28. Windenergietage – Potsdam

Aktuelle Herausforderungen der Planung von WEA

Rechtsanwalt Janko Geßner, Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Rechtsanwalt Dr. Jan Thiele

Spezialisiert. Fokussiert. Engagiert.

- Bundesweit im Verwaltungs- und Verfassungsrecht tätig
- Beratung von privaten Unternehmen, Verbänden und Kammern, Landesregierungen, Landkreisen, Gemeinden und Zweckverbände
- Enge Verbindung zur Rechtswissenschaft
- Herausgeberschaften: altlastenspektrum, KommJur, LKV, ZUR, AUR
- Wahrnehmung von Lehraufträgen

Genehmigungs- und Verfahrensmanagement

- **Betreuung von Planverfahren (Regional- und Bauleitplanung)**
- **Beratung in Genehmigungsverfahren für Industrie- und sonstige Anlagen (z.B. Erneuerbare Energien)**
- **Fachplanungen, z.B. Straße, Eisenbahn, Rohstoffe, Hochwasser, etc.**

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Um was es geht ...

1. **Regionalplanerische Steuerung**
2. **Beschleunigung von Genehmigungsverfahren**
3. **Abwehr zivilrechtlicher Unterlassungsansprüche**
4. **Bedarfsgesteuerte Nachtkennzeichnung**
5. **Schadenersatz wegen verzögerter Genehmigung**

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

1. Regionalplanerische Steuerung

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

§ 35 Abs. 3 S. 3 BauGB

Windenergie als privilegiertes Vorhaben im Außenbereich

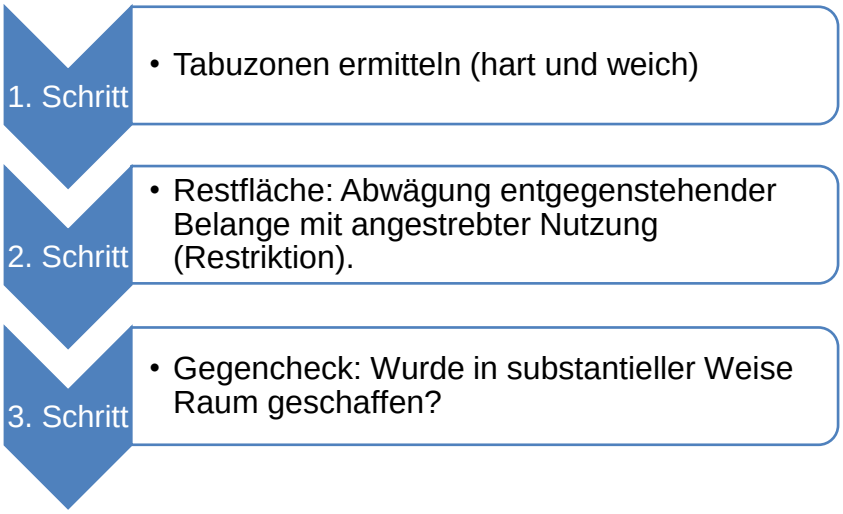
Windenergie als privilegiertes Vorhaben im Außenbereich

Planungsvorbehalt:

Regionalplan zur Steuerung / zur Einschränkung der Windenergie

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

BVerwG: Abschnittsweises Vorgehen



DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

BVerwG: Konzentrationsflächenplanung

„(…) unterliegt die Abwägungsentscheidung nur eingeschränkter gerichtlicher Kontrolle, weil Planung ohne Gestaltungsfreiheit ein Widerspruch in sich wäre (…)

(…) Senat (…) hat anerkannt, dass die rechtlichen Anforderungen an die Planungspraxis, namentlich die Abgrenzung von harten und weichen Tabuzonen, mit Schwierigkeiten verbunden sein kann. Dennoch wird dem Plangeber nichts Unmögliches abverlangt. Von ihm wird nicht mehr gefordert, als er ‚angemessenerweise' leisten kann."

(BVerwG, Beschl. v. 09.02.2015 – 4 BN 20/14 –, Rn. 5, juris)

Funktionierendes System?

Deppe, Übersicht zur Regionalplanung, 2019:

- 21 Urteile zur Regionalplanung, davon:
  - 3 Pläne als wirksam angesehen
  - 18 Pläne für unwirksam erklärt

- Häufigste Fehler:
  - Nicht hinreichende Differenzierung zwischen harten und weichen Tabukriterien
  - Tabukriterien nicht richtig abgearbeitet
  - Fehlerhafte Öffentlichkeitsbeteiligung

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Unzulässige Vermischung

Eine solche Differenzierung hat die Antragsgegnerin … unterlassen. Selbst wenn von ihr nicht zu verlangen gewesen ist, exakt diese Begriffe verwandt zu haben, so muss sie doch in der Sache entsprechend unterschieden haben (vgl. Senatsurt. v. 23. 1.2014 - 12 KN 285/12 -, juris, Rn. 19 ff.).

Dies ist … unterblieben. Vielmehr handelt es sich nach ihren Worten bei dem Mindestabstand von 500 m um ein „hartes Tabu, ergänzt durch weiche Sperrung mit hoher Sperrkraft“, ohne dass es möglich ist, genau zu bestimmen, ab wieviel Metern der „harte“ Abstand in einen „weichen“ übergehen soll.

(OVG Lüneburg, Urteil vom 05. März 2018 – 12 KN 144/17 –, Rn. 54 - 55, juris)

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Salvatorische Klausel?

Die vorstehenden Mängel … sind nicht deshalb unbeachtlich, weil sich an zwei Stellen der Planbegründung … der … Satz findet:

„Sollte sich im Nachhinein herausstellen, dass sich nach heutigem Kenntnisstand definierte „harte“ Tabukriterien aus planungsrechtlicher Sicht nicht als solche zu bewerten sind, so sind diese nach dem Planungswillen des Rates der Stadt Bad X in gleicher Weise als „weiche“ Tabukriterien gewollt.“…

(OVG Münster, Urteil vom 06. März 2018 – 2 D 95/15.NE –, Rn. 196 - 197, juris)

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Situation Brandenburg

- 5 Planungsregionen: zwei Regionalpläne für unwirksam erklärt, zwei Pläne werden derzeit beklagt, ein Plan erst gar nicht genehmigt
- § 2c RegBkPlG -> Moratorium:

„Zur Sicherung der in Aufstellung befindlichen Ziele der Raumordnung ist die Genehmigung raumbedeutsamer Windenergieanlagen in der gesamten Region ab dem Tag der öffentlichen Bekanntmachung für zwei Jahre vorläufig unzulässig…“

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Situation Brandenburg

- Genehmigungserteilung trotz Moratorium?
- § 2c RegBkPlG:
  - lässt Genehmigungsanspruch nicht untergehen
  - ist keine entgegenstehende Vorschrift nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG
  - führt (nur) zur Aussetzung des Verfahrens
  - für Genehmigung ist aber Ausnahme der Gemeinsamen Landesplanungsabteilung erforderlich

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Situation Brandenburg

- Fortführung des Genehmigungsverfahrens?
- Rundschreiben vom 01.08.2019:
  - Nach Eingang neuer Anträge Prüfung auf harte und weiche Tabukriterien -> wenn berührt, kommt Ausnahme nicht in Betracht
  - Empfehlung zur Aussetzung während Prüfung -> Möglichkeit zur gebührenfreien Rücknahme bei negativer Prüfung
  - ansonsten reguläre Bearbeitung bis zur Entscheidungsreife -> dann (erst) Prüfung auf Ausnahmeerteilung

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Situation Brandenburg

Wann kommt Ausnahme in Betracht?

