

Rechtsgutachten

Der Begriff „öffentliche Sicherheit“ im Gesetzentwurf zur EEG Novelle 2021 im Zusammenhang mit Windenergieanlagen

Auftraggeber:

Bundesinitiative VERNUNFTKRAFT e.V.

und

Verein für Naturschutz und Gesundheit Sensbachtal e. V

22. Oktober 2020

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 Fallert
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**

Inhaltsverzeichnis

I. Anlass und Gegenstand des Rechtsgutachtens	4
1. Ziel der „EEG Novelle 2021“	4
2. § 1 Abs. 5 EEG 2021	4
3. Mitgliedstaatliche Definition eines unionsrechtlichen Begriffs?	5
II. Das Bundesnaturschutzgesetz und der Anwendungsvorrang des Unionsrechts	5
1. Tötungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG	6
2. Ausnahme vom Tötungsverbot nach § 45 Abs. 7 BNatSchG	6
3. Zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses	7
4. Interesse der öffentlichen Sicherheit	7
III. Auslegung und Autonomie des Unionsrechts	8
1. Auslegung des Unionsrechts	8
2. Autonomie des Unionsrechts	9
IV. Der Begriff „öffentliche Sicherheit“ nach Art. 9 Abs. 1 a Vogelschutz-RL ...	10
1. EuGH-Rechtsprechung zur öffentlichen Sicherheit	10
2. Enge Auslegung	11
3. Tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung eines gesellschaftlichen Grundinteresses	12
3.1 Gewährleistung der Versorgungssicherheit durch Windenergie	12
3.1.1 Schwere Beeinträchtigung existenzieller, unverzichtbarer und nicht anders zu erfüllender Versorgungsbedürfnisse	12
3.1.2 Die Singularität von „Campus Oil Limited“	13
3.1.3 Selbstwiderlegung	14
3.1.4. Sonstige unionsrechtliche Bedenken	15
3.2 Gewährleistung der Versorgungssicherheit durch einzelne Windparks bzw. Windenergieanlagen	16
3.2.1 Einzelfallbezug	16
3.2.2 Einzelfall und Versorgungssicherheit	16

V. Die Rechtsprechung des EuGH zur praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts	17
1. Praktische Wirksamkeit des Unionsrechts	18
2. Strategien zur Umgehung	18
VI. Zusammenfassung	19

I.

Anlass und Gegenstand des Rechtsgutachtens

Am 23. September 2020 hat das Bundeskabinett eine vom Wirtschaftsministerium erarbeitete „EEG Novelle 2021“ verabschiedet. Der Gesetzentwurf trägt den Titel „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und weiterer energierechtlicher Vorschriften“ (Deutscher Bundestag, 19. Wahlperiode, Drucksache 19/23482). Dieser Entwurf soll innerhalb der nächsten Wochen vom Bundestag beschlossen werden und 2021 in Kraft treten.

1. Ziel der „EEG Novelle 2021“

Die Bundesregierung beabsichtigt damit erstmals, das Ziel der Treibhausgasneutralität noch vor dem Jahr 2050 für den in Deutschland erzeugten und verbrauchten Strom gesetzlich zu formulieren. In dem Entwurf werden Schritte festgelegt, um das Ziel von 65 Prozent erneuerbarer Energien bis 2030 zu erreichen. Gegenstand dieses Gesetzentwurfes ist auch das Bestreben, die Akzeptanz für den Erneuerbaren-Ausbau zu erhöhen, in dem eine finanzielle Beteiligung der Kommunen beim Ausbau von Wind an Land ermöglicht wird. Auch geht es in dieser Novelle darum, Planungs- und Genehmigungsverfahren effizienter zu machen und in diesem Zusammenhang einige gesetzliche Anpassungen vorzunehmen.

2. § 1 Abs. 5 EEG 2021

Zu diesen Anpassungen gehört eine neue Regelung, die in § 1 Abs. 5 EEG 2021 eingefügt werden soll:

„Die Errichtung von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien liegt im öffentlichen Interesse und dient der öffentlichen Sicherheit.“ [Hervorh. d. d. Verf.]

Zur Begründung wird auf den Seiten 92 ff. der o.g. Drucksache ausgeführt, dass Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien der Erreichung der energiepolitischen Ziele der EEG Novelle 2021 dienen. Darüber hinaus, so die Begründung, diene der Ausbau der erneuerbaren Energien auch der öffentlichen Sicherheit. Bereits heute mache Strom aus erneuerbaren Energien rund 42 Prozent des deutschen Stromverbrauchs aus. Bis 2030 solle dieser Anteil auf 65 Prozent

ansteigen, wie § 1 Abs. 2 EEG 2021 vorschreibe. Damit würden die erneuerbaren Energien einen relevanten Teil der Stromerzeugung ausmachen. Gleichzeitig würden konventionelle Anlagen durch den Kohle- und Kernenergieausstieg in einem erheblichen Umfang stillgelegt. Ohne den Zubau von Erneuerbare-Energien-Anlagen könne die Versorgung mit Strom nicht dauerhaft gesichert werden (Seite 93 der o.g. Drucksache). Der europäische Gerichtshof (EuGH) habe im Zusammenhang mit der Warenverkehrsfreiheit festgestellt, dass Energieerzeugnisse (in dem damaligen Fall Erdöl-erzeugnisse) wegen ihrer außerordentlichen Bedeutung als Energiequelle in der modernen Wirtschaft wesentlich sind für die Existenz eines Staates. Eine Versorgungsunterbrechung und die sich daraus für die Existenz eines Staates ergebenden Gefahren können somit seine öffentliche Sicherheit schwer beeinträchtigen. In der Begründung wird insofern auf EuGH, Urteil v. 10.07.1984 – C-72/83 –, Rn. 34 – Campus Oil Limited, verwiesen. Diese Erwägungen seien auf die Stromversorgung insgesamt übertragbar. Deshalb stünden Windparks auch im Interesse der öffentlichen Sicherheit, weshalb Ausnahmen vom Artenschutz möglich seien.

