

Stiftung spezial #EEG2021

**EE-Ausbau im öffentlichen Interesse  
und im Dienst der öffentlichen Sicherheit  
(§ 1 Abs. 5 EEG 2021):  
Rechtliche Auswirkungen**

Frank Sailer

Würzburg, 12. November 2020



# STIFTUNG UMWELTENERGIERECHT – ZUKUNFTSWERKSTATT FÜR DAS RECHT DER ENERGIEWENDE

# Zukunftswerkstatt für das Recht der Energiewende



- Gemeinnütziges, spezialisiertes Forschungsinstitut
- Leitfrage: Wie muss sich der Rechtsrahmen verändern, damit die energie- und klimapolitischen Ziele erreicht werden?
- Interdisziplinäre Forschungspartner, enger Austausch mit der Praxis
- Beratung in Gesetzgebungsprozessen

## Agenda

- Was soll geregelt werden und warum?
- Ist das neu?
- Welche rechtlichen Auswirkungen hat eine solche Regelung?
- Anwendung bei artenschutzrechtlicher Ausnahme?
  - Öffentliches Interesse
  - Öffentliche Sicherheit
- Ist die Regelung EU-rechtskonform?
- Fazit

# Was soll geregelt werden und warum? (I)

- § 1 Zweck und Ziel des Gesetzes
  - Abstrakte Beschreibung der im Gesetz verfolgten Zwecke und angestrebten Ziele
  - Motive zur Konkretisierung des Umweltstaatsprinzips nach Art. 20a GG für den Bereich der Elektrizitätsversorgung
  - Wichtige Rechtfertigungsgründe für etwaige Grundrechtseingriffe im Zusammenhang mit dem EEG
  - Zudem informative wie auch symbolische Bedeutung
- § 1 Abs. 5 EEG 2021-Entwurf:
  - *„Die Errichtung von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien liegt im öffentlichen Interesse und dient der öffentlichen Sicherheit.“*
    - Bezugspunkt: Errichtung von EE-Anlagen, Stromerzeugung, jede Einzelanlage, Betrieb nicht angesprochen (besser abstellen auf „Nutzung erneuerbarer Energien zur Stromerzeugung“?)
    - diese liegt im öffentlichen Interesse
    - und dient der öffentlichen Sicherheit

## Was soll geregelt werden und warum? (II)

- Gesetzesbegründung:
  - „§ 1 Absatz 5 EEG 2021 schreibt das öffentliche Interesse an der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien fest. (...) Da die Anlagen gleichzeitig zur Erreichung der energiepolitischen Ziele dieses Gesetzes sowie der Zielsetzung der Bundesregierung zum Klimaschutz und den Zielsetzungen der Europäischen Union im Energie- und Klimabereich beitragen, liegt ihre Errichtung aber gleichzeitig in einem übergeordneten öffentlichen Interesse.“
    - Öffentliches Interesse in Form der energie- und klimapolitischen Ziele der Bundesregierung und der EU („Klimaschutz“)
  - „Darüber hinaus dient der Ausbau der erneuerbaren Energien auch der öffentlichen Sicherheit. (...) Ohne den Zubau von Erneuerbare-Energien-Anlagen kann die Versorgung mit Strom nicht dauerhaft gesichert werden. (...) Auch die Europäische Kommission hat festgestellt, dass Windparks im Interesse der Volksgesundheit oder öffentlichen Sicherheit stehen und deshalb Ausnahmen vom Artenschutz möglich sind.“
    - Öffentliche Sicherheit in Form der Elektrizitätsversorgungssicherheit

## Ist das neu?

- Schon seit längerer Zeit Diskussion um öffentliches Interesse und öffentliche Sicherheit auch beim EE-Ausbau (Wissenschaft, Anwaltschaft, Gerichtsentscheidungen)
- Vorbild gesetzgeberische Festlegung: Netzausbau
  - § 1 S. 3 NABEG: „*Die Realisierung der Stromleitungen, die in den Geltungsbereich dieses Gesetzes fallen, ist aus Gründen eines überragenden öffentlichen Interesses und im Interesse der öffentlichen Sicherheit erforderlich.*“
  - 2019: Aufnahme der öffentlichen Sicherheit + Aufnahme entsprechender Regelungen in § 1 Abs. 1 S. 2 BBPlG, § 1 Abs. 2 S. 2 EnLAG

# Welche rechtlichen Auswirkungen hat eine solche Regelung? (I)

**Das Ökostrom-Privileg soll nun den Widerstand gegen jedes Windrad brechen**

**„Lizenz zum Töten“, „No-Go“ – Ökostrom-Vorrecht sorgt für heftige Kritik**

ist vor allem eine Klarstellung der bereits geltenden Rechtslage

„Öffentliches Interesse“ im EEG läuft ins Leere



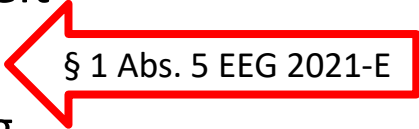
## Welche rechtlichen Auswirkungen hat eine solche Regelung? (II)

- Gesetzgeberische Festlegung des öffentlichen Interesses und des Beitrags zur öffentlichen Sicherheit bei der Errichtung von EE-Anlagen
- Ausstrahlungswirkung in andere Gesetze, insbes.:
  - Bei Begriffsverwendung öffentliches Interesse/öffentliche Sicherheit, wenn Begriffe gleich auszulegen
  - Bei Abwägungs- und Ermessensentscheidungen, wenn öffentliches Interesse/Sicherheit dort relevant, Wohl der Allgemeinheit
- Bedeutung primär für behördliche Entscheidungen im Zusammenhang mit der Errichtung von EE-Anlagen, Behörden und Gerichte haben diese Festlegung zugrunde zu legen
- ABER: entspricht vielfach schon heutiger Praxis, daher weitgehend klarstellende/deklaratorische Bedeutung
- DENNOCH: „Eingangstor“ für eine Abwägung ist rechtssicher offen

## Welche rechtlichen Auswirkungen hat eine solche Regelung? (III)

- Was ist damit nicht verbunden:
  - kein Privileg gegenüber anderen Belangen, insbesondere auch nicht gegenüber dem Natur- und Artenschutz! Kein Vorrang der Belange, kein generelles Überwiegen, keine Gewichtungsvorgabe
    - allenfalls Gesetzesbegründung spricht von einem „übergeordneten“ bzw. „hohen“ öffentlichen Interesse (→ Gewichtung ist Frage des Einzelfalls)
  - Keine Ermessenseinschränkung
  - Keine Ausweitung von Eingriffsrechten
  - Keine Rechtsgrundlage für Enteignungen (wie § 45 EnWG)
  - ZUDEM: Regelung bleibt hinter Regelungen zum Netzausbau zurück („überragendes öffentliches Interesse“, „im Interesse der öffentlichen Sicherheit erforderlich“); aber selbst dort Gewichtung und Abwägung im Einzelfall notwendig; Abwägungsdirektive?

## Anwendung bei artenschutzrechtlicher Ausnahme? (I)

- § 44 Abs. 1, Abs. 5 BNatSchG: Zugriffsverbote, insbes. Tötungsverbot; § 45 Abs. 7 BNatSchG: Ausnahmeregelung
- Prüfungsaufbau:
  - Verbotsverletzung („signifikant erhöhtes Tötungsrisiko“)
  - Vermeidungs-/Minderungsmaßnahmen („gebotene, fachlich anerkannte Schutzmaßnahmen“, z. B. Brutzeitabschaltung)
  - Ausnahmemöglichkeit
    - **Ausnahmegrund**  § 1 Abs. 5 EEG 2021-E
    - Alternativenprüfung
    - Verschlechterungsverbot hinsichtlich Erhaltungszustand

## Anwendung bei artenschutzrechtlicher Ausnahme? (II)

§ 45 Abs. 7 BNatSchG:

Die für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörden sowie im Fall des Verbringens aus dem Ausland das Bundesamt für Naturschutz **können von den Verboten des § 44 im Einzelfall weitere Ausnahmen zulassen**



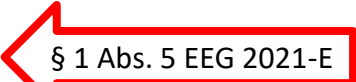
(...)

4. im Interesse der Gesundheit des Menschen, **der öffentlichen Sicherheit**, einschließlich der Verteidigung und des Schutzes der Zivilbevölkerung, oder der maßgeblich günstigen Auswirkungen auf die Umwelt oder

5. aus anderen **zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses** einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art.

Eine Ausnahme darf nur zugelassen werden, wenn **zumutbare Alternativen nicht gegeben sind und sich der Erhaltungszustand der Populationen einer Art nicht verschlechtert**, soweit nicht Artikel 16 Absatz 1 der Richtlinie 92/43/EWG weiter gehende Anforderungen enthält. Artikel 16 Absatz 3 der Richtlinie 92/43/EWG und Artikel 9 Absatz 2 der Richtlinie 2009/147/EG sind zu beachten. (...)"

## Anwendung bei artenschutzrechtlicher Ausnahme? (III)

- Tatbestandsvoraussetzungen für die Ausnahme („die drei Tests“):
  - Vorliegen eines Ausnahmegrundes
    - Zwingende Gründe
    - Öffentliches Interesse 
    - Überwiegen des öffentlichen Interesses 
      - Nachvollziehende Abwägung der wechselseitigen Belange (BVerwG, Beschl. v. 14.04.2011 – 4 B 77/09)
  - Keine zumutbaren Alternativen
  - Keine Verschlechterung des Erhaltungszustands
- Rechtsfolge:
  - Ermessen („können zulassen“) 
  - Aber ohnehin: sog. intendiertes Ermessen, d. h. in der Regel Erteilung (h. M., OVG Koblenz, 06.11.2019 – 8 C 10240/18)

## Artenschutzrechtliche Ausnahme – öffentliches Interesse (I)

- Bejahung des öffentlichen Interesses ist heute schon gängige Praxis:
  - Weites Begriffsverständnis; auch überwiegend privatnützige Vorhaben, mit denen jedoch zugleich öffentliche Interessen gefördert werden (EuGH, Urt. v. 16.02.2012 – C-182/10)
  - Daher auch Nutzung von erneuerbaren Energien im öffentlichen Interesse (VG Saarlouis, Urt. v. 19.09.2007 – 5 K 58/06; VGH Kassel, Beschl. v. 21.02.2019 – 9 B 182/19 etc.)
  - EuGH, Urt. v. 04.05.2016 – C-346/14 (Schwarze Sulm): öffentliches Interesse, da Förderung erneuerbarer Energiequellen für die Union von hoher Priorität, Nutzung trägt zum Umweltschutz und zur nachhaltigen Entwicklung sowie zur Sicherheit und Diversifizierung der Energieversorgung bei und kann Erreichung der Zielvorgaben des Kyoto-Protokolls beschleunigen
  - EU-Kommission, Leitfaden „Entwicklung der Windenergie und Natura 2000“, 2012
  - Gesetzgeber, BT-Drs. 18/11939, S. 17
  - Hohes öffentliche Interesse kommt auch in verschiedenen Regelungen zum Ausdruck, z. B.
    - § 1 Abs. 1 EEG 2017 (VG Osnabrück, Beschl. v. 20.06.2016 – 2 B 2/16)
    - § 1 Abs. 3 Nr. 4 Hs. 3 BNatSchG („dem Aufbau einer nachhaltigen Energieversorgung insbesondere durch zunehmende Nutzung erneuerbarer Energien kommt eine besondere Bedeutung zu“)

## Artenschutzrechtliche Ausnahme – öffentliches Interesse (II)

- Aber:
  - Teils wird öffentliches Interesse auch abgelehnt (z. B. VG Gießen, Urt. v. 03.09.2019 – 3 K 250/16.GI; VG Halle (Saale), Urt. v. 25.10.2016 – 2 A 4/15 HAL)
  - Zudem muss öffentliches Interesse bislang immer (vom Vorhabenträger) dargelegt und begründet werden
- Folge:
  - § 1 Abs. 5 EEG 2021-E ersetzt hier Darlegungs- und Begründungslast durch gesetzliche Festlegung und erhöht damit auch die Rechtssicherheit

## Artenschutzrechtliche Ausnahme – öffentliche Sicherheit (I)

- Vorab: Ausnahmegrund findet sich auch in der Vogelschutz-Richtlinie; Ausnahmegrund des öffentlichen Interesses dagegen nur in der FFH-Richtlinie und Übertragung umstritten (vgl. VG Gießen, Urt. v. 22.01.2020 – 1 K 6019/18.GI einerseits; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 20.02.2020 – OVG 11 S 8/20 andererseits)
- aber: auch beim Ausnahmegrund öffentliche Sicherheit ist eine Abwägung mit den Belangen des Artenschutzes notwendig!
- Pr.: Auslegung im Artenschutzrecht umstritten
  - Enge Auslegung: Anlehnung an EuGH-Rspr. zur Rechtmäßigkeit von Ein-/Ausfuhrbeschränkungen (Art. 36 AEUV) → Existenzsicherung des Staates, Bekämpfung von Gewaltanwendung im Inneren oder von außen, Gefahren für grundlegende gesellschaftliche Interessen (Kommentarliteratur und hierauf gestützt VG Gießen, Urt. v. 22.01.2020 – 1 K 6019/18.GI; VG Sigmaringen, Urt. v. 02.04.2019 – 3 K 74/17)
    - Aber: aus EuGH-Rspr. zu Art. 36 AEUV lassen sich nicht zwingend Rückschlüsse auf die Begriffsverwendung in der FFH- und Vogelschutz-Richtlinie ziehen (BVerwG, Urt. v. 27.01.2000 – 4 C 2/99)



## Artenschutzrechtliche Ausnahme – öffentliche Sicherheit (II)

- Weite Auslegung: auch privat betriebene Infrastruktureinrichtungen erfasst, die im öffentlichen Interesse liegen (z. B. Bau von Straßen zur Verbesserung der Verkehrssicherheit, OVG Koblenz, Urt. v. 06.11.2019 – 8 C 10240/18; OVG Magdeburg, Urt. v. 23.08.2017 – 2 K 66/16)
- Hierunter fällt auch die Energie-/Stromversorgungssicherheit (EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-411/17)
- Daher auch Anwendung auf EE-Anlagen als Infrastruktureinrichtungen zur Stromversorgung?
  - EuGH, Urt. v. 04.05.2016 – C-346/14 (Schwarze Sulm): Nutzung erneuerbarer Energien als Beitrag „zur Sicherheit und Diversifizierung der Energieversorgung“
  - EU-Kommission, Leitfaden „Entwicklung der Windenergie und Natura 2000“, 2012
  - VG Darmstadt, Beschl. v. 24.08.2018 – 6 L 4907/17.DA und nachfolgend VGH Kassel, Beschl. v. 06.01.2020 – 9 B 1876/18
  - *Bick/Wulfert*, NuR 2020, 250, 251
  - *BfN/KNE*, Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergievorhaben, 5/2020
  - Genaue Anforderungen noch nicht abschließend geklärt („bedeutende Infrastruktureinrichtung“?)

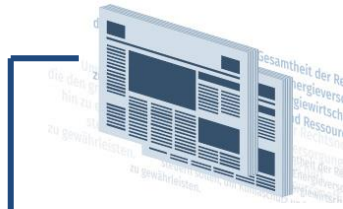
## Ist die Regelung EU-rechtskonform?

- Vorwurf: Gesetzgeber definiere hier eigenmächtig den „unionsrechtlichen“ Begriff der öffentlichen Sicherheit im Sinne der FFH- und Vogelschutz-Richtlinie
- Aber: § 1 Abs. 5 EEG 2021-E stellt weder einen Umsetzungsakt von EU-Recht in nationales Recht dar noch werden darin unionsrechtliche Begriffe definiert
- Begriffe sind in ihrem jeweiligen Regelungszusammenhang auszulegen
- Folge: Falls Begriffsverständnis in FFH-/Vogelschutz-Richtlinie einerseits und im EEG andererseits unterschiedlich wäre, würde lediglich eine Begründung des Ausnahmegrunds der öffentlichen Sicherheit zumindest über § 1 Abs. 5 EEG 2021-E nicht gelingen; Regelung selber wäre aber nicht europarechtswidrig

## Fazit

- Regelung hat nicht nur, aber weitgehend klarstellende Bedeutung
- Entspricht vielfach heutiger Praxis
- Neuer Regelungscharakter aber hinsichtlich der Festlegung des öffentlichen Interesses bzw. des Beitrags zur öffentlichen Sicherheit, Bindung von Behörden und Gerichten
- Entlastung bei Begründung und Darlegung, Erhöhung der Rechtssicherheit („Eingangstür offen“)
- Aber: Regelung entbindet insbesondere nicht von der Gewichtung und Abwägung im Einzelfall sowie sonstiger Voraussetzungen für behördliche Entscheidungen, kein genereller Vorrang, keine näheren Gewichtungsvorgaben

# Bleiben Sie auf dem Laufenden



## Newsletter

Info | Stiftung Umweltenergie recht informiert periodisch über die aktuellen Entwicklungen



## Webseite

[www.umweltenergie recht.de](http://www.umweltenergie recht.de) als

Informationsportal



## Social Media

aktuelle Informationen auf Facebook und Twitter



# Unterstützen Sie unsere Forschung

Hannah Lallathin



**Hannah Lallathin, M.A. (Kultur und Wirtschaft)**

Referentin Fundraising

Tel.: [+49-931-79 40 77-24](tel:+49-931-79407724)

E-Mail: [lallathin@stiftung-umweltenergierecht.de](mailto:lallathin@stiftung-umweltenergierecht.de)

**Stiftung Umweltenergierecht**

Frank Sailer

Forschungsgebietsleiter

Ludwigstraße 22

97070 Würzburg

sailer@stiftung-umweltenergierecht.de

Tel: +49-931-79 40 77-00

Fax: +49-931-79 40 77-29

# Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Unterstützen Sie unsere Arbeit durch Zustiftungen und Spenden für laufende Forschungsaufgaben.

**Spenden:** BIC BYLADEM1SWU (Sparkasse Mainfranken Würzburg)  
IBAN DE16790500000046743183

**Zustiftungen:** BIC BYLADEM1SWU (Sparkasse Mainfranken Würzburg)  
IBAN DE83790500000046745469