

8. Windenergietag Rheinland-Pfalz

**Planungs- und genehmigungsrechtliche  
Präqualifikationsmerkmale  
bei einem Ausschreibungsdesign für Windkraft an Land**

**Frank Sailer**

Bingen, 25. Juni 2015

## Agenda

- Kurzvorstellung Stiftung Umweltenergierecht
- Ziele und Hintergründe
- Anknüpfungspunkte im Planungsrecht
- Anknüpfungspunkte im Genehmigungsrecht
- Fazit

# **STIFTUNG UMWELTENERGIERECHT – ZUKUNFTSWERKSTATT FÜR DAS RECHT DER ENERGIEWENDE**

## Würzburger Gespräche zum Umweltenergierecht

- Fachgespräche, Workshops und Tagungen zu aktuellen rechtlichen Themen der Energiewende
- Förderung des Austauschs von Wissenschaft und Praxis

## Recht der Erneuerbaren Energien

- Analyse des Rechtsrahmens für Wind, Sonne, Biomasse, Wasser und Geothermie
- Forschungsprojekte in den Bereichen Strom, Wärme und Mobilität
- Entwicklung konkreter Vorschläge zur Fortentwicklung der jeweiligen Instrumente und weiterer Elemente des Rechtsrahmens

## Europäisches Umweltenergierecht

- Untersuchungen zum europäischen Rechtsrahmen
- Rechtsvergleichende Analysen zum Recht der verschiedenen EU-Mitgliedsstaaten
- Entwicklung konkreter Vorschläge zur Fortentwicklung des Europarechts

# Stiftung Umweltenergierecht

## Schriften zum Umweltenergierecht

- Veröffentlichung zentraler Forschungsergebnisse der Stiftung Umweltenergierecht
- Forum für rechtswissenschaftliche Dissertationen zur Energiewende

## Dissertationsprogramm Umweltenergierecht

- Organisation eines Doktorandennetzwerkes
- Verleihung eines Dissertationspreises

## Energie- infrastrukturrecht

- Forschungsvorhaben zum Um- und Ausbau der Strom- und Gasnetze
- Untersuchungen zum Rechtsrahmen für Energiespeicher
- Entwicklung konkreter Vorschläge zur Fortentwicklung des Rechtsrahmens für Speicher und Netze

# Stiftung Umweltenergierecht

- Gegründet am 1. März 2011 von 46 Stiftern, mittlerweile 26 Zustiftungen
- Zweck ist die Förderung der Rechtswissenschaft auf dem Gebiet des Klimaschutz- und Umweltenergierechts

## **Leitfrage: Wie muss sich der Rechtsrahmen ändern, damit die klima- und energiepolitischen Ziele erreicht werden können?**

- Operativ tätig als gemeinnütziges, außeruniversitäres Forschungsinstitut mit rund 25 Rechtswissenschaftlern
- Teil eines interdisziplinären und europäischen Forschungsnetzwerkes
- Finanzierung über Zuwendungen und Spenden sowie Aufträge der öffentlichen Hand wie Ministerien und EU-Kommission
- Forschungsschwerpunkt Windenergierecht
- Forschungsvorhaben u.a. „WindPlan“ und „IRSEE“
- <http://www.stiftung-umweltenergierecht.de/>