3. Mitgliedstaatliche Definition eines unionsrechtlichen Begriffs?

Mit dem letzten Halbsatz wird deutlich, weshalb die Novelle auch den Begriff der „öffentlichen Sicherheit“ verwendet und neu definiert. Diese gesetzliche Regelung soll die Tötung von europäischen Vogelarten ermöglichen, also von Arten, die nach der Richtlinie über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten (Richtlinie 79/409/EWG; Vogelschutz-RL) unionsrechtlich geschützt sind. Angesichts des anerkannten Vorrangs des Unionsrechts wirft diese Vorschrift die problematische Frage auf, ob ein Mitgliedstaat mit einer solchen rein innerstaatlichen Regelung eine ganze Gruppe von Bauvorhaben pauschal über den Begriff der „öffentlichen Sicherheit“ von der europäischen Umweltschutzvorschrift in Art. 5 a Vogelschutz-RL ausnehmen kann.

II.

Das Bundesnaturschutzgesetz und der Anwendungsvorrang des Unionsrechts

Die europäischen Umweltschutzvorschriften, die Teil des vorrangigen Unionsrechts sind, sehen insbesondere mit der Vogelschutzrichtlinie Regelungen vor, an die jeder Mitgliedstaat, also auch die Bundesrepublik Deutschland, gebunden ist. Allerdings gibt es eine Regelung im

Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) deren Inhalt im Anwendungsbereich der Vogelschutzrichtlinie äußerst problematisch ist. Daraus resultiert die vom EuGH bereits festgestellte Konsequenz, dass das Unionsrecht Anwendungsvorrang genießt und ihm widersprechende mitgliedstaatliche Regelungen außer Betracht bleiben müssen.

1. Tötungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG

Nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ist es verboten, wildlebende Tiere der besonders geschützten Arten zu verletzen oder zu töten. Dieses Verbot ist dann aktiviert, wenn durch die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko für diese Arten besteht. Einer Abwägung ist dieses Verbot nicht zugänglich. Dieser Schutz wurde bewusst so ausgestaltet, um dem vorrangigen Unionsrecht Rechnung zu tragen. Die strafrechtliche Sanktionierung, die im Falle von Verstößen gegen dieses Tötungsverbot greifen kann, unterstreicht die Bedeutung, die der Gesetzgeber diesem Schutz beigemessen hat (vgl. das sog. Artenschutzstrafrecht in § 71a StGB).

2. Ausnahme vom Tötungsverbot nach § 45 Abs. 7 BNatSchG

Der bundesdeutsche Gesetzgeber lässt allerdings Ausnahmen von dem in § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG geregelten Tötungsverbot zu. Im BNatSchG sind die Voraussetzungen im Einzelnen normiert. Nach § 45 Abs. 7 BNatSchG kommt eine solche Ausnahme insbesondere unter folgenden Voraussetzungen in Betracht:

„Die für Naturschutz 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. [...]“ [Hervorh. d. d. Verf.]

3. Zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses

Für die Genehmigung von Windenergieanlagen kommt bislang von dem in Satz 1 dieser Norm genannten Katalog ausschließlich die Möglichkeit in Betracht, eine Ausnahme aus „anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses“ zuzulassen (§ 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG). Der EuGH hat allerdings diese Möglichkeit als unionsrechtswidrig verworfen, da Art. 9 Abs. 1 Vogelschutz-RL diesen im deutschen Recht vorgesehenen Tötungsgrund nicht vorsieht und die Aufzählung der Ausnahmegründe in der Vogelschutz-RL abschließend ist; EuGH, Urteil vom 26. Januar 2012 – C-192/11 – Rn. 39: „Es ist festzustellen, dass die [...] Gründe des überwiegenden öffentlichen oder wirtschaftlichen Interesses nicht in den abschließenden Ausnahmetatbeständen des Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie erwähnt sind. [...] Daher ist die dritte Rüge begründet.“ Dementsprechend hatte das OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 29. März 2017 – 11 D 70/09.AK – ausgeführt, dass diese Frage bereits durch den EuGH geklärt ist. Jüngst hat das VG Gießen, Urteil vom 22.01.2020 – 1 K 6019/18 – ebenfalls entschieden, dass dieser Ausnahmetatbestand im deutschen Recht in Bezug auf die europäischen Vogelarten nicht anwendbar ist, da dies einen Verstoß gegen die vorrangigen Bestimmungen der Vogelschutzrichtlinie zur Folge hätte. Auf die teilweise diskutierte Frage, ob die Ausnahmevorschriften aus der FFH-Richtlinie „entnommen“ werden können, kommt es allerdings nicht einmal an. Denn der EuGH hat anders entschieden und es besteht eine strikte Bindung der Bundesrepublik Deutschland an Entscheidungen des EuGH (ausdrücklich dazu BVerfG, EZB-Urteil vom 05.05.2020 – 2 BvR 859/15 Rn. 111, 112, 118).

