



Rundbrief zum Recht der Erneuerbaren Energien

Überleitung ins neue EEG – welche Vergütung bekomme ich?

Rechtsanwalt Dr. Jörn Bringewat

Seit 2013 und Peter Altmaiers „Strompreisbremse“ werden die Vergütungshöhen und die Art der Förderung des Ausbaus der erneuerbaren Energien offen diskutiert. Aus dem Koalitionsvertrag war erkennbar, dass die anstehende EEG-Reform umfassend ausfallen wird. Seit diesem Monat ist der Regierungsentwurf des EEG 2014 verfügbar, das reformierte EEG soll zum 1. August 2014 in Kraft treten.

Da die geänderten gesetzlichen Regelungen zu Vergütungshöhen und Förderung große Relevanz für die wirtschaftliche Bewertung von Projekten entfalten, stehen auch die Übergangsregelungen im Fokus des Interesses und dabei insbesondere § 96 Abs. 3 des Regierungsentwurfs. Bei dieser Vorschrift handelt es sich um eine Stichtagsregelung, die die Fortgeltung der Vergütungssätze des EEG 2012 nach Inkrafttreten des EEG 2014 nur für solche Anlagen anordnet, die bis zum Ablauf des 31. Dezember 2014 in Betrieb genommen werden, wenn sie vor dem 23. Januar 2014 genehmigt wurden. Fraglich ist, ob die Übergangsregelung auch gilt, wenn eine Genehmigung rechtzeitig erteilt wurde, jedoch später der Anlagentyp gewechselt werden soll.

Der Sinn der Stichtagsregelung liegt nach der Begründung des Gesetzentwurfs darin, „Mitnahmeeffekte“ zu vermeiden.

Unsere Themen

- Überleitung ins neue EEG – welche Vergütung bekomme ich?
- Kauf von Projektrechten oder Projektgesellschaften aus der Insolvenzmasse
- Die verpflichtende Direktvermarktung – Chance oder Risiko?
- Aktuelle Rechtsprechung

Vorhabenträger sollten demnach nicht in die Lage versetzt werden, in Kenntnis eines Geltungstichtages kurzfristig Genehmigungsanträge für ggf. nicht genehmigungsreife Projekte einzureichen, um die EEG-2012-Vergütungssätze zu sichern. Die Entwurfsbegründung rechtfertigt diese Entscheidung, indem sie auf die oben dargestellte Reformgeschichte verweist und erklärt, dass Vorhabenträger unter diesem Gesichtspunkt kein belastbares Vertrauen in eine unveränderte Rechtslage haben setzen können. Die Stichtagsregelung eröffne daher das rechtlich notwendige Maß an Vertrauensschutz („Orientierungssicherheit“).

Für die aufgeworfene Frage bedeutet dies, dass der Regelungszweck durch einen nachträglichen Wechsel des Anlagentyps nicht tangiert wird. Ein Mitnahmeeffekt kann auf Grund der Umstände ausgeschlossen werden, dass die Genehmigung vor Veröffentlichung des Reformentwurfs - und damit ohne Kenntnis der Genehmigungsbehörde und des Vorhabenträgers - erteilt würde. Für diese Wertung spricht, dass der Inbetriebnahmezeitraum bis zum Ablauf des 31. Dezember 2014 kurz bemessen ist (Koppelung an Evaluierungszeitraum des § 65 EEG 2012), so dass eine Änderungsgenehmigung mit einer rechtzeitigen Inbetriebnahme nur in Frage kommt, wenn der erforderliche behördliche Prüfungsaufwand in einem reduzierten und vorhersehbaren Rahmen abläuft. Eine solche reduzierte Prüfung spricht dafür, die Kontinuität der Legalisierungswirkung der ursprünglichen Genehmigung und ihren Vertrauensschutz nicht in Frage zu stellen. Für die Beantwortung der Frage, ob ein Änderungsantrag die schützenswerte Position des abgeschlossenen Sachverhalts (Genehmigung) beeinträchtigen kann, ist u.a. auch relevant, ob ein Genehmigungsempfänger den aus der Genehmigung folgenden Vertrauensschutz durch einen Änderungsantrag selbst aufgeben und so die Unanwendbarkeit der Übergangsregelung des § 96 Abs. 3 EEG-Entwurf

