



# Rundbrief zum Recht der Erneuerbaren Energien

## Repowering im Bebauungsplan – Höhenbeschränkung weg?

Rechtsanwalt Dr. Andreas Hinsch



“

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

Geht es um ein Repowering im Bereich eines gemeindlichen Bebauungsplans, zeigt sich eigentlich immer, dass die Vorgaben des Plans die Errichtung zeitgemäßer Anlagen nicht ermöglichen. Vielfach besteht eine Höhenbeschränkung, die die Errichtung moderner Anlagen nicht zulässt. Auch das von der Gemeinde ursprünglich gewählte Parklayout schließt die Nutzung heute notwendiger Standortgestaltungen aus.

### Unsere Themen

- Repowering im Bebauungsplan – Höhenbeschränkung weg?
- Erweiterung des Begriffs der Kundenanlage
- Einigung zur Kraftwerksstrategie - den Weg bereitet für Wasserstoff-kraftwerke?
- Aktuelle Rechtsprechung

”

### Funktionslos?

Dann stellt sich die Frage: Muss man den Bebauungsplan beachten? Man findet die Meinung, dieser hätte sich auch im Hinblick auf die Verpflichtung, auf Höhenbeschränkungen zu verzichten, quasi erledigt und wäre nicht zu beachten (mit unausgesprochen Bezug auf § 4 Abs. 1 Satz 5 WindBG). Dass das falsch ist, zeigt auch die aktuelle Rechtsprechung (OVG Magdeburg, Urtr. v. 30.01.2024 - 2 K 129/21), denn eine solche Funktionslosigkeit des Bebauungsplans tritt nicht ohne Weiteres ein. Insbesondere, wenn der Bebauungsplan noch eine städtebauliche Funktion für das Altvorhaben erfüllt, ist davon nicht auszugehen, denn solange die Bestandsanlagen noch vorhanden sind, sichert der Bebauungsplan den Bestand der entsprechenden Nutzung und schafft dafür einen Bestandsschutz. Erst nach der Beseitigung der Anlagen lässt sich sachgerecht über eine Funktionslosigkeit nachdenken, aber auch dann sind die Anforderungen nicht gering.

### Unwirksam?

Insoweit ist der Bebauungsplan erst einmal weiter wirksam. Bei vielen Fehlern des Plans wird Unbeachtlichkeit eingetreten sein. Zwar lassen sich bei alten Bebauungsplänen sogenannte Ewigkeitsfehler ermitteln, weil diese unzulässige Festsetzungen treffen oder auf notwendige Inhalte verzichten, aber selbst ein solcher Fehler führt nicht dazu, dass eine Genehmigungsbehörde den Plan nicht anwenden muss. Das ist nur dann der Fall, wenn es sich um offensichtliche Fehler handelt, die ohne Weiteres erkennbar sind. Das dürfte eher selten der Fall sein und damit müsste ein Vorhabenträger, bevor er eine Zulassung erhält, jedenfalls ein Gericht mit dem entsprechenden zeitlichen Aufwand bemühen, um eine Genehmigung zu erhalten. Eine unglückliche Situation.

### Aktuelles

Den internationalen Musterverträgen für den PPA-Markt folgt nun der erste von der Deutschen Energie-Agentur (dena) veröffentlichte Mustervertrag für den deutschen Markt.

Ziel ist, so auch kleineren Stromabnehmern den Abschluss eines PPA näher zu bringen. Eine individuelle Prüfung des jeweiligen PPA in Bezug auf das konkrete Erneuerbare-Energien-Projekt bleibt dennoch unerlässlich.

### Aufhebung oder Veränderung

Vor diesem Hintergrund stellt es häufig eine Lösung dar, zusammen mit der Gemeinde entweder eine Anpassung des Bebauungsplans herbeizuführen oder eine Aufhebung des das Repowering ausschließenden Plans. Welche der beiden Lösungen man findet, hängt auch von den Absichten der Gemeinde ab. Häufig ist die bloße Planaufhebung eine im Interesse aller Beteiligten liegende Lösung. Sie ist relativ kostengünstig und zeitlich schnell umzusetzen. Hat die Gemeinde keine hohen Interessen daran, dauerhaft die Windenergienutzung zu beregeln, ist das eine gute Lösung. Zudem zeigt sich, dass ein letztlich dauerhaft geltender Bebauungsplan im Hinblick auf die dynamischen technischen Anforderungen der Windenergienutzung eigentlich ohnehin nur auf Zeit angelegt ist und man insoweit von der Gestaltung vielleicht auch grundsätzlich absehen sollte.

