Biomasse | Windenergie | Photovoltaik | Energierecht | E-Mobilität | Luftverkehr

Rückbaukosten im Fokus: Aktuelle Rechtsprechung zur Verantwortung beim Rückbau von Windkraftanlagen

MASLATON Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Leipzig • München • Köln

Moritz Müller
Rechtsanwalt

MASLATON Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

- Hauptsitz in Leipzig mit weiteren Standorten in Köln und München, 2002 gegründet
- Beratungsschwerpunkte sind das Verwaltungsrecht, Energierecht, Zivilrecht mit Fokus auf dezentralen EE- und KWK-Projekten, M&A in der EE-Branche, Datenschutz- und Luftverkehrsrecht
- Fachspezifische, technische, interdisziplinäre Expertise www.qmvcheck.de
- Wissenschaftliche Expertise durch Veröffentlichungen und universitäre Vorlesungen
- Standort Leipzig in der Eigenversorgung durch KWK- und PV-Anlage, E-Mobilität
- Verbandsengagement sowie sachverständige Stellungnahmen in diversen Gesetzgebungsverfahren

MASLATON
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Leipzig · München · Köln

Moritz Müller

Rechtsanwalt Moritz Müller betreut bei der Maslaton Rechtanwaltsgesellschaft mbH beratend und forensisch zahlreiche Projekte zur Errichtung von Erneuerbaren-Energien-Anlagen in Frage des Verwaltungsrechts, insbesondere zur Errichtung von Windenergie- und Photovoltaikanlagen sowohl im verwaltungsbehördlichen als auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren.

Dabei ist er vor allem auf den Gebieten des Immissionsschutz-, des Luftverkehrs-, Kommunal- und des Bauplanungsrechts tätig.

Wissenschaftlich betreut er im universitären Betrieb die Vorlesung Umweltrecht II (Prof. Dr. Martin Maslaton) an der TU Chemnitz. Er ist Vorstandsmitglied sowie Beiratssprecher im RDR Wind e.V.

Die Themen:

I. Warum Rückbau?

II. Was muss weg?

III. Wie viel Sicherheit?

IV. Was nun?

I. Warum Rückbau?

1. Gesetzeswortlaut

- <u>§ 35 Abs. 5 BauGB:</u>

„[…] Für [WEA] ist als weitere **Zulässigkeitsvoraussetzung** eine **Verpflichtungserklärung** abzugeben, das **Vorhaben** nach dauerhafter Aufgabe der zulässigen Nutzung **zurückzubauen** und **Bodenversiegelungen** zu **beseitigen**; […] Die Baugenehmigungsbehörde soll durch nach Landesrecht vorgesehene **Baulast** oder in **anderer Weise** die Einhaltung der Verpflichtung nach Satz 2 […] sicherstellen.“

1. Gesetzeswortlaut

- <u>Landesbauordnungen:</u>
  - i.d.R. erst nach langer Nutzungsaufgabe, Verfall
  - nicht in allen Bundesländern geregelt
  - Spezielle Regelungen oftmals in Erlassen enthalten (z.B. Rückbauerlass Hessen, Windenergie-Erlass Niedersachsen)

2. Wirkung

- Abgabe einer Selbstverpflichtungserklärung zu Rückbau und Beseitigung der Bodenversiegelung als Genehmigungsvoraussetzung!
- Behörde muss im Zweifel Rückbau mittels Bescheid festsetzen und diesen vollstrecken (sog. Ersatzvornahme
- (Nur!) diese Kosten werden mit der Rückbausicherheit gesichert

