



Rundbrief zum Recht der Erneuerbaren Energien

Schallimmissionsschutz bei Windenergieanlagen – neue Fragen, neue Antworten?

Rechtsanwalt Dr. Andreas Hinsch

Fragen des Schallimmissionsschutzes sind bei der Zulassung von Windenergieanlagen seit jeher bedeutsam. Insbesondere wenn Nachbarn die Zulassung anfechten, stehen Ermittlung und Bewertung der Schallimmissionen auf dem Prüfstand. Aber gerade bei komplexen Zubau- und Repoweringprojekten zeigt sich oftmals, dass die Schallimmissionssituation im Umfeld eines Windparks ausgezerrt ist. Es stellt sich die Frage, in welcher Konfiguration und wie viele Windenergieanlagen in einem Gebiet noch immissionsschutzrechtlich zulässig sind.

Ermittlung der Vorbelastung

Insbesondere in Schleswig-Holstein gibt es bezüglich der Ermittlung der Vorbelastung neue und unglückliche Regelungen. Obwohl es in der Rechtsprechung durchgängig anerkannt ist, dass landwirtschaftliche Vorbelastungen nicht ohne Weiteres zu ermitteln sind, weil diese nicht in den Anwendungsbereich der TA Lärm fallen, verlangt das dort zuständige Ministerium eine entsprechende Ermittlung. Das ist zwar rechtlich nicht gänzlich unzulässig, es muss jedoch ein Ansatzpunkt dafür vorhanden sein, dass in der Kumulation der Wirkung der Windenergieanlagen – zusammen mit der Vorbelastung – schädliche Umwelteinwirkungen entstehen können. Das ist meist im Hinblick auf die Geräuschquellen auszuschließen, erzeugt aber einen erheblichen Aufwand beim Immissionsgutachter und bei der Erfassung des Sachverhalts,

weil oft die landwirtschaftlichen Vorbelastungen nicht ohne Weiteres zu ermitteln sind, insbesondere wenn dazu auch nicht ortsfeste Anlagen und Tiergeräusche zählen sollen.

Irrelevanz

Eine weitere Frage, die sich immer häufiger stellt, ist diejenige, inwieweit die Schallimmissionen von vorhandenen Bestandwindenergieanlagen bei der Schallprognose unberücksichtigt bleiben können. Es zeichnet sich eine Verwaltungspraxis in vielen Ländern ab, nach der nur Windenergieanlagen, die außerhalb eines „erweiterten Einwirkungsbereichs“ liegen, nicht berücksichtigt werden können. Dieser wird bei 15 dB(A) unterhalb des jeweiligen Richtwertes gesetzt. Ob diese Praxis vor dem Hintergrund des bindenden Charakters der TA Lärm rechtmäßig ist, ist zweifelhaft; denn diese sieht allein einen Abstand von 10 dB(A) zum Richtwert vor.

Relevant ist in diesem Zusammenhang aber auch, inwieweit eine Vielzahl von Windenergieanlagen in einem Antrag zu einem gemeinsamen Vorhaben zusammengefasst werden können und müssen und dann eine einheitliche, gemeinsame Zusatzbelastung bilden. Dies hängt insbesondere mit dem Anlagenbegriff zusammen, und es spricht viel dafür, dass jedenfalls dann, wenn eine gemeinsame Windfarm beantragt wird, diese auch einheitlich zu berücksichtigen ist.