4. Interesse der öffentlichen Sicherheit

Die Möglichkeit, eine Ausnahme vom Tötungsverbot im Interesse der öffentlichen Sicherheit zuzulassen (§ 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 BNatSchG) stand bislang nicht ernsthaft zur Debatte. Zwar sieht die Vogelschutz-RL ausnahmsweise die Möglichkeit der Tötung geschützter Vögel vor, wenn dies

im Interesse der öffentlichen Sicherheit liegt (Art. 9 Abs. 1 a Vogelschutz-RL). Allerdings wird die Errichtung von Windenergieanlagen nicht als Belang der öffentlichen Sicherheit angesehen (vgl. etwa VG Gießen, Urteil vom 22 Januar 2020 – 1 K 6019 18 GI –, Rn. 118 ff.: nicht „Existenzsicherung des Staates und die Bekämpfung von Gewaltanwendungen im Inneren oder von außen“). Hier setzt der Bundesgesetzgeber an, indem er im Rahmen der Novelle in § 1 Abs. 5 EEG 2021 legal definieren möchte, dass die Errichtung von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien, also auch die Errichtung von Windenergieanlagen, der öffentlichen Sicherheit dient.

III.

Auslegung und Autonomie des Unionsrechts

Diese pauschale Zuschreibung durch § 1 Abs. 5 EEG 2021 dient, wie sich aus der Begründung und der dargestellten rechtlichen Problematik ergibt, dazu, mit der Errichtung von Windenergieanlagen in den Anwendungsbereich des im Unionsrecht vorgesehenen Ausnahmetatbestands „öffentlicher Sicherheit“ zu gelangen (Art. 9 Abs. 1 a Vogelschutz-RL). Dieses Vorgehen, bei dem ein an das Unionsrecht gebundener Mitgliedstaat den Inhalt seiner Bindung selbst bestimmt, begegnet im Hinblick auf den Anwendungsvorrang des Unionsrechts und auch bezüglich der Autonomie des Unionsrechts erheblichen Bedenken.

1. Auslegung des Unionsrechts

Die Auslegungsmethoden des EuGH sind grundsätzlich die gleichen wie die der Gerichte der Mitgliedstaaten. Allgemein lässt sich feststellen, dass der EuGH den Auslegungsmethoden den Vorzug einräumt, die die Verwirklichung der Vertragsziele am meisten fördert. Dementsprechend ist eine verstärkte Heranziehung der systematischen und teleologischen Interpretation festzustellen (vgl. EuGH – Van Gend & Loos, 26/62 – Slg 1963, 1, 24: „vom Geist dieser Vorschriften, von ihrer Systematik und ihrem Wortlaut her“; Groeben, von der/Schwarze/Charlotte Gaitanides, 7. Aufl. 2015, EUV Art. 19 Rn. 42). Mithin ist bei der Auslegung eines unionsrechtlichen Begriffs ein spezifisch unionsrechtlicher Zugriff geboten. Das zeigt bereits die methodische Fragwürdigkeit auf, wenn ein Mitgliedstaat einen Begriff definiert, in der Annahme, damit die Auslegung des Unionsrechts zu bestimmen.

2. Autonomie des Unionsrechts

Es ist nur folgerichtig, dass in Rechtsprechung und Literatur seit langem geklärt ist, dass jeder im Unionsrecht verwendete Begriff autonom in seinem spezifischen unionsrechtlichen Sinne aus sich selbst heraus zu bestimmen ist und dass es auch wegen der notwendig einheitlichen Geltung des Unionsrechts keine Verweisung auf innerstaatliche Sinngehalte geben kann (vgl. Grabitz/Hilf/Nettesheim/Mayer, 70. EL Mai 2020 Rn. 53, EUV Art. 19 Rn. 53; Groeben, von der/Schwarze/Charlotte Gaitanides, 7. Aufl. 2015, EUV Art. 19 Rn. 43; siehe auch Grabitz/Hilf/Nettesheim/Leible/T. Streinz, 70. EL Mai 2020, AEUV Art. 36 Rn. 17, wo in Bezug auf Art 36 AEUV ausgeführt wird, dass „öffentliche Sicherheit“ autonom auszulegen ist). Der EuGH hat nicht nur die Europäische Union selbst als autonom qualifiziert, sondern er hat diese Autonomie auch mit den Grundprinzipien des Unionsrechts, wie dem Anwendungsvorrang, dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und der Direktwirkung verknüpft. Nach der Rechtsprechung des EuGH sind diese Prinzipien sowie dessen ausschließliche Zuständigkeit zur Auslegung des Unionsrechts essenziell. Gerade in jüngster Zeit hat der EuGH dies insbesondere in zwei Entscheidungen aus den Jahren 2018 und 2019 (Achmea, Tarola) zusammenfassend klargestellt:

„Nach ebenfalls ständiger Rechtsprechung des EuGH wird die Autonomie des Unionsrechts gegenüber sowohl dem Recht der Mitgliedstaaten als auch dem Völkerrecht durch die wesentlichen Merkmale der Union und ihres Rechts gerechtfertigt, die die Verfassungsstruktur der Union sowie das Wesen dieses Rechts selbst betreffen. Das Unionsrecht ist nämlich dadurch gekennzeichnet, dass es einer autonomen Quelle, den Verträgen, entspringt und Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten hat, sowie durch die unmittelbare Wirkung einer ganzen Reihe für ihre Staatsangehörigen und für sie selbst geltender Bestimmungen. Solche Merkmale haben zu einem strukturierten Netz von miteinander verflochtenen Grundätzen, Regeln und Rechtsbeziehungen geführt, das die Union selbst und ihre Mitgliedstaaten wechselseitig sowie die Mitgliedstaaten untereinander bindet (vgl. i. d. S. Gutachten 2/13 [Beitritt der Union zur EMRK] vom 18.12.2014; ECLI:EU:C:2014:2454 Rn. 165-167 m. w. N.).“ [EuGH (Große Kammer), Urteil vom 6.3.2018, – C-284/16 Rn. 33 – Achmea; so auch EuGH, Urteil vom 10.12.2018 – C-621/18, Rdnr. 47 – Wightman u. a.]

