

**ENGEMANN & PARTNER**

Rechtsanwälte und Notare



**Informationsveranstaltung zur  
Bedarfsgesteuerten Nachtkennzeichnung**

**EEG-rechtliche Rahmenbedingungen**

**Kreishaus Borken, 25.06.2019**

---

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Sprecher des AK Kennzeichnung des BWE

**Dr. Oliver Frank**

Engemann & Partner, Rechtsanwälte mbB, Lippstadt

E-Mail: [o.frank@engemann-und-partner.de](mailto:o.frank@engemann-und-partner.de)

Mit derzeit insgesamt 14 Rechtsanwälten,  
davon fünf Anwaltsnotare, beraten und  
vertreten wir deutschlandweit vornehmlich  
**Betreiber** und **Planer** umfassend in den Bereichen ...

Öffentliches Bau- und Planungs- sowie  
Immissionsschutzrecht:

- **Franz-Josef Tigges**
- **W. Andreas Lahme**
- **Dr. Oliver Frank**
- **Daniel Birkhölzer**

Energiewirtschaftsrecht, EEG,  
Gewährleistungs- und Versicherungsrecht:

- **Andreas Schäfermeier**
- **Martina Beese**
- **Katharina Vieweg-Puschmann LL. M., Maîtrise en droit**
- **Dr. Mathias Schäferhoff**



## Überblick

- **Bedarfsgesteuerte Nachtkennzeichnung**
  - **Grundlagen**
  - **Technische Systeme**
  - **§ 9 Abs. 8 EEG (neu)**
    - **Auslegung**
    - **Umsetzungsfrist**
    - **Ausnahmen bei wirtschaftlicher Unzumutbarkeit**
    - **Aktueller Sachstand**
  - **Fazit**

## Bedarfsgesteuerte Nachtkennzeichnung (BNK): Grundlagen

### *Nr. 17.4 AVV*

*„Beim Einsatz der Feuer W, rot oder Feuer W, rot ES kann der Einschaltvorgang auf Antrag bedarfsgesteuert erfolgen, sofern die Vorgaben in Anhang 6 erfüllt werden. Für den Einsatz einer bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung ist die Zustimmung der zuständigen Luftfahrtbehörde erforderlich. Diese entscheidet aufgrund einer gutachtlichen Stellungnahme der Flugsicherungsorganisation nach § 31b Abs. 1 Satz 1 LuftVG.“*

→ Unterschiedliche Möglichkeiten der bedarfsgesteuerten Befeuerung von WEA:

- **Aktivradar** (verschiedene Konzepte: an mehreren WEA installiert oder zentrale Radaranlage im Windpark)
- **Passivradar** (Nutzung vorhandener Fernseh- und Mobilfunkwellen)
- **Transponder?** (nunmehr ausdrücklich in § 9 Abs. 8 S. 4 EEG (neu) vorgesehen, aber noch nicht in Anhang 6 der derzeit gültigen AVV enthalten)

## Verpflichtende BNK in § 9 Abs. 8 EEG (neu)

*Betreiber von Windenergieanlagen an Land, die nach den Vorgaben des Luftverkehrsrechts zur Nachtkennzeichnung verpflichtet sind, müssen ihre Anlagen **mit einer Einrichtung zur bedarfsgesteuerten Nachtkennzeichnung von Luftfahrthindernissen ausstatten**. Auf Betreiber von Windenergieanlagen auf See ist Satz 1 anzuwenden, wenn sich die Windenergieanlage befindet*

- 1. im Küstenmeer,*
- 2. in der Zone 1 der ausschließlichen Wirtschaftszone der Nordsee wie sie in dem nach den §§ 17b und 17c des Energiewirtschaftsgesetzes durch die Bundesnetzagentur bestätigten Offshore-Netzentwicklungsplan 2017-2030 ausgewiesen wird,*
- 3. in der ausschließlichen Wirtschaftszone der Ostsee.*

*Die Pflicht nach Satz 1 gilt **ab dem 1. Juli 2020**. Die Pflicht nach Satz 1 kann auch durch eine Einrichtung zur Nutzung von **Signalen von Transpondern** von Luftverkehrsfahrzeugen erfüllt werden. Von der Pflicht nach Satz 1 kann die Bundesnetzagentur auf Antrag im Einzelfall **insbesondere für kleine Windparks Ausnahmen** zulassen, sofern die Erfüllung der Pflicht **wirtschaftlich unzumutbar** ist.*

Was bedeutet „*ausstatten*“?