Aktuelles

Offshore: Neufassungen von BSH-Standards

Nachdem das Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie bereits im Oktober 2013 eine neue Fassung seines Standards zur Untersuchung der Auswirkungen von Offshore-Windenergieanlagen auf die Meeresumwelt (StUK 4) herausgegeben hat, hat es nun eine Neufassung des Standards zur Baugrunderkundung veröffentlicht. Ferner befindet sich der Entwurf für eine Fortschreibung des Standards „Konstruktive Ausführung von Offshore-Windenergieanlagen“ zur Abstimmung in Fachkreisen. Neben vielen weiteren Änderungen finden sich dort nun spezifische Anforderungen an Offshore-Konverterstationen und Offshore-Umspannstationen.

eintreten kann. Ein Rechtsverzicht muss allerdings wegen seiner weitreichenden Folgen ausdrücklich erkennbar werden, ein Änderungsantrag wird daher in der Regel nicht als Verzicht auf den geänderten Teil der Ursprungsgenehmigung verstanden werden können. Eine Änderungsgenehmigung bildet überdies mit der früheren Genehmigung einen einheitlichen Genehmigungstatbestand und lässt insoweit die ursprüngliche Genehmigung abseits der Änderung unberührt. Es spricht somit einiges dafür, dass der Wechsel des Anlagentyps nach Genehmigungserteilung nicht die Fortgeltung der alten Vergütungsvorschriften ausschließt. Als Gegenargument muss allerdings gelten, dass das EEG an die „Anlage“ anknüpft, was nach den Begriffsbestimmungen des EEG technisch zu verstehen sein kann. Da die Anwendbarkeit der Übergangsbestimmung und somit der Vergütungssätze des EEG 2012 aber bspw. zu Unsicherheiten hinsichtlich der anwendbaren EEG-Fassung führen kann, muss dieses Risiko in der Projektentwicklung abgebildet werden und im Einzelfall und anhand der Art und des Umfangs der Änderung der Anlage geprüft werden.

Kauf von Projektrechten oder Projektgesellschaften aus der Insolvenzmasse

Rechtsanwalt Dr. Jochen Rotstegge

In Krisenzeiten wird zumeist seitens einer Gesellschaft versucht, Liquidität durch Abverkauf von Gegenständen und/oder Beteiligungen zu gewinnen. Diese Liquidität soll entweder die Stellung eines Antrags auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens wegen Zahlungsunfähigkeit verhindern oder im Zeitraum zwischen Stellung eines solchen Antrags und der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens den Antragsgrund der Zahlungsunfähigkeit wieder beseitigen. Spätestens wird ein Insolvenzverwalter jedoch im Insolvenzverfahren Vermögensgegenstände des Insolvenzschuldners (auch Projektrechte oder Beteiligungen an Projektgesellschaften) veräußern, um entweder die vorhandene Insolvenzmasse zu verwerten oder um Liquidität zur Fortführung des Unternehmens zu gewinnen.

Anders als in dem Zeitraum zwischen Stellung des Insolvenzantrages, der öffentlich bekannt gemacht wird, und der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ist ein Erwerb von Projektrechten oder einer Beteiligung an einer Projektgesellschaft rechtssicher möglich. Während in dem Zeitraum zwischen Stellung des Insolvenzantrages und der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ein erhebliches Risiko besteht, dass ein abgeschlossenes Rechtsgeschäft oder eine vorgenommene Rechtshandlung anfechtbar ist (§§ 129 ff. InsO) oder der vorläufige Insolvenzverwalter ggf. zu einer Verwertungsmaßnahme in diesem Verfahrenssta-