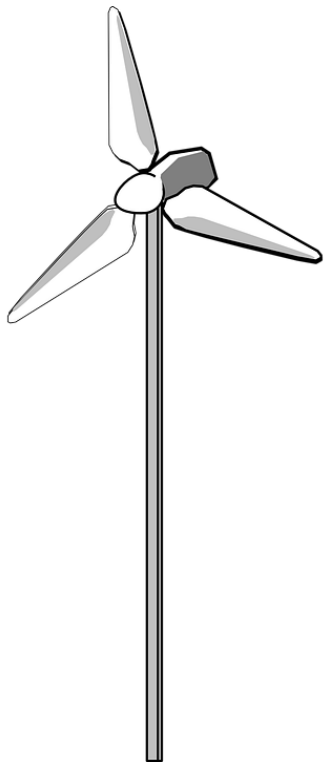
3. Problem

- Höhe der Rückbausicherheit ist bundesrechtlich nicht geregelt
- Regelung wäre auch schwierig herzustellen
- Folge: Bundesländer stellen eigene Regeln auf (Erlasse, Rundschreiben etc. pp.)

II. Was muss weg?

1. Umfang des Rückbaus von Windenergieanlagen

- Verpflichtung zum Rückbau erfasst:
  - nach § 35 Abs. 5 S. 2 und 3 BauGB **alle Teile**
  - d.h. Turm, Turbine, Nebengebäude, Zuwege, etc.
- Rückbau von Leitungen von Verpflichtung erfasst?
- Rückbau des Fundaments von Verpflichtung erfasst?



2. Rückbau von Leitungen

- Rückbauverpflichtung nach § 35 Abs. 5 BauGB umfasst alle ober- und unterirdischen Anlagen und Anlagenteile
- Voraussetzung: Leitungen von BImSchG-Genehmigung umfasst
- Umfang der Verpflichtung: im Rahmen des § 5 Abs. 3 Nr. 3 BImSchG ist (lediglich)die Wiederherstellung eines ordnungsgemäßen Zustandes des Anlagengrundstücks umfasst
- keine gesetzliche Verpflichtung zum Rückbau <u>aller</u> Leitungen

2. Rückbau von Leitungen

- Windenergie-Erlass Niedersachsen vom 20.07.2021, Ziff. 3.5.2.3.:

„Rückbau im Sinne dieser Vorschrift bedeutet die Beseitigung der Anlage, welche der bisherigen Nutzung diente, und insoweit die Herstellung des davor bestehenden Zustandes. Zurückzubauen sind grundsätzlich ***alle ober- und unterirdischen Anlagen und Anlagenteile*** *sowie die* ***zugehörigen Nebenanlagen*** *wie Leitungen, Wege und Plätze und sonstige versiegelte Flächen.*

In Ausnahmefällen kann aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalles die Anordnung eines vollständigen Rückbaus unverhältnismäßig sein oder gewichtige öffentliche Belange beeinträchtigen. Im letzteren Fall ist im Rahmen einer Ermessensausübung gemäß § 79 NBauO abzuwägen, inwieweit diesen öffentlichen Belangen Rechnung getragen werden soll.“

3. Rückbau des Fundaments

- grundsätzlich ja
- Fraglich: bis zu einer bestimmten Tiefe oder vollständig?
- im Wesentlichen zwei Gründungsvarianten:
  - Flächengründung
  - Pfahlgründung (Tiefgründung durch Rammen oder Bohren von Pfählen in den Boden)
- bei Flächengründung → vollständiger Rückbau möglich
  - nur dieser stellt Boden in ursprünglicher Form wieder her
  - beseitigt Bodenversiegelung

3. Rückbau des Fundaments

- bei Pfahlgründung – vollständiger Rückbau sinnvoll und möglich?
  - Beseitigung der Fundamentplatte möglich und somit Beseitigung der Versiegelung des Bodens
  - Entfernung der Pfähle → nicht immer möglich / sinnvoll
  - geht mit erheblicher Beeinträchtigung der Bodenstruktur einher
  - Kosten stehen Verhältnismäßigkeit der Rückverpflichtung entgegen
- Privatrechtliche Rückbauverpflichtungen können durch Regelungen in Pachtverträgen mit Flächeneigentümer vereinbart werden