- die im Amtsblatt bekanntgemachten harten oder weichen Tabukriterien sind eingehalten und übrige Abwägungskriterien stehen nicht entgegen und
- einer der folgenden Fälle liegt vor:
  - WEA liegen innerhalb der früheren Eignungsgebiete oder
  - Innerhalb eines neuen Eignungsgebietes oder
  - innerhalb eines Bestandswindparks oder
  - sonst positive Stellungnahme der GL

2. Schneller zur Genehmigung

Verfahrensmanagement

- **Ständig strengere rechtliche Vorgaben**
- **Regional- und Bauleitplanung => sich ändernde Planungsumstände**
- **wechselndes „Stimmungsbild“ in der Bevölkerung**
- **Konkurrenten / Mitbewerber**
- **umfangreiche Verfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung und hohe Klagebereitschaft**

Ziel:

WEA-Projekte

(1) zügig
(2) ohne Gericht
(3) rechtssicher

zur Genehmigung

Verfahrensinstrumente

1. Antragsberatung
2. Vollständige Antragsunterlagen
3. Umgang mit Einwendungen und Vorbereitung eines Erörterungstermins
4. Externer Projektmanager
5. Externer Sachverständiger
6. Sonstige Mittel zur Beschleunigung
7. Zulassung vorzeitiger Beginn
8. Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit

Antragsberatung

- **die unbekannte Norm: § 2 Abs. 2 9. BImSchV?**

- Behörde **soll** im Hinblick auf die Antragstellung beraten!
  - Abstimmung des zeitlichen Ablaufs

- Abstimmung des Prüfungsumfangs und möglicher Genehmigungshindernisse
- Wichtig: Gute Vorbereitung (bereits erkennbare Probleme, Lageplan etc.)!
- Regelmäßige Begleitung => „Kontaktpflege“

Richtige & vollständige Antragsunterlagen

- Selbstverständlichkeit?!
- besondere Bedeutung in Verfahren mit Öffentlichkeits-beteiligung:
  - Nachreichung von Unterlagen => ggf. erneute Auslegung (und nachträgliche Erörterung)
  - Antragsänderung im Verfahren: Verzicht auf Auslegung und Erörterung nur, wenn keine zusätzlichen nachteiligen Auswirkungen
- Probleme: unvollständige Kartierung, fehlender Stand-sicherheitsnachweis, Nachweis rechtlicher Sicherung …

Vollständigkeit - Fall

In einem BImSch-Verfahren für zwei WEA beim StALU … gibt die UBA (Landkreis) am 27.01.2019 folgende Stellungnahme ab:

„… die bisherige Prüfung des Antrags hat ergeben, dass die eingereichten Bauvorlagen zur vollständigen Beurteilung des Vorhabens nicht aussagefähig genug sind. Folgende Unterlagen sind nachzureichen:

- *Lageplan im Maßstab 1:500 gemäß … BauVorlVO 3-fach*
- *Vorlage Stellungnahme Luftfahrbehörde 1-fach*
- *Vorlage Einvernehmen Gemeinde … 1-fach*
- *Vorlage Stellungnahme Amt für Raumordnung 1-fach*
- *Rückbaubürgschaft gemäß Muster (anbei)*

*Die sachliche Bearbeitung kann erst fortgesetzt werden, wenn diese Unterlagen hier vorgelegt wurden. Für die Nachreichung habe ich mir eine Frist bis zum **17.02.2019** notiert.*

Vollständigkeit

§ 7 9. BImSchV

- … wenn Unterlagen in einer Weise prüffähig sind, dass sie sich zu allen rechtlich relevanten Aspekten des Vorhabens verhalten und die Behörde in die Lage versetzen, den Antrag unter Berücksichtigung dieser Vorgaben näher zu prüfen
- **… müssen nicht (schon) Genehmigungsfähigkeit belegen**
- … nicht erforderlich, dass ein Gutachten der Prüfung in jeder Hinsicht standhält und keine weiteren fachlichen Fragen aufwirft; fachliche Einwände und fachliches Nachhaken stehen Vollständigkeit nicht entgegen, sofern Unterlage eine fachliche Prüfung überhaupt ermöglicht.
- nicht vollständig: wenn rechtlich relevante Fragen vollständig ausgeblendet sind (z.B. fehlendes Schallgutachten)

(OVG NRW, Beschluss vom 23. Oktober 2017 – 8 B 705/17 –, Rn. 37, juris)

Vollständigkeit

- Zulässigkeit oder Ausführung des Vorhabens nach Vorschriften über Naturschutz und Landschaftspflege zu prüfen? -> erforderliche Unterlagen sind beizufügen; Anforderungen an den Inhalt dieser Unterlagen bestimmen sich nach den naturschutzrechtlichen Vorschriften.
- … ohne spezielle artenschutzrechtliche Prüfung regelmäßig kein vollständiger Genehmigungsantrag bei Windkraftanlagen
- … nachträgliche Ergänzung des artenschutzfachlichen Gutachtens … lässt keine Rückschlüsse auf Unvollständigkeit des Antrags zu.

(BayVGH, Beschluss vom 16. September 2016 – 22 ZB 16.304 –, Rn. 10, juris)

Vollständigkeit und Priorität

- bei konkurrierenden, sich gegenseitig ausschließenden oder einschränkenden Vorhaben ist nach dem Prioritätsprinzip zu verfahren und für die zeitliche Reihenfolge auf den Zeitpunkt der Einreichung eines prüffähigen Genehmigungsantrages abzustellen
- immissionsschutzrechtlicher Vorbescheid -> kann ebenso rangsichernd wirken wie immissionsschutzrechtliche Genehmigung.
- Vollständig eingereichte Antragsunterlagen für einen Vorbescheid begründen grundsätzlich in derselben Weise verfahrensrechtlich verfestigten Status.

(OVG NRW, U. v. 18.09.2018 – 8 A 1886/16 –, Rn. 51, juris, aber Revision zugelassen: BVerwG, 28.06.2019 - 4 C 3/19)

Vollständigkeit und Priorität

- Vorrang des zuerst gestellten Antrags hindert Genehmigungsbehörde nicht, diesen Antrag nach Feststellung eines Genehmigungshindernisses abzulehnen und dem nachrangig gestellten Antrag stattzugeben
- Hängt die Genehmigung einer Windenergieanlage von dem Einverständnis Dritter (zur Bewilligung einer Abstandsflächenbaulast) ab, ist es Sache des Betreibers, diese Einwilligung beizubringen, eventuell nach Inanspruchnahme (zivil-)gerichtlichen Rechtsschutzes

(OVG Rheinland-Pfalz, B. v. 22.02.2019 – 8 B 10001/19 –, juris)

Erörterungstermin - Vorher

Zahlreiche Bürger trugen ihre Einwände im Kostheimer Bürgerhaus vor.

Die Landschaft im Blick

RP startet Erörterung zum Bau der Windräder auf dem Taunuskamm / 403 Einwände

Von Peter R. Eisenhuth

Die Tabelle, die Carsten Gödel

hiete Hessen, um ein schützens-
werten Kulturdenkmal handele,
wie der Wiesbadener Wolfgang

Denkmalpflege. „Dieser eine Fall
ist schon so grauenhaft, dass es
unverständlich ist, warum die

Einmal wurde es dann auch
noch dramatisch. „Mein Name ist
Volker Nieberaall, und bisher hat

Frankfurter Rundschau vom 17.03.2016

Seite: R8
Ressort: Mainz, Wiesbaden, RTW
Rubrik: FR Mainz
Ausgabe: Frankfurter Rundschau Mainz

Gattung: Tages
Nummer: 66
Auflage: 61.249
95.523
Reichweite: 0,18 (r

Gegner kritisieren Gutachten

Am zweiten Tag des Erörterungsverfahrens um die Windräder wi

Von Peter R. Eisenhuth

Dass sie Zweifel an der Wissenschaftlichkeit seiner Methoden hegen, hatten die Gegner des geplanten Windparks auf der Hohen Wurzel dem für die Ewwe-Taunusvitel arbeitenden Umweltplaner Günter Ratzbor gestern den Offenen

zusammenfassen, dass ein Windkraft-Lobbyist ein Gutachten zum Artenschutz anfertigen durfte. Es war der erste Moment in der bisherigen Erörterung, in dem Rechtsanwalt Janko Geßner, der Sprecher der Taunusvind-Vereine, merklich nervös wurde. Gödels

Erörterungstermin - Vorher

Rathenow

Kommentieren Drucken Text

Bürger wehren sich gegen Windpark

Mit einer Marathonsitzung endete am Dienstagabend der Erörterungstermin für das geplante Vorhaben der Enercon GmbH aus Aurich, die im Wald bei Großwudicke einen Windpark errichten will. Enercon berief sich auf rechtliche Grundlagen während Bürger und Verwaltung zahlreiche Punkte in den vorliegenden Gutachten in Frage stellen.

VORIGER ARTIKEL
Berge: Wo die Landwirtschaft zuhause ist

NÄCHSTER ARTIKEL
Stromsparhelfer im Einsatz

Artikel veröffentlicht: Mittwoch, 19.10.2016 10:34 Uhr
Artikel aktualisiert: Mittwoch, 19.10.2016 13:07 Uhr

Mehr als hundert Demonstranten machten am Dienstagmorgen deutlich, dass sie keine Windkraftanlagen im Wald wollen

Quelle: Ch. Schmidt

Erörterungstermin - Nachher

„Der Austausch hat sich gelohnt“

WINDKRAFT Nach der dreitägigen Anhörung zur Hohen Wurzel gehen Meinungen über das Ergebnis aber auseinander

Worauf ist zu achten? z.B.

