



vonBredow Valentin Herz

Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

von Bredow Valentin Herz, Littenstraße 105, 10179 Berlin,
Tel +49 (0) 30 8092482-20, Fax +49 (0) 30 8092482-30
E-Mail info@vvh.de

www.vonbredow-valentin-herz.de

NEWSLETTER

VON BREDOW VALENTIN HERZ / II.2018 VOM 7. AUGUST 2018

EEG LEITFADEN EINSPEISEMANAGEMENT 3.0: WAS NUN?

EEG NEUES VON DEN MELDEPFLICHT-SANKTIONEN: CLEARINGSTELLE EEG|KWKG VERÖFFENTLICHT HINWEIS ZU MELDEVERSTÖßEN

WIND UND SOLAR DER MIETERSTROMZUSCHLAG NACH DEM EEG — CLEARINGSTELLE EEG|KWKG KONKRETISIERT DIE GESETZLICHEN VORAUSSETZUNGEN

KRAFT-WÄRME-KOPPLUNG REDUZIERTER EEG-UMLAGE BEI KWKG-NEUANLAGEN IN DER EIGENVERSORGUNG



**THINK
BEFORE YOU
PRINT**

Sehr geehrte Leserin,
sehr geehrter Leser,

zum Ende der Sommerpause möchten wir Sie mit der zweiten Ausgabe unseres Newsletters im Jahr 2018 wieder über die neuesten Entwicklungen im Energierecht informieren.

Auch dieses Mal gibt es wieder Spannendes zu berichten. Nachdem es in dieser Legislaturperiode lange still war um neue Gesetzesvorhaben, liegt nun der Referentenentwurf für ein Änderungsgesetz zum EEG vor. Dieser enthält zwar nur einige punktuelle, aber dennoch für Anlagenbetreiber bedeutsame Änderungen.

Hohe Wellen schlägt derzeit auch der aktualisierte Leitfaden der Bundesnetzagentur zum Einspeisemanagement.

Die Clearingstelle EEG|KWKG hatte gleich mehrere interessante Veröffentlichungen, über die es sich zu berichten lohnt. Dies sind zum einen die betreiberfreundlichen Hinweise zu den Meldeverstößen und zur Rückwirkung der fristgemäßen Kalenderjahresmeldung beim Netzbetreiber. Zum anderen gibt es Hinweise zur 750-kW-Grenze und der Zusammenfassung von Solaranlagen sowie zu den Voraussetzungen zum Mieterstromzuschlag.

Sehr erfreulich ist die Einigung der Bundesregierung mit der EU-Kommission zur reduzierten EEG-Umlage bei KWK-Neuanlagen in der Eigenversorgung.

Auch aus dem Bau- und Planungsrecht gibt es Neues zu berichten. Neben einer Darstellung der Anforderungen an die Antragsunterlagen im Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen werden zwei verwaltungsgerichtliche Urteile besprochen, die sich mit der Wirksamkeit von Flächennutzungsplänen beschäftigen.

Zuletzt gab es wegweisende Entscheidungen zum Begriff der Kundenanlage. Insbesondere viele Mieter- und Quartierstromprojekte werden neu konzipiert werden müssen.

Wir wünschen Ihnen erholsame Tage und eine interessante Lektüre.

Ihre Kanzlei **von Bredow Valentin Herz**

INHALT

2 IN EIGENER SACHE

2 EEG

- Wieder mal eine EEG-Reform – Änderungsgesetz zum EEG und zum KWK-G im Kabinett
- Bundesnetzagentur erhebt Daten zu EEG-Zahlungen im Jahr 2016
- Neues von den Meldepflicht-Sanktionen: Clearingstelle EEG|KWKG veröffentlicht Hinweis zu Meldeverstößen – Rechtsprechung weiterhin streng
- Leitfaden Einspeisemanagement 3.0: Was nun?

8 WIND UND SOLAR

- „Moratorium“ von Privilegien für Bürgerenergiegesellschaften verlängert
- Der Mieterstromzuschlag nach dem EEG – Clearingstelle EEG|KWKG konkretisiert die gesetzlichen Voraussetzungen
- Die 750-kW-Grenze und die Anlagenzusammenfassung bei Solaranlagen: Aktuelle Hinweise der Clearingstelle

15 DEZENTRALE ENERGIEVERSORGUNG

- Kundenanlage ja oder nein? – Neues Urteil zur Gretchenfrage für Quartierskonzepte Stromsteuer bei Batteriespeichern: Jetzt Antrag beim Hauptzollamt stellen!

19 KRAFT-WÄRME-KOPPLUNG

- Reduzierte EEG-Umlage bei KWK-Neuanlagen in der Eigenversorgung

21 BAU- UND PLANUNGSRECHT

- Die Bedeutung von Antragsunterlagen für den Erfolg eines Genehmigungsverfahrens
- Konzentrationszonenplanungen in Flächennutzungsplanungen unter der Lupe – Neue Impulse aus der Rechtsprechung?
- Anordnung nachträglicher Abschaltungen bei Windenergieanlagen – Aktueller Brennpunkt

29 VORTRÄGE UND VERÖFFENTLICHUNGEN

IN EIGENER SACHE

Es gibt auch Neues in eigener Sache zu berichten:

Personal

Rechtsanwalt David Reichwein wechselt zu vBVH

Nachdem Anfang des Jahres der auf das öffentliche Recht spezialisierte Kollege Dr. Jörn Bringewat zu uns gestoßen ist, haben wir uns zum 1. August 2018 weiter verstärkt. David Reichwein war im Jahr 2015 bereits als Referendar bei uns beschäftigt und arbeitete nach dem Referendariat zunächst für zwei Jahre in der Energierechtsabteilung einer Großkanzlei. David Reichwein ist spezialisiert auf die Vertragsgestaltung von Energielieferverträgen und Eigenversorgungskonstellationen und die Beratung im Themenfeld Digitalisierung. Die Anzahl der in unserer Kanzlei tätigen Rechtsanwälte ist damit seit Kanzlei Gründung vor sechs Jahren auf nunmehr zehn Kolleginnen und Kollegen gestiegen. .

Auch im Sekretariat bekommen wir weitere Verstärkung.

Frau Juliane Burisch kommt am 1. September 2018 zu vBVH und wird unser Team als Rechtsanwalts- und Notargehilfin unterstützen. Juliane Burisch verfügt über mehr als zehn Jahre Berufserfahrung in einer mittelständischen, auf das Immobilien- und Vergaberecht spezialisierten Kanzlei.

Das Team von vBVH freut sich über die kompetente Verstärkung und das weitere Wachstum unserer Kanzlei.

Recht und Kooperation

Datenschutz - DSGVO

Datenschutz - das Thema, das aktuell viele auch in der Energiebranche umtreibt. Gerne unterstützen wir Sie hierbei. Sprechen Sie uns an! Wir achten bei der Beratung auf möglichst schlanke und praktikable Lösungen. In komplexen Fällen kooperieren wir mit der u.a. auf das Datenschutzrecht spezialisierten renommierten Kanzlei [HÄRTING Rechtsanwälte](#).

Grüne Energie hat Recht!

Dr. Hartwig von Bredow, Dr. Florian Valentin und Dr. Steffen Herz

EEG

Wieder mal eine EEG-Reform - Wann kommt das „100-Tage-Gesetz“?

Bekanntlich wird gerade das EEG wieder einmal reformiert. Ein erster Kabinettsentwurf zum ursprünglich als „100-Tage-Gesetz“ bezeichneten Reformgesetz liegt seit dem 23. April 2018 vor ([wir berichteten](#)). Zwischenzeitlich zirkulierte in den betroffenen Kreisen ein deutlich weiterentwickelter Entwurf vom 5. Juni 2018. Das Gesetz soll allerdings erst nach der Sommerpause im Herbst endgültig verhandelt werden.

Daher wurden zwischenzeitlich die Regelungen zur Fortsetzung des „Moratoriums“ der Privilegien für Bürgerenergie in den Ausschreibungen für Windenergie an Land bereits mit dem Dritten Gesetz zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes ([3. EEGÄndG](#)) vom 21. Juni 2018 umgesetzt ([wir berichteten](#)).

Auch wenn aktuell noch nicht ganz feststeht, wie das Reformgesetz am Ende ganz genau aussehen wird, eines ist bereits jetzt klar: Auch die aktuelle EEG-Novelle wird viel Spannendes mit sich bringen! Teilweise haben wir Ihnen die Inhalte ja bereits in unserer oben verlinkten Meldung vom 3. Mai 2018 dargestellt. Zudem enthält der aktuell kursierende Entwurf beispielsweise weitere angepasste Regelungen zu den Ausbaupfaden, Sonderregeln für die EEG-Umlage-Privilegien bei der Eigenversorgung mit KWK-Anlagen sowie eine umfangreiche neue Regelung zum Thema Messung, Schätzung und Abgrenzung von Strommengen im Zusammenhang mit der EEG-Umlage. Es ist allerdings davon auszugehen, dass sich an dem Gesetzesentwurf noch einiges tun wird. Wir werden darüber berichten, wenn es so weit ist und Sie auf dem Laufenden halten.

Ansprechpartner: Dr. Bettina Hennig und Dr. Florian Valentin

Bundesnetzagentur erhebt Daten zu EEG-Zahlungen im Jahr 2016

Zur Erfüllung europarechtlicher Transparenzverpflichtungen führt die Bundesnetzagentur auf der Grundlage von § 85 Absatz 1 Satz 2 EEG eine Datenerhebung zum Umfang von EEG-Zahlungen im Jahr 2016 durch.

Danach sind Betreiber unter den folgenden Voraussetzungen verpflichtet, die im Jahr 2016 nach dem EEG erhaltenen Zahlungen bis zum 15. Juni 2018 an die Bundesnetzagentur zu melden:

1. Die EEG-Anlage ist nach dem 31. Dezember 2011 in Betrieb gegangen.
2. Die Zahlungen nach dem EEG (Einspeisevergütung, Marktprämie, Flexibilitätsprämie, Flexibilitätszuschlag usw.) für die Anlage haben im Kalenderjahr mindestens 500.000,00 Euro betragen.

Für alle Anlagen, die vor dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommen wurden und alle Anlagen, für die im Kalenderjahr 2016 nach dem EEG Beträge von insgesamt weniger als 500.000,00 Euro ausgezahlt worden sind, müssen dementsprechend keine Daten übermittelt werden.

Die Datenübermittlung erfolgt mittels eines Fragebogens, den die Bundesnetzagentur auf ihrer Website bereitstellt. Den Fragebogen und weitere Informationen finden Sie [hier](#).

Kommt ein Anlagenbetreiber der Pflicht zur Übermittlung der Daten nicht nach, so hat die Bundesnetzagentur gemäß § 85 Absatz 3 EEG in Verbindung mit § 94 EnWG grundsätzlich die Möglichkeit, die Anordnung der Datenerhebung mittels eines Zwangsgeldes durchzusetzen.

Ansprechpartner: Dr. Florian Valentin und Dr. Steffen Herz

Neues von den Meldepflicht-Sanktionen: Clearingstelle EEG|KWKG veröffentlicht Hinweis zu Meldeverstößen – Rechtsprechung weiterhin streng

Das Thema Meldepflichtverstöße und Sanktionsregelungen beschäftigt Anlagenbetreiber immer wieder. Auch wir berichteten in den letzten Monaten immer wieder über die aktuellen und wechselhaften Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung (vgl. etwa unsere Meldungen [hier](#), [hier](#) oder [hier](#)). Etwas Erleichterung brachte den Anlagenbetreibern bekanntlich mit dem EEG 2017 eine Abmilderung der Meldepflichtsanktionen in § 52 Absatz 3 EEG 2017: Hiernach soll sich bei einer pflichtwidrig unterlassenen Registrierung beim Anlagen- bzw. Marktstammdatenregister der anzulegende Wert „nur noch“ um 20 Prozent reduzieren, statt – wie früher – komplett zu entfallen. Dies gilt allerdings nur, wenn die sogenannte Jahresmeldung nach § 71 Nummer 1 EEG 2017 erfolgt ist. Da diese jedoch grundsätzlich erst zum 28. Februar des jeweiligen Folgejahres erfolgen muss, herrschte in der Praxis eine gewisse Unsicherheit, was für vor diesem Sticht datum liegende Zeiträume gilt, in denen eine Registermeldung pflichtwidrig unterblieben ist. Dieser Frage hat sich die Clearingstelle EEG|KWKG nunmehr mit ihrem Hinweis vom 9. Mai 2018 (Az. 2018/4) angenommen. Wir fassen die wesentlichen Aussagen der Clearingstelle EEG|KWKG sowie die Hintergründe des aktuellen Hinweises für Sie zusammen und bewerten die aktuellen Entwicklungen in der Rechtsprechung.

Zum Hintergrund: Unklarheiten bei der Meldepflicht-Sanktionierung

Das EEG 2017 sieht – wie bereits seine Vorgänger – für Betreiber von Erneuerbare-Energien-Anlagen verschiedene Melde- und Registrierungs-pflichten vor:

- Insbesondere sind Anlagenbetreiber etwa verpflichtet, die Inbetriebnahme ihrer Anlage innerhalb eines Monats an das von der Bundesnetzagentur (im Folgenden: BNetzA) betriebene Anlagen- bzw. künftig das Marktstammdatenregister zu melden, vgl. § 6 EEG 2017 und § 5 Marktstammdatenregisterverordnung (MaStRV). Gleiches gilt für Änderungen an der Anlage, etwa an der installierten Leistung, § 7 MaStRV.
- Eine andere Regelung betrifft die allgemeinen Mitteilungspflichten der Anlagenbetreiber gegenüber den Netzbetreibern, damit diese den Zahlungsanspruch der Anlagenbetreiber im Einzelnen bestimmen können. Diese werden in § 71 EEG 2017 geregelt. So muss der Anlagenbetreiber etwa gemäß § 71 Nummer 1 EEG 2017 dem Netzbetreiber bis zum 28. Februar eines Jahres alle für die Endabrechnung des vorangegangenen

Kalenderjahres erforderlichen Daten anlagenscharf zur Verfügung stellen (im Folgenden: Kalenderjahresmeldung). In der Praxis erfolgt häufig eine solche explizite Meldung allerdings nicht und muss auch nicht erfolgen, weil dem Netzbetreiber ohnehin alle relevanten Daten und Umstände bekannt sind, um den Anspruch des Anlagenbetreibers zu bestimmen (insbesondere das Vorhandensein der Anlage, die wesentlichen Anspruchsvoraussetzungen sowie die Messdaten zu den erzeugten Strommengen).

Verstöße gegen diese Pflichten, insbesondere gegen die Pflichten zur Registrierung der Anlage oder von Leistungsänderungen, können drastische Sanktionen nach sich ziehen: Solange der Anlagenbetreiber gegen die oben genannten Registrierungspflichten verstößt und keine Kalenderjahresmeldung erfolgt ist, reduziert sich gemäß § 52 Absatz 1 Nummer 1 und 2 EEG 2017 der anzulegende Wert grundsätzlich auf null. Dies entsprach auch der Rechtslage unter dem EEG 2014. Da diese sehr harte Sanktion in der Praxis allerdings zu unverhältnismäßigen Folgen führte (vgl. etwa unsere Meldung [hier](#)), hat der Gesetzgeber mit § 52 Absatz 3 EEG 2017 die Sanktionen bei Meldepflichtverstößen abgemildert: Nach dieser Vorschrift reduziert sich der anzulegende Wert für den eingespeisten Strom lediglich um 20 Prozent, wenn die Anlage oder eine Leistungserhöhung nicht an das Register gemeldet wurde, aber die Kalenderjahresmeldung an den Netzbetreiber fristgemäß zum 28. Februar vorgenommen wurde. Nur ein sogenannter „Doppelverstoß“ sowohl gegen die Registrierungspflichten als auch gegen die Pflicht zur Kalenderjahresmeldung soll also zum vollständigen Entfallen des Zahlungsanspruchs führen.

Aus der Regelung geht allerdings nicht eindeutig hervor, was in dem Zeitraum *zwischen* dem registrierungspflichtigen Ereignis (Inbetriebnahme oder Leistungserhöhung) und einer fristgerecht vorgenommenen Kalenderjahresmeldung gelten soll. Denn es ist ja durchaus denkbar – etwa im Jahr der Inbetriebnahme –, dass ein Anlagenbetreiber die fristgerechte Registrierung bei der BNetzA versäumt, aber dennoch pflichtgemäß zum 28. Februar des Folgejahres die Kalenderjahresmeldung beim Netzbetreiber vornimmt.

- Nach einer Auslegung wäre denkbar, dass der Anlagenbetreiber in einem solchen Fall ab Inbetriebnahme durchgehend einen Zahlungsanspruch gegen den Netzbetreiber hat, wobei allerdings bis zur nachgeholtten Registrierung 20 Prozent des anzulegenden Wertes entfallen. Die sanktionserleichternde Wirkung der fristgerechten Kalenderjahresmeldung würde nach dieser Auslegung sozusagen auf den Zeitraum ab dem registrierungspflichtigen Ereignis der Inbetriebnahme

„zurückstrahlen“. Der Anlagenbetreiber würde also rückwirkend so gestellt, als habe kein Doppelverstoß vorgelegen.

- Wesentlich strenger wäre eine Auslegung, nach der eine solche „Rückwirkung“ der Sanktionsabmilderung für den vor der Kalenderjahresmeldung liegenden Zeitraum nicht möglich ist. Nach dieser Ansicht wäre der anzulegende Wert ab dem eigentlich meldepflichtigen Ereignis (im obigen Beispiel: der Inbetriebnahme) zunächst auf null reduziert, da mangels Kalenderjahresmeldung ein Doppelverstoß vorliegt. Erst wenn die Kalenderjahresmeldung dann im Folgejahre fristgemäß erfolgt, würde nach dieser Auslegung die Sanktionsabmilderung greifen und der Zahlungsanspruch ab diesem Zeitpunkt bis zu Nachholung der Registrierung in Höhe von 80 Prozent wieder „aufleben“.

Clearingstelle bejaht Rückwirkung der Sanktionsabmilderung

In ihrem Hinweis 2018/4 vertritt die Clearingstelle EEG|KWKG die betreiberfreundlichere Auslegung, nach der die fristgerechte Kalenderjahresmeldung Rückwirkung auf den vor ihr liegenden Zeitraum entfaltet. Damit reduziert sich der anzulegende Wert vom Zeitpunkt der Inbetriebnahme bzw. der Leistungserhöhung bis zur ordnungsgemäßen Registrierung der Anlage im Register der BNetzA stets um 20 Prozent, auch wenn die Kalenderjahresmeldung erst später erfolgt. Ab dem Zeitpunkt der nachgeholtten Registrierung steht dem Anlagenbetreiber natürlich wieder der volle Zahlungsanspruch zu.

In ihrem Hinweis stellt die Clearingstelle verschiedene Beispiele zur Veranschaulichung ihrer Rechtsposition dar:

Beispiel 1:

Die Anlage wird im Jahr 2017 in Betrieb genommen. Die Kalenderjahresmeldung erfolgt rechtzeitig vor dem 28. Februar 2018. Die Registermeldung wird verspätet erst am 5. Juni 2018 vorgenommen.

- ➔ Da kein Doppelverstoß vorliegt, gilt ab Inbetriebnahme bis zur Registermeldung der um 20 Prozent reduzierte anzulegende Wert. Ab dem 5. Juni 2018 erhält der Anlagenbetreiber die volle Vergütung.

Beispiel 2:

Die Anlage wurde im Jahr 2017 in Betrieb genommen. Die Registermeldung ist nicht erfolgt. Auch die Kalenderjahresmeldung wurde nicht rechtzeitig zum 28.

Februar 2018 vorgenommen, allerdings am 28. April 2018 nachgeholt. In den Folgejahren erfolgt die Kalenderjahresmeldung rechtzeitig.

