



Rundbrief zum Recht der Erneuerbaren Energien

Geltung von EU-Recht für Offshore-Windparks in der AWZ

Rechtsanwalt Falko Fährdrich

Bei der Planung und Ausführung von Offshore-Windprojekten stellt sich immer wieder die Frage, ob bestimmte nationale oder internationale Vorschriften auch in der ausschließlichen Wirtschaftszone (AWZ) gelten. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat diese Frage nun für EU-Verordnungen beantwortet (Urt. v. 17. Januar 2012, Rs. C-347/10).

Die AWZ ist ein Teil des Meeres jenseits des Küstenmeeres (12-Seemeilen-Zone). Sie gehört nicht zum Staatsgebiet des jeweiligen Küstenstaats. Nach dem Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen kann dieser in der AWZ aber gewisse Hoheitsrechte ausüben. Während in der zu Deutschland gehörenden 12-Seemeilen-Zone unproblematisch das gesamte nationale und EU-Recht gilt, ist das für die AWZ fraglich. In der juristischen Literatur wird teilweise gefordert, dass Gesetze ausdrücklich eine sogenannte Erstreckungsklausel enthalten müssen, wonach sie auch in der AWZ Anwendung finden (so z. B. in § 2 Nr. 1 Erneuerbare-Energien-Gesetz oder in § 1 Abs. 1 Arbeitsschutzgesetz, nicht aber etwa im Arbeitszeitgesetz). Fehlt es an einer solchen Erstreckungsklausel, findet das jeweilige Gesetz nach dieser Literaturmeinung keine Anwendung.

Der EuGH hatte im oben genannten Verfahren, das die Arbeit auf Gasbohrplattformen in der niederländischen AWZ zum Gegenstand hatte, zu entscheiden, inwie-

weit niederländische Sozialversicherungsregelungen auch für Arbeitnehmer gelten, die in der niederländischen AWZ beschäftigt sind, aber ihren Wohnsitz in Spanien haben. Bei der Entscheidung war von Bedeutung, ob eine bestimmte EU-Verordnung, die die Anwendung des Sozialversicherungsrechts des Beschäftigungsstaats vorschreibt, auch für eine Beschäftigung in der AWZ gilt. In seinem Urteil hat der EuGH festgestellt, dass das EU-Recht und insbesondere die betreffende Verordnung auf dem an einen Mitgliedstaat angrenzenden Festlandsockel (einschließlich AWZ) anwendbar ist.

Dies lässt darauf schließen, dass der EuGH von einer generellen Anwendbarkeit von EU-Verordnungen in der AWZ ausgeht. Damit ist eine wichtige Frage beantwortet. Auch für Offshore-Windparks in der AWZ ist damit klar, dass EU-Verordnungen, etwa zum Umgang mit Gefahrstoffen, einzuhalten sind.

Fraglich ist aber immer noch, ob das nationale Recht auch ohne Erstreckungsklauseln in der AWZ gilt. Insoweit fehlt es nach wie vor an einer höchstrichterlichen Entscheidung. Aus der Entscheidung des EuGH könnte man aber ableiten, dass zumindest die nationalen Gesetze, die der Umsetzung von EU-Richtlinien dienen (z. B. Teile des Arbeitszeitgesetzes), auch in der AWZ gelten müssen, da nach der Entscheidung des EuGH das EU-Recht auch in der AWZ Geltung beansprucht. Die nationalen Gesetze wären dann europarechtskonform dahin auszulegen, dass sie auch in der AWZ anzuwenden sind.

Soweit der nationale Gesetzgeber EU-Richtlinien nicht oder nicht vollständig umgesetzt hat, könnten die Richtlinien ferner nach den Grundsätzen des EuGH für eine unmittelbare Wirkung von EU-Richtlinien direkt (d. h. auch ohne nationales Umsetzungsgesetz) anwendbar sein. Im Gegensatz zu EU-Verordnungen, die stets unmittelbar in den Mitgliedstaaten anwendbar sind, bedürfen EU-Richtlinien



Falko Fährdrich ist bei Blanke Meier Evers für die Bereiche Gesellschaftsrecht und Energierecht zuständig.

zwar grundsätzlich einer Umsetzung durch den nationalen Gesetzgeber. Ausnahmsweise entfalten EU-Richtlinien aber unmittelbare Wirkung, wenn sie nicht fristgerecht ordnungsgemäß umgesetzt wurden, inhaltlich unbedingt und hinreichend bestimmt sind. Dies gilt aber nur für Ansprüche von Privaten gegenüber dem Staat. Im Verhältnis von Privaten untereinander (z. B. zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer) sind Richtlinien niemals unmittelbar anwendbar. Auch staatliche Behörden dürfen sich nicht auf eine Richtlinie berufen, wenn der Staat die Richtlinie nicht umgesetzt hat.

