



MOHR · RECHTSANWÄLTE
Partnerschaftsgesellschaft mbB

**Umfang der Rückbauverpflichtung von
Windenergieanlagen
gem. § 35 Abs. 5 S. 2 1. HS BauGB**

Gutachten

Im Auftrag der Bundesinitiative Vernunftkraft e.V. und
Vernunftkraft - Niedersachsen e.V.

Mohr Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB

Max-Brauer-Allee 81

22765 Hamburg

www.mohrpartner.de

Mai 2019

Modifiziert: 3.7.2019

Inhalt

| | | |
|------|---|----|
| A. | Fragestellung und Hintergrund | 3 |
| B. | Rechtliche Würdigung | 4 |
| I. | Wortlaut..... | 4 |
| II. | Normzweck..... | 5 |
| 1. | Außenbereichsschutz..... | 5 |
| 2. | Wiederherstellung der Bodenfunktion | 6 |
| 3. | Zwischenergebnis..... | 8 |
| III. | (Kommentar-)Literatur | 8 |
| IV. | Rechtsprechung | 9 |
| V. | Verwaltungsvorschriften der Länder | 10 |
| C. | Ergebnis | 12 |

A. Fragestellung und Hintergrund

Das vorliegende Gutachten widmet sich der Frage, ob die Rückbauverpflichtung des § 35 Abs. 5 Satz 2 1. HS BauGB den vollständigen Rückbau einer Windenergieanlage inklusive ihres gesamten Fundaments erfordert.

Im Zuge der Änderung des Regionalen Raumordnungsprogrammes (RROP) für den Landkreis Cuxhaven in Niedersachsen wurde im Rahmen der Fortschreibung des sachlichen Teilabschnitts Windenergie (2017) eine Regelung für die Ausgestaltung der Rückbauverpflichtung erlassen. Das RROP enthält unter Ziffer 04 eine Bestimmung, die vorsieht, dass *„die Betonfundamente der Turmbauwerke bis zu einer Bodentiefe von lediglich 2,50 m zurückzubauen“* sind.

Begründet wird dies damit, dass der komplette Rückbau der Fundamente einen solch erheblichen Eingriff in die Natur – namentlich die im Laufe des Anlagenbetriebs gewachsenen Lebensräume und Bodenstrukturen – bedeuten würde, dass dies *„keine Wiederherstellung der Bodenfunktion, die bereits bei einer Tiefe von 2,5m gegeben ist, legitimieren kann“*. Durch die partielle Rückbauverpflichtung sei die Bodenfunktion für Folgenutzungen wie die Landwirtschaft wiederhergestellt und Niederschlagswasser könne in den Boden versickern und abfließen.

Zu prüfen ist nun, ob eine solche eingeschränkte Rückbauverpflichtung den Anforderungen des § 35 Abs. 5 S. 2 1. HS BauGB gerecht wird.

B. Rechtliche Würdigung

Gemäß § 35 Abs. 5 S. 2 1. HS BauGB ist für Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB, also gemäß Nr. 5 auch Vorhaben zur Nutzung von Windenergie, eine Zulässigkeitsvoraussetzung, dass eine Verpflichtungserklärung abgegeben wird, das Vorhaben nach dauerhafter Aufgabe der zulässigen Nutzung zurückzubauen und Bodenversiegelungen zu beseitigen.

I. Wortlaut

Betrachtet man den Wortlaut des § 35 Abs. 5 S. 2 1. HS BauGB fällt auf, dass die benutzten Begrifflichkeiten absoluter Natur sind: Anlagen sind „zurückzubauen“, Bodenversiegelungen sind zu „beseitigen“. Beide Begriffe sprechen dafür, dass die komplette Entfernung sowohl der Anlage, als auch der Bodenversiegelung vorzunehmen ist.

Ob man die Fundamente den Anlagen selbst oder der Bodenversiegelung zuordnet, kann dabei dahinstehen. Naheliegender erscheint, dass die Fundamente einen Teil der Anlage darstellen und dementsprechend gemäß § 35 Abs. 5 S. 2 1. HS BauGB auch insgesamt nach Nutzungsaufgabe zurückzubauen sind. Selbst wenn die Fundamente nicht bereits unter den Rückbautatbestand zu fassen wären, so ergäbe sich die Pflicht zur Beseitigung aus der weiteren in § 35 Abs. 5 S. 2 1. HS BauGB genannten Verpflichtung, die durch die Anlage bewirkte Bodenversiegelung zu beseitigen. Der Wortlaut der Vorschrift ist insoweit eindeutig: Die Beseitigung der Bodenversiegelung steht selbstständig neben der Rückbaupflicht für die dauerhaft nicht mehr zu nutzende Anlage.

