



Rundbrief zum Recht der Erneuerbaren Energien

Besser im Hinterkopf behalten: Die Zusammenschlusskontrolle

Rechtsanwalt Dr. Thomas Heineke, LL.M.



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

Zusammenschlüsse von Unternehmen können zu einer Konzentration von Marktmacht führen und so den Wettbewerb beeinträchtigen. Aus diesem Grunde erfolgt unter bestimmten Bedingungen eine Kontrolle entsprechender Konzentrationsvorgänge durch das Bundeskartellamt oder, sofern eine Relevanz für den Markt der EU gegeben ist, die europäische Kommission. Auf den ersten Blick erscheint vor dem Hintergrund des Zwecks der Zusammenschlusskontrolle, Konzentrationen von Marktmacht zu verhindern, die ganz überwiegende Zahl von Vereinbarungen von Unternehmen, die sich als Zusammenschluss darstellen können, als irrelevant, da die Beteiligten nach eigener Einschätzung zunächst davon ausgehen, dass der



Zusammenschluss keine spürbaren Auswirkungen auf den Wettbewerb haben wird. Es ist allerdings Aufgabe der Kartellbehörden, hierüber zu entscheiden. Die beteiligten Unternehmen sind daher unabhängig von den tatsächlichen Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb zur Anmeldung verpflichtet, wenn bestimmte Kriterien erfüllt werden. Es ist daher ratsam, in einigen Fällen genauer hinzusehen:

Voraussetzung für die Anmeldepflicht und die Kontrolle des jeweiligen Vorhabens ist zunächst eine gewisse gesamtwirtschaftliche Bedeutung, die erreicht ist, wenn die beteiligten Unternehmen weltweit bestimmte Umsatzschwellen überschreiten. Dies sind im Bereich der deutschen Zusammenschlusskontrolle 500 Mio. EUR und im Bereich der europäischen Fusionskontrolle zumindest 2,5 Mrd. EUR. Damit sind die Schwellen durchaus erheblich und Vereinbarungen, an denen ausschließlich kleinere Akteure beteiligt sind, sind insofern der Fusionskontrolle regelmäßig entzogen. Sobald jedoch ein größeres Unternehmen ins Spiel kommt, sind diese Hürden nicht mehr ganz so hoch, insbesondere weil auch Umsätze der mit den Beteiligten verbundenen Unternehmen zu berücksichtigen sind. Hat ein kleinerer Akteur also z.B. eine große Muttergesellschaft, so kann dieses für die Überschreitung der maßgeblichen Schwellen bereits ausreichen. Es ist dann zu prüfen, ob das Vorhaben auch die weiteren Aufgreifkriterien erfüllt, insbesondere die Erzielung bestimmter Umsätze in der Bundesrepublik bzw. Mitgliedstaaten der EU.

Ebenfalls ist zu beachten, dass die Zusammenschlusskontrolle nicht nur „klassische“ Fälle von Fusionen erfasst, beispielsweise einen vollständigen Anteilserwerb, sondern auch die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens durch zuvor unabhängige Akteure für die Annahme eines Zusammenschlusses im Sinne der Kartellgesetze ausreichend sein kann. Es bedarf sodann keiner großen Fantasie mehr, sich Konstellationen vorzustellen, in denen die Zusammenschlusskontrolle auch im EE-Bereich praktisch relevant wird. Dieses

Aktuelles

Der EUGH hat am 28. März 2019 entschieden, dass das EEG 2012 keine Beihilfe war. Auch wenn die Auswirkungen des Urteils schwer vorhersehbar sind, steht zu erwarten, dass für den deutschen Gesetzgeber größere Spielräume für die Förderung erneuerbarer Energien abseits der europäischen Vorgaben entstehen. Näheres dazu liefert das Hintergrundpapier der Stiftung Umweltenergie-recht vom 4. April 2019, abrufbar unter <https://stiftung-umweltenergierecht.de/>.