Im Ergebnis ist nun also die Anwendbarkeit von EU-Verordnungen in der AWZ geklärt. Die (unmittelbare) Anwendung von EU-Richtlinien und nationalen Gesetzen ohne Erstreckungsklausel ist aber fraglich. Bei der Vertragsgestaltung im Rahmen von Offshore-Windprojekten in der AWZ sind daher die Szenarien zu bedenken, dass bestimmte Normen nicht oder eben doch anwendbar sind und eine verlässliche Klärung erst in der Planungs-, Ausführungs- oder Betriebsphase erfolgt.

Unsere Themen

- Geltung von EU-Recht für Offshore-Windparks in der AWZ
- Neues Genehmigungsverfahren für Windparks in der AWZ – Teil 2
- Direktvermarktung von Offshore-Windenergie – Chance oder Risiko?
- Rechtsprechung

WINDFORCE 2012
Bremen

8. WAB Offshore Conference **26-28 June**
NEW! International Trade Fair **26-29 June**

BME-Stand: C22

Neues Genehmigungsverfahren für Windparks in der AWZ – Teil 2

Rechtsanwalt Dr. Leif Rauer

Die Novelle der Seeanlagenverordnung (SeeAnIV) bringt neben den bereits in unserem Rundbrief zum Recht der erneuerbaren Energien vom März dieses Jahres besprochenen Änderungen weitere wesentliche Neuerungen mit sich. Der Verfahrensablauf hat sich geändert und folgt nun den Vorgaben zum Planfeststellungsverfahren. Die Beantragung eines Scoping-Termins bedeutet regelmäßig den Beginn des Verfahrens. Darauf folgt die formale Antragstellung nebst Einreichung der erforderlichen Unterlagen. Anschließend beteiligt das Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie (BSH) die zuständigen Behörden sowie die anerkannten Natur- und Umweltschutzvereinigungen. Parallel dazu legt es die Unterlagen öffentlich zur allgemeinen Einsicht für die Dauer von einem Monat aus. Die Auslegung macht das Vorhaben einer breiten Öffentlichkeit bekannt, und mögliche Betroffene können prüfen, ob die Planung ihre Belange berührt und sie deshalb zur Wahrung ihrer Interessen Einwendungen erheben wollen (sog. Anstoßfunktion). Nach der Auslegung werden die erhobenen Einwendungen und Stellungnahmen erörtert.

Ist das Anhörungsverfahren abgeschlossen, entscheidet das BSH unter Würdigung des Gesamtergebnisses über den Antrag des Vorhabenträgers. Das Amt kann den Plan in Teilabschnitten feststellen, um der Komplexität eines Offshore-Windparks gerecht zu werden und das Verfahren in überschaubare Abschnitte zu gliedern. Die methodische Umstellung auf das Planfest-

stellungsverfahren hat zur Folge, dass der Vorhabenträger künftig keinen Anspruch mehr auf die Erteilung einer Genehmigung hat, selbst wenn alle zwingenden Vorgaben für die Errichtung und den Betrieb des Windparks erfüllt sind. Das BSH verfügt aufgrund der Ermächtigung zur Planfeststellung nunmehr über einen originären planerischen Gestaltungsspielraum. Wie bisher gibt es abwägungsfeste Belange, die das BSH im Rahmen seiner Ermessensentscheidung nicht überwinden kann. Beispielsweise darf das Vorhaben weder die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs beeinträchtigen noch die Meeresumwelt gefährden. Sonstige Belange, insbesondere auch Alternativen zum Standort oder zur verwendeten Technik, sind gegeneinander abzuwägen. Für den Vorhabenträger wird regelmäßig das öffentliche Interesse an einem raschen Ausbau der erneuerbaren Energien streiten. Wie das Verfahren nach dem Planfeststellungsbeschluss künftig fortgeführt wird, insbesondere ob und mit welchem Inhalt das BSH das System der gestuften Freigaben beibehält, bleibt abzuwarten.

Hält der Antragsteller ihm gesetzte Fristen nicht ein, kann das BSH den festgestellten Plan ganz oder teilweise aufheben. Anders als nach bisherigem Recht erlischt die Genehmigung künftig nicht mehr automatisch, sodass die in dem Verfahren gewonnenen Erkenntnisse nicht gänzlich verloren gehen. Beispielsweise sollen Umweltdaten den Vorgaben des Umweltdatengesetzes entsprechend auf Antrag



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

an den nachfolgenden Vorhabenträger weitergegeben werden können. Im Einzelfall kann dies sogar mit derartigen Informationen zusammenhängende Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse betreffen.

Die Änderungen der SeeAnIV gelten ab sofort, sofern nicht die Übergangsregelungen etwas anderes bestimmen. Danach können die Verfahren, deren öffentliche Bekanntgabe vor dem 31. Januar 2012 erfolgte, dem Wunsch des Vorhabenträgers entsprechend entweder nach den bisherigen oder nach den neuen Regelungen der SeeAnIV fortgeführt werden. Erfolgte die öffentliche Bekanntgabe nach diesem Datum, ist das Planfeststellungsverfahren zwingend. Auf den Zeitpunkt der Antragstellung kommt es nicht an.

Insgesamt bietet die Novelle die Möglichkeit, die Verfahren zu beschleunigen und den Ausbau der Windenergie in der AWZ zu forcieren. Ob dies tatsächlich gelingt, muss die Praxis beweisen.

Rechtsprechung

Havariegefahr

Oberverwaltungsgericht Lüneburg, Beschluss vom 13. September 2010 – 12 LA 18/09

In dieser Entscheidung hatte sich das Oberverwaltungsgericht mit dem Rechtsschutz einer Gemeinde gegen die Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb eines Windparks im Küstenmeer zu befassen. Die Gemeinde befürchtete die Kollision von Schiffen mit den Windenergieanlagen und damit ein Verschmutzungsrisiko für die Strände in der Gemeinde. Das Gericht führte aus, dass dieses Risiko nicht den Windenergieanlagen zuzurechnen sei, sondern sich im Falle der Kollision eines Schiffes mit einer Windenergieanlage genauso wie bei der Kollision zweier Schiffe oder dem Aufgrundlaufen eines Schiffes gerade das besondere Risiko des Schiffsverkehrs realisiere. Die sich aus diesem Unfall ergebenden negativen Umweltfolgen seien allein den kollidierenden Schif-

fen zuzurechnen, die als bewegliche Objekte in der Kausalkette gerade die letzte Ursache für die Umweltschäden setzten.

Pilotphase und Priorität

Oberverwaltungsgericht Hamburg, Beschluss vom 1. Februar 2010 – 5 Bs 225/09

Das Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie genehmigt aus Vorsorgegesichtspunkten regelmäßig nur Offshore-Windenergieanlagenparks mit einer Anlagengesamtzahl von nicht mehr als 80 Windenergieanlagen. Oftmals sind diese Anträge jedoch nur der erste Schritt auf dem Weg einer Realisierung von viel größeren Windparks, wofür der Genehmigungsbehörde bereits Folgeanträge vorliegen. Das Oberverwaltungsgericht hat dazu festgehalten, dass diese neben der Pilotphase beantragten Anlagen, jedenfalls dann, wenn sie nicht weiter betrieben werden, zu keiner Sicherung gegenüber konkurrierenden Vorhaben führen. Wäre dies der Fall, würden diese Anträge ge-

rade zur Blockade großräumiger Flächen durch die bloße Antragstellung führen, die nach der Seeanlagenverordnung verhindert werden soll.

Kein Rechtsschutz gegen Raumordnungsplan

Oberverwaltungsgericht Greifswald, Beschluss vom 23. Februar 2006 – 4 M 136/05

Das Oberverwaltungsgericht hat den Rechtsschutz einer Gemeinde gegen das Landesraumentwicklungsprogramm Mecklenburg-Vorpommern, das ein Eignungsgebiet für die Windenergienutzung im Küstenmeer vorsah, als unzulässig zurückgewiesen. Das Gericht konnte nicht erkennen, dass die Gemeinde, deren Gebiet ca. 16 Kilometer vom Windpark entfernt lag, möglicherweise in ihrem Selbstverwaltungsrecht beeinträchtigt war, denn die Errichtung des Windparks hatte keine erheblichen Auswirkungen auf die Entwicklung und das Ortsbild der Gemeinde. Weder durch die Festlegung des

Direktvermarktung von Offshore-Windenergie – Chance oder Risiko?