Der Wortlaut gibt überdies auch keine Einschränkungen der Rückbauverpflichtungen vor, bspw. in der Form, dass dem Rückbauerfordernis genügt wird, wenn/soweit eine bestimmte Anschlussnutzung der Flächen ermöglicht ist.

Der Wortlaut des § 35 Abs. 5 S. 2 1. HS BauGB spricht für das Erfordernis der kompletten Entfernung auch der Fundamente von Windenergieanlagen.

II. Normzweck

Um die Anforderungen der Norm genauer bestimmen zu können, ist auch ihr Sinn und Zweck genauer zu beleuchten.

1. Außenbereichsschutz

Nach dauerhafter Nutzungsaufgabe privilegierter Vorhaben im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB sind sie aus Gründen des Außenbereichsschutzes zu entfernen (*Mitschang/Reidt*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 13. Auflage 2016, § 35, Rn. 180). Der Schutz des Außenbereichs ist eine zentrale Funktion des § 35 BauGB (*Söfker*, in: E/Z/B/K, Baugesetzbuch, 131. Ergänzungslieferung Oktober 2018, § 35 Rn. 13, beck-online).

Der Nutzungszweck der Vorhaben begründet das Privileg, den grundsätzlich von Bebauung freizuhaltenden Außenbereich bebauen zu dürfen. Umgekehrt entfällt die Legitimation des Vorhabens, wenn sie nicht mehr dauerhaft genutzt, also aufgegeben werden. So bezeichnete das *Bundesverwaltungsgericht* das Baurecht für Vorhaben, die von § 35 Abs. 5 Satz 2 BauGB umfasst werden, treffenderweise als „*Baurecht auf Zeit*“ (BVerwG, Urt. v. 16.12.2004 – 4 C 7/04, NVwZ 2005, 587 (588), beck-online).

Anhaltspunkte für die Intention und Beweggründe zum Erlass eines Gesetzes finden sich regelmäßig in der Gesetzesbegründung. Zwar kommt ihr keine Regelungswirkung zu, doch kann sie Hinweise zur Auslegung einer Norm enthalten. In der Begründung des Gesetzentwurfs zum Europarechtsanpassungsgesetz Bau vom 17.12.2003 heißt es zur Rückbauverpflichtung:

„Die vorgeschlagene Regelung rechtfertigt sich insgesamt daraus, dass das Gesetz bei der erleichterten Zulässigkeit von Anlagen im Außenbereich an ihren Nutzungszweck anknüpft. Wenn dieser Nutzungszweck dauerhaft entfällt und auch keine andere privilegierte Nutzung für das Vorhaben genehmigt werden kann, entfällt die bodenrechtliche Legitimation für den Fortbestand des Baukörpers im Außenbereich. Das Beseitigungsgebot entspricht dem Anliegen der Bodenschutz-

klausel und dem Verursacherprinzip. Die Regelung soll auf UVP-pflichtige Vorhaben beschränkt werden, weil diesen unter dem Gesichtspunkt der Umweltvorsorge besondere Bedeutung zukommt.“ (BT-Drs. 15/2250, S. 56)

In der Gesetzesbegründung finden sich weiterhin auch keine Hinweise darauf, dass der Bundesgesetzgeber eine nur eingeschränkte Rückbauverpflichtung für ausreichend erachtet. Stattdessen wurde erkannt, dass im Zuge der Förderung von Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien insgesamt eine Zunahme der errichteten Anlagen wie bspw. auch Windenergieanlagen zu verzeichnen war. Betont wurde in der amtlichen Begründung daher, dass es aufgrund dieser Zunahme an Anlagen von besonderer Bedeutung sei, dass diese Anlagen nach der Aufgabe den Außenbereich nicht mehr beeinträchtigen sollen (vgl. BT-Drs. 15/2250, S. 56). Die Frage, ob eine „Beeinträchtigung“ des Außenbereichs auch mit einem nur teilweisen Rückbau entsprechender Bauwerke verhindert werden kann, wird nicht adressiert.

Der Zweck der Norm, namentlich der Außenbereichsschutz, und auch die zugehörige Begründung indes sprechen für die Verpflichtung zum kompletten Rückbau.