dium nicht befugt ist (s. § 22 InsO; der Bundesgerichtshof führt in einer Entscheidung vom 14. 12. 2000 (abgedruckt in u.a.: NZI 2001, 191) aus, dass grundsätzlich weder der starke noch der schwache vorläufige Insolvenzverwalter Schuldnervermögen verwerten darf), ist nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine Verwertung von Projektrechten oder Projektgesellschaften durch Verkauf im Rahmen der insolvenzrechtlichen Bestimmungen zulässig. Auch zwischen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens und dem sich anschließenden sog. Berichtstermin ist eine Veräußerung von bedeutenden Vermögenspositionen in den Grenzen des § 158 InsO möglich. Der Insolvenzverwalter bedarf regelmäßig der Zustimmung eines eingesetzten Gläubigerausschusses. Soweit ein solcher nicht eingesetzt wurde, gelten anderweitige Bestimmungen hinsichtlich der Verwertung der Masse, jedoch ist eine Veräußerung von Projektrechten oder Projektgesellschaften nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens unter Verstoß gegen die §§ 160 bis 163 InsO gegenüber dem Erwerber grundsätzlich wirksam (§ 164 InsO).

Neben den Risiken bei einem Erwerb von einem Insolvenzverwalter ist zu beachten, dass die Krise oder Insolvenz einer Gesellschaft erhebliche Auswirkungen auf die vorhandenen Verträge und Projektrechte haben kann. Hier sind u.a. die Folgewirkungen für Lieferungs- und Leistungsver-



“

Dr. Jochen Rotstegge ist bei Blanke Meier Evers als Partner für die Bereiche Gesellschaftsrecht und Vertragsgestaltung zuständig.

träge, Nutzungsverträge, Genehmigungen und andere Projektrechte zu prüfen, die sich insbesondere entweder aus Zahlungsverzug, Insolvenzanfechtung, insolvenzspezifischen Vertragswahlmöglichkeiten oder gar der Eröffnung des Insolvenzverfahrens selbst ergeben können. Hierbei stellen sich neben der Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen auch regelmäßig Fragen hinsichtlich des Wahlrechts des Insolvenzverwalters nach den §§ 103 ff. InsO oder Sonderkündigungs- oder Rücktrittsrechten aufgrund vertraglicher oder gesetzlicher Bestimmungen. Auch dies ist vor einem Erwerb zu prüfen, damit die zu erwerbenden Projektrechte bzw. das Vermögen der Projektgesellschaft werthaltig und nutzbar ist.

Aktuelle Rechtsprechung

Radlader irrelevant

Verwaltungsgerichtshof München, Beschluss vom 26. Februar 2014 – 2 ZB 13.162

In diesem Nachbarstreitverfahren gegen die Zulassung einer Änderung einer Biogasanlage rügten die Nachbarn, dass der Lärm durch Radlader (Fahrbetrieb, Scheuern einer Schaufel auf befestigtem Untergrund, Be- und Entladen des Substrats) nicht berücksichtigt worden sei. Das Beschwerdegericht ging insoweit davon aus, dass auch im Falle einer Berücksichtigung dieser Immissionen sich die Emissionen für die Nachbarn um allenfalls 1 bis 2 dB(A) erhöhen würden. Damit blieben die prognostizierten Pegel jedoch weit unterhalb der entsprechenden Richtwerte. Der Nachbarrechtsschutz blieb ohne Erfolg.

Vertrag über Baulasten

Landgericht Dessau-Roßlau, Urteil vom 15. November 2013 – 3 O 39/13

In diesem Rechtsstreit hatte das Landgericht die Frage zu klären, ob die Kündigung eines Vertrages zur Bestellung von

(bereits bestellten) Baulasten durch den Verpflichteten wirksam war. Das Gericht ging davon aus, dass es sich bei dem Vertrag um kein Pacht- oder Mietverhältnis handelt. Es handelt sich vielmehr um einen Vertrag eigener Art. Nach Ansicht des Gerichts sind derartige Gestattungsverträge, weil der Errichter auf die dauerhafte Bestellung der Baulasten angewiesen ist, nicht kündbar.

