

Öffentliches Interesse und öffentliche Sicherheit beim EE-Ausbau

Zu § 2 EEG 2021-Entwurf

Stiftung spezial #EEG2023

Frank Sailer

21.04.2022

Agenda

- ▶ Wortlaut und Hintergrund der Regelung
- ▶ Historie der Regelung
- ▶ Inhalt der Regelung
- ▶ Wirkungsweise der Regelung
- ▶ Ausweitungen und Einschränkungen
- ▶ Fazit



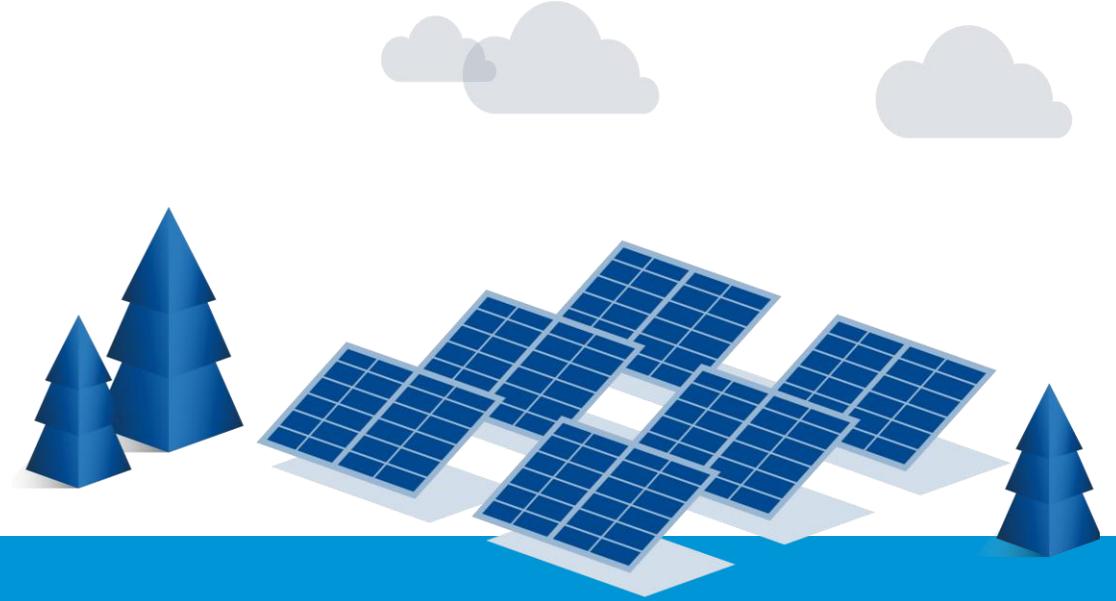
Wortlaut und Hintergrund der Regelung

Wortlaut der Regelung

- ▶ § 2 - Besondere Bedeutung der erneuerbaren Energien
 - *„Die Errichtung und der Betrieb von Anlagen sowie den dazugehörigen Nebenanlagen liegen im überragenden öffentlichen Interesse und dienen der öffentlichen Sicherheit. Bis die Stromerzeugung im Bundesgebiet nahezu treibhausgasneutral ist, sollen die erneuerbaren Energien als vorrangiger Belang in die jeweils durchzuführenden Schutzgüterabwägungen eingebracht werden. Satz 2 gilt nicht gegenüber Belangen der Landes- und Bündnisverteidigung.“*
 - Errichtungs- und Betriebsphase
 - Anlagen (= EE-Anlagen/EE-Speicher nach § 3 Nr. 1 EEG) + Nebenanlagen (z. B. Kranstell- und Montageflächen) → nur Stromerzeugung
 - Überragendes öffentliches Interesse, der öffentliche Sicherheit dienlich
 - bis Treibhausgasneutralität vorrangiger Belang bei Schutzgüterabwägungen
 - Einschränkung gegenüber Landes-/Bündnisverteidigung
- ▶ Inkrafttreten am Tag nach Verkündung („EEG 2021“), Art. 20 Abs. 2 Nr. 1 RegEntw.