- Der anzulegende Wert reduziert sich bis zum 31. Dezember 2017 auf null, da ein Doppelpverstoß vorlag. Im Jahr 2018 reduziert sich der anzulegende Wert bis zur Nachholung der Registrierung um 20 Prozent, da die Kalenderjahresmeldung nun rechtzeitig abgegeben wurde.

Die Clearingstelle begründet das Ergebnis ausführlich und nachvollziehbar unter Bezugnahme auf den Wortlaut, die Systematik und den Zweck der Regelung. Insbesondere spricht die Systematik der Sanktionsregelungen für die dargestellte Auslegung: So enthalte § 52 EEG 2017 in seinem Absatz 1 und Absatz 3 ein zweistufiges Sanktionssystem. Lediglich dann, wenn der Anlagenbetreiber neben der versäumten BNetzA-Registrierung auch gegenüber dem Netzbetreiber nicht fristgemäß mit der Kalenderjahresmeldung die wesentlichen vergütungsrelevanten Umstände mitgeteilt hat, soll aufgrund des Doppelpverstoßes der Zahlungsanspruch ganz entfallen. Wenn aber alleine die Registrierung versäumt wird, soll die Sanktion eben nicht mit voller Härte eintreffen. Diese gesetzliche Wertung würde ausgehebelt, wenn der anzulegende Wert „unheilbar“ stets auch für den Zeitraum bis zur fristgemäßen Abgabe der Kalenderjahresmeldung auf null zu kürzen wäre. Denn die Kalenderjahresmeldung kann ja frühestens nach Ablauf des jeweiligen Kalenderjahres überhaupt vorgenommen werden, die Pflicht besteht laut Gesetz erst bis zum 28. Februar des Folgejahres. Insofern wäre es unbillig, wenn der sich insofern pflichtgemäß verhaltende Anlagenbetreiber nicht auch rückwirkend in den Genuss der Sanktionsabmilderung kommen würde, wenn er die Jahresmeldung fristgerecht vornimmt. Zudem sollte mit § 52 Absatz 3 EEG 2017 gerade auf die als unverhältnismäßig hart erachteten Sanktionen des EEG 2014 reagiert und unzumutbare Härten vermieden werden. Auch aus der Gesetzesbegründung folge, dass bei fehlender Registermeldung, aber gemeldeten Anlagendaten gegenüber dem Netzbetreiber der anzulegende Wert nicht auf null zu reduzieren sei – und zwar zu keinem Zeitpunkt.

Die Auslegung der Clearingstelle deckt sich dabei mit der Rechtsauffassung der Bundesnetzagentur, die in einem eigenen „Hinweis zum zeitlichen Verständnis der Sanktionsfolgen bei Pflichtverstößen des Anlagenbetreibers nach § 52 Absatz 3 EEG“ ein ähnliches Verständnis der zeitlichen Sanktionswirkungen vertreten hatte: Auch nach Ansicht der Bundesnetzagentur gilt die mildere Sanktion rückwirkend, allerdings maximal bis zu Beginn des Kalenderjahres, auf das sich die jeweils fristgerecht vorgenommene Kalendermeldung beziehe.

Ergänzend stellt die Clearingstelle ausdrücklich klar, dass in Fällen, in denen dem Netzbetreiber sämtliche mess- und abrechnungsrelevante Daten bereits vorliegen

oder bekannt sind, eine ausdrückliche Bekanntgabe durch den Anlagenbetreiber entbehrlich ist. In solchen Fällen gilt die Kalenderjahresmeldung für die Zwecke des § 52 Absatz 3 EEG 2017 als erfolgt (so ausdrücklich die Clearingstelle im Hinweis 2018/4, Randnummer 19).

Unser Fazit: Bedeutung für die Praxis und Ausblick in die Rechtsprechung

Die Rechtsauffassung der Clearingstelle EEG|KWKG ist überzeugend begründet und aus Sicht der Anlagenbetreiber zu begrüßen. Insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit ist diese Auslegung richtig. Wird die Kalenderjahresmeldung beim Netzbetreiber durch den Anlagenbetreiber fristgerecht vorgenommen oder ist sogar entbehrlich, ist ein vollständiger Verlust des Zahlungsanspruchs bis zu diesem Zeitpunkt unter keinen Umständen angemessen. Auch der Verlust von 20 Prozent des anzulegenden Wertes trifft die Anlagenbetreiber empfindlich und sichert die Registrierungspflichten daher hinreichend ab.

Die praktische Relevanz des Hinweises der Clearingstelle ist nach wie vor hoch, gab es doch in der Vergangenheit zahlreiche Anlagenbetreiber, deren Vergütung aufgrund von Meldeverstößen gekürzt bzw. deren bereits ausgezahlte Vergütung zurückgefordert wurde. Auch künftig wird das Thema die Branche sicherlich begleiten – spätestens, wenn nach der MaStRV auch sämtliche Bestandsanlagen registrierungspflichtig werden (sehen Sie hierzu etwa unsere Meldung [hier](#)), ist zu erwarten, dass es wieder vermehrt zu Meldepflichtverstößen kommt oder auch bereits in der Vergangenheit begangene Verstöße bekannt werden. Nicht selten werden die (neuen) Registrierungspflichten an Anlagenbetreibern sicherlich schlichtweg vorbeigehen...

Die gerichtliche Klärung solcher Fälle ging bislang weit überwiegend zu Lasten der Anlagenbetreiber aus, auch wenn es hier zuletzt wieder etwas positivere Signale vom Amtsgericht Ratzeburg gab (sehen Sie etwa unsere Meldung [hier](#)). Der Bundesgerichtshof hält aber weiterhin an seiner – wir meinen: falschen – Rechtsprechung fest, nach der die Sanktionsabmilderung nach § 52 Absatz 3 EEG 2017 nicht für ältere Bestandsanlagen gilt (vgl. etwa BGH, Beschluss vom 20. März 2018 – Az. VIII ZR 71/17, abrufbar [hier](#)). Zuletzt möchten wir in diesem Zusammenhang noch auf einen Beschluss des OLG Hamm aus März letzten Jahres hinweisen (OLG Hamm, Beschluss vom 28. März 2017 – Az. 22 U 137/16, abrufbar [hier](#)). Nach Ansicht des OLG Hamm erstreckt sich bei einer Überschreitung der Registrierungsfrist (nach der Anlagenregisterverordnung drei Wochen, nach der Marktstammdatenregisterverordnung ein Monat) die Sanktionierung auf den gesamten Zeitraum, in dem der Bundesnetzagentur keine Meldung vorgelegen hat. Der Sanktionszeitraum soll hiernach also bei einer

Überschreitung der Meldefrist nicht erst mit Ablauf der Meldefrist beginnen, sondern den Zeitraum, der dem Anlagenbetreiber eigentlich zur Abgabe seiner Meldung zur Verfügung steht, mit einschließen.

Insgesamt zeichnet sich also ab, dass die Gerichte – mit erfreulichen Ausnahmen wie dem AG Ratzeburg – die Meldepflichten-Sanktionierung im EEG weiterhin eher streng handhaben. Anlagenbetreibern ist daher weiterhin dringend zu raten, die Melde- und Mitteilungspflichten im Zusammenhang mit dem Betrieb ihrer Anlagen gut im Blick zu behalten. Insbesondere Bestandsanlagenbetreiber sollten den 30. Juni 2019 auf dem Schirm haben: An diesem Datum werden auch für sämtliche Bestandsanlagen die Registrierungspflichten im Marktstammdatenregister „scharfgestellt“ – so es bis dahin denn in Betrieb ist (sehen Sie dazu unsere Meldung [hier](#))...

Ansprechpartner: Dr. Bettina Hennig und Dr. Katrin Antonow

Leitfaden Einspeisemanagement 3.0: Was nun?

Im Juni hat die Bundesnetzagentur den Leitfaden Einspeisemanagement 3.0 veröffentlicht. Der Leitfaden ist zwar für keinen der Adressaten – Anlagenbetreiber, Direktvermarkter, Netzbetreiber – rechtlich verbindlich, es ist aber bereits jetzt absehbar, dass er erhebliche Auswirkungen auf die Praxis der Entschädigung für Einspeisemanagementmaßnahmen bei direktvermarkteten Anlagen haben wird. Im Wesentlichen regelt der Leitfaden drei Aspekte im Vergleich zur Vorgängerfassung neu: der Monatsmarktwert soll künftig im Falle einer Einspeisemanagementmaßnahme vom Netzbetreiber nicht mehr ersetzt werden, dafür soll ein Anspruch auf Ersatz von in Folge der Einspeisemanagementmaßnahme gegebenenfalls entstandenen Bilanzkreis-kosten bestehen und es werden neue Vorgaben zum Ersatz von entgangenen Wärmeerlösen gemacht.

Ab wann gilt der Leitfaden und müssen sich alle daran halten?

Die wichtigste Frage zuerst: Ab wann gilt der Leitfaden Einspeisemanagement 3.0 und ist seine Anwendung überhaupt verpflichtend.

Rechtlich verbindlich ist der Leitfaden – ebenso wie seine Vorgängerfassung – nicht. Dies stellt auch die Bundesnetzagentur selbst fest, wenn sie im Leitfaden ausführt, dass dieser nur eine „Einschätzung der Bundesnetzagentur zu

wesentlichen Praxisfragen“ darstellt und „den betroffenen Netzbetreibern, Anlagenbetreibern, Unternehmen und Bürgern als Orientierungshilfe [dienen soll], um eine einheitliche Anwendungspraxis zu fördern, um Rechtsunsicherheiten zu vermindern“ (vgl. Seite 4 des Leitfadens). Dies entspricht insoweit auch der Auffassung des OLG Düsseldorf, dass in der Vergangenheit schon mehrfach festgestellt hat, dass Leitfäden der Bundesnetzagentur die geltende Rechtslage weder determinieren noch konkretisieren und grundsätzlich alleine auf die gesetzlichen Vorgaben abzustellen sei (vgl. [Beschluss des OLG Düsseldorf vom 18. Januar 2017, VI-3 Kart 148/15 \(V\)](#) und [Beschluss des OLG Düsseldorf vom 6. Dezember 2017, VI-3 Kart 123/16 \(V\)](#)).

Indes wird dem Leitfaden voraussichtlich eine hohe faktische Bindungswirkung zukommen. Es verhält sich nämlich so, dass die Netzbetreiber die ihnen entstandenen Kosten für Entschädigungszahlungen für Einspeisemanagementmaßnahmen bei der Ermittlung der Netzentgelte in Ansatz bringen können. Das heißt, der Netzbetreiber trägt die Kosten nicht selbst, sondern kann diese im Rahmen der Netzentgelte wälzen. Dies aber nur dann, wenn die vom Netzbetreiber geleisteten Entschädigungszahlungen den gesetzlich erforderlichen Rahmen nicht übersteigen. Und hier schließt sich dann der Kreis: Die Bundesnetzagentur geht nämlich davon aus, dass die Entschädigungszahlungen insbesondere dann angemessen waren, wenn sie gemäß der Maßgaben des Leitfadens erfolgten. Ist dies nicht der Fall, soll der Netzbetreiber hierauf hinweisen und insbesondere detailliert darlegen, auf welche Weise er gleichwohl eine sachgerechte und gesetzeskonforme Abrechnung der Entschädigungszahlungen sichergestellt hat (vgl. Seite 49 des Leitfadens). Es kann deshalb wohl bereits jetzt prognostiziert werden, dass die Bundesnetzagentur eine vom Leitfaden abweichende Entschädigungspraxis kritisch auf den Prüfstand stellen und eine Wälzung über die Netzentgelte im Zweifel ablehnen wird. In diesem Fall bleibt dann der Netzbetreiber auf den Kosten sitzen, wenn er sich nicht seinerseits gegen eine ablehnende Entscheidung der Bundesnetzagentur erfolgreich zur Wehr setzt. Will der Netzbetreiber aber einer Auseinandersetzung mit der Bundesnetzagentur aus dem Weg gehen, so ist er bei Anwendung des Leitfadens auf der sicheren Seite (wenngleich er sich dann auf der anderen Seite vielleicht eine gerichtliche Auseinandersetzung mit dem Anlagenbetreiber einhandelt – hierzu aber sogleich).

In zeitlicher Hinsicht gilt der Leitfaden seit seiner Veröffentlichung am 25. Juni 2018. Übergangsbestimmungen oder ähnliches finden sich nicht. Die Bundesnetzagentur macht insofern lediglich die Einschränkung, dass in der Vergangenheit liegende Sachverhalte, die abweichend von den neuen Regelungen entschädigt wurden, nicht rückabgewickelt werden müssen.

Welche Neuregelungen enthält der Leitfaden im Hinblick auf die Höhe der Entschädigungszahlungen für den abgeregelten Strom?

Der Leitfaden enthält im Hinblick auf den abgeregelten Strom zwei wesentliche Neuerungen: zum einen soll der Monatsmarktwert im Falle einer Einspeisemanagementmaßnahme künftig nicht mehr vom Netzbetreiber entschädigt werden und zum anderen soll dafür ein Anspruch auf gegebenenfalls entstandene Kosten für Bilanzkreisabweichungen bestehen. Aufgrund von Bilanzkreisabweichungen entstehende Erlöse sollen – spiegelbildlich – als ersparte Aufwendungen angerechnet werden.

Dies begründet die Bundesnetzagentur im Wesentlichen damit, dass sie das – weder aus dem EEG ableitbare noch in der Praxis in relevantem Umfang vorkommende – Leitbild eines „direktvermarktenden Anlagebetreiber“ etabliert, der seinen Strom selbst vermarktet, die Bilanzkreisverantwortung innehat und insofern auch die Kosten für Bilanzkreisabweichungen trägt. Eine Entschädigung des Monatsmarktwerts müsse bei einem solchen „direktvermarktenden Anlagenbetreiber“ nicht erfolgen, da bei der im Rahmen der Direktvermarktung üblichen day-ahead-Vermarktung des erzeugten Stroms der Marktwert ja unabhängig von einer Einspeisemanagementmaßnahme realisiert würde. Deshalb seien – sofern nicht ohnehin der im Leitfaden vorgesehene bilanzielle Ausgleich durch den Netzbetreiber erfolge – auch nur die Kosten für den gegebenenfalls erforderlichen Ausgleich des Bilanzkreises zu ersetzen, nicht aber der Monatsmarktwert.

Dieses Leitbild des „direktvermarktenden Anlagenbetreibers“ überträgt die Bundesnetzagentur dann in einem nächsten Schritt auch auf die marktübliche Konstellation, dass ein Anlagenbetreiber seinen Strom über einen Direktvermarkter vermarktet bzw. an diesen verkauft. Hier stellt sich die Situation in der Praxis dann allerdings so dar, dass der Anlagenbetreiber in aller Regel den Marktwert gerade nicht erhält. Der Direktvermarkter, bei dem die Kosten für den Bilanzkreisausgleich entstehen, hat wiederum keinen Anspruch auf Entschädigung nach § 15 EEG 2017 gegen den Netzbetreiber. Insofern würde am Ende der Anlagenbetreiber den Monatsmarktwert nicht erhalten, zugleich der Direktvermarkter aber auf seinen Kosten sitzen bleiben. An dieser Stelle behilft sich die Bundesnetzagentur dann mit einem juristischen Kniff: Sie geht davon aus, dass die Kosten für den Bilanzkreisausgleich vom Anlagenbetreiber im Wege der sogenannten Drittschadensliquidation im Rahmen des Härtefallausgleichs nach § 15 EEG 2017 direkt gegenüber dem Netzbetreiber geltend gemacht werden könnten. Alternativ könne der Anlagenbetreiber, z.B. aufgrund der verhältnismäßig komplizierten Abwicklung, seinen entsprechenden Anspruch an den

Direktvermarkter abtreten und den Direktvermarkter so in die Lage versetzen, Kompensation für den im Rahmen des Bilanzkreisausgleichs entstandenen Schaden zu erlangen.

Die Sache hat leider nur einen Haken: Das Landgericht Bayreuth hat gerade erst entschieden, dass die Grundsätze der Drittschadensliquidation auf die Kosten von Bilanzkreisabweichungen im Falle der Direktvermarktung nicht anwendbar sind ... (vgl. [Urteil des LG Bayreuth vom 19. März 2018, 13 HKO 29/16](#)).

Was ist neu im Hinblick auf Entschädigungszahlungen für Wärmeausfallmengen?

Die Bundesnetzagentur stellt nunmehr klar, dass auch die in KWK-Anlagen erzeugte Wärme einen wirtschaftlichen Wert hat. Sofern durch die Abregelung einer EE-Anlage, die über eine Wärmeauskopplung verfüge, auch die gekoppelte Wärmeerzeugung gemindert würde, könne der Anlagenbetreiber verschiedene Ansprüche geltend machen, die davon abhängen, wie der Anlagenbetreiber auf die Minderung der gekoppelten Wärmeerzeugung reagiere. Der Anlagenbetreiber habe dabei zwei Möglichkeiten: Er könne diese entweder hinnehmen oder für Ersatz sorgen.

In beiden Fällen stehe dem Anlagenbetreiber ein Ausgleich zu. Nehme der Anlagenbetreiber den Ausfall der Wärmemengen hin, könne er entgangene Wärmeerlöse geltend machen. Diese ermitteln sich dann aus der nicht eingespeisten Wärme und dem vereinbarten Wärmelieferungspreis. Darüber hinaus seien auch zusätzliche Aufwendungen ersetzbar, die beispielsweise durch den Einsatz einer angemessenen Ersatzwärmeversorgung, insbesondere für ggf. zusätzlich bezogenen Strom bzw. den eingesetzten Brennstoff entstehen.

Was nun?

Aus Anlagenbetreibersicht eröffnen sich letztlich verschiedene Optionen, wie mit dem Leitfaden Einspeisemanagement 3.0 umgegangen werden kann. Zum einen kann man natürlich zunächst einmal abwarten, ob der Anschlussnetzbetreiber die Vorgaben des Leitfadens umsetzt. Dabei sollte aber im Blick behalten werden, dass der Netzbetreiber – sofern noch nicht Verjährung eingetreten ist – auch in der Vergangenheit geleistete Zahlungen auf den Monatsmarktwert grundsätzlich wieder zurückfordern kann.

Geschieht dies, bleibt der Weg der Klage. Es erscheint nämlich sehr zweifelhaft, ob die Vorgaben im Leitfaden der Bundesnetzagentur mit dem recht klaren Wortlaut

des § 15 EEG 2017 („entgangene Einnahmen sind zu entschädigen“) überhaupt vereinbar sind.

Alternativ kann natürlich versucht werden, mit dem Direktvermarkter eine dahingehende Anpassung des Direktvermarktungsvertrages zu erreichen, dass der Monatsmarktwert künftig von diesem ausgezahlt wird. Es steht aber zu befürchten, dass der Direktvermarkter hierzu nur bereit sein wird, wenn gleichzeitig die wirtschaftlichen Konditionen des Vertrages angepasst werden.

Zusätzlich stellt sich dann die Frage, wie vertraglich sichergestellt werden kann, dass der Direktvermarkter eine Kompensation für die Kosten des Bilanzkreisausgleichs erhält. Ein Vertrauen auf die von der Bundesnetzagentur angeführten Grundsätze der Drittschadensliquidation dürfte sich vor dem Hintergrund der aktuellen Rechtsprechung ausschließen. Insofern bleibt wohl nur, eine (wirksame) Abtretungsvereinbarung mit dem Anlagenbetreiber zu schließen.

Eines ist aber ziemlich klar: Anlagenbetreiber und Direktvermarkter müssen aktiv werden, um böse Überraschungen zu vermeiden... für welche der aufgezeigten Optionen Sie sich also auch entscheiden mögen, wir helfen gerne!