könnte beispielsweise der Fall sein, wenn zwei Akteure gemeinsam Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien betreiben wollen oder auch nur die hierfür erforderliche Infrastruktur (beispielsweise ein Umspannwerk) gemeinsam planen, realisieren und/oder betreiben. Entsprechendes gilt, wenn sich zwei Unternehmen verabreden, ein Projekt gemeinsam zu entwickeln und sich hierzu einer rechtlich selbstständigen Gesellschaft bedienen, also nicht lediglich auf schuldrechtlicher Basis kooperieren. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass es – jedenfalls im deutschen Wettbewerbsrecht – nicht erforderlich ist, dass das gemeinsame Unternehmen dauerhaft die Struktur eines selbstständig am Markt agierenden Unternehmens aufweist. Insbesondere ist es daher für die Kontrollbedürftigkeit nicht erforderlich, dass das Gemeinschaftsunternehmen als selbstständiger Anbieter und Nachfrager am Markt auftritt oder über eigenes Personal verfügt.

Kann nicht ausgeschlossen werden, dass ein Vorhaben die vorgenannten Aufgreifkriterien erfüllt, bedarf es einer Anmeldung bei der zuständigen Kartellbehörde, in Deutschland beim Bundeskartellamt. In aller Regel gelingt es, die Anmeldung und den Vorgang schlank zu gestalten und innerhalb weniger Wochen oder auch nur Tage eine Freigabe zu erhalten. Wird die Anmeldung bei der zuständigen Kartellbehörde dagegen versäumt, droht nicht nur die schwebende Unwirksamkeit der getroffenen Vereinbarungen, sondern auch ein Bußgeld.

Unsere Themen

- Besser im Hinterkopf behalten: Die Zusammenschlusskontrolle
- Erneuerbare Energien PPA auf dem Vormarsch
- Typenunabhängige Genehmigungen für Windenergieanlagen
- Aktuelle Rechtsprechung



Blanke Meier Evers

Rechtsanwälte in Partnerschaft mbB

Rechtsanwälte in Partnerschaft mbB
Stephanitorsbollwerk 1 (Haus LEE)
28217 Bremen
Tel.: +49 421 - 94946 - 0
Fax: +49 421 - 94946 - 66

Große Johannisstraße 9 (Rathauscontor)
20457 Hamburg
Tel.: +49 40 / 43 21 87 60
Fax: +49 40 / 43 21 87 611

Erneuerbare Energien PPA auf dem Vormarsch

Rechtsanwalt Rainer Heidorn



Rainer Heidorn ist bei Blanke Meier Evers als Partner für die Bereiche Vertragsrecht, Energierecht und Gesellschaftsrecht zuständig.

Power Purchase Agreements oder PPA, also direkte Stromlieferverträge zwischen Wind- oder Solarparkbetreibern und großen Geschäftskunden, sind seit einiger Zeit Gegenstand der Branchendiskussion. Neben den kommerziellen Aspekten solcher langfristigen Stromlieferverträge ist für die praktische Umsetzung von Bedeutung, welche gesetzlichen Vorschriften die Verträge beeinflussen.

Formen der PPA

PPA werden regelmäßig in vier verschiedenen Erscheinungsformen abgeschlossen, nämlich durch eine Direktlieferung ohne Nutzung des öffentlichen Netzes, den Verkauf unter Nutzung des öffentlichen Netzes durch Zuordnung zu Bilanzkreisen, den Verkauf an einen Händler vergleichbar der derzeitigen Direktvermarktung und die synthetischen bzw. finanziellen

PPA als reine Finanzinstrumente. Direktlieferverträge ohne Netznutzung werden aus planungsrechtlichen Gründen zumeist nur für kleinere Anlagen in Frage kommen, bei denen ein konkretes Objekt über eine Direktleitung beliefert wird. Dies kommt für PV-Aufdachanlagen, Biogasanlagen oder kleinere Windparks in Frage. Der Fokus liegt derzeit auf Verträgen zur Belieferung größerer Geschäftskunden mit Strom aus erneuerbaren Energien, die neben dem Strombezug ein Interesse an der Grünstromeigenschaft haben und die daher auch die Herkunftsnachweise mit erwerben wollen.

