

Würzburger Studien zum Umweltenergierecht

Das überragende öffentliche Interesse und die öffentliche Sicherheit nach § 2 EEG 2023

Gesetzgeberische Wertungsentscheidungen zur Beschleunigung des Ausbaus der erneuerbaren Energien

31 | 02.11.2023

erstellt von
Frank Sailer
Saskia Militz

Unter Mitarbeit von
Maria Deutinger

II Überragendes öffentliches Interesse und öffentliche Sicherheit in § 2 EEG 2023

Zitiervorschlag:

Sailer/Militz, Das überragende öffentliche Interesse und die öffentliche Sicherheit nach § 2 EEG 2023, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 31 vom 02.11.2023.

Die Verfasser danken Monika Agatz (Kreis Borken), Katharina Bader (Kapellmann & Partner), Ivo Gerhards (Regierungspräsidium Gießen), Dr. Andreas Hinsch (BLANKE MEIER EVERS Rechtsanwälte), Ulrich Tasch (Ministerium für Inneres, Kommunales, Wohnen und Sport des Landes Schleswig-Holstein), Martin Zembsch (Climagy Projektentwicklung) für wertvolle Hinweise und praktische Einblicke.

**Stiftung Umweltenergierecht
Friedrich-Ebert-Ring 9
97072 Würzburg**

Telefon
+49 931 794077-0

Telefax
+49 931 7940 77-29

E-Mail
**sailer@stiftung-umweltenergierecht.de
militz@stiftung-umweltenergierecht.de**

Internet
www.stiftung-umweltenergierecht.de

Vorstand
**Prof. Dr. Thorsten Müller
Fabian Pause, LL.M. Eur.**

Stiftungsrat
**Prof. Dr. Monika Böhm
Prof. Dr. Franz Reimer
Prof. Dr. Markus Ludwigs
Prof. Dr. Sabine Schlacke**

Spendenkonto
**Sparkasse Mainfranken Würzburg
IBAN: DE16 7905 0000 0046 7431 83
BIC: BYLADEM1SWU**

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung	1
A. Einführung	2
B. Hintergrund und Verfassungs- sowie Unionsrechtskonformität	5
C. Inhalt und Wirkungsweise	8
I. Errichtung und Betrieb	8
II. Anlagen	9
III. Dazugehörige Nebenanlagen	9
IV. Überragendes öffentliches Interesse	11
1. Öffentliches Interesse	11
2. Überragend	12
V. Öffentliche Sicherheit	16
VI. Vorrangiger Belang nach Satz 2	17
1. Regelvermutung für das Überwiegen	18
2. Widerlegung der Regelvermutung/atypischer Ausnahmefall	20
VII. Ausschluss nach Satz 3	22
D. Anwendungsbereiche	23
E. Anwendungsbeispiele	26
I. Öffentliche Interessen	26
II. Öffentliche Sicherheit	27
III. Sonstige wertungsoffene Spielräume	28
F. Regelungen auf Landesebene	30
G. Anwendung durch die Rechtsprechung	32
I. Artenschutzrecht	33
II. Auskunftsrecht	33
III. Bauordnungsrecht	33
IV. Bauplanungsrecht	35
V. Denkmalschutzrecht	36

IV Überraschendes öffentliches Interesse und öffentliche Sicherheit in § 2 EEG 2023

VI. Immissionsschutzrecht	37
VII. Luftverkehrsrecht	39
VIII. Naturschutzrecht	39
IX. Prozessrecht	43
X. Waldrecht	44
XI. Wasserrecht	45
XII. Zivilrecht	46
H. Überwiegendes öffentliches Interesse nach Art. 3 EU-Notfall-VO	48
I. Erfasste Anlagen	49
II. Anwendungsbereiche und Wirkungsweise	51
1. Überwiegendes öffentliches Interesse (Absatz 1)	51
2. Priorität bei der Abwägung (Absatz 2)	53
III. Anwendungsvorrang gegenüber § 2 EEG 2023	54
IV. Beschränkungsmöglichkeit	55
V. Befristung und Fortführung	55
I. Fazit und Ausblick	56
J. Anhang: Regelungen mit „Andockstellen“ für § 2 EEG 2023	58

Zusammenfassung

Der Ausbau der erneuerbaren Energien soll erheblich beschleunigt werden. Dieser begegnet jedoch vielfältigen anderen Schutzgütern und Belangen, wie dem Denkmalschutz, dem Artenschutz oder dem Gewässerschutz. Als neuere Erscheinung kollidiert der Erneuerbaren-Ausbau mit deren teils schon seit Jahrzehnten bestehenden „Schutz- und Bewahrungsinteressen“. Die diesbezüglichen Fachgesetze zielen auf den Erhalt des „Status quo“ ihrer Schutzgüter, während der Erneuerbaren-Ausbau auf eine Veränderung ausgerichtet ist und so in den Bereich der anderen Schutzgüter hineinwirkt.

Um dieses zeitlich-räumliche Defizit für die erneuerbaren Energien und damit auch für den Klimaschutz ein Stück weit auszugleichen, schreibt der Gesetzgeber in § 2 EEG 2023 ihre besonders hohe Bedeutung in Form eines überragenden und damit höchstrangigen öffentlichen Interesses an den erneuerbaren Energien sowie deren Beitrag zur öffentlichen Sicherheit fest. Es handelt sich dabei um eine gesetzgeberische Wertungsentscheidung, die alle Behörden und Gerichte bei der Ausfüllung ihrer Wertungsspielräume bindet. Das betrifft insbesondere Abwägungs-, Ermessens- und Planungsentscheidungen. Die hier vorhandenen Spielräume fungieren als „Einfallstor“ bzw. „Andockstelle“ für § 2 EEG 2023. Dort, wo das Recht keine solchen Spielräume enthält, entfaltet § 2 EEG 2023 auch keine Wirkung. Das trifft vor allem für die umwelt- oder sonstigen genehmigungsrechtlichen Anforderungen samt der Vielzahl an Ge- und Verboten zu, die nicht abgeschwächt werden und weiterhin gelten. Insofern werden auch keine Umweltstandards abgesenkt.

Die Behörden müssen nach § 2 EEG 2023 die erneuerbaren Energien bei der Ausfüllung ihrer Wertungsspielräume mit einem „besonders hohen Gewicht“ ansetzen. Ihre Gewichtung im Einzelfall ist damit „voreingestellt“ und wird nicht mehr allein den Behörden im Vollzug und den Gerichten überlassen. Die Wertungsspielräume der Behörden sind also zugunsten der erneuerbaren Energien vorgeprägt und zugleich eingeschränkt, aber nicht beseitigt.

Vor allem für fachgesetzlich vorgesehene Abwägungen bedeutet dies, dass diese auch weiterhin durchzuführen sind. Der Gesetzgeber legt hierfür aber mit § 2 EEG 2023 die Gewichtung der erneuerbaren Energien strikt fest (Gewichtungsvorgabe) und regelt eine Regelvermutung für ihr Überwiegen (relativer Gewichtungsvorrang). In der Folge dieses Regel-Ausnahme-Verhältnisses ist bei der Abwägung nur noch das Vorliegen eines atypischen Ausnahmefalls zu prüfen. Auch die Ausübung des Ermessens wird in diese Richtung vorgeprägt.

Bei der Abwägung im Rahmen der habitat-, arten- und der gewässerschutzrechtlichen Ausnahme wird § 2 EEG 2023 zeitweilig von Art. 3 EU-Notfall-Verordnung verdrängt. In seiner Wirkung ist dieser aber mit § 2 EEG 2023 weitgehend identisch.

Kernergebnisse

- Der Gesetzgeber schreibt in § 2 EEG 2023 für alle Rechtsbereiche und für Behörden und Gerichte verbindlich ein höchstrangiges öffentliches Interesse an den erneuerbaren Energien und damit eine strikte Gewichtungsvorgabe fest („besonders hohes Gewicht“).
- Es handelt sich nicht um einen bloßen Programmsatz, sondern um eine Wertungsdirektive, die die bestehenden wertungsoffenen Spielräume etwa bei Abwägungs-, Ermessens- und Planungsentscheidungen „vorprägt“, aber nicht beseitigt.
- Bei Abwägungsentscheidungen gilt eine Regelvermutung für das Überwiegen der erneuerbaren Energien gegenüber gegenläufigen Interessen in Form eines relativen Gewichtungsvorrangs.
- Im Rahmen der Abwägung ist nur noch zu prüfen, ob ein (atypischer) Ausnahmefall vorliegt, der ein außerordentlich hohes Gewicht des gegenläufigen Interesses begründet.

A. Einführung

Im Zuge des sog. Osterpakets wurden 2022 verschiedene Gesetze novelliert, um den Ausbau erneuerbarer Energien zu beschleunigen und voranzutreiben. Durch das *Gesetz zu Sofortmaßnahmen für einen beschleunigten Ausbau der erneuerbaren Energien und weiteren Maßnahmen im Stromsektor*¹ vom 20. Juli 2022 wurde insbesondere das Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG 2023)² geändert. Danach soll der Anteil des aus erneuerbaren Energien erzeugten Stroms am Bruttostromverbrauch in Deutschland auf mindestens 80 Prozent im Jahr 2030 gesteigert werden (§ 1 Abs. 1 EEG 2023) und nach der Vollendung des Kohleausstiegs wird die Treibhausgasneutralität der Stromversorgung angestrebt (§ 1a Abs. 1 EEG 2023). Ziel ist im Interesse des Klima- und Umweltschutzes die Transformation zu einer nachhaltigen und treibhausgasneutralen Stromversorgung, die vollständig auf erneuerbaren Energien beruht (§ 1 Abs. 1 EEG 2023). Für diese Zielerreichung ist eine massive Beschleunigung des Ausbaus der erneuerbaren Energien erforderlich³.

Parallel zu den bisherigen Versuchen, den Ausbau der erneuerbaren Energien primär über Anpassungen im behördlichen und gerichtlichen Verfahrensrecht zu beschleunigen, adressierte der Gesetzgeber über das Osterpaket viel stärker auch das materielle Recht (z. B. Konkretisierung der Prüfungsmaßstäbe im Artenschutzrecht). In diesem Zusammenhang wurde – nach

einem ersten folgenlosen Vorstoß im Zuge der EEG-Novelle 2021⁴ – mit dem Mitte 2022⁵ in Kraft getretenen § 2 EEG 2023 das überragende öffentliche Interesse am Ausbau der erneuerbaren Energien und ihr Beitrag zur öffentlichen Sicherheit und damit eine Vorrangstellung bei der Abwägung gesetzlich festgeschrieben. Als Vorbild dienten dabei vorhandene Regelungen zum Stromleitungsausbau

- ▶ im Gesetz zum Ausbau von Energieleitungen (§ 1 Abs. 2 S. 3 EnLAG)⁶,
- ▶ im Netzausbaubeschleunigungsgesetz Übertragungsnetz (§ 1 S. 3 NABEG)⁷ sowie
- ▶ im Bundesbedarfsplangesetz (§ 1 Abs. 1 S. 2 BBPlanG)⁸.

Hier war bereits 2011 bzw. 2019 eine Festbeschreibung zum überragenden öffentlichen Interesse und zur öffentlichen Sicherheit erfolgt. Zudem wurden zu verschiedenen Zeitpunkten auf Bundesebene identische oder ähnliche Regelungen verankert

- ▶ speziell für den Betrieb von Windenergieanlagen an Land bei der artenschutzrechtlichen Ausnahme im Bundesnaturschutzgesetz (§ 45b Abs. 8 Nr. 1 BNatSchG)⁹,
- ▶ für die Offshore-Windenergie und Offshore-Anbindungsleitungen im

¹ Fundstelle BGBl. I S. 1237.

² Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 21. Juli 2014 (BGBl. I S. 1066), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 26. Juli 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 202) geändert worden ist.

³ BT-Drs. 20/1630, S. 1 f., 139.

⁴ Bereits bei der letzten EEG-Novelle 2021 sollten die erneuerbaren Energien als im öffentlichen Interesse stehend und der öffentlichen Sicherheit dienend verankert werden und dadurch der Ausbau der erneuerbaren Energien beschleunigt werden, BT-Drs. 19/23482, S. 15 und 96. In § 1 Abs. 5 EEG 2021 sollte jedoch nur das öffentliche Interesse als solches und kein „überragendes“ öffentliches Interesse normiert werden. Umgesetzt wurde die Regelung damals nicht. Nach der Gesetzesbegründung sei die hohe Bedeutung der erneuerbaren Energien bereits ausreichend verankert und fände sich auch im Völker- und Europarecht, vgl. BT-Drs. 19/25326, S. 10 f.; *Versteyl/Marschhäuser*, „Überragendes öffentliches Interesse“ als Abwägungsbelang zur

Beschleunigung von Klimaschutzvorhaben, *KlimR* 2022, S. 74 (75).

⁵ Und damit zunächst noch als § 2 EEG 2021.

⁶ Energieleitungsausbaugesetz vom 21. August 2009 (BGBl. I S. 2870), das zuletzt durch Artikel 3 Absatz 3 des Gesetzes vom 2. Juni 2021 (BGBl. I S. 1295) geändert worden ist.

⁷ Netzausbaubeschleunigungsgesetz Übertragungsnetz vom 28. Juli 2011 (BGBl. I S. 1690), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 8. Oktober 2022 (BGBl. I S. 1726) geändert worden ist.

⁸ Bundesbedarfsplangesetz vom 23. Juli 2013 (BGBl. I S. 2543; 2014 I S. 148, 271), das zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 8. Oktober 2022 (BGBl. I S. 1726) geändert worden ist.

⁹ Bundesnaturschutzgesetz vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2542), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 8. Dezember 2022 (BGBl. I S. 2240) geändert worden ist.

Windenergie-auf-See-Gesetz (§ 1 Abs. 3 WindSeeG)¹⁰,

- ▶ für LNG-Anlagen einschließlich diesbezüglicher Leitungen und Gewässerausbauten im LNG-Beschleunigungsgesetz (§ 3 S. 3 LNGG)¹¹,
- ▶ für Anlagen zur Speicherung elektrischer Energie, für das Stromverteilernetz sowie für die Errichtung von Wasserstoffleitungen im Energiewirtschaftsgesetz (§§ 11c, 14d Abs. 10, 43l Abs. 1 S. 2 EnWG)¹² und
- ▶ für die Erzeugung von Wärme, Kälte und Strom aus erneuerbaren Energien in Gebäuden sowie Effizienzmaßnahmen in Gebäuden im Gebäudeenergiegesetz (§ 1 Abs. 3 GEG)¹³¹⁴.

Zudem soll eine solche Festschreiben noch erfolgen

- ▶ für Wärmenetze und darin einspeisende Anlagen zur Erzeugung von Wärme aus erneuerbaren Energien im Energiewirtschaftsgesetz (§ 122 EnWG)¹⁵ und

- ▶ für Projekte im Zuge des Wasserstoffkernnetzes im Energiewirtschaftsgesetz (§ 28r Abs. 8 S. 4 EnWG)¹⁶.

Auch einige Bundesländer haben im Landesrecht ähnliche Regelungen für die erneuerbaren Energien und teils darüber hinaus aufgenommen (z. B. § 1 Abs. 5 Hessisches Energiegesetz – HEG¹⁷; § 22 KlimaG BW¹⁸, § 11 Abs. 3 LWaldG BW¹⁹, § 7 Abs. 2 DSchG BW²⁰, § 11 Abs. 3 Nr. 7 LplG BW²¹). Ebenso findet sich mittlerweile auf europäischer Ebene eine ähnliche Regelung für die erneuerbaren Energien, ihren Netzananschluss, das betreffende Netz und Speicheranlagen in Art. 3 der sog. EU-Notfall-Verordnung 2022/2577 zur Beschleunigung des Erneuerbaren-Ausbaus (siehe hierzu unter H.)²². Auch im Zuge der gerade verabschiedeten Änderung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie (EE-RL 2023)²³ ist in Art. 16f eine solche Regelung vorgesehen. Schließlich gibt es auch außerhalb des Energiewenderechts Überlegungen zur Festschreibung eines überragenden öffentlichen Interesses²⁴.

¹⁰ Windenergie-auf-See-Gesetz vom 13. Oktober 2016 (BGBl. I S. 2258, 2310), das zuletzt durch Artikel 10 des Gesetzes vom 20. Dezember 2022 (BGBl. I S. 2512) geändert worden ist.

¹¹ LNG-Beschleunigungsgesetz vom 24. Mai 2022 (BGBl. I S. 802), das durch Artikel 6 des Gesetzes vom 8. Oktober 2022 (BGBl. I S. 1726) geändert worden ist.

¹² Energiewirtschaftsgesetz vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970, 3621), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 4. Januar 2023 (BGBl. I Nr. 9) geändert worden ist.

¹³ Gebäudeenergiegesetz vom 8. August 2020 (BGBl. I S. 1728), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 16. Oktober 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 280) geändert worden ist.

¹⁴ BT-Drs. 20/6875, S. 92.

¹⁵ Vgl. Formulierungshilfe des Entwurfs eines Gesetzes zur Anpassung des Energiewirtschaftsrechts an unionsrechtliche Vorgaben und zur Änderung weiterer energierechtlicher Vorschriften: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/20230913-synopse-formulierungshilfe-enwg.pdf?__blob=publicationFile&v=4, S. 114 f.; zuvor war diese Festschreibung im Rahmen des geplanten Wärmeplanungsgesetz (§ 2 Abs. 3 WPG) angedacht.

¹⁶ Vgl. Formulierungshilfe des Entwurfs eines Gesetzes zur Anpassung des Energiewirtschaftsrechts an unionsrechtliche Vorgaben und zur Änderung weiterer energierechtlicher Vorschriften: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/20230913-synopse-formulierungshilfe-enwg.pdf?__blob=publicationFile&v=4, S. 64.

¹⁷ Hessisches Energiegesetz vom 21. November 2012, das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 20. Juli 2023 (GVBl. S. 582) geändert worden ist.

¹⁸ Klimaschutz- und Klimawandelanpassungsgesetz Baden-Württemberg vom 7. Februar 2023 (GBl. Nr. 2 S. 26).

¹⁹ Waldgesetz für Baden-Württemberg vom 31. August 1995, das zuletzt durch Artikel 12 des Gesetzes vom 7. Februar 2023 (GBl. S. 26, 44) geändert worden ist.

²⁰ Gesetz zum Schutz der Kulturdenkmale vom 6. Dezember 1983, das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 7. Februar 2023 (GBl. S. 26, 42) geändert worden ist.

²¹ Landesplanungsgesetz vom 10. Juli 2003, das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 7. Februar 2023 (GBl. S. 26, 42) geändert worden ist.

²² Verordnung (EU) 2022/2577 des Rates vom 22. Dezember 2022 zur Festlegung eines Rahmens für einen beschleunigten Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energien, ABl. EU Nr. L 335 vom 29.12.2022, S. 36.

²³ Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie (EU) 2018/2001, der Verordnung (EU) 2018/1999 und der Richtlinie 98/70/EG im Hinblick auf die Förderung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Aufhebung der Richtlinie (EU) 2015/652 des Rates, PE-CONS 36/23, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-36-2023-INIT/de/pdf>.

²⁴ Im Verkehrsbereich für bestimmte Bundesfernstraßen im Fernstraßenausbaugesetz (FStrAG), bezüglich Bundeswasserstraßen im Bundeswasserstraßenausbaugesetz (WaStrAbG) und für bestimmte Bundes schienewege im Bundesschieneausbaugesetz (BSWAG).

4 **Überragendes öffentliches Interesse und öffentliche Sicherheit in § 2 EEG 2023**

Die vorliegende Studie erläutert den Hintergrund der Regelung zum überragenden öffentlichen Interesse (B.), ihren Inhalt und ihre Wirkungsweise (C.) sowie die Anwendungsbereiche (D.) und zeigt einige Anwendungsbeispiele (E.) auf. Danach werden kurz einige vergleichbare Regelung auf Länderebene angesprochen (F.) und Beispiele aus der aktuellen Rechtsprechung aufgezeigt (G.). Im Anschluss wird das überragende öffentliche Interesse nach Art. 3 EU-Notfall-VO erläutert (H.) und die Untersuchung mit einem Fazit und Ausblick abgeschlossen (I.). Im Anhang findet sich eine nicht abschließende Zusammenstellung von relevanten Regelungen mit Bezug zum öffentlichen Interesse bzw. zur öffentlichen Sicherheit, bei denen § 2 EEG 2023 zu beachten ist (J.).

B. Hintergrund und Verfassungs- sowie Unionsrechtskonformität

Über § 2 EEG 2023 adressiert der Gesetzgeber einen zeitlich und räumlich bedingten Nachteil für den Klimaschutz im Allgemeinen und die erneuerbaren Energien als Klimaschutzmaßnahmen²⁵ im Speziellen.

Die Umsetzung von Klimaschutzmaßnahmen bzw. die Nutzung der erneuerbaren Energien begegnet nämlich einer Vielzahl bereits vorhandener Schutzgüter bzw. Interessen und dem mit den dazugehörigen Fachgesetzen verbundenen Ziel, den Status quo zumindest zu erhalten (z. B. Denkmalschutz, Naturschutz, Gewässerschutz, Bodenschutz, Immissionsschutz, Landschaftsschutz etc.). Auch wenn der Klimaschutz in vielen Fachgesetzen inzwischen nachträglich als zu berücksichtigender Belang aufgenommen wurde, sind die Fachgesetze naturgemäß auf den Schutz „ihres“ Schutzguts bzw. ihrer Interessen ausgerichtet. Dabei wird über die Fachgesetze in der Regel nicht nur das jeweilige Schutzgut als solches geschützt (z. B. Gewässer oder Wälder), sondern auch die jeweilige Umgebung vor– aus ihrer Sicht – negativen Veränderungen. So ist das Umfeld von Brutplätzen bestimmter Tierarten und von Naturschutzgebieten ebenso geschützt wie das Umfeld von Gewässern, von Denkmälern, von Richtfunk- und Radaranlagen, von seismologischen Stationen, von Straßen, von Flugplätzen und von Wohnbebauungen. Die erneuerbaren Energien als Klimaschutzmaßnahmen konkurrieren mit all diesen vielfältigen Raum- und Schutzansprüchen und haben sich auch wegen ihrer (vermeintlichen) Ortsunabhängigkeit²⁶ an den

„Schutz- und Bewahrungsinteressen“ der durch Fachgesetze geschützten Schutzgüter zu orientieren (z. B. über Standortwahl, Anlagenhöhe, Betriebsweise)²⁷. Dadurch wird der Nutzungsraum für Klimaschutzmaßnahmen erheblich verkleinert und der Klimaschutz erschwert.

Viele der Fachgesetze sehen für den Konfliktfall eine Schutzgüter- bzw. Interessenabwägung vor. Diese Abwägung erfolgt – originär oder im Zuge einer Stellungnahme an die Genehmigungsbehörde – durch die jeweilige Fachbehörde, d. h. im Konfliktfall mit einem Denkmal durch die Denkmalschutzbehörde, im einem Konfliktfall mit dem Naturschutz durch die Naturschutzbehörde und im Konfliktfall mit dem Gewässerschutz durch die Wasserbehörde. Eine „Klimaschutzbehörde“ ist hierbei nicht involviert. Im Rahmen dieser Abwägung sind die jeweiligen Schutzgüter und Interessen einzelfallbezogen zu gewichten und abzuwägen. Das Schutzgut mit dem höheren Gewicht erhält am Ende den Vorzug. Dabei erfolgt die genaue Gewichtung nicht streng mathematisch, sondern durch eine wertende Gesamtbetrachtung, die den Behörden gewisse Wertungsspielräume eröffnet, wenngleich hier kein rechtsfreier Raum besteht²⁸.

Angesichts der dringenden Notwendigkeit eines erheblich schnelleren und massiveren Ausbaus der erneuerbaren Energien war dem Gesetzgeber die bisherige Gewichtung durch die Behörden und Gerichte nicht mehr ausreichend und konsequent

²⁵ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 23.03.2022 – 1 BvR 1187/17, juris Rn. 103 ff., 140 ff.

²⁶ Siehe aber zu Recht OVG Greifswald, Ur. v. 07.02.2023 – 5 K 171/22 OVG, juris Rn. 165 ff.

²⁷ Zum Denkmalschutzrecht etwa VGH Kassel, Beschl. v. 29.03.2023 – 4 A 891/21.Z, juris Rn. 20: „Das bedeutet zwar nicht, dass sich neue Vorhaben in der Umgebung eines Denkmals völlig an dieses anpassen müssten oder zu unterbleiben hätten, wenn dergleichen nicht möglich ist. Sie müssen sich aber an dem Maßstab messen lassen, den das Denkmal gesetzt hat, dürfen es also insbesondere nicht gleichsam erdrücken, verdrängen oder übertönen oder es an der gebotenen Achtung gegenüber den im Denkmal verkörperten Werten fehlen lassen“; zum zeitliche Prioritätsprinzip am

Beispiel des bauplanungsrechtlichen Rücksichtnahmegebots BVerfG, Ur. v. 23.09.1999 – 4 C 6/98, juris Rn. 28; Hoppenberg/Paar/Schäfer, in: Hoppenberg/de Witt, Handbuch des öffentlichen Baurechts, 40. EL, Kap. H Rn. 209.

²⁸ Im Normalfall unterliegt die Gewichtung auch der vollen gerichtlichen Kontrolle, siehe am Beispiel der planerischen Abwägung Reidt, in: Bracher/Reidt/Schiller, Bauplanungsrecht, 9. Aufl. 2022, Rn. 11.175 f. und 11.178; am Beispiel der nachvollziehenden Abwägung bei der Waldumwandlungsgenehmigung VGH Kassel, Beschl. v. 10.02.2023 – 9 B 247/22.T, juris Rn. 19; Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch, 15. Aufl. 2022, § 35 Rn. 70.

genug am Klimaschutz ausgerichtet. So wird zwar dem Ziel einer sicheren Energieversorgung eine hohe Bedeutung zuerkannt²⁹, aber eben auch dem Umweltschutz eines Denkmals oder dem Schutz von Gewässern³⁰. Zudem werden Erneuerbare Energien-Anlagen (EE-Anlagen) gegenüber anderen Infrastrukturprojekten im Fachrecht teils schlechter gestellt oder wie gewöhnliche Bauvorhaben behandelt – ohne die dahinterstehenden Gemeinwohlbelange hinreichend zu berücksichtigen³¹. Hinzukommt, dass sich die Anzahl der Konfliktfälle mit anderen Schutzgütern künftig steigern dürfte, wenn für den weiteren Ausbau der Erneuerbaren nicht mehr nur auf die konfliktärmsten Flächen zurückgegriffen werden kann.

Zur Stärkung des Klimaschutzes allgemein soll zwar bereits das Bundes-Klimaschutzgesetz³² und das dort in § 13 KSG geregelte Berücksichtigungsgebot beitragen³³. Hinsichtlich der Nutzung der erneuerbaren Energien geht der Gesetzgeber mit § 2 EEG 2023 jedoch über ein allgemeines Berücksichtigungsgebot hinaus und schreibt nunmehr fest, dass diese im überragenden öffentlichen Interesse liegt sowie der öffentlichen Sicherheit dient und bei allen Schutzgüterabwägungen als vorrangiger Belang eingestellt werden soll. Dies soll das Gewicht der erneuerbaren Energien in der Abwägung gegenüber anderen Belangen

stärken und damit auch einen Beitrag zur erheblichen Beschleunigung des Ausbaus der erneuerbaren Energien im Sinne des Klimaschutzes und der Versorgungssicherheit leisten³⁴. Daneben knüpfen einzelne Regelungen direkt an eine solche Festbeschreibung eines überragenden öffentlichen Interesses an, z. B. ist dies im Prozessrecht bei der Vollzugsfolgenabwägung im Eilrechtsschutz besonders zu berücksichtigen und die diesbezüglichen Verfahren sind zu priorisieren (vgl. §§ 80c Abs. 4, 87c Abs. 1 S. 2 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)³⁵)³⁶.

Hinsichtlich der Verfassungskonformität von § 2 EEG 2023, insbesondere der Gesetzgebungskompetenz des Bundes, bestehen keine Bedenken³⁷. Der Gesetzgeber konkretisiert hier die besondere Bedeutung der erneuerbaren Energien als wesentlichen Teil des Klimaschutzgebotes nach Art. 20a GG³⁸, lässt dabei aber die (fach-)rechtlichen Vorgaben im Übrigen unberührt³⁹. In der Rechtsprechung ist zudem geklärt, dass der Gesetzgeber bei der Festlegung und Gewichtung von öffentlichen Interessen – also was im öffentlichen Interesse liegt und mit welchem Gewicht es einzustellen ist – einen weiten Gestaltungsspielraum sowohl im nationalen Recht wie auch im EU-Recht hat⁴⁰. § 2 EEG 2023 ist insoweit auch europarechtskonform⁴¹.

²⁹ BVerfG, Urt. v. 17.12.2013 – 1 BvR 3139/08, juris Rn. 286 m. w. N.; BVerwG, Urt. v. 05.07.2022 – 4 A 13/20, juris Rn. 145.

³⁰ Vgl. VGH Mannheim, Urt. v. 01.09.2011 – 1 S 1070/11, juris Rn. 33; VG Freiburg (Breisgau), Urt. v. 17.09.2020 – 4 K 2441/19, juris Rn. 32; VG Berlin, Urt. v. 29.04.2022 – 10 K 213/20, juris Rn. 39; VG Weimar, Urt. v. 21.01.2015 – 3 K 265/14 We, juris Rn. 32.

³¹ Siehe etwa am Beispiel der artenschutzrechtlichen Ausnahme die Bejahung bzw. Verneinung eines öffentlichen Interesses bei erneuerbaren Energien sowie die Anwendung unterschiedlicher Ausnahmegründe *Sailer*, Die artenschutzrechtliche Ausnahme bei Windenergieanlagen, ZNER 2020, S. 206 ff.

³² Bundes-Klimaschutzgesetz vom 12. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2513), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 18. August 2021 (BGBl. I S. 3905) geändert worden ist.

³³ Hierzu etwa BVerwG, Urt. v. 04.05.2022 – 9 A 7/21, juris Rn. 59 ff.; VGH Mannheim, Urt. v. 04.05.2023 – 5 S 1941/22, juris Rn. 65 ff.; allg. *Schink*, Das Berücksichtigungsgebot des § 13 Klimaschutzgesetz, NuR 2021, S. 1 ff.; *Heß/Peters/Schöneberger/Verheyen*, Das Gebot der Berücksichtigung des Klimaschutzes auf Vorhabenebene – de lege lata und de lege ferenda, NVwZ 2023, S. 113 ff.; *Erbguth*, Klimaschutz auf Zulassungsebene:

Reichweite des § 13 Abs. 1 S. 1 KSG und Budgetansatz, UPR 2023, S. 241 ff.

³⁴ BT-Drs. 20/1630, S. 1 f., 139, 159.

³⁵ Verwaltungsgerichtsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. März 1991 (BGBl. I S. 686), die zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 14. März 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 71) geändert worden ist.

³⁶ Siehe zudem § 2 Abs. 5 S. 3 Bundeskompensationsverordnung (BKompV).

³⁷ OVG Greifswald, Urt. v. 07.02.2023 – 5 K 171/22 OVG, juris Rn. 156 m. w. N.

³⁸ BT-Drs. 20/1630, S. 159.

³⁹ OVG Greifswald, Urt. v. 07.02.2023 – 5 K 171/22 OVG, juris Rn. 156 m. w. N.; *Deutinger/Sailer*, Verfahrensrecht, Denkmalschutz und § 2 EEG 2023, ZNER 2023, S. 120 (124).

⁴⁰ Vgl. am Beispiel des europäischen Habitatschutzrechts BVerwG, Urt. v. 09.07.2009 – 4 C 12/07, juris Rn. 15 f.; BVerwG, Urt. v. 09.07.2017 – 7 A 2/15, juris Rn. 391; vgl. auch *Riese/Brennecke*, Klimaschutz vs. Artenschutz, UWP 2021, S. 108 (111 und 117 f.).

⁴¹ *Müller*, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Klimaschutz und Energie, 16.05.2022, S. 15; vgl. auch schon *Riese/Brennecke*,

Unabhängig davon ist für die Bejahung eines besonderen öffentlichen Interesses ohnehin keine gesetzliche Festlegung erforderlich. Vielmehr wird sie durch eine solche häufig nur gesetzgeberisch klargestellt, aber eben mit Bindungswirkung gegenüber sämtlichen Behörden und Gerichten. Insoweit ist und war das hohe öffentliche Interesse an den erneuerbaren Energien richtigerweise auch schon zuvor vielfach anerkannt, wenngleich nicht völlig unbestritten⁴².

Klimaschutz vs. Artenschutz, UWP 2021, S. 108 (117 f.); unter Heranziehung von Art. 3 der EU-Notfall-VO (EU) 2022/2577 im Ergebnis auch VG Köln, Beschl. v. 19.01.2023 – 14 L 387/22, juris Rn. 144 ff.; unter Heranziehung von Art. 16d (jetzt Art. 16f) EE-RL 2023 *Schlacke/Wentzien/Römling*, Beschleunigung der Energiewende: Ein gesetzgeberischer Paradigmenwechsel durch das Osterpaket?, NVwZ 2022, S. 1577 (1580).

⁴² Vgl. *Attendorn*, Umweltrechtliche Ausnahmeabwägungen über die Zulassung von Wasser- und Windkraftanlagen nach dem „Osterpaket“, NVwZ 2022, S. 1586 (1588 m. w. N.); siehe in verschiedenen

Zusammenhängen aus der Rechtsprechung das öffentliche Interesse bejahend etwa EuGH, Urt. v. 04.05.2016 – C-346/14, Rn. 69 ff.; OVG Berlin, Beschl. v. 04.02.2009 – OVG 11 S 53.08, juris Rn. 6; VGH Kassel, Beschl. v. 01.03.2011 – 9 B 121/11, juris Rn. 7; VG Aachen, Beschl. v. 14.03.2014 – 6 L 106/14, juris Rn. 43, 71; VG Braunschweig, Urt. v. 11.05.2022 – 2 A 100/19, juris Rn. 43 ff.; offenlassend etwa OVG Münster, Beschl. v. 27.08.2014 – 8 B 550/14, juris Rn. 32; dagegen verneinend VG Gießen, Urt. v. 03.09.2019 – 3 K 250/16.GI, juris Rn. 95 f.; VG Halle (Saale), Urt. v. 25.10.2016 – 2 A 4/15 HAL, juris Rn. 99; VG Cottbus, Urt. v. 07.03.2013 – 4 K 6/10, juris Rn. 85.

C. Inhalt und Wirkungsweise

§ 2 EEG 2023 lautet:

„§ 2 Besondere Bedeutung der erneuerbaren Energien

1Die Errichtung und der Betrieb von Anlagen sowie den dazugehörigen Nebenanlagen liegen im überragenden öffentlichen Interesse und dienen der öffentlichen Sicherheit. 2Bis die Stromerzeugung im Bundesgebiet nahezu treibhausgasneutral ist, sollen die erneuerbaren Energien als vorrangiger Belang in die jeweils durchzuführenden Schutzgüterabwägungen eingebracht werden. 3Satz 2 ist nicht gegenüber Belangen der Landes- und Bündnisverteidigung anzuwenden.“

Die Kernaussage der Vorschrift wird in § 2 S. 1 EEG 2023 getroffen. Die Sätze 2 und 3 bauen hierauf auf. Daher wird zunächst Satz 1 und im Anschluss die Sätze 2 und 3 betrachtet.

Für die Auslegung ist dabei zu beachten, dass die Regelung insbesondere vor dem Hintergrund der nationalen Klimaschutzziele nach § 3 Bundes-Klimaschutzgesetz (KSG)⁴³ und der darauf ausgerichteten Ausbauziele für die erneuerbaren Energien nach § 4 EEG 2023 geschaffen wurde⁴⁴. Mit § 2 EEG 2023 ist eine Aufwertung der Rechtsposition der erneuerbaren Energien gegenüber anderen entgegensehenden

öffentlichen Interessen bezweckt⁴⁵. Die erneuerbaren Energien sollen sich gegenüber den vielfältigen anderen Nutzungen und Interessen besser durchsetzen können. Die Begründung nennt hier beispielhaft seismologische Stationen, Radaranlagen, Wasserschutzgebiete, Landschaftsbild, Denkmalschutz, Forst-, Immissionsschutz-, Naturschutz-, Bau- und Straßenrecht⁴⁶. Dadurch soll der Ausbau der erneuerbaren Energien in allen Rechtsbereichen massiv beschleunigt werden⁴⁷. Verschiedene Bundesländer haben dazu Anwendungshinweise erlassen⁴⁸, teils auch Fachbehörden⁴⁹.

I. Errichtung und Betrieb

Ausgangspunkt ist die „Errichtung und der Betrieb“ von Anlagen und dazugehörigen Nebenanlagen. Eine Definition der Begriffe „Errichtung“ und „Betrieb“ erfolgt im Erneuerbare-Energien-Gesetz nicht. Zwar werden diese Begriffe in anderen Gesetzen, wie etwa dem Bundes-Immissionsschutzgesetz verwendet. Bei einem Rückgriff auf ein Begriffsverständnis aus einem anderen Gesetz ist jedoch zu prüfen, ob das EEG nicht ein eigenes, von anderen Gesetzen abweichendes Begriffsverständnis fordert⁵⁰. Da in der Gesetzesbegründung von „allen Rechtsbereichen“ die Rede ist und daneben das gesamte Planungs- und Genehmigungsrecht angesprochen wird⁵¹, dürfte hier von einem weiten, gesetzesübergreifenden Begriffsverständnis auszugehen

⁴³ Bundes-Klimaschutzgesetz vom 12. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2513), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 18. August 2021 (BGBl. I S. 3905) geändert worden ist.

⁴⁴ BT-Drs. 20/1630, S. 1 f., 139, 159; vgl. auch OVG Greifswald, Urt. v. 07.02.2023 – 5 K 171/22 OVG, juris Rn. 159, 167.

