



## FACHAGENTUR WINDENERGIE AN LAND

Genehmigungsverfahren, Höhe einer Sicherungsleistung für den Rückbau, Restwert der Anlage

### **OVG Schleswig, Urteil vom 24. Juni 2020 – 5 LB 4/19**

**1. § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 BauGB macht die Erteilung einer Baugenehmigung für Windenergieanlagen vom Erlass von Nebenbestimmungen zur Sicherstellung der Pflicht zum Rückbau nach dauerhafter Aufgabe der privilegierten Nutzung abhängig.**

**2. Für die Kostenschätzung sind Pauschalierungen gestattet, sofern diese im Ergebnis plausibel und sachlich nachvollziehbar sind. Es ist nicht ermessensfehlerhaft, der Kostenschätzung zunächst 4 % der Herstellungskosten (einschließlich MwSt.) zugrunde zu legen. Ferner ist nicht zu beanstanden, dass darüber hinaus 40 % Inflation bei einer Laufzeit von 20 Jahren hinzugerechnet werden. Die Restwerte der Anlage müssen nicht angerechnet werden.**

**(redaktionelle Leitsätze)**

#### **Hintergrund der Entscheidung**

Die Beteiligten streiten über die Höhe einer Sicherheitsleistung für den Rückbau einer Windenergieanlage. Für deren Errichtung und Betrieb hatte der Beklagte der Klägerin 2015 eine Genehmigung erteilt. Deren Bestandteil ist u.a. die Bedingung (Punkt A. III 1.2), nach welcher mit der Errichtung erst begonnen werden darf, sofern der Rückbau nach dauerhafter Betriebsaufgabe durch entsprechende Eintragung in das Baulastenverzeichnis des Kreises nachgewiesen gesichert ist. Diese könnten durch Vorlage einer selbstschuldnerischen Bankbürgschaft unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage durch Hypotheken sowie durch pfändungs- und insolvenzsichere Hinterlegung von Geld für bzw. gegenüber dem Land Schleswig-Holstein erfolgen. Die Abbruchkosten schätzte der Beklagte auf 197.000 Euro.

Die Klägerin ist der Ansicht, dass die Höhe der angesetzten Rückbaubürgschaft zu hoch angesetzt sei. Den zu veranschlagenden Kosten stünde insbesondere der Restwert der Anlage für Kupfer, Stahl, Elektronikschrott, Aluminium und ähnlichem gegenüber, auf welchen der Beklagte Zugriff habe. Nachdem der Widerspruch und die Klage vor dem Verwaltungsgericht erfolglos waren, legt die Klägerin nunmehr Berufung ein.

#### **Inhalt der Entscheidung**

Das OVG Schleswig wies die Berufung als zulässig, aber unbegründet zurück.

Grundsätzlich handele es sich bei der angefochtenen Nebenbestimmung um eine selbstständig anfechtbare Bedingung und keine Inhaltsbestimmung, sodass sie isoliert anfechtbar sei. (Rn. 27)

Die festgesetzte Sicherheit für die Abbruchkosten sei rechtmäßig und ergebe sich aus § 12 Abs. 1 Satz 1, § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG i.V.m. § 35 Abs. 5 Sätze 2 und 3 BauGB. Die Verpflichtungserklärung des § 35 Abs. 5 Satz 2 BauGB werde durch § 35 Abs. 5 Satz 3 BauGB flankiert, wonach die Baugenehmigungsbehörde die Einhaltung der Verpflichtung nach Satz 2 „sicherstellen“ solle. Bei der Auswahl des Sicherungsmittels und bei dessen festzusetzender Höhe verfüge die Genehmigungsbehörde über ein Ermessen, welches vorliegend fehlerfrei ausgeübt worden sei. (Rn. 29) Der Beklagte habe sich bei der Auswahl der Sicherungsmittel an § 232 BGB orientieren können. Insbesondere sei es verhältnismäßig, dass die Beklagte der Klägerin die Wahl des Sicherungsmittels überließ. (Rn. 32)

Auch die Höhe der Sicherungskosten sei korrekt bemessen worden. Eine Pauschalierung der verlangten Sicherheit sei zulässig, sofern diese sachlich nachvollziehbar sei und auf einer geeigneten Grundlage beruhe. Als Grundlage der Kostenberechnung habe der Beklagte zulässigerweise vier Prozent der Herstellungskosten zzgl. MwSt. ansetzen können. (Rn. 33) Nach Ansicht des Gerichts rechnete der Beklagte zu dieser Summe auch ermessensfehlerfrei den geschätzten zukünftigen Inflationsbetrag von 40 Prozent für die 20jährige Laufzeit hinzu. Der Beklagte müsse insofern nicht die jährliche, tatsächliche Inflation absichern. Dies sei bereits nicht mit § 35 Abs. 5 Satz 3 BauGB vereinbar, da dieser voraussetzte, dass die Gesamtkosten bereits zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung geschätzt würden. (Rn. 34 f.)

Nach Ansicht des Gerichts musste der Restwert der Anlage bei der Berechnung hingegen keine Berücksichtigung finden. Unabhängig von der Frage, ob ein Pfändungsrecht nach § 286 LVwG bestünde, würde in diesem Fall das Verwertungsrisiko dem Beklagten auferlegt. Ebenso wenig greife vorliegend das Verbot der Überpfändung nach § 285 Satz 2 LVwG, da dies erst im Falle einer realen Pfändung anwendbar sei. (Rn. 36 f.)

Zuletzt adressiert das Gericht die in den Bundesländern verschieden hohen Abbruchkosten. Dies könne sowohl durch das Fehlen einer bundeseinheitlichen Regelung, als auch durch die unterschiedliche Bauweise der Windenergieanlagen bedingt sein. (Rn. 38)

## Fazit

Seit ihrer Einführung ist die Rückbauverpflichtung des § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 BauGB fester Bestandteil der Genehmigung von Windenergieanlagen geworden. Anliegen des Gesetzgebers war es, bei Nutzungsaufgabe privilegierter Vorhaben sicherzustellen, dass Bodenversiegelungen entsprechend dem Verursacherprinzip wirksam beseitigt werden.<sup>1</sup> 2012 setzte sich das Bundesverwaltungsgericht mit der Rückbauverpflichtung erstmals auseinander. Hierbei stellte es das behördliche Ermessen bei der Auswahl heraus, wonach die Behörde den Rückbau durch verschiedenste Instrumentarien wie u.a. die beschränkte persönliche Dienstbarkeit, das Ansparmodell, die Hinterlegung oder die (Rückbau)Bürgschaft sicherzustellen hat.<sup>2</sup>

Die dahingehend einheitliche Rechtsprechung<sup>3</sup> macht sich auch das OVG Schleswig zu eigen. Häufiger Streitgegenstand ist in diesen Konstellationen die Höhe der Sicherheitsleistung. Die Bemessungsgrundlage steht grundsätzlich im behördlichen Ermessen. Insofern sind Pauschalierungen und Prognose der Kapitalentwicklung<sup>4</sup> für die Laufzeit des Sicherungsmittels von der Rechtsprechung als zulässig akzeptiert. Nicht selten stehen hier die anzusetzenden Herstellungskosten in Streit. Vorliegend ließ die Klägerin diese jedoch unbeanstandet und rückte andere Fragestellungen in den Vordergrund.

Überzeugend erscheint, dass das Gericht eine Anrechnungspflicht hinsichtlich des Restwerts der Anlage verneint. Zwar können Behörden den Rückbau mit Zwangsvollstreckungsmitteln – insbesondere der Ersatzvornahme – durchsetzen und sich aus dem Restwert der Anlage befriedigen. Dennoch sollen dabei mögliche Risiken nicht der öffentlichen Hand auferlegt werden, um einen wirkungsvollen Rückbau und damit den Gesetzeszweck nicht zu gefährden.

Darüber hinaus reißt das OVG Schleswig weitere interessante Punkte zur Kostenbemessung an; so u.a. eine erdrosselnde Wirkung der Sicherungskosten, oder auch Bauweise und Konstruktion der konkreten Windenergieanlage.<sup>5</sup> Zwar zeichnet sich zumindest innerhalb der verschiedenen Bundesländer eine gewisse Einheitlichkeit in Form verschiedenster Leitfäden und Hinweisen ab.<sup>6</sup> Dennoch fehlen bundesweit einheitliche Maßstäbe zur Kostenermittlung, was einen Vergleich und die Nachvollziehbarkeit der Kostenberechnung sehr erschwert.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter:

[http://www.gesetze-rechtsprechung.sh.juris.de/jportal/portal/t/2o3m/page/bsshoprod.psml;jsessionid=C7DDBE0C3F649416A2D2BE582B113E12.jp14?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js\\_peid=Tref-ferliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdoctodoc=yes&doc.id=MWRE200002829%3Ajuris-r02&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1](http://www.gesetze-rechtsprechung.sh.juris.de/jportal/portal/t/2o3m/page/bsshoprod.psml;jsessionid=C7DDBE0C3F649416A2D2BE582B113E12.jp14?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Tref-ferliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdoctodoc=yes&doc.id=MWRE200002829%3Ajuris-r02&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1)

---

<sup>1</sup> BT-Drs. 15/2250, [S. 56, 92](#).

<sup>2</sup> BVerwG, Urt. v. 17.10.2012 – 4 C 5.11, [Rn. 14 ff.](#); zu den Vor- und Nachteilen der verschiedenen Sicherungsmittel: FA Wind, Brechen & Sieben, 2018, [S. 13 ff.](#)

<sup>3</sup> BVerwG, Urt. v. 17.10.2012 – 4 C 5.11, [Rn. 14 ff.](#); OVG Lüneburg, Urt. v. 10.1.2017 – 4 LC 198/15, [Rn. 57 ff.](#)

<sup>4</sup> Siehe ebenfalls zur Schätzung der Inflation: OVG Magdeburg, Urt. v. 12.5.2011 – 2 L 239/09, [Rn. 48](#).

<sup>5</sup> BT-Drs. 19.13619, [S. 4](#); UBA, Entwicklung eines Konzepts und Maßnahmen für einen ressourcensichernden Rückbau von Windenergieanlagen, 2019, [S. 85 ff.](#)

<sup>6</sup> Siehe hierzu im Überblick: BWE-Hintergrundpapier: Recycling von Windenergieanlagen, 2018, [S. 2](#).