3. Rückbau des Fundaments

- grundsätzlich kennt Rückbauverpflichtung keine Unterscheidung zwischen Gründungsvarianten
- Rechtsprechung: vollständiger Rückbau (auch bei Pfahlgründung)
- VGH Kassel, Beschluss vom 12.01.2005 (Az.: 3 ZU 2619/03):

„Um die Beeinträchtigung beim Landschaftsbild und im Funktionszusammenhang beim Schutzgut Boden rückgängig zu machen, ist nicht nur der Ausbau des oberirdischen Teils der Windkraftanlage geboten, sondern ***auch die Entfernung des Betonfundaments****.“*

3. Rückbau des Fundaments

- Landesbauordnungen: Teil – oder vollständiger Rückbau
- Verwaltungsvorschriften der Länder fordern vollständigen Rückbau des Fundaments in unterschiedlicher Deutlichkeit, z.B. Brandenburg:

„Nach § 35 Abs. 5 Baugesetzbuch i.V.m. § 72 Abs. 2 Brandenburgische Bauordnung sind die Anlagen nach dem Ende der Nutzungsdauer vollständig zu beseitigen. ***Ein Verbleib von Fundamenten im Erdreich ist daher grundsätzlich unzulässig****.“*

Antwort der Landesregierung auf die Kleine Anfrage Nr. 3344 vom 19.03.2018 (Frage 6), LT-Drucks 6/8432

3. Rückbau des Fundaments

- Fazit:
  - vollständige Entfernung muss möglich und ökologisch sinnvoll sein
  - Übermäßige Kosten stehen Verhältnismäßigkeit der Rückbauverpflichtung entgegen
- Lösungsansatz:
  - ➢ Unterscheidung zwischen Gründungsvarianten
  - ➢ Reduzierung des Anwendungsbereichs der Rückbauverpflichtung bei Pfahlgründung auf Fundamentplatte
  - ➢ Pfähle werden nicht von Verpflichtung erfasst

4. Sicherung des Rückbaus

- Absicherung der Finanzierung der Rückbaukosten vor Genehmigungserteilung ist Genehmigungsvoraussetzung
- mögliche Sicherungsmittel:
  - Baulast
  - Selbstschuldnerische Bank- oder Konzernbürgschaft
  - Festgeldkonto
  - Verpfändung von Gegenständen oder Rechten
  - Ausfallversicherung
  - Hinterlegung der Sicherheitsleistung in Geld

4. Sicherung des Rückbaus

- Höhe: vollständige Rückbaukosten (auch Kostensteigerung, Inflation)

- **Problem:** keine bundeseinheitliche Berechnungsformel

III. Wie viel Sicherheit?

1. Flickenteppich

Baden-Würtemberg	„pflichtgemäßes Ermessen“
Bayern	„teils Kostenschätzung, teils prozentualer Wert, teils fester Betrag pro Megawatt“
Brandenburg	10 % der Rohbaukosten
Hessen	1000 € x Nabenhöhe
Nordrhein-Westfalen	6,5 % der Gesamtinvestitionskosten
Sachsen	„voraussichtliche Kosten“
Sachsen-Anhalt	30.000 €/MW + 20 % (Inflation)
Schleswig-Holstein	4 % der Herstellungskosten oder Kostenberechnung + 40 % Inflation

(ohne Anspruch auf Vollständigkeit)

2. Sonderfall: Niedersachsen!

- Windenergie-Erlass Niedersachsen vom 20.7.2021, Ziff. 3.5.2.3:

*„Die Höhe der Sicherheitsleistung ergibt sich in der Regel aus der Formel **Nabenhöhe** der WEA [m] **x 1000 [EUR/m]** = Betrag der Sicherheitsleistung [EUR]. In begründeten Einzelfällen, d. h. bei Vorliegen außergewöhnlicher Konstellationen, kann eine abweichende Bemessung der Sicherheitsleistung vorgenommen werden. Der Betrag der Sicherheitsleistung ist so kalkuliert, dass er die im Zusammenhang mit den Rückbauaufwendungen anfallende Umsatzsteuer enthält.“*

