



31. Spreewind-Windenergietage 2023

Neue Gesetze und Trends weitergedacht: Konsequenzen für Ihre Wind-Planung und Flächensicherung

9. November 2023, Potsdam



Lietzenburger Straße 51, 10789 Berlin
www.tettaupartners.de



Das anwaltliche Team der **tettau Partnerschaft**

Entschieden für Erneuerbare!



Philipp v. Tettau



Marion Westphal-Hansen



Michael Rolshoven



Dominik Hanus



Anja Purwins



Philipp Martens



Katharina zu Solms-Laubach



Die drei Säulen unserer Tätigkeit

Planungs- und Genehmigungsrecht

Regional- und Bauleitpläne
Naturschutz
Genehmigungsverfahren
Verwaltungsprozesse

Vertrags- und Immobilienrecht Energierrecht

Nutzungsverträge / Dingliche Sicherung
Hersteller- und sonstige Spezialverträge
Energierrecht
Zivilprozesse

Transaktionen Strukturierungen

SPAs
Projektkaufverträge
GU- und GÜ-Verträge
Kooperationen
Due Diligences
Gesellschaftsstrukturierungen



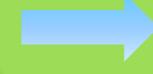
Block A – Neues im Planungs- und Genehmigungsrecht



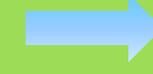
I. Überblick: Ausgewählte Strukturen der Wind-an-Land-Gesetzgebung



II. EU-Notfall-VO: Wie hilft § 6 WindBG?



III. Kartierung der Avifauna, Umweltverträglichkeitsprüfung und Öffentlichkeitsbeteiligung – alles entbehrlich?



IV. Repowering: Taugen die Neuregelungen (§§ 249e BauGB, § 16b BImSchG, § 45b BNatSchG) in der Praxis?



V. Kommunale Öffnungsklausel: Wann und wie können Gemeinden neue Windflächen ausweisen?



VI. Wie beschleunigen Sie Planungs- und Gerichtsverfahren? Vereinfachungen beim Vorbescheid? Bonus: Zubaufälle



Block B – Trends in der Flächensicherung



Pause (ca. 15 Minuten)



VII. Brauchen wir künftig noch Kabel- und Wege-Verträge?



VIII. Wird die dingliche Sicherung „ein Kinderspiel“?



XI. Beteiligungsoptionen für Eigentümer – bei Wind und PV identisch??



I. Überblick: Ausgewählte Strukturen der Wind-an-Land-Gesetzgebung



Die sog. Wind-an-Land-Gesetzgebung im Überblick

Die Kür: Regelungen für das Repowering

- **Keine** Ausschlusswirkung von Bestands- und Neuplänen mit Inkrafttreten bis 01.02.2024 (...jedoch: Unklarheiten durch „Grundzüge der Planung“...)
- **Keine** Entprivilegierung durch Neupläne nach WindBG bis **Ende 2030**

Die Ausgestaltung: Das BauGB mit

- der **Entprivilegierung** außerhalb der Flächenbeitragswerts-Gebiete
- der Option zur **Re-Privilegierung** durch die Kommunen
- der fortgeltenden Befugnis für die Länder zur **max.-1-km-Entprivilegierung**
- **Erleichterungen** für die Planung
- **Beschleunigungsregelungen** für die Vorhaben während der **Planaufstellung**
- 2H als Regelabstand bzgl. der **opt. bedrängenden Wirkung**

Die Basis: Das WindBG mit den Flächenbeitragswerten und -Fristen

- Auch ca. **30 %** Schwund sollen die Ausbauziele **nicht** gefährden

Später ergänzt: Die Befugnis zum **Erhöhen** und **Vorziehen** durch die **Länder**



Soll-Stand nach RED III: In Beschleunigungsgebieten

- sind vssl. **keine** erheblichen Umweltauswirkungen zu erwarten (Ausweisungs-VSS)
- **hat** eine **SUP** und – wenn erf. – **FFH-Verträglichk.-Pr.** stattgefunden
- sind **Regeln für wirksame Minderungsmaßnahmen** vorhanden

Dann

- wird „**davon ausgegangen**“, das Vorhaben mit EU-Umweltrecht **vereinbar** ist
- ... etc.

Ist-Stand in Windenergiegebieten mit SUP: § 6 WindBG führt dazu, dass

- **keine UVP** erforderlich ist und
- **modifizierte** Artenschutzprüfung stattfindet.

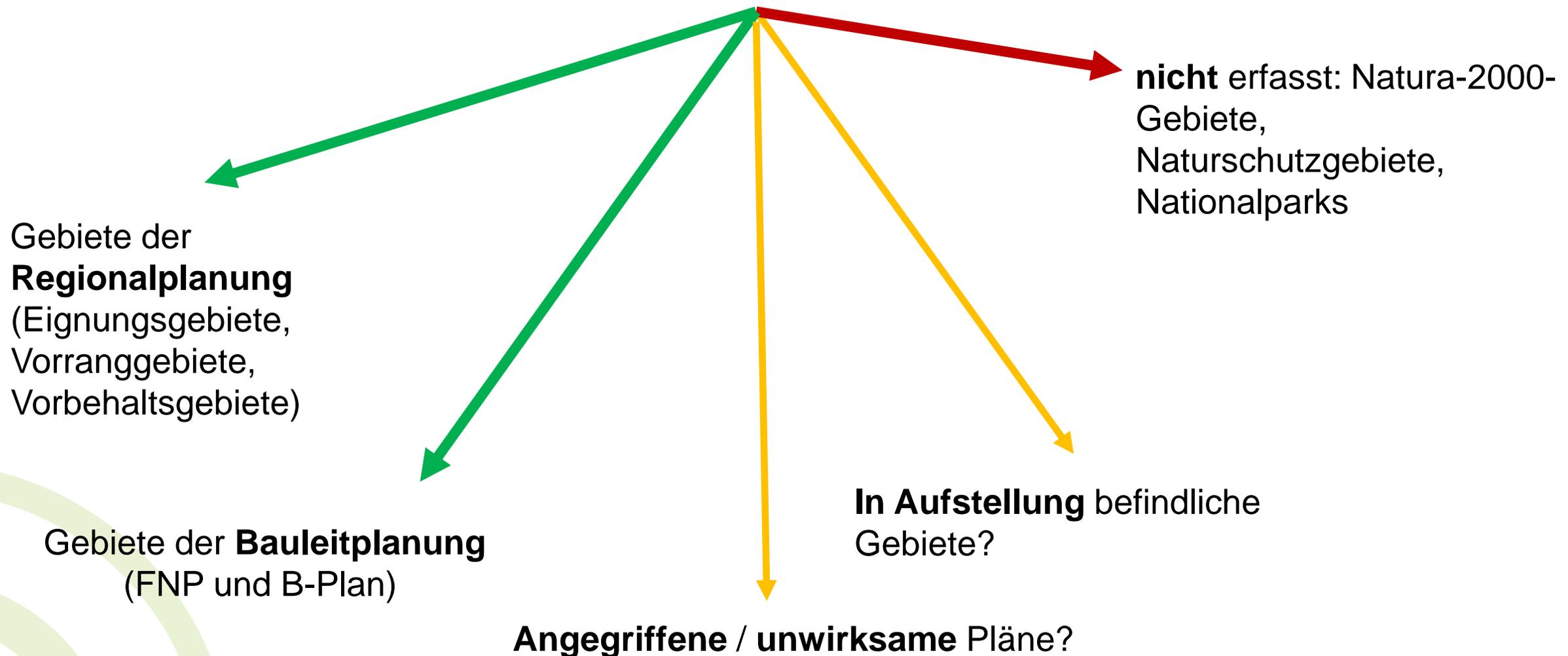
Wirkung: „Eine **Versagung** der Genehmigung (...) aus Gründen des besonderen Artenschutzes (...) ist daher nach § 6 WindBG **nicht möglich.**“ (Vollzugsempf. BMWK, 3.2.4)

Ist-Stand überall: Regional- und Flächennutzungsplanung wirken

- **stark nach außen** (wenn Ausschlusswirkung)
- und **eher schwach nach innen** (keine erhebliche Verstärkung der Privilegierung durch Planausweisung)



„Ausgewiesene Windenergiegebiete“ für § 6 WindBG



Windenergiegebiete: Rechtzeitige Ausweisung (Vollzugsempfehlung BMWK „VZE“, 2.1.3)



Prognose der Behörde erforderlich, ob Plan bis Abschluss Genehmigungsverfahren **hinreichend wahrscheinlich** in Kraft sein wird

„**regelmäßig nur**“, wenn Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung erfolgt ist

Wenn nicht, kann Antrag **ruhend** gestellt werden

... oder Fortsetzung Genehmigungsverfahren **mit** evtl. UVP und “normaler“ Artenschutzprüfung



Beantrage ich „nach § 6 WindBG“ wenn rechtzeitiges Inkrafttreten der Ausweisung Windenergiegebiet **unklar** ist?

➤ **Einbeziehen** werde ich u. a.:

- „Eigentlich“ lässt § 6 Abs. 1 S. 1 **keine Wahl** ⇒ wenn die VSS vorliegen, **ist** er anzuwenden; Grund u. a. : **Öff. Interesse** an Beschleunigung! (VZE Ziff. 3.1)
- Aber: Bei Unklarheit über rechtzeitiges Inkrafttreten Windenergiegebiet lässt VZE das „gestreckte“ Verfahren ohne § 6 zu („Auf **Verlangen** des Antragstellers kann, solange der Plan noch nicht ausgewiesen ist, daher **jederzeit** ins reguläre Verfahren gewechselt werden.“ Ziff. 2.1.3; Voraussetzung: **Beschleunigungschance**)
- Also **Prognose** über Dauer des Planverfahrens und Beschleunigung erforderlich
- Evtl. auch Prognose u.a. über etwaige Angriffe gegen den Plan und/oder meine Genehmigung erforderlich



II. EU-Notfall-VO: Wie hilft § 6 WindBG?



Rechtsfolgen nach § 6 WindBG im Überblick

UVP entfällt

auch keine UVP-
Vorprüfung und auch
keine freiwillige UVP

Artenschutzprüfung nach § 44 ff. BNatSchG **entfällt**,
stattdessen „**modifizierte** artenschutzrechtliche Prüfung“
(VZE Ziff. 3.2)

**oder /
und (eingeschränkt)**

Geeignete und verhältnismäßige
Minderungsmaßnahmen

Artenschutzabgabe als
jährliche Zahlung

Ziel: WEA-Genehmigung wird stets erteilt

Modifizierte artenschutzrechtliche Prüfung / Ausgewählte Unterschiede / 1



Kriterium	Prüfung gem. §§ 44 ff. BNatSchG	Modifizierte Prüfung gem. § 6 WindBG
Kartierungen und Auswertungen (AFB etc.)	Von Antragstellenden durchzuführen und vorzulegen	Keine Verpflichtung hierzu, „ freiwillig “ (VZE 3.2)
Behördliche Auskunft über vorhandene Daten	Auskunftspflichten unklar, jedenfalls unterschiedlich gehandhabt	Behörde teilt Antragstellenden mit, „ ob und welche Daten “ vorliegen (VZE 3.2, 3.2.1)
Maßnahmenkonzept	Praxis: Wird von Antragstellenden geplant und vorgelegt	Antragstellende/r „ hat “ geeignete und verhältnismäßige Minderungsmaßnahme darzustellen und vorzulegen (VZE 3.2)

Modifizierte artenschutzrechtliche Prüfung / Ausgewählte Unterschiede / 2



Kriterium	Prüfung gem. §§ 44 ff. BNatSchG	Modifizierte Prüfung gem. § 6 WindBG
Artenschutzrechtliche Prüfung	Gemäß §§ 44 ff. BNatSchG, insbesondere § 45b BNatSchG für Tötungs- und Verletzungsverbot	Siehe links(!) (VZE 3.2.2.1) Wenn kein Verstoß zu erwarten: Keine Minderungsmaßnahmen, keine Zahlungen ➤ Also auch bei § 6 WindBG kein Automatismus bzgl. Maßnahmen oder Zahlungen

Modifizierte artenschutzrechtliche Prüfung / Ausgewählte Unterschiede / 3



Kriterium	Prüfung gem. §§ 44 ff. BNatSchG	Modifizierte Prüfung gem. § 6 WindBG
Zahlungen in Artenhilfsprogramm	Gemäß § 45d Abs. 2 S. 1 BNatSchG, wenn Ausnahme ohne Anordnung von Maßnahmen zur Sicherung des Erhaltungszustands der betreffenden Art zugelassen	<p>Zahlungen zu leisten, wenn und <u>soweit</u></p> <ul style="list-style-type: none">➤ keine Daten vorhanden oder➤ keine geeigneten oder verhältnismäßigen Minderungsmaßnahmen verfügbar sind <p>Deshalb auch Kombinationen aus Maßnahmen und Zahlungen möglich;</p> <p>Bei Anordnung der Höchstzahlung von 3.000 EUR / MW / Jahr nur Mind.-Maßnahmen mit Invest. bis 17.000 EUR / MW und Fledermausabschaltungen zul.</p> <p>Bei hinreichenden Daten und hinreichenden Maßnahmen hingegen keine Zahlungen erforderlich.</p> <p>(alles VZE 3.2.3)</p>



Zahlungen in Artenhilfsprogramme

seT zu **bejahen** und keine Maßnahmen zur **hinreichenden Absenkung** verfügbar?

ja



Abregelung (irgendeine) als Schutzmaßnahme für **Vögel** (irgendwelche) angeordnet?

ja

nein

Schutzmaßnahmen mit **Investitionskosten**

ja

> 17k EUR / MW
angeordnet?

