



# Rundbrief zum Recht der Erneuerbaren Energien

## Technische Ausstattung von Windenergieanlagen



“

Lars Schlüter ist bei Blanke Meier Evers in den Bereichen Gesellschaftsrecht und Vertragsgestaltung tätig.

Rechtsanwalt Lars Schlüter

Jedem Betreiber ist bekannt, dass Windenergieanlagen zwar unverzüglich und vorrangig an das Netz anzuschließen sind, sie jedoch eine Reihe von technischen Vorgaben erfüllen müssen. Hierzu gehört neben den Anforderungen der SDL-Verordnung auch die Ausstattung mit Einrichtungen zur ferngesteuerten Einspeisereduzierung und zur Abrufung der Ist-Einspeisung.

Dabei kommt den Einrichtungen zur ferngesteuerten Einspeisereduzierung und zur Abrufung der Ist-Einspeisung eine wesentliche Bedeutung zu, denn Anlagen ohne solche Einrichtungen haben keinen Anspruch auf Zahlung der EEG-Vergütung. Darüber hinaus ist auch eine Direktvermarktung nur möglich und zulässig, wenn die

”

Anlagen mit technischen Einrichtungen zur ferngesteuerten Einspeisereduzierung und zur Abrufung der Ist-Einspeisung ausgestattet sind. Weiter ist ausdrückliche Zulässigkeitsvoraussetzung für die Direktvermarktung, dass die Ist-Einspeisung einer Windenergieanlage in viertelstündlicher Auflösung gemessen und bilanziert werden muss. Vor dem Hintergrund der vorgenannten Regelungen ist die Einhaltung der technischen Vorgaben zur Fernsteuerbarkeit und Abrufung der Ist-Einspeisung jedem Betreiber unbedingt anzuraten.

Die ferngesteuerte Reduzierung der Einspeiseleistung und die Abrufung der Ist-Einspeisung sind eng verbunden mit dem Einspeisemanagement und ermöglichen dieses. Das Einspeisemanagement erlaubt es dem Netzbetreiber, unter anderem Windenergieanlagen bei Netzüberlastung unter bestimmten Voraussetzungen ausnahmsweise zu regeln. Soweit ein Netzbetreiber im Wege eines solchen Einspeisemanagements die Stromeinspeisung reduziert, stellt sich regelmäßig die Frage nach einer Erstattung von entstehenden Einnahmeverlusten. Diese Erstattung ist in § 12 EEG geregelt, der zum 1. Januar 2012 geändert wurde. Danach hat der Netzbetreiber dem Anlagenbetreiber in Abweichung von dem bis zum 31. Dezember 2011 geltenden EEG 2009 aber nicht mehr 100 % der entgangenen Einnahmen zu entschädigen. Vielmehr schuldet der Netzbetreiber grundsätzlich nur noch die Erstattung von 95 % der entgangenen Einnahmen. Nur wenn die entgangenen Einnahmen 1 % der Jahreseinnahmen der Windenergieanlage übersteigen, ist ab diesem Zeitpunkt eine Entschädigung von 100 % durch den Netzbetreiber vorzunehmen. So werden maximal 99 % der entgangenen Einnahmen vom Netzbetreiber erstattet. Allerdings sind die zum 1. Januar 2012 in Kraft getretenen Änderungen des § 12 EEG bis zum 1. Juli 2012 grundsätzlich nicht auf Anlagen anzuwenden, die vor dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommen wurden (Bestandsanlagen). Ab dem 1. Juli 2012 findet der § 12 EEG in der Fassung vom

### Aktuelles

#### Netzanbindung von Offshore-Windparks

Der Bundestag hat am 30. November 2012 die von der Bundesregierung in ihrer Kabinettsitzung am 29. August 2012 beschlossene Neuregelung der Vorschriften zum Netzanschluss von Offshore-Windparks im EnWG verabschiedet. Kern der Neuregelung soll ein Netzanschlussplan sowie die Klärung von Entschädigungs- und Haftungsfragen im Falle eines verspäteten Netzanschlusses oder späterer Beeinträchtigungen des Netzanschlusses sein.

Der Entwurf ist grundsätzlich positiv zu bewerten. Einzelne Detailregelungen könnten jedoch mehr den Interessen der Beteiligten entsprechen. Die weitere Entwicklung in dieser Frage darf aufgrund der herausgehobenen Bedeutung der Fragestellungen rund um den Netzanschluss für die gesamte Branche und nicht zuletzt auch für die Ausbauziele der Bundesregierung im Rahmen des neuen Energiekonzepts mit Spannung betrachtet werden.

1. Januar 2012 zwar auch für Bestandsanlagen Anwendung, allerdings sind entgangene Einnahmen zu 100 % zu entschädigen. Diese vollständige Erstattung von Einnahmeverlusten wird aber in der Praxis von einigen Netzbetreibern für die Zeit ab dem 1. Januar 2012 bis zum 30. Juni 2012 nicht anerkannt. In einem solchen Fall sollten Anlagenbetreiber ihre möglichen Ansprüche rechtlich prüfen lassen.

Schlussendlich ist festzustellen, dass die Ausrüstung von Anlagen mit Einrichtungen zur ferngesteuerten Einspeisereduzierung sowie zur Abrufung der Ist-Einspeisung ein wesentlicher Baustein für den erfolgreichen Betrieb einer solchen Anlage ist. Weiterhin ist bei dem mit der Einspeisereduzierung eng verbundenen Einspeisemanagement zu beachten, dass für Anlagen mit einer Inbetriebnahme ab dem 1. Januar 2012 keine volle Erstattung von Einnahmeverlusten erfolgt.

### Unsere Themen

- Technische Ausstattung von Windenergieanlagen
- Windenergie vs. Funk und Radar
- Mobilfunkantennen vs. Repowering
- Aktuelle Rechtsprechung

# Windenergie vs. Funk und Radar

Rechtsanwältin Nadine Holzapfel

Im Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen kommt es in der letzten Zeit vermehrt zu negativen Stellungnahmen beispielsweise der Wehrbereichsverwaltung, des Deutschen Wetterdienstes oder von Betreibern von Mobilfunkanlagen. Diese sehen den Betrieb ihrer Anlagen durch die Errichtung der Windenergieanlagen gestört. Daher stellt sich - zumeist schon im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren, wenn die Genehmigung erteilt wird und diese Institutionen Rechtsschutz suchen, auch noch im nachfolgenden Widerspruchs- und Klageverfahren - die Frage nach der Zulässigkeit der beantragten Windenergieanlagen und der damit verbundenen Rechtmäßigkeit der Genehmigung.

Rechtlicher Ansatzpunkt für die Beurteilung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit von Windenergieanlagen im Außenbereich ist § 35 BauGB. Nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB ist ein Vorhaben zur Nutzung der Windenergie dort zulässig, wenn ihm keine öffentlichen Belange entgegenstehen und die Erschließung gesichert ist. § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB enthält eine beispielhafte Aufzählung verschiedener öffentlicher Belange, die durch ein Vorhaben im Außenbereich beeinträchtigt sein können. Von einer Beeinträchtigung öffentlicher Belange ist nach § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB dann auszugehen, wenn die Funktionsfähigkeit von Funkstellen und Radaranlagen gestört ist. Hierzu zählen

beispielsweise Mobilfunkanlagen oder Radaranlagen, die der Flugsicherung, militärischen oder wissenschaftlichen Zwecken dienen, nicht aber der Rundfunkempfang.

Zu beachten ist, dass nicht jede negative Beeinflussung von Funkstellen und Radaranlagen zu einer Unzulässigkeit des Windenergievorhabens führt. Anders als bei den sogenannten sonstigen Vorhaben im Sinne des § 35 Abs. 2 BauGB, bei welchen eine Beeinträchtigung öffentlicher Belange für eine Versagung der Genehmigung ausreicht, müssen den privilegierten Vorhaben des § 35 Abs. 1 BauGB die öffentlichen Belange entgegenstehen. Ein Entgegenstehen öffentlicher Belange ist qualitativ mehr als deren Beeinträchtigung. Hierfür ist eine Störung der Funkstelle oder Radaranlage erforderlich, die von deren Betreiber nicht mehr hingenommen werden muss. Dies ist im Wege einer Abwägung zwischen den privaten Belangen des Antragstellers der Genehmigung und den öffentlichen Belangen zu ermitteln, wobei der gesetzlichen Zuweisung des privilegierten Vorhabens in den Außenbereich ein besonderes Gewicht beizumessen ist.