Inhalte der PPA

Mit der Aufnahme eines solchen Lieferverhältnisses wird der Betreiber der EE-Anlage zum Energieversorger im Sinne des Energiewirtschaftsgesetzes und zum Elektrizitätsversorgungsunternehmen im Sinne des EEG. Aus dieser rechtlichen Einordnung ergeben sich zahlreiche Verpflichtungen. So muss der Anlagenbetreiber für die entsprechenden Strommengen die EEG-Umlage an den zuständigen Übertragungsnetzbetreiber abführen. Hinzu tritt die Pflicht zur Zahlung von Netznutzungsentgelten und sämtlicher Nebenabgaben, wie der Konzessionsabgabe, der KWK-Umlage etc. Aus wirtschaftlicher Sicht muss der Lieferant diese Nebenkosten an seinen Abnehmer überwälzen.

Die Netznutzung selbst erfolgt entweder aufgrund eines Netznutzungsvertrages,

den der Stromabnehmer mit seinem Verteilnetzbetreiber schließt, oder durch einen Lieferantenrahmenvertrag zwischen dem Anlagenbetreiber als Versorger und dem Verteilnetzbetreiber. Die Verträge basieren auf von der Bundesnetzagentur vorgegebenen Musterverträgen.

Die Stromlieferung erfolgt regelmäßig durch Meldung der Mengen in den Bilanzkreis, dem die Abnahmestelle des Käufers zugeordnet ist. Bei der Gestaltung der Lieferverträge steckt der Teufel – wie immer – im Detail.

So bedürfen zahlreiche Aspekte einer kommerziellen Regelung, wie z.B. der Beginn des Regelbetriebs, etwaige Mindestliefermengen, also die zu liefernde Grundlast pro Monat oder Jahr, etwaige Pflichten zur Aufstellung von Fahrplänen, zur Messung und Meldung von geplanten oder ungeplanten Ausfällen und die Übertragung der Herkunftsnachweise. Von wirtschaftlicher Bedeutung ist ferner das Einspeisemanagement, welches zukünftig in die Regelungen zum Redispatch des § 13 EnWG integriert wird. Nicht zuletzt sind zumeist externe Dienstleister zu beauftragen, die das Bilanzkreismanagement übernehmen.

Insbesondere solche PPA, die als Basis für eine Projektfinanzierung dienen sollen, sind komplex und bedürfen daher größter Sorgfalt in der Gestaltung.

Aktuelle Rechtsprechung

Ohne Zusammenhang keine Windfarm
Oberverwaltungsgericht Lüneburg, Beschluss vom 11. März 2019 – 12 ME 105/18

In dieser von Blanke Meier Evers erstrittenen Entscheidung ging es um Nachbarrechtsschutz. Die betroffene Nachbarin behauptete, dass neben den zugelassenen Anlagen die UVP-Vorprüfung deshalb fehlerhaft sei, weil weiter entfernt gelegene Anlagen nicht hinreichend in die Prüfung einbezogen worden seien. Dazu hat das Oberverwaltungsgericht festgehalten, dass sich der Begriff der Windfarm auch für Altvorhaben nach den seit Sommer 2017 geltenden neuen Bestimmungen des UVPG bestimmen ließe. Die Übergangsvorschriften regeln nur das Verfahren, aber nicht den materiellen Begriff der Windfarm. Das führte unter anderem dazu, dass wegen des Fehlens eines funktionalen Zusammenhangs eine Windfarm abseits des beklagten Vorhabens nicht vorlag. Der Rechtsschutz blieb erfolglos.

