



Rundbrief zum Recht der Erneuerbaren Energien

Windenergieplanung: Regelausnahme und Beseitigung von Wohnhäusern – eine Traumkombination?

Rechtsanwalt Dr. Andreas Hinsch



Dr. Andreas Hinsch ist bei Blanke Meier Evers als Partner für die Bereiche Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht und Energierecht zuständig.



überein, denn die konzentrierende Funktion ergibt sich aus den Regelungen des Bundesrechts, das die Ausschlusswirkung nur regelhaft („in der Regel“) vorsieht. In Ausnahmefällen können Anlagen außerhalb der Flächen zugelassen werden. Diese Regelausnahme hat nur einen schmalen Anwendungsbereich. Schon in der Grundentscheidung zur planerischen Nutzungskonzentration hat sich das Bundesverwaltungsgericht damit auseinandergesetzt und die Grenzen für eine solche Ausnahme eng gezogen. Voraussetzung ist insbesondere, dass die Konzeption, die der Planung zugrunde liegt, als solche nicht in Frage gestellt wird. Basis für die Entscheidung über eine Ausnahme müssen so immer die Vorstellungen des Planungsträgers für die Nutzungskonzentration sein.

Die Windenergie soll als privilegierte Außenbereichsnutzung über konzentrierende Pläne auf der Stufe der Flächennutzungsplanung oder der Raumordnungsplanung gesteuert werden. Grundgedanke ist, dass für die Windenergienutzung Flächen zur Verfügung gestellt werden und der übrige Bereich des Planungsraums dafür von der Nutzung frei bleibt. Viele Planungsträger sehen in den von ihnen gesetzten Regelungen zur Nutzungskonzentration zwingende Normen und gehen davon aus, dass außerhalb der dafür vorgesehenen Flächen Windenergienutzung per se unmöglich sei. Das stimmt mit der Rechtslage nicht

Wenn man die Praxis der Konzentrationsplanung betrachtet, ergeben sich die Flächengrenzen für eine Konzentrationszone sehr häufig aus den notwendigen Abständen zur einzelnen Wohnbebauung im Außenbereich. Insoweit ist die Interessenabwägung zwischen der Wohnnutzung und der Windenergienutzung für die Flächenabgrenzung entscheidend. Verändert sich die Grundlage für die Flächenabgrenzung im Nachgang des Inkrafttretens der Konzentrationsplanung, ist über den Ausschluss der Windenergienutzung erneut nachzudenken. Das ist eventuell der Fall, wenn die Wohnnutzung wegfällt, weil diese z.B. aufgegeben wird. Häufig stellt man dann fest, dass sich die Entscheidung für die konkaven Einkerbungen in den Konzentrationszonen, die sich durch Wohnhäuser ergeben, bei dem Wegfall der Wohnnutzung nicht mehr begründen lässt. Sprich, es gibt keinerlei andere Belange, die den Nutzungsausschluss für die Windenergie in diesen Bereichen rechtfertigen. Die planerische Grundkonzeption der Konzentration wird dann bei der Zulassung von Windenergienutzung in den Bereichen um die ehemalige Wohnnutzung gar nicht berührt. Wenn man dieses Ergebnis im Einzelfall gewinnen kann, steht einer Zulassung der Windenergienutzung trotz der Lage außer-

Aktuelles

Änderung von Pönale und Vergütungsbeginn bei Ausschreibung?