- Anforderung der Einwendungen (Datenschutz?)
- Erarbeitung eines Einwendungskatalogs

- Generalprobe, „Regiebuch“ und „Mikrofongewalt“

=> Behörde überzeugen, nicht die Einwender!

Unterstützung durch externen Projektmanager

- **Rechtsgrundlage: § 2 Abs. 2 Nr. 5 9. BImSchV**

- Auswertung von Stellungnahmen/Einwendungen
- Zuarbeit von Nebenbestimmungen
- Formulierung Bescheidentwurf

Oft führt schon die Ankündigung zur Beschleunigung bei Behörde!

Einschaltung externer Sachverständiger

- **Rechtsgrundlage: § 13 Abs.1 S.4 9. BImSchV**
- oft bei Naturschutzfragen, z.B. Erlass MUGV Bbg:

*„Aus diesem Grund hat die Naturschutzbehörde die **Monatsfrist** für die Abgabe ihrer Stellungnahme ... **unbedingt einzuhalten**. Sollte dies im Einzelfall wegen der Schwierigkeit der Prüfung nicht möglich sein, teilt das ... zuständige Referat dem Genehmigungsreferat dies **unter Angabe der Gründe** mit. Falls absehbar ist, dass die Prüfung mehr als einen Monat in Anspruch nimmt, ist gem. § 13 Abs.1 S.4 der 9. BImSchV zu verfahren **und mit Einwilligung des Antragstellers ein Sachverständiger mit der Prüfung zu beauftragen.“***

Sonstige Mittel

- Befangenheit (befangene Sachbearbeiter ggf. ablehnen)
- Dienstaufsichtsbeschwerde
- Fachaufsichtsbeschwerde
- Androhung (und Vollzug!) Untätigkeitsklage

Zulassung vorzeitiger (Bau-)Beginn

- **Antrag nach § 8a BImSchG**
- Prognose Genehmigungsfähigkeit
- öffentliches oder berechtigtes privates Interesse: z.B. Einspeisevergütung, Umbau Tierschutz, Produktionsbeginn
- Verpflichtungserklärung zum Schadensersatz und Rückbau
- Inhalt: Wegebau, Fundamente, Gebäude, etc.

Anordnung der sofortigen Vollziehung

- Baurecht => § 212 a BauGB, schließt aufschiebende Wirkung gem. § 80 Abs. 1 VwGO aus
- Immissionsschutzrecht: keine Regelung => Widerspruch hat aufschiebende Wirkung, d.h. Genehmigung ist nicht umsetzbar => **Problem: auch unbegründete oder unzulässige Widersprüchen => aufschiebende Wirkung**
- daher § 80 Abs. 1 Nr. 4 VwGO: **besonderes öffentliches bzw. privates Interesse**

Anordnung bei Genehmigung / Zulassung vorzeitiger Beginn => bereits vor Bescheidung beantragen und **mit Genehmigung verbinden!**

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Rechtsmittelfristen „verkürzen“?

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

(Dritt-) Widerspruchs-/Klagefrist

- §§ 70, 74, 58 I VwGO: grds. **ein Monat** ab mit Bekanntgabe => Zustellung (Zugang) des Bescheids
- bei unterbliebener oder fehlerhafter Rechtsbehelfsbelehrung grds. **1 Jahr** (§ 58 II VwGO) => äußere Grenze: „**Verwirkung**“
  - Jahresfrist in § 58 II VwGO = Ausschlussfrist = absolute zeitliche Grenze
- Behörde kann auch bei verspäteten Betreiber-Widerspruch in der Sache entscheiden (nicht bei Drittwiderspruch)

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Fristbeginn im förmlichen Verfahren

- gesetzliche Pflicht zur **öffentlichen Bekanntmachung** der Genehmigung (§ 10 Abs. 7 und 8 BImSchG, § 21a der 9. BImSchV)
- öffentliche Bekanntmachung im Amtsblatt und/oder Zeitung und Internet, hierdurch Zustellung des Genehmigungsbescheids
- damit auch für **Dritten** Fristbeginn mit Ende der Auslegungsfrist

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Problem: Fristbeginn im vereinfachten Verfahren

- Verfahren nach § 19 BImSchG ohne Beteiligung der Öffentlichkeit wird Genehmigung nur dem Antragsteller förmlich zugestellt
- **mangels Bekanntmachung beginnt für Dritte grds. keine Widerspruchsfrist zu laufen!**
- Treu und Glauben (Verwirkung): Verwirkung verfahrensrechtlicher Abwehrmöglichkeiten: grundsätzlich Jahresfrist des § 58 II VwGO maßgeblich beginnend mit (möglicher) Kenntnisnahme des Nachbarn => Jahresfrist aber auch unterschreitbar

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Lösung: Antrag auf Bekanntmachung der Genehmigung im vereinfachten Verfahren?

1) **§ 19 Abs. 3 BImSchG**: „*Die Genehmigung ist **auf Antrag des Trägers des Vorhabens** abweichend von den Absätzen 1 und 2 nicht in einem vereinfachten Verfahren zu erteilen*.“ => Freiwillig förmliches Verfahren

2) **§ 21 a der 9. BImSchV**: „*Unbeschadet des § 10 Absatz 7 und 8 Satz 1 BImSchG ist die Entscheidung über den Antrag öffentlich bekannt zu machen, wenn das Verfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung durchgeführt wurde **oder der Träger des Vorhabens dies beantragt.***“

Führt die öffentliche Bekanntmachung zur Ingangsetzung der „regulären“ Rechtsbehelfsfrist (1 Monat)?

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Folgen für die Frist bislang umstritten

- Eine im vereinfachten Verfahren erfolgte öffentliche Bekanntmachung setzt **keine Rechtsbehelfsfristen in Gang**; allenfalls Verwirkung möglich

  (VG Ansbach, B. v. 30.11.2011 – AN 11 K 11.01826 –, juris, Rn. 41)

- Öffentliche Bekanntmachung des Genehmigungs-bescheides führt dazu, dass Genehmigung zwei Wochen nach Bekanntmachung gegenüber jedermann wirksam geworden ist → **Fristbeginn mit richtiger Rechtsbehelfsbelehrung**

  (VG Minden, B. v. 22.05. 2017 – 11 L 2085/16 –, juris, Rn. 33)

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Jetzt: VGH Mannheim, B. v. 07.03.2019 – 10 S 1817/18 und OVG Bautzen, B. v. 08. 08.2019 – 1 B 439/18:

- „Die auf Antrag des Genehmigungsantragstellers erfolgte öffentliche Bekanntmachung eines im vereinfachten Verfahren erteilten immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbescheids löst **nach allgemeinem Verwaltungsverfahrensrecht eine Bekanntgabefiktion aus und setzt damit den regulären Lauf der Widerspruchsfrist in Gang**."

- Auch öffentliche Bekanntmachung im vereinfachten Verfahren bewirkt Bekanntgabe der Genehmigung im Sinne von § 41 Abs. 3 und 4 VwVfG

- **Darauf achten: => in Bekanntmachung Hinweis auf**
  - **Auslegungszeitraum und Ort der Einsichtnahme**
  - **Bewirkte Zustellung**
  - **Rechtsbehelfsbelehrung**

www.dombert.de

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Freiwillige UVP gem. § 7 UVPG

„(1) Bei einem Neuvorhaben, das in Anlage 1 Spalte 2 mit dem Buchstaben „A“ gekennzeichnet ist, führt die zuständige Behörde eine allgemeine Vorprüfung zur Feststellung der UVP-Pflicht durch. […]

(2) Bei einem Neuvorhaben, das in Anlage 1 Spalte 2 mit dem Buchstaben „S“ gekennzeichnet ist, führt die zuständige Behörde eine standortbezogene Vorprüfung zur Feststellung der UVP-Pflicht durch. […]

(3) Die Vorprüfung nach den Absätzen 1 und 2 entfällt, wenn der Vorhabenträger die Durchführung einer Umweltverträglichkeits-prüfung beantragt und die zuständige Behörde das Entfallen der Vorprüfung als zweckmäßig erachtet. Für diese Neuvorhaben besteht die UVP-Pflicht. Die Entscheidung der zuständigen Behörde ist nicht anfechtbar.“

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

3. Abwehr Zivilrechtlicher Klagen gegen WEA

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Bahnbrechendes Urteil des OLG SH

6. Juli 2019 / Allgemein, Hintergrundwissen, Infraschall, Schleswig-Holstein, Urteile

!Wichtig für alle Betroffenen und Klageführer!

