



Rundbrief zum Recht der **Erneuerbaren Energien**

Neues Geld aus alten Windparks

Rechtsanwalt Rainer Heidorn

Die finanziellen Aspekte bei der Realisierung eines Windparks in Deutschland sind einfach und gestalten sich grundsätzlich nach Schema F. Der Betreiber beschafft sich auf dem Kapitalmarkt eine Projektfinanzierung. Die von ihm einzubringenden Eigenmittel betragen regelmäßig zwischen 10 und 20 % des Gesamtinvestvolumens, der Rest wird über KfW-Mittel von einer Bank finanziert. Von den Windparkerträgen werden die Betriebskosten und die Annuitäten bestritten. Was übrig bleibt, ist freie Liquidität. Die freien Mittel fließen dem Betreiber mithin über die Betriebsdauer des Windparks Jahr für Jahr zu.

Geht man von guten Windbedingungen aus, bietet das EEG natürlich eine verlässliche Grundlage, die Erträge über einen langen Zeitraum zu schätzen. Dies wiederum macht diese Erlöse zu einem interessanten Instrument, um damit eine innovative Finanzierung auf die Beine zu stellen. Eine oftmals genutzte Form derartiger Finanzierungen sind die sog. Asset-backed-Securities-Finanzierungen (ABS-Finanzierungen). Dabei handelt es sich - vereinfacht dargestellt - um die Verbriefung von Forderungen und die gleichzeitige Emission von Wertpapieren am Kapitalmarkt. Durch eine solche Finanzierungsstruktur können Mittel für unternehmerisches Wachstum gewonnen werden, ohne dass

die Verschuldung des eigentlichen Kernunternehmens entsprechend steigt. In einer klassischen ABS-Transaktion überträgt das Unternehmen seine gesamten Forderungen an eine Ein-Zweck-Gesellschaft. Dieses Rechtsgeschäft kann entweder als Kauf oder als Darlehen ausgestaltet werden. Die Ein-Zweck-Gesellschaft muss sich hierfür dann am Kapitalmarkt refinanzieren.

Ein erfolgreiches Beispiel dafür, wie die zukünftigen Erträge eines Windparks genutzt werden können, war die so genannte „Breeze“-Transaktion. Dabei wurden Windparks verschiedener Betreiber in ein Portfolio aufgenommen und auf die zukünftigen Erträge eine Anleihe begeben. Nun ist sicherlich nicht für jeden Windpark die Platzierung einer Anleihe das geeignete Instrument. Alternative Gestaltungen, die die zukünftige Liquidität des Windparks zum Gegenstand einer Finanzierung macht, gibt es jedoch auch in einer einfacheren Struktur. Die Refinanzierung kann bspw. auch über ein schlichtes Nachrangdarlehen oder andere Mezzanine-Finanzierungen erreicht werden. Grundsätzlich bestehen im Rahmen der Refinanzierung bestimmte Anforderungen an die Merkmale der übertragenen Forderungen. Hier gibt es jedoch einen großen vertraglichen Gestaltungsspielraum. Es müssen in jedem Fall eine klare Vertragsstruktur für die Geldströme und eine belastbare Sicherheitenstruktur aufgesetzt werden.

Das Maßschneidern einer entsprechenden Vertrags- und Sicherheitenstruktur ist dabei sicherlich komplizierter als eine übliche Projektfinanzierung. Im Ergebnis hat der Betreiber jedoch seine zukünftigen Liquiditätszuflüsse auf einen Schlag in der Hand und kann diese Mittel bereits jetzt unternehmerisch einsetzen. Werden die freiwerdenden Mittel zu einer Tilgung von Schulden benutzt, wirkt sich dies zudem positiv auf die Eigenkapitalquote und somit auf das Kreditrating aus.

