



# Rundbrief zum Recht der Erneuerbaren Energien

## Gut Stellung nehmen! Wie nehme ich bei der raumordnerischen Ausweisung von Windenergieanlagenstandorten richtig Stellung?

Rechtsanwalt Dr. Andreas Hinsch



Dr. Andreas Hinsch ist bei Blanke Meier Evers als Partner für die Bereiche Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht und Energierecht zuständig.

Die Regionalplanung von Windenergieanlagen ist ein schweres Geschäft. Häufig werden die Ergebnisse jahrelanger Arbeit der Planungsträger von Verwaltungsgerichten kassiert. Ob das selbstverschuldet ist oder an den hohen Anforderungen der Rechtsprechung liegt, wird jeder Betrachter je nach Standpunkt wahrscheinlich etwas anders beurteilen.

Aber es zeigt sich, dass Regionalplanung zur Steuerung der Windenergienutzung überall und andauernd betrieben wird. Es ist auch ein Dauergeschäft für mit der Projektierung befasste Unternehmen, die ggf.



bundesweit tätig sind. Zur Aufstellung dieser Pläne gehört immer eine (meist mehrere) Beteiligung(en) der Öffentlichkeit. Dort haben auch die von der Planung und der Ausschlusswirkung betroffenen Windkraftbetreiber oder -planer Gelegenheit, sich und ihre Interessen in die Aufstellung neuer Pläne einzubringen.

### Aufgabe der Öffentlichkeitsbeteiligung.

Aufgabe der Öffentlichkeitsbeteiligung ist es, dass der betroffene Betreiber seine persönlichen Sorgen und Nöte im Hinblick auf die Planung in der Stellungnahme ausführt und so den Planungsträger darauf hinweist. Dabei geht es insbesondere um Belange, die möglicherweise der Planungsträger so nicht kennen kann oder noch nicht gesehen hat, also insbesondere konkrete Betroffenheiten eines Betreibers, der möglicherweise schon ein Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen in Flächen im Planungsraum betreibt und so vielleicht ein höheres Interesse daran hat, dass die Fläche für die Windenergienutzung zur Verfügung gestellt wird. Es lassen sich so aber auch gegebenenfalls naturschutzfachliche Grobbewertungen, die der Regionalplanungsträger vornimmt, ausräumen, weil schon konkrete dezidierte Kenntnisse der Naturraumausstattung aus einem spezifischen Genehmigungsverfahren vorliegen. Solche spezifischen Belastungen sollte und muss ein Betroffener jedenfalls vortragen. Mit den Inhalten muss sich der Planungsträger abwägend dann auch auseinandersetzen.

### Rechtliche Durchdringung der Planung?

Es ist eine Frage des persönlichen Geschmacks, ob man weiterführende rechtliche Ausführungen zum Plankonzept in die Stellungnahme einbringt. Sinn macht das eigentlich nur, wenn man hoffen kann, dass der Planungsträger hier einzelne Plankriterien anpasst, die dann dazu führen, dass das eigene Eignungsgebiet doch ausgewiesen wird. Eine generelle Durchdringung der Planung und auch eine gene-

## Aktuelles

### Die Novelle der AVV-Kennzeichnung

Die Novelle der AVV-Kennzeichnung, die Regelungen zur Befeuern von Windenergieanlagen regelt, wurde durch das Bundeskabinett verabschiedet. Der Entwurf wird jetzt im Bundesrat beraten und sieht eine Reihe von Neuerungen vor, insbesondere den Einsatz von transponderbasierten Systemen zur bedarfsgesteuerten Nachtabschaltung. Die Anlagen müssen zudem zusätzlich mit Infrarotfeuern ausgestattet werden. Für bereits zugelassene Systeme soll es eine Übergangsfrist von fünf Jahren geben.

relle Kritik an Planungskriterien ist meist weniger zweckmäßig. Insbesondere muss man sich vor Augen halten, dass man gegebenenfalls eigene „Munition“ für ein nachfolgendes Normenkontrollverfahren behält und insoweit hat man kein Interesse als Windkraftbetreiber, den Planungsträger rechtlich mittelbar zu beraten.