Alles in allem bleibt der Ratschlag, dass man bei einem Repowering in einem Bebauungsplangebiet gut beraten ist, eine einvernehmliche Lösung mit der Gemeinde zu suchen, um im Zweifel eine Aufhebung oder eine Veränderung des Bebauungsplans zu erreichen. Hier Konfrontativlösungen zu finden, ist zwar nicht unmöglich, aber sicher mit einem zeitlichen Aufwand verbunden.

# Erweiterung des Begriffs der Kundenanlage

Rechtsanwältin Lisa Jakob



Lisa Jakob ist bei Blanke Meier Evers in den Bereichen Vertragsgestaltung und Energierecht tätig.

Kurz vor Ende des letzten Jahres trat das Gesetz zur Anpassung des Energiewirtschaftsrechts an unionsrechtliche Vorgaben und zur Änderung weiterer energierechtlicher Vorschriften in Kraft. Kern ist eine weitere Novelle des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG); dabei ist die Erweiterung des Begriffs der sog. „Kundenanlage“ in § 3 Nr. 24a/24b EnWG hervorzuheben.

Der Vorteil einer Kundenanlage ist, dass ihr Betreiber weder Betreiber eines Energieversorgungsnetzes noch eines Energieversorgungsunternehmens ist und damit nicht der Netzregulierung unterliegt. Das bedeutet, dass netzgebundene Entgelte entfallen.

Darüber hinaus entfallen Regelungen über die Entflechtung (Sicherstellung der Unabhängigkeit des Netzbetreibers von anderen

Tätigkeitsbereichen in der Energieversorgung) sowie über die Energielieferung an Letztverbraucher (wie z.B. die Grundversorgungspflicht, jeden Haushaltskunden zu veröffentlichten Bedingungen zu versorgen).

Im Sinne von § 3 Nr. 24a EnWG sind Kundenanlagen Energieanlagen zur Abgabe von Energie, die sich auf einem räumlich zusammengehörenden Gebiet befinden, mit einem Energieversorgungsnetz oder einer Erzeugungsanlage verbunden sind, keine Wettbewerbsrelevanz haben und jedermann zum Zwecke der Belieferung der angeschlossenen Letztverbraucher im Wege der Durchleitung [...] diskriminierungsfrei und unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden.

Ob ein „räumlich zusammengehörendes Gebiet“ vorliegt, wird stets durch eine Gesamtbetrachtung der Umstände bestimmt. Anhaltspunkte hierfür sind, dass das Gebiet der Kundenanlage überschaubar geografisch begrenzt ist und die umfassten Grundstücke aneinandergrenzen. Dagegen spricht häufig beispielsweise die Trennung des Gebiets durch Straßen o.ä., wobei auch hier das jeweilige Maß des trennenden Umstandes zu berücksichtigen ist.

Nunmehr findet sich in § 3 Nr. 24a/24b EnWG neben der Voraussetzung des „räumlich zusammengehörenden Gebietes“ auch die Variante „oder bei der durch eine Direktleitung nach Nummer 12 mit einer maximalen Leitungslänge von 5.000 Metern und einer Nennspannung von 10 bis einschließlich 40 Kilovolt Anlagen nach

§ 3 Nummer 1 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes angebunden sind“. Dadurch schafft der Gesetzgeber die Möglichkeit Kundenanlagen zu betreiben, auch wenn sich die Energieanlagen zur Abgabe von Energie nicht auf einem räumlich zusammengehörenden Gebiet befinden. In der Praxis dürfte dies sinnvoll sein, da Anlagen nach § 3 Nr. 1 des EEG (wie Windenergieanlagen und Solaranlagen) häufig nicht in unmittelbarer Nähe zu der Energieanlage errichtet werden.

Allerdings darf durch diesen erweiterten Kundenanlagenbegriff nunmehr nicht davon ausgegangen werden, dass ganze Windparks größere Quartiere versorgen könnten. Zwar ist es nach dem Wortlaut möglich, nicht nur eine Anlage, sondern „Anlagen“ an die Energieanlage zur Abgabe von Energie anzuschließen. Dennoch müssen weiterhin sämtliche Voraussetzungen des Kundenanlagenbegriffs erfüllt sein. So dürfen die Energieanlagen bei der Versorgung mit Energie im Verhältnis zu anderen Energieversorgern nur unbedeutend sein. Merkmale hierfür sind die Kundenanzahl, die geographische Ausdehnung sowie die zu liefernde Strommenge.

Ob eine Kundenanlage vorliegt, bedarf stets einer Prüfung sämtlicher Voraussetzungen am konkreten Sachverhalt. Dennoch schafft der Gesetzgeber nun eine klarere Möglichkeit, die Vorteile einer Kundenanlage zu genießen, wenn Zweifel an dem „räumlich zusammengehörenden Gebiet“ bestehen oder dieses sogar gar nicht vorliegt.

## Aktuelle Rechtsprechung

**Oberverwaltungsgericht zuständig**  
*Verwaltungsgericht Schwerin, Beschluss vom 18. Dezember 2023 – 2 A 1879/23*

In dieser Sache ging es um die nachträgliche Anordnung einer Nachtkennzeichnung von Windenergieanlagen. Dafür hat sich das Verwaltungsgericht Schwerin im Hinblick auf die erstinstanzliche Zuständigkeit des Oberverwaltungsgerichts für unzuständig erachtet. Die Anordnung einer Nachtkennzeichnung würde den Betrieb der Windenergieanlagen betreffen. Wie die vorbesprochene Entscheidung aus Niedersachsen zeigt, dürfte das umstritten sein.

**Oberverwaltungsgericht unzuständig**  
*Oberverwaltungsgericht Lüneburg, Beschluss vom 31. Januar 2024 – 12 KS 2/24*

Das Oberverwaltungsgericht ist für erstinstanzliche Streitigkeiten um den Betrieb einer Windenergieanlage zuständig. Vorliegend stritten sich ein Nachbar der Windenergieanlagen und die Genehmi-

gungsbehörde um die Notwendigkeit von nachträglichen Anordnungen bzgl. der von den Windenergieanlagen ausgehenden Schallimmissionen. Dazu hat das Oberverwaltungsgericht festgehalten, dass im Hinblick auf die Absicht des Gesetzgebers bei der Regelung der erstinstanzlichen Zulässigkeit es nur um Maßnahmen gehe, die einen unmittelbaren Betriebsbezug haben. Das könne bei nachträglichen Anordnungen aus Gründen des Naturschutzrechts der Fall sein, vorliegend gehe es aber nur um die Ermittlung von Schallimmissionen, sodass ein unmittelbarer Betriebsbezug ausscheidet. Insoweit ist nicht das Oberverwaltungsgericht, sondern nur das Verwaltungsgericht zuständig.

**Kein Bebauungszusammenhang!**  
*Oberverwaltungsgericht Schleswig, Urteil vom 30. Januar 2024 – 5 KS 2/23*

In dieser von Blanke Meier Evers erstrittenen Entscheidung hat das Oberverwaltungsgericht eine Nachbarklage zurückgewiesen. Zu dem Vortrag des Klägers, sein Wohnhaus liege in einem Wohngebiet und sei insoweit gegenüber Schallimmissi-

sionen schutzbedürftiger, hat das Oberverwaltungsgericht festgehalten, dass das Vorhaben im Außenbereich liege und das Grundstück des Klägers sich nicht in einem zusammenhangbebauten Ortsteil befinde. Die Bebauung im Bereich des Grundstücks weise mehrere hundert Meter breite unbebaute Flächen auf und es handele sich um eine Splittersiedlung. Damit zeigt sich, dass der Einwand von Nachbarn, eine Ortslage mit höherer Schutzwürdigkeit liege vor, sich häufig durch eine Betrachtung der Örtlichkeit gut entkräften lässt.

**Kein Infraschall!**  
*Oberverwaltungsgericht Schleswig, Beschluss vom 5. Dezember 2023 – 5 LA 70/22*

In dieser von Blanke Meier Evers betreuten Angelegenheit ging es um eine eher ungewöhnliche Rechtschutzkonstellation. Der Nachbar einer Windenergieanlage wollte nachträglich die Anordnung von Betriebsbeschränkungen erreichen. Er fühlte sich durch die Wirkung des Infraschalls unmittelbar in seiner Gesundheit betroffen. Nach umfangreicher Ermittlung

# Einigung zur Kraftwerksstrategie – den Weg bereitet für Wasserstoffkraftwerke?

Rechtsanwalt Paul Philipp Breunig



“

Paul Philipp Breunig ist bei Blanke Meier Evers in den Bereichen Energierecht, Vertragsrecht und Internationaler Anlagenbau tätig.