Aktuelles

Gewerbesteuerverteilung

Das bekannte Urteil des Bundesfinanzhofs (vgl. unsere Rundbriefe aus April 2007 und Januar 2008) zur Gewerbesteuerverteilung zwischen der Gemeinde am Standort der Windfarm und der Gemeinde, in der die Betreibergesellschaft ihren Sitz hat, führt wegen der negativen Anreizwirkung zur Ausweisung von weiteren Windflächen zu erheblichen Behinderung der Entwicklung der Windenergienutzung. Auch weil private Windparkplaner keinen unmittelbaren Einfluss auf die rechtlich möglichen Zerlegungsvereinbarungen zwischen den Kommunen haben, wird zur Zeit sowohl in der Ministerialverwaltung als auch im parlamentarischen Raum (vgl. Bundestagsdrucksache 16/10099) über rechtliche Veränderungen bei der Zerlegung der Gewerbesteuer bei Windenergie- und Photovoltaikanlagen verhandelt. Während das Bundesfinanzministerium einer Änderung skeptisch gegenübersteht, tritt vor allem das Bundesumweltministerium für eine gesetzliche Regelung zur Zerlegung der Gewerbesteuer ein. Es zeichnet sich im Moment ab, dass es möglich erscheint, eine gesetzliche Regelung zur Verteilung zwischen Sitzgemeinde und Standortgemeinde zu erreichen. Es bleibt im Sinne der Förderung der Erneuerbaren Energien zu hoffen, dass hier eine gesetzliche Lösung gefunden wird.

Da die derzeitige Situation am Kapitalmarkt sich auch auf die Verfügbarkeit von Krediten niederschlagen kann, ist es insofern sinnvoll, solche innovativen Finanzierungsgestaltungen ebenfalls im Auge zu behalten.

Unsere Themen

- Neues Geld aus alten Windparks
- Verpflichtung zum Austausch der Befeuersysteme an Windenergieanlagen?
- Netzanschluss nach dem EEG-Entwurf (2009)
- Aktuelle Rechtsprechung

Verpflichtung zum Austausch der Befeuerungssysteme an Windenergieanlagen?

Rechtsanwältin Nadine Holzapfel

Viele Windenergieanlagenbetreiber sahen sich in der letzten Zeit mit der Frage konfrontiert, ob sie zum Austausch der Befeuerung, die an ihren Windenergieanlagen angebracht ist, verpflichtet sind. Seit dem Frühjahr fragten Genehmigungsbehörden bei Windparkbetreibern gezielt an, ob sie Doppelblitzsysteme eines bestimmten Herstellers verwenden. In einzelnen Fällen soll es darüber hinaus auch zu Aufforderungen gekommen sein, diese Befeuerungssysteme auszutauschen.

Hintergrund der Anfragen und Aufforderungen ist ein Schreiben des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS) vom 4. März dieses Jahres, in welchem darauf hingewiesen wurde, dass die Doppelblitzsysteme des Herstellers nach dem 1. Juli 2008 zwingend zu ersetzen seien und die Kennzeichnung von Windenergieanlagen gemäß den Vorgaben der „Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Kennzeichnung von Luftfahrthindernissen“ (AVV) zu erfolgen habe. Als Begründung wurde angegeben, die für diese Blitzsysteme im Jahr 2000 erteilten Zertifikate seien 2002 mit sofortiger Wirkung zurückgezogen worden. Wegen vertraglich oder betrieblich zwingender Bindungswirkungen wurde im Zusammenhang mit der Rücknahme jedoch eine Ausnahmegenehmigung bis zum 1. Juli 2003 erteilt und als Erleichterung

für bereits ausgelieferte Doppelblitzsysteme eine Gewährleistungsfrist von fünf Jahren bis zum 1. Juli 2008 eingeräumt.

Daher stellt sich die Frage, ob nach Ablauf des 1. Juli 2008 bereits an Windenergieanlagen angebrachte Doppelblitzsysteme auf Verlangen der Genehmigungsbehörde ausgetauscht werden müssen, weil sie bislang lediglich auf der Grundlage einer Ausnahmegenehmigung mit Gewährleistungsfrist betrieben wurden, die nunmehr ausgelaufen ist.