450 EUR / MW
und Jahr



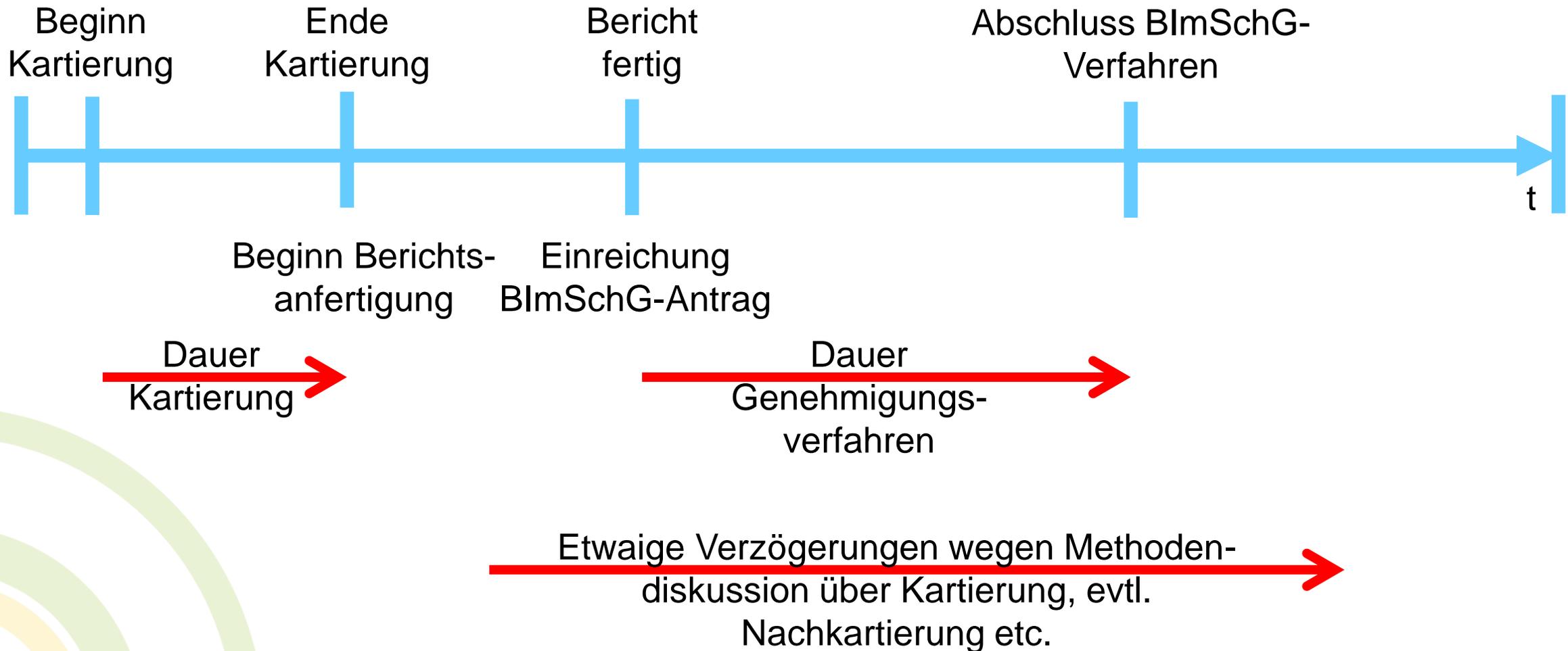
nein



3k EUR / MW und Jahr

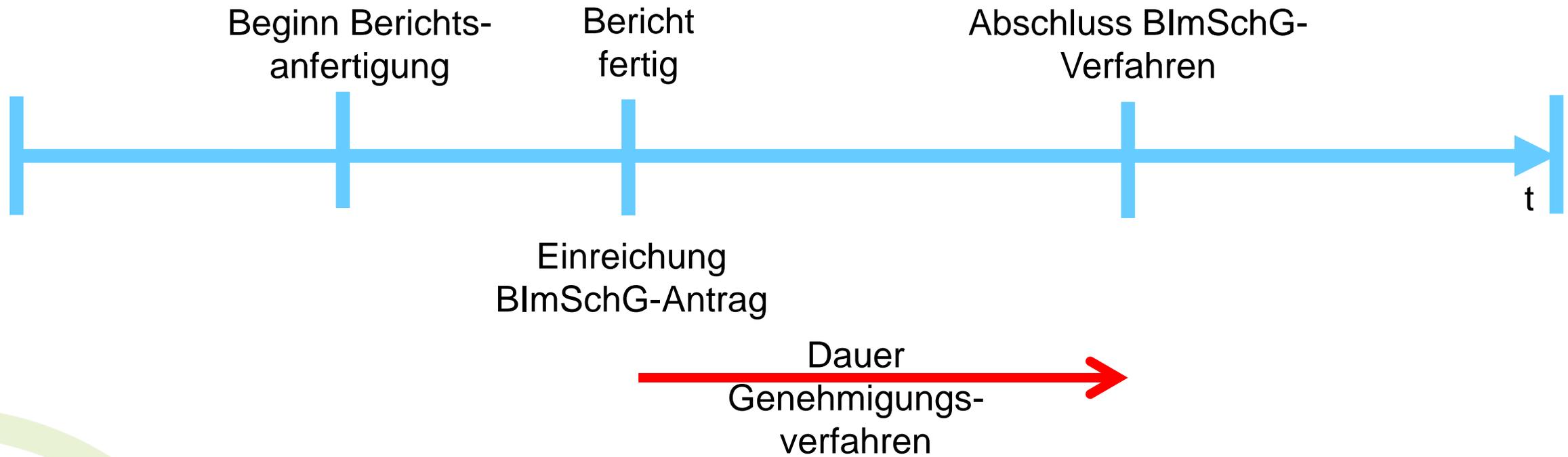


Beschleunigungspotenzial durch modifizierte Artenschutzprüfung ohne § 6 WindBG





Beschleunigungspotenzial durch modifizierte Artenschutzprüfung mit § 6 WindBG





III.
Kartierung der Avifauna,
Umweltverträglichkeitsprüfung und
Öffentlichkeitsbeteiligung – alles
entbehrlich?



Kartierungen entbehrlich?

Es gibt keinen Fall Ablehnung wegen Artenschutz:



„Pointe“ des § 6 WindBG

UVP entfällt

Artenschutzprüfung entfällt, stattdessen...

Geeignete und verhältnismäßige **Minderungsmaßnahme**,
und zwar „auf Grundlage vorhandener Daten“

Artenschutzabgabe

als jährliche
Zahlung

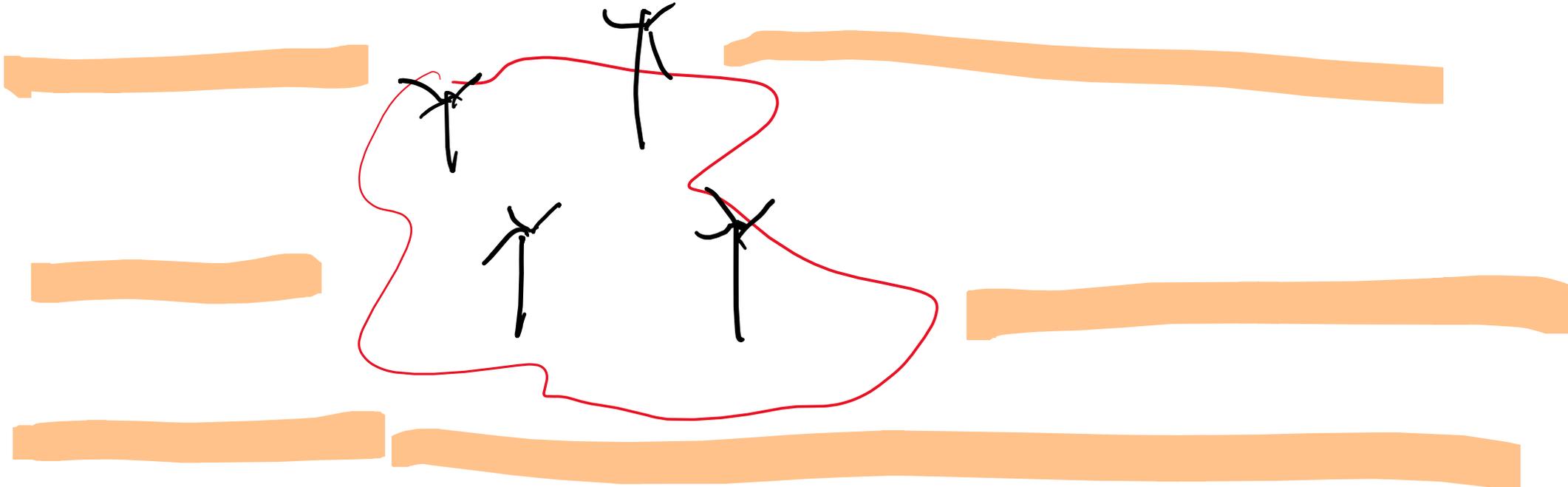
450 EUR/MW, bei Abregelung oder
Investitionskosten von 17 TEUR je MW

...ansonsten
3 TEUR je MW

**stets: WEA-
Genehmigung
wird erteilt**



Fallbeispiel aus Schleswig-Holstein (Zugvögel)



Gemäß Regionalplan für den **Planungsraum I** Kap. 5.8 (Windenergie an Land) (2020) liegt das Plangebiet in einem **Vorranggebiet** für Windenergienutzung. Gleichzeitig befindet sich hier eine **Hauptachse des überregionalen Vogelzugs** mit hohem Konfliktrisiko sowie einem Wiesenvogelbrutgebiet mit hoher Bedeutung.



Regionalplanung / Ausschlussplanung in Schleswig-Holstein

SH, PlanungsR I

OVG Schleswig, Urt.
vom 22.03.2023 – 5 KN

53/21 (PlanR I):

→ unwirksam (aber
BVerwG steht aus)

anders:

PlanungsR II

Urt. v. 07.06.2023 –
5 KN 42/21 (PlanR II):

→ wirksam



PlanungsR III

OVG-Urteil
steht aus

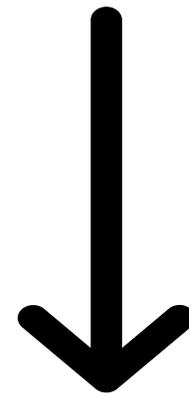


Fallbeispiel aus Schleswig-Holstein (Vogelzug)

Vorher: Ausgangsgenehmigung aus **Febr. 2023**, noch mit folgender **Nebenbestimmung:**

2.2.1 Zur Vermeidung artenschutzrechtlicher Konflikte bezogen auf die Hauptachsen des überregionalen Vogelzugs (Wasservogelzug) ist die Windkraftanlage in den Zeiträumen vom 15. bis 31. Mai und 15. Juni bis 30. September von 1 Stunde vor Sonnenuntergang bis 1 Stunde nach Sonnenaufgang abzuschalten.

dann:
Änderungsantrag
nach § 6 WindBG:





- **Jetzt:** Änderungsgenehmigungsbescheid nach § 6 WindBG aus **Sept. 2023**

Diese Genehmigung umfasst die Aufhebung der Betriebsbeschränkung in der Inhaltsbestimmung 2.2.1 der Genehmigung vom 8. Februar 2023 mit dem Aktenzeichen **G40/2022/120**, welche dem Schutz des Vogelzugs dient. Alternativ wird mit diesem Bescheid gemäß § 6 Absatz 1 Satz 5 des Gesetzes zur Festlegung von Flächenbedarfen für Windenergieanlagen (Flächennutzungsplanungsgesetz – WindBG) eine Zahlung festgesetzt.

Die Anlage ist gemäß den un

stellen.

1.2 Naturschutz

Für die mit dem Betrieb der Windkraftanlage WKA Nr. W4 (Az.: **G40/2023/152**) einhergehende Beeinträchtigung des Vogelzugs, ist eine Zahlung im Sinne des § 6 Absatz 1 Satz 7 Nr. 2 WindBG erforderlich. Die Summe in Höhe von insgesamt 18.000,00 € ist spätestens zwei Wochen vor Inbetriebnahme und im Anschluss jährlich für die Dauer des Betriebs auf das folgende Konto der Bundeskasse zu überweisen:

Empfänger:	Bundeskasse Halle/Saale
IBAN:	DE38 8600 0000 00860 010 40
BIC:	MARKDEF1860
Bank:	BBk Leipzig (DEUTSCHE BUNDESBANK Filiale Leipzig)
Kassenzeichen:	1180 0601 5790



Kartierung der Avifauna für WEA-Vorhaben noch erforderlich?

- **Jenseits der Windenergiegebiete – Kartierung erforderlich**
- **Innerhalb der Windenergiegebiete eine Einzelfallfrage:**

contra

- wenn keine AFB vorliegt oder problematische Kartierung / sonstige Daten vorliegen
 - wenn absehbar 3.000 EUR pro MW unternehmerisch die bessere Variante bildet
 - Wenn Antrag absehbar erst nach dem 30. Juni 2024 eingereicht werden kann?

pro

- falls Windenergiegebiet „wegfallen“ könnte (z.B. laufende Normenkontrolle gegen FNP oder Reg-Plan, z.B. Planungsraum I in SH)
 - falls Kartierung absehbar Schutzmaßnahmen entbehrlich machen (z.B. RNA beim Seeadler)



Öffentlichkeitsbeteiligung (und UVP) entbehrlich?



BVerwG, Beschluss vom 08.12.2022 – 7 B 9.22 (vereinfachtes Genehmigungsverfahren)

➤ **Worum geht es?**

- Vereinfachtes Verfahren (ohne UVP und Ö-Beteiligung): **7 WEA genehmigt**
- **Öffentl. Bekanntmachung** der Genehmigung, mit **Rechtsmittelfrist**
- **Nachbarklage** gegen WEA-Genehmigung, erst nach Fristablauf
- Zuvor schon: OVG Bautzen, Urteil vom 11.11.2021 – 1 A 452/20 und OVG Mannheim, Beschluss vom 07.03.2019 – 8 B 1343/09: Bestandskraft der Genehmigung, Widerspruch sei nach einem Monat verfristet; **a.A. Teile der Lit. u. Rspr.**

→ Erhebliche Unsicherheit bei Finanzierung wegen etwaig fehlender UVP!



➤ **Die Entscheidung („kleiner Paradigmenwechsel“)**

- Auch eine WEA-Genehmigung, die ohne Öffentlichkeitsbeteiligung (und damit ohne UVP) ergeht, **wird einen Monat nach Bekanntmachung im Amtsblatt mit Rechtsmittelbelehrung gegenüber jedermann bestandskräftig!**
- Damit gehen Widerspruch und Klage von Nachbar und auch Umweltvereinigungen einen Monat nach Bestandskraft ins Leere

→ **UVP und Öffentlichkeitsbeteiligung – Stand heute – in der Regel entbehrlich!**

→ **Drängen Sie bei Behörde auf öffentliche Bekanntmachung der Genehmigung**

Mandanteninfo mit Details und Beschluss:

<https://www.tettaupartners.de/news-detail/bundesverwaltungsgericht-verzicht-auf-%C3%B6ffentlichkeitsbeteiligung-als-planungsoption.html>



Bonus: OVG Greifswald, Beschluss vom 09.10.2023 - 1 R 307/23 (Schwarzstorch)

➤ Worum geht es?

- Genehmigungsantrag für 9 WEA aus 2/2018
 - Untätigkeitsklage aus 6/2019
 - Ablehnungsbescheid aus 12/2019 wegen Regionalplan-Entwurf, Schwarzstorch, Rotmilan und Biotopen
 - VG Schwerin verurteilt zur Neubescheidung in 5/2022, rechtskräftig
 - Vollstreckungsantrag von VG Schwerin in 6/2023 abgelehnt (!): Novelle des BNatSchG und in unter 3km liegender neuer Schwarzstorchhorst stehe Bescheidung entgegen
- Beschwerde zum OVG ...



Zum Schwarzstorch

Zwar ist es richtig – dies ist zwischen den Beteiligten auch unstrittig –, dass eine signifikante Erhöhung des Tötungs- und Verletzungsrisikos – und damit ein Verstoß gegen das Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG – durch den Betrieb von WEA mit Inkrafttreten des Vierten Gesetzes zur **Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes** ... hinsichtlich der Art des **Schwarzstorches (Ciconia nigra) nicht mehr zu prüfen ist**. Gemäß § 44 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 Satz 2 BNatSchG i. V. m. § 45b Abs. 1 bis 5 BNatSchG knüpft die fachliche Beurteilung, **ob** das Tötungs- und Verletzungsrisiko nach § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG für Exemplare **kollisionsgefährdeter Brutvogelarten** im Umfeld ihrer Brutplätze durch den Gemäß § 44 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 Satz 2 BNatSchG i. V. m. § 45b Abs. 1 bis 5 BNatSchG Betrieb von WEA signifikant erhöht ist, an die in Anlage 1 Abschnitt 1 BNatSchG **aufgelisteten kollisionsgefährdeten Brutvogelarten** an. In der Auflistung ist der **Schwarzstorch nicht enthalten**.



IV.

Repowering: Taugen die Neuregelungen (§§ 249e BauGB, § 16b BImSchG, § 45b BNatSchG) in der Praxis?

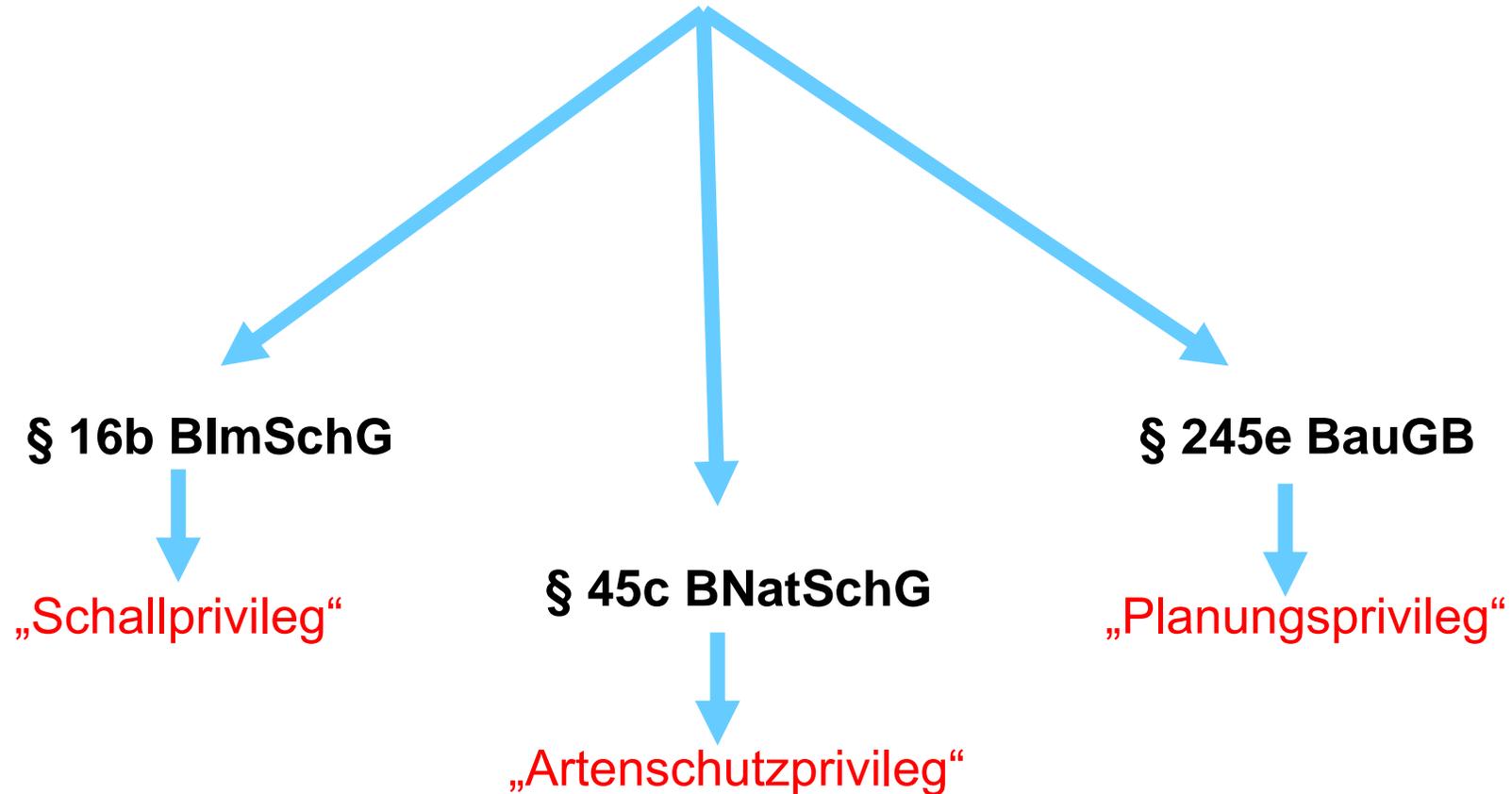


Koalitionsvertrag der „Ampel-Koalition“ (2021)

... Wo bereits Windparks stehen, muss es ohne großen Genehmigungsaufwand möglich sein, alte WEA durch neue zu ersetzen. ...



Überblick: Gesetzliche Grundlagen/Neuregelungen des Repowering



... zu den drei Regelungen im Einzelnen:



§ 16b BImSchG (2022)



§ 16b BImSchG

Repowering von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien

(1) Wird eine Anlage zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien modernisiert (Repowering), müssen auf Antrag des Vorhabenträgers **im Rahmen des Änderungs-genehmigungsverfahrens nur** Anforderungen **geprüft** werden, soweit durch das Repowering **im Verhältnis zum gegenwärtigen Zustand** unter Berücksichtigung der auszutauschenden Anlage **nachteilige Auswirkungen** hervorgerufen werden und diese für die Prüfung nach § 6 **erheblich** sein können.

- Betrifft nicht nur WEA (vgl. EU-NotfallVO)
- Anknüpfung an Bestandsanlage: Antragsteller und Bestandsanlagenbetreiber dieselbe Person? (**Stichwort: „Betreiberidentität“**, str.)
-

→ in der Praxis genügt Verfügungsgewalt über die Bestand-WEA



(3) Die Genehmigung einer **WEA** im Rahmen einer Modernisierung nach Abs. 2 darf nicht versagt werden, wenn nach der Modernisierung nicht alle **Immissionsrichtwerte** der TA Lärm eingehalten werden, wenn aber

1. der Immissionsbeitrag der WEA nach der Modernisierung niedriger ist als der Immissionsbeitrag der durch sie ersetztten WEAn und
2. die WEA dem Stand der Technik entspricht.