⁴⁵ Kment/Jurdt, Windenergie und Denkmalschutz, NVwZ 2022, S. 1597 (1601); Erbguth, Klimakrise, Energiekrise: Beurteilung und Fortentwicklung neuer materiell-rechtlicher Steuerungsansätze, DVBl 2023, S. 510 (514).

⁴⁶ BT-Drs. 20/1630, S. 159.

⁴⁷ BT-Drs. 20/1630, S. 1 f., 139.

⁴⁸ Z. B. Ministerium für Klimaschutz, Landwirtschaft, ländliche Räume und Umwelt Mecklenburg-Vorpommern/Ministerium für Wirtschaft, Infrastruktur, Tourismus und Arbeit, Gesetzliche Vorrangentscheidung zugunsten erneuerbarer Energien – Hinweis zur

Umsetzung des § 2 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes in Planungs- und Genehmigungsverfahren des Landes Mecklenburg-Vorpommern, 30.09.2022; Bayerisches Staatsministerium für Umwelt und Verbraucherschutz, Berücksichtigung der erneuerbaren Energien und des Klimaschutzes bei Verwaltungsentscheidungen, 24.02.2023.

⁴⁹ Siehe etwa Fernstraßen-Bundesamt, Handreichung Freiflächenphotovoltaikanlagen, 2023, https://www.fba.bund.de/DE/Themen/Anbaurecht_Paragraph9_FStrG/Dokumente/20230131_Freiflaechenphotovoltaikanlagen_Handreichung.pdf?__blob=publication-File&v=2.

⁵⁰ Zu diesem Problem am Beispiel des Genehmigungsbegriffs Operhalsky/Fechler, Der Genehmigungsbegriff im EEG 2017, NVwZ 2017, 13 ff.; Clearingstelle EEG, Hinweis 2017/6 vom 30.05.2017.

⁵¹ BT-Drs. 20/1630, S. 2, 139, 159.

sein, das die entsprechenden Begriffe im jeweiligen Fachrecht allesamt umfasst und § 2 EEG 2023 damit weitestmöglich in allen Gesetzen zur Anwendung bringt (z. B. im Immissionsschutzrecht, Baurecht, Bergrecht, Wasserrecht). Ohnehin verwenden die Fachgesetze diese Begriffe im tradierten Sprachgebrauch weitgehend ähnlich. Allgemein versteht man unter Errichtung der Anlage am vorgesehenen Betriebsort – von den ersten Baumaßnahmen (Aufbereitung des Grundstücks, Aufstellung und Errichtung von Geräten etc.) bis zur betriebsfertigen Einrichtung der Anlage⁵². Unter „Betrieb“ einer Anlage fällt die zweckgemäße Nutzung einer Anlage einschließlich der dafür notwendigen Maßnahmen, d. h. die gesamte Betriebsweise, einschließlich Produktion, Wartung und Unterhaltung⁵³. Der Betrieb der Anlage beginnt mit dem ersten Aufnehmen des Betriebs zum angestrebten Zweck und er endet mit der endgültigen Stilllegung⁵⁴. § 2 EEG 2023 ist damit insbesondere auch auf Bestandsanlagen bzw. deren Betrieb anzuwenden⁵⁵. Wenngleich der Wortlaut des § 2 EEG 2023 Änderungen nicht ausdrücklich aufführt, gilt die Norm dennoch auch für Änderungen von bestehenden Anlagen (z. B. hinsichtlich Lage, Beschaffenheit oder Betrieb), da der Begriff der Errichtung als „Minus“ die bloße Änderung umfasst. Wenn der Gesetzgeber nämlich die besondere Bedeutung für die Errichtung der Anlagen festschreibt, muss dies erst recht für die Änderung gelten. Dafür sprechen auch Satz 2 und die Gesetzesbegründung, in der allgemein von „erneuerbaren Energien“ bzw. der „Nutzung von erneuerbaren Energien“ die Rede ist und die daher ebenfalls ein weites Verständnis zugrunde legen⁵⁶. Darüber hinaus ist auch die (öffentliche) Planung, insbesondere die Flächenplanung,

von § 2 EEG 2023 erfasst, da sich diese immer auch auf den späteren Bau und Betrieb dieser Anlagen auswirkt⁵⁷.

II. Anlagen

Hinsichtlich des Anlagenbegriffs enthält das Erneuerbare-Energien-Gesetz eine eigene Definition. Nach § 3 Nr. 1 EEG 2023 ist eine Anlage „jede Einrichtung zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien oder aus Grubengas, wobei im Fall von Solaranlagen jedes Modul eine eigenständige Anlage ist; als Anlage gelten auch Einrichtungen, die zwischengespeicherte Energie, die ausschließlich aus erneuerbaren Energien oder Grubengas stammt, aufnehmen und in elektrische Energie umwandeln“. Als Ausdruck eines funktionalen Anlagenbegriffs zählen zu einer Anlage sämtliche technische und bauliche Gegenstände, die für die Stromerzeugung erforderlich sind⁵⁸, beispielsweise die Türme von Windenergieanlagen⁵⁹. Auch die Baustelle zur Anlagenerrichtung ist umfasst, d. h. die hierfür benötigten Flächen, die Bautätigkeiten und der Betrieb der eingesetzten Baumaschinen, ebenso wie notwendige Kranstellflächen, Bauhilfsflächen wie Arbeits- und Lagerplätze am Betriebsgelände sowie ggf. auch separate Trafostationen und kurze Stichwege vom vorhandenen Wegenetz⁶⁰.

III. Dazugehörige Nebenanlagen

Eine Begriffsbestimmung der „Nebenanlage“ erfolgt weder in § 2 EEG 2023 selbst noch bei den Begriffsdefinitionen in § 3 EEG 2023. Auch hier dürfte ein grundsätzlich weites, gesetzesübergreifendes

⁵² Zum BImSchG *Jarass*, BImSchG, 14. Aufl. 2022, § 4 Rn. 54; zum WHG *Czychowski/Reinhardt*, WHG, 13. Aufl. 2023, § 34 Rn. 8 f.; zum Bauordnungsrecht *Laser*, in: Schwarzer/König, Bayerische Bauordnung, 5. Aufl. 2022, Art. 3 Rn. 8.

⁵³ Zum BImSchG *Jarass*, BImSchG, 14. Aufl. 2022, § 4 Rn. 57; zum WHG *Czychowski/Reinhardt*, WHG, 13. Aufl. 2023, § 34 Rn. 9.

⁵⁴ Zum BImSchG *Jarass*, BImSchG, 14. Aufl. 2022, § 4 Rn. 57.

⁵⁵ Offenlassend VG Bayreuth, Beschl. v. 28.02.2023 – B 9 S 22.1032, juris Rn. 57.

⁵⁶ BT-Drs. 20/1630, S. 158 f.: „das überragende öffentliche Interesse an der Nutzung von erneuerbaren Energien“,

„Die Definition der erneuerbaren Energien als im überragenden öffentlichen Interesse (...)“, „Die erneuerbaren Energien müssen daher nach § 2 Satz 2 EEG 2021 (...)“.

⁵⁷ Vgl. dazu OVG Münster, Ur. v. 29.09.2022 – 7 D 71/19.NE, juris Rn. 49 f.

⁵⁸ *Schumacher*, in: Sacker/Steffens, Berliner Kommentar zum Energierecht, 5. Aufl. 2022, § 3 EEG 2021 Rn. 31.

⁵⁹ *Oschmann*, in: Altrock/Oschmann/Theobald, Erneuerbare-Energien-Gesetz, 4. Aufl. 2013, § 3 EEG Rn. 19.

⁶⁰ Vgl. *Agatz*, Windenergie Handbuch, 19. Aufl. 2023, S. 12.

Begriffsverständnis zugrunde zu legen sein, welches § 2 EEG 2023 weitestmöglich zur Anwendung bringt. Unter den nicht so häufig verwendeten Begriff der Nebenanlage fallen allgemein alle Anlagen, die dem Nutzungszweck der Hauptanlage – hier also der Stromerzeugung aus der jeweiligen erneuerbaren Energiequelle – dienen⁶¹. Maßgeblich ist also ein Funktionszusammenhang zur Hauptanlage, wobei dies im Rahmen von § 2 EEG 2023 weit zu verstehen ist und daran keine hohen Anforderungen zu stellen sind. Ist die jeweilige Anlage für die Errichtung oder den Betrieb einer EE-Anlagen notwendig oder zumindest förderlich, fällt sie als Nebenanlage in den Anwendungsbereich von § 2 EEG 2023. Andernfalls würde der gesetzgeberische Beschleunigungsgedanke konterkariert. Abgesehen vom Funktionszusammenhang und von der Formulierung „dazugehörig“ enthält § 2 EEG 2023 auch keine weiteren funktionellen oder räumlich-gegenständlichen Einschränkungen. Auf einen Standort auf demselben Grundstück kommt es daher ebenso wenig an⁶² wie auf die Größe oder der Umfang der Nebenanlage⁶³. Ebenso ist die genehmigungsrechtliche Einordnung nicht entscheidend, so dass z. B. auch die – genehmigungsrechtlich meist eigenständige⁶⁴ – Zuwegung zu einer EE-Anlage (z. B. Verbreiterung oder Neubau) als Nebenanlage einzuordnen ist. Ohne sie ist weder die Errichtung noch der Betrieb der Anlage möglich. Ob in diesem Sinne auch der Netzanschluss als Nebenanlage einzuordnen ist, ist dagegen weniger eindeutig. Auch hier kommt es nicht auf die fachrechtliche Einordnung an. Nach dem

Bundes-Immissionsschutzgesetz gelten z. B. Stromleitungen und Kabeltrassen weder als Teil einer genehmigungsbedürftigen Windenergieanlage noch als deren Nebeneinrichtung, da sie nicht der Stromerzeugung als solches dienen, sondern der Stromverteilung/-aufnahme⁶⁵. Es fehlt hier also am Funktionszusammenhang, wenn gleich dies eine Frage des Einzelfalls ist (z. B. unmittelbar mit der Anlage verbundene Umspannanlagen und diesbezügliche Leitungen⁶⁶). Allerdings unterscheidet das Erneuerbare-Energien-Gesetz selbst zwischen der EE-Anlage einerseits und ihrem Netzanschluss andererseits (vgl. § 8 EEG 2023), erwähnt aber letzteren nicht in § 2 EEG 2023. Zur Beseitigung diesbezüglicher Unsicherheiten und im Sinne einer umfassenden Beschleunigungswirkung sollte der Gesetzgeber daher § 2 EEG 2023 ausdrücklich auf alle Anlagen, Einrichtungen und Vorhaben im Zusammenhang mit EE-Anlagen (sog. Annex-Vorhaben) erweitern. Dies würde auch zu einem stärkeren Gleichlauf mit dem europäischen Pendant in Art. 3 EU-Notfall-VO führen („Anlagen und Einrichtungen zur Erzeugung von Energie aus erneuerbaren Quellen sowie ihr Netzanschluss, das betreffende Netz selbst und die Speicheranlagen“, siehe dazu unter H.)⁶⁷.

Auch wenn § 2 EEG 2023 über das Fachrecht und dessen Einordnungen hinausgeht, werden daneben jedenfalls alle Nebenanlagen im Sinne des jeweiligen Fachrechts erfasst. Dies gilt auch dann, wenn das Fachrecht seinerseits bestimmte Einschränkungen enthält (z. B. § 14 Abs. 1 Baunutzungsverordnung (BauNVO⁶⁸): „untergeordnete Nebenanlagen“⁶⁹). Vom

⁶¹ Vgl. zum Bauordnungsrecht *Laser*, in: Schwarzer/König, Bayerische Bauordnung, 5. Aufl. 2022, Art. 1 Rn. 10; zum Bauplanungsrecht *Arnold*, in: Bönker/Bischopink, BauNVO, 2. Aufl. 2018, § 14 Rn. 7.

⁶² Erfasst sind also auch Nebenanlagen in der weiteren Nachbarschaft, sei es auch getrennt durch andere Anlagen, vgl. *Jarass*, BImSchG, 14. Aufl. 2022, § 4 Rn. 73.

⁶³ Im Energierecht gilt allgemein ein weiter Anlagenbegriff, vgl. *Hellermann*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl. 2015, § 3 Rn. 30.

⁶⁴ VGH Kassel, Beschl. v. 10.02.2023 – 9 B 247/22.T, juris Rn. 31 ff.; anders neuerdings VGH München, Beschl. v. 07.02.2023 – 22 CS 22.1908, juris Rn. 37 ff.

⁶⁵ *Agatz*, Windenergie Handbuch, 19. Aufl. 2023, S. 12; *Schlacke/Wentzien/Römling*, Beschleunigung der Energiewende: Ein gesetzgeberischer Paradigmenwechsel durch das Osterpaket?, NVwZ 2022, S. 1577 (1579).

⁶⁶ Siehe *Hansmann/Röckinghausen*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht 98. EL 2022, zu Nr. 1.1. Anhang 14. BImSchV Rn. 2.

⁶⁷ Siehe auch *Schlacke/Wentzien/Römling*, Beschleunigung der Energiewende: Ein gesetzgeberischer Paradigmenwechsel durch das Osterpaket?, NVwZ 2022, S. 1577 (1579 f.: „unberücksichtigte Lücke“).

⁶⁸ Baunutzungsverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. November 2017 (BGBl. I S. 3786), die zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 3. Juli 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 176) geändert worden ist.

⁶⁹ Hierunter fallen alle der Hauptanlage in funktioneller als auch in räumlich-gegenständlicher Hinsicht dienenden Einrichtungen, die eine Hilfsfunktion erfüllen und der Hauptanlage somit untergeordnet sind, z. B. Verkabelungen oder das vollständige Fundament, *FA Wind*, Rückbau von Windenergieanlagen – Ein Blick auf die Rückbaupflicht und weitere

Begriff der Nebenanlage ebenfalls umfasst wird der Begriff der Nebeneinrichtung, wie er etwa im Immissionsschutzrecht verwendet wird (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 2 der Vierten Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (4. BImSchV⁷⁰). Hierunter fallen jegliche (technische) Vorrichtungen und Anlagen wie Gebäude, Maschinen, Leitungen, Geräte etc., die zur Erreichung des Anlagenzwecks zwar nicht erforderlich sind, die aber dem Betrieb der Anlage im konkreten Fall am konkreten Standort dienen⁷¹. Alle Nebeneinrichtungen in diesem Sinne unterfallen bei Erneuerbaren-Energien-Anlagen dem Anwendungsbereich von § 2 EEG 2023.

Keine Nebenanlagen mehr sind Anlagen, die den notwendigen Funktionszusammenhang zur Hauptanlage und zu deren Nutzungszweck im Sinne eines Dienens nicht aufweisen bzw. eine betrieblich selbstständige Funktion im Sinne einer Hauptanlage übernehmen. Das gilt auch für der Errichtung und dem Betrieb vorgelegte Tätigkeiten, wie die Herstellung der Anlagen bzw. Anlagenteile am Fertigungsort und ihr Transport bis zum konkreten Aufstellungsort. Diese fallen nicht unter § 2 EEG 2023.

IV. Überragendes öffentliches Interesse

1. Öffentliches Interesse

Nach § 2 S. 1 EEG 2023 liegen die Errichtung und der Betrieb von Erneuerbare-Energien-Anlagen und dazugehörigen

Nebenanlagen im „überragenden öffentlichen Interesse“. Dies ist eine aus Art. 20a Grundgesetz (GG)⁷² abgeleitete Wertungsentscheidung des Gesetzgebers⁷³, die für alle Behörden bei der Ausfüllung der an sie delegierten, wertungsoffenen Spielräume verbindlich ist und keiner weitergehenden, fachrechtlichen Ausformulierung bedarf⁷⁴. Diese Verbindlichkeit gilt auch gegenüber Gerichten, die die Entscheidungen der Behörden kontrollieren oder teils eigene Wertungsentscheidungen zu treffen haben (z. B. bei der Vollzugsfolgenabwägung im Eilrechtsschutz, § 80c Abs. 4 VwGO).

Der Begriff des öffentlichen Interesses ist gesetzlich nicht definiert. Gemeint sind damit Interessen, die die Gesellschaft allgemein betreffen bzw. dem Wohl der Allgemeinheit dienen. Ihre Durchsetzung ist ein gesellschaftliches und damit zugleich hoheitliches Anliegen. Nur Vorhaben, die ausschließlich private Interessen verfolgen, können nicht in einem solchen öffentlichen Interesse liegen⁷⁵. Obwohl Anlagen zur Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien in der Regel von privaten Dritten mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben werden, stellt der Gesetzgeber über § 2 S. 1 EEG 2023 klar, dass mit der Nutzung der erneuerbaren Energien keine ausschließlich privatwirtschaftlichen Interessen verfolgt werden, sondern zugleich auch immer öffentliche Interessen⁷⁶. Es werden damit auch Anliegen der Allgemeinheit erfüllt bzw. es streiten auch öffentliche Belange für diese Vorhaben⁷⁷.

Worin das öffentliche Interesse genau liegt, ist durch Auslegung zu ermitteln. Das öffentliche Interesse stellt nämlich einen unbestimmten Rechtsbegriff dar, der im

städtebauliche Instrumente, 2021, S. 7; allg. BVerwG Urt. v. 14.12. 2017 – 4 C 9.16, juris Rn. 8; Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch Kommentar, 147. EL 2022, Rn. 27 f.

⁷⁰ Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen in der Fassung der Bekanntmachung vom 31. Mai 2017 (BGBl. I S. 1440), die durch Artikel 1 der Verordnung vom 12. Oktober 2022 (BGBl. I S. 1799) geändert worden ist.

⁷¹ Hansmann/Röckinghausen, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht 98. EL 2022, § 1 4. BImSchV Rn. 15.

⁷² Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 19. Dezember 2022 (BGBl. I S. 2478) geändert worden ist.

⁷³ BT-Drs. 20/1630, S. 159: „den erneuerbaren Energien als wesentlicher Teil des Klimaschutzgebotes“.

⁷⁴ Agatz, Windenergie Handbuch, 19. Aufl. 2023, S. 104.

⁷⁵ Attendorn, Umweltrechtliche Ausnahmeabwägungen über die Zulassung von Wasser- und Windkraftanlagen nach dem „Osterpaket“, NVwZ 2022, S. 1586 (1589).

⁷⁶ BT-Drs. 20/1630, S. 159: „gleichzeitig zur Erreichung der energiepolitischen Ziele dieses Gesetzes sowie der Zielsetzung der Bundesregierung zum Klimaschutz und den Zielsetzungen der Europäischen Union im Energie- und Klimabereich“.

⁷⁷ Vgl. Versteyl/Marschhäuser, „Überragendes öffentliches Interesse“ als Abwägungsbelang zur Beschleunigung von Klimaschutzvorhaben, KlimR 2022, S. 74 (75); Gläß, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, 64. Ed. 2022, § 45 BNatSchG Rn. 47; BT-Drs. 18/11939, S. 17.

jeweiligen rechtlichen Zusammenhang konkretisierungs- und auslegungsbedürftig ist, jedoch hierbei – ohne Beurteilungsspielraum der Behörden – der vollständigen gerichtlichen Kontrolle unterliegt⁷⁸. Mit der Nutzung der erneuerbaren Energien werden verschiedene Gemeinwohlbelange verfolgt, allen voran der Klimaschutz, der Lebens-, Gesundheits- und Eigentumsschutz vor klimawandelbedingten Gefahren sowie die Energieversorgungssicherheit⁷⁹. Diese Belange bilden das öffentliche Interesse in § 2 EEG 2023.

Hintergrund der Festschreibung eines öffentlichen Interesses ist, dass ein solches in vielen Gesetzen als Voraussetzung für bestimmte Rechtsfolgen geregelt ist (z. B. Erteilung einer gehobenen wasserrechtlichen Erlaubnis nach § 15 WHG, Zulassung vorzeitiger Baubeginn nach § 8a Abs. 1 Nr. 2 BImSchG). Vor allem ist es aber teilweise Voraussetzung für den Einstieg in eine Schutzgüterabwägung in den einschlägigen Fachgesetzen. Die jeweiligen Schutzgüter (z. B. bedeutende Denkmäler, gefährdete Tier- und Pflanzenarten oder Gewässer) treten nämlich in einem solchen Fall gegenüber anderen Schutzgütern nur dann zurück, wenn es sich dabei um öffentliche Interessen handelt (und diese im Einzelfall überwiegen). Dies trifft z. B. auf die artenschutzrechtliche Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG zu⁸⁰. Anders als bei

Planungsentscheidungen⁸¹ ist hier bei rein privaten Interessen schon nicht einmal die Abwägung eröffnet. Durch § 2 EEG 2023 stellt der Gesetzgeber nunmehr klar, dass auch in diesen Fällen die „Tür“ zur Schutzgüterabwägung offen ist und die Behörden und Gerichte verpflichtet sind, in die Abwägung einzusteigen und zwischen den verschiedenen Interessen abzuwägen⁸².

2. Übertreffend

Der Zusatz in § 2 S. 1 EEG 2023, dass es sich um ein „übertreffendes“ öffentliches Interesse handelt, hebt – wie schon die Überschrift der Regelung – die besonders hohe Bedeutung dieses öffentlichen Interesses hervor – auch und gerade gegenüber anderen öffentlichen Interessen⁸³. Der Begriff impliziert, dass der Gesetzgeber den erneuerbaren Energien nicht nur ein hinreichend vernünftiges oder gar beliebiges öffentliches Interesse beimisst, sondern ein besonders hochwertiges bzw. bedeutendes öffentliches Interesse⁸⁴. Es handelt sich um ein höchstrangiges öffentliches Interesse⁸⁵. Aus dieser Wertungsentscheidung des Gesetzgebers folgt unmittelbar eine (abstrakte) gesetzliche Gewichtungsvorgabe in der Form, dass die erneuerbaren Energien dieser hohen Bedeutung entsprechend mit einem „besonders hohen Gewicht“ zu

⁷⁸ Allg. Ziekow, in: Verwaltungsverfahrensgesetz, 4. Aufl. 2020, § 40 Rn. 13 f.; die Gewichtung unterliegt auch der vollen gerichtlichen Kontrolle, nicht hingegen der von der Gemeinde vorgenommene Ausgleich der verschiedenen abwägungserheblichen Belange bei der planerischen Abwägung Reidt, in: Bracher/Reidt/Schiller, Bauplanungsrecht, 9. Aufl. 2022, Rn. 11.175 f., 11.178, 11.180 f.; am Beispiel der nachvollziehenden Abwägung bei der Waldumwandlungsgenehmigung VGH Kassel, Beschl. v. 10.02.2023 – 9 B 247/22.T, juris Rn. 19; Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch, 15. Aufl. 2022, § 35 Rn. 70.

⁷⁹ BT-Drs. 20/1630, S. 158 f.; VG Braunschweig, Urt. v. 11.05.2022 – 2 A 100/19, juris Rn. 43 ff.; Deutinger/Sailer, Verfahrensrecht, Denkmalschutz und § 2 EEG 2023, ZNER 2023, S. 120 (125 f.); allg. auch BVerfG, Beschl. v. 23.03.2022 – 1 BvR 1187/17, juris Rn. 103 ff.; VG Bayreuth, Beschl. v. 28.02.2023 – B 9 S 22.1032, juris Rn. 56; am Beispiel des Artenschutzrechts Sailer, Die artenschutzrechtliche Ausnahme bei Windenergieanlagen, ZNER 2020, S. 206 (207 ff.); VG Darmstadt, Beschl. v. 24.08.2018 – 6 L 4907/17.DA, juris Rn. 165 ff.; Europäische Kommission, Leitfadens „Entwicklung der Windenergie und Natura 2000“, Dezember 2012, S. 20.

⁸⁰ Bei allen dort aufgezählten Ausnahmegründen handelt es sich um öffentliche Interessen, vgl. Schütte/Gerbig, in: Schlacke, GK-BNatSchG, 2. Aufl. 2017, § 45 Rn. 20;

Lütkes, in: Lütkes/Ewer, BNatSchG, 2. Aufl. 2018, § 45 Rn. 44.

⁸¹ Nach § 1 Abs. 7 BauGB z. B. sind bei der Aufstellung der Bauleitpläne die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen.

⁸² Im Ergebnis auch, aber dies (erst) aus Satz 2 herleitend Attendorn, Umweltrechtliche Ausnahmeabwägungen über die Zulassung von Wasser- und Windkraftanlagen nach dem „Osterpaket“, NVwZ 2022, S. 1586 (1589: „Abwägungsbefehl“).

⁸³ Erbguth, Klimakrise, Energiekrise: Beurteilung und Fortentwicklung neuer materiell-rechtlicher Steuerungsansätze, DVBl 2023, S. 510 (515).

⁸⁴ Vgl. Versteyl/Marschhäuser, „Übertreffendes öffentliches Interesse“ als Abwägungsbegriff zur Beschleunigung von Klimaschutzvorhaben, KlimR 2022, S. 74 (75); Frank/Rolshoven, Die Novelle des Bundesnaturschutzgesetzes zur Windenergie an Land, ZNER 2022, S. 535 (540); Wiesendahl, in: Theobald/Kühling, Energierecht, 116. EL 2022, § 1 NABEG Rn. 19.

⁸⁵ OVG Greifswald, Urt. v. 07.02.2023 – 5 K 171/22 OVG, juris Rn. 158; Attendorn, Umweltrechtliche Ausnahmeabwägungen über die Zulassung von Wasser- und Windkraftanlagen nach dem „Osterpaket“, NVwZ 2022, S. 1586 (1589).

berücksichtigen sind⁸⁶. So heißt es in der Gesetzesbegründung: „Die Definition der erneuerbaren Energien als im überragenden öffentlichen Interesse und der öffentlichen Sicherheit dienend muss im Fall einer Abwägung dazu führen, dass das besonders hohe Gewicht der erneuerbaren Energien berücksichtigt werden muss“⁸⁷. Dass diese Gewichtungsvorgabe bereits aus Satz 1 folgt, bestätigt auch die Gesetzesbegründung zu den ersten Entwurfsfassungen von § 2 EEG, in denen bereits auf die hohe Gewichtung und sogar die Vorrangstellung abgestellt wurde als die Regelung noch

lediglich aus dem Satz 1 bestand⁸⁸. Das Gewicht ist also über § 2 S. 1 EEG 2023 quasi gesetzgeberisch „voreingestellt“⁸⁹. Der Gesetzgeber überlässt damit die Gewichtung der erneuerbaren Energien nicht mehr – wie bislang – den Behörden im Vollzug bzw. den nachprüfenden Gerichten, sondern schränkt deren Wertungsspielraum diesbezüglich ein. Es handelt sich daher nicht um einen bloßen Programmsatz⁹⁰, sondern um eine besondere Wertungsdirektive, die vielfach als Abwägungsdirektive⁹¹ und Ermessensdirektive⁹² eingeordnet⁹³ oder teils auch als Optimierungsgebot

⁸⁶ So auch *Hendrichske*, Bewältigung naturschutzrechtlicher Konflikte beim Ausbau erneuerbarer Energien, NVwZ 2023, S. 965 (967); *Erbguth*, Klimakrise, Energiekrise: Beurteilung und Fortentwicklung neuer materiell-rechtlicher Steuerungsansätze, DVBl 2023, S. 510 (515); siehe auch am Beispiel der entsprechenden Regelung im NABEG BT-Drs. 17/6073, S. 23: „mit dem entsprechenden Gewicht“; *Wolfshohl/Scheuten*, in: de Witt/Scheuten, NABEG, 2013, § 1 Rn. 41: „von vorneherein ein besonders hohes Gewicht beigemessen“; *Serong*, in: Steinbach/Franke, Kommentar zum Netzausbau, 3. Aufl. 2021, § 1 NABEG Rn. 22; *Krüll*, in: Schink/Versteyl/Dippel, NABEG, 2016, § 1 Rn. 34; *Appel*, Neues Recht für neue Netze – das Regelungsregime zur Beschleunigung des Stromnetzausbaus nach EnWG und NABEG, UPR 2011, S. 406 (415).

⁸⁷ BT-Drs. 20/1630, S. 159.

⁸⁸ Die Sätze 2 und 3 wurden erst kurz vor dem Kabinettsbeschluss ergänzt, während die Gesetzesbegründung diesbezüglich unverändert blieb, siehe zur Begründung im Referentenentwurf vom 04.03.2022, S. 151 f. https://www.clearingstelle-eeg-kwkg.de/sites/default/files/2022-03/07_RefE_EEG_2023_Stand_2022-03-04.pdf. Insofern zutreffend *Erbguth*, Klimakrise, Energiekrise: Beurteilung und Fortentwicklung neuer materiell-rechtlicher Steuerungsansätze, DVBl 2023, S. 510 (515). Dafür spricht auch die Gesetzesbegründung des § 11 c EnWG, der dem Satz 1 des § 2 EEG 2023 hinsichtlich des Wortlauts gleicht. Der Gesetzgeber regelt in § 11 c EnWG einen „gesetzlichen Abwägungsvorrang“ vgl. BT-Drs. 20/5830, S. 46. Dieser Vorrang folgt mangels Existenz einer mit § 2 S. 2 EEG 2023 vergleichbaren Regelung zwangsläufig aus dem „überragenden öffentlichen Interesse“ an der Beschleunigung des Ausbaus der Anlagen zur Speicherung elektrischer Energie.

⁸⁹ Im Ergebnis auch, aber dies erst aus Satz 2 herleitend OVG Greifswald, Urt. v. 07.02.2023 – 5 K 171/22 OVG, juris Rn. 155; wie hier zum NABEG *Wolfshohl/Scheuten*, in: de Witt/Scheuten, NABEG, 2013, § 1 Rn. 40: „gesetzgeberische Vorprägung“.

⁹⁰ OVG Greifswald, Urt. v. 07.02.2023 – 5 K 171/22 OVG, juris Rn. 159; *Deutinger/Sailer*, Verfahrensrecht, Denkmalschutz und § 2 EEG 2023, ZNER 2023, S. 120 (125 m. w. N.); *Müller*, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Klimaschutz und Energie, 16.05.2022, S. 13 ff.; noch offenlassend OVG Lüneburg, Beschl. v. 12.10.2022 – 12 MS 188/21, juris Rn. 59.

⁹¹ Abwägungsdirektiven sind im allgemeinen gesetzgeberische Gewichtungsvorgaben, die die behördliche Entscheidung in einer bestimmten Weise steuern,

jedoch keinen absoluten Geltungsvorrang erzeugen, vgl. *Köck*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2. Aufl. 2012, § 37 Rn. 105.

⁹² Ermessensdirektiven sind gesetzliche Leitvorschriften, die das Ermessen aufgrund einer Wertung des Gesetzgebers vorstrukturieren, vgl. *Riese*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, 43. EL 2022, § 114 Rn. 20 f.

⁹³ Dies wird teils unterschiedlich aus Satz 1 und/oder Satz 2 hergeleitet, siehe etwa aus Satz 1: *Müller*, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Klimaschutz und Energie, 16.05.2022, S. 14; *Erbguth*, Klimakrise, Energiekrise: Beurteilung und Fortentwicklung neuer materiell-rechtlicher Steuerungsansätze, DVBl 2023, S. 510 (515), der Satz 2 gar als redundant bewertet; *Schäfer/Stamme*, Rechtlicher Überblick: Was hat sich 2022 im Energiewenderecht geändert?, EnWZ 2023, S. 249 (250), die Satz 1 als „Herzstück“ bezeichnen. Vgl. dazu auch die Gesetzesbegründung zu § 11 c EnWG, BT-Drs. 20/5830, S. 46. Demgegenüber sehen *Schlacke/Wentzien/Römling*, Beschleunigung der Energiewende: Ein gesetzgeberischer Paradigmenwechsel durch das Osterpaket?, NVwZ 2022, S. 1577 (1578) in Satz 2 die entscheidende Gewichtungsvorgabe; *Attendorn*, Umweltrechtliche Ausnahmeabwägungen über die Zulassung von Wasser- und Windkraftanlagen nach dem „Osterpaket“, NVwZ 2022, S. 1586 (1588) sieht in Satz 2 „eine neue Qualität“, da dieser einen „expliziten Abwägungsvorgang installiert“. So im Ergebnis auch *Hovorková*, OVG Greifswald (5. Senat), Urteil vom 23.02.2023 – 5 K 171/22 OVG: Weg frei für Anlagen für erneuerbare Energien?, EWeRK 2023, S. 130 (134); *Muffler*, Klimaschutz in der Abwägung von Verwaltungsentscheidungen, KlimR 2023, S. 240 (242 f.); *Frank/Rolshoven*, Die Novelle des Bundesnaturschutzgesetzes zur Windenergie an Land, ZNER 2022, S. 535 (540) sowie *Kment/Jurdt*, Windenergie und Denkmalschutz, NVwZ 2022, S. 1597 (1605). Die Frage offenlassend *Parzefall*, Die neue Abwägungsdirektive des § 2 EEG im Gefüge des Bauplanungsrechts, NVwZ 2022, S. 1592; *Renno*, Der Rechtsrahmen für den Ausbau der Windenergie an Land unter Betrachtung und Bewertung aktueller Gesetzesnovellen, EnWZ 2023, S. 203; *Bader/Deißler/Weinke*, Öffentliches Interesse und öffentliche Sicherheit beim Ausbau der Erneuerbaren Energien – § 2 EEG 2023, ein Paradigmenwechsel?, ZNER 2022, S. 337; *Eh*, Beschleunigung durch Priorisierung – Zum Potenzial der Neufassung des § 2 EEG für Windenergieanlagen im Bauplanungsrecht, IR 2022, S. 279.

verstanden wird⁹⁴. Ungeachtet der bis heute nicht einheitlichen Terminologie und Abgrenzung dieser Figuren⁹⁵ liegt die Besonderheit bei § 2 EEG 2023 darin, dass der Gesetzgeber – wenngleich abstrakt – eine verbindliche einzelfallunabhängige Gewichtung vorgibt. Dies unterscheidet § 2 EEG 2023 auch von anderen bislang als Gewichtungsvorgabe eingeordneten Regelungen, die in der Gewichtung meist viel abstrakter bleiben⁹⁶. Es geht daher bei § 2 EEG 2023 auch nicht darum, dass die Belange der erneuerbaren Energien überhaupt oder möglichst weitgehend beachtet werden⁹⁷. Vielmehr ist von einem einheitlichen Begriff der Gewichtungsvorgabe auszugehen und die Frage nach dem Grad der jeweiligen Überwindungsmöglichkeit bzw. Bindungswirkung abhängig von der Gewichtung des jeweiligen Belangs zu bestimmen⁹⁸. Im Fall der erneuerbaren Energien ist diese Gewichtung durch § 2 S. 1 EEG 2023 „besonders hoch“ und soll als Folge dessen nur in Ausnahmefällen überwunden werden können (zu Satz 2 von § 2 EEG 2023

siehe unten)⁹⁹. Insoweit ließe sich von einer gesetzlichen Gewichtungsvorgabe besonderer Art sprechen¹⁰⁰.

Diese gesetzliche Vorgabe ist bei der Ausfüllung relevanter Wertungsspielräume durch die Behörden und Gerichte zugrunde zu legen und trägt letztlich dem Grundsatz der Gleichbehandlung in allen Fällen mit erneuerbaren Energien Rechnung¹⁰¹. Die Gewichtungsvorgabe gilt dabei für jede einzelne Anlage, was sich sowohl aus dem klaren Wortlaut als auch der Gesetzesbegründung ergibt¹⁰², und auch auf der Linie der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts liegt¹⁰³. Jede einzelne Anlage an jedem einzelnen Standort ist überragend wichtig¹⁰⁴. Zugleich erteilt der Gesetzgeber damit gegenteiligen Stimmen aus Rechtsprechung und Literatur eine Absage¹⁰⁵.

Da die Gewichtungsvorgabe verbindlich, aber dennoch abstrakt ausgestaltet ist, haben die Behörden (und Gerichte) bei der einzelfallbezogenen Gewichtung der

⁹⁴ Riese/Brennecke, Beschleunigung des Windenergie-Ausbaus, UWP 2022, S. 121 (124); vgl. auch OVG Lüneburg, Beschl. v. 12.10.2022 – 12 MS 188/21, juris Rn. 40, 59; a. A. OVG Greifswald, Urt. v. 07.02.2023 – 5 K 171/22 OVG, juris Rn. 163, das zum denkmalschutzrechtlichen Optimierungsgebot abgrenzt; hierzu Gollan, Wirkung des § 2 EEG bei der Genehmigung von Anlagen zur Energieerzeugung, IR 2023, S. 182 (183).

⁹⁵ Siehe nur Riese, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht VwGO, 36. EL 2019, § 114 Rn. 197; Erbguth, Klimakrise, Energiekrise: Beurteilung und Fortentwicklung neuer materiell-rechtlicher Steuerungsansätze, DVBl 2023, S. 510 (515, 517); grundsätzlich auch Dreier, Die normative Steuerung der planerischen Abwägung. Strikte Normen, generelle Planungsleitbegriffe, Planungsleitlinien und Optimierungsgebote, 1995, Kapitel 6 und 10.

⁹⁶ Z. B. § 29b Abs. 1 S. 2 LuftVG: „Auf die Nachtruhe der Bevölkerung ist in besonderem Maße Rücksicht zu nehmen“ und hierzu BVerwG, Urt. v. 16.3.2006 – 4 A 1075/04, juris Rn. 269; § 50 BImSchG: „Bei raumbedeutsamen Planungen und Maßnahmen in Gebieten, in denen die in Rechtsverordnungen nach § 48a Absatz 1 festgelegten Immissionsgrenzwerte und Zielwerte nicht überschritten werden, ist bei der Abwägung der betroffenen Belange die Erhaltung der bestmöglichen Luftqualität als Belang zu berücksichtigen“.