Gemengelage

Grenzen Gebiete unterschiedlicher Schutzwürdigkeit aneinander, sind die entsprechenden Richtwerte aneinander anzupassen. Dies entspricht dem Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme und auch der TA Lärm, die das in Nr. 6.7 grundsätzlich vorsieht. Grenzen Gebiete mit höherer Schutzwürdigkeit als 45 dB(A) (reine oder allgemeine Wohngebiete) an den Außenbereich, in dem Windenergieanlagen errichtet werden, ist immer eine Entscheidung über das Maß der gegenseitigen Rücksichtnahme erforderlich. Das muss dazu führen, dass Zwischenwerte gebildet werden. Es ist nach den konkreten Gege-

Aktuelles

Neuer BSH-Standard Konstruktion veröffentlicht

Das Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie hat seinen Standard „Konstruktion“ von 2007 im Wege einer Fortschreibung vom 28. Juli 2015 überarbeitet. Das Regelwerk setzt einen rechtlichen Rahmen für die Zulassung und Umsetzung von Offshore-Windparks in der Ausschließlichen Wirtschaftszone (d. h. außerhalb der 12-Seemeilen-Zone). Neben vielen Änderungen im Detail berücksichtigt die Neufassung zum einen die seit 2007 vom BSH veröffentlichten Fortschreibungen und Hinweisen zu einzelnen Teilen des Standards. Zum anderen finden sich nun spezifische Vorgaben für Topsides von Offshore-Stationen und Seekabel.

Die Fortschreibung des Standards gilt für alle Windparks, die bis zum Ablauf von sechs Monaten seit der Veröffentlichung noch nicht alle Unterlagen für die sog. 1. Freigabe beim BSH eingereicht haben. Ferner ist sie für Windparks anwendbar, welche dem BSH nicht innerhalb von 24 Monaten nach der Veröffentlichung sämtliche Unterlagen für die 2. Freigabe übermittelt haben. Schließlich finden die Vorgaben über die Aufrechterhaltung der Betriebserlaubnis auch für Bestandparks Anwendung.

benheiten darüber zu entscheiden, wie die Schutzwürdigkeit in der Gemengelage sachgerecht gelöst werden kann. Dabei geht es nicht – wie von einigen Behörden missverstanden – um das Herabsetzen der Schutzwürdigkeit einer Wohnnutzung am Rande des Außenbereichs und eine Umgehung der Richtwerte. Vielmehr geht es darum, das notwendige Maß der gegenseitigen Rücksichtnahme konkret und sachgerecht zu bestimmen. Der Zwischenwert kann auch so gebildet werden, dass der Richtwert beibehalten wird, aber auch das ist anhand konkreter Gegebenheiten zu begründen. Den Wert ohne Begründung dort zu belassen, wo es das Gebiet mit der höheren Schutzwürdigkeit vorsieht, ist rechtswidrig.

Unsere Themen

- Schallimmissionsschutz bei Windenergieanlagen – neue Fragen, neue Antworten?
- Bedarfsgesteuerte Nachtkennzeichnung von Windenergieanlagen
- Vollwartungsverträge – Drum prüfe, wer sich ewig bindet
- Aktuelle Rechtsprechung



Bedarfsgesteuerte Nachtkennzeichnung von Windenergieanlagen

von Rechtsanwalt Thomas Schmitz

Durch die Änderungen der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Kennzeichnung von Luftfahrthindernissen (kurz: AVV) sollen nächtliche Störwirkungen durch Lichtimmissionen durch die bedarfsgesteuerte Nachtkennzeichnung von Windenergieanlagen reduziert werden. Die Befehrerung soll hierdurch nur noch dann aktiviert werden, wenn sich tatsächlich ein Luftfahrzeug dem Hindernis nähert.

Nach der neu eingefügten Nummer 17.4 Satz 2 AVV kann der Einschaltvorgang der Befehrerung auf Antrag bedarfsgesteuert erfolgen, sofern die Vorgaben in Anhang 6 erfüllt werden. Für den Einsatz eines entsprechenden Systems ist die Zustimmung der zuständigen Luftfahrtbehörde erforderlich, welche aufgrund einer gutachterlichen Stellungnahme der Flugsicherungsorganisation entscheidet. Die technischen Anforderungen, welche es vor der Zulassung zu prüfen gilt, sowie Vorgaben zum Betrieb (z.B. zu welchen Zeiten die bedarfsgesteuerte Befehrerung aktiviert werden darf, unter welchen Umständen sich die Befehrerung anschalten muss und ausschalten darf etc.) sind ebenfalls in Anhang 6 geregelt.