- 1. bestimmten Zwecken entsprechend vollständig mit etwas versehen, ausrüsten
  - 2. mit einer bestimmten Ausstattung versehen  
*(Duden online)*
- Nach dem allgemeinen Wortsinn bezieht sich „ausstatten“ damit auf die bloße Ausrüstung zu bestimmten Zwecken, nicht hingegen auf die Nutzung der Ausstattung.

- Der Wortlaut spricht also zunächst für die bloße **Ausrüstungspflicht** bzgl. einer Einrichtung zur BNK, die aber jedenfalls **funktionsfähig** sein muss, wie die Zweckbindung („zur bedarfsgesteuerten Nachtkennzeichnung von Luftfahrthindernissen“) verdeutlicht. Andererseits dient § 9 Abs. 8 aber nur dann der Akzeptanzsteigerung, wenn BNK tatsächlich eingesetzt wird, sodass Sinn und Zweck dafür sprechen, dass die BNK letztlich auch geschaltet werden muss (so auch die Auffassung der Bundesnetzagentur).

## Konsequenzen bei Verstößen gegen § 9 Abs. 8 EEG

- § 52 Abs. 2 Nr. 1a EEG:

*„Der anzulegende Wert verringert sich auf den Monatsmarktwert, ... solange Anlagenbetreiber gegen § 9 Abs. 8 verstoßen“.*

- Marktprämie entfällt!
  - Kein Anspruch auf EEG-Vergütung
  - Auch für Anlagen, die keine EEG-Vergütung erhalten, kann es aber u.U. auf die Ausrüstung mit BNK ankommen, da der Netzbetreiber bei fehlender BNK-Ausrüstung möglicherweise die Abnahme des Stroms verweigern kann.



*Die Pflicht nach Satz 1 gilt ab dem 01. Juli 2020.*

- **Keine Unterscheidung zwischen Bestands- und Neuanlagen!**

### **Frage:**

Unterfallen alle WEA, die ab dem 01.07.2020 in Betrieb genommen werden sollen, erst dann den EEG-Vergütungsregeln, wenn sie mit BNK-Einrichtungen versehen und wenn diese auch aktiviert worden sind?

- Der Gesetzgeber darf nichts Unmögliches fordern (Hintergrund: Standortspezifische Zulassung und damit auch Aktivierung der BNK ist derzeit erst nach Befliegung des Windparks möglich; Vereinfachung durch AVV-Änderung geplant). „Ausstatten“ könnte deshalb auch als **tätigkeitsbezogene Pflicht** verstanden werden, sodass ein Vergütungsanspruch besteht, sobald der Betreiber mit der Ausstattung begonnen hat. Die Bundesnetzagentur unterscheidet hier hingegen zwischen Bestands-WEA (BNK-Schaltung bis zum 01.07.2020) und Neu-WEA (bloße Ausstattung bis Inbetriebnahme, Schaltung der BNK sobald möglich).

### § 85 Abs. 2 Nr. 1a EEG:

*Die Bundesnetzagentur kann unter Berücksichtigung des Zwecks und Ziels nach § 1 Festlegungen nach § 29 Abs. 1 des Energiewirtschaftsgesetzes treffen (...) zu § 9 Abs. 8, insbesondere zur Verlängerung der Umsetzungsfrist in § 9 Abs. 8, wenn nicht innerhalb der Frist nach § 9 Abs. 8 S. 3 technische Einrichtungen nach § 9 Abs. 8 in einem ausreichenden Umfang am Markt angeboten werden.*

- Der ausdrücklich angesprochene Fall der Verlängerung der Umsetzungsfrist wird nur „insbesondere“ aufgeführt, was bedeutet, dass die Bundesnetzagentur auch weitere Möglichkeiten hat, die Vorgaben des § 9 Abs. 8 EEG zu konkretisieren (z.B. durch Rundschreiben).

#### ➤ **Schlüsselposition der BNetzA**

- Konsultationsverfahren für eine mögliche Verlängerung der Frist läuft.

### § 9 Abs. 8 S. 4 EEG:

*Die Pflicht nach Satz 1 kann auch durch eine Einrichtung zur Nutzung von Signalen von Transpondern von Luftverkehrsfahrzeugen erfüllt werden.*

- Keine konkreten technischen Anforderungen an Transponderempfangssysteme
  - Die Formulierung („zur Nutzung“) verdeutlicht aber, dass es letztlich wohl um ein **funktionsfähiges System** gehen muss. Es dürfte ebenfalls erforderlich sein, dass die Windparkinfrastruktur die Transpondersignale verarbeiten kann, sodass das System unmittelbar nach luftverkehrsrechtlicher Zulassung geschaltet werden kann.

Begründung des Gesetzesentwurfs:

*„Ausreichend nach Satz 2 ist die Ausstattung der Anlagen mit technischen Einrichtungen zur bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung, die die Signale von Transpondern verwenden, **selbst dann, wenn diese Technik noch nicht luftverkehrstechnisch zugelassen ist.**“*

- a.A.: BNetzA, BMWi

### Änderung der AVV (Anhang 6) zwecks Integration von Transpondersystemen

- Grundlage: Gutachten Dr. Behrend zu möglichen flugbetrieblichen Risiken bei Einsatz der transponderbasierten BNK vom 07.06.2019
  - *„Den Transponder als ein Sicherheitsrisiko für ein BNK-System einzustufen, widerspricht der aktuellen und geplanten Nutzung im modernen Luftverkehrssystem und der täglichen Erfahrung.“*
- Entwurf des Anhangs 6 sieht deshalb nunmehr auch den Einsatz von Transponderempfangssystemen unter bestimmten Voraussetzungen (u.a. Empfang und Auswertung von Mode S- und Mode A/C-Signalen) als zulässig an.
- Standortspezifische Zulassung soll reduziert werden auf „Nachweis des Herstellers und/oder Anlagenbetreibers auf Basis des Konzepts über den Nachweis der standortbezogenen Erfüllung der Anforderungen, der bestätigt, dass alle Systemfunktionen am jeweiligen Standort erfüllt werden.“

### Ausnahmeregelung in § 9 Abs. 8 S. 5 EEG:

*„Von der Pflicht nach Satz 1 kann die Bundesnetzagentur auf Antrag im Einzelfall insbesondere für kleine Windparks Ausnahmen zulassen, sofern die Erfüllung der Pflicht wirtschaftlich unzumutbar ist.“*

Begründung des Änderungsantrags der Fraktionen der CDU/CSU und SPD im Bundestagsausschuss für Wirtschaft und Energie vom 27.11.2018:

*„Hierbei handelt es sich um Ausnahmenvorschrift. Sofern künftig die Transpondertechnik luftverkehrsrechtlich zugelassen worden ist, dürfte es für fast alle Windparks möglich sein, die Pflicht zu erfüllen. Lediglich wenn die Betreiber nachweisen, dass die bedarfsgesteuerte Nachtkennzeichnung in seinem Fall eine solche wirtschaftliche Härte darstellt, dass der Betrieb der Windanlage **nicht mehr wirtschaftlich darstellbar** ist, dürfte ein Fall der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit vorliegen. Dieser Fall dürfte in der Regel nur gegeben sein, wenn nachgewiesen wird, dass die Windenergieanlage **bald abgerissen oder ersetzt** wird oder es sich um einen **kleinen (unter sechs Windenergieanlagen) und alten Windpark** handelt.“*

- Die Bundesnetzagentur hat ein **Antragsformular** vorbereitet, um die Beantragung von Ausnahmen von der BNK-Pflicht zu vereinheitlichen und zu vereinfachen. Das Antragsformular steht auf der Homepage der BNetzA.
- Es werden zwei Fallgruppen aufgelistet, bei deren Vorliegen eine Ausnahme zu erteilen ist.
- Darüber hinaus besteht grundsätzlich auch die Möglichkeit, über diese beiden Fallgruppen hinaus sonstige Gründe für das Vorliegen einer wirtschaftlichen Unzumutbarkeit geltend zu machen, wobei die Hürden aber relativ hoch sein dürften.

Antrag auf Ausnahme von der Pflicht zur bedarfsgesteuerten Nachtkennzeichnung

### 3. Gründe für den Ausnahmeantrag

Zur Begründung meines Antrags berufe ich mich auf folgende Gründe: *(bitte ankreuzen)*

- Auslaufen des Zahlungsanspruchs nach EEG innerhalb von drei Jahren ab Beginn der Pflicht zur bedarfsgesteuerten Nachtkennzeichnung

Letzter Tag der Ansprüche auf Zahlungen nach dem EEG

- Überschreiten der voraussichtlichen Kosten der Ausstattung mit einem BNK-System von 3 % der voraussichtlichen Umsatzerlöse bis zum Ende der Förderdauer der Windenergieanlage(n)

Eingespeiste Energiemenge in den letzten fünf Kalenderjahren (in kWh)

kWh

Letzter Tag der Ansprüche auf Zahlungen nach dem EEG

Einmalige Kosten einer bedarfsgesteuerten Nachtkennzeichnung (in Euro)

Euro

laufende Kosten einer bedarfsgesteuerten Nachtkennzeichnung (in Euro/Jahr)

Euro/Jahr

- sonstige Gründe *(bitte auf Beiblatt zu diesem Antragsformular begründen)*

### Aktueller Sachstand:

- Gemeinsames Verbändeschreiben (BWE, VDMA, BDEW, VKU) an BMWi und BMVI wurde auf den Weg gebracht, um einen Workshop zu initiieren, auf dem die offenen Fragestellungen des § 9 Abs. 8 EEG diskutiert und hoffentlich beantwortet werden können. Das BMWi hat sich insoweit leider negativ geäußert.
- Die Befeuerungsbranche „sortiert sich“. Angesichts des aktuellen AVV-Entwurfs spricht nunmehr einiges dafür, dass auch Transponderempfangssysteme als BNK zulässig sein werden. Verschiedene BNK-Hersteller (u.a. Lanthan, Deutsche Windtechnik) arbeiten insoweit an entsprechenden Systemen.
- Das Fachgutachten des Herrn Dr. Behrend zu Folgen des Einsatzes der Transpondertechnik auf die Luftverkehrssicherheit wurde mit kurzer Frist an die Bundesländer übersandt, damit diese sich vor Einleitung der AVV-Änderung hierzu äußern können. Mit der Einleitung des Änderungsverfahrens ist noch vor der Sommerpause zu rechnen.
- Die BNetzA hat ein **Konsultationsverfahren** bzgl. einer möglichen Verlängerung der Ausstattungsfrist in die Wege geleitet. Der BWE wird sich hieran aktiv beteiligen.



## Fazit:

- § 9 Abs. 8 EEG lässt leider einige Fragestellungen offen. Es bleibt zu hoffen, dass in Abstimmung mit den Ministerien Unklarheiten beseitigt werden können.
- Eine Schlüsselrolle kommt in mehrfacher Hinsicht der BNetzA zu, denn diese kann ergänzende Festlegungen treffen (u.a. Verlängerung der Umsetzungsfrist) und entscheidet überdies über die Gewährung von Ausnahmen.
- Bei den meisten Beteiligten ist der Wille spürbar, die BNK „zum Fliegen zu bringen“. Von daher bleibt zu hoffen, dass pragmatische Wege gefunden werden, um einen möglichst flächendeckenden Einsatz der BNK zu erreichen und damit die Akzeptanz der Windenergie zu erhöhen. Dabei müssen letztlich auch die Bundesländer überzeugt werden, denn eine Änderung der AVV bedarf der **Zustimmung des Bundesrates**.

**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!**

Rechtsanwalt Dr. Oliver Frank

Kastanienweg 9

59555 Lippstadt

-----  
[www.engemann-und-partner.de](http://www.engemann-und-partner.de)