Dem Vorschlag des Bundesrats, die Regelungen im EEG vor dem Hintergrund der zahlreichen Rechtsmittel Dritter gegen die Genehmigungen von Windenergieanlagen zu ändern (BR-Drs. 19/18091), hat die Bundesregierung nicht zugestimmt. Es ist allerdings beabsichtigt, hier Veränderungen bezüglich der Regelungen in der EEG-Novelle 2020 aufzugreifen. Das Bemühen der BNetzA, die aktuellen, vergleichbaren Probleme (COVID 19 und Senvion-Insolvenz) im Wege des Gesetzesvollzugs zu lösen, ist hilfreich, aber eine generelle, gesetzliche Änderung ist weit mehr sachgerecht.

halb der Sonderbauflächen für die Windenergienutzung bzw. den Vorrang- oder Eignungsgebieten der Regionalplanung nichts entgegen. Die dann durchzuführende Abwägung hat ein klares Ergebnis, denn es gibt keine planerischen Erwägungen, die den Nutzungsausschluss in der Fläche rechtfertigen könnten.

Ein Windenergieplaner kann damit durch Vereinbarungen mit den Eigentümern der Wohnhäuser im direkten Umfeld einer Konzentrationszone über die Nutzungsaufgabe und Beseitigung der Wohnnutzung in Randbereichen einer Konzentrationszone praktisch Planungsmöglichkeiten schaffen. Insoweit bietet das Instrument der Entwidmung von Wohnhäusern eine Möglichkeit, die grundsätzlich recht statische Konzentrationsflächenplanung zu dynamisieren. Die Voraussetzung für die Zulassung einer Windenergieanlage, auch im Wege z. B. einer Bedingung des Genehmigungsbescheids, ist dann gegeben und die Nutzung der Windenergie nach dem Wegfall der Wohnnutzung möglich. Diese Lösung im Nachgang der Entscheidung ist häufig einfacher zu treffen, als die Entscheidung über die Abgrenzung der Konzentrationszonen bei der Planaufstellung, wenn noch unklar ist, ob die Wohnnutzung sicher wegfällt wird.

Unsere Themen

- Windenergieplanung: Regelausnahme und Beseitigung von Wohnhäusern – eine Traumkombination?
- Neue Masche der Windkraftgegner – das Selbständige Beweisverfahren
- Moratorien in Schleswig-Holstein und Brandenburg – Was Windparkprojektierer jetzt tun können
- Aktuelle Rechtsprechung



Blanke Meier Evers

Rechtsanwälte in Partnerschaft mbB

Rechtsanwälte in Partnerschaft mbB
Stephanitorsbollwerk 1 (Haus LEE)
28217 Bremen
Tel.: +49 421 - 94946 - 0
Fax: +49 421 - 94946 - 66

info@bme-law.de www.bme-law.de

Große Johannisstraße 9 (Rathauscontor)
20457 Hamburg
Tel.: +49 40 / 43 21 87 60
Fax: +49 40 / 43 21 87 611

Neue Masche der Windkraftgegner – das Selbständige Beweisverfahren

Rechtsanwalt Benjamin Zietlow



“

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

”

lich verursachte Schäden auch zu ersetzen sind. Aber bei Entfernungen von mehr als 1.000 m ist die Kausalität doch mehr als fraglich. Zudem ist der tatsächliche Zustand des Eigentums im Vorfeld selten dokumentiert. Und genau dies – Altschäden oder mangelnde Kausalität – kann man den Anspruchstellern auch immer entgegenhalten.

Darauf haben sich nun auch die Nachbarn eingestellt und haben das Selbständige Beweisverfahren (§§ 485 ff. ZPO) für sich entdeckt und hoffen damit dem Einwand des Altschadens zu entgehen. Die Nachbarn beantragen dann beim Gericht, dass im Rahmen des Selbständigen Beweisverfahrens durch einen Sachverständigen dokumentiert wird, dass das Eigentum frei von Mängeln ist bzw. jedenfalls der aktuelle Zustand einmal gerichtsfest dokumentiert wird. Das Ergebnis der Begutachtung kann dann in einem nachfolgenden Schadensersatzprozess benutzt werden (§ 493 ZPO). Dabei ist eine objektive Dokumentation des Ist-Zustandes auch für den Anlagenbetreiber keine schlechte Sache.