Ansprechpartner: Dr. Steffen Herz und Dr. Katrin Antonow

WIND UND SOLAR

„Moratorium“ von Privilegien für Bürgerenergiegesellschaften verlängert

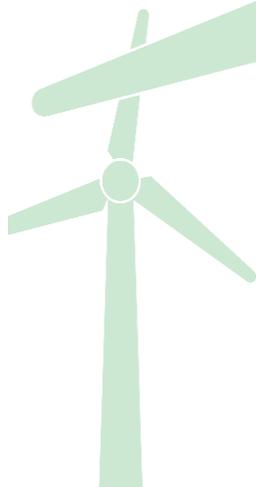
Bei den Ausschreibungen von Windenergieanlagen an Land bleiben einige Privilegien für Bürgerenergiegesellschaften weiter ausgesetzt – (vorerst) bis zum 1. Juni 2020. Bundesrat und Bundestag billigten am 8. Juni 2018 rechtzeitig vor dem Ausschreibungstermin am 1. August 2018 eine entsprechende Änderung des EEG 2017.

Hintergrund: Bürgerenergiegesellschaften sollen die Ausnahme bleiben

Das im EEG 2017 vorgesehene Privileg für Bürgerenergiegesellschaften, ohne über eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung („BImSchG-Genehmigung“) zu verfügen an einer Ausschreibung teilnehmen zu können, hatte, – neben weiteren Privilegien wie insbesondere einer verlängerten Realisierungsfrist – dazu geführt, dass in den ersten beiden Ausschreibungsrunden ein Großteil des Zuschlagsvolumens durch – vielfach neu gegründete – Bürgerenergiegesellschaften „abgeräumt“ wurde.

Die eigentlich als Ausnahme vorgesehene Privilegierung wurde damit zur Regel. Niedrige Gebotspreise wurden unter anderem damit erklärt, dass auf einen deutlichen Rückgang der Anlagenpreise in einigen Jahren spekuliert worden sei. Seither sorgt sich die Windenergiebranche zudem um einen konstanten Zubau von Anlagen. Unter anderem der Bundesverband Windenergie (BWE) hatte deshalb gemeinsam mit anderen Verbänden gefordert, die BImSchG-Genehmigung auch für Bürgerenergiegesellschaften als Zugangsvoraussetzung für die Ausschreibungen festzuschreiben.

Die Sonderregeln waren deshalb bereits für die ersten beiden Ausschreibungsrunden 2018 ausgesetzt worden. Seit Anfang des Jahres liegt bereits eine Initiative des Bundesrates vor (BR-Drs. 3/18), mit der die Aussetzung bis Ende 2019 verlängert werden sollte. Diese Initiative griff der Bundestag nun auf und beschloss die Verlängerung sogar bis zum Gebotstermin am 01. Juni 2020. Nach der Unterzeichnung durch den Bundespräsidenten und der Verkündung im Bundesgesetzblatt am 28. Juni 2018 trat die Änderung rechtzeitig vor dem aktuellen Gebotstermin am 01. August 2018 in Kraft.



Uniform pricing bleibt bestehen

Ein weiteres Privileg der Bürgerenergiegesellschaften, das sogenannte uniform pricing (d.h. Bürgerenergiegesellschaften erhalten im Fall des Zuschlags stets den höchsten in der Ausschreibungsrunde noch bezuschlagten Gebotswert) bleibt dabei erhalten.

Sondervolumina erst in der nächsten EEG-Änderung im Herbst 2018

Eine weitere im Koalitionsvertrag vorgesehene Änderung des EEG, die Festlegung der Ausschreibung von Sondervolumina, wurde noch nicht beschlossen. Sie findet sich jedoch inzwischen in einem Referentenentwurf zu einem weiteren Änderungsgesetz zum EEG 2017, das aber erst nach der Sommerpause verhandelt werden soll. Über die weitere geplante EEG-Änderung werden wir gesondert berichten.

Ansprechpartner: Dr. Florian Valentin und Dr. Jörn Bringewat

Der Mieterstromzuschlag nach dem EEG – Clearingstelle EEG|KWKG konkretisiert die gesetzlichen Voraussetzungen

Seit im Juli 2017 im Rahmen des sogenannten Mieterstromgesetzes der Mieterstromzuschlag eingeführt wurde, kann auch für vor Ort verbrauchten Strom aus Solaranlagen eine Förderung nach dem EEG in Anspruch genommen werden (vgl. hierzu unsere [Meldung vom 12. Juli 2017](#)). Voraussetzung ist allerdings, dass der Strom in Solaranlagen mit einer installierten Leistung von bis zu 100 kW erzeugt wird, die Solaranlagen auf einem Wohngebäude installiert ist und der Strom ohne Nutzung des Netzes der öffentlichen Versorgung im selben Gebäude oder in Wohngebäuden oder Nebenanlagen im unmittelbaren räumlichen Zusammenhang an Letztverbraucher geliefert wird. Zu einigen dieser Voraussetzungen hat die Clearingstelle EEG|KWKG nun im Hinweis 2017/46 Stellung genommen (abrufbar [hier](#)). Konkret hat sich die Clearingstelle EEG|KWKG insbesondere mit den Begriffen Wohngebäude und Nebenanlage, der 100-kW-Grenze sowie dem Vorliegen eines unmittelbaren räumlichen Zusammenhangs zwischen Erzeugung und Verbrauch befasst.

Was ist ein Wohngebäude und was eine Nebenanlage?

Als Wohngebäude gelten gemäß § 3 Nummer 50 EEG 2017 alle Gebäude, die nach ihrer Zweckbestimmung überwiegend dem Wohnen dienen. Bezüglich der Voraussetzungen für den Erhalt des Mieterstromzuschlages wird diese Definition in § 21 Absatz 3 Satz 2 EEG 2017 dahingehend spezifiziert, dass es ausreichend ist, wenn 40 Prozent der Fläche des Gebäudes dem Wohnen dienen müssen.

Den Begriff des „Wohnens“ definiert die Clearingstelle EEG|KWKG zunächst kurz und knapp dahingehend, dass eine Fläche dann dem Wohnen dient, wenn sie dazu bestimmt ist, dass sich dort ständig Menschen aufhalten und dies ihr zu Hause ist.

Ausführlicher beschäftigt sich die Clearingstelle EEG|KWKG dann mit der Frage, wie der Nachweis zu führen ist, dass das 40-Prozent-Kriterium erreicht ist. Hierzu vertritt die Clearingstelle EEG|KWKG im Hinweis 2017/46 eine erfreulich pragmatische Auffassung:

- So soll ein konkreter Nachweis von Vorherein nur in Ausnahmefällen erforderlich sein. In aller Regel soll eine überschlägige Betrachtung des Gebäudes ausreichend sein: Wenn 40 Prozent der Geschosse des Gebäudes dem Wohnen dienen, dann soll bereits ein sogenannte Anscheinsbeweis dafür sprechen, dass auch mindestens 40 Prozent der Fläche des Gebäudes zu Wohnzwecken genutzt werden und mithin dem Wohnen dienen.
- Lediglich wenn nach einer solchen überschlägigen Betrachtung Zweifel an der Einhaltung der 40-Prozent-Kriterium bestehen, soll es nach der Clearingstelle EEG|KWKG erforderlich werden, einen konkreten Nachweis zu führen. Diesbezüglich rät die Clearingstelle EEG|KWKG dann dazu und hält es auch für ausreichend, wenn gemäß DIN 277 die Summe der Netto-Grundflächen und der Anteil der Nutzungsarten anhand der Baugenehmigungsunterlagen ermittelt und auf dieser Grundlage der Anteil der dem Wohnen dienenden Fläche berechnet wird.

Bei der Betrachtung des 40-Prozent-Kriteriums sollen dabei sich außerhalb des Gebäudes befindende Nebenanlagen nicht einbezogen werden. Der Begriff der Nebenanlage erlangt in Kontext des Mieterstromzuschlages aber in anderem Zusammenhang Bedeutung: Zum einen sind auf Nebenanlagen errichtete und betriebene Solaranlagen bei der Berechnung der 100-kW-Grenze nicht zu berücksichtigen, da es für in solchen Anlagen erzeugten Strom auch nicht den Mieterstromzuschlag gibt (die Solaranlage selbst muss dem Gesetzeswortlaut nach eben auf einem entsprechenden Wohngebäude errichtet worden sein, hierzu

sogleich). Zum anderen kann aber für den Stromverbrauch in Nebenanlagen grundsätzlich der Mieterstromzuschlag sehr wohl in Anspruch genommen werden.

Nach Auffassung der Clearingstelle EEG|KWKG umfasst der Begriff der Nebenanlage dabei alle dem Wohngebäude dienenden Bauwerke und technischen Anlagen. Dies seien zunächst alle Nebenanlagen im Sinne des Baugesetzbuches (BauGB), der Baunutzungsverordnung (BauNVO), der Musterbauordnung (MBO) oder einer Landesbauordnung (LBauO). Allerdings sei der Begriff der Nebenanlage im EEG grundsätzlich weiter zu fassen als in den baurechtlichen Regelwerken. Als Beispiele für Nebenanlagen im Sinne des EEG nennt die Clearingstelle EEG|KWKG insofern unter anderem Hoch- und Tiefgaragen, Carports, Fahrradstellplätze, Ladesäulen, Innen- und Außenbeleuchtung, Versorgungseinrichtungen, Schuppen, Gewächshäuser, Bewässerungsanlagen, usw.

Der Stromverbrauch in all diesen Nebenanlagen kann also grundsätzlich zur Inanspruchnahme des Mieterstromzuschlags berechtigen, so lange die Solaranlage selbst auf einem entsprechenden Wohngebäude betrieben wird.

Wie wird die 100-kW-Grenze ermittelt?

Damit ein Anspruch auf den Mieterstromzuschlag besteht, darf die betreffende Solaranlage eine installierte Leistung von maximal zu 100 kW haben.

Hier stellen sich zwei wichtige Abgrenzungsfragen: Gilt die 100-kW-Grenze für jedes einzelne Wohngebäude? Und, wenn ja, wie ist zu bestimmen, ob es sich um ein oder mehrere Wohngebäude handelt?

Die erste Frage wird von der Clearingstelle EEG|KWKG in Übereinstimmung mit Gesetzeswortlaut und -begründung eindeutig beantwortet: Wird ein einheitliches Mieterstromprojekt z.B. in einem aus mehreren Wohngebäuden bestehenden Quartier errichtet, kann auf jedem Wohngebäude jeweils eine Solaranlage mit einer installierten Leistung von 100 kW errichtet werden. Handelt es sich also z.B. um ein aus sechs einzelnen Wohngebäuden bestehendes Quartier, können im Rahmen des Mieterstromprojekts Solaranlagen mit einer installierten Leistung von bis zu 600 kW errichtet werden.

Zur zweiten Frage – wie zu bewerten ist, ob es sich um ein einziges oder mehrere Wohngebäude handelt – vertritt die Clearingstelle EEG|KWKG einen pragmatischen und für die Praxis sinnvollen Ansatz:

So hält die Clearingstelle EEG|KWKG diesbezüglich an ihrer bereits in mehreren Verfahren geäußerten Auffassung fest, dass entscheidend alleine die selbstständige Benutzbarkeit der jeweiligen Einheit ist (vgl. [Votum 2018/1 vom 24. Juli 2009](#) und [Hinweis 2011/10 vom 16. Dezember 2011](#)). Eine solche selbstständige Benutzbarkeit soll gegeben sein bei Gebäuden mit eigener Hausnummer oder – bei mehrstöckigen Gebäuden wie Mehrfamilienhäusern – wenn ein eigenes Treppenhaus vorhanden ist. Nicht entscheidend soll hingegen sein, ob die Gebäude über eine zusammenhängende Dachfläche oder gemeinsam genutzte bauliche oder technische Einrichtungen, wie zum Beispiel eine Tiefgarage oder einen gemeinsamen Fernwärme- oder Stromnetzanschluss, verfügen. Dennoch kann es sich um mehrere Einzelgebäude handeln.

In der Folge kann nach der Clearingstelle EEG|KWKG z.B. bei Reihenhäusern, Blockrandbebauungen oder aus Vorder-, Hinterhaus und Seitenflügeln bestehenden Gebäudeensembeln jede über eine eigene Hausnummer oder einen eigenen Treppenaufgang verfügende und damit selbständig benutzbare Einheit mit einer Solaranlage bis zu 100 kW installierter Leistung ausgerüstet werden. Entscheidend soll allerdings sein, dass jede Solaranlage auch jeweils einem (Einzel-)Gebäude zugeordnet werden kann.

Ohne Relevanz für die 100-kW-Grenze ist hingegen der sonst im vergütungsrechtlichen Regime des EEG für die Ermittlung der Anlagengröße geltende [§ 24 Absatz 1 EEG 2017](#). Eine Zusammenfassung mehrerer Solaranlagen zu einer Gesamtanlage scheidet deshalb nicht aus, nur weil zwischen der Errichtung der einzelnen Anlagenteile ein zeitlicher Abstand von mehr als 12 Monaten lag (vgl. [§ 24 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 EEG 2017](#)). Die 100-kWp-Grenze wird von der Clearingstelle EEG|KWKG im Hinblick auf den Mieterstromzuschlag vielmehr als absolute Grenze verstanden. Übersteigt die installierte Leistung auf einem Wohngebäude diese Grenze, besteht deshalb auch für die gesamten Solaranlagen kein Anspruch auf den Mieterstromzuschlag. Eine anteilige Förderung von größeren Anlagen mit dem Mieterstromzuschlag kommt nach Auffassung der Clearingstelle EEG|KWKG nicht in Betracht.

Eine Ausnahme soll jedoch in zeitlicher Hinsicht gelten: Vor dem 25. Juli 2017 in Betrieb genommene Solaranlagen sollen bei der Ermittlung der 100-kW-Grenze von vornherein außer Betracht bleiben. Dies begründet die Clearingstelle EEG|KWKG damit, dass der Mieterstromzuschlag gemäß der Übergangsbestimmung in [§ 100 Absatz 7 Satz 1 EEG 2017](#) nur für ab diesem Stichtag in Betrieb genommene Anlagen überhaupt in Anspruch genommen werden könne. Deshalb müssten vor diesem Stichtag in Betrieb genommene Solaranlagen auch im Hinblick auf die 100-kW-Grenze unbeachtlich bleiben.

Weiterhin von vornherein unberücksichtigt sollen im Hinblick auf die 100-kW-Grenze Solaranlagen bleiben, die nicht auf dem Wohngebäude selbst, sondern auf Nebenanlagen eines Wohngebäudes errichtet werden (siehe oben). Denn auch für den in diesen Anlagen erzeugten Strom entsteht grundsätzlich kein Anspruch auf den Mieterstromzuschlag, da das Gesetz verlangt, dass die Solaranlage selbst auf einem Wohngebäude installiert ist.

Die dargestellten Unterschiede zu den allgemeinen Grundsätzen des EEG zur Anlagenzusammenfassung sollen nach der Clearingstelle EEG|KWKG aber nur im Hinblick auf die 100-kW-Grenze gelten. Im Hinblick auf die Förderhöhe – und zwar sowohl die Höhe des Mieterstromzuschlages als auch die Höhe der Einspeisevergütung bzw. der Marktprämie – sollen hingegen § 24 Absatz 1 EEG 2017 und entsprechend die Vergütungsschwellen des § 48 EEG 2017 normal Anwendung finden. Wird also auf sechs verschiedenen Einzelgebäuden jeweils eine Solaranlage mit einer installierten Leistung von 100 kW installiert und liegen die Voraussetzungen des § 24 Absatz 1 EEG 2017 vor (unmittelbarer räumlicher Zusammenhang und Inbetriebnahme innerhalb von 12 Monaten), fällt der hohe Vergütungssatz nach § 48 Absatz 2 Nummer 1 EEG 2017 anteilig nur für 10 kW an und der Vergütungssatz nach § 48 Absatz 2 Nummer 2 EEG 2017 anteilig nur für 30 kW. Die übrigen 560 kW erhalten dann nur noch die niedrigere Vergütung gemäß § 48 Absatz 2 Nummer 3 EEG 2017.

Wo endet der unmittelbare räumliche Zusammenhang?

Der Begriff des „unmittelbaren räumlichen Zusammenhang“ ist aus dem EEG bereits im Kontext der Eigenversorgung bekannt. Er erlangt nun ebenfalls Relevanz im Hinblick auf den Mieterstromzuschlag, da dieser nur für Strom gewährt wird, der im unmittelbaren räumlichen Zusammenhang mit der Stromerzeugung verbraucht wird.

Da letztlich keine Anhaltspunkte bestehen, dass der Begriff des unmittelbaren räumlichen Zusammenhangs beim Mieterstromzuschlag vom Gesetzgeber anders verstanden werden wollte, als bei der Eigenversorgung, beschränkt sich die Clearingstelle EEG|KWKG erwartbar in ihrem Hinweis darauf, auf den [Leitfaden der Bundesnetzagentur zur Eigenversorgung aus dem Juli 2016](#) zu verweisen.

Nach diesem ist das Vorliegen des unmittelbaren räumlichen Zusammenhangs jeweils im konkreten Einzelfall und unter Betrachtung der konkreten räumlichen Gegebenheiten zu prüfen. Dabei darf der unmittelbare räumliche Zusammenhang insbesondere nicht durch (größere) räumliche Distanzen oder durch unterbrechende Elemente wie öffentliche Straßen, Schienentrassen, Bauwerke, Grundstücke oder andere bauliche oder natürliche Hindernisse unterbrochen sein.

Nicht für ein taugliches Abgrenzungskriterium hält die Clearingstelle EEG|KWKG hingegen, ob Erzeugung und Verbrauch innerhalb derselben Kundenanlage erfolgen.

Letztlich ändert insofern der Hinweis 2017/46 der Clearingstelle EEG|KWKG nichts daran, dass der unbestimmte Rechtsbegriff des unmittelbaren räumlichen Zusammenhangs nur vage umrissen bleibt. Es bleibt dem Anlagenbetreiber wohl deshalb nach wie vor nichts anderes übrig, als jeweils im konkreten Einzelfall genau zu prüfen, ob die Voraussetzungen des unmittelbaren räumlichen Zusammenhangs gegeben sind, insbesondere bei größeren Mieterstromprojekten, die mehrere Gebäude umfassen.

Hilfreich ist allerdings, dass die Clearingstelle EEG|KWKG die Auslegung der Bundesnetzagentur dahingehend spezifiziert, dass im Hinblick auf den Mieterstromzuschlag zumindest Anliegerstraßen und Gebäude, die selbst Teil des Mieterstromprojektes sind, nicht als den unmittelbaren räumlichen Zusammenhang unterbrechende Elemente anzusehen sind. Das heißt, dass auch in gebäudeübergreifenden Quartierskonzepten Mieterstromprojekte grundsätzlich möglich bleiben sollen (zu beachten sind dann aber gegebenenfalls weitere Stolperfallen, wie etwa die zunehmend restriktive Rechtsprechung zum Begriff der Kundenanlage, sehen Sie hierzu unsere [Meldung vom 6. Juni 2018](#)).

Fazit

Der Hinweis 2017/46 der Clearingstelle EEG|KWKG überzeugt insgesamt inhaltlich und enthält viele für die praktische Umsetzung von Mieterstromprojekten wichtige Aspekte.

Allerdings bleiben auch nach dem Hinweis noch manche für die Praxis wichtigen Fragen offen. Dies betrifft etwa die einzuhaltenden Vorgaben für eine ordnungsgemäße Messung (vgl. hierzu auch [§ 20 Absatz 1d EnWG](#)), die genaue Vertragsgestaltung nach [§ 42a EnWG](#) oder die sich im Zusammenhang mit der Integration von Speichern in Mieterstromprojekte stellenden Rechtsfragen. Besonders intensiv wird derzeit zudem in der Praxis diskutiert, ob die Inanspruchnahme des Mieterstromzuschlags voraussetzt, dass eine direkte Lieferbeziehung zwischen dem Anlagenbetreiber und dem Letztverbraucher besteht, oder ob auch sogenannte „Zwischenhändlerlösungen“ oder „Weiterverkäufermodelle“ zulässig sind, in denen die Stromlieferung über ein zwischengeschaltetes Energieversorgungsunternehmen erfolgt. Gerade bezüglich letzterer Frage herrscht in der Praxis aktuell erhebliche Unsicherheit, da sich ein aktuelles [Hinweispapier der Bundesnetzagentur](#) so verstehen lässt, dass dies nicht

der Fall sei. Rechtlich eindeutig ist dies nach unserer Auffassung allerdings keineswegs. Vor diesem Hintergrund wäre eine weitergehende Klärung dieses Punktes durch die Clearingstelle EEG|KWKG durchaus wünschenswert gewesen. Allerdings hat die Clearingstelle EEG|KWKG bereits angekündigt, sich mit den oben skizzierten Fragen in künftigen Hinweisverfahren noch befassen zu wollen. Wir dürfen also gespannt sein, was sich in dieser Frage künftig noch tut...