„Insoweit ist zunächst darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung aus den Anforderungen sowohl der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts als auch des

Gleichheitsgrundsatzes folgt, dass die Begriffe einer Vorschrift des Unionsrechts, die für die Ermittlung ihres Sinnes und ihrer Tragweite nicht ausdrücklich auf das Recht der Mitgliedstaaten verweist, in der Regel in der gesamten Union eine autonome und einheitliche Auslegung erhalten müssen. [EuGH, Urteil vom 11.4.2019 – C-483/17, Rdnr. 36 – Tarola]

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass auch nach der Rechtsprechung des BVerfG der Grundsatz der autonomen Auslegung des Unionsrechts von deutschen Gerichten beachtet werden muss (vgl. BVerfG, Beschl. vom 9. 1. 2001 – 1 BVR 1036/99 –, NJW 2001, 1267, 1268).

Es verbietet sich dementsprechend, dass ein einzelner Mitgliedstaat den unionsrechtlichen Begriff der „öffentlichen Sicherheit“ in Art. 9 Abs. 1 a Vogelschutz-RL eigenständig zu definieren versucht. Genau darauf zielt aber die beabsichtigte Regelung in § 1 Abs. 5 EEG 2021 ab, wie sich aus der Begründung des Gesetzentwurfs und dem oben dargestellten artenschutzrechtlichen bzw. unionsrechtlichen Zusammenhang ergibt.

IV.

Der Begriff „öffentliche Sicherheit“ nach Art. 9 Abs. 1 a Vogelschutz-RL

Der Begriff „öffentliche Sicherheit“ wird in der Vogelschutzrichtlinie selbst nicht definiert. Allerdings findet sich dieser Begriff auch in anderen unionsrechtlichen Vorschriften.

1. EuGH-Rechtsprechung zur öffentlichen Sicherheit

Das Unionsrecht verwendet den Begriff „öffentliche Sicherheit“ insbesondere in Art. 36 Abs. 1 AEUV, wo er eine Rechtfertigung für Eingriffe in die Warenverkehrsfreiheit darstellt. Dort wird der Begriff als Ausnahmeregelung eng ausgelegt und setzt nach der Rechtsprechung des EuGH eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefahr für ein grundlegendes Interesse der Gesellschaft voraus:

„Es sei daran erinnert, dass die Erfordernisse der öffentlichen Sicherheit, insbesondere

wenn sie eine Abweichung vom Grundprinzip des freien Warenverkehrs bedeuten, streng zu verstehen sind, so dass ihr Umfang nicht einseitig von jedem der Mitgliedstaaten ohne Kontrolle durch die Organe der Europäischen Gemeinschaft festgelegt werden kann. So kann die öffentliche Sicherheit nur dann geltend gemacht werden, wenn eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt (vgl. entsprechend Urteil des Gerichtshofs vom 16. Februar 2000 in der Rechtssache C-54/99, Scientology-Kirche, Slg. 2000, I-1335, Randnr. 17).“ [EuGH-Urt. v. 13.3.2008 - C-227/06 Rn. 59, hier Übersetzung der französischen Fassung]

In einer ungewöhnlichen und auch in mehrfacher Hinsicht singulären Entscheidung, auf die allerdings in dem Gesetzentwurf verwiesen wird (EuGH, Urteil vom 10.07.1984 – C-72/83 – Campus Oil Limited), hat der EuGH eine Verpflichtung zur Bedarfsdeckung bei der einzigen nationalen Erdölraffinerie insoweit anerkannt, als deren Betrieb zur Sicherung der Versorgung Irlands notwendig erschien. Maßgeblich hat der EuGH darauf abgestellt, dass die „Versorgung mit Erdölerzeugnissen vollständig oder fast vollständig von der Einfuhr abhängt“ (Rn. 8).

2. Enge Auslegung

Auch hier bei Art. 9 Abs. 1 a Vogelschutz-RL geht es um eine Abweichung vom Grundprinzip, nämlich um eine Abweichung von dem in Art. 5 a Vogelschutz-RL geregeltem Tötungsverbot. Dementsprechend liegt hier beim Tötungsverbot wie dort bei der Warenverkehrsfreiheit eine Abweichung vor, die „streng zu verstehen“ und damit eng auszulegen ist. Das wird dadurch bestätigt, dass der EuGH im Hinblick auf die Abweichungsgründe in Art. 9 Abs. 1 a Vogelschutz-RL bereits mehrfach entschieden hat, dass die Aufzählung der Abweichungsgründe abschließend zu verstehen sind und eng ausgelegt werden müssen (vgl. EuGH, Urteil vom 07.03.1996 – C-118/94 Rn. 21; EuGH Urteil vom 08. Juli 1987 – 247/85 Rn. 58). Bereits dies schließt es aus, den unionsrechtlichen Begriff „öffentliche Sicherheit“ auf sämtliche „Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien“, wie es in der Novelle heißt, zu erstrecken. Die Maßgabe, diesen unionsrechtlichen Begriff eng auszulegen, verträgt sich nicht mit einer derart weit gehenden und pauschalen Legaldefinition.

3. Tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung eines gesellschaftlichen Grundinteresses

Die Begründung zum Entwurf für das EEG 2021 zeigt, dass sich auch das Wirtschaftsministerium der hohen Anforderungen an Interessen der öffentlichen Sicherheit bewusst war. Allerdings wird dort ausgeführt, dass der EuGH in „Campus Oil Limited“ die Versorgung mit Erdölerzeugnissen als Fall der öffentlichen Sicherheit eingestuft habe und diese Erwägungen auf die Stromversorgung übertragbar seien (Gesetzentwurf, S. 93). Insofern stellt die Begründung darauf ab, dass die erneuerbaren Energien inzwischen einen relevanten Teil der Stromerzeugung ausmachen und die Stromversorgung „für das Funktionieren der öffentlichen Verwaltung, des Gesundheitssystems und Versorgung der Bevölkerung sowie für jegliche moderne Kommunikation zwingend erforderlich“ sei (Gesetzentwurf, S. 108).