Auch bedarf es eines gewissen Fingerspitzengefühls, ob man gegebenenfalls vor dem Hintergrund politischer Widerstände überhaupt Chancen hat, sein eigenes Eignungs- oder Vorranggebiet in die Planung zurück zu argumentieren. Ist das ohnehin wegen starker politischer Akteure, die dagegen sind, kaum möglich, sollte man sich bei der Stellungnahme eher zurückhalten, um Chancen für ein Normenkontrollverfahren zu verbessern. Notwendig ist es aber auch hier, das, was dem Planungsträger nicht geläufig sein kann, vorzutragen.

Alles in allem sollte eine solche Stellungnahme versuchen, die Belange, die gegen die Nichtausweisung der Fläche sprechen, in ihrer Bedeutung herabzusetzen und auf der anderen Seite die Belange, insbesondere die privaten des Betreibers, die für eine Ausweisung der Fläche sprechen, zu betonen und herauszuarbeiten. Dann besteht die Chance, dass der Planungsträger die Fläche für die Windenergienutzung vorsieht.

## Unsere Themen

- Wie nehme ich bei der raumordnerischen Ausweisung von Windenergieanlagenstandorten richtig Stellung?
- Das besondere Missbrauchsverfahren der Regulierungsbehörde
- Die Änderung einer Genehmigung - lohnt oft, birgt aber auch Risiken
- 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

# Das besondere Missbrauchsverfahren der Regulierungsbehörde

Rechtsanwältin Charlotte Probst



Charlotte Probst ist bei Blanke Meier Evers in den Bereichen Vertragsgestaltung und Energierecht tätig.

Ergeben sich beim Netzanschluss einer EE-Anlage Unklarheiten oder Streitpunkte, die sich in Verhandlungen mit dem jeweiligen Netzbetreiber nicht ausräumen lassen, besteht stets die Möglichkeit, eine gerichtliche Klärung herbeizuführen. Daneben bietet aber - und dies liegt oftmals nicht im Fokus - auch das Energiewirtschaftsrecht selbst besondere Verwaltungsverfahren an, um im Wege der Streitschlichtung zügig und fundiert eine Einigung herbeizuführen. Um ein solches handelt es sich beim besonderen Missbrauchsverfahren der Regulierungsbehörde nach § 31 EnWG, welches ursprünglich der Umsetzung entsprechender europarechtlicher Vorgaben diente.

Gemäß § 31 Abs. 1 EnWG können Personen und Personenvereinigungen, deren Inter-

essen durch das Verhalten eines Betreibers von Energieversorgungsnetzen erheblich berührt werden, bei der Bundesnetzagentur (BNetzA) einen Antrag auf Überprüfung dieses Verhaltens stellen. Diese hat dann zu prüfen, inwieweit das Verhalten des Betreibers von Energieversorgungsnetzen mit den Vorgaben in den entsprechenden Bestimmungen des EnWG übereinstimmt. Konkret gemeint sind Verstöße gegen die Vorschriften über den Netzanschluss oder den Netzzugang sowie Verstöße gegen die dazugehörigen Rechtsverordnungen (StromNZV, StromNEV etc.). Gemäß den gesetzlichen Anforderungen muss der Antragsteller hierfür das zu überprüfende Verhalten des Netzbetreibers, die Gründe, weshalb ernsthafte Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Netzbetreiberhaltens bestehen, sowie die Gründe für die Betroffenheit des Antragstellers darlegen. Liegt ein dementsprechender Antrag vor, besteht auf Seiten der BNetzA eine Pflicht zur Prüfung.

Eine Entscheidung der BNetzA hat daraufhin innerhalb einer Frist von zwei Monaten zu ergehen. Zwar kann die Frist im Einzelfall verlängert werden, grundsätzlich ist damit aber die Möglichkeit für eine zeitnahe Entscheidung eröffnet; das Verfahren bietet insoweit also eine gewisse zeitliche Überschaubarkeit und damit Planungssicherheit. Dabei steht es der BNetzA offen, den Netzbetreiber entweder - nur - zu verpflichten, die festgestellte Zuwiderhandlung abzustellen; sie kann ihm aber auch konkret diejenigen Maßnahmen aufgeben,

die erforderlich sind, um die Zuwiderhandlung abzustellen und etwa den Netzanschluss anordnen.

Kosten für die Durchführung des Missbrauchsverfahrens entstehen dem Antragsteller, sofern der Antrag abgelehnt wird. Wird das Verhalten des Netzbetreibers beanstandet, trägt dieser die Gebühren. Wird der Antrag teilweise abgelehnt, werden die Kosten verhältnismäßig geteilt. Die Höhe der Kosten bemisst sich dabei nach dem Umfang der beanstandeten Maßnahme.