Ansprechpartner: Dr. Steffen Herz und Dr. Bettina Hennig

Die 750-kW-Grenze und die Anlagenzusammenfassung bei Solaranlagen: Aktuelle Hinweise der Clearingstelle

Bekanntlich müssen Solaranlagen mit einer installierten Leistung über 750 kW an einer Ausschreibung teilnehmen. Für viele Betreiber bleibt jedoch die Inbetriebnahme außerhalb der Ausschreibung aufgrund der höheren gesetzlichen Förderung und des administrativen Aufwandes bei einer Ausschreibungsteilnahme attraktiv. Um nun herauszufinden, ob die eigene Anlage über oder unter der „magischen Grenze“ von 750 kW liegt, kommt es letztlich auf die Anlagenzusammenfassung an. Mit der Anlagenzusammenfassung gehen aber wie so oft im EEG eine ganze Reihe von Anwendungsfragen einher. Auch hat der Gesetzgeber zum 1. Juli 2018 hier noch einmal eine Verschärfung vorgenommen: seitdem gelten bei der 750-kW-Grenze auch die besonderen Zusammenfassungsregeln für Freiflächenanlagen (sehen Sie dazu auch unsere Meldung [hier](#)). Mit einigen der im Zusammenhang mit der Anlagenzusammenfassung in der Praxis aufgetretenen Fragen hat sich nunmehr auch die Clearingstelle EEG|KWKG befasst. Wir geben einen Überblick über die wichtigsten Aussagen der Clearingstelle.

Worum geht es?

In ihrem aktuellen Hinweis vom 27. März 2018 (Az. 2017/22, abrufbar [hier](#)) befasst sich die Clearingstelle EEG|KWKG mit verschiedenen Fragen zu der Anlagenzusammenfassung im Hinblick auf die 750-kW-Grenze für die Ausschreibungspflicht bei Solaranlagen. Insbesondere ging es um die Frage, welche Anlagen in eine potenzielle Anlagenzusammenfassung einzubeziehen sind und welche Auswirkungen eine Anlagenzusammenfassung in Konstellationen hat, in denen mehrere (ausschreibungsfreie oder ausschreibungspflichtige) Anlagen hintereinander in Betrieb genommen werden.

Welche Anlagen werden zusammengefasst?

Die Clearingstelle vertritt in ihrem Hinweis die Auffassung, dass folgende Anlagen nicht mit anderen Anlagen zusammenzufassen sind und daher nicht zur Überschreitung der 750-kW-Grenze führen können:

- Solaranlagen, die vor dem 1. Januar 2017 in Betrieb genommen worden sind,
- Solaranlagen deren Betreiberinnen und Betreiber schon dem Grunde nach keinen Anspruch auf Zahlung nach § 19 Absatz 1 EEG 2017 (Einspeisevergütung oder Marktprämie) haben, z.B. weil der Förderzeitraum abgelaufen ist oder weil die Anlage auf einer nicht förderfähigen Fläche errichtet wurde,
- Solaranlagen, deren Inbetriebnahme länger als 12 (bzw. ab dem 1. Juli 2018 bei Freiflächenanlagen: 24) aufeinanderfolgende Kalendermonate auseinander liegt.

Die Clearingstelle begründet dies nachvollziehbar mit den Übergangsvorschriften des EEG 2017 sowie dem zwischen dem EEG 2014 und EE 2017 vollzogenen „Systemwechsel“ bzw. mit den tatbestandlichen Voraussetzungen der Anlagenzusammenfassungsregeln in [§ 24 Absatz 1 und 2 EEG 2017](#).

In § 24 EEG 2017 ist auch ausdrücklich geregelt, dass Gebäude-Solaranlagen nicht mit Freiflächenanlagen zusammengefasst werden. Solaranlagen auf sonstigen baulichen Anlagen werden dort nicht explizit genannt. In der Praxis ist aber davon auszugehen, dass diese sowohl mit Gebäude- als auch mit Freiflächenanlagen zusammengefasst werden (zu Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Freiflächenanlagen und den „sonstigen baulichen Anlagen“ sehen Sie bei Interesse auch den Beitrag [hier](#)).

Was sind die Auswirkungen einer Anlagenzusammenfassung?

Die Clearingstelle stellt noch einmal ausdrücklich klar, dass die Auswirkungen einer Anlagenzusammenfassung stets nur das jeweils zuletzt in Betrieb gesetzte Modul betreffen. Denn rein rechtlich gilt jedes einzelne Modul als eigenständige Anlage – jedenfalls seit der gesetzgeberischen Korrektur des hanebüchernen „Solarkraftwerk-Urteils“ des Bundesgerichtshofes (bei Interesse sehen Sie dazu unsere Meldungen [hier](#) und [hier](#)). Werden also zu einer bestehenden Installation Module hinzugebaut und erst damit die 750-kW-Grenze überschritten, betrifft die dadurch einsetzende Ausschreibungspflicht ausschließlich die zubauten Module.

Die bestehenden Module, die vor dem Zubau unterhalb der 750-kW-Grenze lagen, werden also grundsätzlich nicht in die Ausschreibungspflicht „mitgerissen“ (mehr dazu allerdings weiter unten...).

Dabei macht auch die Clearingstelle noch einmal ausdrücklich auf eine besonders missliche Verknüpfung der verschiedenen Regelungen zur Ausschreibungsteilnahme und der Anlagenzusammenfassung aufmerksam:

Die erfolgreiche Teilnahme an einer Ausschreibung ist nur mit noch nicht in Betrieb genommenen Solaranlagen möglich. Bei der Anlagenzusammenfassung kommt es aber auf den Zeitpunkt der Inbetriebnahme an. Hat also während der Projektierungsphase ein anderer Betreiber im „Zusammenfassungsradius“ der eigenen Anlage eine andere Solaranlage bereits in Betrieb genommen und überschreitet nun deshalb die eigene Anlage bei Inbetriebnahme aufgrund der Anlagenzusammenfassung die 750-kW-Grenze, ist die eigene Anlage ohne Ausschreibungsteilnahme nicht förderfähig. Eine nachträgliche Teilnahme an einer Ausschreibung mit einer bereits in Betrieb genommenen Anlage scheidet allerdings aus. Auch eine „vorsorgliche“ Teilnahme an einer Ausschreibung ist in solchen Fällen allerdings häufig nicht sinnvoll möglich, da die Mindestgebotsgröße für Solaranlagen 750 kW beträgt. Will man nun aber eigentlich eine kleinere Anlage realisieren, scheidet eine Ausschreibungsteilnahme also erst einmal aus. Wir hatten auf dieses Problem des verschärften „Windhundprinzips“ bereits in unserer [Meldung vom 6. Juli 2017](#) hingewiesen.

Die Clearingstelle diskutiert in ihrem Hinweis in einem Abschnitt „Rat zur Praxis“ (Randnummer 76 ff.) zwar verschiedene Optionen, auch mit einer Solaranlage mit einer installierten Leistung unter 750 kW an einer Ausschreibung teilzunehmen. Im Ergebnis dürften diese in vielen Fällen allerdings kaum sachgerecht sein. Insbesondere vertritt die Clearingstelle EEG|KWKG hier die – unseres Erachtens mäßig überzeugende – Auffassung, dass die Gebotsabgabe über 750 kW im Wissen, eigentlich eine kleinere Anlage realisieren zu wollen, die Bundesnetzagentur zu einem Ausschluss des Bieters aus der Ausschreibung berechtigt. Zudem müsste der Anlagenbetreiber in diesem Fall wohl häufig den überschießenden Rest seines Zuschlags „verfallen“ lassen und daher die entsprechenden Strafzahlungen leisten. Auch bei einer Übertragung auf ein Projekt auf einer anderen Fläche, wäre ein Förderabschlag von 0,3 Cent/kWh hinzunehmen. Es werden zwar verschiedene Optionen diskutiert, etwa die Übertragung von Zuschlägen bzw. Projektgesellschaften, in der Praxis dürften diese gerade für kleinere Betreiber aber häufig eher schwierig zu realisieren sein.

Anlagenbetreibern und Projektierern bleibt also letztlich wohl nur, sich während Planungs- und Bauphase gut über umliegende PV-Projekte zu informieren, um hier

böse Überraschungen nach der Inbetriebnahme zu vermeiden. Gerade bei Freiflächenanlagen, für die seit dem 1. Juli 2018 die deutlich weitergehenden Zusammenfassungsregeln nach § 24 Absatz 2 EEG 2017 gelten (24 Monate, 2-km-Radius in derselben Gemeinde), sollte das Anlagenumfeld auf etwaige „Sperranlagen“ anderer Betreiber überprüft werden. Wie genau Anlagenbetreiber sich hinreichend genau über andere Projekte in ihrem Anlagenumfeld informieren sollen, ist derzeit allerdings völlig unklar. Die Clearingstelle weist hierzu auf ggf. denkbare Anfragen bei den zuständigen Baubehörden, dem jeweiligen Netzbetreiber bzw. künftig auch auf das Marktstammdatenregister hin (vgl. Randnummer 26 ff. des Hinweises 2017/22).

Was gilt bei der „gestaffelten“ Inbetriebnahme mehrerer Anlagen?

Für besonders viel Unsicherheit hatten in der Praxis solche Fälle gesorgt, in denen bewusst mehrere Solaranlagen hintereinander im jeweiligen räumlichen „Zusammenfassungsradius“ in Betrieb genommen werden sollten. Hier sind verschiedene Konstellationen denkbar. So gibt es Fälle, in denen auf einer Fläche mehrere ausschreibungsfreie 750-kW-Anlagen betrieben werden sollen. Es gibt aber auch Fälle, in denen z.B. eine 750-kW-Anlage und eine (ggf. deutlich) größere Ausschreibungs-Anlage betrieben werden sollen. In all diesen Fällen muss geklärt werden, inwieweit eine solche „gestaffelte“ Inbetriebnahme zu einer Anlagenzusammenfassung führt und ob/inwieweit hierdurch eine Ausschreibungspflicht begründet wird.

Klar ist: So lange zwischen den Inbetriebnahmen jeweils der richtige zeitliche Abstand (12 Kalendermonate oder bei Freiflächenanlagen 24 Monate) eingehalten wird, ist auch bei der gestaffelten Inbetriebnahme grundsätzlich keine Anlagenzusammenfassung zu befürchten (siehe oben).

Schwieriger wird es jedoch, wenn durch einen früheren Zubau eine Ausschreibungspflicht entsteht. Hier nun differenziert die Clearingstelle EEG|KWKG:

- Handelt es sich um mehrere 750-kW-Anlagen, bleibt die Clearingstelle bei dem oben dargestellten Grundsatz: Die später in Betrieb genommene Anlage ist ohne Ausschreibungsteilnahme nicht förderfähig, die früher in Betrieb genommene Anlage wird aber nicht in die Ausschreibungspflicht „mitgerissen“. Für die ausschreibungspflichtige Anlage stellen sich dann allerdings die oben dargestellten Fragen und Probleme hinsichtlich der Möglichkeit, überhaupt an einer Ausschreibung teilzunehmen. Daher muss

in diesem Fall überlegt werden, ob und inwieweit eine Ausschreibungsteilnahme möglich ist bzw. möglich gemacht werden kann.

- Eine völlig überraschende und für die Praxis höchst problematische Wendung enthielt der veröffentlichte Hinweis 2017/22 jedoch für die folgende Konstellation: Sei von vornherein geplant, eine Installation mit mehr als 750 kW zu errichten, dann sei der Betreiber zur Ausschreibungsteilnahme mit der *gesamten* geplanten Installation verpflichtet. Aus den diesbezüglichen Ausführungen der Clearingstelle folgte, dass es in solchen Fällen also nicht mehr möglich sein sollte, geplant zunächst eine ausschreibungsfreie Installation mit bis zu 750 kW in Betrieb zu nehmen und erst in einem zweiten Schritt dann eine ausschreibungspflichtige größere Installation. In solchen Fällen erstrecke sich die Ausschreibungspflicht dann auf die *gesamte* Installation. Mit anderen Worten: in solchen Fällen befürwortete die Clearingstelle nun auf einmal doch ein „Mitreißen“ der früher in Betrieb genommenen Anlagen in die Ausschreibungspflicht...

Diese Auslegung hätte in der Praxis erhebliche Auswirkungen gehabt. Denn zum Zeitpunkt des Erscheinens des Hinweises waren bereits zahlreiche Projekte realisiert worden, die im Vertrauen auf den in diesem Punkt äußerst klaren Gesetzeswortlaut entsprechende Inbetriebnahmestaffelungen vorgenommen hatten. Da der Gesetzeswortlaut besagt, dass die Anlagenzusammenfassung nur für „den jeweils zuletzt in Betrieb gesetzten Generator“ gilt, wurde z.B. zunächst eine Installation mit 750 kW ohne Ausschreibungsteilnahme (und daher mit der höheren gesetzlichen Förderung) in Betrieb genommen und dann in einem zweiten Schritt etwas später eine Installation von beispielsweise 2 MW zugebaut, für die dann vorab an einer Ausschreibung teilgenommen worden war. Diese Praxis sah die Clearingstelle offenbar kritisch und nicht mehr vom Gesetzeszweck gedeckt. Wirklich überzeugend waren die – in diesem Punkt recht knappen – Ausführungen der Clearingstelle in rechtlicher Hinsicht allerdings nicht.

Der entsprechende Aufschrei in der Praxis und sicherlich auch die sich anschließenden juristischen Diskussionen trugen dann Früchte: Die Clearingstelle hat in diesem Punkt erfreulicherweise noch einmal nachgelegt und ihre zweifelhafte Rechtsauffassung in Form eines allgemeinen Hinweises auf ihrer Website korrigiert bzw. präzisiert (abrufbar [hier](#)). Die Clearingstelle stellt dort nun ausdrücklich klar:

„Wird zunächst eine PV-Installation in Betrieb genommen, die als solche nicht ausschreibungspflichtig ist (weil die Leistung 750 kW nicht übersteigt), und danach innerhalb der zeitlichen und räumlichen Grenzen von § 24 Abs. 1 Satz 1 bzw. § 24 Abs.

2 EEG 2017 eine weitere PV-Installation errichtet, so behält die zuerst in Betrieb genommene PV-Installation mit einer installierten Leistung bis 750 kW ihren gesetzlichen Förderanspruch. Dies hat die Clearingstelle im [Hinweis 2017/22](#) geklärt.

Voraussetzung für dieses Vorgehen ist jedoch, dass sich die Installation anhand von objektiven Kriterien in einen Leistungsteil bis 750 kWp und einen darüber liegenden Leistungsteil aufteilen lässt. Dazu ist erforderlich, dass die Module zu nachweislich zeitlich nacheinander liegenden unterschiedlichen Zeitpunkten in Betrieb genommen wurden und sich dies beispielsweise aus dem Inbetriebnahmeprotokoll ablesen lässt. Eine fiktive oder gewillkürte Aufteilung der Installation hingegen ist nicht möglich.“

Im Ergebnis gilt also weiterhin – auch nach Auffassung der Clearingstelle: Wird zwischen der Inbetriebnahme einer 750-kW-Anlage und einer größeren ausschreibungspflichtigen Installation nachweislich ein gewisser zeitlicher „Sicherheitsabstand“ eingehalten (etwa einige Tage oder Wochen), wird die 750-kW-Anlage nicht in die Ausschreibungspflicht „mitgerissen“ und kann weiterhin die gesetzliche Förderung in Anspruch nehmen.

Fazit

Es ist erfreulich, dass die Clearingstelle sich einmal mehr bemüht, der Praxis in einem wirtschaftlich hoch relevanten Punkt zu einem Mehr an Rechtssicherheit zu verhelfen. Der Hinweis 2017/22 enthält insoweit zahlreiche erwartete Ausführungen und Klarstellungen. Stellenweise überzeugen die Ausführungen der Clearingstelle allerdings nicht vollends, sind teilweise sogar überraschend. Dies gilt für die – zwischenzeitlich korrigierten bzw. stark eingeschränkten – Ausführungen zur gestaffelten Inbetriebnahme größerer Solarinstallationen ebenso wie für die Möglichkeit der BNetzA, Bieter von der Ausschreibung auszuschließen, die auf größere Installationen bieten als tatsächlich geplant. Bei dem zweiten genannten Punkt muss man immerhin im Hinterkopf behalten, worum es hier letztlich geht: In unseren Augen handelt es sich bei einem solchen Vorgehen (sollte es in der Praxis denn wirklich einmal vorkommen) nicht um einen etwaigen Missbrauch des Ausschreibungssystems sondern allenfalls um „Notwehr“ angesichts der höchst problematischen Regelungswirkungen. Insbesondere das Zusammenspiel der Ausschreibungsregeln mit der Anlagenzusammenfassung führt in der Praxis zu erheblichen Unsicherheiten und stellenweise zu sachlich kaum zu rechtfertigenden Verwerfungen. Denn das gesetzliche erzwungene Windhundprinzip kann in der Praxis für manchen Anlagenbetreiber noch zu einem bösen Erwachen führen. Auch die in der Praxis häufig unklaren Abgrenzungen zwischen den verschiedenen Anlagenkategorien und insbesondere zwischen Freiflächenanlagen und den sogenannten sonstigen baulichen Anlagen machen vielen Projekten das Leben

schwer. Aufgrund der unterschiedlichen Anlagenzusammenfassungen und anderen Unterschieden in der Förderstruktur kommt dieser Abgrenzung allerdings eine ganz erhebliche Bedeutung zu – eine für alle Beteiligten häufig unbefriedigende Situation. Es bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber hier noch einmal ein Einsehen hat und die entsprechenden Regelungen noch einmal anpasst. Wir halten Sie natürlich auf dem Laufenden...

Ansprechpartner: Dr. Bettina Hennig und Dr. Steffen Herz

DEZENTRALE ENERGIEVERSORGUNG

Kundenanlage ja oder nein? – Neues Urteil zur Gretchenfrage für Quartierskonzepte

Für viele dezentrale Energiekonzepte ist die Einordnung als sogenannte Kundenanlage im Sinne des § 3 Nummer 24a EnWG ein entscheidendes Kriterium für das wirtschaftliche und praktische Gelingen des jeweiligen Projekts. Eine aktuelle Entscheidung zum Kundenanlagenbegriff des Oberlandesgericht Frankfurt vom 8. März 2018 – 11 W 40/16 (Kart), abrufbar [hier](#), hat deswegen große Bedeutung für die Praxis dezentraler Versorgungsmodelle. Die rechtlichen Implikationen der Entscheidung der Frankfurter Richter sind vielfältig, weitreichend und nicht einfach zu fassen. Wir wollen dennoch eine Bestandsaufnahme und natürlich auch einen Ausblick wagen.

Die Kundenanlage im Sinne des EnWG – Worum geht es?

Dezentrale Quartierskonzepte in verschiedenen Formen und Ausprägungen haben in der Regel gemeinsam, dass zumindest ein Teil des Strombedarfs aus dezentralen Erzeugungsanlagen „im Quartier“ gedeckt werden soll. Zudem sind solche Modelle in aller Regel auf die energiewirtschaftsrechtliche Einordnung als Kundenanlage im Sinne des § 3 Nummer 24a Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) ausgelegt. Dabei handelt es sich im Wesentlichen um eine Abgrenzung zum „Netz der allgemeinen Versorgung“, also vom öffentlichen Stromnetz. Die Kundenanlage ist gewissermaßen eine netzähnliche Stromleitungsinfrastruktur, die aber außerhalb des energiewirtschaftsrechtlich regulierten Netzbetriebs liegt.

Die Kundenanlage soll in Quartierskonzepten typischerweise die innerhalb des Quartiers liegenden Abnahmestellen für Strom sowie die zur Versorgung des Quartiers dienenden Erzeugungsanlagen umfassen. Die Einordnung als Kundenanlage hat für die Entwickler und Nutzer von Quartierskonzepten den Vorteil, dass für den innerhalb der Kundenanlage erzeugten und dort an Verbraucher gelieferten Strom weder Netzentgelte, noch die weiteren netznutzungsbezogenen Umlagen und Abgaben anfallen. Insbesondere in Drittbelieferungskonstellationen, wie sie in Quartierskonzepten regelmäßig vorliegen, fallen zwar regelmäßig die EEG-Umlage (und teilweise auch die

Stromsteuer) an. Denn eine EEG-Umlage-privilegierte Eigenversorgung kommt hier in aller Regel nicht in Betracht. Der Wegfall der Netzentgelte sowie der mit ihnen erhobenen Abgaben und Umlagen (z.B. KWKG-Umlage, StromNEV-Umlage, Offshore-Haftungsumlage) kann jedoch bereits ein erheblicher wirtschaftlicher Vorteil sein, der dem „Vor-Ort-Strom“ im Vertrieb die Konkurrenzfähigkeit sichert. Zudem sieht das Energiewirtschaftsrecht für Stromlieferungen innerhalb von Kundenanlagen gewisse administrative Erleichterungen vor (vgl. z.B. § 5 EnWG). Vor allem aber ist die Kundenanlage nicht Teil des öffentlichen Stromnetzes – und damit der komplexen und umfangreichen energierechtlichen Regulierung des Netzbetriebs sowie den damit einhergehenden Pflichten insgesamt entzogen.

Was ist denn nun eine solche Kundenanlage?

Wichtig ist: Das regulierte Netz der allgemeinen Versorgung ist die Regel, die der Regulierung entzogene Kundenanlage die Ausnahme. Daher sieht das Gesetz in § 3 Nummer 24a und 24b EnWG eine Reihe von speziellen Anforderungen vor, die eine Kundenanlage erfüllen muss, um auch tatsächlich als solche zu gelten. Eine netzähnliche Stromleitungsinfrastruktur zur „Erzeugung, Speicherung, Fortleitung oder Abgabe“ von Strom („Energieanlagen, vgl. § 3 Nummer 15 EnWG) kann danach nur dann als Kundenanlage angesehen werden, wenn die Energieanlagen

- sich auf einem räumlich zusammengehörenden Gebiet befinden,
- mit einem Energieversorgungsnetz oder mit einer Erzeugungsanlage verbunden sind,
- für die Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas unbedeutend sind und
- jedermann zum Zwecke der Belieferung der angeschlossenen Letztverbraucher im Wege der Durchleitung unabhängig von der Wahl des Energielieferanten diskriminierungsfrei und unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden.

In der Praxis ist das Vorliegen der Voraussetzungen a), c) und d) regelmäßig umstritten und war in der Vergangenheit auch bereits Gegenstand einiger Entscheidungen der Bundesnetzagentur und Landesregulierungsbehörden. Vereinzelt hat sich auch bereits die Rechtsprechung hiermit befasst. Der Streit über die einzelnen Begriffsmerkmale ist dabei für viele Quartierskonzepte existentiell. Denn können die Voraussetzungen des § 3 Nummer 24a EnWG nicht eingehalten werden, gilt die als Kundenanlage geplante (oder sogar bereits umgesetzte) Leitungsinfrastruktur im Ergebnis dann gegebenenfalls als regulierter Netzbereich. Die Folgen sind weitreichend, denn einerseits wird der vermeintliche Kundenanlagenbetreiber automatisch zum Netzbetreiber, der den entsprechenden

energiewirtschaftlichen Anforderungen und Pflichten unterliegt, und andererseits ist der innerhalb der vermeintlichen Kundenanlage gelieferte Strom nicht (mehr) per se netzentgeltbefreit, so dass erheblich höhere Kosten pro gelieferter Kilowattstunde anfallen können, als kalkuliert und möglicherweise auch mit den Abnehmern vereinbart wurde.

Wie ist der Stand hinsichtlich der wesentlichen Merkmale einer Kundenanlage?

Wie so oft im Energierecht: Es kommt zunächst auf den Einzelfall an. Im Einzelnen waren die Kriterien für das Vorliegen einer Kundenanlage lange unklar und wurden in der Praxis auch nicht einheitlich gehandhabt. Es gab aber wohl eine gewisse Tendenz zu einer eher weiten Auslegung der einzelnen Anforderungen. Es konnten aber zunehmend gewisse Tendenzen aus der Spruchpraxis der Bundesnetzagentur abgeleitet werden, die teilweise bereits in eine andere, etwas strengere Richtung wiesen. Auch kommt den oben genannten Merkmalen unterschiedliches Gewicht zu. Insgesamt muss aber konstatiert werden, dass nach wie vor eine eher geringe Dichte gerichtlicher und behördlicher Entscheidungen zu den Detailfragen der Kundenanlagendefinition besteht. Der bisherige Diskussionsstand der einzelnen Merkmale der Kundenanlage kann grob wie folgt zusammengefasst werden:

- So ist das Merkmal, dass sich die Kundenanlage auf einem räumlich zusammengehörenden Gebiet befinden muss, in aller Regel anzunehmen, wenn die Kundenanlage zur Versorgung eines Mehrfamilienhauses mit einer durchschnittlichen Ausdehnung dient. Auch Baugebiete oder mehrere bauliche Anlagen wurden aber noch als räumlich zusammengehörend angesehen, wenn keine Unterbrechungen durch andere als Erschließungsstraßen vorlagen und die Ausdehnung ein Gebiet in der Größenordnung bis zu 30.000 qm betraf.
- Das Merkmal, dass die Kundenanlage unentgeltlich und diskriminierungsfrei zur Durchleitung zur Verfügung stehen muss, wurde bislang jedenfalls dann bejaht, wenn keine entsprechenden vertraglichen oder tatsächlichen Begrenzungen bestehen. Dabei wurde auch die Erhebung eines „Nutzungsentgelts“ bei Gelegenheit der Durchleitung nicht zwangsläufig als Widerspruch zur Unentgeltlichkeit gesehen, die Kosten durften allerdings nicht verbrauchsbezogen (pro Kilowattstunde) erhoben werden.
- Das Merkmal der Wettbewerbsbedeutung ist wohl das auch bisher am kontroversesten behandelte. So existiert Rechtsprechung des Berliner Kammergerichts (KG Berlin, Beschl. v. 20. März 2014 – 2 W 16/16) wonach die Wettbewerbsbedeutung bereits bei 90 angeschlossenen

Abnahmestellen erreicht sei. Nach der Spruchpraxis der Regulierungskammer Hessen (Beschluss vom 29. August 2016, Az. III 3 – 75 s40#011 RKH 170/2016, abrufbar [hier](#)) wurden aber auch bereits Abnahmestellenmengen in der Größenordnung um 400 noch als für den Wettbewerb unbedeutend angesehen.

Was hat das Oberlandesgericht Frankfurt entschieden?

Die Frankfurter Richter haben in ihrem vielbeachteten Beschluss vom 8. März 2018 die Entscheidung der Regulierungskammer Hessen aufgehoben. Im Ergebnis lehnten sie also das Vorliegen einer Kundenanlage ab. Dabei haben sie einerseits einen weiteren Beitrag zur Diskussion um das Verständnis des § 3 Nummer 24a EnWG geliefert, was der allgemeinen Rechtssicherheit in diesem Bereich durchaus zuträglich ist. Andererseits ist die Entscheidung aber auch von einem eher einschränkenden Verständnis des Kundenanlagenbegriffs geprägt, das sich mit den derzeit zu beobachtenden Tendenzen in der politischen und rechtlichen Diskussion um die Kundenanlage deckt. Insofern wurde das Urteil in der Praxis auch sehr unterschiedlich bewertet. Aufgrund der geringen Zahl verfügbarer Entscheidungen darf jedenfalls prognostiziert werden, dass der Beschluss für die Praxis bis auf Weiteres großes Gewicht entfalten wird.

Doch was haben die Richter nun genau zu den verschiedenen Begriffsmerkmalen einer Kundenanlage gesagt?

- In dem konkreten Fall ging es um ein klassisches Quartierskonzept, in dem gegenwärtig 397 Wohneinheiten innerhalb eines zusammengehörigen Wohngebiets mit Strom versorgt werden. Es handelt sich dabei um mehrere Gebäude mit Mietwohnungen. Da das Gericht insgesamt Zweifel hatte, ob die Voraussetzungen für eine Kundenanlage vorliegen, entschied es letztlich dagegen. Denn bei der Kundenanlage handele es sich eben um eine Ausnahme vom „weiten Netzbegriff“, die in Zweifelsfällen dann eben nicht bejaht werden könne. Bei fortbestehenden Zweifeln über den Status einer technischen Anlage sei diese also dem regulierten Netzbetrieb zuzuordnen.
- Das Gericht befasste sich vor allem umfangreich mit der Frage der Unentgeltlichkeit der Stromdurchleitung. Kernargument des Gericht war hierbei, dass im konkreten Fall bestehende Zweifel daran, ob nicht doch ein „verstecktes“ verbrauchsbezogenes Entgelt erhoben werde, nicht aufgelöst werden konnten. Die Zweifel bestanden vor allem auch, da trotz der Entgeltbefreiung die Versorgung kalkulatorisch nicht merklich günstiger als die Versorgungstarife der übrigen Lieferanten angeboten werden

konnte. Diese Zweifel gingen letztlich zu Lasten des (vermeintlichen) Kundenanlagenbetreibers.

- Zudem sah das Gericht auch das Merkmal des räumlich zusammengehörenden Gebietes im dortigen Fall kritisch, ohne sich endgültig zu der Auslegung des Begriffsmerkmals positionieren. Ohnehin handele es sich hierbei um ein Begriffsmerkmal von „eher untergeordneter Bedeutung“. Jedenfalls wenn nur ein Grundstück betroffen sei, liege in der Regel ein zusammengehöriges Gebiet vor. Auch ein sich über mehrere Grundstücke oder Gebäude erstreckendes Gebiet sei aber möglicherweise erfasst, wenn es als einheitlich wahrgenommen werden kann. Dies sei im vorliegenden Fall allerdings nicht abschließend zu beurteilen. Zudem sagt das Gericht ausdrücklich, dass weder allein die konkrete räumliche Ausdehnung noch eine querende Straße zwingend gegen oder für eine räumliche Zusammengehörigkeit sprechen. Es muss hier also bei einer umfassenden Betrachtung des Einzelfalls bleiben.
- Die Leitungsinfrastruktur sei vorliegend auch nicht unbedeutend für den Wettbewerb. Die kalkulierte Entnahmemenge in der Anlage von etwa 1 Million kWh aus der vorgelagerten Netzebene, in der etwa 4,2 Milliarden kWh entnommen würden und das darauf ableitbare Verhältnis von 0,3 Promille sei für die Einordnung irrelevant. Es müsse vielmehr ein absolutes Verständnis zugrunde gelegt werden, wonach die Menge der Stromentnahme und die Zahl der Abnahmestellen schlicht zu viel sei. Damit erteilt das Gericht der teilweise diskutierten „relativen“ Auslegung, die insbesondere auf einen Abgleich mit dem übrigen Netzgebiet bzw. dem „Marktumfeld“ der Kundenanlage abstellt, eine klare Absage. Diese Auslegung begründet das Gericht auch ausführlich und verweist hierfür auch auf die Beschlusspraxis der Bundesnetzagentur. Diese habe z.B. die Versorgung von 457 Wohnungen in 22 Gebäuden auf einer Fläche von über 44.000 qm bzw. von 515 Wohnungen auf ca. 53.000 qm als nicht mehr wettbewerbsunbedeutend (also „zu groß“ für eine Kundenanlage) eingeordnet. Die Bundesnetzagentur habe im vorliegenden Verfahren auch Stellung genommen und habe hier vertreten, dass jedenfalls bei einer Anzahl von deutlich über 100 angeschlossenen Letztverbrauchern nicht mehr ohne weiteres von einer Wettbewerbsirrelevanz – und damit einer Kundenanlage – ausgegangen werden könne.

Was bedeutet das für die Praxis?

Das Urteil und die allgemeine Tendenz zur „Verengung“ des Kundenanlagenbegriffs haben weitreichende Folgen für die Praxis dezentraler Energieversorgungskonzepte. Denn bei diesen ist häufig ein Herzstück der Planung

und Kalkulation, dass die Umsetzung im Rahmen einer Kundenanlage erfolgt. Auf dieser Grundlage wurden in der Vergangenheit auch bereits Projekte realisiert. Eine Einordnung als Kundenanlage mit den entsprechenden Privilegien wird jedoch immer schwieriger, wenn deren Anwendungsbereich immer enger wird. Aus der Frankfurter Entscheidung lässt sich wohl entnehmen, dass bei einer Zahl jenseits von 100 angeschlossenen Abnahmestellen die Voraussetzungen einer Kundenanlage in Zukunft häufig nicht mehr bejaht werden dürften. Die Weitergabe von Kosten für den Betrieb einer Kundenanlage sowie großzügige räumliche Ausdehnungen dürften künftig ebenfalls dem Risiko einer strengeren Prüfung unterliegen, als dies in der Praxis bislang vielfach gehandhabt wurde.

Die Planung, Entwicklung und der Betrieb von Versorgungskonzepten unter Nutzung einer Kundenanlage weisen zudem weitere Herausforderungen auf: Denn ob es sich bei der relevanten Leitungsinfrastruktur um eine Kundenanlage handelt oder nicht, kann auch vom tatsächlichen Verhalten des Betreibers oder der vertraglichen Gestaltung der Versorgungsverhältnisse innerhalb der Kundenanlage abhängen. Zudem besteht auch kein grundsätzlicher „Bestandsschutz“ für das Vorliegen einer Kundenanlage. Schließt ein Netzbetreiber eine Leitungsinfrastruktur als Kundenanlage an sein Energieversorgungsnetz an und werden keine Abgaben für den innerhalb der Kundenanlage erzeugten und gelieferten Strom erhoben, bedeutet das also nicht per se, dass dies nicht im Rahmen geltender Verjährungsansprüche noch erfolgen kann, wenn sich die rechtliche Beurteilung als Kundenanlage – etwa aufgrund neuer Rechtsprechung – im Nachhinein als falsch erweist. Dann wiederum kann sich die Frage stellen, ob und inwieweit der vermeintliche Kundenanlagenbetreiber etwaige Nachforderungen wiederum an seine „Anschlussnehmer“ weiterreichen kann. Im Einzelfall könnten in solchen Konstellationen gegebenenfalls auch Schadensersatzansprüche oder vertragliche Absicherungen zwischen den Beteiligten in Betracht kommen. Ob dies allerdings die Projektkalkulationen retten und die sich aus dem Netzbetrieb ergebenden energiewirtschaftsrechtlichen Pflichten überlagern kann, kann nicht pauschal beantwortet werden und muss in jedem Einzelfall geprüft werden.

Unser Fazit

Einerseits ist zu begrüßen, dass die Anforderungen an das Vorliegen einer Kundenanlage zunehmend an Kontur gewinnen und die Rechtsprechung und die Bundesnetzagentur hier zu mehr Rechtssicherheit beitragen. Andererseits kann für die Praxis dezentraler Energiekonzepte ein allzu enges Verständnis der Kundenanlage in vielen Fällen ein K.O.-Kriterium sein. Angesichts der ohnehin bestehenden vielfachen regulatorischen Hürden, mit der sich die Nutzer solcher

Konzepte konfrontiert sehen, trägt die aktuelle Entscheidungspraxis zu Kundenanlage sicherlich nicht dazu bei, die urbane und dezentrale Energiewende weiter voranzubringen. Jedenfalls müssen Planer und Betreiber von Quartierskonzepten und ähnlichen Modellen weiterhin sorgfältig prüfen, ob sie die Voraussetzung an eine Kundenanlage auch wirklich erfüllen und sich bestenfalls bereits vorab intensiv mit den etwaigen Rechtsfolgen auseinandersetzen. Sollten Sie hierbei Unterstützung benötigen, stehen wir Ihnen natürlich gerne zur Verfügung...

Update: Auch das OLG Düsseldorf entscheidet zum Kundenanlagenbegriff!

Ein aktueller Beschluss des OLG Düsseldorf befasst sich mit dem Begriff der Kundenanlage und kommt zu ähnlichen Ergebnissen wie das OLG Frankfurt (sehen Sie dazu unsere ausführliche Meldung [hier](#)): Auch das OLG Düsseldorf schränkt den Kundenanlagenbegriff für viele klassische Quartierskonzepte stark ein...

In seinem Beschluss vom 13. Juni 2018 (Az. VI-3 Kart 48/17 (V), abrufbar [hier](#)) befasste sich das OLG Düsseldorf mit zwei klassischen urbanen Quartierskonzepten desselben Betreibers, in denen jeweils 457 Wohnungen in 22 Gebäuden bzw. 515 Wohnungen in 30 Gebäuden mit Strom und Wärme aus dezentralen BHKW versorgt werden sollten. Die Bundesnetzagentur hatte in diesem Fall die Einordnung als Kundenanlage bereits abgelehnt, da es sich in einem Fall schon nicht um ein räumlich zusammengehöriges Gebiet handele und zudem in beiden Fällen die erforderliche Wettbewerbsirrelevanz nicht zu bejahen sei.

Das OLG Düsseldorf bestätigte diese Auffassung:

- Die erforderliche Einordnung als räumlich zusammengehöriges Gebiet lehnte das Gericht insbesondere deshalb ab, weil das geplante Quartier von einer mehrspurigen Straße mit begrüntem Mittelstreifen durchquert sowie durch weitere Straßen „unterteilt“ wurde. Da es sich nach der Einordnung des Gerichts dabei nicht um Straßen handelte, die allein der Erschließung des jeweiligen Gebiets, sondern der allgemeinen Erschließung des umliegenden Stadtgebiets dienen, werde durch sie der erforderliche räumliche Zusammenhang des Gebietes „durchbrochen“. Für die Bewertung waren für das Gericht insbesondere die Ausgestaltung der Verkehrsquerung, die Breite und Widmung der Straße sowie Art und Ausmaß der Nutzung zu berücksichtigen. Maßgeblich sei letztlich, ob die Straßen hauptsächlich der Erschließung des Gebietes dienen. Die Unterbrechung überwindende verbindende Elemente seien nicht in hinreichendem Maße vorhanden. Allein eine architektonische Ähnlichkeit

der dort befindlichen Mehrfamilienhäuser reiche hierfür nicht aus. Auch die geplante gemeinsame Versorgung von Grundstücken über dasselbe Wärmenetz sei nicht ausreichend, um die erforderliche räumliche Zusammengehörigkeit zu begründen.

- Hinsichtlich der Frage, ob die jeweilige Kundenanlage für die Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität unbedeutend ist, stellt das OLG Düsseldorf in Übereinstimmung mit dem OLG Frankfurt ebenfalls auf einen absoluten Maßstab ab (ausführlicher unsere Meldung [hier](#)). In der Gesamtschau der vorliegend zu versorgenden Haushalte (457 bzw. 515), der geographischen Ausdehnung (44.631 bzw. 53.000 m² ohne Verkehrsflächen) und der potenziell durchgeleiteten Energie (1.483 bzw. 1.672 MWh/Jahr) könne nicht von einer nur geringen Größenordnung ausgegangen werden, die für das Vorliegen einer für den Wettbewerb unbedeutenden Kundenanlage aber erforderlich sei.

Im Ergebnis bestätigt das OLG Düsseldorf damit leider die restriktive Linie des OLG Frankfurt, nach der die Ausgestaltung als eine einheitliche Kundenanlage für klassische Quartierskonzepte künftig kaum noch in Betracht kommen dürfte.

Ansprechpartner: Dr. Jörn Bringewat und Dr. Bettina Hennig

KRAFT-WÄRME-KOPPLUNG

Reduzierte EEG-Umlage bei KWK-Neuanlagen in der Eigenversorgung

Nach mehreren Monaten des Bangens um die wirtschaftliche Existenz können viele Anlagenbetreiber von KWK-Neuanlagen nun aufatmen. Die Bundesregierung konnte sich mit der EU-Kommission über die Reduzierung der EEG-Umlage für KWK-Anlagen in der Eigenversorgung einigen. Die ursprünglich drohende Belastung mit der vollständigen EEG-Umlage für KWK-Strom aus Anlagen mit weniger als 1 MW oder mehr als 10 MW, die nach dem 1. August 2014 in Betrieb genommen worden sind, soll rückwirkend zum 1. Januar 2018 entfallen. Stattdessen gilt eine auf 40 Prozent reduzierte EEG-Umlage.

Was ursprünglich für die Eigenversorgung aus KWK-Anlagen galt

Gemäß § 61 b Nummer 2 EEG 2017 reduziert sich die EEG-Umlage für selbstverbrauchten Strom aus hocheffizienten KWK-Anlagen auf 40 Prozent. Allerdings galt die anteilige Befreiung nur vorbehaltlich der Genehmigung durch die EU-Kommission. Da die Genehmigung Ende 2017 auslief und eine neue Genehmigung bis Dezember 2017 nicht erteilt wurde, bestand seit dem 1. Januar 2018 ein Vollzugsverbot, an das sich auch die der energierechtlichen Regulierung unterliegenden Netzbetreiber gebunden sahen.. Daher mussten Anlagenbetreiber, die unter die Regelung des § 61 b Nummer 2 EEG 2017 fallen, davon ausgehen, ab dem 1. Januar 2018 die volle EEG-Umlage in Höhe von derzeit 6,79 ct pro kWh zu zahlen.

Die EU-Kommission ging zu diesem Zeitpunkt davon aus, dass Anlagen, die kein Gas aus regenerativen Quellen wie Biomasse nutzen, durch die Reduzierung der EEG-Umlage überfördert würden.

Von dem Ausbleiben der Genehmigung waren alle Betreiber von KWK-Anlagen, die ab dem 1. August 2014 in Dauerbetrieb genommen wurden oder nach diesem Datum erstmals eine Eigenversorgung aufgenommen hatten, betroffen.

Hingegen hatte die nicht erfolgte Genehmigung keine Auswirkung auf KWK-Anlagen, die vor dem 1. August 2014 in Betrieb gegangen sind bzw. im Rahmen einer Ersetzung bzw. Modernisierung einer Bestandsanlage den Betrieb nach dem 1. August 2014 wieder aufgenommen hatten.

Genausowenig waren KWK-Neuanlagen in der Eigenversorgung betroffen, bei denen es sich gleichzeitig um EEG-Anlagen handelt, etwa Biomethan-BHKW. Der in diesen Anlagen erzeugte Strom wird bereits gemäß § 61b Absatz 1 Nummer 1 i.V.m. § 3 Nummer 1 EEG 2017 nur mit 40 Prozent der EEG-Umlage beaufschlagt.

Insgesamt mussten nach Hochrechnungen seit dem 1. Januar 2018 dennoch mehrere tausend Unternehmen statt lediglich 2,72 Cent die vollen 6,79 Cent je Kilowattstunde für den eigenverbrauchten Strom bezahlen. Dazu gehörten auch Betreiber von KWK-Anlagen in Schulen, Freizeitbädern, Altenheimen oder Krankenhäuser. Insbesondere Stadtwerke sahen sich plötzlich Mehrbelastungen in Millionenhöhe gegenüber.

In Fachkreisen war bereits von einem Einbruch des KWK-Marktes die Rede, da sich aufgrund der verlängerten Refinanzierungszeiten die meisten neuen KWK-Vorhaben nicht mehr lohnen würden.

Die neuen Regelungen nach der Einigung mit der EU-Kommission

Fünf Monate später konnte die Bundesregierung der EU-Kommission folgenden Kompromiss abringen:

Eine Verringerung der EEG-Umlage auf 40 Prozent für KWK-Neuanlagen in der Eigenversorgung (nach dem 1. August 2014 in Dauerbetrieb genommen) kann nun für die folgenden drei Anlagenkategorien beansprucht werden:

- Anlagen unter 1 MW sowie über 10 MW
- Anlagen mit weniger als 3.500 Vollbenutzungsstunden im Jahr
- Anlagen in der stromintensiven Industrie.

Für Anlagen mit einer Nennleistung von über 1 MW bis 10 MW sowie Anlagen mit mehr als 3.500 Vollbenutzungsstunden steigt die EEG-Umlage kontinuierlich an. Bei mehr als 7.000 Vollbenutzungsstunden beträgt die EEG-Umlage 100 Prozent.

Für KWK-Neuanlagen, die zwischen dem 1. August 2014 und Ende 2017 errichtet wurden, gilt eine abgestufte Übergangsregelung bis 2019 bzw. 2020.

Das Verhandlungsergebnis zwischen Bundesregierung und EU-Kommission wird in den „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes, des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes und weiterer Bestimmungen des Energierechts“ eingearbeitet und soll noch vor der parlamentarischen Sommerpause beschlossen

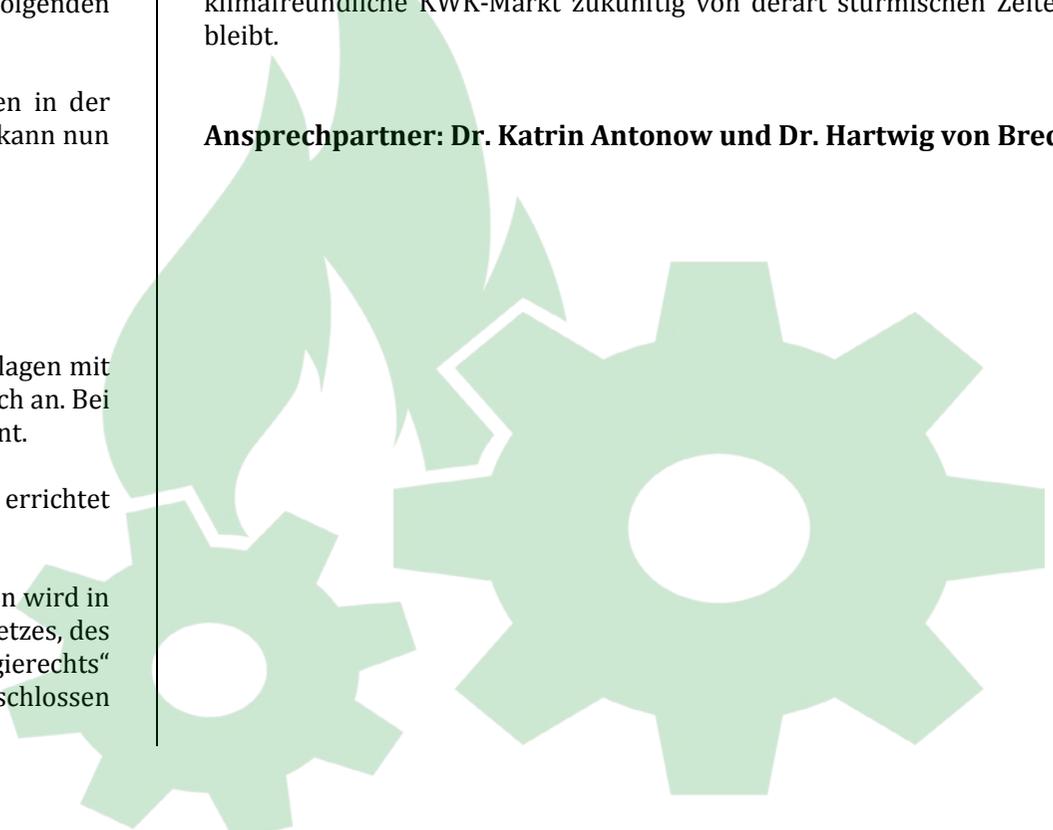
werden. Allerdings steht die Einigung nach wie vor unter dem Vorbehalt einer abschließenden Prüfung und Entscheidung durch die EU-Kommission.

Fazit

Positiv überraschend ist die Rückwirkung der Einigung zum 1. Januar 2018. Dennoch verschlechtert sich der Status quo von Anlagen mit mehr als 1 MW und weniger als 10 MW. Diese können nur noch dann von der reduzierten EEG-Umlage profitieren, wenn sie weniger als 3.500 Vollbenutzungsstunden aufweisen. Hintergrund ist auch hier, dass die EU Kommission bei Anlagen mit einer Nennleistung von mehr als 1 MW von einer Überförderung ausgeht, wenn diese gleichzeitig von der reduzierten EEG-Umlage profitieren.

Auch wenn Teile der Branche erleichtert sein können, hat das monatelange Warten auf eine Entscheidung der EU Kommission bereits einen nicht nur geringen Schaden angerichtet. Viele Planer und Investoren haben in den letzten Monaten aufgrund der fehlenden Investitionssicherheit das Vertrauen verloren und sich aus bereits angestoßenen Projekten zurückgezogen. Es bleibt zu hoffen, dass der klimafreundliche KWK-Markt zukünftig von derart stürmischen Zeiten verschont bleibt.

Ansprechpartner: Dr. Katrin Antonow und Dr. Hartwig von Bredow



BAU- UND PLANUNGSRECHT

Die Bedeutung von Antragsunterlagen für den Erfolg eines Genehmigungsverfahrens

„Es gibt keine einfachen Projekte mehr“ – so oder so ähnlich hört man es allenthalben in der (Wind-)Projektierungsbranche. Mal ist es der Rotmilan, die Waldschnepfe oder der verirrte Seeadler, mal eine Fledermaus oder auch die putzige Haselmaus, die ein Windparkprojekt vielleicht nicht sofort scheitern lassen, aber jedenfalls seine Potentiale beschränken und empfindlich administrativ und wirtschaftlich belasten können. Früher war das nicht so. Das ist keine Empfindung, sondern Realität. Das hängt allerdings nicht nur damit zusammen, dass man früher nicht so genau hingeschaut hat, sondern auch damit, dass die Räume heute enger sind, die Anlagen größer und die Flächen knapper. Regelmäßig wird daher der Ruf laut, Genehmigungsverfahren zu verschlanken, Prüfungen zu verkürzen und mehr Genehmigungen schneller zu erteilen. Sicher ist es erlaubt, die Sinnhaftigkeit verschiedener, in Genehmigungsverfahren für Windenergieprojekte auszutragender Konflikte mit Tieren, Landschaft, Bürgerinitiativen, Nachbarn und dem Denkmalschutz in Frage zu stellen.

Allerdings können auch Projektierer unter dem derzeitigen verfahrensrechtlichen Regime, insbesondere von Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) und der 9. Bundes-Immissionsschutzverordnung (BImSchV), einen Teil dazu beitragen, die Qualität von Verfahrensführung und Verfahrensergebnis (die Genehmigung) positiv zu beeinflussen. Denn der Projektierer als Vorhabenträger ist verfahrensrechtlich Antragsteller, damit „Auslöser“ des Genehmigungsverfahrens und für die Erstellung und Beibringung der Antragsunterlagen verantwortlich. Mit den Antragsunterlagen muss er die Behörde in die Lage versetzen, alle Genehmigungsvoraussetzungen abprüfen zu können (§ 4 der 9. BImSchV). Was in der Windbranche allerdings nach aller Erfahrung nicht verbreitet ist, ist eine besondere Sensibilität für die Bedeutung des Inhalts einiger Antragsunterlagen. Wird bei der Projektierung von großen Bauvorhaben (bspw. konventionelle Kraftwerke oder industrielle Großvorhaben) vor Einreichung der Antragsunterlagen bei der Genehmigungsbehörde großes Augenmerk auf die kritische inhaltliche Prüfung, Ergänzung und Korrektur von Antragsunterlagen gelegt, ist es bei der Projektierung von Windenergievorhaben oftmals üblich, fachgutachterliche Beiträge weitgehend ungeprüft, unhinterfragt vor allem aber unverändert der Genehmigungsbehörde zuzuleiten. Dies kann mitunter schädliche Auswirkungen für das weitere Genehmigungsverfahren, aber auch die gesamte

folgende Betriebsphase haben. Es ist also angebracht sich mit den Antragsunterlagen und ihren Bedeutungen für das Genehmigungsverfahren einmal genauer zu befassen.

Welche rechtliche Bedeutung haben Antragsunterlagen?

Antragsunterlagen müssen inhaltlich aussagekräftig sein, um der Genehmigungsbehörde die Genehmigungsentscheidung zu ermöglichen. Das bedeutet, sie müssen das Vorhaben und seine Auswirkungen auf die Umwelt umfänglich darstellen, so dass die Genehmigungsbehörde auch aus den Antragsunterlagen ableiten kann, ob das Vorhaben oder sein Betrieb zulässig oder nur mit Einschränkungen zulässig ist und/oder ergänzende Maßnahmen erforderlich sind (vgl. § 12 BImSchG). Hier gilt, wer eine begünstigende behördliche Entscheidung (=Vorhabenzulassung) begehrt, muss die Zulassungsumstände aufklären und trägt dafür und für die Tätigkeit der Behörde die Kosten.

Doch bereits das Verhältnis von Antrag und Antragsunterlagen sorgt nicht selten in der Praxis für Missverständnisse. Wer Vorhabenträger und Antragsteller ist, wird in der Regel die uneingeschränkte Zulassung seines Vorhabens begehren (Ausnahmen von dieser Grundannahme sind insbesondere aufgrund taktischer Erwägungen im Zusammenhang mit dem UVP-Recht denkbar, beispielsweise um die Erforderlichkeit einer vollständigen Umweltverträglichkeitsprüfung – UVP – zu vermeiden). Reicht der Vorhabenträger allerdings Antragsunterlagen in Form von Fachgutachten ein oder während eines Genehmigungsverfahrens nach, aus denen sich beispielsweise die Notwendigkeit eines leistungsverminderten Betriebs (Schallprognose) oder der vorübergehenden Anlagenabschaltung (Artenschutz) ergeben, ändert er dann damit sein Begehren und beantragt er nun nur einen eingeschränkten Betrieb? Nicht wenige Behörden und einige Gerichte sehen das so, mit der Folge, dass beispielsweise Widerspruchsrechte des Vorhabenträgers gegen Nebenbestimmungen „aberkannt“ werden.

Jeder Projektierer wird aber die Situation kennen, dass er lieber erst einmal eine „nebenbestimmungsverseuchte“ Genehmigung in der Hand hält und nachträglich rechtswidrige Nebenbestimmungen im Widerspruchs- oder Klageverfahren beseitigt. Gerade diese Möglichkeit kann aber bei unkommentierter Einreichung von Antragsunterlagen in Frage gestellt sein. Eine ähnlich kritische Situation kann eintreten, wenn Genehmigungsentwürfe unkommentiert akzeptiert werden. Juristisch richtig ist es zwar, dass weder das bloße Einreichen von Antragsunterlagen antragsmodifizierende Wirkung entfalten noch der fehlende Widerspruch gegen einen Genehmigungsentwurf einen Rechtverzicht begründet.

Jedoch können die anderweitigen Ansichten von Behörden und Gerichten mitunter erhebliche Gewalt für Projektierer erreichen.

Die aufgezeigten Risiken können vermieden werden, wenn der Behörde stets unzweifelhaft erklärt wird, was das Begehren des Projektierers ist. Werden Antragsunterlagen eingereicht, sollte stets erklärt werden, dass man sich in den Antragsunterlagen befindliche Inhalte ausdrücklich nicht im Sinne einer Antragsmodifikation zu eigen mache, weiterhin eine uneingeschränkte Genehmigung begehre und im Übrigen nicht auf etwaige Widerspruchs- oder Klagerechte gegen Nebenbestimmungen, mögen diese auch den Inhalten der Antragsunterlagen entsprechen, verzichte. Entsprechend sollten Genehmigungsentwürfe, die zur Durchsicht seitens der Behörde übersandt werden, kommentiert werden: Man sei mit der Genehmigungserteilung einverstanden, dies bedeute allerdings keinesfalls einen Verzicht auf Widerspruchs- oder Klagerechte gegen einzelne der Nebenbestimmungen, diese Rechtsausübung werde in jedem Fall vorbehalten.

Welche Anforderungen sind an die inhaltliche Gestaltung von Antragsunterlagen zu stellen?

Wie oben aufgezeigt, dienen Antragsunterlagen dazu, die Genehmigungsbehörde in die Lage zu versetzen, über die Genehmigungsfähigkeit eines Vorhabens zu befinden. Die Genehmigungsbehörde greift bei ihrer Genehmigungsentscheidung allerdings auch auf Erkenntnis aus anderen Zusammenhängen zurück, die ihr gegebenenfalls vorliegen (vgl. § 5 Absatz 1 Satz 1 UVPG).

Antragsunterlagen dienen allerdings nicht dazu und sind auch dazu nicht geeignet, der Genehmigungsbehörde die eigene sachliche und rechtliche Prüfung abzunehmen. So ist der Antragsteller zwar beispielsweise aufgefordert, der Genehmigungsbehörde eine Unterlage zur Durchführung der UVP-Vorprüfung zur Verfügung zu stellen oder einen Artenschutzfachbeitrag zur Durchführung einer speziellen artenschutzrechtlichen Prüfung. Weder die UVP-Vorprüfung, noch die spezielle artenschutzrechtliche Prüfung wird allerdings deswegen von dem Antragsteller oder seinen Gutachtern durchgeführt, diese Aufgabe ist alleine der Genehmigungsbehörde zugewiesen. Wenn also eine mögliche Fehlerhaftigkeit der UVP-Vorprüfung im Raum steht, dann geht es nicht um die Unterlage, die der Antragsteller zur Verfügung gestellt hat, sondern um die Prüfung, die von der Genehmigungsbehörde durchgeführt wurde, deren Ergebnis öffentlich bekannt zu machen ist (§ 5 Absatz 2 UVPG).

Nichtsdestotrotz lassen sich Genehmigungsbehörden in der Praxis häufig von den Inhalten der Antragsunterlagen und Fachgutachten leiten. Schlecht ist es dann,

wenn beispielsweise die UVP-Vorprüfungsunterlage des Antragstellers ein relevantes Schutzgut im Sinne der Anlage 3 zum UVPG ausspart, welches durch das Vorhaben tatsächlich aber berührt wird, und auch der Genehmigungsbehörde dies nicht auffällt. Dieser Umstand, auch wenn die Berührung des Schutzgutes am Ende nicht das Erfordernis einer vollständigen Umweltverträglichkeitsprüfung auslöst, kann nämlich dazu führen, dass Rechtsbehelfe Dritter Erfolg haben können, obwohl tatsächlich gar kein relevantes Problem vorliegt. Schlecht ist es aber auch, wenn ein Artenschutzfachbeitrag ohne entsprechende Erforderlichkeit – sicherheitshalber oder aus Überzeugung des Gutachters – Abschaltalgorithmen oder sonstige wirtschaftlich sensible Maßnahmen fordert und die Behörde sich hiervon leiten lässt und die Genehmigung um entsprechende Nebenbestimmungen erweitert. Auch Gerichte werden häufig Manschetten haben, entsprechende Nebenbestimmungen als rechtswidrig zu qualifizieren, wenn sie sich im Ergebnis aus vom Antragsteller selbst vorgelegten Gutachten ableiten lassen. Hierbei spielen auch bestimmte Formen der Formulierungen und Inhalte eine Rolle.

Nicht selten liest man in Artenschutzfachbeiträgen, dass die Gutachter Brutplätze „finden konnten“ oder größere Fledermausvorkommen „so gar nicht zu erwarten waren“, die Fledermausaktivität „sei insgesamt gleichwohl gering“, Schlagrisiken bestehen „wenn überhaupt im statistisch niedrigen Bereich“, aber bei bekannt schlaggefährdeten Arten seien Abschaltzeiten „schon zu empfehlen, um die Tiere zu schützen“ (es folgt der Vorschlag für eine Abschaltauflage). Gutachter neigen bei dem Verfassen ihrer Berichte zu gewisser prosaischer Dramaturgie, die teils leider schon als tendenziös, meist aber jedenfalls als potentiell entscheidungslenkend qualifiziert werden muss. Diese Art der inhaltlichen Gestaltung von Gutachten, Ergebnisberichten und Fachbeiträgen ist vor allem im Bereich des Artenschutz sehr üblich. In Planfeststellungsverfahren und bei großen Infrastrukturvorhaben ist es dagegen aber auch sehr üblich, die gutachterlichen Beiträge auf die nüchternen Tatsachen- und Ergebnisfeststellungen „zurückzuredigieren“. Im Bereich der Windbranche will sich dieser Ansatz nicht so recht durchsetzen.

Daneben finden sich in landschaftspflegerischen Begleitplänen und den entsprechenden Artenschutzfachbeiträgen häufig umfangreiche Äußerungen zu den rechtlichen Grundlagen des § 44 BNatSchG, dem Wortlaut gesetzlicher Vorschriften, vage Erklärungen zu Annahmen eines „signifikant erhöhten Tötungsrisikos“ und häufig selbst Versuche umfangreicher Subsumtionen des aufgefundenen Sachverhalts unter die Verbotstatbestände des § 44 Absatz 1 BNatSchG. Fachgutachter neigen also regelmäßig dazu, rechtliche Fragestellungen „en passant“ gleich mitbeantworten zu wollen. Für diese Aufgabe fehlt Ihnen jedoch die berufliche Expertise. Ein Artenschutzfachbeitrag, der sich mit dem Versuch der Beantwortung rechtlicher Fragestellungen oder auch nur der rechtlichen Einordnung der gefundenen Ergebnisse befasst, verfügt über einen

fachfremden und damit mindestens unnötigen Inhalt. Für die rechtliche Bewertung der Ergebnisse sind die Behörden, Rechtsanwälte und Gerichte berufen – auf Grundlage der aussagekräftigen Ergebnisse der Fachbeiträge.

Nichts von zuvor genannten Inhalten hat also in einem Fachgutachten etwas zu suchen und führt – vor allem für Artenschutzfachbeiträge – zu folgender Bewertung: Fachgutachten haben sich auf die Inhalte zu beschränken, die fachlich erforderlich sind. So sollte sich ein Artenschutzfachbeitrag strukturell auf Bestandserfassung und Konfliktanalyse (ggf. einschließlich Worst-Case-Betrachtungen) beschränken. Die Frage, ob eventuell aufgefundene Konfliktpotentiale gesetzliche Tatbestände verwirklichen, ist von einem Fachgutachter nicht zu prüfen. Ein Fachbeitrag kann auch Maßnahmenvorschläge enthalten, um Konflikte zu vermeiden oder zu minimieren. Ob die jeweilige Durchführung rechtlich erforderlich ist im Sinne von §§ 12, 6 Absatz 1 Nr. 2 BImSchG i.V.m. § 44 BNatSchG, ist eine rechtliche Frage, die von der Genehmigungsbehörde auf Grundlage der fachlichen Informationsvermittlung entschieden werden muss. Insoweit muss der Fachbericht die Möglichkeit verschaffen, die Situation rechtlich bewerten zu können. Auf dieses Ziel sollten daher Antragsteller allergrößten Wert legen und Gutachter dazu anhalten, entsprechende Ausführungen zu formulieren.

Unter Beachtung der derzeit von der Rechtsprechung zugestandenen naturschutzrechtlichen Einschätzungsprärogative sind die behördlichen Entscheidungen schließlich einer gerichtlichen Kontrolle zugänglich. Werden, wie es häufiger in Fachbeiträgen zu lesen ist, bereits im Gutachten Maßnahmen als zwingend erforderlich zur Vermeidung der Verwirklichung des Tötungsverbots gem. § 44 Absatz 1 Nummer 1 BNatSchG qualifiziert, obwohl dies naturschutzfachlich nach den eigenen Ausführungen des Gutachters nicht überzeugen will, kann aber kaum damit gerechnet werden, dass sich die Genehmigungsbehörde oder auch ein Gericht gegen diese fachliche Einschätzung wendet, obwohl sie möglicherweise falsch war. Ein Fachbeitrag kann allerdings bereits rechtliche Prüfung antizipieren, so dass jedenfalls bei naheliegender Vorliegen der Voraussetzungen des § 45 Absatz 7 Satz 2 BNatSchG (Alternativenprüfung, Erhaltungszustand einer Art) naturschutzfachliche Aussagen getroffen werden können. Die Genehmigungsbehörde hat die Möglichkeit einer Ausnahme gem. § 45 Absatz 7 BNatSchG im Übrigen auch ohne ausdrücklichen „Antrag“ des Antragstellers zu prüfen (wie allerdings viele Genehmigungsbehörden meinen), gleichwohl ist ein entsprechender Hinweis an die Genehmigungsbehörde dringend zu empfehlen.

Was bedeutet das im Umgang mit Gutachtern?

Die Beauftragung von Privatgutachten durch Antragsteller unterliegt dem zivilrechtlichen Werkvertragsrecht. Insoweit hat sich ein Gutachter im Rahmen seiner Beauftragungsmodalitäten mit dem Untersuchungsgegenstand zu befassen und einen entsprechenden Ergebnisbericht zu verfassen oder eine Unterlage auf Grundlage gewonnener Erkenntnisse zu erstellen (bspw. landschaftspflegerischer Begleitplan). Die wesentlichen Pflichten des Gutachters werden in den Angeboten und vereinbarten Auftragsinhalten geregelt. Bereits hier finden sich häufig Hinweise darauf, dass auch naturschutzrechtliche Bewertungen mitbeauftragt werden, obwohl solche von Gutachtern weder zielführend noch erforderlich sind und im Zweifel schaden können (vgl. oben). Es ist insoweit anzuraten, bereits die Beauftragung entsprechender Gutachten so zu gestalten, dass der Gutachter daran gehindert ist, überflüssige und möglicherweise auch für das Projekt unnötig negative Ausführungen zu machen. Bestenfalls werden solcherlei Ausführungen bei der Beauftragung sogar positiv ausgeschlossen. Insoweit besteht dann auch unproblematisch ein Nachbesserungsanspruch, sollte der Gutachter trotzdem entsprechende Ausführungen machen. Die Formulierung von Auftragsschreiben ist also bereits die erste Stufe, auf der die Steuerung dahingehend erfolgt, zielführende Gutachten zu erhalten.

Aber auch in dem Fall, dass die Beauftragung eher allgemein gehalten ist, bestehen umfangreiche Nachbesserungs- und Änderungsansprüche des Auftraggebers. Denn geschuldet ist eine Ausarbeitung, die fachlichen Standards entspricht, wozu tendenziöse Formulierungen und Rechtsausführungen nicht gehören. Finden sich diese in Gutachten, haben Auftraggeber von Gutachten Änderungsansprüche gegen den Gutachter. Dabei handelt es sich um Mängelansprüche, die zur Not auch gerichtlich durchgesetzt werden können. Ganz abgesehen davon, haftet ein Gutachter für fehlerhafte Aussagen, sollten diese kausal für Schäden beim Auftraggeber sein.

Gutachten sollten daher nie ohne Überprüfung und nötigenfalls (umfangreichen) Korrektur- und Änderungsprozessen bei der Genehmigungsbehörde eingereicht werden. Die Prüfung von Gutachten durch den Antragsteller vor Einreichung und die Durchsetzung möglicher Änderungswünsche haben sich vor allem danach zu orientieren, welche rechtlichen Folgen sich aus den Inhalten eines Gutachtens ergeben können. Dies können auch Fernwirkungen im Genehmigungsverfahren oder sogar der Betriebsphase sein.

Und nun?

Projektierer von Windenergievorhaben sollten kritisch hinterfragen, ob bei der Projektentwicklung bisher ausreichend Augenmerk auf die Umstände der Beauftragung, der Kontrolle und der Nachbesserungsforderungen von Fachgutachten gelegt werden. Zwar können Kontrollen der Gutachten und Fachbeiträge nicht das Allheilmittel sein und die „gute alte Zeit“ zurückholen. Im Gegenteil, diese Ansätze können sogar zu Mehraufwand bei Auseinandersetzungen mit Genehmigungsbehörden und den Gutachtern führen. Aber es ist Zeit, die derzeitige Praxis zu hinterfragen und – wenn möglich - zu verbessern.

Ansprechpartner: Dr. Jörn Bringewat und Dr. Steffen Herz

Konzentrationszonenplanungen in Flächennutzungsplanungen unter der Lupe – Neue Impulse aus der Rechtsprechung?

Konzentrationszonenplanungen in Flächennutzungsplänen sind nicht selten handgreiflich rechtswidrig – und die Planaussagen damit eigentlich unwirksam. Insbesondere, wenn diese Planungen schon älter sind und aktuellen Windparkplanungen im Wege stehen, stellt sich für Windkraftprojektierer insofern immer wieder die Frage, ob gegen diese Planungen etwas unternommen werden kann. Wir haben an anderer Stelle (vgl. unsere News „Konzentrationszonenplanungen in alten Flächennutzungsplänen – Chancen für Windenergieprojekte?“) bereits neue Ansätze für die Überwindung jener überkommener Planungen auf Ebene der Rechtsanwendung diskutiert. Nun kommt aus der Rechtsprechung eine weitere Initiative.

Worum geht es?

Jüngst erfolgte die Veröffentlichung der Urteilsgründe zu je einer Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Münster ([Urteil vom 6. Dezember 2017, Az. 7 D 100/15.NE](#)) und des Oberverwaltungsgerichts Lüneburg ([Urteil vom 05.03.2018, Az. 12 KN 144/17](#)). Beide Gerichte hatten sich im Rahmen von Normenkontrollen gegen in Flächennutzungsplänen verfolgte Konzentrationszonenplanungen hinsichtlich der Ansiedlung von Windenergieanlagen zu befassen. Dies ist zunächst einmal nichts Neues und

inzwischen für die Verwaltungsgerichte beinahe Tagesgeschäft. So ergehen im Hinblick auf die materielle Rechtmäßigkeit von Konzentrationszonenplanungen und die Anforderungen an ein zulässiges Plankonzept regelmäßig immer wieder inhaltlich sehr interessante Entscheidungen. Das Besondere der genannten gerichtlichen Entscheidungen ist allerdings, dass eine Befassung des jeweiligen Gerichts mit den Schlussbekanntmachungen der angegriffenen Plandarstellungen erfolgte und hieraus die die Unwirksamkeit der Planungen hergeleitet wurde.

Was ist die „Schlussbekanntmachung“ eines Flächennutzungsplans?

Die Schlussbekanntmachung der Genehmigung der höheren Verwaltungsbehörde eines Flächennutzungsplans ist Voraussetzung seiner Wirksamkeit und insoweit gesetzlich vorgeschrieben (§ 6 Absatz 5 BauGB). Die Schlussbekanntmachung muss sich mit den wesentlichen Inhalten der Planung auseinandersetzen und verfolgt die rechtsstaatlich wichtige Funktion der Information der Öffentlichkeit. Der Gesetzgeber sieht die Bekanntmachung als wesentliche Pflicht an, da auch ein Flächennutzungsplan erhebliche Steuerungsfunktionen begründet und Einfluss auf das Grundeigentum des Einzelnen und seine Nutzbarkeit hat. Konzentrationszonenplanungen, die die Rechtswirkungen des § 35 Absatz 3 Satz 3 BauGB verfolgen, haben besonders einschneidende rechtliche Folgen, da sie im Außenbereich grundsätzlich privilegiert zulässige Nutzungen bestimmten Bereichen eines Gemeindegebietes zuordnen, das übrige Gemeindegebiet allerdings von dieser Nutzung freihalten sollen. Die wesentliche Bedeutung einer solchen Planung ist also in erster Linie die das gesamte Gemeindegebiet betreffende Ausschlusswirkung. Dieser Umstand muss sich daher in der Schlussbekanntmachung widerspiegeln.

Welche Anforderung hat eine solche Schlussbekanntmachung zu erfüllen?

Bisher gab es nur unbestimmte Hinweise in der Rechtsprechung, dass an die Schlussbekanntmachungen von Flächennutzungsplänen, die Konzentrationszonenplanungen beinhalten, höhere Anforderungen als an sonstige Planinhalte zu stellen sind. Dies betrifft insbesondere die Frage, ob eine inhaltliche Darstellung des Plan- und Steuerungs Bereichs des Flächennutzungsplans Teil der Bekanntmachung werden muss. Zu den Anforderungen an die inhaltliche Richtigkeit und Rechtmäßigkeit der Schlussbekanntmachung bei Konzentrationszonenplanungen haben sich die Oberverwaltungsgerichte Münster und Lüneburg nun eingelassen. So ist nach deren übereinstimmenden Ansicht erforderlich, dass die Planungsinhalte und ihre Rechtsfolgen, aber auch der relevante Steuerungs Bereich, aus der Schlussbekanntmachung hinreichend deutlich werden. Ganz wesentlich sei dabei, dass sich aus der Bekanntmachung

ableiten lassen muss, dass die Planung den gesamten Außenbereich betrifft, denn hier greift die Ausschlusswirkung als wesentliche Rechtsfolge.

Fokussiert sich demnach eine Gemeinde bei der Schlussbekanntmachung auf die Positivflächen und hängt der Schlussbekanntmachung Planausschnitte an, die (nur oder im Wesentlichen) die Positivflächen abbilden ohne die Gesamträumlichkeit der Flächennutzungsplanung nachzuvollziehen, sehen die Oberverwaltungsgerichte darin eine maximale Verwirrung der Öffentlichkeit, da die wesentliche Rechtsfolge der Ausschusswirkung so geradezu verschleiert werde. Ob der übliche, aber jedenfalls nicht allgemeinverständliche Begriff der Konzentrationszone hinreichend deutlich machen kann, welche Planungsinhalte zu erwarten sind, könne angesichts eines solchen Fehlers offenbleiben, so die Gerichte.

Welche Folgen haben fehlerhafte Schlussbekanntmachungen?

Erfüllt eine Schlussbekanntmachung nicht die ihr vom Gesetzgeber zgedachte Wirkung, die Öffentlichkeit hinreichend deutlich über die jeweiligen Planinhalte zu informieren, ist diese als fehlerhaft zu werten mit der Folge, dass die Rechtsfolge der Wirksamkeit der Planung nicht eintreten kann. Mit anderen Worten, ist die Schlussbekanntmachung einer Flächennutzungsplanung fehlerhaft, kann die entsprechende Flächennutzungsplanung auch keinerlei Rechtswirkungen begründen. Dieser Umstand haftet der Planung auch dauerhaft an, er wird nicht etwa durch die Planerhaltungsvorschriften nach rügefremem Zeitablauf unbeachtlich (sog. Ewigkeitsfehler).

Fehlerhafte Schlussbekanntmachungen können aufgrund dieser Qualität als Ewigkeitsfehler auch noch Jahrzehnte nach Inkrafttreten einer Planung gerügt werden. Auch alte Flächennutzungsplanungen aus Ende der 1990er Jahre, die das damals neue Instrument des § 35 Absatz 3 Satz 3 BauGB umsetzen wollten, sind so grundsätzlich angreifbar. Allerdings steht für ein gerichtliches Überprüfungsverfahren solcher Pläne nicht die Normenkontrolle zur Verfügung, denn die im Verwaltungsprozess geltende Präklusionsfrist für die Normenkontrolle (§ 47 Absatz 2a VwGO) knüpft an die Bekanntmachung der Planung an. Um diese Frist in Gang zu setzen, ist nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts nicht erforderlich, dass die Bekanntmachung fehlerfrei ist. Vielmehr muss nur der „Bekanntmachungswille“ einer Planung erkennbar sein, da die Öffentlichkeit so ausreichend zur Beschäftigung mit den Planinhalten angehalten werde. Soll eine alte Planung angegriffen werden, steht hierfür somit nur der Weg der sog. Inzidentprüfung offen, es muss also ein Genehmigungs- oder Vorbescheidsantrag gestellt werden und dann gegen eine etwaige Ablehnung vorgegangen werden.

Dann lassen sich alte Flächennutzungspläne so „knacken“?

Die zitierten Entscheidungen können sicher hilfreich sein und bringen zum Ausdruck, dass die formellen Vorgaben einer wirksamen Flächennutzungsplanung nicht von Gemeinden auf die leichte Schulter genommen werden sollten. Vorsicht ist allerdings geboten, vorschnell jede Flächennutzungsplanung als unwirksam anzusehen, deren Schlussbekanntmachung auch nur verdächtig ist. Denn den Entscheidungen der Gerichte lagen Sachverhalte zugrunde, die in Ihrer Form besonders augenfällig waren. Um die Fehlerhaftigkeit der Schlussbekanntmachung einer im Flächennutzungsplan dargestellten Konzentrationszonenplanung erfolgreich angreifen zu können, muss geprüft werden, ob die Bekanntmachung wirklich „ausreichend fehlerhaft“ ist. Eine schematische Einordnung kann eben auch nur in plakativen Fallbeispielen gelingen. So kann es auch Gestaltungen geben, in denen die Schlussbekanntmachung trotz nicht sinnvoller Verweise auf Planungsauszüge die gesetzlich verfolgten Ziele erreichen kann. Die rechtliche Qualität einer Schlussbekanntmachung sollte daher stets fundiert geprüft werden.

Ist nun alles geklärt?

Abgesehen von der weiterhin erforderlichen Einzelfallprüfung bleiben weitere Fragen offen, die aber in der Praxis ganz wesentlich sind. Dies betrifft zunächst die Frage, wie Genehmigungsbehörden mit Konzentrationszonenplanungen umzugehen haben, deren Schlussbekanntmachung fehlerhaft erfolgte, insbesondere wenn letzteres als nahezu sicher gelten kann. Nach dem gesetzlichen Wortlaut können jene Planaussagen nie wirksam geworden sein, die Genehmigungsbehörde darf sie demnach auch nicht anwenden. Allerdings hat sie dafür eine eigene, möglicherweise von der betroffenen Gemeinde einer gerichtlichen Prüfung zuführbare Entscheidung, zu treffen. Es liegt nahe, dass hier das bekannte Thema der exekutiven „Verwerfungskompetenz“ diskutiert werden wird, obwohl es darauf eigentlich gar nicht ankommen kann, da nichts „verworfen“ wird, schon gar keine Rechtsnorm, sondern nur die Rechtmäßigkeit einer Bekanntmachung mit den daraus ableitbaren Rechtsfolgen geprüft werden muss.

In der Praxis wird deshalb mitunter wieder die umstrittene Frage aufgeworfen werden: Kann die Genehmigungsbehörde die Planung ohne gerichtliche Feststellung ihrer Unwirksamkeit unangewendet lassen? Und obwohl eigentlich alle Argumente dafür sprechen, dass die Genehmigungsbehörden eine eigene Prüfung durchzuführen haben, um über die Wirksamkeit eines Flächennutzungsplans zu entscheiden, werden sich verschiedene Sachbearbeiter in der Praxis nicht umstimmen lassen, so dass der Weg über die Gerichte in diesen Fällen wohl unausweichlich – wenn auch eigentlich vermeidbar – ist. Den Versuch

der „sanften Erziehung“ der Genehmigungsbehörde sollte man allerdings nicht unversucht lassen.