Allgemeiner Hintergrund

- ▶ Teil der Beschleunigungsmaßnahmen der Bundesregierung
 - „Vorrang für erneuerbare Energien“
 - „Zur Beschleunigung des Ausbaus der erneuerbaren Energien in allen Rechtsbereichen wird im Erneuerbare-Energien-Gesetz der Grundsatz verankert, dass die Nutzung erneuerbarer Energien im überragenden öffentlichen Interesse liegt und der öffentlichen Sicherheit dient.“ (RegEntwurf, S. 160)
- ▶ Eingebettet in EEG-Regelungen zum weiteren „Ausgleich zwischen Klima-, Umwelt- und Naturschutz“ (RegEntwurf, S. 160):
 - Naturschutzverträgliche Ausgestaltung der PV-Freiflächenkulisse
 - Neue Vergütungskategorie für Moor-PV
 - Stärkere Verknüpfung des EEG mit gewässerökologischen Anforderungen
 - Reduzierung des Maiseinsatzes bei der Biogaserzeugung
 - ...



Historie der Regelung

Historie und Vorbild der Regelung

- ▶ Bereits seit 2011 bzw. 2019 im Bereich des Stromnetzausbaus geregelt (NABEG, BBPIG, EnLAG)

§ 1 Grundsatz

Die Beschleunigung des Ausbaus der länderübergreifenden und grenzüberschreitenden Höchstspannungsleitungen im Sinne des § 12e Absatz 2 Satz 1 des Energiewirtschaftsgesetzes vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970), der durch Artikel 1 des Gesetzes vom 26. Juli 2011 (BGBl. I S. 1554) eingefügt worden ist, erfolgt nach Maßgabe dieses Gesetzes. Dieses Gesetz schafft die Grundlage für einen rechtssicheren, transparenten, effizienten und umweltverträglichen Ausbau des Übertragungsnetzes sowie dessen Ertüchtigung.

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.

- Hintergrund: Bedeutung des Stromnetzausbaus für Netzstabilität und Versorgungssicherheit, außerordentliche Bedeutung für das Funktionieren des Staates, Versorgungsaufgabe für Bevölkerung und Wirtschaft, entsprechende Gewichtung für Abwägung im Rahmen gebiets- oder artenschutzrechtlicher Ausnahmeentscheidung
- ▶ Dient nun als Vorbild für den Bereich des Ausbaus der erneuerbaren Energien

Die „Vorgängerregelung“ im EEG 2021

- ▶ Erster (gescheiterter) Versuch einer EEG-Regelung bereits im Rahmen der EEG-Novelle 2021
 - § 1 Abs. 5 EEG 2021-Entwurf (BT-Drs. 19/23482)
 - *„Die Errichtung von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien liegt im öffentlichen Interesse und dient der öffentlichen Sicherheit.“*
- ▶ Zum Vergleich jetziger § 2 EEG 2021-Entwurf:
 - „Die Errichtung **und der Betrieb** von Anlagen sowie den dazugehörigen **Nebenanlagen** liegen im **überragenden** öffentlichen Interesse und dienen der öffentlichen Sicherheit.“
 - Ausweitung der Regelung gegenüber Vorschlag von 2021



Inhalt der Regelung

Regelungsinhalt von Satz 1 (I)

- ▶ Gesetzliche Festschreibung des überragenden öffentlichen Interesses und des Beitrags zur öffentlichen Sicherheit bei der EE-Nutzung
- ▶ Gesetzgeber trifft eigene Wertenscheidung und überlässt dies nicht mehr allein den Behörden im Vollzug; Behörden und Gerichte sind hieran gebunden
- ▶ Elemente der Wertenscheidung:

– „liegen im **überragenden öffentlichen Interesse**“

= besonders hohes
Gewicht des Belangs /
relativer Vorrang

= öffentlicher Belang

„Türöffner“ für behördliche
Abwägungsentscheidungen
zwischen verschiedenen
öffentlichen Belangen

