



# Rundbrief zum Recht der Erneuerbaren Energien

## Regionalplanerische Untersagung

Rechtsanwalt Dr. Andreas Hinsch

Die Steuerung der Windenergienutzung liegt auch in den Händen der Regionalplanung. Diese hat die Möglichkeit, durch die Festlegung von Eignungs- oder Vorranggebieten für die Windenergienutzung den Planbereich im Übrigen von diesen Anlagen freizuhalten. Auch aktuell betreiben einige regionale Planungsträger Neuaufstellungsverfahren zur Steuerung der Windenergienutzung oder schreiben ihre Pläne insoweit fort.

Soweit in diesem Prozess Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen laufen, steht der Regionalplanung auf Grundlage landesrechtlicher Vorschriften ein Sicherungsmittel zur Verfügung; diese so genannte landesplanerische Untersagung ermöglicht es grundsätzlich, gegenüber der Genehmigungsbehörde anzuordnen, dass, wenn die in Aufstellung befindlichen Ziele der Raumordnung betroffen sind, ein Genehmigungsverfahren für einen bestimmten Zeitraum von maximal zwei Jahren zu untersagen ist. Dies ist insbesondere der Fall, wenn zu erwarten steht, dass Windenergieanlagen außerhalb der dafür vorgesehenen Gebiete errichtet werden könnten.

Dazu ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass es keinen unmittelbaren Rechtsschutz der Vorhabensträger gegen diese Untersagung gibt. Es handelt sich allein um ein Verwaltungsinternum, das sich an die Genehmigungsbehörde richtet. Der Rechtsschutz des Windmüllers wird dadurch gewährleistet, dass dieser die Genehmigungsbehörde verklagen kann, um diese zur Erteilung der Genehmigung zu verpflichten.

### Unsere Themen

- Regionalplanerische Untersagung
- Vergütungsanspruch von Altanlagen im Fall eines Repowering
- Was ist eine technische oder betriebliche Einrichtung zur Reduzierung der Einspeiseleistung?
- Aktuelle Rechtsprechung

Ob und welche Wirkungen die landesplanerische Untersagung hat, ist allerdings ungeklärt und hängt auch von landesrechtlichen Besonderheiten ab. Zunächst ist problematisch, ob die Untersagungsverfügung ein nur formelles oder ein inhaltlich-materielles Hindernis der Genehmigungserteilung darstellt. Handelt es sich um ein bloßes Verfahrenshindernis, so ist im Hinblick auf die Konzentrationswirkung des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens fraglich, ob solche Verfahrensvorschriften den Genehmigungsgang hemmen könnten. Ist die Untersagungsverfügung jedoch - vergleichbar der Veränderungssperre im Baurecht - ein materielles Genehmigungshindernis, ist sie auch als öffentlich-rechtliche Vorschrift im Genehmigungsverfahren nach BImSchG zu beachten.

Viel spricht im Übrigen dafür, dass, wenn die Genehmigungsbehörde bereits eine Ablehnungsentscheidung getroffen hat, eine Untersagungsverfügung ins Leere geht und keinen weiteren zulässigen Ablehnungsgrund darstellt. Die Untersagungsverfügung zielt ohnehin nur auf eine befristete Hinderung der Genehmigungsbehörde, eine Zulassungsentscheidung zu treffen, einen Ablehnungsgrund stellt sie nicht dar.

Die Untersagungsverfügung ist ein Sicherungsmittel, insoweit wird im Zuge der rechtlichen Überprüfung nicht kontrolliert, ob der gesicherte Planentwurf umfänglich rechtmäßig ist. Es findet keine detaillierte Prüfung der in Aufstellung befindlichen Ziele statt. Es wird allein geklärt, ob offensichtliche, im weiteren Planverfahren nicht heilbare Mängel vorliegen. Dies wird im Zweifel selten der Fall sein. Die Untersagungsverfügung stellt so ein relativ scharfes Mittel zur Sicherung einer zukünftigen Raumordnungsplanung dar, denn die materiellen Anforderungen an die Rechtmäßigkeit sind relativ gering. Es wird im Zweifel ausreichen, wenn der regionale Planungsträger beabsichtigt, Windenergieanlagen planerisch zu steuern und sich das beplante Gebiet nicht offensichtlich in das Plankonzept einpasst.

Zusammenfassend muss festgehalten werden, dass eine landesplanerische Untersagungsverfügung, wenn sie ergeht, nicht

### Aktuelles

Seit Ende Oktober 2009 liegt der Koalitionsvertrag der schwarz-gelben Bundesregierung vor. Bei der Lektüre erfährt der Leser zunächst, dass sich die Regierung zum weiteren Ausbau der Erneuerbaren Energien bekennt und die Technologieführerschaft ausbauen möchte. Ziel sei es, die Erneuerbaren Energien marktfähig zu machen und Über- oder Unterförderungen zu vermeiden. Dann wird es (deutlich) konkreter:

Eine weitere Novellierung des EEG solle zum 1. Januar 2012 erfolgen. In diesem Zusammenhang wird (unter anderem) bereits jetzt darauf hingewiesen, dass sich die Rahmenbedingungen für das Repowering von WEA verbessern sollen. Auch werde zur Förderung „virtueller Kraftwerke“ ein „Stetigkeitsbonus“ eingeführt.

In Bezug auf die Problematik der Anwendung von § 19 EEG auf Bestandsanlagen und die Absenkung der Vergütung im Falle des Anlagensplittings (siehe hierzu unseren Rundbrief Nr. 21 aus dem Juli 2009) verspricht die Koalition die Rücknahme der Reduzierung. Die erste Lesung des entsprechenden Gesetzes hat mittlerweile stattgefunden.

Auch im Hinblick auf den angekündigten Dialog mit der Solarwirtschaft zur Vermeidung von Überförderungen hat sich bereits etwas getan. Möglicherweise ist eine außerplanmäßige Absenkung der Vergütung bereits zur Jahresmitte 2010 zu erwarten.

unmittelbar angegriffen werden kann. Die Folgen für das Genehmigungsverfahren eines privaten Antragstellers sind jedoch rechtlich ungeklärt. Insbesondere vor dem Hintergrund der spezifischen landesrechtlichen Regelungen und der verfahrensrechtlichen Situation des Genehmigungsantrags sollte entschieden werden, ob Rechtsschutz gesucht wird.

## Vergütungsanspruch von Altanlagen im Fall eines Repoweringings

Rechtsanwalt Lars Schlüter

Im Zusammenhang mit dem Repowering von Windenergieanlagen sind derzeit noch viele Fragen offen. Auch existiert noch keine gesicherte Rechtsprechung zur Durchführung des Repowering und die Netzbetreiber sind derzeit bemüht, ihr standardisiertes Ablaufschema zum Repowering zu etablieren.

Bei der Durchführung von Repoweringprojekten nach § 30 EEG, d. h. dem Ersetzen von mindestens zehn Jahre alten Windenergieanlagen (Altanlagen) durch neue, leistungsstärkere Windenergieanlagen (Repoweringanlagen), ist immer auch die Verwertung der ersetzten Altanlage ein Thema. Dabei stellen sich insbesondere die Fragen, ob die Altanlage nach ihrem Abbau an einer anderen Stelle wieder aufgebaut und in Betrieb genommen werden darf und ob die Altanlage wiederum eine EEG-Vergütung beanspruchen kann.

Das Gesetz enthält in § 30 EEG zu diesen Fragestellungen keine Regelungen. In der Gesetzesbegründung zu § 30 EEG ist allerdings ausdrücklich erwähnt, dass die Altanlage nicht verschrottet werden muss, sondern ein Wiederaufbau der Altanlagen möglich ist. Dieser Wiederaufbau muss aber außerhalb des Landkreises erfolgen, in dem die Altanlage vormals stand, und darf auch nicht in einem angrenzenden Landkreis erfolgen.

Derzeit wird in der Fachliteratur jedoch die Frage, ob eine wieder aufgebaute Alt-

anlage einen Anspruch auf Vergütung des von ihr eingespeisten Stroms nach dem EEG (EEG-Vergütung) hat oder nicht, uneinheitlich beantwortet.

Die Gesetzesbegründung zu § 30 EEG sowie ein Teil der Fachliteratur lehnen dabei einen Anspruch der wieder aufgebauten Altanlage auf eine EEG-Vergütung ab. Entgegen dieser Auffassung wird von einem anderen Teil der Fachliteratur aber vertreten, dass die wieder aufgebaute Altanlage ihren durch den Abbau und den Wiederaufbau lediglich unterbrochenen EEG-Vergütungszeitraum fortsetzen und für den noch nicht verbrauchten Vergütungszeitraum eine EEG-Vergütung in Anspruch nehmen kann. Ein weiterer Teil der Fachliteratur ist sogar der Ansicht, dass die wieder aufgebaute Altanlage durch den Wiederaufbau zu einer Neuanlage wird, die wie jede Neuanlage die erhöhten Vergütungssätze mit voller Förderdauer von 20 Kalenderjahren gemäß § 21 Abs. 2 EEG zu den für den Zeitpunkt der Wiederinbetriebnahme geltenden Vergütungssätzen beanspruchen kann.

Zur Klärung des dargestellten Streites ist zunächst festzustellen, dass die Gesetzesbegründung des § 30 EEG eine EEG-Vergütung für die wieder aufgebaute Altanlage für ausgeschlossen hält. Daneben ist auch das gesetzgeberische Ziel des Repowering nach § 30 EEG zu berücksichtigen. Ziel des § 30 EEG ist es, durch den Ersatz von Altanlagen durch leistungsstärkere Repowe-



Lars Schlüter ist bei Blanke Meier Evers für die Bereiche Gesellschaftsrecht und Vertragsgestaltung tätig.

ringanlagen den Ertrag und die Effizienz der Windenergie zu erhöhen. Soweit nun Altanlagen bei Durchführung des Repowering nicht nur wieder aufgebaut werden können, sondern daneben noch eine EEG-Vergütung erhalten, wird dadurch ein Anreiz für den Wiederaufbau von Altanlagen gesetzt. Der Wiederaufbau der Altanlagen fördert aber eine Verknappung von Windenergieanlagenstandorten für neue und leistungsstärkere Windenergieanlagen und steht damit im Widerspruch zu den Zielen des § 30 EEG. Daher erscheint die Gesetzesbegründung richtig, wonach Altanlagen keinen Anspruch auf eine EEG-Vergütung haben, wodurch der Anreiz für den Wiederaufbau von Altanlagen eingeschränkt wird.

Bei der Durchführung von Repoweringprojekten muss daher auch berücksichtigt werden, dass eine wieder aufgebaute Altanlage keinen sicheren Anspruch auf EEG-Vergütung hat.

### Aktuelle Rechtsprechung

**Freie Bahn für die Wegenutzung**  
Oberverwaltungsgericht Koblenz,  
Urteil vom 21. Oktober 2009 -  
1 A 10481/09

Die Nutzung gemeindlicher Wege für die Erschließung von Vorhaben ist immer wieder Gegenstand von Streitigkeiten. Das Oberverwaltungsgericht ging in der genannten Entscheidung davon aus, dass der Eigentümer oder Besitzer eines im Außenbereich gelegenen Grundstücks zum Zweck der ordnungsgemäßen Nutzung einen Anspruch auf die notwendige Benutzung eines gemeindlichen Wirtschaftsweges hat. Eine öffentliche Widmung ist hierfür nicht erforderlich, es reicht aus, wenn es sich bei dem Wirtschaftsweg um eine gemeindliche Einrichtung handelt. Selbst wenn der Wirtschaftsweg nicht hinreichend tragfähig für das Vorhaben ausgebaut ist, kann die Gemeinde die Nutzung nicht verweigern, soweit eine entsprechende Befestigung des Wegekörpers durch den Nutzungsberechtigten angeboten wird.

**Erfolgreiche Normenkontrolle gegen Bebauungsplan für Biomassekraftwerk**  
Verwaltungsgerichtshof München,  
Urteil vom 29. Oktober 2009 -  
1 N 08.1050

In der Entscheidung hat der Verwaltungsgerichtshof festgestellt, dass von einer Biomasseanlage für ein ca. 140 m entferntes Grundstück keine abwägungserhebliche „Riegelwirkung“ oder „erdrückende“ Wirkung ausgeht. Die Anlage konnte zwar vom Grundstück des Antragstellers aus gesehen werden, wirkte jedoch nicht in einer solchen Weise auf die Wohnnutzung, dass das Rücksichtnahmegerbot verletzt war. Da auch die anderen vorgebrachten Mängel des Bebauungsplans vom Gericht nicht geteilt wurden, blieb der Normenkontrollantrag erfolglos.

**Denkmalschutz und Fotovoltaik**  
Verwaltungsgericht Düsseldorf,  
Urteil vom 26. Oktober 2009 -  
25 K 1972/09

In diesem Verfahren beabsichtigte der Kläger, auf seinem denkmalgeschützten Hof eine Fotovoltaikanlage zu errichten.

Die notwendige denkmalschutzrechtliche Genehmigung wurde verweigert. Auch der dagegen gerichtete Rechtschutz blieb erfolglos. Das Gericht hob insbesondere darauf ab, dass die Anlage für den Betrachter im vollen Umfang wahrnehmbar war.

**Windenergieanlagen auf historischem Schlachtfeld**  
Verwaltungsgericht Halle, Urteil  
vom 29. November 2009 - 2 A 21/08

In dieser von Blanke Meier Evers erstrittenen Entscheidung hat das Verwaltungsgericht unter anderem festgestellt, dass die Errichtung von vier Windenergieanlagen auf der Fläche eines historischen Schlachtfeldes aus dem 30jährigen Krieg nicht planungsrechtlich unzulässig ist. Das Gericht hat hierzu ausgeführt, dass die archäologisch bedeutsame Fläche des Schlachtfeldes schon heute durch bauliche Anlagen beeinträchtigt ist. Die Sicherung archäologischer Funde kann zudem durch Nebenbestimmungen der Genehmigung geregelt werden. Eine Schutzwürdigkeit war zudem eingeschränkt, weil die Fläche als Braunkohlelagerstätte geführt wurde und das Land die Absicht hat, diesen

## Was ist eine technische oder betriebliche Einrichtung zur Reduzierung der Einspeiseleistung?

Rechtsanwalt Dr. Thomas Heineke

Nach § 6 EEG sind Anlagenbetreiber unter anderem verpflichtet, Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energie ab einer Nennleistung von 100 kW mit einer „technischen oder betrieblichen Einrichtung [...] zur ferngesteuerten Reduzierung der Einspeiseleistung bei Netzüberlastung“ auszustatten. Fehlt eine entsprechende Einrichtung zum Einspeisemangement - der Begriff des Erzeugungsmanagements ist offenbar nicht mehr en vogue -, entfällt der Vergütungsanspruch (§ 16 Abs. 6 EEG). Auf Altanlagen, also Anlagen, die vor dem 1. Januar 2009 in Betrieb genommen worden sind, ist diese Regelung ab dem 1. Januar 2011 anzuwenden (§ 66 Abs. 1 Nr. 1 EEG). Damit stellt sich für viele Altanlagenbetreiber die Frage, was zu tun ist, um den bestehenden Vergütungsanspruch zu sichern. Die Antwort dürfte nicht immer auf der Hand liegen, denn es zeigt sich, dass die Nachrüstung mit einer Anlagensteuerung, die der moderner Anlagen entspricht, nicht immer möglich ist. Auch hat der Gesetzgeber die hier angesprochenen Begriffe nicht definiert, auf Rechtsprechung kann bislang nicht zurückgegriffen werden.

Da der Gesetzeswortlaut eine „ferngesteuerte“ Reduzierung der Anlagenleistung verlangt, wird eine automatische Reduzierung oder Abschaltung bei dem Erreichen bestimmter Grenzwerte zur Erfüllung der Voraussetzungen nicht ausreichen. Vielmehr muss der Netzbetreiber die Möglichkeit haben, im Falle der Netzauslastung

selbst per Fernsteuerung in den Betrieb der Anlage einzugreifen.

Ob hierbei die Möglichkeit einer stufenweisen Reduzierung zu verlangen ist - dieses wird in der Kommentarliteratur teilweise vertreten -, kann mit guten Gründen bezweifelt werden. So ist zu beachten, dass einer Netzüberlastung auch durch eine Reduzierung der Anlagenleistung auf Null entgegengewirkt werden kann. Insofern entspräche daher auch eine ferngesteuerte Abschaltvorrichtung, auf die der Netzbetreiber zugreifen kann, dem Zweck der Regelung.

Während der Begriff der technischen Einrichtung eher leicht zu erfassen scheint, stellt sich schließlich die Frage, was eine betriebliche Einrichtung ist und ob es ausreicht, wenn der Anlagenbetreiber seinen Betrieb so einrichtet, dass eine vom Netzbetreiber geforderte Reduzierung der Einspeiseleistung umgesetzt wird. Dass der Gesetzgeber von einer technischen oder betrieblichen Einrichtung spricht und hierin offenbar einen Unterschied sieht, könnte darauf hindeuten, dass es ausreicht, wenn der Anlagenbetreiber Vorkehrungen trifft, um selbst eine Reduzierung vorzunehmen, wenn eine entsprechende Anweisung des Netzbetreibers eingeht. Auch die Gesetzesbegründung könnte in diese Richtung deuten, da hier - als Alternative zur technischen Ausstattung der Anlage - darauf hingewiesen wird, dass die Regelung auch durch den Anlagenbetreiber selbst



Dr. Thomas Heineke ist bei Blanke Meier Evers für die Bereiche Vertragsgestaltung sowie Haftungs- und Gewährleistungsrecht zuständig.

erfolgen kann, sofern dieses nicht zu zeitlichen Verzögerungen führt. Diese Einschränkung macht allerdings deutlich, dass eine 24-Stunden-Rufbereitschaft des Betreibers, der sich auf Zuruf des Netzbetreibers zu seiner Anlage begibt und die Anlage steuert, nicht ausreichen wird.

Da insbesondere Betreiber älterer Windenergieanlagen bei der Anwendung der neuen Regelungen mit erheblichen Rechtsunsicherheiten zu kämpfen haben, empfiehlt es sich, insbesondere in Zweifelsfällen die Abstimmung mit dem Netzbetreiber zu suchen und die ins Auge gefasste Lösung darüber hinaus einer genaueren Prüfung zu unterziehen. Die drohenden Rechtsfolgen im Falle der Verfehlung der Anforderungen - der Verlust des Vergütungsanspruchs - sollten für diese Mühe Grund genug sein.

Bereich auch entsprechend zu entwickeln.

### Kein Haustürgeschäft

Landgericht Frankfurt (Oder), Urteil vom 30. Oktober 2009 - 11 O 258/08

In dieser von BME erstrittenen Entscheidung stellt das Gericht fest, dass ein Grundstückseigentümer sich als Verbraucher auf das Haustürwiderrufsrecht gemäß §§ 311b, 355 BGB in Bezug auf den Abschluss eines Grundstücksnutzungsvertrages zum Betrieb einer WEA dann nicht berufen kann, wenn die Parteien im Vorfeld des Vertragsschlusses mehrfach verhandelt haben. In diesem Fall liege eine für die Annahme des Widerrufsrechts erforderliche Überraschungssituation nicht vor.

### Zivilrechtliche Folgen der Umgehung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungspflicht

Oberlandesgericht Jena, Urteil vom 26. September 2009 - 7 U 21/09

Im Rahmen eines Schadensersatzprozesses hat das Oberlandesgericht festgestellt, dass eine zivilrechtliche Vereinba-

rung, die darauf zielt, immissionsschutzrechtliche Genehmigungspflichten zu umgehen, nach § 134 BGB nichtig ist. Die Parteien des Rechtsstreits hatten in einer Vereinbarung geregelt, dass sie größere Windkraftprojekte auf jeweils kleinere Projekte mit ein bis zwei Windenergieanlagen aufteilen wollten um sicherzustellen, dass kein immissionsschutzrechtliches Genehmigungsverfahren durchgeführt werden müsse. Die Klägerin hatte behauptet, dass die Beklagten gegen sonstige Pflichten aus der Vereinbarung verstoßen hätten. Das Gericht hat die Klage abgewiesen, weil die Vereinbarung wegen eines Verstoßes gegen gesetzliche Vorschriften nichtig war.

### Konkurrentenschutz wirksam

Oberlandesgericht Brandenburg, Urteil vom 16. September 2009 - 3 U 180/08

Ein Nutzungsvertrag, der dem Eigentümer verbietet, auf dem Grundstück, das Vertragsgegenstand ist, selbst weitere Windenergieanlagen zu errichten oder dies Dritten zu gestatten, ist wirksam. Soweit eine entsprechende Verpflichtung sich unmittelbar aus dem Nutzungsvertrag

ergibt, handelt es sich insbesondere um keine unzulässige überraschende Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Auch ist im Hinblick auf das Interesse des Schutzes der realisierten Nutzung vor zusätzlicher Windabschattung eine solche Regelung nicht unangemessen.

### Seeanlagenverordnung verfassungsgemäß

Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 12. November 2009 - 2 BvR 2034/04

Nach der Seeanlagenverordnung werden in der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone insbesondere Offshore-Windenergieanlagen zugelassen. Die hiesige Beschwerdeführerin, eine von der Zulassung eines Offshore-Windparks mittelbar betroffene Gemeinde, wandte sich gegen den Zulassungstatbestand der Verordnung mit der Begründung, dass das Zulassungsregime ihr Selbstverwaltungsrecht verletze. Das Bundesverfassungsgericht hat die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen, da sie verfristet war.





## 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 23 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: Blanke Meier Evers  
Rechtsanwälte in Partnerschaft  
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](http://www.bme-law.de)  
E-Mail: [info@bme-law.de](mailto:info@bme-law.de)

Redaktion: Rechtsanwalt Dr. Andreas Hinsch

Druck: Schintz Druck, Bremen

Layout und DTP: Stefanie Schürle