

Bundesinitiative VERNUNFTKRAFT e.V.  
Herrn Dr. Nikolai Ziegler  
Kopernikusstr. 9  
10245 Berlin

Karlsruhe, 04.11.2020  
1577/20 308 RF/rf  
Sekretariat RA Dr. Fallner  
Durchwahl 91250-615

## Bundesinitiative VERNUNFTKRAFT e.V. u.a. - EEG-Gutachten EEG Novelle 2021

Sehr geehrter Herr Dr. Ziegler,

zu dem überlassenen Textbaustein nehmen wir im Folgenden Stellung:

### I. Anlass und Gegenstand der Stellungnahme

Auf das Rechtsgutachten „Der Begriff ‘öffentliche Sicherheit’ im Gesetzentwurf zur EEG Novelle 2021 im Zusammenhang mit Windenergieanlagen“ vom 22. Oktober 2020 haben zahlreiche Bundestagsabgeordnete reagiert. Bei einem Teil der Abgeordneten fällt auf, dass teilweise mit Ausführungen geantwortet wurde, die (unabhängig von der Parteizugehörigkeit der jeweiligen Abgeordneten) den Eindruck erwecken, als würde es sich um einen Textbaustein des Bundeswirtschaftsministeriums, das den Gesetzentwurf vorgelegt hat, handeln. Diesen Eindruck bestätigen auch die Äußerungen von Andreas Feicht, Staatssekretär im Bundeswirtschaftsministerium, gegenüber der FAZ, die sich im Wesentlichen mit diesem Text decken; vgl.

<https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/klima-energie-und-umwelt/eeg-dienen-windraeder-der-oeffentlichen-sicherheit-17030800.html>

#### Karlsruhe

##### Rechtsanwälte:

Prof. Dr. Eberhard Meiringer  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
Honorarprofessor am KIT

Dr. Michael Pap  
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht

Dr. Oliver Melber  
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

Alexander Doll

Hartmut Wichmann

Christian Walz  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
Fachanwalt für Vergaberecht

Hartmut Stegmaier  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Bernd Schmitz  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Stefan Flaig  
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht  
Fachanwalt für Familienrecht

Karen Fiege  
Fachanwältin für Arbeitsrecht

Dr. Michael Artner  
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht

Ullrich Eidenmüller  
Bürgermeister a.D.

Christian Schlemmer  
Fachanwalt für Internationales Wirtschaftsrecht  
Fachanwalt für Insolvenzrecht  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Severine Deutsch  
Fachanwältin für Bank- und Kapitalmarktrecht

Jörg Schröder  
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht  
Fachanwalt für Steuerrecht

Dr. Rico Fallner  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Sebastian Jung  
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht

Cornelius Weiß  
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht

Vanessa Meiringer  
Fachanwältin für Gewerblichen Rechtsschutz

Julia Stein  
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Stephan Pap

Jan Stiewitz

Wirtschaftsprüfer • Steuerberater:  
Dr. Michael Ohmer, Dipl.-Kfm.

#### Basel

##### Advokaten • Notariat:

Dr. Felix Iselin, Notar

Dr. Gert Thoenen, LL.M. (Houston)

Dr. Benedikt A. Suter, Notar

Dr. Caroline Cron

Dr. Martin Lenz, Notar

Fachanwalt SAV Erbrecht

Dr. Beat Eisner

Carlo Scollo Lavizzari, LL.M. (Kapstadt)

Dr. Lucius Huber

Prof. Dr. Andrea Eisner-Kiefer

Dr. Cristina von Holzen

Dr. Philipp Ziegler, dipl. Steuerexperte

Marine Müllershausen, LL.M.