Nehmen Sie sich die Zeit, das komplette Urteil zu lesen und nutzen Sie es:
7 U 140/18
2 O 336/12 LG Itzehoe

WINDWAHN ARCHIV SE AUF
www.windwahn.de

NEWSLETTER
Anmeldung

LATEST NEWS
- Lobbyarbeit des BW auch in Bayern
- Die Abhängigkeit de

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Was war passiert?

In dem Rechtsstreit

hat der 7. Zivilsenat des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 26.03.2019 für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung der Kläger vom 26.09.2018 wird das am 24.09.2018 verkündete Urteil des Einzelrichters der 2. Zivilkammer des Landgerichts Itzehoe (2 O 336/12) mit dem ihn zugrundeliegenden Verfahren aufgehoben. Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Itzehoe zurückverwiesen.

- Gerichtliche Gebühren und Auslagen, die durch das aufgehobene Urteil verursacht worden sind und die durch die Berufung entstanden sind, werden nicht erhoben. Im Übrigen bleibt die Kostenentscheidung der abschließenden Entscheidung des Landgerichts vorbehalten.
- Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
- Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

Die Kläger beanspruchen in diesem und sechs weiteren Verfahren die Unterlassung von Beeinträchtigungen durch die jeweilige Windkraftanlage (insgesamt sieben Windkraftanlagen in einer Entfernung von 873 bis 1.800 m vom Wohnhaus der Kläger), hilfsweise durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass ihr Wohnungseigentum und ihre Gesundheit durch den Windenergieanlagenbetrieb nicht beeinträchtigt werden. Die Kläger sind seit Dezember 2000

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

durch WEA verursachte Einwirkungen

Lärm

Infraschall

„Körperschall“

Licht - Schatten (Disco-Effekt)

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Mögliche Anspruchsgrundlagen

Eigentümer/Mieter

- **Beseitigung und Unterlassung**
- Schadensersatz wegen Verletzung des Eigentums oder der Gesundheit (ggf. **i.V.m. Schutzgesetz** bspw. Abstandsvorschriften
- (vorbeugend) Nichtherstellung von Anlagen

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

1. „Duldungspflicht“ § 906 BGB

1) **§ 906 Abs. 1 S. 1 BGB**: Duldungspflicht, wenn nur **unwesentliche Beeinträchtigung** der Grundstücksnutzung durch Einwirkungen

2) **§ 906 Abs. 2 S. 1 BGB**: Duldungspflicht, wenn **zwar wesentliche Beeinträchtigung** der Grundstücksnutzung, diese **aber** durch **ortsübliche Benutzung** des anderen Grundstücks herbeigeführt wird und **Verhinderungsmaßnahmen nicht möglich** oder **wirtschaftlich unzumutbar** sind

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Unwesentliche Beeinträchtigung

- **§ 906 Abs. 1 S. 2 und 3 BGB**: „*Eine unwesentliche Beeinträchtigung liegt in der Regel vor, wenn die in Gesetzen oder Rechtsverordnungen festgelegten Grenz- oder Richtwerte von den nach diesen Vorschriften ermittelten und bewerteten Einwirkungen nicht überschritten werden. Gleiches gilt für **Werte in allgemeinen Verwaltungsvorschriften, die nach § 48 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes erlassen worden sind** und den Stand der Technik wiedergeben.*“

- auch in zivilgerichtlichen Verfahren laut Rechtsprechung* keine anderen Bemessungsgrundlagen => **Gleichlauf von privatem und öffentlichen Recht =>** d.h. Immissionswerte der **TA-Lärm** maßgeblich

⇨ **Eigentümer muss zivilrechtlich dulden, was dem Nachbar öffentlich-rechtlich gestattet ist!**

* BGH, U. v. 08.10.2004 - VZR 85/04

www.dombert.de

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Beseitigung wesentlicher Beeinträchtigung unzumutbar

- Duldungspflicht gemäß **§ 906 Abs. 2 S. 1 BGB**: **wesentliche Beeinträchtigung, durch ortsübliche Benutzung** des anderen Grundstücks und **Verhinderungsmaßnahmen unmöglich** oder **wirtschaftlich unzumutbar**

- **ortsübliche Benutzung:**
  - maßgeblich: Gepräge**,** das sich aus der Betrachtung des aktuellen, tatsächlichen Zustands der Mehrheit der Vergleichsgrundstücke ergibt
  - Entscheidend, ob eine Mehrheit von Grundstücken in der Umgebung mit einer nach Art und Maß einigermaßen gleich bleibenden Einwirkung benutzt wird
  - Anhaltspunkt: Raumordnungs- und Bauleitpläne
- **wirtschaftlich zumutbare Verhinderungsmaßnahmen**:
  - alle technischen Einrichtungen sowie betriebswirtschaftlichen Möglichkeiten, die die Beeinträchtigung unter die Schwelle der Wesentlichkeit herabsetzen → objektiver Maßstab ohne Rücksicht auf die individuelle Leistungsfähigkeit des Benutzers

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

2. Ausschluss zivilrechtlicher Ansprüche gemäß § 14 BImSchG

§ 14 S. 1 HS 1 BImSchG	• **zivilrechtliche Ansprüche** auf Einstellung des Betriebs einer Anlage sind **ausgeschlossen**, wenn die **Genehmigung unanfechtbar** ist
§ 14 S. 1 HS 2 BImSchG	• nur **Anspruch auf Vorkehrungen**, die die benachteiligenden Wirkungen ausschließen
§ 14 S. 2 BImSchG	• **Anspruch auf Schadensersatz**, wenn Vorkehrungen undurchführbar sind

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

ausdrückliche Voraussetzungen

- **zivilrechtlicher Abwehranspruch besteht**

- **Anspruch darf nicht auf besonderen Titeln beruhen:**
  - z. B. vertragliche Ansprüche

- **für Anspruchsteller unanfechtbare Genehmigung:**
  - Fristen für Rechtsmittel gegen Genehmigung oder ein bestätigendes Urteil sind für den Inhaber des zivilrechtlichen Anspruchs abgelaufen
  - wird ihm die Genehmigung nicht zugestellt → Unanfechtbarkeit ein Jahr nach Kenntniserlangung
  - unschädlich, dass eventuell sonstige Personen noch Rechtsmittel einlegen können

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

ungeschriebene Voraussetzungen

- **Genehmigung im förmlichen Verfahren erteilt**
  - Nachbar muss die Möglichkeit gehabt haben, seine Abwehransprüche als Einwendungen im Genehmigungsverfahren geltend zu machen
  - unschädlich, wenn Genehmigung nur irrtümlicherweise im förmlichen Verfahren erteilt wurde → tatsächliche Verfahrensbeteiligung des Nachbarn entscheidend

- **Genehmigungskonformer Betrieb:**
  - Betrieb muss Genehmigungsbescheid entsprechen

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Anspruch auf Schutzvorkehrungen

- **kein Abwehranspruch** nach § 14 S. 1 HS 1 BImSchG
- **Durchführbarkeit**:
  - Stand der Technik, vgl. § 3 Abs. 6 BImSchG
  - Undurchführbarkeit erst, wenn Antrag auf Änderungsgenehmigung abgelehnt wurde
- **wirtschaftliche Vertretbarkeit**:
  - fehlt, wenn Ertragslage derartig verschlechtert wird, dass Anlagenbetreiber ernsthaft an Stilllegung der Anlage denken muss → objektiver Maßstab
  - ökonomische Situation des konkreten Anlagenbetreibers unerheblich
  - entscheidend: gesunder Durchschnittsbetrieb

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Anspruch auf Schadensersatz

- **zivilrechtlicher Abwehranspruch besteht**
- **Schutzvorkehrungen undurchführbar** oder **wirtschaftlich nicht vertretbar**
- **Anspruchssteller** ist **Nachbar** im Sinne des Immissionsschutzrechtes:
  - im Einwirkungsbereich der Anlage
  - persönliche oder sachliche Bindung zum Ort im Einwirkungsbereich
- **Anspruchsgegner**:
  - Anlagenbetreiber
  - Verantwortlicher Dritter
  - nicht: Staat

www.dombert.de

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Grundsatz des Zivilprozess

- Keine Amtsermittlungsgrundsatz, sondern „Parteiprozess“
- Jeder muss die für ihn günstigen Umstände „beweisen“
- Infraschall, Körperschall etc.