2. Wiederherstellung der Bodenfunktion

Die eingeschränkte Rückbauverpflichtung aus der Teilfortschreibung des RROP wird u.a. damit begründet, dass die komplette Entfernung der Fundamente einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Natur darstellen würde. Unverhältnismäßig sei der Eingriff deshalb, weil der vermeintliche Zweck – die Wiederherstellung der Bodenfunktion – auch bei einem Rückbau der Fundamente nur bis zu einer Tiefe von 2,5 m erreicht werden könne. Eine weitergehende Rückbauverpflichtung sei also nicht erforderlich im Sinne der Verhältnismäßigkeit.

Diese Annahme findet aus zweierlei Gründen jedoch keine Stütze: Zunächst ist der Zweck des § 35 Abs. 5 Satz 2 BauGB nicht (nur) die Wiederherstellung der Bodenfunktion. Zwar kann § 35 Abs. 1 Satz 1 BauGB als gegenüber § 1a Abs. 2 Satz 1 BauGB speziellere, auf Außenbereichsvorhaben angepasste Bodenschutzklausel angesehen werden (Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 13. Auflage 2016, § 1a Rn. 3). Das bedeutet im Ergebnis aber nicht, dass die Rückbauverpflichtung des § 35 Abs. 5 Satz 2 Hs. 1

BauGB nur dem Zweck des Bodenschutzes dient. Grundsätzlich dienen die Regelungen des § 35 BauGB dazu, den Außenbereich vor Beeinträchtigungen zu schützen. Die Bodenschutzklausel des § 35 Abs. 1 Satz 1 BauGB stellt bei der Entscheidung über die Art und Weise der Verwirklichung von Vorhaben lediglich einen von mehreren zu berücksichtigenden Belangen dar. Es handelt sich – anders als bei § 35 Abs. 5 Satz 2 BauGB auch nicht um eine Zulässigkeitsvoraussetzung, sondern um eine Verpflichtung zu entsprechender Ausführung der nach § 35 Abs. 1 bis 4 BauGB zulässigen Vorhaben (*Söfker*, in: E/Z/B/K, Baugesetzbuch, 131. Ergänzungslieferung Oktober 2018, § 35 Rn 165, beck-online).

Und selbst wenn angenommen werden sollte, dass die Regelungen des § 35 Abs. 5 Satz 1 u. 2 BauGB beide primär dem Bodenschutz zu dienen bestimmt sind, kann zweitens nicht davon ausgegangen werden, dass ein nur begrenzter Rückbau der Fundamente dem Bodenschutz eher gerecht wird als deren komplette Entfernung.

Gemäß § 2 Abs. 2 BBodSchG erfüllt der Boden eine Vielzahl von Funktionen. Neben seiner Funktion als natürliche Lebensgrundlage für Menschen, Tiere, Pflanzen und Bodenorganismen wird er als Bestandteil des Naturhaushaltes insbesondere mit seinen Wasser- und Nährstoffkreisläufen angesehen, überdies dient er verschiedenen Nutzungszwecken und weiteren mannigfaltigen Zwecken.

Der Rückbau kann die vorhandene Natur beeinträchtigen. Auch haben sich im Verlauf des Bestehens der Anlagen, zumeist maximal einige Jahrzehnte, Lebensräume und Bodenstrukturen ausgebildet, die mit dem Rückbau kurzfristig zerstört werden. Auf längere Dauer betrachtet jedoch ist die Freiheit des Bodens von Fremdkörpern gegenüber einer um Fundamentrückstände herumgebildeten Bodenstruktur wohl vorzugswürdig.

Weiterhin kann im Rahmen des nur teilweisen Rückbaus nicht rechtssicher bestimmt werden, ab welcher Tiefe die Fundamenteile die Bodenfunktion nicht mehr beeinträchtigen sollen. Eine „pauschale“ Unverhältnismäßigkeitsfeststellung gegenüber den Eingriffen in die Natur für Arbeiten ab einer bestimmten Tiefe auf dem Gebiet eines ganzen Landkreises scheint auch aus diesem Grunde nicht rechtmäßig.

Für die Wiederherstellung der Nutzbarkeit des Bodens zum Zwecke landwirtschaftlicher Nutzung als Ziel der Rückbauverpflichtung lässt sich ähnliches wie zur Wiederherstellung der Bodenfunktion anführen. Auch ist die landwirtschaftliche Nutzung nur eine von vielen Funktionen des Bodens gem. § 2 Abs. 2 BBodSchG.

Zwar könnte die Wiederherstellung der landwirtschaftlichen Nutzungsfähigkeit des Bodens als ein Ziel des Rückbaus privilegierter Vorhaben angesehen werden. Doch auch hier spricht gegen die Annahme, dass die Rückbauverpflichtung aus § 35 Abs. 5 Satz 2 Hs. 1 BauGB bereits erfüllt ist, wenn die vorher mit der Anlage, ihren Nebenanlagen und der Bodenversiegelung versehenen Flächen landwirtschaftlich wieder nutzbar ist, zunächst der Wortlaut der Norm, der keinerlei entsprechende Hinweise enthält. Hinzu kommt, dass auch gegen diese Lesart wieder der Einwand erhoben werden kann, dass nicht zweifelsfrei bestimmt werden kann, bis zu welcher Tiefe die Bodenversiegelung inkl. des Fundamentes abgetragen werden muss, um landwirtschaftliche Nutzbarkeit wiederherzustellen.

3. Zwischenergebnis

Erwägungen zum Normzweck lassen eine partielle Rückbauverpflichtung nicht als ausreichend im Sinne des § 35 Abs. 5 Satz 2 1. HS BauGB erscheinen.

III.(Kommentar-)Literatur

Auch die rechtswissenschaftliche (Kommentar-)Literatur hat sich mit der Rückbauverpflichtung aus § 35 Abs. 5 Satz 2 BauGB befasst.

Nach dem Kommentar von Battis/Krautzberger/Löhr zum Baugesetzbuch umfassen die neben dem Vorhaben zu beseitigenden Bodenversiegelungen alle ober- und unterirdischen Anlagen und Anlagenteile – auch Fundamente – sowie die für die Anlage erforderliche Infrastruktur, die mit der dauerhaften Nutzungsaufgabe der Anlage auch ihren Nutzen verliert (*Mitschang/Reidt*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 13. Auflage 2016, § 35, Rn. 180). *Mitschang/Reidt* sprechen sich mithin für einen vollständigen Rückbau *aller* Anlagenteile aus, sodass eine nur partielle Fundamententfernung nach dieser Ansicht die Anforderungen der Verpflichtung nicht zu erfüllen vermag.

Die weitere Kommentarliteratur stellt anhand des Wortlauts des § 35 Abs. 5 S. 2 BauGB darauf ab, dass „Bodenversiegelungen“ zu beseitigen sind. Das heißt, die durch die Anlage bewirkte Bodenversiegelung ist so beseitigen, dass der Versiegelungseffekt, der beispielsweise das Versickern von Niederschlagswasser beeinträchtigt oder behindert, nicht mehr besteht (*Söfker*, in: E/Z/B/K, BauGB, 128. EL, Stand: 02/2018, § 35, Rn. 165b). Nach dieser Ansicht wäre eine nur partielle Entfernung des Fundamentes denkbar, sofern die Wiederherstellung der Bodenfunktion gelingt. Es wird allerdings nicht näher darauf eingegangen, nach welchen Kriterien die Wiederherstellung der Bodenfunktion abgesehen von der Versickerungsmöglichkeit von Niederschlagswasser bestimmt werden soll. Ein solches Offenlassen der Kriterien kann in letzter Konsequenz aber den Anforderungen an die Bestimmtheit nicht gerecht werden.

In seinem Aufsatz „*Der Rückbau von Windenergieanlagen (WEA) – eine rechtliche Herausforderung für die Behörden?*“ (UPR 2013, 175 ff.) schließt *Berkemann* in die Rückbaukosten neben Aufwendungen für die Beseitigung der Anlage selbst und des Fundamentes solche für die Beseitigung von Nebenanlagen wie einer Trafostation, der Wege und sonstiger versiegelter Flächen, von Anpflanzungen und Kosten für die Rekultivierung ein. Der Verfasser spricht sich also für die komplette Fundamentbeseitigung aus.

Die überwiegenden Meinungen in der Literatur sprechen für einen kompletten Rückbau auch der Fundamente von Windenergieanlagen.

IV. Rechtsprechung

Im Gegensatz zur Literatur erhielt die Rechtsprechung bisher noch keine Gelegenheit, sich mit der hier im Raume stehenden Frage detailliert auseinanderzusetzen.

Rückbauverpflichtungen wurden gerichtlich zumeist nur hinsichtlich der Höhe bzw. der Wahl des Instrumentes der zu leistenden Sicherheitsleistungen thematisiert (bspw. OVG Lüneburg, Urt. v. 10.01.2017 – 4 LC 198/15, juris). Im Zuge der Feststellung der Rechtmäßigkeit der Höhe einer zu leistenden Sicherheit hat der *Verwaltungsgerichtshof Hessen* ausgeführt:

„Um die Beeinträchtigungen beim Landschaftsbild und im Funktionszusammenhang beim Schutzgut Boden rückgängig zu machen, ist nicht nur der Abbau des oberirdischen Teils der Windkraftanlage geboten, sondern auch die Entfernung des Betonfundaments.“ (VGH Hessen, Beschl. v. 12.01.2005 – 3 ZU 2619/03, Rn. 5, juris)