- Instrument der Priorisierung/relativen Vorrangstellung zur Lösung von Konfliktfällen verschiedener (öffentlicher) Belange

Regelungsinhalt von Satz 1 (II)

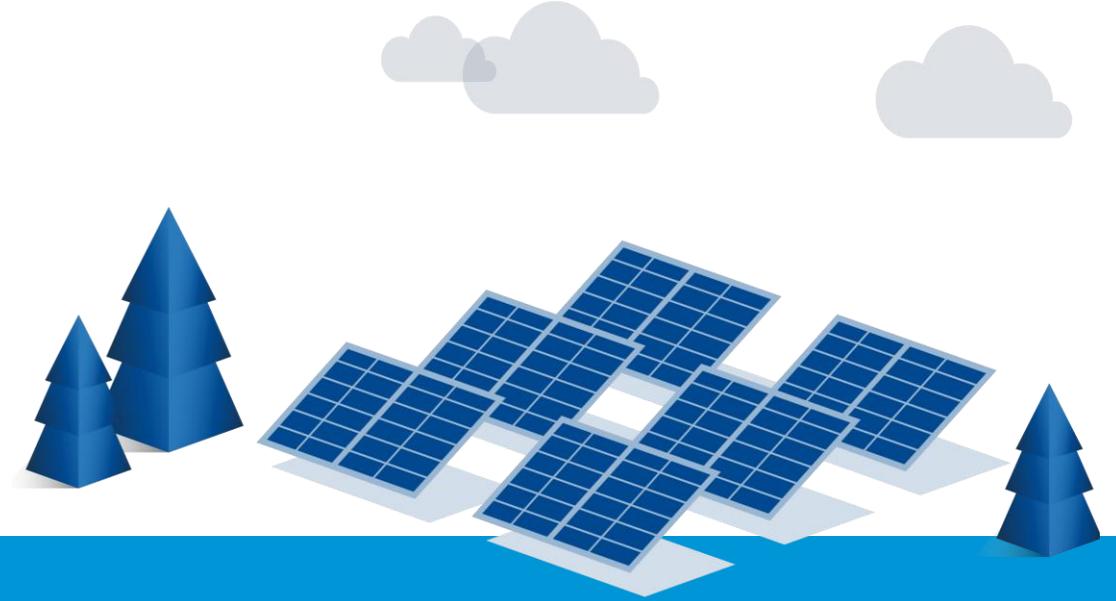
- ▶ 1. Wertentscheidung: EE-Ausbau liegt im öffentlichen Interesse (und dient der öffentlichen Sicherheit)
 - „Tür“ zur Abwägung öffentlicher Belange steht verbindlich offen; Behörden müssen(!) in Abwägung einsteigen; gilt auch für jede Einzelanlage und für Fälle der Eigenversorgung
- ▶ 2. Wertentscheidung: nicht beliebiges öffentliches Interesse, sondern ein besonders hochwertiges öffentliches Interesse
 - Behörden müssen EE-Ausbau von vornherein besonders hohes Gewicht in der Abwägung einräumen („relativer Vorrang“), zudem: Gewicht nimmt mit fortschreitendem Klimawandel weiter zu (BVerfG, 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18)
 - Durchsetzung gegenüberstehender Belange nur noch bei gleicher oder höherer Gewichtung
 - auch in Einklang mit EU-Recht (vgl. BVerwG, 09.07.2009 – 4 C 12/07; KOM REPowerEU)
 - Aber: kein absoluter Vorrang! Schutzgüterabwägung wird nicht vorweggenommen, sondern nur vorgezeichnet und damit die behördlichen Spielräume eingeschränkt