Rechtsanwalt Daniel Lonsdorfer

Mit Inkrafttreten der EEG-Novelle 2012 zum 1. Januar 2012 hat der Gesetzgeber die Direktvermarktungsvorschriften des EEG grundlegend überarbeitet und die Möglichkeit zur Direktvermarktung erheblich ausgeweitet. Die Möglichkeit zur Direktvermarktung steht dabei allen erneuerbaren Energien offen, für die grundsätzlich ein Anspruch auf die gesetzliche Einspeisevergütung gemäß den §§ 16 ff. EEG besteht.

Nach den marktüblichen Vertragsgestaltungen lassen sich dabei im Rahmen der Direktvermarktung Vergütungen realisieren, die oberhalb der gesetzlichen Einspeisevergütung liegen. Bei der Direktvermarktung zum Zwecke der Inanspruchnahme der Marktprämie gemäß § 33b Nr. 1 EEG ist Ausgangspunkt für die Berechnung der Vergütung dabei immer die energieträgerspezifische EEG-Vergütung, so dass für Offshore-Windenergie die gemäß § 31 EEG erhöhte Anfangsvergütung von 15 Cent pro kW/h bzw. 19 Cent pro kW/h bei Nutzung des sogenannten Stauchungsmodells als Basis für die Berechnung der Vergütung im Rahmen der Direktvermarktung berücksichtigt wird. Der Anlagenbetreiber erhält zusätzlich zu den Erlösen aus dem Verkauf der elektrischen Energie die im EEG vorgesehenen Prämien. Dies sind die Markt- und Managementprämie bei einer Direktvermarktung gemäß § 33b Nr. 1 EEG bzw. die Verringerung der EEG-Umlage bei einer Direktvermarktung gemäß § 33b Nr. 2 EEG. Die Direktvermarktung kann so dazu beitragen, die immensen Kosten für Planung

und Errichtung eines Offshore-Windparks auszugleichen und so die Refinanzierung und die wirtschaftliche Rentabilität des Projekts positiv zu beeinflussen.

Die genaue Ausgestaltung der Direktvermarktung kann dabei unterschiedlich aussehen. Im Regelfall verfügen die Betreiber eines Offshore-Windparks über konzern-eigene Direktvermarkter, die die Direktvermarktung der im Offshore-Windpark erzeugten elektrischen Energie übernehmen können. Eine zweite Möglichkeit der Direktvermarktung besteht darin, den offshore erzeugten Strom in die Bilanzkreise verschiedener Direktvermarkter zu bilanzieren und so das Vermarktungsrisiko breit zu streuen. Das ohnehin geringe Risikopotential für den Betreiber, das sich letztlich in der nicht rechtzeitigen Meldung von Anlagenausfällen erschöpft, wird bei Offshore-Windparks zusätzlich dadurch abgemildert, dass diese ohnehin rund um die Uhr professionell überwacht werden und es demzufolge unproblematisch möglich ist, die Mitteilungspflichten gegenüber dem Direktvermarkter zu erfüllen. Dazu kommt, dass sich Offshore-Windenergieanlagen auf Grund des regelmäßig sehr konstanten Einspeisebandes gut zur Direktvermarktung eignen.

Die Direktvermarktung nach dem EEG 2012 bietet auf der einen Seite spürbare Mehreinnahmen, ohne andererseits das Risiko im Vergleich zur gesetzlichen Einspeisevergütung relevant zu steigern. Nicht verwunderlich ist daher, dass sich die aktuell



Daniel Lonsdorfer ist bei Bланке Мелер Еvers in den Bereichen Gesellschaftsrecht und Energierecht tätig.

bereits betriebenen Offshore-Windenergieanlagen fast ausnahmslos in der Direktvermarktung befinden. Inwieweit die momentan bestehenden Möglichkeiten auch in Zukunft aus Sicht des Betreibers rentabel sind, muss jedoch abgewartet werden, da zumindest für Onshore-Windenergie spätestens mit der nächsten EEG-Novelle mit einer deutlichen Herabsetzung der staatlichen Förderung zu rechnen ist. Für Offshore-Windenergie hingegen könnte ein Weg darin bestehen, die Direktvermarktung auch bei den zukünftigen Novellen des EEG mit attraktiven wirtschaftlichen Anreizen zu versehen, um so den weiteren Ausbau zu fördern und den zentralen Platz der Offshore-Windenergie im Rahmen des Energiekonzepts der Bundesregierung zu unterstreichen.

Eignungsgebiets noch durch die Errichtung des Windparks wird die städtebauliche Struktur von Grund auf verändert, auch wird dem Ort kein vollständig neuartiges Gepräge verliehen. Gerade wegen der Lage und der erheblichen Entfernung zum Gemeindegebiet scheidet eine dominierende Wirkung des Windparks auf die Küstengemeinde aus.

Kein Verbandsklagerecht

Oberverwaltungsgericht Hamburg, Beschluss vom 3. Dezember 2004 – 1 Bf 113/04

In dieser Entscheidung hatte das Oberverwaltungsgericht festgestellt, dass einem Naturschutzverband gegen die Zulassung eines Offshore-Windparks in der ausschließlichen Wirtschaftszone kein Klagerecht zusteht. Insbesondere war dagegen kein Umweltrechtsbehelf eröffnet, da die entsprechende Europäische Richtlinie bis zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt noch nicht in deutsches Recht umgesetzt werden musste. Da die entsprechenden

Umsetzungsfristen abgelaufen sind und zudem nach der Rechtsprechung des EuGH die Umsetzung fehlerhaft erfolgt ist, wird eine rechtliche Würdigung zum möglichen Rechtsschutz eines Naturschutzverbandes gegen eine Genehmigung heute anders ausfallen. Da große Offshore-Windparks zwingend einer Umweltverträglichkeitsprüfung bedürfen, ist hier auch Rechtsschutz eröffnet.

Konkurrenz: Kein Eilrechtsschutz

Verwaltungsgericht Hamburg, Beschluss vom 21. Januar 2009 – 19 E 3366/08

Das Verwaltungsgericht hat den Eilrechtsschutz in einem Konkurrentenstreitverfahren zurückgewiesen. Die Antragstellerin wandte sich gegen die Fortführung des Genehmigungsverfahrens für eine Konkurrentin mit der Begründung, dass deren Genehmigungsantrag auf Unterlagen beruhe, die der von ihr erstellten Umweltverträglichkeitsstudie entnommen worden seien. Der Rechtsschutz blieb ohne Erfolg, denn das Verwaltungsgericht ging davon aus,

dass es sich insoweit um eine nichtanfechtbare Verfahrenshandlung handle und dem antragstellenden Windkraftplaner die Möglichkeit offenstünde, die später erteilte Genehmigung anzufechten.

Kein Grundrechtsschutz für Hochseefischer

Bundesverfassungsgericht, Nichtannahmebeschluss vom 26. April 2010 – 2 BvR 2179/04

Die Verfassungsbeschwerde von Hochseefischern gegen die Zulassung eines Windparks in der ausschließlichen Wirtschaftszone wegen Verletzung ihrer Eigentumsrechte wurde nicht zur Entscheidung angenommen. Hintergrund ist, dass die bloßen Fangmöglichkeiten noch keinen Eingriff in das geschützte Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb beinhalten. Es handelt sich hier um nicht geschützte Chancen und tatsächliche Gegebenheiten, die dem geschützten Bestand des Gewerbebetriebes nicht zuzurechnen 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 24 Rechtsanwälte, von denen sich 15 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, Energierecht, Haftungs- und Gewährleistungsrecht
- **Lars Schlüter**
Gesellschaftsrecht, Vertragsgestaltung
- **Nadine Holzapfel**
Öffentliches Baurecht, Umweltrecht
- **Dr. Jochen Rotstegge**
Gesellschaftsrecht, Vertragsgestaltung
- **Falko Fährdrich**
Gesellschaftsrecht, Energierecht
- **Lars Wenzel**
Vertragsgestaltung, Energierecht
- **Christian Simonis, LL.M.**
Vertragsgestaltung, Energierecht
- **Dr. Leif Rauer**
Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht, Energierecht
- **Franz Nieper**
Vertragsgestaltung, Gewährleistungsrecht, Energierecht
- **Corinna Hartmann**
Energie- und Agrarrecht, Vertragsgestaltung
- **Daniel Lonsdorfer, LL.M.**
Gesellschaftsrecht, Energierecht

Verlag und Herausgeber: Blanke Meier Evers
Rechtsanwälte in Partnerschaft
Kurfürstenallee 23
28211 Bremen
Tel: 0421 - 94 94 6 - 0
Fax: 0421 - 94 94 6 - 66
Internet: www.bme-law.de
E-Mail: info@bme-law.de

Redaktion: Rechtsanwalt Dr. Andreas Hinsch
Druck: Girzig+Gottschalk GmbH, Bremen
Layout und DTP: Stefanie Schürle