



# Rundbrief zum Recht der Erneuerbaren Energien

## Umspannwerk wegen Netzausbau geschlossen!

Rechtsanwalt Benjamin Zietlow



Benjamin Zietlow ist bei Blanke Meier Evers in den Bereichen Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht und Energierecht tätig.



Wartungsarbeiten am Umspannwerk oder Netz durchführen zu können. Hintergrund der Instandhaltungsarbeiten ist häufig die Erweiterung der Netzkapazität für weitere Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien oder deren Wartung.

Handelt es sich bei der Reduzierung der Einspeiseleistung um eine Maßnahme des Einspeisemanagements i.S.d. § 15 EEG, so hätte der Netzbetreiber die entgangenen Einnahmen zu mindestens 95 % zuzüglich etwaiger Aufwendungen zu entschädigen. Anspruchsvoraussetzung ist das Vorliegen eines Netzengpasses, die Nichtabnahme von Strom aus erneuerbaren Energien trotz betriebsbereiter Anlage sowie das Vorliegen einer Maßnahme des Einspeisemanagements.

Ob ein solcher Netzengpass im Falle der vorgenannten Maßnahmen vorliegt, ist im Einzelnen umstritten und von der Rechtsprechung nicht höchstrichterlich entschieden. Nach einer Meinung soll ein Netzengpass u.a. auch dann vorliegen, wenn durch Wartungsarbeiten, die Instandhaltung des Netzes oder dessen Kapazitätserweiterung die Netzkapazität im Sinne des Interesses der Versorgungssicherheit zeitweise deutlich reduziert wird, um die „(N-1)-Sicherheit“ aufrecht zu erhalten. Anderer Ansicht nach sollen geringfügige oder kurzzeitige wartungs- oder instandhaltungsbedingte Netzengpässe, die generell von allen Einspeisern entschädigungslos hinzunehmen sind, nicht unter § 15 EEG fallen, es sei denn, sie stehen in unmittelbarem Zusammenhang mit einer Maßnahme zur Erweiterung der Netzkapazität.

Des Weiteren muss der Netzbetreiber die Anlage „regeln“, also über technische oder betriebliche Einrichtungen die Einspeiseleistung reduzieren. Üblicherweise – aber nicht zwingend – wird dies ferngesteuert erfolgen. Ausreichend dürfte aber auch die Ausführung durch den Anlagenbetreiber nach Aufforderung durch den Netzbetreiber sein.

Steht der Netzanschluss einer Windenergieanlage nicht zur Verfügung, ist dies nicht nur ärgerlich, sondern unter Umständen auch sehr teuer – dies insbesondere dann, wenn es sich nicht nur um eine kurzfristige Reduzierung der Einspeiseleistung handelt, sondern der Netzanschluss ggfs. über mehrere Wochen nicht zur Verfügung steht.

In letzter Zeit kommt es häufiger vor, dass Netzbetreiber Windenergieanlagen drosseln oder den Anlagenbetreiber auffordern, dies zu tun, um Instandhaltungs- und

### Aktuelles

Die Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten hat neue „Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten veröffentlicht. Diese neuen Empfehlungen sind eine Fortschreibung der Empfehlungen aus 2007 („Helgoländer Papier“). Die Empfehlungen enthalten Mindestabstände und Prüfbereiche zwischen Windenergieanlagen und bedeutsamen Vogellebensräumen einerseits und andererseits zu Brutplätzen von Arten, die potenziell kollisionsgefährdet sind. Bei dem besonders planungsrelevanten Rotmilan wird ein Mindestabstand zum Horst von 1.500 m empfohlen und der Prüfbereich auf einen Radius von 4.000 m verkleinert, weil im Schnitt über 90 % der Flugaktivitäten in diesem Bereich stattfinden. Auch in der gerichtlichen Praxis zur Beurteilung der Zulässigkeit von Windenergieanlagen spielen die Empfehlungen der Vogelschutzwarten eine bedeutsame Rolle und es bleibt abzuwarten, ob auch den neuen Empfehlungen eine entsprechende Rolle zugemessen wird. Aus Sicht der Windkraftnutzung dürften damit Verbesserungen nicht verbunden sein.

Der Anlagenbetreiber wird daher mit einiger Aussicht auf Erfolg einen Anspruch gegenüber dem Netzbetreiber auf Entschädigung geltend machen können.

Somit stehen Windenergieanlagenbetreiber kapazitätserweiternden Instandhaltungsarbeiten auf Seiten des Netzbetreibers regelmäßig nicht schutzlos gegenüber, sondern können die entgangenen Einnahmen und weitere Aufwendungen zumindest im Umfang von 95% ersetzt verlangen. Maßgeblich sind jedoch wie immer die konkreten Umstände des Einzelfalls.