3.1 Gewährleistung der Versorgungssicherheit durch Windenergie

Die Annahme einer tatsächlichen und hinreichend schweren Gefährdung eines gesellschaftlichen Grundinteresses, der nur durch die Errichtung von Windenergieanlagen begegnet werden kann, widerspricht dem, was der EuGH zur Versorgungssicherheit im Zusammenhang mit dem unionsrechtlichen Begriff „öffentliche Sicherheit“ ausgeführt hat und begegnet auch im tatsächlichen erheblichen Bedenken.

3.1.1 Schwere Beeinträchtigung existenzieller, unverzichtbarer und nicht anders zu erfüllender Versorgungsbedürfnisse

Das VG Gießen hat sich in seinem Urteil vom 22.01.2020 – 1 K 6019/18. GI – Rn. 120, mit der EuGH-Rechtsprechung im Hinblick auf das Thema der Versorgungssicherheit auseinandergesetzt und dargelegt, dass der Rechtfertigungsgrund der öffentlichen Sicherheit nur geltend gemacht werden könne, wenn es um Fragen gehe, die wesentlich für die Existenz eines Staates sind. Dies sei der Fall, wenn das „Funktionieren seiner Wirtschaft, [...] das seiner Einrichtungen und seiner wichtigen öffentlichen Dienste und [...] das Überleben seiner Bevölkerung betroffen“ seien, wobei es sich um eine „schwere Beeinträchtigung“ handeln müsse; vgl. Streinz, 3. Aufl. 2018, § 36 AEUV, Rn. 12, sowie Gellermann, Windkraftnutzung und Schutz europäischer Vogelarten, Seiten 13 f.:

<https://www.naturschutz-initiative.de/images/PDF2020/2020GutachtenProfGellermann.pdf>

Das deckt sich mit der Auffassung der Literatur; vgl. Grabitz/Hilf/Nettesheim/Leible/T. Streinz, 70. EL Mai 2020, AEUV Art. 36 Rn. 21:

„Der Schutz der Versorgungssicherheit kommt nur in Ausnahmefällen, nämlich bei für die Existenz des Staates unverzichtbaren und nicht anders zu erfüllenden Versorgungsbedürfnissen in Betracht.“

3.1.2 Die Singularität von „Campus Oil Limited“

Die Entscheidung des EuGH in Sachen „Campus Oil Limited“, die bereits oben thematisiert wurde, lässt sich genau so und nicht anders deuten. Dass dann, wenn eine einzige nationale Erdölraffinerie zur Sicherung der Versorgung eines gesamten Mitgliedstaats erforderlich ist, ein Belang der öffentlichen Sicherheit unter dem Aspekt der Versorgungssicherheit erkannt wird, ist nachvollziehbar. In dem Gesetzentwurf wird diese für das Verständnis der Entscheidung ganz wesentliche Prämisse nicht genannt. Wäre dies dort thematisiert worden, so wäre ersichtlich, dass sich diese Gerichtsentscheidung nicht eignet, um damit die beabsichtigte Regelung zu stützen. Die Bedeutung der Windenergie in Deutschland ist im Hinblick auf die Versorgungssicherheit nicht annähernd mit dem, worüber der EuGH zu befinden hatte, zu vergleichen. Auch wenn die Einspeisung von Strom aus Windenergie in den letzten Jahren zugenommen hat, kann gleichwohl auf das verwiesen werden, was Generalanwalt Jacobs in seinen Schlussanträgen in dem Verfahren des EuGH, 26.10.2000 – C-379/98 –, Rn. 209, Preussen Elektra, hervorgehoben hatte:

„Wind als Energiequelle noch nicht die Bedeutung [hat], die Erdölprodukte in der modernen Wirtschaft haben. Die besondere wirtschaftliche Rolle der Erdölprodukte war jedoch ein entscheidender Faktor für die eher ungewöhnliche Entscheidung des Gerichtshofes in der Rechtssache Campus Oil.“

Mit der Bezugnahme auf die „Campus Oil Limited“-Entscheidung des EuGH im Gesetzentwurf wird deshalb eine Scheinrationalität in den Entwurf aufgenommen. Sie hält einer sachlichen Überprüfung nicht stand.

3.1.3 Selbstwiderlegung

Hinzukommt, dass das Bundeswirtschaftsministerium mit einem 2019 erstellten und veröffentlichten Gutachten zur Versorgungssicherheit „die Verfügbarkeit der Energieträger für die Stromerzeugung als gesichert“ einschätzt, vgl. Monitoringbericht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie zur Versorgungssicherheit im Bereich der leitungsgelassenen Versorgung mit Elektrizität (2019), Seite 41:

<https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Energie/monitoringbericht-versorgungssicherheit-2019.html>.

Mit Blick auf die Zukunft hat das Bundeswirtschaftsministerium ebenfalls ein Gutachten erstellen lassen und dazu folgende Ergebnisse publiziert:

„Die Verbraucher können jederzeit sicher versorgt werden. Die Stromnachfrage in Deutschland kann in allen untersuchten Szenarien bis 2030 zu 100 Prozent gedeckt werden. Dies gilt auch für ein Szenario, welches einen verstärkten Rückgang der Kohleverstromung in Deutschland berücksichtigt, um das Klimaschutzziel der Energiewirtschaft für 2030 zu erreichen.

Das europäische Stromversorgungssystem weist weiterhin deutliche Überkapazitäten auf. Konventionelle Kraftwerke im Umfang von 80 bis 90 Gigawatt können bis 2030 nach und nach reduziert werden, ohne dass das Niveau der Versorgungssicherheit im europäischen Stromsystem beeinträchtigt wird. Aus Gründen fehlender Wirtschaftlichkeit werden diese Überkapazitäten in Zukunft nach und nach abgebaut.

Länderübergreifende Ausgleichseffekte bei der Einspeisung erneuerbarer Energien, dem Stromverbrauch, und der Verfügbarkeiten von Kraftwerken helfen, die Verbraucher in Europa zu geringeren Kosten mit Strom zu versorgen. Diese Ausgleichseffekte belaufen sich auf rund 50 bis 60 Gigawatt in 2030. Wenn jedes Land für sich alleine sein Stromsystem aufbauen würde, müssten mehr als 50 bis 60 Gigawatt an konventionellen Kraftwerken zusätzlich errichtet werden.“ [Hervorh. d. d. Verf.; siehe folgender Link]

<https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Studien/definition-und-monitoring-der-versorgungssicherheit-an-den-europaeischen-strommaerken.html>

Deutlicher lässt sich kaum dokumentieren, dass das Kriterium „tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung eines gesellschaftlichen Grundinteresses“ unter dem Aspekt der Versorgungssicherheit weder aktuell, noch in überschaubarer Zukunft erfüllt ist. Selbst bei einer (abweichend von der EuGH-Rechtsprechung) eher weiten Auslegung des unionsrechtlichen Begriffs „öffentliche Sicherheit“ zeigt sich, dass der vom Bundeswirtschaftsministerium auf den Weg gebrachte Gesetzentwurf den (ebenfalls vom Bundeswirtschaftsministerium) publizierten Untersuchungsergebnissen im Hinblick auf die aktuelle und künftige Versorgungssicherheit eklatant widerspricht. Eines Eingehens auf weitere publizierte Untersuchungen zum Zusammenhang zwischen Versorgungssicherheit und Windenergie bedarf es an dieser Stelle nicht.

3.1.4 Sonstige unionsrechtliche Bedenken

Die hier gegenständliche Regelung in der Novelle begegnet auch insofern unionsrechtlichen Bedenken, als der EuGH bereits in seinem Urteil vom 07. März 1996 – C-118/94 –, 2. Leitsatz und Rn. 21 juris, judiziert hat, dass die in Art. 9 Vogelschutz-RL vorgesehene Möglichkeit der Abweichung weiteren Bedingungen unterliegt. Erstens muss der Mitgliedstaat die Abweichung auf den Fall beschränken, dass es keine andere zufriedenstellende Lösung gibt. Auch daran dürfte es hier fehlen, denn es gibt andere Lösungen als das Töten von geschützten Arten, um Versorgungssicherheit zu gewährleisten (vgl. die oben zitierten Ausführungen des Bundeswirtschaftsministeriums). Zweitens muss sich die Abweichung auf das unbedingt Notwendige beschränken. Auch daran fehlt es hier. Denn es ist, wie gezeigt, nicht unbedingt notwendig, pauschal ohne Berücksichtigung der Einzelfallumstände die Errichtung von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien als Belang der öffentlichen Sicherheit zu definieren, und damit das Töten geschützter Arten rechtfertigen zu können. Insofern lässt sich darauf verweisen, dass auch das VG Gießen, Urteil vom 22.01.2020 – 1 K 6019/18. GI –, Rn. 124, festgestellt hat, dass sich die Versorgungssicherheit nicht ändert, wenn man das unionsrechtliche Tötungsverbot auf die Genehmigung von Windenergieanlagen anwendet.

3.2 Gewährleistung der Versorgungssicherheit durch einzelne Windparks bzw. Windenergieanlagen

Um das gesetzgeberische Ziel, das mit der Regelung in § 1 Abs. 5 EEG 2021 verfolgt wird, zu erreichen, müsste in immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren, die die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen zum Gegenstand haben und in denen sich ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko herausstellt, eine Ausnahme vom Tötungsverbot erteilt und begründet werden, und zwar unter Berücksichtigung der jeweiligen Einzelfallumstände. Selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass die gesetzliche Regelung unionsrechtskonform ist, so begegnet auch die Anwendung im konkreten Fall Bedenken.

3.2.1 Einzelfallbezug

Dass die Erteilung einer Ausnahme vom Tötungsverbot nicht unmittelbar per Gesetz ausgesprochen werden darf, sondern nur im Einzelfall und dann eben in Abhängigkeit von den Einzelfallumständen, ist in der Rechtsprechung des EuGH ebenfalls seit langem anerkannt. So hat der EuGH beispielsweise im Urteil vom 07. März 1996 – C-118/94 –, 2. Leitsatz und Rn. 21 juris, erläutert, dass Art. 9 Vogelschutz-RL nur eine konkrete und gezielte Anwendung vorsieht, um bestimmten Erfordernissen und besonderen Situationen Rechnung zu tragen (der EuGH verweist dabei auf seine Urteile vom 8. Juli 1987 in der Rechtssache 247/85, Kommission/Belgien, Slg. 1987, 3029, Randnr. 7, und in der Rechtssache 262/85, Kommission/Italien, Slg. 1987, 3073, Randnr. 7).

3.2.2 Einzelfall und Versorgungssicherheit

Wenn bereits im Hinblick auf die Windenergie insgesamt in Deutschland die Anwendung des unionsrechtlichen Tötungsverbots nicht zu einer schweren Beeinträchtigung existenzieller, unverzichtbarer und nicht anders zu erfüllender Versorgungsbedürfnisse führen kann, so gilt dies erst recht bezüglich einzelner Windparks oder Windenergieanlagen. Der Gesetzentwurf lässt dies außer Betracht, obwohl der EuGH erst vor wenigen Monaten (bezüglich der SUP-Richtlinie) eine wegweisende Entscheidung getroffen hat; EuGH, Urteil vom 25.06.2020 – C-24/19 –, Rn. 91:

„Auch wenn diese Art der Stromerzeugung [Windenergie] von Umweltschutzerwägungen geleitet wird und ein übergeordnetes Ziel der Union im Energiebereich darstellt, kann jedoch

nicht schon jedes Hindernis in deren Entwicklung auf dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats, wie dasjenige, das sich aus der Aufhebung einer städtebaulichen Genehmigung ergeben kann, die einem Stromerzeuger und -lieferanten für die Errichtung einer begrenzten Anzahl von Windkraftanlagen erteilt wurde, ausreichen, um die Umsetzung der Richtlinie in diesem Mitgliedstaat allgemein zu gefährden.“ [Hervorh. d. d. Verf.]

Im Kontext des Art. 9 Vogelschutz-RL lässt sich § 1 Abs. 5 EEG 2021 auf Windenergieanlagen somit nur unionsrechtskonform anwenden, wenn die Ablehnung einer Ausnahme vom Tötungsverbot bezüglich der verfahrensgegenständlichen Windenergieanlagen zu einer schweren Beeinträchtigung existenzieller, unverzichtbarer und nicht anders zu erfüllender Versorgungsbedürfnisse führen würde. Das ist im Hinblick auf einzelne Windparks bzw. Windenergieanlagen schlechterdings nicht vorstellbar.

Dem entspricht es, wenn VG Gießen, Urteil vom 22.01.2020 – 1 K 6019/18. GI –, Rn. 125, annimmt, dass die Einhaltung der europäischen Vogelschutzrichtlinie lediglich bedeute, dass dort keine Windenergieanlagen errichtet werden dürfen, wo dies zu einer signifikant erhöhten Tötung von europäischen Vogelarten führen würde. Auch wenn dies zu einer Einschränkung der möglichen Standorte führe, bleibe die Gewinnung erneuerbarer Energien durch Windkraftanlagen weiterhin möglich. Soweit die Stromproduktion aus Windkraftanlagen hierdurch reduziert würde, blieben, so das VG Gießen, ausreichend Möglichkeiten, diese Strommenge durch eine andere Energiegewinnung auszugleichen.

V.

Die Rechtsprechung des EuGH zur praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts

Um praktisch wirken zu können, muss das Unionsrecht von den Mitgliedstaaten konsequent angewendet werden und kollidierendes mitgliedstaatliches Recht außer Betracht bleiben. Was dies konkret für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen bedeutet, soll im Folgenden erläutert werden.

1. Praktische Wirksamkeit des Unionsrechts

Der EuGH hat in mittlerweile zahlreichen Entscheidungen den Auslegungsgrundsatz nach dem „effet utile“, also nach der größtmöglichen praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts, angewendet und konturiert. Demnach ist eine mitgliedstaatliche Vorschrift so auszulegen bzw. anzuwenden, wie sie die Verwirklichung der Vertragsziele am besten fördert. Aufsehen erregt hat in diesem Zusammenhang insbesondere die Protect-Entscheidung des EuGH (EuGH, Urt. v. 20.12.2017 – C-664/15 – Protect), wo das Gericht unter Rn. 56 f. zusammenfassend erläutert hat, dass ein nationales Gericht, das im Rahmen seiner Zuständigkeit die Bestimmungen des Unionsrechts anzuwenden hat, gehalten ist, für deren volle Wirksamkeit zu sorgen, indem es erforderlichenfalls jede – auch spätere – entgegenstehende nationale Rechtsvorschrift aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet lässt, ohne dass es die vorherige Beseitigung dieser Vorschrift auf gesetzgeberischem Weg oder durch irgendein anderes verfassungsrechtliches Verfahren beantragen oder abwarten müsste (vgl. ua EuGH, 106/77, ECLI:EU:C:1978:49 = NJW 1978, 1741 Rn. 21 u. 24 – Simmenthal, sowie EuGH, C-689/13, ECLI:EU:C:2016:199 = EuZW 2016, 431 = NZBau 2016, 378 Rn. 40 mwN – PFE). Mit den in der Natur des Unionsrechts liegenden Erfordernissen, so der EuGH, wäre nämlich jede Bestimmung einer nationalen Rechtsordnung oder jede Gesetzgebungs-, Verwaltungs- oder Gerichtspraxis unvereinbar, die dadurch zu einer Schwächung der Wirksamkeit des Unionsrechts führen würde, dass einem mitgliedstaatlichen Gericht die Befugnis abgesprochen wird, bereits zum Zeitpunkt der Anwendung des Unionsrechts alles Erforderliche zu tun, um von innerstaatlichen Rechtsvorschriften abzuweichen, die unter Umständen ein Hindernis für die volle Wirksamkeit der Unionsnormen bilden (vgl. ua EuGH, 106/77, ECLI:EU:C:1978:49 = NJW 1978, 1741 Rn. 22 – Simmenthal, und EuGH, C-689/13, ECLI:EU:C:2016:199 = EuZW 2016, 431 = NZBau 2016, 378 Rn. 41 mwN – PFE). Das kann für § 1 Abs. 5 EEG 2021 nur bedeuten, dass diese Vorschrift im Anwendungsbereich der Vogelschutz-RL im Zusammenhang mit Windenergieanlagen nicht als Begründung einer Ausnahme vom Tötungsverbot angewendet werden darf.

