ONE FIRM
WORLDWIDE®
JONES DAY®

DIE BEHANDLUNG VON GENEHMIGUNGSBEZOGENEN RISIKEN IN WINDPARK-TRANSAKTIONEN

Umweltrechtliches Praktikerseminar
30. Januar 2020

Dr. Kerstin Henrich

INHALTSVERZEICHNIS

I. Einführung

II. Entwicklung von Windparks an Land

III. Typische Nebenbestimmungen von BImSchG-Genehmigungen für Windparks an Land

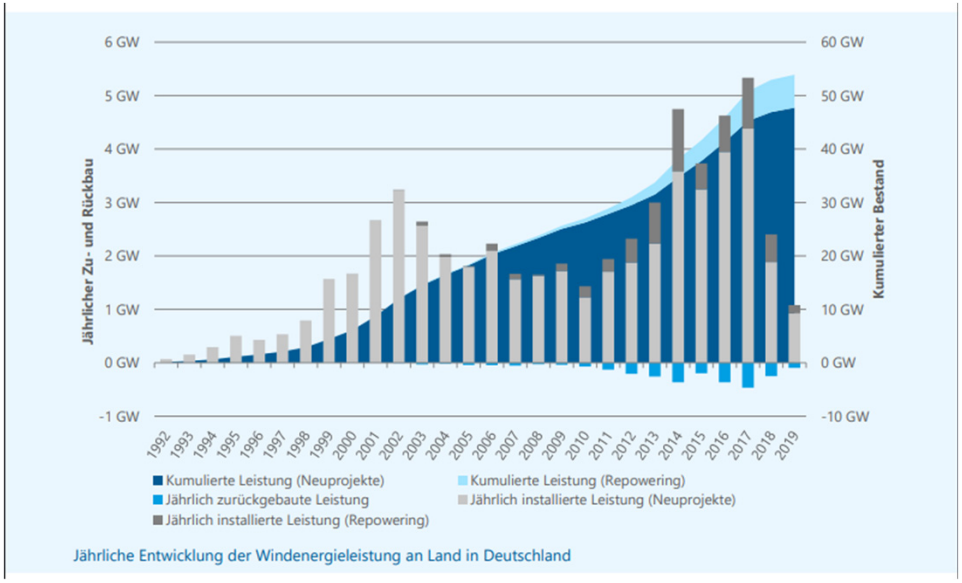
IV. Typische Betreiberrisiken

V. Vertragliche Behandlung der Risiken

I. EINFÜHRUNG

Windenergie an Land: 2019 geringster Zubau seit mehr als 20 Jahren

- Netto-Zubau: 243 WEA mit 981 MW



Quelle: Deutsche WindGuard, Status des Windenergieausbaus an Land in Deutschland, Jahr 2019

I. EINFÜHRUNG

Gründe:

- schleppende Genehmigungsverfahren
  - ca. 11.000 MW in Genehmigungsverfahren
  - Dauer ca. 3-5 Jahre
  - hohe Kosten
- fehlende Flächen
  - Abstände zu Drehfunkfeuern der Flugsicherung: ca. 4.000 MW blockiert
    - DFS verwendet Prüfradius von 15 km für DVOR (Doppler-UKW-Drehfunkfeuer) (Belgien: 7 km, Spanien: 3 km, Australien: 1,5 km)
  - andere Abstandsregelungen, z.B. 10H-Regelung in Bayern, Empfehlungen der LAG der Vogelschutzwarten ("Helgoländer Papier")

I. EINFÜHRUNG

Gründe (Fortsetzung):