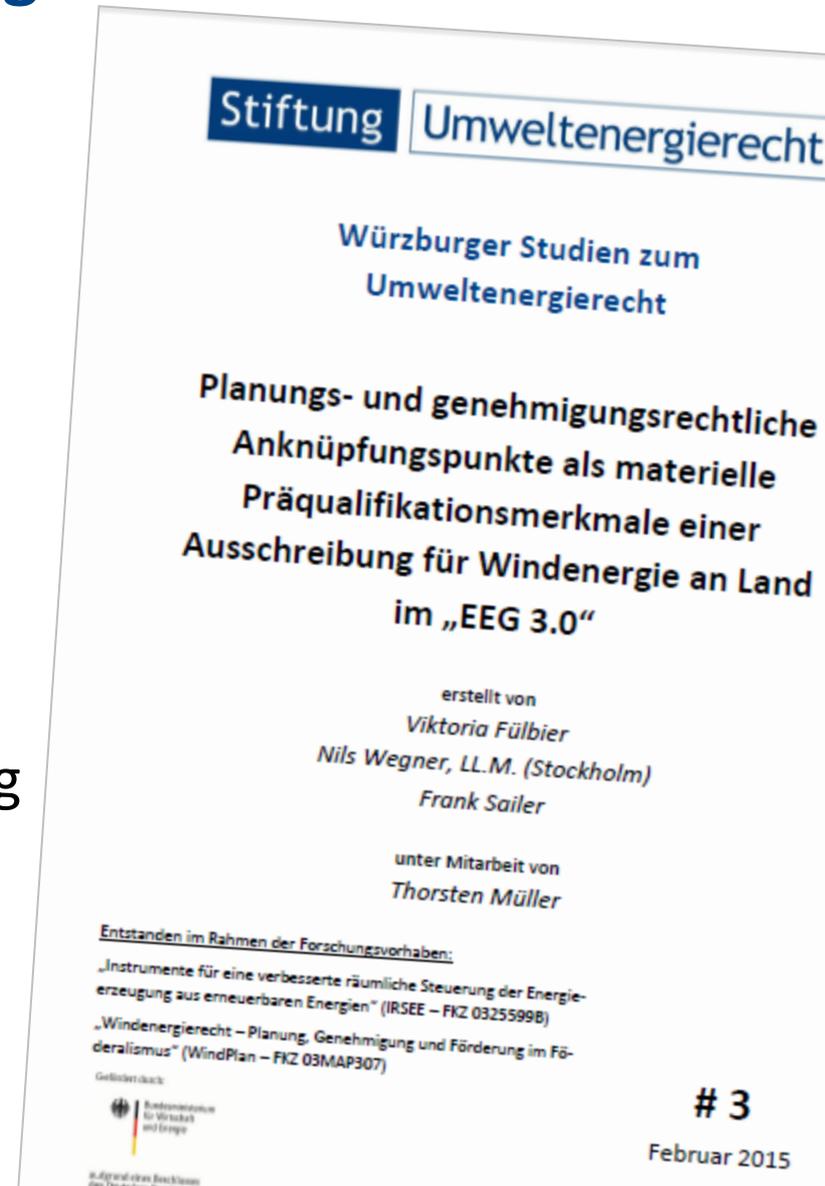
# A. ZIELE UND HINTERGRÜNDE

# I. Ziele und Hintergründe

- Hintergründe:
  - Umstellung des EEG auf Ausschreibungen
  - Bei PV → planungsrechtliche Präqualifikationsmerkmale
  - Suche nach geeigneten materiellen Kriterien für Wind
- Frage:
  - Welche planungs- und genehmigungsrechtlichen Anknüpfungspunkte kommen für eine Präqualifikation im Rahmen eines Ausschreibungsverfahrens in Frage?
- Maßgebliche Kriterien
  - Hohe Realisierungswahrscheinlichkeit des Vorhabens
  - Hoher Realisierungswillen des Vorhabenträgers
  - Rechtsicherheit
  - Sicherstellung der Ausbauziele (4-4,5 GW jährlicher Neubaubedarf)
  - Einhaltung der Ausbaukorridore (§ 3 EEG 2014)

## II. Hintergrund und Ausgangsfrage der Studie

- Seit 2013 bzw. 2014 Forschungsvorhaben IRSEE und WindPlan mit Förderung des BMWi
- Bitte des BMWi zur Untersuchung des Planungs- und Genehmigungsrechts
- Untersuchungsanliegen: Identifikation möglicher Anknüpfungspunkte und Bewertung der Aussagekraft im Hinblick auf Realisierungswillen und -wahrscheinlichkeit



### III. Wir machen's einfach wie bei PV-Freiflächen?

- Bebauungsplan als früher Anknüpfungspunkt
- Aber: PV und Wind sind planungs- und genehmigungsrechtlich nicht vergleichbar
- Bei Wind...
  - gibt es eine Außenbereichsprivilegierung („planersetzend“)
  - ist ein Bebauungsplan keine entscheidende Vss für Genehmigung („Baurecht“)
  - gibt es viele verschiedene planungsrechtliche Flächenkulissen
  - findet die räumliche Steuerung auf viel höheren Planungsebenen statt (z.B. Regionalplan)
  - ist genehmigungsrechtliche Konfliktlage eine ganz andere (Radar, Rotmilan, Fledermäuse, Denkmalschutz)
  - etc.

# **B. ANKNÜPFUNGSPUNKTE IM PLANUNGSRECHT**

## I. Zur Bedeutung des Planungsrechts bei Wind (I)

- Zwar kann Genehmigung versagt werden, wenn ein Außenbereichsvorhaben Bedürfnis nach förmlicher Planung auslöst
- Vorheriges Planungsbedürfnis liegt aber nur vor, „wenn die durch das Vorhaben berührten öffentlichen und privaten Belange einen **in erster Linie planerischen Ausgleich erfordern**“ (BVerwG – 4 C 5/01)
  - Regelmäßig nur bei sonstigen Vorhaben nach § 35 II BauGB
  - Nicht bei privilegierten Vorhaben nach § 35 I BauGB
- Daher: Nutzung der Windenergie bedarf keiner vorherigen förmlichen Planung als Genehmigungsvoraussetzung
- Allein schon gesetzliches Steuerungsprogramm (§ 35 I, III 3 BauGB) ausreichend (BVerwG – 4 B 55/04)

## I. Zur Bedeutung des Planungsrechts bei Wind (II)

- Positive Planung weder notwendig (→ planersetzende Vorschriften, insbesondere § 35 I BauGB) noch alleine ausreichend für Genehmigung/Realisierung einer WEA
- Daher eher entscheidend, dass dem Vorhaben (lediglich) kein Planungsrecht entgegensteht
- Maßgebliche Planungsgrundlagen stetig veränderlich (Anpassung, Fortentwicklung, Aufhebung durch Gerichte)
- Kein rechtlich zwingendes Beziehungsverhältnis zwischen Vorliegen einer Planung und Realisierungswahrscheinlichkeit des Vorhabens
- Allenfalls: graduell unterschiedliche Erhöhung, z.B. Vorliegen eines Bebauungsplans wohl als starkes Indiz (entgegenstehende Belange bereits abgewogen)
- Aber: Planungszeit/-kosten, praktische Bedeutung?

## II. Planungsrechtliche Flächenkulisse (I)

### 3 Grundkonstellationen:

- Vorhaben im Außenbereich **ohne Positivplanung**
  - aber: viell. doch entgegenstehender Wille von Planungsträgern
  - zumindest: keine Planungskosten/-zeit, entspricht der Gesetzeslage
- Vorhaben im Außenbereich **mit Positivplanung**
  - aber: keine Genehmigungsvoraussetzung, Planungskosten/-zeit, Auswirkung von Planaufhebungen (ganze Region betroffen)
  - zumindest: idR dann kein entgegenstehender Wille der Planungsträger
- Vorhaben **im Planbereich** (z.B. vorhabenbezogener B-Plan)
  - aber: keine Genehmigungsvoraussetzung, erfordert Vertragsverhältnis, Vertrags- und Planungskosten/-zeit, Folgefrage: Vorhabenträger vor Zuschlag „bereit und in der Lage“?
  - zumindest: Realisierungswahrscheinlichkeit erhöht

## II. Planungsrechtliche Flächenkulisse (II)

- Anknüpfung an nur eine der Konstellationen alleine (z.B. B-Plan) führt zum Ausschluss der anderen (vgl. planfestgestellte PV-Anlagen nicht im jetzigen Ausschreibungssystem)
- Anknüpfung an alle Konstellationen
  - hebt Filterfunktion der Präqualifikation auf, praktisch überflüssig
  - könnte allenfalls Vorhaben ausschließen, die aufgrund entgegenstehender Planungen planungsrechtlich unzulässig sind (z.B. im Gebiet mit Ausschlusswirkung)
- dann aber weniger einzelne Konstellationen maßgeblich, sondern lediglich darauf abzustellen, dass dem Vorhaben kein Planungsrecht entgegensteht
- Diskussion erübrigt sich, wenn Genehmigungsbescheid Anknüpfungspunkt

# C. ANKNÜPFUNGSPUNKTE IM GENEHMIGUNGSRECHT

# I. Zur Bedeutung des Genehmigungsrechts bei Wind

- Genehmigung ist – anders als Pläne – zwingende Bedingung für Realisierung einer WEA
- Genehmigung vs Erreichen bestimmter Teilschritte im Genehmigungsverfahren?
  - Pr: zum Teil Entfallen bei vereinfachtem Verfahren (z.B. Öff.beteiligung), wenngleich Wahlrecht des Vorhabenträgers hinsichtl. förmlichem Verfahren
  - Pr: Indizfunktion für Realisierung/Ernsthaftigkeit von Geboten
  - Pr: wohl kein „Point of no return“/„Tipping Point“ im Verfahren
    - » Vollständiger Antrag?
    - » Vollständigkeitsbestätigung?
    - » Beginn / Abschluss der Öffentlichkeitsbeteiligung?
  - Jedenfalls keine stetig steigende Wahrscheinlichkeit im Verfahrensablauf

## II. Genehmigungsrechtliche Anknüpfungspunkte (I)

Anknüpfung an

- Raumordnungsverfahren (sog. „Vorverfahren“)?
  - Pr: vielfach gar keine Durchführung des ROV (abhängig vom Landesrecht z.B. nicht in NRW, „Raumverträglichkeit anderweitig geprüft“ z.B. bei Ausweisung Eignungsgebiet)
- Vorliegen der Voruntersuchungen des Vorhabenträgers (z.B. UVS)?
  - Pr: zum Teil sehr unterschiedlich, Durchführung nicht immer zwingend, Nachweisfragen
  - Aber: zumindest erhöhte Ernsthaftigkeit aufgrund Kosten?
- Antragsstellung?
  - Pr: geringe inhaltliche Anforderungen, Antrag auch ohne Unterlagen möglich

## II. Genehmigungsrechtliche Anknüpfungspunkte (II)

Anknüpfung an

- Vollständigkeitsbestätigung?
  - Pr: rechtlich bislang gar nicht vorgesehen; Sicherheit und Handhabbarkeit des Kriteriums der „Vollständigkeit“? Umgang damit durch die Behörden?
- Genehmigungsbescheid
  - Pr: später Anknüpfungspunkt
  - Aber: gewährt höchste Realisierungswahrscheinlichkeit, kein planungsrechtlicher Anknüpfungspunkt notwendig

## II. Genehmigungsrechtliche Anknüpfungspunkte (III)

- **Vorbescheid?**
  - bzgl. Standort („Standortvorbescheid“)
  - bzgl. einzelner Genehmigungs-Vss (z.B. Radar, Artenschutz)
  - Kein verfügender Inhalt, keine Errichtung/Betrieb, Widerruf bei Änderung der Sach- und Rechtslage (insbes. Planungsrecht)
- **Teilgenehmigung?**
  - bzgl. einzelner WEA eines WEA-Parks
  - bzgl. der bloßen Errichtung ohne Betrieb
  - Verfügender Inhalt für genehmigten „Teil“; vorläufiges positives Gesamturteil für „Rest“/Gesamtanlage
- zum Teil stark abgeschwächte Realisierungswahrscheinlichkeit, allenfalls vorläufige Kosten- und ggf. Zeitersparnis, im Übrigen Praxisrelevanz?

### III. Der Genehmigungsbescheid als Anknüpfungspunkt (I)

- Indiz für
  - Hohe Realisierungswahrscheinlichkeit
  - Hoher Realisierungswillen
  - Hohe Rechtssicherheit
- Kein Ausfallrisiko mehr durch Genehmigungsversagung
- Planungsrechtliche Flächenverfügbarkeit gegeben
- Gesamte planungsrechtliche Flächenkulisse erfasst
- Zeitnahe Realisierung der Vorhaben nach Zuschlag möglich
- Allerdings
  - Später Anknüpfungspunkt
  - Ggf. Erhöhung bestimmter Kostenrisiken (z.B. Eigen-/Fremdfinanzierung von Vorlaufkosten?)
  - Ggf. zeitliche Verschiebung bestimmter Projektschritte (z.B. vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen?)

### III. Der Genehmigungsbescheid als Anknüpfungspunkt (II)

- Diskussion: **Bestandskraft** als zusätzliche Voraussetzung?
- Zwar Rechtssicherheit noch höher, aber wirklich notwendig?
  - Kosten und Dauer von (verwaltungsgerichtl.) Klageverfahren
  - Erhöhter Anreiz für rein strategische/mutwillige Klagen?
  - Austariertes Rechtsschutzsystem zw. Kläger und Beklagtem
  - Besser: Ausschreibungssystem getrennt davon, keine Rückkopplungen hierzu
  - Dann auch weiterhin Bau und Betrieb während Klageverfahren möglich
- Bestandskraft wohl aus guten Gründen entbehrlich

## D. GESAMTFAZIT

## Gesamtfazit - Übersicht

Indizfunktion im Hinblick auf	Realisierungswille	Realisierungswahrscheinlichkeit
bestandskräftige Genehmigung	gegeben	sehr wahrscheinlich gegeben
Genehmigung	gegeben	wahrscheinlich gegeben
Teilschritte des Verfahrens	vermutlich gegeben	kaum erhöht, weitgehend unsicher
Antrag mit vollständigen Unterlagen	vermutlich gegeben	unsicher
Antrag ohne Unterlagen	unsicher	unsicher
vor Antragstellung	unsicher	unsicher