⁹⁷ Vgl. in Abgrenzung zum Optimierungsgebot OVG Greifswald, Urt. v. 07.02.2023 – 5 K 171/22 OVG, juris Rn. 163.

⁹⁸ Riese, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht VwGO, 36. EL 2019, § 114 Rn. 197.

⁹⁹ BT-Drs. 20/1630, S. 159.

¹⁰⁰ Siehe zur besonderen Wirkung dieser Gewichtungsvorgabe auch Schlacke/Wentzien/Römling, Beschleunigung der Energiewende: Ein gesetzgeberischer Paradigmenwechsel durch das Osterpaket?, NVwZ 2022,

S. 1577 (1578), die – wenngleich aus Satz 2 herleitend – eine „Rechtswirkung zwischen einer Ermessens- beziehungsweise Abwägungsdirektive und einem absoluten Gewichtungsvorrang“ feststellen.

¹⁰¹ Am Beispiel der Ermessensbindung Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 7 Rn. 14.

¹⁰² BT-Drs. 20/1630, S. 158 f.: „findet auch für einzelne Windenergieanlagen Anwendung“, „betrifft jede einzelne Anlage“; OVG Greifswald, Urt. v. 07.02.2023 – 5 K 171/22 OVG, juris Rn. 159 und 167; Attendorn, Umweltrechtliche Ausnahmeabwägungen über die Zulassung von Wasser- und Windkraftanlagen nach dem „Osterpaket“, NVwZ 2022, S. 1586 (1590).

¹⁰³ BVerfG, Beschl. v. 23.03.2022 – 1 BvR 1187/17, juris Rn. 104, 142 ff.; hierauf bezugnehmend VG Braunschweig, Urt. v. 11.05.2022 – 2 A 100/19, juris Rn. 60; Deutinger/Sailer, Verfahrensrecht, Denkmalschutz und § 2 EEG 2023, ZNER 2023, S. 120 (125 m.w.N.); zuvor schon OVG Koblenz, Urt. v. 08.11.2017 – 1 A 11653/16, juris Rn. 129, 132; VG Wiesbaden, Urt. v. 24.07.2020 – 4 K 2962/16.WI, juris Rn. 120 ff.; vgl. auch EuGH, Urt. v. 04.05.2016 – C-346/14, Rn. 33, 79 f.

¹⁰⁴ OVG Greifswald, Urt. v. 07.02.2023 – 5 K 171/22 OVG, juris Rn. 167; Deutinger/Sailer, Verfahrensrecht, Denkmalschutz und § 2 EEG 2023, ZNER 2023, S. 120 (125 und 127).

¹⁰⁵ Vgl. etwa OVG Koblenz, Urt. v. 13.01.2016 – 8 A 10535/15, juris Rn. 114; am Beispiel des artenschutzrechtlichen Ausnahmeregimes auch VG Gießen, Urt. v. 03.09.2019 – 3 K 250/16.GI, juris Rn. 96; VG Gießen, Urt. v. 22.01.2020 – 1 K 6019/18.GI, juris Rn. 124 ff.; Gellermann, Windkraftnutzung im Lichte der Vogelschutzrichtlinie 2009/147/EG, NuR 2020, S. 178 (180); am Beispiel des wasserrechtlichen Ausnahmeregimes VG Augsburg, Urt. v. 14.11.2017 – Au 3 K 17.196, juris Rn. 42.

erneuerbaren Energien zwar noch einen begrenzten Konkretisierungsspielraum. Dieser muss sich aber innerhalb der Wertungsentscheidung des Gesetzgebers bewegen und darf insbesondere nicht „nach unten“ abweichen. So muss § 2 S. 1 EEG 2023 auch dann Anwendung finden, wenn es sich um eine Einzelanlage zur Eigenversorgung oder eine Anlage mit geringerem Energieertrag handelt¹⁰⁶. Umgekehrt können aber z. B. hohe und/oder möglichst kontinuierliche Stromerträge (Windhöflichkeit, Anlagenanzahl/-fläche, technische Parameter etc.), gute Erschließungssituationen (Entfernung zu bestehenden Infrastrukturen wie Netze und Wege, Bündelungsmöglichkeiten etc.) und weitere, für die Stromerzeugung besonders positive Aspekte¹⁰⁷ sowie auch eine planerische Verankerung (z. B. Standort innerhalb eines Windenergiegebiets) ein zusätzliches Gewicht verleihen im Vergleich zum bereits abstrakt besonders hohen Gewicht der Einzelanlagen¹⁰⁸. Zudem nimmt das Gewicht des Klimaschutzgebots mit fortschreitendem Klimawandel sogar noch weiter zu und erhöht damit sukzessive auch das Gewicht der erneuerbaren Energien¹⁰⁹.

Da zudem die abstrakte Gewichtung verbindlich feststeht, wird die Darlegungs- und Begründungslast diesbezüglich erheblich erleichtert¹¹⁰. Hinsichtlich der besonders

hohen Gewichtung der erneuerbaren Energien genügt nämlich ein Verweis auf die gesetzliche Wertung in § 2 S. 1 EEG 2023. Eine gesonderte Prüfung und Begründung des besonders hohen Gewichts ist nicht (mehr) erforderlich. Gleiches gilt für eine Ermessensausübung. Hier ist § 2 EEG 2023 bzw. die verfassungsrechtlich begründete Wertungsentscheidung darin als leitende Ermessenserwägung zu beachten. Bei Nichtbeachtung führt dies zu einem Ermessensfehlgebrauch¹¹¹.

Wie schon bei den gesetzgeberischen Vorbildern im Stromleitungsbau bedeutet das „überragend“ aber nicht – wie man nach dem strengen Wortsinn¹¹² vielleicht meinen könnte –, dass dieses öffentliche Interesse alle anderen Interessen oder Belange im Sinne eines strikten Über-/Unterordnungsverhältnisses „überragt“¹¹³. Ansonsten wären andere entgegenstehende öffentliche Interessen und Belange stets nachrangig und eine Abwägung praktisch obsolet. Der Gesetzgeber wollte jedoch keinen absoluten Vorrang regeln und die Abwägung damit gänzlich vorwegnehmen, sondern einen relativen Vorrang¹¹⁴.

Zugleich ist dies abzugrenzen von der Formulierung eines „überwiegenden“ öffentlichen Interesse, wie es in zahlreichen Regelungen als Voraussetzung für Ausnahme-

¹⁰⁶ Unklar bei *Hendrichske*, Bewältigung naturschutzrechtlicher Konflikte beim Ausbau erneuerbarer Energien, NVwZ 2023, S. 965 (967 f.).

¹⁰⁷ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 23.03.2022 – 1 BvR 1187/17, juris Rn. 149; OVG Greifswald, Urt. v. 07.02.2023 – 5 K 171/22 OVG, juris Rn. 167 a. E.

¹⁰⁸ Siehe allgemein zu den relevanten Gewichtungsspekten im Falle der Windenergie *Wulfert/Köstermeyer/Lau*, Vögel und Windenergienutzung, BfN-Schriften 634, 2022, S. 143 ff.; *Wulfert/Köstermeyer/Lau*, Vögel und Windenergienutzung – Vorgaben zur Signifikanzbewertung und Ausnahme, NUR 2022, S. 441 (450).

¹⁰⁹ BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18, juris Rn. 198 a. E.; VG Darmstadt, Urt. v. 04.11.2021 – 6 K 826/17.DA, juris Rn. 353; *Burrack*, Genehmigung einer Windenergieanlage trotz Überschreitung einer im Flächennutzungsplan vorgesehenen Höhenbegrenzung, jurisPR-ÖffBauR 8/2022 Anm. 5, D; *Deutinger/Sailer*, Verfahrensrecht, Denkmalschutz und § 2 EEG 2023, ZNER 2023, S. 120 (125).

¹¹⁰ Statt vieler *Müller*, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Klimaschutz und Energie, 16.05.2022, S. 14; *Erbguth*, Klimakrise, Energiekrise: Beurteilung und Fortentwicklung neuer materiell-rechtlicher Steuerungsansätze, DVBl 2023, S. 510 (515); im Ergebnis auch, aber dies erst aus Satz 2 herleitend *Schlacke/Wentzien/Römling*, Beschleunigung der

Energiewende: Ein gesetzgeberischer Paradigmenwechsel durch das Osterpaket?, NVwZ 2022, S. 1577 (1578).

¹¹¹ Vgl. am Beispiel der Grundrechte *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 7 Rn. 23.

¹¹² „Überragend“ = „etwas Vergleichbares an Bedeutung weit übertreffend“ auf Duden online, <https://www.duden.de/node/188094/revision/1242580>.

¹¹³ So etwa auch *Bader/Deißler/Weinke*, Öffentliches Interesse und öffentliche Sicherheit beim Ausbau der Erneuerbaren Energien – § 2 EEG 2023, ein Paradigmenwechsel?, ZNER 2022, S. 337 (338).

¹¹⁴ Vgl. BT-Drs. 20/1630, S. 159; VG Köln, Beschl. v. 19.01.2023 – 14 L 387/22, juris Rn. 146; VG Bayreuth, Beschl. v. 28.02.2023 – B 9 S 22.1032, juris Rn. 57 f.; *Müller*, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Klimaschutz und Energie, 16.05.2022, S. 14; *Bader/Deißler/Weinke*, Öffentliches Interesse und öffentliche Sicherheit beim Ausbau der Erneuerbaren Energien – § 2 EEG 2023, ein Paradigmenwechsel?, ZNER 2022, S. 337 (338); *Kment/Jurdt*, Windenergie und Denkmalschutz, NVwZ 2022, S. 1597 (1602); für eine künftige Weiterentwicklung zu einem absoluten Vorrang *Erbguth*, Klimakrise, Energiekrise: Beurteilung und Fortentwicklung neuer materiell-rechtlicher Steuerungsansätze, DVBl 2023, S. 510 (517).

und Befreiungsentscheidungen vorgesehen ist. Hierbei sind verschiedene Anknüpfungspunkte bei der Abwägung zu unterscheiden. Das übertreffende Interesse betrifft die Gewichtung als Teil des Abwägungsvorgangs, während das überwiegende Interesse das nachfolgende Abwägungsergebnis betrifft. Hätte der Gesetzgeber also ein überwiegendes öffentliches Interesse geregelt, hätte er damit zugleich das Abwägungsergebnis im Sinne eines Überwiegens festgeschrieben und damit die Abwägung gänzlich vorweggenommen. Auch dies hätte einem absoluten Vorrang entsprochen, den der Gesetzgeber gerade nicht regeln wollte.

V. Öffentliche Sicherheit

Neben dem übertreffenden öffentlichen Interesse schreibt der Gesetzgeber in § 2 S. 1 EEG 2023 ebenfalls fest, dass die Errichtung und der Betrieb von Erneuerbare-Energien-Anlagen der „öffentlichen Sicherheit“ dienen¹¹⁵. Dies geschieht nach der Gesetzesbegründung nicht zuletzt mit Blick auf die europäische Rechtsprechung. In einem Urteil des Europäischen Gerichtshofs aus dem Jahre 1984¹¹⁶ wird nämlich Energieerzeugnissen wegen ihrer außerordentlichen Bedeutung als Energiequelle für die moderne Wirtschaft und für die Existenz eines Staates eine ganz wesentliche Bedeutung beigemessen. In Anlehnung hieran ist im Rahmen des § 2 EEG 2023 mit der „öffentlichen Sicherheit“ primär die Energieversorgungssicherheit sowie die diesbezügliche Gewährleistung des Funktionierens der öffentlichen Einrichtungen, der wichtigsten

Dienste und der Wirtschaft gemeint¹¹⁷. Die Energieversorgung ist nämlich als Teil der Daseinsvorsorge unerlässlich für die Sicherung einer menschenwürdigen Existenz¹¹⁸. Über diesen zusätzlichen Belang wird das einzustellende Gewicht der erneuerbaren Energien weiter gestärkt¹¹⁹.

Als Unterfall des öffentlichen Interesses¹²⁰ ist die öffentliche Sicherheit bei einigen Abwägungsentscheidungen, insbesondere bei der habitatschutz- und der artenschutzrechtlichen Ausnahme nach § 34 Abs. 4 bzw. § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG, als besonderer abwägungsfähiger Belang normiert, während ein „unbenanntes“ öffentliches Interesse dort teils nicht ausreicht. Damit ist über § 2 EEG 2023 – bzw. speziell für die Windenergie auch nach § 45b Abs. 8 Nr. 1 BNatSchG – vor allem der Anwendungsstreit bei der artenschutzrechtlichen Ausnahme geklärt, indem der Gesetzgeber den Ausnahmegrund der öffentlichen Sicherheit ausdrücklich fest schreibt (siehe auch unten zu Art. 3 EU-Notfall-VO)¹²¹.

Darüber hinaus ist für die Anwendbarkeit von § 2 EEG 2023 im jeweiligen Fachrecht ein übereinstimmendes Begriffsverständnis von „öffentliche[r] Sicherheit“ im Sinne der Energieversorgungssicherheit bzw. eine diesbezügliche Offenheit des Begriffs erforderlich. Dies gilt z. B. für die eben erwähnte habitat- und artenschutzrechtliche Ausnahme, jedoch z. B. nicht für die öffentliche Sicherheit im Luftverkehrs- und Luftsicherheitsrecht, die dort die Flugverkehrssicherheit meint¹²².

¹¹⁵ Auch dies wurde zuvor in der Rechtsprechung teils anders gesehen, etwa zur artenschutzrechtlichen Ausnahme VG Gießen, Urt. v. 22.01.2020 – 1 K 6019/18.GI, juris Rn. 118 ff.; a. A. dagegen VGH Kassel, Beschl. v. 06.01.2020 – 9 B 1876/18, juris Rn. 28 f.

¹¹⁶ EuGH, Urt. v. 10.07.1984 – 72/83, Rn. 34.

¹¹⁷ BT-Drs. 20/1630, S. 159; VG Bayreuth, Beschl. v. 28.02.2023 – B 9 S 22.1032, juris Rn. 58; OVG Münster, Urt. v. 29.11.2022 – 22 A 1184/18, juris Rn. 359 ff.; OVG Greifswald, Urt. v. 07.02.2023 – 5 K 171/22 OVG, juris Rn. 158 f.; Bader/Deißler/Weinke, Öffentliches Interesse und öffentliche Sicherheit beim Ausbau der Erneuerbaren Energien – § 2 EEG 2023, ein Paradigmenwechsel?, ZNER 2022, S. 337 (338); vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 23.03.2022 – 1 BvR 1187/17, juris Rn. 103, 106 ff.

¹¹⁸ So bereits BVerfGE 66, 248 (258).

¹¹⁹ Vgl. OVG Greifswald, Urt. v. 07.02.2023 – 5 K 171/22 OVG, juris Rn. 158 ff.

¹²⁰ VG Darmstadt, Beschl. v. 24.08.2018 – 6 L 4907/17.DA, juris Rn. 167; VGH Kassel, Beschl. v. 06.11.2018 – 9 B 765/18, juris Rn. 12; EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-411/17, EU:C:2019:622, Rn. 155 ff.; Bader/Deißler/Weinke, Öffentliches Interesse und öffentliche Sicherheit beim Ausbau der Erneuerbaren Energien – § 2 EEG 2023, ein Paradigmenwechsel?, ZNER 2022, S. 337 (338).

¹²¹ So auch Agatz, Windenergie Handbuch, 19. Aufl. 2023, S. 100; Ewer, Grundelemente einer nachhaltigen und unabhängigen Energieversorgung, NVwZ 2023, S. 951 (952); zum Ganzen Sailer, Die artenschutzrechtliche Ausnahme bei Windenergieanlagen, ZNER 2020, S. 206 (210 f.); siehe zudem hinsichtlich Windenergieanlagen § 45b Abs. 8 Nr. 1 BNatSchG.

¹²² Z. B. in § 5 Abs. 2 LuftVG oder in §§ 3 Abs. 4 S. 1 und 2, 7 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 LuftSiG, vgl. Baldus, Gefahrenabwehr in Ausnahmefällen – Das Luftsicherheitsgesetz auf dem Prüfstand, NVwZ 2006, S. 532.

VI. Vorrangiger Belang nach Satz 2

Satz 2 von § 2 EEG 2023 regelt:

„Bis die Stromerzeugung im Bundesgebiet nahezu treibhausgasneutral ist, sollen die erneuerbaren Energien als vorrangiger Belang in die jeweils durchzuführenden Schutzgüterabwägungen eingebracht werden.“

Die Regelung ist zwar eine Neuerung im Vergleich zu den zuvor schon bestandenen Regelungen beim Stromleitungsbau, wobei die zeitliche Begrenzung durchaus kritisiert werden kann¹²³. Jedoch konkretisiert der Gesetzgeber hierbei in Teilen lediglich seine Wertungsentscheidung aus Satz 1, aus der – wie oben beschrieben – bereits eine Gewichtungsvorgabe und eine diesbezügliche Erleichterung der Darlegungs- und Begründungslast folgt¹²⁴.

Bei Satz 2 handelt es sich vom Wortlaut ausgehend um eine Spezialregelung für Schutzgüterabwägungen, während Satz 1 jegliche Wertungsspielräume adressiert. Auch wenn der Begriff der Abwägung sehr vielschichtig ist¹²⁵ und auch im Rahmen des allgemein geltenden Verhältnismäßigkeitsprinzips eine Abwägung stattfindet¹²⁶, meint Schutzgüterabwägungen im vorliegenden Sinne einen speziellen wichtigen Unterfall von Wertungsentscheidungen, bei

dem vom Entscheidungsträger (in der Regel der Behörde oder dem Gericht) eine Gewichtung und Abwägung der betroffenen Schutzgüter verlangt wird. Hierbei ist vor allem zwischen der planerischen, multipolaren Abwägung (z. B. im Rahmen der Raumordnung und Bauleitplanung) und der sog. nachvollziehenden, meist bipolaren Abwägung (häufig bei Ausnahme- und Befreiungsentscheidungen sowie im Rahmen des § 35 Abs. 3 S. 1 Baugesetzbuch (BauGB¹²⁷)) zu differenzieren¹²⁸. Zudem ist zwischen dem Abwägungsvorgang und dem Abwägungsergebnis zu unterscheiden. Der Abwägungsvorgang besteht bei der planerischen Abwägung aus der Ermittlung bzw. dem Zusammentragen der Abwägungsbelange (1. Stufe), der Bewertung bzw. Gewichtung der einzelnen Belange (2. Stufe) und dem eigentlichen Abwägen der Belange gegen- und untereinander (3. Stufe)¹²⁹. Vergleichbar gestaltet sich auch der Abwägungsvorgang bei der nachvollziehenden Abwägung, also z. B. im Rahmen der artenschutzrechtlichen Ausnahme nach Feststellung einer Verbotsverletzung¹³⁰ oder im Rahmen der Prüfung der entgegenstehenden öffentlichen Belange (§ 35 Abs. 1, 3 BauGB) nach Feststellung einer Störung der Funktionsfähigkeit einer Radaranlage¹³¹. Die Abwägungsbelange stehen hier für die 1. Stufe bereits gesetzlich fest und müssen allenfalls noch konkretisiert werden (z. B. das jeweilige öffentliche Interesse)¹³². Sodann sind sie auch hier zu gewichten (2. Stufe) und abzuwägen (3.

¹²³ Die gesetzgeberische Wertungsentscheidung ist auch zum dauerhaften Erhalt der Treibhausgasneutralität wichtig, Müller, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Klimaschutz und Energie, 16.05.2022, S. 14; a. A. Attendorn, Umweltrechtliche Ausnahmeabwägungen über die Zulassung von Wasser- und Windkraftanlagen nach dem „Osterpaket“, NVwZ 2022, S. 1586 (1589: „stimmige gesetzgeberische Konzeption“).

¹²⁴ Erbguth, Klimakrise, Energiekrise: Beurteilung und Fortentwicklung neuer materiell-rechtlicher Steuerungsansätze, DVBl 2023, S. 510 (515); Müller, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Klimaschutz und Energie, 16.05.2022, S. 15; vgl. zudem Bader/Deißler/Weinke, Öffentliches Interesse und öffentliche Sicherheit beim Ausbau der Erneuerbaren Energien – § 2 EEG 2023, ein Paradigmenwechsel?, ZNER 2022, S. 337, die bei der Wirkungsweise nicht weiter zwischen Satz 1 und Satz 2 unterscheiden.

¹²⁵ Hierzu etwa Kment, Die Bewältigung von Nichtwissen durch adaptive Abwägung - zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Abwägung, ZUR 2016, S. 331 ff.; Schmidt-Abmann, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 92. EL 2020, Art. 19 Rn. 208.

¹²⁶ Allg. BVerfGE 141, 82 Rn. 53; BVerfGE 133, 277 Rn. 109; BVerfGE 92, 277, 327; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl. 2022, Art. 20 Rn. 120 ff.; zur Anwendung bei gebundenen Entscheidungen und bei Ermessensentscheidungen Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 7 Rn. 6, 23, § 10 Rn. 50.

¹²⁷ Baugesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. November 2017 (BGBl. I S. 3634), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 28. Juli 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 221) geändert worden ist.

¹²⁸ Siehe Kment, Die Bewältigung von Nichtwissen durch adaptive Abwägung - zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Abwägung, ZUR 2016, S. 331 (332 ff.); vgl. auch BVerwG, Urt. v. 20.12.2012 - 4 C 11/11, juris Rn. 26.

¹²⁹ Reidt, in: Bracher/Reidt/Schiller, Bauplanungsrecht, 9. Aufl. 2022, Rn. 11.175 f.

¹³⁰ Zur Prüfreihefolge Sailer, Die artenschutzrechtliche Ausnahme bei Windenergieanlagen, ZNER 2020, S. 206 (207).

¹³¹ Allg. zur Prüfung Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautberger/Löhr, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 35 Rn. 6, 68 ff.

¹³² Insoweit wird die „1. Stufe“ hier meistens auch gar nicht erwähnt bzw. dargestellt.

Stufe)¹³³. Bei der Gewichtung eines Belangs kommt es dabei vor allem auf die Bedeutung des jeweiligen Belangs¹³⁴ sowie auf das qualitative und quantitative Maß der Betroffenheit im Einzelfall an¹³⁵. Die Gewichtung unterliegt im Normalfall der vollen gerichtlichen Kontrolle¹³⁶. Das Abwägungsergebnis ist schließlich das Resultat dieses Abwägungsvorgangs.

1. Regelvermutung für das Überwiegen

Über die Gewichtungsvorgabe in Satz 1 hinausgehend und zugleich daraus ableitend¹³⁷ schreibt der Gesetzgeber in Satz 2 eine Regelvermutung für das Überwiegen der erneuerbaren Energien fest, indem diese „als vorrangiger Belang“ in Schutzgüterabwägungen eingebracht werden sollen¹³⁸. Auch wenn der Wortlaut diesbezüglich nicht ganz klar gefasst ist¹³⁹, sollen sich die

erneuerbaren Energien als höchstrangiges öffentliches Interesse in der Abwägung gegenüber anderen, gegenläufigen Interessen in der Regel durchsetzen. Ihr besonders hohes Gewicht kann daher nur in Ausnahmefällen überwunden werden¹⁴⁰. Über dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis wird die bloße Gewichtungsvorgabe aus Satz 1 im Fall von Schutzgüterabwägungen über Satz 2 zu einem relativen Gewichtungsvorrang¹⁴¹. Satz 1 hat primär die Gewichtung der erneuerbaren Energien im Blick, wenn gleich bereits „lose“ im Verhältnis zur Gewichtung der übrigen Schutzgüter („übertragend“)¹⁴². Satz 2 konkretisiert dies für Schutzgüterabwägungen und stellt eine echte, rechtliche Beziehung zur Gewichtung der gegenläufigen Interessen her. Zugleich wird damit klargestellt, dass die Festschreibung des überragenden öffentlichen Interesses und der öffentlichen Sicherheit die erneuerbaren Energien nicht

¹³³ Vgl. allg. BVerwG, Urt. v. 27.06.2013 – 4 C 1/12, juris Rn. 6 a. E.; zu § 35 BauGB BVerwG, Urt. v. 22.09.2016 – 4 C 2/16, juris Rn. 38; OVG Münster, Urt. v. 28.02.2008 – 10 A 1060/06, juris Rn. 44; zu § 34 BauGB *Mitschang/Reidt*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch, 15. Aufl. 2022, § 34 Rn. 34; OVG Lüneburg, Beschl. v. 14.04.2021 – 1 ME 140/20, juris Rn. 41 ff.; VGH Kassel, Urt. v. 11.03.2015 – 4 A 654/13, juris Rn. 66; zu § 38 Abs. 1 BauGB OVG Lüneburg, Beschl. v. 04.01.2005 – 7 ME 249/04, juris Rn. 10; zu § 133 Abs. 2 S. 1 BBergG BVerwG, Beschl. v. 05.03.2019 – 7 B 3/18, juris Rn. 28; zu § 8 S. 3 i. V. m. § 7 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Niedersächsisches Denkmalschutzgesetz (NDSchG) OVG Lüneburg, Beschl. v. 12.10.2022 – 12 MS 188/21, juris Rn. 32 und 34; zu § 15 BNatSchG VGH Mannheim, Beschl. v. 10.11.2022 – 10 S 1312/22, juris Rn. 54; offenlassend VGH München, Beschl. v. 17.08.2017 – 19 ZB 16.164, juris Rn. 20 m. w. N. zum diesbezüglichen Meinungsstreit.

¹³⁴ So auch *Erbguth*, Klimakrise, Energiekrise: Beurteilung und Fortentwicklung neuer materiell-rechtlicher Steuerungsansätze, DVBl 2023, S. 510 (515 f.), der dies aus § 2 S. 3 EEG 2023 herleitet, wonach die Vorschrift nicht gegenüber Belangen der Landes- und Bundesverteidigung gilt; OVG Lüneburg, Beschl. v. 12.10.2022 – 12 MS 188/21, juris Rn. 43, das die denkmalschutzrechtliche Erlaubnis unter anderem auf die fehlende Bedeutung des Denkmals stützt; OVG Berlin, Urt. v. 27.07.2023 – 3a A 52/23, juris Rn. 55, das die Belange des Denkmalschutzes entsprechend des Erhaltungszustands des Denkmals in die Abwägung einfließen lässt.

¹³⁵ Für die planerische Abwägung *Reidt*, in: Bracher/Reidt/Schiller, Bauplanungsrecht, 9. Aufl. 2022, Rn. 11.175; OVG Hamburg, Urt. v. 07.06.2012 – 2 E 8/09.N, juris Rn. 120; für die nachvollziehende Abwägung *Lau*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 45 Rn. 27; BVerwG, Beschl. v. 14.04.2011 – 4 B 77/09, juris Rn. 74.

¹³⁶ Am Beispiel der planerischen Abwägung *Reidt*, in: Bracher/Reidt/Schiller, Bauplanungsrecht, 9. Aufl. 2022, Rn. 11.175 f. und 11.178; am Beispiel der nachvollziehenden Abwägung bei der Waldumwandlungsgenehmigung VGH Kassel, Beschl. v. 10.02.2023 – 9 B 247/22.T, juris Rn. 19.

¹³⁷ BT-Drs. 20/1630, S. 159: „...das besonders hohe Gewicht der erneuerbaren Energien berücksichtigt werden muss. Die erneuerbaren Energien müssen daher nach § 2 Satz 2 EEG 2021 (...) als vorrangiger Belang in die Schutzgüterabwägung eingebracht werden“ (Hervorhebung durch Verfasser).

¹³⁸ OVG Greifswald, Urt. v. 07.02.2023 – 5 K 171/22 OVG, juris Rn. 160; *Schlacke/Wentzien/Römling*, Beschleunigung der Energiewende: Ein gesetzgeberischer Paradigmenwechsel durch das Osterpaket?, NVwZ 2022, S. 1577 (1578); *Attendorn*, Umweltrechtliche Ausnahmeabwägungen über die Zulassung von Wasser- und Windkraftanlagen nach dem „Osterpaket“, NVwZ 2022, S. 1586 (1588 f.); *Erbguth*, Klimakrise, Energiekrise: Beurteilung und Fortentwicklung neuer materiell-rechtlicher Steuerungsansätze, DVBl 2023, S. 510 (515).

¹³⁹ Vorteilhafter wäre eine eindeutige Vermutungsregelung im Wortlaut gewesen; kritisch zum Wortlaut auch *Erbguth*, Klimakrise, Energiekrise: Beurteilung und Fortentwicklung neuer materiell-rechtlicher Steuerungsansätze, DVBl 2023, S. 510 (515).

¹⁴⁰ BT-Drs. 20/1630, S. 159: „nur in Ausnahmefällen überwunden werden“.

¹⁴¹ *Hendrichske*, Bewältigung naturschutzrechtlicher Konflikte beim Ausbau erneuerbarer Energien, NVwZ 2023, S. 965 (967); *Erbguth*, Klimakrise, Energiekrise: Beurteilung und Fortentwicklung neuer materiell-rechtlicher Steuerungsansätze, DVBl 2023, S. 510 (515); *Schlacke/Wentzien/Römling*, Beschleunigung der Energiewende: Ein gesetzgeberischer Paradigmenwechsel durch das Osterpaket?, NVwZ 2022, S. 1577 (1577); *Ewer*, Grundelemente einer nachhaltigen und unabhängigen Energieversorgung, NVwZ 2023, S. 951 (952); ähnlich *Attendorn*, Umweltrechtliche Ausnahmeabwägungen über die Zulassung von Wasser- und Windkraftanlagen nach dem „Osterpaket“, NVwZ 2022, S. 1586 (1588 f.: „regelmäßiger Vorrang“).

¹⁴² *Erbguth*, Klimakrise, Energiekrise: Beurteilung und Fortentwicklung neuer materiell-rechtlicher Steuerungsansätze, DVBl 2023, S. 510 (515).

nur bis zu einem bloßen Gleichrang mit anderen, gegenläufigen Belangen aufwertet, sondern ihnen selbst gegenüber ebenfalls hochrangigen Interessen einen relativen Vorrang einräumt¹⁴³. Während für die 2. Stufe der Abwägung (= Gewichtung) das besonders hohe Gewicht der erneuerbaren Energien nach Satz 1 strikt und nicht nur als Regelfall/-vermutung vorgegeben ist, folgt daraus für die 3. Stufe der Abwägung (= das eigentliche Abwägen) eine Regelvermutung für das Überwiegen der erneuerbaren Energien nach Satz 2. Beides betrifft den Abwägungsvorgang¹⁴⁴, legt aber noch nicht das Abwägungsergebnis von vornherein fest. Andernfalls würde sich die Abwägung erübrigen.

In der Konsequenz des relativen Gewichtungsvorrangs können sich andere, gegenläufige Interessen und Belange zwar weiterhin im Einzelfall gegen die erneuerbaren Energien durchsetzen und damit die Regelvermutung widerlegen. Dafür ist aber erforderlich, dass den gegenläufigen Interessen im konkreten Einzelfall mindestens ein ebenso hohes Gewicht beigemessen wird, wie es der Gesetzgeber für die erneuerbaren Energien abstrakt festgeschrieben hat. Dabei lassen zwar viele fachgesetzliche Ausnahme- und Befreiungsregelungen das eigene Schutzgut erst dann in der Abwägung zurücktreten, wenn der jeweils andere Belang „überwiegt“. Erst bei einem solchen Überwiegen, also einer höheren Gewichtung, setzen sich also die erneuerbaren Energien dann durch. Daran ändert auch § 2 EEG 2023 nichts, da die

fachrechtlichen Vorgaben als solche von § 2 EEG 2023 unberührt bleiben; „überragend“ nach Satz 1 indiziert insoweit zwar den höchsten Rang, dieser kann aber im Einzelfall auf gleichrangige Schutzgüter stoßen¹⁴⁵. Jedoch sind über den Gewichtungsvorrang die erneuerbaren Energien im Regelfall bereits als vorrangiger Belang in die Abwägung einzubringen, so dass sie eben regelmäßig schwerer wiegen und damit jedenfalls diese Anforderung an die Ausnahme oder Befreiung erfüllen. Dies gilt auch für solche Belange, für die in Fachgesetzen ihrerseits ausdrücklich ein öffentliches Interesse benannt ist (z. B. hinsichtlich Kulturdenkmäler nach § 2 Abs. 1 ThürDSchG¹⁴⁶ oder der Erhaltung des Waldes nach § 9 Abs. 1 S. 3 BWaldG¹⁴⁷)¹⁴⁸.

Der relative Gewichtungsvorrang nach Satz 2 findet schließlich auch dann Anwendung, wenn sich im jeweiligen Fachrecht eine an § 2 EEG 2023 angelehnte Regelung ohne einen entsprechenden Satz 2 findet. Dies gilt namentlich für die artenschutzrechtliche Ausnahme bei Windenergieanlagen gemäß §§ 45 Abs. 7 i. V. m. 45b Abs. 8 Nr. 1 BNatSchG¹⁴⁹ (siehe hierzu unten zu Art. 3 EU-Notfall-VO). Die Regelung des § 45b Abs. 8 Nr. 1 BNatSchG, wonach der Betrieb von Windenergieanlagen im überragenden öffentlichen Interesse liegt und der öffentlichen Sicherheit dient, ist deklaratorischer Natur und dient lediglich der (wiederholenden) Klarstellung des Regelungsgehalts des § 2 S. 1 EEG 2023 an einer besonders wichtigen Stelle im Fachrecht¹⁵⁰. Die Anwendung von Satz 2 im

¹⁴³ Müller, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Klimaschutz und Energie, 16.05.2022, S. 14; *Erbguth*, Klimakrise, Energiekrise: Beurteilung und Fortentwicklung neuer materiell-rechtlicher Steuerungsansätze, DVBl 2023, S. 510 (515).

¹⁴⁴ Wie hier *Erbguth*, Klimakrise, Energiekrise: Beurteilung und Fortentwicklung neuer materiell-rechtlicher Steuerungsansätze, DVBl 2023, S. 510 (515); wohl auch *Schlacke/Wentzien/Römling*, Beschleunigung der Energiewende: Ein gesetzgeberischer Paradigmenwechsel durch das Osterpaket?, NVwZ 2022, S. 1577 (1578); a. A. *Attendor*, Umweltrechtliche Ausnahmeabwägungen über die Zulassung von Wasser- und Windkraftanlagen nach dem „Osterpaket“, NVwZ 2022, S. 1586 (1589).

¹⁴⁵ *Schlacke/Wentzien/Römling*, Beschleunigung der Energiewende: Ein gesetzgeberischer Paradigmenwechsel durch das Osterpaket?, NVwZ 2022, S. 1577 (1578); *Attendor*, Umweltrechtliche Ausnahmeabwägungen über die Zulassung von Wasser- und Windkraftanlagen nach dem „Osterpaket“, NVwZ 2022, S. 1586 (1589).

¹⁴⁶ Thüringer Gesetz zur Pflege und zum Schutz der Kulturdenkmale in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. April 2004 (GVBl. S. 465, 562), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 18. Dezember 2018 (GVBl. S. 731) geändert worden ist.

¹⁴⁷ Bundeswaldgesetz vom 2. Mai 1975 (BGBl. I S. 1037), das zuletzt durch Artikel 112 des Gesetzes vom 10. August 2021 (BGBl. I S. 3436) geändert worden ist.

¹⁴⁸ Dies ergibt sich schon daraus, dass es sich in diesen Fällen um ein „einfaches“ öffentliches Interesse handelt; siehe zudem OVG Greifswald, Urt. v. 07.02.2023 – 5 K 171/22 OVG, juris Rn. 163.

¹⁴⁹ So auch *Attendor*, Umweltrechtliche Ausnahmeabwägungen über die Zulassung von Wasser- und Windkraftanlagen nach dem „Osterpaket“, NVwZ 2022, S. 1586 (1590); *Schlacke/Wentzien/Römling*, Beschleunigung der Energiewende: Ein gesetzgeberischer Paradigmenwechsel durch das Osterpaket?, NVwZ 2022, S. 1577 (1579 f.).

¹⁵⁰ BT-Drs. 20/2354, S. 26 f.: „ist zusammen zu lesen mit § 2 EEG“.

Bundesnaturschutzgesetz bleibt davon unberührt. Ein Anwendungsausschluss, wie für die Belange der Landes- und Bündnisverteidigung nach Satz 3, ist hier weder in § 2 EEG 2023 noch in § 45b BNatSchG geregelt worden. Gleiches gilt für Windenergieanlagen auf See gemäß § 1 Abs. 3 Wind-SeeG, wo ebenfalls § 2 S. 2 EEG 2023 hineingelesen werden muss¹⁵¹. Für andere erneuerbare Energien, wie die Solarenergie, stellt sich diese Frage z. B. bei der artenschutzrechtlichen Ausnahme nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 (öffentliche Sicherheit) und Nr. 5 BNatSchG (öffentliches Interesse) gar nicht, da hier ohne weiteres der gesamte § 2 EEG 2023 anzuwenden ist.

2. Widerlegung der Regelvermutung/atypischer Ausnahmefall

Als Folge der Regelvermutung wird der Abwägungsvorgang auf die Prüfung beschränkt, ob ein (atypischer) Ausnahmefall vorliegt, wofür die Behörden die Darlegungs- und Begründungslast tragen¹⁵². Sie müssen die Atypik fachlich anhand der besonderen Umstände der jeweiligen Situation begründen¹⁵³. Will die Behörde gegen den relativen Gewichtungsvorrang entscheiden, ist dafür ein erhöhter Begründungsaufwand erforderlich¹⁵⁴.

Dabei sind ggf. vorhandene fachrechtliche Vorgaben zur Bewertung und Gewichtung der jeweiligen Schutzgüter zu beachten¹⁵⁵;

diese bleiben von § 2 EEG 2023 unberührt. Liegt ein solcher Ausnahmefall vor, führt dies zu einer im Ausgangspunkt ergebnisoffenen Abwägung zwischen den jeweiligen Interessen, in die allerdings das gesetzgeberische Ziel des Klimaschutzes und der Versorgungssicherheit mit erheblichem Gewicht zugunsten der erneuerbaren Energien einfließen muss¹⁵⁶.

Typische Auswirkungen von EE-Anlagen auf ihre Umwelt begründen keine Atypik¹⁵⁷. Diese kennt der Gesetzgeber und hat dennoch eine Regelvermutung für das Überwiegen der erneuerbaren Energien bestimmt; er nimmt diese Auswirkungen wegen der Beschleunigung des Erneuerbaren-Ausbaus und damit aus Gründen des Klimaschutzes und der Versorgungssicherheit also hin. Auch die Frage nach möglichen Standortalternativen kann weder dem besonders hohen Gewicht noch dem relativen Gewichtungsvorrang entgegengehalten werden und begründet insbesondere auch keinen atypischen Fall¹⁵⁸. In § 2 EEG 2023 selbst ist keine Alternativenprüfung vorgesehen, vielmehr trifft der Gesetzgeber darin eine Wertungsentscheidung für jegliche Standorte von erneuerbaren Energien. Daher kommt es auch nicht darauf an, dass der entgegenstehende Belang ortsgebunden ist, zumal auch die erneuerbaren Energien wegen der Flächenknappheit und

¹⁵¹ *Schlacke/Wentzien/Römling*, Beschleunigung der Energiewende: Ein gesetzgeberischer Paradigmenwechsel durch das Osterpaket?, NVwZ 2022, S. 1577 (1579 f.).

¹⁵² OVG Greifswald, Urt. v. 07.02.2023 – 5 K 171/22 OVG, juris Rn. 160 ff. m. w. N.; OVG Münster, Urt. v. 27.10.2022 – 22 D 243/21.AK, juris Rn. 179 ff.; Agatz, Windenergie Handbuch, 19. Aufl. 2023, S. 102; *Deutinger/Sailer*, Verfahrensrecht, Denkmalschutz und § 2 EEG 2023, ZNER 2023, S. 120 (126); *Müller*, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Klimaschutz und Energie, 16.05.2022, S. 14; *Attendorn*, Umweltrechtliche Ausnahmeabwägungen über die Zulassung von Wasser- und Windkraftanlagen nach dem „Osterpaket“, NVwZ 2022, S. 1586 (1589); *Schlacke/Wentzien/Römling*, Beschleunigung der Energiewende: Ein gesetzgeberischer Paradigmenwechsel durch das Osterpaket?, NVwZ 2022, S. 1577 (1578).

¹⁵³ OVG Greifswald, Urt. v. 07.02.2023 – 5 K 171/22 OVG, juris Rn. 160 m. w. N.; OVG Berlin, Urt. v. 27.07.2023 – 3a A 52/23, juris Rn. 53; Agatz, Windenergie Handbuch, 19. Aufl. 2023, S. 102.

¹⁵⁴ *Schlacke/Wentzien/Römling*, Beschleunigung der Energiewende: Ein gesetzgeberischer Paradigmenwechsel durch das Osterpaket?, NVwZ 2022, S. 1577 (1578); *Erbguth*, Klimakrise, Energiekrise: Beurteilung und Fortentwicklung neuer materiell-rechtlicher Steuerungsansätze, DVBl 2023, S. 510 (515); noch strenger *Seckel*, Folgen des Energiesofortmaßnahmenpakets für das Baurecht, NJW-Spezial 2022, S. 684 (685: „einen außerordentlichen Begründungsaufwand abverlangt“).

¹⁵⁵ Siehe zum europäischen Habitatschutz BVerwG, Urt. v. 09.07.2009 – 4 C 12/07, juris Rn. 12 ff.; BVerwG, Urt. v. 12.03.2008 – 9 A 3/06, juris Rn. 161 ff.

¹⁵⁶ Siehe zu einer vergleichbaren Konstellation im niedersächsischen Denkmalschutzrecht OVG Lüneburg, Beschl. v. 08.06.2023 – 1 ME 15/23, juris Rn. 16.

¹⁵⁷ Vgl. OVG Münster, Urt. v. 29.11.2022 – 22 A 1184/18, juris Rn. 449 f.

¹⁵⁸ OVG Greifswald, Urt. v. 07.02.2023 – 5 K 171/22 OVG, juris Rn. 165 ff.; OVG Münster, Urt. v. 29.11.2022 – 22 A 1184/18, juris Rn. 358 ff.; *Deutinger/Sailer*, Verfahrensrecht, Denkmalschutz und § 2 EEG 2023, ZNER 2023, S. 120 (127).

Nutzungskonkurrenzen faktisch kaum auf andere Standorte ausweichen können¹⁵⁹.

Gibt es für einen atypischen Ausnahmefall keine Anhaltspunkte, setzt sich als Regelfall das besonders hohe Gewicht der erneuerbaren Energien in der Abwägung durch¹⁶⁰. Damit muss nicht mehr, wie bislang, begründet werden, warum die erneuerbaren Energien (ausnahmsweise) schwerer wiegen, sondern warum dies ausnahmsweise nicht der Fall ist. Die Darlegungs- und Begründungslast wird also nicht nur in Teilen erleichtert, sondern gänzlich umgekehrt¹⁶¹. Für die fachliche Prüfung und Begründung der Atypik ist dabei auf Folgendes zu achten: Zum einen muss die Atypik gerade darin liegen, dass sie eine außerordentlich hohe Gewichtung des gegenläufigen Belangs begründet (z. B. höchste Bedeutung bzw. herausragende Schutzwürdigkeit¹⁶², oder höchster Grad an Betroffenheit), da nur dies die Regelvermutung zu überwinden vermag und einen relevanten Ausnahmefall in diesem Sinne darstellt. Zum anderen ist Bezugspunkt bzw. Vergleichsmaßstab der Atypik das jeweilige Schutzgut (z. B. Denkmäler), nicht etwa Unterkategorien davon (z. B. unterschiedliche Arten von Denkmälern). Dies ergibt sich aus der schutzgutsbezogenen Ausgestaltung des § 2 EEG 2023¹⁶³. Schließlich reichen insbesondere auch die Gründe, die zur Unterschutzstellung geführt haben, nicht aus, um einen atypischen Ausnahmefall zu begründen (z. B. Begründung der Denkmaleigenschaft oder des gemeinschaftlichen Interesses an Tier- und Pflanzenarten)¹⁶⁴. Andernfalls läge immer ein Ausnahmefall vor und § 2 EEG 2023 würde ohne Wirkung bleiben. Im Gerichtsverfahren kann und muss die gegen die Regelvermutung

entscheidende Behörde zur Widerlegung der Vermutung den vollen Beweis dazu führen, dass die vermutete Tatsache – hier das Überwiegen der erneuerbaren Energien – nicht vorliegt (vgl. § 173 VwGO i. V. m. § 292 ZPO)¹⁶⁵. Dieser Beweis gegen eine Vermutung ist kein Gegenbeweis, sondern ein Hauptbeweis. Zur Widerlegung reicht daher weder, dass das Gericht in seiner Überzeugung unsicher geworden ist, noch dass eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das Gegenteil der Vermutung spricht, vielmehr muss das Gericht vom Gegenteil der vermuteten Tatsache voll überzeugt sein¹⁶⁶.

Hinsichtlich des Überwindens des relativen Gewichtungsvorrangs heißt es in der Gesetzesbegründung, dass öffentliche Interessen den erneuerbaren Energien als wesentlicher Teil des Klimaschutzgebotes nur dann entgegenstehen können, wenn sie mit einem dem Art. 20a GG vergleichbaren verfassungsrechtlichen Rang gesetzlich verankert bzw. gesetzlich geschützt sind oder einen gleichwertigen Rang besitzen¹⁶⁷. Nach Art. 20a GG schützt der Staat auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere. Hierunter fallen alle Umweltmedien, also neben dem Klima u. a. auch Luft, Wasser, Boden, Pflanzen, Tiere, Landschaft, biologische Vielfalt etc.¹⁶⁸ und damit letztlich eine Vielzahl von Belangen, die mit den erneuerbaren Energien im Einzelfall kollidieren können. Daneben wären die Grundrechte zu nennen, denen ebenfalls ein verfassungsrechtlicher Rang zukommt. Diese Aufzählung zeigt zudem, dass es innerhalb dieser Vielzahl an Belangen erhebliche Unterschiede in der abstrakten Wertigkeit gibt (z. B. Recht auf körperliche Unversehrtheit vs. Landschaftsbild). Der Verweis in der

¹⁵⁹ OVG Greifswald, Urt. v. 07.02.2023 – 5 K 171/22 OVG, juris Rn. 165 ff.; *Deutinger/Sailer*, Verfahrensrecht, Denkmalschutz und § 2 EEG 2023, ZNER 2023, S. 120 (127).

¹⁶⁰ OVG Greifswald, Urt. v. 07.02.2023 – 5 K 171/22 OVG, juris Rn. 162; vgl. allg. am Beispiel der Regelvermutung von § 11 Abs. 3 Satz 3 BauNVO BVerwG, Beschl. v. 09.07.2002 – 4 B 14/02, juris Rn. 7 f.; BVerwG, Urt. v. 13.12.2007 – 4 C 9/07, juris Rn. 19 f.; *Herzer/Heyn*, Die Bedeutung von Zielen der Raumordnung für die Widerlegung der Regelvermutung nach § 11 Abs. 3 BauNVO, ZfBR 2020, S. 719 (720).

¹⁶¹ *Agatz*, Windenergie Handbuch, 19. Aufl. 2023, S. 102.

¹⁶² Vgl. OVG Berlin, Urt. v. 27.07.2023 – 3a A 52/23, juris Rn. 55.

¹⁶³ Siehe BT-Drs. 20/1630, S. 159: „(...) sollen die erneuerbaren Energien damit im Rahmen von

Abwägungsentscheidungen u. a. gegenüber seismologischen Stationen, Radaranlagen, Wasserschutzgebieten, dem Landschaftsbild, Denkmalschutz oder im Forst-, Immissionsschutz-, Naturschutz-, Bau- oder Straßenrecht nur in Ausnahmefällen überwunden werden.“

¹⁶⁴ OVG Berlin, Urt. v. 27.07.2023, 3a A 52/23, juris Rn. 55 f.

¹⁶⁵ Vgl. zur Regelvermutung des § 906 Abs. 1 S. 2 BGB *Fritz*, Das Verhältnis von privatem und öffentlichem Immissionsschutzrecht nach der Ergänzung von § 906 I BGB, NJW 1996, S. 573 (574).

¹⁶⁶ Allg. *Prütting*, in: Münchner Kommentar zur ZPO, 6. Auflage 2020, § 292 Rn. 25.

¹⁶⁷ BT-Drs. 20/1630, S. 159.

¹⁶⁸ *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 17. Aufl. 2022, Art. 20a Rn. 3 m. w. N.

Gesetzesbegründung darf daher nicht so verstanden werden, dass in diesem Sinne gleichwertige Interessen – gar noch unterschiedslos – stets den Ausnahmefall bilden und sich immer durchsetzen, während nicht gleichwertige stets zurücktreten. Dies würde ansonsten zu einer Verschärfung der bisherigen Abwägungsvorgaben zugunsten der hochrangigen Interessen führen und zu einem absoluten Vorrang gegenüber den weniger hochrangigen Interessen¹⁶⁹. Beides wäre nicht gewollt, da § 2 EEG 2023 am Erfordernis einer Abwägung – wo dies fachgesetzlich vorgesehen ist – festhält und auch nicht zu einer strikten Zweistufigkeit bei der Gewichtung oder gar einer Art übergreifender Gesamtabwägung höherwertiger und nicht höherwertiger Schutzgüter führt¹⁷⁰. Die Formulierung, dass gleichwertige Interessen entgegenstehen „können“, und die Nennung einer Vielzahl an betroffenen Belangen verdeutlichen dies.

Die in der Gesetzesbegründung angesprochenen Unterschiede in der verfassungsrechtlichen Wertigkeit der betroffenen Belange könnten jedoch die Anforderungen an die Darlegung und Begründung der Atypik bestimmen¹⁷¹. Gegenüber den nicht gleichrangig geschützten Belangen ist die Atypik besonders eng auszulegen und die Hürde für ihre Begründung sehr hoch anzusetzen. Bei gleichwertig geschützten Belangen besteht dagegen ein größerer Raum für die Feststellung eines atypischen Ausnahmefalls, wenngleich auch hier keine offene, gleichgewichtete Abwägung stattfindet, sondern von einer grundsätzlich vorrangigen Gewichtung der erneuerbaren Energien im Sinne des relativen Gewichtungsvorrangs auszugehen ist. Freilich bestehen selbst innerhalb dieser beiden „Gruppen“ dennoch erhebliche graduelle Unterschiede in der abstrakten Wertigkeit. In dieser Weise bestünde sogar bei hochwertigen Belangen wie dem

Gesundheitsschutz (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG)¹⁷² oder dem Gewässer- und Artenschutz (Art. 20a GG)¹⁷³ das Erfordernis eines erhöhten Begründungsaufwands für das Vorliegen einer Atypik, während bei sonstigen Belangen wie dem Schutz vor optisch bedrückender Wirkung oder dem Denkmalschutz darüber hinausgehend ein besonders hoher Begründungsaufwand erforderlich ist¹⁷⁴. Dies dürfte im abstrakten Wertungsvergleich z. B. auch für das Landschaftsbild gelten, wenngleich dieses von Art. 20a GG umfasst ist¹⁷⁵.

VII. Ausschluss nach Satz 3

In § 2 S. 3 EEG 2023 ist schließlich ein **Anwendungsausschluss für Satz 2** „gegenüber Belangen der Landes- und Bündnisverteidigung“ geregelt. Wann ein verteidigungspolitischer Beurteilungsspielraum vorliegt, muss dargelegt werden und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz standhalten¹⁷⁶. Liegt ein Belang der Landes- oder Bündnisverteidigung vor, sind zwar die strikte Gewichtungsvorgabe und die diesbezügliche Verschiebung der Darlegungs- und Begründungslast aus Satz 1 anzuwenden. Es folgt aber daraus keine Regelvermutung für das Überwiegen der erneuerbaren Energien. Damit tritt hier auch keine Beschränkung der Prüfung auf das Vorliegen eines Ausnahmefalls mit gänzlicher Umkehr der Darlegungs- und Begründungslast ein.

¹⁶⁹ Agatz, Windenergie Handbuch, 19. Aufl. 2023, S. 102.

¹⁷⁰ Agatz, Windenergie Handbuch, 19. Aufl. 2023, S. 102.

¹⁷¹ Hierzu und zu Folgendem Agatz, Windenergie Handbuch, 19. Aufl. 2023, S. 102 f.

¹⁷² Vgl. VG Bayreuth, Beschl. v. 28.02.2023 – B 9 S 22.1032, juris Rn. 55 ff.

¹⁷³ Vgl. VGH Mannheim, Urt. v. 12.10.2022 – 10 S 2903/21, juris Rn. 40 ff.; OVG Münster, Urt. v. 29.11.2022 – 22 A 1184/18, juris Rn. 448 ff.; VG Würzburg, Urt. v. 08.11.2022 – W 4 K 22.1262, juris Rn. 76 ff.

¹⁷⁴ Im Ergebnis auch, aber dies unterschiedslos fordernd Seckel, Folgen des Energiesofortmaßnahmenpakets für das Baurecht, NJW-Spezial 2022, S. 684 (685); zur Unterscheidung Agatz, Windenergie Handbuch, 19. Aufl. 2023, S. 102 f.

¹⁷⁵ Im Ergebnis auch Agatz, Windenergie Handbuch, 19. Aufl. 2023, S. 103.

¹⁷⁶ Bunte, Die Bedeutung des § 2 EEG im Rahmen des luftverkehrsrechtlichen Zustimmungsverfahrens nach den §§ 12, 14 LuftVG, ZNER 2023, S. 369 (373).

D. Anwendungsbereiche

In § 2 S. 1 EEG 2023 wird die gesetzliche Wertungsentscheidung zugunsten erneuerbarer Energien übergeordnet über die einzelnen Fachgesetzen normiert, was dieser eine Ausstrahlungswirkung in die Fachgesetze hinein verleiht. Dadurch wird der bereichsübergreifenden Querschnittsmaterie des Klimaschutzes Rechnung getragen. Sie wirkt damit zwar in alle Rechtsbereiche auf Bundes- und Landesebene hinein¹⁷⁷. Allerdings trifft der Gesetzgeber in vielen Fällen schon selbst abschließend die dort notwendigen Wertungsentscheidungen zum Ausgleich verschiedener Schutzgüter und Interessen, sodass den Behörden und Gerichten hier keine Wertungsspielräume mehr eröffnet sind (z. B. bei der Frage der Einhaltung von Lärmgrenzwerten nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz oder der Störung von Flugsicherungseinrichtungen § 18a LuftVG)¹⁷⁸. Voraussetzung für die Anwendung von § 2 EEG 2023 ist aber, dass der Gesetzgeber im jeweiligen Gesetz bzw. der jeweiligen Vorschrift als „Einfallstor“ einen wertungsoffenen Spielraum an die Behörden und/oder Gerichte delegiert hat, den er nunmehr über § 2 EEG 2023 entsprechend vorprägt und damit wieder einschränkt¹⁷⁹. Ob solche Spielräume im Einzelfall bestehen, ist durch Auslegung der jeweiligen Regelungen zu ermitteln. Auch wenn sie teils ineinander übergehen oder sogar deckungsgleich sind, finden sich solche relevanten wertungsoffenen Spielräume vor allem bei:

- **Schutzgüterabwägungen bzw. Abwägungsentscheidungen**, die sich auf ein öffentliches Interesse (hier vor allem der Klima- und Gesundheitsschutz) oder die

öffentliche Sicherheit (hier die Energieversorgungssicherheit) beziehen. Umfasst sind sowohl – die bereits oben erwähnten¹⁸⁰ – planerische gestaltende Abwägungen mit entsprechenden Gestaltungsspielräumen und eingeschränkter gerichtlicher Kontrolle (z. B. bei der Aufstellung von Raumordnungs- und Bauleitplänen) als auch sog. nachvollziehende Abwägungen (häufig bei Ausnahme- und Befreiungsentscheidungen). Auch für Letztere ist zwar Voraussetzung, dass die Entscheidung Wertungen zugänglich ist, die gewichtet und abgewogen werden können¹⁸¹. Diese Art der Abwägung wird aber als strikter Vorgang der Rechtsanwendung verstanden, der eine auf den Einzelfall ausgerichtete Gewichtsbestimmung im Sinne einer sachgeleiteten Wertung verlangt und – anders als bei der planerischen Abwägung – keine selbständigen politischen oder sonst wie gestalterischen Entscheidungen erlaubt und insoweit auch der vollen gerichtlichen Kontrolle unterliegt¹⁸². Hier ist daher auch weder Raum für Kompensationen bzw. Saldierungen der Vor- und Nachteile eines Vorhabens noch für Überlegungen zu Vorhabenalternativen¹⁸³.

- **Ermessensentscheidungen**, die der Verwaltung die Möglichkeit zur eigenverantwortlichen, wenn auch gesetzlich gelenkten Entscheidung gibt. Ähnlich wie bei Abwägungsentscheidungen hat die Behörde im Rahmen von Ermessensentscheidungen auf Rechtsfolgenseite einen gewissen Gestaltungsspielraum, der der Behörde eine Wahlmöglichkeit zwischen

¹⁷⁷ BT-Drs. 20/1630, S. 139.

¹⁷⁸ Agatz, Windenergie Handbuch, 19. Aufl. 2023, S. 103; Bader/Deißler/Weinke, Öffentliches Interesse und öffentliche Sicherheit beim Ausbau der Erneuerbaren Energien – § 2 EEG 2023, ein Paradigmenwechsel?, ZNER 2022, S. 337 (346).

¹⁷⁹ Vgl. auch BT-Drs. 20/1630, S. 159; Gillich, Das „überragende öffentliche Interesse“ an der beschleunigten Umsetzung industrieller Großprojekte, DÖV 2022, S. 1027 (1031): „administrative Beurteilungsspielräume zu verengen oder vollständig zu schließen“; Bader/Deißler/Weinke, Öffentliches Interesse und öffentliche Sicherheit beim Ausbau der Erneuerbaren Energien – § 2 EEG 2023, ein Paradigmenwechsel?, ZNER 2022, S. 337 (338); Parzefall, Die neue Abwägungsdirektive des § 2

EEG im Gefüge des Bauplanungsrechts, NVwZ 2022, S. 1592 (1593).

¹⁸⁰ C. IV.

¹⁸¹ BVerwG, Urt. v. 27.06.2013 – 4 C 1/12, juris Rn. 6 a. E.

¹⁸² BVerwG, Urt. v. 20.12.2012 – 4 C 11/11, juris Rn. 26; Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 40 Rn. 44.

¹⁸³ Allg. Kment, Die Bewältigung von Nichtwissen durch adaptive Abwägung - zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Abwägung, ZUR 2016, S. 331 (333); zu § 35 BauGB Rieger, in: Schrödter, BauGB, 9. Aufl. 2019, § 35 Rn. 10; zu § 45 Abs. 7 BNatSchG Lau, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 45 Rn. 26; zu § 34 BNatSchG BVerwG, Urt. v. 12.06.2019 – 9 A 2/18, juris Rn. 127.

Handlungsoptionen bietet¹⁸⁴. Der Gestaltungsspielraum muss der Behörde aber durch den Gesetzgeber in Form eines solchen Ermessens konkret aufgegeben worden sein. Eine gebundene Entscheidung, wie etwa die immissionsschutzrechtliche Genehmigung (§ 6 Abs. 1 BImSchG), wird nicht durch § 2 EEG 2023 zu einer Ermessensentscheidung, sodass § 2 EEG 2023 bei solchen Entscheidungen nur auf Tatbestandsseite, nicht jedoch auf der Rechtsfolgenseite Anwendung findet.

- **Einzelnen unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln**, die entsprechende wertungsoffene Spielräume enthalten, die für die Wertungen des § 2 EEG 2023 bei der Anwendung zugänglich sind (z. B. „Wohl der Allgemeinheit“, „Belange der Allgemeinheit“, „öffentliche Belange“)¹⁸⁵. Solche und ähnliche Begriffe werden meist mit dem Begriff des öffentlichen Interesses gleichgesetzt¹⁸⁶.
- **Sonstigen wertungsoffenen Spielräumen**, wie insbesondere Verhältnismäßigkeitsprüfungen¹⁸⁷.

Dabei spielt es keine Rolle, ob diese Spielräume den Behörden durch Bundes-, Landes- oder EU-Recht eröffnet werden. Noch vor Inkrafttreten der Regelung gab es hinsichtlich des Landesrechts zwar vereinzelte Stimmen, die eine Anwendung von § 2 EEG 2023 zumindest in Frage stellten¹⁸⁸. In der Zwischenzeit ist jedoch geklärt, dass die

Behörden und Gerichte die Festschreibung des überraschenden öffentlichen Interesses und der öffentlichen Sicherheit nach § 2 EEG 2023 auch bei landesrechtlichen Vorgaben mit Wertungsspielräumen zu beachten haben (z. B. beim Landesdenkmalschutz, Bauordnungsrecht)¹⁸⁹. Auch die Gesetzesbegründung nennt u. a. ausdrücklich das Denkmalschutzrecht, das Baurecht und das Straßenrecht¹⁹⁰. Dies ist, wie bereits oben erwähnt (B.), insbesondere keine Frage der (fehlenden) Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ergibt sich bei klimaschützenden Vorschriften aus der konkurrierenden Gesetzgebung nach Art. 70, 72 Abs. 1 und Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 (Luftreinhaltung) und Nr. 11 (Recht der Wirtschaft)¹⁹¹, von der der Bundesgesetzgeber hier abschließend Gebrauch gemacht hat. Durch § 2 EEG 2023 besteht auch keine Kompetenzüberschreitung des Bundes in Richtung landesrechtlicher Vorgaben, da durch die Wertungsentscheidung des Bundesgesetzgebers das – auf Bundes- und Landesebene geregelte – Fachrecht nicht geändert, sondern lediglich übergeordnet vorgegeben wird, wie in fachlichen Abwägungs-, Ermessens- oder Planungsentscheidungen die erneuerbaren Energien zu gewichten sind¹⁹². Auch dies obliegt im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung dem Bund, wovon er mit § 2 EEG 2023 – mit Wirkung für das gesamte relevante Fachrecht¹⁹³ – abschließend Gebrauch

¹⁸⁴ Allg. Buchheim/Möllers, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2022, § 46 Rn. 119; zu § 2 EEG 2023 Hovorková, OVG Greifswald (5. Senat), Urteil vom 23.02.2023 – 5 K 171/22 OVG: Weg frei für Anlagen für erneuerbare Energien?, EWeRK 2023, S. 130 (135).

¹⁸⁵ Vgl. Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 40 Rn. 157.

¹⁸⁶ Vgl. BVerwG, Urt. v. 09.06.1978 – IV C 54.75, juris Rn. 23; OVG Berlin, Urt. v. 20.12.2018 – OVG 6 B 1.17, juris Rn. 53; Gillich, Das „überragende öffentliche Interesse“ an der beschleunigten Umsetzung industrieller Großprojekte, DÖV 2022, S. 1027 (1031).

¹⁸⁷ Siehe etwa OVG Berlin, Urt. v. 27.07.2023 – 3a A 52/23, juris Rn. 57.

¹⁸⁸ Dies letztlich offenlassend OVG Lüneburg, Beschl. v. 21.04.2022 – 12 MS 188/21, juris Rn. 74 sowie auch noch OVG Lüneburg, Beschl. v. 12.10.2022 – 12 MS 188/21, juris Rn. 59.

¹⁸⁹ OVG Greifswald, Urt. v. 07.02.2023 – 5 K 171/22 OVG, juris Rn. 156; Deutinger/Sailer, Verfahrensrecht, Denkmalschutz und § 2 EEG 2023, ZNER 2023, S. 120 (124); Wissenschaftsplattform Klimaschutz, Die Beschleunigungsgesetzgebung („Osterpaket“) 2022:

Zukunftsorientiert über Windenergie an Land hinausdenken. Stellungnahme der Wissenschaftsplattform Klimaschutz, 2022, S. 9; Müller, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Klimaschutz und Energie, 16.05.2022, S. 15; Bader/Deißler/Weinke, Öffentliches Interesse und öffentliche Sicherheit beim Ausbau der Erneuerbaren Energien – § 2 EEG 2023, ein Paradigmenwechsel?, ZNER 2022, S. 337 (339); Schlacke/Wentzien/Römling, Beschleunigung der Energiewende: Ein gesetzgeberischer Paradigmenwechsel durch das Osterpaket?, NVwZ 2022, S. 1577 (1578 f.); Seckel, Folgen des Energiesofortmaßnahmenpakets für das Baurecht, NJW-Spezial 2022, S. 684 (685).

¹⁹⁰ BT-Drs. 20/1630, S. 159: „gegenüber seismologischen Stationen, Radaranlagen, Wasserschutzgebieten, dem Landschaftsbild, Denkmalschutz oder im Forst-, Immissionsschutz-, Naturschutz-, Bau- oder Straßenrecht“.

¹⁹¹ Altröck/Oschmann, in: Altröck/Oschmann/Theobald, Erneuerbare-Energien-Gesetz, 4. Aufl. 2013, Einf. Rn. 49.

¹⁹² OVG Greifswald, Urt. v. 07.02.2023 – 5 K 171/22 OVG, juris Rn. 156.

¹⁹³ BT-Drs. 20/1630, S. 139: „in allen Rechtsbereichen“.

gemacht hat. Ob § 2 EEG 2023 Anwendung findet, hängt daher auch bei Landesrecht allein davon ab, ob dort als „Einfallstor“ ein wertungsoffener Spielraum der Behörden besteht. Ist dies der Fall, muss § 2 EEG 2023 angewendet werden.

Dies gilt auch für eine Anwendung auf europarechtlich vorgegebene Wertungsspielräume¹⁹⁴. Auch insoweit geht es bei § 2 EEG 2023 nicht um eine Änderung von EU-Recht durch nationales Recht oder eine mitgliedstaatliche Definition von unionsrechtlichen Begriffen, sondern um eine Subsumtion unter die jeweiligen Begriffe, was neben der Exekutive auch dem Gesetzgeber zustehen muss¹⁹⁵. Darüber hinaus ist auch in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs anerkannt, dass die Förderung der erneuerbaren Energien von hoher Priorität ist und ein hohes öffentliches Interesse an einer nachhaltigen Energieentwicklung besteht¹⁹⁶. Sie könne daher von übergeordnetem/überwiegendem öffentlichen Interesse sein und daher im Einzelfall auch gewichtige Güter wie den Gewässerschutz überwinden¹⁹⁷. Hierauf nimmt auch die Gesetzesbegründung zu § 2 EEG 2023 ausdrücklich Bezug¹⁹⁸. Im Übrigen ist auf Art. 3 EU-Notfall-VO hinzuweisen (siehe unten).

¹⁹⁴ Offenlassend, aber unter Hinweis auf Art. 16d EE-RL 2023 (jetzt Art. 16f) letztlich keine unionsrechtlichen Bedenken sehend *Schlacke/Wentzien/Römling*, Beschleunigung der Energiewende: Ein gesetzgeberischer Paradigmenwechsel durch das Osterpaket?, NVwZ 2022, S. 1577 (1580).

¹⁹⁵ Ausdrücklich zum europäischen Habitatschutzrecht BVerwG, Urt. v. 09.07.2009 – 4 C 12/07, juris Rn. 15 f.;

BVerwG, Urt. v. 09.07.2017 – 7 A 2/15, juris Rn. 391; *Riese/Brennecke*, Klimaschutz vs. Artenschutz, UWP 2021, S. 108 (112 ff.).

¹⁹⁶ EuGH, Urt. v. 04.05.2016 – C-346/14, Rn. 69 ff., insbes. Rn. 73 und 78.

¹⁹⁷ EuGH, Urt. v. 04.05.2016 – C-346/14, Rn. 71 und 80.

¹⁹⁸ BT-Drs. 20/1630, S. 159.

E. Anwendungsbeispiele

Zusammengefasst trifft der Gesetzgeber mit der Festschreibung eines überragenden öffentlichen Interesses und des Beitrags zur öffentlichen Sicherheit in § 2 EEG 2023 eine Wertungsentscheidung. Er schreibt in Satz 1 ein höchstrangiges öffentliches Interesse an den erneuerbaren Energien fest und leitet daraus eine verbindliche Gewichtungsvorgabe ab („besonders hohes Gewicht“). Nach Satz 2 folgt daraus wiederum eine Regelvermutung für das Überwiegen der erneuerbaren Energien bei Abwägungen mit anderen gegenläufigen Interessen in Form eines relativen Gewichtungsvorrangs. Dies beschränkt die Prüfung im Rahmen der Abwägung auf das Vorliegen eines (atypischen) Ausnahmefalls, wofür die Behörde die Darlegungs- und Begründungslast trägt. Dies wirkt sich beispielhaft wie folgt aus:

I. Öffentliche Interessen

In verschiedenen Rechtsgebieten eröffnet der Begriff des „öffentlichen Interesses“ die Möglichkeit einer Abwägungsentscheidung der jeweiligen Fachbehörde. Mit dieser Möglichkeit der Abwägung ist in der Regel zugleich eine Verpflichtung dazu verbunden, da es sich dabei meist um Ausnahmen oder Befreiungen von Ge- oder Verboten handelt, deren Gewährung ein milderes Mittel gegenüber einer Versagung der Genehmigung darstellt. Sie sind damit obligatorischer Teil des Prüfungsprogramms in Genehmigungsverfahren¹⁹⁹ und es ist ausreichend, dass ihre Voraussetzungen objektiv vorliegen, auch wenn die Behörde dies fehlerhaft nicht geprüft hat²⁰⁰.

Nach § 67 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BNatSchG kann z. B. von den Ge- und Verboten des

Naturschutzrechts auf Antrag eine Befreiung gewährt werden, wenn dies aus Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses notwendig ist. Das trifft z. B. auf natur- und landschaftsschützende Ge- und Verbote in den §§ 39, 40, 42 und 43 BNatSchG zu²⁰¹. Das öffentliche Interesse setzt sich gegen diese Ge- und Verbote aber nur durch, wenn es „überwiegt“. Damit normiert der Gesetzgeber das Erfordernis einer einzelfallbezogenen Abwägungsentscheidung und delegiert die diesbezügliche Wertungsentscheidung an die zuständigen Behörden. Ob die Gründe des öffentlichen Interesses dann im Einzelfall die Belange des Natur- und Landschaftsschutzes überwiegen, ist eine Frage der Gewichtung und des Abwägens der betroffenen Naturschutzbelange mit den öffentlichen Interessen²⁰². Hierbei ist nunmehr § 2 EEG 2023 zu beachten und von einem regelmäßigen Überwiegen des öffentlichen Interesses an den erneuerbaren Energien auszugehen. Auch die Ausübung des diesbezüglichen Ermessens der Behörde („kann“) ist – vergleichbar einem intendierten Ermessen, wenngleich „von außen“ – in diese Richtung vorgeprägt²⁰³. Häufig ist die Erteilung einer Ausnahme/Befreiung aber noch an weitere Voraussetzungen geknüpft, die ihrerseits keine Wertungsspielräume beinhalten (z. B. keine Verschlechterung des Erhaltungszustands der Populationen). Diese Voraussetzungen müssen dann ebenfalls vorliegen; sie bleiben von § 2 EEG 2023 unberührt.

Im Gegensatz dazu hat der Gesetzgeber für Windenergieanlagen in Landschaftsschutzgebieten gemäß § 26 Abs. 3 BNatSchG eine Sonderregelung getroffen und damit die Schutzgüterabwägung selbst abschließend vorgenommen. Hiernach sind die

¹⁹⁹ Agatz, Windenergie Handbuch, 19. Aufl. 2023, S. 78 f.; Sailer, Die artenschutzrechtliche Ausnahme bei Windenergieanlagen, ZNER 2020, S. 206 (207).

²⁰⁰ BVerwG, Urt. v. 09.11.2017 – 3 A 4/15, juris Rn. 70. Teilweise wird in den Gesetzen noch ein Antrag auf Ausnahme/Befreiung gefordert, was jedoch wiederum im Falle einer Konzentrationswirkung wie bei der BImSchG-Genehmigung entfällt.

²⁰¹ Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 99. EL 2022, § 67 BNatSchG Rn. 3.

²⁰² Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 99. EL 2022, § 67 BNatSchG Rn. 11.

²⁰³ So auch Hovorková, OVG Greifswald (5. Senat), Urteil vom 23.02.2023 – 5 K 171/22 OVG: Weg frei für Anlagen für erneuerbare Energien?, EWeRK 2023, S. 130 (135); zudem allg. Schlacke/Wentzien/Römling, Beschleunigung der Energiewende: Ein gesetzgeberischer Paradigmenwechsel durch das Osterpaket?, NVwZ 2022, S. 1577 (1578).

Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen der zugehörigen Nebenanlagen nicht verboten, wenn sich deren Standort in einem Windenergiegebiet im Sinne von § 2 Nr. 1 Windenergieflächenbedarfsgesetz (WindBG)²⁰⁴ befindet bzw. auch außerhalb, solange die Flächenziele nach diesem Gesetz noch nicht erreicht wurden. In diesen Fällen kommt es also nicht mehr auf eine behördliche Befreiungs-/Ausnahmeentscheidung nach § 67 BNatSchG und damit nicht mehr auf eine diesbezügliche Wertungsentscheidung durch die Behörde an. Mangels „Einfallstor“ besteht hier keine Möglichkeit, aber auch kein Erfordernis zur Anwendung von § 2 EEG 2023²⁰⁵. Mit Erreichen der Flächenziele kommt bei Standorten außerhalb von Landschaftsschutzgebieten § 2 EEG 2023 wieder zur Anwendung.

Ein weiteres Beispiel für die Berücksichtigung öffentlicher Interessen – jedoch ohne Eröffnung einer Abwägung – ist die Zulassung des vorzeitigen Baubeginns nach § 8a BImSchG oder die vorzeitige Gewässerbenutzung nach § 17 WHG. Hiernach soll die Behörde auf Antrag die Errichtung bzw. Benutzung vorläufig zulassen, wenn ein öffentliches Interesse oder ein berechtigtes Interesse des Antragstellers dafür besteht. Neben berechtigten privaten Interessen von EE-Anlagenbetreibern kann dies über § 2 EEG 2023 auch auf öffentliche Interessen gestützt werden. Gleiches gilt z. B. für die gehobene wasserrechtliche Erlaubnis nach § 15 WHG.

II. Öffentliche Sicherheit

Der Begriff der „öffentlichen Sicherheit“ stellt als Spezialfall des öffentlichen Interesses ein weiteres „Einfallstor“ für die Wertungen des § 2 EEG 2023 dar. Wie bereits oben beschrieben, gilt dies jedoch nur dann, wenn das Fachrecht den Begriff der öffentlichen Sicherheit in gleicher Weise wie § 2 EEG 2023 versteht (nämlich als Energieversorgungssicherheit). Dies trifft insbesondere für die habitatschutzrechtliche und

die artenschutzrechtliche Ausnahme nach § 34 Abs. 3 i. V. m. Abs. 4 BNatSchG bzw. § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG²⁰⁶ zu²⁰⁷.