Zwar wurde bislang erst ein System zur bedarfsgesteuerten Nachtkennzeichnung zum Betrieb zugelassen. Dennoch wurden jüngst zunehmend häufiger immissionsschutzrechtliche Genehmigungen mit Nebenbestimmungen versehen, die die

Nachrüstung von Windenergieanlagen mit einem solchen System vorsahen. Während in einigen Fällen die Nachrüstung unter der Bedingung angeordnet wurde, dass diese erst dann erfolgen muss, wenn die Nachrüstung unter wirtschaftlich vertretbarem Aufwand erfolgen kann, blieb der Aspekt der Kosten der Nachrüstung in anderen Fällen gänzlich unberücksichtigt.

Die Rechtmäßigkeit solcher Regelungen ist sehr fraglich. Den Rechtsrahmen für derartige Nebenbestimmungen bildet § 12 Abs. 1 Satz 1 BImSchG. Hiernach setzt die Anordnung von Nebenbestimmungen zunächst voraus, dass diese erforderlich sind, um zu gewährleisten, dass die in § 6 BImSchG normierten Genehmigungsvoraussetzungen eingehalten werden. Diese beinhalten u.a. die Verpflichtung des Betreibers sicherzustellen, dass keine schädlichen Umwelteinwirkungen, zum Beispiel durch Lichtimmissionen gemäß § 3 Abs. 1 und 2 BImSchG, erzeugt werden. Dafür, dass durch die Nachtkennzeichnung von Windenergieanlagen erzeugte Lichtimmissionen die Schädlichkeitsschwelle überschreiten, sind derzeit keine (wissenschaftlichen) Erkenntnisse vorhanden. Im Übrigen eröffnet § 12 Abs. 1 Satz 1 BImSchG der Genehmigungsbehörde einen Ermessensspielraum. Die (rechtmäßige) Ermessensausübung setzt eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit der avisierten Regelung voraus. Das wiederum bedeutet konkret, dass die Anordnung zur Nachrüstung der bedarfsgesteuerten



Thomas Schmitz ist bei Blanke Meier Evers in den Bereichen Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht und Energierecht tätig.

Nachtkennzeichnung daraufhin zu überprüfen ist, ob der hierdurch erzielte Vorteil für die in der Umgebung der Anlage(n) lebenden Menschen, den diese durch die Verringerung von Lichtimmissionen in der Nacht erlangen könnten, zu dem (wirtschaftlichen) Nachteil für den Anlagenbetreiber noch in einem angemessenen Verhältnis steht. Weil jedoch derzeit gerade noch keine handfesten Anhaltspunkte für die Schädlichkeit der Lichtimmissionen ersichtlich und die Kosten von mehreren hunderttausend Euro für ein solches System immens sind, ist die Verhältnismäßigkeit einer Regelung, bei der die Wirtschaftlichkeit außer Betracht bleibt, äußerst fraglich.

Aktuelle Rechtsprechung

PV-Freiflächenanlage: Kosten der Baugenehmigung
Oberverwaltungsgericht Lüneburg, Beschluss vom 22. September 2015 – 1 LA 62/15

In einer vergleichbaren Entscheidung zu Windenergieanlagen geht das Oberverwaltungsgericht davon aus, dass auch für Photovoltaikanlagen kein Rohbauwert bestimmt werden kann und so für die Ermittlung der Baugebühren die höheren Investitionskosten anzusetzen sind. Dies führt in der Folge zu deutlich höheren Baugebühren.

