

Umsetzung der bauplanungsrechtlichen Anforderungen zur Rückbauverpflichtung und Sicherheitsleistung nach § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 BauGB bei der Genehmigung von Windenergieanlagen im Außenbereich

Bezug: Gemeinsamer Erlass vom 17. Oktober 2011, StAnz. S. 1351, zuletzt geändert am 7. November 2013, StAnz. S. 1454)

Gemeinsamer Erlasses des Hessischen Ministeriums für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Landesentwicklung und des Hessischen Ministeriums für Umwelt, Klimaschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz

Der oben angeführte Gemeinsame Erlass wird unverändert zum 1. Januar 2017 neu in Kraft gesetzt.

I. Zielsetzung

Windenergieanlagen sind Anlagen im Sinne von § 3 Abs. 5 Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) und ab einer Gesamthöhe von mehr als 50 m nach diesem Gesetz genehmigungsbedürftig. Da die Genehmigung nach BImSchG die Baugenehmigung aufgrund ihrer Konzentrationswirkung (§ 13 BImSchG) einschließt, bedürfen Windenergieanlagen nur dann einer eigenständigen Baugenehmigung, wenn sie eine Gesamthöhe von bis zu 50 m haben. Im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren wird die Untere Bauaufsichtsbehörde beteiligt und deren Stellungnahme eingeholt.

Die Errichtung, der Ersatz einer alten Windenergieanlage durch eine neue (Repowering) oder die sonstige Änderung einer Windenergieanlage ist nur zulässig, wenn eine Verpflichtungserklärung abgegeben wird, das Vorhaben nach dauerhafter Aufgabe der zulässigen Nutzung zurückzubauen und Bodenversiegelungen zu beseitigen (§ 35 Abs. 5 Satz 2 BauGB). Diese Rückbauverpflichtung soll die Genehmigungsbehörde durch nach Landesrecht vorgesehene Baulast oder in anderer Weise sicherstellen (§ 35 Abs. 5 Satz 3 BauGB).

Mit diesem Erlass soll die Verwaltungspraxis der Genehmigungsbehörden für Windenergieanlagen bei der Umsetzung dieser Verpflichtungen harmonisiert werden. Er richtet sich sowohl an die für die Erteilung der BImSchG-Genehmigung zuständigen Behörden als auch an die Bauaufsichtsbehörden.

II. Verpflichtungserklärung

§ 35 Abs. 5 Satz 2 BauGB fordert für die nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB privilegierten Vorhaben im Außenbereich als Zulässigkeitsvoraussetzung die Abgabe einer Verpflichtungserklärung, das Vorhaben nach dauerhafter Aufgabe der zulässigen Nutzung zurückzubauen und Bodenversiegelungen zu beseitigen. Sofern eine Verpflichtungserklärung noch nicht vorliegt, darf weder im immissionsschutzrechtlichen noch im bauaufsichtlichen Verfahren eine Genehmigung erteilt werden.

§ 35 Abs. 5 Satz 2 BauGB gilt nicht für die Zulässigkeit von Vorhaben, deren bisherige Nutzung vor dem 20.07.2004 zulässigerweise aufgenommen wurde (vgl. § 244 Abs. 7 BauGB). Die Überleitungsregelung stellt klar, dass eine Pflicht zur nachträglichen Abgabe einer Verpflichtungserklärung ausgeschlossen ist.

Die Vorschrift gilt aber nicht nur für die erstmalige Errichtung einer Windenergieanlage, sondern auch für das Repowering oder sonstige genehmigungspflichtige Änderungen bestehender Anlagen. Eine bestehende Verpflichtungserklärung ist dann entsprechend um die Erweiterung oder Änderung zu modifizieren. Handelt es sich um die Änderung an einer Anlage, deren Nutzung vor dem 20.07.2004 aufgenommen wurde, ist erstmalig und nur für die Änderung oder Erweiterung der Anlage eine entsprechende Verpflichtungserklärung anzugeben.

1. Inhalt der Verpflichtungserklärung

Die Verpflichtung bezieht sich auf den Rückbau des Vorhabens, das auf der Grundlage des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB genehmigt und errichtet werden soll. Die Erklärung beinhaltet die Verpflichtung des Antragstellers, das zugelassene privilegierte Vorhaben nach dauerhafter Aufgabe der bis dahin zulässigen Nutzung zurückzubauen und Bodenversiegelungen zu beseitigen. Eine Aufgabe der Nutzung ist anzunehmen, wenn die bisherige Nutzung dauerhaft beendet wird, also keine konkreten Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die bisherige privilegierte Nutzung in absehbarer Zeit wieder aufgenommen wird. Die Genehmigungsbehörde soll durch geeignete Nebenbestimmungen im Genehmigungsbescheid die ordnungsgemäße Erfüllung der Rückbauverpflichtung sicherstellen. Die Einhaltung des § 35 Abs. 5 BauGB stellt eine Genehmigungsvoraussetzung nach § 6 Abs.1 Nr. 2 BImSchG dar und ist daher auch von den immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbehörden sicherzustellen.

Rückbau ist die Beseitigung der Anlage, welche der bisherigen Nutzung diene und insoweit die Herstellung des davor bestehenden Zustandes. Zurückzubauen sind grundsätzlich alle ober- und unterirdischen Anlagen und Anlagenteile (einschließlich der vollständigen Fundamente) sowie die zugehörigen Nebenanlagen wie Leitungen, Wege und Plätze und sonstige versiegelte Flächen. Die durch die Anlage bedingte Bodenversiegelung ist so zu beseitigen, dass der Versiegelungseffekt, der z.B. das Versickern von Niederschlagswasser beeinträchtigt oder behindert, nicht mehr besteht.

Nach Abschluss der Rückbaumaßnahmen ist sicherzustellen, dass der Standort die natürlichen Bodenfunktionen und bisherigen Nutzungsfunktionen wieder erfüllt. Zur Beseitigung nachhaltiger Verdichtungen im Unterboden sind entsprechende Maßnahmen (z.B. Lockerung, geeignete Folgenutzung) umzusetzen.

Die Erklärung muss ausdrücklich die Übernahme der Verpflichtung enthalten, nach dauerhafter Nutzungsaufgabe das Vorhaben zurückzubauen und die eingetretene Bodenversiegelung zu beseitigen. Die Verpflichtungserklärung soll sich dabei konkret auf den beantragten Einzelfall beziehen. Für die Verpflichtungserklärung kann das Muster in Anlage 1 verwendet werden.

2. Rechtsnatur der Verpflichtungserklärung

Bei einer Verpflichtungserklärung handelt es sich um eine einseitige, öffentlich-rechtliche Willenserklärung, die vom Antragsteller abzugeben ist. Ist der Antragsteller nicht Grundstückseigentümer, muss die Erfüllbarkeit der Verpflichtung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht gewährleistet sein. Adressat der Verpflichtungserklärung ist die Genehmigungsbehörde, also bei Windenergieanlagen mit einer Gesamthöhe von mehr als 50 m das zuständige Regierungspräsidium und bei kleineren Anlagen die Untere Bauaufsichtsbehörde. Die Erklärung bedarf der Schriftform und soll dem Antrag beigelegt werden. Sie muss spätestens zum Zeitpunkt der Genehmigung vorliegen.

III. Sicherheitsleistung

Nach § 35 Abs. 5 Satz 3 BauGB soll die Genehmigungsbehörde die Einhaltung der Rückbauverpflichtung nach Satz 2 sicherstellen.

1. Art der Sicherheitsleistung

Die in § 75 Abs. 1 und 2 Hessische Bauordnung (HBO) geregelte Baulast ist zur Absicherung der Rückbauverpflichtung bei Windenergieanlagen nicht geeignet, weil sie die Kosten der Ersatzvornahme nicht sichert. Denn mittels Baulast werden keine finanziellen Mittel bereitgestellt, auf die die zuständige Behörde im Falle einer eventuell notwendig werdenden Ersatzvornahme zurückgreifen könnte.

Die Sicherheitsleistung kann durch die in § 232 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) genannten Arten oder durch gleichwertige Sicherungsmittel, die zur Erfüllung des Sicherungszwecks geeignet sind, erbracht werden.

In Betracht kommen in erster Linie die unbedingte und unbefristete, selbstschuldnerische (das heißt auf die Einrede der Vorausklage wird verzichtet)

- Bank-,
- Versicherungs-,
- Kautions- oder
- Konzernbürgschaft auf erstes Anfordern.

Ausnahmsweise können in begründeten Fällen auch folgende Sicherheitsleistungen gewählt werden:

- die Hinterlegung der Sicherheitsleistung in Geld oder festverzinslichen Wertpapieren (Sparbuch),
- ein Festgeldkonto, dessen Kündigungsfrist nicht mehr als sechs Monate beträgt und ausschließlich durch die Genehmigungsbehörde gekündigt werden kann,
- die Verpfändung von Gegenständen und Rechten (zum Beispiel einer Grundschuld).

Bei der Eignung des Sicherungsmittels ist insbesondere auf die Insolvenzfestigkeit des angebotenen Sicherungsmittels, auf den unbedingten Zugriff durch die Genehmigungsbehörde und auf die Unbefristetheit des Sicherungsmittels zu achten. Außerdem unterliegt die Forderung einer Sicherheit hinsichtlich der Rückbauverpflichtung den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Eine einvernehmliche Auswahl des geeigneten Sicherungsmittels ist im Rahmen des Genehmigungsverfahrens anzustreben.

Die Sicherheitsleistung ist bei der zuständigen Genehmigungsbehörde, also bei Windenergieanlagen mit einer Gesamthöhe von mehr als 50 m beim zuständigen Regierungspräsidium und bei kleineren Anlagen bei der Unteren Bauaufsichtsbehörde, zu hinterlegen.

Ein Muster für eine Bürgschaft ist als Anlage 2 beigefügt.

2. Höhe der Sicherheitsleistung

Die Höhe der Sicherheitsleistung ergibt sich aus der Formel

Nabenhöhe der Windenergieanlage (m) x 1000 = Betrag der Sicherheitsleistung (€)

Der Betrag der Sicherheitsleistung ist so kalkuliert, dass er die im Zusammenhang mit den Rückbauaufwendungen anfallende Mehrwertsteuer enthält.

3. Verfahrensfragen

Die Sicherheitsleistung muss spätestens bei Baubeginn vorliegen. Die Genehmigung sollte dann unter der aufschiebenden Bedingung im Sinne des § 36 Abs. 2 Nr. 2 Hessisches Verwaltungsverfahrensgesetz bzw. des § 12 Abs.1 Satz 1 BImSchG erlassen werden, dass die Wirksamkeit der Genehmigung von der Erfüllung dieser Verbindlichkeit abhängt.

Die aufschiebende Bedingung stellt sicher, dass von der Genehmigung erst Gebrauch gemacht werden kann, wenn die Bauaufsichtsbehörde dieses Sicherungsmittel als geeignet anerkannt und es angenommen hat.

Ein Muster für eine aufschiebende Bedingung ist als Anlage 3 beigefügt.

4. Verzicht auf eine Sicherheitsleistung

Von einer Sicherheitsleistung soll abgesehen werden, wenn das Vorhaben von einer Eigengesellschaft einer Gebietskörperschaft oder von einer Gebietskörperschaft selbst durchgeführt wird. Bei Anlagen, die von einer juristischen Person des Privatrechts mit überwiegender Beteiligung einer oder mehrerer Kommunen betrieben werden, soll die Vorlage einer Patronatserklärung der Kommune als Voraussetzung für den Verzicht auf die Sicherheitsleistung verlangt werden.

Ein Muster für eine Formulierung einer Nebenbestimmung, falls es zum Wechsel auf einen hinsichtlich der Sicherheitsleistung nicht nach Absatz 1 begünstigten Betreiber kommt, ist als Anlage 4 beigefügt.

IV. Zuständigkeiten

Zuständig für die Entscheidung,

- in welcher Art und in welcher Höhe Sicherheit gefordert wird,
- ob von einer Sicherheitsleistung abgesehen wird,
- ob es sich um ein geeignetes Sicherungsmittels handelt,

ist die Untere Bauaufsichtsbehörde, da es sich bei der Rückbauverpflichtung um eine bauplanungsrechtliche Vorschrift handelt, für deren Erfüllung grundsätzlich die Untere Bauaufsichtsbehörde zu sorgen hat (§ 53 Abs. 2 HBO). Ist die Untere Bauaufsichtsbehörde nicht zugleich auch Genehmigungsbehörde, übermittelt sie die sich aus § 35 Abs.5 BauGB ergebenden Anforderungen dem Regierungspräsidium als der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbehörde.

Die Genehmigungsbehörden sind zuständig für die Aufnahme von Nebenbestimmungen zum Rückbau und zur Sicherheitsleistung im Genehmigungsbescheid. Sofern die Vorlage der Verpflichtungserklärung als aufschiebende Bedingung in den Genehmigungsbescheid aufgenommen worden ist, stellen die Genehmigungsbehörden auch sicher, dass diese vor Errichtung der Windenergieanlage vorliegt.

Die Einhaltung der Rückbauverpflichtungen bei Windenergieanlagen mit einer Gesamthöhe von mehr als 50m ist von dem jeweils zuständigen Regierungspräsidium und bei kleineren Anlagen von der Unteren Bauaufsichtsbehörde sicherzustellen.

Da die Sicherheit vor allem die Kosten einer etwaigen Ersatzvornahme sichern soll, ist es sinnvoll, dass diese zugunsten des hierfür zuständigen Trägers der Genehmigungsbehörde gestellt wird.

V Schlussvorschriften

Der Erlass tritt zum 1. Januar 2017 in Kraft.

Wiesbaden, 10. November 2016

Anlagen

1. Muster Verpflichtungserklärung
2. Muster Bürgschaftserklärung
3. Muster Formulierung der Sicherstellung der Rückbauverpflichtung in der Genehmigung
4. Muster Nebenbestimmungen

Hessisches Ministerium für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Landesentwicklung
Az. VI 3-A - 028-f-02-02

Hessisches Ministerium für Umwelt, Klimaschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz
Az. II 7 - 3a-04-17

Anlagen

Anlage 1

MUSTER einer Verpflichtungserklärung des Antragstellers

Name und Anschrift des Antragstellers:

Rückbauverpflichtung

Hiermit verpflichten wir uns gemäß § 35 Abs. 5 Satz 2 BauGB, folgende Windkraftanlage(n) vom Typ , mit Nabenhöhe und Rotordurchmesser ;

Standort

Anlage 1: Gemeinde, Gemarkung, Flur, Flurstück

Anlage 2:

Anlage 3:

einschließlich der vollständigen Fundamente sowie der zugehörigen Nebenanlagen wie Leitungen, Wege und Plätze

gemäß dem Antrag vom ... ,
Geschäftszeichen,

innerhalb von ... Monaten nach dauerhafter Aufgabe der zulässigen Nutzung vollständig zurückzubauen und Bodenversiegelungen zu beseitigen. Die hiervon betroffenen Anlagen sind im anliegenden Lageplan, der Gegenstand dieser Rückbauverpflichtung ist, gemäß (Farbmarkierung) gekennzeichnet.

Wir verpflichten uns dazu, etwaige Rechtsnachfolger über die bestehende Rückbauverpflichtung zu unterrichten und dafür zu sorgen, dass sie die Rückbauverpflichtung übernehmen.

Ort, Datum, Unterschrift.

Anlage 2

MUSTER einer Bürgschaftsurkunde

**Anlage ...
zur Genehmigung von Windenergieanlagen
Az.:**

Der Unternehmer

hat gegenüber ...[setze ein: Träger der Genehmigungsbehörde].
die Verpflichtung auf Stellung dieser Bürgschaft nach der Genehmigung vom
übernommen.

Der Bürge

übernimmt hiermit für den Unternehmer die selbstschuldnerische Bürgschaft nach deut-
schem Recht und verpflichtet sich, auf erstes Auffordern jeden Betrag bis zu einer Gesamt-
höhe von
zu zahlen. Auf die Einreden der Anfechtung und Aufrechnung sowie der Vorausklage gemäß
der §§ 770, 771 BGB wird verzichtet. Die Bürgschaft ist unbefristet; sie erlischt mit der Rück-
gabe dieser Bürgschaftsurkunde.

Gerichtsstand ist

Ort, Datum, Unterschrift.

Anlage 3

MUSTER einer Formulierung der Sicherstellung der Rückbauverpflichtung in der Genehmigung:

Sicherstellung der Rückbauverpflichtung

1.

Die Genehmigung ergeht unter der aufschiebenden Bedingung, dass der Antragsteller zur Einhaltung seiner Rückbauverpflichtung spätestens bis zum Baubeginn eine unbefristete Sicherheit in Höhe von ... € leistet und diese bei der zuständigen Genehmigungsbehörde hinterlegt.

Mit den Bauarbeiten darf erst begonnen werden, wenn die Genehmigungsbehörde das Sicherungsmittel als geeignet anerkennt und die Annahme schriftlich bestätigt hat.

Hinweis:

Erst dann entfaltet die bau- bzw. immissionsschutzrechtliche Genehmigung ihre Rechtswirkung. Wird vorher mit der Ausführung des Vorhabens begonnen, kommt dies einer ungenehmigten Bauausführung gleich und die Bauarbeiten können auf der Grundlage des § 71 Abs.1 HBO bzw. § 20 Abs. 2 BImSchG stillgelegt werden.

2.

Die Sicherheitsleistung ist vorzugsweise zu erbringen durch eine unbedingte und unbefristete, selbstschuldnerische (d.h. auf die Einrede der Vorausklage wird verzichtet) Bank-, Versicherungs-, Kautions- oder Konzernbürgschaft auf erstes Anfordern.

Ein entsprechendes Muster für die Bürgschaftsurkunde ist in Anlage ... angefügt.

In geeigneten Fällen können auch folgende Sicherheitsleistungen gewählt werden:

- die Hinterlegung der Sicherheitsleistung in Geld oder festverzinslichen Wertpapieren (Sparbuch),
- ein Festgeldkonto, dessen Kündigungsfrist nicht mehr als sechs Monate beträgt und ausschließlich durch die Genehmigungsbehörde gekündigt werden kann,
- die Verpfändung von Gegenständen und Rechten (zum Beispiel einer Grundschuld) oder
- die Sicherungsgrundschuld bzw. Sicherungshypothek.

3.

Ein Betreiberwechsel ist der Genehmigungsbehörde unverzüglich anzuzeigen.

4.

Die Genehmigung erlischt, wenn bei einem Betreiberwechsel der neue Betreiber nicht spätestens 1 Monat nach der Anzeige des Wechsels

- der zuständigen Genehmigungsbehörde eine Verpflichtungserklärung abgibt, dass das Vorhaben nach dauerhafter Aufgabe der zulässigen Nutzung zurückgebaut und nachweislich ordnungsgemäß entsorgt wird,
- eine auf ihn ausgestellte unbefristete Sicherheitsleistung i.S. der Ziff. 1. und 2 in gleicher Höhe bei der Genehmigungsbehörde hinterlegt, sofern nicht die Sicherheitsleistung, welche die Rückbauverpflichtung des Vorbetreibers absichert, weiterhin für den neuen Betreiber gilt.

5.

Die Beendigung der zulässigen Nutzung sowie der Abschluss der Demontearbeiten ist der Genehmigungsbehörde unverzüglich anzuzeigen.

Begründung:

Die Nebenbestimmungen stellen die gesetzliche Voraussetzung nach § 35 Abs. 5 BauGB sicher. § 35 Abs. 5 Satz 2 BauGB fordert für die nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB privilegierten Vorhaben im Außenbereich als Zulässigkeitsvoraussetzung die Abgabe einer Verpflichtungserklärung, das Vorhaben nach dauerhafter Aufgabe der zulässigen Nutzung zurückzubauen und Bodenversiegelungen zu beseitigen. Zurückzubauen sind grundsätzlich alle ober- und unterirdischen Anlagen und Anlagenteile (einschließlich der vollständigen Fundamente) sowie die zugehörigen Nebenanlagen wie Leitungen, Wege und Plätze und sonstige versiegelte Flächen.

Sicherheitsleistungen im baulichen Verwaltungsrecht verfolgen im Wesentlichen einen doppelten Zweck: Neben dem allgemeinen Ziel, eine effektive Vollstreckung zu gewährleisten, soll insbesondere verhindert werden, dass die Allgemeinheit Kosten zu tragen hat, für die in erster Linie der Betreiber der Anlage einzustehen hat, hierfür aber möglicherweise insolvenzbedingt oder aus anderen Gründen ausfällt und der Rückbau im Wege der Ersatzvornahme durchgeführt werden muss.

Die Nebenbestimmung zum Hinterlegungszeitpunkt ist erforderlich, damit die Sicherheit bereits vor Beginn der konkreten Baumaßnahmen vorhanden ist.

Die Nebenbestimmung zur Anzeige des Betreiberwechsels ist notwendig, da es die Betreiberpflichten des § 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 BImSchG bedingen, dass auch bei Übertragung der Genehmigung auf Dritte die Koppelung der Wirksamkeit von Genehmigung und Sicherheitsleistung erhalten bleibt. Bürgschaften und Ähnliche Sicherheitsleistungen sind grundsätzlich an die Person gebunden und gehen daher nicht notwendigerweise mit dem Betreiberwechsel auf den neuen Betreiber über.

Anlage 4

MUSTER einer Formulierung der Nebenbestimmung zu III. 4. (Gebietskörperschaften) falls es zum Wechsel auf einen hinsichtl. der Sicherheitsleistung nicht begünstigten Betreiber kommt:

Bedingungen

Die Genehmigung ergeht unter den Bedingungen, dass bei einem Betreiberwechsel auf einen hinsichtl. der Sicherheitsleistung nicht begünstigten Betreiber dieser

- vor dem Vollzug des Wechsels der zuständigen Genehmigungsbehörde eine Verpflichtungserklärung abgibt, dass das Vorhaben nach dauerhafter Aufgabe der zulässigen Nutzung zurückgebaut und nachweislich ordnungsgemäß entsorgt wird und
- spätestens 1 Monat nach dem Wechsel eine auf ihn ausgestellte, unbefristete Sicherheit in Höhe von ... Euro bei der zuständigen Genehmigungsbehörde, dem ..., Abteilung ..., Dezernat ..., Straße... Ort.... hinterlegt.

Die Sicherheitsleistung ist vorzugsweise durch eine unbedingte und unbefristete, selbstschuldnerische (das heißt auf die Einrede der Vorausklage wird verzichtet) Bank-, Versicherungs-, Kautions- oder Konzernbürgschaft auf erstes Anfordern zu erbringen. Die Bürgschaft ist zugunsten des Landes Hessen, vertreten durch das Regierungspräsidium ... auszustellen.

In geeigneten Fällen können auch folgende Sicherheitsleistungen gewählt werden:

- die Hinterlegung der Sicherheitsleistung in Geld oder festverzinslichen Wertpapieren (Sparbuch),
- ein Festgeldkonto, dessen Kündigungsfrist nicht mehr als 6 Monate beträgt und ausschließlich durch die Genehmigungsbehörde gekündigt werden kann
- die Verpfändung von Gegenständen und Rechten (zum Beispiel einer Grundschuld) oder
- die Sicherungsgrundschuld beziehungsweise Sicherungshypothek.