Michel Jutzeler

Basil Kupferschmid

Dr. Timon Reinau

#### Erfurt

##### Rechtsanwalt:

Bernd Gindorf

Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht  
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

#### Karlsruhe

Douglasstr. 11-15  
76133 Karlsruhe

Telefon +49 721 91250-0  
Telefax +49 721 91250-22  
karlsruhe@caemmerer-lenz.de  
www.caemmerer-lenz.de

#### Basel

Elisabethenstr. 15  
4010 Basel / Schweiz

Telefon +41 61 2721330  
Telefax +41 61 2721595  
lc@lclaw.ch  
www.lclaw.ch

#### Erfurt

Anger 78/79  
99084 Erfurt

Telefon +49 361 55806-0  
Telefax +49 361 55806-66  
erfurt@caemmerer-lenz.de  
www.caemmerer-lenz.de

#### In Kooperation mit

CL Wirtschaftsprüfung und  
Steuerberatung GmbH & Co. KG  
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

CL Compliance und Datenschutz  
GmbH & Co. KG

In diesem von einem Teil der Abgeordneten verwendeten Text wird ausgeführt:

*„Die Regelung, dass der Ausbau der erneuerbaren Energien dem öffentlichen Interesse und der öffentlichen Sicherheit dient, ist vor allem eine Klarstellung der bereits geltenden Rechtslage. Alle Vorgängerfassungen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG) enthielten bereits Ziele für den Ausbau der erneuerbaren Energien und deren Stromproduktion.*

*Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat in einer das Wasserrecht betreffenden Entscheidung festgestellt, dass „die Förderung erneuerbarer Energiequellen, die für die Union von hoher Priorität ist, u. a. im Hinblick darauf gerechtfertigt [ist], dass die Nutzung dieser Energiequellen zum Umweltschutz und zur nachhaltigen Entwicklung beiträgt und zur Sicherheit und Diversifizierung der Energieversorgung beitragen und die Erreichung der Zielvorgaben des Kyoto-Protokolls zum Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen über Klimaänderungen beschleunigen kann“ (EuGH, Urt. v. 04.05.2016 — C-346/14, Rn. 73).*

*Es gibt eine große Vielfalt von Rechtsnormen, die sich auf das öffentliche Interesse und/oder die öffentliche Sicherheit beziehen. Darüber hinaus ist bei allen Abwägungs- und Ermessensentscheidungen die besondere Bedeutung von Vorhaben, die im öffentlichen Interesse stehen, zu berücksichtigen. Staatliche Behörden müssen dieses hohe öffentliche Interesse bei der Abwägung mit anderen Rechtsgütern berücksichtigen.*

*Dies betrifft behördliche Entscheidungen über jede einzelne Anlage, insbesondere auch Windenergieanlagen an Land, für die die Flächenverfügbarkeit eine wichtige Rolle bei der Erreichung der Ausbauziele spielt. Eine Enteignung bedarf in jedem Fall einer Rechtsgrundlage. § 1 Abs. 5 EEG 2021 enthält keine solche Rechtsgrundlage.*

*In Bezug auf den Naturschutz hat die Umweltministerkonferenz in ihrer Sitzung am 15. Mai 2020 festgestellt, dass für die Zulassung von Windenergieanlagen eine Ausnahmeerteilung im Interesse der öffentlichen Sicherheit nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 des Bundesnaturschutzgesetzes in Betracht komme. Dies bedeutet, dass Ausnahmen von den Zugriffsverboten des Artenschutzes möglich sind, wenn dies im Einzelfall im Interesse der öffentlichen Sicherheit notwendig ist und die weiteren Anforderungen des § 45 Abs. 7 des Bundesnaturschutzgesetzes eingehalten werden, also keine zumutbaren Alternativen bestehen und sich der Erhaltungszustand der Populationen der betroffenen Art oder Arten nicht verschlechtert.“*

## II.

### Zu den einzelnen Ausführungen in dem verwendeten Textbaustein

Im Folgenden sollen diese Ausführungen näher beleuchtet und in Bezug zu dem genannten Rechtsgutachten gesetzt werden. Um dies nachvollziehen zu können, werden dabei Ausführungen aus dem Textbaustein im Einzelnen nochmals wiedergegeben.

#### 1. Zur behaupteten Klarstellung des Gesetzes

*„Die Regelung, dass der Ausbau der erneuerbaren Energien dem öffentlichen Interesse und der öffentlichen Sicherheit dient, ist vor allem eine Klarstellung der bereits geltenden Rechtslage. Alle Vorgängerfassungen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG) enthielten bereits Ziele für den Ausbau der erneuerbaren Energien und deren Stromproduktion.“*

Dass der Ausbau der erneuerbaren Energien dem öffentlichen Interesse dient, ist seit langem in verschiedenen Gesetzen und dementsprechend auch von der Rechtsprechung anerkannt. Insofern handelt es sich um eine Klarstellung, die aber in dem Rechtsgutachten gar nicht in Frage gestellt wird. Das Thema „öffentliches Interesse“ ist nicht Gegenstand des Rechtsgutachtens. Anders verhält es sich mit dem Begriff "öffentliche Sicherheit". Denn insoweit geht es gerade nicht lediglich um eine Klarstellung, sondern um ein Novum. Das verdeutlicht auch die Begründung des Gesetzentwurfs, aus dem sich die Absicht ergibt, mit dieser neuen Regelung in den Anwendungsbereich einer Ausnahmeregelung im Unionsrecht zu gelangen. Diese Ausnahmeregelung gestattet das Töten von geschützten Arten, wenn es der öffentlichen Sicherheit dient. Somit ergibt sich auch aus der Begründung des Gesetzentwurfsselbst, dass es nicht nur um eine bloße Klarstellung geht.

#### 2. Zum Urteil des EuGH vom 04.05.2016 – C-346/14

*„Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat in einer das Wasserrecht betreffenden Entscheidung festgestellt, dass „die Förderung erneuerbarer Energiequellen, die für die Union von hoher Priorität ist, u. a. im Hinblick darauf gerechtfertigt [ist], dass die Nutzung dieser Energiequellen zum Umweltschutz und zur nachhaltigen Entwicklung beiträgt und zur Sicherheit und Diversifizierung der Energieversorgung beitragen und die Erreichung der Zielvorgaben des Kyoto-Protokolls zum Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen über Klimaänderungen beschleunigen kann" (EuGH, Urt.*

v. 04.05.2016 — C-346/14, Rn. 73).“

Diese Ausführungen zum Urteil des EuGH vom 04.05.2016 – C-346/14 – gehen am Thema vorbei, indem sie diesen einen Satz aus dem Zusammenhang reißen und in einen anderen Zusammenhang stellen, der aber gar nicht Gegenstand des EuGH-Urteils ist (Art. 9 Abs. 1 Vogelschutz-RL). Damit dies nicht auffällt, wird Art. 9 Abs. 1 Vogelschutz-RL an keiner Stelle erwähnt. Es sind mehrere Gründe, die zeigen, dass der Verweis auf diese Entscheidung für die im Rechtsgutachten vom 22. Oktober 2020 behandelte Frage irrelevant ist.

## 2.1

In dem Urteil vom 04.05.2016 – C-346/14 – legt der EuGH unter den Rn. 71 ff. dar, dass die Republik Österreich im Rahmen ihres Ermessens annehmen durfte, dass die Förderung erneuerbarer Energiequellen zulässig und auch im Sinne der Union ist. Mit diesen grundsätzlichen Erwägungen wird durch den EuGH lediglich begründet, weshalb die Förderung von Wasserkraft durch einen Mitgliedstaat Österreich zulässig ist. Mehr ergibt sich aus diesen Ausführungen nicht. Insbesondere hat sich der EuGH nicht zum Begriff der „öffentlichen Sicherheit“ geäußert.

## 2.2

Erst recht hat sich der EuGH in dieser Entscheidung nicht mit dem Begriff der „öffentlichen Sicherheit“ im Kontext des Art. 9 Abs. 1 Vogelschutz-RL geäußert. Diese Regelung ist, wie im Rechtsgutachten vom 22. Oktober 2020 gezeigt, nach der Rechtsprechung des EuGH eng auszulegen, sodass es sich auch deshalb verbietet, lediglich abstrakte Ausführungen des EuGH zur Versorgungssicherheit als Ausführungen zur öffentlichen Sicherheit im Kontext des Art. 9 Abs. 1 Vogelschutz-RL umzudeuten.

## 2.3

Hinzu kommt, dass der EuGH zurückhaltend ausgeführt hat, dass die Nutzung dieser Energiequellen zur Sicherheit der Energieversorgung „beitragen [...] kann“. Es mag sein, dass die Nutzung erneuerbarer Energiequellen in einem bestimmten Mitgliedstaat unter bestimmten Bedingungen einen Beitrag zur Sicherheit der Energieversorgung leisten kann. Dies kann unter Umständen dann der Fall sein, wenn es einem Mitgliedstaat, je nach technischer Entwicklung gelingt, die gesicherte Leistung sowohl durch konventionelle Kraftwerke als auch durch die Nutzung von Biomasse in dem erforderlichen Maß bereitzustellen. Die gesicherte Leistung ist bei Biomasse mit ca. 65 % zu beziffern, während die Windenergie eine gesicherte Leistung von 0-2 % aufweist (näher dazu die unten

genannten Anlagen). Dass die Nutzung einer erneuerbaren Energiequelle in einem solchen Fall unter Umständen zur Sicherheit der Energieversorgung beitragen kann, lässt nicht den Schluss zu, dass jegliche erneuerbare Energiequelle unter jeglichen Bedingungen einen Beitrag zur Sicherheit der Energieversorgung leistet. Dass eine solche Annahme falsch ist, liegt auf der Hand, ergibt sich aber konkret und nachvollziehbar aus der Stellungnahme der Bundesinitiative VERNUNFTKRAFT. e.V. vom 17. September 2020 (**Anlage 1**) sowie aus der Stellungnahme von Prof. Dr.-Ing. Harald Schwarz vom 15. Juni 2020, die im Rahmen der Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie zum Thema "Energieeinsparrecht und zur Änderung des EEG" eingeholt wurde (**Anlage 2**); siehe Sachverständigenlisten und Stellungnahmen:

<https://www.bundestag.de/ausschuesse/a09/Anhoerungen/699684-699684>.

#### 2.4

Dass der Verweis auf diese EuGH-Entscheidung am Thema vorbeigeht, wird auch an Folgendem deutlich: Wenn bereits das bloße "Beitragen-Können" ausreichend wäre, um geschützte Arten töten zu dürfen, dann bliebe von der Vogelschutzrichtlinie nichts mehr übrig, es würde an der vom EuGH immer wieder angemahnten praktischen Wirksamkeit fehlen, oder anders formuliert: Nur weil etwas einen Beitrag leisten kann, heißt das noch lange nicht, dass dieser (potentielle) Beitrag unbedingt im Sinne der öffentlichen Sicherheit erforderlich ist.

### 3. Zum öffentlichen Interesse

*„Es gibt eine große Vielfalt von Rechtsnormen, die sich auf das öffentliche Interesse und/oder die öffentliche Sicherheit beziehen. Darüber hinaus ist bei allen Abwägungs- und Ermessensentscheidungen die besondere Bedeutung von Vorhaben, die im öffentlichen Interesse stehen, zu berücksichtigen. Staatliche Behörden müssen dieses hohe öffentliche Interesse bei der Abwägung mit anderen Rechtsgütern berücksichtigen.“*

Auch diese Ausführungen gehen an dem Problem vorbei. Dass staatliche Behörden dann, wenn von Gesetzes wegen eine Abwägungsentscheidung zu treffend ist, das öffentliche Interesse mit in die Waagschale legen müssen, ist richtig und im öffentlichen Recht keine Besonderheit. Mit der Frage, ob der Gesetzentwurf den unionsrechtlichen Begriff „öffentliche Sicherheit“ (nicht „öffentliches Interesse“) beachtet, hat diese Feststellung allerdings nichts zu tun. Das gilt erst recht, wenn,

wie hier bei der Vogelschutzrichtlinie, eine Abwägungsentscheidung bzw. eine Ermessensentscheidung nur dann zulässig ist, wenn die Tötung geschützter Arten der öffentlichen Sicherheit dient. Ist dies nicht der Fall, dann ist eine Abwägung oder einer Ermessensentscheidung gar nicht zulässig. Mit allgemein gültigen – aber für den Begriff „öffentliche Sicherheit“ in Art. 9 Abs. 1 Vogelschutz-RL irrelevanten – Abwägungs- und Ermessensüberlegungen zum öffentlichen Interesse lässt sich nicht argumentieren.

#### **4. Zur Enteignung**

*„Dies betrifft behördliche Entscheidungen über jede einzelne Anlage, insbesondere auch Windenergieanlagen an Land, für die die Flächenverfügbarkeit eine wichtige Rolle bei der Erreichung der Ausbauziele spielt. Eine Enteignung bedarf in jedem Fall einer Rechtsgrundlage. § 1 Abs. 5 EEG 2021 enthält keine solche Rechtsgrundlage.“*

In dem Rechtsgutachten vom 22. Oktober 2020 geht es nicht um Enteignungen. Es wird in diesem Gutachten nicht ausgeführt, dass die Novelle mit dem Begriff „öffentliche Sicherheit“ Enteignungen vorbereite. Auch insofern gehen die Ausführungen an dem unionsrechtlich höchst problematischen Thema vorbei.

#### **5. Zur Auffassung der Umweltministerkonferenz**

*„In Bezug auf den Naturschutz hat die Umweltministerkonferenz in ihrer Sitzung am 15. Mai 2020 festgestellt, dass für die Zulassung von Windenergieanlagen eine Ausnahmeerteilung im Interesse der öffentlichen Sicherheit nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 des Bundesnaturschutzgesetzes in Betracht komme.“*

Die Umweltministerkonferenz ist – wie jeder Mitgliedstaat und damit eben auch die Bundesrepublik Deutschland – an das Unionsrecht gebunden. Auf das in dem Rechtsgutachten vom 22. Oktober 2020 erläuterte Problem und die einschlägigen Gerichtsentscheidungen des EuGH geht die Umweltministerkonferenz nicht ein.

#### **6. Zur Wiedergabe des Gesetzeswortlauts**

*„Dies bedeutet, dass Ausnahmen von den Zugriffsverboten des Artenschutzes möglich sind, wenn*

*dies im Einzelfall im Interesse der öffentlichen Sicherheit notwendig ist und die weiteren Anforderungen des § 45 Abs. 7 des Bundesnaturschutzgesetzes eingehalten werden, also keine zumutbaren Alternativen bestehen und sich der Erhaltungszustand der Populationen der betroffenen Art oder Arten nicht verschlechtert.“*

In diesem Absatz wird lediglich der Gesetzeswortlaut wiedergegeben. Eine Auseinandersetzung mit den einschlägigen Vorgaben des EuGH findet auch hier nicht statt.

### III.

#### Zusammenfassung

Der oben wiedergegebene Textbaustein vermeidet es, sich mit dem im Gutachten vom 22. Oktober 2020 dargelegten unionsrechtlichen Problem auseinanderzusetzen. Die maßgeblichen EuGH-Entscheidungen wurden außen vorgelassen. Stattdessen wurde ausweichend argumentiert und es findet eine Wiedergabe von Unstreitigem – aber eben auch Irrelevantem – statt. Die im Gutachten vom 22. Oktober 2020 dargelegte Rechtswidrigkeit wird durch den Textbaustein nicht in Zweifel gezogen.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Rico Faller

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Verwaltungsrecht