- Spezialregelung für WEA
 - Praktisch „Privileg“ für (Schall- und Schattenwurf-) Immissionen („**Schallprivileg**“);
Stichworte: „LAI-Interimsverfahren“ statt früher: Alternatives Verfahren
- In der Praxis von Behörden angewandt („Deltabetrachtung“)



§ 45c BNatSchG (neu)



(2) Der Umfang der artenschutzrechtlichen Prüfung wird durch das Änderungsgenehmigungsverfahren nach § 16b Abs. 1 BImSchG nicht berührt. Die Auswirkungen der zu ersetzenden Bestandsanlagen müssen bei der artenschutzrechtlichen Prüfung als **Vorbelastung** berücksichtigt werden. Dabei sind insbesondere **folgende Umstände** einzubeziehen:

1. die Anzahl, die Höhe, die Rotorfläche, der Rotordurchgang und die **planungsrechtliche Zuordnung** der Bestandsanlagen,
2. die Lage der Brutplätze kollisionsgefährdeter Arten,
3. die Berücksichtigung der Belange des Artenschutzes zum Zeitpunkt der Genehmigung **und**
4. die durchgeführten Schutzmaßnahmen.

Repowering und Signifikanz-Prüfung („Artenschutzprivileg“)



→ Signifikanzschwelle (Abs. 2) im Rahmen des Tötungsverbots ist „in der Regel“ nicht überschritten, wenn die Auswirkungen der Neuanlagen im Vergleich zu den Auswirkungen der Bestandsanlagen nicht größer sind (Vergleichsbetrachtung bzw. Differenz- oder Delta-Prüfung).

„es sei denn...“: NATURA 2000-Gebiet mit kollisionsgefährdeten oder störungsempfindlichen Vogel- oder Fledermausarten (Entschärfung ggü. dem ursprünglichen Gesetzesentwurf, wo zusätzlich Dichtezentren aufgeführt waren).

- läuft in der Praxis weithin Leer, Unklarheiten bei der „Delta-Prüfung“, Rückgriff auf § 45b BNatSchG (Regelung für Neugenehmigung) meist ausreichend
- Auch hier „Immissionsbetrachtung“, also keine Kartierung erforderlich!? Klärung steht aus (OVG Berlin-Brandenburg)



„Kernregelung“ des § 245e Abs. 3 BauGB



§ 245e BauGB

(3) Die in Abs. 1 Satz 1 genannten Rechtswirkungen gemäß § 35 Abs. 3 Satz 3 können Vorhaben im Sinne des § 16b Abs. 1 und 2 BImSchG ... nicht entgegengehalten werden, **es sei denn**, die **Grundzüge der Planung** werden berührt. Dies gilt nicht, wenn das Vorhaben in einem **Natura 2000-Gebiet** im Sinne des BNatSchG ..., oder in einem Naturschutzgebiet im Sinne des § 23 des Bundesnaturschutzgesetzes verwirklicht werden soll.

➔ Danach stehen Repowering-Vorhaben im Fall des § 16b BImSchG in (= zweifacher Neuanlagenhöhe zur Bestandsanlage) **regelmäßig keine Ausschlusswirkungen** von Plänen entgegen („**Planungsprivileg**“).

- § 249 Abs. 3 BauGB bleibt **bis 31.12.2030 (!) erhalten**, d. h. Privilegierung von Repowering wird nicht durch die Zwischenfeststellung der Flächenziele aufgehoben!



Insbesondere: „Grundzüge der Planung“?

Zu § 245e Abs.3 BauGB sagt die **Gesetzesbegründung**

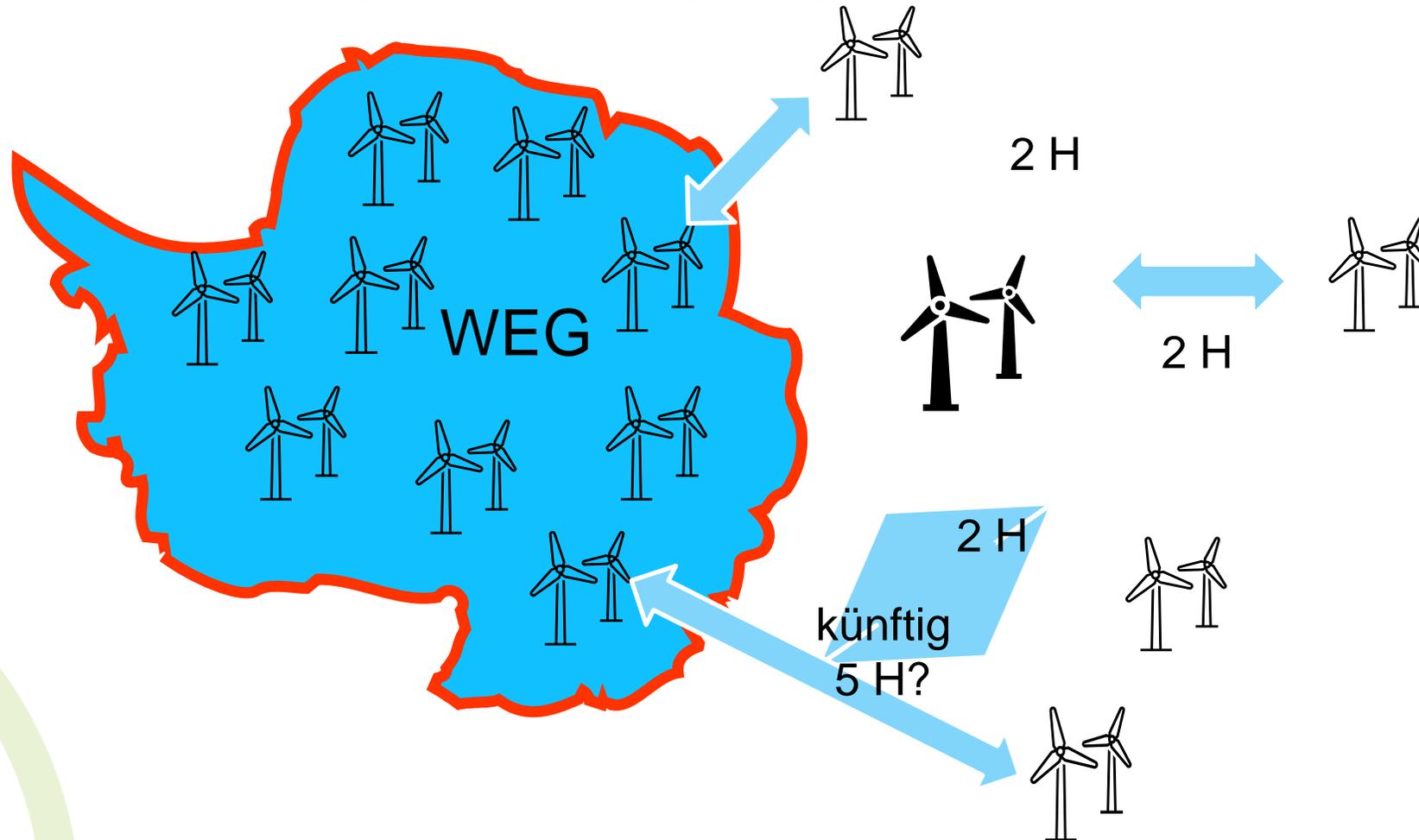
Abs. 3 enthält eine besondere Überleitungsvorschrift zum Repowering von WEA und eine Rückausnahme von Abs. 1. Danach können die gemäß Abs. 1 fortbestehenden Wirkungen gemäß § 35 Satz 3 BauGB Vorhaben zum Zweck des Repowering von WEA in der Regel nicht entgegengehalten werden, sofern die Grundzüge der Planung nicht berührt werden. Hierbei handelt es sich um eine **Umkehr des ansonsten gemäß § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB** in Verbindung mit § 245e Abs. 1 bestehenden Regel-Ausnahme-Verhältnisses. Die Vorschrift **soll es erleichtern, trotz einer planerischen Ausschlusswirkung das sogenannte Repowering von Bestandsanlagen zuzulassen**, ohne den Bestandsplan aufzuheben oder zu ändern. Zur Definition des Repowering wird auf § 16b Absätze 1 und 2 BImSchG verwiesen.

→ **Paradigmenwechsel!**



Beispiel zum Repowering

Außerhalb roter Umrandung:
Ausschlusswirkung oder Entprivilegierung





Kernaussage der Neureglungen:

- Zentraler Baustein zur Erreichung der Ziele des EEG (neben WindBG)

- Im Fall des Repowering sind WEA **auch außerhalb** von
 - bestehenden FNP-**Konzentrationszonen**,
 - bestehenden Regionalplan-**Eignungsgebieten** und
 - künftigen **Windenergieflächen** i. S. des neuen WindBG bis 2030

im Fall des Repowering i.S. des BauGB **zulässig!**

→ Praxis: Behörden stellen sich dem teils entgegen (LK Emsland),
Gerichtsentscheidungen stehen noch aus



Zur Info: Gesetzentwurf, § 16b neu



Neuregelung Repowering - § 16b BImSchG (**Gesetz-ENTWURF**, 18.04.2023)

(1) **Wird** eine Anlage zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien modernisiert (Repowering), **sind** im Rahmen eines Änderungsgenehmigungsverfahrens nur **Anforderungen** zu prüfen, soweit **durch das Repowering im Verhältnis zum gegenwärtigen Zustand** unter Berücksichtigung der auszutauschenden Anlage nachteilige Auswirkungen hervorgerufen werden, die für die Prüfung nach § 6 Absatz 1 erheblich sein können. Die zuständige Behörde beteiligt die Fachbehörde, deren Aufgabenbereich durch das Vorhaben berührt wird, entsprechend § 10 Absatz 5. Zustimmungserfordernisse nach anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften bleiben unberührt. Auf **Antrag** des Vorhabenträgers ist abweichend von dieser Vorschrift das Genehmigungsverfahren nach § 10 oder das vereinfachte **Verfahren nach § 19** durchzuführen.



Neuregelung Repowering - § 16 b BImSchG

(2) Das Repowering umfasst den vollständigen oder teilweisen Austausch von Anlagen oder Betriebssystemen und -geräten zum Austausch von Kapazität oder zur Steigerung der Effizienz oder der Kapazität der Anlage, **unabhängig vom Umfang der baulichen Größenunterschiede, der Leistungssteigerungen oder der Veränderungen der Anlagenanzahl im Verhältnis zur Bestandsanlage**. Bei einem vollständigen Austausch der Anlage sind zusätzlich zu den in Absatz 1 genannten Anforderungen folgende Anforderungen einzuhalten:

1. die neue Anlage wird innerhalb von **48 Monaten** nach dem Rückbau der Bestandsanlage errichtet und
2. der Abstand zwischen der Bestandsanlage und der neuen Anlage beträgt höchstens **das Fünffache der Gesamthöhe der neuen Anlage**.

Die Genehmigungsbehörde kann auf Antrag des Vorhabenträgers die **Frist nach Nr. 1 aus wichtigem Grund verlängern**, wenn hierdurch der Zweck des Gesetzes nicht gefährdet wird.



Neuregelung Repowering - § 16 b BImSchG

(4) Die Genehmigung einer WEA im Rahmen eines Repowering nach Abs. 2 darf nicht versagt werden, wenn während und nach dem Repowering nicht alle Immissionsrichtwerte der technischen Anleitung zum Schutz gegen Lärm eingehalten werden, wenn aber

1. der Immissionsbeitrag der WEA nach dem Repowering **absolut niedriger** ist als der Immissionsbeitrag der durch sie ersetzten Windenergieanlage und
2. die WEA dem Stand der Technik entspricht.

(5) Abweichend von Abs 1 bleibt die Prüfung des Raumordnungs-, Bauplanungs- und Bauordnungsrechts, der Belange des Arbeitsschutzes und des Rechts der Natura 2000-Gebiete nach § 6 Absatz 1 Nummer 2 unberührt. § 45c des BNatSchG ist anzuwenden.