Das Verfahren selbst ist für den Anlagenbetreiber auch zunächst mit keinen Kosten verbunden (ausgenommen die eigenen Rechtsanwaltskosten). Die Kosten für das Gericht und auch für den Sachverständigen haben die Nachbarn vorzustrecken. Mit dem Abschluss der Beweiserhebung ist das Selbständige Beweisverfahren dann erst einmal abgeschlossen.

Dann sind die Bauarbeiten abzuwarten. Sind in der Zwischenzeit keine (neuen) Schäden entstanden, ist einem Schadens-

ersatzbegehren von vornherein der Boden entzogen. Sind Schäden aufgetreten und werden diese geltend gemacht, gilt es zu bewerten, ob die Bauarbeiten dafür kausal gewesen sind oder jedenfalls gewesen sein könnten. Je nachdem, wie diese Bewertung ausfällt, wie hoch der Schaden ist und ob man sich möglicherweise außergerichtlich einigen kann, kann sich dann aber auch ein gerichtliches Verfahren anschließen, in dem dann insbesondere die Frage der Kausalität zu klären sein wird. Erst wenn in diesem nachfolgenden Prozess festgestellt wird, dass die Bauarbeiten ursächlich für den von den Nachbarn behaupteten Schaden am Wohneigentum (Abweichungen vom dokumentierten Zustand) sind, können auch die Kosten des Selbständigen Beweisverfahrens entsprechend der Quote des Unterliegens dem Anlagenbetreiber aufgegeben werden. Findet kein Schadensersatzprozess mehr statt oder obsiegt der Anlagenbetreiber, verbleibt ein Großteil der Kosten beim Nachbarn.

Insofern braucht man als Anlagenbetreiber vor einem Selbständigen Beweisverfahren keine Angst zu haben. Hier wird nur der Ist-Zustand dokumentiert. Rechtsfragen werden an der Stelle noch nicht entschieden. Das Verfahren ist also durchaus geeignet, spätere gerichtliche Auseinandersetzungen über Schadensersatzansprüche zu vermeiden. Auf der anderen Seite kann man aber auch an dieser Stelle schon die Stellschrauben in die richtige Richtung drehen, indem man etwa Einfluss auf die Wahl des Sachverständigen nimmt und z.B. Gutachter ablehnt, wenn die Befangenheit besteht.

Dass Nachbarn Rechtsschutz gegen erteilte Genehmigungen auf dem Verwaltungsrechtsweg suchen, ist bekannt. Dass Nachbarn ihren Rechtsschutz dann teilweise auch auf dem Zivilrechtsweg weiterverfolgen und nach Errichtung der Windenergieanlage vor den Landgerichten auf Unterlassung klagen, dürfte sich ebenfalls herumgesprochen haben. In letzter Zeit werden von Nachbarn aber auch häufiger Schadensersatzansprüche gegenüber Anlagenbetreibern geltend gemacht. Begründet werden diese Ansprüche damit, dass die Eigenheime der Betroffenen durch von den Bauarbeiten an der Windenergieanlage ausgehenden Erschütterungen (z.B. durch Rammen der Fundamente) in Mitleidenschaft gezogen wurden – und dies teilweise bei Entfernungen von mehr als einem Kilometer. So wird behauptet, Einfahrten seien abgesackt, es gäbe Rissbildungen im Mauerwerk oder Scheiben seien zersprungen. Dabei ist klar, dass tatsäch-

Aktuelle Rechtsprechung

Keine Genehmigung für Repowering-Flächennutzungsplan

Verwaltungsgericht Schleswig, Urteil vom 9. Dezember 2019, 8 A 156/15

Diese Entscheidung befasst sich mit der Genehmigung eines Flächennutzungsplans für ein Repowering, das von den landesplanerischen Vorstellungen zur Steuerung abwich. In der Folge wurde die Genehmigung des Flächennutzungsplans versagt. Die dagegen gerichtete Klage der Gemeinde blieb ohne Erfolg. Richtig hält das Verwaltungsgericht fest, dass das landesweite Moratorium aus § 18a Abs. 2 LaplaG hier der Planung nicht entgegensteht, weil dieses nur für die Genehmigung von Windkraftanlagen gilt. Auch das in der Landesverwaltung immer wieder bemühte Argument, dass die Planung nicht vollzugsfähig war, bemüht das Verwaltungsgericht nicht. Es geht vielmehr

davon aus, dass die Abwägung im Hinblick auf die in Aufstellung befindlichen Ziele der Raumordnung unvollständig blieb.

