

# Position zum Referentenentwurf der Verordnung zur Umsetzung von Vorgaben der Richtlinie (EU) 2018/2001

des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen (Neufassung) für Genehmigungsverfahren im Immissionsschutzrecht des Bundes

September  
2020





Bundesverband WindEnergie

### **Impressum**

Bundesverband WindEnergie e.V.  
Neustädtische Kirchstraße 6  
10117 Berlin  
030 21234121 0  
info@wind-energie.de  
[www.wind-energie.de](http://www.wind-energie.de)  
V.i.S.d.P. Wolfram Axthelm

### **Foto**

Adobe Stock/Rido

### **Haftungsausschluss**

Die in diesem Papier enthaltenen Angaben und Informationen sind nach bestem Wissen erhoben, geprüft und zusammengestellt. Eine Haftung für unvollständige oder unrichtige Angaben, Informationen und Empfehlungen ist ausgeschlossen, sofern diese nicht grob fahrlässig oder vorsätzlich verbreitet wurden.

### **Ansprechpartner**

Philine Derouiche  
Syndikusrechtsanwältin  
Fachreferentin Energierecht  
[p.derouiche@wind-energie.de](mailto:p.derouiche@wind-energie.de)

### **Datum**

25.09.2020

## Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	<b>4</b>
<b>Position zum Verordnungsentwurf zur Umsetzung von Vorgaben der REDII-Richtlinie im Immissionsschutzrecht des Bundes</b> .....	<b>5</b>
<b>1 Anlaufstelle – Art. 16 Abs. 2 Satz 1 REDII-Richtlinie</b> .....	<b>5</b>
<b>2 Allgemeine Verfahrensfragen</b> .....	<b>6</b>
2.1 Verfahrensfristen – Art. 16 Abs. 4 REDII-Richtlinie .....	6
2.1.1 BImSch-Behörde bei Überschreitung der für die Zwischenschritte der 9. BImSchV vorgesehenen Fristen sanktionieren .....	7
2.1.2 Vollständigkeit der Antragsunterlagen .....	7
2.1.3 Nachforderungskatalog regeln .....	8
2.1.4 Bei ausbleibender Stellungnahme der Fachbehörde (Fristversäumnis) Zustimmungsfiktion durch BImSch-Behörde oder anderweitige Kenntniserlangung (§ 11 der 9. BImSchV) zwingend vorsehen.....	9
2.1.5 Anpassung der Vorgaben zur Öffentlichkeitsbeteiligung .....	9
2.1.6 Frühere Beurteilungszeitpunkt der Sach- und Rechtslage festlegen.....	11
2.1.7 Empfehlungsstelle beim Verwaltungsgericht einrichten .....	11
2.2 Digitalisierung der Genehmigungsverfahren einführen .....	12
2.3 Verbandsklagerechte überprüfen.....	12
<b>3 Repoweringvorhaben</b> .....	<b>14</b>
3.1 Gesonderte Repowering-Genehmigungsverfahren schaffen – Art. 16 Abs. 6 REDII-Richtlinie .....	14
3.2 Negative ökologische Auswirkungen von Repowering-Projekten nicht automatisch gegeben .....	16
<b>4 Weiteres</b> .....	<b>16</b>
4.1 Für den Netzzugang erforderliche Vermögenswerte – Art. 16 Abs. 1 Satz 4 REDII- Richtlinie .....	16

## Einleitung

Am 26.08.2020 übermittelte das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit (BMU) den Entwurf einer Verordnung zur Umsetzung von Vorgaben der Richtlinie (EU) 2018/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen (Neufassung) für Genehmigungsverfahren im Immissionsschutzrecht des Bundes in die Verbändeanhörung (nachfolgend: Verordnungsentwurf). Frist zur Stellungnahme ist der 25.09.2020. Für diese angemessene Fristsetzung und die Gelegenheit zur Stellungnahme möchten wir uns bedanken.

Bundestag und Bundesrat haben 2017 einstimmig die Vereinbarungen der Pariser Klimaschutzkonferenz ratifiziert. Die Regierungskoalition hat darauf aufbauend im Koalitionsvertrag festgelegt, den Anteil Erneuerbarer Energien bis 2030 auf 65 Prozent zu steigern. Dieses Ziel ist nach knapp zwei Jahren endlich im aktuellen Referentenentwurf eines EEG 2021 enthalten. Um den nötigen Ausbau der Erneuerbaren Energien und vor allem der Windenergie voranzubringen, müssen Projekte genehmigt und realisiert werden. Die aktuell niedrige Zahl an Genehmigungen steht diesem Ziel entgegen. Besonders stark wirken sich Artenschutz sowie regional- und bauleitplanerische Hemmnisse auf die Genehmigungserteilung sowie die Verfahrensdauer aus. Zusätzlich sehen sich die Genehmigungsbehörden einem massiven Druck und Klagen von Gegnern ausgesetzt, während gleichzeitig oft die eindeutige Unterstützung aus der Landes- und Bundesebene für einen starken Ausbau der Erneuerbaren Energien fehlt.

Die genannten Gründe führen dazu, dass Ausschreibungen von Runde zu Runde unterzeichnet sind. Damit mehr umsetzungsfähige Projekte an Ausschreibungen teilnehmen können, braucht es eine Kraftanstrengung der Branche, des Bundes und der Länder – einen Aktionsplan für mehr Genehmigungen von Windenergieanlagen an Land. Der Bundesverband WindEnergie e.V. (BWE) hat daher bereits im Juli 2019 einen ausführlichen [Aktionsplan für mehr Genehmigungen von Windenergieanlagen an Land](#) veröffentlicht, in dem dafür konkrete Maßnahmen vorgeschlagen werden. Diese hätten bis Ende des Jahres 2019 beschlossen und schnellstmöglich umgesetzt werden müssen, um den dringend notwendigen Ausbau von jährlich mindestens 5.000 MW Windenergie an Land als wesentlichen Beitrag zum Erneuerbare-Energien Ausbauziels und zur Reduktion von 55 Prozent CO<sub>2</sub> bis 2030 zu erreichen. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) hat im Oktober 2019 – also vor fast einem Jahr – daraufhin eine [Aufgabenliste zur Schaffung von Akzeptanz und Rechtssicherheit für die Windenergie an Land](#) veröffentlicht. Die Umsetzung zieht sich nun bereits schon seit knapp einem Jahr, ohne dass – entgegen der Auffassung des BMWi ([Umsetzungsstand „Aktionsprogramm Stärkung Windenergie an Land“](#)) – spürbare Erfolge eingetreten wären (Ausnahme: AVV Kennzeichnung ist in Kraft getreten).

Der hier vorliegende Entwurf zur Umsetzung der Vorgaben der Artikel 15 und Artikel 16 der REDII-Richtlinie zu Genehmigungsverfahren von Anlagen zur Nutzung von Erneuerbaren Energien hat eine hohe Bedeutung für die dringend notwendige Beschleunigung und Erleichterung der Genehmigungssituation. Bei der Umsetzung sind die nationalen Verfahrens- und Genehmigungsvorgaben zu überprüfen sowie Beschleunigungspotenziale zu identifizieren und zu nutzen.

**Aus unserer Sicht wird der Entwurf dieser großen Bedeutung aber nicht gerecht. Wir wollen daher die Gelegenheit nutzen, in dieser Stellungnahme Vorschläge für eine umfassendere Umsetzung der REDII-Richtlinie zu unterbreiten.**

## Position zum Verordnungsentwurf zur Umsetzung von Vorgaben der REDII-Richtlinie im Immissionsschutzrecht des Bundes

Der vorliegende Verordnungsentwurf soll einen Teil der REDII-Richtlinie, die **Verfahrensvorgaben der Artikel 15 und 16 RED II** umzusetzen. Dazu sollen Vorhabenträger für die Zulassung von Erneuerbaren-Energie-Anlagen, die unter die 9. und 12. BImSchV fallen, das Verfahren über eine einheitliche Stelle (§ 71a bis § 71e Verwaltungsverfahrgesetz (VwVfG)) nutzen können. Diese Stellen müssen ein Verfahrenshandbuch bereitstellen und online veröffentlichen. Nach Eingang der vollständigen Antragsunterlagen erstellt die Genehmigungsbehörde einen Zeitplan für das weitere Verfahren und teilt ihn dem Antragsteller mit.

Mit der Aufnahme dieser Regelung in die 9. und 12. BImSchV betrifft die Regelung Windenergieanlagen mit mehr als 50 m Gesamthöhe als genehmigungsbedürftige Anlagen.

Insgesamt bleibt die geplante Umsetzung unserer Ansicht nach weit hinter dem zurück, was die REDII-Richtlinie an Umsetzung vorgibt. Dies ist vor dem Hintergrund der schleppenden Genehmigungsverfahren, dem gehemmten Ausbau der Windenergie an Land und den Klimaschutzzielen der Bundesregierung nicht nachvollziehbar.

Der BWE nimmt zum Verordnungsentwurf nachfolgend im Detail Stellung:

### 1 Anlaufstelle – Art. 16 Abs. 2 Satz 1 REDII-Richtlinie

Der folgende Satz aus Art. 16 Abs. 2 Satz 1 der REDII-Richtlinie

„Die Anlaufstelle führt den Antragsteller in transparenter Weise durch das Verwaltungsverfahren zur Genehmigungsbeantragung, bis die zuständigen Behörden am Ende des Verfahrens eine oder mehrere Entscheidungen treffen, stellt ihm alle erforderlichen Informationen zur Verfügung und bezieht gegebenenfalls andere Verwaltungsbehörden ein.“

ist nach unserem Verständnis falsch übersetzt.

Es geht dort um das Verfahren zur Genehmigungserteilung („*The contact point shall guide the applicant through the administrative permit application process (...)*“). Die deutsche Übersetzung wirkt, als beziehe sich dies nur auf den Zeitpunkt vor der Antragstellung, was nicht richtig ist.

Das BMU versteht es allerdings auch so (vgl. Verordnungsbegründung, Punkt A. VI. 4): „*In § 2 Absatz 2 der 9. BImSchV ist bereits ausdrücklich festgelegt, dass die Genehmigungsbehörde den Träger des Vorhabens im Hinblick auf die Antragstellung beraten und mit ihm den zeitlichen Ablauf des Genehmigungsverfahrens sowie sonstige für die Durchführung dieses Verfahrens erhebliche Fragen erörtern soll. Nach § 7 Absatz 2 der 9. BImSchV hat die Genehmigungsbehörde den Antragsteller über den geplanten zeitlichen Ablauf des Genehmigungsverfahrens zu unterrichten, wenn die Unterlagen vollständig sind.*“.

An dieser Stelle entsteht der Eindruck, als meine das BMU, es bestehe aufgrund der aktuellen Regelung der 9. BImSchV kein weiterer Regelungsbedarf vor dem Hintergrund der REDII-Richtlinie. Wir sind hingegen der

Auffassung, dass sich die aus Art. 16 Abs. 2 der REDII-Richtlinie ergebene transparente Verfahrensführung das gesamte Genehmigungsverfahren betrifft.

Der Vorschlag, die Anlaufstelle über eine einheitliche Stelle nach VwVfG zu regeln, dürfte außerdem weitgehend leerlaufen. Da § 13 BImSchG bereits eine Verfahrens- und Entscheidungskonzentration bei den Immissionsschutzbehörden vorsieht, ist nicht ersichtlich, welche Vorteile eine einheitliche Stelle bringen sollte. Nach § 13 BImSchG kommt der Immissionsschutzbehörde eine koordinierende Funktion für das Genehmigungsverfahren zu. Die einheitliche Stelle hingegen soll lediglich vermitteln und informieren. Es dürfte daher kaum Interesse an der Nutzung dieser Stelle bei den betroffenen Vorhabenträgern bestehen. Auch die Informationspflichten der Genehmigungsbehörde nach § 4 der 9. BImSchV gehen deutlich über den von der einheitlichen Stelle zu vermittelnden Zeitplan hinaus, so dass in diesen Regelungen des Verordnungsentwurfes kein Mehrwert zu sehen ist.

**BWE Bewertung:**

**Die Vorgabe der REDII-Richtlinie zur Anlaufstelle wird unzureichend umgesetzt.**

## 2 Allgemeine Verfahrensfragen

### 2.1 Verfahrensfristen – Art. 16 Abs. 4 REDII-Richtlinie

In Art. 16 Abs. 4 der REDII-Richtlinie heißt es:

*„Das Verfahren zur Genehmigungserteilung gemäß Absatz 1 dauert, unbeschadet des Absatzes 7, bei den für Kraftwerke geltenden Verfahren, einschließlich der einschlägigen Verfahren aller zuständigen Behörden, nicht länger als zwei Jahre. Der Zeitraum von zwei Jahren kann jedoch in durch außergewöhnliche Umstände hinreichend begründeten Fällen um bis zu einem Jahr verlängert werden.“*

Das deutsche Immissionsschutzrecht legt in § 10 Abs. 6a BImSchG Genehmigungsfristen von sieben bzw. drei Monaten ab Vollständigkeit der Antragsunterlagen fest. Diese Fristen scheinen zwar den Vorgaben von Artikel 16 Abs. 4 bis Abs. 6 der REDII-Richtlinie zu entsprechen.

Daher finden sich in [BMU, IG I 1 -4612/007-2020.0001](#), S. 4 zu Art. 16 Abs. 4 wohl auch folgende Ausführungen: „§ 10 Absatz 6a, § 16 Absatz 3 und § 23b Absatz 4 BImSchG sehen jeweils kürzere Zeiträume als die in Absatz 4 genannten vor.“ Es findet sich keinerlei Auseinandersetzung damit, dass diese Zeiträume bei WEA nie eingehalten werden und die Richtlinie hier eine echte Obergrenze fordert.

**BWE Bewertung:**

**Die zeitliche Vorgabe wird nicht umgesetzt, so dass hier nach unserem Dafürhalten ein Verstoß gegen die Umsetzungspflicht besteht.**

In der Praxis dauern die Verfahren in Deutschland regelmäßig deutlich länger als dies von der Richtlinie vorgegeben ist. Ein Grund hierfür ist, dass der Fristbeginn nach dem deutschen Immissionsschutzrecht weitgehend in der Hand der Behörde liegt. Dieser hängt gemäß § 10 BImSchG i.V.m. § 7 und §§ 3 ff. der 9. BImSchV von der Vollständigkeit des Antrags und der beizubringenden Unterlagen ab (vgl. sogleich). Das Verständnis der dortigen Regelungen führt in der Praxis vielfach dazu, dass bereits vor der Bestätigung der Vollständigkeit der Unterlagen mehrfach Unterlagen nachgefordert werden und viel Zeit vergeht. Eine Bestätigung der Vollständigkeit ist außerdem vielfach, selbst auf Anforderung, nicht erhältlich und wird teilweise ausdrücklich abgelehnt. In der Praxis findet auch häufig keine eigentliche Vollständigkeitsprüfung statt. Vielmehr werden im Laufe der fachlichen Bearbeitung sukzessive Unterlagen nachgefordert und die Bearbeitung häufig, bis zur Vorlage der nachgeforderten Unterlagen, eingestellt (vgl. unten Punkt 2.1.3).

**Die Umsetzung folgender Forderungen kann diesen Verstoß beseitigen und zu einer echten Beschleunigung der Genehmigungsverfahren beitragen:**

### **2.1.1 BImSch-Behörde bei Überschreitung der für die Zwischenschritte der 9. BImSchV vorgesehenen Fristen sanktionieren**

Behörden fordern häufig immer weitere Gutachten beim Antragssteller und halten Verfahrensabschnitte und Fristen der 9. BImSchV nicht ein. Insbesondere die Vollständigkeitserklärung des Genehmigungsantrages wird häufig grundlos verzögert. Hier könnte eine Reduktion oder Aussetzen der Gebühren bei Verzögerung, die durch die Genehmigungsbehörde oder die Fachbehörden verursacht sind, ggf. eine beschleunigende Maßnahme darstellen. Ferner können hier folgende Anpassungen zu einer Beschleunigung führen:

### **2.1.2 Vollständigkeit der Antragsunterlagen**

In der Praxis führt gerade die Frage der Vollständigkeit von Antragsunterlagen zu Schwierigkeiten. Häufig werden von der Genehmigungsbehörde keine Vollständigkeitserklärungen abgegeben, da Unsicherheit herrscht, welche Anforderungen an die Vollständigkeit bestehen. Damit laufen die in § 10 Abs. 6a BImSchG gesetzten Fristen tatsächlich ins Leere. Zur Frage der Vollständigkeit von Antragsunterlagen haben sich verschiedene Oberverwaltungsgerichte überwiegend ähnlich positioniert. Vollständige Unterlagen liegen danach grundsätzlich dann vor,

*„wenn die Unterlagen in einer Weise prüffähig sind, dass sie sich zu allen rechtlich relevanten Aspekten des Vorhabens verhalten und die Behörde in die Lage versetzen, den Antrag unter Berücksichtigung dieser Vorgaben näher zu prüfen (vgl. auch § 7 der 9. BImSchV). Nicht vollständig sind Unterlagen etwa dann, wenn sie rechtlich relevante Fragen vollständig ausblenden (wie bei einer erforderlichen, aber fehlenden Schallimmissionsschutzprognose für WEA). Die Unterlagen müssen allerdings nicht schon die Genehmigungsfähigkeit belegen. Es ist also nicht erforderlich, dass ein vorzulegendes Gutachten der Prüfung in jeder Hinsicht standhält und keine weiteren fachlichen Fragen aufwirft. Fachliche Einwände und ein fachliches Nachhaken stehen der Annahme der Vollständigkeit nicht entgegen, sofern die fragliche Unterlage eine fachliche Prüfung überhaupt ermöglicht.“<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> OVG Nordrhein-Westfalen, 8 B 705/17, Beschluss vom 23.10.2017, Rn 38; ähnlich auch VGH Bayern 22 ZB 16/95, Beschluss vom 17.01.2017

Wir regen an, die für den Beginn der Genehmigungsfristen entscheidende Vollständigkeit im Zuge der Umsetzung der REDII-Richtlinie entsprechend der bereits vorliegenden oberverwaltungsgerichtlichen Entscheidungen zu definieren und in § 7 der 9. BImSchV einen zusätzlichen Absatz aufzunehmen. Dafür schlagen wir folgenden Wortlaut vor:

*„Vollständig sind die Unterlagen, wenn sie in einer Weise prüffähig sind, dass sie sich zu allen rechtlich relevanten Aspekten des Vorhabens verhalten und die Behörde in die Lage versetzen, den Antrag unter Berücksichtigung dieser Vorgaben näher zu prüfen. Fachliche Einwände und ein fachliches Nachhaken der zuständigen Behörde zu einzelnen Unterlagen stehen der Annahme der Vollständigkeit nicht entgegen, sofern die fragliche Unterlage eine fachliche Prüfung ermöglicht.“*

Zumindest aber könnte hier eine Vollständigkeitsfiktion geregelt werden. § 7 9. BImSchV normiert eine Handlungs- und Aufforderungspflicht. Wenn innerhalb der Prüffrist keine Nachforderungen erfolgen bzw. nicht dargelegt wird, dass ein begründeter Ausnahmefall vorliegt, könnte der Antrag als vollständig gelten (entsprechend Einvernehmen bei § 36 BauGB).

**BWE Forderung:**

**Vollständigkeit der Antragsunterlagen gemäß Rechtsprechung definieren oder Vollständigkeitsfiktion aufnehmen.**

### **2.1.3 Nachforderungskatalog regeln**

Verzögerungen entstehen zudem durch ein mehrfaches Nachfordern von Unterlagen. Es ist oft nicht klar, welche Unterlagen der Antragssteller vorzulegen hat. Zudem sind die Nachforderungen von Unterlagen der Behörden häufig vage und können von Vorhabenträgern nur mit einer gewissen Unsicherheit erfüllt werden. Dies kann wiederum erneute Nachforderungen behördlicherseits nach sich ziehen.

Um die Verfahrensdauer in der Praxis zu verkürzen, sollte die Behördenbeteiligung geregelt, die Anforderungen an die Antragsunterlagen klar festgelegt und Häufigkeit, Art und Umfang möglicher Nachforderungen mit entsprechenden Nachforderungsfristen der Behörden definiert werden. Zu diesem Zweck sollte eine ergänzende Regelung – beispielsweise in § 10 Abs. 1 BImSchG oder in § 11 der 9. BImSchV – aufgenommen werden. Darin sollte bestimmt werden, dass die Genehmigungsbehörde nach Eröffnung des Verfahrens Nachforderungen der zu beteiligenden Behörde nur einmalig in Form eines abschließenden, klar formulierten Nachforderungskatalogs unter Fristsetzung zulassen soll. Weitere Nachforderungen bleiben zulässig, soweit es tatsächliche Anhaltspunkte dafür gibt, dass sich die genehmigungsrelevante Sachlage nach Übermittlung des Nachforderungskatalogs noch einmal verändert hat.

**BWE Forderung:**

**Beschränkung von Nachforderungen der zu beteiligenden Behörden auf einen verbindlichen, einmaligen Nachforderungskatalog mit Nachforderungsfrist.**

### **2.1.4 Bei ausbleibender Stellungnahme der Fachbehörde (Fristversäumnis) Zustimmungsfiktion durch BImSch-Behörde oder anderweitige Kenntniserlangung (§ 11 der 9. BImSchV) zwingend vorsehen**

Besonders häufig verzögern auch die sich hinziehenden oder ausbleibenden Stellungnahmen von Fachbehörden an die Genehmigungsbehörde das Verfahren. Von der Möglichkeit der Zustimmungsfiktion macht die Genehmigungsbehörde selten – im Falle der Naturschutzbehörden nie – Gebrauch und wartet zumeist ab, ohne sich anderweitig Kenntnis zu verschaffen und so die ausbleibende Stellungnahme der Fachbehörde zu kompensieren (wie in der 9. BImSchV vorgesehen). Über Sanktionen gegen die BImSchG-Behörde bei Unterlassung dieser Beschleunigungsmaßnahmen ist zu diskutieren. Auch hier kommt die Reduktion oder ein Aussetzen der Gebühren in Betracht.

### **2.1.5 Anpassung der Vorgaben zur Öffentlichkeitsbeteiligung**

Eine aktuell durch das Land Niedersachsen im Bundesrat eingebrachte Gesetzesinitiative (Bundesrats-Drucksache 510/20 vom 04.09.2020) enthält zwei Vorschläge zur Anpassung des Verfahrensrechts, die ausdrücklich unterstützt werden. Dabei geht es um den Zeitpunkt der Ankündigung des Erörterungstermins bei Verfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung sowie die Definition der Teile der Öffentlichkeit, die Einwendungen erheben dürfen.

#### **2.1.5.1 Definition der Teile der Öffentlichkeit**

Insbesondere Masseneinwendungen nicht örtlich oder persönlich betroffener Personen, deren Bearbeitung aktuell die Verfahren erheblich verzögert, sollen durch die Vorschläge unterbunden werden. Nach der aktuellen Gesetzeslage ist die Einwendungsmöglichkeit nach BImSchG weiter als im Planfeststellungsverfahren nach VwVfG gefasst. Während im § 10 Abs. 3 BImSchG die gesamte Öffentlichkeit Einwendungen erheben kann, ist es im Planfeststellungsverfahren nach § 73 Abs. 4 VwVfG lediglich „Jeder, dessen Belange durch das Vorhaben berührt werden“. Es wird daher eine Angleichung der Regelung vorgeschlagen. Das immissionsschutzrechtliche Verfahren sollte entsprechend der Vorgaben für das Planfeststellungsverfahren angepasst werden.

#### **BWE Forderung:**

**Berücksichtigung der Niedersächsischen Gesetzesinitiative hinsichtlich Einwendungsbefugnis nach § 10 Abs. 3 BImSchG im Hinblick auf die Definition der Teile der Öffentlichkeit.**

#### **2.1.5.2 Erörterungstermin nur in begründeten Ausnahmefällen vorsehen**

Darüber hinaus möchten wir anregen, in die einschlägigen Bestimmungen des BImSchG (§ 10) und der 9. BImSchV eine Regelung aufzunehmen, wonach im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung im förmlichen Verfahren **nur in begründeten Ausnahmefällen ein Erörterungstermin** durchzuführen ist.

### **Hintergrund:**

Die Durchführung des Erörterungstermins ist kein Automatismus. Obwohl § 10 Absatz 4 Nummer 3 BImSchG anordnet, dass bei der Auslegungsbekanntmachung für das jeweilige Vorhaben ein Erörterungstermin zu bestimmen ist, stellt § 10 Absatz 6 BImSchG gleichzeitig dar, dass die Durchführung des Erörterungstermins fakultativ ist. Die Entscheidung, ob die Durchführung des Erörterungstermins notwendig ist, ist von der Genehmigungsbehörde nach pflichtgemäßer Ermessensausübung zu treffen.

In der überwiegenden Mehrzahl von Genehmigungsverfahren wird allerdings seitens der Genehmigungsbehörden auf die Durchführung des Erörterungstermins nur dann verzichtet, wenn während der Auslegung der Antragsunterlagen keine Einwendungen aus der Öffentlichkeit erhoben wurden (Regelbeispiel des § 16 Absatz 1 Nummer 1 der 9. BImSchV). Es besteht aber auch die Möglichkeit, auf die Durchführung des Erörterungstermins zu verzichten, wenn Einwendungen erhoben wurden.

Ein solcher Verzicht erfolgt in der Praxis allerdings häufig nicht, wohl auch um keine Verfahrensfehler zu begehen, obwohl die Durchführung eines Erörterungstermins häufig nicht erforderlich im Sinne des BImSchG ist und in aller Regel mit einem erheblichen zeitlichen, personellen, finanziellen und organisatorischen Aufwand sowohl für den Antragsteller als auch für Genehmigungs- und Fachbehörden verbunden ist, der in keinem Verhältnis zu ihrem Nutzen steht.

### **Hiernach sollte folgendes gelten:**

1. Ein Erörterungstermin ist nur erforderlich, wenn Erörterungsbedarf besteht. Ein Erörterungsbedarf liegt ausschließlich vor, wenn nur mit der Erörterung inhaltliche Zweifelsfragen aufgeklärt werden können. Dies ist gegeben, wenn sich aus den Einwendungen Hinweise auf bisher nicht berücksichtigte oder unaufgeklärte Sachverhaltsaspekte ergeben, die nur im Wege der Erörterung konkretisiert oder geklärt werden können.
  - 1.1.1. Ein solcher Fall liegt nur vor, wenn die Einwendung bisher unbekannte Informationen enthält, die Einfluss auf die Genehmigungsvoraussetzungen des § 6 BImSchG haben können, die Informationen nicht erweislich unwahr sind und weitere Aufklärung ausschließlich durch Erörterung mit dem Einwender erlangt werden kann.
  - 1.1.2. Ein Fall notwendiger Erörterung liegt demnach nicht vor, wenn (neue) Sachverhaltsaspekte hinreichend konkretisiert vorgebracht sind und durch Untersuchungen der Behörde, ggf. durch Zuarbeit des Vorhabenträgers, in notwendiger Weise aufgeklärt werden können.
2. Erörterungsbedarf liegt nicht allein deshalb vor, weil der Einwender eine abweichende Meinung vorträgt.
3. Ebenfalls liegt Erörterungsbedarf nicht vor, wenn von Einwendern abweichende Rechtsansichten geäußert werden. Ein Erörterungsbedarf ergibt sich ausschließlich, wenn die geäußerten Rechtsansichten geeignet sind, die Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens zu berühren und nur die weitere Erörterung mit dem Einwender geeignet ist, die Genehmigungsbehörde in die Lage zu versetzen, die Relevanz der Einwendung einzuschätzen. Dies ist nicht der Fall, wenn die Rechtsansicht des Einwenders unter Zuhilfenahme der Rechtsprechung oder juristischen Literatur bewertet werden kann.

4. Bei gleichartigen Masseneinwendungen ist die Anzahl der Einwendungen nicht relevant für die Frage, ob ein Erörterungstermin durchzuführen ist. Abzustellen ist auf die inhaltliche Relevanz der Einwendungen entsprechend obiger Punkte.
5. Betreffen Einwendungen Aspekte, die nach den anzuwendenden Richtlinien und Verwaltungsvorschriften des Immissionsschutzrechts sowie technischen Bestimmungen exakt bestimmbar sind, sind Einwendungen nicht zu erörtern.

**BWE Forderung:****Erörterungstermin nur in begründeten Ausnahmefällen vorsehen.**

### **2.1.6 Frühere Beurteilungszeitpunkt der Sach- und Rechtslage festlegen**

Der Zeitpunkt der Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit ist von entscheidender Bedeutung für die Zulässigkeit des Vorhabens, insbesondere bezüglich artenschutzrechtlicher Fragen. Das Vorkommen zu berücksichtigender Tierarten variiert von Jahr zu Jahr. Wenn sich ein Verfahren über mehrere Jahre hinzieht, kann sich die Frage der Zulässigkeit eines Vorhabens immer wieder neu stellen und immer wieder können neue Erfassungen von Tierarten vor Ort erforderlich werden. Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt der Sach- und Rechtslage ist aktuell die letzte Behördenentscheidung, d.h. bis zur Genehmigung bzw. sogar bis zu einem möglichen Widerspruchsbescheid hängt die Genehmigung eines Vorhabens „in der Luft“.<sup>2</sup>

Der späte Beurteilungszeitpunkt wirkt sich nicht nur auf die Verfahrenslänge, sondern auch auf die Angreifbarkeit der erteilten Genehmigungen aus, wenn sich zwischen Antragstellung und Genehmigung Arten ansiedeln, die der Behörde erst nach Genehmigung bekannt werden. Um hier Abhilfe und größere Rechtssicherheit zu schaffen, bietet sich eine Stichtagregelung an, die auf einen früheren Zeitpunkt Bezug nimmt im Hinblick auf mögliche Einschränkungen oder Versagensgründe der Genehmigung. Dieser könnte beispielsweise der Zeitpunkt der Antragstellung bzw. der Zeitpunkt der Vollständigkeit des Antrags und der Unterlagen sein, sofern dieser Zeitpunkt - wie unter Punkt 2.1.2 vorgeschlagen - eindeutig definiert ist.

**BWE Forderung:****Beurteilungszeitpunkt der Sach- und Rechtslage im Sinne höherer Rechtssicherheit neu definieren.**

### **2.1.7 Empfehlungsstelle beim Verwaltungsgericht einrichten**

Problematisch ist ferner, dass der Vorhabenträger keine Möglichkeit hat, auf die Gestaltung des Verwaltungsverfahrens Einfluss zu nehmen oder das Vorgehen der Behörde überprüfen zu lassen.

Die Einrichtung einer Empfehlungsstelle beim Verwaltungsgericht kann hier immens zur Beschleunigung der Genehmigungsverfahren beitragen.

Der BWE hat diesen Vorschlag in die [Plattform Genehmigungssituation der Fachagentur Windenergie](#) an Land eingebracht. Diesen Gedanken hat die Fachagentur Windenergie an Land aufgegriffen und eine

---

<sup>2</sup> BVerwG 7 C 5.18 U v 26.09.2019, Rn. 42 f

Arbeitsgruppe ins Leben gerufen. Im Rahmen dieser Arbeitsgruppe wurde ein Vorschlag für eine Empfehlungsstelle erarbeitet, der gemeinsam diskutiert und weiterentwickelt worden ist.

Im Ergebnis ist ein Diskussionspapier<sup>3</sup> entstanden, auf das an dieser Stelle zu den Details einer solchen Einigungsstelle verwiesen wird.

## **2.2 Digitalisierung der Genehmigungsverfahren einführen**

Art. 16 Abs. 2 S. 2 der REDII-Richtlinie lautet:

*„Antragstellern ist es gestattet, die einschlägigen Unterlagen auch in digitaler Form einzureichen.“*

Dies ist bisher nicht in nationales Recht umgesetzt. Der Entwurf eines Investitionsbeschleunigungsgesetzes<sup>4</sup> sieht dies aktuell lediglich für Raumordnungsverfahren vor.

Auch für Genehmigungsverfahren nach dem BImSchG muss dies zwingend vorgesehen werden. Zudem müssen die Behörden mit angemessenem technischem Equipment ausgestattet werden, um die digitale Einreichung der Antragsunterlagen zu ermöglichen.

## **2.3 Verbandsklagerechte überprüfen**

Bis zur Änderung des Umweltrechtbehelfsgesetzes in 2017 galt die sogenannte Präklusion von Einwänden im Klageverfahren, wonach eine Umweltvereinigung im Rechtsbehelfsverfahren (Widerspruch oder Klageverfahren) mit allen Einwendungen ausgeschlossen war, die sie nicht bereits im Genehmigungsverfahren gegenüber der zuständigen Behörde vorgetragen hatte, sofern der Vereinigung eine Beteiligung am Verfahren ordnungsgemäß eröffnet war und sie die betreffenden Einwendungen hätte geltend machen können. Diese Vorschrift wurde 2017 aufgrund EU-rechtlicher Vorgaben gestrichen.

Wir unterstützen das Vorhaben der Koalition, das Verbandsklagerecht in seiner Reichweite zu überprüfen und sich auf EU-Ebene für die Wiedereinführung der Präklusion einzusetzen, wie sie es im Koalitionsvertrag angekündigt hat. Durch die Streichung der Präklusion ist es Umweltverbänden grundsätzlich möglich, Einwendungen – die sie bereits im Genehmigungsverfahren hätten erheben können – erst im Widerspruchs- oder Klageverfahren gegen die bereits erteilte Genehmigung geltend zu machen. Dies kann zu massiven Verzögerungen der Projekte führen und ist im Übrigen nicht zu begründen.

---

3 im Erscheinen: Fachagentur Windenergie an Land: Diskussionspapier: Einrichtung einer Empfehlungsstelle im Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen an Land - Ein Vorschlag zur Diskussion

4 Bundestag Drucksache 19/22139

Dass hier eine Überprüfung dringend erforderlich ist, wurde auch von den Justizministerinnen und -ministern der Länder sowie der Verkehrsministerkonferenz der Länder erkannt. Diese sprechen sich jeweils dafür aus, die Aarhus-Konvention<sup>5</sup> und das einschlägige Unionsrecht dergestalt anzupassen, dass die materielle Präklusion wieder umfassend in das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz aufgenommen werden kann.

Hintergrund ist unter anderem, dass das deutsche Artenschutzrecht über die europäischen Vorgaben hinausgeht, indem es eine Tötung unabhängig von der Absicht des Handelnden verbietet. Dieses Problem des „Überschießens“ potenziert sich in Anbetracht der deutlichen Verschärfung der Risiken für Vorhabenträger und Verdichtung der gerichtlichen Kontrollmöglichkeiten durch den Wegfall der Präklusion. Werden auf nationaler Ebene die rechtlichen Schutzvorgaben (Tötungsverbot) übererfüllt und damit schärfer umgesetzt, als von EU-Recht vorgesehen, wirken die auf EU-Recht basierenden stärkeren Rechtsschutzmöglichkeiten (Wegfall der Präklusion) verstärkend und die Verschärfung des Artenschutzes setzt sich übererfüllend fort.

Der europarechtliche Rechtsrahmen begründet ein in sich stimmiges Regelungsgefüge aus materiellrechtlichen Vorgaben und darauf abgestimmter prozessualen Prüfungsberechtigungen. Wird durch nationale Umsetzung eine Unwucht in dieses System gebracht (keine Absicht beim Tötungsverbot erforderlich), wirkt sich diese an anderer Stelle aus (Wegfall der Präklusion besonders relevant).

Wir regen außerdem an, auch die Verbandsklagerechte insgesamt zu prüfen. In der Praxis haben sich in den letzten Jahren aus unserer Sicht missbräuchlich Verbände auf das ihnen durch das UmwRG zugestandene Einwendungs- und Klagerecht berufen. Das Verbandsklagerecht wird so von Windkraftgegnern z.T. instrumentalisiert und zu einem Geschäftsmodell missbraucht. Die Regelungen des UmwRG sollten mit Blick auf dieses rechtsmissbräuchliche Verhalten überprüft werden, um die Klagerechte erforderlichenfalls – z.B. hinsichtlich der Anerkennung von Vereinigungen – nachzuschärfen.

**BWE Forderung:**

**Wegfall der Präklusion und Verbandsklagerecht insgesamt überprüfen.**

---

<sup>5</sup> Verordnung (EG) Nummer 1367/2006 über die Anwendung der Bestimmungen des Übereinkommens von Aarhus über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten auf Organe

### 3 Repoweringvorhaben

#### 3.1 Gesonderte Repowering-Genehmigungsverfahren schaffen – Art. 16 Abs. 6 REDII-Richtlinie

Art. 16 Abs. 6 der REDII-Richtlinie lautet:

*„Die Mitgliedstaaten erleichtern das Repowering bestehender Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energie, indem sie für ein vereinfachtes, zügiges Verfahren zur Genehmigungserteilung sorgen. Dieses Verfahren dauert nicht länger als ein Jahr.“*

Die Mitgliedstaaten müssen das Repowering bestehender Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energie also erleichtern, indem sie für ein vereinfachtes, zügiges Verfahren zur Genehmigungserteilung sorgen. Diese Regelung verpflichtet die Mitgliedstaaten, Erleichterungen von Repoweringvorhaben zu verwirklichen. Die durch Windenergieanlagen bereits genutzten Flächen müssen soweit wie möglich auch in der Zukunft nutzbar bleiben.

Wenn man diese Vorgabe ernst nimmt und sich an dem vom EuGH entwickelten Grundsatz der praktischen Wirksamkeit (effet utile) orientiert, müssen auch materiell-rechtliche Vorschriften, z.B. im Natur- und Artenschutzrecht überprüft und ggfs. angepasst werden, die geeignet sind, ein Repowering-Genehmigungsverfahren in die Länge zu ziehen und zu erschweren. Nach aktuellem Bundesrecht ist nämlich ein Repowering-Genehmigungsverfahren im Wesentlichen so zu behandeln wie ein normales Genehmigungsverfahren. Regelungen speziell zum Repowering finden sich in den wenigsten Fachgesetzen.

#### **Hier besteht also ein konkreter Umsetzungsmangel.**

Das BMU schätzt die Situation wie folgt ein ([BMU, IG I 1 - 4612/007-2020.0001, S. 5](#)): *„Immissionsschutzrechtliche Vorschriften für die Genehmigungsverfahren sind § 4 BImSchG i. V. m. 4. BImSchV, §§ 10, 16, 16a, 19 BImSchG i. V. m. 9. BImSchV. Auch das störfallrechtliche Genehmigungsverfahren nach § 23b i. V. m. § 18 der 12. BImSchV kann einschlägig sein. Diese Vorschriften dienen auch der Straffung und Beschleunigung. § 10 Absatz 6a, § 16 Absatz 3 und § 23b Absatz 4 BImSchG überschreiten die in Absatz 6 genannten Zeiträume nicht, damit ist Absatz 6 bereits umgesetzt.“*

**Das ist nach unserer Einschätzung nicht korrekt. Das Repowering bestehender Anlagen richtet sich nicht automatisch nach § 19 BImSchG, das Gegenteil ist häufig der Fall. Wir gehen daher auch hier von einer Verletzung der Umsetzungspflicht aus.**

Vielmehr findet sich aktuell in den Ländererlassen zu Windkrafteinlagen ein Flickenteppich unterschiedlicher Vorgaben zur verfahrensrechtlichen Einordnung und zum Verfahrensablauf bezüglich Repoweringvorhaben, die zu erheblichen Verzögerungen führen, so dass die Vorgaben aus Artikel 16 Abs. 6 REDII-Richtlinie nicht eingehalten werden.

Das immissionsschutzrechtliche Verfahrensrecht bedarf mit Blick auf Repoweringvorhaben klarstellender Regelungen auf Bundesebene:

- Die Verfahrenszuordnung von Repoweringvorhaben muss auf Bundesebene eindeutig geregelt werden, d.h. es bedarf einer Klarstellung, unter welchen Voraussetzungen eine Neugenehmigung nach § 4 BImSchG und wann eine Änderungsgenehmigung nach § 16 BImSchG einzuholen ist. Danach sollte eine Neugenehmigung nur dann erforderlich sein, wenn mehr Anlagen an einem Standort als zuvor geplant werden oder wenn sich der Standort über einen festzulegenden Radius hinaus verschiebt. Ein Lösungsansatz hierfür ist die Änderung des Anlagenbegriffs für Windfarmen. Wenn die immissionsschutzrechtlich genehmigte Anlage die gesamte Windfarm umfasst, ist automatisch auch geklärt, dass eine Anpassung oder Änderung der Windfarm als eine Änderung i.S.v. § 15 bzw. § 16 BImSchG zu werten ist.
- Zudem sollte eine Verfahrensvereinfachung für Repoweringvorhaben bezüglich der Prüfungsreichweite und des Umfangs der beizubringenden Nachweise bei Ersatz von Altanlagen erfolgen. Zu diesem Zweck sollte eine Differenzbetrachtung zumindest bei Schall und Artenschutz verfahrensrechtlich ausdrücklich verankert werden. So wird dem Umstand Rechnung getragen, dass sich an dem Ort zuvor nun zu ersetzende Windkraftanlagen befunden haben und zahlreiche Aspekte bereits geprüft wurden.

Konkrete Ansätze für Anpassungen des materiell-rechtlichen Rechtsrahmens könnten z.B. die folgenden Punkte sein, die mit Blick auf die jeweils geschützten Rechtsgüter dem Verbesserungsgedanken durch den Ersatz der Altanlagen Rechnung tragen:

- Hinsichtlich des schallbezogenen Immissionsschutzes: In Anlehnung an § 6 Abs. 3 BImSchG kommt die Ergänzung eines neuen Abs. 4 in § 6 BImSchG in Betracht, sofern der Immissionsbeitrag durch die Repowering-Anlagen im Vergleich zu den Altanlagen unverändert bleibt oder reduziert wird.
- Hinsichtlich des Artenschutzes: Für Ersatzbauten könnte eine Fiktion fehlender Signifikanz in § 44 Abs. 5 S. 2 Nr. 1 BNatSchG für die Fälle von Repowering ergänzt werden, da bei Verringerung der Anlagenzahl oder anderweitigen artenschutzfachlich relevanter Einflüsse eine Risikoerhöhung ausgeschlossen ist. Bei der Eingriffsbewertung könnte z.B. der Rückbau als Kompensation anzusetzen sein (vgl. Regelung in Rheinland-Pfalz). Auch könnte überlegt werden, den Untersuchungsumfang bei bereits etablierten Standorten zu reduzieren.

**BWE Forderung:**

**Tatsächliche Konkretisierung und Vereinfachung der Genehmigungsanforderungen für Repoweringvorhaben.**

### 3.2 Negative ökologische Auswirkungen von Repowering-Projekten nicht automatisch gegeben

Art. 16 Abs. 8 lautet:

*„Die Mitgliedstaaten können sich in Bezug auf den Netzzugang von Repowering-Projekten für die Einführung eines Verfahrens der einfachen Mitteilung gemäß Artikel 17 Absatz 1 entscheiden. Wenn Mitgliedstaaten dies tun, ist das Repowering im Anschluss an eine Mitteilung an die zuständige Behörde zuzulassen, sofern keine erheblichen negativen ökologischen oder sozialen Auswirkungen zu erwarten sind. Die zuständige Behörde entscheidet innerhalb von sechs Monaten nach Eingang der Mitteilung, ob diese ausreichend ist.“*

Das BMU gibt hierzu folgende Einschätzung ab ([BMU, IG I 1 - 4612/007-2020.0001, S. 6](#)): *„Die Regelung hat wegen ihrer Verknüpfung mit Unterabsatz 1, der voraussetzt, dass „keine erheblichen negativen ökologischen ... Auswirkungen zu erwarten sind“, keinen selbständigen Regelungsgehalt. Liegen diese Voraussetzungen vor, wird eine Genehmigung, soweit überhaupt erforderlich, erteilt.“*

#### **BWE Bewertung:**

**Wir teilen die Einschätzung des BMU an dieser Stelle nicht. Die Frage des Umfangs der Auswirkungen bei einem Repowering kann nur im Wege der Saldierung bestimmt werden. Es ist keineswegs klar, dass durch ein Repowering „erhebliche negative ökologische Auswirkungen zu erwarten sind“. Ein solcher Automatismus führt zu den aktuellen Problemen im Zulassungsverfahren von Repowering-Vorhaben.**

## 4 Weiteres

### 4.1 Für den Netzzugang erforderliche Vermögenswerte – Art. 16 Abs. 1 Satz 4 REDII-Richtlinie

Die REDII-Richtlinie sagt in Art. 16 Abs. 1 S. 4:

*„Das Verfahren zur Genehmigungserteilung erstreckt sich auf die einschlägigen Verwaltungsgenehmigungen für den Bau, das Repowering und den Betrieb von Anlagen zur Produktion von Energie aus erneuerbaren Quellen, sowie die für deren Netzzugang erforderlichen Vermögenswerte.“*

Letzterer Punkt ist derzeit in Deutschland so nicht vorgesehen. Werden weitere „Vermögenswerte“ für den Netzzugang benötigt, unterliegen diese in der Regel gesonderten Genehmigungsverfahren (bspw. Umspannwerke, Transformationsstationen usw.). Auch geht die Regelung der RED II insgesamt weiter als die Konzentrationswirkung des § 13 BImSchG, da alle Genehmigungen für den Bau wohl auch bspw. Zuwegungsgenehmigungen betreffen, damit einhergehende Rodungsgenehmigungen usw., die – wenn sie nicht WEA-standortbezogen sind – nicht einkonzentriert sind (das wurde ja jüngst von der Rechtsprechung auf Grundlage des § 13 BImSchG zutreffend herausgearbeitet).

Das BMU sollte die notwendigen Abgrenzungen zwischen Art. 16 der Richtlinie und § 13 BImSchG durchführen und dem sich daraus ergebenden Umsetzungsbedarf durch Vorschläge zur Änderungen des deutschen Rechtsrahmens nachkommen.

**BWE Bewertung:**

**Ohne die Erweiterung der Konzentrationsregelung des § 13 BImSchG oder einer erweiternden Regelung unter Beachtung der in der REDII-Richtlinien vorgesehenen Höchstdauer des Verfahren dürfte die Umsetzungspflicht verletzt sein.**