Unterfall: Öffentliche Sicherheit

- ▶ Öffentliche Sicherheit = spezielles öffentliches Interesse
- ▶ Auch öffentliche Sicherheit ist bei bestimmten Abwägungen als abwägungsfähiger Belang vorgesehen, aber vergleichsweise selten
- ▶ Bedeutung im Rahmen von § 2 EEG: Energieversorgungssicherheit
- ▶ Anwendung, wenn übereinstimmendes Begriffsverständnis im Fachrecht
 - Adressiert primär gebiets- und artenschutzrechtliches Ausnahmeregime
 - EuGH, 29.07.2019 – C-411/17: „Stromversorgungssicherheit“ als Grund der öffentlichen Sicherheit (und des öffentlichen Interesses)
 - EuGH, 04.05.2016 – C-346/14: Nutzung erneuerbarer Energien als Beitrag „zur Sicherheit und Diversifizierung der Energieversorgung“
- ▶ Keine Anwendung, wenn anderes Begriffsverständnis im Fachrecht (z. B. öffentliche Sicherheit im LuftVG = Luftverkehrssicherheit)

Regelungsinhalt von Satz 2

- ▶ Satz 2: „*Bis die Stromerzeugung im Bundesgebiet nahezu treibhausgasneutral ist, sollen die erneuerbaren Energien als vorrangiger Belang in die jeweils durchzuführenden Schutzgüterabwägungen eingebracht werden.*“
- ▶ Bedeutung?
 - Zeitliche Einschränkung von Satz 1 hinsichtlich Erreichung der Treibhausgasneutralität (= 2035, § 1 Abs. 2 Nr. 2 EEG 2023-E)?
 - Wohl eher Konkretisierung von Satz 1 hinsichtlich Schutzgüterabwägung → ausdrückliche Festschreibung eines relativen Vorrangs gegenüber allen anderen Belangen
 - Vorgabe zum Einstellen in die Abwägung bzw. zur Gewichtung, nicht zum Abwägungsergebnis („sollen“, „eingebracht werden“, „Grundsatz“); auch schon in Satz 1 enthalten (siehe nahezu unveränderte Gesetzesbegründung); stärkere Anknüpfung an Wortlaut des Koalitionsvertrags
 - Dennoch Problem: zeitliche Befristung bis Treibhausgasneutralität, da gesetzgeberische Wertentscheidung auch zum (dauerhaften) Erhalt der Treibhausgasneutralität wichtig (Neuerrichtung, Austausch, Repowering, Betriebsphase)



Wirkungsweise der Regelung

Auf welche Weise „wirkt“ § 2 EEG 2021-Entwurf konkret?

- ▶ Vorab: teils (zu) hohe Erwartungen, aber auch (zu) große Befürchtungen
 - Beseitigung aller Hemmnisse im Genehmigungsrecht?
 - Verfassungswidrigkeit der bayerischen 10-H-Regelung?
 - Vorgabe für konkrete, mengenmäßige Flächenausweisung?
 - Lizenz zum Töten von geschützten Tierarten?
 - Beseitigung von Naturschutzgebieten zugunsten des EE-Ausbaus?
 - Rechtsgrundlage für Enteignungen?
- ▶ Auch heute schon liegt der EE-Ausbau in einem besonderen öffentlichen Interesse und dient der öffentlichen Sicherheit
 - EuGH, 04.05.2016 – C-346/14: wasserrechtliche Ausnahme
 - OVG Koblenz, 08.11.2017 – 1 A 11653/16: wasserrechtliche Ausnahme
 - VG Darmstadt, 24.08.2018 - 6 L 4907/17.DA: artenschutzrechtliche Ausnahme
 - VGH Kassel, 06.11.2018 – 9 B 765/18: Sofortvollzugsanordnung