Kein Klagerecht der DFS

Verwaltungsgericht Oldenburg, Beschluss vom 5. Februar 2014 – 5 B 6430/13

In dieser praktisch sehr bedeutsamen Entscheidung hat sich das Verwaltungsgericht dagegen ausgesprochen, dass der Deutschen Flugsicherung GmbH ein Klagerecht gegen die Zulassung von Windenergieanlagen zusteht. Des Weiteren wies das Gericht ausdrücklich darauf hin, dass eine Störung der Funktionsfähigkeit einer Funknavigationsanlage sich nicht schon aus dem Umstand ergibt, dass sie innerhalb eines „Schutzbereiches“ liegen, sondern dass jedenfalls eine nachteilige Beeinflussung der Funktion der Funknavigationsanlage dargelegt werden muss. Da dies nicht der Fall war, blieb der Rechtsschutz auch inhaltlich erfolglos.

Konzentrationsplanung für Biogas

Oberverwaltungsgericht Lüneburg, Urteil vom 20. Februar 2014 – 1 KN 75/11

In dieser ersten Entscheidung, die sich mit einer Konzentrationsplanung zur Steuerung der Biogasnutzung im Außenbereich befasst, rügte der Antragsteller wesentlich die Abwägungskriterien. Diese waren aus Sicht des Gerichts nicht fehlerhaft gewählt, insbesondere war ein Mindestabstand von 250 m zwischen Biomasseanlagen und Wohnbauflächen bzw. Siedlungsbereichen im Außenbereich nicht fehlerhaft. Bei der Entscheidung fällt auf, dass die Anforderungen, die im Windkraftbereich an eine Konzentrationsplanung entwickelt wurden, hier nicht erörtert sind.

Reduzierung der Grenzabstände

Oberverwaltungsgericht Lüneburg, Beschluss vom 13. Februar 2014 – 12 ME 221/13

Das Oberverwaltungsgericht hat in diesem Eilverfahren festgehalten, dass nach den Regelungen der neuen Niedersächsischen Bauordnung auch eine Verringerung des generellen Grenzabstandes möglich ist. Weitere Reduzierungen sind im Wege ei-

Die verpflichtende Direktvermarktung – Chance oder Risiko?

Rechtsanwalt Daniel Lonsdorfer

Die verpflichtende Direktvermarktung wird aller Wahrscheinlichkeit nach kommen. So steht es im Koalitionsvertrag der Großen Koalition aus Herbst 2013, so steht es im aktuellen Kabinettsentwurf zur EEG-Novellierung, in dem die verpflichtende Direktvermarktung an prominenter Stelle in § 2 Abs. 2 als Ziel des neuen Gesetzes aufgeführt ist.

Aber was heißt „verpflichtende Direktvermarktung“ für den Betreiber? Im Gegensatz zu dem aktuellen Leitmodell des EEG 2012 und seiner Vorgänger soll der Betreiber in Zukunft verpflichtet sein, seinen Strom an einen Stromhändler (den Direktvermarkter) zu veräußern. Im Gegenzug erhält er vom Direktvermarkter im Normalfall den Referenzmarktwert (d. h. den durchschnittlich für die entsprechende Erzeugungsvariante an der Strombörse erzielten Monatsmittelwert). Zusätzlich erhält der Betreiber vom jeweiligen Netzbetreiber die sogenannte gleitende Marktprämie, d.h. die Differenz aus der Einspeisevergütung und dem jeweiligen Referenzmarktwert.

Diese Berechnung hat sich gegenüber der aktuellen Rechtslage, unter der sich zum Beispiel bei der Windenergie ca. 85 % der bestehenden Anlagen in der Direktvermarktung befinden, nicht verändert. Wo also liegen die Probleme bei der verpflichtenden Direktvermarktung?

