreiber in ihren Rechten verletzt worden, da der von den WEA produzierte Strom vertragswidrig nicht abgenommen worden ist. Die den Betreibern durch die Anwendung dieses Erzeugungsmanagements entgangenen Einspeiseerlöse sind zu ersetzen. Diese Sichtweise haben in jüngster Zeit mit diesen Fragen befasste Gerichte dem Grunde nach bestätigt. Betreiber, deren WEA in der Vergangenheit im Rahmen des Clustering geregelt worden sind, sollten daher prüfen, ob entsprechende Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden können. Wegen der Verjährungsregelung der §§ 195, 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB ist bis Ende 2009 die Geltendmachung von Ansprüchen der Jahre 2006 bis einschließlich 2008 denkbar. Für das EEG 2009 hat die Frage der Schadensersatzansprüche des Betreibers eine weit geringere Bedeutung, denn § 12 Abs. 1 Satz 1 EEG 2009 regelt nunmehr ausdrücklich, dass hier eine Entschädigungspflicht besteht.

meiden könnte. Soweit waren die in den Auflagen formulierten Zielvorgaben mit verhältnismäßigen technischen Mitteln zu erreichen, so dass der gegen die Genehmigung gerichtete Nachbarantrag erfolglos blieb.

Gewächshaus ist bauliche Anlage
Oberlandesgericht Düsseldorf, Urteil vom 16. September 2009 - 3 U 3/09

Eine Schattenhalle zum Schutz sonnenempfindlicher Pflanzen stellt auch dann ein Gebäude dar, wenn ihr Dach erst durch Fotovoltaikmodule gebildet wird. Die Vergütung richtet sich nach § 11 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004, so dass der Netzbetreiber eine erhöhte Vergütung für die Dachanlagen zu entrichten hat. Das Gericht hat die Revision zum Bundesgerichtshof zugelassen.

Ersatzzahlung bei Repowering
Verwaltungsgericht Schleswig, Urteil vom 18. August 2009 - 1 A 5/08

In dieser von Blanke Meier Evers betriebenen Streitigkeit hat das Verwaltungsge-

richt auf die Klage des Betreibers die Höhe einer Ersatzzahlung wesentlich angepasst. Anders als die Behörde ging das Gericht davon aus, dass der Abbau der zum Repowering anstehenden Altanlagen eine Naturalkompensation darstellt, die bereits grundsätzlich die Erhebung eines naturschutzrechtlichen Ersatzgeldes ausschließt.

Anhörung der Gemeinde
Verwaltungsgericht Frankfurt/Oder, Beschluss vom 1. September 2009 - 5 L 173/09

In dieser Entscheidung hat das Verwaltungsgericht klargestellt, dass vor der Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens eine Anhörung der Gemeinde zwar erforderlich ist, jedoch die landesrechtlichen Vorschriften über Fristen im Verfahren nach Immissionsschutzrecht keine Anwendung finden. In diesem Genehmigungsverfahren gelten allein die immissionsschutzrechtlichen Verfahrensvorschriften, die keine besondere Anhörung der Gemeinde vorschreiben. Insoweit ist die Genehmigungsbehörde nur verpflichtet, der Gemeinde eine Frist einzuräumen, die so zu bestimmen ist, dass die Gemeinde

die Möglichkeit hat, ihr Mitwirkungsrecht effektiv wahrzunehmen.

Berechnung der Abstandsflächen
Verwaltungsgerichtshof München, Urteil vom 28. Juli 2009 - 22 BV 08.3427

Die Berechnung der Abstandsflächen für Windenergieanlagen ist problematisch und im Detail umstritten. Der Verwaltungsgerichtshof hat, wie auch andere Obergerichte, festgehalten, dass bei der Berechnung der Abstandsflächen von Windenergieanlagen zur Bestimmung des Abstandsmaßes der höchste Punkt der Windenergieanlage, d. h. Nabenhöhe plus Rotorhalbmesser, anzusetzen ist. Im Gegensatz zu anderen Obergerichten geht der Verwaltungsgerichtshof jedoch nicht davon aus, dass die Abstandsfläche ab dem auf das Gelände projizierten Rotorkreis zu bemessen ist. Die Rotoren der Windenergieanlagen entfalten insoweit kaum Wirkungen, die mit Gebäuden vergleichbar sind, und müssen deshalb nicht berücksichtigt werden. Die Abstände sind vom Mastfuß der Anlage einzuhalten.



Kompetente Partner für Erneuerbare Energien

Wir beraten Hersteller, Projektierungsunternehmen, Initiatoren, Finanzierer, Kommunen und Betreiber von Projekten zur Erzeugung erneuerbarer Energien in allen rechtlichen Fragestellungen.

Rechtsanwälte der Kanzlei Blanke Meier Evers sind seit 1991 im Bereich der erneuerbaren Energien beratend tätig.

Besondere Expertise besteht unter anderem im Gesellschafts- und Steuerrecht, der Vertragsgestaltung, der Konzeption von Beteiligungsgesellschaften, der Projektfinanzierung sowie im gesamten

Bau-, Planungs- und Einspeiserecht. Wir begleiten darüber hinaus international tätige Unternehmen bei Investitionen in Deutschland und Europa.

Wir korrespondieren auch in Englisch, Französisch, Spanisch, Italienisch und Schwedisch.

Bei Blanke Meier Evers arbeiten zurzeit 24 Rechtsanwälte, von denen sich 11 schwerpunktmäßig mit den Rechtsproblemen im Bereich der erneuerbaren Energien befassen.



■ Dr. Klaus Meier

Vertragsgestaltung, Projektfinanzierungen

■ Dr. Volker Besch

Gesellschaftsrecht, Produkthaftungsrecht, Prospekthaftungsrecht

■ Rainer Heidorn

Gesellschafts- und Steuerrecht, Energierecht

■ Dr. Andreas Hinsch

Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht, Energierecht

■ Dr. Thomas Heineke, LL.M.

Vertragsgestaltung, Haftungs- und Gewährleistungsrecht

■ Lars Schlüter

Gesellschaftsrecht und Vertragsgestaltung

■ Jörg Spelshaus

Vertragsgestaltung, Gesellschaftsrecht und Prozessführung

■ Nadine Holzapfel

Öffentliches Baurecht, Umweltrecht

■ Mirja Häfker

Gesellschaftsrecht, Energierecht

■ Dr. Jochen Rotstegge

Gesellschaftsrecht und Vertragsgestaltung

■ Falko Fähndrich

Gesellschaftsrecht, Energierecht

Verlag und
Herausgeber:

Rechtsanwälte in Partnerschaft
Blanke Meier Evers
Kurfürstenallee 23
28211 Bremen

Tel: +49 (0)421 - 94 94 6 - 0
Fax: +49 (0)421 - 94 94 6 - 66
Internet: www.bme-law.de
E-Mail: info@bme-law.de

Redaktion:

Rechtsanwalt Dr. Andreas Hinsch

Druck:

Schintz Druck, Bremen

Layout und DTP:

Stefanie Schürle