

## Stellungnahme

# Referentenentwurf für eine Verordnung zur Umsetzung der RED II-Richtlinie für Genehmigungs- verfahren im Immissionsschutzrecht des Bundes vom 26. August 2020

Berlin, 25. September 2020

Der BDEW begrüßt, dass das Bundesumweltministerium den Verordnungsentwurf zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/2001 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen (im Folgenden RED II-Richtlinie) im Immissionsschutzrecht vorgelegt hat. Die Umsetzung der Vorgaben der Artikel 15 und 16 der RED II-Richtlinie zu Genehmigungsverfahren von Anlagen zur Nutzung von Erneuerbaren Energien bietet eine wichtige Möglichkeit, die nationalen Verfahrens- und Genehmigungsvorgaben zu überprüfen und Beschleunigungspotenziale zu identifizieren und zu nutzen. Dabei sollte sich der Verordnungsgeber nicht nur auf die europarechtlich zwingend erforderlichen Umsetzungsschritte beschränken. Vielmehr sollte der grundsätzliche Gedanke der RED II-Richtlinie, dass ein weiterer Ausbau der Erneuerbaren Energien dringend erforderlich ist, die Überlegungen zur Umsetzung der Richtlinie leiten. Daher muss die Förderung des Ausbaus der Nutzung Erneuerbarer Energien insgesamt auch Leitgedanke des aktuellen Entwurfs sein.

Der BDEW bedauert vor diesem Hintergrund ausdrücklich, dass die Bemühungen des Bundesumweltministeriums offenbar davon geprägt sind, nur das zur Umsetzung der Richtlinie zwingend Erforderliche zu tun. Neben einigen Anmerkungen zu dem vorgelegten Entwurf unterbreitet der BDEW vor diesem Hintergrund Vorschläge, die zu einer umfassenderen Umsetzung der Richtlinienvorgaben führen.

## **1. Anmerkungen zu den Regelungsentwürfen:**

### **1.1. Betroffene Anlagen zu unbestimmt**

Hinsichtlich der betroffenen Anlagen verweist § 1b Absatz 1 der 9. BImSchV und § 18a Absatz 1 der 12. BImSchV auf den Anwendungsbereich der RED II-Richtlinie. Dies kann in der Praxis durch die offenen Richtlinienformulierungen im Einzelfall zu Rechtsunsicherheiten führen, ob ein Vorhaben von den genehmigungsrechtlichen Regelungen Gebrauch machen kann. Insofern ist es erforderlich, dass der Gesetz- und Verordnungsgeber den Anwendungsbereich konkretisiert. Hilfreich wäre beispielsweise wenigstens eine (wenn auch nicht abschließende) Aufzählung von betroffenen Anlagen in der Begründung.

### **1.2. Eindeutige Verfahrenszuordnung von Sektorkopplungsvorhaben**

Die Richtlinie adressiert in den Artikeln 15 und 16 auch die Speicherung (vgl. z.B. Artikel 15 Abs. 1 UAbs. 2 lit. der Richtlinie) sowie die Wärme- und Kältegewinnung aus erneuerbaren Energiequellen (vgl. z.B. Art. 15 Abs. 1 UAbs. 1 der Richtlinie). Die Richtlinie erfasst damit auch Vorhaben der Sektorkopplung, in denen erneuerbare erzeugte Elektrizität zur Wärme- oder Kälteerzeugung oder zur Speicherung in Form von Gas oder in chemischen Speichern genutzt wird. Zulassungsrechtlich verlangt die Richtlinie auch für diese Vorhaben einfache und zeiteffiziente Verfahrensregelungen. Die verfahrensrechtliche Einordnung von Sektorkopplungsvorhaben zum richtigen Genehmigungsverfahren ist im deutschen Recht aktuell jedoch uneindeutig, umstritten und fehleranfällig. Daher sollte eine eindeutige Zuordnung von Sektorkopplungsvorhaben zu einem Trägerverfahren erfolgen. Dafür sollte eine gesonderte Anlagenkategorie für Elektrolyseure und Batteriespeicher etc., im Anhang der 4. BImSchV geschaffen werden.

