



# Rundbrief zum Recht der Erneuerbaren Energien

## Offshore: Mit Netz und doppeltem Boden!

Rechtsanwältin Corinna Hartmann



“

Corinna Hartmann, LL.M., ist bei Blanke Meier Evers in den Bereichen Handels- und Gesellschaftsrecht und Energierecht tätig.

Der § 17e des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) sieht verschiedene zeitliche Selbstbehalte für Betreiber von Windenergieanlagen auf See (Betreiber) in Bezug auf die verspätete Herstellung bzw. zeitweilige Nichtverfügbarkeit des Netzanschlusses vor. Über deren Berechnung gab es in der Vergangenheit diverse Diskussionen zwischen den Übertragungsnetzbetreibern (ÜNB) und Betreibern.

So war bislang nicht geregelt, ob bei der Berechnung des Selbstbehaltes der Betreiber wegen betriebsbedingter Wartungsarbeiten der Netzanbindung (§ 17e Abs. 3 EnWG) Tage zu berücksichtigen sind, an denen die Netzanbindung nur zeitweise

”

und nicht ganztägig ausfiel. Im Extremfall wären wartungsbedingt nicht entschädigungsfähige Abschaltungen von bis zu 23 Stunden und 59 Minuten an 365 Tagen im Jahr möglich gewesen.

Durch das Gesetz zur Änderung der Bestimmungen zur Stromerzeugung aus Kraft-Wärme-Kopplung und zur Eigenversorgung vom 22. Dezember 2016 (BGBl. I S. 3106 (3138)); nachfolgend KWK-Änderungsgesetz) wurde diese Teilfrage nun geklärt: der neue § 17e Abs. 3 Satz 2 EnWG – in Kraft seit dem 1. Januar 2017 – sieht vor, dass bei „der Berechnung der Tage nach (§ 17e Abs. 3 Satz 1) (...) die vollen Stunden, in denen die Wartungsarbeiten vorgenommen werden, zusammengerechnet“ werden. Eine rückwirkende Anwendung des § 17e Abs. 3 Satz 2 EnWG sieht das EnWG nicht vor. Der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie (BT-Drs. 18/10668, S. 151), mit dem die Ergänzung des § 17e Abs. 3 Satz 2 EnWG im Gesetzgebungsverfahren erstmals empfohlen wurde, ist zu entnehmen: „Der Selbstbehalt wurde bisher anhand voller Kalendertage (24 Stunden) berechnet. In der Praxis kommt bei Wartungen eine Abschaltung der Offshore-Anbindungsleitung für einen ganzen Tag nur selten vor. Daher wird von der tagesscharfen auf eine stundenscharfe Berechnung umgestellt.“ Eine Anwendung des § 17e Abs. 3 Satz 2 EnWG auf Betriebsjahre vor 2017 (im Sinne einer bloßen gesetzgeberischen Klarstellung) dürfte daher ausscheiden.

Auch auf den Störungsselbstbehalt (§ 17e Abs. 1 EnWG) dürfte die Neuregelung nicht übertragbar sein: Bereits nach der Gesetzesbegründung vom 24. September 2012 (BT-Drs. 17/10754, S. 27) sind für den Störungsselbstbehalt nur volle Tage zu berücksichtigen. Dem KWK-Änderungsgesetz vorangegangen war die Evaluierung der §§ 17e ff. EnWG. Diskutiert wurden im Zuge dessen auch die zeitlichen Selbstbehalte (siehe „Evaluierungsbericht gemäß § 17i EnWG“ des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, S. 8; Downloadangebot unter [www.bmwi.de](http://www.bmwi.de)). Dennoch

## Neue TA Luft im Werden

Die Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft (kurz TA Luft), die den Umgang mit Luftschadstoffen (Emissions- und Immissionswerte, Messverfahren und Berechnungsverfahren) regelt, wird novelliert. Es soll aktuell vorgesehen werden, wesentliche Teile der nicht realisierten Biogasanlagenverordnung in die TA Luft zu integrieren. Insoweit werden sich wesentliche Fragen im Hinblick auf die Geruchsimmission von Biogasanlagen zukünftig dort finden.

wurde § 17e Abs. 1 EnWG nicht geändert, sodass von einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers auszugehen sein dürfte.