Grundsätzlich ist hierzu zu sagen, dass Windenergieanlagen über 100 m Luftfahrthindernisse darstellen und daher für die Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung eine Zustimmung der Luftfahrtbehörde erforderlich ist. Die Zustimmung wird in der Regel von der Verpflichtung des Anlagenbetreibers zur Anbringung einer Tages- und Nachtkennzeichnung, die dem Genehmigungsbescheid als Auflage beigefügt wird, abhängig gemacht.

Der Erfüllung der Auflage zur Kennzeichnung ist ein Anlagenbetreiber mit der Installation der Befeuerung nachgekommen. Eine Rechtsgrundlage, diese nach ihrer Anbringung auszutauschen, weil sie auf Grundlage der derzeit gültigen AVV nicht mehr zertifizierbar wäre, existiert nicht. Das zeigt gerade ein Blick auf die



“

Nadine Holzapfel ist bei Blanke Meier Evers in den Bereichen Öffentliches Baurecht und Umweltrecht tätig.

Vorschriften der AVV. In der Übergangsbestimmung, die Fälle der nunmehr fehlenden Eignung regelt, wird nur darauf hingewiesen, dass eine bestehende Kennzeichnung ausschließlich für den Fall einer Erneuerung den Vorgaben der aktuellen AVV angepasst werden soll.

Entspricht die bestehende Kennzeichnung nicht mehr dem heutigen Stand, wie dies bei den Doppelblitzsystemen des Herstellers der Fall ist, kann eine Anpassung allenfalls dann verlangt werden, wenn ein (z.B. schadensbedingter) Austausch der Befeuerung erforderlich wird. In allen anderen Fällen besteht keine Verpflichtung zur Erneuerung der Blitzsysteme. Windparkbetreiber müssen ihre Befeuerungseinrichtung daher nicht austauschen, auch wenn die Zertifikate für die installierten Blitzsysteme mittlerweile ausgelaufen sind.

Aktuelle Rechtsprechung

Geminderte Schutzwürdigkeit

Verwaltungsgericht Saarlouis, Urteil vom 27. August 2008 - 5 K 5/08

Der Bewohner eines Grundstücks, das zwar in einem reinen Wohngebiet liegt, jedoch an den Außenbereich grenzt, kann sich nicht auf den nächtlichen Richtwert für ein reines Wohngebiet von 35 dB(A) berufen. Ihm sind Immissionen zuzumuten, die mit der Wohnnutzung verträglich sind. Maßgeblich sind in diesem Fall die Richtwerte für ein allgemeines Wohngebiet (40 dB(A)).

Keine regelmäßigen Nachmessungen

Verwaltungsgericht Lüneburg, Urteil vom 4. September 2008 - 2 A 211/07

In dieser für den Betreiber durch Blanke Meier Evers erwirkten Entscheidung hat das Verwaltungsgericht Lüneburg festgestellt, dass die regelmäßig alle drei Jahre wiederkehrenden Nachmessungen der Schallemissionen einer Windfarm jedenfalls ermessensfehlerhaft waren. Insbe-

sondere konnte das Gericht nicht erkennen, warum es im Genehmigungsbescheid notwendig war, regelmäßige Messungen anzuordnen, ohne das Ergebnis der Abnahmemessung für den Park abzuwarten. Die Berechnungsgutachten waren ohnehin so ausgelegt, dass sie höchst verlässlich waren. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt sich eine regelmäßige Überwachung der Anlagen nicht.

Überdüngung durch Substrateintrag

Verwaltungsgericht Sigmaringen, Beschluss vom 8. Mai 2008 - 4 K 232/08

Die Ausbringung von Substrat als landwirtschaftlicher Dünger muss der guten fachlichen Praxis entsprechen. In dem durch das Verwaltungsgericht entschiedenen Fall untersagte die zuständige Landwirtschaftsbehörde die Ausbringung von Gärresten einer Biogasanlage, weil sie von einer Überdüngung ausging. Der dagegen gerichtete Eilantrag des Betreibers blieb erfolglos. Es blieb zwar offen, ob die Voraussetzungen der Untersagungsverfügung vorlagen, jedoch ging das Gericht im Zuge der Interessensabwägung davon aus, dass wegen der Beeinträchtigung nahege-

legener FFH-Gebiete eine Aussetzung der Vollziehung des Untersagungsbescheids nicht möglich sei.

Inbetriebnahme Biogasanlage

Bundesgerichtshof, Urteil vom 21. Mai 2008 - VIII ZR 308/07

Der Bundesgerichtshof hat festgestellt, dass die Inbetriebnahme einer Biogasanlage voraussetzt, dass die Anlage über eine Einrichtung zur Gewinnung und Aufarbeitung des Energieträgers verfügt. Dies ist bei einer Biogasanlage der angeschlossenen Fermenter. Das Erzeugen von Strom allein aus konventionellen Energieträgern reicht für eine Inbetriebnahme nicht aus.

Keine Ausschlusswirkung bayerischer Regionalpläne

Verwaltungsgerichtshof München, Urteil vom 14. August 2008 - 2 BV 07.2226

Eine Konzentrationswirkung mit der Folge, dass Windenergieanlagen außerhalb der im Regionalplan festgelegten Vorranggebiete unzulässig sind, bietet das bayerische Landesplanungsrecht

Netzanschluss nach dem EEG-Entwurf (2009)

Rechtsanwältin Mirja Häfker

Der EEG-Entwurf (2009) sieht für die Regelungen des Netzanschlusses erhebliche Änderungen zu der derzeit geltenden Rechtslage vor. Gegenwärtig besteht für Betreiber von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien gem. § 4 Abs. 1 EEG (2004) ein Anspruch auf vorrangigen Netzanschluss gegenüber dem jeweils zuständigen Netzbetreiber. Mit Einführung des Systemdienstleistungsbonus (vgl. Beitrag „Der neue Systemdienstleistungsbonus“ im EE-Rundbrief, Sonderausgabe zur HUSUM WindEnergy 2008) durch die Vorschriften des EEG-Entwurfs (2009) werden von dem Grundsatz des vorrangigen Netzanschlusses Ausnahmen gemacht. In § 6 EEG-Entwurf (2009) sind in Bezug auf die Anschlussvoraussetzungen Ausnahmen von der Pflicht vorgesehen, Anlagen vorrangig an das Netz anzuschließen. Unter anderem ist der zuständige Netzbetreiber zur Verweigerung des Netzanschlusses berechtigt, wenn die Windenergieanlage bestimmte technische Voraussetzungen nicht erfüllt. Die Anlagenbetreiber müssen gem. § 6 Abs. 2 EEG-Entwurf (2009) sicherstellen, dass eine Windenergieanlage am Verknüpfungspunkt mit dem Netz einzeln oder gemeinsam mit anderen Anlagen die Anforderungen der Verordnung nach § 64 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG-Entwurf (2009) erfüllt. Diese Verordnung soll die technischen Anforderungen von Windenergieanlagen zur Verbesserung der Netzintegrität und Befehrerung regeln.

Daraus folgt, dass ein Anspruch auf vorrangigen Netzanschluss nicht besteht, sofern die betreffende Windenergieanlage die technischen Voraussetzungen der Verordnung nicht erfüllt.