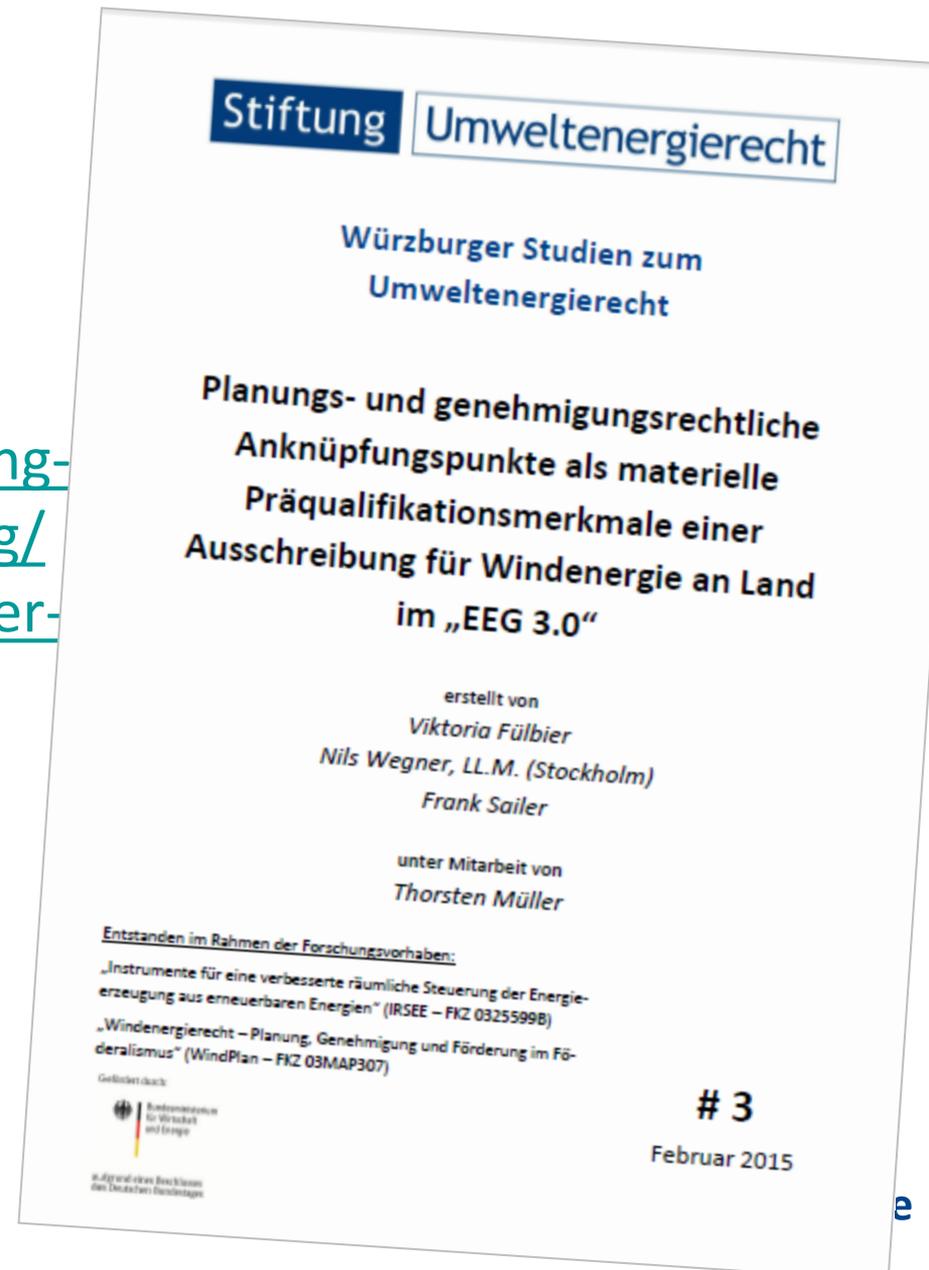
Indizfunktion im Hinblick auf	Realisierungswille	Realisierungswahrscheinlichkeit
Außenbereichsprivileg	unsicher	unsicher
Konzentrationszone	unsicher	erhöht, aber unsicher
Bebauungsplan	unsicher/erhöht	erhöht, aber unsicher

## Gesamtfazit - Ergebnis

- kein „perfekter“ Anknüpfungspunkt, Kompromiss notwendig
- Abwägung zwischen
  - Interesse an geringem Ausfallrisiko bezuschlagter Vorhaben, d.h. an hoher Realisierungswahrscheinlichkeit / hohem Realisierungswillen
    - eher höhere Anforderungen + später Anknüpfungspunkt
  - Interesse an hoher Angebotsmenge/Wettbewerb
    - eher geringere Anforderungen + früher Anknüpfungspunkt
  - Erhalt der Akteursvielfalt
- Anknüpfung an nicht-bestandskräftigen Genehmigungsbescheid wohl guter Kompromiss
  - Genehmigungskosten im Vergleich zu Gesamtkosten verhältnismäßig gering
  - Kein Abbrechen laufender Planungs- und Genehmigungsprozesse (Vermeidung einer „Stillhaltephase“)
  - Genehmigungsdauer bei frühzeitiger Festlegung der Präqualifikation zunehmend relativ

## Zur Vertiefung

abrufbar unter <http://www.stiftung-umweltenergierecht.de/forschung/forschungsergebnisse/wuerzburger-studien-zum-umweltenergierecht.html>



## Weitere Rechtsfragen

- Stiftung Umweltenergierecht hat in den letzten Monaten eine Reihe von Hintergrund- und Diskussionspapieren zum Ausschreibungsverfahren veröffentlicht:
  - Rechtslage im EEG 2014
  - Offene Fragen
  - Europarechtlicher Hintergrund
  - Akteursvielfalt
  - Rechtsschutz
  - De-Minimes-Regeln Wind
- Die Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht sind auf unserer Homepage verfügbar

Würzburger Berichte zum  
Umweltenergierecht

**Anforderungen an den  
Erhalt der Akteursvielfalt im EEG bei  
der Umstellung auf  
Ausschreibungen**

*Diskussionspapier*

Ents  
Kon

erstellt von  
*Dr. Hartmut Kahl, LL.M. (Duke)/Dr. Markus Kahles/Thorsten Müller*

Entstanden im Rahmen des Vorhabens:

# Terminhinweis: „Energierecht X.0“ am 27. Oktober 2015 in Würzburg

## 14. Würzburger Gespräche zum Umweltenergierecht



## Bleiben Sie auf dem Laufenden

- Info | Stiftung Umweltenergierecht informiert periodisch über die aktuellen Entwicklungen
- [www.umweltenergierecht.de](http://www.umweltenergierecht.de) als Informationsportal



Stiftung Umweltenergierecht  
www.stiftung-umweltenergierecht.de

Suche & Finden  
Suchbegriff eingeben...

Startseite | Aktuelles | Umweltenergierecht | Forschung | Mitarbeiter | Stiftung | Stifter und Förderer | Dissertationsprogramm

Sie sind hier: Startseite

28.2.2013 | 23:54 | +0100

Stiftung Umweltenergierecht

Forschung für eine nachhaltige Energieversorgung auf der Basis Erneuerbarer Energien

Herzlich willkommen auf den Internetseiten der Stiftung Umweltenergierecht.

Stiftung Umweltenergierecht  
Ludwigstraße 22  
97070 Würzburg  
Tel.: +49 9 31.79 40 77-0  
Fax: +49 9 31.79 40 77-29  
E-Mail: mail(at)stiftung-umweltenergierecht.de

**Startseite**

- ☐ Aktuelles
- ☐ Umweltenergierecht
- ☐ Forschung
- ☐ Mitarbeiter
- ☐ Stifter und Förderer
- ☐ Bibliothek
- ☐ Newsletter
- ☐ Dissertationsprogramm

**Bleiben Sie auf dem Laufenden!**

Abonnieren Sie den Newsletter der Stiftung Umweltenergierecht +

Stiftung

Umweltenergierecht

## Stiftung Umweltenergierecht

Frank Sailer

Ludwigstraße 22

97070 Würzburg

Tel.: +49 9 31.79 40 77-0

Fax: +49 9 31.79 40 77-29

E-Mail: [mail@stiftung-umweltenergierecht.de](mailto:mail@stiftung-umweltenergierecht.de)

[www.stiftung-umweltenergierecht.de](http://www.stiftung-umweltenergierecht.de)

Unterstützen Sie unsere Arbeit durch Zustiftungen und Spenden für laufende Forschungsaufgaben

**Spenden:** Sparkasse Mainfranken Würzburg (IBAN DE16790500000046743183 / BIC BYLADEM1SWU)

**Zustiftungen:** Sparkasse Mainfranken Würzburg (IBAN DE83790500000046745469 / BIC BYLADEM1SWU)