Die Änderung des § 17e Abs. 3 EnWG mit Wirkung ab dem 1. Januar 2017 ist aus Sicht der Betreiber zu begrüßen, wenngleich angefangene Stunden noch immer unberücksichtigt bleiben und für den Störungsselbstbehalt angefangene Tage (weiterhin) nicht zählen dürften. Ferner beugt die Änderung naheliegenden Missbrauchsvorwürfen gegen die ÜNB vor, Zeitpunkt und Dauer der Wartungsarbeiten so zu steuern, dass im Interesse der Stromkunden Entschädigungszahlungen an Betreiber (mit positiver Wirkung für die Höhe der Offshore-Haftungsumlage) vermieden werden. Wenngleich die ÜNB auf störungsbedingte Ausfälle (im Gegensatz zur Wartung) wenig Einfluss haben, würde eine stundenweise Berücksichtigung auch dieser Ausfälle im Rahmen des Selbstbehalts im Interesse der Betreiber und der Verfügbarkeit von Strom aus Windenergieanlagen auf See Anreiz zur zeitnahen Störungsbehebung geben. Es bleiben ungeachtet dieser begrüßenswerten Änderung im Zusammenhang mit der Anwendung der §§ 17e ff. EnWG viele Detailfragen offen, die künftig einer Klärung bedürfen.

## Unsere Themen

- Offshore: Mit Netz und doppeltem Boden!
- Du darfst nicht mitmachen ... – Mitwirkungsverbote im Zusammenhang mit Windenergievorhaben
- Der Weg ist das Ziel!
- Aktuelle Rechtsprechung

## Du darfst nicht mitmachen ... – Mitwirkungsverbote im Zusammenhang mit Windenergievorhaben

Rechtsanwalt Benjamin Zietlow

### Problemaufriss

In allen Flächenbundesländern gibt es Vorschriften über Mitwirkungsverbote für kommunale Mandatsträger bei Beratungen und Entscheidungen über Angelegenheiten, die für sie selbst oder nahe Angehörige unmittelbare Vor- oder Nachteile bringen können. Bei der Realisierung von Windenergieprojekten sind Gemeindevertretungen vielfach beteiligt, sei es bei der Bauleitplanung, beim Einvernehmen oder bei der Abgabe von Stellungnahmen zu Regionalplänen. Hierbei kann es vorkommen, dass die Mandatsträger oder nahe Angehörige z.B. Eigentümer von Grundstücken sind, die als Windenergiestandorte vorgesehen sind. Dann stellt sich die Frage, ob die betroffenen Mandatsträger an der Beratung und Entscheidung in der Angelegenheit mitwirken dürfen, da bei Verstößen gegen Mitwirkungsverbote im schlimmsten Fall das Risiko einer rechtswidrigen oder unwirksamen Entscheidung besteht.

### Rechtliche Einordnung

Im Grundsatz besteht in den Gemeindeordnungen noch Einigkeit dahingehend, dass ein Mitwirkungsverbot des Mandatsträgers nur bei der Möglichkeit eines unmittelbaren Vor- oder Nachteils besteht.

Aber bereits bei der Frage, wann der Vor- oder Nachteil unmittelbar ist, bestehen je Bundesland im Detail Unterschiede.

So wird in einigen Bundesländern (z.B. Nds., SA oder NRW) der Begriff der Unmittelbarkeit dahingehend definiert, dass sich der Vor- oder Nachteil aus der konkreten Entscheidung selbst ergeben muss. Handelt es sich also um Entscheidungen (über das Einvernehmen oder Stellungnahmen zu Planungen anderer Planungsträger), die einer abschließenden Entscheidung (die den Vor- oder Nachteil zur Folge hätte) vorgelegt sind, fehlt es an der Unmittelbarkeit i.S. einer direkten Kausalität. Daneben wird das Merkmal der Unmittelbarkeit in anderen Bundesländern (z.B. SH oder MV) weiter verstanden und es wird auf die etwaigen Sonderinteressen des Mandatsträgers abgestellt. Hier könnten im Einzelfall dann auch die Entscheidungen, die zwar nicht direkt den Vor- oder Nachteil bringen, aber dennoch im Zusammenhang mit der Letztentscheidung stehen und daher Zweifel an der Objektivität des Mandatsträgers hervorrufen könnten, zu Mitwirkungsverboten führen.

Mitwirkungsverbote kommen dagegen klassischerweise bei der Beratung und Entscheidung über Bebauungspläne in Betracht, wenn der Mandatsträger oder seine Angehörigen Grundstücke im Bereich



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

des Plangebiets haben. Eine Anwendung der Mitwirkungsverbote auf Flächennutzungspläne wird häufig mit dem Argument verneint, dass diese keine Rechtswirkungen gegenüber Dritten entfalten und regelmäßig das gesamte Gemeindegebiet betreffen. Allerdings entfalten Flächennutzungspläne, die eine Konzentrationszonenplanung beinhalten, Rechtswirkungen gegenüber Dritten, sodass die Mitwirkungsverbote zu berücksichtigen sein dürften. Auch hier gibt es landesspezifische Unterschiede. So sind in Niedersachsen beispielsweise die Beratung und Entscheidung über Rechtsnormen (auch Bebauungspläne) von den Mitwirkungsverboten ausdrücklich ausgenommen.

Die Vorschriften zu Mitwirkungsverboten sollten daher im Auge behalten werden, um die mitunter schwerwiegenden Rechtsfolgen zu vermeiden.

## Aktuelle Rechtsprechung

**Autobahn gegen Windkraft**  
Bundesverwaltungsgericht  
Urteil vom 10. November 2016 –  
6 A 919.15

Bei dieser Entscheidung befasste sich das Bundesverwaltungsgericht mit der Planfeststellung für die Autobahn A 20 im Bereich südlich der Elbe. Hier hatte ein Windkraftbetreiber geklagt, weil zukünftig die Flächen eines Windparks für die Verkehrswege in Anspruch genommen werden sollen. Unter anderem hat das Gericht festgehalten, dass die Eigentumsinteressen des Windparkbetreibers jedenfalls dann sachgerecht berücksichtigt sind, wenn für diesen eine Entschädigung geleistet wird.

**Gebrauch machen von der Genehmigung**  
Oberverwaltungsgericht Münster  
Beschluss vom 21. Februar 2017 –  
8 A 2071/13

Immissionsschutzrechtliche Genehmigungen werden regelmäßig unter der Bedingung erteilt, dass innerhalb einer Frist von ihnen Gebrauch gemacht werden muss. Geschieht das nicht, erlöschen sie.

In diesem Fall hatte sich das Oberverwaltungsgericht mit der Frage auseinandersetzen, wann mit einer Errichtung der Anlage gerechnet werden kann. Es hat angenommen, dass nur, wenn Arbeiten ausgeführt werden, die genehmigungsbedürftig sind, von einem solchen Gebrauchmachen ausgegangen werden kann. Nach der Meinung des Oberverwaltungsgerichts ist das weder die Erstellung der Zuwegung, die Verlegung des Anschlusskabels noch die Herstellung der Kranstellfläche als bloße Vorbereitungsmaßnahmen. Auch die Aushebung der Baugrube für die Fundamente einer Windenergieanlage sei im Hinblick auf das Gesamtinvestitionsvolumen nur von untergeordneter marginaler Bedeutung, dass insoweit nicht von einer Nutzung der Genehmigung gesprochen werden könne.

**Kumulation bei Schattenwurf**  
Oberverwaltungsgericht Münster  
Beschluss vom 30. Mai 2017 –  
8 A 2915/15

Bei der für die Betrachtung der Umweltverträglichkeit von Windenergieanlagen relevanten Frage, ob sie mit weiteren Anlagen eine Windfarm bilden, hat das Oberverwaltungsgericht eine interessante Entscheidung getroffen. Zur kumulie-

renden Wirkung von Windenergieanlagen hat es festgestellt, dass, obwohl die westlich und östlich gelegenen Windenergieanlagen gemeinsam auf einen Immissionspunkt wirkten, keine Summierung des Schattenwurfs vorliegen würde. Zum einen wirkten die Anlagen auf unterschiedliche schutzwürdige Räume und zudem würden die Schattenwurf dauern zusammen nicht den kritischen Schattenwurfwert von 30 Minuten im Jahr überschreiten. Zum anderen würde eine Summation des täglichen Schattenwurfs ausscheiden, weil die Anlagen zu unterschiedlichen Jahreszeiten Schattenwurf erzeugten.

**Denkmalschutz und Windenergie**  
Oberverwaltungsgericht Lüneburg  
Urteil vom 16. Februar 2017 –  
12 LC 54/15

In dieser Angelegenheit hatte das Oberverwaltungsgericht auf die Klage eines Denkmaleigentümers die Genehmigung für drei von elf Windenergieanlagen aufgehoben. Das Oberverwaltungsgericht sah es als erwiesen an, dass das im frühen 20. Jahrhundert errichtete Gutshaus des Klägers und seine denkmalrechtliche Wertung eine unzulässige Herabsetzung des Erscheinungsbildes durch diese Windenergieanlagen erfahren. Das Gericht

## Der Weg ist das Ziel!

Rechtsanwältin Dr. Mahand Vogt

Das Verwaltungsgericht Weimar hat der Windenergie zum Problem der Gestattung der Wegenutzung den Rücken gestärkt und auf einen im Einzelfall bestehenden grundrechtlich gesicherten Anspruch auf Sondernutzung erkannt.

### Ausgangssituation

Die Antragstellerin im Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO ist Inhaberin einer (befristet erteilten) immissionsschutzrechtlichen Genehmigung zu Errichtung und Betrieb einer Windenergieanlage. Die Wege, die sie zur Umsetzung des Vorhabens befahren und ausbauen muss, stehen im Eigentum der dortigen Gemeinde. Diese gestattete zwar einem Konkurrentenanlagenbetreiber die Sondernutzung der Wege, lehnt das aber gegenüber der Genehmigungsinhaberin ohne nähere Begründung dauerhaft ab. Ebenso wies sie einen Antrag der Genehmigungsinhaberin auf Erteilung der erforderlichen Sondernutzungserlaubnis nach § 18 Abs. 1 Thüringer Straßengesetz zurück.

### Entscheidung des Gerichts

Das angerufene Verwaltungsgericht Weimar gab dem Antrag statt und verpflichtete die Gemeinde zur Gestattung von Wegenutzung und -ausbau für die Dauer

der Errichtung der Windenergieanlage (VG Weimar, Beschl. v. 13.03.2017, 2 E 1272/16 We).

Grundsätzlich bestehe zwar kein Rechtsanspruch auf eine Sondernutzungserlaubnis zum Gebrauch öffentlicher Straßen, vielmehr liege die Entscheidung im Ermessen der zuständigen Behörde. Hier aber habe die Antragstellerin einen Anspruch auf Gestattung, da aufgrund grundrechtlicher Erwägungen jede andere Entscheidung als die Erteilung der Sondernutzungserlaubnis rechtswidrig und das Ermessen somit auf Null reduziert sei. Der Inhaber einer öffentlich-rechtlichen Genehmigung zu Errichtung und Betrieb von Windenergieanlagen habe einen aus Art. 14 Abs. 1 GG abgeleiteten Anspruch darauf, dass die Gemeinde bei der Entscheidung dem Interesse am ungehinderten Zugang zu dem Standortgrundstück Rechnung trage, hier stünden straßenrechtliche Belange einer Erlaubnis nicht entgegen. Zudem bestehe ein Anspruch auf Gleichbehandlung aus Art. 3 GG, da anderen Anlagenbetreibern die Erlaubnis ebenfalls erteilt worden sei.

### Konsequenz der Entscheidung

Die Entscheidung entfaltet Bedeutung vor allem in den Fällen, in denen Gemeinden sich wie hier vorab vertraglich durch



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

Konkurrenten-Ausschlussklauseln an einen Anlagenbetreiber binden und weiteren Betreibern dann die Gestattung der Wegenutzung verweigern. Vergleichbar hat nun auch das Landgericht Potsdam entschieden (Az. 1 O 55/17) und den Antrag eines Anlagenbetreibers gegen einen Konkurrentenbetreiber auf Untersagung der Wegenutzung im Wege des Erlasses einer einstweiligen Verfügung abgelehnt. Der Antragsteller berief sich ebenfalls auf eine Konkurrentenausschlussklausel, welche das Landgericht aufgrund Verstoßes gegen das GWB und Art. 3 GG als nichtig qualifizierte.

Beide Entscheidungen sind ist noch nicht rechtskräftig.

ging davon aus, dass die Umgebung des Denkmals für den Denkmalwert von besonderem Gewicht war.

**Keine subjektiven Empfindlichkeiten**  
*Oberverwaltungsgericht Magdeburg*  
*Beschluss vom 30. März 2017 –*  
*2 M 11/17*

In dieser von Blanke Meier Evers erwirkten Entscheidung hat das Oberverwaltungsgericht den Eilantrag einer Nachbarin gegen die Errichtung und den Betrieb von vier Windenergieanlagen zurückgewiesen. Insbesondere der Verweis auf ihre individuelle Empfindlichkeit konnte die Genehmigungen nicht erschüttern, denn bei der Erheblichkeit von Lärmbeeinträchtigung kommt es allein auf das Empfinden eines verständigen Durchschnittsmenschen an.

**Wasserschutzgebiet**  
*Planerische Abschtichtung*  
*Verwaltungsgericht Hamburg*  
*Beschluss vom 3. Januar 2017 –*  
*9 E 5500/16*

In dieser Eilentscheidung hat das Verwaltungsgericht festgehalten, dass die Frage einer Beeinträchtigung eines Wasserschutzgebietes durch Windenergienutzung bereits in dem zugrunde liegenden

Flächennutzungsplanverfahren hinreichend begutachtet wurde, analog entsprechend § 17 Abs. 3 UVPG. Das Verwaltungsgericht ging davon aus, dass bereits im Zuge der Umweltprüfung der Flächennutzungsplanung eine Prüfungsdichte erreicht wurde, die der standortbezogenen Vorprüfung entsprach und so bei der Umsetzung dieser Planung keine erheblichen nachteiligen Umweltauswirkungen zu erwarten standen. Eine Umweltverträglichkeitsprüfung für das Vorhaben war so nicht mehr erforderlich; der Eilrechtsschutzantrag wurde zurückgewiesen

**Normkontrollantrag unstatthaft**  
*Oberverwaltungsgericht Münster*  
*Beschluss vom 3. Januar 2017 –*  
*7 B 1273/16*

In dieser Entscheidung hat das Oberverwaltungsgericht den Normkontrollantrag eines von der Windenergienutzung betroffenen Nachbarn als unzulässig zurückgewiesen. Trotz des Umstandes, dass vorliegend in einer vormaligen Ausschlussfläche eine weitere Fläche für die Windenergienutzung durch den Flächennutzungsplan der beklagten Kommune ausgewiesen wurde, ging es davon aus, dass sich der Antragsteller allein gegen die positive Nutzung der Windkraftanla-

gen wende und so eine analoge Anwendung der Normkontrollbefugnis gegen Flächennutzungspläne ausgeschlossen ist.

**Nebenbestimmungen Naturschutz**  
*Oberverwaltungsgericht Lüneburg*  
*Urteil vom 10. Januar 2017*  
*4 LC 1971/15*

In dieser insbesondere für Niedersachsen wichtigen Entscheidung hat sich das Oberverwaltungsgericht noch einmal insbesondere mit der Ermittlung und Bewertung des naturschutzrechtlichen Ersatzgeldes befasst. Es hat für eine Rechtsprechung dazu bestätigt, dass die angewandten Ermittlungsmethoden dazu grundsätzlich zulässig sind. Jedoch hat es herausgehoben, dass insbesondere sichtsverschattete Bereiche bei der Bewertung nicht berücksichtigt werden dürfen. Zudem hat es in artenschutzrechtlicher Hinsicht festgehalten, dass ein Monitoring der Brutvogelfauna nur dann gerechtfertigt ist, wenn zunächst überhaupt artenschutzrechtliche Verbote berührt sind und zudem das Monitoring integraler Bestandteil eines umfassenden Risikomanagements sein soll.





## Kompetente Partner für erneuerbare Energien

Wir beraten Hersteller, Projektierungsunternehmen, Initiatoren, Finanziere, 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, Projektfinanzierung, Recht der Erneuerbaren Energien*
- **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*
- **Dr. Falko Fähndrich**  
*Vertragsgestaltung, Energierecht*
- **Lars Wenzel**  
*Vertragsgestaltung, Energierecht*
- **Corinna Hartmann, LL.M.**  
*Recht der Erneuerbaren Energien, Handels- und Gesellschaftsrecht*
- **Dr. Mahand Vogt**  
*Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht, Energierecht*
- **Benjamin Zietlow**  
*Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht, Energierecht*
- **Thomas Schmitz**  
*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