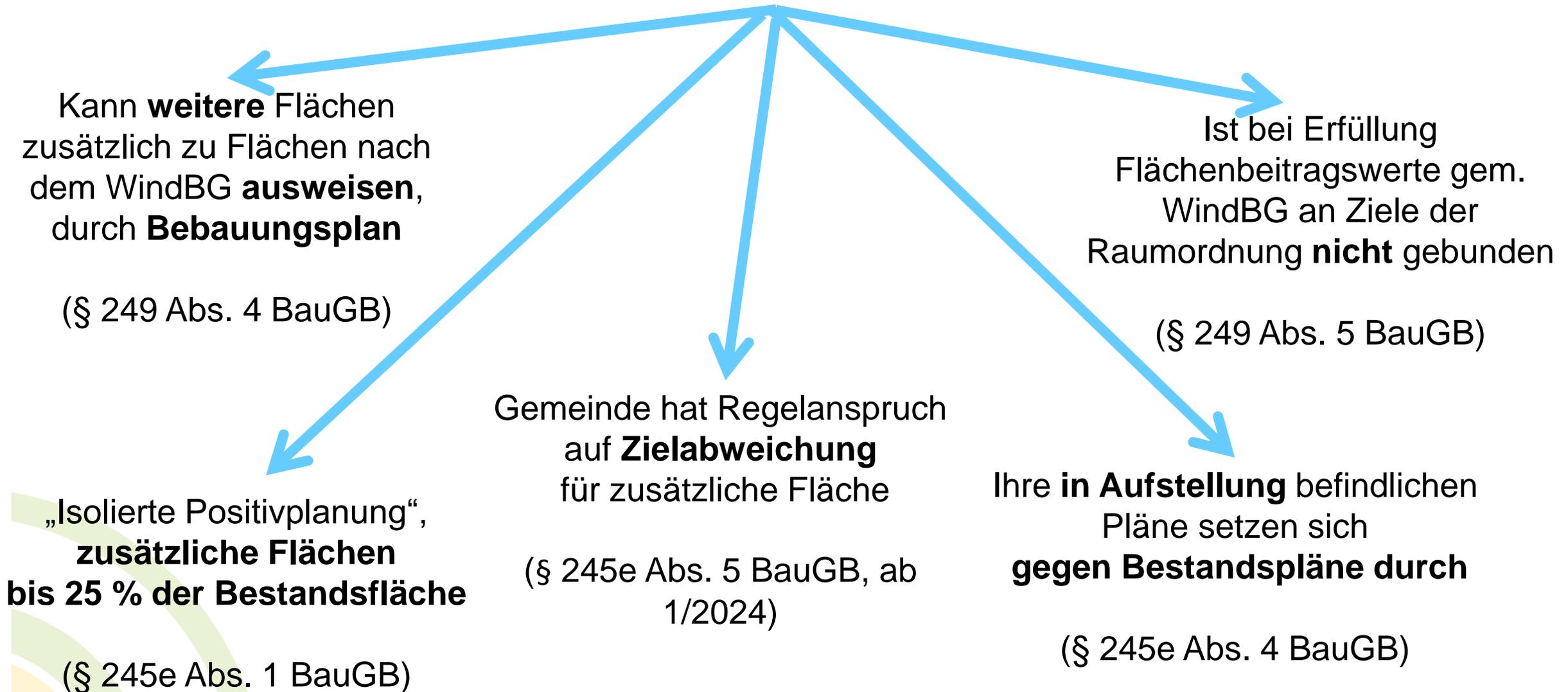
(6) Auf einen Erörterungstermin ist zu verzichten, wenn nicht der Antragsteller diesen beantragt.



V.

Kommunale Öffnungsklausel: Wann
und wie können Gemeinden neue
Windflächen ausweisen?

Kommunale Öffnungsklausel – Erleichterte Ausweisung neuer Flächen





Zusätzliche Flächen trotz Zielerreichung - § 249 Abs. 4 BauGB

Die **Feststellung des Erreichens** eines Flächenbeitragswerts oder Teilflächenziels steht der Ausweisung zusätzlicher Flächen für Vorhaben nach § 35 Absatz 1 Nummer 5, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen, **nicht entgegen**.

- Klarstellung des Gesetzgebers:
 - Positivplanung der Raumordnung kann weiteren Flächen nicht entgegenstehen
 - auch Ausschlussflächenplanung der Raumordnung kann nicht entgegenstehen
 - gem. § 245e Abs. 1 S. 2 BauGB entfällt die Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB bei Erreichen des Flächenbeitragswertes



Keine Bindung an Ziele der Raumordnung - § 249 Abs. 5 BauGB

Der nach § 3 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 oder Nummer 2 des Windenergieflächenbedarfsgesetzes jeweils **zuständige Planungsträger** ist bei der Ausweisung von Windenergiegebieten gemäß § 2 Nummer 1 des Windenergieflächenbedarfsgesetzes an **entgegenstehende Ziele der Raumordnung** oder **entgegenstehende Darstellungen in Flächennutzungsplänen** nicht gebunden, **soweit dies erforderlich** ist, um den **Flächenbeitragswert** im Sinne des § 3 Absatz 1 des Windenergieflächenbedarfsgesetzes oder ein daraus abgeleitetes Teilflächenziel zu erreichen. Wurden Windenergiegebiete unter Anwendung von Satz 1 ausgewiesen, entfallen innerhalb dieser Gebiete die entsprechenden Bindungen auch im Zulassungsverfahren.

- wenig Relevanz für Kommunen
- Steuerung durch Raumordnung in fast allen Bundesländern
- Kommunen nicht „zuständige Planungsträger“ i.S.d. § 249 Abs. 5 BauGB



Aber:

Anspruch auf Zielabweichung ab 14. Januar 2024 - § 245e Abs. 5 BauGB

Plant eine **Gemeinde, die nicht zuständige Planungsträgerin** nach § 249 Absatz 5 in Verbindung mit § 3 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 des Windenergieflächenbedarfsgesetzes ist, vor dem in Absatz 1 Satz 2 genannten Zeitpunkt ein **Windenergiegebiet** gemäß § 2 Nummer 1 des Windenergieflächenbedarfsgesetzes auszuweisen, das **mit einem Ziel der Raumordnung nicht vereinbar ist**, soll ihrem **Antrag auf Abweichung** von diesem Ziel abweichend von § 6 Absatz 2 des Raumordnungsgesetzes **stattgegeben werden**, wenn der Raumordnungsplan an der von der Gemeinde für Windenergie geplanten Stelle kein Gebiet für mit der Windenergie unvereinbare Nutzungen oder Funktionen festlegt.

- in der Regel Anspruch der Kommunen auf Zielabweichung



„Isolierte Positivplanung“ - § 245e Abs. 1 S. 4 BauGB

Werden in einem Flächennutzungsplan oder Raumordnungsplan zusätzliche Flächen für die Nutzung von Windenergie dargestellt, **kann die Abwägung auf die Belange beschränkt werden, die durch die Darstellung der zusätzlichen Flächen berührt werden**. Dabei kann von dem Planungskonzept, das der Abwägung über bereits dargestellte Flächen zu Grunde gelegt wurde, abgewichen werden, sofern die **Grundzüge der Planung** erhalten werden. Von der Wahrung der Grundzüge der bisherigen Planung ist regelmäßig auszugehen, wenn **Flächen im Umfang von nicht mehr als 25 Prozent** der schon bislang dargestellten Flächen zusätzlich dargestellt werden. § 249 Absatz 6 bleibt unberührt.



Planentwürfe setzen sich durch - § 245e Abs. 4 BauGB

Die in Absatz 1 Satz 1 genannten Rechtswirkungen [Anm.: **Ausschlusswirkung** nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB] können Vorhaben nach § 35 Absatz 1 Nummer 5, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen, **nicht entgegengehalten werden**, wenn an der Stelle des Vorhabens in einem **Planentwurf** eine Ausweisung für Vorhaben nach § 35 Absatz 1 Nummer 5, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen, vorgesehen ist, für den Planentwurf bereits eine **Beteiligung** nach § 3 Absatz 2, § 4 des Baugesetzbuchs oder § 9 Absatz 2 des Raumordnungsgesetzes **durchgeführt** wurde und anzunehmen ist, dass das **Vorhaben den künftigen Ausweisungen entspricht**.

➤ Voraussetzungen nicht identisch mit § 33 BauGB

- „So ist die formelle Planreife bereits nach deren erstmaliger Durchführung der Beteiligung zu bejahen“, BT-Drs.: 20/3743, S. 24
- „Ferner gelten die im Hinblick auf § 33 Absatz 1 Nummer 2 angenommenen strengen Anforderungen an die materielle Planreife hier nicht in gleicher Weise.“, BT-Drs.: 20/3743, S. 24

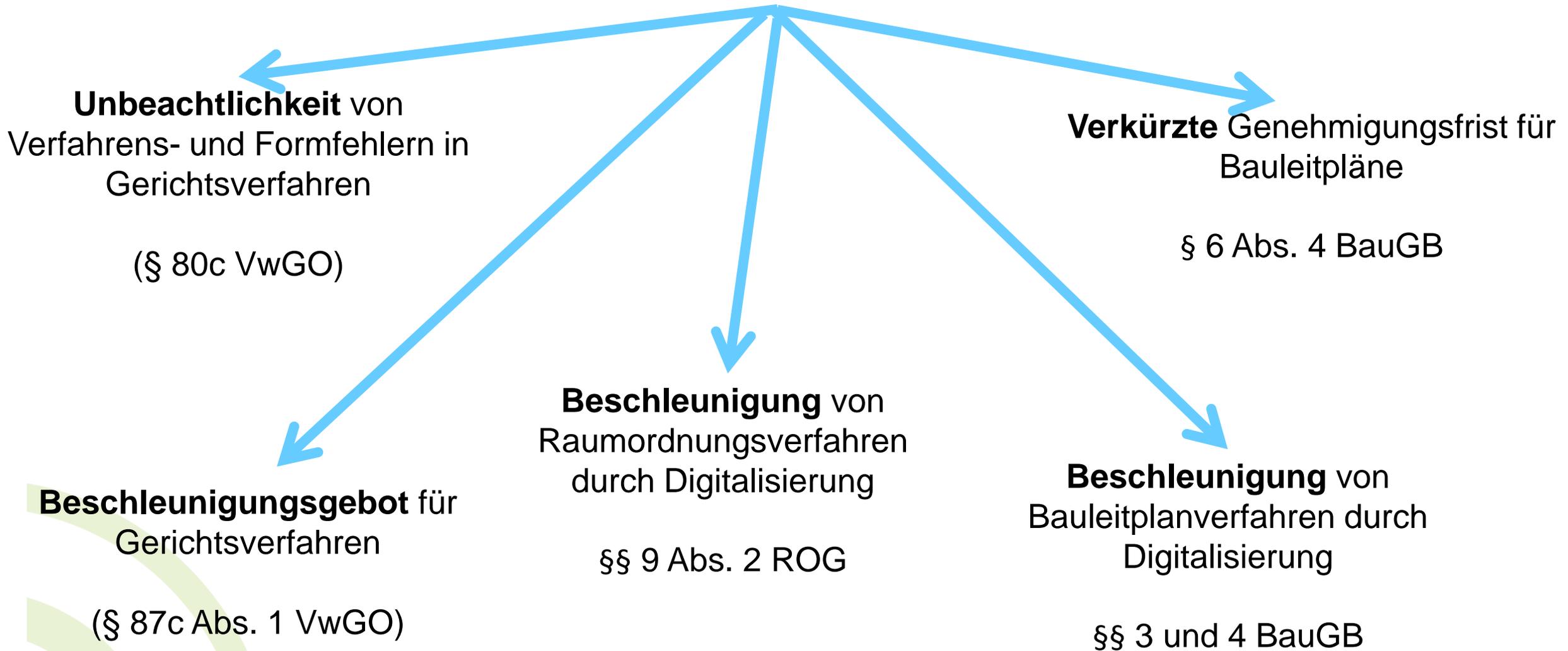


VI.

Wie beschleunigen Sie Planungs- und Gerichtsverfahren? Vereinfachungen beim Vorbescheid? Bonus: Zubaufälle



Beschleunigung von Verfahren





Unbeachtlichkeit von Verfahrens- und Formfehlern – § 80c Abs. 2 VwGO

Das Gericht **kann** einen **Mangel des angefochtenen Verwaltungsaktes außer Acht lassen, wenn offensichtlich** ist, dass **dieser in absehbarer Zeit behoben** sein wird. Ein solcher Mangel kann **insbesondere** sein

1. **eine Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften** oder
2. ein Mangel bei der Abwägung im Rahmen der Planfeststellung oder der Plangenehmigung.

Das Gericht soll eine Frist zur Behebung des Mangels setzen. Verstreicht die Frist, ohne dass der Mangel behoben worden ist, gilt § 80 Absatz 7 entsprechend. Satz 1 gilt grundsätzlich nicht für Verfahrensfehler gemäß § 4 Absatz 1 des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes.

Beschleunigungsgebot für Gerichtsverfahren - § 87c Abs. 1 VwGO



Verfahren nach § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 bis 15 [Genehmigungen WEA] und § 50 Abs. 1 Nr. 6 sollen **vorrangig beschleunigt durchgeführt** werden. Dies gilt auch

1. [B-Pläne für WEA]
2. [Raumordnungspläne für WEA]

Besonders zu priorisieren sind **Verfahren** über Vorhaben, **wenn** ein **Bundesgesetz** feststellt, dass diese **im überragenden öffentlichen Interesse** liegen. Von Satz 1 ausgenommen sind [...]

- „Das Vorranggebot ist während der gesamten Dauer des Verfahrens zu beachten und gilt in allen Rechtszügen. Es ist daher unter anderem bei der Anberaumung von Terminen, bei der Fristsetzung für die Abgabe von Stellungnahmen und bei der Bekanntgabe von Entscheidungen zu beachten.“, BT-Drs: 20/5165, S. 18
- Auswirkungen fraglich



Beschleunigung von Raumordnungsverfahren

- Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung, § 9 Abs. 2 ROG

Die planaufstellende Stelle beteiligt die **Öffentlichkeit** und die in ihren Belangen berührten **öffentlichen Stellen** [...]. Dazu sind die in Satz 1 genannten sowie weitere nach Einschätzung der planaufstellenden Stelle zweckdienliche Unterlagen für die Dauer von mindestens einem Monat **im Internet zu veröffentlichen**. [...] In der Bekanntmachung ist unter Angabe einer angemessenen Frist, die zumindest der Veröffentlichungsfrist entspricht und drei Monate nicht übersteigen soll, darauf hinzuweisen, dass [...]

2. die **Stellungnahmen elektronisch übermittelt** werden **sollen**, [...]

Zusätzlich zur Veröffentlichung im Internet ist eine oder sind mehrere andere **leicht zu erreichende, auch analoge Zugangsmöglichkeiten** zur Verfügung zu stellen, soweit dies nach Feststellung der das Beteiligungsverfahren durchführenden Stelle angemessen und zumutbar ist. In der Bekanntmachung ist auf diese Zugangsmöglichkeiten hinzuweisen.

- eher eine Planerhaltungsvorschrift



Beschleunigung von Bauleitplanverfahren

- Öffentlichkeitsbeteiligung, § 3 Abs. 2 BauGB

Die Entwürfe der Bauleitpläne sind [...] **im Internet** zu veröffentlichen. **Zusätzlich zur Veröffentlichung im Internet** nach Satz 1 sind eine oder mehrere andere leicht zu erreichende **Zugangsmöglichkeiten**, etwa durch öffentlich zugängliche **Lesegeräte** oder durch eine **öffentliche Auslegung** der in Satz 1 genannten Unterlagen, zur Verfügung zu stellen. Die nach § 4 Absatz 2 Beteiligten sollen von der Veröffentlichung im Internet auf elektronischem Weg benachrichtigt werden. [...]; in der Bekanntmachung ist darauf hinzuweisen, [...]

2. dass **Stellungnahmen elektronisch** übermittelt werden sollen, bei Bedarf aber auch auf **anderem Weg abgegeben** werden können, [...]

- eher eine Planerhaltungsvorschrift



Beschleunigung von Bauleitplanverfahren

- Behördenbeteiligung, § 4 Abs. 1 BauGB

Die Gemeinde holt die Stellungnahmen der Behörden und sonstigen Träger öffentlicher Belange [...] ein. Die Bereitstellung der Unterlagen sowie die Mitteilung hierüber **sollen elektronisch erfolgen**. Die Behörden und sonstigen Träger öffentlicher Belange haben ihre Stellungnahmen innerhalb eines Monats abzugeben, wobei jedoch die Frist zur Abgabe von Stellungnahmen 30 Tage nicht unterschreiten darf; die Gemeinde soll diese Frist bei Vorliegen eines wichtigen Grundes angemessen verlängern. Die **Stellungnahmen sollen elektronisch übermittelt werden**. [...]



Verkürzte Genehmigungsfrist für Bauleitpläne - § 6 Abs. 4 BauGB

Über die Genehmigung ist binnen **eines Monats** zu entscheiden; die höhere Verwaltungsbehörde kann räumliche und sachliche Teile des Flächennutzungsplans vorweg genehmigen. Aus wichtigen Gründen kann die Frist auf Antrag der Genehmigungsbehörde **von der zuständigen übergeordneten Behörde verlängert werden**, in der Regel jedoch nur bis zu drei Monaten. Die Gemeinde ist von der Fristverlängerung in Kenntnis zu setzen. Die **Genehmigung gilt als erteilt**, wenn sie nicht innerhalb der Frist unter Angabe von Gründen abgelehnt wird.

- gilt für die Genehmigung von FNP
- gilt für genehmigungsbedürftigen B-Plan, vgl. § 10 Abs. 2 BauGB
 - selbstständiger B-Plan, § 8 Abs. 2 BauGB
 - B-Plan im Parallelverfahren, § 8 Abs. 3 BauGB
 - vorzeitiger B-Plan, § 8 Abs. 4 BauGB



Vorbescheid – neue Regelungen ab 2024?



Vorbescheid-Erleichterungen / ENTWURF siehe Bundesratsdrucksache 201/23 vom 16.06.2023

Vorschlag des Bundesrats für eine Neureglung eines **§ 9 Abs. 1a BImSchG**:

„(1a) **Bei WEA** soll auf Antrag durch Vorbescheid über **einzelne Genehmigungsvoraussetzungen** entschieden werden, sofern ein berechtigtes Interesse an der Erteilung eines Vorbescheides besteht. Abweichend von § 29 Absatz 1 Satz 1 des Gesetzes über die **Umweltverträglichkeitsprüfung findet** eine vorläufige Umweltverträglichkeitsprüfung im Hinblick auf die Umweltauswirkungen der geplanten Anlage für die Erteilung des Vorbescheides **nicht statt.**“



Vorbescheid-Erleichterungen / Entwurf siehe Bundesratsdrucksache 201/23 vom 16.06.2023

Gesetzesbegründung, Auszug:

Bei WEA soll auf Antrag die Behörde nur noch über einzelne Genehmigungsvoraussetzungen durch Vorbescheid entschieden werden, **ohne dass die gesamten Auswirkungen der WEA am Standort beurteilt** werden müssen. Diese Möglichkeit kann genutzt werden, um einen bestimmten Prüfungspunkt (zum Beispiel die luftverkehrsrechtliche Zulässigkeit) vorab zu klären und so die Erfolgsaussichten eines späteren Genehmigungsverfahrens abschätzen zu können. Dadurch kann der **Prüfaufwand** durch die Behörde **geringgehalten** werden. Aus der Formulierung in § 9 Absatz 1 BImSchG, dass „die Auswirkungen der geplanten Anlage ausreichend beurteilt werden können“, folgern die Verwaltungsgerichte, dass eine vorläufige positive Gesamtbeurteilung in Bezug auf sämtliche Genehmigungsvoraussetzungen vorliegen muss, auch wenn diese nicht Gegenstand der Feststellungen des Vorbescheides sind.



Vorbescheid-Erleichterungen siehe Bundesratsdrucksache 201/23 vom 16.06.2023

So soll bei WEA zum Beispiel auch bei der **Frage der Turbulenzen** ein **Artenschutzgutachten** erforderlich sein (vgl. OVG Münster, Urteil vom 18. September 2018 – 8 A 1886/16 – Rn. 77 ff., juris). Werden jedoch in Bezug auf sämtliche Genehmigungs-voraussetzungen prüffähige Unterlagen verlangt, **verliert** der Vorbescheid bei WEA seine **verfahrensbeschleunigende Wirkung**, da dann auch gleich die Genehmigung beantragt werden kann.



Da keine prüffähigen Unterlagen zu sämtlichen Genehmigungsvoraussetzungen vorgelegt werden müssen, kommt dem Vorbescheid nach § 9 Absatz 1a BImSchG eine rangsichernde Wirkung, wie es das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 25. Juni 2020 – 4 C 3/19 – juris, dem Vorbescheid nach § 9 Absatz 1 BImSchG zugeschrieben hat, nicht zu. Eine rangsichernde Wirkung ist im Rahmen des Prioritätsprinzips für die Turbulenzintensität weiterhin nur anzunehmen, wenn ein vollständiger Genehmigungsantrag oder ein Vorbescheid nach § 9 Abs. 1 BImSchG vorliegt.



- Im Gesetzgebungsverfahren umstritten ... „Buschfunk“ ...
⇒ Gesetzgebungsverfahren abwarten.
- Nach Entwurfsfassung: **keine rangsichernde Wirkung** ohne „vorläufiges positives Gesamturteil“
- Keine UVP bei Vorbescheid – dogmatische Begründung unklar ..., so aber womöglich auch OVG Lüneburg
- These: Auch ohne Neuregelung gilt schon heute dasselbe, so jedenfalls OVG Koblenz, Beschluss vom 21.03.2014 – 8 B 10139/14:



OVG Koblenz, Beschluss vom 21.03.2014 – 8 B 10139/14

Nach § 9 Abs. 1 BImSchG darf ein Vorbescheid nämlich unter anderem nur erlassen werden, „sofern die Auswirkungen der geplanten Anlage ausreichend beurteilt werden können“. Zur Abgabe des damit bezweckten positiven vorläufigen Gesamturteils sind allerdings in aller Regel Angaben zu den Auswirkungen des Vorhabens, insbesondere in immissions- und naturschutzrechtlicher Hinsicht, erforderlich, die von der Antragstellerin bis heute nicht vorgelegt worden sind. **Will ein Vorhabenträger den hierzu erforderlichen Aufwand einschränken** und seine Voranfrage lediglich auf ein besonderes Detail der Genehmigungsvoraussetzungen beschränken, **so hat er dies bei seinem Vorbescheidsantrag klarzustellen**

(vgl. zur Möglichkeit, die Reichweite des positiven Gesamturteils einzuschränken: Jarass, BImSchG, § 9, Rn. 8 a).

Z.B. das LfU Brandenburg lehnt dies Rspr. für sein Praxis bisher noch ab ...



Aktuell: OVG Lüneburg, Urt. v. 27.06.2023 – 12 KS 104/23 (Vorbescheid, Bestimmtheit, Funktionslosigkeit)

- Worum geht es?
- Vorbescheidsantrag aus 2020, Fragestellung:

"Ich bitte namens und im Auftrag meiner Mandantschaft ausschließlich um Prüfung der **planungsrechtlichen Zulässigkeit** des Vorhabens. Die entsprechenden Schall- und Schattenberechnungen sind den Antragstellungen beigelegt. Eine **naturschutz-fachliche, gewässerfachliche/-rechtliche Prüfung ist nicht beantragt.**"



OVG Lüneburg, Urt. v. 27.06.2023 – 12 KS 104/23 (Vorbescheid, Bestimmtheit, Funktionslosigkeit)

➤ Leitsatz 1 dazu:

Ein Vorbescheid-Antrag kann perplex und unwirksam sein, wenn er zwar dem buchstäblichen Sinne des sprachlichen Ausdrucks nach für bestimmte Genehmigungsvor-aussetzungen umfassend gestellt ist, die Erläuterungen seines Inhalts durch den antragstellenden Vorhabenträger aber erkennen lassen, dass gleichwohl gerade eine dementsprechend umfassende Prüfung und Entscheidung über die Genehmigungs-voraussetzungen nicht gewollt ist.

- Praxishinweis: Vorsicht bei Fragestellung, insbesondere zum Planungsrecht geboten! Orientierung am Gesetzeswortlaut sinnvoll („... stehen Darstellung des FNP / Ziel der Raumordnung entgegen ...“)



Bonus: OVG Lüneburg, Urt. v. 27.06.2023 – 12 KS 104/23 (Funktionslosigkeit)

➤ Exkurs: Funktionslosigkeit, 2 weitere Leitzsätze:

5. Unter dem Gesichtspunkt übermäßiger Sperrwirkung kann die Funktionslosigkeit der Darstellung der Ausschlusswirkung einer Konzentrationsflächenplanung nicht isoliert gerechtfertigt werden, sondern nur dann eintreten, wenn zugleich die korrespondierende positive Darstellung von Flächen für die Windenergienutzung funktionslos geworden ist.

6. Die Rechtsfigur der Funktionslosigkeit ist kein probates Mittel, durch das sich Vorhabenträger der Windenergienutzung unter Umgehung der §§ 1 Abs. 3 Satz 2 und Abs. 8 sowie 214 Abs. 3 Satz 1 BauGB bereits beim Vorliegen einer objektivrechtlichen Planungspflicht der Gemeinde oder aus Billigkeitsgründen von der Ausschlusswirkung einer überalterten Konzentrationsflächenplanung befreien könnten, die einer Beschleunigung der Energiewende hinderlich ist.



Bonus: Zubau und Arrondierung bei bestehenden Windenergiegebiet / Windpark

Rolshoven, OVG Münster „öffnet zwei Türen“ für WEA-Zubau: angrenzend zu Bestandwindparks und im entprivilegierten Außenbereich; ZNER 2023, 287-290:

<https://www.tettaupartners.de/news-detail/ovg-m%C3%BCnster-%C3%B6ffnet-zwei-t%C3%BCren-f%C3%BCr-wea-zubau-angrenzend-zu-bestandswindparks-und-im-entprivilegierten-au%C3%9Fenbereich-fachaufsatz-in-der-zner.html>

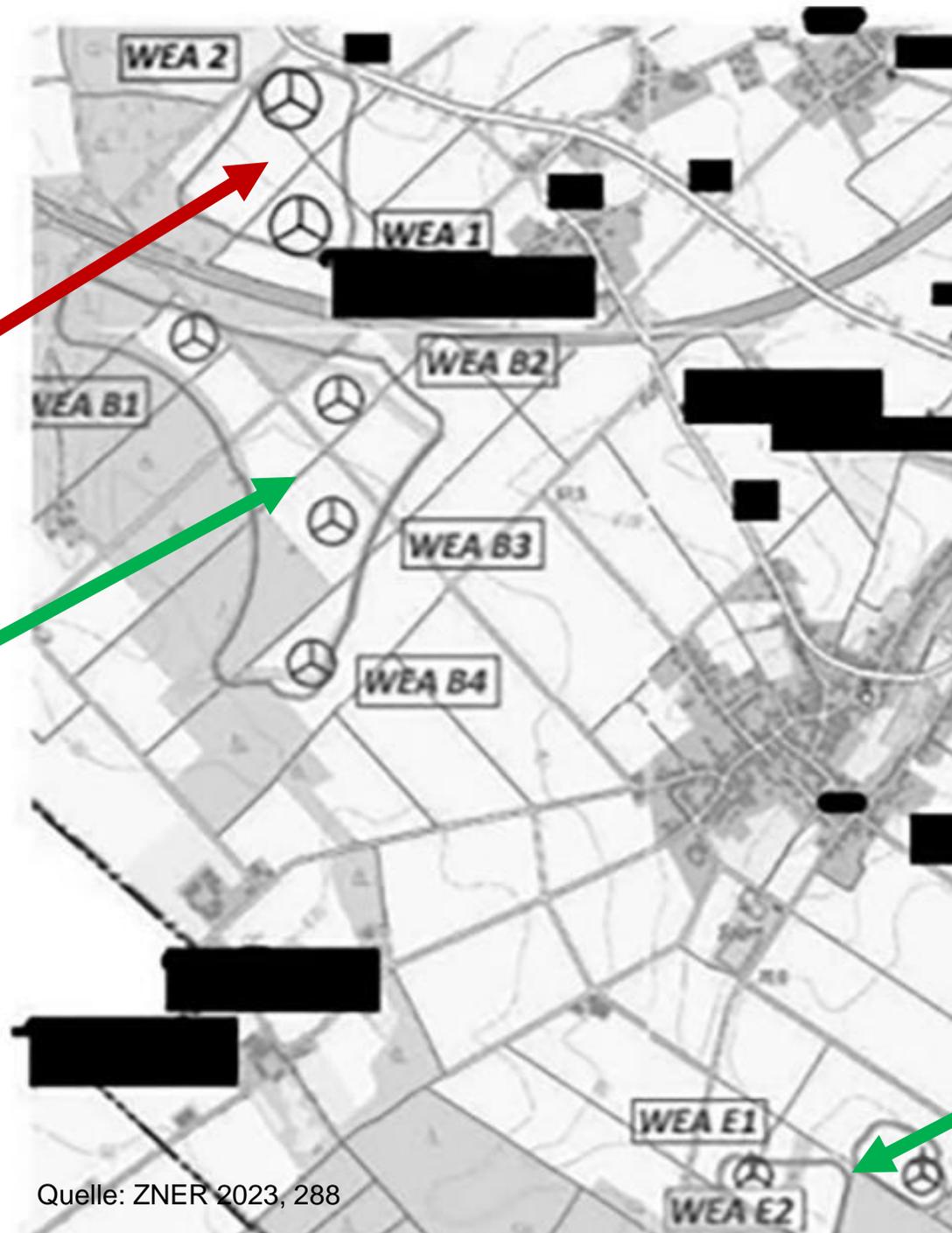


OVG Münster, Urteil vom 12. Mai 2023 – 7 D 423/21, ZNER 2023, 293

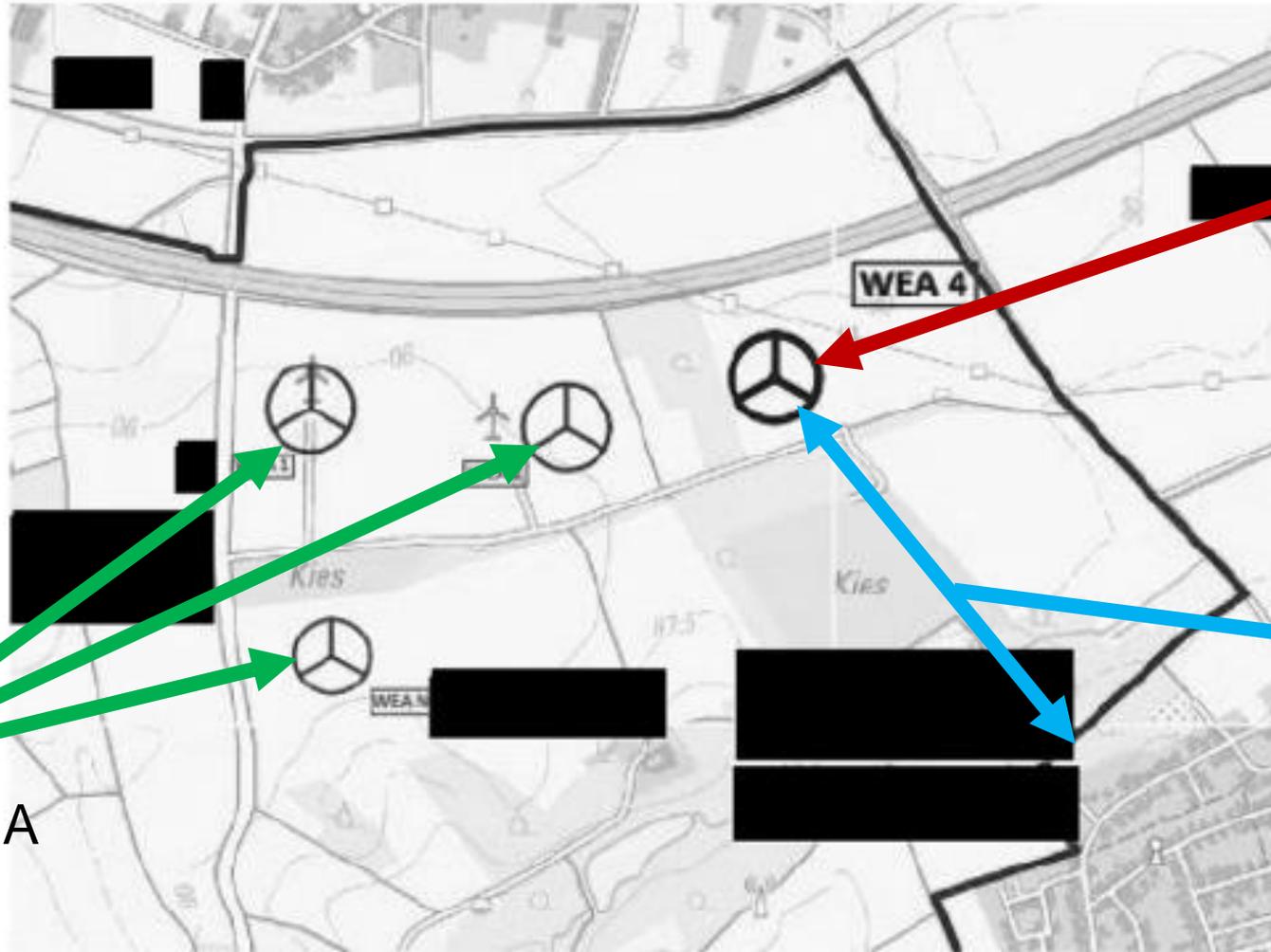
Nun: Neuantrag für 2 WEA
vom LK abgelehnt

4x Bestand-WEA
in Reg-Plan
Vorranggebiet
aus 2019

2x Bestand-WEA
in FNP-
Konzentrationszone
aus 2006



Quelle: ZNER 2023, 288



Nun:
Zubau einer WEA
wegen 1.000m-
Gesetz NRW
abgelehnt

3x Bestand-WEA
in Reg-Plan
Vorranggebiet
aus 2018 - 2020

Abstand > 600m
zur Siedlung!
= in NRW
entprivilegierter
Außenbereich!

Quelle: ZNER 2023, 289



Pause!

– 15 Minuten –



VII.

Brauchen wir künftig noch Kabel- und
Wege-Verträge?



➤ Kabelverlegung:

- Öffentliche Wegefläche: Anspruch auf Duldung aus § 19 i.V.m. § 33 GWB (BGH, Urt. v. 11.11.2008 – KZR 43/07; LG Potsdam, Urt. v. 25.10.2023 – 2 O 110/19)
- Private Grundstücke: Anspruch auf Duldung bei fehlendem Ausschließungsinteresse gem. § 905 S. 2 BGB (OLG Bremen, OLGZ 1971, S. 147; LG Potsdam, Teilurteil vom 5. Dezember 2006; LG Köln, Beschluss vom 6. August 2013, 5 O 221/13)

➤ Errichtungsverkehr:

- Öffentlich gewidmete Wege: Anspruch auf Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis aus StraßenG der Länder
- Öffentlich genutzte Wege: Notwegeähnliche Benutzung (VG Potsdam, Beschluss vom 24.03.2020 , VG 10 L 51/20; OVG Koblenz, Urteil vom 21.10.2009,1 A 10481/09; VG Mainz, Beschluss vom 22.07.2016 - 3 L 648/16 M)
- Private Grundstücke: Notwegerecht gem. § 917 BGB



- Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 18.08.2023 (BR-Drucks. 383/23; „Solarpaket I“): Gesetzliche Duldungspflichten bzgl. Leitungsverlegung und Überfahrt/Überschwenkung, §§ 11a, 11b EEG-E

§ 11a

Recht zur Verlegung von Leitungen

- (1) Der **Eigentümer** und der **Nutzungsberechtigte** eines Grundstücks haben auf dem Grundstück die **Verlegung**, die **Errichtung**, die **Instandhaltung**, die **Instandsetzung**, den **Schutz** und den **Betrieb von elektrischen Leitungen** [...] zum **Anschluss von [EE-Anlagen]** an den **Verknüpfungspunkt** nach § 8 Abs. 1 bis 3 sowie von **Direktleitungen** [...] zu **dulden**. [...]
- (2) Hat der Grundstückseigentümer die Nutzung [...] zu dulden, **zahlt** der Betreiber dem Grundstückseigentümer bei Inbetriebnahme der Leitung einmalig **5 % des Verkehrswertes der in Anspruch genommenen Schutzstreifenfläche**. [...]