Stilllegung wegen Fledermäusen unzulässig

Verwaltungsgericht Cottbus, Beschluss vom 20. März 2020, 5 L 368/19

Dass man sich über die Abschaltzeiten für Fledermäuse streitet, ist nicht ungewöhnlich und auch, dass die Betreiber dagegen Rechtsschutz suchen. Welche Auswirkung dieser Rechtsschutz auf die Nutzbarkeit der Genehmigung hat, ist allerdings umstritten. Im vorliegenden Fall wollte die Behörde den Betrieb der Windenergieanlage zum Schutz der Fledermäuse untersagen, nachdem der Betreiber Rechtsmittel gegen diese Bestimmungen eingelegt hatte. Der dagegen gerichtete Rechtsschutz des Betreibers war erfolgreich, das Verwaltungsgericht ging davon aus, dass die Regelungen zur Fledermausabschaltung echte Auflagen sind und diese unter die aufschiebende

Wirkung von Widerspruch und Klage des Betreibers fallen. Solange war der Betreiber nicht verpflichtet, die Fledermausabschaltzeiten einzuhalten.

Keine Befangenheit als Grundstückseigentümer im Außenbereich

Oberverwaltungsgericht Münster, Urteil vom 20. Januar 2020, 2 D 100/17

Bei der konzentrierenden Flächennutzungsplanung stellt sich für die Gemeinden häufig die Frage, ob die Gemeindevertreter, die als Grundstückseigentümer im Außenbereich von der konzentrierenden Windkraftplanung betroffen sind, befangen sind. Für Nordrhein-Westfalen hat das Oberverwaltungsgericht festgehalten, dass allein der Umstand, dass ein Grundstückseigentümer im Außenbereich über Eigentum verfügt, für eine Befangenheit nicht ausreicht. Das wird erst dann anders, wo tatsächlich ein relevantes Interesse an der Windenergienutzung besteht.

Moratorien in Schleswig-Holstein und Brandenburg – Was Windparkprojektierer jetzt tun können

Rechtsanwältin Dr. Mahand Vogt



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

Der Windenergieausbau in Schleswig-Holstein und Brandenburg geht schleppend voran. Das liegt auch an den dortigen Windkraftmoratorien, die durchaus schon Gegenstand der gerichtlichen Befassung sind (vgl. unten den Rechtsprechungsteil dieses Rundbriefs). Die Wirkung der Moratorien – die Unwirksamkeit von Windenergievorhaben für eine bestimmte Zeit – entfaltet sich in den Ländern allerdings unterschiedlich. Daher unterscheiden sich die Möglichkeiten von Windparkplanern, ihre Windvorhaben voranzubringen.

Unmittelbare Unzulässigkeit in Schleswig-Holstein bis Ende 2020

In Schleswig-Holstein sind nach mehrfacher Verlängerung der Geltungsdauer des Moratoriums nunmehr bis Ende 2020

raumbedeutsame Windenergieanlagen im gesamten Landesgebiet planungsrechtlich unzulässig; über anhängige Genehmigungsanträge wird nicht entschieden. Gleichzeitig haben sich die Vorstellungen der Landesplanung mit Beendigung der 3. Öffentlichkeitsbeteiligung weitgehend konkretisiert. Insoweit stehen jetzt die Chancen für Vorhabenstandorte, die außerhalb von harten und weichen Tabuzonen und insbesondere, soweit sie innerhalb einer Vorrangzone liegen, sehr gut, eine landesplanerische Ausnahme genehmigung zu erhalten. Aufgrund des fortgeschrittenen Planungsstandes ist nicht mehr zu befürchten, dass solche Vorhaben die Verwirklichung der in Aufstellung befindlichen Ziele unmöglich machen oder wesentlich erschweren. Auch Planern mit Einzelstandorten, die eine Regel-Ausnahme geltend machen können, ist zu einer Beschleunigung der Verfahren zu raten.

Keine unmittelbare Wirkung in Brandenburg

Etwas anders die Situation in Brandenburg: hier entfaltet das Moratorium keine landesweite Wirkung, sondern nach Bedarf separat für jede Regionale Planungsgemeinschaft. Die Voraussetzungen für das Eingreifen der Unzulässigkeit ist das Vorliegen einer rechtskräftigen Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg über die Unwirksamkeit der Planung und die öffentliche Bekanntmachung eines Aufstellungsbeschlusses der Planungsgemeinschaft über die Neuplanung. Als erste Planungsregionen sind die Regionen Havelland-Fläming und Prignitz-

Oberhavel betroffen. Das Urteil des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg, das den Regionalplan Havelland-Fläming für unwirksam erklärt hat, ist inzwischen rechtskräftig; die Planungsregion Prignitz-Oberhavel, deren Festlegungen zur Windenergie nicht genehmigt wurden, setzt ihre Planungen derzeit fort und wendet das Moratorium gemäß entsprechender Bekanntmachung an. In den drei weiteren Planungsregionen sind Normenkontrollen anhängig, z.T. im Verfahren beim Bundesverwaltungsgericht; hier dauert es noch eine Weile, bis Entscheidungen in Rechtskraft erwachsen. Dies bedeutet aber, in diesen drei Planungsregionen sind Windvorhaben derzeit noch nicht unzulässig, vielmehr gelten die dortigen Regionalpläne fort. Soweit Anlagenstandorte den Festlegungen entsprechen, sind sie planungsrechtlich genehmigungsfähig. Planern ist daher hier zu empfehlen, auf eine rasche Entscheidung anhängiger Verfahren hinzuwirken, unter Umständen unter Inkaufnahme unliebsamer Nebenbestimmungen, um Konflikte zu vermeiden und eine schnelle Zulassung zu erhalten.

Je nach Planungsraum kann, trotz längerer Verfahrenslaufzeit, sogar eine Verpflichtungsklage erfolgversprechend sein. Insbesondere sollte eine in Aufstellung oder Änderung befindliche Bauleitplanung in enger Abstimmung mit den Kommunen vorangetrieben und so zeitig wie möglich zum Abschluss gebracht werden, denn im Zeitpunkt der Untersagung wirksame Bauungspläne sind von der Wirkung des Moratoriums ausgenommen.

Keine einstweilige Verfügung gegen Windenergiebetreiber

Oberlandesgericht Hamm, Beschluss vom 28. November 2019, 24 W 30/19

Zivilrechtsschutz von Nachbarn von Windenergieanlagen ist groß in Mode. Hier versuchte ein Bewohner einer Betriebsleiterwohnung, gegen den Windkraftanlagenbetreiber im Wege einer einstweiligen Verfügung vorzugehen. Dies scheiterte wegen mangelnder Dringlichkeit, da der Betroffene dieses Rechtsmittel erst zwei Jahre nach Inbetriebnahme der Windenergieanlage nutzte. Zudem hätte eine Betriebsuntersagung für die Windenergieanlage die Hauptsache unzulässig vorweggenommen.