### **1.3. Funktion der einheitlichen Stelle unklar**

Der Gesetz- und Verordnungsgeber sollte eindeutig klarstellen, welche verfahrensrechtliche Funktion die „einheitliche Stelle“ nach § 1b Abs. 2 und 3 der 9. BImSchV und nach § 18a Abs. 2 und 3 der 12. BImSchV übernehmen soll, wenn sich der Vorhabenträger zu deren Einbindung entscheidet. Insofern ist weder den Regelungen noch den Begründungen zu entnehmen, ob die einheitliche Stelle bspw. im Rahmen einer formalen Konzentrationswirkung auch für die Genehmigungsverfahren und -entscheidungen zuständig sein soll oder als reiner „Verfahrensmittler“ auftritt, so dass die sachlichen Zuständigkeiten der Genehmigungsbehörden für die Verwaltungsverfahren unberührt bleiben und die Regelungen keine Sach- und Entscheidungskompetenzen der einheitlichen Stelle begründen.

Diese Frage ist selbst für die (lediglich in der Begründung) in Bezug genommenen §§ 71a ff. VwVfG nicht geklärt und in der rechtswissenschaftlichen Literatur umstritten. Gewichtige Stimmen gehen lediglich von einem bloßen Verfahrensmittler aus, was im Rahmen von Vorhabenzulassungen dann voraussichtlich wenig Beschleunigungswirkung haben dürfte.

Andererseits hat diese Frage hohe Relevanz, weil ohne deren Klärung die Gefahr besteht, dass eine letztlich unzuständige Behörde eine Genehmigungsentscheidung trifft. Diese Rechtsunsicherheit droht dann – anders als durch die Richtlinie intendiert – zu Verzögerungen zu führen.

### **1.4. Anpassung der verfahrensrechtlichen Regelungen an die Fristen-Vorgaben der Richtlinie**

Die im deutschen Immissionsschutzrecht aufgeführten Genehmigungsfristen entsprechen zwar scheinbar den Vorgaben von Artikel 16 Abs. 4 bis Abs. 6 der Richtlinie. In der Praxis dauern die Verfahren in Deutschland aber regelmäßig deutlich länger als dies von der Richtlinie vorgegeben ist. Grund hierfür ist, dass der Fristbeginn nach dem deutschen Immissionsschutzrecht in der Hand der Behörde liegt. Dieser hängt gemäß § 10 Abs. 1 S. 2 BImSchG von der Vollständigkeit des Antrags nach Eingang aller durch die Behörden nachgeforderten Unterlagen ab. Diese Regelung führt in der Praxis vielfach dazu, dass bis zur Bestätigung der Vollständigkeit der Unterlagen bereits wiederholt Unterlagen nachgefordert werden und viel Zeit vergeht. Um die Verfahrensdauer auch in der Praxis zu verkürzen, sollte eine ergänzende Regelung in § 10 Abs. 1 BImSchG aufgenommen werden, dass nach Eröffnung des Verfahrens Nachforderungen der Behörde nur einmalig in Form eines abschließenden Nachforderungskatalogs zulässig sein dürfen.

Klarzustellen ist dann ergänzend, dass dies nicht dazu führt, dass die Behörde bei tatsächlichen Änderungen der Sachlage nicht mehr nachfordern darf.

## **2. Durch die Vorgaben des Artikel 15 veranlasste ergänzende Anpassungen**

Die in Artikel 15 RED II-RL vielfach formulierten Anforderungen an den nationalen Normgeber verlangen auch Anpassungen der materiell-rechtlichen Zulassungsanforderungen. So fordert Artikel 15 Abs. 1 UAbs. 2 lit. b RED II-RL, dass Vorschriften für Genehmigung, Zertifizierung

und Zulassung objektiv, transparent und verhältnismäßig sind, nicht zwischen Antragstellern diskriminieren und den Besonderheiten der einzelnen Technologien für Erneuerbare Energien vollständig Rechnung tragen. Dies erfordert, dass alle Möglichkeiten genutzt werden, um sowohl im materiellen Zulassungsrecht als auch im Verfahrensrecht, dort wo diese verhältnismäßig sind, Erleichterungen zu schaffen.

## **2.1. Klarstellungen zur grundsätzlichen Zulässigkeit von WEA in bestimmten Gebieten, wie z.B. Landschaftsschutzgebieten**

Ein wesentliches Hindernis für den Ausbau der Erneuerbaren Energien sind fehlende Flächen für den Ausbau der Windenergie. Daher ist ein wichtiger Baustein für eine Erleichterung des Ausbaus, dort wo es möglich ist, weitere Flächen verfügbar zu machen. Hierzu sollte beispielsweise klargestellt werden, dass Windenergieanlagen auch in **Landschaftsschutzgebieten** (LSG) i.S.v. § 26 BNatSchG errichtet werden können. Gerade in Bundesländern mit einem hohen Anteil an Landschaftsschutzgebieten ergeben sich aus der derzeit ungeklärten Situation erhebliche Probleme. Daher sollten die folgenden Maßnahmen ergriffen werden:

- Auf Ebene der Vorhabenzulassung muss die prinzipielle Zulässigkeit von Windenergieanlagen in LSG in § 26 BNatSchG klargestellt werden.
- Auf Ebene der Vorhabensteuerung (Regionalplan und Flächennutzungsplan) muss der Gebietsschutz auf Ebene der Regionalplanung als Restriktionskriterium, abhängig von den Schutzziele, geprüft werden. Ein pauschaler Ausschluss der Flächen als Tabu-Kriterium darf nicht erfolgen.
- Im Sinne der Abschichtung von der strategischen Umweltprüfung (SUP Regionalplan) zur Vorhabensebene (u.a. UVP) sollte klargestellt werden, dass in Raumordnungsplänen ausgewiesene Konzentrationsflächen eine grundsätzlich positive Umweltverträglichkeit bescheinigen und diese grundsätzliche Einordnung auf der Zulassungsebene dann nicht nochmals argumentiert werden muss.

Windenergieanlagen sind auch in **Special Protected Areas** (SPA) zum Vogelschutz und in FFH-Gebieten pauschal ausgeschlossen. Dieser europarechtlich nicht geforderte pauschale Ausschluss muss eingeschränkt werden:

- Auf Ebene der Vorhabenzulassung ist eine gesetzgeberische Klarstellung erforderlich, dass Windenergieanlagen grundsätzlich auch in SPA zulässig sind. Die von der Rechtsprechung entwickelte Einzelfallprüfung sollte ins BNatSchG aufgenommen werden.
- Auf Ebene der Vorhabensteuerung (Regionalplan und Flächennutzungsplan) muss der Gebietsschutz auf Ebene der Regionalplanung als Restriktionskriterium, abhängig von den Schutzziele, geprüft werden. Ein pauschaler Ausschluss der Flächen als Tabu-Kriterium darf nicht erfolgen.
- Dies gilt auch für überdimensionierte Korridore zwischen aktuell belegten Einstandsgebieten und noch viel mehr für Korridore zu ehemaligen Einstandsgebieten, die ihre Eignung dauerhaft verloren haben.

## **2.2. Reduzierung des Prüfradius um Luftraumüberwachungssysteme**

Windenergie-Vorhaben scheitern noch immer an Belangen von Luftfahrt und Militär im Radius von 15 km um Luftraumüberwachungssysteme. Hier erfolgte bislang eine pauschale Ablehnung, ohne dass Gutachten zum Nachweis der fehlenden Beeinträchtigung im Einzelfall zugelassen werden. Um diese Einschränkung der Flächenverfügbarkeit auf ein verhältnismäßiges Maß zu begrenzen, müssen die folgenden Maßnahmen ergriffen werden:

- Der Prüfradius um Drehfunkfeuer muss an internationale Standards auf maximal 10 km angepasst werden. Dieser Prüfradius gilt im Übrigen einheitlich in der gesamten Europäischen Union.
- Alle (veralteten) Drehfunkfeuer (CVOR) müssen kurzfristig auf modernere und genauere DVOR-Technik umgerüstet werden, wenn diese trotz der Planung der Deutschen Flugsicherung zum Abbau von Drehfunkfeuern auch weiterhin benötigt werden.

## **3. Durch die Vorgaben des Artikel 16 veranlasste ergänzende Anpassungen**

Die Vorgaben des Artikel 16 der RED II-Richtlinie geben Anlass, daneben die folgenden verfahrensrechtlich anknüpfenden Vorschläge umzusetzen.

### **3.1. Streitbeilegungsverfahren beschleunigen**

Nach Artikel 16 Abs. 5 der Richtlinie müssen die Mitgliedsstaaten einen leichten und einfachen Zugang zu Streitbeilegungsverfahren sicherstellen. Diese Regelung der Richtlinie sollte Anknüpfungspunkt für weitere Regelungen zur Vereinfachung der Gerichtsverfahren sein.