### Unsere Themen

- Umspannwerk wegen Netzausbau geschlossen!
- Onshore Wind: Auf dem Weg zur Ausschreibung
- Neue Gerichtsentscheidungen zum Luftverkehr
- Aktuelle Rechtsprechung



**Blanke Meier Evers**  
Rechtsanwälte in Partnerschaft mbB

Rechtsanwälte in Partnerschaft mbB  
Stephanitorsbollwerk 1  
(Haus LEE)  
28217 Bremen

Tel.: +49 (0)421 - 94946 - 0  
Fax: +49 (0)421 - 94946 - 66

E-Mail: [info@bme-law.de](mailto:info@bme-law.de)  
Internet: [www.bme-law.de](http://www.bme-law.de)

# Onshore Wind: Auf dem Weg zur Ausschreibung

Rechtsanwalt Dr. Thomas Heineke

§ 2 Abs. 5 Satz 1 des EEG 2014 gibt vor: „Die finanzielle Förderung und ihre Höhe sollen für Strom aus Erneuerbaren Energien und aus Grubengas bis spätestens 2017 durch Ausschreibungen ermittelt werden.“ Für Onshore-Windenergieanlagen sieht das EEG 2014 in § 102 Nr. 3 bereits jetzt eine Übergangsbestimmung für Windenergieanlagen vor, die vor dem 1. Januar 2017 genehmigt und vor dem 1. Januar 2019 in Betrieb genommen worden sind, diese müssen sich noch nicht dem Ausschreibungsverfahren stellen.

Erste Erfahrungen sollen bis zur Umstellung auf die Ausschreibungen durch die sogenannten „Pilot-Ausschreibungen“ gemacht werden. Betroffen hiervon sind Freiflächenphotovoltaikanlagen. Die Erfahrungen werden dann durch das Bundeswirtschaftsministerium zum Ende des Jahres 2015 ausgewertet und bis zur Sommerpause 2016 soll dann das EEG zu einem „EEG 3.0“ geändert werden. Im Hinblick auf den Zweck der Pilotausschreibungen lohnt es sich, auch aus Sicht der Windmüller, einen Blick auf die angelaufene Pilotphase zu werfen:

Die Pilotphase wird maßgeblich bestimmt durch die Bestimmungen der Freiflächenausschreibungsverordnung (FFAV), die am 12. Februar 2015 in Kraft getreten ist. Die FFAV sieht als Rahmen unter anderem vor, dass (i) im ersten Jahr 500 MW und in den folgenden Jahren 400 MW Nennleistung zur Förderung ausgeschrieben werden, (ii) Ge-

genstand der Ausschreibung die Höhe des Tarifs, also der anzulegende Wert für die Ermittlung der Marktprämie ist und (iii) dreimal jährlich Ausschreibungsrunden stattfinden.

Einziges Zuschlagskriterium ist die Höhe des Gebots, so dass sich die Wettbewerber einen Kampf um den niedrigsten Förder tarif liefern. Nach dem Zuschlag hat der Vorhabenträger 18 Monate Zeit, die Anlage in Betrieb zu nehmen.

Um an einer Ausschreibung teilnehmen zu können, müssen bestimmte Voraussetzungen erfüllt sein. So bewirbt sich der Bieter mit einem konkreten Freiflächenanlagen-Projekt und hat bestimmte Projektdetails (insbesondere den Standort) darzulegen. Dieses schließt die spätere Übertragung von Kapazitäten, allerdings gegen Leistung einer Übertragungspönale, nicht aus. Sodann hat der Bieter eine Erstsicherheit mit dem Gebot zu leisten. Hierdurch soll eine Strafzahlung abgesichert werden, die zu leisten ist, wenn ein Bieter nach erteiltem Zuschlag von dem Förderanspruch keinen Gebrauch macht. Die Erstsicherheit ist nach erteiltem Zuschlag durch eine Zweitsicherheit zu ergänzen.

Es liegt auf der Hand, dass bestimmte Grundentscheidungen, die im Pilotverfahren Anwendung finden, auch für das ab dem Jahr 2017 geltende Ausschreibungsverfahren für den Bereich Onshore-Wind Anwendung finden dürften. Dieses betrifft



Dr. Thomas Heineke ist bei Blanke Meier Evers als Partner für die Bereiche Vertragsgestaltung, Haftungs- und Gewährleistungsrecht und Energierecht zuständig.

insbesondere die Teilnahme mit einem konkreten Projekt und die Förderhöhe als Gegenstand der Ausschreibung sowie die grundsätzlichen Ideen zum Ausschreibungsverfahren. In Bezug auf die Höhe der Förderung ist allerdings zu beachten, dass – im Gegensatz zur Vergütung für Freiflächenanlagen – während des Förderzeitraums zwischen erhöhter Anfangsvergütung und Grundvergütung unterschieden wird. Möglicherweise wird daher auf die erhöhte Anfangsvergütung (unter Fortgeltung eines Referenzertragsmodells) geboten. Erheblich gerungen wird um die Fragestellung, welche finanzielle Sicherheit der Teilnehmende mitbringen muss und welche Anforderungen an das Projekt zu stellen sind. Hier reichen die Vorschläge vom Entfall entsprechender Sicherheiten (bei ausreichend geeigneten Standorten) bis zur Übernahme der zweistufigen Verpflichtung zur Leistung von Sicherheiten (Bankbürgschaften).

## Aktuelle Rechtsprechung

### Geräte- und Pausenraum nicht schutzwürdig

*Oberverwaltungsgericht Schleswig, Beschluss vom 23. Dezember 2014 – 1 MB 42/14*

Im vorliegenden Rechtsstreit wandte sich der Betreiber einer Hundeschule gegen die Zulassung von Windenergieanlagen. Nah an den Windenergieanlagen lag ein „Geräte- und Pausenraum“, der nach Darstellung des Antragstellers auch als Seminar- und Unterrichtsraum verwandt wurde. Im Hinblick auf diese Nutzung wandte der Antragsteller ein, dass die Bauwirkungen der Windenergieanlagen rücksichtslos seien. Dem ist das Gericht entgegengetreten; es ging davon aus, dass die allein relevante öffentlich-rechtlich zugelassene Nutzung als Pausenraum keinen mit einer Wohnnutzung vergleichbaren Schutzanspruch hat und insoweit die Windenergieanlagen auch näher heranrücken können. Entsprechend den Anträgen von Blanke Meier Evers blieb der Rechtsschutz des Nachbarn erfolglos.

### Fälligkeit und Abschlagszahlungen

*Bundesgerichtshof, Urteil vom 19. November 2014 – VIII ZR 79/14*

Die Fälligkeit des Abschlagsanspruchs aus § 16 Abs. 1 Satz 1 EEG 2012 auf angemessene Abschläge auf die zu erwartenden Einspeisevergütungen bestimmt sich nach allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen. Die Fälligkeit liegt vor, wenn der Netzbetreiber in der Lage ist, anhand der gemessenen Einspeiseleistung die in etwa angefallene Einspeisevergütung vorläufig zu berechnen.

### Wasserschutz nicht immer drittschützend

*Verwaltungsgerichtshof Mannheim, Beschluss vom 11. Dezember 2014 – 10 S 473/14*

Im Rahmen einer Nachbarklage gegen die Änderungsgenehmigung für den Betrieb einer Biogasanlage hat das Gericht festgehalten, dass § 37 Abs. 3 des Entwurfs der Verordnung über Anlagen zum Umgang mit wassergefährdeten Stoffen (AwSV) dem öffentlich-rechtlichen Gewässerschutz dient. Nachbarn können sich auf diese Bestimmung nur berufen, wenn die Um-

wallung im Einzelfall auch die Gefahr einer Überflutung ihrer Grundstücke durch auslaufendes Substrat regeln soll. Hier gilt allerdings nicht der sogenannte wasserrechtliche Besorgnisgrundsatz, so dass sich der Nachbar nur auf die konkrete Gefahr einer Überflutung berufen kann. Der Rechtsschutz des Nachbarn blieb erfolglos.

### Abstandsflächenreduzierung für Windkraftanlagen

*Oberverwaltungsgericht Greifswald, Beschluss vom 12. November 2014 – 3 M 1/14.*

Bei der Planung von Windkraftanlagen ist es oftmals hilfreich, wenn die Abstandsflächen nach Landesbaurecht reduziert werden können. Das führt dazu, dass der Projektierer nicht auf die Baulasten von benachbarten Grundstückseigentümern angewiesen ist. Das Oberverwaltungsgericht hat dazu für das Landesrecht in Mecklenburg-Vorpommern festgehalten, dass zwingende Voraussetzung für eine solche Abweichungsentscheidung eine sogenannte Atypik ist. Nur wenn durch eine besondere Grundstückssituation die Abwei-

## Neue Gerichtsentscheidungen zum Luftverkehr

Rechtsanwältin Dr. Mahand Vogt

Ein auch politisch relevantes Problem ist der Konflikt zwischen Windkraft und dem Luftverkehr; ein aktueller Themenbereich ist die Störung von Flugsicherheitseinrichtungen durch Windenergieanlagen. Im Rahmen immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsverfahren kommt es immer wieder zu negativen Stellungnahmen der zuständigen Luftsicherheitseinrichtungen BAF (Bundesaufsichtsamt für Flugsicherung) und DFS (Deutsche Flugsicherung). Diese lehnen geplante Windenergievorhaben unter Hinweis auf das Bauverbot des § 18a LuftVG aufgrund einer Störung von Flugsicherheitseinrichtungen (hier: Drehfunkfeuer VOR und DVOR) ab.

Die zuständigen Genehmigungsbehörden reagieren hierauf uneinheitlich: Teilweise schließen sie sich der luftverkehrsrechtlichen Stellungnahme des BAF an und erlassen einen Ablehnungsbescheid, nur wenige Behörden setzen sich über die Stellungnahmen hinweg und erteilen die Genehmigung. Eine einheitliche Rechtsprechung der erstinstanzlichen Verwaltungsgerichte zu § 18a LuftVG steht derzeit noch aus. Übereinstimmend gehen die Gerichte aber davon aus, dass das gesetzliche Errichtungsverbot des § 18a LuftVG greift, sofern eine Störung von Drehfunkfeuern im Sinne einer nachteiligen Beeinflussung möglich und nicht hinnehmbar ist.

Seit kurzem liegt nun eine erste obergerichtliche Entscheidung vor (OVG Lüneburg, Urt. v. 03.12.2014, 12 LC 30/12;

nachfolgend OVG Lüneburg, Urt. v. 22.01.2015, 12 ME 39/14), die den luftverkehrsrechtlichen Behörden den Rücken stärkt und damit einen zuletzt absehbaren Trend in der Rechtsprechung fortsetzt (vgl. Rundbrief EE Nr. 40, Dezember 2014, Seite 3).

Nach Entscheidung des Niedersächsischen Obergerverwaltungsgerichts Lüneburg ist nämlich die Frage, ob und wann eine Störung nach § 18a LuftVG vorliegt, im Rahmen einer Prognose durch BAF und DFS zu klären. Dabei genüge es, wenn BAF und DFS die erforderliche Begründung noch während des laufenden Verwaltungsverfahrens nachreichen. Der Nachweis einer Störung sei erbracht, sofern die Prognose eine Überschreitung der aus den ICAO-Dokumenten vertretbar hergeleiteten Toleranzwerte ergäbe. Dass die nicht rechtsverbindlichen ICAO-Werte und ihre Analyse dabei kritisch zu bewerten seien, führe nicht zu einer anderen Betrachtung. Zwar komme dem BAF nicht von vornherein ein Beurteilungsspielraum zu. Mangels allgemein anerkannter Standards und Beurteilungsmaßstäbe fehle es dem Gericht aber an der auf besserer Erkenntnis beruhenden Befugnis, die Einschätzung von BAF und DFS als falsch zu beanstanden.

Das Obergerverwaltungsgericht entschied, der Stellungnahme des BAF komme eine unmittelbare Bindungswirkung für die immissionsschutzrechtliche Genehmigungsentscheidung zu. Dies bedeutet in

chung gerechtfertigt werden kann, kommt eine Abweichung von den Abstandsflächen um die Anlage in Frage. Das schränkt die Möglichkeit der Abweichung von Abstandsflächen deutlich ein. Vorliegend hat das Gericht eine solche Möglichkeit gesehen, weil sonst eine als Eignungsgebiet für die Windenergienutzung ausgewiesene Fläche wegen des kleinteiligen Grundstückszuschnitts nicht sachgerecht hätte genutzt werden können.

### Keine nachträgliche Fledermausabschaltung

*Obergerverwaltungsgericht Weimar, Beschluss vom 10. Februar 2015, 1 EO 346/14*

Im Zuge eines verwaltungsgerichtlichen Eilverfahrens hat das Obergerverwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Betreibers gegen einen Änderungsbescheid, mit dem die Nebenbestimmung zum Schutze der Fledermausfauna angeordnet wurde, wiederhergestellt. Das Gericht ging davon aus, dass eine Ermächtigungsgrundlage für die immissionsschutzrechtliche Genehmigungsbehörde zur nachträglichen Veränderung

der Nebenbestimmungen im Genehmigungsbescheid nicht vorhanden war. Der von Blanke Meier Evers vertretene Vorhabenträger muss sich so zunächst nicht an die neu geregelten Abschaltzeiten halten.

### Regionalplanung in Schleswig Holstein unwirksam

*OVG Schleswig, Urteil vom 20. Januar 2015 – 1 KN 6/13, 1 KN 7/13*

In den hier besprochenen Entscheidungen hat das Obergerverwaltungsgericht nach Anträgen von Blanke Meier Evers die Konzentrationsflächenplanung für die Windenergienutzung in den Planungsräumen I und III für unwirksam erklärt. Das Gericht sah zwei formelle und drei materielle Fehler der Planung, die zur Unwirksamkeit der Regelungen führten. Hervorgehoben werden kann der fehlerhafte Umgang mit der bloßen Absicht von Gemeinden, von Windkraftnutzung freizubleiben. Hatte sich eine Gemeinde im Zuge des Planaufstellungsverfahrens entsprechend geäußert, war sie als Standort für die Windenergienutzung ausgeschieden worden. Dazu hält das Gericht fest, dass die Funktion der Regionalplanung konterkariert wird, wenn



Dr. Mahand Vogt ist bei Blanke Meier Evers in den Bereichen Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht und Energierecht tätig.

der Konsequenz: Das BAF hat die Letztentscheidungskompetenz über die luftverkehrsrechtliche Genehmigungsfähigkeit. Es entscheidet im Rahmen einer Prognose und auf den umstrittenen Werten der ICAO-Dokumente. Beurteilt das BAF ein Vorhaben als störend im Sinne des § 18a LuftVG, ist der Antrag von der Genehmigungsbehörde zwingend abzulehnen.

Die Entscheidung des Obergerverwaltungsgerichts wird derzeit im Revisionsverfahren angegriffen. Sollte das Bundesverwaltungsgericht die obergerichtliche Rechtsprechung halten, werden sich hieraus absehbar erhebliche Schwierigkeiten bei der Zulassung und Planung neuer Windenergieanlagen ergeben, bzw. es wird bei den aktuellen Problemen bleiben.

sie Singularinteressen einzelner Gemeinden, die die Windkraftnutzung in ihrem Gebiet ablehnen, allen anderen planerischen Aspekte überlagert.

### Wie laut darf's sein?

*Verwaltungsgericht Greifswald, Urteil vom 5. März 2015 – 5 A 331/12.*

Zugunsten des von Blanke Meier Evers vertretenen Betreibers von Windkraftanlagen hat das Verwaltungsgericht eine Nebenbestimmung in der Genehmigung aufgehoben, die kritischen Immissionsorten Schallwerte vorgab. Die Behörde hatte bei der Zulassung darauf verzichtet, die Richtwerte für ein allgemeines Wohngebiet, das an den Außenbereich angrenzte, in ihrer Schutzwürdigkeit nach unten hin anzupassen. Dazu hat das Verwaltungsgericht festgehalten, dass es sich bei einer Wohnnutzung an der Grenze zum Außenbereich um eine sogenannte Gemengelage handelt, die es rechtfertigt, den Richtwert des allgemeinen Wohngebiets abzusenken. Das Gericht geht davon aus, dass aus der unterbliebenen Mittelwertbildung die Betreiberin in ihren Rechten verletzt wird.



## Kompetente Partner für erneuerbare Energien

Wir beraten Hersteller, Projektierungsunternehmen, Initiatoren, Finanziierer, 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 12 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*
- **Dr. Jochen Rotstegge**  
*Gesellschaftsrecht, Vertragsgestaltung*
- **Falko Fähndrich**  
*Gesellschaftsrecht, Energierecht*
- **Lars Wenzel**  
*Vertragsgestaltung, Energierecht*
- **Corinna Hartmann**  
*Energie- und Agrarrecht, Vertragsgestaltung*
- **Dr. Uli Rentsch**  
*Gesellschaftsrecht, Energierecht, Vertragsgestaltung*
- **Dr. Mahand Vogt**  
*Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht, Energierecht*
- **Benjamin Zietlow**  
*Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht, Energierecht*

Verlag und  
Herausgeber:

Blanke Meier Evers  
Rechtsanwälte in Partnerschaft mbB  
Stephanitorsbollwerk 1 (Haus LEE)  
28217 Bremen  
Tel: 0421 - 94 94 6 - 0  
Fax: 0421 - 94 94 6 - 66  
Internet: [www.bme-law.de](http://www.bme-law.de)  
E-Mail: [info@bme-law.de](mailto:info@bme-law.de)

Redaktion:

Rechtsanwalt Dr. Andreas Hinsch

Druck:

Girzig+Gottschalk GmbH, Bremen

Layout und DTP:

Stefanie Schürle