



Der Rotmilan (*Milvus milvus*) gehört zu den häufigsten Todesopfern durch Windenergieanlagen

Von Dr. Rico Faller

Wie zwei Trojaner den Rechtsstaat schleifen

Eine rechtliche Stellungnahme zum Referentenentwurf EEG 2023

Die Bundesregierung sieht für den Ausbau der Erneuerbaren Energien ein „Osterpaket“ und ein „Sommerpaket“ vor. Dass das nach Frühling, Sommer und Geschenken klingt, ist kein Zufall. Wenn man weiß, dass der Inhalt problematisch ist, ist die Verpackung umso wichtiger. Ein Teil dieser Pakete ist das EEG-Beschleunigungsgesetz, zu dem derzeit ein Referentenentwurf vorliegt. Dieser beinhaltet zahlreichen Normänderungen. Eine davon hat es in sich (genau genommen sind es sogar nur wenige Wörter des neuen § 2 Satz 1 EEG):

„Die Errichtung und der Betrieb von Anlagen [ge-

meint sind Anlagen der Erneuerbaren Energien] 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.“ [Hervor. d. d. Verf.]

Im Grunde handelt es sich hier nicht um drei, sondern um zwei neue Vorgaben, weil die Regelung zum Überragen und zum Vorrang redundant sind: Wenn ein Belang qua Gesetz einen anderen Belang über-

ragt, dann ist damit bereits ein Vorrangverhältnis bestimmt, ohne dass der Vorrang nochmals zum Ausdruck gebracht werden muss. Die zweite Neuerung ist die Bestimmung, dass Anlagen der Erneuerbaren Energien der öffentlichen Sicherheit dienen. Die beiden Regelungen ergänzen sich und sollen dem Anlagenbau und -betrieb Durchsetzungskraft im Falle von Konflikten mit gegenläufigen Belangen verleihen. Im Folgenden wird der Versuch unternommen, eine durchaus komplexe Rechtslage zusammengefasst zu erläutern.

1. Öffentliche Sicherheit

Weshalb es für sinnvoll gehalten wird, beispielsweise bei der Errichtung einer Windenergieanlage („findet auch für einzelne Windenergieanlagen Anwendung“, S. 157 des Gesetzentwurfs) nicht nur das öffentliche Interesse zu betonen und eine Vorrangregelung zu schaffen, sondern dies auch mit dem Attribut „öffentliche Sicherheit“ zu versehen, kommt in der Begründung des Gesetzentwurfs nicht klar zum Ausdruck. Weshalb, liegt auf der Hand: **Man ist sich dessen bewusst, wie schädlich Transparenz für ein politisches Projekt sein kann. Ehrlicherweise wäre im Gesetzentwurf zu erläutern, dass dieser Passus dazu dient, insbesondere die Tötung von europäischen Vogelarten durch Windenergieanlagen zu ermöglichen.** Dabei handelt es sich um Arten, die nach der Vogelschutzrichtlinie der Europäischen Union (VSR) geschützt sind. Diese Richtlinie – an die jeder Mitgliedsstaat, also auch die Bundesrepublik Deutschland, strikt gebunden ist – akzeptiert nur in engen Ausnahmefällen die bewusst in Kauf genommene Tötung. Ein solcher Ausnahmefall kann beispielsweise dann vorliegen, wenn die Tötung im Interesse der öffentlichen Sicherheit liegt. Gemäß Richtlinie kann dann ausnahmsweise der Belang des Artenschutzes zurückstehen und dies auch nur dann, wenn es keine andere zufriedenstellende Lösung gibt. **Wenn nun in der Bundesrepublik Deutschland gesetzlich pauschal vorgegeben wird, dass erneuerbare Energien (auch einzelne Anlagen) der öffentlichen Sicherheit dienen, wird den zuständigen Behörden ein Instrument an die Hand gegeben, mit dem immissionsschutzrechtliche Genehmigungen für Windenergieanlagen auch an Standorten erteilt werden können, an**

denen dies aus Naturschutzgründen eigentlich nicht in Betracht kommt.

Zwar sieht das deutsche Recht schon jetzt die Möglichkeit vor, Ausnahmen zu erteilen, wenn dies aus „zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses“ erforderlich ist. **Dieser Ausnahmegrund ist aber in der VSR gerade nicht vorgesehen, weshalb der Europäische Gerichtshof (EuGH) bereits mehrfach entschieden hat, dass die Auflistung der Ausnahmegründe in der VSR abschließend zu verstehen ist und nicht abweichend davon einzelne Mitgliedstaaten weitere Ausnahmegründe hinzuzufügen dürfen. Auch das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) hat sich insofern kritisch geäußert und Zweifel an der deutschen Gesetzeslage angemeldet.** Da somit das Stützen einer Ausnahme auf „zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses“ rechtlich sehr problematisch ist und der EuGH, hätte er die Gelegenheit dazu, möglicherweise nicht anders entscheiden würde als bisher, wird ein anderer Weg gesucht, um das gewünschte Ziel zu erreichen.

Dieser andere Weg besteht in dem Versuch, in den Anwendungsbereich des in der VSR vorgesehenen Ausnahmegrundes „öffentliche Sicherheit“ zu gelangen, indem gesetzlich bestimmt wird, dass Anlagen der Erneuerbaren Energien der öffentlichen Sicherheit dienen. Dieser Ausnahmegrund soll als Vehikel genutzt werden, um zu dem gewünschten Ergebnis zu gelangen: Die Tötung von nach der VSR geschützten Arten, um (einzelne) Windenergieanlagen auch an naturschutzrechtlich höchst problematischen Standorten errichten und betreiben zu können. Auf Basis der bisherigen Rechtslage ist das nur schwer möglich. Zwar ist die „öffentliche Sicherheit“ bereits als Ausnahmegrund auch im deutschen Recht anerkannt. **Es ist aber kaum darstellbar, dass die öffentliche Sicherheit leidet, nur weil einzelne Windenergieanlagen in besonders schützenswerten Gebieten nicht errichtet und betrieben werden können.** Daher soll ins Gesetz geschrieben werden, dass solche Anlagen stets der öffentlichen Sicherheit dienen, um zweierlei zu erreichen: Erstens, um verlässlicher als bisher in den Anwendungsbereich des Ausnahmegrundes „öffentliche Sicherheit“ zu gelangen, und zweitens, um die gebotene Einzel-

fallprüfung zu umgehen. **Denn mit der neuen Regelung wird bestimmt, dass jede Windenergieanlage an jedem noch so windschwachen Standort der öffentlichen Sicherheit dient – und dies auch unabhängig von den komplexen Zusammenhängen der Energiewirtschaft.**

Die gesetzliche Bestimmung von Anlagen der Erneuerbaren Energien als der öffentlichen Sicherheit dienend, lässt sich in unsere Rechtsordnung nicht frictionslos einordnen. **Bereits mehrfach wurde vom EuGH entschieden, dass das Unionsrecht autonom, also unabhängig von mitgliedstaatlichen Ausformungen, zu interpretieren ist:**

„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]

Das hat seinen Grund in der Verhinderung von mitgliedstaatlichen Umgehungsstrategien. **Es zieht sich wie ein roter Faden durch die Arbeit der Europäischen Kommission und auch des EuGH, Umgehungsstrategien einzelner Mitgliedstaaten zu identifizieren und zu verwerfen.** Könnte ein Mitgliedstaat einen unionsrechtlichen Begriff wie etwa den der „öffentlichen Sicherheit“ nach eigenen Vorstellungen definieren, ließe sich das Unionsrecht leicht umgehen. Denn definiert ein Mitgliedstaat gesetzlich, was der öffentlichen Sicherheit dient, kommt es auf die Frage, ob und inwiefern die öffentliche Sicherheit tatsächlich tangiert ist, nicht mehr an. Das Unionsrecht kann sein wie es will – wenn ein Mitgliedstaat dessen Inhalt eigenmächtig und rein national bestimmt, bleibt von der Bindung und dem Vorrang des Unionsrechts nichts mehr übrig. Das ist dann auch ein rechtsstaatliches Problem, wie etliche Gerichtsentscheidungen zeigen. **Insbesondere der EuGH hat solche Umgehungsstrategien in anderen Fällen längst erkannt und dem mit seinen**

Ausführungen zur Autonomie des Unionsrechts einen Riegel vorgeschoben. In diesem Sinne hat er sich übrigens auch schon einmal zum Begriff „öffentliche Sicherheit“ geäußert:

„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, Rn. 17).“ [EuGH-Urt. v. 13.3.2008 - C-227/06 Rn. 59, hier Übersetzung der französischen Fassung]

Und dass es auf die Einzelfallumstände ankommt, was bei pauschalen Zuschreibungen ein Problem ist, hat der EuGH ebenfalls bereits entschieden (z.B. EuGH Urt. v. 23.4.2020 – C-217/19, BeckRS 2020, 6609 Rn. 67, beck-online).

2. Vorrangregelung

Auch die Vorrangregelung bereitet bei der Einordnung in das Geflecht von Unions- und deutschem Recht Probleme. Bis die Stromerzeugung im Bundesgebiet nahezu treibhausgasneutral ist, sollen die erneuerbaren Energien als vorrangiger Belang in den jeweils durchzuführenden Schutzgüterabwägungen gelten. Begründet wird dies, indem auf einen „ganzheitlichen Ansatz von Klima-, Umwelt- und Naturschutz“ abgestellt wird und dass diese wichtigen Belange nicht gegeneinander ausgespielt werden“ sollen (S. 137 des Gesetzentwurfs).