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

OLG Schleswig U. v. 13.06.2019 (nicht rechtskräftig)

Das Landgericht hat den Anspruch der Kläger auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt, indem es erheblichen, unter Beweis gestellten Vortrag der Kläger übergangen hat. Das unberechtigte Übergehen eines Beweisantrags stellt einen Verstoß gegen die Pflicht zur Erschöpfung der Beweismittel als Ausfluss der Pflicht zur Gewährung rechtlichen Gehörs gem. Art. 103 Abs. 1 GG dar (BVerfG E 50,32, NJW 2003, 125, 127). Da es sich bei dem Gebot der Ausschöpfung der angebotenen Beweise um das Kernstück des Zivilprozesses handelt, liegt ein wesentlicher Verfahrensmangel im Sinne von § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO vor (BGH, Urteil vom 20. Juli 2011 – IV ZR 291/10 –, juris Rn. 21 = VersR 2011, 1392, 1394; OLG München, Urteil vom 20.02.2015, 10 U 1722/14 Juris, Rn. 33 m.w.N.). Darüber hinaus stellt auch eine erheblich fehlerhafte Beweiswürdigung einen Verfahrensverstoß dar, welcher zur Zurückverweisung gem. § 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO berechtigt (BGH, Urteil vom 19. Februar 1957 – VIII ZR 206/56 –, juris = NJW 1957, 714; OLG München, Urteil vom 20.02.2015, Juris, Rn. 35; OLG Hamm, Urteil vom 30.07.2013, NJW 2014, 78-84, Juris Rn. 96). Diese Voraussetzungen liegen hier vor.

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Leitsätze des OLG Schleswig

3. Die Grenzwerte der TA-Lärm vom 26. August 1998 sind bereits über 20 Jahre alt. Der Tatrichter darf sich neueren wissenschaftlichen Erkenntnissen (z.B. WHO-Empfehlungen) im Zuge seiner Gesamtbeurteilung nicht verschließen.

4. Lärmmessungen sind aufgrund der höheren Messgenauigkeit - abweichend von den Vorgaben der TA-Lärm - über einen Zeitraum von mindestens 4 Wochen erforderlich.

5. Tieffrequenter Schall (sog. Infraschall: < 16 Hz) ist messbar und deshalb grundsätzlich in die immissionsrechtliche Bewertung einzubeziehen. Die Schwierigkeit des medizinischen Nachweises einer entsprechenden Belastung auf den Menschen entbehrt nicht der Notwendigkeit, zunächst einmal eine entsprechende Belastung festzustellen.

6. Ein Messabschlag von 3 dB(A) nach Nr. 6.9. TA-Lärm ist im Rahmen der zivilrechtlichen Beurteilung unzulässig. Es sind allein die tatsächlich gemessenen Werte entscheidend, weil Messungenauigkeiten oder sonstige Unsicherheiten nicht zu Lasten des Beeinträchtigten gehen dürfen.

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

4. Bedarfsgesteuerte Nachkennzeichnung (BNK)

Quelle Bild: https://www.erneuerbareenergien.de/eine-neue-pflicht-sorgt-fuer-aufruhr

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Kennzeichnungspflicht

- **§ 12 Abs. 3 und §§ 14 bis 17 LuftVG** i.V.m. Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Kennzeichnung von Luftfahrthindernissen (**AVV**)
- **Ziff. 3.1 AVV**: *„Luftfahrthindernisse sind zu kennzeichnen*

  ***b)** außerhalb der Flugplatzbereiche […]*

  *außerhalb von Städten und anderen dicht besiedelten Gebieten, wenn eine **Höhe der maximalen Bauwerksspitze** von **100 m über Grund** oder über der Wasseroberfläche überschritten wird.“*

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung von WEA

- **seit 2015 bundesrechtlich anerkannt**
- **Ziff. 17.4 AVV und Anhang 6 der AVV**: *„Beim Einsatz des Feuer W, rot oder Feuer W, rot ES kann der Einschaltvorgang auf Antrag **bedarfsgesteuert** erfolgen, sofern die Vorgaben in Anhang 6 erfüllt werden.“*
- **seit 2016** landesrechtliches **Anreizsystem** in **Schleswig-Holstein:**
  - für neue WEA und Bestandsanlagen kann bei der Verwendung eines BNK-Systems ein Abschlag auf die Ersatzzahlungen für die Eingriffe in das Landschaftsbild geltend gemacht werden

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Verpflichtung zur Verwendung einer BNK?

- **§ 46 Abs. 2 Satz 1 LBO MV**

  „Windenergieanlagen, die nach dem 30. Dezember 2017 genehmigt werden und aufgrund luftfahrtrechtlicher Bestimmungen einer Nachtkennzeichnung bedürfen, sind mit einer bedarfsgesteuerten, dem Stand der Technik entsprechenden Nachteinschaltvorrichtung zu versehen, die nur bei der Annäherung eines Luftfahrzeugs aktiviert wird […].“

- **§ 9 Abs. 8 Satz 1 EEG (**Energiesammelgesetz vom 21.12.2018)

  *„Betreiber von Windenergieanlagen an Land, die nach den Vorgaben des Luftverkehrsrechts zur Nachtkennzeichnung verpflichtet sind, müssen ihre Anlagen mit einer Einrichtung zur **bedarfsgesteuerten Nachtkennzeichnung von Luftfahrthindernissen** ausstatten.“*

  => Sonst keine Vergütung nach EEG

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Umsetzungsfrist

- **Frist** § 9 Abs. 8 Satz 3 EEG : *„Die Pflicht nach Satz 1 gilt ab dem 1. Juli 2020.“*
  - kann **von BNetzA verlängert** werden (§ 85 Abs. 2 Nr. 1 a EEG)
  - **Verlängerung durch BNetzA bekannt gegeben: 30.06.2021**
- betrifft:
  - **neue WEA** und
  - ca. 17.500 **Bestands-WEA**

  die gemäß Ziff. 3.1 b) AVV einer **Kennzeichnungspflicht** unterliegen

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

BNK-Systeme

- **§ 9 Abs. 8 Satz 4 EEG** ist **systemoffen** formuliert

  *„Die Pflicht nach Satz 1 **kann** auch durch eine Einrichtung zur Nutzung von Signalen von **Transpondern** von Luftverkehrsfahrzeugen erfüllt werden.“*

  Einsatz von:

  - **Aktivradar-**
  - **Passivradar- und**
  - **Transpondersystemen**

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

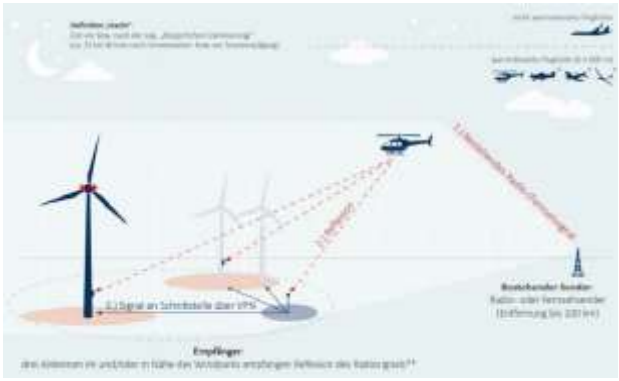
Aktivradar-System

Quelle Abbildung: https://www.quantec-sensors.com/fileadmin/downloads/publicfiles/2019_02_26_BWE_Informationspapier_BNK.pdf

- **Detektionseinheiten** an einer WEA im Windpark oder **Sensoren** innerhalb oder außerhalb des Windparks erzeugen **elektromagnetische Impulse**
- Impulse werden an den Flugobjekten **reflektiert** und von Sensoren an der Anlage oder der zentralen Detektionseinheit **erfasst**
- aus den **empfangenen Signalen** wird die **Flugroute** des Luftfahrtobjekts errechnet
- eigene **Frequenzzuteilung** durch BNetzA **nötig**

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Passivradar-System



- **Reflexion** kontinuierlich bestehender **elektromagnetischer Radio- und Fernsehsignale** von nahegelegenen Hauptsendern (bspw. DVB-T-Rundfunksendern) wird ausgewertet
- befindet sich Luftobjekt im Luftraum, wird **Reflexion** des Radaio- oder Fernsehsignals vom Luftobjekt durch Passivradar **erfasst**
- **zeitlicher Abgleich** zum Ursprungssignal gibt Auskunft darüber, ob und wie sich das Luftobjekt der WEA nähert
- **keine eigene Frequenzzuteilung** durch BNetzA nötig

Quelle Abbildung: https://www.quantec-sensors.com/fileadmin/downloads/publicfiles/2019_02_26_BWE_Informationspapier_BNK.pdf