Gegen die Entscheidung der BNetzA sowie gegen die Unterlassung einer beantragten Entscheidung wiederum ist die Beschwerde zulässig, über die das am Sitz der BNetzA zuständige Oberlandesgericht entscheidet. Damit ist also in einem zweiten Schritt der direkte Weg zu einem Obergericht eröffnet.

Das besondere Missbrauchsverfahren der Regulierungsbehörde stellt also - verglichen mit der gleichfalls bestehenden Möglichkeit einer zivilprozessualen Durchsetzung den Netzanschluss betreffender Ansprüche - ein ebenso effektives und insbesondere zeiteffizientes Verfahren dar, eine Entscheidung durch eine Behörde, die in dieser Hinsicht mit besonderem Sachverstand ausgestattet ist, zu erwirken. Sind also Fragen zum Netzanschluss streitig, bietet sich auch die Prüfung der Erfolgsaussichten eines Missbrauchsverfahrens bei der Bundesnetzagentur an.

## Aktuelle Rechtsprechung

**Keine Gesundheitsgefahr durch Infraschall**  
*Oberverwaltungsgericht Münster, Beschluss vom 19. Dezember 2019, 8 B 858/19*

In dieser Entscheidung hat das Oberverwaltungsgericht mit großer Deutlichkeit festgehalten, dass eine gerichtliche Beweisaufnahme zu den Auswirkungen von Infraschall, den Windenergieanlagen erzeugen, nicht notwendig ist. Es gibt bisher keinen begründbaren Ansatz für relevante tieffrequente Immission oder Infraschall durch Windenergieanlagen, die nachweisbar gesundheitsschädliche Auswirkungen haben.

**Fallstrick: Konzentrationswirkung**  
*Verwaltungsgerichtshof Mannheim, Beschluss vom 17. Dezember 2019, 10 S 566/19*

Gegenstand dieses Klageverfahrens war der Rechtsschutz einer Umweltvereinigung gegen eine Waldumwandlungsgenehmigung, die die Errichtung von Windenergieanlagen inklusive des Zuwegausbaus ermöglichen sollte. Dem Eilantrag des Verbandes hatte bereits

das Verwaltungsgericht stattgegeben, die nun von der Genehmigungsbehörde und dem Genehmigungsinhaber eingelegten Beschwerden blieben erfolglos. Der Verwaltungsgerichtshof ging davon aus, dass die Waldumwandlungsgenehmigung unter die Konzentrationswirkung des § 13 BImSchG fällt und insoweit nur im Rahmen des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens hätte erteilt werden dürfen.

**Veränderungssperre für einen Repowering-Bebauungsplan**  
*Oberverwaltungsgericht Lüneburg, Urteil vom 13. November 2019, 12 KN 26/18*

Gegenstand dieses Rechtsschutzes war eine Veränderungssperre, die die Bauleitplanung für ein Repowering-Projekt sichern sollte. Mit den Inhalten war ein anderer konkurrierender Planer nicht einverstanden und sah sich in seinen Interessen zurückgesetzt. Er hatte behauptet, dass es sich um eine Gefälligkeitsplanung handeln würde und es gäbe hier ein Tätigwerden der Gemeinde im alleinigen Investitionsinteresse des Investors. Hierzu hält das Oberverwaltungsgericht in der wünschenswerten Klarheit fest, dass allein der Umstand, dass ein Windener-

gieunternehmen bei der Ermittlung der geeigneten Standorte eingebunden war, nicht den Schluss zulässt, dass der Bebauungsplan (und hier die Veränderungssperre) allein in dessen Sinn erlassen wurden. Fraglich wird das erst, wenn sich die Standortwahl nicht durch andere öffentliche oder private Belange rechtfertigen lässt.

**Einsicht in die Katasterdaten auch in Sachsen**  
*Verwaltungsgericht Dresden, Urteil vom 6. November 2019, 4 K 5232/17*

In dieser Angelegenheit geht es noch einmal um die Eigentümerinformationen, die ein planender Windenergiebetreiber zur Sicherung der Grundstücksrechte zur Errichtung eines Windparks benötigt. Bei diesem Urteil war der von Blanke Meier Evers vertretene Betreiber erfolgreich, nachdem das Informationsgesuch zunächst vom Staatsbetrieb Geoinformation zurückgewiesen wurde. Inzwischen hat das Land das Urteil bereits in einem Erlass umgesetzt, sodass in Sachsen bei jedenfalls in der Regionalplanung ausgewiesenen Gebieten kein Problem mehr bei der Informationsbeschaffung bestehen wird.