Für Neuanlagen besteht ein wesentlicher Unterschied darin, dass keine Rückkehr zur EEG-Vergütung möglich ist, sondern nur die sogenannte Ausfallvergütung in Höhe von 80 % der Einspeisevergütung (nach dem aktuellen Stand des Referentenentwurfs) vom Netzbetreiber gefordert werden kann und dies auch nur ausnahmsweise und vorübergehend. Der Wegfall der „weichen“ Rückfalloption auf die EEG-Vergütung führt daher zu einer stark verbesserten Verhandlungsposition für den Direktvermarkter. Dies kann dazu führen, dass Direktvermarkter versuchen, Risiken, die sie bisher getragen haben, auf den Betreiber abzuwälzen. Eine zweite wesentliche Änderung besteht in dem Wegfall der Managementprämie. Diese wird nach dem aktuellen System üblicherweise in einem zwischen Betreiber und Direktvermarkter verhandeltem Verhältnis aufgeteilt und stellt den Mehrerlös des Betreibers dar. Zukünftig ist zu erwarten, dass Direktvermarkter versuchen werden, diese Kosten zumindest teilweise beim Betreiber zu platzieren, so dass der Betreiber im Ergebnis unter den im EEG für die jeweilige Erzeugungsart festgelegten anzulegenden Wert fallen könnte.

Als weiterer Punkt ist bei einer Fremdfinanzierung mit gesteigerten Anforderungen von finanzierenden Kreditinstituten zu rechnen. Zum einen steht zu erwarten, dass die finanzierenden Kreditinstitute bereits vor Finanzierungszusage unter-



Daniel Lonsdorfer ist bei Blanke Meier Evers in den Bereichen Vertragsgestaltung und Energierecht tätig.

schriftreife Direktvermarktungsverträge verlangen werden. Außerdem käme es nicht überraschend, falls Kreditinstitute Direktvermarktungsverträge mit einer Laufzeit von mehreren Jahren fordern würden, um eine möglichst große Sicherheit in Bezug auf die zu erwartenden Einnahmen und Kosten zu erhalten.

Andererseits ist es bei Wahl eines erfahrenen und vertrauenswürdigen Direktvermarkters sowie einer ausgewogenen vertraglichen Abrede für den Betreiber durchaus möglich, Mehrerlöse (bspw. durch Beteiligung an Erlösen oberhalb des Referenzmarktwerts) zu erzielen.

Aus Sicht des Betreibers ist somit insbesondere im Spannungsfeld zwischen den möglicherweise gestiegenen Anforderungen der finanzierenden Kreditinstitute einerseits und der erhöhten Verhandlungsmacht des Direktvermarkters andererseits Vorsicht geboten.

ner Ausnahmeregelung möglich. Bei der Entscheidung über die Reduzierung der Abstandsflächen ist insbesondere der Schutzzweck dieser Bestimmungen zu beachten. Andere öffentliche Belange spielen hingegen keine Rolle.

Kein Klagerecht des Landkreises
Oberverwaltungsgericht Lüneburg,
Beschluss vom 12. Februar 2014 –
12 ME 242/13

In dieser von Blanke Meier Evers erstrittenen Entscheidung hat das Oberverwaltungsgericht festgehalten, dass sich ein Landkreis wegen vorgegeblicher Beeinträchtigung seiner Landschaftsschutzgebiete nicht gegen die Errichtung von Windenergieanlagen wenden kann. Es handelt sich hierbei um öffentliche Interessen, die dem Landkreis als staatlicher Behörde anvertraut sind. Eigene Rechte werden insoweit nicht beeinträchtigt. Der Eilrechtsschutz blieb insoweit erfolglos.

Keine Gebühren für Zustimmung
Verwaltungsgericht Augsburg, Urteil vom
9. Dezember 2013 – 3 K 13.1171

Das Verwaltungsgericht hat einen Gebührenbescheid der Luftverkehrsbehörde

aufgehoben, mit der diese die Gebühren für eine gutachterliche Stellungnahme der Deutschen Flugsicherung GmbH geltend machen wollte. Das Verwaltungsgericht hat darauf hingewiesen, dass es sich um keine kostenpflichtige Amtshandlung handelt, weil es um einen internen Prozess im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren geht. Ein separater Gebührenanspruch kann hierfür nicht entstehen.

Keine Antragsbefugnis eines Naturschutzverbandes
Verwaltungsgericht Minden, Beschluss vom 18. März 2014 – 11 L 706/13

Der Eilrechtsschutzantrag eines Naturschutzverbandes gegen die Genehmigung von insgesamt drei Windenergieanlagen blieb erfolglos. Das Verwaltungsgericht ging davon aus, dass ein zulässiger Rechtsschutz des Verbandes nicht möglich war. Vielleicht gibt das Umweltrechtsbehelfsgesetz Umweltverbänden Möglichkeiten, gegen UVP-pflichtige Vorhaben vorzugehen, und dazu zählt auch die Windkraftnutzung, jedoch zählt zu den Voraussetzungen des erfolgreichen Rechtsschutzes auch, dass der Verband zur Beteiligung in einem Genehmigungsverfahren berechtigt

war. Da vorliegend die Genehmigungsbehörde im Zuge der UVP-Vorprüfung zum Ergebnis kam, dass keine Umweltverträglichkeitsprüfung erforderlich war, und so ein nicht förmliches Genehmigungsverfahren durchgeführt wurde, ging das Gericht davon aus, dass ein solches Beteiligungsrecht nicht bestand.

Eilantrag der Gemeinde
Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 11. März 2014 –
11 S 22.13

In dieser Angelegenheit wandte sich die Standortgemeinde gegen die Errichtung von Windenergieanlagen, die insbesondere entgegen ihres Zurückstellungsantrags durch die Genehmigungsbehörde zugelassen wurden und inzwischen errichtet waren. Das Gericht hat dazu festgehalten, dass bei Errichtung der Windenergieanlagen ein gemeindlicher Eilrechtsschutzantrag nur dann erfolgreich sein kann, wenn es der Gemeinde gelingt darzulegen, warum durch den Betrieb der Windenergieanlagen die gemeindliche Planungshoheit betroffen ist. Da dies der Gemeinde nicht gelang, blieb der Eilrechtsschutzantrag erfolglos.



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.

Bei Blanke Meier Evers arbeiten zurzeit über 25 Rechtsanwälte, von denen sich 14 schwerpunktmäßig mit den Rechtsproblemen im Bereich der erneuerbaren Energien befassen.



- **Dr. Klaus Meier**
Vertragsgestaltung, Projektfinanzierungen
- **Dr. Volker Besch**
Gesellschaftsrecht, Produkthaftungsrecht, Prospekthaftungsrecht
- **Dr. Andreas Hinsch**
Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht, Energierecht
- **Dr. Thomas Heineke, LL.M.**
Vertragsgestaltung, Energierecht, Haftungs- und Gewährleistungsrecht
- **Lars Schlüter**
Gesellschaftsrecht, Vertragsgestaltung
- **Dr. Jochen Rotstegge**
Gesellschaftsrecht, Vertragsgestaltung
- **Falko Fähndrich**
Gesellschaftsrecht, Energierecht
- **Lars Wenzel**
Vertragsgestaltung, Energierecht
- **Corinna Hartmann**
Energie- und Agrarrecht, Vertragsgestaltung
- **Daniel Lonsdorfer, LL.M.**
Vertragsgestaltung, Energierecht
- **Dr. Uli Rentsch**
Gesellschaftsrecht, Energierecht, Vertragsgestaltung
- **Dr. Mahand Vogt**
Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht, Energierecht
- **Benjamin Zietlow**
Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht, Energierecht
- **Dr. Jörn Bringewat**
Öffentliches Baurecht, Umweltrecht

Verlag und
Herausgeber: Blanke Meier Evers
Rechtsanwälte in Partnerschaft
Stephanitorsbollwerk 1 (Haus LEE)
28217 Bremen
Tel: 0421 - 94 94 6 - 0
Fax: 0421 - 94 94 6 - 66
Internet: www.bme-law.de
E-Mail: info@bme-law.de

Redaktion: Rechtsanwalt Dr. Andreas Hinsch
Druck: Girzig+Gottschalk GmbH, Bremen
Layout und DTP: Stefanie Schürle