Erfahrungsgemäß wird dem Windparkvorhaben von den Betreibern von Funkstellen oder Radaranlagen nicht erst dann widersprochen, wenn tatsächlich eine Störung vorliegt, die eine solche Qualität hat, dass sie zu einem Entgegenstehen öffentlicher Belange und der damit verbundenen bau-



Nadine Holzapfel ist bei Blanke Meier Evers in den Bereichen Öffentliches Baurecht und Umweltrecht tätig.

planungsrechtlichen Unzulässigkeit führt. Vielmehr wenden sich diese oftmals schon bei einer negativen Beeinflussung ihrer Anlagen gegen das Vorhaben und verweigern ihre Zustimmung. Daher ist vom Antragsteller genau zu prüfen, von welcher Qualität die behauptete Beeinträchtigung ist und ob diese Auswirkungen auf die Genehmigungsfähigkeit der beantragten Windenergieanlagen hat. Sollte die Prüfung zum Ergebnis führen, dass dem Vorhaben öffentliche Belange entgegenstehen, heißt das nicht zwingend, dass die Genehmigung zu versagen ist. Häufig lässt sich das Problem durch Standortverschiebungen oder Nebenbestimmungen zum Genehmigungsbescheid lösen.

## Aktuelle Rechtsprechung

### Wegfall der Geschäftsgrundlage für Pachtvertrag

*Oberlandesgericht Saarbrücken, Urteil vom 4. Oktober 2012 – 8 U 391/11*

Zwischen den Parteien dieses Rechtsstreites wurde Anfang 2010 ein Pachtvertrag über landwirtschaftliche Flächen für die Errichtung einer Solaranlage geschlossen. Als dann Mitte 2012 die Einspeisevergütung abgesenkt wurde, berief sich die Pächterin auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage. Dem ist das Oberlandesgericht gefolgt, denn es ging davon aus, dass der Vertrag auf der Geschäftsgrundlage beruht, dass die hohe Einspeisevergütung für den Vertragsabschluss maßgeblich war.

### Solaranlage im Gewerbegebiet

*Oberverwaltungsgericht Bautzen, Beschluss vom 4. September 2012 – 1 B 254/12*

Wenn Anlagen für die Erzeugung erneuerbarer Energie in Gewerbegebieten realisiert werden sollen, stellt sich immer die Frage, ob es sich insoweit um eine gewerbliche Nutzung handelt, was bejaht werden

kann. Es wird jedoch auch vertreten, dass solche Anlagen nur in sogenannten Sondergebieten zulässig sind und in Gewerbe- und Industriegebieten eine gebietsfremde Nutzung darstellen würden. Dieser Argumentation ist das Oberverwaltungsgericht nicht gefolgt, sondern es ging vielmehr davon aus, dass Anlagen, die der Nutzung der Sonnenenergie dienen, nicht nur in einem Sondergebiet angesiedelt werden können. Dies ist nur einer der Beispielfälle, die die Baunutzungsverordnung für ein Sondergebiet kennt. Diese Entscheidung ist bedeutsam, denn sie zeigt auch für Biomasse- und Windenergievorhaben, dass diese in einem Gewerbegebiet zulässig sind, was teilweise bestritten wird.

### Genehmigung bestimmt!

*Oberverwaltungsgericht Lüneburg, Beschluss vom 6. November 2012 – 12 ME 189/12*

In dieser Angelegenheit wandte sich ein Nachbar gegen die Genehmigung einer Biogasanlage unter anderem mit dem Vortrag, ihr Betrieb würde zu erhöhten Schallimmissionen an seinem Wohnhaus führen. Da in der Genehmigung keine Immissionsrichtwerte festgesetzt seien, sei nicht sichergestellt, dass diese Werte

auch eingehalten werden. Diesem Vortrag ist das Gericht entsprechend den Anträgen von Blanke Meier Evers entgegengetreten. Es ging insbesondere davon aus, dass sich die Bestimmtheit einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung unter Anwendung der anerkannten Auslegungsgrundsätze ermitteln lässt. Hier ergab sich insbesondere aus den Antragsunterlagen hinreichend sicher, in welcher Form die Anlage betrieben werden sollte, was auch den Nachbarnschutz hinreichend sicherstellt. Der Nachbarantrag blieb erfolglos.