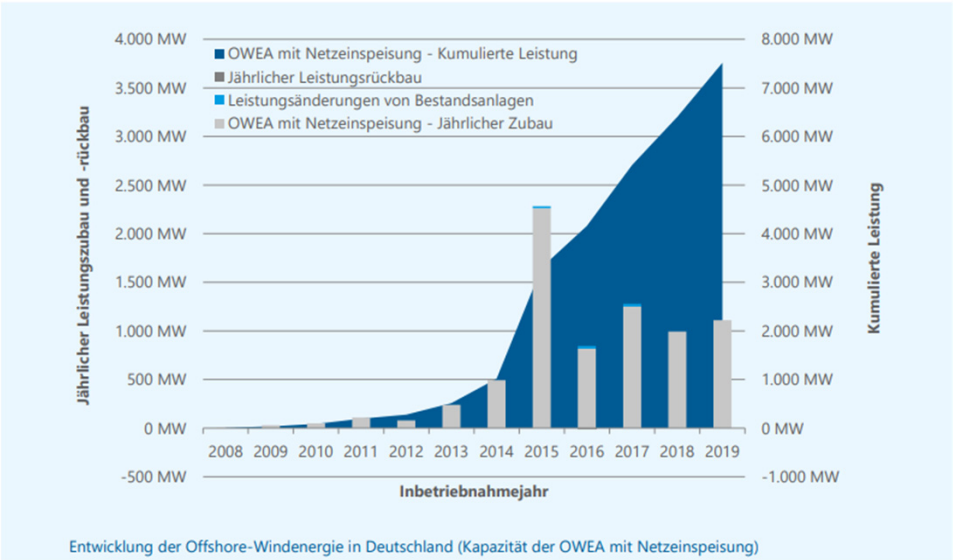
- Klagen gegen erteilte Genehmigungen
  - ca. 800 MW blockiert
- Nicht realisierte Bürgerwindparkprojekte
  - Sonderregelungen in Ausschreibungen der BNetzA (mittlerweile wieder abgeschafft)

Quellen: "Woran der Windkraftausbau scheitert", tagesschau.de (Stand: 05.09.2019);
"Einfluss von Windenergieanlagen auf den Flugbetrieb mit UKW-Drehfunkfeuer",
Dr. F. Behrend, 06.03.2019

I. EINFÜHRUNG

Windenergie auf See:

- Zubau (IBN) 2019: 160 OWEA mit 1.111 MW

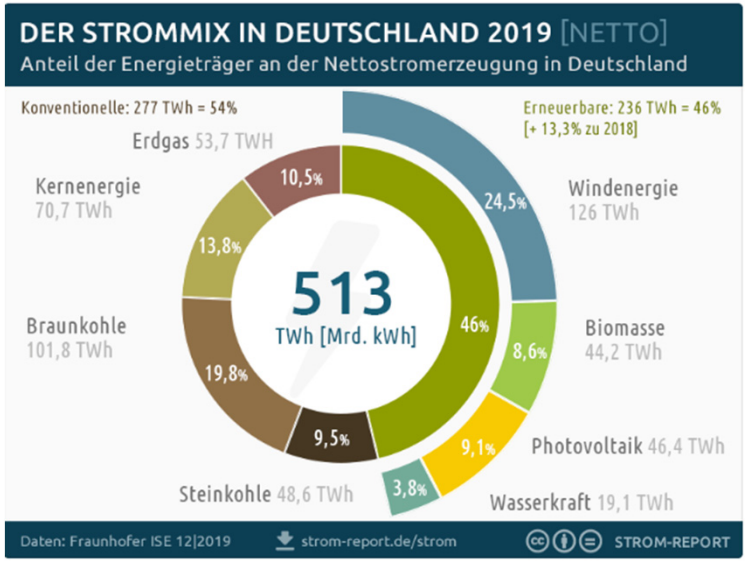


Entwicklung der Offshore-Windenergie in Deutschland (Kapazität der OWEA mit Netzeinspeisung)

Quelle: Deutsche WindGuard, Status des Offshore-Windenergieausbaus in Deutschland, Jahr 2019

I. EINFÜHRUNG

Strommix in Deutschland 2019



- Kernenergie: 13,8 %
  - Ausstieg bis 2022
- Kohle: 29,3 %
  - Ausstieg bis 2038

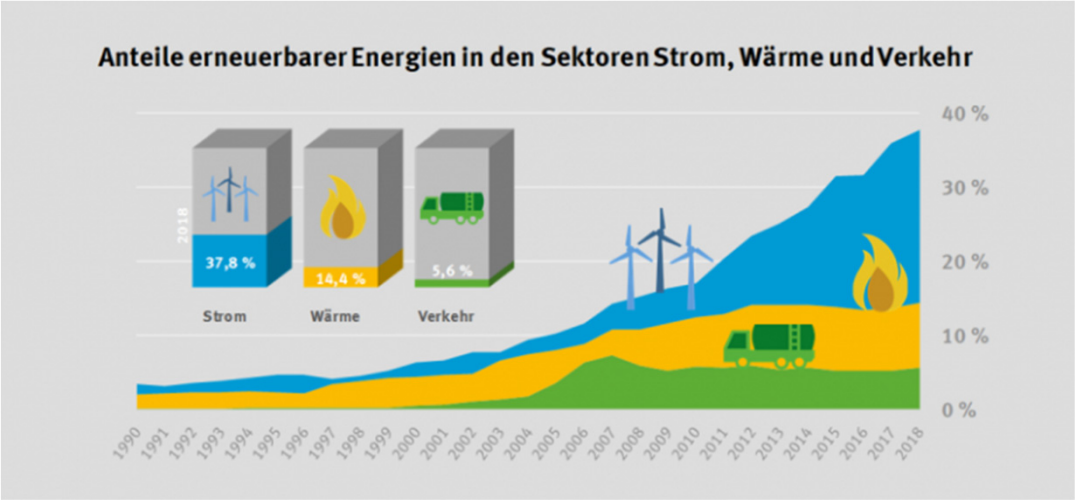
Fazit:

43,1 % der heutigen Erzeugungskapazität entfallen in naher Zukunft

Quelle: strom-report.de/strom/#strommix-2019-deutschland, abgerufen am 28.01.2020

I. EINFÜHRUNG

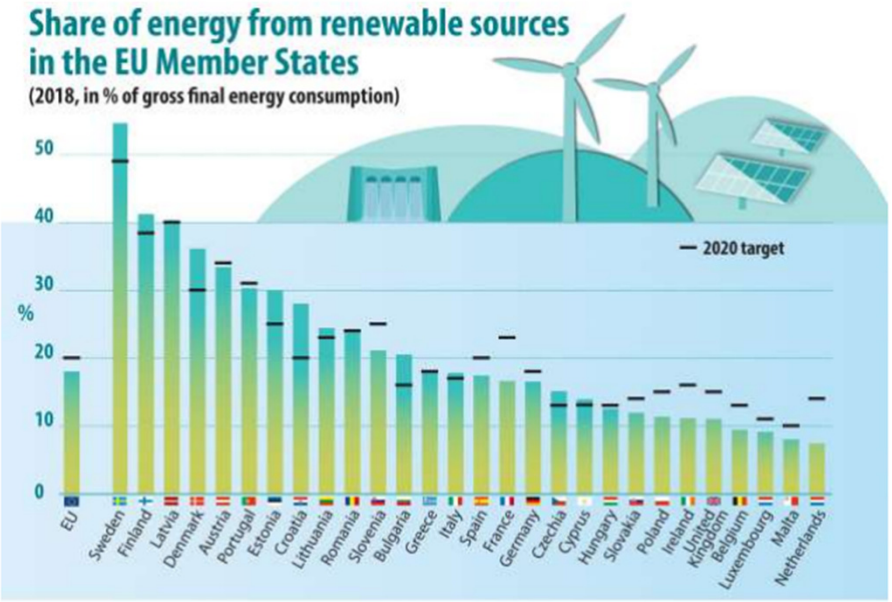
Anteil erneuerbare Energien am Endenergieverbrauch in Deutschland (2018)



Quelle: Umweltbundesamt (Stand: 18.12.2019)

I. EINFÜHRUNG

Anteil erneuerbare Energien am Endenergieverbrauch in der EU (2018)



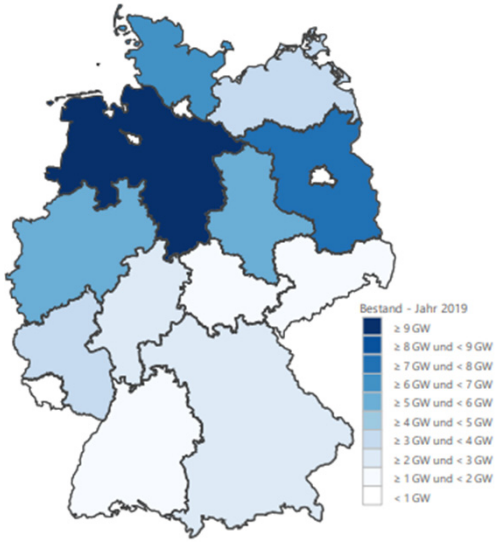
Ziel der neuen EU-Kommission:

CO_2-Neutralität bis 2050

Quelle: Eurostat, News Release 17/2020 (23.01.2020)

I. EINFÜHRUNG

Regionale Verteilung des Gesamtbestands der Windenergie an Land



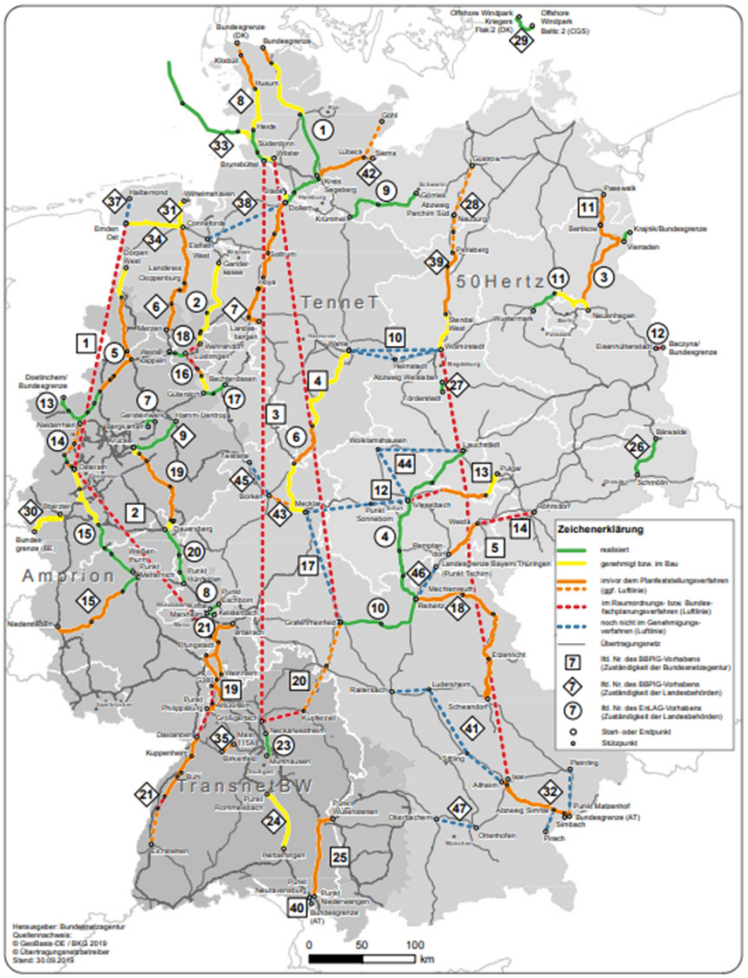
- Nord-Süd-Gefälle auch bei Wind an Land
  - ➢ Leitungsausbau erforderlich

Quelle: Deutsche WindGuard, Status des Windenergieausbaus an Land in Deutschland, Jahr 2019

I. EINFÜHRUNG

Stand des geplanten Leitungsausbaus nach EnLAG und BBPIG

- In Q3/2019 von ca. 5.827 km erst 361 km fertiggestellt



Quelle: BNetzA (Stand: 30.09.2019)

II. ENTWICKLUNG VON WINDPARKS AN LAND

Typischer Ablauf:

- Identifizierung geeigneter Flächen
- Sicherung der Flächen: Nutzungsverträge/Dienstbarkeiten
- Auswahl der WEA
- Beantragung der BImSchG-Genehmigung
  - Wind-, Boden-, Schall- und Schattenwurfgutachten

II. ENTWICKLUNG VON WINDPARKS AN LAND

Typischer Ablauf (Fortsetzung):

- Umweltgutachten
  - Fledermäuse
  - Vögel
  - sonstige Tiere
  - Gutachten für UVP-Vorprüfung durch Behörde (§ 5 Abs. 1 S. 1 UVPG: "Die zuständige Behörde stellt auf der Grundlage geeigneter Angaben des Vorhabenträgers … unverzüglich fest, … ")
- Landschaftspflegerischer Begleitplan
  - Erarbeitung von Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen

II. ENTWICKLUNG VON WINDPARKS AN LAND

Typischer Ablauf (Fortsetzung):

- Teilnahme an Ausschreibung der BNetzA
  - Teilnahme erst nach Erhalt der BImSchG-Genehmigung möglich (§ 36 Abs. 1 EEG)
  - Substantielle Investitionen vor Teilnahme erforderlich

III. TYPISCHE NEBENBESTIMMUNGEN VON BIMSCHG-GENEHMIGUNGEN FÜR WINDPARKS AN LAND

- vor Baubeginn:
  - Stellung der Rückbaubürgschaften
    - gegenüber der Genehmigungsbehörde
    - gegenüber den Grundstückseigentümern
- während der Bauphase:
  - ökologische Baubegleitung
  - Beachtung von Schonzeiten (Vogel- und Tierschutz)
  - (vorübergehende) Umsiedlung von Tieren (z.B. Feldhamster, Kreuzkröte)