So kann im Rahmen der gebietsschutzrechtlichen Regelungen nach § 34 Abs. 3 bis 5 BNatSchG für ein Vorhaben trotz einer erheblichen Beeinträchtigung eine Ausnahme bzw. Abweichung erteilt werden, wenn die dafür erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Dies ist u. a. der Fall, wenn eine Ausnahme aus „zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses, einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art, notwendig ist“ (§ 34 Abs. 3 Nr. 1 BNatSchG) und „zumutbare Alternativen, den mit dem Projekt verfolgten Zweck an anderer Stelle ohne oder mit geringeren Beeinträchtigungen zu erreichen, nicht gegeben sind“ (§ 34 Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG). Kann hierbei nicht ausgeschlossen werden, dass prioritäre natürliche Lebensraumtypen oder prioritäre Arten betroffen werden, müssen zusätzlich die Voraussetzungen des § 34 Abs. 4 S. 1 BNatSchG vorliegen, wonach als „zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses nur solche im Zusammenhang mit der Gesundheit des Menschen, der öffentlichen Sicherheit, einschließlich der Verteidigung und des Schutzes der Zivilbevölkerung, oder den maßgeblich günstigen Auswirkungen des Projekts auf die Umwelt geltend gemacht werden“ können. Die zulässigen Ausnahmegründe werden in diesem Fall also eingeschränkt. Will sich die Behörde nun auf den Ausnahmegrund der öffentlichen Sicherheit stützen, muss dieser für das Vorhaben streitet und im Rahmen der Abwägung gegenüber den betroffenen habitatschutzrechtlichen Belangen „überwiegen“.

Die darin normierte Abwägungsentscheidung der Behörde stellt das Einfallstor für die Wertungen des § 2 EEG 2023 dar. Nur bei diesem Prüfungsschritt entfaltet der relative Gewichtungsvorrang seine Wirkung. Indem § 2 EEG 2023 die Errichtung und den Betrieb von EE-Anlagen als der öffentlichen Sicherheit dienend fest schreibt, ist diesem Belang ein besonders hohes Gewicht

²⁰⁴ Windenergieflächenbedarfsgesetz vom 20. Juli 2022 (BGBl. I S. 1353), das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 26. Juli 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 202) geändert worden ist.

²⁰⁵ Agatz, Windenergie Handbuch, 19. Aufl. 2023, S. 104.

²⁰⁶ Beim Betrieb von Windenergieanlagen in Verbindung mit § 45b Abs. 8 Nr. 1 BNatSchG.

²⁰⁷ Siehe EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-411/17, Rn. 158 f.; Sailer, Die artenschutzrechtliche Ausnahme bei Windenergieanlagen, ZNER 2020, S. 206 (210 f.).

beizumessen, das das Integritätsinteresse des jeweiligen Gebietes zurücktreten lassen kann. Darüber hinaus müssen aber für die Ausnahmeerteilung noch die übrigen Voraussetzungen nach § 34 Abs. 3 i. V. m. Abs. 4 BNatSchG vorliegen. Diese bleiben von § 2 EEG 2023 unberührt. Sofern aber auf Rechtsfolgenseite von einer Ermessensentscheidung auszugehen ist²⁰⁸, wirkt § 2 EEG 2023 als Ermessensdirektive in Richtung Erteilung der Ausnahme/Abweichung²⁰⁹.

Während des Geltungszeitraums der EU-Notfall-VO bis 30. Juni 2024 gilt hinsichtlich der habitatschutzrechtlichen Abwägung jedoch nunmehr vorrangig Art. 3 EU-Notfall-VO, der aber in seiner Wirkungsweise mit § 2 EEG 2023 weitgehend identisch ist (siehe unten).

III. Sonstige wertungsoffene Spielräume

In etlichen Fachgesetzen wird als Voraussetzung für eine Abwägung, aber auch darüber hinaus, statt auf das öffentliche Interesse auf öffentliche Belange oder das Wohl der Allgemeinheit abgestellt. So kann z. B. nach § 9 Abs. 8 S. 1 FStrG die oberste Landesstraßenbaubehörde oder das Fernstraßen-Bundesamt an den Bundesfernstraßen, die der Verwaltung des Bundes unterliegen, im Einzelfall Ausnahmen von den Anbauverböten in § 9 FStrG zulassen²¹⁰. Dies erfolgt u. a. unter der Voraussetzung, dass „Gründe des Wohls der Allgemeinheit die Abweichungen erfordern“. Der Begriff des öffentlichen Interesses in § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 WHG ist als Synonym zum Begriff des Wohls der Allgemeinheit zu verstehen. Im Rahmen der Ausnahmenerteilung nach § 31 Abs. 2 WHG kann von den Bewirtschaftungszielen abgewichen werden, wenn die Gründe für die Veränderung von übergeordnetem öffentlichem Interesse sind. Dazu zählen wasserwirtschaftliche Belange wie

die Wasserversorgung, den Abwasser-, und Hochwasserschutz sowie die Daseinsvorsorge (z.B. Energieversorgung), sowohl als auch bedeutende volkswirtschaftliche Interessen²¹¹. Ein weiteres Beispiel wäre die Waldumwandlung und der dort verwendete Begriff der „Belange der Allgemeinheit“. Wald darf nur mit Genehmigung der nach Landesrecht zuständigen Behörde gerodet und in eine andere Nutzungsart umgewandelt werden (Umwandlung). Bei der Entscheidung über einen Umwandlungsantrag sind die Rechte, Pflichten und wirtschaftlichen Interessen des Waldbesitzers sowie die Belange der Allgemeinheit gegeneinander und untereinander abzuwägen (§ 9 Abs. 1 S. 2 BWaldG). Diese Formulierungen eröffnen eine Abwägung und beinhalten wertungsoffene Spielräume und damit ein „Einfallstor“ für § 2 EEG 2023. Im Rahmen der von den jeweiligen Fachbehörden vorzunehmenden Abwägung muss im Falle von erneuerbaren Energien die gesetzliche Wertungsentscheidung des § 2 EEG 2023 Beachtung finden und gegen die jeweils anderen Belange (z. B. Sicherheit oder Leichtigkeit des Verkehrs, Wald für die forstwirtschaftliche Erzeugung) abgewogen werden. Sofern diese Belange im Einzelfall weniger schwer wiegen als die Belange der erneuerbaren Energien (insbes. Klimaschutz und Versorgungssicherheit), wovon gemäß § 2 EEG 2023 im Regelfall auszugehen ist, ist für die jeweilige EE-Anlage die Befreiung nach § 9 Abs. 8 FStrG bzw. die Waldumwandlung nach § 9 Abs. 1 BWaldG zu erteilen. Wenn die Behörde dagegen von der Regelvermutung in § 2 EEG 2023 abweichen will, trägt sie dafür die (erhöhte) Darlegungs- und Begründungslast. Zudem wirkt § 2 EEG auch hier als Ermessensdirektive zugunsten der erneuerbaren Energien, sofern – wie bei dem speziellen Ausnahmefall der straßenrechtlichen

²⁰⁸ Zu diesem Streit etwa Möckel, in: Schlacke, GK-BNatSchG, 2. Aufl. 2017, § 34 Rn. 136.

²⁰⁹ Dies gilt jedoch nur, wenn ohnehin eine Ermessensentscheidung gesetzlich geregelt ist und nicht, wenn eine gebundene Entscheidung vorliegt. Auch durch § 2 EEG 2023 wird kein echtes planerisches Ermessen eröffnet, da das Fachrecht nicht geändert wird, vgl. Agatz, Windenergie Handbuch, 19. Aufl. 2023, S. 101.

²¹⁰ Die Ausnahme kann nach § 9 Abs. 8 S. 2 FStrG mit Bedingungen und Auflagen versehen werden, um

anderen öffentlichen Belangen gerecht zu werden. Siehe auch Fernstraßen-Bundesamt, Handreichung Freiflächenphotovoltaikanlagen, 2023, https://www.fba.bund.de/DE/Themen/Anbaurecht_Paragraph9_FStrG/Dokumente/20230131_Freiflaechenvoltaikanlagen_Handreichung.pdf?__blob=publication-File&v=2.

²¹¹ OVG Berlin, Urt. v. 20.12.2018 – OVG 6 B 1.17, juris Rn. 53

Zulässigkeit – auf Rechtsfolgenseite ein Ermessen besteht²¹².

Als weiteres Beispiel für den Begriff der „öffentlichen Belange“ kann auf das planerisierende Regime im Außenbereich nach § 35 BauGB verwiesen werden²¹³. Öffentliche Belange sind für die Beurteilung der Zulässigkeit von privilegierten Vorhaben nach § 35 Abs. 1 BauGB – wie etwa der Windenergie – und für sonstige Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB in unterschiedlichem Maße bedeutsam. Ein privilegiertes Vorhaben ist erst dann unzulässig, wenn öffentliche Belange dessen Realisierung „entgegenstehen“, während es bei sonstigen Vorhaben schon ausreicht, dass öffentliche Belange durch das Vorhaben bloß „beeinträchtigt“ werden. In beiden Fällen ist eine nachvollziehende Abwägung vorzunehmen, die eine auf den Einzelfall gerichtete Gewichtungsbestimmung zwischen den privaten Interessen des Bauwilligen und den jeweiligen berührten öffentlichen Belangen verlangt²¹⁴. Dabei stattet der Gesetzgeber die privilegierten Vorhaben mit einem höheren Gewicht aus, da er sie in planähnlicher Weise dem Außenbereich zugewiesen und ihnen damit einen Vorrang eingeräumt hat²¹⁵. Aber auch bei den sonstigen Vorhaben hängt die Frage der Zulässigkeit im Außenbereich von der vorzunehmenden Abwägung im Einzelfall ab, wenngleich der Gesetzgeber sie bereits dann für unzulässig hält, wenn öffentliche Belange (bloß) beeinträchtigt werden.

In beiden Fällen kommt nun § 2 EEG 2023 zur Anwendung und schreibt für erneuerbare Energien ein besonders hohes Gewicht im Rahmen der Abwägung fest²¹⁶. Dies ebnet zwar nicht den rechtlichen Unterschied zwischen privilegierten und sonstigen Vorhaben ein und macht

insbesondere aus sonstigen Vorhaben keine privilegierten Vorhaben²¹⁷. Dennoch gilt die Gewichtungsvorgabe nach § 2 EEG 2023 auch für die Fallkonstellation der sonstigen Vorhaben²¹⁸ und kann daher – je nach Gewichtung des berührten öffentlichen Belangs – die Durchsetzungsfähigkeit der erneuerbaren Energien im Einzelfall erhöhen²¹⁹.

²¹² Die Waldumwandlung ist dagegen eine gebundene Entscheidung, vgl. OVG Berlin, Urt. v. 27.04.2018 – OVG 11 B 2.16, juris Rn. 28.

²¹³ Zum Ganzen *Mitschang/Reidt*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 35 Rn. 6, 68 ff.

²¹⁴ BVerwG, Urt. v. 25.10.1967 – IV C 86.66, juris Rn. 11 ff.

²¹⁵ *Mitschang/Reidt*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 35 Rn. 6.

²¹⁶ So ausdrücklich in BT-Drs. 20/1630, S. 159: „Besonders im planungsrechtlichen Außenbereich, wenn keine Ausschlussplanung erfolgt ist, muss dem Vorrang der erneuerbaren Energien bei der Schutzgüterabwägungen Rechnung getragen werden.“; *Benz/Wegner*, Das Wind-an-Land-Gesetz - neue Grundlagen für die

Flächenbereitstellung für die Windenergie, ZNER 2022, S. 367 (369 f.)

²¹⁷ Im Ergebnis auch *Rieger*, Der neu gefasste § 2 EEG und das System des § 35 BauGB, UPR 2023, S. 161 (165), der zwischen § 2 EEG 2023 und § 35 Abs. 2 BauGB einen Widerspruch aufzeigt und diesen über den Grundsatz der allgemein anerkannten Kollisionsregel *lex specialis derogat legi generali* löst.

²¹⁸ OVG Münster, Urt. v. 16.05.2023 – 7 D 423/21.AK, juris Rn. 54 ff.; zurückhaltend dagegen *Schlacke/Wentzien/Römling*, Beschleunigung der Energiewende: Ein gesetzgeberischer Paradigmenwechsel durch das Osterpaket?, NVwZ 2022, S. 1577 (1579).

²¹⁹ Siehe etwa OVG Münster, Urt. v. 16.05.2023 – 7 D 423/21.AK, juris Rn. 49 ff., insbes. Rn. 54 ff.

F. Regelungen auf Landesebene

Nach Inkrafttreten des § 2 EEG 2023 und teils auch schon davor haben einige Bundesländer die hohe Bedeutung der erneuerbaren Energien auch im Landesrecht verankert.

So heißt es etwa in § 1 Abs. 5 Hessisches Energiegesetz (HEG)²²⁰:

„Die Errichtung und der Betrieb von Anlagen zur Erzeugung von Strom und Wärme aus erneuerbaren Energien sowie den dazugehörigen Nebenanlagen liegt im überragenden öffentlichen Interesse und dient der öffentlichen Sicherheit.“

Zum Teil wird das Überwiegen der erneuerbaren Energien in Fachgesetzen konkretisiert. So wurde in § 7 Abs. 2 Niedersächsisches Denkmalschutzgesetz (DSchG)²²¹ geregelt:

„Ein Eingriff in ein Kulturdenkmal ist zu genehmigen, soweit (...)

3. das öffentliche Interesse an der Errichtung von Anlagen zur Nutzung von erneuerbaren Energien das Interesse an der unveränderten Erhaltung des Kulturdenkmals überwiegt (...).

Das öffentliche Interesse an der Errichtung von Anlagen zur Nutzung von erneuerbaren Energien nach Satz 1 Nr. 3 überwiegt in der Regel, wenn der Eingriff in das äußere Erscheinungsbild reversibel ist und in die denkmalwerte Substanz nur geringfügig eingegriffen wird.“

Im Brandenburgischen Denkmalschutzgesetz wird sogar direkt an das

überragende öffentliche Interesse angeknüpft. Dort heißt es in § 9 Abs. 2 BbgDSchG²²²:

„(2) Die Erlaubnis ist zu erteilen, soweit (...)

2. Belangen des Denkmalschutzes entgegenstehende öffentliche oder private Interessen überwiegen und sie nicht auf andere Weise oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand berücksichtigt werden können.

Das überragende öffentliche Interesse an der Errichtung oder Veränderung von Anlagen zur Erzeugung oder Nutzung erneuerbarer Energien überwiegt in der Regel, wenn die daraus folgende Beeinträchtigung des äußeren Erscheinungsbildes reversibel und nicht erheblich ist und in die denkmalwerte Substanz nur geringfügig eingegriffen wird. Der Errichtung oder Veränderung von Windenergieanlagen stehen Belange des Denkmalschutzes nicht entgegen, soweit die Windenergieanlagen nicht in der Umgebung eines besonders landschaftsprägenden Denkmals errichtet oder verändert werden. Das für Kultur zuständige Mitglied der Landesregierung bestimmt die näheren Voraussetzungen der Erlaubnisfähigkeit von Anlagen zur Erzeugung oder Nutzung erneuerbarer Energien durch Verwaltungsvorschrift in enger Abstimmung mit den für Energie, Umwelt, Infrastruktur und Finanzen zuständigen Mitgliedern der Landesregierung.“

Dass auch die Bundesländer die hohe Bedeutung der erneuerbaren Energien in Fachgesetzen verankern, ist grundsätzlich zu begrüßen. Dies trägt dazu bei, die fachgebietsübergreifend hohe Bedeutung der erneuerbaren Energien zu stärken. Vor allem bei einer direkten Anknüpfung an das

²²⁰ Hessisches Energiegesetz (HEG) vom 21. November 2012, zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. November 2022 (GVBl. S. 571).

²²¹ Niedersächsisches Denkmalschutzgesetz vom 30. Mai 1978, zuletzt geändert durch Artikel 10 des Gesetzes vom 22. September 2022 (Nds. GVBl., S. 578).

²²² Gesetz über den Schutz und die Pflege der Denkmale im Land Brandenburg (Brandenburgisches Denkmalschutzgesetz - BbgDSchG) vom 24. Mai 2004 (GVBl.I/04, [Nr. 09], S.215), zuletzt geändert durch Gesetz vom 28. Juni 2023 (GVBl.I/23, [Nr. 16]).

überragende öffentliche Interesse und seines Überwiegens ist jedoch mit Blick auf die Regelungskompetenz der Länder auf Folgendes hinzuweisen. Bei § 2 EEG 2023 handelt es sich um eine zwar abstrakte, aber dennoch strikte bundesrechtliche Gewichtungsvorgabe mit einem relativen Gewichtungsvorrang. Von dieser Vorgabe dürfen die Länder nicht abweichen. Der Bundesgesetzgeber hat diesbezüglich von seiner Gesetzgebungskompetenz abschließend Gebrauch gemacht. Vor diesem Hintergrund sind die Länder auch nicht befugt, über den „Umweg“ des ihnen zustehenden Fachrechts, wie des Denkmalschutzrechts, vom bundesrechtlich geregelten überragenden öffentlichen Interesse abzuweichen oder es – entgegen der bundesgesetzgeberischen Wertung – fachlich zu konkretisieren. Hier mag es zwar gewisse Spielräume der Bundesländer geben, soweit es um die fachspezifischen Konkretisierungen der Atypik geht. Die Gewichtungsvorgabe des Bundes darf dabei aber weder eingeschränkt noch anderweitig tangiert werden. Hierauf haben die Länder bei eigenen Regelungen zu achten.

G. Anwendung durch die Rechtsprechung

Nach einer anfänglichen Zurückhaltung²²³ einzelner Gerichte hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 2 EEG 2023 im zeitlichen Umfeld seines Inkrafttretens hat die Regelung zwischenzeitlich erheblich Eingang in die Behörden- und Gerichtspraxis gefunden²²⁴.

Aus dem Kreis der Entscheidungen ist hier zunächst auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hinzuweisen, auf die in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung teilweise auch Bezug genommen wird²²⁵. Das Gericht stellt in einem Beschluss vom 27. August 2022 zur Windenergie im Wald das Verhältnis der Außenbereichsprivilegierung nach § 35 Abs. 1 BauGB und § 2 EEG 2023 dar und führt hierzu aus:

„Wegen § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB sind sie hingegen grundsätzlich zulässig. Nur wenn insgesamt wichtigere öffentliche Belange entgegenstehen, sind sie danach unzulässig. Der mit Wirkung zum 29. Juli 2022 neu gefasste § 2 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG) verstärkt das Gewicht der Windenergienutzung in der Abwägung nun noch weiter. Die Errichtung und der Betrieb von Anlagen sowie der dazugehörigen Nebenanlagen liegen jetzt 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.“²²⁶

Weiter führt es zum Verhältnis der Waldumwandlungsgenehmigung nach § 9 Abs. 3 Nr. 2 BWaldG und § 2 EEG 2023 aus:

„Die Begründung des Gesetzentwurfs zum neuen § 2 EEG bestätigt indirekt, dass der Bundesgesetzgeber in § 9 Abs. 3 Nr. 2 BWaldG keine Öffnung für ein pauschales Umwandlungsverbot von Wald zugunsten einer Nutzung für Windenergie sieht: Bei gesetzlich vorgesehenen Abwägungsentscheidungen müsse allgemein das besonders hohe Gewicht der erneuerbaren Energien berücksichtigt werden. Dieses sei im Rahmen von Abwägungsentscheidungen in verschiedenen Gebieten, aber eben auch im Forstrecht nur noch in Ausnahmefällen überwindbar (vgl. BT-Drucks 20/1630, S. 158 f.). Angesichts dieser Äußerung wird der Bundesgesetzgeber nicht angenommen haben, dass der Belang der Nutzung erneuerbarer Energien durch ein pauschales landesrechtliches Umwandlungsverbot auf Waldflächen von vornherein ganz ausgeschaltet werden könnte.“²²⁷

Das OVG Münster verwies in seinen Beschlüssen vom 4. August 2022²²⁸ und vom 11. August 2022²²⁹ – soweit ersichtlich – erstmals auf § 2 EEG 2023 und spricht dabei von „einer Rechtslage, die sich

²²³ Vgl. noch OVG Lüneburg, Beschl. v. 21.04.2022 – 12 MS 188/21, juris Rn. 74, das die Bundesgesetzgebungskompetenz im Hinblick auf das Landesdenkmalrecht in Frage stellte; OVG Münster, Ur. v. 04.05.2022 – 8 D 311/21.AK, juris Rn. 53, das noch zweifelte, ob sich § 2 EEG 2023 lediglich als Optimierungsgebot auf die behördliche Planungsebene bezieht oder auch im Rahmen der sog. nachvollziehenden Abwägung des § 35 BauGB Anwendung findet; ähnlich OVG Lüneburg, Beschl. v. 12.10.2022 – 12 MS 188/21, juris Rn. 59, das eine Anwendung auf die nachvollziehende Abwägung bei § 35 BauGB offenlässt.

²²⁴ Eine Übersicht bietet Birkhölzer, Ein Jahr § 2 EEG – eine Rechtsprechungsübersicht, ZNER 2023, S. 374–381.

²²⁵ Siehe nur OVG Münster, Ur. v. 29.11.2022 – 22 A 1184/18, juris Rn. 361 f.; OVG Greifswald, Ur. v. 07.02.2023 – 5 K 171/22, juris Rn. 159; VGH Mannheim, Ur. v. 11.05.2023 – 14 S 1297/19, juris Rn. 138.

²²⁶ BVerfG, Beschl. v. 27.09.2022 – 1 BvR 2661/21, juris Rn. 73; hierzu auch *Rheinschmitt*, BVerfG: Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen ausnahmsloses Verbot von Windenergieanlagen in Waldgebieten. Anmerkung zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 27.09.2022 (1 BvR 2661/21), NVwZ 2022, S. 1901 f.; *Herber*, BVerfG: Kein ausnahmsloses gesetzliches Verbot zur Errichtung von Windenergieanlagen in Wäldern. Anmerkung zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 27.09.2022 (1 BvR 2661/21), EnWZ 2023, S. 42 ff.

²²⁷ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 27.09.2022 – 1 BvR 2661/21, juris Rn. 85.

²²⁸ OVG Münster, Beschl. v. 04.08.2022 – 22 A 488/20, juris Rn. 57.

²²⁹ OVG Münster, Beschl. v. 11.08.2022 – 22 A 1492/20, juris Rn. 52.

zwischenzeitlich entscheidend geändert hat“ und von einer „bedeutenden Gesetzesänderung“²³⁰.

I. Artenschutzrecht

In seiner Entscheidung vom 29. November 2022 verweist das OVG Münster darauf, dass der Ausnahmegrund nach § 45 Abs. 7 S. 1 i. V. m. § 45b Abs. 8 Nr. 1 BNatSchG nichts anderes besage, als auch § 2 S. 1 EEG 2023²³¹:

„Die genannten Voraussetzungen für eine Ausnahmeerteilung gemäß § 45 Abs. 7 i. V. m. § 45b Abs. 8 BNatSchG sind hier erfüllt.

Ein Ausnahmegrund besteht nach § 45 Abs. 7 Satz 1 i. V. m. § 45b Abs. 8 Nr. 1 BNatSchG. Danach liegt der Betrieb von Windenergieanlagen im überragenden öffentlichen Interesse und dient der öffentlichen Sicherheit. Nichts anderes besagt § 2 Satz 1 EEG in der seit dem 29. Juli 2022 geltenden Fassung (BGBl. I, Seite 1237), wonach die Errichtung und der Betrieb u. a. von Windenergieanlagen (§ 3 Nr. 1 EEG) sowie den dazugehörigen Nebenanlagen im überragenden öffentlichen Interesse liegen und der öffentlichen Sicherheit dienen.“²³²

„Zu diesem wirtschaftlichen Interesse kommt ganz maßgeblich ein öffentliches Interesse hinzu: Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 EEG 2023 liegen unter anderem die Errichtung und der Betrieb von Solaranlagen ‚im überragenden öffentlichen Interesse und dienen der öffentlichen Sicherheit.‘

Bei der vorzunehmenden Abwägung mit den Interessen der Eigentümer am Schutz ihrer personenbezogenen Daten ist zum einen zu berücksichtigen, dass es sich bei Namen und Adresse um Informationen mit deutlichem Bezug zur Sozialsphäre, hingegen nicht um Informationen zur Privatsphäre handelt (vgl. dazu: OVG MV, U. v. 23.8.2022 – 1 LB 319/18 OVG – juris Rn. 37 m.w.N.). Name und Adresse gehören auch nicht zu den besonders schutzbedürftigen besonderen Kategorien personenbezogener Daten im Sinn von Art. 9 Abs. 1 Datenschutz-Grundverordnung. Zum anderen sollen gemäß § 2 Abs. 1 Satz 2 EEG 2023 erneuerbare Energien als vorrangiger Belang in die Schutzgüterabwägung eingebracht werden, solange – wie derzeit noch – die Stromerzeugung im Bundesgebiet noch nicht nahezu treibhausgasneutral ist. Die Interessen des Eigentümers am Schutz seiner personenbezogenen Daten stehen deshalb in aller Regel und auch vorliegend einer Auskunftserteilung nicht entgegen. [...]“²³⁵

II. Auskunftsrecht

Der VGH München stützt in seinem Urteil vom 9. März 2023 das für einen Auskunftsanspruch aus dem Liegenschaftskataster nach Art. 11 Abs. 1 S. 3 Hs. 1 Vermessungs- und Katastergesetz (VermKatG)²³³ erforderliche „berechtigte Interesse“ auf das öffentliche Interesse aus § 2 S. 1 EEG 2023²³⁴:

III. Bauordnungsrecht

Das OVG Berlin hatte in seinem Urteil vom 7. Juni 2023 über die Gewährung einer Abweichung nach § 67 Brandenburgische Bauordnung (BbgBO)²³⁶ vom Erfordernis der bauordnungsrechtlichen Abstandsflächen zu entscheiden mit der Besonderheit, dass im Rahmen der

²³⁰ OVG Münster, Beschl. v. 11.08.2022 – 22 A 1492/20, juris Rn. 50 und 54.

²³¹ OVG Münster, Urt. v. 29.11.2022 – 22 A 1184/18, juris Rn. 357 ff.

²³² OVG Münster, Urt. v. 29.11.2022 – 22 A 1184/18, juris Rn. 357 f.

²³³ Vermessungs- und Katastergesetz (VermKatG) in der in der Bayerischen Rechtssammlung (BayRS 219-1-F) veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch § 1 Abs. 181 der Verordnung vom 26. März 2019 (GVBl. S. 98) geändert worden ist.

²³⁴ VGH München, Urt. v. 09.03.2023 – 13a B 22.1688, juris Rn. 34 f.; dagegen verneinend zum Umweltinformationsgesetz: VG Minden, Urt. v. 26.06.2023 – 1 K 1059/22 –, juris Rn. 60 f.

²³⁵ VGH München, Urt. v. 09.03.2023 – 13a B 22.1688, juris Rn. 34 f.

²³⁶ Brandenburgische Bauordnung (BbgBO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. November 2018 (GVBl. I Nr. 39), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 9. Februar 2021 (GVBl. I Nr. 5) geändert worden ist.

Abwägungsentscheidung auf beiden Seiten § 2 EEG 2023 in Ansatz zu bringen war²³⁷:

„Die Abweichung ist unter Würdigung der öffentlich-rechtlich geschützten Belange der Klägerin mit den öffentlichen Belangen vereinbar. Nachbarliche Interessen werden insoweit - wie bei dem bauplanungsrechtlichen Gebot der Rücksichtnahme - mittels einer nachvollziehbaren Abwägung zwischen den für das Vorhaben sprechenden Gründen und den Belangen des Nachbarn in der Abwägungsentscheidung gewürdigt, wobei diese unter dem Aspekt der konkret situationsbezogenen Zumutbarkeit durchzuführen ist. Dabei ist stets auch zu prüfen, ob die Schmälerung der nachbarlichen Interessen durch überwiegende Interessen des Bauherrn oder überwiegende öffentliche Belange gerechtfertigt ist. Gehen von der geplanten Nutzung nur Störungen aus, die der Nachbar hinnehmen muss, stehen diese der Zulassung einer Abweichung nicht entgegen (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 23. September 2021 - OVG 11 S 119.20 - juris Rn. 40). Danach überwiegen hier die für das Vorhaben sprechenden Gründe die zu berücksichtigenden Belange der Klägerin.

Für das Vorhaben spricht das private Interesse der Beigeladenen und das öffentliche Interesse an der Nutzung von Windenergie. Nach § 2 Satz 1 EEG liegen die Errichtung und der Betrieb von Anlagen der erneuerbaren Energien im überragenden öffentlichen Interesse und dienen der öffentlichen Sicherheit. Gemäß § 2 Satz 2 EEG sollen die erneuerbaren Energien als vorrangiger Belang in die jeweils durchzuführenden Schutzgüterabwägungen eingebracht werden, bis die Stromerzeugung im Bundesgebiet nahezu treibhausgasneutral ist.

Die Interessen der Klägerin, deren Grundstücksgrenzen durch die reduzierten Abstandsflächen nicht überschritten werden (vgl. § 6 Abs. 2 Satz 1 BbgBO), treten hinter diese Interessen zurück. Zwar beruft sich auch die Klägerin auf das öffentliche

Interesse an der Nutzung von Windenergie. Dem von ihr geltend gemachten Belang, ihr Grundstück zukünftig für eine beabsichtigte „Repowering-WEA“ nutzen zu können, kommt jedoch nicht das gleiche Gewicht zu wie dem aktuellen Interesse der Beigeladenen und der Öffentlichkeit an der Errichtung und am Betrieb einer Windenergieanlage. Dies gilt umso mehr, als die Klägerin weder dargetan hat noch ersichtlich ist, dass ihr Grundstück gerade wegen der gewährten Abweichung nicht in der von ihr beabsichtigten Weise bebaubar wäre. Es spricht nämlich nichts dafür, dass etwaige Schwierigkeiten bei der Errichtung einer Windenergieanlage auf dem Grundstück der Klägerin aus dem Umstand folgen, dass einem solchen Vorhaben die Vorschriften des Abstandsflächenrechts entgegenstünden, zumal die Klägerin damit rechnen kann, dass ihr ebenfalls eine entsprechende Abweichung gewährt werden wird. Solche Schwierigkeiten resultieren vielmehr erkennbar allein aus dem Umstand, dass es bei Ausnutzung des Grundstücks der Klägerin für ein Repowering-Vorhaben wegen eines zu geringen Abstands zu anderen Windenergieanlagen zu Turbulenzen kommen kann, die das Maß des Zulässigen übersteigen. Für die hiermit angesprochene Konkurrenzsituation zwischen verschiedenen Windenergieanlagen gilt allerdings das Prioritätsprinzip (vgl. OVG Weimar, Beschluss vom 8. März 2021 - 1 EO 439/20 - juris Rn. 23; vgl. auch BVerwG, Urteil vom 25. Juni 2020 - 4 C 3.19 - juris Rn. 19). Danach kommt bei einer Konkurrenz mehrerer Anlagen derjenigen der Vorrang zu, für die zuerst ein prüffähiger Genehmigungsantrag vorgelegt worden ist (vgl. BVerwG, Urteil vom 25. Juni 2020 - 4 C 3.19 - juris Rn. 20, 25). Danach hat das Vorhaben der Klägerin hier Vorrang. Das Interesse der Klägerin an der Nutzung ihres Grundstücks für ein zukünftiges Repowering-Vorhaben muss hinter das private und öffentliche Interesse an der aktuellen Nutzung des Vorhabengrundstücks für die Errichtung und den Betrieb einer Windenergieanlage zurücktreten. § 2 EEG und § 16b BImSchG rechtfertigen insoweit keine andere Entscheidung.“²³⁸

²³⁷ OVG Berlin, Urt. v. 07.06.2023 – OVG 3a A 57/23, juris Rn. 33 ff.

²³⁸ OVG Berlin, Urt. v. 07.06.2023 – OVG 3a A 57/23, juris Rn. 35 ff.

IV. Bauplanungsrecht

Das OVG Münster verlangt in seinen Urteilen vom 3. Februar 2023 und 24. Februar 2023 unter Verweis auf § 2 EEG 2023 für die Annahme einer Ausnahme von der Regelvermutung des § 249 Abs. 10 S. 1 BauGB eine atypische Konstellation, die nach einem strengen Maßstab zu beurteilen ist²³⁹. Nach § 249 Abs. 10 S. 1 BauGB steht der öffentliche Belang einer optisch bedrängenden Wirkung einem Windenergie-Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB in der Regel nicht entgegen, wenn der Abstand zwischen Windenergieanlage und zulässiger baulichen Nutzung zu Wohnzwecken mindestens der zweifachen Höhe der Windenergieanlage (2H) entspricht.

„Die Anwendung des neuen Rechts führt zur Verneinung einer unzumutbaren optisch bedrängenden Wirkung, weil der Abstand zwischen der Wohnnutzung auf dem Grundstück des Klägers und auch der nächstgelegenen Anlage WEA 3 größer als 2 H ist (dazu a) und weil eine Ausnahme von der Regel, dass deshalb der Belang optischer Bedrängung dem Vorhaben nicht entgegen steht, nicht gegeben ist (dazu b).

a) Die Anlagenhöhe beträgt 200,4 m. Nach den Feststellungen der Stellungnahmen zur Frage einer optisch bedrängenden Wirkung liegt die Entfernung zwischen Mastfuß der Anlage und den zu Wohnzwecken genutzten Gebäuden bei 540 m bzw. 555 m und damit bei mindestens 2,7 H (vgl. Bescheid Seite 72). Dies hat im Übrigen auch der Kläger nicht bezweifelt. Die Regelung erfasst auch die - vom Senat als gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB zulässig angenommene - Wohnnutzung im Zusammenhang mit einem landwirtschaftlichen Betrieb.

b) Die Voraussetzungen für eine Ausnahme von der dadurch begründeten Regelvermutung, dass eine unzumutbare optisch

bedrängende Wirkung nicht gegeben ist, liegen nicht vor.

Der Senat versteht die Ausnahmeregelung, die keine benannten Ausnahmegründe enthält, dahin, dass die Annahme einer unzumutbaren optisch bedrängenden Wirkung bei Einhaltung bzw. Überschreitung des Abstands von 2 H nur in atypischen Konstellationen in Betracht kommt und nach einem strengen Maßstab zu beurteilen ist. Dafür spricht schon der Umstand, dass für die nach dem Gebot der Rücksichtnahme - im Rahmen des verbleibenden Spielraums - erforderliche Abwägung der widerstreitenden Interessen von Nachbarn, Anlagenbetreiber und Genehmigungsbehörde § 2 EEG in der seit dem 29.7.2022 geltenden Fassung (BGBl. I S. 1237) zu beachten ist. Nach § 2 Satz 1 EEG liegen die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen (vgl. § 3 Nr. 1 EEG) sowie den dazugehörigen Nebenanlagen im überragenden öffentlichen Interesse; nach § 2 Satz 2 EEG sollen die erneuerbaren Energien als vorrangiger Belang in die jeweils durchzuführenden Schutzgüterabwägungen eingebracht werden, bis die Stromerzeugung im Bundesgebiet nahezu treibhausgasneutral ist.“²⁴⁰

Des Weiteren verweist das OVG Münster in einer Entscheidung vom 16. Mai 2023 auf die zwingende Anwendung von § 2 EEG 2023 bei der Prüfung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit einer nicht-privilegierten Windenergieanlage nach § 35 Abs. 2 BauGB:

„Im Rahmen der Beurteilung, ob sich öffentliche Belange gegenüber einem Vorhaben durchsetzen, ist auch die gesetzliche Wertung des § 2 EEG in der zum 29.7.2022 in Kraft getretenen Fassung vom 20.7.2022 (BGBl. I S. 1237) zu berücksichtigen. (...) Gemäß § 2 Satz 1 EEG liegen die Errichtung und der Betrieb von Anlagen, dazu gehören gemäß der Begriffsbestimmung in § 3 Nr. 1 EEG auch Windenergieanlagen, sowie der dazugehörigen Nebenanlagen im

²³⁹ OVG Münster, Urt. v. 24.02.2023 – 7 D 316/21.AK, juris Rn. 163; OVG Münster, Urt. v. 03.02.2023 – 7 D 298/21.AK, juris Rn. 85 ff.; siehe auch OVG Münster, Urt. v. 27.10.2022 – 22 D 362/21.AK, juris Rn. 116; OVG Münster, Urt. v. 27.10.2022 – 22 D 247/21.AK –, juris Rn. 111-114; OVG Münster, Beschl. v. 09.06.2023 – 8 B 230/23.AK, juris Rn.

33 ff. und OVG Greifswald, Beschl. v. 12.04.2023 – 5 KM 559/22 OVG, juris Rn. 84.

²⁴⁰ OVG Münster, Urt. v. 03.02.2023 – 7 D 298/21.AK, juris Rn. 94 ff.