Schwierigkeiten bereitet allerdings der Umstand, dass mit einem Erlass der Verordnung voraussichtlich erst ab Mitte des zweiten Quartals 2009 zu rechnen ist. Dies führt insbesondere für solche Betreiber von Windenergieanlagen zu Unsicherheiten, die mit der Inbetriebnahme ihrer Anlagen auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens des EEG-Entwurfs (2009) warten, um einen Anspruch auf die dort geregelte Vergütung zu erhalten. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob den Anlagenbetreibern unter der Voraussetzung einer geplanten Inbetriebnahme ab Geltung des EEG-Entwurfs (2009) überhaupt ein Netzzugang durch den zuständigen Netzbetreiber zu gewähren ist. Die Gesetzesbegründung führt diesbezüglich aus, dass Windenergieanlagen, die nicht die Anforderungen erfüllen, keinen Anspruch auf vorrangigen Netzanschluss nach dem Gesetz haben.

Die übrigen Ansprüche, insbesondere zur Abnahme, Übertragung und Verteilung des erzeugten Stroms, bleiben hiervon unberührt. Solange eine Verordnung jedoch noch nicht erlassen wurde, müssen Windenergieanlagen trotzdem angeschlossen werden. § 6 Abs. 2 EEG-Entwurf (2009) entfaltet erst seine Wirkung, sobald eine



Mirja Häfker ist bei Blanke Meier Evers in den Bereichen Gesellschaftsrecht und Recht der Erneuerbaren Energien tätig

Verordnung erlassen wurde (vgl. die amtliche Gesetzesbegründung zu § 6 EEG-Entwurf (2009), S. 15).

Zu erwarten ist daher, dass die Verordnung Übergangsregelungen insbesondere für solche Anlagen enthalten wird, deren Inbetriebnahmezeitpunkt zwar nach dem Inkrafttreten des EEG-Entwurf (2009), aber noch vor dem Erlass der Verordnung liegt. Den Anlagenbetreibern muss die Möglichkeit gegeben werden, ihre Anlagen im Sinne der technischen Anforderungen der Verordnung nachzurüsten zu können, um dauerhaft einen Anspruch auf vorrangigen Netzanschluss zu haben. Andernfalls wären sie der Willkür der Netzbetreiber ausgesetzt, da es diesen möglich ist, Anlagen vom Netz zu trennen, die nicht die Vorgaben der Verordnung erfüllen (vgl. die amtliche Gesetzesbegründung zu § 6 EEG-Entwurf (2009), S. 14).

nicht. Der Landesgesetzgeber hat gerade auf die insoweit notwendige Kategorie des Eignungsgebiets verzichtet. Mangels landesrechtlicher Umsetzung ist mithin der Regionalplanung in Bayern die Festlegung von Eignungsgebieten verwehrt, so dass eine entsprechende Steuerung der Windenergienutzung in bayerischen Regionalplänen nicht möglich ist.

Unwirksam und doch wirksam!
Bundesverwaltungsgericht, Beschluss vom 17. September 2008 - 4 BN 22.08

In dieser von Blanke Meier Evers betreuten Sache geht das Bundesverwaltungsgericht unter anderem davon aus, dass ein unwirksamer Raumordnungsplan, der allein aufgrund formaler Fehler für unwirksam erklärt wurde, ein sog. in Aufstellung befindliches Ziel der Raumordnung beinhaltet. Dies führt praktisch dazu, dass von einem solchen Raumordnungsplan - soweit er Konzentrationswirkung hat - weiter beachtliche rechtliche Wirkungen für die Zulassung von Windenergieanlagen ausgehen. Insoweit ist die Beseitigung eines solchen Plans allein wegen formaler Gründe ein echter Pyr-

rhus-Sieg, weil die Konzentrationswirkung als in Aufstellung befindliches Ziel der Raumordnung regelmäßig fortwirkt.

Photovoltaik an Ex-Windstandorten
Landgericht Gießen, Urteil vom 1. April 2008 - 6 O 51/07

Eine Vergütungspflicht für eine Freilandphotovoltaikanlage an einem Standort, an dem ehemals Windenergieanlagen betrieben wurden, besteht nicht, wenn die Windenergieanlagen vollständig zurückgebaut werden und nur die Fundamente und Versorgungsleitungen im Erdreich vorhanden sind. Es fehlt insoweit an einem Fortwirken der vormaligen wirtschaftlichen Nutzung.