### Besondere Empfindlichkeit?

*Oberverwaltungsgericht Münster, Beschluss vom 19. September 2012 – 8 A 339/12*

In dieser Entscheidung hatte sich das Oberverwaltungsgericht mit der Nachbarlage gegen die Genehmigung einer Windenergieanlage zu befassen. Die Kläger machten insbesondere geltend, sie seien als Pflegeeltern für traumatisierte Kinder darauf angewiesen, dass besondere Schutzvorkehrungen getroffen würden. Der Ansatz des für den Außenbereich in der Regel geltenden Immissionsrichtwertes sei fehlerhaft. Dem ist das Oberver-

## Mobilfunkantennen vs. Repowering

Rechtsanwalt Lars Wenzel

Viele Betreiber von Mobilfunknetzen schließen mit Betreibern von Windenergieanlagen Nutzungsverträge zur Errichtung von Mobilfunkantennen an den Windenergieanlagen. Dies hat für den Mobilfunknetzbetreiber den Vorteil, dass er keine kostspieligen Sendemasten errichten muss und der Betreiber der Windenergieanlage erhält eine zusätzliche Vergütung für die Einräumung des Nutzungsrechts. Auf den ersten Blick ergibt sich also eine „Win-Win-Situation“. Probleme treten jedoch dann auf, wenn der Anlagenbetreiber beabsichtigt, die bestehende Windenergieanlage zu „repowern“, denn die Nutzungsverträge mit den Mobilfunknetzbetreibern sehen regelmäßig Laufzeiten von mehreren Jahren vor. Der Anlagenbetreiber befindet sich somit in einem Dilemma. Baut er die Windenergieanlage ab, kann er seine vertraglichen Pflichten nicht erfüllen und sieht sich somit Schadensersatzansprüchen des Mobilfunknetzbetreibers ausgesetzt. Baut er die Windenergieanlage nicht ab, kann er sein Repowering-Vorhaben nicht umsetzen, da § 30 EEG den Rückbau der Anlage verlangt.

Der Anlagenbetreiber wird daher nach einer Möglichkeit suchen, den Nutzungsvertrag mit dem Mobilfunknetzbetreiber zu kündigen. Häufig ist in den Nutzungsverträgen jedoch eine Festlaufzeit vereinbart, während das Recht zur ordentlichen Kündigung ausgeschlossen ist. Somit wird regelmäßig nur eine außerordentliche Kün-

digung aus wichtigem Grund verbleiben (§ 543 Abs. 1 S. 1 BGB). Als wichtiger Grund wird aber häufig nur der Umstand in Betracht kommen, dass die WEA im Rahmen eines Repowerings ersetzt werden soll, sodass der vermietete Gegenstand wegfällt. Ein die fristlose Kündigung rechtfertigender wichtiger Grund ist dann zu verneinen, wenn eine erhebliche Pflichtverletzung des Kündigungsgegners nicht vorliegt oder die die Kündigung auslösenden Umstände in der Person des Vertragspartners liegen. Kommen daher – wie hier – als Kündigungsgrund nur Dinge in Betracht, auf die der Kündigungsgegner keinen Einfluss hatte, da sie allein aus dem eigenen Interesse des Kündigenden stammen, wird in aller Regel ein wichtiger Grund nicht vorliegen.

Auch eine Kündigung nach § 313 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 BGB wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage dürfte grundsätzlich ausscheiden. So sind von dem Rechtsinstitut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nur diejenigen Fälle erfasst, bei denen die Parteien bestimmte Umstände nicht vorhergesehen haben und daher eine Vertragsanpassung bzw. eine Vertragskündigung erforderlich ist. Ebenso wie bei einer Kündigung nach § 543 Abs. 1 Satz 1 BGB scheidet eine Kündigung hiernach jedoch aus, wenn die Kündigungsgründe zum Risikobereich des Kündigenden gehören, weil eine geänderte Geschäftsgrundlage nicht zu einer Beseitigung der vertraglichen Risikoverteilung führen darf.



Lars Wenzel ist bei Blanke Meier Evers in den Bereichen Vertragsgestaltung und Energierecht tätig.

Um den Nutzungsvertrag mit dem Mobilfunknetzbetreiber weiterhin erfüllen zu können, könnte der Anlagenbetreiber nun auf die Idee kommen, zwar die Gondel abzubauen, den Turm der Windenergieanlage aber stehen zu lassen, auf dem dann die Mobilfunkantennen errichtet werden könnten. § 30 EEG verlangt jedoch den Rückbau der Windenergieanlage und zumindest auch die vollständige Entfernung aller Turmteile. Darüber hinaus dürften sich hierbei auch in baurechtlicher Hinsicht Probleme ergeben.

Daher ist dem Anlagenbetreiber anzuraten, frühzeitig mit dem Mobilfunknetzbetreiber Kontakt aufzunehmen und mit diesem eine einvernehmliche Einigung über die Beendigung des Nutzungsvertrages herbeizuführen. Nur so lassen sich Schadensersatzansprüche sicher vermeiden.

waltungsgericht entgegengetreten. Eine Wohnnutzung für traumatisierte Kinder sei nicht auf eine Realisierung im Außenbereich angewiesen, sondern könne auch in einer Ortslage realisiert werden. Insofern musste die Windenergienutzung auch keine besondere Rücksichtnahme auf die Pflegeeinrichtung nehmen.

### Weg mit dem Bebauungsplan

Verwaltungsgericht Magdeburg, Beschluss vom 25. September 2012 – 9 B 120/12

Diese Entscheidung befasst sich mit einer kommunalaufsichtsrechtlichen Verfügung gegenüber einer Gemeinde, die einen Bebauungsplan für Windenergieanlagen aufgestellt hatte. Dieser Bebauungsplan widersprach schon seit längerem den regionalplanerischen Vorgaben, denn es wurde eine Fläche überplant, die nicht im Regionalen Entwicklungsplan als Vorrangfläche für die Windenergienutzung ausgewiesen war. Insofern war es rechtmäßig, dass der Gemeinde aufgegeben wurde, den Bebauungsplan aufzuheben, auch um ein konkret geplantes Repowering, d.h. die Neuerrichtung von Windenergieanlagen im Bereich des Bebauungsplans, zu verhindern.

### Netzanschluss

Bundesgerichtshof, Urteil vom 10. Oktober 2012 – VIII ZR 362/11

Diese langerwartete Entscheidung des Bundesgerichtshofs zum Netzanschluss bringt eine Enttäuschung. Entgegen der fast einhelligen Meinung in der aktuellen Rechtsprechung geht der Bundesgerichtshof davon aus, dass es dem Netzbetreiber möglich ist, den Anlagenbetreiber auf einen volkswirtschaftlich günstigeren Netzverknüpfungspunkt in seinem Netz zu verweisen. Damit bietet auch das EEG 2009, und nachfolgend das aktuelle EEG, den Netzbetreibern die Möglichkeit, sofern hier insgesamt weniger Kosten entstehen, den Anlagenbetreiber auf weit entfernte Anschlusspunkte zu verweisen. Korrektiv ist immer eine gesamtwirtschaftliche Betrachtung der Situation.

### Regionalplan Bodensee-Oberschwaben unwirksam

Verwaltungsgerichtshof Mannheim, Urteil vom 12. Oktober 2012 – 8 S 1370/11

In der Entscheidung geht der Verwaltungsgerichtshof davon aus, dass der Regionalplan als Verhinderungsplanung unzulässig ist, weil er der Windenergienutzung nicht

ausreichend substanziell Raum einräumt. Insbesondere blieb aus Sicht des Gerichts ungewiss, ob die festgesetzten Standorte, die in der gesamten Region nur die Errichtung von bis zu 18 regionalbedeutsamen Windenergieanlagen zuließen, wirtschaftlich zu betreiben waren. Insofern hätte der Planungsverband seine Auswahlkriterien für die Konzentrationszonen überprüfen müssen, was allerdings unterblieb.

### Denkmalschutz steht nicht entgegen

Oberverwaltungsgericht Magdeburg, Urteil vom 6. August 2012 – 2 L 6/10

In dieser von Blanke Meier Evers erstrittenen Entscheidung ist das Oberverwaltungsgericht davon ausgegangen, dass die Errichtung eines Windparks mit vier Windenergieanlagen in rund 1,5 km Entfernung zu einem geschützten Denkmal, hier einer Stadtsilhouette, nur dann ein Genehmigungshindernis für die Errichtung der Windenergieanlagen bilden, wenn das Denkmal landschaftsprägende Wirkung hat. Daran fehlt es, wenn das Denkmal oder Teile davon zwar sichtbar sind, aber die durch die Windenergienutzung optisch belastenden Bereiche für den Denkmalwert keinerlei Bedeutung haben.



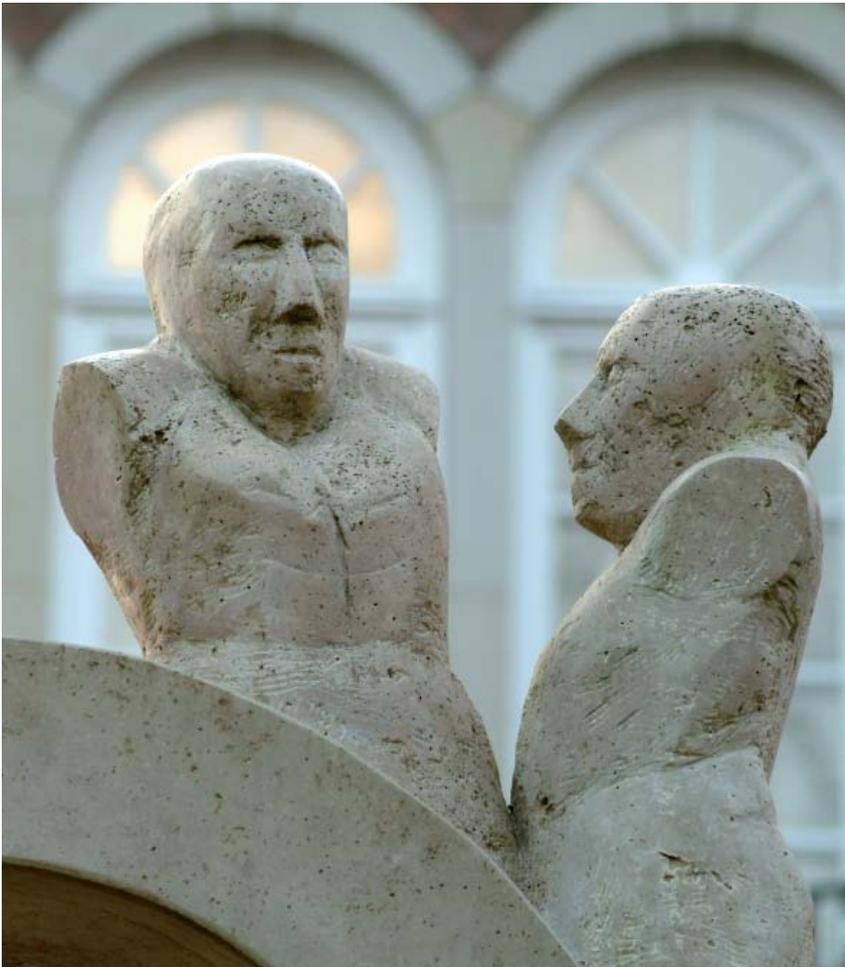
## Kompetente Partner für erneuerbare Energien

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 über 25 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*
- **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 Fähndrich**  
*Gesellschaftsrecht, Energierecht*
- **Lars Wenzel**  
*Vertragsgestaltung, Energierecht*
- **Dr. Leif Rauer**  
*Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht, Energierecht*
- **Corinna Hartmann**  
*Energie- und Agrarrecht, Vertragsgestaltung*
- **Daniel Lonsdorfer, LL.M.**  
*Vertragsgestaltung, Energierecht*
- **Mary Gyamfuaa**  
*Energierecht, Vertragsgestaltung, Versicherungsrecht*
- **Dr. Uli Rentsch**  
*Gesellschaftsrecht, Energierecht, Vertragsgestaltung*
- **Dr. Mahand Vogt**  
*Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht, 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](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