



Rundbrief zum Recht der Erneuerbaren Energien

Turbulente Nachspielzeit – Erste Änderungen zum EEG 2017 vor dessen Inkrafttreten

Rechtsanwalt Dr. Thomas Heineke



Dr. Thomas Heineke ist bei Blanke Meier Evers als Partner für die Bereiche Vertragsgestaltung, Haftungs- und Gewährleistungsrecht und Energierecht zuständig.

Am 1. Januar 2017 ist das EEG 2017 in Kraft getreten. Wenige Tage zuvor, am 28. Dezember 2016, hat der Gesetzgeber das Gesetz zur Änderung der Bestimmungen zur Stromerzeugung aus Kraft-Wärme-Kopplung und zur Eigenversorgung zum Anlass genommen, das EEG 2017 vor dessen Inkrafttreten bereits in einigen Bereichen erheblich zu verändern.

Zu den vielleicht meist diskutierten Fragen zum EEG 2017 gehörten die Bestimmungen zum Verhältnis von Stromsteuerbefreiung und Förderungsanspruch in § 19 Abs. 2 EEG 2017. Hintergrund dessen

war, dass in bestimmten Direktvermarktungskonstellationen der vollständige Verlust des Förderanspruchs gemäß EEG für das Jahr 2016 drohte. Diese Gefahr ist nunmehr durch eine Neufassung von § 19 Abs. 2 EEG 2017 und die Einfügung eines § 53c gebannt. Das Nebeneinander von Stromsteuerbefreiung und finanzieller Förderung gemäß EEG wird nun vermieden, indem der Vorteil aus der Stromsteuerbefreiung auf den Förderungsanspruch gemäß EEG angerechnet wird. Allerdings dürfte sich für viele Anlagenbetreiber die Situation damit „verschlimmbessert“ haben, denn während in der vormaligen Gesetzesfassung nur eher untypische Vermarktungskonstellationen erfasst waren, gilt die neue Anrechnungs-Regel, jedenfalls dem Gesetzeswortlaut nach, auch für die (übliche) Stromsteuerbefreiung bei Bezug von Betriebsstrom gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 2 Stromsteuergesetz.

Eine deutliche Verschlechterung ergab sich durch eine Änderung von § 51 EEG 2017, der den Entfall des Förderungsanspruchs bei negativen Preisen vorsieht. Während die ursprüngliche Fassung von § 51 EEG 2017 Windenergieanlagen bis zu einer Nennleistung von 3 MW ausnahm, kann es nun unter bestimmten Voraussetzungen zu einer Anlagenzusammenfassung kommen, sodass auch Windenergieanlagen mit einer Nennleistung von unter 3 MW den Entfall der Förderung bei negativen Preisen zu befürchten haben.

Gleichfalls heiß diskutiert worden war nach Verabschiedung des EEG 2017 die Frage, ob die Privilegien für Bürgerenergiegesellschaften im Ausschreibungsverfahren dazu führen werden, dass entsprechende Gesellschaften nur für einen begrenzten Zeitraum konstruiert und sodann wieder in eine „normale“ Projektgesellschaft umgewandelt werden, indem sich bspw. ein Initiator die Gesellschaftsanteile von ortsansässigen Gesellschaftern übertragen lässt. Zur Vorbeugung dieser Umgehungsgefahr müssen Bürgerenergiegesellschaften nun bei Gebotsabgabe im Wege einer eigenen

Fristen EEG 2017

Ohne Anspruch auf Vollständigkeit möchten wir an dieser Stelle insbesondere auf folgende wesentliche Fristen des EEG 2017 hinweisen:

- Übergangsanlagen müssen vor dem 1. Februar 2017 zum Anlagen- bzw. Marktstammdatenregister gemeldet werden
- Vor dem 1. März 2017 kann für 2016 genehmigte, aber noch nicht errichtete Anlagen auf die gesetzliche Vergütung verzichtet werden
- Am 1. Mai 2017 startet die erste Ausschreibungsrunde für Onshore-Windenergieanlagen, am 1. September 2017 für Biomasse; Bekanntmachung auf der BNetzA-Seite jeweils 5 - 8 Wochen vorher
- Spätestens drei Wochen vor der Angebotsabgabe muss die Genehmigung zum Register gemeldet worden sein
- Am 1. März 2017 tritt die Netzausbaugesetzverordnung in Kraft mit Regelung zu den Netzausbaubereichen und zur Zuschlagsobergrenze pro Kalenderjahr
- Bis zum 1. Mai 2017 tritt die Rechtsverordnung zur technologieoffenen Ausschreibung WEA und Solar in Kraft