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Transponder-System

- **in** oder **an WEA** werden **Empfangsgeräte** installiert
- diese empfangen **Transpondersignale**, die von Luftobjekten alle 0,8 bis 1,2 Sekunden ausgesendet werden sowie die **Antwort-Signale** der Transponder auf Radarabfragen vom Boden und der TCAS-Abfragen weiterer Luftobjekte
- Signalen geben **Auskunft** darüber, **ob und wie sich Luftobjekte** einer WEA **nähern**

Quelle Abbildung: https://www.quantec-sensors.com/fileadmin/downloads/publicfiles/2019_02_26_BWE_Informationspapier_BNK.pdf

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Voraussetzungen für den Einsatz eines BNK-Systems

1) Anforderungen nach Anhang 6 der AVV erfüllen
2) **allgemeine Anerkennung** des Systems (**Baumusterprüfung**, AVVneu)
3) **standortspezifische Zustimmung** der Luftfahrtbehörde auf Grundlage einer gutachterlichen Stellungnahme der DFS
4) **Konformitätserklärung der DFS**, welche die Einhaltung der Vorschriften der AVV bestätigt

⇨ diese Voraussetzungen erfüllen **bisher nur vier Aktivradar**- und **Passivradar-Systeme:***

- das Passivradar-System **Parasol**
- das Aktivradar-System **Dark Sky**
- das Aktivradar-System von **Vestas**
- das Aktivradar-System von **Quantec**

*laut Landesamt für Umwelt Brandenburg gegenüber Vorhabenträger

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Offene Fragen

Wortlaut § 9 Abs. 8 Satz 1 EEG: ***„ausstatten“*** => Einbau oder Betrieb?

- Ist die Pflicht der Einrichtung eines BNK-Systems erfüllt, wenn ein Transponder-System installiert wird, obwohl dieses noch nicht in die AVV aufgenommen wurde?

*„Mit der durch § 9 Absatz 8 EEG eingeführten bedarfsgesteuerten Nachtkennzeichnung soll das nächtliche Dauerblinken der Windenergieanlagen beendet werden. Dieses Ziel der Regelung und damit auch die entsprechende **Pflicht kann nur mit Systemen erfüllt werden, die auch luftverkehrsrechtlich zugelassen sind**.“(Antwort der Bundesregierung, BT-Drs. 19/10366,S. 3)*

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Offene Fragen

⇨ **Transponder-System bisher noch nicht anerkannt**

- derzeit Formulierung in **Anhang 6 der AVV**: *„Bedarfsgesteuerte Nachtkennzeichnungen (BNK) müssen grundsätzlich von der technischen Ausstattung der Luftfahrzeuge unabhängig sein.“*
- Grund: Annahme, dass **Radar** aus Flugsicherheitsgründen **unabhängig von Flugzeugeinrichtungen** funktionieren muss
- Gutachten BMWi zur Identifizierung und Bewertung der durch die transponderbasierte BNK entstehenden Risiken und Risikominimierungsmaßnahmen => (+)

- **Anpassung** der luftverkehrsrechtlichen Regelungen und der AVV
- Bundesweit größte Testinstallation im Raum Bremen in Betrieb

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

(nicht mehr)offene Frage

kleine Anfrage der Bundestagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (BT-Drs. 19/9850 vom 03.Mai 2019) ergab **ausweichende und unbefriedigende Antwort der Bundesregierung** (BT-Drs. 19/10366 vom 21. Mai 2019):

- **Wann wird die Transponderlösung in die AVV übernommen?**

„Zwischenzeitlich wurde ein Gutachten in Auftrag gegeben, welches eine Sicherheitsbewertung mit einschließt. Das Gutachten stellt das erreichbare Sicherheitsniveau der Transponderlösung dem der bislang genehmigungsfähigen technischen Lösungen gegenüber und soll Möglichkeiten zur weiteren Risikominderung aufzeigen. Nach dem zeitnah geplanten Abschluss der Untersuchung, ist die Vorlage eines Entwurfs der Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Kennzeichnung von Luftfahrthindernissen (AVV) vorgesehen. ***Der genaue Zeitpunkt der Verabschiedung der AVV hängt auch von der Zustimmung des Bundesrats ab****.“ (Antwort der Bundesregierung, BT-Drs. 19/10366, S. 2)*

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Entwurf zur neuen AVV liegt vor

- Verbändeanhörung, Anschreiben BMVI vom 13.09.2019, u.a.
  - Anpassung der Kennzeichnung von Windenergieanlagen an aktuelle ICAO Vorgaben
  - Anzahl und Anordnung der Befeuerungsebenen am Turm von Windenergieanlagen
  - Da die derzeitige Fassung der AVV für die BNK eine Aktivierung „unabhängig von der technischen Ausstattung des Luftfahrzeuges“ fordert, muss diese Regelung angepasst werden
    - Ziff. 5.4 AVV: „*Soll oder muss ein Luftfahrthindernis bedarfsgesteuert gekennzeichnet werden, so gelten die Vorgaben des Anhangs 6*.“

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Anhang 6 der AVV komplett überarbeitet

1. Allgemeine Anforderungen

Erfolgt die Aktivierung der Nachtkennzeichnung von Luftfahrthindernissen bedarfsgesteuert erfolgen, so muss die Nachtkennzeichnung alle Anforderungen der AVV erfüllen. Darüber hinaus ist die Nachtkennzeichnung während der Nachtstunden mit einer dauerhaft aktivierten Infrarotkennzeichnung gemäß Ziffer 3.6 zu kombinieren.

Der Wirkungsraum der BNK wird gebildet durch den Luftraum, der sich um jedes Hindernis in einem Radius von mindestens 4 000 Metern erstreckt und vom Boden bis zu einer Höhe von nicht weniger als 600 Metern (2000 Fuß [ft.]) über dem Hindernis reicht. Der gesamte Wirkungsraum ist zu erfassen.

www.dombert.de

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Die Nachtkennzeichnung darf abgeschaltet werden

- wenn sich kein relevantes Luftfahrzeug im Wirkungsraum befindet und
- die Systemintegrität gewährleistet ist.

Für die flugbetriebliche Betrachtung sind im Wirkungsraum alle Luftfahrzeuge relevant, die nach Sichtflugregeln bei Nacht (NVFR) Flüge durchführen. Spätestens beim Einfliegen von Luftfahrzeugen in den Wirkungsraum sowie während des Aufenthalts im Wirkungsraum ist die Nachtkennzeichnung zu aktivieren. Wurde die Nachtkennzeichnung durch den Einflug eines relevanten Luftfahrzeuges aktiviert, muss diese über eine Dauer von mindestens 10 Minuten aktiviert bleiben, wenn das Signal des relevanten Luftfahrzeuges vor dem Verlassen des Wirkungsraums aus unbekannten Gründen verschwindet.

Der Betreiber stellt sicher, dass das BNK-System auch bei nachträglichen Veränderungen in der Umgebung die Funktionsfähigkeit behält oder anderenfalls das System außer Betrieb genommen wird. Der Betreiber hat im Rahmen des Wartungskonzepts alle 6 Monate die ordnungsgemäße Funktion des BNK-Systems zu überprüfen. Die Dokumentation über die erfolgte Prüfung ist 2 Jahre aufzubewahren.