überragenden öffentlichen Interesse und dienen der öffentlichen Sicherheit. Nach Satz 2 der Vorschrift sollen, bis die Stromerzeugung im Bundesgebiet nahezu treibhausgasneutral ist, die erneuerbaren Energien als vorrangiger Belang in die jeweils durchzuführenden Schutzgüterabwägungen eingebracht werden. Dazu gehört insbesondere die nachvollziehende Abwägung im planungsrechtlichen Außenbereich, wenn keine Ausschlussplanung erfolgt ist, auch mit Blick auf die Belange des Landschaftsbilds und des Denkmalschutzes.“²⁴¹

V. Denkmalschutzrecht

Das OVG Greifswald verweist in einer Entscheidung vom 7. Februar 2023 u. a. auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts und setzt sich näher mit der Wirkungsweise von § 2 EEG 2023 im Zuge einer denkmalschutzrechtlichen Genehmigung für eine Windenergieanlage auseinander²⁴². Die Genehmigung war nach Auffassung des Gerichts zu erteilen, da das überragende öffentliche Interesse an der Windenergieanlage im konkreten Einzelfall die Belange des Denkmalschutzes überwog und keine besondere Ausnahmesituation vorlag²⁴³. In den Leitsätzen heißt es:

„8. Das Gewicht des für die Maßnahme nach § 7 Abs 3 Nr. 2 DSchG M-V einzustellenden öffentlichen Interesses hat der Bundesgesetzgeber mit § 2 S 2 EEG für Abwägungsprozesse voreingestellt. (Rn. 155)

9. Die Regelungen in § 2 EEG finden auch für die Genehmigung einzelner Windenergieanlagen Anwendung. Es liegt auf der Hand, dass das gesetzgeberische Anliegen, Sofortmaßnahmen für einen beschleunigten

Ausbau der erneuerbaren Energien nur dann greifen kann, wenn die Regelungen des § 2 EEG auf der Ebene der Einzelfallgenehmigung zum Tragen kommen und nicht nur als eine Art Programmsatz für die Exekutive missverstanden werden. (Rn. 159)

10. § 2 S 2 EEG ist dabei als sog. Sollbestimmung dahingehend zu verstehen, dass sich in den einzelnen Schutzgüterabwägungen ein regelmäßiges Übergewicht der Erneuerbaren Energien in dem Sinne ergibt, dass das überragende öffentliche Interesse an der Errichtung von Windenergieanlagen sowie das öffentliche Sicherheitsinteresse nur in atypischen Ausnahmefällen überwunden werden können, die fachlich anhand der besonderen Umstände der jeweiligen Situation zu begründen wären. (Rn. 160)“²⁴⁴

Auch das OVG Berlin verpflichtet die beklagte Behörde in seinem Urteil vom 27. Juli 2023, die denkmalschutzrechtliche Zulassung für die Errichtung und den Betrieb von fünf Windenergieanlagen aufgrund des § 2 EEG 2023 zu erteilen²⁴⁵:

„Eine „besondere Schutzwürdigkeit“ des Denkmals ist entgegen der Auffassung des Beklagten ebenfalls nicht gegeben. Sie wird im Widerspruchsbescheid lediglich behauptet, aber nicht nachvollziehbar begründet. Soweit der Beklagte ausführt, es handele sich um ein für das Land Brandenburg bedeutendes und sehr seltenes materielles Zeugnis einer ungewöhnlich frühen bewussten Einbeziehung der erkannten natürlichen Schönheit der vorgefundenen Landschaft in eine Gartenschöpfung, lange bevor landschaftliche Parkkonzepte, englische Vorbilder rezipierend, zur Anlage großer Parks in Deutschland führten, reicht dies für

²⁴¹ OVG Münster, Urt. v. 16.05.2023 – 7 D 423/21.AK, juris Rn. 57 ff.; eingehend dazu Rolshoven, OVG Münster „öffnet zwei Türen“ für WEA-Zubau: angrenzend zu Bestandswindparks und im entprivilegierten Außenbereich. Anmerkung zu OVG Münster, Urt. v. 12.5.2023 – 7 D 328/21.AK und Urt. v. 16.5.2023 – 7 D 423/21.AK, ZNER 2023, S. 287 (289 ff.).

²⁴² OVG Greifswald, Urt. v. 07.02.2023 – 5 K 171/22, juris Rn. 152 ff.; eingehend hierzu *Deutinger/Sailer*, Verfahrensrecht, Denkmalschutz und § 2 EEG 2023, ZNER 2023, S. 120 (124 ff.); zudem *Graetschel*, Windenergieanlage und Denkmalschutz, KlimR 2023, 125 f.; *Große*,

Windenergieanlage – Überragendes öffentliches Interesse am Ausbau erneuerbarer Energien, NVwZ 2023, 1016 f.; *Hovorková*, OVG Greifswald (5. Senat), Urteil vom 23.02.2023 – Aktenzeichen 5 K 171/22 OVG: Weg frei für Anlagen für erneuerbare Energien?, EWeRK 2023, 134 f.

²⁴³ OVG Greifswald, Urt. v. 07.02.2023 – 5 K 171/22, juris Rn. 161 f.

²⁴⁴ OVG Greifswald, Urt. v. 07.02.2023 – 5 K 171/22, juris Leitsätze.

²⁴⁵ OVG Berlin, Urt. v. 27.07.2023 – 3a A 52/23, juris Rn. 51 ff.

die Annahme eines atypischen Falls nicht aus. Die Ausführungen begründen die Denkmaleigenschaft des Guts Parks, nicht aber eine herausgehobene Schutzwürdigkeit.

Weitere Umstände sprechen - im Gegenteil - für das Überwiegen des öffentlichen Interesses an der Errichtung der von der Klägerin geplanten Windenergieanlagen gegenüber den Belangen des Denkmalschutzes. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen die Belange des Denkmalschutzes in der Abwägung umso weniger zu Buche schlagen, je schlechter der Erhaltungszustand des Denkmals ist (vgl. LT-Drs. 3/7054). Das hier in Rede stehende Denkmal weist indes ausweislich der eingereichten Lichtbilder einen äußerst schlechten Erhaltungszustand auf. Außerdem beeinträchtigt das Vorhaben nicht dessen Substanz. Weiter liegt nach Rücknahme des Genehmigungsantrags für die zwei nächstgelegenen Anlagen - wie oben bereits ausgeführt - allenfalls eine nicht allzu schwerwiegende Beeinträchtigung des Denkmals vor, die reversibel ist.“²⁴⁶

Das VG Koblenz widmet sich in dem Urteil vom 5. Juni 2023 einer PV-Anlage in der Nähe eines denkmalschutzgeschützten Gebäudes. Es hebt unter Bezugnahme auf die Wertung des § 2 EEG 2023 hervor, dass bei der Abwägung die Errichtung von PV-Anlagen grundsätzlich die denkmalschutzrechtlichen Belange überwiege, obwohl der Denkmalschutz eine „Gemeinwohlaufgabe von hohem Rang darstellt“:

„Angesichts dessen kann im Einzelfall, insbesondere bei Denkmälern, die von hoher baukünstlerischer oder städtebaulicher Bedeutung für Staat oder Gesellschaft sind oder ein Stadt- oder Ortsbild erheblich prägen, eine Ausnahme von der gesetzgeberischen Vorrangentscheidung zu machen sein. Eine solche Bedeutung hat das Bau- und Denkmal des Klägers indes nicht. Nach Durchführung der Inaugenscheinnahme ist die Kammer zu der Überzeugung gelangt,

dass der Denkmalwert des quaderförmigen Putzbaus mit dem schiefergedeckten Walmdach und den Gaupen mit rundbogigen Verdachungen auch unter Berücksichtigung der historischen Komponente des Hauses als ehemaliges Quartier französischer Offiziere nicht von derart hohem denkmalrechtlichen Gewicht ist, dass die in § 2 Satz 2 EEG getroffene Abwägungsentscheidung zu Gunsten der erneuerbaren Energien ausnahmsweise keine Beachtung finden würde.“²⁴⁷

Dass trotz des § 2 EEG 2023 keine Absenkung der Schutzgüterstandards stattfindet und eine im Denkmalschutzrecht vorgesehene Alternativenprüfung weiterhin erfolgen muss, verdeutlicht das VG Koblenz im Weiteren:

„Allerdings setzt § 13 Abs. 2 Nr. 2 DSchG für eine Genehmigungserteilung neben dem Überwiegen privater oder sonstiger öffentlicher Belange weiter voraus, dass diesen überwiegenden Interessen nicht auf sonstige Weise Rechnung getragen werden kann. Diese Anforderung steht im systematischen Zusammenhang mit § 2 Abs. 4 DSchG und verlangt von einem Eigentümer, dass Maßnahmen, die u.a. das Erscheinungsbild eines Denkmals beeinträchtigen, auf den unbedingt notwendigen Umfang zu beschränken sind. Diese Anforderung ist auch bei der Anbringung von Solaranlagen an oder auf einem Denkmal zu beachten. Dies bedeutet, dass ein Eigentümer bei der Nutzung der Solarenergie angesichts des hohen Ranges des Rechtsguts Denkmalschutz die Folgen für das Denkmal minimieren muss.“²⁴⁸

VI. Immissionsschutzrecht

Das VG Bayreuth greift in seinem Beschluss vom 28. Februar 2023 zwei Aspekte im Zusammenhang mit § 2 EEG 2023 auf²⁴⁹.

Zunächst äußert sich das Gericht zum Anwendungsbereich des § 2 EEG 2023

²⁴⁶ OVG Berlin, Urt. v. 27.07.2023 – 3a A 52/23, juris Rn. 55 f.

²⁴⁷ VG Koblenz, Urt. v. 05.06.2023 – 1 K 922/22.KO –, juris Rn. 24.

²⁴⁸ VG Koblenz, Urt. v. 05.06.2023 – 1 K 922/22.KO –, juris Rn. 25.

²⁴⁹ VG Bayreuth, Beschl. v. 28.02.2023 – B 9 S 22.1032, juris Rn. 57.

hinsichtlich „Errichtung und Betrieb“ von Anlagen. Dabei verfolgt das Gericht einen eher restriktiven Ansatz, wonach sich § 2 EEG in erster Linie auf die Neuerrichtung entsprechender Anlagen beziehe und lässt offen, ob auch der Betrieb von Bestandsanlagen vom Sinn und Zweck des § 2 EEG 2023 erfasst werde, was aber nach richtiger Auffassung zu bejahen ist:

„[...] Insgesamt richtet sich das Gesetz zu Sofortmaßnahmen für einen beschleunigten Ausbau der erneuerbaren Energien und weiterer Maßnahmen im Stromsektor (BGBl 2022 I S. 1237), mit dessen Art. 1 Nr. 2 der Wortlaut des § 2 EEG zuletzt neu gefasst wurde, wie bereits die Gesetzesbezeichnung erkennen lässt, auf die Beschleunigung des Ausbaus, d.h. insbesondere die Erleichterung der Neuerrichtung entsprechender Anlagen. Zielrichtung der Neuregelung in § 2 Satz 2 EEG ist damit in erster Linie die Schutzgüterabwägung im Rahmen des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens für die Errichtung von Windenergieanlagen. Vorliegend geht es jedoch um eine Interessenabwägung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren des Eilrechtsschutzes bezüglich des Betriebs bereits bestehender Windenergieanlagen. Insofern ist schon fraglich, ob § 2 EEG nach seinem Sinn und Zweck in dieser Konstellation überhaupt Anwendung finden kann. [...]“²⁵⁰

Ferner betont das Gericht, dass § 2 EEG 2023 keinen absoluten Vorrang der erneuerbaren Energien enthält, sondern im Einzelfall andere Interessen von Verfassungsrang die Regelvermutung für das Überwiegen der Erneuerbaren widerlegen können:

„[...] Jedenfalls aber stellt auch die Gesetzesbegründung ausdrücklich klar, dass öffentliche Interessen den erneuerbaren Energien als wesentlicher Teil des Klimaschutzgebotes nur dann entgegenstehen können, wenn sie mit einem dem Art. 20a GG vergleichbaren verfassungsrechtlichen Rang

gesetzlich verankert bzw. gesetzlich geschützt sind oder einen gleichwertigen Rang besitzen (BT-Drs. 20/1630 S. 159). Eine einfachgesetzlich angeordnete generelle Vorrangregelung für erneuerbare Energien ohne diese Einschränkung liefe auf eine Beschränkung anderer, verfassungsrechtlich geschützter Rechtspositionen hinaus und wäre in dieser Pauschalität nicht mit dem Grundgesetz vereinbar. Vor diesem Hintergrund kann hier nicht von einem generellen Vorrang des öffentlichen Interesses an einer Energieversorgung aus erneuerbaren Quellen gegenüber den verfassungsrechtlich in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG verankerten Belangen der Beigeladenen ausgegangen werden. Vielmehr stellt das öffentliche Interesse einer treibhausgasneutralen Stromerzeugung einen bei der im Rahmen der gerichtlichen Entscheidung nach § 80a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 i.V.m. § 80 Abs. 5 VwGO bzw. hier im Verfahren nach § 80 Abs. 7 Satz 2 VwGO anzustellenden Interessenabwägung zu berücksichtigenden Belang dar. Diesen Belang hat das Gericht jedoch bereits in der Ausgangsentscheidung vom 11. November 2021 berücksichtigt (s.o.). Auch die Neufassung von § 2 EEG führt dabei nach Auffassung der Kammer angesichts der dargestellten Zielrichtung der Vorschrift und der auf Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG gegründeten Position der Beigeladenen nicht zu einem anderen Ergebnis der Interessenabwägung.“²⁵¹

Dem Beschluss des OVG Schleswig vom 3. Mai 2023 nach ist bei der Ermessensausübung gem. § 18 Abs. 3 BImSchG hinsichtlich einer Fristverlängerung der Erlöschensfrist von immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen § 2 EEG zu berücksichtigen²⁵²:

„Sofern der Antragsgegner zu der Einschätzung gelangt, dass eine Fristverlängerung den Zweck des Gesetzes nicht gefährdet, eröffnet § 18 Abs. 3 BImSchG ihm ein Ermessen. Bei der Ermessensausübung wäre auch zu berücksichtigen, dass die Errichtung und der Betrieb von Anlagen sowie den dazugehörigen Nebenanlagen der erneuerbaren

²⁵⁰ VG Bayreuth, Beschl. v. 28.02.2023 – B 9 S 22.1032, juris Rn. 57.

²⁵¹ VG Bayreuth, Beschl. v. 28.02.2023 – B 9 S 22.1032, juris Rn. 57.

²⁵² OVG Schleswig, Beschl. v. 03.05.2023 – 5 MR 1/23, juris Rn. 24.

Energien – hierzu zählt auch die Windenergie – im überragenden öffentlichen Interesse liegen und der öffentlichen Sicherheit dienen (§ 2 Satz 1 EEG), und dass die erneuerbaren Energien als vorrangiger Belang in die jeweils durchzuführenden Schutzgüterabwägungen eingebracht werden sollen, bis die Stromerzeugung im Bundesgebiet nahezu treibhausgasneutral ist (§ 2 Satz 2 EEG).“²⁵³

VII. Luftverkehrsrecht

Der 14. Senat des VGH Mannheim stellt in seinem Urteil vom 24. Mai 2023 fest, dass die Versagung einer Zustimmung nach § 14 Abs. 1 Luftverkehrsgesetz (LuftVG)²⁵⁴ bei Unvereinbarkeit einer Windenergieanlage mit bestehenden Kursführungsmindesthöhen (sog. Minimum Vectoring Altitude (MVA)) jedenfalls dann nicht verhältnismäßig ist, wenn eine Neuberechnung der MVA ohne Nachteile für die Luftsicherheit erfolgen kann²⁵⁵. Dies begründet er unter anderem mit Verweis auf § 2 EEG 2023:

„Bei Verneinung der Verpflichtung zur Prüfung einer Anpassung der MVA bestünde zudem keine Möglichkeit, dem öffentlichen Interesse am Ausbau der Windenergie, das – wenn auch mit der Einschränkung des § 2 Satz 3 EEG – auch in § 2 Satz 1 EEG zum Ausdruck kommt, Geltung zu verschaffen. Allein die Priorität der festgelegten MVA oder der Verteidigungsauftrag rechtfertigen nicht, die an Grundrechte und rechtsstaatliche Grundsätze gebundene Beigeladene von der Überprüfungspflicht auszunehmen.“²⁵⁶

Der 10. Senat des VGH Mannheim erkennt in seinem Urteil vom 4. April 2023 ebenfalls die grundsätzlich herausragende Bedeutung des § 2 EEG 2023 an, betont aber auf der anderen Seite den

verteidigungspolitischen Beurteilungsspielraum der Bundeswehr in diesem Fall:

„Die Zustimmungsentscheidung nach § 14 Abs. 1 LuftVG beinhaltet zwar keine Planungs- oder Ermessensentscheidung der Luftfahrtbehörde oder der am Zustimmungsverfahren beteiligten Stellen der Bundeswehr. Dementsprechend ist in diesem Zusammenhang auch keine Alternativenprüfung im Sinne einer aktiven Suche nach etwa in Betracht kommenden Ausweichstrecken vorzunehmen. Erforderlich ist demgegenüber aber eine Auseinandersetzung mit dem Vorhaben sowie die Prüfung, ob an der diesem entgegenstehenden militärischen Nutzung am jeweils konkret vorgesehenen Anlagenstandort auch unter Berücksichtigung der besonderen Bedeutung des Ausbaus von Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien (§ 2 Satz 1 EEG, vgl. aber auch § 2 Satz 3 EEG) festgehalten werden soll oder ob der Errichtung von Windenergieanlagen ggf. - bei Teilbarkeit des Vorhabens auch teilweise - Raum gegeben werden kann. Die Beurteilung dieser - standortbezogen zu beantwortenden - Frage obliegt im Rahmen ihrer Beteiligung am Zustimmungsverfahren den zuständigen Stellen der Bundeswehr, denen auch insoweit ein verteidigungspolitischer Beurteilungsspielraum zukommt. Dieser ist im vorliegenden Fall nicht überschritten.“²⁵⁷

VIII. Naturschutzrecht

In einem Urteil vom 12. Oktober 2022 bestätigt der VGH Mannheim die gem. § 67 Abs. 1 S. 1 BNatSchG erteilte Befreiung von einem landschaftsschutzrechtlichen Bauverbot für eine Windenergieanlage; die erst danach zum 1. Februar 2023 in Kraft getretene Ergänzung des § 26 Abs. 3 BNatSchG zur erheblichen Erleichterung von Windenergieanlagen in Landschaftsschutzgebieten war

²⁵³ OVG Schleswig, Beschl. v. 03.05.2023 – 5 MR 1/23, juris Rn. 24.

²⁵⁴ Luftverkehrsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 10. Mai 2007 (BGBl. I S. 698), das zuletzt durch Artikel 42 des Gesetzes vom 2. März 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 56) geändert worden ist.

²⁵⁵ VGH Mannheim, Urte. v. 24.05.2023 – 14 S 1705/22 juris Rn. 56 f.; dazu eingehend Bünthe, Die Bedeutung des § 2

EEG im Rahmen des luftverkehrsrechtlichen Zustimmungsverfahrens nach den §§ 12, 14 LuftVG, ZNER 2023, S. 369 (373).

²⁵⁶ VGH Mannheim, Urte. v. 24.05.2023 – 14 S 1705/22 juris Rn. 57.

²⁵⁷ VGH Mannheim, Urte. v. 04.04.2023 – 10 S 1560/22, juris Rn. 51.

bei der Entscheidung noch nicht berücksichtigungsfähig²⁵⁸.

Zunächst wies das Gericht die Pauschalkritik des Klägers an der Eignung von Windenergieanlagen zum Klimaschutz mit Verweis auf § 2 EEG 2023 zurück:

„Das Landratsamt durfte im vorliegenden Fall von einem überwiegenden öffentlichen Interesse im Sinne von § 67 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNatSchG ausgehen. Mit seiner Pauschalkritik an der Eignung des Zubaus von Windenergieanlagen für die Zwecke des Klimaschutzes kann der Kläger nicht durchdringen (vgl. zu einem weitgehend identischen Vorbringen näher Senatsbeschluss vom 21.01.2022 - 10 S 1861/21 - NuR 2022, 434 = juris Rn. 19). Seiner Annahme, der Zubau von Windenergieanlagen sei zum Schutz des Klimas ungeeignet und könne deswegen kein überwiegendes öffentliches Interesse begründen, steht bereits entgegen, dass der Bundesgesetzgeber in § 2 Satz 1 in Verbindung mit § 3 Nr. 1 EEG ausdrücklich normiert hat, dass die Errichtung und der Betrieb von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien sowie den dazugehörigen Nebenanlagen im übertreffenden öffentlichen Interesse liegen und der öffentlichen Sicherheit dienen.“²⁵⁹

„Nach diesen Maßstäben steht das ausdrücklich normierte öffentliche Interesse an dem (auch) durch die genehmigte Anlage bewirkten Beitrag zum Ausbau erneuerbarer Energiequellen außer Frage.“²⁶⁰

Sodann bringt das Gericht in der nach § 67 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BNatSchG im Einzelfall vorzunehmenden Abwägungsentscheidung zwischen dem öffentlichen Interesse am Windenergieausbau und den von der Schutzgebietsverordnung verfolgten Zielen des Landschaftsschutzes § 2 EEG 2023 in Ansatz:

„Eine Befreiung setzt eine Abwägungsentscheidung im Einzelfall voraus, bei der zu prüfen ist, ob die Gründe des Allgemeinwohls so gewichtig sind, dass sie sich gegenüber den Belangen des Landschaftsschutzes durchsetzen. Der Ausbau regenerativer Energien liegt im übertreffenden öffentlichen Interesse (§ 2 Satz 1 i. V. m. § 3 Nr. 1 EEG) und stellt damit auch ein besonderes öffentliches Interesse im Sinne von § 67 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNatSchG dar. Gleichwohl genießt er nach der hier (noch) zugrunde zu legenden Gesetzeslage keinen generellen Vorrang vor dem durch eine Schutzgebietsausweisung konkretisierten Landschaftsschutz. Er ist aber als vorrangiger Belang in die Schutzgüterabwägung einzustellen (§ 2 Satz 2 EEG). Die Windenergie kann sich jedenfalls dann im Wege der Befreiung aber gegenüber den Belangen des Landschaftsschutzes durchsetzen, wenn die Landschaft am vorgesehenen Standort weniger schutzwürdig oder die Beeinträchtigung geringfügig ist und das durch die Landschaftsschutzgebietsfestsetzung unter besonderen Schutz gestellte Ziel der dauerhaften Sicherung der Vielfalt, Eigenart und Schönheit wie des Erholungswerts der Landschaft nicht beeinträchtigt wird [...]“²⁶¹

Und auch das OVG Münster verweist in seinen Entscheidungen vom 4. August 2022²⁶² und 29. November 2022²⁶³ darauf, dass bei der Prüfung einer Befreiung gemäß § 67 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG im Rahmen der vorzunehmenden Abwägungsentscheidung nunmehr § 2 EEG 2023 zu berücksichtigen sei.

In seinem Beschluss vom 10. November 2022 bestätigt der VGH Mannheim – noch vor Inkrafttreten des § 2 EEG 2023 – die von der Behörde im Rahmen einer naturschutzrechtlichen Abwägung gemäß § 15 Abs. 5 BNatSchG getroffene Abwägungsentscheidung zugunsten der erneuerbaren Energien und verweist auf das gesteigerte Gewicht, das den erneuerbaren Energien über den aufgrund einer nachträglichen

²⁵⁸ VGH Mannheim, Urt. v. 12.10.2022 – 10 S 2903/21, juris Rn. 40 ff.

²⁵⁹ VGH Mannheim, Urt. v. 12.10.2022 – 10 S 2903/21, juris Rn. 42.

²⁶⁰ VGH Mannheim, Urt. v. 12.10.2022 – 10 S 2903/21, juris Rn. 43.

²⁶¹ VGH Mannheim, Urt. v. 12.10.2022 – 10 S 2903/21, juris Rn. 46.

²⁶² OVG Münster, Beschl. v. 04.08.2022 – 22 A 488/20, juris Rn. 55 ff.

²⁶³ OVG Münster, Urt. v. 29.11.2022 – 22 A 1184/18, juris Rn. 445 ff.; so auch OVG Münster, Beschl. v. 14.02.2023 – 22 A 849/22, juris Rn. 76 f.

Änderung der Rechtslage zugunsten des Vorhabenträgers nunmehr zu berücksichtigenden § 2 EEG 2023 zukommt²⁶⁴.

„Ausgehend hiervon ist die von der Genehmigungsbehörde durchgeführte Abwägung nicht zu beanstanden. Das Landratsamt hat die Belange des Naturschutzes und die ihnen gegenüberstehenden Belange ausreichend ermittelt, dargestellt und gegeneinander abgewogen. Dabei hat es in den Blick genommen, dass das Vorhaben außerhalb von Schutzgebieten realisiert werden soll und bis auf das Landschaftsbild alle Eingriffe in Natur und Landschaft mit den vorgesehenen Maßnahmen vollständig ausgeglichen werden können. Als für das Vorhaben streitenden Belang hat die Genehmigungsbehörde darauf abgehoben, dass es an einem bezüglich der Windhöflichkeit recht guten Standort errichtet werden soll. Bei der anschließenden Abwägung hat die Genehmigungsbehörde deshalb dem öffentlichen Interesse an der Gewinnung erneuerbarer Energien den Vorrang vor den Belangen des Naturschutzes eingeräumt.

Im Übrigen ist mit Wirkung vom 29.07.2022 das Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) durch Art. 1 des Gesetzes zu Sofortmaßnahmen für einen beschleunigten Ausbau der erneuerbaren Energien und weiteren Maßnahmen im Stromsektor vom 20.07.2022 geändert worden (vgl. zum Zeitpunkt des Inkrafttretens Art. 20 Abs. 2 Nr. 1 des vorgenannten Gesetzes). Gemäß § 2 Satz 1 EEG liegen die Errichtung und der Betrieb von Anlagen - hierzu gehören gemäß der Begriffsbestimmung in § 3 Nr. 1 EEG auch Windenergieanlagen - sowie der dazugehörigen Nebenanlagen im überragenden öffentlichen Interesse und dienen der öffentlichen Sicherheit. Nach Satz 2 dieser Vorschrift sollen, bis die Stromerzeugung im Bundesgebiet nahezu treibhausgasneutral ist, die erneuerbaren Energien als vorrangiger Belang in die jeweils durchzuführenden Schutzgüterabwägungen eingebracht werden. In der Gesetzesbegründung (BR-Drs. 162/22, S. 176 f.) wird insoweit ausgeführt, dass staatliche Behörden dieses

überragende öffentliche Interesse bei der Abwägung mit anderen Rechtsgütern berücksichtigen müssten. Dies betreffe jede einzelne Anlage einschließlich der zugehörigen Nebenanlagen, insbesondere bei Windenergieanlagen an Land, weil hier die Ausbauziele derzeit wegen knapper Flächen nicht erreicht würden. Konkret sollten die erneuerbaren Energien damit im Rahmen von Abwägungsentscheidungen unter anderem gegenüber dem Landschaftsbild, Denkmalschutz oder im Forst-, Immissionschutz-, Naturschutz-, Bau- oder Straßenrecht nur in Ausnahmefällen überwunden werden. Besonders im planungsrechtlichen Außenbereich, wenn keine Ausschlussplanung erfolgt sei, müsse dem Vorrang der erneuerbaren Energien bei der Schutzgüterabwägung Rechnung getragen werden. Öffentliche Interessen könnten in diesem Fall den erneuerbaren Energien als wesentlicher Teil des Klimaschutzes nur dann entgegenstehen, wenn sie mit einem dem Art. 20a GG vergleichbaren verfassungsrechtlichen Rang gesetzlich verankert bzw. gesetzlich geschützt seien oder einen gleichwertigen Rang besäßen (vgl. hierzu auch OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 04.08.2022 - 22 A 488/20 - juris Rn. 57). Diese nachträgliche Änderung der Rechtslage zugunsten des Vorhabenträgers ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in der anhängigen Hauptsache und deswegen auch im gegenständlichen Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes zu berücksichtigen (vgl. BVerwG, Urteil vom 26.09.2019 - 7 C 5.18 - BVerwGE 166, 321 Rn. 43 und Beschluss vom 28.07.2022 - 7 B 15.21 - juris Rn. 12). Damit kommt dem Belang der Sicherung der Energieversorgung durch die Erzeugung regenerativen Stroms, auf den die Genehmigungsbehörde bei ihrer Abwägungsentscheidung maßgeblich abgehoben hat, ein gegenüber der Entscheidung gesteigertes Gewicht zu.“²⁶⁵

Das VG Köln verweist im Rahmen eines Beschlusses vom 19. Januar 2023 darauf, dass bei der Prüfung der Ausnahmeerteilung nach § 33 Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 34 Abs. 3 BNatSchG von dem Verbot des § 33 Abs. 1 S. 1 BNatSchG in der einzelfallbezogenen Abwägung zwischen dem Integritätsinteresse

²⁶⁴ VGH Mannheim, Beschl. v. 10.11.2022 – 10 S 1312/22, juris Rn. 54 ff.; siehe zudem VGH Kassel, Beschl. v. 31.03.2022 – 9 B 214/21.T, juris Rn. 15 f.

²⁶⁵ VGH Mannheim, Beschl. v. 10.11.2022 – 10 S 1312/22, juris Rn. 55 f.

des Flora-Fauna-Habitat-Gebiets und den für den Windpark streitenden zwingenden Gründen des öffentlichen Interesses wegen Art. 3 EU-Notfall-VO und § 1 Abs. 3 WindSeeG unter ergänzender Heranziehung des § 2 EEG 2023 das Interesse an der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien überwiegt²⁶⁶.

„Die Abwägung ist im Ergebnis dennoch nicht zu beanstanden, weil das Interesse an der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien wegen einer besonderen Gewichtung dieses Interesses durch den nationalen Gesetzgeber und den Unionsgesetzgeber überwiegt (...). (Rn. 137)

Das Ziel, die Stromversorgungssicherheit eines Mitgliedstaats jederzeit zu gewährleisten, ist nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ein zwingender Grund des überwiegenden öffentlichen Interesses und damit im Grundsatz geeignet, eine Ausnahme zu tragen. Vgl. EuGH, Urteil vom 29.7.2019 – C-411/17 -, juris, Rn. 159. Das Interesse, Energie aus erneuerbaren Energien zu gewinnen, ist wegen zum 1.1. 2023 in Kraft getretenen Vorschriften mit Priorität in die Abwägung einzustellen. Die Vorschriften § 1 Abs. 3 WindSeeG und Art. 3 Abs. 1 Satz 1 der EU-Verordnung 2022/2577 vom 22.12.2022 finden Anwendung, auch wenn sie erst nach Erlass des angefochtenen Bescheids in Kraft getreten sind, weil sich die Rechtslage zu Gunsten des Vorhabenträgers, der Beigeladenen, verändert hat. (Rn. 138-140)

Nach § 1 Abs. 3 WindSeeG in der ab dem 1.1. 2023 geltenden Fassung (BGBl. I 2022 S.1325) liegt die Errichtung von Windenergieanlagen auf See und Offshore-Anbindungsleitungen im überragenden öffentlichen Interesse und dient der öffentlichen Sicherheit. (...) (Rn. 142)

In der Gesetzesbegründung zu § 2 Satz 1 EEG, der eine mit § 1 Abs. 3 WindSeeG vergleichbare Regelung enthält, Teil desselben Gesetzespakets ("Osterpaket") war und deshalb ergänzend herangezogen werden

kann, wird zusätzlich ausgeführt, dass die erneuerbaren Energien damit im Rahmen von Abwägungsentscheidungen u. a. gegenüber seismologischen Stationen, Radaranlagen, Wasserschutzgebieten, dem Landschaftsbild, Denkmalschutz oder im Forst-, Immissionsschutz-, Naturschutz-, Bau- oder Straßenrecht nur in Ausnahmefällen überwunden würden. Öffentliche Interessen könnten den erneuerbaren Energien als wesentlicher Teil des Klimaschutzgebotes nur dann entgegenstehen, wenn sie mit einem dem Art. 20a GG vergleichbaren verfassungsrechtlichen Rang gesetzlich verankert bzw. gesetzlich geschützt seien oder einen gleichwertigen Rang besäßen. (Rn. 144)

Diese Entscheidung des deutschen Gesetzgebers ist auch unter Berücksichtigung des unionsrechtlichen Anwendungsvorrangs der FFH-RL in die Abwägung einzustellen, weil das Unionsrecht einen (relativen) Vorrang der Energiegewinnung aus erneuerbaren Energien vor den Schutzgütern der FFH-RL seit dem 1.1.2023 ebenfalls vorsieht. (Rn. 146)

In der ebenfalls zum 1.1.2023 in Kraft getretenen EU-Verordnung 2022/2577 vom 22.12.2022 zur Festlegung eines Rahmens für einen beschleunigten Ausbau der Nutzung erneuerbaren Energien ist in Art. 3 Abs. 1 Satz 1 für die Abwägung im Rahmen von Art. 6 Abs. 4 FFH-RL der deutschen Regelung vergleichbar vorgesehen, dass die Planung, der Bau und der Betrieb von Anlagen und Einrichtungen zur Erzeugung von Energie aus erneuerbaren Quellen sowie ihr Netzanschluss, das betreffende Netz selbst und die Speichereinrichtungen im überwiegenden öffentlichen Interesse liegen und der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit dienen. (...) (Rn. 147)

Das Interesse der Energiegewinnung aus erneuerbaren Energien ist demnach mit Priorität in die Abwägung einzustellen (Art. 3 Abs. 2 Satz 1 EU-Verordnung 2022/2577). Die Rückausnahme in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 EU-Verordnung schließt dies schon deshalb nicht aus, weil sie sich auf den Artenschutz bezieht, der Gegenstand von Art. 12 ff. FFH-

²⁶⁶ VG Köln, Beschl. v. 19.01.2023 – 14 L 387/22, juris Rn. 126 ff.

RL ist, und nicht auf den Habitatschutz des Art. 6 FFH-RL. Dies berücksichtigend besitzt das Interesse der Energiegewinnung aus erneuerbaren Energien noch ein höheres Gewicht als von der Antragsgegnerin bislang angenommen. Gründe, warum das Interesse der Energiegewinnung aus erneuerbaren Energien trotz der besonderen (vorrangigen) Gewichtung durch den Gesetzgeber ausnahmsweise durch die Integritätsinteressen des FFH-Gebiets überwunden werden könnten, sind bei der im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes möglichen summarischen Prüfung nicht ersichtlich.“ (Rn. 150 f.)

IX. Prozessrecht

In seinem Beschluss vom 29. März 2023 stellt das OVG Münster im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes fest, dass im Falle des gesetzlich angeordneten Sofortvollzugs bei der Gesamtwürdigung nicht nur die gesetzgeberische Grundentscheidung für den grundsätzlichen Vorrang des Vollziehungsinteresses (§ 63 BImSchG), sondern nunmehr auch die gesetzliche Wertung des § 2 S. 1 EEG 2023 zu berücksichtigen sei²⁶⁷:

„Materiell tritt hier, worauf der Antragsgegner und die Beigeladene mit Recht hingewiesen haben, die gesetzliche Wertung des § 2 Satz 1 EEG 2023 hinzu, der auf unionsrechtlicher Ebene inzwischen seine Entsprechung und Verstärkung in Art. 3 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung (EU) 2022/2577 findet, wonach bei der Abwägung rechtlicher Interessen im Einzelfall angenommen wird, dass die Planung, der Bau und der Betrieb von Anlagen und Einrichtungen zur Erzeugung von Energie aus erneuerbaren Quellen im überwiegenden öffentlichen Interesse liegen und der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit dienen. Dieser verordnungsrechtlich und gesetzlich typisierten Dringlichkeit der Errichtung und des Betriebs von

Windenergieanlagen stehen auf Seiten des Antragstellers keine auch nur im Ansatz vergleichbar schwer wiegende Interessen gegenüber. Er hat unter Berücksichtigung obiger Ausführungen keinerlei Rechtsverletzungen substantiiert vorgetragen, die, selbst wenn ihr Eintritt im Fall der Errichtung und des Betriebs der genehmigten Windenergieanlagen nicht völlig auszuschließen wäre, ein diese gewichtigen Belange überwiegendes Aussetzungsinteresse begründen könnten.“²⁶⁸

In seinem Beschluss vom 25. Juli 2023 wird das OVG Münster sogar noch deutlicher²⁶⁹:

„Die gesetzliche Wertung in § 63 BImSchG, wonach die Anfechtungsklage des Antragstellers gegen die Zulassung der in Rede stehenden Windenergieanlagen keine aufschiebende Wirkung hat, wird verstärkt durch § 2 Satz 1 i. V. m. § 3 Nr. 1 EEG, wonach die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen im überragenden öffentlichen Interesse liegen und der öffentlichen Sicherheit dienen. Dies ist gemäß § 80c Abs. 4 VwGO im vorliegenden Verfahren besonders zu berücksichtigen.“

Das OVG Schleswig verweist in seinem Beschluss vom 21. Juli 2023 auf die mit Wirkung vom 21. März 2023 neu eingefügte Regelung des § 80c Abs. 1 S. 1, Abs. 4 VwGO²⁷⁰:

„Im Verfahren nach § 80a Abs. 3 Satz 2 i.V. mit § 80 Abs. 5 VwGO trifft das Gericht aufgrund der sich im Zeitpunkt seiner Entscheidung darstellenden Sach- und Rechtslage eine eigene Ermessensentscheidung darüber, ob die Interessen, die für einen sofortigen Vollzug des angefochtenen Verwaltungsakts sprechen, oder diejenigen, die für die Anordnung der aufschiebenden Wirkung streiten, höher zu bewerten sind. Bei der Abwägung ist das Interesse der Beigeladenen an der Ausnutzung der

²⁶⁷ OVG Münster, Beschl. v. 29.03.2023 – 22 B 176/23.AK, juris Rn. 60 ff.; so auch OVG Bautzen, Beschl. v. 21.06.2023 – 1 B 309/22, juris Rn. 69 ff.; OVG Bautzen, Beschl. v. 28.08.2023 – 1 B 47/23, juris Rn. 64 und OVG Saarlouis, Beschl. v. 04.09.2023 – 2 B 70/23, juris Rn. 25 f.

²⁶⁸ OVG Münster, Beschl. v. 29.03.2023 – 22 B 176/23.AK, juris Rn. 66.

²⁶⁹ OVG Münster, Beschl. v. 25.07.2023 – 8 B 734/23.AK, juris Rn. 87.

²⁷⁰ OVG Schleswig, Beschl. v. 21.07.2023 – 5 MR 2/23, juris Rn. 18 f.

immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen und das öffentliche Interesse an dem Ausbau der erneuerbaren Energien (vgl. § 2 Satz 1 EEG) abzuwägen gegen das Interesse des Antragstellers daran, dass die Beigeladene zunächst – bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Klage – die Vorhaben nicht verwirklicht.

