

## 14. Höhe der Rückbaubürgschaft bei Windenergieanlagen

§ 238 Abs. 2 LVwG, § 35 Abs. 5 S. 2, 3 BauGB, §§ 4, 6 Abs. 1 Nr. 2, 12 Abs. 1 S. 1 BImSchG, 113 Abs. 1 S. 1 VwGO

### Zur Berechnung der Höhe der Rückbaubürgschaft bei Windenergieanlagen

(Leitsatz der Redaktion)

OVG Schleswig, U. v. 28.04.2016, 6 A 87/15

#### Zum Sachverhalt:

Die Beteiligten streiten über die Höhe einer zur Sicherung des Rückbaus einer Windkraftanlage (WKA) notwendigen Bürgschaft, die der Beklagte in einer Nebenbestimmung zu einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung festgesetzt hat.

Mit Bescheid vom 17. Februar 2015 erteilte der Beklagte der Klägerin eine Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb einer WKA des Typs Enercon E.92 mit einer Leistung von 2,35 MW, einer Nabenhöhe von 104m, einem Rotordurchmesser von 92m und einer Gesamthöhe von 150m in der Gemeinde..

Die Genehmigung enthält unter 1.2 die Bedingung, dass mit der Errichtung der Anlage erst begonnen werden darf, wenn der Rückbau nach dauerhafter Betriebsaufgabe durch eine entsprechende Eintragung in das Baulastenverzeichnis des .. gesichert und die Sicherung der Abbruchkosten in Höhe von 197.400 Euro nachgewiesen ist. Die Sicherung der Abbruchverpflichtung kann durch Vorlage von selbstschuldnerischen Bankbürgschaften unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage, durch Hypotheken sowie durch pfändungs- und insolvenz sichere Hinterlegung von Geld für bzw. gegenüber dem Land Schleswig-Holstein erfolgen.

Gegen die benannte Bedingung legte die Klägerin Widerspruch ein.

Zur Begründung machte sie geltend, dass die Höhe der Rückbaubürgschaft überzogen sei. Insofern habe sie zwar bereits Zweifel daran, dass neben der Baulast zusätzlich eine Rückbaubürgschaft verlangt werden könne, weil § 35 Absatz 5 Satz 3 BauGB nicht von „und“, sondern „oder“ spreche. Jedoch respektiere sie insofern die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu dieser Frage. Sie wehre sich aber gegen die Höhe der Rückbaubürgschaft.

Insofern würde in der Bundesrepublik unterschiedliches Maß angesetzt. Das Bundesverwaltungsgericht habe Rückbaukosten von 30.000 Euro pro MW als rechtmäßig erachtet. Die Bundesregierung habe von 30.000 Euro bei kleineren Anlagen und 60.000 Euro bei größeren Anlagen mit 2 MW Leistung gesprochen.

Ein Sachverständiger habe die Rückbaukosten für gängige Anlagentypen errechnet. Für den Anlagentyp Enercon E-101 seien dabei Kosten von 227.700 Euro berechnet worden. Diesen Kosten stünden Restwerte für verwendbares Kupfer und dergleichen in Höhe von 141.700 Euro gegenüber. Insofern bestehe eine noch zu deckende Differenz von 86.000 Euro, was sich etwa mit der Schätzung des Bundesverwaltungsgerichts decke.

Der Beklagte habe auch Zugriff auf den Restwert. Dies ergebe sich aus § 286 AO.

Der Widerspruch wurde mit Widerspruchsbescheid vom 23. März 2015 als unbegründet zurückgewiesen.

Zur Begründung führte der Beklagte aus, dass die Rückbaukosten dergestalt berechnet würden, dass zunächst 4% der Investitionskosten angesetzt würden. Vorliegend würden die Investitionskosten auf Grundlage der Leistung und nach Erfahrungswerten mit 3,525 Mio Euro angesetzt. Insofern sei mit Rückbaukosten aktuell von 141.000 Euro zu rechnen. Zudem seien Kostensteigerungen in der Zukunft zu berücksichtigen. Die Nutzungszeit der WKA betrage 20 Jahre. Als zu erwartende Kostensteigerung würden 2% pro Jahr angesetzt, insgesamt 40%. Damit betrügen die abzuschätzenden künftigen Rückbaukosten 197.400 Euro.

Die Kostensteigerung sei auch plausibel vor dem Hintergrund des von der Klägerin eingereichten Gutachtens. In diesem Gutachten, das sich auf eine WKA Enercon E-101 beziehe, die vom Typ her vergleichbar sei, seien die Abbruchkosten mit 227.700 Euro ermittelt worden. Unter Hinzurechnung der zu erwartenden Kostensteigerung von 40% ergäben sich zu sichernde künftige Rückbaukosten von 318.780 Euro. Insofern sei die durch die Nebenbestimmung festgesetzte Sicherheitsleistung noch geringer als die gutachterlich ermittelten Kosten.

Eine Anrechnung von Restwerten von Kupfer, Stahl, Elektronikschrott, Aluminium und ähnlichem könne nicht erfolgen. Die Behörde habe auf diese Vermögenswerte keinen Zugriff. Zudem sei es nicht Aufgabe der Behörde, sich im Falle eines im Wege der Ersatzvornahme durchzuführenden Rückbaus um die gewinnbringendste Verwertung zu bemühen.

Grundlage für die Festsetzung der Höhe der Rückbaukosten könnten nur die tatsächlichen Kosten sein, inwiefern die einschlägigen Behörden anderer Bundesländer niedrigere Sicherheitsleistungen verlangten, könne nicht berücksichtigt werden.

Am 30. April 2015 hat die Klägerin Klage erhoben. Zur Begründung ihrer Klage verweist sie auf die Begründung des Widerspruchs.

Die Klägerin beantragt, die Bedingung A 111 Nr. 1.2 der Genehmigung vom 17. Februar 2015 zum Aktenzeichen G 10/2014/137- Bestellung einer Rückbaubürgschaft zur Sicherung der Abbruchkosten in Höhe von 197.400 Euro - in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23. März 2015, zuzugestellen am 30. März 2015, insoweit aufzuheben, als eine Rückbaubürgschaft von mehr als 86.600 Euro begehrt wird.

Der Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen.

Zur Begründung verweist er auf die Begründung des Widerspruchsbescheides.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gerichtsakte und die beigezogene Verwaltungsakte des Beklagten verwiesen, die Gegenstand der Beratung und Entscheidungsfindung gewesen sind.

Aus den Gründen:

Die Klage ist zulässig aber unbegründet. Die angefochtene Nebenbestimmung ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten, § 113 Absatz 1 Satz 1 VwGO.

Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung kann unter Bedingungen erteilt und mit Auflagen verbunden werden, soweit dies erforderlich ist, um die Erfüllung der in § 6 BImSchG genannten Genehmigungsvoraussetzungen sicherzustellen, § 12 Absatz 1 Satz 1 BImSchG. Nach § 6 Absatz 1 Nr. 2 BImSchG ist die Genehmigung einer Anlage im Sinne des § 4 BImSchG, zu denen nach Nr. 1.6 der Spalte 2 der 4. BImSchV die Errichtung einer WKA gehört, zu erteilen, wenn unter anderem andere öffentlich-rechtliche Vorschriften der Errichtung und dem Betrieb der Anlage nicht entgegenstehen. Die Vorschrift verweist auch auf die Bestimmungen des Städtebau- und des Bauordnungsrechts, deren Einhaltung die für die Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung zuständige Behörde aufgrund der Konzentrationswirkung gemäß § 13 BImSchG sicherzustellen hat.

§ 35 Absatz 5 Satz 2 BauGB macht die Erteilung einer Baugenehmigung für Vorhaben nach Absatz 1 Nr. 5 – Vorhaben, das der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Wind- oder Wasserenergie dient – von der Abgabe einer Verpflichtungserklärung zur Sicherstellung der Pflicht zum Rückbau nach dauerhafter Aufgabe der privilegierten Nutzung abhängig. Die Baugenehmigungsbehörde soll nach § 35 Absatz 5 Satz 3 BauGB durch nach Landesrecht vorgesehene Baulast oder in anderer Weise die Einhaltung der Verpflichtung nach Satz 2 sowie nach Absatz 4 Satz 1 Nr. 1 Buchstabe g sicherstellen.

Die Forderung einer Sicherheitsleistung in der streitgegenständlichen Nebenbestimmung 1.2 dient der Sicherung der Einhaltung der von der Klägerin abgegebenen Verpflichtungserklärung zum Rückbau der Anlage.

§ 35 Absatz 5 Satz 2 i.V.m. Satz 3 BauGB berechtigt zum Erfass von Nebenbestimmungen zur Sicherstellung der Einhaltung der Rückbaupflicht. Dies ergibt sich aus den Gesetzgebungsmaterialien, in denen auf das „Verursacherprinzip“ und die Notwendigkeit, angesichts der zunehmenden Inanspruchnahme des Außenbereichs die Einhaltung der Rückbaupflicht „sicherzustellen“, verwiesen wird (BT-Ds. 15/2250, Seite 56). Dem steht nicht entgegen, dass sich im Gesetzestext die Formulierung „nach Landesrecht“ findet. Bei diesem Verweis handelt es sich nur um einen erläuternden Zusatz, der sich auf den Begriff „Baulast“ bezieht und deutlich macht, dass es Länder wie Bayern und Brandenburg gibt, die das Rechtsinstitut der öffentlich-rechtlichen Baulast nicht kennen. Sinn und Zweck der Regelung bestätigen, dass der Gesetzgeber mit § 35 Absatz 5 Satz 2 i.V.m. Satz 3 BauGB eine eigene bauplanungsrechtliche Ermächtigungsgrundlage geschaffen hat. Der Gesetzgeber bringt mit der Regelung zum Ausdruck, dass es zum Schutz des Außenbereichs nicht ausreichend ist, dass nach dauerhafter Nutzungsaufgabe aufgrund des baurechtswidrigen Zustands grundsätzlich eine bauordnungsrechtliche Pflicht zur Beseitigung des Vorhabens besteht, weil – wie in den Gesetzgebungsmaterialien

ausgeführt wird – die Frage, ob die Bauaufsichtsbehörde die Beseitigung einer solchen Anlage verlangen darf, von weiteren Voraussetzungen abhängt. Die Ermächtigung nach § 35 Absatz 5 Satz 2 i.V.m. Satz 3 BauGB umfasst alle Maßnahmen, die geeignet sind, die Einhaltung der Verpflichtungserklärung sicherzustellen, und damit auch die Auferlegung einer Sicherheitsleistung als Maßnahme zur finanziellen Absicherung eines möglichen Liquiditätsrisikos.

Die Bestellung einer Baulast schließt die Anordnung „anderer“ geeigneter Maßnahmen nicht aus. Der Wortlaut „durch Baulast oder in anderer Weise“ ist nicht als Alternative zu verstehen, mit der die Bandbreite möglicher Maßnahmen zur Einhaltung der Verpflichtung nach Satz 2 eingeschränkt wird. Mit dieser Auslegung wird die Wortlautgrenze nicht contra Legem überschritten. Die Formulierung ist dem gesetzestechnischen Umstand geschuldet, dass der Gesetzgeber bei der Neuregelung des § 35 Absatz 5 Sätze 2 und 3 BauGB an den vorhandenen Gesetzestext, der auf Absatz 4 Satz 1 Nr. 1 Buchstabe g verweist, angeknüpft und sich darauf beschränkt hat, die Anwendbarkeit des Satzes 3 auf die Fallkonstellation der Rückbaupflicht allein durch Einfügung der Wörter „nach Satz 2 sowie“ deutlich zu machen. Auch die Gesetzgebungsgeschichte belegt, dass die Baulast, mit der auch bauplanungsrechtliche Genehmigungsvoraussetzungen sichergestellt werden können, lediglich beispielhaft als eine geeignete Maßnahme zur dinglichen Sicherung genannt wird.

Sinn und Zweck der Regelung bestätigen, dass sich § 35 Absatz 5 Satz 3 BauGB nicht in der Verpflichtung der Baugenehmigungsbehörde erschöpft, durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass über die Berechtigung der Rückbaupflicht nicht mehr gestritten wird. Eine Absicherung des finanziellen Risikos bei Ausfall des Pflichtigen lässt sich mit einer Baulast oder in Ländern, die das Rechtsinstitut der Baulast nicht kennen, durch Bestellung einer Grunddienstbarkeit nicht bewirken. Dem Gesetzgeber ging es indes gerade um die Absicherung der Kosten des Rückbaus, zu dem sich der Vorhabenträger nach § 35 Absatz 5 Satz 2 BauGB verpflichten muss, will er die beantragte Baugenehmigung erhalten. Das Liquiditätsrisiko wird zwar in den Gesetzgebungsmaterialien nicht ausdrücklich genannt. Mit der Betonung des Verursacherprinzips hat der Gesetzgeber jedoch deutlich gemacht, dass die Kostentragung durch den Vorhabenträger bzw. seinen Rechtsnachfolger durch geeignete Maßnahmen, die mit der Baugenehmigung zu verbinden sind, sichergestellt sein muss. Dazu gehört auch die Absicherung des Liquiditätsrisikos. Nach dem gesetzgeberischen Regelungszweck soll die Durchsetzung der Rückbaupflicht nicht daran scheitern, dass von einer Vollstreckung abgesehen wird, weil keine ausreichenden öffentlichen Mittel für eine Ersatzvornahme zur Verfügung stehen. (zum Ganzen: Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 17. Oktober 2012, Aktenzeichen 4 C 5/11, zitiert nach juris, Rn. 5-15).

Für die Bestimmung der Höhe der konkret verlangten Sicherheit ist es zulässig zu pauschalieren. Maßgeblich ist, ob die Kostenschätzung auf einer geeigneten Grundlage beruht und die daran anknüpfende Pauschalierung sachlich nachvollziehbar ist (Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 17. Oktober 2012, Aktenzeichen 4 C 5/11, zitiert nach juris, Rn. 34).

Die vom Beklagten vorgenommene Pauschalierung und Berechnung sind nicht zu beanstanden.

So hat der Beklagte die zunächst zugrunde gelegten Kosten aufgrund eigener Erfahrungen bestimmt. Dabei wurden voraussichtliche Kosten in Höhe von 141.000 Euro berechnet. Diese sind auch vor dem Hintergrund der von der Klägerin vorgetragenen Werte des Sachverständigen, die sogar höher liegen, plausibel.

Soweit der Beklagte eine Erhöhung der aktuellen Rückbaukosten vor dem Hintergrund von Preissteigerungen vornimmt, ist dies nicht zu beanstanden. Nach allgemeinen Erfahrungswerten findet eine jährliche Inflation statt. Der Beklagte hat 40% Preissteigerungen für 20 Jahre zugrunde gelegt, was unter Berücksichtigung des Zinsszinseffekts einer jährlichen Inflationsrate von 1,7% entspräche. Die Annahme einer entsprechenden Inflation für die nächsten 20

Jahre ist in Anbetracht der in der Vergangenheit erfolgten Preissteigerungen nicht zu beanstanden. Nach den Werten des Bundesamtes für Statistik (verfügbar unter <[www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Preise/Verbraucherpreise/Verbraucherpreisindex-LangeReihenPDF\\_5611103.pdf?blob=publicationFile](http://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Preise/Verbraucherpreise/Verbraucherpreisindex-LangeReihenPDF_5611103.pdf?blob=publicationFile)> Seite 3) betrug die Inflation für Verbraucherpreise 1993 bis 2013 durchschnittlich 1,59 % (1993: Wert 77,1; 2013: Wert 105,7), im hier relevanten Bereich Ingenieurbau - Straßen (Zahlen verfügbar unter [www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Indikatoren/Konjunkturindikatoren/Preise/bpr210.html](http://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Indikatoren/Konjunkturindikatoren/Preise/bpr210.html)) für 2000 bis 2013 sogar durchschnittlich 2,14% (Wert 2000/1 83,2; Wert 2013/IV 109,6).

Auch die Nichtberücksichtigung etwaiger Restwerte der verwendeten Materialien (Kupfer, Aluminium, Stahl etc.) begegnet keinen Bedenken. Der Beklagte hat auf diese Restwerte im Fall der Zwangsvollstreckung keinen Zugriff. Gesichert werden soll hier die Rückbauverpflichtung der Klägerin. Sollte die Klägerin ihrer Rückbauverpflichtung nicht nachkommen, wäre die Zwangsvollstreckung im Wege der Ersatzvornahme nach § 238 LVwG vorzunehmen. Im Rahmen der Ersatzvornahme entsteht aber, anders als bei einer Vollstreckung in bewegliche Sachen, § 286 LVwG, kein Pfändungspfandrecht am Gegenstand der Zwangsvollstreckung. Insofern handelt es sich aber bei der WKA nicht um einen Gegenstand, in den vollstreckt wird, da hier keine Geldforderung vollstreckt werden würde. Vielmehr würde die Verpflichtung, eine Handlung vorzunehmen, durch die Verwaltung ausgeführt werden bzw. eine entsprechende Beauftragung erfolgen.

Einen Zugriff auf die sich aus den Materialien der WKA ergebenden Werte hätte der Beklagte nur, wenn er die Kosten der Ersatzvornahme festsetzt und diese Kosten in die Restanlage bzw. die Materialien vollstrecken würde. Dies würde unter anderem voraussetzen, dass die Klägerin im entsprechenden Zeitpunkt Eigentümerin der WKA bzw. der Materialien ist, was bereits vor dem Hintergrund etwaiger Sicherungsübereignungen u. ä. nicht ohne weiteres angenommen werden kann. In jedem Fall besteht aber keine Verpflichtung zu einem entsprechenden Vorgehen, das mit Aufwand und dem genannten sowie weiteren Risiken für den Beklagten verbunden wäre. Vielmehr zeigt bereits die Regelung des § 238 Absatz 2 LVwG, nach der die Vollzugsbehörde der Pflichtigen auferlegen kann, die Kosten in der vorläufig veranschlagten Höhe voranzuzahlen, dass die Behörde soweit möglich kein Kostenrisiko bezüglich der Ersatzvornahme übernehmen soll.

Soweit die Klägerin darauf verweist, dass der Beklagte sich entsprechende Sicherheiten an der Anlage eintragen lassen könne, ist kein Anhaltspunkt für eine entsprechende Verpflichtung der Beklagten ersichtlich. Die Bürgschaft dient der Sicherstellung einer Verpflichtung der Klägerin. Soweit die Anlage durch das Material einen entsprechenden Wert hat, der im Falle des Abbaus umgesetzt werden kann, und nicht Dritte bereits durch Sicherungsrechte o.ä. dem entgegenstehende Rechte an der Anlage haben, steht es der Klägerin frei, selbst eine entsprechende (künftige) Übereignung mit einem privaten Anbieter gegen ein diese zukünftigen Werte widerspiegelndes Entgelt zu vereinbaren.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Absatz 1 VwGO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 167 VwGO i.V.m. 708, 711 ff ZPO.