

## **STELLUNGNAHME**

zum Referentenentwurf des Bundesumweltministeriums einer Verordnung zur Umsetzung von Vorgaben der Richtlinie (EU) 2018/2001 („RED II“) für Genehmigungsverfahren im Immissionsschutzrecht des Bundes

Berlin, 25.09.2020

Der Verband kommunaler Unternehmen (VKU) vertritt rund 1.500 Stadtwerke und kommunalwirtschaftliche Unternehmen in den Bereichen Energie, Wasser/Abwasser, Abfallwirtschaft sowie Telekommunikation. Mit mehr als 275.000 Beschäftigten wurden 2018 Umsatzerlöse von rund 119 Milliarden Euro erwirtschaftet und mehr als 12 Milliarden Euro investiert. Im Endkundensegment haben die VKU-Mitgliedsunternehmen große Marktanteile in zentralen Ver- und Entsorgungsbereichen: Strom 62 Prozent, Erdgas 67 Prozent, Trinkwasser 90 Prozent, Wärme 74 Prozent, Abwasser 44 Prozent. Sie entsorgen jeden Tag 31.500 Tonnen Abfall und tragen durch getrennte Sammlung entscheidend dazu bei, dass Deutschland mit 67 Prozent die höchste Recyclingquote in der Europäischen Union hat. Immer mehr kommunale Unternehmen engagieren sich im Breitbandausbau. 190 Unternehmen investieren pro Jahr über 450 Mio. EUR. Sie steigern jährlich ihre Investitionen um rund 30 Prozent. Beim Breitbandausbau setzen 93 Prozent der Unternehmen auf Glasfaser bis mindestens ins Gebäude.

**Verband kommunaler Unternehmen e.V.** · Invalidenstraße 91 · 10115 Berlin  
Fon +49 30 58580-0 · Fax +49 30 58580-100 · [info@vku.de](mailto:info@vku.de) · [www.vku.de](http://www.vku.de)

## Einleitung

Der vorliegende Verordnungsentwurf dient der Umsetzung von Vorgaben der Richtlinie (EU) 2018/2001 („RED II“) RED II in Bezug auf die Verwaltungsverfahren zur Genehmigung von Erneuerbare-Energien-Anlagen. Die Verfahrensvorgaben haben gemäß Erwägungsgrund 51 der RED II den Zweck, einen effizienteren Verfahrensablauf zu erreichen, unter anderem durch eine Vereinfachung der Genehmigungsverfahren.

Die Verfahren zur Genehmigung von Erneuerbare-Energien-Anlagen sind in Deutschland überwiegend im Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) und den entsprechenden Unterverordnungen geregelt.

Im Entwurf der Erläuterungen zur Umsetzung der RED II-Vorgaben wird erklärt, dass das geltende Bundes-Immissionsschutzrecht die Verfahrensvorgaben der RED II bereits größtenteils erfülle. Als Umsetzungsbedarf verblieben lediglich die im vorliegenden Verordnungsentwurf enthaltenen Maßnahmen, insbesondere die Einrichtung einer einheitlichen Stelle, die bei geplanten Anlagen zur Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen auf Veranlassung des Vorhabenträgers das Verfahren abwickelt. Die Umsetzung dieser Maßnahme soll durch Artikel 1 Ziffer 2 erfolgen. Weiterhin werden Änderungen des störfallrechtlichen Genehmigungsverfahrens als notwendig erachtet.

Ein weitergehender Umsetzungsbedarf wird nicht gesehen. Dabei ist spätestens seit dem „Windgipfel“ am 05.09.2019 offenkundig, dass der Ausbau der Windenergie unter massiven Genehmigungsschwierigkeiten leidet.

Das Ausbauziel für Windenergie an Land liegt laut EEG im Jahr 2020 bei 2900 MW neu installierter Leistung. Aktuelle Zahlen der Fachagentur Windenergie an Land belegen: Im ersten Halbjahr 2020 gingen gerade einmal 587 MW Onshore-Windenergie in Betrieb. Allein im kommunalwirtschaftlichen Bereich weiß der VKU von über 300 geplanten Windenergieanlagen mit insgesamt 1,2 GW, die in Genehmigungsverfahren feststecken.

Die Umsetzung der RED II-Vorgaben sollte von dem ernsthaften Bestreben geleitet sein, die Förderung erneuerbarer Energiequellen, die ein zentrales energiepolitisches Ziel der EU darstellt, auf nationaler Ebene zu verwirklichen.

Hierbei sollte berücksichtigt werden, dass auch rechtliche Vorgaben außerhalb des BImSchG, wie etwa das Bundesnaturschutzgesetz, für die Genehmigungssituation prägend sind.

Aus Sicht des VKU wäre es daher sinnvoll, in einem übergreifenden Umsetzungsgesetz alle Fachgesetze, die bei der Genehmigung von Erneuerbare-Energien-Anlagen eine Rolle spielen, im Zusammenhang zu adressieren, anstatt zum Beispiel die Anpassung des Wasserhaushaltsgesetzes an die RED II-Vorgaben separat durchzuführen und wesentliche Aspekte wie etwa den Natur- und Artenschutz auszusparen.

Daher sollten im Rahmen der geplanten Umsetzung alle notwendigen Rechtsänderungen in die Wege geleitet werden, um die Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen zu vereinfachen und die Verfahrenseffizienz zu verbessern.

## Umsetzung von Artikel 15, Verwaltungsverfahren, Rechtsvorschriften und Regelwerke

Nach Artikel 15 Absatz 1 Unterabsatz 2 Buchstabe a der Richtlinie (EU) 2018/2001 ergreifen die Mitgliedstaaten insbesondere angemessene Maßnahmen, um sicherzustellen, dass die Verwaltungsverfahren auf der geeigneten Verwaltungsebene gestrafft und beschleunigt und für die in Artikel 15 Absatz 1 Unterabsatz 1 der Richtlinie (EU) 2018/2001 genannten Verfahren vorhersehbare Zeitpläne aufgestellt werden.

In diesem Zusammenhang schlägt der VKU die folgenden Maßnahmen vor:

- › Mit einer Stichtagsregelung sollte vermieden werden, dass sich während eines noch nicht rechtskräftig abgeschlossenen Genehmigungsverfahrens die Genehmigungsvoraussetzungen ändern und zeitverzögernde Anpassungen von Windenergievorhaben erforderlich werden.

### Begründung:

Nach den Grundsätzen des intertemporalen Verwaltungsrechts erfassen Rechtsänderungen im Zweifel grundsätzlich alle bei ihrem Inkrafttreten anhängigen Fälle, sofern das Gesetz nicht mit hinreichender Deutlichkeit etwas Abweichendes bestimmt.

Abweichend hiervon sind Rechtsänderungen auf zum Zeitpunkt ihres Inkrafttretens bereits bestandskräftig abgeschlossene Rechtsverhältnisse nicht anwendbar (Grundsatz der Unantastbarkeit in der Vergangenheit abgeschlossener Rechtsverhältnisse). Ein Rechtsverhältnis kraft öffentlichen Rechts ist danach aber erst dann „abgeschlossen“, wenn es durch verbindlichen Einzelrechtsakt, wie z.B. rechtskräftiges Urteil, bestandskräftigen Verwaltungsakt etc. rechtlich festgestellt oder abgewickelt ist. Noch nicht rechtsverbindlich abgeschlossene Genehmigungsverfahren unterliegen daher grundsätzlich während des Verfahrens eintretenden Rechtsänderungen. Diese können somit zu neuen, noch nicht geprüften materiellen Genehmigungsvoraussetzungen und formellen Verfahrenserfordernissen führen. Dies führt zu teilweise erheblichen Verzögerungen.

Nach dem Grundsatz der Sofortwirkung und der Nichtrückwirkung kann gesetzlich aber auch geregelt werden, dass die Rechtsänderung nur die Zukunft und nicht die Vergangenheit ordnen soll, so dass Entstehung und Fortbestand eines Rechts sich grundsätzlich nach dem bisherigen Recht richten. Die Einführung einer gesetzlichen Stichtagsregelung gewährleistet daher, dass noch nicht abgeschlossene Genehmigungsverfahren nach den bisher hierfür geltenden Rechtsvorschriften fortgeführt und abgeschlossen werden können.

- › Bei Vorhandensein einer bestandskräftigen Flächenausweisung sollten (öffentliche) Belange, die bereits im Rahmen des Ausweisungsverfahrens geprüft worden sind, einer Genehmigung nicht (erneut) entgegenstehen bzw. verzögernd wirken.

Begründung:

Es dient der Verfahrensbeschleunigung und der Rechtsklarheit, wenn Genehmigungsbehörden an Abwägungsentscheidungen des Planungsträgers gebunden sind.

Dem VKU liegt ein Fallbeispiel vor, in dem die Regionalplanung eine geringfügige Überlapung des Windeignungsgebietes mit einem Landschaftsschutzgebiet zugunsten der Windenergie abgewogen hat.

Im Genehmigungsverfahren wurde der Projektierer dann mit einer Argumentation konfrontiert, die die Abwägungsentscheidung der Regionalplanung infrage stellte. Der Argumentation der Genehmigungsbehörde zufolge hätte die Fläche nicht als Windeignungsgebiet ausgewiesen werden dürfen. Das Unternehmen sah sich gezwungen, gegen die Ablehnungsentscheidung zu klagen. Die damit verbundenen Zusatzkosten und die Verzögerung belasten das Projekt wirtschaftlich erheblich.

- › In der 9. BImSchV sollte klargestellt werden, dass eine typoffene Genehmigung von Windenergieanlagen zulässig ist.

Begründung:

Als weiteres Hindernis für Projektierer wirkt es sich aus, dass Genehmigungen für Windenergieanlagen in der Regel für ein bestimmtes Turbinenmodell erteilt werden. Dieses aber kann, wenn sich die Realisierung einige Jahre hinzieht, zum Zeitpunkt der Anlagenerrichtung bereits technisch überholt sein. In anderen Ländern Europas werden daher nur Rahmendaten wie die Kapazität und die Höhe der Anlage genehmigt.

In Deutschland lehnt es die Mehrzahl der zuständigen Behörden dagegen ab, sogenannte typoffene Genehmigungen zu erteilen. Möchten Unternehmen nach der Genehmigungserteilung auf einen neuen, effizienteren Anlagentyp ausweichen, bleibt ihnen nur die Beantragung einer typgebundenen Genehmigung und die spätere Anzeige nach § 15 BImSchG bzw. die Beantragung einer Änderungsgenehmigung nach § 16 BImSchG.

Die Genehmigungsbehörden begründen ihre ablehnende Haltung mit den Vorgaben der 9. BImSchV und verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung (VG Düsseldorf, Urteil v. 26.03.2009, Az.: 11 K 1794/07; VG Aachen, Urteil v. 30.04.2015, Az.: 6 K 454/14). Allerdings lässt sich weder aus § 10 BImSchG noch aus den Bestimmungen der 9. BImSchV, insbesondere den §§ 3 bis 4d der 9. BImSchV, die rechtliche Unzulässigkeit einer typoffenen Genehmigung ableiten.

Eine Klarstellung, dass typoffene Genehmigungen möglich sind, ist also erforderlich. Die Anlagenparameter, zum Beispiel in Bezug auf Nennleistung, Rotordurchmesser, Nabenhöhe und Schalleistungspegel würden selbstverständlich im Genehmigungsantrag als Spannbreiten angegeben werden, sodass eine Änderung des Anlagentyps keine Auswirkungen hat, die über das genehmigte Maß hinausgehen.

## Umsetzung von Artikel 16, Organisation und Dauer des Verfahrens zur Genehmigungserteilung

Nach Artikel 16 Absatz 5 der Richtlinie (EU) 2018/2001 müssen die Mitgliedstaaten einen leichten und einfachen Zugang zu Streitbeilegungsverfahren (auch im Zusammenhang mit Genehmigungsverfahren) sicherstellen.

Artikel 16 Absatz 6 der Richtlinie (EU) 2018/2001 sieht vor, dass die Mitgliedstaaten das Repowering bestehender Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energie erleichtern, indem sie für ein vereinfachtes, zügiges Verfahren zur Genehmigungserteilung sorgen.

Der VKU schlägt die Einrichtung einer neutralen, juristisch und fachlich fundiert besetzten Streitbeilegungsstelle im Genehmigungsverfahren vor, die kurzfristig zu Streitigkeiten zwischen Antragsteller und Genehmigungsbehörde im laufenden Genehmigungsverfahren Empfehlungen abgibt.

### Begründung:

Für Streitigkeiten zwischen Antragsteller und Genehmigungsbehörde im laufenden Genehmigungsverfahren (z. B. Streit über die Vollständigkeit der Antragsunterlagen, Streit über materiell-rechtliche Einzelfragen, die zu deutlichem Zeitverzug führen können), gibt es noch keine Streitbeilegungsstelle. Die vorhandenen Instrumente erweisen sich nicht immer als hilfreich.

Nur wenn ein Streitbeilegungsverfahren im Zusammenhang mit Streitigkeiten im Genehmigungsverfahren geregelt wird, ist § 16 Absatz 5 der Richtlinie ordnungsgemäß umgesetzt.

Der Gesetzgeber sollte einheitliche Maßstäbe und Methoden für den Vollzug des Bundesnaturschutzgesetzes (BNatSchG) festlegen.

### Begründung:

Besonders häufig wird in Genehmigungsverfahren die Vereinbarkeit von Windenergieprojekten mit den natur- und artenschutzrechtlichen Vorgaben des BNatSchG bestritten. Diese sind jedoch unscharf.

Auf der Ebene der Länder wird versucht, die Anforderungen durch Leitfäden und Erlasse zu konkretisieren, z. B. zur Frage, wann sich durch ein Vorhaben das Tötungsrisiko für die geschützten Tiere „signifikant erhöht“. Es verbleiben jedoch erhebliche fachliche Unsicherheiten, denen die Behörden mit einer sehr zurückhaltenden Genehmigungspraxis begegnen.

Eine Vereinheitlichung von Maßstäben und Methoden für den Vollzug des BNatSchG, zum Beispiel durch eine „TA-Artenschutz“, ist auch aus verfassungsrechtlichen Gründen erforderlich.

In einem Beschluss vom 23.10.2018 hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) festgestellt, dass der Gesetzgeber Verwaltung und Gerichten in grundrechtsrelevanten Bereichen nicht ohne weitere Maßgaben dauerhaft Entscheidungen in einem fachwissenschaftlichen „Erkenntnisvakuum“ übertragen darf. Das BVerfG betont die inhaltliche Entscheidungsverantwortung des Gesetzgebers und die Notwendigkeit einer einheitlichen Rechtsanwendung.

Ohne gesicherte fachliche Erkenntnisse zu den Lebensräumen und Verhaltensweisen der windkraftsensiblen Tierarten ist zudem ein sachgerechter Naturschutz nicht möglich.

Daher sollte die Forschung zu strittigen Themen wie Vogelschlag und Insektensterben intensiviert werden. Ableitungen hieraus, wie z. B. aus der RENABAT II Studie (<https://www.repo.uni-hannover.de/handle/123456789/285>) oder die Uhu-Telemetrie in Schleswig-Holstein (<https://bioconsult-sh.de/de/projekte/uhutelemetrie/>) helfen, sinnvolle Standards zu erarbeiten und Naturschutz und erneuerbare Energien in Einklang zu bringen.

➤ Zudem muss im Artenschutz klar geregelt werden, in welchem Umfang bei Repowering-Vorhaben die Vorbelastung bei der Ermittlung des signifikant erhöhten Tötungsrisikos zu berücksichtigen ist.

Begründung:

In den meisten Fachgesetzen fehlen Vorschriften zu Repowering-Vorhaben. Um eine zügige Genehmigung von Repowering-Vorhaben zu ermöglichen, müssen in den jeweiligen Fachgesetzen entsprechende Regelungen hierfür geschaffen werden.

➤ Der VKU fordert eine Neubewertung des tatsächlich erforderlichen Anlagenschutzbereiches, um Funknavigationsanlagen durch die Deutsche Flugsicherung (DFS) sowie eine Neubewertung der von der DFS verwendeten Berechnungsmethodik zur Feststellung von Störungswirkungen von WEA auf Flugnavigationsanlagen unter Berücksichtigung aktueller wissenschaftlicher Erkenntnisse.

Begründung:

Ein besonders häufiger Versagensgrund der BImSchG-Genehmigung sind Belange der Flugsicherung. D/VOR-Flugnavigationsanlagen zur Luftsicherung, sogenannte „Drehfunkfeuer“, können nach Auffassung der DFS durch Windenergieanlagen (WEA) gestört werden, selbst wenn sich die Anlagen in bis zu 15 km Entfernung befinden.

Die DFS verweist hierbei auf Festlegungen der Internationalen Zivilluftfahrtorganisation (International Civil Aviation Organization – ICAO). Derzeit ist absehbar, dass neue wissenschaftliche Erkenntnisse einen kürzeren Mindestabstand rechtfertigen werden.

Selbst die ICAO jedoch hat (aufgrund einer festgestellten Überschätzung des Einflusses von Windenergieanlagen auf die Funktionsfähigkeit der D/VOR-Anlagen) ihre Anleitung zur Beurteilung des Einflusses von Bauwerken im Umkreis von Flugnavigationsanlagen zwischenzeitlich überarbeitet und den Betrachtungsradius um D/VOR-Anlagen von 15 auf 10 Kilometer gesenkt. Dementsprechend sollten auch hierzulande kürzere Abstände möglich sein, sofern der Windpark nachweislich keinen Einfluss auf die Funknavigationsanlage hat.

Problematisch ist des Weiteren die aktuell angewandte Berechnungsmethodik der DFS zur Bestimmung der Störungswirkung durch WEA. Ein von der TU Berlin 2014 im Auftrag des Hessischen Ministeriums für Energiewende ausgearbeitetes Gutachten stellte fest, „dass die derzeit verwendeten Berechnungsmethoden der DFS [...] nicht der Realität entsprechen.“<sup>1</sup>

› Die Verordnung zur Umsetzung der Verfahrensvorgaben der RED II sollte Vereinfachungen für das Repowering von Windenergieanlagen beinhalten.

Begründung:

Ab dem Jahr 2021 werden jedes Jahr mehrere tausend Windenergieanlagen vom Auslaufen der EEG-Förderung betroffen sein. Allein im Jahr 2021 betrifft dies nach Schätzungen der Bundesregierung eine installierte Leistung von mehr als 4 GW.

Viele der betroffenen Anlagen werden aus technischen, wirtschaftlichen oder rechtlichen Gründen zurückgebaut werden.

---

<sup>1</sup> TU Berlin (2015): Flugsicherheitsanalyse der Wechselwirkungen von Windenergieanlagen und Funknavigationshilfen DVOR/VOR der Deutschen Flugsicherung GmbH, veröffentlicht unter [https://mueef.rlp.de/fileadmin/mulewf/Themen/Energie\\_und\\_Strahlenschutz/Energie/A\\_Flugsicherheitsanalyse\\_TU\\_Berlin.pdf](https://mueef.rlp.de/fileadmin/mulewf/Themen/Energie_und_Strahlenschutz/Energie/A_Flugsicherheitsanalyse_TU_Berlin.pdf); vgl. auch WERAN, Wechselwirkung Windenergieanlagen und Radar/Navigation, Dezember 2018, veröffentlicht unter [https://www.ptb.de/cms/fileadmin/internet/fachabteilungen/abteilung\\_2/2.2\\_hochfrequenz\\_und\\_felder/2.21/2019-06-13\\_WERAN\\_Abschlussbericht.pdf](https://www.ptb.de/cms/fileadmin/internet/fachabteilungen/abteilung_2/2.2_hochfrequenz_und_felder/2.21/2019-06-13_WERAN_Abschlussbericht.pdf)

Die jeweiligen Standorte, die durch bestehende Windparks bereits „vorgeprägt“ sind, sollten im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben weiterhin für die Windenergie genutzt werden können.

Im Hinblick auf den Artenschutz erscheint es vertretbar, solche Arten weniger stark zu berücksichtigen, die sich erst in den 20 Jahren des Windradbetriebs im Windpark angesiedelt haben.

Mit Blick auf die Akzeptanz ist zu bedenken, dass bei der Ertüchtigung bestehender Windparks mit weniger Protesten zu rechnen ist als bei der Entwicklung von neuen Windparks an bisher unbelasteten Standorten. Die erneute planerische Prüfung sollte sich auf die darüber hinausgehenden Auswirkungen beschränken.