- Im Rahmen des Verfahrens zum Investitionsbeschleunigungsgesetz setzt sich der BDEW nachdrücklich dafür ein, dass der Beschluss des Koalitionsausschusses vom 8. März 2020 vollständig umgesetzt wird. Insbesondere der Klimaschutz sollte als Abwägungsbezug zugunsten der sofortigen Vollziehbarkeit einer Genehmigungsentscheidung in die VwGO aufgenommen werden.
- Zur Verbesserung der Durchsetzung des Sofortvollzugs in vorläufigen Rechtsschutzverfahren: In den Fällen, in denen das Gesetz einen Sofortvollzug vorsieht oder die Behörde die sofortige Vollziehung anordnet, kommt es durch sog. Hängebeschlüsse der Gerichte schon vor der Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutzverfahren zu einer faktischen Herstellung der aufschiebenden Wirkung. Die Realisierung der Vorhaben verzögert sich entsprechend.

### **3.2. Erleichterung von Repowering-Vorhaben**

Nach Artikel 16 Abs. 6 der Richtlinie müssen die Mitgliedsstaaten das Repowering bestehender Anlagen zur Erzeugung Erneuerbarer Energien erleichtern, indem sie für ein vereinfachtes, zügiges Verfahren zur Genehmigungserteilung sorgen. Diese Regelung bietet Anlass und Möglichkeiten, Erleichterungen von Repowering-Vorhaben zu verwirklichen. Die durch

Windenergieanlagen bereits genutzten Flächen müssen, soweit wie möglich, auch in der Zukunft nutzbar bleiben.

Vorschläge für die mögliche Weiternutzung von Flächen und für vereinfachte Genehmigungsverfahren erarbeitet der BDEW derzeit. Hierzu gehören etwa die folgenden Denksätze:

Das immissionsschutzrechtliche Verfahrensrecht muss mit Blick auf Repowering-Vorhaben klarstellend angepasst werden:

- Eindeutige Verfahrenszuordnung von Repowering-Anlagen auf Bundesebene, d.h. Klärstellung, unter welchen Voraussetzungen eine Neugenehmigung nach § 4 BImSchG und wann eine Änderungsgenehmigung nach § 16 BImSchG einzuholen ist. Danach sollte nur bei einer Zunahme in quantitativer Hinsicht (mehr WEA-Standorte) oder einer Verschiebung von WEA-Standorten (über ein festgelegtes Maß hinaus) eine Neu-Genehmigung notwendig sein.  
Ein möglicher Lösungsansatz hierfür könnte die Änderung des Anlagenbegriffs für Windfarmen sein. Hierzu sollte klargestellt werden, dass die immissionsschutzrechtlich genehmigte Anlage die gesamte Windfarm umfasst. Hierdurch wird geklärt, dass eine Anpassung oder Änderung der Windfarm als eine Änderung i.S.v. § 16 BImSchG zu werten ist.
- Zudem sollte eine Verfahrensvereinfachung für Repowering-Vorhaben bezüglich Prüfungsreichweite und Umfang der beizubringenden Nachweise bei Ersatz von Altanlagen erfolgen. Zu diesem Zweck sollte eine Differenzbetrachtung zumindest bei Schall und Artenschutz verfahrensrechtlich ausdrücklich verankert werden.

### **3.3. Gesetzesänderungen zur Verkürzung der Dauer der Aufstellung standortsteuernder Pläne**

Fehler in der Planung zur Steuerung von WEA führen häufig zur Unwirksamkeit der Pläne (Regionalpläne und Flächennutzungspläne). Dadurch greift § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB nicht mehr. Die Aufstellung von neuen Raumordnungsplänen zieht sich dann meist über Jahre hin, währenddessen sind die Flächen blockiert. In einigen Bundesländern gewinnt diese Problemlage zusätzlich durch Moratorien zulasten der Vorhabenträger an Brisanz.

Daher müssen die Vorgaben der Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Steuerungsfunktion von § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB durch den Gesetzgeber bundesweit umgesetzt werden:

- "Substanzielles Raumverschaffen" sollte gesetzlich definiert und mit konkreten Vorgaben unterlegt werden. Zudem müssen hierfür abschließende Kataloge mit harten und weichen Tabukriterien gesetzlich verbindlich vorgegeben werden.
- "in Aufstellung befindliche Ziele der Raumordnung" sollten als verbindliche Grundlage für Zulassungsentscheidungen legaldefiniert werden. Als Beispiel hierfür können die entsprechenden Regelungen in Mecklenburg-Vorpommern dienen.

Ein neuer Versuch zur Einführung von Plansicherungsinstrumenten ist hingegen nicht sinnvoll.

**Ansprechpartner:**

[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]