Erklärung nachweisen, dass Absprachen zur Umgehung der Voraussetzungen für Bürgerenergiegesellschaften nicht getroffen wurden. Zudem müssen Bürgerenergiegesellschaften mindestens zwei Jahre ab Inbetriebnahme der jeweiligen Anlage diese Voraussetzungen erfüllen, damit als Zuschlagswert im Ausschreibungsverfahren grundsätzlich der höchste bezuschlagte Gebotswert in der jeweiligen Ausschreibungsrunde zugrunde gelegt wird.

Nach diesen Überraschungen in der Nachspielzeit des Gesetzgebungsverfahrens bleibt abzuwarten, was die nächsten Änderungen bringen werden.

Unsere Themen

- Turbulente Nachspielzeit – Erste Änderungen zum EEG 2017 vor dessen Inkrafttreten
- Die Reform des Bauvertragsrechts und ihre Bedeutung für EE-Projekte
- Änderungen im Messwesen – das Messstellenbetriebsgesetz (MsbG)
- Aktuelle Rechtsprechung



Blanke Meier Evers

Rechtsanwälte in Partnerschaft mbB

Rechtsanwälte in Partnerschaft mbB
Stephanitorsbollwerk 1
(Haus LEE)
28217 Bremen

Tel.: +49 (0)421 - 94946 - 0
Fax: +49 (0)421 - 94946 - 66

E-Mail: info@bme-law.de
Internet: www.bme-law.de

Die Reform des Bauvertragsrechts und ihre Bedeutung für EE-Projekte

Rechtsanwalt Dr. Falko Fährdrich

Im Mai hat die Bundesregierung den Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung in den Bundestag eingebracht. Der Bundestag hat den Entwurf zwischenzeitlich beraten und an den federführenden Rechtsausschuss und mitberatende Ausschüsse überwiesen. Auch wenn das Ergebnis des Gesetzgebungsverfahrens ungewiss ist, erscheint es lohnenswert, kurz die Bedeutung der Reform für Projekte im Bereich der erneuerbaren Energien zu skizzieren.

Bislang ist das Bauvertragsrecht kaum spezifisch gesetzlich geregelt. Es finden grundsätzlich die allgemeinen Regelungen für Werkverträge (§§ 631 ff. BGB) Anwendung. Nur vereinzelt existieren spezielle Vorschriften für Bauverträge. Es besteht aber allgemein ein Bedürfnis für besondere Bestimmungen, die den Besonderheiten des Bauvertrags Rechnung tragen. Die Praxis behilft sich damit, dass die Parteien des Bauvertrags vielfach die Anwendung der VOB/B (Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil B) vereinbaren. Die VOB hat aber keinen Gesetzesrang; ihre Klauseln sind im Regelfall als Allgemeine Geschäftsbedingungen des Verwenders zu klassifizieren. Gerade im internationalen Bereich greifen die Parteien häufig auf Mustervertragsbedingungen von Vereini-

gungen aus dem Baubereich zurück. Im Übrigen ist das Bauvertragsrecht durch umfangreiche Rechtsprechung geprägt.

Die Reform soll nun eigene Kapitel für das Bauvertragsrecht in das Werkvertragsrecht des BGB einführen. Auch spezielle Regelungen für Architektenverträge, Ingenieurverträge und Bauträgerverträge sind geplant. Ein eigenes Kapitel ist dem Verbraucherbauvertrag gewidmet. Schließlich soll sich die Mängelhaftung im Kaufrecht ändern: Der Verkäufer einer mangelhaften Sache soll nicht lediglich für eine Neu-Lieferung, sondern auch für den Ausbau der mangelhaften und den Einbau der mangelfreien Sache verantwortlich sein.

Bei vielen Verträgen für die Realisierung von EE-Projekten handelt es sich um Bauverträge. Dies gilt etwa für Verträge über den Bau der Infrastruktur für einen Wind- oder Solarpark oder den Bau einer Biomasseanlage. Auch Verträge über die Lieferung von Komponenten können als Bauverträge zu werten sein, wenn der Lieferant auch ihre Installation schuldet und die Montageverpflichtung nicht nur eine untergeordnete Bedeutung hat. Nach der Reform soll der Begriff „Bauvertrag“ nun gesetzlich definiert werden (§ 650a BGB-E), wobei der Gesetzentwurf zur Definition den weiterhin nicht eindeutig bestimmten Begriff „Bauwerk“ verwendet. Die Einstufung von Verträgen als „Bauvertrag“ kann



Dr. Falko Fährdrich ist bei Blanke Meier Evers als Partner für die Bereiche Vertragsgestaltung und Energierecht zuständig.

daher immer noch problematisch sein. Der Entwurf sieht aber ausdrücklich vor, dass auch Instandhaltungsverträge für ein Bauwerk als Bauvertrag (und damit zugleich als Werkvertrag) zu werten sind, wenn das Werk für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung ist.

In einer öffentlichen Anhörung im Rechtsausschuss hat sich gezeigt, dass noch viel Diskussionsbedarf besteht. Das betrifft insbesondere das im Entwurf vorgesehene Recht des Bauherrn, gegenüber dem Bauunternehmer Leistungsänderungen einseitig anzuordnen, selbst wenn sich die Parteien über eine Zusatzvergütung (noch) nicht geeinigt haben. Wenn die Reform gleichwohl noch in dieser Legislaturperiode umgesetzt wird, sind Bauverträge auch im EE-Bereich einer Prüfung auf Wirksamkeit und Systemkonsistenz der Klauseln zu unterziehen.

Aktuelle Rechtsprechung

Nutzungsvertrag als Umweltinformation
Oberverwaltungsgericht Koblenz, Urteil vom 28. September 2016 – 8 A 10342/16

Die Gemeinde, die mit einem Windkraftbetreiber einen Nutzungsvertrag über Grundstücke im Außenbereich schließt, ist grundsätzlich verpflichtet, jedermann auf Anforderung Zugang dazu zu gewähren, weil solche Nutzungsverträge regelmäßig so genannte Umweltinformationen enthalten. Insoweit waren die Nutzungsverträge von der Gemeinde herauszugeben.

Offshore-Windpark als Umweltschaden
Verwaltungsgericht Köln, Urteil vom 29. November 2016 – 2 K 6873/15

In dieser Klage ging es um einen Antrag eines Naturschutzverbandes auf nachträgliche Sanierungsmaßnahmen in einem bestandskräftig genehmigten Offshore-Windpark. Der in einem Natura-2000-Gebiet errichtete Park führte nach Ansicht des Verbandes zur erheblichen nachteiligen Auswirkung auf das Schutzgebiet. Das Verwaltungsgericht hat nach den Anträgen von Blanke Meier Evers die Klage zurückgewiesen, insbesondere sah es den Anwendungsbereich des in Anspruch genommenen Umweltschadensgesetzes als nicht gegeben an. Diese Entscheidung hat auch insbesondere für Onshore-Windenergieanlagen grundsätzliche Bedeutung, denn es zeigt sich, dass nachträgliche Eingriffsbefugnisse in den Betrieb der Anlagen auf Grundlage des Umweltschadensgesetzes nicht ohne weiteres möglich sind.

UVP-Vorprüfung
Verwaltungsgericht Arnsberg, Urteil vom 29. November 2016 – 4 K 1589/15

In dieser von Blanke Meier Evers erstrittenen Entscheidung hat das Verwaltungsgericht festgehalten, dass eine standortbezogene Umweltverträglichkeitsvorprüfung nur anhand der Schutzkriterien des UVPG zu erfolgen hat. Dies führt insbesondere dazu, dass eine umfangreiche artenschutzrechtliche Überprüfung nicht erforderlich ist, sondern nur insoweit zu erfolgen hat, als die Tiere für benachbarte Schutzgebiete eine Rolle spielen. Die insoweit von der betroffenen Nachbarin vorgetragene Beeinträchtigungen von Waldschnepfe, Schwarzstorch und Rotmilan waren mit der für die Vorprüfung notwendigen Prüftiefe abgearbeitet. Der Rechtsschutz gegen die Zulassung blieb erfolglos.

Kein Dachschaden
Oberlandesgericht Nürnberg, Urteil vom 10. Oktober 2016 – 14 U 1168/15

In diesem Berufungsurteil befasst sich das Gericht mit der Frage, ob eine auf das Dach eines Wohnhauses montierte Photovoltaikanlage ihre rechtliche Selbständigkeit behält oder mit der Verbindung wesentlicher Bestandteil des Grundstücks oder des Gebäudes, auf dem sie errichtet wird, wird und damit ihre rechtliche Selbständigkeit einbüßt. Das Gericht führt hier gut begründet aus, dass die Anlage auch nach der Verbindung eine eigene bewegliche Sache ist, die somit auch an eine finanzierende Bank sicherungsübergaben werden kann.

Zu viel ist zu viel
Oberverwaltungsgericht Bautzen, Urteil vom 22. September 2016 – 1 C 35/13

In dieser von Blanke Meier Evers erstrittenen Entscheidung hat das Oberverwaltungsgericht den Bebauungsplan für ein Sondergebiet „Windenergie“ wegen eines

Änderungen im Messwesen – das Messstellenbetriebsgesetz (MsbG)

Rechtsanwalt Benjamin Zietlow

Durch das Gesetz zur Digitalisierung der Energiewende trat bereits zum 2. September 2016 das neue Messstellenbetriebsgesetz (MsbG) in Kraft. Ziel ist es, den Anstoß für eine flächendeckende Ausstattung von Stromverbrauchern und -erzeugern mit intelligenten Messsystemen (iMSys) zu geben, um die Stromnetze fit für die Zukunft zu machen.

Die Ausstattungspflicht betrifft nach § 29 Abs. 1 Nr. 2 MsbG in einem ersten Schritt auch Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien mit einer installierten Leistung über 7 Kilowatt, soweit die Ausstattung nach § 30 Satz 1 MsbG technisch möglich und nach § 31 MsbG wirtschaftlich vertretbar ist. Zuständig für die Ausstattung mit iMSys ist im gesetzlichen Regelfall nach § 29 Abs. 1 MsbG der „grundzuständige Messstellenbetreiber“. Das ist nach § 2 Nr. 4 MsbG der Betreiber von Energieversorgungsnetzen. Verpflichtet ist also – solange keine anderen Vereinbarungen getroffen sind – der Netzbetreiber. Die im Zusammenhang mit dem Messstellenbetrieb anfallenden Kosten hat gem. § 7 Abs. 1 MsbG in der Regel der Anschlussnehmer zu tragen.

Auch das EEG wurde in diesem Zusammenhang geändert. Neu eingefügt wurde der § 10a EEG, weil der für den Messstellenbetrieb nun auf die Vorschriften des MsbG

verweist. Wesentliche Änderung ist dabei, dass die Zuständigkeit für den Messstellenbetrieb vom Anlagenbetreiber auf den „grundzuständigen Messstellenbetreiber“, also in der Regel den Netzbetreiber, gewechselt ist. Der Anlagenbetreiber hat aber nach § 10a Satz 2 EEG 2017 und § 5 MsbG die Möglichkeit, den Messstellenbetrieb auch selbst zu übernehmen oder Dritte zu beauftragen, wobei die Anforderungen des MsbG einzuhalten sind.

Für den Fall, dass der Messstellenbetrieb vor Inkrafttreten des MsbG vom Anlagenbetreiber oder einem Dritten durchgeführt wurde, empfiehlt die Clearingstelle EEG (unverbindlich), hinsichtlich des Betriebes wie bisher fortzufahren, wenn keiner der Beteiligten (Anlagenbetreiber, Dritter, Netzbetreiber) etwas anderes erklärt hat und solange dazu keine Festlegung der Bundesnetzagentur erlassen wurde und der einwandfreie Messstellenbetrieb im Sinne des MsbG gewährleistet ist. In Zweifelsfällen sollte der Kontakt zum Netzbetreiber gesucht werden.

Zukünftig muss dann gem. § 20 Abs. 3 EEG 2017 auch die Fernsteuerung des Direktvermarkters über das iMSys erfolgen. Allerdings knüpft § 20 Abs. 3 EEG 2017 erst an das eingebaute iMSys an und gibt vor, dass erst, wenn ein solches eingebaut ist, auch – allerdings unter Beachtung von mo-



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

deraten Übergangsfristen – die Abrufung der Ist-Einspeisung und die ferngesteuerte Regelung der Einspeiseleistung über das iMSys erfolgen muss. Diese ganze Regelung steht wiederum unter dem Vorbehalt, dass mit dem iMSys kompatible und sichere Fernsteuerungstechnik, die über die zur Direktvermarktung notwendigen Funktionalitäten verfügt, gegen angemessenes Entgelt am Markt vorhanden ist.

Eine dem § 20 Abs. 3 EEG 2017 entsprechende Regelung für das Einspeisemanagement fehlt in § 9 EEG 2017, sodass hier eine Fernsteuerung über das iMSys nicht erforderlich sein dürfte.

Verstoßes gegen das Gebot der Anpassung an die Ziele der Raumordnung für unwirksam erklärt. Im zugrunde liegenden Regionalplan war auf dem Gemeindegebiet ein ca. 80 ha großes Vorrang- und Eignungsgebiet ausgewiesen worden. Das im Bebauungsplan festgesetzte Gebiet umfasste aber eine Fläche von ca. 188 ha und vergrößerte die im Regionalplan ausgewiesene Fläche auf mehr als das Doppelte, beschränkte aber die Nutzungsmöglichkeiten durch die Regelung von nur wenigen Baufeldern. Mit diesen Festsetzungen überschritt die Gemeinde den ihr zustehenden Konkretisierungsrahmen, sodass der Bebauungsplan für unwirksam zu erklären war.

Höhenbeschränkungen für Windenergie
Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 22. November 2016 – 2 S 66.15

In dieser Entscheidung hat das Oberverwaltungsgericht festgehalten, dass die planerische Absicht, eine Höhenbegrenzung für Windenergieanlagen (hier 150 m) in einem Bebauungsplan festzusetzen, sicherungsfähig ist. Auch in einem ausgewiesenen Eignungsgebiet für die Windenergienutzung ist eine solche Regelung

durchaus zulässig, denn im vorliegenden Fall war nicht ersichtlich, dass hier eine entsprechende Windenergienutzung wirtschaftlich unmöglich gewesen wäre. Planerische Vorgaben der Raumordnung für die Notwendigkeit der Festsetzung höherer Anlagen waren nicht gegeben. Die Entscheidung zeigt noch einmal deutlich, dass die Vorstellung, dass Höhenbegrenzungen für Windenergieanlagen in Bebauungsplänen nicht festgesetzt werden können, falsch ist.

Genehmigungsbedürftige Änderung Biogasanlage
Oberverwaltungsgericht Münster, Beschluss vom 8. November 2016 – 8 B 1395/15

In dieser Sache musste sich das Oberverwaltungsgericht mit einer Stilllegungsverfügung hinsichtlich einer Biogasanlage befassen. Der Betreiber hatte ohne vorherige Genehmigung zwei Blockheizkraftwerke mit gleicher Leistung ausgetauscht. Darin sah das Oberverwaltungsgericht eine genehmigungsbedürftige Änderung, sodass die Stilllegungsverfügung rechtmäßig war. Die Auslegung des Genehmigungsbescheids ergab, dass hier eine gerätetypspezifische Genehmigung

vorlag und eine Veränderung insoweit genehmigungsbedürftig war. Im Hinblick auf die formelle Illegalität der Anlage war die Ordnungsverfügung rechtmäßig. Die Entscheidung zeigt noch einmal deutlich die scharfen Vorgaben des Immissionsschutzrechts an Anlagen; jede Änderung an einer Anlage sollte dringend mit der Genehmigungsbehörde abgestimmt werden.

Privilegierung der Biogasnutzung?
Oberverwaltungsgericht Magdeburg, Urteil vom 21. September 2016 – 2 L 98/13

Im Rahmen dieser Nachbarklage gegen eine Baugenehmigung zur Errichtung und den Betrieb einer Biogasanlage hat das Oberverwaltungsgericht deutlich klargestellt, dass sich der im Außenbereich Wohnende nicht auf die mangelnde Privilegierung der Nutzung berufen kann. Hier fehlt im Hinblick auf die allein objektivrechtliche Bedeutung der Privilegierung ein Anknüpfungspunkt für die Verletzung von Nachbarrechten. Das Urteil des Verwaltungsgerichts, das die Genehmigung für die Biogasanlage ursprünglich aufgehoben hatte, wurde im Berufungsverfahren abgeändert und die Klage zurückgewiesen.



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, Projektfinanzierungen
- **Dr. Volker Besch**
Gesellschaftsrecht, Produkthaftungsrecht, Prospekthaftungsrecht
- **Dr. Andreas Hirsch**
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.**
Energie- und Agrarrecht, Vertragsgestaltung
- **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
E-Mail: info@bme-law.de

Redaktion:

Rechtsanwalt Dr. Andreas Hirsch

Druck:

Girzig+Gottschalk GmbH, Bremen

Layout und DTP:

Stefanie Schürle