2. Strategien zur Umgehung

Eng mit dieser Rechtsprechung hängt auch die Haltung des EuGH zu mitgliedstaatlichen Umgehungsstrategien zusammen. Immer wieder hat das Gericht bei der Interpretation des Unionsrechts – mit Blick auf die Sicherung der praktischen Wirksamkeit – Umgehungsstrategien berücksichtigt. So hat der EuGH zuletzt in seinem Urteil vom 25. Juni 2020 – C-24/19 –, Rn. 70, klargestellt, dass

mögliche Strategien von Mitgliedstaaten zur Umgehung des Unionsrechts zu unterbinden sind (vgl. auch Urteile vom 7. Juni 2018, *Inter-Environnement Bruxelles u. a.*, C-671/16, ECLI:EU:C:2018:403, Rn. 55, und vom 12. Juni 2019, *CFE*, C-43/18, ECLI:EU:C:2019:483, Rn. 64). Wenn, wie in dem Gesetzentwurf vorgesehen, von einem Mitgliedstaat Windenergieanlagen unter Missachtung des Unionsrechts pauschal als Belang der öffentlichen Sicherheit definiert werden, um über dieses Vehikel in den Anwendungsbereich einer Ausnahmeregelung zu gelangen, wird das in der Vogelschutz-RL vorgesehene – und nicht zur Disposition der Mitgliedstaaten stehende – Tötungsverbot umgangen.

VI.

Zusammenfassung

1.

Bei der Genehmigung von Windenergieanlagen kommt im Falle eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos für europäische Vogelarten bislang ausschließlich die Möglichkeit in Betracht, eine Ausnahme aus „anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses“ zuzulassen (§ 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BNatSchG). Der EuGH hat allerdings diese Möglichkeit als unionsrechtswidrig verworfen. Auf die teilweise diskutierte Frage, ob die in der FFH-Richtlinie enthaltenen Ausnahmegründe analog herangezogen werden können, kommt es nicht an. Der EuGH hat anders entschieden und es besteht eine strikte Bindung der Bundesrepublik Deutschland an diese Entscheidung.

2.

Ein Tötungsverbot im Interesse der öffentlichen Sicherheit zuzulassen (§ 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 BNatSchG) steht bislang nicht ernsthaft zur Debatte. Zwar sieht die Vogelschutz-RL ausnahmsweise die Möglichkeit der Tötung geschützter Vögel vor, wenn dies im Interesse der öffentlichen Sicherheit liegt (Art. 9 Abs. 1 a Vogelschutz-RL). Dies lässt sich aber in Bezug auf Windenergieanlagen nicht bejahen. Hier setzt der Gesetzentwurf an und versucht, Windenergieanlagen als Belang der öffentlichen Sicherheit zu definieren, um über diesen Weg Ausnahmen vom Tötungsverbot zu ermöglichen.

3.

Dieses Vorgehen, bei dem ein an das Unionsrecht gebundener Mitgliedstaat den Inhalt seiner Bindung selbst zu bestimmen versucht, begegnet im Hinblick auf den Anwendungsvorrang des Unionsrechts und auch bezüglich der Autonomie des Unionsrechts erheblichen Bedenken. Denn jeder im Unionsrecht verwendete Begriff ist autonom in seinem spezifischen unionsrechtlichen Sinne auszulegen. Wegen der notwendig einheitlichen Geltung des Unionsrechts kann es keine Verweisung auf innerstaatliche Sinngehalte geben. Es verbietet sich dementsprechend, dass ein einzelner Mitgliedstaat den unionsrechtlichen Begriff „öffentliche Sicherheit“ in Art. 9 Abs. 1 a Vogelschutz-RL eigenständig zu definieren versucht.

4.

Bereits die unionsrechtlich gebotene enge Auslegung des Begriffs „öffentliche Sicherheit“ schließt aus, diesen Begriff pauschal auf sämtliche „Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien“, wie es in der Novelle heißt, zu erstrecken.

5.

Eine schwere Beeinträchtigung existenzieller, unverzichtbarer und nicht anders zu erfüllender Versorgungsbedürfnisse liegt nicht vor, wenn erneuerbare Energien und insbesondere Windenergieanlagen nicht als Belang der öffentlichen Sicherheit im Sinne des Unionsrechts angesehen werden. Das Bundeswirtschaftsministerium hat Gutachten erstellen lassen und veröffentlicht, aus denen sich ergibt, dass die Versorgungssicherheit weder aktuell, noch in überschaubarer Zukunft in Gefahr ist.

6.

Das gilt erst recht, wenn in Übereinstimmung mit der EuGH-Rechtsprechung zur Vogelschutz-RL nicht generell auf die Windenergie in Deutschland abgestellt wird, sondern auf die zur Genehmigung stehenden einzelnen Windparks bzw. Windenergieanlagen. Wenn bereits im Hinblick auf die Windenergie insgesamt in Deutschland die Anwendung des unionsrechtlichen Tötungsverbots nicht zu einer schweren Beeinträchtigung existenzieller, unverzichtbarer und nicht anders zu erfüllender Versorgungsbedürfnisse führen kann, so gilt dies erst recht bezüglich einzelner Windparks oder Windenergieanlagen. Im Kontext des Art. 9 Vogelschutz-RL lässt sich § 1 Abs. 5 EEG 2021 („öffentliche Sicherheit“) auf Windenergieanlagen somit nicht unionsrechtskonform anwenden.

7.

Wenn, wie in dem Gesetzentwurf vorgesehen, von einem Mitgliedstaat Windenergieanlagen unter Missachtung des Unionsrechts als Belang der öffentlichen Sicherheit definiert werden, um über dieses Vehikel in den Anwendungsbereich einer Ausnahmeregelung in der Vogelschutz-RL zu gelangen, wird das in der Vogelschutz-RL vorgesehene – und nicht zur Disposition der Mitgliedstaaten stehende – Tötungsverbot umgangen. Die Rechtsprechung des EuGH belegt, dass solche Umgehungsstrategien nicht akzeptiert werden können.



Dr. Rico Faller
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht