



Lenz und Johlen  
Rechtsanwälte Partnerschaft

# Newsletter *Energie*

EEG-Umlage verfassungswidrig?

Seite 2

Entwurf des LEP NRW mit wichtigen Änderungen für die Windenergienutzung

Seite 3

Höchstspannungs-Erdkabel – eine Alternative zu Höchstspannungsfreileitungen?

Seite 4

Energiekonzessionen und Vergaberecht

Seite 5

Haftungsbeschränkungen in Netzanschlussverträgen

Seite 6

Energiewende in der Projektentwicklung

Seite 7

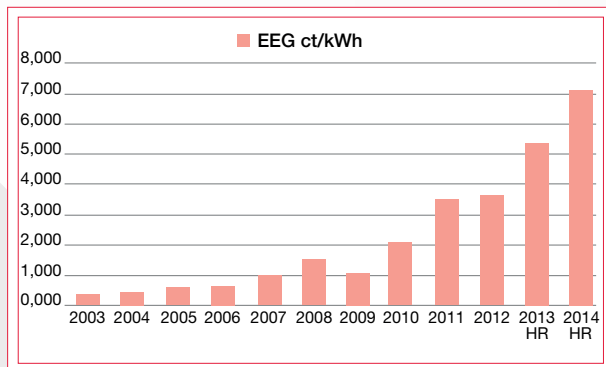
# Newsletter

## Energie

### EEG-Umlage verfassungswidrig?

Mit dem „Gesetz zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien“ (EEG), das überwiegend zum 01.01.2012 in Kraft getreten ist, soll der Ausbau erneuerbarer Energien weiter gefördert werden.

Zu diesem Zweck wurde das System der garantierten Einspeisevergütung für erneuerbare Energien weiterentwickelt und ausgebaut. Die Differenzkosten zwischen der gesetzlich garantierten Einspeisevergütung und den Markterlösen werden durch eine Umlage, die sogenannte EEG-Umlage, die letztlich von den Stromverbrauchern zu zahlen ist, finanziert. Seit dem Jahre 2003 ist die bisher nach einem etwas anderen System erhobene EEG-Umlage gewaltig gestiegen und wurde zu einem die gewerbliche Wirtschaft und den privaten Verbraucher erheblich belastenden Kostenfaktor. Den Umfang der Steigerung veranschaulicht dieses Schaubild:



Derzeit, im Jahre 2013, beträgt die Umlage 5,277 ct/ kWh. Es wird erwartet, dass sie im Jahre 2014 erneut steigen wird. Von einer Erhöhung auf mindestens 7,00 ct/kWh ist die Rede. Gegen die EEG-Umlage werden in der juristischen Literatur erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken erhoben. Es wird geltend gemacht, dass die Umlage eine aus finanzverfassungsrechtlicher Sicht unzulässige Abgabe darstelle.

Die Förderung erneuerbarer Energien müsse, da sie im allgemeinen öffentlichen Interesse liege, aus Steuermitteln

finanziert, sie dürfe nicht den Stromverbrauchern überantwortet werden. Darüber hinaus sei die im EEG zu Gunsten bestimmter Unternehmen vorgesehene Befreiung willkürlich und verstoße zu Lasten von Unternehmen in vergleichbarer Situation gegen den Gleichheitsgrundsatz. Sich gegen die EEG-Umlage sogleich mit einer Verfassungsbeschwerde zu wenden ist nicht möglich, da zunächst der Rechtsweg ausgeschöpft werden muss. Dies ist hier der Rechtsweg vor den Zivilgerichten, weil die Rechtsbeziehung zwischen den Stromverbrauchern und dem Stromversorger privatrechtlicher Natur ist.

Zu einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung kann es erst kommen, wenn ein Zivilgericht, das über die Klage eines Versorgungsunternehmens auf Zahlung der Umlage zu entscheiden hat, zu dem Ergebnis gelangt, dass die Umlage verfassungswidrig und die Sache deshalb dem Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung vorzulegen ist. Bisher ist dies offenbar noch nicht mit Erfolg versucht worden, jedenfalls liegt eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit der EEG-Umlage noch nicht vor. Mit einer solchen Entscheidung dürfte aber auf lange Sicht zu rechnen sein.

### PRAXISHINWEIS

Es ist nicht jedermanns Sache, wegen der EEG-Umlage einen Prozess bis notfalls zum Bundesverfassungsgericht zu führen. Allerdings könnte es sich empfehlen, dem jeweiligen Stromversorger mitzuteilen, dass jetzt und in Zukunft die EEG-Umlage als Teil der in Rechnung gestellten Stromkosten bis zu einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts unter Vorbehalt gezahlt wird.



Prof. Dr. Heribert Johlen  
 Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
 Telefon: 0221 - 97 30 02-13  
 h.johlen@lenz-johlen.de



## Entwurf des LEP NRW mit wichtigen Änderungen für die Windenergienutzung

Die Staatskanzlei des Landes Nordrhein-Westfalen hat unter dem 25.06.2013 den Entwurf eines neuen Landesentwicklungsplans (LEP) vorgelegt, der insbesondere zahlreiche landesplanerische Vorgaben für die Windenergienutzung enthält. So ist beabsichtigt, den Trägern der Regionalplanung aufzugeben, in den Regionalplänen Vorranggebiete für die Windenergienutzung auszuweisen, deren Umfang sich an dem jeweiligen regionalen Flächenpotenzial orientiert. Allein auf dem Gebiet der Bezirksregierung Arnsberg sind hier nach Vorranggebiete in einem Umfang von mindestens 18.000 ha auszuweisen. Die Ausweisung von Vorranggebieten in den Regionalplänen verfolgt das Ziel, besonders geeignete Flächen raumordnerisch zu sichern und von entgegenstehenden Nutzungen freizuhalten.



Die Vorranggebiete sollen nicht zugleich die Wirkung von Eignungsgebieten erhalten, so dass ihnen keine außergebietliche Ausschlusswirkung gemäß § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB zukommt. Diese kann erst durch eine hinzukommende Flächennutzungsplanung erzielt werden. Eine effektive Steuerung der Windenergienutzung wird also auch weiterhin nur über die kommunale Flächennutzungsplanung möglich sein. Bereits in geltenden kommunalen Flächennutzungsplänen ausgewiesene Konzentrationszonen wird die Regionalplanung im Rahmen des Gegenstromprinzips zu berücksichtigen haben. Die Novelle des LEP ist insbesondere mit einer erleichterten Waldinanspruchnahme für Windenergieanlagen verbunden. Nach dem bisherigen LEP 1995 ist eine Waldinanspruchnahme

nur zulässig, wenn die angestrebten Nutzungen nicht außerhalb des Waldes realisierbar sind und der Eingriff in den Wald auf das unbedingt erforderliche Maß beschränkt wird. Die Novelle enthält eine entscheidende „Aufweichung“ dieses Ziels der Landesplanung: Die Errichtung von Windenergieanlagen auf forstwirtschaftlichen Waldflächen ist hiernach möglich, sofern wesentliche Funktionen des Waldes nicht erheblich beeinträchtigt werden. Mit den damit angesprochenen Funktionen des Waldes sind insbesondere dessen Schutz- und Erholungsfunktionen gemeint. Werden diese nicht erheblich beeinträchtigt, weil betroffene Waldflächen keine größere Bedeutung für den Biotopverbund und die Erholungsnutzung besitzen, ist eine Waldinanspruchnahme durch Windenergieanlagen zulässig. Die erleichterte Waldinanspruchnahme ist ferner auf forstwirtschaftliche Waldflächen begrenzt, ausgenommen sind somit Waldflächen, die aus naturschutzrechtlichen Gründen aus der forstwirtschaftlichen Nutzung genommen wurden.

### PRAXISHINWEIS

Kommunen, die eine wirksame Steuerung der Windenergienutzung im Außenbereich anstreben, werden auch in Zukunft nicht umhin kommen, diese auf der Grundlage eines gesamtträumlichen Planungskonzepts im Flächennutzungsplan vorzunehmen. Dort, wo – wie etwa im Regierungsbezirk Arnsberg – sich der Regionalplan bereits in Erarbeitung befindet, empfiehlt es sich, die Raumordnungs- und Flächennutzungsplanung frühzeitig aufeinander abzustimmen (Gegenstromprinzip), damit nicht eine erst vor kurzem abgeschlossene Flächennutzungsplanung durch eine anschließende Ausweisung von Vorranggebieten im Regionalplan durchkreuzt wird.



Dr. Felix Pauli  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
Telefon: 0221 - 97 30 02-54  
[f.pauli@lenz-johlen.de](mailto:f.pauli@lenz-johlen.de)

# Newsletter

## Energie

### Höchstspannungs-Erdkabel – eine Alternative zu Höchstspannungsfreileitungen?

Strom kommt aus der Steckdose. Aber wie gelangt er von den Kraftwerken oder anderen Stromerzeugungsanlagen dorthin? Über eine Leitung wird der Strom von dem Kraftwerk in das Versorgungsnetz eingespeist. Dies erfolgt(e) regelmäßig über Freileitungen. Die Sorge vieler Anwohner vor Gesundheitsbeeinträchtigungen in Folge elektrischer und magnetischer Felder führt dazu, dass immer häufiger auch die Verlegung eines Höchstspannungserdkabels in Betracht gezogen wird.



Die Kosten für die Verlegung eines Erdkabels übersteigen die Kosten für eine Freileitung um ein Vielfaches. Diesen höheren Kosten können jedoch eine frühere Rechtssicherheit und eine frühere Verwirklichung des Vorhabens gegenüberstehen, wenn die betroffenen Anwohner von einer Klage gegen das Erdkabel absehen. Die Genehmigungslage eines solchen Höchstspannungs-Erdkabels ist unübersichtlich. Eine Planfeststellungspflichtigkeit gibt es für Höchstspannungs-Erdkabel (mit Ausnahme der Erdkabel zur Netzanbindung von Offshore-Anlagen) nicht. Auch das fakultative Planfeststellungsverfahren nach § 43 Satz 7 EnWG findet auf Höchstspannungserdkabel keine Anwendung. Es ist beschränkt auf Erdkabel mit einer Nennspannung von 110 kV. Spannungsbereiche hierüber sind ausweislich des Wortlauts von § 43 Satz 7 EnWG nicht erfasst.

Ohne die Möglichkeit ein Planfeststellungsverfahren durchzuführen, muss die Verlegung eines 380 kV-Erdkabels unter Umständen durch eine Vielzahl von Einzelgenehmigungen

zugelassen werden. In Betracht kommen Genehmigungen nach dem Naturschutz-, Straßen-, Wasser-, Forst- und Denkmalschutzrecht. Denkbar sind selbst Fallgestaltungen, in denen sämtliche mögliche Einzelgenehmigungspflichten nicht greifen. Selbst eine Baugenehmigungspflichtigkeit für ein 380-kV-Erdkabel dürfte ausscheiden. Für Leitungen, die der öffentlichen Versorgung dienen, ist nach § 1 Abs. 2 Nr. 3, 3. Variante LBauO NRW schon der Anwendungsbereich der Landesbauordnung nicht eröffnet. Sonstige Energieleitungen sind nach § 65 Abs. 1 Nr. 10 LBauO NRW genehmigungsfrei.

Besteht eine Genehmigungspflichtigkeit nicht, entbindet dies gleichwohl nicht von dem Erfordernis, die materiell rechtlichen Vorgaben einzuhalten. Es wäre dann allein Sache des Vorhabenträgers, im Vorfeld die Einhaltung der materiell rechtlichen Vorgaben zu prüfen. Bei ihm liegt dann das gesamte Risiko.

### PRAXISHINWEIS

Im Sinne größerer Akzeptanz werden sich die Vorhabenträger verstärkt auch mit der Frage der Verlegung eines Höchstspannungserdkabels statt einer Freileitung zu beschäftigen haben. Den vielfach höheren Kosten kann unter Umständen eine schnellere Rechtssicherheit und damit eine schnellere Realisierung des Vorhabens entgegeng gehalten werden. Die fehlende Planfeststellungsbedürftigkeit und das Erfordernis, Einzelgenehmigungen aus verschiedenen Rechtsbereichen einzuholen und der Umstand, dass eine Genehmigungspflicht gänzlich fehlen kann, sollte jedoch auf gesetzgeberischer Ebene sowohl im Sinne der Vorhabenträger als auch im Sinne betroffener Anwohner und Kommunen durch den Gesetzgeber überdacht werden.



Dr. Inga Schwertner  
 Fachanwältin für Verwaltungsrecht  
 Telefon: 0221 - 97 30 02-18  
 i.schwertner@lenz-johlen.de



## Energiekonzessionen und Vergaberecht

In vielen Kommunen, die gegenwärtig Verfahren zum Abschluss neuer Wegenutzungsvertrage für den Bereich der Strom- und Gasversorgung durchführen, stellt sich die Frage der rechtssicheren Vergabe, da der einschlägige § 46 EnWG nur rudimentäre Verfahrensregeln enthält. Wegen der sachlichen Nähe zum Vergaberecht erscheint dabei ein Rückgriff auf das normierte Reglement der §§ 97 ff. GWB naheliegend.



Eine analoge Anwendung dieser vergaberechtlichen Bestimmungen auf die Vergabe von Energiekonzessionen wird aber von der Rechtsprechung abgelehnt. So verneinte das OLG Celle mangels Regelungslücke in § 46 EnWG beispielsweise eine entsprechende Anwendung des § 101 b Abs. 2 GWB, wonach die Unwirksamkeit des am Ende eines Vergabeverfahrens stehenden Vertrages später als 6 Monate nach Vertragsschluss nicht mehr geltend gemacht werden kann (OLG Celle, Urteil vom 23.05.2013 – 13 U 185/12 [Kart] –).

Auch für die Rügeobliegenheit nach § 107 Abs. 3 GWB lehnt die Rechtsprechung einen Analogieschluss ab. Hiernach müßte ein Bewerber Rechtsverstöße rechtzeitig rügen, um eine Präklusion mit entsprechenden Einwänden in einem später von ihm geführten gerichtlichen Verfahren gegen die Auswahlentscheidung zu

vermeiden. Den Rechtsgedanken dieser Vorschrift greift allerdings das OLG Düsseldorf in zwei Entscheidungen auf, wonach die Bewerber um eine Strom- und Gaskonzession die Kommune rechtzeitig auf Rechtsverstöße im Vergabeverfahren hinzuweisen haben (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.01.2013 – VII-Verg 26/12 –; Beschluss vom 04.02.2013 – VII-Verg 31/12 –).

Dies folgt aber nicht aus einer analogen Anwendung des § 107 Abs. 3 GWB, sondern – als Nebenpflicht – aus dem durch die Anforderung der Vergabeunterlagen begründeten vorvertraglichen Schuldverhältnis nach §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

Eine solche nicht vergabe-, sondern schuldrechtlich begründete Rügeobliegenheit ist aufgrund der Sachnähe, welche ein Verfahren nach § 46 EnWG zum allgemeinen Vergaberecht aufweist, zu bejahen.

### PRAXISHINWEIS

Die wechselseitige Rücksichtnahmepflicht im vorvertraglichen Bereich spricht für die Obliegenheit eines Bewerbers, angenommene Rechtsverstöße zeitnah während des Verfahrens anzubringen. Die Kommunen, denen das Recht zur näheren Ausgestaltung des Vergabeverfahrens nach § 46 EnWG zusteht, können sich daher in ihren Verfahrensvorgaben die Auffassung des OLG Düsseldorf zu eigen machen und somit auf die Rügeobliegenheit hinweisen.



Rainer Schmitz  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
Telefon: 0221 - 97 30 02-28  
r.schmitz@lenz-johlen.de

# Newsletter

## Energie

### Haftungsbeschränkungen in Netzanschlussverträgen

Das Landgericht Saarbrücken hat sich in einer Entscheidung vom 24.01.2013 mit der Wirksamkeit von Haftungsbeschränkungen in Netzanschlussverträgen befasst.

Die Niederspannungsanschlussverordnung (NAV) regelt in § 18 zahlreiche Haftungsbeschränkungen zugunsten von Netzbetreibern für Störungen im Netzbetrieb. Die Haftung wird im Falle leichter Fahrlässigkeit des Netzbetreibers für Vermögensschäden (z. B. entgangener Gewinn) ganz ausgeschlossen und für Sachschäden (z. B. zerstörte Anlagen) auf 5.000,00 € beschränkt. Bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz des Netzbetreibers gelten für die Abnehmer günstigere Regelungen. Aufgrund der potentiell hohen Schäden, die eine Störung im Netzbetrieb verursachen kann, wäre der Betrieb eines Stromnetzes ohne gesetzliche Haftungsbeschränkungen nicht versicherbar.

Der örtliche Netzbetreiber hatte mit einem gewerblichen Kunden in seinen Allgemeinen Vertragsbedingungen Haftungsbeschränkungen vereinbart, die noch über die Restriktionen der NAV hinausgehen. Der Netzanschlussvertrag wurde allerdings abgeschlossen, als die NAV noch nicht in Kraft getreten war. Vor der NAV galt die „Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Elektrizitätsversorgung von Tarifkunden“ (AVBEITV). Mit der AVBEITV waren die Vertragsbedingungen vereinbar.

Als es zu einem Schaden durch eine Störung im Netzbetrieb kam, berief sich der Anschlussnehmer darauf, dass die Haftungsbeschränkungen in den Allgemeinen Vertragsbedingungen unwirksam seien. Für Allgemeine Geschäftsbedingungen gilt der Grundsatz, dass sie nicht dem gesetzlichen Leitbild widersprechen dürfen. Hier habe die NAV ein neues gesetzliches Leitbild geschaffen, mit dem die Vertragsbedingungen nicht im Einklang stünden. Aus diesem Grund seien an die Stelle der (ungünstigen) Allgemeinen Vertragsbedingungen die (günstigeren) Haftungsbeschränkungen der NAV getreten.

Ist eine Allgemeine Vertragsbedingung unwirksam, gilt das Gesetz. Dem folgte das Landgericht Saarbrücken nicht. Die vor Inkrafttreten der NAV wirksam vereinbarten Haftungsbeschränkungen seien auch nach Inkrafttreten der NAV wirksam. Das Gericht stellte maßgeblich darauf ab, dass der Gesetzgeber in § 115 EnWG dem Anschlusskunden das Recht eingeräumt habe, bestehende Verträge an gesetzliche Neuregelungen anzupassen. Aus diesem Grund seien Altverträge weiterhin wirksam, selbst wenn sie den gesetzlichen Regelungen der NAV widersprechen. Erst wenn der Anschlusskunde von seinem Anpassungsrecht Gebrauch macht, gilt für den Anschlusskunden günstige Neuregelung.

### PRAXISHINWEIS

Die Entscheidung des Landgerichts Saarbrücken zwingt Netzkunden zu einer aktiven Wahrnehmung ihrer Rechte. In anderen Rechtsbereichen sind Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen automatisch unwirksam, wenn sie zwingenden gesetzlichen Vorgaben widersprechen. Im Energierecht kann, zumindest wenn Neuregelungen der NAV und vergleichbare Vorschriften betroffen sind, etwas anderes gelten. Der Anschlusskunde muss hier aktiv an den Netzbetreiber herantreten und die Anpassung seiner Vertragsbedingungen verlangen. Anderenfalls kann er an Regelungen festgehalten werden, selbst wenn sie nicht mehr mit den geltenden Gesetzen zu vereinbaren sind.



Dr. Philipp Libert  
Rechtsanwalt  
Telefon: 0221 - 97 30 02-54  
[p.libert@lenz-johlen.de](mailto:p.libert@lenz-johlen.de)



## Energiewende in der Projektentwicklung

Mit dem politischen Willen zur Reduzierung des Anteils fossiler Energieträger finden alternative Energiekonzepte auch in der Projektentwicklung verstärkt Anwendung. Gerade bei der Entwicklung größerer gewerblicher oder Wohnbauprojekte bietet sich die Möglichkeit zum Einsatz zusätzlicher oder vollständig alternativer Energieversorgung. Entsprechende Maßnahmen bestehen aus z. B. Solarenergie, Solarthermie, Geothermie oder zentralen Blockheizkraftwerken. Auch wenn diese schon häufig eingesetzt werden, bedarf es bei größeren Projekten im Vorfeld einer sorgfältigen Planung und Konzeptionierung.

Sofern für mehrere, später separat zu veräußernde bauliche Einheiten eine zentrale alternative Energieversorgung geschaffen werden soll, müssen deren Voraussetzungen bereits bauplanungsrechtlich abgesichert sein. Da es sich in der Regel nicht um die Anlage eines öffentlichen Versorgers handelt, sollten sowohl Lage der Energieversorgungseinheit wie die notwendigen Leitungs- und Anschlussrechte planungsrechtlich verbürgt sein.

Darüber hinaus bedarf es einer sorgfältigen Konzeptionierung der rechtlichen Beziehung zwischen zukünftigen Eigentümern und dem Inhaber der Energieversorgung. Bei Planung einer zentralen Anlage bedarf es in der Regel der Vereinbarung eines Benutzungszwangs, da ansonsten die Refinanzierung der Anlage nicht sichergestellt werden kann. Hierzu sind klare vertragliche Regelungen ebenso erforderlich wie die Einräumung entsprechender Leitungsrechte zum Anschluss des Gebäudes an die zentrale Energieversorgung. Alternativ sind Modelle denkbar, bei denen die zukünftigen Grundstückseigentümer Miteigentümer bzw. Mitbetreiber der Energieversorgungsanlage werden. Aufgrund der damit verbundenen Betreiberpflichten und Einkommensmöglichkeiten bedarf es hierzu einer genauen Konzeptionierung und rechtlichen Regelung.

Die Ausgestaltung, wie die verschiedenen Eigentümer den Betrieb rechtlich regeln, ist vielfältig und reicht von Eigentums- bis hin zu gesellschaftsrechtlichen Lösungsmöglichkeiten. Die Möglichkeiten alternativer Energieerzeugung bieten daher ein breites Einsatzspektrum. Insbesondere können sie neue Immobilien durch weitere Senkung der Energiekosten bzw. eine autarke Energieversorgung sehr attraktiv für zukünftige Nutzer bzw. Eigentümer machen.



Die Planung solcher Konzepte muss jedoch frühzeitig beginnen und bedarf einer sauberen rechtlichen Absicherung zur Vermeidung unnötiger Risiken und unbedachter Regelungslücken. Mit einer guten Planung ist der Einsatz dezentraler Energieversorgung für die Projektentwicklung größerer Wohnbau- oder Gewerbeobjekte damit durchaus interessant



Dr. Christian Giesecke  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
Telefon: 0221 - 97 30 02-17  
[c.giesecke@lenz-johlen.de](mailto:c.giesecke@lenz-johlen.de)



**Lenz und Johlen**  
Rechtsanwälte Partnerschaft

Prof. Dr. Heribert Johlen<sup>PV</sup>  
Dr. Klaus Schmiemann<sup>PV</sup>  
Dr. Franz-Josef Pauli<sup>P</sup>  
Dr. Rainer Voß<sup>PVM</sup>  
Dr. Michael Oerder<sup>PV</sup>  
Dr. Thomas Lüttgau<sup>PV</sup>  
Thomas Elsner<sup>PB</sup>  
Rainer Schmitz<sup>PV</sup>  
Dr. Alexander Beutling<sup>PVM</sup>  
Dr. Markus Johlen<sup>PV</sup>  
Eberhard Keunecke<sup>PB</sup>  
Dr. Inga Schwertner<sup>PV</sup>  
Dr. Philipp Libert<sup>PF</sup>  
Dr. Christian Giesecke<sup>PVL</sup>  
Dr. Felix Pauli<sup>PV</sup>  
Dr. Tanja Lehmann<sup>V</sup>  
Martin Hahn  
Dr. Kai Petra Dreesen<sup>E</sup>  
Nick Kockler  
Dr. Tobias Volkwein  
Béla Gehrken<sup>D</sup>

P Partner i. S. d. PartGG  
V Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
B Fachanwalt für Bau- u. Architektenrecht  
M Anwalt/Mediator DAA/FU Hagen  
L McGill University (Montreal, Kanada)  
F Maîtrise en droit (Université Paris X)  
E Master of European Studies  
D Dipl.-Verwaltungsbetriebswirt (FH)

Kaygasse 5 • 50676 Köln  
Postfach 102365 • 50463 Köln

Telefon: +49 221 97 30 02-0  
Telefax: +49 221 97 30 02-22



Bildrechte: Werbeagentur DANUELA GmbH / Susanne Löffelholz,  
Wikipedia, OLG Düsseldorf