Kurze Rechtsmittelfristen für Dritte
Verwaltungsgerichtshof Mannheim, Beschluss vom 7. März 2019 – 10 S 2025/18

In dieser bemerkenswerten Entscheidung hat der Verwaltungsgerichtshof festgehalten, dass auch bei einer Genehmigung, die ohne Öffentlichkeitsbeteiligung im Verfahren nach § 19 BImSchG erging, die öffentliche Bekanntmachung der Genehmigung dazu führt, dass eine Zustellungsfiktion eintritt und damit für Rechtsmittel Dritter gegen die erteilte Genehmigung die kurze Monatsfrist gilt. Das ist umstritten, aber die erste klare obergerichtliche Entscheidung, die zur deutlichen Steigerung der Rechtssicherheit von Vorhaben, auch im vereinfachten Genehmigungsverfahren, führen kann.

Fledermäuse: Kein nachträglicher Eingriff!
Oberverwaltungsgericht Lüneburg, Urteil vom 13. März 2019 – 12 LB 125/18

Diese Entscheidung klärt Grundlegendes zum nachträglichen Eingriff in den Anlagenbetrieb wegen Veränderung der

artenschutzrechtlichen Einschätzung der Überwachungsbehörden. Das Gericht geht davon aus, dass ein solcher Eingriff in den Anlagenbetrieb wegen der naturschutzrechtlichen Generalklausel aus § 3 Abs. 2 BNatSchG jedenfalls dann nicht möglich ist, wenn diese Fragen im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren beurteilt wurden, dann besteht insoweit abschließend eine Legalisierungswirkung der Genehmigung, in die die Naturschutzbehörde nicht eingreifen darf. Dann kommt nur unter verschärften Anforderungen ein Teilwiderruf der Genehmigung in Frage. Die hier von der Behörde beauftragten nachträglichen Anordnungen zum Schutz der Fledermausfauna wurden aufgehoben.

Kein Klageerfolg wegen Wegenutzung
Verwaltungsgericht Hannover, Urteil vom 4. Februar 2019 – 1 A 7816/16

In dieser etwas exzentrischen Sache wandte sich ein Mitglied eines Realverbandes, der die Realverbandswege verwaltet, gegen die Zulassung der Nutzung dieser Wege für die Erschließung eines

Typenunabhängige Genehmigungen für Windenergieanlagen

Rechtsanwalt Benjamin Zietlow

Man kennt das: Nachdem in einem langem Genehmigungsverfahren u.a. die konfliktträchtigen Fragen des Immissions-, Artenschutz- und Baurechts geklärt sind und man die Genehmigung nach Jahren freudig in den Händen hält, währt die Freude oft nicht lang. Rechtsbehelfe von Nachbarn oder Umweltverbänden schließen sich an und die Realisierung des Vorhabens verschiebt sich weiter in die Zukunft. Hat man endlich ein Stadium erreicht, das die Rechtsbehelfe erledigt sind oder das Risiko zumindest kalkulierbar ist, stellt sich häufig die Frage: Was ist die Genehmigung noch wert? Die ursprünglich beantragte Anlage ist zwischenzeitlich durch technische Weiterentwicklungen überholt und in den Ausschreibungen wirtschaftlich weniger konkurrenzfähig, teilweise ist der genehmigte Anlagentyp auch bereits nicht mehr am Markt verfügbar. Dann bleibt nur der Weg über eine Änderungs- oder Neugenehmigung. Zudem bietet für den Projektierer der Anlage die geringere Bindung an einen Hersteller auch eine bessere Verhandlungsposition bei den Kaufvertragsverhandlungen.

Rechtlich und in der Praxis ist eine solche Typenoffenheit allerdings problematisch. Die Kernfrage lautet: Ist die Genehmigung auf ein konkretes Projekt bezogen oder kann die Anlage i.S.d. BImSchG auch durch einen Rahmen abgebildet werden. Fremd ist die Zulassung von Alternativen dem BImSchG nicht. So sieht § 6 Abs. 2 BImSchG ausdrücklich die Rahmengenemigung

für unterschiedliche Betriebsweisen und Stoffe vor; auch gibt es Stimmen, die die Rahmengenemigung auch auf alternative Varianten der Beschaffenheit der Anlage erstrecken wollen. Voraussetzung bleibt aber immer die hinreichende Bestimmtheit der Genehmigung. Das mag bspw. bei zwei alternativ zur Genehmigung gestellten konkreten Anlagentypen funktionieren. Je offener Antrag und Genehmigung aber gehalten werden, umso mehr Probleme gibt es bzgl. der Bestimmtheit. Dies zeigt sich bereits an dem Prüfprogramm des Genehmigungsverfahrens. So lassen sich die Fragen des Immissionsschutzes, der Standsicherheit, der Abstandsflächen, des Brandschutzes, der Eingriffsregelung etc. letztlich erst verbindlich beantworten, wenn man den konkreten Anlagentyp kennt. Viele dieser Fragen ließen sich theoretisch über Nebenbestimmungen regeln bzw. die Beantwortung auf einen späteren Zeitraum verschieben. Aber darin liegt ein weiteres Problem. Nebenbestimmungen darf die Genehmigungsbehörde nur beifügen, wenn das Vorliegen von Genehmigungsvoraussetzungen im Zeitpunkt der Genehmigungserteilung bejaht werden kann; die eigentliche Prüfung darf nicht auf einen Zeitpunkt nach Erteilung der Genehmigung verschoben werden. Je offener also der Genehmigungsantrag gestellt ist, umso schwieriger ist es, die offenen Punkte über Nebenbestimmungen zu regeln. Und so gibt es beachtliche Stimmen, die eine typenunabhängige Genehmigung für Windenergieanlagen als nicht vereinbar mit dem BImSchG ansehen und aus dem Anlagenbegriff des BImSchG einen konkre-



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

ten (typengenauen) Projektbezug ableiten. Dabei fordert die Bestimmtheit der späteren Genehmigung nicht die Fixierung eines bestimmenden Herstellers, aber die für die Genehmigungsvoraussetzungen relevanten Eigenschaften der Anlagen müssen feststehen. Die Typenoffenheit der Genehmigung ist, weil die Anlagen unterschiedlicher Hersteller eine abweichende Statik aufweisen, so nur schwer zu begründen.

Die aufgezeigten Fragestellungen zeigen, warum typenunabhängige Genehmigungsanträge bei den meisten Genehmigungsbehörden auf wenig Gegenliebe stoßen. Was in der Praxis beobachtet werden kann, sind Vorbescheide (die bereits vom Gesetz aus auf einzelne Genehmigungsaspekte beschränkt sein können) zu einzelnen – ggfs. auch strittigen und gerichtlich zu klärenden – Genehmigungsfragen. Das ist zulässig, wenn der Gegenstand des Vorbescheids keinen Bezug zu den offenen Fragen in Hinblick auf den Anlagentyp hat (z.B. Planungsrecht).

Windenergievorhabens. Neben einer Reihe von formellen Fragen wurde festgehalten, dass bei Fremdnutzungen, insbesondere bei Verträgen mit Windenergie- und Biogasanlagenbetreibern, eine Zustimmung zur Nutzung regelmäßig zu erteilen ist, wenn das Vermögen des Realverbandes keinen Schaden nimmt. Das ist dann der Fall, wenn Schadensreparaturen durch den Betreiber zugesichert werden und dieser den Weg entsprechend seinen Bedürfnissen auf seine Kosten ausbaut.