Pflicht zur Ergänzung der Antragsunterlagen
Verwaltungsgericht Frankfurt/Oder, Urteil vom 26. Mai 2008 - 5 K 2151/04

Diese Entscheidung macht deutlich, welche scharfen Eingriffsmöglichkeiten immissionsschutzrechtliche Genehmigungsbehörde im Zuge des Verfahrens haben. Auch wenn die Behörden von ihren

Möglichkeiten vielfach nicht Gebrauch machen, weist das Gericht richtig darauf hin, dass ein immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsantrag abgelehnt werden kann, wenn der Genehmigungsantragsteller einer Aufforderung zur Vervollständigung der Antragsunterlagen nicht rechtzeitig nachkommt. Die Entscheidung zeigt deutlich, dass auf eine behördliche Fristsetzung sensibel und zügig reagiert werden sollte.

Respekt vor Eignungsgebieten
Oberverwaltungsgericht Greifswald, Urteil vom 9. April 2008 - 3 L 84/05

Liegt auf der Ebene der Regionalplanung eine Steuerung der Windenergienutzung durch Eignungsgebiete vor, darf sich eine Gemeinde im Zuge ihrer Bauleitplanung nur darauf beschränken, die Windenergienutzung in den Eignungsgebieten einer Feinstuerung zu unterziehen. Sie muss respektieren, dass sich die durch die Regionalplanung ausgewiesenen Gebiete grundsätzlich für die Windenergienutzung eignen. Werden großflächig Gebiete der Konzentrationszone „weggeplant“, spricht dies für eine Verletzung der Anpassungspflicht.



Kompetente Partner für Erneuerbare Energien

Wir beraten Hersteller, Projektierungsunternehmen, Initiatoren, Finanzierer, 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.

Wir korrespondieren auch in Englisch, Französisch, Spanisch, Italienisch, Schwedisch und Niederländisch.

Bei Blanke Meier Evers arbeiten zurzeit 25 Rechtsanwälte, von denen sich 12 schwerpunktmäßig mit den Rechtsproblemen im Bereich der Erneuerbaren Energien befassen.



- **Dr. Gernot Blanke**
Gesellschafts- und Steuerrecht, Private Equity, Projektfinanzierungen
- **Dr. Klaus Meier**
Vertragsgestaltung, Projektfinanzierungen
- **Dr. Volker Besch**
Gesellschaftsrecht, Produkthaftungsrecht, Prospekthaftungsrecht
- **Dr. Kirstin Grotheer-Walter**
Gesellschafts- und Steuerrecht
- **Rainer Heidorn**
Gesellschafts- und Steuerrecht, Energierecht
- **Dr. Andreas Hinsch**
Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht, Energierecht
- **Dr. Thomas Heineke, LL.M.**
Vertragsgestaltung, Haftungs- und Gewährleistungsrecht
- **Lars Schlüter**
Gesellschaftsrecht und Vertragsgestaltung
- **Jörg Spelshaus**
Vertragsgestaltung, Gesellschaftsrecht und Prozessführung
- **Nadine Holzapfel**
Öffentliches Baurecht, Umweltrecht
- **Mirja Häfker**
Gesellschaftsrecht, Recht der Erneuerbaren Energien
- **Dr. Jochen Rotstegge**
Gesellschaftsrecht und Vertragsgestaltung

Verlag und Herausgeber:

Rechtsanwälte in Partnerschaft
Blanke Meier Evers
Kurfürstenallee 23
28211 Bremen

Tel: +49 (0)421 - 94 94 6 - 0
Fax: +49 (0)421 - 94 94 6 - 66
Internet: www.bme-law.de
E-Mail: info@bme-law.de

Redaktion:

Rechtsanwalt Dr. Andreas Hinsch

Druck:

Schintz Druck, Bremen

Layout und DTP:

Stefanie Schürle