# Die Änderung einer Genehmigung – lohnt oft, birgt aber auch Risiken

Rechtsanwältin Dr. Mahand Vogt



“

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

”

liegt bislang der Fokus, aber es lohnt sich ein anderer, öffentlich-rechtlicher Blick auf das Problem.

Eine Änderung der genehmigten Lage, Beschaffenheit oder Betriebsweise liegt im Rechtssinne vor, wenn sie vom Inhalt des Genehmigungsbescheides einschließlich der in Bezug genommenen Unterlagen abweicht. Derartige Abweichungen sind meist anzeigepflichtig und können ggf. im Wege einer Freistellungserklärung der Behörde umgesetzt werden. Die Durchführung eines Änderungs genehmigungsverfahrens erfordert Abweichungen dann, wenn sie sogenannte wesentliche Änderungen sind, die nachteilige Auswirkungen hervorrufen können, die für die Prüfung der Zulassungsvoraussetzungen erheblich sein können.

Die Beantwortung der Frage, ob die geplante Änderung die Erteilung einer Änderungs genehmigung erfordert oder bereits aufgrund einer Freistellungsentscheidung umgesetzt werden kann, entscheidet über den weiteren Verfahrensverlauf. Die Wahl des Verfahrens kann ggf. die Ausnutzung der Zulassungsentscheidung verzögern oder beschleunigen. Dies macht jetzt auch eine neue Entscheidung des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts deutlich (OVG Lüneburg, Beschl. v. 19.12.2019,

12 ME 168/19). Hier hatten die Behörden dem Genehmigungsinhaber noch während eines laufenden Drittrechtsschutzes gegen die Genehmigung auf dessen Änderungsanzeige hin eine immissionsschutzrechtliche Freistellung sowie zwei fachrechtlich-baurechtliche Genehmigungen zur Änderung der Turmgründung erteilt. Soweit kein Änderungs genehmigungsverfahren durchgeführt wurde, erachtete das Gericht dies als verfahrensfehlerhaft und ordnete die aufschiebende Wirkung des Drittwiderspruchs an, d.h. der Genehmigungsinhaber kann seine Zulassungsentscheidung derzeit nicht ausnutzen. Da das Gericht andernfalls unmittelbar über die - voraussichtlich auch bestehende - Rechtmäßigkeit der angefochtenen Ursprungs- und Änderungs genehmigungen entschieden hätte, verliert der Genehmigungsinhaber allein aufgrund dieses Verfahrensfehlers also viel Zeit. Unabhängig davon, ob man dieser Entscheidung inhaltlich folgen möchte, kann ein Genehmigungsinhaber im Zweifel bei einer Änderung der Lage, Beschaffenheit oder des Betriebs einer Windkraftanlage daher gut beraten sein, von der in § 16 Abs. 4 BImSchG eingeräumten Wahlmöglichkeit zwischen Anzeige und Genehmigungsverfahren Gebrauch zu machen und - ggf. auch gegen die Einschätzung der Behörde - einen Antrag auf Änderungs genehmigung zu stellen.

In der Praxis steht, oft aufgrund der langen Genehmigungslaufzeiten, schon bald nach Erteilung der Betriebs genehmigung für eine Windenergieanlage deren Änderung an, z.B. eine Leistungserhöhung oder baurechtliche Änderungen. Das kann Folgen für Förderung und Ausschreibung nach dem EEG haben. Wurde jedoch die ursprüngliche Genehmigung bereits nach EEG bezuschlagt, verbleibt gemäß § 36f Abs. 2 EEG dieser Zuschlag bei Änderung der Genehmigung infolge z.B. einer Leistungserhöhung weiterhin erhalten, ändert sich aber nicht in seinem Umfang. Hier

## Kein Erfolg für Nachbarn

*Oberlandesgericht Schleswig, Urteil vom 4. Dezember 2019, 9 U 152/18*

Nachdem in Schleswig-Holstein in anderer Sache Nachbarn auf zivilrechtlichem Wege durchaus erfolgreich gegen Windkraftbetreiber vorgegangen waren, haben hier die von Blanke Meier Evers vertretenen Betreiber einen entsprechenden Rechtsschutz zurückweisen können. Der 9. Senat des erkennenden Gerichts hat klargestellt, dass im Hinblick auf die erhebliche Entfernung zwischen Wohnhaus und den Windenergieanlagen keine erheblichen nachteiligen Auswirkungen zu erwarten sind. Die Entscheidung ist trotz der Zulassung der Revision rechtskräftig.

## Keine Abschaltung wegen Kranichzug

*Oberverwaltungsgericht Koblenz, Urteil vom 30. Oktober 2019, 1 A 11 643/17*

Das Oberverwaltungsgericht hat eine Abschaltauflage zum Schutz der Kraniche aufgehoben. Die Entscheidung beruht auf drei wesentlichen Erwägungen: Es gäbe bereits eine Vielzahl nicht abgeschalteter Anlagen im betroffenen Zugkorridor, der Kranich weise hohe Bestandszahlen auf und es gäbe insgesamt nur eine geringe Anzahl an dokumentierten Schlagopfern. Insgesamt liegt es so nahe, dass jedenfalls am vorliegenden Standort keine erhebliche Gefährdung der Kraniche beim Zug vorliegt, sodass die Abschaltauflage nicht geboten war.

## Technologiebonus für Biogas

*Landgericht Kassel, Urteil vom 4. September 2019, 4 O 1049/17*

Das Landgericht hat Netzbetreiber auf Klage der Anlagenbetreiberin verpflichtet, die bisher zurückgehaltenen Vergütungen für den Technologiebonus auszahlend. Aus Sicht des Netzbetreibers handelt es sich bei der ORC-Anlage der Klägerin nicht um eine integrierte Anlage, sondern um eine nachgeschaltete. Damit gehöre die Anlage nicht zu den in § 8 Abs. 4 EEG 2004 aufgezählten Anlagentechniken. Es komme insoweit eine Vergütungserhöhung für den gesamten in der Anlage erzeugten Strom nicht in Betracht. Dem ist das Gericht im Hinblick auf den Wortlaut der Bestimmung entgegengetreten. Die Norm enthält keinen Anknüpfungspunkt dafür, dass der Strom unmittelbar in der ORC-Anlage gewonnen werden muss, vielmehr reicht es aus, wenn die ORC-Einheit Bestandteil der Anlage selbst ist.

## Blendwirkung einer Photovoltaikanlage

*Verwaltungsgericht Regensburg, Urteil vom 14. Mai 2019, 6 K 17.2047*

Im vorliegenden Fall wandte sich eine Nachbarin einer Photovoltaikanlage an die Bauaufsichtsbehörde mit der Bitte, gegen die Blendwirkung der Anlage einzuschreiten. Das lehnte das Landratsamt ab. Das Verwaltungsgericht hat nunmehr die Behörde zum Tätigwerden verpflicht-

et. Das Gericht ging davon aus, dass die in den LAI-Hinweisen zu Blendwirkungen vorgegebenen Grenzwerte kein antizipiertes Sachverständigengutachten darstellen, insbesondere weil die Zumutbarkeit nicht nach der Art des Baugebietes gestaffelt wird. Im Ergebnis kam das Gericht im Hinblick auf die deutlichen Überschreitungen der Werte zu einer Notwendigkeit, zum Schutz der Klägerin tätig zu werden.

## Empfehlungen der WHO zu Schall nicht maßgeblich

*Verwaltungsgericht Schleswig, Beschluss vom 27. Januar 2020, 6 B 471/19*

Die von Blanke Meier Evers erfolgreich vertretene Genehmigungsinhaberin sah sich einem Nachbarstreitverfahren ausgesetzt, in dem die Nachbarn neben den üblichen Themen (Schatten, Eiswurf, Wertverlust, optische Wirkungen, Infraschall, etc.) im Wesentlichen Beeinträchtigungen durch Schallimmissionen geltend machten. Dabei waren sie u.a. der Auffassung, die Empfehlungen der Weltgesundheitsorganisation (WHO) zum Schall hätten im Genehmigungs- und Gerichtsverfahren Berücksichtigung finden müssen. Dem hat das Verwaltungsgericht eine klare Absage erteilt und die Richtwerte der TA Lärm als allein maßgeblich bewertet; die Empfehlungen der WHO setzten weder Standards noch seien sie rechtsverbindlich.





## 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 10 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 Hirsch**  
*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*
- **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 Hirsch

### Druck:

Girzig+Gottschalk GmbH, Bremen

### Layout und DTP:

Stefanie Schürle