Zwar setzte sich der *Verwaltungsgerichtshof Hessen* nicht explizit mit der Frage des Umfanges des Rückbaus des Fundamentes auseinander – der gewählte Terminus der „Entfernung“ lässt indes auch seitens der Rechtsprechung eine Tendenz zur vollständigen und nicht nur teilweisen Beseitigung der Fundamente von Windkraftanlagen erkennen. Nach der Auffassung des *Verwaltungsgerichtshofs Hessen* sind die Beeinträchtigungen des Landschaftsbildes und des Schutzgutes Boden nur auf diese Weise rückgängig zu machen.

V. Verwaltungsvorschriften der Länder

Die von den zuständigen Ministerien der Länder zu den Themen Windenergienutzung bzw. Bauvorhaben im Außenbereich erlassenen Verwaltungsvorschriften entfalten ihrer Rechtsnatur nach grundsätzlich keine Außenwirkung. Sie dienen lediglich der internen Steuerung des Verwaltungshandelns. Gleichwohl können diesen Leitlinien Hinweise darauf entnommen werden, wie die zuständigen Landesministerien den Umfang der Rückbaupflicht des § 35 Abs. 5 Satz 2 1. HS BauGB interpretieren.

Der Windenergieerlass des Landes Niedersachsen vom 24.02.2016 (Nds. MBl. Nr. 7/2016, S. 190 ff.) bspw. enthält unter der Ziffer 3.4.2.3. die Aussage

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

In einer Antwort auf kleine Anfragen hat das zuständige Ministerium im Nachgang genauer dargelegt, dass dies insoweit die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes bedeutet (LT Drs. 18/534, S. 1 f.).

Auch das Land Nordrhein-Westfalen bspw. verfügt über einen Windenergieerlass (Erlass vom 08.05.2018, MBl. NRW v. 22.05.2018 S. 257 ff.). Unter Ziffer 5.2.2.4 ist dort die Rückbauverpflichtung des § 35 Abs. 5 Satz 2 1. HS BauGB niedergelegt. Im Rahmen der Verpflichtung zur Beseitigung wird als ebenfalls zu beseitigende Nebenanlage auch explizit das Fundament aufgeführt.

Insgesamt ergibt sich ausweislich einer Vielzahl der einschlägigen Verwaltungsvorschriften das Bild, dass auch die zuständigen Landesministerien die Regelung des § 35 Abs. 5 Satz 2 1. HS BauGB jedenfalls derzeit dahingehend interpretieren, dass die Fundamente im Regelfall vollständig zurückzubauen sind (vgl. Hintergrundpapier des Bundesverbandes Windenergie „Rückbauverpflichtung bei Windenergieanlagen“ vom Juni 2018).

C. Ergebnis

Unserer Auffassung nach spricht überwiegendes dafür, dass die Regelung des § 35 Abs. 5 S. 2 1. HS BauGB **den kompletten Rückbau von Windkraftanlagen nebst Fundamenten** erfordert.

Ob man die Fundamente dabei als Anlagenteile oder Bestandteil der Bodenversiegelung betrachtet, kann dahinstehen, da der Wortlaut der Norm hinsichtlich der Entfernung beider Komponenten keine nur eingeschränkte Beseitigung erlaubt. Anderslautende Interpretationen können auch nicht auf die Erfüllung eines bestimmten, nicht vom Wortlaut umfassten Normzwecks gestützt werden. Hierbei würde der Wortlaut in unzulässigem Ausmaß überdehnt.

Auch die rechtswissenschaftliche (Kommentar-)Literatur spricht sich überwiegend für den kompletten Fundamentrückbau aus.

Lediglich auf bereits ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung kann sich die hier vertretene Ansicht derzeit bisher nicht stützen. Die Frage des Umfangs erforderlicher Rückbaumaßnahmen wurde bisher nur im Zuge der Feststellung der Rechtmäßigkeit von Sicherheitsleistungen ihrer Höhe nach thematisiert. Dabei wurde jedoch ebenfalls die komplette Fundamententfernung als Faktor für die Rücklagenbildung einbezogen. Es ist aber zu erwarten, dass die Thematik des Fundamentrückbaus auch außerhalb der Frage von Sicherheitsleistungen in den kommenden Jahren einer (höchst-)richterlichen Betrachtung zugeführt werden wird.

Hamburg, 7. Mai 2019

Für die Mohr Rechtsanwälte PartG mbB:

Jan Mittelstein
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht