

STELLUNGNAHME

zum Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Umsetzung von Vorgaben der Richtlinie (EU) 2018/2001 für Zulassungsverfahren nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz, dem Wasserhaushaltsgesetz und dem Bundeswasserstraßengesetz vom 02.12.2020

Berlin, 14.01.2021

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 · www.vku.de

A. Einleitung

Das Bundeskabinett hat am 02.12.2020 den Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung von Vorgaben der RED II für Zulassungsverfahren nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz, dem Wasserhaushaltsgesetz und dem Bundeswasserstraßengesetz beschlossen. Der in diesem Entwurf geplante § 16b BImSchG („§ 16b BImSchG-Entwurf“) sieht ein vereinfachtes Verfahren für das Repowering von EE-Anlagen vor.

Nach Einschätzung des VKU hat § 16b BImSchG-Entwurf so gut wie keinen entlastenden Effekt für Repowering-Projekte. Die vorgeschlagene Regelung birgt im Gegenteil das Risiko, dass sich die Rechtsunsicherheit erhöht und Genehmigungen, die nach dem geplanten Verfahren erteilt werden, juristisch angreifbar sind.

Anstelle des geplanten § 16b BImSchG-Entwurf schlägt der VKU folgende Maßnahmen vor:

- Änderungsgenehmigung statt Neugenehmigung
- Anwendbarkeit des vereinfachten Verfahrens gemäß § 19 BImSchG,
- Umweltverträglichkeitsprüfung nur wenn nötig und
- Fristverkürzung für Eilrechtsschutzanträge.

B. § 16b BImSchG-Entwurf

Auf die Einführung des § 16b BImSchG-Entwurf sollte verzichtet werden.

Begründung:

Die geplante Vorschrift schafft kaum Erleichterungen für Antragsteller und Behörden. Stattdessen bringt sie neue Rechtsunsicherheiten und sorgt für Vorfestlegungen, die im Hinblick auf das Ziel der Regelung kontraproduktiv sind. Schließlich lässt der Gesetzesentwurf auch eine praxistaugliche Definition von Repowering vermissen.

Kaum Erleichterungen für Antragsteller und Behörden

Der geplante § 16b BImSchG sieht vor, dass beim Repowering im Rahmen des Genehmigungsverfahrens nur Anforderungen geprüft werden müssen, wenn durch das Repowering nachteilige Auswirkungen hervorgerufen werden können und diese für die Prüfung nach § 6 erheblich sein können.

Ob und welche Anforderungen die Behörde prüfen muss, kann sie aber nur feststellen, wenn sie vorher geprüft hat, ob durch das Repowering nachteilige Auswirkungen hervorgerufen werden und diese erheblich sein können.

Der Aufwand für die Erstellung von Genehmigungsunterlagen (Fachgutachten) wird also nicht reduziert, der Aufwand für die Überprüfung der Unterlagen durch die Genehmigungsbehörden reduziert sich gegenüber der nach aktuellem Recht durchzuführenden Prüfung im Rahmen von §§ 15 und 16 BImSchG, ob eine Änderung wesentlich ist, voraussichtlich nicht spürbar.

Schaffung neuer Rechtsunsicherheiten

Wenn die materiell-rechtlichen Betreiberpflichten nicht im selben Zug ebenfalls angepasst werden, schafft der Gesetzgeber durch die geplante Vorschrift neue Rechtsunsicherheiten.

Sollte § 16b BImSchG-Entwurf so gemeint sein, dass im Anwendungsbereich von § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG eine Gefährdung geschützter Arten (z. B. des Rotmilans) von der Behörde nicht zu prüfen ist, wenn die Gefährdung das bisherige, durch den alten Windpark verursachte Maß nicht übersteigt, so würde die Anwendung des § 16b BImSchG-Entwurf dazu führen, dass die Behörde sehenden Auges einen Verstoß gegen das Tötungsverbot des § 44 BNatSchG toleriert oder die Augen vor dieser Möglichkeit verschließt.

Damit würde sie § 6 Absatz 1 BImSchG verletzen: sie erteilt die Genehmigung, obwohl andere öffentlich-rechtliche Vorschriften (z. B. BNatSchG) entgegenstehen. Eine solche Genehmigung wäre vermutlich juristisch nicht aufrechtzuerhalten. Das gilt insbesondere für den Artenschutz, da damit nicht nur ein Verstoß gegen nationales Recht, sondern gleichzeitig ein Verstoß gegen europäisches Recht vorliegt, so dass § 16b BImSchG-Entwurf darauf nicht angewendet werden darf oder wegen des „effet utile“ Grundsatzes jedenfalls so ausgelegt werden muss, dass er sich nicht auf Artenschutz bezieht. Dies zeigt, dass die geplante Regelung kontraproduktiv ist, wenn nicht zugleich auch das Artenschutzrecht adressiert wird.

Auch im Anwendungsbereich von § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG könnte sich die in § 16b BImSchG-Entwurf vorgesehene Verfahrenserleichterung auf materiell-rechtliche Betreiberpflichten auswirken.

Selbst wenn die Gerichte eine Genehmigung, die unter Anwendung von § 16b BImSchG erlassen wird, obwohl materiell die Voraussetzungen dafür nicht vorliegen, als formell rechtmäßig ansehen, müsste die Behörde nach § 17 BImSchG nachträgliche Anordnungen erlassen oder nach § 20 BImSchG den Betrieb untersagen, um das materielle Recht durchzusetzen; Nachbarn könnten zudem nach § 906 BGB Unterlassung verlangen.

Ein entlastender Effekt wäre denkbar in Bezug auf die TA Lärm, wenn § 16b BImSchG-Entwurf dazu führen würde, dass keine erneute Prüfung stattfindet.

Für die Beurteilung der Geräuschimmission wurde früher das sog. „Alternative Verfahren“ nach ISO 9613-2 als Prognoseverfahren verwendet, das in einigen Fällen zu einer Unterschätzung des Geräuschpegels geführt hat.

Bei Anwendung des neuen Prognoseverfahrens (sog. Interimsverfahren) würde also eher eine Unvereinbarkeit mit der TA Lärm festgestellt werden. Ohne eine Änderung der TA Lärm wäre der in solchen Fällen durch eine nach § 16b BImSchG-Entwurf mögliche Genehmigung zugelassene Anlagenbetrieb aber nach wie vor materiell rechtswidrig.

Vorfestlegung auf Genehmigungsverfahren

Problematisch ist auch, dass § 16b BImSchG-Entwurf von vornherein voraussetzt, dass ein Genehmigungsverfahren durchzuführen ist. Damit wird von vornherein die Möglichkeit ausgeschlossen, dass es sich beim Repowering-Vorhaben um eine Änderung handelt, für die gemäß § 15 BImSchG eine Änderungsanzeige ausreichend sein kann. Insofern ist der Gesetzgebungsvorschlag sogar kontraproduktiv.

Hier zeigt sich, dass der VKU-Vorschlag, wonach die Errichtung von Repowering-Anlagen als Änderung der bestehenden Windenergieanlagen im Sinne von §§ 15, 16 BImSchG behandelt werden darf, das mit der Gesetzesänderung verfolgte Ziel besser erreicht.

Keine praxistaugliche Repowering-Definition

Kritisch ist auch die ungenaue Repowering-Definition: „Die Modernisierung umfasst den vollständigen oder teilweisen Austausch von Anlagen oder Betriebssystemen und -geräten zum Austausch von Kapazität oder zur Steigerung der Effizienz oder der Kapazität der Anlage.“

Sie sagt nichts darüber aus, wie weit der Repowering-Standort vom bestehenden Standort entfernt sein darf. Möglicherweise unterstellt sie gar, dass das Repowering exakt am bisherigen Standort stattfinden muss. Der VKU hat in seiner Stellungnahme vom 13.11.2020 einen Vorschlag für eine praxistaugliche Definition vorgestellt.

Fazit

Der Gesetzentwurf bleibt weit hinter seinen Möglichkeiten zurück. Es gibt naheliegendere Möglichkeiten zur Verfahrensbeschleunigung, die im Regierungsentwurf jedoch unberücksichtigt bleiben.

Aus Sicht des VKU wären die nachfolgend in Kapitel C beschriebenen Maßnahmen sinnvoll.

C. Vorschläge des VKU

Begriffsbestimmung für Repowering

Der VKU schlägt vor, dass es sich um Repowering handelt, wenn eine neue Windenergieanlage

1. im zeitlichen Zusammenhang mit dem Abbau einer ausgeführten Windenergieanlage errichtet wird und
2. der Abstand zwischen altem und neuem Standort höchstens dem X-fachen der Gesamthöhe der abgebauten Anlage entspricht.

Diese Definition könnte um eine anwohnerschützende Komponente ergänzt werden: Ein größerer Abstand zur Wohnbebauung könnte hingenommen werden, wenn sich durch die Wahl des neuen Standorts auch der Abstand zur Wohnbebauung vergrößert. Die Maximalentfernung zwischen den Standorten könnte daran gekoppelt werden, wie weit sich das Windenergievorhaben von der Wohnbebauung entfernt, z. B. indem die Standortabweichung das x-Fache der zusätzlichen Entfernung zur Wohnbebauung, höchstens jedoch das x-Fache der Altanlagenhöhe, betragen darf.

Sind die zu ersetzenden Anlagen Teil eines Windparks, sollte eine Überschreitung des Maximalabstands unerheblich sein, sofern sich der neue Standort innerhalb des bisherigen Windparks befindet und sich die Anlagenzahl im Windpark nicht erhöht. Als Außen- grenze könnte z. B. ein Abstand vom x-Fachen der Anlagenhöhe zu den jeweils am Rand des Windparks gelegenen Windenergieanlagen definiert werden. Auf diese Weise wird gewährleistet, dass alle Flächen innerhalb eines bestehenden Windparks genutzt werden können, selbstverständlich immer unter Berücksichtigung der genehmigungsrechtlichen Auflagen in Bezug auf Schall, Schatten etc.

Begründung:

Eine Begriffsbestimmung des Repowering ist erforderlich, damit klar ist, unter welchen Voraussetzungen Erleichterungen im Planungs- und Genehmigungsrecht zur Anwendung kommen. Die vom VKU vorgeschlagene Definition stellt den für Repowering charakteristischen Bezug einer geplanten Neuanlage zum Abbau einer bestehenden Anlage her, ohne die Flexibilität hinsichtlich des Standortes – auch mit dem Ziel eines größtmöglichen Anwohnerschutzes – unangemessen einzuschränken.

Verfahrensbeschleunigung im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren

1. Es sollte klargestellt werden, dass die Errichtung von Repowering-Anlagen grundsätzlich als eine Änderung der bestehenden Windenergieanlagen im Sinne von § 16 BImSchG zu werten ist.

Begründung:

Repowering-Standorte sind durch die Windenergie bereits vorgeprägt. Die Auswirkungen der neuen Anlagen sind also immer in Relation zu den vorhandenen Beeinträchtigungen zu sehen. Zudem dürfte ein gewisser Gewöhnungseffekt vorhanden sein, den es ebenfalls zu berücksichtigen gilt.

Daher sollte der Betreiber das Verfahren nach § 16 BImSchG nutzen können, das ein Genehmigungserfordernis in Gestalt einer Änderungsgenehmigung nach sich zieht, wenn nach Beurteilung der zuständigen Behörde durch das Repowering nachteilige Auswirkungen hervorgerufen werden können und diese für die Einhaltung der immissionsschutzrechtlichen Vorgaben erheblich sein können (wesentliche Änderung nach § 16 BImSchG).

Gegenüber der jetzigen Rechtslage hätte dies den Vorteil, dass Repowering-Vorhaben nicht zwangsläufig wie Neuerrichtungen auf der „grünen Wiese“ bewertet würden.

Damit könnte das Risiko verringert werden, dass eine Neugenehmigung versagt wird, weil sich seit der damaligen Genehmigung rechtliche und tatsächliche Umstände geändert haben. Zudem könnte eine Verfahrensbeschleunigung erreicht werden, indem die Prüfungsreichweite und beizubringenden Unterlagen reduziert werden. Schließlich wäre diese Maßnahme auch ein Beitrag zur Rechtsklarheit.

2.

a) Es sollte festgelegt werden, dass die Genehmigung für Repowering-Anlagen im vereinfachten Verfahren gemäß § 19 BImSchG erteilt wird.

b) Zusätzlich sollte im BImSchG die Möglichkeit zur öffentlichen Bekanntmachung im vereinfachten Verfahren verbessert werden, indem § 10 Absatz 8 Satz 4 und 5 BImSchG für entsprechend anwendbar erklärt werden.

Begründung:

a)

Schon jetzt gilt bei einem Vorhaben mit weniger als 20 Windkraftanlagen gemäß Ziffer 1.6.1 des Anhangs 1 zur 4. BImSchV das vereinfachte Verfahren. Bei Repowering-Anlagen steht aufgrund der Genehmigung der bestehenden Anlagen bereits fest, dass der Standort grundsätzlich für Windenergieanlagen geeignet ist. Zudem sinkt beim Repowering die Anzahl der Anlagen.

Damit ist zu vermuten, dass die Klärung der immissionsschutzrechtlichen Fragen auch bei größeren Windparks im vereinfachten Verfahren bewältigt werden kann. Daher sollte im Anhang 1 zur 4. BImSchV ergänzt werden, dass die Beschränkung des vereinfachten Verfahrens auf Vorhaben mit weniger als 20 Windenergieanlagen nicht gilt.

Die Möglichkeit für Anlagenbetreiber, nach § 19 Absatz 3 BImSchG freiwillig ins Regelverfahren zu wechseln, sollte hiervon jedoch unberührt bleiben.

b)

Nach § 10 Absatz 8 BImSchG kann ein Genehmigungsbescheid öffentlich bekannt gemacht werden. Die öffentliche Bekanntmachung bewirkt, dass der Bescheid gegenüber jedermann als zugestellt gilt und damit auch die Klagefrist für jedermann beginnt.

Diese Möglichkeit besteht im vereinfachten Verfahren nach § 19 BImSchG bislang nicht (vgl. § 19 Absatz 2 BImSchG). Damit kann sich die Widerspruchs- oder Klagefrist unter Umständen nach § 58 Absatz 2 VwGO auf ein Jahr verlängern. Ob eine im vereinfachten Verfahren mögliche öffentliche Bekanntmachung (vgl. § 21a der 9. BImSchV) i. V. m. dem jeweiligen Landesverwaltungsverfahrensgesetz die Klagefrist für Dritte anlaufen lässt, ist bislang nicht abschließend (gerichtlich) geklärt.

Daher dient es der Rechtssicherheit und der Verfahrensbeschleunigung, wenn auch Genehmigungsbescheide, die im vereinfachten Verfahren erteilt werden, abweichend von § 19 Absatz 2 BImSchG gemäß § 10 Absatz 8 BImSchG öffentlich bekannt gemacht werden können.

Dies gilt übrigens gleichermaßen für Repowering wie auch für Projekte an neuen Standorten, für die wegen ihrer Anlagenzahl < 20 schon jetzt das vereinfachte Verfahren anwendbar ist.

3. Bei Repowering-Anlagen sollte eine Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) nur dann vorgeschrieben werden, wenn im Rahmen einer standortbezogenen Vorprüfung die Notwendigkeit der UVP festgestellt wird.

Begründung:

Bei Repowering-Vorhaben besteht die Besonderheit, dass der Standort schon mit den Umweltauswirkungen der bestehenden Anlagen belastet ist und damit zu vermuten ist, dass die Umweltauswirkungen der Repowering-Anlagen auch ohne die Durchführung einer UVP vollständig und sachgerecht erfasst und bewältigt werden können.

Daher erscheint es gerechtfertigt, dass eine standortbezogene Vorprüfung, die nach jetziger Rechtslage nur für Windparks mit 3 bis 5 Windenergieanlagen vorgesehen ist, bei Repowering-Anlagen unabhängig von der Größe des Vorhabens ausreichend ist.

Die Durchführung einer UVP ist damit nicht ausgeschlossen. Wenn die standortbezogene Vorprüfung erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen für ein schützenswertes Gebiet nach Nr. 2.3 der Anlage 2 zum UVP-Gesetz (UVP-G) feststellt, muss auch hier eine UVP durchgeführt werden.

Der materielle Beurteilungsmaßstab, der sich aus dem BNatSchG ergibt, wird durch diesen Vorschlag nicht geändert.

4. Ähnlich wie bei Verkehrsinfrastrukturvorhaben sollten auch bei Windenergievorhaben Eilrechtsschutzanträge nur innerhalb eines Monats gestellt und begründet werden können.

Begründung:

Für Verkehrsinfrastrukturvorhaben sehen die entsprechenden Fachgesetze vor, dass Eilrechtsschutzanträge nur innerhalb eines Monats gestellt und begründet werden können (§ 17e Absatz 2 FStrG, § 18e Absatz 2 AEG, § 29 Absatz 6 Satz 3 PBefG).

Es würde der Verfahrensbeschleunigung dienen, wenn eine entsprechende Regelung auch für immissionsschutzrechtliche Genehmigungen von Windkraftanlagen geschaffen wird. Eine solche Maßnahme ist nicht nur für Repowering-Vorhaben, sondern auch für Projekte an neuen Standorten sinnvoll.

Die Umsetzung dieses Vorschlags setzt voraus, dass der im Regierungsentwurf des Gesetzes zur Beschleunigung von Investitionen vom 04.09.2020 (BT-Drs. 19/22139) enthaltene Wegfall der aufschiebenden Wirkung von Rechtsmitteln gegen Genehmigungsbescheide für Windkraftanlagen, wie vom Bundestag am 05.11.2020 beschlossen (BT-Drs. 19/24040), umgesetzt wird.