3. Auftritt: OVG Lüneburg!

- Urteil vom 13.10.2022 (Az.: 12 MS 188/21):

*„Die auf der Grundlage des § 35 Abs. 5 Satz 3 BauGB grundsätzlich zu fordernde **Sicherheitsleistung** für den Rückbau einer Windenergieanlage muss auch die Kosten eines solchen Rückbaus abdecken, der im Wege einer Ersatzvornahme erfolgt, die erst nach einem erwartbaren, fernen Ende der Laufzeit der Anlage erforderlich wird. Die Bemessung der Rückbausicherheit hat deshalb die bis dahin **voraussichtlich eintretenden Preis- und Kostensteigerungen einzubeziehen**.“*

3. Auftritt: OVG Lüneburg!

- Urteil vom 13.10.2022 (Az.: 12 MS 188/21):

„Zu Recht macht aber der Antragsteller geltend, dies beruhe darauf, dass in der Aufstellung mit den negativen Kostenpositionen von zusammen 204.280,- EUR (exklusive 19 % Mehrwertsteuer) zu Unrecht 64.200,- EUR verrechnet wurden, die an ***Erlösen aus Recycling und Wiederverkauf (Stahlschrott, Alteisen, Kupfer) von Anlagenbestandteilen*** *zu erzielen seien. Es ist in der obergerichtlichen Rechtsprechung zutreffend geklärt, dass solche Erlöse* ***nicht gegengerechnet werden dürfen****, weil weder gesichert ist, dass sie (etwa im Havariefall) überhaupt in nennenswerter Höhe anfallen, noch, dass sie dann dem Verwaltungsträger der Behörde zustünden, die einen Rückbau im Wege der Ersatzvornahme durchzuführen hätte.“*

4. Rechenbeispiel

- Rückbaukosten (inkl. Erlöse aus Recycling): 180.760 €
- Progn. Preissteigerungen: 49,89 %
- Progn. Rückbaukosten: 270.941,16 €
- zzgl. Mehrwertsteuer: 322.419,99 €
- Differenz zum Erlass: ca. 185.000 Euro

III. Was nun?

1. Problem

- Höhe der Rückbausicherheit ist bundesrechtlich nicht geregelt
- Regelung wäre auch schwierig herzustellen
- Folge: Bundesländer stellen eigene Regeln auf (Erlasse, Rundschreiben etc. pp.)

2. Vorgehen macht Schule

- Höhe der Rückbausicherheit steigt bundesweit
- Bundesländer wenden OVG Lüneburg in vorauseilendem Gehorsam an
- insbesondere vor dem Hintergrund hoher Inflation problematisch

3. Position des RDR Wind

- grundlegend: Rückbau muss sauber, strukturiert, nachhaltig und transparent ablaufen
  - DIN SPEC 4866
  - Achtung: Entwurf der DIN-Norm 4866 ist erschienen - Inkrafttreten voraussichtlich 2026
- Branche hat daher eine große Verantwortung für diesen Prozess
- dieser Verantwortung muss die Branche gerecht werden (und wird sie auch!)
- immer höhere Sicherheiten führen zu (zu hoher) finanzieller Belastung der Betreiber
- das schadet dem Wettbewerb und damit der Innovation

3. Position des RDR Wind

- WEA, die in den Rückbau gehen, sind als volkswirtschaftliche Assets zu begreifen!
- etablierte Standorte, hohe gesellschaftliche Akzeptanz, Synergieeffekte beim Repowering
- WEA als Schlüsseltechnologie der Energiewende – WEA sind keine Ewigkeitslast
- neue nationale und europäische Regularien im Bereich Kreislaufwirtschaft verstärken Herausforderungen, aber auch Chancen

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

MASLATON
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Leipzig · München · Köln

Moritz Müller
Rechtsanwalt