[...] Sind schließlich die Erfolgsaussichten offen, findet eine allgemeine, von den Erfolgsaussichten unabhängige Abwägung der für und gegen den Sofortvollzug sprechenden Interessen statt (vgl. Beschl. d. Senats v. 14.03.2022 – 5 MR 12/21 –, Rn. 17 f.; VGH München, Beschl. v. 09.06.2020 – 15 CS 20.901 –, juris Rn. 23). Nach § 80c Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 VwGO hat der Senat in Verfahren nach § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3a VwGO im Rahmen einer Vollzugsfolgenabwägung die Bedeutung der Windenergie besonders zu berücksichtigen, da § 2 Satz 1 EEG feststellt, dass die Errichtung und der Betrieb von Windkraftanlagen im überragenden öffentlichen Interesse liegen.“²⁷¹

X. Waldrecht

Der VGH Kassel stellt in seinem Beschluss vom 10. Februar 2023 fest, dass auch § 2 EEG 2023 nicht von der Beschränkung einer Waldumwandlung auf das zur Zweckerreichung unbedingt Erforderliche suspendiert, aber das Interesse am Ausbau der erneuerbaren Energien deswegen nur noch in Ausnahmefällen überwunden werden könne und die Bewertungsregeln des § 9 Abs. 1 S. 3 BWaldG modifiziert würden²⁷²:

„Von der Beschränkung einer Waldumwandlung auf das zur Zweckerreichung unbedingt Erforderliche suspendiert auch § 2 Satz 2 Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) in der Fassung des Artikels 1 Nr. 2 des Gesetzes vom 20. Juli 2022 (BGBl. I S. 1237) nicht. Nach dieser Vorschrift sollen die erneuerbaren Energien als vorrangiger Belang in die jeweils durchzuführenden Schutzgüterabwägungen eingebracht werden, bis die

Stromerzeugung im Bundesgebiet nahezu treibhausneutral ist. Der Gesetzgeber bezweckt mit dieser Vorgabe unter anderem für forstrechtliche Abwägungsentscheidungen, dass das Interesse am Ausbau der erneuerbaren Energien nur in Ausnahmefällen überwunden werden kann (vgl. BT-Drs. 20/1630, S. 158). Damit modifiziert § 2 Satz 2 EEG 2023 die Bewertungsregeln des § 9 Abs. 1 Satz 3 BWaldG, lässt indes das Abwägungsgebot des § 9 Abs. 1 Satz 2 BWaldG unberührt. Eine sachgerechte Abwägung im Sinne des § 9 Abs. 1 Satz 2 BWaldG hat daher nach wie vor anhand aller Umstände des konkreten Einzelfalls zu erfolgen (vgl. zur bisherigen Rechtslage Klose/Orf, a. a. O., § 9 Rn. 60 unter Verweis auf Hessischer VGH, Urteil vom 1. September 1994 – 3 UE 154/90 –, zit. nach juris Rn. 50).“

Dass § 2 EEG 2023 auch im Rahmen des § 8 Abs. 2 S. 1 LWaldG Berlin Anwendung findet, verdeutlicht das OVG Berlin in seinem Urteil vom 14. Juni 2023. Insbesondere stellt es fest, dass das in § 2 EEG 2023 normierte überragende öffentliche Interesse an der Errichtung von Windenergieanlagen nur in (atypischen) Ausnahmefällen überwunden werden kann und verneint dies im vorliegenden Einzelfall:

„Vor dem Hintergrund des eindeutigen gesetzgeberischen Willens und der Ausgestaltung des § 2 Satz 2 EEG als Sollbestimmung spricht hier alles dafür, dass sich in den einzelnen Schutzgüterabwägungen - ausdrücklich ist im Gesetzgebungsverfahren auch der Bereich des Forstrechts genannt - ein regelmäßiges Übergewicht der Erneuerbaren Energien in dem Sinne ergibt, dass das überragende öffentliche Interesse an der Errichtung von Windenergieanlagen sowie das öffentliche Sicherheitsinteresse nur in atypischen Ausnahmefällen überwunden werden kann, die fachlich anhand der besonderen Umstände der jeweiligen Situation zu begründen sind (ebenso OVG Greifswald, Urteil vom 7. Februar 2023 – 5 K 171/22 OVG - juris Rn. 160; OVG Münster, Beschluss vom 4. August 2022 – 22 A 488/20 –, juris Rn. 57 f.; Beschluss vom 11. August 2022 – 22 A

²⁷¹ OVG Schleswig, Beschl. v. 21.07.2023 – 5 MR 2/23, juris Rn. 18 f.

²⁷² VGH Kassel, Beschl. v. 10.02.2023 – 9 B 247/22.T, juris Rn. 17; so auch VGH Kassel, Beschl. v. 13.02.2023 – 9 B 1883/22.T, juris Rn. 20.

1492/20 -, juris Rn. 52 f.; Beschluss vom 27. Oktober 2022 - 22 D 247/21.AK - juris Rn. 111; Urteil vom 3. Februar 2023 - 7 D 298/21.AK - juris Rn. 79). Solche hinreichend gewichtigen atypischen Umstände liegen hier nicht vor.

[...] Unabhängig davon stellt die Einstufung der umzuwandelnden Fläche als Wald mit hoher ökologischer Bedeutung noch keine hinreichende Atypik dar. Dies gilt auch deshalb, weil das Waldstück durch die Errichtung der streitigen Windenergieanlage nicht vollständig und nur in geringem Maße dauerhaft umgewandelt wird.²⁷³

XI. Wasserrecht

In seinem Urteil vom 8. November 2022 verneint das VG Würzburg mit hohem Begründungsaufwand einen Ermessensfehler des Landratsamtes, insbesondere in Form einer rechtserheblichen Fehlgewichtung. Das Landratsamt sei aufgrund der ebenfalls sehr gewichtigen Belange der Wasserrahmenrichtlinie (WRRL)²⁷⁴ und der konkreten Gegebenheit vor Ort zurecht von einem atypischen Ausnahmefall ausgegangen, bei dem die gegenläufigen Interessen das überragende öffentliche Interesse an den erneuerbaren Energien aus § 2 S. 1 EEG 2023 ausnahmsweise überwiegen²⁷⁵:

„Darüber hinaus leidet auch unter Berücksichtigung des § 2 EEG die seitens des Landratsamts getroffene Ermessensentscheidung zur erhöhten Restwassermenge nicht an einer rechtserheblichen Fehlgewichtung und damit an einem Ermessensfehler im Sinne des § 114 Satz 1 VwGO.

Zwar besagt § 2 Satz 1 EEG, dass die Errichtung und der Betrieb von Anlagen sowie den dazugehörigen Nebenanlagen erneuerbarer Energien im überragenden öffentlichen Interesse liegen und der öffentlichen Sicherheit dienen. § 2 Satz 2 EEG normiert

zudem, dass bis zu dem Zeitpunkt, zu dem die Stromerzeugung im Bundesgebiet nahezu treibhausgasneutral ist, die erneuerbaren Energien als vorrangiger Belang in die jeweils durchzuführenden Schutzgüterabwägungen eingebracht werden sollen. Bei der Wasserkraft handelt es sich gem. § 3 Nr. 21 Buchst. a) EEG um erneuerbare Energien. Satz 3 des § 2 EEG ist vorliegend ersichtlich nicht einschlägig.

§ 2 Satz 2 EEG normiert demnach eine Soll-Vorschrift, wonach die erneuerbaren Energien in Abwägungsentscheidungen nur in Ausnahmefällen von sonstigen Belangen überwunden werden (vgl. hierzu BT-Drs. 20/1630, S. 159). Dass das Landratsamt von einem solchen Ausnahmefall vorliegend gleichwohl ausgegangen ist, ist unter Berücksichtigung der hier maßgeblichen Umstände rechtlich nicht zu beanstanden.

So ist der Betrieb von Anlagen erneuerbarer Energien zwar von überragendem öffentlichen Interesse und dient der öffentlichen Sicherheit (vgl. § 2 Satz 1 EEG). Hierzu tragen unter Berücksichtigung von Summierungseffekten auch Anlagen mit geringer Leistung, wie dies bei der Anlage der Klägerin bestehend aus zwei Turbinen mit einer Leistung von max. 18,5 kW der Fall ist (vgl. S. 2 des Sitzungsprotokolls), bei. Dem hat der Beklagte aber die ebenfalls sehr gewichtigen Belange der Wasserrahmenrichtlinie gegenübergestellt, wobei dem Umweltschutz über die Staatszielbestimmung des Art. 20a GG („natürliche Lebensgrundlagen“) ebenfalls besonderes Gewicht zukommt [...].

Hinzu kommt vorliegend, dass der Gesamtökologische Zustand der ... weiterhin unbefriedigend (Z4) und die Qualitätskomponente „Fische“ mäßig, an der Grenze zu unbefriedigend ist (vgl. Stellungnahme des WWA B. K. vom 2.12.2021, S. 3, Blatt 217 GA; Stellungnahme des Bezirks Unterfranken - Fischereifachberatung - vom 31.10.2022, S. 2 f.; Blatt 283 R GA). Mühlkoppe und Bachneunaue als Arten des Anhangs II der FFH-

²⁷³ OVG Berlin, Urt. v. 14.06.2023 – OVG 3a A 30/23 –, juris Rn. 37 ff.

²⁷⁴ Richtlinie 2000/60/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 23. Oktober 2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der

Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik, ABl. EU Nr. L 327 vom 22.12.2000, S. 1.

²⁷⁵ VG Würzburg, Urt. v. 08.11.2022 – W 4 K 22.1262, juris Rn. 76 ff.

Richtlinie sind in den beiden genannten FFH-Gebieten in keinem günstigen Erhaltungszustand (Stellungnahme des Bezirks Unterfranken - Fischereifachberatung - vom 31.10.2022, S. 3; Blatt 284 GA). Von einem hohen Schutzniveau für die Umwelt i.S.d. § 6 Abs. 1 Satz 2 WHG, insbesondere mit Blick auf den Lebensraum für Tiere (vgl. § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 WHG), bzw. von einem guten ökologischen Zustand i.S.v. § 27 Abs. 1 Nr. 2 WHG ist die ... - wie bereits erwähnt - noch deutlich entfernt (vgl. hierzu nochmals Blatt 219 R GA).

Der Ausleitstrecke der ... kommt zudem eine Schlüsselrolle zu, da sie das erste Wanderhindernis nach dem Mündungsbereich der ... in die ... darstellt und zwischen den beiden ... Gebieten, „Bachsystem der ... mit Nebengewässer“ (ID 5527-371) und „... .. zwischen“ (ID 5527-371) unmittelbare Wechselwirkungen bestehen (vgl. Stellungnahme des WWA B. K. vom 2.12.2021, S. 3, Blatt 217 GA; Stellungnahme des Bezirks Unterfranken - Fischereifachberatung - vom 31.10.2022, S. 3; Blatt 284 GA). Somit können ohne die Herstellung einer ausreichenden Durchgängigkeit die Gewässersysteme der ... und der ... nicht vernetzt werden (Stellungnahme des WWA B. K. vom 2.12.2021, S. 3, Blatt 217 GA).

Berücksichtigt man schließlich, dass es mit der vorliegenden Anordnung nicht um eine Betriebseinstellung der Wasserkraftanlage der Klägerin geht, sondern um eine Modifikation mit quantitativ überschaubaren Auswirkungen (voraussichtliche jährliche Minderleistung zwischen 5.500 (vgl. Blatt 218 GA) und 10.000 kW/h (was bei Zugrundelegung der Angaben der Klägerin in etwa einem Viertel der jährlichen Stromproduktion der Wasserkraftanlage in den letzten Jahren entspräche, vgl. hierzu Blatt 184 GA), so ist auch insoweit ein Ermessensfehler, insbesondere im Sinne einer rechtserheblichen Fehlgewichtung (vgl. hierzu etwa Wolff in

Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Auflage 2018, § 114 Rn. 181 f.) nicht festzustellen.“²⁷⁶

XII. Zivilrecht

Das LG Münster rekurriert in seinem Urteil vom 24. März 2023 hinsichtlich der sich aus § 906 Abs. 1 S. 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)²⁷⁷ ergebenden Duldungspflicht von Eigentumsbeeinträchtigungen auf § 2 EEG 2023²⁷⁸. Nachbarn seien zur Duldung von unwesentlichen Beeinträchtigungen durch die Lichtreflexe einer Photovoltaikanlage gemäß § 906 Abs. 1 S. 1 BGB verpflichtet, wobei über § 2 EEG 2023 die Duldungsgrenze der Lichtreflexe bereits aus Umweltsichtspunkten deutlich erhöht sei:

„Ob eine von einer Grundstücksbenutzung ausgehende Einwirkung auf das Nachbargrundstück wesentlich ist oder nicht, beurteilt sich nicht nach dem subjektiven Empfinden des gestörten oder gar des störenden Eigentümers (OLG Hamm MDR 2020, 1439). Der hier anzulegende objektive Maßstab ist nicht starr, sondern wandelbar und ist in den letzten Jahrzehnten unter anderem durch das stets steigende Umweltbewusstsein der Bevölkerung verändert worden (vgl. BGHZ 120, 239 (255) = NJW 1993, 925; BGHZ 157, 33 (43) = NJW 2004, 1037; OLG Schleswig NJW-RR 1996, 399; OLG Stuttgart NJW 1986, 2768; LG Aachen NuR 1987, 238 (239)). Damit können auch wertende Momente, wie zum Beispiel die Beachtung des Naturschutzes und des Umweltbewusstseins der Bevölkerung, in die Beurteilung einbezogen werden (vgl. Senat, BGHZ 120, 239 [255] = NJW 1993, 925).“²⁷⁹ [...]

„Nach dem Empfinden eines verständigen durchschnittlichen Benutzers des beeinträchtigten Grundstücks ist die Duldungsgrenze der Lichtreflexe bereits aus

²⁷⁶ VG Würzburg, Urt. v. 08.11.2022 – W 4 K 22.1262, juris Rn. 78 ff.

²⁷⁷ Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 14. März 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 72) geändert worden ist.

²⁷⁸ LG Münster, Urt. v. 24.03.2023 – 017 O 393/22, juris Rn. 29 ff; ebenso auch LG Münster, Urt. v. 14.04.2023 – 17 O 393/22, juris Rn. 36 ff.

²⁷⁹ LG Münster, Urt. v. 24.03.2023 – 017 O 393/22, juris Rn. 32.

Umweltgesichtspunkten deutlich erhöht. Für den verständigen Durchschnittsmenschen ist der Klima- und Umweltschutz von überragendem Interesse. Er legt besonderen Wert auf eine nachhaltige Entwicklung der Energieversorgung, um fossile Energieressourcen zu schonen und die negativen Auswirkungen des Klimawandels für künftige Generationen zu reduzieren. Diese Wertung bringt die im Juli 2022 veröffentlichte Novelle des Erneuerbare-Energien-Gesetz (im Folgenden: EEG) zum Ausdruck. Gemäß § 2 EEG liegen die Errichtung und der Betrieb von (Photovoltaik-)Anlagen sowie den dazugehörigen Nebenanlagen 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.“²⁸⁰ [...]

„Aufgrund dieser Erwägungen ist der durchschnittliche verständige Benutzer eines Grundstücks bereit, Beeinträchtigungen die von einer Photovoltaikanlage ausgehen in großem Maße zu dulden. Insbesondere im Hinblick darauf, dass Photovoltaikanlagen als Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien gerade für Privatpersonen von großer Bedeutung sind, da ihre Umsetzung in Wohngebieten - anders als beispielsweise Wind- oder Biogasanlagen - realisierbar ist, duldet der verständige Durchschnittsmensch in einem Nachbarschaftsverhältnis die Beeinträchtigungen, die von einer solchen Anlage ausgehen, in erhöhtem Maße.“²⁸¹

²⁸⁰ LG Münster, Urt. v. 24.03.2023 – 017 O 393/22, juris Rn. 35 f.

²⁸¹ LG Münster, Urt. v. 24.03.2023 – 017 O 393/22, juris Rn. 39.

H. Überwiegendes öffentliches Interesse nach Art. 3 EU-Notfall-VO

Am 30. Dezember 2022 ist – als Reaktion auf den Angriffskrieg Russlands gegen die Ukraine – auf Grundlage des Art. 122 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)²⁸² die sog. EU-Notfall-Verordnung für einen beschleunigten Ausbau der erneuerbaren Energien in Kraft getreten²⁸³. Diese soll als „Brücke“ bis zur Umsetzung der geänderten Erneuerbare-Energien-Richtlinie („EE-RL 2023“) fungieren und Teile daraus bereits vorab zur Anwendung bringen. Art. 3 EU-Notfall-VO ist – wie auch § 2 EEG 2023 – unmittelbar von den Behörden und sonstigen Stellen anzuwenden. Sie ist auf einen Zeitraum von 18 Monaten begrenzt und gilt daher bis 30. Juni 2024.

Der inhaltlich und von der Zielrichtung her stark an § 2 EEG 2023 angelehnte Art. 3 hat folgenden Inhalt:

„Artikel 3 Überwiegendes öffentliches Interesse

(1) ¹ Für die Zwecke des Artikels 6 Absatz 4 und des Artikels 16 Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie 92/43/EWG des Rates, des Artikels 4 Absatz 7 der Richtlinie 2000/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und des Artikels 9 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 2009/147/EG des Europäischen

Parlaments und des Rates wird bei der Abwägung rechtlicher Interessen im Einzelfall angenommen, dass die Planung, der Bau und der Betrieb von Anlagen und Einrichtungen zur Erzeugung von Energie aus erneuerbaren Quellen sowie ihr Netzan-schluss, das betreffende Netz selbst und die Speicheranlagen im überwiegenden öffentlichen Interesse liegen und der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit dienen. ² Die Mitgliedstaaten können die Anwendung dieser Bestimmungen im Einklang mit den Prioritäten ihrer integrierten nationalen Energie- und Klimapläne auf bestimmte Teile ihres Hoheitsgebiets sowie auf bestimmte Arten von Technologien oder Projekten mit bestimmten technischen Eigenschaften beschränken.

(2) ¹ Die Mitgliedstaaten stellen zumindest bei Projekten, die als Projekte von überwiegendem öffentlichen Interesse anerkannt wurden, sicher, dass im Verfahren zur Planung und Genehmigungserteilung der Bau und Betrieb von Anlagen und Einrichtungen zur Erzeugung von Energie aus erneuerbaren Quellen und der damit verbundene Ausbau der Netzinfrastruktur bei der fallweisen Abwägung der Rechtsinteressen Priorität erhalten. ² In Bezug auf den Artenschutz findet der vorstehende Satz nur Anwendung, wenn und soweit geeignete Artenschutzmaßnahmen, die zur Erhaltung oder Wiederherstellung eines günstigen

²⁸² Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union. Fassung aufgrund des am 1.12.2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon (Konsolidierte Fassung bekanntgemacht im ABl. EG Nr. C 115 vom 9.5.2008, S. 47) zuletzt geändert durch die Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Kroatien und die Anpassungen des Vertrags über die Europäische Union, des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (ABl. EU L 112/21 vom 24.4.2012) m.W.v. 1.7.2013.

²⁸³ Zum Ganzen etwa *Ruge*, Die EU-Notfallverordnung – Revolution im EU-Umweltrecht?, NVwZ 2023, S. 870 ff.; *Fietz*, Die EU-Notfallverordnung zur Beschleunigung des Ausbaus erneuerbarer Energien und ihre Umsetzung in deutsches Recht, jurisPR-UmwR 6/2023, Anm. 1; *Kment/Maier*, EU-Notfallrecht für ein beschleunigtes Genehmigungsverfahren zugunsten erneuerbarer Energien, ZUR 2023, S. 323 ff.; *Schlacke/Thierjung*, Im

Dschungel der Beschleunigungsgesetzgebung zum Ausbau von erneuerbaren Energien: EU-Notfall-VO, § 6 WindBG und RED III und IV, DVBl 2023, S. 635 ff.; aus EU-kompetenzrechtlicher Sicht *Ludwigs*, Unionsrechtliche Rahmensetzungen zur Bewältigung der Energiekrise Die EU-Notfallkompetenz auf dem Prüfstand, EuZW 2023, S. 506 ff.; *Pernak*, Ein Schatten von Weimar über Brüssel? Zum europäischen Notverordnungsrecht nach Art. 122 AEUV am Beispiel der Notfallverordnung (EU) 2022/2577 des Rates vom 22.12.2022 zur Festlegung eines Rahmens für einen beschleunigten Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energien, SächsVBl 2023, S. 203 ff.; *Renno*, Der Rechtsrahmen für den Ausbau der Windenergie an Land unter Betrachtung und Bewertung aktueller Gesetzesnovellen, EnWZ 2023, S. 203 ff.

Erhaltungszustands der Populationen der Art beitragen, ergriffen werden und für diesen Zweck ausreichende Finanzmittel und Flächen bereitgestellt werden.“

Im Erwägungsgrund 8 heißt es dazu:

„Eine der vorübergehenden Maßnahmen ist die Einführung der widerlegbaren Vermutung, dass Projekte im Bereich der erneuerbaren Energien von überwiegendem öffentlichen Interesse sind und der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit im Sinne der einschlägigen Rechtsvorschriften der Union im Bereich Umwelt dienen, sofern keine eindeutigen Beweise dafür vorliegen, dass diese Projekte erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen haben, die nicht abgemildert oder ausgeglichen werden können. (...) Die Vermutung, dass Anlagen zur Erzeugung von Energie aus erneuerbaren Quellen, einschließlich Wärmepumpen, würde es mit sofortiger Wirkung ermöglichen, diese Projekte bei Bedarf einer vereinfachten Prüfung auf bestimmte Ausnahmen zu unterziehen, die insbesondere in den einschlägigen Rechtsvorschriften der Union im Bereich Umwelt vorgesehen sind.“

Und weiter im Erwägungsgrund 9:

(...) Um Engpässe im Verfahren zur Genehmigungserteilung sowie im Betrieb von Anlagen im Bereich der erneuerbaren Energien zu beseitigen, sollten im Verfahren zur Planung und Genehmigungserteilung der Bau und Betrieb von Anlagen zur Erzeugung von Energie aus erneuerbaren Quellen und der Ausbau der damit verbundenen Netzinfrastruktur bei der fallweisen Abwägung der Rechtsinteressen Priorität erhalten, zumindest bei Projekten, die als

Projekte von öffentlichem Interesse anerkannt wurden. (...)“

I. Erfasste Anlagen

Art. 3 Abs. 1 EU-Notfall-VO umfasst zum einen Anlagen und Einrichtungen zur Erzeugung von Energie aus erneuerbaren Quellen, einschließlich Wärmepumpen²⁸⁴. Energie aus erneuerbaren Quellen“ meint „Energie aus erneuerbaren, nichtfossilen Energiequellen, das heißt Wind, Sonne (Solarthermie und Photovoltaik), geothermische Energie, Umgebungsenergie, Gezeiten-, Wellen- und sonstige Meeresenergie, Wasserkraft, und Energie aus Biomasse, Depo-niegas, Klärgas und Biogas“ (Art. 2 S. 1 EU-Notfall-VO i. V. m. Art. 2 Nr. 1 EE-RL 2018²⁸⁵). § 2 EEG 2023 ist bereits diesbezüglich enger, da er nur Anlagen und Einrichtungen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien samt deren Nebenanlagen umfasst, aber nicht EE-Anlagen zur Erzeugung von Wärme, Kälte etc²⁸⁶. Daneben erfasst Art. 3 Abs. 1 EU-Notfall-VO auch noch „ihr[en] Netzanschluss, das betreffende Netz selbst und die Speichereinrichtungen“ und geht auch diesbezüglich über § 2 EEG 2023 hinaus, der diese Anlagen(-teile) nicht erfasst²⁸⁷. Allerdings werden diese Begriffe weder in der EU-Notfall-VO noch in der EE-RL 2018 oder der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie 2009/72/EG²⁸⁸ definiert. Unter Netzanschluss versteht man im Allgemeinen die technische Anbindung an ein Netz²⁸⁹. Erfasst werden alle dafür erforderlichen Anlagen(-teile) (Art. 2 Nr. 1 lit a EU-Notfall-VO). Umfasst ist der Anschluss an Strom-, Gas-/Wasserstoff-, Wärme/Kälte-netzte – unabhängig der jeweiligen Netzebene (z. B. Stromverteilernetz/-übertragungsnetz)²⁹⁰. Was unter „das betreffende

²⁸⁴ Zu dieser Klarstellung siehe Art. 2 Nr. 1 lit a und Erwägungsgrund 8.

²⁸⁵ Richtlinie (EU) 2018/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen, ABl. EU Nr. L 328 vom 21.12.2018, S. 82.

²⁸⁶ Diese Lücke schließt für den Wärmebereich jetzt § 1 Abs. 3 GEG, vgl. oben unter A.

²⁸⁷ Diese Lücke schließt für bestimmte Speicher und Netze §§ 11c, 14d Abs. 10 EnWG, vgl. oben unter A.

²⁸⁸ Richtlinie (EU) 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG, ABl. EU Nr. L 211 vom 14.08.2009, S. 55.

²⁸⁹ Bourwieg, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl. 2015, § 17 Rn. 1.

²⁹⁰ Art. 3 EU-Notfall-VO unterscheidet diesbezüglich nicht, während dies an anderer Stelle in der Verordnung getan wird.

Netz“ fällt, ist ebenfalls nicht definiert²⁹¹. Zwar erfasst auch hier der Netzbegriff grundsätzlich jegliche relevanten Netze und Netzebenen. Zudem spielt es keine Rolle, ob es sich um eine Maßnahme zur Optimierung, zur Verstärkung oder zum Ausbau des Netzes handelt, sofern diesbezüglich ein Genehmigungsverfahren durchgeführt wird. Jedoch ist dies auf das „betreffende“ Netz eingeschränkt. Ausgehend vom Gegenstand und Anwendungsbereich der EU-Notfall-VO, nämlich „das Verfahren zur Genehmigungserteilung für die Erzeugung von Energie aus erneuerbaren Energiequellen“ (Art. 1 Abs. 1) und der diesbezüglichen Begriffsbestimmung, wonach auf „den Bau, das Repowering und den Betrieb von Anlagen zur Erzeugung von Energie aus erneuerbaren Quellen, einschließlich Wärmepumpen, der Energiespeicheranlagen am selben Standort sowie der für deren Netzanschluss erforderlichen Anlagen“ abgestellt wird (Art. 2 Nr. 1 lit a), fällt unter das „betreffende“ Netz zunächst das Netz, an das die jeweilige EE-Anlagen angeschlossen wird. Ob und unter welchen Bedingungen darüber hinaus auch das vorgelagerte Netz bzw. weitere Netze/Netzebenen erfasst werden, ist nicht ganz eindeutig. Die Einschränkung auf das „betreffende“ bzw. „damit verbundene“ Netz spricht jedenfalls gegen ein umfassendes Begriffsverständnis, das jegliche Maßnahmen in der gesamten Netzinfrastruktur umfasst. Allerdings darf das auch nicht zu eng verstanden werden. So wird vor allem im Erwägungsgrund 21 darauf abgestellt:

„Durch die Umsetzung des Grundsatzes der Energiesolidarität ermöglicht die vorliegende Verordnung grenzüberschreitende Auswirkungen der Beschleunigung der Umsetzung von Projekten im Bereich der erneuerbaren Energien. (...) Angesichts des Grads der Integration der Energiemärkte in der Union sollte jede Steigerung der Nutzung erneuerbarer Energien in einem Mitgliedstaat auch Vorteile für die Versorgungssicherheit und niedrigere Preise in anderen Mitgliedstaaten nach sich ziehen.

Sie sollte dazu beitragen, dass Strom aus erneuerbaren Quellen über Grenzen hinweg dorthin fließen kann, wo er am dringendsten benötigt wird, und sicherstellen, dass günstig erzeugter Strom aus erneuerbaren Quellen in Mitgliedstaaten exportiert wird, in denen die Stromerzeugung teurer ist.“²⁹²

Zudem wird im Erwägungsgrund 9 zu Art. 3 Abs. 2 EU-Notfall-VO darauf abgezielt:

„Engpässe (...) im Betrieb von Anlagen im Bereich der erneuerbaren Energien zu beseitigen“

Vom Sinn und Zweck der EU-Notfall-VO her dürfte daher unter das „betreffende“ Netz auch das vorgelagerte Netz und weitere damit verbundene Netze fallen, wenn dort durch den Netzanschluss von EE-Anlagen Optimierungs-, Verstärkungs- oder Ausbaumaßnahmen notwendig werden und dazu ein Genehmigungsverfahren durchgeführt wird. Dies dient der Integration der erneuerbaren Energien und dem Beschleunigungsanliegen der EU-Notfall-VO.

Hinsichtlich der genannten Speicheranlagen enthält Art. 3 EU-Notfall-VO zunächst keine weitere Einschränkung im Wortlaut. Hier dürften aber – ausgehend vom definierten Gegenstand und Anwendungsbereich der Verordnung sowie von der Begriffsbestimmung zum „Verfahren zur Genehmigungserteilung“ – nicht jegliche Speicheranlagen erfasst sein, sondern „Energiespeicheranlagen am selben Standort“ wie die zu genehmigenden EE-Anlagen (vgl. Art. 2 Nr. 1 lit a EU-Notfall-VO)²⁹³. Daher dürfte es auch im Wortlaut „die“ Speicheranlagen heißen. Ob hiervon auch eine „nachträgliche Erweiterung“ einer bestehenden EE-Anlage um einen Energiespeicher erfasst ist, ist zwar nicht eindeutig, dürfte aber dem Integrations- und Beschleunigungsanliegen der Verordnung entsprechen.

Zwar nennt Art. 3 Abs. 1 S. 1 EU-Notfall-VO ausdrücklich auch noch die „Planung“ von

²⁹¹ Zu diesem Problem Ruge, Die EU-Notfallverordnung – Revolution im EU-Umweltrecht?, NVwZ 2023, S. 870 (872).

²⁹² Hervorhebungen durch Verfasser.

²⁹³ Innerhalb der Verordnung wird der Begriff Speicher/Speicheranlage synonym zum Begriff der Energiespeicheranlage verwendet, vgl. Erwägungsgrund 11 („Speicher“) und dazugehörig Art. 4 Abs. 1 („Energiespeicheranlagen“).

Anlagen und spricht auch in Absatz 2 von „Verfahren zur Planung und Genehmigungserteilung“. Das dürfte sich aber – ebenfalls ausgehend vom Gegenstand und Anwendungsbereich der Verordnung – auf das Verfahren zur Genehmigungserteilung beziehen und nicht etwa die (öffentliche) Planung, insbesondere die Flächenplanung, meinen. Die von Art. 3 Abs. 1 erfassten Ausnahmeentscheidungen werden auch nicht auf Ebene der (Flächen-)Planung getroffen, sondern im Genehmigungsverfahren²⁹⁴.

II. Anwendungsbereiche und Wirkungsweise

1. Überwiegendes öffentliches Interesse (Absatz 1)

Was den sachlichen Anwendungsbereich betrifft, erfasst Art. 3 Abs. 1 EU-Notfall-VO nur die Abwägung bei der Ausnahmeerteilung nach der

- ▶ europäischen Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie 92/43/EWG (FFH-RL)²⁹⁵
- ▶ der Vogelschutz-Richtlinie 2009/147/EG (VSch-RL)²⁹⁶ und
- ▶ der Wasserrahmenrichtlinie 2000/60/EG (WRRL).

Konkret betrifft dies die Ausnahmeentscheidungen

- ▶ zum Habitatschutz (Art. 6 Abs. 4 FFH-RL, § 34 Abs. 3 und Abs. 4 BNatSchG)
- ▶ zum besonderen Artenschutz (Art. 16 Abs. 1 lit c FFH-RL, Art. 9 Abs. 1 lit a VSch-RL, §§ 45 Abs. 7, 45b Abs. 8 und Abs. 9 BNatSchG) und
- ▶ zum Gewässer/Grundwasserschutz (Art. 4 Abs. 7 WRRL, §§ 31 Abs. 2, 47 Abs. 3 S. 1 WHG)

und damit die Frage, ob die von Art. 3 Abs. 1 aufgestellte Vermutung, dass das öffentliche Interesse sowie die öffentliche Gesundheit und Sicherheit die jeweiligen Belange des Habitat-, Arten- oder Gewässerschutzes „überwiegen“, Bestand hat oder widerlegt wird. Anders als § 2 EEG 2023, der jegliche wertungsoffene Spielräume im gesamten Fachrecht erfasst (insbesondere jegliche Abwägungs-, Ermessens-, Planungsentscheidungen), ist hinsichtlich der adressierten Vorschriften der Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 1 EU-Notfall-VO also sehr begrenzt. Auf andere Abwägungsentscheidungen oder wertungsoffene Spielräume im EU-Recht oder gar im nationalen Recht (z. B. im Denkmalschutzrecht) findet die Regelung keine Anwendung.

Anders verhält es sich bei der Wirkungsweise. Art. 3 Abs. 1 EU-Notfall-VO ist nämlich in seiner Wirkungsweise mit § 2 EEG 2023 praktisch identisch, da beide Vorschriften eine Regelvermutung für das Überwiegen des öffentlichen Interesses an den erneuerbaren Energien aufstellen und sich in der Folge die Abwägung auf die Prüfung eines (atypischen) Ausnahmefalls beschränkt. Nach beiden Regelungen soll die Abwägung bzw. die Ausfüllung der diesbezüglichen Wertungsspielräume nicht mehr – wie bislang – dem behördlichen Vollzug und der Nachprüfung der Gerichte überlassen werden, sondern bereits auf Gesetzesebene in der Weise vorgeprägt werden, dass die Abwägung künftig im Regelfall zugunsten der erneuerbaren Energien ausgehen soll. Dass Art. 3 EU-Notfall-VO dabei neben dem öffentlichen Interesse und der öffentlichen Sicherheit auch ausdrücklich die öffentliche Gesundheit in Bezug nimmt, ist eine wichtige Klarstellung, da dies teilweise als besonderer Ausnahmegrund vorgesehen ist (vgl. § 34 Abs. 4, § 45 Abs. 7 Nr. 4 BNatSchG). Aber auch bei § 2 EEG 2023 ist die öffentliche Gesundheit in das öffentliche Interesse hineinzulesen²⁹⁷.

Der rechtliche Unterschied zwischen beiden Regelungen besteht allein darin, dass

²⁹⁴ Auch die Anschlussregelung im künftigen Art. 16f EE-RL 2023 ist ausdrücklich auf das Genehmigungsverfahren beschränkt. Der in der Vorschrift genannte Begriff der „Planung“ bezieht sich auf die für die Genehmigungseinreichung notwendige Planung, nicht auf die (öffentlich) Planung i.S.e. Flächenplanung.

²⁹⁵ Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der

wildlebenden Tiere und Pflanzen, ABl. EU Nr. L 206 vom 22.07.1992, S. 7.

²⁹⁶ Richtlinie 2009/147/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. November 2009 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten (kodifizierte Fassung), ABl. EU Nr. L 20 vom 26.01.2010, S. 7.

²⁹⁷ Siehe oben C.IV.1.

§ 2 EEG 2023 über das „überragende“ öffentliche Interesse und das Einbringen als „vorrangiger Belang“ am Abwägungsvorgang anknüpft²⁹⁸, während Art. 3 EU-Notfall-VO über das „überwiegende“ öffentliche Interesse direkt am Abwägungsergebnis anknüpft. Dieser unterschiedliche Anknüpfungspunkt ist auch der Grund, weshalb in § 2 EEG 2023 von einem „überragenden“ (im Sinne eines besonders schwer zu gewichtenden) öffentlichen Interesse die Rede ist, das alle wertungsoffenen Spielräume – auch solche ohne Bezug zu einem überwiegenden öffentlichen Interesse – erfasst, während Art. 3 Abs. 1 EU-Notfall-VO mit dem „überwiegenden“ öffentlichen Interesse auf das Abwägungsergebnis (im Sinne eines Überwiegens des öffentlichen Interesses) abzielt und zwar speziell für die europäische habitat-, arten- und gewässerschutzrechtlichen Ausnahmeerteilung. Daher handelt es sich beim „überwiegenden“ öffentlichen Interesse in Art. 3 EU-Notfall-VO auch nicht um einen Übersetzungsfehler oder ein Synonym zum „überragenden“ öffentlichen Interesse²⁹⁹, vielmehr wird auf EU-Ebene an den entsprechenden Wortlaut der erfassten EU-Regelungen zur Ausnahmeerteilung angeknüpft³⁰⁰. Ein „überragendes“ öffentliches Interesse als verbindliche Gewichtungsvorgabe für den Abwägungsvorgang und ein „überwiegendes“ öffentliches Interesse als Regelvermutung für das Abwägungsergebnis sind daher – rechtstechnisch – nicht gleichzusetzen, auch wenn beide Regelungen – insbesondere über den Satz 2 von § 2 EEG 2023 – in ihrer Wirkung letztlich praktisch deckungsgleich sind.

Dass Art. 3 EU-Notfall-VO nur eine Regelvermutung für das Abwägungsergebnis aufstellt, aber eben noch nicht das Abwägungsergebnis – im Sinne eines bereits feststehenden Überwiegens – selbst vorwegnimmt, ergibt sich zum einen aus dem Wortlaut („wird bei der Abwägung [...] im Einzelfall angenommen“, „bei der fallweisen Abwägung“) sowie den Erwägungsgründen 8 und 9. Demnach handelt es sich um eine (widerlegbare) gesetzliche Vermutung. Es bleibt also auch hier beim Erfordernis einer Abwägung im Einzelfall. Jedoch wird diese durch eine Regelvermutung hinsichtlich des Abwägungsergebnisses gesetzgeberisch vorgezeichnet. Auch im Rahmen von Art. 3 EU-Notfall-VO ist damit kein absoluter Vorrang geregelt worden, sondern – wie in § 2 EEG 2023 – eine spezielle Form eines relativen Vorrangs³⁰¹. Die Abwägung wird also nicht entbehrlich, vielmehr soll die Ausnahmeerteilung – in den Worten von Erwägungsgrund 8 – nur „einer vereinfachten Prüfung“ unterzogen werden.

Diese vereinfachte Prüfung liegt – wie bei § 2 EEG 2023 – darin, dass die Abwägung auf die Prüfung beschränkt wird, ob ein (atypischer) Ausnahmefall vorliegt, der die Regelvermutung widerlegt. Da ein solches Widerlegen der Ausnahmefall sein soll, sind hieran hohe Anforderungen zu stellen. Zur Widerlegung der Vermutung ist, wenn das Unionsrecht, wie hier der Fall, keinen anderen Maßstab vorgibt, der Beweis des Gegenteils erforderlich (vgl. § 292 ZPO)³⁰². Insofern ist auch im Erwägungsgrund 8 der Verordnung die Rede davon, dass für eine Widerlegung eindeutige Beweise vorliegen müssen, wonach die Projekte erhebliche

²⁹⁸ Siehe oben C.VI.

²⁹⁹ So aber *KNE*, Die EU-Notfallverordnung – Regelungen zur Beschleunigung des Ausbaus der erneuerbaren Energien. Eine Einführung in die Thematik, 2023, S. 5: „Ein Vergleich der Wortlaute der in Bezug genommenen Richtlinien ergibt, dass der europäische Gesetzgeber overriding als überwiegend übersetzt und keine juristisch präzise – dem deutschen Recht vergleichbare – Unterscheidung von „überragend“ und „überwiegend“ trifft.“

³⁰⁰ Dass es sich bei der Ausnahme im Gewässerschutzrecht (Art. 4 Abs. 7 lit c WRRL: „von übergeordnetem öffentlichem Interesse“) um einen tatsächlichen Übersetzungsfehler handeln dürfte, zeigt der Erwägungsgrund 32 („aus Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses“); vgl. auch OVG Bremen, Beschl. v. 03.04.2017 – 1 B 126/16, juris Rn. 155 f.; VG Düsseldorf, Urt. v. 03.08.2011 – 10 K 473/09, juris Rn. 26 ff.; *Unnerstall*, Der Schutz von Auen nach der EU-Wasserrahmenrichtlinie und dem Bundesnaturschutzgesetz – ein Vergleich,

NuR 2003, S. 667 (674); *Asemissen*, Das wasserrechtliche Verschlechterungsverbot in der Vorhabenzulassung (Teil 2), I+E 2018, S. 73 f.

³⁰¹ So auch *Ruge*, Die EU-Notfallverordnung – Revolution im EU-Umweltrecht?, NVwZ 2023, S. 870 (873)..

³⁰² Nach § 173 VwGO in Verbindung mit § 292 ZPO, dessen Grundsätze auch im Unionsrecht anwendbar sind, ist bei einer gesetzlich aufgestellten Vermutung der Beweis des Gegenteils zulässig. Dabei geht die Darlegungs- und Beweislast für die vermutete Tatsache auf den Gegner (hier die gegen die Regelvermutung entscheidende Behörde) über. Zur Widerlegung reicht es weder, dass das Gericht in seiner Überzeugung unsicher geworden ist, noch dass eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das Gegenteil der Vermutung spricht, vielmehr muss das Gericht vom Gegenteil der vermuteten Tatsache voll überzeugt sein, vgl. *Thole*, in: Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 4, 23. Aufl. 2018, § 292 Rn. 13; *Bacher*, in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, 47. Ed. 2022, § 292 ZPO Rn. 9 f.

nachteilige Umweltauswirkungen haben, die nicht abgemildert oder ausgeglichen werden können. Auch das EU-Recht stellt damit für das Vorliegen eines Ausnahmefalls maßgeblich auf eine besonders hohe Betroffenheit im Einzelfall ab. Typische Auswirkungen von EE-Anlagen auf ihre Umwelt fallen jedenfalls nicht hierunter³⁰³. Diese kennt der Gesetzgeber, nimmt sie aber zur Beschleunigung des Erneuerbaren-Ausbaus und damit aus Gründen des Klimaschutzes und der Versorgungssicherheit in Kauf. Im Übrigen kann hier auf die obigen Ausführungen zu § 2 EEG 2023 verwiesen werden (C.VI.).

Schließlich ist auch bei Art. 3 EU-Notfall-VO darauf hinzuweisen, dass – wie auch bei § 2 EEG 2023 – die übrigen Anforderungen an eine Ausnahmeerteilung, wie sie die genannten EU-Ausnahmeregelungen vorsehen weiterhin gelten und einzuhalten sind (z. B. keine zumutbaren Alternativen und keine Verschlechterung des Erhaltungszustands der Populationen im Artenschutzrecht). Art. 3 EU-Notfall-VO hilft über diese nicht hinweg, sondern adressiert allein die Abwägung.

2. Priorität bei der Abwägung (Absatz 2)

Im Sinne dieses relativen Vorrangs dürfte auch der Wortlaut von Absatz 2 zu verstehen sein, wonach die Projekte, die als Projekte von überwiegendem öffentlichen Interesse anerkannt wurden, bei der fallweisen Abwägung der Rechtsinteressen „Priorität“ im Verfahren zur Planung und Genehmigungserteilung erhalten. Der Begriff Priorität ist gleichbedeutend mit dem Begriff des Vorrangs, wie er von § 2 S. 2 EEG 2023 benutzt wird³⁰⁴.

Der genaue Regelungsinhalt von Absatz 2 erschließt sich dennoch nicht ohne weiteres, insbesondere welche Abwägungen hiervon erfasst sind. Dass unter die genannte fallweise Abwägung zumindest die in Absatz 1 genannten Abwägungen fallen, ergibt sich aus der Anknüpfung an das überwiegende öffentliche Interesse sowie

der artenschutzrechtlichen Sonderregelung in Satz 2. Wie eben dargestellt, ergibt sich aber für diese Abwägungsentscheidungen eigentlich schon aus Absatz 1, genauer gesagt aus der Regelvermutung, ein relativer Vorrang³⁰⁵. Absatz 2 hätte dann eine eher klarstellende Funktion.

Ob der Absatz 2 darüber hinaus auch andere Abwägungen erfasst oder gar – vergleichbar dem § 2 EEG 2023 – ein allgemeines, fachgesetzübergreifendes Prioritätsprinzip für jegliche Abwägungen statuiert, ist unklar. Der Wortlaut ist diesbezüglich zwar offen. Problematisch erweist sich jedoch hierfür die Anknüpfung der Prioritätswirkung an die vorherige „Anerkennung“ eines überwiegenden öffentlichen Interesses. Dem scheint zwar die Vorstellung einer Art allgemeinen Einordnung von „überwiegendem öffentlichen Interesse“ zugrunde zu liegen, jedoch ist die Bejahung eines „überwiegenden“ öffentlichen Interesses, d. h. seines Überwiegens, eine Frage der jeweiligen Abwägung mit dem jeweiligen Schutzgut – zumal es je nach Schutzgut unterschiedliche Entscheidungen geben kann (zwar Überwiegen des öffentlichen Interesses gegenüber den Artenschutzbelangen, aber nicht gegenüber den Gewässerschutzbelangen) und aus einer einzelfallbezogenen Abwägung – z. B. mit den Belangen des Gewässerschutzes – keine (Vor-) Festlegungen oder Wertungen für andere Abwägungen in anderen Fachgesetzen bzw. mit anderen Schutzgütern resultieren (z. B. Denkmalschutz). Diesbezüglich sind jeweils eigene fachliche Wertungen zu treffen. Zum anderen beschreibt die genannte Anerkennung bereits das fertige Abwägungsergebnis, während die Prioritätsregelung ja eigentlich die vorherige fallweise Abwägung beeinflussen will. Allerdings ist Absatz 2 hinsichtlich der genannten Anerkennung nur als Mindestvoraussetzung ausgestaltet („zumindest“), d. h. die Mitgliedstaaten sind nicht daran gehindert, Prioritäts- bzw. Vorrangregelungen für weitere Projekte/Anlagenarten und weitere oder gar alle Rechtsbereiche einzuführen und damit allgemeine Prioritätsregelungen – wie in § 2 EEG 2023 für die erneuerbaren

³⁰³ Vgl. OVG Münster, Urt. v. 29.11.2022 – 22 A 1184/18, juris Rn. 449 f.

³⁰⁴ Im Entwurf der Kommission zur EU-Notfall-Verordnung wurde im entsprechenden Artikel 2 der Begriff

„priority“ noch mit „Vorrang“ in der deutschen Fassung übersetzt, siehe COM(2022) 591 final.

³⁰⁵ Auch bei § 2 EEG 2023 wird der relative Vorrang aus dem statuierten Regel-Ausnahmeverhältnis abgeleitet, siehe C.VI.

Energien – zu schaffen, nur sind sie eben aus Art. 3 Abs. 2 EU-Notfall-VO heraus nicht dazu verpflichtet. Insoweit erscheint auch unschädlich, dass die in Absatz 1 genannten Speichereinrichtungen und der Netzanschluss nicht unter die Mindestvorgabe fallen und auch nicht ausdrücklich an die öffentliche Gesundheit und Sicherheit angeknüpft wird³⁰⁶. Insgesamt könnte Absatz 2 damit zum einen eine klarstellende Funktion haben, dass wenn ein Überwiegen des öffentlichen Interesses festgestellt wurde, also die Regelvermutung nicht widerlegt wurde, dass dann ein Vorrang gegenüber dem jeweils abgewogenen, gegenläufigen Schutzgut gilt. Zum anderen könnte der Regelung über die Mindestvorgabe hinaus eine Signalwirkung an die Mitgliedstaaten zukommen, über allgemeine Prioritätsregelungen den Ausbau der erneuerbaren Energien zu beschleunigen³⁰⁷. Hierfür gibt es vielfältigste Möglichkeiten³⁰⁸.

Die Einschränkung in Art. 3 Abs. 2 S. 2 EU-Notfall-VO, wonach die Prioritätsregelung gegenüber dem Artenschutz nur gilt, „wenn und soweit geeignete Artenschutzmaßnahmen, die zur Erhaltung oder Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands der Populationen der Art beitragen, ergriffen werden und für diesen Zweck ausreichende Finanzmittel und Flächen bereitgestellt werden“, dürfte jedenfalls in Deutschland ohnehin durch die vorgesehenen Artenhilfsprogramme gegeben sein (§ 45d BNatSchG) und auch insoweit keine weitere Hürde darstellen.

III. Anwendungsvorrang gegenüber § 2 EEG 2023

In der Normhierarchie geht Art. 3 EU-Notfall-VO als europäische Verordnung dem § 2 EEG 2023 als nationale Regelung vor, soweit sie sich inhaltlich überschneiden³⁰⁹. Bei den genannten Abwägungen im Rahmen der habitat-, artenschutz- und gewässerschutzrechtlichen Ausnahmeerteilung kommt daher allein Art. 3 EU-Notfall-VO zur Anwendung, während § 2 EEG 2023 (wie auch § 45b Abs. 8 Nr. 1 BNatSchG) in diesen Fällen „verdrängt“ wird. Da die EU-Notfall-VO ihrerseits aber auf 18 Monate befristet ist (Art. 10 EU-Notfall-VO), gilt dies nur bis zum 30. Juni 2024.

Nur soweit § 2 EEG 2023 über den Regelungsinhalt von Art. 3 EU-Notfall-VO hinausgeht, kann er auch während der Geltungsdauer der EU-Notfall-VO angewendet werden. Das trifft wegen der identischen Wirkungsweise allerdings nicht auf die Abwägung als solche zu. Auch wenn beide Regelungen – rechtstechnisch – an verschiedenen Punkten der Abwägung anknüpfen, sind sie in ihrer Wirkung praktisch deckungsgleich. Zudem ist § 2 EEG 2023 auch nicht im Sinne einer Schutzbereichsverstärkung nach Art. 193 AEUV als „stärkere“ Regelung einzuordnen. § 2 EEG 2023 geht jedoch insoweit über den Anwendungsbereich von Art. 3 EU-Notfall-VO hinaus, als dass er jegliche wertungsoffenen Spielräume erfasst und damit insbesondere auch Ermessensentscheidungen auf Rechtsfolgenseite³¹⁰. Während also Art. 3 Abs. 1 EU-Notfall-VO die drei dort ausdrücklich genannten Abwägungsentscheidungen erfasst, die ihre Grundlage allesamt im EU-Recht haben und bei denen § 2 EEG

³⁰⁶ Beides sind aber letztlich nur Unterfälle des öffentlichen Interesses und sind hiervon umfasst bzw. tragen zu dessen Gewichtung bei.

³⁰⁷ Kment/Maier, EU-Notfallrecht für ein beschleunigtes Genehmigungsverfahren zugunsten erneuerbarer Energien, ZUR 2023, S. 323 ff. (329) zeigen die Ähnlichkeit zu § 2 EEG 2023 auf, sehen jedoch eine stärkere Wirkung des Art. 3 Abs. 2 VO (EU) 2022/2577: „Im Unterschied zum nationalen Recht – und damit anders als § 2 EEG vermag Art. 3 VO (EU) 2022/2577 die unionsrechtlich geprägten Ausnahmegründe auszufüllen und einen Vorrang des Ausbaus erneuerbarer Energien gegenüber dem europäischen Arten-, Vogel- und Wasserschutz anzuordnen. Zudem muss Art. 3 VO (EU) 2022/2577 keine Relativierungen durch nationales Verfassungsrecht fürchten. Anders als der einfachgesetzliche § 2 EEG, der die verfassungsrechtlich abgesicherte

Wertigkeit von Rechtsgütern nicht vollständig aushebeln konnte, verhilft Art. 3 Abs. 2 VO (EU) 2022/2577 der Anwendungsvorrang des Unionsrechts zu mehr Durchschlagskraft.“

³⁰⁸ Allgemein zu Priorisierungsregelungen [Schmidt/Sailer, Reformansätze zum Genehmigungsrecht von Windenergieanlagen, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 25 vom 28.01.2022](#), S. 16 ff.

³⁰⁹ Allg. EuGH, Urt. v. 15.07.1964 – 6/64 – Costa/Enel, Rn. 47 f.; Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 1 Rn. 22, Art. 288 Rn. 21.

³¹⁰ Soweit die Rechtsfolgenseite der Ausnahmeerteilung in den genannten EU-Richtlinien nicht geregelt wurde, obliegt deren Ausgestaltung den Mitgliedstaaten. Insoweit enthält auch Art. 3 EU-Notfall-VO diesbezüglich keine Vorgaben.

2023 nicht zur Anwendung kommen darf, kann darüber hinaus § 2 EEG 2023 volle Wirkung entfalten. Sofern der Gesetzgeber die genannten Ausnahmeentscheidungen also in das Ermessen der Behörde gestellt hat (z. B. § 45 Abs. 7 BNatSchG: „können [...] Ausnahmen zulassen“³¹¹), ist im Falle einer Ermessensausübung (weiterhin) § 2 EEG 2023 als Ermessensdirektive anzuwenden und – bei Vorliegen aller Voraussetzungen – die Ausnahme im Regelfall zu erteilen.

übernommen worden. Mit Auslaufen der EU-Notfall-VO entfällt dieser Regelungsteil damit.

IV. Beschränkungsmöglichkeit

Nach Art. 3 Abs. 1 S. 2 EU-Notfall-VO können die Mitgliedstaaten die Anwendung dieser Bestimmungen im Einklang mit den Prioritäten ihrer integrierten nationalen Energie- und Klimapläne auf bestimmte Teile ihres Hoheitsgebiets sowie auf bestimmte Arten von Technologien oder Projekten mit bestimmten technischen Eigenschaften beschränken. Deutschland hat von einer solchen Einschränkung keinen Gebrauch gemacht, so dass Art. 3 EU-Notfall-VO im gesamten Bundesgebiet und auf alle erfassten Projekte und Technologien, insbesondere alle erneuerbaren Energien, Anwendung findet.

V. Befristung und Fortführung

Wie bereits erwähnt ist die EU-Notfall-VO und damit auch Artikel 3 für einen Zeitraum von 18 Monate ab Inkrafttreten der Verordnung, d. h. bis 30. Juni 2024 befristet (Art. 10 EU-Notfall-VO). Allerdings ist im Zuge der gerade verabschiedeten Änderung der Erneuerbaren-Energien-Richtlinie in einem neuen Art. 16f eine Anschlussregelung vorgesehen, die dem Art. 3 EU-Notfall-VO in Teilen entspricht und von den Mitgliedstaaten bis spätestens drei Monate nach Inkrafttreten der geänderten Richtlinie in nationales Recht umzusetzen ist. In der Folge stellt sich dann auch nicht mehr die oben beschriebene Abgrenzungsfrage zwischen europäischem und nationalem Recht.

Der Absatz 2 von Art. 3 EU-Notfall-VO ist nicht in den geplanten Art. 16f EE-RL 2023

³¹¹ Siehe aber bei Windenergieanlagen die gebundene Entscheidung nach § 45b Abs. 8 Nr. 6 BNatSchG.

I. Fazit und Ausblick

§ 2 EEG 2023 ist ein sinnvolles und wichtiges Instrument zur Priorisierung des Ausbaus der erneuerbaren Energien³¹², das durch die jüngere Rechtsprechung weiter konkretisiert und aufgewertet wurde. Die hinter den erneuerbaren Energien stehenden Gemeinwohlbelange – Klimaschutz, Klimawandelbedingter Lebens-, Gesundheits- und Eigentumsschutz sowie Energieversorgungssicherheit – werden durch den Gesetzgeber weiter gestärkt, ihr hohes Gewicht verbindlich festgeschrieben und ihre Durchsetzungskraft gegenüber anderen Belangen damit erhöht.

Den Behörden und Gerichten wird über § 2 EEG 2023 eine Abwägungs- und Ermessensdirektive zur Seite gestellt und sie werden zugleich an die gesetzgeberische Wertungsentscheidung gebunden. Auch alle anderen wertungsoffenen Spielräume werden zugunsten der erneuerbaren Energien „vorgeprägt“. Dies erhöht die Rechtsicherheit und erleichtert sowohl den Behörden wie auch den Vorhabenträgern die Darlegungs- und Begründungslasten bei Wertungsentscheidungen zugunsten der erneuerbaren Energien. Umgekehrt erhöht sich die Darlegungs- und Begründungslast für die Behörden, wenn sie im Rahmen von wertungsoffenen Spielräumen anderen Belangen den Vorzug geben und gegen die erneuerbaren Energien entscheiden wollen. Als Querschnittsregelung mit Ausstrahlungswirkung in das gesamte (Fach-)Recht³¹³ kann § 2 EEG 2023 damit insgesamt einen erheblichen Beitrag zur Vereinfachung und Beschleunigung der Genehmigungsverfahren leisten.

§ 2 EEG 2023 adressiert aber nur wertungsoffene Spielräume, die der Gesetzgeber an die Behörden und Gerichte delegiert hat und die er nunmehr wieder einschränkt bzw. vorprägt. Sie dienen als „Einfallstor“ für die Anwendung des § 2 EEG 2023. Damit hat § 2 EEG einen speziellen Anwendungsbereich, der

nicht überschätzt, aber auch nicht unterschätzt werden sollte³¹⁴. Dort, wo das Recht solche Spielräume aber nicht vorsieht, kommt § 2 EEG 2023 auch nicht zur Anwendung. Daher bleiben auch die vielen Ge- und Verbote sowie Schutzverpflichtungen aus den verschiedenen fachrechtlichen Vorgaben – Natur- und Artenschutz, Denkmalschutz, Gewässerschutz, Luftsicherheit etc. – unangestastet und müssen weiterhin geprüft und eingehalten werden. Erst auf der Ebene möglicher Ausnahmen und Befreiungen kommt § 2 EEG 2023 zum Tragen.

Insgesamt will und kann § 2 EEG 2023 damit auch nicht die Vielzahl an fachrechtlichen Problemen lösen. Vielmehr müssen die Probleme im jeweiligen Fachrecht primär dort gelöst werden (insbes. über Klarstellung/Reduzierung des Prüfprogramms, Konkretisierung der Prüfmaßstäbe, Verbesserungen bei Verfahren und Rechtsschutz)³¹⁵. Auch auf EU-Ebene wurde dies sowie die hohe Bedeutung und vor allem Dringlichkeit von Klimaschutz und Versorgungssicherheit unlängst erkannt. Nach der im Dezember 2022 in Kraft getretenen EU-Notfall-Verordnung können daher Projekte im Bereich erneuerbare Energien, Energiespeicherung und Netzinfrastruktur von der Umweltverträglichkeitsprüfung und den Bewertungen des Artenschutzes ausgenommen werden (Art. 6 EU-Notfall-VO)³¹⁶. In Fortführung und Ausweitung dessen sollen nach der sich abzeichnenden Änderung der Erneuerbaren-Energien-Richtlinie künftig innerhalb sog. Beschleunigungsgebiete für erneuerbaren Energien die Prüfung der europäischen Umweltvorgaben im Genehmigungsverfahren weitestgehend entfallen und mögliche Konflikte mit bereits bei Gebietsausweisung festgelegten

³¹² Allgemein zu Priorisierungsregelungen [Schmidt/Sailer, Reformansätze zum Genehmigungsrecht von Windenergieanlagen, Würzburger Studien zum Umweltenergie recht Nr. 25 vom 28.01.2022](#), S. 16 ff.

³¹³ Vgl. [Müller](#), Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Klimaschutz und Energie, 16.05.2022, S. 14 f., mit Verweis auf das Problem, dass die Ausstrahlungswirkung von § 2 EEG 2023 in die Fachgesetze hinein von den Fachbehörden auch erkannt werden muss („Transferleistung“) und sich bei besonders relevanten Bereichen auch entsprechende

Regelungen in Fachgesetzen anbieten können (vgl. § 45b Abs. 8 Nr. 1 BNatSchG).

³¹⁴ Eindrücklich OVG Münster, Urt. v. 16.05.2023 – 7 D 423/21.AK, juris Rn. 57 ff.

³¹⁵ Zum Ganzen [Schmidt/Sailer, Reformansätze zum Genehmigungsrecht von Windenergieanlagen, Würzburger Studien zum Umweltenergie recht Nr. 25 vom 28.01.2022](#).

³¹⁶ Siehe § 6 WindBG, § 72a WindSeeG, § 43m EnWG, § 14b UVPG.

Minderungsmaßnahmen adressiert werden³¹⁷. Durch den Wegfall von Prüfpflichten kommt es – zumindest innerhalb solcher Gebiete – in der Folge nicht mehr auf diesbezügliche Ausnahmen oder Befreiungen an³¹⁸ und damit auch nicht mehr auf eine gesetzgeberische Vorprägung der dafür erforderlichen Abwägungen.

Auch auf nationaler Ebene haben erste Bundesländer damit begonnen, bei erneuerbaren Energien z. B. die Prüfpflichten im Denkmalschutzrecht einzuschränken (z. B. Baden-Württemberg und Bayern) oder bei den baurechtsrechtlichen Abständen gänzlich abzuschaffen (Mecklenburg-Vorpommern). Dies sollten andere Bundesländer und auch der Bund zum Vorbild für das übrige Genehmigungsrecht nehmen, um die Energiewende zu beschleunigen.

³¹⁷ Siehe Art. 15c (1) lit. b der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie (EU) 2018/2001, der Verordnung (EU) 2018/1999 und der Richtlinie 98/70/EG im Hinblick auf die Förderung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Aufhebung der Richtlinie (EU) 2015/652 des Rates, PE-CONS 36/23.

³¹⁸ Siehe z. B. den insoweit deklaratorischen § 6 Abs. 1 S. 11 WindBG: „Eine Ausnahme nach § 45 Absatz 7 des Bundesnaturschutzgesetzes ist nicht erforderlich.“

J. Anhang: Regelungen mit „Andockstellen“ für § 2 EEG 2023

Im Folgenden werden beispielhaft aus verschiedenen Rechtsbereichen Regelungen aufgezählt, die einen wertungsoffenen Spielraum besitzen und bei denen daher § 2 EEG zu beachten ist, oder die sogar

direkt auf eine Festschreibung des überraschenden öffentlichen Interesses abstellen. Auf eine Aufzählung von Ermessenvorschriften („kann“/„soll“) wurde dabei verzichtet

Anwendungsmöglichkeiten des § 2 EEG 2023

Rechtsgebiet	Normen	Anwendungsmöglichkeit des § 2 EEG 2023
Bauplanungs-/ Bauordnungsrecht	§ 1 Abs. 5 S. 1 und Abs. 7 BauGB	§ 1 Abs. 5 S. 1 und Abs. 7 BauGB – Aufgabe, Begriff und Grundsätze der Bauleitplanung (5) ¹Die Bauleitpläne sollen eine nachhaltige städtebauliche Entwicklung, die die sozialen, wirtschaftlichen und umweltschützenden Anforderungen auch in Verantwortung gegenüber künftigen Generationen miteinander in Einklang bringt, und eine dem Wohl der Allgemeinheit dienende sozialgerechte Bodennutzung unter Berücksichtigung der Wohnbedürfnisse der Bevölkerung gewährleisten. [...] (7) Bei der Aufstellung der Bauleitpläne sind die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen.
	§ 31 Abs. 2 Nr. 1 BauGB	§ 31 Abs. 2 Nr. 1 BauGB – Ausnahme und Befreiungen (2) Von den Festsetzungen des Bebauungsplans kann befreit werden, wenn die Grundzüge der Planung nicht berührt werden und 1. Gründe des Wohls der Allgemeinheit, einschließlich der Wohnbedürfnisse der Bevölkerung und des Bedarfs zur Unterbringung von Flüchtlingen oder Asylbegehrenden, die Befreiung erfordern, [...]
	§ 35 Abs. 1 BauGB	§ 35 Abs. 1 BauGB – Bauen im Außenbereich (1) Im Außenbereich ist ein Vorhaben nur zulässig, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen, die ausreichende Erschließung gesichert ist und wenn es (...)
	Landesrecht: z. B. § 69 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 BauO NRW	§ 69 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 BauO NRW – Abweichungen (1) ³Ferner kann von § 4 bis § 16 und § 26 bis § 47 dieses Gesetzes oder aufgrund dieses Gesetzes erlassener Vorschriften abgewichen werden, wenn Gründe des allgemeinen Wohls die Abweichung erfordern, [...].

Anwendungsmöglichkeiten des § 2 EEG 2023

Raumordnungsrecht	§ 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG	§ 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG – Begriffsbestimmungen (1) Im Sinne dieses Gesetzes sind [...] 2. Ziele der Raumordnung: verbindliche Vorgaben in Form von räumlich und sachlich bestimmten oder bestimmbar, vom Träger der Raumordnung abschließend abgewogenen textlichen oder zeichnerischen Festlegungen in Raumordnungsplänen zur Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Raums [...]
	§ 7 Abs. 2 S. 1 ROG	§ 7 Abs. 2 S. 1 ROG – Allgemeine Vorschriften über Raumordnungspläne (2) ¹Bei der Aufstellung der Raumordnungspläne sind die öffentlichen und privaten Belange, soweit sie auf der jeweiligen Planungsebene erkennbar und von Bedeutung sind, gegeneinander und untereinander abzuwägen. [...]
Naturschutzrecht	§ 34 Abs. 3 Nr. 1 und Abs. 4 S. 1 BNatSchG	§ 34 Abs. 3 Nr. 1 und Abs. 4 S. 1 BNatSchG – Verträglichkeit und Unzulässigkeit von Projekten; Ausnahmen (3) Abweichend von Absatz 2 darf ein Projekt nur zugelassen oder durchgeführt werden, soweit es aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses, einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art, notwendig ist [...] (4) ¹Können von dem Projekt im Gebiet vorkommende prioritäre natürliche Lebensraumtypen oder prioritäre Arten betroffen werden, können als zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses nur solche im Zusammenhang mit der Gesundheit des Menschen, der öffentlichen Sicherheit, einschließlich der Verteidigung und des Schutzes der Zivilbevölkerung, oder den maßgeblich günstigen Auswirkungen des Projekts auf die Umwelt geltend gemacht werden.
	§ 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 und 5 BNatSchG	§ 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 und 5 BNatSchG – Ausnahmen; Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen (7) ¹Die für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörden sowie im Fall des Verbringens aus dem Ausland das Bundesamt für Naturschutz können von den Verboten des § 44 im Einzelfall weitere Ausnahmen zulassen [...] 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 aus anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art.

Anwendungsmöglichkeiten des § 2 EEG 2023

	§ 61 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BNatSchG	§ 61 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BNatSchG – Freihaltung von Gewässern und Uferzonen (3) ¹Von dem Verbot des Absatzes 1 kann auf Antrag eine Ausnahme zugelassen werden, wenn [...] dies aus Gründen des überwiegenden Interesses, einschließlich solcher sozialer und wirtschaftlicher Art, notwendig ist [...]
	§ 67 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BNatSchG	§ 67 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BNatSchG – Befreiungen (1) ¹Von den Geboten und Verboten dieses Gesetzes, in einer Rechtsverordnung auf Grund des § 57 sowie nach dem Naturschutzrecht der Länder kann auf Antrag Befreiung gewährt werden, wenn 1. dies aus Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses, einschließlich solcher sozialer und wirtschaftlicher Art, notwendig ist [...]
Immissions-schutzrecht	§ 8a Abs. 1 Nr. 2 BImSchG	§ 8a Abs. 1 Nr. 2 BImSchG – Zulassung vorzeitigen Beginns (1) In einem Verfahren zur Erteilung einer Genehmigung soll die Genehmigungsbehörde auf Antrag vorläufig zulassen, dass bereits vor Erteilung der Genehmigung mit der Errichtung einschließlich der Maßnahmen, die zur Prüfung der Betriebstüchtigkeit der Anlage erforderlich sind, begonnen wird, wenn [...] ein öffentliches Interesse oder ein berechtigtes Interesse des Antragstellers an dem vorzeitigen Beginn besteht [...]
Forstrecht	§ 9 Abs. 1 S. 2 und 3 BWaldG	§ 9 Abs. 1 S. 2 und 3 BWaldG – Erhaltung des Waldes (1) ¹Wald darf nur mit Genehmigung der nach Landesrecht zuständigen Behörde gerodet und in eine andere Nutzungsart umgewandelt werden (Umwandlung). ²Bei der Entscheidung über einen Umwandlungsantrag sind die Rechte, Pflichten und wirtschaftlichen Interessen des Waldbesitzers sowie die Belange der Allgemeinheit gegeneinander und untereinander abzuwägen. ³Die Genehmigung soll versagt werden, wenn die Erhaltung des Waldes überwiegend im öffentlichen Interesse liegt, insbesondere wenn der Wald für die Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts, die forstwirtschaftliche Erzeugung oder die Erholung der Bevölkerung von wesentlicher Bedeutung ist.
	Landesrecht: z. B. § 39 Abs. 3 S. 1 und Abs. 4 LfoG NRW	§ 39 Abs. 3 S. 1 und Abs. 4 LfoG NRW – Umwandlung (Zu § 9 BWaldG) (3) ¹Die Genehmigung soll versagt werden, wenn die Erhaltung des Waldes im überwiegenden öffentlichen Interesse liegt, insbesondere wenn der Wald in der Gemeinde einen geringen Flächenanteil hat oder für die Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts, den Schutz natürlicher Bodenfunktionen im Sinne des Bundes-Bodenschutzgesetzes, die forstwirtschaftliche Erzeugung, das Landschaftsbild oder die Erholung der Bevölkerung von wesentlicher Bedeutung ist oder dem Schutz gegen schädliche Umwelteinwirkungen im Sinne des Bundesimmissionsschutzgesetzes dient und

Anwendungsmöglichkeiten des § 2 EEG 2023

		die nachteiligen Wirkungen der Umwandlungen nicht durch Nebenbestimmungen, insbesondere durch die Verpflichtung, Ersatzaufforstungen durch Saat oder Pflanzung vorzunehmen, ganz oder zum wesentlichen Teil abgewendet werden können. (4) Die Umwandlung von Schutz- und Erholungswald darf nur bei einem überwiegenden öffentlichen Interesse genehmigt werden.
Wasserrecht	§ 15 Abs. 1 S. 1 WHG	§ 15 Abs. 1 S. 1 WHG – Gehobene Erlaubnis (1) ¹Die Erlaubnis kann als gehobene Erlaubnis erteilt werden, wenn hierfür ein öffentliches Interesse oder ein berechtigtes Interesse des Gewässerbenutzers besteht.
	§ 17 Abs. 1 Nr. 2 WHG	§ 17 Abs. 1 Nr. 2 WHG – Zulassung vorzeitigen Beginns (1) In einem Erlaubnis- oder Bewilligungsverfahren kann die zuständige Behörde auf Antrag zulassen, dass bereits vor Erteilung der Erlaubnis oder der Bewilligung mit der Gewässerbenutzung begonnen wird, wenn [...] an dem vorzeitigen Beginn ein öffentliches Interesse oder ein berechtigtes Interesse des Benutzers besteht [...]
	§ 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 WHG	§ 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 WHG – Ausnahmen von den Bewirtschaftungszielen (2) ¹Wird bei einem oberirdischen Gewässer der gute ökologische Zustand nichterreicht oder verschlechtert sich sein Zustand, verstößt dies nicht gegen die Bewirtschaftungsziele nach den §§ 27 und 30, wenn [...] die Gründe für die Veränderung von übergeordnetem öffentlichen Interesse sind oder wenn der Nutzen der neuen Veränderung für die Gesundheit oder Sicherheit des Menschen oder für die nachhaltige Entwicklung größer ist als der Nutzen, den die Erreichung der Bewirtschaftungsziele für die Umwelt und die Allgemeinheit hat, [...]
	§ 52 Abs. 1 S. 2 WHG	§ 52 Abs. 1 S. 2 WHG – Besondere Anforderungen in Wasserschutzgebieten (1) [...] ²Die zuständige Behörde kann von Verboten, Beschränkungen sowie Duldungs- und Handlungspflichten nach Satz 1 eine Befreiung erteilen, wenn der Schutzzweck nicht gefährdet wird oder überwiegende Gründe des Wohls der Allgemeinheit dies erfordern.
	§ 49 Abs. 4 AwSV	§ 49 Abs. 4 AwSV – Anforderungen an Anlagen in Schutzgebieten (4) Die zuständige Behörde kann eine Befreiung von den Anforderungen nach den Absätzen 1 und 2 erteilen, wenn das Wohl der Allgemeinheit dies erfordert oder das Verbot zu einer unzumutbaren Härte führen würde und [...]
	Landesrecht: z. B. Art. 20 Abs. 4 S. 3 BayWG	Art. 20 Abs. 4 S. 3 BayWG – Genehmigung von Anlagen (Zu § 36 WHG) (4) ³Bei der Entscheidung ist auch das öffentliche Interesse an der Errichtung oder am Fortbestand der Anlagen zu berücksichtigen.

Anwendungsmöglichkeiten des § 2 EEG 2023

Denkmal-schutzrecht	Landesrecht: z. B. § 9 Abs. 3 S. 1 und S. 2 DSchG NRW	§ 9 Abs. 3 S. 1 und 2 DSchG NRW – Erlaubnispflichtige Maßnahmen (3) ¹ Die Erlaubnis nach den Absätzen 1 und 2 ist zu erteilen, wenn Belange des Denkmalschutzes nicht entgegenstehen oder ein überwiegendes öffentliches Interesse die Maßnahme verlangt. ² Bei der Entscheidung sind insbesondere auch die Belange des Wohnungsbaus, des Klimas, des Einsatzes erneuerbarer Energien sowie der Barrierefreiheit angemessen zu berücksichtigen .
Straßen- und Wege-recht	§ 9 Abs. 8 S. 1 FStrG	§ 9 Abs. 8 S. 1 FStrG – Bauliche Anlagen an Bundesfernstraßen (8) ¹ Die oberste Landesstraßenbaubehörde oder das Fernstraßen-Bundesamt an den Bundesfernstraßen, soweit dem Bund die Verwaltung einer Bundesfernstraße zusteht, kann im Einzelfall Ausnahmen von den Verboten der Absätze 1, 4 und 6 zulassen, wenn die Durchführung der Vorschriften im Einzelfall zu einer offenbar nicht beabsichtigten Härte führen würde und die Abweichung mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist oder wenn Gründe des Wohls der Allgemeinheit die Abweichungen erfordern. [...]
	Landesrecht: z. B. § 22 Abs. 1 S. 3 StrG BW	§ 22 Abs. 1 S. 3 StrG BW – Anbaubeschränkungen (1) ³ Die untere Verwaltungsbehörde kann im Benehmen mit der Straßenbaubehörde des Trägers der Straßenbaulast, im Falle von Landesstraßen in der Straßenbaulast des Landes mit dem Regierungspräsidium, im Einzelfall Ausnahmen von diesem Verbot zulassen, wenn die Durchführung der Vorschrift im Einzelfall zu einer offenbar nicht beabsichtigten Härte führen würde und die Abweichung mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist oder wenn Gründe des Wohls der Allgemeinheit die Abweichung erfordern.
Prozessrecht	§ 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO	§ 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO – Aufschiebende Wirkung, vorläufiger Rechtsschutz (2) ¹ Die aufschiebende Wirkung entfällt nur [...] in den Fällen, in denen die sofortige Vollziehung im öffentlichen Interesse oder im überwiegenden Interesse eines Beteiligten von der Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen oder über den Widerspruch zu entscheiden hat, besonders angeordnet wird.
	§ 80c Abs. 4 VwGO	§ 80c Abs. 4 VwGO (4) Das Gericht hat im Rahmen einer Vollzugsfolgenabwägung die Bedeutung von Vorhaben besonders zu berücksichtigen, wenn ein Bundesgesetz feststellt, dass diese im überragenden öffentlichen Interesse liegen .
	87c Abs. 1 S. 3 VwGO	87c Abs. 1 S. 3 VwGO (1) ¹ Verfahren nach § 48 Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 bis 15 und § 50 Absatz 1 Nummer 6 sollen vorrangig und beschleunigt durchgeführt werden. [...] ³ Besonders zu priorisieren sind Verfahren über Vorhaben, wenn ein Bundesgesetz feststellt, dass diese im überragenden öffentlichen Interesse liegen .

Kontakt

Stiftung Umweltenergierecht
Friedrich-Ebert-Ring 9
97072 Würzburg

T: +49 931 794077-11

F: +49 931 7940 77-29

info@stiftung-umweltenergierecht.de
www.stiftung-umweltenergierecht.de