”

Herkunft, inklusivem blauem Wasserstoff, betrieben werden. Wann die Ausschreibung erfolgen soll, ist bisher nicht näher festgelegt.

Über die kurzfristige Ausschreibung von H2-ready-Kraftwerkskapazitäten hinaus sieht die Einigung vor, dass die Förderung von neuen Technologien im Rahmen der Energieforschung, die Ausschreibung von Langzeitspeichern sowie der Abbau von regulatorischen Hemmnissen für betroffene Kraftwerke und Elektrolyseure vorangetrieben werden soll. Konkrete Maßnahmen sind hier bisher nicht benannt worden.

Im Gegensatz zur Einigung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) mit der Europäischen Kommission aus dem August 2023 klingt die jetzt bekanntgegebene Einigung zum Ausbau der Wasserstoffkraftwerke ernüchternd. Noch im August hatte man sich darauf geeinigt, dass mittels neuer Wasserstoff-Sprinter- und Wasserstoff-Hybrid-Kraftwerke 8,8 GW und mittels bis 2035 erfolgreicher Umstellung von H2-ready-Kraftwerken 15 GW zusätzliche Kapazität in Deutschland geschaffen werden können. Von den 15 GW durch H2-ready-Kraftwerke sollten zunächst zwischen 2024 und 2026 10 GW und die restlichen 5 GW danach, eventuell noch im Jahr 2026, ausgeschrieben werden. Vergleicht man damit die jetzt erzielte Einigung, wird deutlich, dass die Kraftwerksstrategie zunächst auf einen zeitigen Zubau von H2-ready-Kraftwerken abzielen wird und die im August angedachten anderen beiden Kraftwerksformen hin-

tenanstehen.

Dadurch wird der Ausbau von schnell zu verwirklichenden Technologien in Form der H2-ready-Kraftwerke gefördert. Dies kann dazu beitragen, dass der Startschuss für den Ausbau der Wasserstoffkraftwerksinfrastruktur ausschreibungsseitig zeitnah gelegt werden kann. Gleichzeitig bleibt aber zu beachten, dass die Technologie darauf aufbaut, zunächst mit Erdgas betrieben zu werden, bevor die Umstellung auf Wasserstoff erfolgt. Außerdem erscheint eine Umstellung erst spätestens 2040 und dann gegebenenfalls auch nur auf Betrieb mit blauem Wasserstoff nicht zielführend für die Förderung der Treibhausgasneutralität bis ins Jahr 2045. Vor diesem Hintergrund ist auch zu kritisieren, dass in der Einigung von Anfang Februar 2024 noch zu viele Lücken bleiben, die es jetzt kurzfristig zu schließen gilt, insbesondere für grüne Wasserstoffkraftwerksprojekte und generell die Versorgung mit ausreichend Wasserstoff. In diesem Zusammenhang ist auch besorgniserregend, dass das Bundesverkehrsministerium kürzlich alle Bewilligungen für Gelder für Förderprojekte im Bereich Wasserstoff ausgesetzt hat. Diese offenen Lücken gilt es seitens der Bundesregierung schnellstmöglich zu schließen, um den Ausbau der Wasserstoffinfrastruktur zeitnah mit den Zielen der Treibhausgasneutralität in Einklang zu bringen.

Bundeskanzler Olaf Scholz, Wirtschaftsminister Robert Habeck und Finanzminister Christian Lindner haben sich Anfang Februar 2024 auf die wesentlichen Elemente der Kraftwerksstrategie für die Transformation des Energiesektors geeinigt.

Diese Einigung sieht konkret vor, dass kurzfristig neue Kraftwerkskapazitäten im Umfang von bis zu 4 mal 2,5 GW in Form von H2-ready-Gaskraftwerken ausgeschrieben werden sollen. Diese Kraftwerke sollen nach der Einigung übergangsweise mit Erdgas betrieben und zwischen 2035 und 2040 vollständig auf die Erzeugung von Strom mittels Wasserstoffs umgestellt werden. Der genaue Zeitpunkt für die Umstellung wird aber erst 2032 festgelegt. Die „Farbe“ des Wasserstoffs soll zunächst nicht vorgeschrieben werden. Die Kraftwerke sollen vorrangig mit grünem Wasserstoff, können aber auch mit Wasserstoff anderer

durch einen Sachverständigen, der keine entsprechenden relevanten Wirkungen ermitteln konnte, wurde dennoch geklagt. Das Oberverwaltungsgericht hat im Wesentlichen festgehalten, dass die in Nr. A. 1.5 TA-Lärm vorgesehene Ermittlung und Bewertung tieffrequenter Geräusche nach der DIN 45680, Ausgabe März 1997, nicht überholt sei und die entsprechenden Anhaltswerte zur Beurteilung von schädlichen Umwelteinwirkungen herangezogen werden können. Da die entsprechenden Werte nicht erreicht waren, blieb der Antrag des Nachbarn auf Zulassung der Berufung erfolglos.

## Nicht scheu werden

*Oberverwaltungsgericht Münster, Urteil vom 19. Januar 2024 - 22 D 83/23*

Die Auswirkungen von Windenergieanlagen auf Pferdehaltung und/oder -zuchtbetriebe sind nicht selten Gegenstand von rechtlichen Auseinandersetzungen. Das Oberverwaltungsgericht hat festgehalten, dass eine besondere Schutzwürdigkeit nicht angenommen werden kann, weil eine negative Wirkung auf Tierbestände, hier war insbesondere zum Schat-

tenwurf vorgetragen, nicht erkennbar sei. Relevante Beeinträchtigungen der Tiergesundheit seien bislang nicht aufgefallen, zudem ergebe eine unsystematische Befragung der Universität Bielefeld, dass keine relevanten Beeinträchtigungen von Pferden berichtet worden sind. Die Klage des Pferdehalters blieb erfolglos.

## Vorbelastung Freileitung

*Oberverwaltungsgericht Münster, Urteil vom 12. Januar 2024 - 8 D 92/22*

Nicht selten werden Windenergieanlagen in Flächen errichtet, die durch eine Freileitung vorbelastet sind. Jedoch gehen bei feuchter Witterung von der Freileitung Schallemissionen aus. Diese sogenannten Korona-Geräusche sind jedoch explizit im EnWG, in einer eher versteckten Norm (§ 49 Abs. 2b EnWG), als seltene Ereignisse gesetzlich markiert. Insoweit kommt es nach Nr. 3.2.1 Abs. 2 TA-Lärm auf die Ermittlung der entsprechenden Vorbelastung nicht an und sie führen nicht zu einer Erhöhung der Gesamtbelastung durch die Windenergieanlagen. Diese erst am 29. Juli 2022 in Kraft getretene Norm hat so auch Rückwirkungen auf

die Zulässigkeit von Windenergieanlagen im Umfeld der Freileitung.

## Schiedsgerichtsverfahren: Begleichung Forderung nach Eingang des Schiedsspruchs

*Bundesgerichtshof, Beschluss vom 26. Oktober 2023 - I ZB 14/23*

Nach Eingang des Schiedsspruchs und vor Stellung eines Aufhebungsantrags zur Beseitigung des Schiedsspruchs hatte die Antragsstellerin, eine Firma für die Beschaffung und Lieferung von Fundamenten für Offshore-Windparks, eine Zahlung an die Gegenpartei, eine Offshore-Windpark-Projektgesellschaft, geleistet. Der Bundesgerichtshof sah es als nicht hinreichend erwiesen an, dass die Zahlung aus Sicht des Empfängers freiwillig und ohne Vorbehalte geleistet wurde. Ob die Ablehnung des Aufhebungsantrags in Bezug auf die Zahlungsverpflichtung der Antragsstellerin rechtmäßig war, muss daher nach Klärung der genauen Sachverhaltsumstände und deren Bewertung neu entschieden werden.



## 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 25 Rechtsanwälte, von denen sich 15 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*
- **Dr. Fritz Hänsel**  
*Bankrecht, Insolvenzrecht, Unternehmensanierung*
- **Daniel Ihme**  
*Vertragsgestaltung, Energierecht*
- **Lisa Jakob**  
*Energierecht, Recht der Erneuerbaren Energien, Vertragsrecht*
- **Paul Philipp Breunig, LL.B**  
*Energierecht, Vertragsrecht, Internationaler Anlagenbau*

### 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

### Layout und DTP:

Stefanie Schürle