Flächennutzungsplanung unbeachtlich
Oberverwaltungsgericht Münster, Urteil vom 7. März 2019 – 2 D 36/18

In dieser Entscheidung musste sich das Oberverwaltungsgericht mit einem verfristeten Normenkontrollantrag befassen. Es ging davon aus, dass eine fehlerhafte Bekanntmachung die Fristen zur Erhebung der Normenkontrolle in Gang setzt. Spannend daran ist, dass das Gericht noch einmal die Anforderungen geschärft hat, nach denen auch eine Genehmigungsbehörde einen unwirksamen Flächennut-

zungsplan unbeachtet lassen kann. Es ging jedenfalls davon aus, dass ein Plan, der sowohl die materiellen Anforderungen einer Konzentrationsflächenplanung nicht erfüllt als auch fehlerhaft bekannt gemacht wurde, und zudem die Größe der Konzentrationszonenplanung für eine Verhinderungsplanung spricht, ein Fall der offensichtlichen Unwirksamkeit vorliegen könnte, bei denen auch die Genehmigungsbehörde an der normgleichen Wirkung der Konzentrationsplanung vorbegehen kann.

Kein Vertrauensschutz
Bundesverfassungsgericht, Nichtannahmebeschluss vom 12. Februar 2019 – 1 BvR 2914/17

In dieser Entscheidung musste sich das Bundesverfassungsgericht mit der Verfassungsgemäßheit von § 46a EEG 2017 und der dort geregelten Sonderdegression für Windenergieanlagen auseinandersetzen. Das Gericht hat festgestellt, dass die Norm verfassungsgemäß war und insbesondere für den betroffenen Betreiber

kein besonders schutzwürdiges Vertrauen in den unveränderten Fortbestand der vormaligen Vergütungshöhe besteht. Die Verfassungsbeschwerde wurde zurückgewiesen.

Regionales Raumordnungsprogramm der Region Hannover unwirksam
Oberverwaltungsgericht Lüneburg, Urteil vom 5. März 2019 – 12 KN 202/17 u.a.

Das Oberverwaltungsgericht hat in verschiedenen Normenkontrollverfahren die Regelungen zur Windenergienutzung im RROP für die Region Hannover für unwirksam erklärt. Das Gericht kritisierte u.a., dass der Plangeber davon abgesehen hatte, bei Siedlungsbereichen zwischen harten und weichen Tabukriterien hinreichend zu differenzieren. Zudem ging es davon aus, dass es notwendig ist, einer Wohnnutzung in Gewerbegebiet einen höheren Schutzanspruch zuzubilligen als Wohnnutzungen im Außenbereich; eine solche Würdigung sei nicht nachvollziehbar.



Kompetente Partner für erneuerbare Energien

Wir beraten Hersteller, Projektierungsunternehmen, Initiatoren, Finanziierer, 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 18 Rechtsanwälte, von denen sich 11 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
- **Rainer Heidorn**
Vertragsrecht, Energierecht, Gesellschaftsrecht
- **Dr. Andreas Hinsch**
Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht, Energierecht
- **Dr. Thomas Heineke, LL.M.**
Vertragsrecht, Energierecht, Gesellschaftsrecht
- **Dr. Jochen Rotstegge**
Gesellschaftsrecht, Vertragsgestaltung
- **Lars Wenzel**
Vertragsgestaltung, Energierecht
- **Dr. Mahand Vogt**
Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht, Energierecht
- **Benjamin Zietlow**
Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht, Energierecht
- **Thomas Schmitz**
Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht, Energierecht
- **Charlotte Probst**
Vertragsgestaltung, 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

info@bme-law.de

www.bme-law.de

Große Johannisstraße 9 (Rathauscontor)
20457 Hamburg

Tel.: +49 40 / 43 21 87 60

Fax: +49 40 / 43 21 87 611

Redaktion:

Rechtsanwalt Dr. Andreas Hinsch

Druck:

Girzig+Gottschalk GmbH, Bremen

Layout und DTP:

Stefanie Schürle