Kein Nachbarrechtsschutz gegen Konzentrationszone
Oberverwaltungsgericht Koblenz, Beschluss vom 4. September 2015 – 8 C 10384/15

In dieser Entscheidung hat das Oberverwaltungsgericht festgehalten, dass ein Wohnnachbar, der sich gegen die zusätzli-

che Ausweisung einer Konzentrationszone im Wege der Normenkontrolle wendet, damit nicht erfolgreich sein kann. Denn der Antrag ist bereits unstatthaft, weil die bloße positive Ausweisung einer Fläche nicht Gegenstand der Normenkontrolle ist. Diese dient nur dazu, die mit der Belastung des Grundeigentums verbundene Ausschlusswirkung zu beseitigen. Auf solche Wirkungen beruft sich der allein von den Immissionen der Anlage betroffene Wohnnachbar allerdings nicht.

TA Lärm anwendbar
Oberverwaltungsgericht Schleswig, Beschluss vom 31. Juli 2015 – 1 MB 14/15

In dieser Entscheidung musste sich das Oberverwaltungsgericht intensiv mit den Vorgaben zum Schallimmissionsschutz bei Windenergieanlagen auseinandersetzen. Es ging davon aus, dass die TA Lärm und ihr Berechnungsprogramm auch für Windenergieanlagen mit hoher Nabenhöhe Anwendung findet, jedenfalls dann, wenn der Korrekturfaktor Cmet auf Null gesetzt wird. Auch die übrige, zum Teil massive Kritik an dem Bewertungsschema der TA Lärm hat das Oberverwaltungsge-

richt nicht davon abgehalten, den nachbarlichen Rechtsschutz entsprechend den Anträgen von Blanke Meier Evers zurückzuweisen.

Übergangsregelungen nach der PV-Novelle
Oberlandesgericht Celle, Beschluss vom 16. Juni 2015 – 13 U 7/15

In dieser Entscheidung hatte sich das Oberlandesgericht mit den Regelungen aus § 66 Abs. 18a EEG 2012 auseinanderzusetzen. Das Gericht ging zunächst von der Verfassungskonformität der Regelungen aus und hat zur Notwendigkeit eines förmlichen Aufstellungsbeschlusses für einen Bebauungsplan nach der Vorschrift festgehalten, dass dieser nicht vorliegt, wenn die planende Gemeinde jedenfalls am 23. November 2012 (auf den entsprechenden Stichtag) einen Aufstellungsbeschluss vorlegt. Das war vorliegend aus Sicht des Gerichts nicht der Fall, denn der gemeindliche Beschluss diene aus Sicht des Gerichts nur dazu, die politische Bereitschaft, das Projekt der Betreiberin zu tragen, zu dokumentieren.

Vollwartungsverträge – Drum prüfe, wer sich ewig bindet

Rechtsanwalt Dr. Thomas Heineke

In den letzten zehn Jahren hat sich der Markt für die Wartung von Windenergieanlagen deutlich verändert. Zum einen bieten Hersteller von Windenergieanlagen mittlerweile für die von ihnen veräußerten Produkte regelmäßig langfristige Vollwartungskonzepte mit teilweise recht langen Laufzeiten von bis zu 15 Jahren und mehr an; dieses war vor einigen Jahren längst noch nicht der Fall. Zum anderen sehen sich die Hersteller der Windenergieanlagen mittlerweile unabhängigen Dritten gegenüber, die gleichfalls entsprechende Wartungskonzepte anbieten. Mit dieser Entwicklung einher geht eine hohe Nachfrage an langfristiger Sicherung des Investments durch umfangreiche Wartungsleistungen, dieses gilt insbesondere für die Dauer der Fremdfinanzierung des jeweiligen Projektes. Vor diesem Hintergrund ist es schwer verständlich, dass Wartungsverträge in vielen Fällen noch immer als bloßer Annex zum Liefervertrag angesehen und dann auch so behandelt werden. Dabei lohnt es sich, auch dort genauer hinzusehen:

Auch wenn Vollwartungskonzepte häufig als „Rundum-Sorglos-Pakete“ verkauft werden, enthalten die Wartungsverträge regelmäßig (und tlw. erhebliche) Leistungsausschlüsse zugunsten des Wartungsunternehmens. Dabei zeigen sich gerade bei Schäden, die durch höhere Gewalt verursacht worden sind, teilweise erhebliche Unterschiede. Auch versuchen Hersteller vereinzelt, ihre Leistungsver-

pflichtung durch Vereinbarung von Leistungshöchstgrenzen zu beschränken. Hier ist im ersteren Falle insbesondere auf eine vernünftige Verzahnung von Wartungs- und Versicherungskonzept zu achten. Im zweiten Falle muss daran gedacht werden, dass ein Budget, welches für die Wartung zur Verfügung gestellt wird, durch ein- oder mehrmaligen Austausch von Großkomponenten in Einzelfällen sehr schnell erschöpft sein kann.

Zentrales Leistungselement in Vollwartungsverträgen ist regelmäßig die Übernahme einer Verfügbarkeitsgarantie durch das Wartungsunternehmen. Hier ist zum einen vor allem darauf zu achten, dass die Ausnahmetatbestände, in denen die Windenergieanlage trotz Stillstandes als verfügbar gilt, nicht zu ausufernd geregelt werden und ein an sich berechtigter Ausnahmetatbestand, beispielsweise eine Abschaltung in Folge von Wartungsarbeiten am Netz, nicht dazu genutzt werden kann, eine zu diesem Zeitpunkt tatsächlich nicht vorhandene technische Verfügbarkeit der Anlage zu entschuldigen. Zum anderen ist zu gewährleisten, dass im Falle der Unterschreitung der zugesagten Verfügbarkeit eine angemessene Kompensation geleistet wird. Hier spielen die Frage der Berechnung der Entschädigung – teilweise vereinbart als pauschale Entschädigung je entgangener kWh und teilweise als Anspruch auf Ersatz der tatsächlich entgangenen Erlöse – und die Begrenzung der Haftung für die Verfügbarkeit eine wichtige Rolle.



“

Dr. Thomas Heineke ist bei Blanke Meier Evers als Partner für die Bereiche Vertragsgestaltung, Haftungs- und Gewährleistungsrecht und Energierecht zuständig.

Schließlich sollte einmal durchgespielt werden, welche Entschädigung eigentlich zu leisten ist, wenn die Anlage grundsätzlich zwar verfügbar ist, wegen eines Defektes, der vom Wartungsunternehmen zu beseitigen ist, aber nur in Teilleistung betrieben werden kann.

In Bezug auf das Ende der Laufzeit stellt sich immer wieder die klassische Frage, in welchem Zustand die Windenergieanlage zu übergeben ist. Hier streitet das Interesse des Anlagenherstellers, am Ende der Laufzeit keine neuwertige Windenergieanlage übergeben zu wollen, mit dem Interesse des Auftraggebers, nicht am Ende mit einer Windenergieanlage dazustehen, die „mit Hängen und Würgen“ die Laufzeit des Wartungsvertrages überstanden hat. Diesbezüglich sind derzeit mehrere Gerichtsverfahren anhängig, über deren Ausgang wir in unserem Rundbrief im Falle einer Entscheidung berichten.

BHKW: Kein Mischbetrieb

Oberlandesgericht Düsseldorf, Urteil vom 20. Mai 2015 – 1-27 U 2/14, 27 U 2/14

In dieser Entscheidung hat das Oberlandesgericht festgehalten, dass, wenn ein Betreiber eines Blockheizkraftwerks ein Gemisch aus zertifiziertem und nicht zertifiziertem Palmölraffinat einsetzt, er für den eingespeisten Strom sämtliche Ansprüche auf Grundvergütung, den KWK-Bonus und den Nawaro-Bonus, verliert. Das Gericht ging davon aus, dass ein Massebilanzsystem für den eingesetzten Treibstoff nur auf Hersteller- und Lieferantenebene von flüssiger Biomasse besteht, aber nicht vom Anlagenbetreiber angewandt werden kann.

Windenergieanlage im Industriegebiet
Oberverwaltungsgericht Lüneburg, Urteil vom 25. Juni 2015 – 12 LC 230/14

In dieser Entscheidung hatte sich das Oberverwaltungsgericht damit auseinandersetzen, ob und inwieweit eine Windenergieanlage in einem Industriegebiet zulässig ist. Das Oberverwaltungsgericht

ging abweichend von einer in der Literatur vertretenen Ansicht davon aus, dass eine Windenergieanlage als Gewerbebetrieb durchaus grundsätzlich in einem Industriegebiet zulässig ist. Es ging jedoch im Einzelfall davon aus, dass die Windenergieanlage im Hinblick auf die Gebietsverträglichkeit konkret ausgeschlossen war, weil durch den Betrieb nachteilige Auswirkungen auf die gemeindliche Planungskonzeption zu erwarten standen.

Verwirkung der Klagerechte eines Umweltverbandes

Verwaltungsgericht Koblenz, Zwischenurteil vom 16. Juli 2015 – 4 K 118/15

In dieser Entscheidung ist das Verwaltungsgericht davon ausgegangen, dass die Klage eines Naturschutzverbandes gegen die Errichtung und den Betrieb von drei Windenergieanlagen bereits unzulässig war. Es führte aus, dass es der Naturschutzverband gegenüber der Genehmigungsbehörde treuwidrig unterlassen habe, nach Kenntnis der artenschutzrechtlichen Probleme zügig Rechtsschutz zu suchen. Das Verwaltungsgericht ging aber davon aus, dass eine Verwirkung gegenüber dem Vor-

habenträger nicht eintreten könnte, weil dieser seinerseits selbst gegen kritische artenschutzrechtliche Auflagen Rechtsschutz gesucht hat und er insoweit nicht schutzwürdig war.

Gemeinsame Windfarm

Verwaltungsgericht Ansbach, Urteil vom 5. August 2015 – 11 K 14.01883

In dieser von Blanke Meier Evers betreuten Angelegenheit hat das Verwaltungsgericht entschieden, dass Windenergieanlagen, die ungefähr zwei Kilometer auseinanderliegen, keine gemeinsame Windfarm bilden. Das Verwaltungsgericht ging davon aus, dass im Hinblick auf die großen räumlichen Abstände der beiden Anlagen kumulative Effekte nicht zu erwarten waren. Auch aus artenschutzrechtlichen Abstandsvorgaben ergäbe sich keine zusammenfassende Wirkung, weil dies allein die Frage der Genehmigungsfähigkeit betreffe und dies den reduzierten Prüfungsmaßstab für die Darlegung kumulierender Effekte verlasse. Die Klage der Nachbarkommune wurde abgewiesen.



Kompetente Partner für erneuerbare Energien

Wir beraten Hersteller, Projektierungsunternehmen, Initiatoren, Finanziere, 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 13 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 Fährdrich**
Gesellschaftsrecht, Energierecht
- **Lars Wenzel**
Vertragsgestaltung, Energierecht
- **Corinna Hartmann**
Energie- und Agrarrecht, Vertragsgestaltung
- **Dr. Uli Rentsch**
Gesellschaftsrecht, Energierecht, Vertragsgestaltung
- **Dr. Mahand Vogt**
Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht, Energierecht
- **Benjamin Zietlow**
Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht, Energierecht
- **Thomas Schmitz**
Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht, Energierecht

Verlag und
Herausgeber:

Blanke Meier Evers
Rechtsanwälte in Partnerschaft mbB
Stephanitorsbollwerk 1 (Haus LEE)
28217 Bremen
Tel: 0421 - 94 94 6 - 0
Fax: 0421 - 94 94 6 - 66
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