RROP Cuxhaven unwirksam

Oberverwaltungsgericht Lüneburg, Urteil vom 7. Februar 2020, 12 KN 75/18

Der von Blanke Meier Evers vertretene Windenergiebetreiber war gegen die konzentrierende Wirkung des Regiona-

len Raumordnungsprogramms Cuxhaven erfolgreich, die entsprechenden Festlegungen des Plans wurden aufgehoben. Kritisiert wurde die Einstufung der im Landkreisgebiet vorhandenen Naturschutzgebiete als weiche Kriterien, weil der Senat davon ausging, dass hier ein absolutes Veränderungsverbot besteht, das die Errichtung von Windenergieanlagen ausschließt.

Moratorium verfassungsgemäß

Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 19. Januar 2020, 11 B 5.18

Das Oberverwaltungsgericht geht davon aus, dass der neue § 2c RegBkPlG, der unter besonderen Voraussetzungen die vorläufige Unzulässigkeit von Windenergieanlagen bei Unwirksamkeit der Raumordnungsplanung regelt, verfassungsgemäß ist. Das Gericht sieht eine Vereinbarkeit mit den Grundrechten der betroffenen Eigentümer und Anlagenplaner. Zur Anwendung der Regelungen, ins-

besondere der Ausnahme nach § 2c Abs. 2 RegBkPlG, enthält die Entscheidung leider keine Ausführungen.

Keine Ausnahme möglich!

Verwaltungsgericht Gießen, Urteil vom 22. Januar 2020, 1 K 6019/18

Kommt es bei der Zulassung von Windenergieanlagen zu Problemen mit kollisionsgefährdeten Vogelarten, wird von Behörden und Umweltverbänden die Möglichkeit einer Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG ins Feld geführt. Dass diese Möglichkeit nicht unproblematisch ist, zeigt die Entscheidung des Verwaltungsgerichts, das hervorgehoben hat, dass diese bei der Gefährdung von europäischen Vogelarten nicht anwendbar ist. Diese Position ist rechtlich durchaus valid und lässt sich mit den Bestimmungen der Vogelschutzrichtlinie begründen. Zudem zeigt die Entscheidung, dass auch die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahme nicht einfach darzulegen sind.



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 23 Rechtsanwälte, von denen sich 14 schwerpunktmäßig mit den Rechtsproblemen im Bereich der erneuerbaren Energien befassen.



- **Dr. Klaus Meier**
Vertragsgestaltung, Projektfinanzierung, Recht der Erneuerbaren Energien
- **Dr. Volker Besch**
Gesellschaftsrecht, Produkthaftungsrecht, Prospekthaftungsrecht
- **Rainer Heidorn**
Vertragsrecht, Energierecht, Gesellschaftsrecht
- **Dr. Andreas Hinsch**
Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht, Energierecht
- **Dr. Thomas Heineke, LL.M.**
Vertragsrecht, Energierecht, Gesellschaftsrecht
- **Dr. Jochen Rotstegge**
Gesellschaftsrecht, Vertragsgestaltung
- **Lars Wenzel**
Vertragsgestaltung, Energierecht
- **Dr. Mahand Vogt**
Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht, Energierecht
- **Benjamin Zietlow**
Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht, Energierecht
- **Charlotte Probst**
Vertragsgestaltung, Energierecht
- **Marc-Marvin Schlichting**
Handels- und Gesellschaftsrecht, Insolvenzrecht und Allgemeines Zivilrecht
- **Ann-Christin Luga**
Vertragsrecht, Allgemeines Zivilrecht und Compliance
- **Dr. Fritz Hänsel**
Bankrecht, Insolvenzrecht, Unternehmensanierung
- **Daniel Ihme**
Vertragsgestaltung, 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

info@bme-law.de

www.bme-law.de

Große Johannisstraße 9 (Rathauscontor)
20457 Hamburg

Tel.: +49 40 / 43 21 87 60

Fax: +49 40 / 43 21 87 611

Redaktion:

Rechtsanwalt Dr. Andreas Hinsch

Layout und DTP:

Stefanie Schürle

Druck:

Girzig & Gottschalk