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Für BNK-Systeme basierend auf dem Empfang und der Auswertung von

a) Transpondersignalen gilt folgendes:

1. Das BNK-System muss mindestens folgende Signale zur Aktivierung der Nachtkennzeichnung empfangen und auswerten können
   - DF11 (Mode S)
   - Mode A/C.
2. Weitere nicht-luftfahrtzugelassene Signale und Informationen die gegebenenfalls von Luftfahrzeugen ausgesendet werden (z.B. FLARM) können ergänzend zur Aktivierung genutzt werden, nicht jedoch zur logischen Filterung der Signale nach Nummer 1.
3. Weitere Signale und Informationen des Mode-S Systems (z.B. DF17) können zur logischen Filterung der Signale nach Nummer 1 werden wenn folgende Qualitätskriterien empfangen und erfüllt sind:
   - Surveillance Integrity Level (SIL) ≥ 1,
   - System Design Assurance (SDA) ≥ 1,
   - Navigation Accuracy Category – Position (NAC_P) ≥ 7
4. Aktive Abfragen von Transpondern und Eingriffe in Systeme der Flugsicherung sind nicht zugelassen.

b) Radarsignalen gilt folgendes:

1. Das System muss Radarziele mit einer Radarrückstrahlfläche von $1m^2$ erfassen und berücksichtigen können.
2. Schwebende und langsame Luftfahrzeuge sind zu berücksichtigen

Andere Technologien können auch anerkennungsfähig sein wenn nachgewiesen wird, dass die Anforderungen dieses Anhanges erfüllt werden.

www.dombert.de

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Wesentliche Änderungen

- Gestattung von BNK-Systemen, die von der technischen Ausstattung des Luftfahrzeuges abhängig sind
- Eröffnung der Möglichkeit, weitere Luftfahrthindernisse mit einer BNK auszustatten
- Eröffnung der Möglichkeit, die Nennlichtstärke der Nachtkennzeichnungen auch in Verbindung mit BNK-Systemen auf Basis von Sichtweitenmessungen zu reduzieren.
- Es werden die Anforderungen an die Aufrechterhaltung der Funktionstüchtigkeit der BNK-Systeme konkretisiert.
- System technologieoffen
- Luftfahrzeuge mit einer Radarrückstrahlfläche von 1m² oder mehr erfassen

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Ausnahme von BNK-Pflicht

- **§ 9 Abs. 8 Satz 5 EEG** : *„Von der Pflicht nach Satz 1 kann die **Bundesnetzagentur auf Antrag im Einzelfall** insbesondere für **kleinere** Windparks Ausnahmen zulassen, sofern die Erfüllung der Pflicht **wirtschaftlich unzumutbar** ist.“*

- **Voraussetzungen:**

- **formell:**
  - Antrag
- **materiell:**
  - alter Windpark (ungeschriebene Voraussetzung, vgl. Gesetzesbegründung)
  - kleiner Windpark
  - wirtschaftliche Unzumutbarkeit

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Materielle Voraussetzungen

- **alter Windpark:** wird in Gesetzesbegründung (BT-Drs. 19/6155, S. 101) nicht näher erläutert
- **kleiner Windpark**: laut Gesetzesbegründung (BT-Drs. 19/6155, S. 101)
  - *„unter 6 Windenergieanlagen“*
- **wirtschaftliche Unzumutbarkeit**: laut BNetzA (Bundesnetzagentur, Hinweise zur Antragstellung, S. 2)
  - *„Die wirtschaftliche Unzumutbarkeit wird vermutet, wenn*
  1. *Die Windenergieanlage innerhalb von drei Jahren nach Beginn der Pflicht zur bedarfsgesteuerten Nachtkennzeichnung ihren Zahlungsanspruch nach EEG verliert, oder*
  2. *Die voraussichtlichen Kosten der Ausstattung mit einem BNK-System 3 % der voraussichtlichen Umsatzerlöse bis zum Ende der Förderdauer der Windenergieanlage übersteigen.“*

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Berechnungsformel laut BNetzA

- **BNetzA**, Hinweise zur Antragstellung, Seite 2:

  „Die voraussichtlichen Umsatzerlöse sind das Produkt aus …“

$$E_{prog} = \frac{W_{hist} * t_{rest} * P}{1826\,Tage * 100} + \frac{EZ * t_{rest}}{1826\,Tage}$$

E_{prog}:	Erwartete Einnahmen in €
W_{hist}:	in den vergangenen fünf Kalenderjahren insgesamt eingespeiste Energiemenge in kWh
t_{rest}:	Zeit zwischen Beginn der Pflicht zur bedarfsgesteuerten Nachtkennzeichnung und dem Ende der Zahlungsansprüche nach dem EEG in Tagen
P:	Zahlungsanspruch in Cent/kWh
EZ:	in den vergangenen fünf Kalenderjahren insgesamt entstandenen Ansprüche auf Entschädigungszahlungen für Einspeisemanagementmaßnahmen in €

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Nachweise des Betreibers

*„Die **voraussichtlichen Kosten** eines Systems zur bedarfsgesteuerten Nachtkennzeichnung sind zu **belegen**. Dabei ist **nachzuweisen**, dass sich der Betreiber um eine **möglichst kostengünstige Beschaffung eines luftverkehrsrechtlich zulässigen BNK-Systems** bemüht hat, wobei **auch Miet- oder Dienstleistungsangebote** zu berücksichtigen sind. Dies kann beispielsweise durch die Vorlage von aktuellen Kostenvoranschlägen oder Angeboten erfolgen. Dabei sind nicht nur **unterschiedliche Anbieter**, sondern auch **unterschiedliche technische Systeme** zu berücksichtigen, soweit diese luftfahrtrechtlich grundsätzlich zulässig sind. In **betreiberheterogenen Windparks** sollte auch die **Möglichkeit eines gemeinschaftlich genutzten BNK-Systems** mitgedacht werden.“*

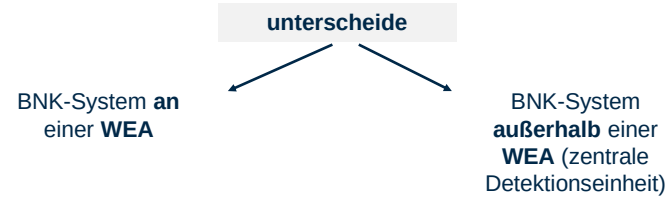
DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

BNK im Genehmigungsverfahren

- Einrichtung erfordert eine **Vielzahl behördlicher Genehmigungen bzw. Zustimmungen** immissionsschutzrechtliche Genehmigung / Baugenehmigung
  - Anerkennung des BNK-Systems durch die DFS und Zustimmung der zuständigen Luftfahrtbehörde
  - ggf. Frequenzzuteilung durch die BNetzA,

  => zeitaufwendig!

⇨ Vorgehensweise ist **abhängig** von gewählter **technischer Lösung**



DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Genehmigung des BNK-Systems

- **BNK-System** als solches braucht **keine eigenständige immissionsschutz-rechtliche Genehmigung**, **weil** es **keine genehmigungsbedürftige Anlage** i.S.d § 4 Abs. 1 BImSchG i.V.m. § 1 der 4. BImSchV darstellt

- ob Genehmigungen nach Immissionsschutzrecht nötig sind, hängt von **Einordnung des BNK-Systems als Nebeneinrichtung** i.S.d. § 1 Abs. 2 Nr. 2 der 4. BImSchV ab

↓

Nebeneinrichtung = Anlagenteile, die für die Erfüllung des Anlagenzwecks nicht erforderlich sind, gleichwohl aber in ihrem Funktionszusammenhang mit dienenden und untergeordneten Charakter auf die Haupteinrichtung ausgerichtet sind

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Systematik

BNK-System als **Nebeneinrichtung** bei **neuer WEA**

↓

BNK-System von immissionsschutzrechtlicher Genehmigung der WEA umfasst, § 13 BImSchG

BNK-System als **Nebeneinrichtung** bei **Bestands-WEA**

↓

Wesentliche Änderung?

↙ ↘

(-): Änderungs-anzeige, § 15 BImSchG

(+): Änderungs-genehmigung, § 16 BImSchG

BNK-System **ohne Eigenschaft als Nebeneinrichtung** bei **neuer WEA** und **Bestands-WEA**

↓

ggf. Baugenehmigung

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

BNK-System als Nebeneinrichtung bei Bestands-WEA

- ob **Änderungsanzeige** oder **Änderungsgenehmigung** erfolgen muss, hängt von **Wesentlichkeit der Änderung** ab => **Einzelfallprüfung**

  mindestens Änderungsanzeige erforderlich, **Vorgehensweise**:

- Änderung hat nur g**eringfügige Auswirkungen** auf die Schutzgüter des § 1 BImSchG

  ↓

  unwesentliche Änderung

  ↓

  Änderungsanzeige, § 15 BImSchG

- **nachteilige Auswirkungen**, die für die Prüfung der Genehmigungs-voraussetzungen nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG relevant sein können

  ↓

  wesentliche Änderung

  ↓

  Änderungsgenehmigung, § 16 BImSchG

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

BNK-System ohne Eigenschaft als Nebeneinrichtung bei neuer WEA und Bestands-WEA

- ggf. eigenständige **baurechtliche Genehmigung** erforderlich
- vgl. **bauordnungsrechtliche Vorschriften des jeweiligen Landes**

  BNK-System muss:
  - genehmigungspflichtig

  und

  - genehmigungsfähig sein
    - **Einhaltung** der Anforderungen des **Bauordnungsrechts** des jeweiligen Landes
    - **Einhaltung** der Anforderungen des **Bauplanungsrechts**, §§ 29 ff. BauGB

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Anerkennung des BNK-Systems

1) **Generelle Anerkennung des BNK-Systems durch die DFS**
2) **Standortspezifische Prüfung durch die DFS**
   - Prüfung der standortspezifischen Voraussetzungen des Anhangs 6 der AVV
   - **beachte:** wesentliche nachträgliche Änderungen müssen der DFS angezeigt werden
3) **Zustimmung der Luftfahrtbehörde (§ 29 Abs. 1 LuftVG)**
   - Luftfahrtbehörde entscheidet aufgrund der Stellungnahme der DFS, die auf Anerkennungsverfahren beruht
   - durch den Betrieb der WEA mit BNK-System darf **keine Gefahr für** den **Luftverkehr** entstehen
   - Gefahrenlage (-), wenn **optische Wahrnehmbarkeit der WEA** durch BNK-System verlässlich **gewährleistet** ist

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Frequenzzuteilung durch die Bundesnetzagentur

- ob Frequenzzuteilung nötig ist, hängt davon ab, ob BNK-System auf die Nutzung von Radarfrequenzen angewiesen ist
- **Frequenzzuteilung** bei BNK-Systemen nicht als Allgemein-, sondern als **Einzelzuteilung i.S.d. § 55 Abs. 3, 4 TKG**, weil BNK-Systeme mit hoher Sendeleistung arbeiten und einer besonderen Koordinierung bedürfen
- **materielle Voraussetzungen für Frequenzzuteilung, § 55 Abs. 4 Satz 1 und Abs. 5 Nr. 1-4 und Sätze 2-3 TKG**
  - Frequenz muss für die vorgesehene Nutzung im Frequenzplan ausgewiesen sein
  - Frequenz muss verfügbar sein
  - Verträglichkeit mit anderen Frequenznutzungen muss gegeben sein
  - effiziente und störungsfreie Frequenznutzung muss sichergestellt sein
  - Frequenznutzung muss mit den Regulierungszielen nach § 2 TKG vereinbar sein
  - ggf. ist Benehmen der zuständigen Landesbehörde erforderlich

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Handlungsempfehlungen

- **Rahmenbedingungen** der Pflichterfüllung nach § 9 Abs. 8 EEG 2017 zeitnah mit Entscheidungsträgern **klären**
- ggf. **frühzeitige Beantragung** einer **Ausnahme** nach § 9 Abs. 8 Satz 5 EEG 2017
- regelmäßig über **rechtliche**, v.a. mögliche Verlängerung der Umsetzungsfrist sowie Änderung der AVV, und t**echnische Entwicklungen** informieren
- frühzeitige **Bemühung** um Ausstattung mit **BNK-Systemen**

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Foto: 2017 Disney und Egmont Ehapa Media)

5. Schadenersatz wegen schuldhaft verzögerter Genehmigungserteilung

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Ausgangslage

- **2014** Antrag auf Genehmigung für zwei WEA
- **2015** Genehmigung für eine WEA (2016 in Betrieb), **über die 2. WEA wurde jedoch nicht entschieden, weil die Behörde keiner Abweichung von den Abstandsflächenvorschriften zustimmen wollte**
- **2015 Untätigkeitsklage vor VG Halle gewonnen**: Anspruch auf reduzierte Abstandsfläche (U. v. 24.04.2016, 2 A 97/15)
- **August 2016** Genehmigung für die 2. WEA erteilt, **Februar 2017** WEA in Betrieb genommen

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Schaden wegen verzögerter Genehmigung

- Höhere Vergütung für WEA, die im Sommer 2016 in Betrieb gegangen sind, als für WEA, die erst im Februar 2017 in Betrieb gegangen sind (8,68 Cent/kWh zu 8,39 Cent/kWh) => **Differenz ist Schaden wegen verzögerter Genehmigung**

- **Klageanträge:** Ersatz bereits entstandener Schaden (ca. 11.000 €) und Feststellung für kommende Schäden (je nachdem, wie viel Strom eingespeist wird)

voraussichtlich ca. 250.000 €!

www.dombert.de

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Anspruchsgrundlage

Schadensersatz aus Amtshaftung nach § 839 Abs. 1 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG => **Zivilgericht prüft eigenständig tatbestandliche Voraussetzung Amtshaftung**:

1) Bindungswirkung Urteil VG Halle => Nichterteilung der Genehmigung war objektiv rech**tswidrig**
2) Verzögerung kausal für Schaden
3) Höhe Schaden "bewiesen"?
4) objektiv rechtswidrige Nicht-Bearbeitung des Genehmigungsantrages **schuldhaft**

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Verschulden der Behörde

- Vorwurf: Behörde hätte Antrag schneller bearbeiten und früher bescheiden müssen
- durch Urteil des VG Halle **objektiv-rechtlich** bindend, dass Bauordnungsrecht der Genehmigung nicht entgegenstand
- Aber: Nachweis, dass Genehmigungsbehörde diese objektive Rechtslage nicht erkannt hat, Verzögerung ihr damit wegen Verschuldens zuzurechnen

- **Maßstab:** abweichende Bewertung der Behörde (nicht) vertretbar?

www.dombert.de

Landgericht Halle
Geschäfts-Nr.: 5 O 432/17

Abschrift

Verkündet am: 15.02.2019
Ungermann
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

EINGEGANGEN
21. FEB. 2019

Im Namen des Volkes!
Urteil

In dem Rechtsstreit

[redacted] vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin [redacted]

Klägerin,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte DOMBERT, Mangerstraße 26, 14467 Potsdam, Geschäftszeichen: 1162/17 GN08

gegen

Burgenlandkreis, vertreten durch den Landrat, Schönburger Straße 41, 06618 Naumburg,

Beklagter,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. Eick & Partner, Schützenstraße 10, 39071 Hamm, Geschäftszeichen: 21010120/18 SC Ca

wegen Amtshaftung

hat die 5. Zivilkammer des Landgerichts Halle durch die Richterin am Landgericht Keil als Einzelrichterin auf die mündliche Verhandlung vom 10.12.2018 für Recht erkannt:

1. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 11.682,34 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 9.044,39 € seit dem 14.01.2018 bis zum 18.04.2018 und auf 11.682,34 € seit dem 19.04.2018 zu zahlen.

2. Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtliche Schäden zu ersetzen, die dieser aus der rechtswidrigen Verweigerung und Verzögerung der beantragten immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb einer Windenergieanlage am Standort Gemarkung [redacted] zukünftig noch entstehen werden, insbesondere, dass jene Schäden zu ersetzen sind, die daraus resultieren, dass die

LG Halle Urteil vom 15.02.2019 – 5 O 432/17

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Entscheidungsgründe – Amtspflichtverletzung

Der Mitarbeiter des Beklagten Herr [redacted] hat Amtspflichten objektiv verletzt: Insbesondere hat er eine gebotene Handlung unterlassen und gegen die Pflicht, Anträge gewissenhaft, sachdienlich und mit gebotener Beschleunigung zu bearbeiten sowie sie in angemessener Frist zu bescheiden, sobald die Antragsprüfung abgeschlossen ist, verstoßen (Sprau in: Palandt, BGB, 76. Auflage, § 839, Rn. 31 und 33).

Ferner hat er gegen die Pflicht, ein ihm eröffnetes Ermessen rechtsfehlerfrei auszuüben – als Ausformung der allgemeinen Pflicht zu gesetzmäßigem Verhalten (Sprau, ebenda, § 839 Rn. 32 und 34) verstoßen.

Dies hat das Verwaltungsgericht Halle in seinem rechtskräftigen Urteil vom 26.04.2016 – für das Zivilgericht bindend – festgestellt. Denn wie von ihm ausgeführt, war die Versagung der begehrten immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb der WEA 1 rechtswidrig, die Klägerin hatte einen Anspruch auf diese Genehmigung.

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Entscheidungsgründe - Verschulden

Die objektive Verletzung der drittschützenden Amtspflicht erfolgte auch subjektiv schuldhaft, und zwar grob fahrlässig, weil die erforderliche Sorgfalt im besonders groben Maße missachtet wurde.

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Wie ging es weiter?

- Berufung des unterlegenen Landkreis zum OLG Naumburg
- Vergleichsverhandlungen und Einigung mit Landkreis (Kommunalen Schadensausgleich = Versicherung der Behörde)

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Für Rückfragen wenden Sie sich bitte an
Rechtsanwalt Janko Geßner und
Rechtsanwalt Dr. Jan Thiele

Campus Jungfernsee
Konrad-Zuse-Ring 12A
14469 Potsdam

Tel. 0331 62042-70
Fax 0331 62042-71

post@dombert.de
www.dombert.de