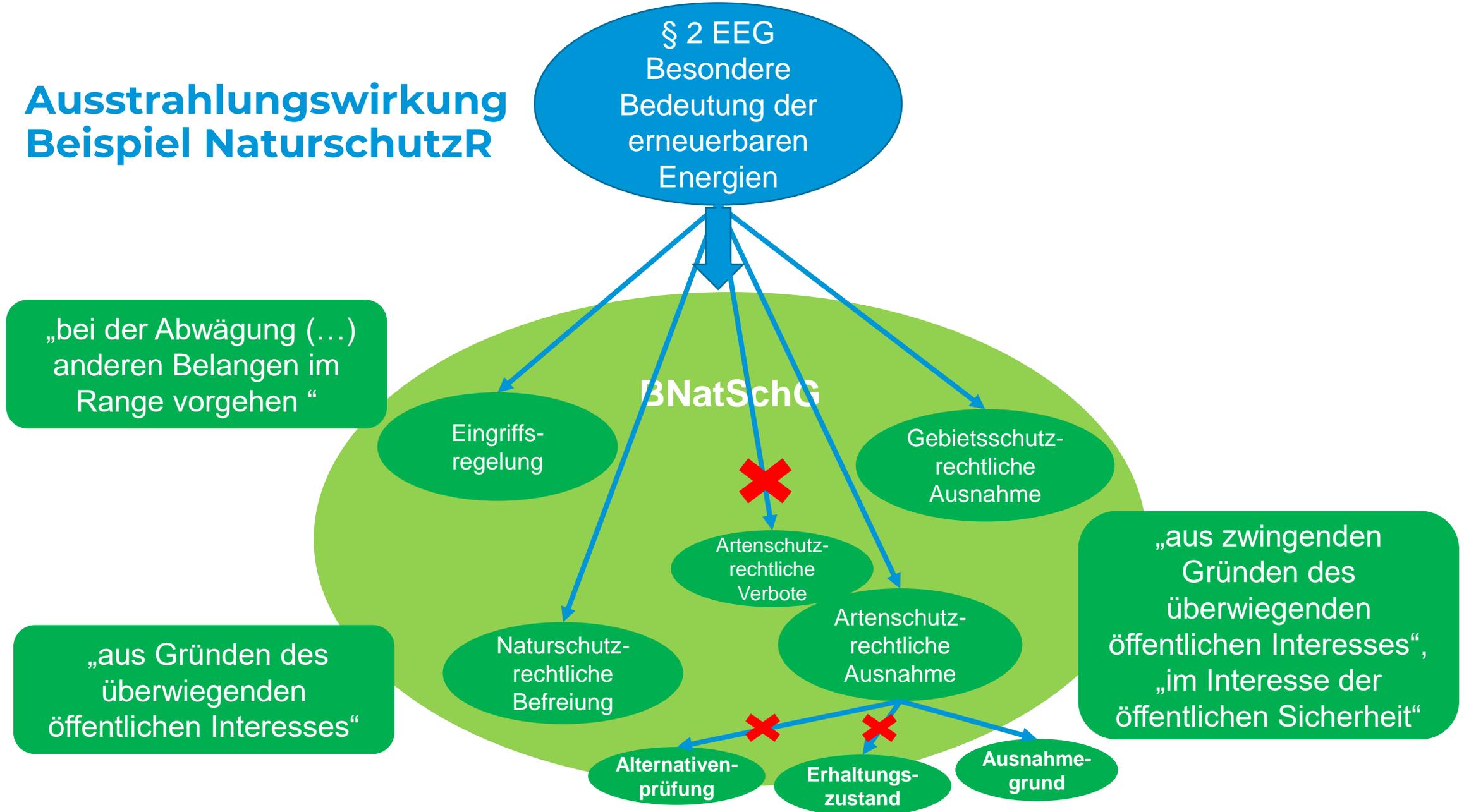
Klimaschutz und Versorgungssicherheit als (vorrangiger) Abwägungsbelang

- ▶ Behörden müssen hohe Bedeutung des Klimaschutzes und der Versorgungssicherheit heute schon bei Abwägungsentscheidungen berücksichtigen
- ▶ Gesetzgeberische Festschreibung hat daher teils deklaratorische Bedeutung, geht aber dennoch über eine bloße Klarstellung hinaus und schafft mehr Rechtsicherheit
 - Abwägungsfehler, wenn Belang gar nicht oder nicht richtig gewichtet eingestellt wurde
 - Erleichterung der Darlegungs- und Begründungslast für Antragsteller
 - Erhöhung der Begründungslast für Behörden, wenn gegen relativen Vorrang entschieden wird
 - Zudem: teils immer noch gegenteilige Entscheidungen von Behörden und Gerichten zu öffentlichem Interesse und öffentlicher Sicherheit
 - VGH München, 29.03.2016 - 22 B 14.1875 + 06.09.2016 – 8 CS 15.2510
 - VG Halle, 25.10.2016 - 2 A 4/15 HAL
 - VG Gießen, 03.09.2019 - 3 K 250/16.GI + 22.01.2020 – 1 K 6019/18.GI

Ausstrahlungswirkung ins (Fach-)Recht

- ▶ Keine Überformung des Fachrechts bzw. fachrechtlicher Anforderungen (Anforderungen bleiben bestehen, Ge-/Verbote sind weiter zu beachten)
- ▶ Aber: Behörden haben künftig alle bestehenden wertungsoffenen Spielräume im (Fach-)Recht an der Wertentscheidung des Gesetzgebers auszurichten (betrifft Bundes- und Landesrecht)
- ▶ Zwar allgemeine Wertentscheidung des Gesetzgebers mit Ausstrahlungswirkung in das gesamte (Fach-)Recht, aber Ausstrahlungswirkung wirkt nicht überall, sondern zielgerichtet(!)
- ▶ Adressiert werden nur behördliche Spielräume im Recht, die überhaupt offen für solche gesetzgeberischen Wertentscheidungen sind (→ „Einfallstor“/„Andockstellen“):
 - **Abwägungsentscheidungen** (insbes. bei Ausnahme-/Befreiungsentscheidungen), da hier Schutzgüterabwägung über spezielle Regelungen an Behörde delegiert ist
 - Ermessenserwägungen/-entscheidungen
 - Verhältnismäßigkeitserwägungen
 - Wohl der Allgemeinheit (= öffentliches Interesse)

Ausstrahlungswirkung Beispiel NaturschutzR



Wertungsoffene Spielräume im Fachrecht

- ▶ Maßgebliche Frage: Sieht das jeweilige Fachrecht wertungsoffene Spielräume vor?
 - Wertungsoffene Spielräume, z. B.
 - NaturschutzR: gebiets-/artenschutzrechtl. Ausnahme, naturschutzrechtl. Befreiung
 - DenkmalschutzR: Errichtungsgenehmigung
 - BauR: optisch bedrängende Wirkung, Abweichung von bauordnungsrechtlichen Abstandsvorgaben, Abwägung bei Planaufstellung
 - WaldR: Waldumwandlung
 - StraßenR: Ausnahmen von Bauverboten
 - ImmissionsschutzR: Zulassung vorzeitiger Baubeginn
 - WasserR: Ausnahme von Schutzgebietsverboten und Bewirtschaftungsvorgaben
 - Keine wertungsoffenen Spielräume, z. B.
 - LuftverkehrsR: Störung Flugsicherungseinrichtungen nach § 18a LuftVG
 - ImmissionsschutzR: Einhaltung Lärmgrenzwerte



Ausweitungen und Einschränkungen

Ausweitung auf Offshore-Windenergie und Offshore-Anbindungsleitungen

- ▶ Parallele Festschreibung für den Bereich der Offshore-Windenergie und Offshore-Anbindungsleitungen im WindSeeG
 - § 1 Abs. 3 WindSeeG-Entwurf: *„Die Errichtung von Windenergieanlagen auf See und Offshore-Anbindungsleitungen liegt im überragenden öffentlichen Interesse und dient der öffentlichen Sicherheit.“*
 - Hintergrund: *„Die Einfügung des § 1 Absatz 3 soll im Falle einer Abwägung dazu führen, dass das besonders hohe Gewicht der erneuerbaren Energien berücksichtigt werden muss. Die erneuerbaren Energien sollen daher bis zum Erreichen der Treibhausgasneutralität als vorrangiger Belang in die Schutzgüterabwägung eingebracht werden.“* (RegEntwurf zum WindSeeG, S. 77 f.)
 - Zwar kein Satz 2 wie im EEG, dennoch weitgehend gleicher Inhalt? (siehe Begründung)
 - Auch Betrieb (und Nebenanlagen) erfasst?
 - Zusätzliche Festschreibung in §§ 5 Abs. 3 S. 3, 12 Abs. 5 S. 2, 69 Abs. 3 S. 2, 79 Abs. 3 WindSeeG-E

Einschränkung im Wasserrecht

- ▶ Nichtanwendung von § 2 im wasserrechtlichen Ausnahmeregime in § 31 WHG (nach Art. 12 Nr. 1 des RegEntwurfs)
 - § 31 Abs. 2 Nr. 2 WHG: Möglichkeit der Ausnahme von den Bewirtschaftungszielen bei „übergeordnetem öffentlichem Interesse“
 - „§ 2 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes ist nicht anzuwenden“
 - Hintergrund laut Begründung: „Klarstellung“ der Nichtanwendung, da „mit Blick auf die komplexen gewässerökologischen Auswirkungen von Veränderungen physischer Gewässereigenschaften bei der Errichtung von Wasserkraftanlagen (...) das übergeordnete öffentliche Interesse unter maßgeblicher Berücksichtigung der Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls zu bewerten ist.“ (RegEntwurf, S. 298)
 - Aber: Genehmigungsbehörden können im Rahmen des einzelfallbezogenen Vollzugs dennoch zum gleichen Ergebnis kommen und Ausnahmen erteilen!

Einschränkung bei Belangen der Landes-/Bündnisverteidigung

- ▶ Nichtanwendung von Satz 2 „gegenüber Belangen der Landes- und Bündnisverteidigung“ (§ 2 Satz 3 EEG 2021-E)
- ▶ Bedeutung?
 - Satz 1 bleibt anwendbar, Satz 2 ist aber eigentlich lediglich eine Konkretisierung von Satz 1 (primär Klarstellung für Schutzgüterabwägungen → relativer Vorrang)
 - Relevante Abwägungsentscheidungen bei der Landes-/Bündnisverteidigung?
 - Eher „vorsorgliche“ bzw. „deklaratorische“ Einschränkung wegen der ebenfalls hohen Bedeutung der öffentlichen Belange der Landes-/Bündnisverteidigung?
 - Konkrete Auswirkungen aktuell noch unklar



Fazit

Fazit

- ▶ Gesetzgeberische Wertentscheidung zur Priorisierung bzw. besseren Durchsetzungsfähigkeit der Belange des EE-Ausbaus (Klimaschutz) gegenüber anderen Belangen (z. B. Denkmalschutz)
- ▶ Sinnvolle und wichtige Regelung, die (Abwägungs-)Entscheidungen nicht mehr – wie bislang – allein den Behörden im Vollzug überlässt, Einführung eines relativen Vorrangs
- ▶ Behörden und Gerichte werden an Wertentscheidung des Gesetzgebers gebunden; dadurch wird mehr Rechtssicherheit geschaffen; Beitrag zur Beschleunigung
- ▶ Aber: keine „Überformung“ des Fachrechts, Anforderungen bleiben gleich
- ▶ Weitere Probleme im Fachrecht müssen im Fachrecht gelöst werden, z. B.
 - Standardisierung der artenschutzrechtlichen Prüfung (BNatSchG)
 - Prüfbereiche und Anforderungen an Störung von Drehfunkfeuer (LuftVG)
 - Maßstäbe für denkmalschutzrechtliche Bewertung (DenkmalschutzR)
 - Konkrete Mengenvorgaben für die Flächenausweisung (PlanungsR)
- ▶ Weitere Instrumente zur Priorisierung und Beschleunigung



Investieren Sie jetzt in
die **Zukunft** des
Klimaschutzrechts!



Kontakt:

Hannah Lallathin
Referentin für Fundraising
lallathin@stiftung-
umweltenergierecht.de

Spendenkonto zum ENERGIEVORRAT

Fürstlich Castell'sche Bank
IBAN: DE88 7903 0001 1000 9938 00
BIC: FUCEDE77

**ENERGIE
VORRAT**

Stiftungsfonds für gutes Klimaschutzrecht



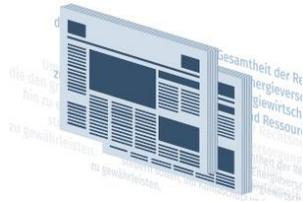
Stiftung spezial #EEG2023

Online-Seminarreihe
Donnerstags
8:30 – 9:15 Uhr

https://stiftung-umweltenergierecht.de/veranstaltungen/stiftung_spezial_eeg2023/

**Stiftung
Umweltenergierecht**

Bleiben Sie auf dem Laufenden



Newsletter

Info | Stiftung Umweltenergierecht informiert periodisch über die aktuellen Entwicklungen



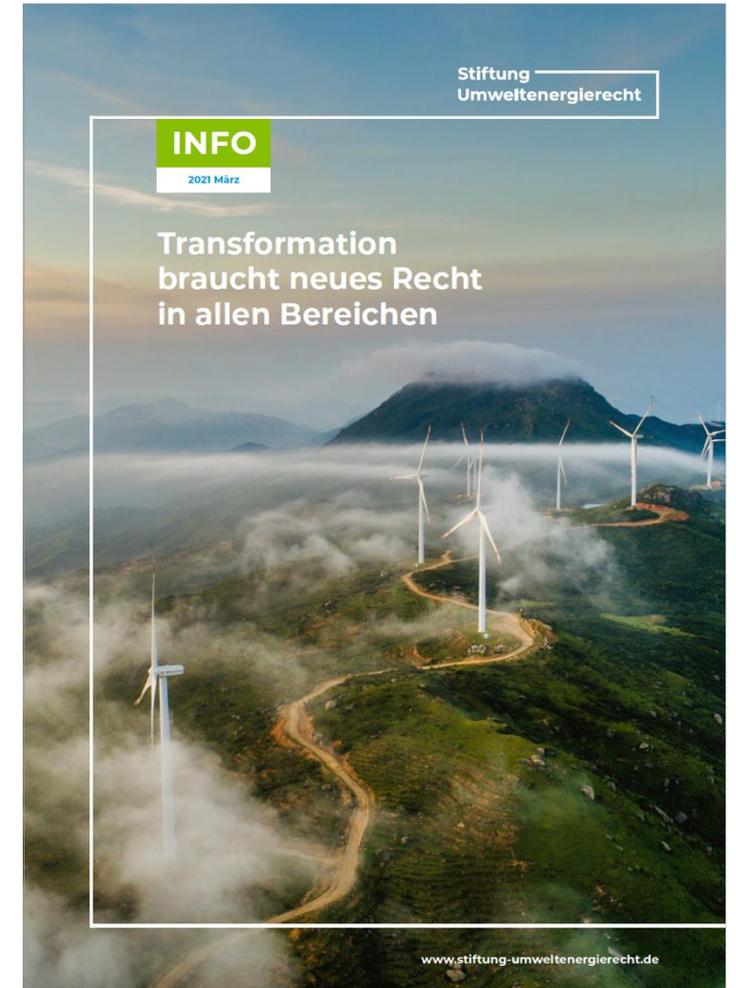
Webseite

www.umweltenergierecht.de als Informationsportal



Social Media

aktuelle Informationen auf Twitter und LinkedIn



Frank Sailer
Leiter Forschungsgebiet Energieanlagen- und Infrastrukturrecht

sailer@stiftung-umweltenergierecht.de

Tel: +49-931-79 40 77-0

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

Friedrich-Ebert-Ring 9 | 97072 Würzburg

www.stiftung-umweltenergierecht.de

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