Lesetipps: Die Rache der Hamster, Die Zeit 22.04.2004, Nr. 18,
Das Kreuz mit der Kröte, bild.de 27.09.2019

III. TYPISCHE NEBENBESTIMMUNGEN VON BIMSCHG-GENEHMIGUNGEN FÜR WINDPARKS AN LAND

- während des Betriebs:
  - Fledermaus-Monitoring (üblicherweise zwei Jahre)
  - Greifvogel-Monitoring
  - Schutz von ziehenden Kranichen
  - Lärmschutz
  - Schutz vor optischen Immissionen
  - Umsetzung der Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen (z.B. Bewirtschaftungskonzepte, Anpflanzung und Pflege von Ausgleichspflanzungen, Luderplätze, Geheckhaufen)

IV. TYPISCHE BETREIBERRISIKEN

- Widersprüche / Klagen Dritter
  - Nachbarn
  - anerkannte Vereinigungen nach § 3 UmwRG

§ 3 UmwRG Anerkennung von Vereinigungen

(1) [1]Auf Antrag wird einer inländischen oder ausländischen Vereinigung die Anerkennung zur Einlegung von Rechtsbehelfen nach diesem Gesetz erteilt. [2]Die Anerkennung ist zu erteilen, wenn die Vereinigung

1. nach ihrer Satzung ideell und nicht nur vorübergehend vorwiegend die Ziele des Umweltschutzes fördert,

2. im Zeitpunkt der Anerkennung mindestens drei Jahre besteht und in diesem Zeitraum im Sinne der Nummer 1 tätig gewesen ist,

3. die Gewähr für eine sachgerechte Aufgabenerfüllung, insbesondere für eine sachgerechte Beteiligung an behördlichen Entscheidungsverfahren, bietet; dabei sind Art und Umfang ihrer bisherigen Tätigkeit, der Mitgliederkreis sowie die Leistungsfähigkeit der Vereinigung zu berücksichtigen,

IV. TYPISCHE BETREIBERRISIKEN

4. gemeinnützige Zwecke im Sinne von § 52 der Abgabenordnung verfolgt und

5. jeder Person den Eintritt als Mitglied ermöglicht, die die Ziele der Vereinigung unterstützt; Mitglieder sind Personen, die mit dem Eintritt volles Stimmrecht in der Mitgliederversammlung der Vereinigung erhalten; bei Vereinigungen, deren Mitgliederkreis zu mindestens drei Vierteln aus juristischen Personen besteht, kann von der Voraussetzung nach Halbsatz 1 abgesehen werden, sofern die Mehrzahl dieser juristischen Personen diese Voraussetzung erfüllt.

[3]In der Anerkennung ist der satzungsgemäße Aufgabenbereich, für den die Anerkennung gilt, zu bezeichnen; dabei sind insbesondere anzugeben, ob die Vereinigung im Schwerpunkt die Ziele des Naturschutzes und der Landschaftspflege fördert, sowie der räumliche Bereich, auf den sich die Anerkennung bezieht. [4]Die Anerkennung kann, auch nachträglich, mit der Auflage verbunden werden, dass Satzungsänderungen mitzuteilen sind. [5]Sie ist von der zuständigen Behörde im Internet zu veröffentlichen.

IV. TYPISCHE BETREIBERRISIKEN

- Geltendmachung von Verletzung in eigenen Rechten nicht erforderlich

§ 2 UmwRG Rechtsbehelfe von Vereinigungen

(1) [1]Eine nach § 3 anerkannte inländische oder ausländische Vereinigung kann, ***ohne eine Verletzung in eigenen Rechten geltend machen zu müssen****, Rechtsbehelfe nach Maßgabe der Verwaltungsgerichtsordnung gegen eine Entscheidung nach § 1 Absatz 1 Satz 1 oder deren Unterlassen einlegen, wenn die Vereinigung*

1. geltend macht, dass eine Entscheidung nach § 1 Absatz 1 Satz 1 oder deren Unterlassen Rechtsvorschriften, die für die Entscheidung von Bedeutung sein können, widerspricht,

2. geltend macht, in ihrem satzungsgemäßen Aufgabenbereich der Förderung der Ziele des Umweltschutzes durch die Entscheidung nach § 1 Absatz 1 Satz 1 oder deren Unterlassen berührt zu sein, und […]

