



POLICY BRIEFING

WWF-Rechtsgutachten

Umsetzung der RED III für die Offshore-Windenergie

Dieses Policy Briefing fasst die Kernpunkte des vom WWF beauftragten Rechtsgutachtens von Dr. Roda Verheyen, veröffentlicht im Mai 2024, hinsichtlich der überschießenden Umsetzung der RED III zusammen. Anschließend werden Lösungsoptionen aufgezeigt, wie der Schutzstandard beim Ausbau der Offshore-Windenergie erhalten werden kann. Diese Vorschläge sind nicht kumulativ zu verstehen, sondern beschreiben unterschiedliche Wege. Eine detaillierte tabellarische Synopse zu überschießenden bzw. nicht EU-konformen Regelungen ist dem Kapitel III.2 des Rechtsgutachtens zu entnehmen.

Einleitung

Die Notwendigkeit des Ausbaus der Offshore-Windenergie ist unumstritten und leitet sich nicht zuletzt aus dem Beschluss der COP28 ab, die globalen Kapazitäten für Erneuerbare bis 2030 zu verdreifachen. Auch in Deutschland sind massive Anstrengungen nötig, um den Ausbau der Erneuerbaren zu beschleunigen und somit die im Klimaschutzgesetz festgeschriebenen Treibhausgas-minderungsziele einzuhalten. Die Frage des „wie und wo“ ist allerdings nicht unumstritten und vor allem seit dem Angriffskrieg Russlands auf die Ukraine wird auf Beschleunigung durch Abbau von Beteiligung und Transparenz gesetzt.

Die Meere sollen für den Ausbau von Energieinfrastruktur umfassend herangezogen werden. Nach aktueller Planung werden in den nächsten 20 Jahren fast 25 Prozent der Fläche der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone (AWZ) mit Windenergieanlagen bestellt sein. Dies geschieht in einem bereits sehr intensiv genutzten Raum. Das kumulative Ausmaß menschlicher Aktivitäten im Meer führt zu einem rasanten Verlust der marinen Artenvielfalt, einer Verschlechterung ihres Gesamtzustands und ihrer Kapazität, die Klimakrise abzumildern. Widerstandsfähige und intakte Meere sind jedoch unverzichtbare Verbündete zur Bewältigung von Klima- und Biodiversitätskrise.

Die beiden Verfassungsgüter Naturschutz und Klimaschutz dürfen daher im Zuge von Rechtsänderungen nicht gegeneinander ausgespielt werden. Es ist essenziell, dass die Umsetzung der EU-Erneuerbare-Energien-Richtlinie (RED III) bei der Offshore-Windenergie nicht zu einer Absenkung von Umweltstandards führt. Mit dem Kabinettsentwurf ist dies aus der Sicht des WWF nicht sichergestellt. Eine Absenkung der Schutzstandards könnte somit für die Planungen der nächsten Jahrzehnte manifestiert werden. Dem zwingend notwendigen Anspruch aus dem WindSeeG, dem Koalitionsvertrag und auch der RED III, dass der Ausbau der Windenergie ohne Abbau von Umweltstandards und mit Berücksichtigung des Naturschutzes erfolgen soll, wird dies in keiner Weise gerecht.

Bei der Umsetzung der RED III schießt der Gesetzgeber an zahlreichen Stellen über das Ziel hinaus. Das WindSeeG und seine Planungssystematik werden durch den Entwurf nicht übersichtlicher, sondern rechtsunsicher. Vor allem werden eventuelle Probleme bei der Abarbeitung des materiellen Umweltrechts ans Ende des Verfahrens verschoben. Damit verlagern sich potenzielle Rechtsmittel zu Lasten der Betreiber.

Die Kabinettsvorlage vom März 2024 will eine sogenannte 1:1 Umsetzung realisieren. Jedoch widerspricht sie teils den Vorgaben der RED III-Novelle oder geht so stark über diese hinaus, sodass eine Umsetzung ggf. ein Verstoß gegen andere europarechtliche Vorgaben verursachen würde. Zudem wird der Spielraum der Mitgliedsstaaten, den die Novelle bietet, gar nicht oder nicht in einer Weise konkretisiert, der Klarheit für die Rechtsanwendung schafft bzw. die Einhaltung der artenschutzrechtlichen Vorgaben sicherstellt.

Ausgewählte Kernpunkte der überschießenden bzw. europarechtswidrigen Umsetzung

1. Die Flächenpotenzialanalyse fehlt

Es fehlt bislang die konkrete, auf alle Energieträger bezogene Flächenpotentialanalyse, die in Art. 15b RED zwingend vorgeben ist. Diese ist nachzuholen, bevor weitere Umsetzungsschritte oder Festlegungen erfolgen. Kein deutscher Planungsträger hat bislang energieträgerübergreifend Erneuerbare-Energien-Gebiete ausgewiesen. Wieso darauf speziell auf See verzichtet werden kann, obwohl doch gerade nur die „Erforderlichkeit“ der Beschleunigung den Abbau von Verfahrensrecht und materiellen Schutzstandards erlauben kann, erschließt sich nicht. Sind die Ziele in einer Kategorie angemessen erreicht oder ist die Ausbaugeschwindigkeit nicht zu steigern, ist die Ausweisung von Beschleunigungsgebieten entbehrlich.

2. Kein Ermessen bei Bestandsgebieten

Bestehende Gebiete können, müssen aber nicht bis zum 21. Mai 2024 zu Beschleunigungsgebieten erklärt werden. Es geht dem EU-Recht um einen Beitrag zur Zielerreichung 2030. Der vorgesehene § 8a WindSeeG ist systemwidrig und führt zudem die zentrale Voruntersuchung in die Bedeutungslosigkeit, obwohl diese bereits vor Jahren vom Gesetzgeber als Instrument zur Beschleunigung des Ausbaus der Offshore-Windenergie geschaffen wurde. § 8a erreicht, dass auf fast allen Flächen des FEP 2023 eine Schutzabsenkung in Kauf genommen wird, weil selbst erhebliche Umweltauswirkungen keine Sperrwirkung entfalten. Es müssen auch keine wirksamen Minderungsmaßnahmen auf Planenebene festgelegt werden. Außerdem enthalten die Gebietsabschlüsse keine Migrationsrouten von Meeressäugern und andere sensible Gebiete (15c Abs.1 a ii) RED).

3. Sperrwirkung für neue Beschleunigungsgebiete nicht europarechtskonform

Beschleunigungsgebiete dürfen nur dort ausgewiesen werden, wo keine erheblichen Umweltauswirkungen zu erwarten sind, es gibt hier eine absolute Sperrwirkung. § 5 Abs. 2b S. 4 WindSeeG neu definiert „Umweltauswirkungen“ aber in expliziter Abweichung vom UVPG. Dies stellt eine überschießende Umsetzung der Richtlinie dar. Die Beschränkung ist zudem auch system- und europarechtswidrig. Der Referentenentwurf fingiert ohne Rechtsgrundlage im EU-Recht, dass Umweltauswirkungen außerhalb des nach der FFH- und Vogelschutz-RL etablierten Schutzregimes nicht relevant sind. Dies führt zu einer unzulässigen Einschränkung des Prüfungsprogramms der SUP und ist damit nicht europarechtskonform. Denn die SUP zum FEP hat danach alle Schutzgüter des UVPG zu betrachten. Zudem wird die Beweislast umkehrt: Wenn die im Entwurf ausdrücklich geregelten Tabuzonen ausgelassen sind, liegen nach dem Entwurf „voraussichtlich keine Umweltauswirkungen vor“. Das ist bei Anwendung der SUP-RL aber dem Ergebnis der SUP überlassen. Darüber hinaus führt diese Einschränkung zu einer Nichtvollziehbarkeit der Ausgleichspflicht auch bei Vorhaben in Beschleunigungsgebieten und zu einem Mangel an Rahmendaten für die wirksamen Minderungsmaßnahmen nach Art. 15c Abs. 1 b RED.

4. Sensible Gebiete sind nicht planerisch geregelt

Das klare Ziel der RED ist es, sensible Gebiete grundsätzlich als Beschleunigungsgebiete auszuschließen. Sensible Gebiete sind zum jetzigen Zeitpunkt aber noch nicht abstrakt im deutschen Recht (etwa im BNatSchG) oder in Planwerken geregelt. Ihre Festlegung ist eine Voraussetzung dafür, dass Beschleunigungsgebiete europarechtskonform ausgewiesen werden können. Ob das geplante Vorgehen tatsächlich sensible Lebensräume unter Anwendung der SUP-Kriterien abschließend schützt, muss bezweifelt werden. Tatsächlich gibt es bisher keine planerische Grundlage für die richtlinienkonforme Ausfüllung des Tatbestands des Art. 15c Abs. 1 ii) RED. Hier liegt ein erheblicher Widerspruch zwischen EU-Recht und nationaler Umsetzung vor, der sich auf die gesamte FEP-Planung auswirken kann.

5. Widerspruch zwischen Verfahren und materieller Prüfung

Während bei der SUP nichts mehr außerhalb der FFH- und Vogelschutz-RL zu betrachten sein soll, wird für das Genehmigungsverfahren § 69 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 (Schutz der Meeresumwelt)

angewendet. Damit bleibt die übrige Meeresumwelt hier Prüfungsgegenstand, obwohl sie bei der SUP ausgeschlossen wurde. Die Regelung ist systemwidrig und kann mangels Daten zu erheblichen Rechtsunsicherheiten führen. Woher sollen die Daten für diese Prüfung stammen, wenn sie weder bei der SUP noch der nicht mehr vorhandenen UVP vorgelegt werden müssen und die Beschleunigungsgebiete auch nicht voruntersucht werden?

Außerdem interpretiert WindSeeG neu in überschießender Weise die Vermutungsregel, dass bei geeigneten Minderungsmaßnahmen im Rahmen einzelner Projekte kein Verstoß gegen artenschutzrechtliche Vorschriften aus FFH- und VS-RL vorliegen. Der Entfall der artenschutzrechtlichen Prüfung, wie nun vorgesehen, ist demnach nicht zwingend vorgegeben. Zudem ist nicht sichergestellt, dass der Gesetzgeber die Ausnahme von einer UVP im Falle eines negativ ausfallenden Screenings nach Art. 16a Abs. 4 RED III begründen muss.

Optionen für den Erhalt von Umweltstandards

Die Umsetzung der RED III führt zu einem abgesenkten Standard für den Schutz der Meeresumwelt. Dem kann durch kleine und größere Änderungen begegnet werden:

1. Bestandsgebiete nur in zentral voruntersuchten Flächen

§ 8a WindSeeG sollte umgehend wieder geändert werden, sodass Bestandsgebiete als Beschleunigungsgebiete nur in zentral voruntersuchten Flächen des FEP 2023 ausgewiesen werden können. Das ist möglich, ohne die Fristsetzung der RED zu verletzen.

2. Keine überschießende Anwendung der Notfallverordnung

Der § 72a WindSeeG sollte ebenfalls geändert werden. Durch die weitere Anwendung fällt das in der RED angeordnete Screening als Ersatz für die UVP weg. In § 72a Absatz 3 Satz 3 müsste nur der bislang in der Kabinettsvorlage enthaltene Satz: „Die Bestimmungen der Absätze 1 und 2 gelten vorrangig zu den §§ 70a und 70b“ gestrichen werden.

3. Ausweisung von sensiblen Gebieten ernst nehmen

Sensible Gebiete sind fachlich im Einvernehmen mit dem BfN zu bestimmen. Eine Sensibilitätsanalyse *muss* ggf. auch zu neuen Gebieten führen können, eine abschließende Definition wie im Referentenentwurf ist nicht EU-rechtskonform. Bei der Festlegung von sensiblen Gebieten wäre neben dem bereits im separaten Ausschlussgrund „FFH-Gebiete“ auch das übrige Umweltfachrecht zu beachten, wie die Meeresstrategie-Richtlinie (MSRL). Aus Sicht der EU-Kommission ist insbesondere erforderlich, dass weitere Sektoren in die Maßnahmen zur Herstellung eines guten Umweltzustands eingebunden werden. Die Chance könnte jetzt die Ausweisung von sensiblen Gebieten bieten. In der Novelle des WindSeeG sollte also eine Verpflichtung aufgenommen werden, besonders sensible Gebiete auszuweisen, bevor neue Beschleunigungsgebiete im FEP festgelegt werden. Eine weitere Möglichkeit besteht darin, die Kategorie der sensiblen Gebiete im Bundesnaturschutzgesetz als eine der unter Kapitel 4, Abschnitt 1 geregelten Kategorien einzuführen, worauf dann im WindSeeG verwiesen werden kann. Zudem fehlt eine konkrete Regelung zu „Pufferzonen“ o.ä. zur Klarstellung. Diese könnte aber ohne Hindernisse auf Ebene der RED in den Planwerken zur Ausweisung der Beschleunigungsgebiete angeordnet werden.

4. Weitere Beschleunigungsgebiete nur, wenn aus Sicht des BSH erforderlich

Wenn und soweit § 8a WindSeeG bleibt und Bestandsgebiete bereits als Beschleunigungsgebiete festgelegt wurden, gilt: Die Ausweisung weiterer Gebiete darüber hinaus ist nicht zwingend. Es gilt Ermessen, siehe § 15c Absatz 3 RED. Das BSH könnte gesetzgeberisch aufgefordert werden, dass nur bei Notwendigkeit im Hinblick auf das Erreichen der Ausbauziele weitere Flächen als Beschleunigungsgebiete ausgewiesen werden – es bliebe ansonsten bei der zentralen Voruntersuchung und daran anschließend einer sehr beschränkten UVP.

Jedenfalls aber kann der Gesetzgeber europarechtskonform ausdrücklich anordnen, dass bei der Beurteilung der Erheblichkeit der Umweltauswirkungen bei Ausweisung von

Beschleunigungsgebieten Minderungsmaßnahmen nicht zu beachten sind. Damit würde das Volumen der Beschleunigungsgebiete über die eintretende Sperrwirkung beschränkt und das Schutzniveau nicht auf weiteren Flächen gesenkt.

5. SUP vollständig lassen und nicht beschränken

Bleibt es bei der vorgeschlagenen Umsetzung, wird die SUP einerseits in ihrer Bedeutung gestärkt, aber gleichzeitig durch die Beschränkung auf FFH-Recht und den besonderen Artenschutz erheblich geschwächt. Das ist nicht nachvollziehbar und zudem europarechtswidrig. In § 5 Abs. 2 b WindSeeG in der Kabinettsvorlage wäre der Satz zu streichen: „Umweltauswirkungen im Sinn von Satz 3 sind abweichend von den Regelungen des Gesetzes über die Umweltverträglichkeitsprüfung nur Auswirkungen auf die Erhaltungsziele im Sinne des § 7 Absatz 1 Nummer 9 des Bundesnaturschutzgesetzes und auf die besonders geschützten Arten nach § 7 Absatz 2 Nummer 13 des Bundesnaturschutzgesetzes.“

6. Artenschutzrechtliche Prüfung auf Genehmigungsebene belassen

§ 70a Abs. 2 Nr. 3 WindSeeG neu soll für Projekte in Beschleunigungsgebieten regeln: „abweichend von § 44 Absatz 1 des Bundesnaturschutzgesetzes [ist] eine artenschutzrechtliche Prüfung“ ausgeschlossen. Die entsprechende Vermutungsregelung stammt zudem aus der EU-Notfallverordnung. Auch wenn die UVP in Beschleunigungsgebieten zwingend entfallen müsste – nach der hier vertretenen Auffassung gilt das ohnehin nicht für die Bestandsgebiete – könnten die Ergebnisse der artenschutzrechtlichen Prüfung die Rechtssicherheit auch als Basis für Minderungsmaßnahmen erhöhen.

7. Keine allgemeine Ausnahme von der UVP- Pflicht nach negativem Screening

Der Gesetzgeber kann Projekte von der UVP-Pflicht nach negativem Screening ausnehmen, muss es aber nicht, und muss die Ausnahme jedenfalls begründen. Es sollte somit keine allgemeine Ausnahme von der UVP-Pflicht nach negativem Screening geben. § 70a Abs. 4 ist entsprechend zu ändern.

8. Freiwillige UVP in der Frist des Screenings

Es wurde öffentlich auch von einigen Betreibern gefordert, die UVP beizubehalten. Das könnte den Mitgliedstaaten im Rahmen der sog. Schutzverstärkung (Art. 193 AEUV) möglich sein. Artikel 193 AEUV regelt, dass auf Grundlage von Artikel 192 AEUV getroffene Schutzmaßnahmen die Mitgliedstaaten nicht hindern, darüber hinaus gehende Schutzmaßnahmen beizubehalten oder zu ergreifen. Es besteht dann für die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, die Sperrwirkung des Sekundärrechts (hier: einer Richtlinie) zu durchbrechen; sie haben Spielraum, auf der nationalen Ebene „nach oben“ von den Vorgaben des Unionsrechts abzuweichen. Insofern scheint es jedenfalls europarechtlich nicht unmöglich, die UVP auch in Beschleunigungsgebieten beizubehalten, wenn die Ziele der RED dadurch nicht beeinträchtigt werden. In den Gesetzesbegründungen finden sich hierzu keine Ausführungen. Es wird schlicht von einer absoluten Pflicht zur Abschaffung ausgegangen.

Die RED III verfolgt eindeutig die Zielsetzung, Verwaltungsverfahren zu straffen und zu verkürzen mit dem Oberziel, den Ausbau der erneuerbaren Energien zu stärken. Dem läuft die Beibehaltung der UVP in den extra geschaffenen Beschleunigungsgebieten wohl eher zuwider. Gleichzeitig verfolgt die RED III aber das Ziel, erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen beim Ausbau der EE zu vermeiden. Genau dieses Ziel verfolgt die UVP.

Die Forderung nach der Beibehaltung der UVP als Verfahrensinstrument ist in neuen Beschleunigungsgebieten rechtlich nicht verpflichtend möglich, in Bestandsgebieten scheint dies streitig.

Freiwillig kann eine UVP im verfahrensrechtlichen Schritt des Screenings als „optionale UVP“ beantragt werden. Dazu muss der Antragssteller bei Antragstellung lediglich selbst davon ausgehen, dass sein Vorhaben erhebliche Umweltauswirkungen auslöst. In § 70a Abs. 3 WindSeeG neu wäre zum Überprüfungsverfahren zu ergänzen: „Er (der Träger des Vorhabens) kann im Antrag selbst verbindlich angeben, dass durch das Vorhaben erhebliche Umweltauswirkungen verursacht werden.“



9. Die Rolle von Minderungsmaßnahmen überdenken

Die Systematik der deutschen Umsetzung führt dazu, dass erhebliche Auswirkungen nach Projektdurchführung verbleiben, obwohl die RED dies nicht intendiert. Die Berücksichtigung der Minderungsmaßnahmen bei der Ausweisung der Beschleunigungsgebiete drückt die Auswirkungen unter die Erheblichkeitsschwelle (auf der Ebene des FEP), es bleiben aber negative Auswirkungen. Im Kontext des Screenings auf Genehmigungsebene führt die Berücksichtigung weiterer Minderungsmaßnahmen hinsichtlich der Frage, ob konkret erhebliche Wirkungen verbleiben, bei schlechter Datengrundlage zu denselben und ggf. weiteren, auf Ebene der SUP unberücksichtigten, Auswirkungen. Der Gesetzgeber sollte den konkreten Anknüpfungspunkt für Wirkungen der Minderungsmaßnahmen überdenken. Diese sollten zumindest auch als „Realkompensation“ möglich sein, also Naturverträglichkeitsmaßnahmen an der Anlage oder am Standort.

10. Grüne Infrastruktur neben Erneuerbare Energien Infrastruktur stellen

Bei immer stärkerer Nutzung der AWZ nimmt die kumulative Belastung der Meeresumwelt stetig zu. Zwar werden unstreitig in erheblichem Umfang finanzielle Ressourcen mobilisiert, etwa durch §§ 53, 57 und 58 WindSeeG sowie nun durch den zusätzlichen Ausgleichs- und Artenschutzmechanismus, dem stehen aber keine gezielten Schutzmaßnahmen in konkreten Gebieten gegenüber.

Schon für die richtige Berücksichtigung der sensiblen Gebiete nach RED könnte eine neue Kategorie im BNatSchG geschaffen werden – zusammen mit dem Leitbild für eine Grüne Infrastruktur. Dasselbe sollte gelten für die Einführung von zentralen Korridoren, in denen Nutzungen verringert und Schutzkonzepte entwickelt und umgesetzt werden. Andere Nutzungen müssten aus diesen Gebieten stärker herausgenommen werden, um Raum für einen guten Zustand der Ökologie zu schaffen. Das Konzept der Grünen Infrastruktur ist nichts Neues, erhält aber angesichts des massiven Zubaus auf dem Meer neue Bedeutung.

Das Grüne Netz könnte zusätzlich auch als „Landschaftsplanung“ in der AWZ über § 9 BNatSchG als Fachplanung für den Naturschutz etabliert werden. Dann wäre auch klar fachlich gezielt regelbar, in welche Maßnahmen die (neuen) finanziellen Ressourcen fließen. Es stünden somit – im Sinne der RED III – dem Erreichen der Ausbauziele auch Verbesserungen beim Biodiversitäts- und Meeresumweltschutz gegenüber.

Kontakt

WWF Deutschland

Reinhardtstr. 18
10117 Berlin
Lobbyregisternr.: R001579

Viviane Raddatz
Bereichsleiterin Climate & Energy
Viviane.Raddatz@wwf.de

Felix Schmidt
Policy Advisor Climate & Energy
Felix.Schmidt@wwf.de

Kristín von Kistowski
Bereichsleiterin Marine Programme
Kristin.vonKistowski@wwf.de

Carla Langsenkamp
Policy Advisor Marine Conservation North Sea
Carla.Langsenkamp@wwf.de