- (3) [...] Der Grundstückseigentümer kann die **Umverlegung** der Leitung **verlangen**, wenn die Lage an der bisherigen Stelle für ihn **nicht mehr zumutbar** ist. Der Betreiber trägt die **Kosten** der Umverlegung.
- (4) Wenn der Betrieb der Leitung dauerhaft eingestellt wird, haben der Eigentümer und der Nutzungsberechtigte [...] die Leitung [...] noch **48 Monate** unentgeltlich zu dulden. [...]
- (5) Für die Durchsetzung des Anspruchs des Betreibers ist **§ 83 Absatz 2 entsprechend** anzuwenden. [...]
- (6) Die Absätze 1 bis 5 sind auf Verkehrswege entsprechend anzuwenden. Auf **öffentliche Verkehrswege** ist Satz 1 mit der Maßgabe anzuwenden, dass die Modalitäten der zu duldenden Nutzung unter Beachtung der Absätze 1 bis 5 **vertraglich zu regeln** sind. [...]



§ 11 b

Recht zur Überfahrt während der Errichtung und des Rückbaus

- (1) Der **Eigentümer** und der **Nutzungsberechtigte** eines Grundstücks haben die **Überfahrt** und die **Überschwenkung** des Grundstücks zur **Errichtung** und zum **Rückbau** von Windenergieanlagen sowie die **Ertüchtigung** des Grundstücks für die Überfahrt durch den **Betreiber der Windenergieanlagen** und durch von ihm beauftragte Dritte zu **dulden**. [...] Der Betreiber hat **nach der letzten Überfahrt** den **ursprünglichen Zustand** auf seine Kosten unverzüglich **wiederherzustellen**.
- (2) Ist die Überfahrt nach Absatz 1 zu dulden, **zahlt** der Betreiber dem Nutzungsberechtigten, [...], **nach Errichtung oder Rückbau** der Windenergieanlage **28 Euro pro Monat** und **in Anspruch genommener Hektar**. Eine **Überschwenkung** ist **unentgeltlich** zu dulden. [...]



- (3) Für die Durchsetzung des Anspruchs des Betreibers ist **§ 83 Absatz 2** entsprechend anzuwenden. [...]
- (4) Die Absätze 1 bis 3 sind auf Verkehrswege entsprechend anzuwenden. Auf **öffentliche Verkehrswege** ist Satz 1 mit der Maßgabe anzuwenden, dass die Modalitäten der zu duldbaren Nutzung unter Beachtung der Absätze 1 bis 3 **vertraglich zu regeln** sind.

Auswirkungen der (potentiellen) Neuregelungen auf die Flächensicherung



- Zukünftig keine Nutzungs-/ Gestattungsverträge für Kabelverlegung / Errichtungsverkehr mehr erforderlich?
 - Vertragliche Vereinbarung mit Grundstückseigentümer i.d.R. vorteilhafter:
 - Erhöhung der Akzeptanz der Flächennutzung
 - Zur Konkretisierung der Rechte und Pflichten (Leitungsverlauf, Qualität/Umfang des Wegeausbaus, zeitliche Vorgaben, Folgen von Rodungen)
 - Vermeidung späterer Forderungen zur Umverlegung der Leitung
 - Vereinbarung der Berechtigung zur Wegenutzung auch während der Betriebsphase (zumindest nach derzeitigem Entwurfsstand erforderlich)
 - Auf jeden Fall weiterhin erforderlich bei Nutzung öffentlicher Verkehrswege (vgl. § 11a Abs. 6, § 11b Abs. 4 EEG-E)



- Jedenfalls für den Fall der Nichteinigung mit dem Grundstückseigentümer / Nutzungsberechtigten auf jeden Fall sehr hilfreiche Regelungen!
 - Zügige Durchsetzbarkeit im Wege des Einstweiligen Rechtsschutzverfahrens (§ 83 Abs. 2 EEG) => Feststellung der Duldungspflicht
- Bei Nutzung öffentlicher Verkehrswege bestehen dagegen Unklarheiten
 - Verschlechterung der Rechtslage? Bei Geltendmachung von Duldungsansprüchen auf der Grundlage des § 19 i.V.m. § 33 GWB keine vertragliche Vereinbarung erforderlich
 - Anspruch auf Abschluss eines Gestattungsvertrages gegenüber Trägern der Straßenbaulast im Wege des Einstweiligen Rechtsschutzverfahrens wohl kaum durchsetzbar



VIII.

Wird die dingliche Sicherung „ein
Kinderspiel“?



§ 1092 Unübertragbarkeit, Überlassung der Ausübung

- (3) Steht einer juristischen Person oder einer rechtsfähigen Personengesellschaft eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zu, so ist die Dienstbarkeit übertragbar, wenn sie dazu berechtigt, ein Grundstück zu nutzen für:
1. Anlagen zur Nutzung von Wasserkraft, Windenergie, solarer Strahlungsenergie, Geothermie, Umweltwärme oder Energie aus Biomasse,
 2. [...]
 3. Anlagen zur Fortleitung von Elektrizität [...] einschließlich aller dazugehörigen Anlagen, die der Fortleitung unmittelbar dienen,
 4. [...] bis 6. [...]

Auswirkungen auf die Flächensicherung



- **Ziel:** Soll für den Fall des Wechsels des Anlagenbetreibers die „*derzeit [...] aufwendigen und komplizierten vertraglichen Ausgestaltungen*“ entbehrlich machen; „*Entlastungswirkung für Wirtschaft und Verwaltung*“, die sich allerdings nicht konkret beziffern lässt
- **Folge:**
 - Auseinanderfallen von Nutzungsvertrag mit Zahlungsverpflichtung, Rückbauansprüchen etc. zum einen und dinglichen Nutzungsrechten zum anderen:
 - GE muss einem Dienstbarkeitsberechtigten, der z.B. nicht zur Zahlung von Nutzungsentgelt verpflichtet ist, den Gebrauch des Grundstücks gestatten
 - Hat weiter einklagbaren Anspruch auf Zahlung von Nutzungsentgelt gegenüber dem Vertragspartner aus dem NV, aber kein Druckmittel und auch keine „Gewähr“ dafür, dass finanzierende Bank eingreift



- GE hat weder einen Löschungs- noch einen Rückbauanspruch
- GE muss zwar der Übertragung des NV zustimmen, nicht jedoch der Übertragung der bpD
- Belastung des Grundbuchs mit bpD, die „unlöschar“ sind
 - bpD erlöschen mit
 - dem Tod des Berechtigten oder
 - Beendigung der Liquidation der berechtigten juristischen Person => immer Löschungsbewilligung im Rahmen der Liquidation nötig
 - Problem: Zunahme von nicht auffindbaren / unbekanntem berechtigten juristischen Personen?
➔ Kosten- und zeitaufwendige Aufgebotsverfahren, Nachtragsliquidationen



➤ Bewertung:

- Umfangreiche Umgestaltung / Aushandlung eines neuen Sicherungssystems, das den Interessen des GE gerecht wird → Große Unsicherheit für alle Marktteilnehmer in herausfordernden Zeiten
- Entlastungswirkung?
- Einbremsung von Repowering-Projekten?



IX.

Beteiligungsoptionen für Eigentümer –
bei Wind und PV identisch?

Aktuelle Situation bei PV-Vorhaben: Beteiligungsforderungen bei land- und forstwirtschaftl. Flächen



- Verpachtung von land- und forstwirtschaftlichen Flächen für PV-Nutzung kann zum Verlust der erbschaftsteuerlichen Privilegierung führen
- Empfehlung steuerrechtlicher Berater zur Vermeidung steuerlicher Nachteile: Erwerb einer Kommanditbeteiligung an der Betreibergesellschaft in der Rechtsform der GmbH & Co. KG
- Lösung (i.d.R.): Zunächst (nur) Option des Grundstückseigentümers auf Beteiligung an der Betreibergesellschaft; Grund:
 - Beteiligung erst bei (weitgehender) Sicherstellung des Projekterfolges gewünscht
 - Beteiligung nicht mehr erforderlich bei Änderung (steuer-)gesetzlicher Vorschriften
- Meist nur Option auf sehr geringe Beteiligung (z.B. 1 %)



- (Gesellschafts-)vertragliche Absicherung erforderlich bzgl. dauerhafter Beteiligung des Grundstückseigentümers an der Gesellschaft, die die PV-Anlage auf dessen Grundstück betreibt, d.h.
 - keine Veräußerung der PV-Anlage,
 - keine Abspaltung/Ausgliederung und
 - keine Liquidation der Gesellschaftohne Zustimmung des Grundstückseigentümers
- Da Grundstückseigentümer „Mitunternehmer“ im steuerlichen Sinne sein muss, muss er „Mitunternehmerinitiative“ zeigen und „Mitunternehmerrisiko“ tragen → also i.d.R. EK-Beitrag im Verhältnis zur Beteiligungsquote
- **Fazit:** Beteiligung zwar erforderlich, aber (auch) aus Eigentümersicht häufig nicht unbedingt gewollt!



Aktuelle Entwicklung (insb.) bei Wind-Vorhaben: Beteiligungsforderungen großer Flächeneigentümer

- Immer häufiger: Beteiligungsforderungen von Eigentümern großer Grundstücksflächen und kommunalen Eigentümern
- Anlass: Wunsch nach Partizipation am unternehmerischen Erfolg; bei kommunalen Eigentümern: Schaffung eigener Erzeugungskapazitäten
- Meist Forderung nach substantzieller Beteiligung
- Nicht unerheblicher Entscheidungs- und Regelungsbedarf
 - Zeitpunkt der Optionsausübung?
 - Gegenleistung bei Ausübung der Option?
 - Beifügung konkreter Musterverträge oder Verhandlung erst bei Optionsausübung?
 - Optionsgegenstand?



Unterschiede je nach „Optionsgegenstand“



Eigentümer-WEA

Aufteilung des Vorhabens erforderlich (ggf. erst nach IB)

Übertragung der spezifischen Nutzungsrechte, bei gemeinsamer Infrastruktur Aufteilung erf.

Gewährung von Nutzungsrechten an Infrastruktureinrichtungen (z.B. UW), ggf. sogar Ausgründung in gemeinsame Infrastrukturgesellschaft

Prozedere der Auswahl der Eigentümer-WEA, ggf. sogar Ausgleichsvereinbarung

Beteiligung an Betreibergesellschaft

Struktur des Vorhabens bleibt unverändert

Rechte und Pflichten in „gemeinsamer“ Betreibergesellschaft bedarf konkreter Regelungen

Regelungsumfang u.a. abhängig von Beteiligungsquoten

z.B.: Mehrheitserfordernisse bei Gesellschafterbeschlüssen, Veräußerungsrechte und -folgen



- Beteiligung bei PV-Vorhaben derzeit häufig nur aus steuerlichen Gründen gefordert
 - Nur Gewährung einer „Kleinstbeteiligung“ an Betreibergesellschaft ohne Mitspracherechte bei operativen Entscheidungen
 - Aber: Bestand der Betreibergesellschaft und Fortführung des Vorhabens für Eigentümer zwingend
- Option bei Wind-Vorhaben umfasst hingegen meist substanzielle Beteiligung und führt meist zu nicht unerheblichem Regelungsbedarf



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Haben Sie Fragen? Sprechen Sie uns gerne an!

RA Philipp v. Tettau
RA Dr. Michael Rolshoven
RAin Marion Westphal-Hansen
RA Dominik Hanus
RAin Anja Purwins
RA Philipp Martens
RAin Katharina zu Solms-Laubach

tettau@tettaupartners.de
rolshoven@tettaupartners.de
westphal-hansen@tettaupartners.de
hanus@tettaupartners.de
purwins@tettaupartners.de
martens@tettaupartners.de
solms-laubach@tettaupartners.de

www.tettaupartners.de