IV. TYPISCHE BETREIBERRISIKEN

- Nichterfüllung / Verschärfung der Nebenbestimmungen der BImSchG-Genehmigung
  - Schallleistungspegel (Nachmessung 12 Monate nach IBN)
  - Ergebnisse des Fledermaus-/Greifvogelmonitorings (z.B. Dichtezentrum des Rotmilans)
- nachträgliche Anordnungen nach § 17 BImSchG
  - oder: Einhaltung des Standes der Lärmminderungstechnik

IV. TYPISCHE BETREIBERRISIKEN

- nachträgliche Änderungen der Anlage
  - Änderungsanzeige nach § 15 BImSchG oder
  - Änderungsgenehmigung nach § 16 BImSchG

Aufgabe des Rechtsberaters:

Risikobewertung

V. VERTRAGLICHE BEHANDLUNG DER RISIKEN

- Ausgangspunkte
  - wirtschaftliches Risiko oder "Dealbreaker"?
  - Risikosphäre des Entwicklers oder des Käufers?

1. Mögliche "Dealbreaker"
   - Abbruch der Verhandlungen
   - Vereinbarung von Rücktrittsrechten
2. wirtschaftliche Risiken
   - nachträgliche Kaufpreisanpassungen
   - Nacharbeiten (ggf. Einbehalte vom Kaufpreis)
   - Übernahme / Freistellung von Kosten (z.B. Prozesskosten)

V. VERTRAGLICHE BEHANDLUNG DER RISIKEN

- Rücktrittsrechte (Beispiel)

Der KÄUFER ist berechtigt, von diesem VERTRAG zurückzutreten, wenn nicht bis zum [DATUM] ein Nachweis über die Schallvermessung der WEA vorgelegt wird, der die getroffenen Annahmen der Schallgutachter bestätigt und einen uneingeschränkten Betrieb der WEA entsprechend den Vorgaben aus der GENEHMIGUNG zulässt.

Der KÄUFER ist berechtigt, von diesem VERTRAG zurückzutreten, wenn nicht bis spätestens [DATUM] eine Vermessung der tatsachlichen Gesamthohen der WEA durchgeführt wurde und diese ergeben hat, dass die tatsächlichen Gesamthöhen den Vorgaben aus der GENEHMIGUNG entsprechen.

Der Rücktritt ist vom KÄUFER schriftlich innerhalb von zehn (10) Werktagen nach Zugang der Ergebnisse der Vermessungen gemäß Ziffer 8.1 oder 8.2 beim KÄUFER gegenüber dem VERKÄUFER zu erklären. Im Falle eines Rücktritts nach den vorhergehenden Absätzen werden empfangene Leistungen zurückgewährt, noch nicht erfüllte Verpflichtungen entfallen. Im Falle eines Rücktritts des KÄUFERS hat der VERKÄUFER dem KÄUFER zudem Zinsen in Höhe von [●] % p.a. auf alle vom KÄUFER nach diesem Vertrag geleisteten Zahlungen an den VERKÄUFER oder die GESELLSCHAFT für die Zeit zwischen der jeweiligen Zahlung durch den KÄUFER und Rückzahlung durch den VERKÄUFER oder die GESELLSCHAFT zu zahlen. Im Übrigen gelten die §§ 346 ff BGB.

V. VERTRAGLICHE BEHANDLUNG DER RISIKEN

- Nachträgliche Kaufpreisanpassungen (Beispiel)

Der Verkäufer und der Käufer haben sich auf Vergütungsanpassungen hinsichtlich nachfolgender Parameter geeinigt:

(1) Anpassungen im Zusammenhang mit dem Zinsänderungsrisiko in der Fremdfinanzierung der [Name der Bank];

(2) im Zusammenhang mit der Veränderung der Leistungskennlinie der WEA [Typ der WEA];

(3) Anpassung im Zusammenhang mit dem Ergebnis des erstmaligen Fledermausmonitoring im ersten und zweiten Betriebsjahr nach Inbetriebnahme;

(4) Anpassung im Zusammenhang mit der Anwendung des LAI-Interimsverfahrens;

(5) Anpassungen im Zusammenhang mit einer Änderung der Pachtkosten.

Die Berechnungsmethodik der Vergütungsanpassungen der vorgenannten Parameter ist in Anlage [●] geregelt.

V. VERTRAGLICHE BEHANDLUNG DER RISIKEN

- Nacharbeiten (Beispiel)

Der VERKÄUFER verpflichtet sich, auch nach dem VOLLZUGSTAG Nachweise zu erbringen, dass

(i) die GESELLSCHAFT gegenüber der Genehmigungsbehörde eine Rückbauverpflichtung zum Rückbau der WEA nach § 35 Abs. 5 S. 2 BauGB erklärt hat (einzubehaltender Betrag: EUR [●]),

(ii) die wechselseitigen Zahlungsansprüche des PROJEKTENTWICKLERS und der INFRASTRUKTURGESELLSCHAFT aus dem GÜ-VERTRAG INFRASTRUKTUR durch Aufrechnung oder wechselseitige Zahlung vollständig erloschen sind (einzubehaltender Betrag: EUR [●]),

(iii) sich der PROJEKTENTWICKLER und/oder der VERKÄUFER gegenüber der GESELLSCHAFT verpflichtet haben, die in Anlage 10 (iii) aufgeführten und noch nicht vorliegenden Auszahlungsvoraussetzungen der FINANZIERENDEN BANK für die GESELLSCHAFT zu erfüllen (einzubehaltender Betrag: EUR [●]),

(iv) die bereits vorliegende aktualisierte standortspezifische Lastberechnung des WEA-HERSTELLERS der Genehmigungsbehörde der GENEHMIGUNG bekannt gegeben wurde (einzubehaltender Betrag: EUR [●]).

JONES DAY

V. VERTRAGLICHE BEHANDLUNG DER RISIKEN

- Nacharbeiten (Beispiel) (Fortsetzung)

Des Weiteren verpflichtet sich der VERKÄUFER, auch nach dem VOLLZUGSTAG alle vernünftigen Anstrengungen zu erbringen, um darauf hinzuwirken, dass

(i) die [Name des Wartungsunternehmens] sich gegenüber der INFRASTRUKTURGESELLSCHAFT zur Wartung und Instandhaltung der Netzanschlusseinrichtungen verpflichtet;

(ii) die Nießbrauchsberechtigten von Flurstücken, an denen der GESELLSCHAFT Nutzungsrechte unter dem Gestattungsvertrag vom [●] mit der Eigentümergemeinschaft [●] eingeräumt wurden, dem Abschluss dieses Gestattungsvertrages nachträglich zustimmen, sofern dies erforderlich ist, d.h. die jeweiligen Grundstückseigentümer zum Abschluss des Gestattungsvertrags der Zustimmung der Nießbrauchsberechtigten bedurften.

V. VERTRAGLICHE BEHANDLUNG DER RISIKEN

- Übernahme / Freistellung von Kosten (Beispiel 1)

Den Parteien ist bekannt, dass die BImSchG-Genehmigung im vereinfachten Genehmigungsverfahren erteilt wurde. Insgesamt steht als Sicherungseinbehalt für Ansprüche der Gesellschaft wegen Erstattung von sämtlichen Gerichts- und Rechtsanwaltskosten ein Betrag von EUR [●] zur Verfügung nach Maßgabe folgender Bestimmungen:

(1) Für den anhängigen Widerspruch von Herrn [●] und für neue bis zum Ablauf des Vollzugstags eingelegte Widersprüche und/oder öffentlich-rechtliche Klagen gegen die BImSchG-Genehmigung, wird der Verkäufer die Gesellschaft von sämtlichen Gerichts- und Rechtsanwaltskosten freistellen, die ihr dadurch entstehen, dass sie ihre Rechte als Beigeladene in diesbezüglichen Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren wahrnimmt und/oder einen gerichtlichen oder außergerichtlichen Vergleich mit dem Widerspruchsführer abschließt. Für diese Freistellungsverpflichtungen des Verkäufers steht ein Sicherungseinbehalt von EUR [●] zur Verfügung.

(2) Sollte bis zum Vollzug das von Herrn [●] initiierte Widerspruchsverfahren endgültig beendet worden sein (insbesondere dadurch, dass Herr [●] nicht innerhalb der Klagefrist von einem Monat ab Zustellung Klage gegen die Entscheidung des Kreisrechtsausschusses des Landkreises [●] vom [●] erhebt, mit der sein Widerspruch zurückgewiesen wurde, durch eine unwiderrufliche sonstige

V. VERTRAGLICHE BEHANDLUNG DER RISIKEN

- Übernahme / Freistellung von Kosten (Beispiel 1) (Fortsetzung)

