



Rundbrief zum Recht der Erneuerbaren Energien

Wer zu spät rügt, wird bestraft! Rechtzeitige Rüge der Abwägungsfehler von Regionalplänen

Rechtsanwalt Dr. Andreas Hinsch



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

Die raumordnerische Steuerung von Windenergienutzung ist ein komplexes Thema, und die Planungen sind sehr fehleranfällig. Da Raumordnungspläne nach klassischer Vorstellung nicht unmittelbar auf die Rechte von Privaten wirken, haben die Planerhaltungsvorschriften in diesem Bereich eigentlich eine eher geringere Bedeutung. In der Vergangenheit haben Planungsträger häufig versäumt, auf die entsprechenden Bestimmungen hinzuweisen. Belehrungen über die Fristen zur Rüge von Abwägungsfehlern sind unterblieben oder wurden falsch formuliert. Damit konnte es auch nicht zum Rügeverlust kommen.

Unsere Themen

- Wer zu spät rügt, wird bestraft! Rechtzeitige Rüge der Abwägungsfehler von Regionalplänen
- Redispatch 2.0 – Alter Wein in neuen Schläuchen?
- Nutzungsverträge und Widerrufsrecht von Verbrauchern – endlich Klarheit?!
- Aktuelle Rechtsprechung



Auch im Hinblick auf die häufig unangenehmen Erfahrungen mit dem Rechtsschutz, insbesondere von Windenergieprojektierern, sehen aktuelle Veröffentlichungen von Raumordnungsplänen heute im Regelfall eine entsprechende (und im Zweifel richtige) Belehrung zur Rügenotwendigkeit in der Bekanntmachung vor. Dabei muss man sich vor Augen führen, dass die Steuerung der Windenergienutzung in ihren Kernbereichen, auf einer abwägenden Bestimmung von weichen Tabu- und Restriktionskriterien und der abwägenden Auswahl der Konzentrationszonen beruht. Entsprechende Fehler können unerheblich werden, wenn sie nicht rechtzeitig geltend gemacht werden. Hier sieht § 11 Abs. 5 Satz 1 ROG vor, dass grundsätzlich beachtliche Mängel im Abwägungsvorgang unerheblich werden, wenn sie nicht innerhalb eines Jahres seit Bekanntmachung des Raumordnungsplans geltend gemacht werden.

Ein häufiger Fehler ist zu glauben, die Stellungnahme im Planaufstellungsverfahren könnte die Rüge ersetzen oder wäre bereits eine solche Rüge. Das ist falsch, die Rüge muss nach Inkrafttreten der Planung erhoben werden. Eine Abwägungsentscheidung liegt erst vor, wenn der Plan auch beschlossen ist. Erst dann und nach der Bekanntmachung kann auch der Planungsträger auf Abwägungsfehler hingewiesen werden.

Entschließt man sich nicht zügig zu einer Normenkontrolle oder sonst einem Rechtsschutz gegen den Plan, ist es parallel angebracht, über eine separate Rüge gegenüber dem Träger der Raumordnungsplanung nachzudenken. Es ist insbesondere zu beachten, dass obwohl die Frist zur Einreichung der Normenkontrolle gegen den Plan parallel läuft, die Frist aber separat zu beachten ist. Und die bloße, unbegründete Erhebung der Normenkontrolle ersetzt keine entsprechende Rüge von Abwägungsfehlern.

Aktuelles

In die Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft (TA Luft) werden absehbar für Biogasanlagen spezifische Regelungen aufgenommen. Der Bundesrat hat dem Entwurf der Verwaltungsvorschrift am 28. Mai 2021 zu gestimmt. Die Bestimmungen waren in der ministeriellen Ressortabstimmung sehr umstritten und sind ein Kompromiss der unterschiedlichen Vorstellungen. Die vom Bundesrat beschlossenen Änderungen bedürfen noch der Zustimmung der Bundesregierung.

Insoweit sollte dieses Problem von einer Raumordnungsplanung enttäuschten Planern geläufig sein. Eine Abwägungsrüge muss auch gewisse Anforderungen erfüllen. Ein allgemeiner Hinweis auf die Fehlerhaftigkeit der Planung reicht nicht. Rüge muss „unter Darlegung des die Verletzung begründenden Sachverhalts“ geltend gemacht werden. Es muss konkretisiert dargelegt werden, wo der gerügte Fehler liegt. Die Rüge muss die Fehlerhaftigkeit der Planung aufzeigen, und insoweit den Tatsachenkern darlegen. Das heißt, der Träger der Raumordnungsplanung muss durch die Rüge in die Lage versetzt werden, sein eigenes Handeln zu überprüfen und zu hinterfragen. Um hier die Ordnungsgemäßheit der Rüge sicherzustellen, sollte auch Einsicht in die Planungsunterlagen genommen werden. Auch dann erkennt man häufig auch formelle Fehler des Planaufstellungsverfahrens, die zudem auch gerügt werden müssen, § 11 Abs. 1 ROG.

Das alles zeigt letztlich, dass ein spontaner Entschluss, gegen eine Raumordnungsplanung kurz vor Ablauf der Antragsfrist von einem Jahr vorzugehen, Probleme bereiten kann. Insoweit macht es Sinn, rechtzeitig die Weichen im Hinblick auf eine Normenkontrolle zu stellen und auch sich die festgestellten Fehler des Plans zu vergegenwärtigen und rechtlich zu durchdringen, dazu sollten man erkannte Fehler der Planung rechtzeitig identifizieren und gegenüber dem Planungsträger rügen.

Redispatch 2.0 – Alter Wein in neuen Schläuchen?

Rechtsanwalt Lars Wenzel

§ 13 EnWG sieht einen Maßnahmenkatalog für Netzbetreiber zur Gewährleistung der Systemsicherheit und Systemzuverlässigkeit von Energieversorgungsnetzen vor. Eine dieser Maßnahmen ist das Instrument „Redispatch“. Das Redispatch stellt einen Eingriff in die Erzeugungsleistung eines Kraftwerks dar, um die Überlastung einzelner Leitungsabschnitte zu vermeiden. Falls die Lastfluss- oder Netzbelastungsberechnung Netzengpässe erwarten lassen, werden sogenannte Redispatch-Maßnahmen ergriffen. In der Regel hat dies zur Folge, dass zusätzliche Kraftwerke, etwa in verbrauchsstarken Regionen, aktiviert, bzw. angewiesen werden, ihre Leistung zu erhöhen. Gleichzeitig werden andere ursprünglich in der Kraftwerkseinsatzplanung vorgesehene Kraftwerke, die aufgrund ihrer geographischen Lage zur Entstehung des Netzengpasses beitragen, angewiesen, ihre Leistung zu reduzieren. Derzeit wird Redispatch nur mit konventionellen Großkraftwerken ab 10 MW durchgeführt.

Zum 1. Oktober 2021 müssen die Netzbetreiber jedoch die im Netzausbaubeschleunigungsgesetz (NABEG) enthaltenen Vorgaben für das Management von Netzengpässen umgesetzt haben. Zu diesem Zeitpunkt werden daher die Regelungen zum Einspeisemanagement von Erneuerbare-Energien-Anlagen (EE-Anlagen) im EEG aufgehoben und ein einheitliches Redispatch-Regime (Redispatch 2.0) nach §§ 13, 13a, 14 EnWG eingeführt. Konkret bedeu-

tet dies, dass zukünftig auch EE-Anlagen ab 100 kW sowie Anlagen, die jederzeit durch einen Netzbetreiber fernsteuerbar sind, in den Redispatch einbezogen werden. Die Anzahl und die Kosten der Redispatchmaßnahmen sind zuletzt stark gestiegen und viele dezentrale Anlagen der Erneuerbaren Energien liegen näher am Netzengpass und können dadurch zielgenauer den Netzengpass auflösen. Ziel des Redispatch 2.0 ist es daher, die geregelten Mengen vor und hinter Netzengpässen zu reduzieren und damit auch die Kosten im Gesamtsystem zu senken. Die Teilnahme der EE-Anlagen am Redispatch 2.0 ist also ab dem 1. Oktober 2021 verpflichtend. Auch, wenn §§ 14, 15 EEG wegfallen, bleiben der Einspeise- und Abnahmevorrang für EE-Anlage im Wesentlichen erhalten, gelten aber nicht mehr uneingeschränkt. Denn eine Reduzierung der Einspeiseleistung von EE-Anlagen ist zukünftig grundsätzlich nur dann zulässig, wenn ein Vielfaches an konventioneller Erzeugung abgeregelt werden müsste, um die zusätzliche Menge an EE einsparen zu können.

Die Anlagenbetreiber erhalten für die Teilnahme am Redispatch auch weiterhin eine Entschädigung. Gemäß § 13a Abs. 2 S. 1 EnWG n.F. soll ein „angemessener finanzieller Ausgleich“ erfolgen. Nach § 13a Abs. 2 S. 2 EnWG n.F. ist der finanzielle Ausgleich angemessen, wenn er den Betreiber der Anlage unter Anrechnung des bilanziellen Ausgleichs nach Absatz 1a wirtschaftlich weder besser noch schlechter stellt, als er



ohne die Maßnahme stünde. Eine Regelung hat somit aus rein finanzieller Sicht keine Nachteile für den Anlagenbetreiber. Bei Direktvermarkern entsteht aber durch das Redispatch 2.0 ein zusätzlicher Aufwand, bspw. bei der Abrechnung und der Bilanzierung. Im Detail ist noch unklar, ob der Direktvermarkter hierfür auch entschädigt wird. Bei der Verhandlung von Direktvermarktungsverträgen sollten hierauf ein Augenmerk gerichtet werden.

Die Frage in der „Headline“ ist also mit „Nein“ zu beantworten. Das bisherige Einspeisemanagement des EEG wird vollständig abgeschafft und durch das im EnWG verankerte Redispatch 2.0 abgelöst. EE-Anlagen können ab dem 1. Oktober 2021 nicht mehr nur zu Reduzierung, sondern auch zur Erhöhung der Einspeiseleistung durch die Netzbetreiber geregelt werden. In finanzieller Hinsicht ist eine Schlechterstellung nicht gegeben.

Aktuelle Rechtsprechung

Kein Interesse an Windenergie – Abwägungsrelevant!

Verwaltungsgerichtshof Mannheim, Urteil vom 4. Februar 2021, 5 S 305/19

Die Konzentrationszonenplanung ist ein anstrengendes Geschäft für die entsprechenden Planungsträger. Insbesondere müssen diese unter Umständen die Nutzungsmöglichkeiten aufklären. So hat der Verwaltungsgerichtshof entschieden, dass die Weigerung von Grundstückseigentümern ihr Plangebiet für die Windenergienutzung zur Verfügung zu stellen, zwar nicht im Sinne einer harten Tabuzone zu beachten ist, aber die Frage der Nichtverfügbarkeit der Grundstücke ist im Wege der Abwägung jedenfalls zu berücksichtigen. Hier hatte der Planungsträger die Eigentumsverhältnisse ausdrücklich nicht in seine Abwägung eingestellt, so dass auch dieser Fehler zur Aufhebung der Planung führte.

Sachlicher Teilregionalplan Windenergienutzung Uckermark-Barnim unwirksam Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 2. März 2021, 10 A 17.17

Wie nach einem ausführlichen Hinweisbeschluss aus dem letzten Jahr schon zu vermuten war, hat nunmehr das Oberverwaltungsgericht den die Windenergienutzung steuernden Regionalplan in der Planungsregion Uckermark-Barnim für unwirksam erklärt. Grund waren allein formelle Mängel des Planaufstellungsvorgangs.

Verschattung einer Photovoltaikanlage Oberverwaltungsgericht Münster, Beschluss vom 17. Dezember 2020, 7 B 1616/20

Das Oberverwaltungsgericht hat entschieden, dass der Betreiber einer Photovoltaikanlage gegen abschattende Gebäude kein Abwehranspruch hat, jedenfalls solange die vorgeschriebenen bauordnungs-

rechtlichen Abstandsvorschriften eingehalten werden.

Fledermausabschaltung anfechtbar Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 19. Mai 2021, 11 S 26.20

Das Verwaltungsgericht Cottbus hatte die Anfechtung der Regelung zur Fledermausabschaltung für zulässig erachtet, und im einstweiligen Rechtsschutzverfahren des Anlagenbetreibers stattgegeben. Die dagegen von der Behörde geführte Beschwerde blieb erfolglos. Zunächst hat formell das Oberverwaltungsgericht festgehalten, dass entgegen der ursprünglichen Rechtsprechung des Gerichts die Nebenbestimmungen separat anzufechten sind, was den Rechtsschutz vereinfacht. Insbesondere ergibt sich aus Widerspruch und Anfechtungsklage des Betreibers die aufschiebende Wirkung. Und diese wurde auch vom Oberverwaltungsgericht hier festgestellt.

Nutzungsverträge und Widerrufsrecht von Verbrauchern – endlich Klarheit?!

Rechtsanwalt Rainer Heidorn

Das (vermeintliche) Widerrufsrecht des Grundstückseigentümers, der nicht Unternehmer ist, schwebt seit Jahrzehnten wie ein Damoklesschwert über so manchem Nutzungsvertrag, insbesondere weil der Europäische Gerichtshof dem nicht belehrten Verbraucher unter der „alten Rechtslage“ (§ 355 BGB a. F.) ein „ewiges Widerrufsrecht“ zuerkannte. Zwar hatte sich diese Situation durch die Neufassung von § 355 BGB ab 2014 durch die Einführung einer absoluten Höchstfrist von einem Jahr und 14 Tagen bereits entschärft. Zudem war stets zu beachten, dass es dem Verbraucher oblag, die das Widerrufsrecht begründende Abschlusssituation (sog. Außerhausgeschäft, früher Haustürgeschäft) zu beweisen.

Praxis

Trotzdem war es bisher vielfach gängige Praxis, die Nutzungsverträge mit umfassenden Hinweisen zum Widerrufsrecht zu versehen. Diese Vorsicht führte nicht immer zur Beachtung der erforderlichen Sorgfalt bei der Formulierung, da die Widerrufsbelehrungen sich bei genauerer Betrachtung mitunter als fehlerhaft erwiesen und gar nicht geeignet waren, die (vermeintliche) Frist in Gang zu setzen. An dieser Praxis änderte auch der eindeutige Wortlaut des § 312 Abs. 1 BGB, der das entsprechende Widerrufsrecht der Verbraucher statuiert, nichts. Dort heißt es zwar in aller Deutlichkeit, dass die Vorschriften

nur auf Verbraucherverträge anzuwenden sind, die eine entgeltliche Leistung des Unternehmers zum Gegenstand haben. In der hier besprochenen Konstellation ist es jedoch gerade der Verbraucher, der die entgeltliche Leistung erbringt, nämlich die Gewährung von Nutzungsrechten gegen Entgelt, welches der Nutzungsnehmer, regelmäßig ein Unternehmer, zu leisten hat.

Die „Freunde des Widerrufsrechts“ gaben sich allerdings noch nicht geschlagen. So wurde teilweise argumentiert, dass § 312 BGB die Verbraucherrechtlinie der europäischen Union nicht richtig umgesetzt habe und daher richtlinienkonform auszulegen sei, weil die entsprechende Richtlinie ein vom Verbraucher zu leistendes Entgelt gerade nicht vorsehe.

Entwicklungen

Auch dass der BGH im letzten Jahr urteilte, dass ein Verbraucher, der eine Bürgschaft in einer Haustürsituation übernimmt, kein Widerrufsrecht nach § 312 BGB hat, weil es an einer vertragscharakteristischen entgeltlichen Leistung des Unternehmers fehlt, ließ die Freunde des Widerrufsrechts nicht aufgeben. Argumentiert wurde, dass der BGH seine Entscheidungskompetenzen überschritten habe und die Frage dem Europäischen Gerichtshof hätte zur Auslegung vorliegen müssen.

In der Diskussion unbeachtet geblieben ist allerdings, dass der europäische Gesetz-

geber zwischenzeitlich die Verbraucherrechtlinie (Richtlinie 2011/83/EU) an entscheidender Stelle klarer gefasst hat. Dort heißt es nun, in Artikel 3 Abs. 1 Satz 1:

„Diese Richtlinie gilt unter den Bedingungen und in dem Umfang, wie sie in ihren Bestimmungen festgelegt sind, für alle Verträge, die zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher geschlossen werden, bei denen der Verbraucher den Preis zahlt oder die Zahlung des Preises zusagt.“.

Damit geht auch die Richtlinie nun ausdrücklich davon aus, dass ein Widerrufsrecht nur besteht, wenn der Verbraucher das Entgelt zahlen muss. Das Argument der Europarechtswidrigkeit des § 312 Abs. 1 BGB dürfte damit entfallen sein.

Artikel 7 der Richtlinie sieht vor, dass die Mitgliedsstaaten die erforderlichen Umsetzungsmaßnahmen im nationalen Recht bis zum 28. November 2021 zu treffen und diese Rechtslage ab dem 28. Mai 2022 anzuwenden haben. Im deutschen Recht ergibt sich bei § 312 Abs. 1 BGB in Bezug auf die Entgeltlichkeit kein Anpassungsbedarf. Insofern ist es folgerichtig, dass ein vorliegender Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der geänderten Verbraucherrechtlinie an § 312 Abs. 1 BGB nichts mehr ändern möchte.

Kein Rechtsschutz gegen Planentwurf *Oberverwaltungsgericht Schleswig, Urteil vom 21. Januar 2021, 5 KN 12/20.*

Der Rechtsschutz eines Windkraftprojektierters gegen entworfene Landschaftsschutzgebietsverordnung des Kreises Dithmarschen blieb erfolglos. Das Oberverwaltungsgericht hat festgehalten, dass trotz der an die Planung anknüpfende gesetzliche Veränderungssperre aus dem Landesnaturschutzgesetz, den Planentwürfen keine unmittelbare rechtliche Bindungswirkung zukommt, sie sind kein statthafter Gegenstand einer Normenkontrolle.

Darstellung von „gemischten“ Sondergebieten „Wind“ unzulässig *Oberverwaltungsgericht Lüneburg, Urteil vom 12. April 2021, 12 KN 11/19*

Der von Blanke Meier Evers vertretene Grundstückseigentümer sah sich durch die Ausschlusswirkung der gemeindlichen Konzentrationszonenplanung in seinen

Rechten beschränkt und begehrte deren Unwirksamkeitserklärung. Dem Normenkontrollantrag wurde vom Gericht u.a. deswegen stattgegeben, weil die planende Samtgemeinde in einem der dargestellten, und die Ausschlusswirkung rechtfertigenden, Sondergebiete neben der Windenergienutzung eine weitere, konfligierende Nutzung (hier: Umweltbildung/Umwelterlebnis) zuließ. Darin erblickte das Gericht einen Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz, weil das Verhältnis zwischen beiden Nutzungen und damit der Vorrang für die Windenergienutzung nicht hinreichend klargestellt war.

Rückbausicherheit für Gärrestbehälter *Oberverwaltungsgericht Magdeburg, Beschluss vom 3. März 2021, 2 L 76/19*

In Sachsen-Anhalt kann auch für baugenehmigungsbedürftige Anlagen aufgrund von § 71 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 BauO LSA zur Sicherung eines späteren Rückbaus von Anlagen, deren Folgenutzung unklar ist,

eine Rückbausicherheit verlangt werden. Das hat das Oberverwaltungsgericht für den Gärrestbehälter angenommen, da auch nach den Antragsunterlagen von einer voraussichtlichen Betriebsdauer von 20 Jahren auszugehen war. Der Rechtsschutz des Bauherrn blieb erfolglos.

Periodischer Schattenwurf *Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 25. Mai 2021, 11 M 54.17*

Zwar sind die Regelungen zur Steuerung von periodischen Schattenwurf von Windenergieanlagen praktisch etabliert (max. 30 Minuten am Tag und 30 Stunden im Jahr), aber die rechtliche Ableitung aus Hinweisen der LAI, ist schwach. Ob diese Regelungen nicht letztlich Rechte der Betreiber verletzen, ist wenig geklärt. Das Oberverwaltungsgericht hat sich hier auf den Standpunkt gestellt, dass auch entsprechende Nebenbestimmungen zur Beschränkung des Betriebs der Anlage rechtmäßig sind.



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 25 Rechtsanwälte, von denen sich 15 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
- **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
- **Inga Mareen Wömmel**
Öffentliches Baurecht, Umweltrecht, Energierecht
- **Anna-Maria Koch, LL.M.**
Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht, Umweltrecht

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