



Rundbrief zum Recht der Erneuerbaren Energien

Mehr Flächen für die Windenergienutzung



“

Dr. Leif Rauer ist bei Blanke Meier Evers in den Bereichen Öffentliches Baurecht, Immissionschutzrecht und Energierecht tätig.

Rechtsanwalt Dr. Leif Rauer

Viele Gemeinden haben in ihren Flächennutzungsplänen Gebiete für die Nutzung der Windenergie ausgewiesen. Waren die ersten Darstellungen regelmäßig noch durch die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB motiviert, setzt sich mehr und mehr die Erkenntnis durch, dass Windenergieanlagen auch für die Gemeinde und ihre Bürger ein Gewinn sein können. Als Folge dieses Gesinnungswandels bemühen sich die Gemeinden darum, weitere für die Windenergienutzung geeignete Flächen zu finden und diese als solche auszuweisen. Der damit einhergehenden Änderung des Flächennutzungsplans stehen die Gemeinden indes mit großer Skepsis

Unsere Themen

- Mehr Flächen für die Windenergienutzung
- Netzentgelte bei kaufmännisch-bilanzieller Weitergabe
- Zubau von Windparkprojekten
- Rechtsprechung

”

gegenüber. Haben sie die angestrebte Ausschlusswirkung erreicht, möchten sie diese um keinen Preis gefährden. Sie fürchten, dass auf Grund eines Fehlers im Änderungsverfahren der Flächennutzungsplan nebst Ausschlusswirkung unwirksam wird und sie sich fortan mit einem Wildwuchs an Windenergieanlagen im Außenbereich konfrontiert sehen. Diese Furcht ist nicht von der Hand zu weisen, da die fachlichen Anforderungen an einen Flächennutzungsplan und damit dessen Fehleranfälligkeit in den letzten Jahren erheblich gestiegen sind. Überdies verursacht eine gesamtträumliche Planung einen großen Aufwand und erhebliche Kosten.

Als praktikable Möglichkeit zur Lösung des Dilemmas bei gleichzeitig überschaubarem Risiko erscheint die Ausweisung einer zusätzlichen Teilfläche für die Nutzung der Windenergie. Für die erstmalige Ausweisung von Gebieten mit der Ausschlusswirkung hat das Bundesverwaltungsgericht mit dem „schlüssigen, gesamtträumlichen Planungskonzept“ Kriterien entwickelt, die in diesem Fall anzuwenden und einzuhalten sind. Ist die Ausschlusswirkung erreicht, sprechen gute Gründe dafür, dass zusätzliche Flächen diesen Anforderungen nicht genügen müssen. Hat der Plangeber mit seiner früheren Festlegung der Windenergienutzung ausreichend Raum gewährt, wird diese Plankonzeption durch die zusätzliche Ausweisung unter dem Gesichtspunkt der Ausschlusswirkung nicht berührt, denn die wechselseitige Beziehung von Positiv- und Negativflächen soll lediglich sicherstellen, dass die Windenergienutzung als privilegiertes Außenbereichsvorhaben eine substanzielle Chance erhält. Mit der Ausweisung neuer Flächen vergrößert die Gemeinde diese Chance lediglich, ohne zugleich die schon bestehende Ausschlusswirkung zu berühren. Neben der alten Konzentrationsplanung existiert fortan eine Zusatzplanung, ohne dass diese das Abwägungskonzept der bestehenden Planung beeinflusst.

Für diese Sichtweise spricht weiter, dass selbst im Rahmen eines schlüssigen,

Aktuelles

Veränderung der Marktprämie

Gerade die Marktprämie für Windenergienutzung hat die Direktvermarktung von Windstrom besonders attraktiv gemacht. Das Bundesumweltministerium hat nunmehr am 20. Juli 2012 einen Verordnungsentwurf vorgelegt, mit dem die Absenkung der Marktprämie umgesetzt werden soll. Danach soll die Managementprämie im Jahr 2013 nur noch 0,6 Cent pro kWh, im Jahr 2014 nur noch 0,45 Cent pro kWh und schließlich ab 2015 nur noch 0,3 Cent pro kWh betragen. Für fernlenkbare Anlagen ist eine Erhöhung der Vergütung um 0,1 Cent pro kWh für fünf Jahre vorgesehen. Es bleibt abzuwarten, ob und wie sich der Entwurf im Zuge der weiteren Beteiligung ggf. noch verändern wird.

gesamtträumlichen Planungskonzeptes einzelne, sogenannte „weiße Flächen“ verbleiben können, die weder als Positiv- noch als Ausschlussfläche in Betracht kommen. Solche Flächen stören den gesamtträumlichen Planungsanspruch nicht, solange insgesamt genug positive Flächen verbleiben. Sie können später noch als Positiv- oder Negativflächen ausgewiesen werden, ohne dass dies das Planungs- bzw. Entwicklungskonzept in Frage stellt.

Schließlich spricht für diese Auffassung auch der Zusammenhang zwischen § 249 Abs. 1 Satz 1 BauGB und § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Ist danach die Ausschlusswirkung mit den „vorhandenen Darstellungen“ erreicht, muss diese durch die Ausweisung zusätzlicher Flächen nicht erneut begründet werden. Es ist folglich nicht nötig, dass die Änderung allein oder im Zusammenwirken mit den vorhandenen Darstellungen die Anforderungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erfüllt. Der Plangeber muss lediglich das erforderliche Minimum festlegen und kann danach schrittweise vorgehen.



Netzentgelte bei kaufmännisch-bilanzieller Weitergabe

Rechtsanwältin Nadine Holzapfel

In den letzten Jahren wurden vermehrt Anlagen zur Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien, hauptsächlich Windenergieanlagen, unmittelbar auf dem Betriebsgelände von Gewerbe- oder Industrieunternehmen errichtet, um diese mit „sauberer Energie“ zu versorgen. Abrechnungstechnisch erfolgt dies oftmals im Wege einer kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe nach § 8 Abs. 2 EEG. Das bedeutet, dass eine Anlage nicht unmittelbar an das Netz für die allgemeine Versorgung angeschlossen ist, sondern den Strom zunächst in das Netz des Gewerbe- oder Industrieunternehmens einspeist. Dort wird der Strom rein faktisch von dem Unternehmen entnommen und ganz oder zum Teil verbraucht, ohne in das nachgelagerte Netz für die allgemeine Versorgung zu gelangen. Der Anlagenbetreiber verlangt vom Netzbetreiber auf der Grundlage des § 8 Abs. 2 EEG aber gleichwohl die Vergütung für den gesamten in seiner Anlage erzeugten Strom, also auch für den Anteil, der rein physikalisch nicht eingespeist, sondern unmittelbar verbraucht wird. De facto führt die Energieerzeugung und die Einspeisung im Wege der kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe dazu, dass das Unternehmen an der Entnahmestelle weniger Energie bezieht, weil der Verbrauch zumindest teilweise durch den EE-Strom gedeckt wird.

In diesem Fall ist fraglich, ob Netzentgelte anfallen und wie sie berechnet werden.

Netzentgelte sind nach der Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen (Stromnetzentgeltverordnung – StromNEV) für die Entnahme (nicht hingegen für die Einspeisung) von Elektrizität aus dem Netz für die allgemeine Versorgung zu entrichten. Wesentlicher Faktor ist der an der Entnahmestelle tatsächlich aus dem Netz bezogene Strom. Allerdings sind Konstellationen vorstellbar, in denen ein Abstellen auf die tatsächlich aus dem Netz entnommenen Strommengen nicht sachgerecht ist. Davon ist insbesondere dann auszugehen, wenn an der Entnahmestelle nicht lediglich Strom bezogen wird, sondern diese überdies dazu genutzt wird, Strom einzuspeisen. Ein solcher Fall ist beispielsweise die vorstehend beschriebene kaufmännisch-bilanzielle Weitergabe von Strom aus erneuerbaren Energien nach Maßgabe des § 8 Abs. 2 EEG.

Zur Ermittlung der Höhe des Netzentgeltes bei einer kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe von Strom aus erneuerbaren Energien liegt eine aktuelle Entscheidung des Kartellsenats des Bundesgerichtshofs vor (Bundesgerichtshof, Beschluss vom 27. März 2012, Az. EnVR 8/11). Danach besteht in dieser Konstellation eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass es für die Berechnung ausschließlich auf den physikalisch aus dem Netz entnommenen Strom ankommt. Vielmehr ist in einem solchen Fall der Verbrauch im nicht der allgemeinen Versorgung dienenden vorgelagerten



Nadine Holzapfel ist bei Blanke Meier Evers in den Bereichen Öffentliches Baurecht und Umweltrecht tätig.

Objekt- oder Arealnetz ebenfalls eine entgeltspflichtige Nutzung des Netzes für die allgemeine Versorgung.

Der Hintergrund ist darin zu sehen, dass die Schaffung des § 8 Abs. 2 EEG vor volkswirtschaftlich unsinnigen Aufwendungen schützen wollte. Ohne diese Vorschrift wäre der Betreiber von Anlagen zur Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien gezwungen, eine Direktleitung zum Netz für die allgemeine Versorgung zu legen, um in den Genuss der vollen Vergütung für den in seiner Anlage erzeugten Strom zu gelangen. In diesem Fall von zwei separaten Leitungen müssten im Gegenzug für den gesamten an der Entnahmestelle bezogenen Strom Netzentgelte gezahlt werden. Die Möglichkeit einer kaufmännisch-bilanziellen Weitergabe sollte aber nicht zu einer Besserstellung beim Strombezug führen, so dass auch diesbezüglich ein Gleichlauf herzustellen ist. Daher stellt die in einem vorgelagerten Objekt- oder Arealnetz verbrauchte Strommenge ebenfalls eine netzentgeltspflichtige Entnahme dar.

Rechtsprechung

Zurückstellung des Baugesuchs

Verwaltungsgerichtshof München, Beschluss vom 20. April 2012 – 22 CS 12.310

Mit dem Instrument der Zurückstellung des Baugesuchs kann eine Gemeinde einen Flächennutzungsplan sichern, der die Windenergienutzung konzentrieren soll. Dafür ist es erforderlich, dass die gemeindliche Planung jedenfalls ein Mindestmaß an Konkretisierung erreicht hat. Das Gericht hatte über einen Fall zu entscheiden, in dem eine Gemeinde mit mehreren anderen Gemeinden einen gemeinsamen Flächennutzungsplan aufstellen wollte. Jedoch waren im Gemeindegebiet der betroffenen Gemeinde keinerlei Windenergieflächen zu erwarten, da nach den gewählten Kriterien das gesamte Gemeindegebiet Tabufläche war. Dazu führt das Gericht aus, dass in einer solchen Situation zwar grundsätzlich vorstellbar ist, dass im Hinblick auf das Raumgebinde der für die Windenergienutzung in anderen Teilen der Planungsregion (im Gemeindegebiet der anderen Gemeinden) eine solche Planung

zulässig sei. Vorliegend hat sich aber die betroffene Gemeinde darauf beschränkt, festzustellen, dass eine gemeinsame Flächennutzungsplanung beabsichtigt ist, aber das eigene Gemeindegebiet eigentlich nicht für die Errichtung von Windenergieanlagen in Betracht kommt. Da nicht gesichert war, ob in den anderen Gemeinden eine gemeinsame Planung überhaupt gewollt war, ging das Gericht davon aus, dass eine nicht sicherungsfähige Planung vorlag. Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Windkraftbetreibers wurde wiederhergestellt.

Bindungswirkung des Vorbescheids

Oberverwaltungsgericht Lüneburg, Urteil vom 8. Mai 2012 – 12 LB 256/10

Ein Vorbescheid, der vor der eigentlichen Zulassung insbesondere die planungsrechtliche Zulässigkeit eines Windkraftvorhabens feststellt, ist eine gute Sache, denn oftmals liegen hier wesentliche Probleme der Planung. Das Oberverwaltungsgericht hatte sich mit einer Planung zu befassen, die nunmehr außerhalb eines im RROP vorgesehenen Vorranggebiets lag. In der Folge war es aus Sicht des Ge-

richts planungsrechtlich unzulässig. Es stellt sich allerdings die Frage, ob durch einen alten Bauvorbescheid diese Frage überhaupt noch relevant war. Das Gericht hat dies bejaht, denn im Gegensatz zum Planungsstand des Vorbescheides wurden die Standorte der Windenergieanlagen um rund 20 bis 30 Meter verschoben. Das Gericht ging davon aus, dass dies relevant war, da die Standorte der Windenergieanlagen zu den Grenzen des ursprünglich vorhandenen Gebiets verschoben wurden. Dies stelle eine Veränderung dar, die die Genehmigungsfrage grundsätzlich neu aufwerfe. Eine Bindungswirkung des Vorbescheides bestand so nicht, so dass die Klage des Betreibers durch das Gericht abgewiesen wurde.

Berücksichtigung der Vorbelastung

Verwaltungsgericht Frankfurt/Oder, Urteil vom 25. Mai 2012 – 5 K 1040/09

Mit dieser von Blanke Meier Evers erstrittenen Entscheidung hat das Verwaltungsgericht festgehalten, dass, obwohl im weiteren Umfeld eine Vielzahl von Windenergieanlagen vorhanden war, die von diesen ausgehenden Immissionen im Zuge

Zubau von Windparkprojekten

Rechtsanwalt Lars Schlüter

Betreiber von Windparks haben immer mit der Möglichkeit zu rechnen, dass in unmittelbarer Nähe andere Anlagenbetreiber Windenergieanlagen planen und errichten. Ein solcher Zubau führt regelmäßig dazu, dass die neuen Anlagen die bereits bestehenden abschatten, was zu einem wirtschaftlichen Schaden führt. In einer solchen Situation stellt sich die Frage, ob und wenn ja welche Abwehrmöglichkeiten für den Betreiber gegen einen Zubau bestehen.

Zunächst ist festzustellen, dass gegen die Abschattung von Wind kein Abwehrrecht besteht. Allerdings kann sich die Situation anders darstellen, wenn im Falle eines Zubaus zusätzlich zur Abschattung noch weitere Beeinträchtigungen vorliegen.

Als weitere Beeinträchtigung kann zum einen auch die Standsicherheit der bestehenden Windenergieanlagen durch den Zubau gefährdet werden. Dies ist der Fall, wenn die neuen Anlagen in einer solchen Nähe zu den Bestandsanlagen errichtet werden, dass die von den neuen Anlagen verursachten Turbulenzen sicherheitsgefährdend auf die Substanz der Bestandsanlagen einwirken. Eine solche Gefährdung der Standsicherheit stellt ein abwehrfähiges Recht dar. Zum Nachweis einer Gefährdung der Standsicherheit können Turbulenzgutachten eingeholt und eine anwaltliche Bewertung der jeweiligen Zubau-Situation vorgenommen werden. Für den Fall, dass die Standsicherheit der Bestandsanlagen durch einen Zubau tatsäch-

lich gefährdet ist, kann eine Bau- und Betriebsgenehmigung für die im Rahmen des Zubaus geplanten Anlagen entweder nicht erteilt werden oder die Genehmigung muss Nebenbestimmungen enthalten wie z.B. einen leistungsreduzierten Betrieb, mit denen eine Gefährdung der Standsicherheit ausgeschlossen werden kann.

Weiterhin kann der Zubau aber auch einen Verstoß gegen den sogenannten Konkurrenzschutz im Mietrecht darstellen. Der Konkurrenzschutz im Mietrecht verpflichtet dabei den Vermieter, auch ohne ausdrückliche vertragliche Regelung, seinen Mieter vor einem Wettbewerb in demselben Mietobjekt sowie in einem benachbarten Mietobjekt zu schützen, soweit diese Objekte dem Vermieter gehören. Dieser Konkurrenzschutz wurde mittlerweile auch auf Nutzungsverträge für Windenergieanlagen übertragen. Hierzu wurde festgestellt, dass die Abschöpfung von Windkraft durch einen benachbarten Konkurrenten eines Windenergieanlagenbetreibers wie ein Verstoß gegen den Konkurrenzschutz im Mietrecht wirkt. Dem Verpächter des vom Zubau betroffenen Anlagenbetreibers kann es daher verboten sein, Grundstücksflächen für den Betrieb von Windenergieanlagen an andere Betreiber zu verpachten, soweit hierdurch die Windenergieanlagen von dem betroffenen Anlagenbetreiber abgeschattet werden. Das vorgenannte Verbot umfasst dabei die Verpachtung von Grundstücksflächen, die der vom Zubau betroffene Anlagenbetreiber selbst von dem Verpächter gepachtet hat. Weiterhin bestehen oftmals auch in den Nutzungsverträgen selbst ausdrückli-



“

Lars Schlüter ist bei Blanke Meier Evers in den Bereichen Gesellschaftsrecht und Vertragsgestaltung tätig.

che Schutzklauseln, die dem Verpächter des vom Zubau betroffenen Anlagenbetreibers eine Konkurrenzvermietung innerhalb eines bestimmten Schutzradius verbieten.

Daher sollte im Falle eines Zubaus von dem betroffenen Anlagenbetreiber auch geprüft werden, ob sein eigener Verpächter Grundstückflächen an die Betreiber der im Rahmen des Zubaus neu geplanten Anlagen verpachtet hat und ob darin ein Verstoß gegen das Konkurrenzschutzgebot zu sehen ist.

Abschließend kann festgestellt werden, dass Anlagenbetreiber durchaus die Möglichkeit haben, sich gegen einen Zubau ihrer Windenergieanlagen zu wehren und die negativen Folgen abzumildern. Voraussetzung ist aber, dass neben der reinen Windabschattung noch weitere Umstände hinzutreten.

der Immissionsprognose für die Erweiterung des Windparks nicht zu berücksichtigen waren, da das Wohnhaus der Kläger außerhalb des Einwirkungsbereichs des Großteils der Altanlagen lag.

Vorbescheid in der Konkurrenzsituation
Oberverwaltungsgericht Weimar, Beschluss vom 17. Juli 2012 – 1 EO 35/12

Gibt es in einem Eignungs- oder Vorranggebiet für die Windenergienutzung Konkurrenz zwischen mehreren Betreibern, kommt es oftmals darauf an, wer zuerst eine Genehmigung für seine Anlagen erhält. Das Oberverwaltungsgericht musste sich mit der Frage befassen, über welchen Genehmigungsantrag zuerst zu entscheiden ist. Vorliegend gab es für eins der Vorhaben bereits einen immissionschutzrechtlichen Vorbescheid, die Behörde ging jedoch davon aus, dass dieser für die Entscheidung, wer zuerst die Genehmigung erhält, irrelevant war. Dem ist das Gericht entgegengetreten. Es geht davon aus, dass der Vorbescheid einen Ausschnitt aus dem feststellenden Teil einer späteren Anlagengenehmigung vorwegnimmt und eine verbindliche Feststellung trifft, an die die

Behörde auch in einem nachfolgenden Genehmigungsverfahren gebunden ist. Dies kann es rechtfertigen, bei einem mit einem Genehmigungsantrag konkurrierenden Vorbescheid die gleichen Grundsätze anzuwenden wie bei konkurrierenden Genehmigungsanträgen. Dies gilt jedoch nicht, wenn der Standortvorbescheid z. B. keinerlei standortbezogene Genehmigungsvoraussetzungen klärt.

Höhenbeschränkung anfechtbar?
Bundesverwaltungsgericht, Beschluss vom 7. Mai 2012 – 4 BN 2/12 u. a.

Die Höhenbeschränkung für Windenergieanlagen in einem Bebauungsplan kann Gegenstand einer Normenkontrollklage eines Betreibers sein. Nach herrschender Auffassung galt dies bislang nicht für Darstellungen des Flächennutzungsplans zur Höhe der Windenergieanlagen; hier musste sich ein möglicher Betreiber immer gegen die ablehnende Genehmigung wenden. Das Bundesverwaltungsgericht scheint an dieser herrschenden Meinung nunmehr Zweifel zu haben und hat zur Klärung der Frage, ob ein Windparkbetreiber auch eine dargestellte Höhenbegren-

zung im Flächennutzungsplan angreifen kann, die Revision zugelassen. Hier ist mit einer Klärung zu rechnen.

Keine gemeindliche Bürgerwindparkgesellschaft
Verwaltungsgericht Schleswig, Urteil vom 24. Mai 2012 – 6 A 108/11

Die Gründung einer Bürgerwindparkgesellschaft durch eine Gemeinde ist unzulässig. Die entsprechenden Regelungen in Schleswig-Holstein erlauben die Gründung einer solchen Gesellschaft jedenfalls nicht. Eine Windenergieanlage dient, unabhängig davon, ob sie durch die öffentliche Hand betrieben wird, dem Klima- und Umweltschutz. Die gemeindliche Betreibergesellschaft leistet insoweit keinen Beitrag zur örtlichen Daseinsvorsorge. Gleichzeitig hat das Gericht festgestellt, dass eine Bauleitplanung, die zum Schutz der Betriebsabsichten der Bürgerwindparkgesellschaft dient, unzulässig ist, denn sie erfüllt keine städtebauliche Funktion. Die bauliche Nutzbarkeit der Grundstücke für die Bürgerwindparkgesellschaft zu sichern, ist unzulässig.



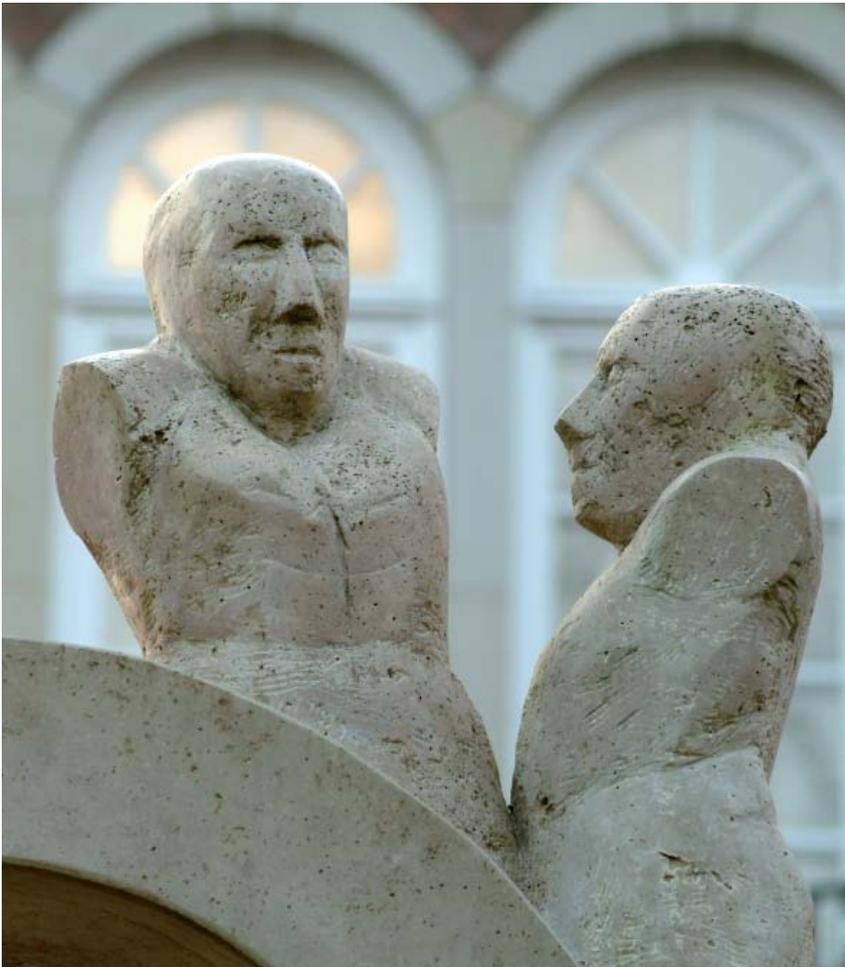
Kompetente Partner für erneuerbare Energien

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.

Bei Blanke Meier Evers arbeiten zurzeit über 25 Rechtsanwälte, von denen sich 15 schwerpunktmäßig mit den Rechtsproblemen im Bereich der erneuerbaren Energien befassen.



- **Dr. Klaus Meier**
Vertragsgestaltung, Projektfinanzierungen
- **Dr. Volker Besch**
Gesellschaftsrecht, Produkthaftungsrecht, Prospekthaftungsrecht
- **Dr. Andreas Hinsch**
Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht, Energierecht
- **Dr. Thomas Heineke, LL.M.**
Vertragsgestaltung, Energierecht, Haftungs- und Gewährleistungsrecht
- **Lars Schlüter**
Gesellschaftsrecht, Vertragsgestaltung
- **Nadine Holzapfel**
Öffentliches Baurecht, Umweltrecht
- **Dr. Jochen Rotstegge**
Gesellschaftsrecht, Vertragsgestaltung
- **Falko Fähndrich**
Gesellschaftsrecht, Energierecht
- **Lars Wenzel**
Vertragsgestaltung, Energierecht
- **Dr. Leif Rauer**
Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht, Energierecht
- **Corinna Hartmann**
Energie- und Agrarrecht, Vertragsgestaltung
- **Daniel Lonsdorfer, LL.M.**
Vertragsgestaltung, Energierecht
- **Mary Gyamfuaa**
Energierecht, Vertragsgestaltung, Versicherungsrecht
- **Dr. Uli Rentsch**
Gesellschaftsrecht, Energierecht, Vertragsgestaltung
- **Dr. Mahand Vogt**
Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht, Energierecht

Verlag und
Herausgeber: Blanke Meier Evers
Rechtsanwälte in Partnerschaft
Kurfürstenallee 23
28211 Bremen
Tel: 0421 - 94 94 6 - 0
Fax: 0421 - 94 94 6 - 66
Internet: www.bme-law.de
E-Mail: info@bme-law.de

Redaktion: Rechtsanwalt Dr. Andreas Hinsch
Druck: Girzig+Gottschalk GmbH, Bremen
Layout und DTP: Stefanie Schürle