Erledigung des Widerspruchsverfahrens, oder dadurch, dass Herr [●] das Widerspruchsverfahren nicht weiter betreibt) und ist diese Beendigung gegenüber dem Käufer in schriftlicher Form nachgewiesen worden, verpflichten sich der Verkäufer und der Käufer, den Notar in einer Gemeinsamen Mitteilung anzuweisen, einen Teilbetrag des Sicherungseinbehalts in Höhe von EUR [●] am Vollzugstag unverzüglich auszuzahlen. Für den Fall, dass das von Herrn [●] initiierte Widerspruchsverfahren weiter betrieben wird und am Vollzugstag noch nicht beendet sein sollte, verbleibt der Betrag von EUR [●] auf dem Treuhandkonto und bildet zusammen mit den weiteren EUR [●] den "Sicherungseinbehalt Widerspruchskosten", der bis zum [●] auf dem Treuhandkonto verbleibt, für den Fall, dass ein Dritter zwischen dem Tag des Abschlusses dieses Vertrages und dem [●] Widerspruch und/oder Anfechtungsklage gegen die BImSchG-Genehmigung einlegen sollte. Der Käufer verpflichtet sich unwiderruflich, der Auskehrung eines Teilbetrags des Sicherungseinbehalts Widerspruchskosten von EUR [●] auf das Verkäuferkonto zuzustimmen und den Notar in der in der Treuhandvereinbarung vorgesehenen Form zur Auskehrung dieses Teilbetrags auf das Verkäuferkonto anzuweisen, sobald das von Herrn [●] initiierte Widerspruchsverfahren endgültig beendet worden und diese Beendigung gegenüber dem Käufer in schriftlicher Form nachgewiesen worden ist, auch wenn dies erst nach dem Vollzugstag der Fall sein sollte.

V. VERTRAGLICHE BEHANDLUNG DER RISIKEN

- Übernahme / Freistellung von Kosten (Beispiel 1) (Fortsetzung)

  (3) Über die in diesem § 12 geregelten hinausgehende Rechte des Käufers für den Fall der Einlegung eines Rechtsbehelfs gegen die BImSchG-Genehmigung sind ausgeschlossen.

  (4) Die Ansprüche der Gesellschaft gegen den Verkäufer aus diesem § 12 begründen sog. Ansprüche zugunsten Dritter im Sinne von § 328 BGB.

V. VERTRAGLICHE BEHANDLUNG DER RISIKEN

- Übernahme / Freistellung von Kosten (Beispiel 2)

Für den Fall, dass für die Umsetzung der in § 5 Abs. (1) h) in Bezug genommenen Vereinbarungen zur Meldung von Mahd- und Erntetätigkeit die Mitwirkung eines Dritten, insbesondere eines Grundstückseigentümers oder Pächters erforderlich sein, dieser seine Mitwirkung jedoch verweigern sollte, und dies zu unvorhergesehenen Abschaltzeiten von WEAs führen sollte, verpflichtet sich der Verkäufer, den Käufer von einem daraus möglicherweise resultierenden Ertragsausfall freizustellen. Zur Absicherung der Ansprüche des Käufers auf Erstattung des möglichen Ertragsausfalles verbleibt ein Betrag von EUR [●] (der "Sicherungseinbehalt Ertragsausfall)" bis zum [●] auf dem Treuhandkonto.

V. VERTRAGLICHE BEHANDLUNG DER RISIKEN

- Übernahme / Freistellung von Kosten (Beispiel 2) (Fortsetzung)

Der Käufer verpflichtet sich unwiderruflich, der Auskehrung des Sicherungseinbehalts Ertragsausfall auf das Verkäuferkonto zuzustimmen und den Notar in der in der Treuhandvereinbarung vorgesehen Form zur Auskehrung des Sicherungseinbehalts Ertragsausfall auf das Verkäuferkonto anzuweisen, sobald

(i) die Mitwirkung sämtlicher erforderlicher Grundstückseigentümer oder Pächter vertraglich gesichert worden ist oder

(ii) die Gesellschaft mit der Kreisverwaltung [●] als Untere Naturschutzbehörde ein alternatives Konzept zum Schutz des Rotmilans i.S.d. Ziffer II 1.1 c) in Verbindung mit Ziffer II 14.3.2 der BImSchG-Genehmigung vereinbart hat, welches eine Einverständniserklärung des Landwirts [●] in Bezug auf das Flurstück [●] (Flur [●], Gemarkung [●]) nicht vorsehen wird, zu dessen Einhaltung sich jedoch sämtliche übrigen Dritten (Grundstückseigentümer und Pächter), deren Mitwirkung für die Umsetzung des alternativen Konzepts erforderlich ist, vertraglich verpflichtet haben.

Vielen Dank!