Daneben bestehen weitere offene Fragen. Kann beispielsweise die Auslegungsbekanntmachung (§ 3 Absatz 2 BauGB), wenn sie denn fehlerfrei erfolgte, die spätere Schlussbekanntmachung heilen? Das Oberverwaltungsgericht Münster wirft diese Frage auf und lässt sie offen. Dieser Ansatz ist einerseits durchaus praktisch relevant, denn diese Situation kommt vor. Allerdings sind beide Bekanntmachungen auf unterschiedliche Ziele gerichtet (die Auslegungsbekanntmachung verfolgt eine Anstoßfunktion, die Öffentlichkeit zur Beschäftigung mit den Planinhalten und zur Teilnahme am Planungsverfahren zu bestimmen), so dass eine Heilung der späteren Bekanntmachung durch die frühere jedenfalls als fernliegend angesehen werden muss.

Schließlich könnte vorgebracht werden, dass spätere Anpassungen der fehlerhaft schlussbekanntgemachten Flächennutzungsplanung den einstigen Fehler geheilt hätten. Dieser Ansatz lässt sich tatsächlich hören, denn wenn eine spätere Schlussbekanntmachung die eigentlich relevante Konzentrationszonenplanung in der erforderlichen Deutlichkeit aufgreift, laufen beispielsweise ab diesem Moment auch die relevanten Fristen für die Erhebung von Normenkontrollen und für die Planerhaltung. Allerdings ist dafür erforderlich, dass die Schlussbekanntmachungen der späteren Änderungsplanungen auch die gesetzlich geforderten inhaltlichen Anforderungen erfüllen. Dies dürfte wohl auch nur im Einzelfall vorliegen.

Und nun?

Die Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte Münster und Lüneburg sind wichtig, da sie deutlich machen, dass die besonderen Rechtswirkungen von Konzentrationszonenplanung auch besondere Anforderungen bei der Planaufstellung mit sich bringen. Die Deutlichkeit der Entscheidungen ist sehr zu begrüßen. In einigen Fällen sind die Entscheidungen sicher geeignet, den Weg zur erfolgreichen Projektentwicklung um eine Hürde zu vereinfachen. Mit welchem Aufwand das verbunden ist, hängt sicher auch von der zweckmäßigen Prüfung der Planungsgrundlagen und nicht zuletzt von dem Handlungswillen der zuständigen Genehmigungsbehörde ab. Wir unterstützen Sie natürlich gern...

Ansprechpartner: Dr. Jörn Bringewat und Dr. Steffen Herz

Anordnung nachträglicher Abschaltungen bei Windenergieanlagen – Aktueller Brennpunkt

Das Verhalten von Tieren ist – das liegt in der Natur der Sache – nicht exakt prognostizierbar. Im Rahmen des Genehmigungsverfahrens für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen werden deshalb in der Regel Kartierungen und Untersuchungen der im Vorhabengebiet vorkommenden und vom Vorhaben möglicherweise betroffenen Tiere besonders geschützten Arten durchgeführt und auf dieser Basis sowie unter Hinzuziehung gegebenenfalls vorhandener Bestandsdaten eine Konfliktanalyse durchgeführt. Auf dieser Grundlage erfolgt dann, insbesondere hinsichtlich des artenschutzrechtlichen Tötungsverbots, eine rechtliche Bewertung durch die Genehmigungsbehörde. Führt diese zur (artenschutzrechtlichen) Zulässigkeit des Windenergievorhabens bedeutet das aber nicht, dass auch schlaggefährdete Tiere die Genehmigung und den Betrieb der Windenergieanlagen auch künftig immer ausreichend respektieren und stets angemessenen Abstand zu den Windenergieanlagen halten. Mögliche artenschutzrechtliche Konflikte können deshalb auch erst während der Betriebsphase von Windenergieanlagen bekannt werden oder entstehen, mit unter Umständen weitreichenden Folgen für den Betreiber. Mitunter ordnen die Genehmigungsbehörden in diesem Fall nämlich nachträglich Abschaltvorgaben an. Für Betreiber kann das existentiell werden, da Projekte ohne diese Abschaltungen kalkuliert sind. Daher stellt sich notwendig die Frage: Dürfen die Behörden das?

Wie sieht ein typischer Sachverhalt aus?

Grundsätzlich ist es immer möglich, dass Naturschutz- oder immissionsschutzrechtliche Genehmigungsbehörden Kenntnis von erst während der Betriebsphase von genehmigungsbedürftigen Anlagen entstandenen (artenschutz-)rechtlichen Konflikten erlangen. Sind dies Konflikte aus dem Bereich des Artenschutzes, sind zunächst einmal die Naturschutzbehörden zuständig, denn diese sind Überwachungsbehörde für artenschutzrechtliche Sachverhalte im Zusammenhang mit dem Betrieb von Anlagen. Die Kenntnis kann sich dabei z.B. aus Eingaben der Bevölkerung, aber auch durch eigene Untersuchungen ergeben. Kommt die Behörde nach der ihr bekannten Sachlage bzw. auf Basis der neuen Kenntnisse zu dem Schluss, dass der Betrieb einer Windenergieanlage einen artenschutzrechtlichen Verbotstatbestand verwirklicht, wird sie gegebenenfalls näher bestimmte Abschaltmaßnahme anordnen wollen.

Steht die Genehmigung der Windenergieanlage dem nicht entgegen?

Der im Rahmen der Genehmigung erfolgende Anlagenbetrieb muss grundsätzlich als legal betrachtet werden. Wird ein Vorhaben, wie die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen, realisiert, ist die Betriebsphase immer auf Dauer angelegt, jedenfalls aber auf eine Mindestbetriebsdauer von ca. 20 bis 30 Jahren. Es kann für diesen Zeitraum nicht ausgeschlossen werden, dass sich aufgrund des Anlagenbetriebs Konflikte mit anderen Rechtsgüter ergeben, die bei der Vorhabenzulassung nicht absehbar waren. Dies gilt auch für den Artenschutz. Bei geeignetem rechtlichen Verständnis kann man vor diesem Hintergrund hinsichtlich der Verantwortlichkeit des Anlagenbetreibers für den Tod von Tieren das Folgende ganz grundsätzlich vertreten:

Windenergieanlagen werden aufgrund der erteilten Genehmigung in deren legalisierendem Rahmen betrieben, so dass der Betrieb selbst keine repressiven Verbote – wie die Zugriffsverbote des § 44 Absatz 1 BNatSchG – verletzen kann. Eine denkbare Tötung entsteht nicht durch das aktive Betreiben einer Windenergieanlage, sondern durch das Unterlassen, die Windenergieanlage zur Erfolgsverhinderung zu stoppen. Ein Unterlassen ist allerdings nur dann rechtlich relevant, wenn ein Pflicht zum Handeln besteht. Solche Pflichten folgen aus bestimmten Sachlagen, beispielsweise aus einem vorangegangenen pflichtwidrigen Handeln, das eine Gefahrenlage schafft, aber auch aus der Herrschaft über relevante Gefahrenquellen („Überwachungsgarant“). Letztere Fallgruppe kann auch für eine Windenergieanlage zutreffen. Die Überwachungsverpflichtung für immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Anlagen liegt jedoch bei den jeweiligen Fachbehörden (§ 52 BImSchG), eine „Eigenüberwachungspflicht“ des Anlagenbetreibers gibt es eigentlich nicht (bei ordnungsgemäßem Betrieb).

Ein handlungsbezogenes Anknüpfen an § 44 Absatz 1 BNatSchG muss also wegen des grundsätzlich legalen Betriebs der jeweiligen Windenergieanlagen ausscheiden. Das bedeutet allerdings nicht zwangsläufig, dass während des Betriebs einer Windenergieanlage auftretende artenschutzrechtliche Konfliktslagen ignoriert werden können. Denn der zu vermeidende Erfolg, nämlich besonders der Tod von Tieren besonders geschützter Arten, behält aufgrund von § 44 BNatSchG eine rechtliche Missbilligung, auch wenn ihm rechtlich ein Verursacher nicht zuordenbar ist. Soll der Anlagenbetreiber zur Vermeidung dieses Erfolges (Tod von Individuen der besonders geschützten Arten) in Anspruch genommen werden, weil keine weiteren Handlungsalternativen bestehen, gelten sämtliche Folgen, die das Polizei- und Ordnungsrecht für die Inanspruchnahme nichtverantwortlicher Personen kennt, einschließlich der entsprechenden Entschädigungsansprüche.

Welche Anforderungen sind überhaupt an die Erkenntnisse der Behörden zu stellen?

Im Ordnungsrecht gilt, dass für das Ergreifen von konkreten Maßnahmen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit mit einem Schadenseintritt gerechnet werden können muss. Unbestimmte Hinweise aus der Bevölkerung, Sichtung von Vögeln oder kurzfristige Beobachtungen reichen dafür sicher nicht aus, da auch hier gilt, dass die im Artenschutzrecht geltenden Voraussetzungen eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos für einzelne Individuen erfüllt sein müssen. Ohne eine qualifizierte fachliche Untersuchung werden diese Voraussetzungen nicht als gegeben angenommen werden können. In diesem Zusammenhang ist auch denkbar, dass eine Behörde selbst entsprechende Untersuchungen in Auftrag gibt. Diese müssen, um überhaupt als Grundlage von behördlichen Anordnungen dienen zu können, aber auch fachliche Standards erfüllen.

Nicht zulässig ist es, dem Anlagenbetreiber aufzuerlegen, selbst und auf eigene Kosten Untersuchungen durchführen zu müssen. Liegt ein sogenannter Gefahrenverdacht vor, ist zwar die Behörde zu Gefahrforschungseingriffen berechtigt, dies umfasst aber nur die Pflicht des Anlagenbetreibers, entsprechende Maßnahmen wie beispielsweise technische Monitoringmaßnahmen an der von ihm betriebenen Anlage zu dulden. Keinesfalls muss er solche Monitoringmaßnahmen selbst durchführen, überwachen, bezahlen oder auswerten.

Die Verpflichtung zu Aufklärung des Sachverhalts liegt demnach also entsprechend des geltenden Offizialprinzips bei den Behörden.

Besteht überhaupt eine Rechtsgrundlage zur nachträglichen Anordnung von Abschaltungen?

Jein. Eine solche besteht jedenfalls dann, wenn sich in den Nebenbestimmungen zu einer Genehmigung ein entsprechender Vorbehalt findet. Ein solcher Allgemeinvorbehalt dürfte zwar oft rechtswidrig sein, hat der Betreiber diesen aber nach Erhalt der Genehmigung nicht angefochten, ist er nun bestandskräftig und bietet der Behörde die darin enthaltene Eingriffsermächtigung.

Gibt es eine solche Nebenbestimmung nicht, ist unklar, ob eine ausreichende Rechtsgrundlage für die nachträgliche Anordnung einer Abschaltung besteht. Jedenfalls für eine jährlich wiederkehrende Abschaltung reicht die insofern in Betracht kommende Vorschrift des § 3 Absatz 2 BNatSchG wohl als Rechtsgrundlage nicht aus. Denn die Anordnung von dauerhaften Abschaltzeiten für Windenergieanlagen stellt eine Teilaufhebung der erteilten

immissionsschutzrechtlichen Genehmigung dar, die wenn überhaupt nur auf die entsprechende Vorschrift des § 21 BImSchG gestützt werden kann (ausdrücklich OVG Lüneburg, Beschluss vom 25. Juli 2011, 4 ME 175/11, juris Rn. 4). Dies folgt daraus, dass die Anordnung von Abschaltzeiten eine Einschränkung der Legalisierungswirkung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung in betriebsunmittelbarer Weise begründet.

In Frage kommt insoweit also nur noch, § 21 BImSchG als Rechtsgrundlage heranzuziehen, der Teilwiderruf der Genehmigung. Nach § 21 Absatz 1 Nummer 3 BImSchG kann eine Genehmigung widerrufen werden, wenn nachträglich Tatsachen eintreten, die bei einer erneuten Entscheidung zur Versagung der Genehmigung führten. Ist also sachlich unbestritten, dass der unbeschränkte Betrieb der Windenergieanlage zu Verstößen gegen das Tötungsverbot führt (dies bleibt die Kernfrage), wäre denkbar, eine Widerrufermächtigung anzunehmen. Im Rahmen des Widerrufs würde der Behörde aber möglicherweise auch keine naturschutzrechtliche Einschätzungsprärogative zustehen. Dies bedeutete, dass die Einschätzung der Behörde zur Verwirklichung eines Tötungsverbotes der vollen gerichtlichen Kontrolle unterläge. Das Bundesverwaltungsgericht führt entsprechend prägnant aus, dass die Einschätzungsprärogative ausschließlich dem Zulassungsregime vorbehalten ist (BVerwG, Urteil vom 21. November 2013, 7 C 40/11, juris Rn. 17):

„Sie [die Einschätzungsprärogative] bezieht sich nicht auf die Funktion des § 44 Abs. 1 BNatSchG als Sanktionsnorm für Handlungen, die einen der Verbotstatbestände dieser Norm erfüllen, sondern auf dessen Funktion als Genehmigungs- bzw. Planfeststellungsvoraussetzung. Die Zulassungsbehörde hat bei der Prüfung der Verbotstatbestände eine vorausschauende Risikoermittlung und -bewertung zu leisten. Dabei werden ihr - wie ausgeführt - Einschätzungen und Beurteilungen auch zu Fragen abverlangt, die in der Fachwissenschaft ungeklärt oder umstritten sind. Nur für diese spezifische Verwaltungsaufgabe ist die Beurteilungsermächtigung eingeräumt, die dementsprechend nicht in § 44 Abs. 1 BNatSchG als solchem, sondern in § 44 Abs. 1 BNatSchG in Verbindung mit den Zulassungsregelungen des Planfeststellungs- und Genehmigungsrecht ihre Grundlage hat.“

Daneben gilt für den Widerruf eine Ausschlussfrist, wonach der Widerruf einer Genehmigung nur innerhalb eines Jahres seit dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme von den widerrufsbegründenden Tatsachen zulässig ist.

Zuletzt begründet der Widerruf zwingend eine Entschädigungspflicht, der Anlagenbetreiber ist also für Betriebseinschränkungen zu entschädigen (allerdings nur das „negative Interesse“, demnach besteht kein Anspruch auf Entschädigung des entgangenen Gewinns).

Ist sonst noch etwas zu beachten?

Der Widerruf liegt im Ermessen der Behörde. Eine Reduzierung des Auswahl- und Entschließungsermessens auf Null kann nicht gegeben sein, da der Anlagenbetrieb grundsätzlich legal erfolgt. Dieses Ergebnis deckt sich mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, der ebenfalls bei legalen Handlungen eine Verbotsverwirklichung ablehnt (EuGH, Urt. v. 10.11.2016 – C-504/14 –, ECLI:EU:C:2016:847, Rdnr. 158, Caretta II im Anwendungsbereich der FFH-Richtlinie und der Vogelschutz-Richtlinie).

Dies hat folgende Konsequenz für die Behörde:

Für die Frage, ob ein Eingriff in den Anlagenbetrieb überhaupt zulässig ist, muss der Sachverhalt umfassend aufgeklärt werden. Dazu ist jedenfalls erforderlich, genau zu wissen, welche Risiken für die Population der besonders geschützten Arten konkret bestehen, denn nur so kann ein Ausgleich mit den Betreiberinteressen erfolgen. Im Rahmen der Ermessensausübung muss also eine populationsbezogene Betrachtung erfolgen, obwohl tatbestandlich noch ein Individuenbezug besteht.

Was bedeutet das für meinen Windpark?

Sollte Sie ein behördliches Anhörungsschreiben erreichen, in dem die Auferlegung von Abschaltung angekündigt wird, sollten Sie reagieren. In jedem Fall spielt eine wichtige Rolle, auf welcher Tatsachengrundlage eine solche Anordnung ergehen soll. Diese muss nachvollziehbar, widerspruchsfrei und methodisch unangreifbar einen vollständig aufgeklärten Sachverhalt bieten. Ist diese nicht der Fall, spricht viel dafür, dass die Anordnung schon grundsätzlich rechtswidrig wäre. In jedem Fall aber können relevante Ermessensfehler bestehen. Reagieren Sie nicht, verpassen Sie möglicherweise erfolgversprechende Verteidigungsmomente und sie müssen mit der Anordnung der Abschaltungen und gegebenenfalls der Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit (sprich: die unmittelbare Umsetzung der Abschaltvorgaben) rechnen. Dies kann einschneidende rechtliche und wirtschaftliche Folgen haben. Sind Sie unsicher, was zu tun ist, wir helfen Ihnen gerne...

Ansprechpartner: Dr. Jörn Bringewat und Dr. Steffen Herz

NÄCHSTE VORTRÄGE

Modernes Städtebaurecht vs. Projektbezogene Entwicklungskonzepte - Welche Möglichkeiten bietet das Bauplanungsrecht bei der Quartiersentwicklung?

Dr. Jörn Bringewat
Energieforum 2018
Leuphana Universität Lüneburg
6. September 2018 in Lüneburg

Projektbezogene Versorgungskonzepte im regulierten und nicht-regulierten Bereich

Dr. Steffen Herz
Energieforum 2018
Leuphana Universität Lüneburg
6. September 2018 in Lüneburg

Rechtsrahmen der Erzeugung, Speicherung und Nutzung von Energie in einem Quartiersversorgungskonzept

Dr. Bettina Hennig
Energieforum 2018
Leuphana Universität Lüneburg
6. September 2018 in Lüneburg

BWE-Seminar: Basiswissen EEG – Vergütungsmechanismen zur Windenergie

Dr. Bettina Hennig
Bundesverband WindEnergie e.V.
18. Oktober 2018 in Berlin

25. REWAG-Energiesymposium

Dr. Florian Valentin
Hochschule Stralsund
7. – 10. November in Stralsund

Aktuelle rechtliche Herausforderungen bei der Umsetzung von Projekten zur Sektorenkopplung

Dr. Bettina Hennig
Wind-to-X: Sektorenkopplung für Windenergie
Bundesverband WindEnergie e.V.
11. September 2018 in Bremen

VERÖFFENTLICHUNGEN

Die Energiewende in der Immobilienwirtschaft: Ausgestaltung, regulative Rahmenbedingungen und Förderung von Mieterstrommodellen

Dr. Bettina Hennig
Grundstücksmarkt und Grundstückswert (GuG) 4.2018, S. 210 - 215

AG Ratzeburg, Urteil vom 8. Dezember 2017, Az. 17 C 733/15: Sanktionierung der EEG-Meldepflichten (nicht rechtskräftig)

Dr. Bettina Hennig
EWeRK 3.2018, S. 98 – 106

Leitfaden Einspeisemanagement 3.0 der Bundesnetzagentur (BNetzA): Was nun?

Dr. Steffen Herz und Dr. Katrin Antonow
Im Erscheinen

Grüne Energie hat Recht.

Hinweis

Bitte beachten Sie, dass der Inhalt dieser Newsletter ausschließlich dazu dient, Sie allgemein über rechtliche Entwicklungen zu informieren. Eine verbindliche Rechtsberatung, bei der die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls Berücksichtigung finden, kann hierdurch nicht ersetzt werden. Wir übernehmen keine Haftung für die Richtigkeit der Inhalte der in diesem Newsletter enthaltenen Links.

Unsere Hinweise zur Datenverarbeitung und zum Datenschutz durch unsere Kanzlei finden Sie hier bzw. im Impressum auf unserer Website unter www.vbvh.de.

FEEDBACK
FRAGEN
LOB
KRITIK

HERAUSGEBER

von Bredow Valentin Herz
Rechtsanwälte mbB,
Littenstraße 105, 10179 Berlin

Tel +49 (0) 30 8092482-20
Fax +49 (0) 30 8092482-30

E-Mail info@vbvh.de
www.vonbredow-valentin-herz.de