Insbesondere die zuletzt zitierte Erwägung zeugt nicht nur von einer Ignoranz unions- und verfassungsrechtlicher Proportionen, sondern auch von einem grundlegend falschen Verständnis von Schutzgüterabwägungen. Unsere Rechtsordnung sieht an vielen Stellen Abwägungsentscheidun-

gen zur Lösung von (Ziel-)Konflikten vor, die sich dadurch auszeichnen, dass das Abwägungsmaterial vollständig und einzelfallbezogen zusammenzustellen und zu bewerten ist (z.B. Nachteile und Vorteile für eine Anlage am jeweiligen Standort) und dann die Belange untereinander und gegeneinander abzuwägen sind (z.B. signifikant erhöhtes Tötungsrisiko für mehrere geschützte Arten bei nicht signifikanter Windleistung). Das, was in dem Gesetzentwurf mit Gegeneinander-Ausspielen bezeichnet wird, ist nichts anderes als die in unserer Rechtsordnung bewährte und im Grunde alternativlose Methode, konfligierende Belange im Rahmen eines möglichst rationalen Vorgehens zum Ausgleich zu bringen. Daran hat auch das BVerfG in seinem Klima-Beschluss vom 24. März 2021 – 1 BvR 2656/18 u.a – erinnert:

„Insofern zielt Art. 20a GG auch auf die Herstellung von Klimaneutralität. Art. 20a GG genießt in dessen keinen unbedingten Vorrang gegenüber anderen Belangen, sondern ist im Konfliktfall in einen Ausgleich mit anderen Verfassungsrechtsgütern und Verfassungsprinzipien zu bringen.“ [Hervorh. d. d. Verf.]

Das BVerfG ist sich dessen bewusst, dass die Hebel zur CO₂-Reduktion woanders als in der Aufopferung der ebenfalls durch Art. 20a GG geschützten Biodiversität liegen. Bei der neuen Vorrangregelung ist zwar ein „Sollen“ vorgesehen. Rechtlich bedeutet dies aber lediglich, dass nur in atypischen Ausnahmefällen von dieser Vorrangregelung abgewichen werden darf, was allerdings dadurch wieder relativiert wird, dass im Satz zuvor das Übertreten ohne „sollen“ ausgesprochen wird. **Es ist absehbar, dass diese eher kosmetische Relativierung die Praxis nicht bestimmen wird.**

Eine pauschaler und regelhafter Vorrang, wie er hier vorgesehen ist, ist auch im Hinblick auf die EuGH-Rechtsprechung problematisch. Denn das Unionsrecht sieht einheitlich für alle Mitgliedstaaten in vielerlei Hinsicht Schutzgüterabwägungen vor. Der EuGH hat dies immer wieder betont und den Versuchen von Mitgliedstaaten, unionsrechtliche (Abwägungs-) Schutzstandards zu unterlaufen, Grenzen gesetzt:

„Aus den Bestimmungen von Art. 9 der Vogel-

schutzrichtlinie, die auf die strenge Überwachung der in diesem Artikel vorgesehenen Abweichung und die Selektivität der Fänge wie im Übrigen auch den allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Bezug nehmen, geht hervor, dass diese Abweichung, von der ein Mitgliedstaat Gebrauch machen möchte, im rechten Verhältnis zu den Bedürfnissen stehen muss, die sie rechtfertigen (Urteil vom 10. September 2009, Kommission/Malta, C-76/08, ECLI:EU:C:2009:535, Rn. 57).“ [EuGH Ur. v. 23.4.2020 – C-217/19, BeckRS 2020, 6609 Rn. 67, beck-online]

Das beschreibt genau das, was mit Schutzgüterabwägung gemeint ist, da sich nur so ausschließen lässt, dass Naturschutzbelange auch dann das Nachsehen haben, wenn sie massiv geschädigt werden, ohne dass damit ein entsprechender Nutzen für den Klimaschutz einhergeht. Das bei der Abwägung auch der Gedanke der Vorsorge und Vorbeugung eine Rolle spielen muss, hat der EuGH ebenfalls bereits ausgeführt (bspw. in seinem Skydda-Skogen-Urteil vom 04. März 2021 – C-473/19, C-474/19).

3. Kombination

Die beiden Neuerungen stehen nicht beziehungslos nebeneinander, sondern sie ergänzen sich auf fatale Weise. Wird eine einzelne Windenergieanlage bei einem noch so ungeeigneten Standort qua Gesetz als Belang der öffentlichen Sicherheit bestimmt, um so (im ersten Schritt) eine Ausnahme vom Tötungsverbot zu ermöglichen, und wird dann (im zweiten Schritt) die bei Ausnahmeprüfungen eigentlich gebotene Einzelfallabwägung derart ausgesteuert, dass einer Anlage von vornherein pauschal Vorrang vor konfligierenden Schutzgütern eingeräumt wird, führt dies dazu, dass kollidierende Raumnutzungsansprüche systematisch insbesondere zu Lasten des Biodiversitätsschutzes gehen. So kommuniziert wird das freilich nicht.

4. Kommunikation und Trojaner

Die beiden Änderungen sind im Grunde nichts anderes als zwei Trojaner, die erhebliche Schäden anrichten können. Zur Aktivierung wird eine stark verharmlosende Kommunikation gewählt

und darauf gesetzt, menschliche Schwächen und Denkfehler auszunutzen. Der Mensch ist ein kognitiver Geizhals, der es möglichst vermeidet, zu viel nachzudenken. Denken kostet Zeit, ist ressourcenintensiv und ungünstig, wenn es darum geht, einem Säbelzahniger zu entkommen. Evolutionsbiologisch ergibt es Sinn, dass wir eine ganze Reihe von Heuristiken entwickelt haben, die zu raschen Entscheidungen führen, aber eben nicht immer zu den richtigen. Statt also Vor- und Nachteile verschiedener Handlungen vollständig zu erfassen, zu bewerten und möglichst rational abzuwägen, hat unser Gehirn Mechanismen zur Komplexitätsreduktion entwickelt.

Dass Vertrauen in diesem Sinne komplexitätsreduzierend wirkt, weiß auch die Politik. Habecks Staatssekretär Sven Giegold hat vor einigen Monaten (den Weg für die gesetzlichen Änderungen bereitend) öffentlichkeitswirksam gesagt: „Sobald ein Rotmilan in einem Planungsgebiet auftaucht, kann dort im Prinzip nicht mehr gebaut werden.“ Das ist falsch (ob mit oder ohne „im Prinzip“). Das bloße Erscheinen eines Rotmilans reicht bei Weitem nicht für die Versagung einer Genehmigung aus. Erforderlich ist vielmehr, dass das Tötungsrisiko für geschützte Arten signifikant erhöht wird, wie es im Bundesnaturschutzgesetz ausdrücklich heißt. Ob ein Tötungsrisiko signifikant erhöht wird, hängt von einer nicht trivialen Prüfung ab. Anders als Giegold suggeriert, muss also einiges zusammenkommen, damit eine Genehmigung in solch einem Fall versagt wird. Wäre das so erläutert worden, hätte sich das Wirtschafts- und Klimaministerium fragen lassen müssen, ob denn das, was derzeit gesetzlich vorgesehen ist, nicht schon ein sinnvolles und verhältnismäßiges Ausräumen bedeutender Belange ist, und ob denn die Europäische Union falsch liege, wenn sie mit ihrer Biodiversitätsstrategie (die, wie auch der Klimaschutz, ein Kernstück des Green Deal ist) das sukzessive Verschwinden von Knotenpunkten im ökologischen Netz verhindern möchte, damit nicht durch das Erreichen von Kippunkten Lebensgrundlagen irreversibel geschädigt werden. **Während Evolutionsbiologen immer wieder auf dieses mittlerweile massive Problem aufmerksam machen, hält es Giegold für opportun, das Vertrauen des Publikums mit alternativen**



Foto: Archiv NI

Dr. Rico Fallner

Tatsachen zu gewinnen. Die Vorstellung davon, dass das bloße Auftauchen eines Rotmilans einen ganzen Windpark verhindert, ist anschaulich und einprägsam, also leicht erinnerbar und verfügbar. Das verleitet zu der Annahme, dass der Klimaschutz am Rotmilan scheitert.

Dass aber ganz andere Maßnahmen als die Errichtung von Windenergieanlagen auch an ungeeigneten Standorten geboten sind, ist in den Wirtschaftswissenschaften längst geklärt. Daran hat beispielsweise Veronika Grimm, die Vorsitzende des Sachverständigenrats („die fünf Wirtschaftsweisen“), erinnert: Die Transformation ist so komplex, dass man ordnungsrechtlich den richtigen Weg kaum abstecken und die notwendige Dynamik kaum auslösen kann. Wer „Hört auf die Wissenschaft“ ruft, muss auch auf die Wirtschaftswissenschaften hören. Es sind weniger ordnungsrechtliche Maßnahmen notwendig, als vielmehr marktwirtschaftliche Instrumente. Auch deshalb ist Vorsicht geboten, wenn die Politik versucht, ordnungsrechtlich durch Legaldefinitionen zu steuern.

***Dr. Rico Fallner** ist Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Partner der Sozietät Caemmerer Lenz. Er lehrt an der Hochschule für öffentliche Verwaltung Kehl, ist ehrenamtlicher Richter am Dienstgerichtshof für Richter beim Oberlandesgericht Stuttgart und Mitglied der Gesellschaft für Umweltrecht.*