

**Ralf Ott (Dipl.-Kfm., M.Sc.)**

TU Berlin, Fachgebiet Wirtschafts- und Infrastrukturpolitik (WIP), Sekretariat H 33, Straße des 17. Juni 135, 10623 Berlin

*Aktuelle Veröffentlichungen:* Ott, R. / Keil, S. I. (2017): Präferenzen der deutschen Bevölkerung zur Governance bei Windenergieanlagen., in: *Energiewirtschaftliche Tagesfragen* 67 (9), 81-85; Ott, R. / Schäfer-Stradowsky, S. (2016): Gesetz über die Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden an Windparks in Mecklenburg-Vorpommern- Eine juristische und ökonomische Einordnung des aktuellen Entwurfs, in: *EnWZ – Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft*, Heft 2/2016, 5. Jg. S. 68-78.

**Albert Hoffrichter (Dipl.-Volksw.)**

TU Berlin, Fachgebiet Wirtschafts- und Infrastrukturpolitik (WIP), Sekretariat H 33, Straße des 17. Juni 135, 10623 Berlin

*Aktuelle Veröffentlichungen:* Hoffrichter, A. / Beckers, T. (2016): Perspektiven für die Bereitstellung und Refinanzierung von Windkraft- und PV-Anlagen – Eine Analyse von Weiterentwicklungsoptionen des institutionellen Rahmens unter Einbezug institutionenökonomischer Erkenntnisse, Arbeitspapier, Online-Veröffentlichung, abrufbar unter [http://www.wip.tu-berlin.de/menu/forschung\\_projektepublikationen/publikationen\\_vortraege/](http://www.wip.tu-berlin.de/menu/forschung_projektepublikationen/publikationen_vortraege/).

Michael Rodi

## Das Recht der Windkraftnutzung zu Lande unter Reformdruck

### – Zwingen Planungs- und Akzeptanzdefizite zu einer Neujustierung der Rechte von Staat, Kommunen, Anlagenbetreibern, Landeigentümern und betroffenen Bürgern? –

*Die Zweifel mehren sich, ob der Staat die von ihm so ehrgeizig gesteckten Ziele im Zubau erneuerbarer Energien erreichen kann. In Bezug auf die Windenergie zu Lande scheint die Akzeptanz der Bürger vor Ort zu schwinden, organisierter Widerstand nimmt zu. In der Folge nutzen einzelne Bundesländer und Kommunen ihre planerischen und regulativen Spielräume zunehmend restriktiv. Im folgenden Beitrag werden (instrumentelle) Wege erörtert, die aus diesem Dilemma führen könnten. Dabei wird nicht nur das Rechtsregime der Planung von Windkraftanlagen grundsätzlich in Frage gestellt. Darüber hinaus werden auch die Rechtspositionen von Anlagenbetreibern, Landeigentümern und Betroffenen auf den Prüfstand gestellt und neue Konzepte erörtert (Beteiligungs-, Konzessions- sowie Steuer- und Abgabenmodelle).*

#### A. Einleitung

Das Recht der Planung und Zulassung von Windkraftanlagen zu Lande steht vor großen Herausforderungen. Schwindende Akzeptanz und zunehmender Widerstand gefährden die Ziele der Energiewende. Sowohl einige Bundesländer als auch viele Kommunen sehen sich vor diesem Hintergrund zu einer immer restriktiveren Planung veranlasst. Der Bund, der die Gesamtverantwortung für das Gelingen der Energiewende nach innen (Ausbauziele nach § 1 Abs. 2 und 3 EEG und Ausbaupfade nach § 4 EEG) und außen (Klimarahmenkonvention und Übereinkommen von Paris) trägt, steht vor der Frage, mit welchen Instrumenten dieses Dilemma durchbrochen werden kann. Die folgenden Überlegungen setzen dabei breit an und thematisieren sowohl planungsrechtliche Aspekte wie auch ordnungsrechtliche (Beteiligungsregime) und abgabenrechtliche Lösungen.

Ein Problem der Planung von Windkraftanlagen wird man darin sehen können, dass das gegenwärtige Planungsregime (Raumordnung und Bauleitplanung der Kommunen) blind ist für die Frage, wo im Lande welche Kapazitäten installiert werden sollen. Das Fehlen einer Bedarfsplanung wird zunehmend als Herausforderung für die Netzplanung angesehen.<sup>1</sup> Nur notdürftig hat der Gesetzgeber – wenig systematisch im Rahmen des Regulierungsrechts – eine regionale Steuerung eingeführt, indem im Ausschreibungsverfahren Zuschläge und damit der Zubau in Netzausbaugebieten (Gebiete, in denen das Übertragungsnetz besonders stark überlastet ist) begrenzt werden (§ 36c EEG).<sup>2</sup>

Die zweite große Herausforderung liegt in der sinkenden Akzeptanz<sup>3</sup> für den Ausbau von Windenergieerzeugung zu Lande, die für den notwendigen weiteren Zubau von existenzieller Be-

1 *Hermes*, Planungsrechtliche Sicherung einer Energiebedarfsplanung – ein Reformvorschlag, ZUR 2014, 259 ff.; *Franzius*, ZUR Heft 1/2018, III.3.; ähnlich zuvor schon *Krawinkel*, Der Infrastrukturausbau im Rahmen der Energiewende benötigt umfassende Planungsinstrumente, ZNER 2012, 461 ff.

2 Grdl. zu den Interdependenzen von Planungs- und Regulierungsrecht in Bezug auf Windkraftanlagen *Franzius*, ZUR Heft 1/2018, III.3.

3 Zu den einzelnen Verständnissen des Akzeptanzbegriffes in den verschiedenen Disziplinen vgl. etwa *Bovet/Lienhoop*, Trägt die wirtschaftliche Teilhabe an Flächen für die Windkraftnutzung zur Akzeptanz bei? Zum Gesetzesentwurf eines Bürger- und Gemeindebeteiligungsgesetzes in Mecklenburg-Vorpommern unter Berücksichtigung von empirischen Befragungen, ZNER 2015, 227 f.; *Köck*, Akzeptanzprobleme der Windenergie und rechtliche Handlungsansätze, UTR 134 (2017), 129, 132 f. Danach liegt Akzeptanz im juristischen Sinne bereits dann vor, wenn Entscheidungen hingenommen werden; dagegen setzt Akzeptanz in einem sozialwissenschaftlichen Sinne voraus, dass die Betroffenen mit etwas einverstanden sind – dazu ist also ein zustimmendes Werturteil nötig.

deutung ist.<sup>4</sup> Das Schwinden der Akzeptanz vor Ort (trotz nach wie vor stabiler Zustimmung für die Energiewende insgesamt<sup>5</sup>) kommt auch nicht wirklich überraschend. Betrachtet man die Raumnutzungskonflikte, die insbesondere die Windenergieerzeugung an Land mit sich bringt, führt die Energiewende notwendig auch zu einer Landnutzungswende.<sup>6</sup> Mit den erneuerbaren Energien rückt die Energieerzeugung an die Bürger heran; sie werden mit Belästigungen (Lärm, Schattenwurf, Landschaftsbild) und anderen Nachteilen (v.a. Wertverluste der Grundstücke) konfrontiert. Gewinner sind (1.) die Betreiber von Windenergieanlagen (zumeist überregionale, so dass die Wertschöpfung nicht in den Kommunen bleibt) und (2.) die Grundeigentümer, die enorme Gewinne „einfahren“. Hier handelt es sich aus der Sicht Dritter um unverdiente Gewinne, die fast ausschließlich auf staatliche Planungsentscheidungen zurückgehen;<sup>7</sup> ironisch wird in diesem Zusammenhang von der „fünften Fruchtfolge“ gesprochen.<sup>8</sup> Dies ist (neben den Beeinträchtigungen) ein wichtiger Grund für fehlende Akzeptanz.<sup>9</sup> Auf der anderen Seite wird die Energiewende in Deutschland wesentlich durch die Stromverbraucher und damit die Allgemeinheit finanziert.<sup>10</sup> Es kann also der Eindruck entstehen, dass hier Gewinne (einer kleinen Gruppe) privatisiert, Kosten jedoch sozialisiert werden.

## B. Lösungsmöglichkeiten

Optionen für die Lösung der angesprochenen Probleme werden in jedem Fall das Planungssystem betreffen. Zu hinterfragen ist dabei insbesondere das Ausmaß der Freiheit von Kommunen, geeignete Flächen auszuweisen. Im Rahmen einer Neukonzeption des Planungsregimes könnte aber auch die wirtschaftliche Freiheit von Landeigentümern und Betreibern von Windparks hinterfragt werden, indem diese Tätigkeit etwa in ein Konzessionsregime überführt wird und Enteignungen ermöglicht werden.

Auf der anderen Seite kann gefragt werden, wie das Planungssystem durch eine fairere Behandlung der negativ Betroffenen akzeptanzsteigernder ausgestaltet werden könnte und wie die Kommunen zu einem stärkeren Engagement motiviert werden könnten. Dies setzt Wissen voraus, welche Faktoren tatsächlich akzeptanzsteigernd wirken (können) und führt damit zu einer empirischen und stark psychologisch geprägten Fragestellung. Die so gefundenen Ansatzpunkte müssen schließlich wirksam rechtlich umgesetzt werden, also effektiv und effizient instrumentiert werden; dies wiederum ist eine im Wesentlichen politik-, wirtschafts- und rechtspolitische Fragestellung.

Die empirische Frage nach akzeptanzhemmenden oder -fördernden Faktoren kann hier nicht wissenschaftlich vertieft untersucht werden. Einschlägige Studien und Beiträge zeichnen aber ein hinreichend deutliches Bild.

- Im Vordergrund steht natürlich die Frage, wie optische oder akustische Beeinträchtigungen im weitesten Sinne kompensiert oder ausgeglichen werden könnten bzw. als erträglicher empfunden werden könnten.<sup>11</sup> Dies schließt wirtschaftliche Nachteile wie sinkende Haus- oder Bodenwerte ein.
- Wie auch in anderen Zusammenhängen könnte die Akzeptanz der Betroffenen durch eine stärkere Beteiligung an der Planung gesteigert werden.<sup>12</sup>

- Ein weiterer Ansatzpunkt könnte darin liegen, zu starke Gewinne von Windenergieanlagen-Betreibern und insbesondere von Landeigentümern zu reduzieren.<sup>13</sup>
- Positiv gewendet könnte die Akzeptanz durch eine direkte Beteiligung der Betroffenen an Windenergieanlagen gesteigert werden, wie dies bereits in Mecklenburg-Vorpommern praktiziert wird.<sup>14</sup>
- Schließlich hat sich die Vermutung erhärtet, dass die Beteiligung der Kommunen an den Gewinnen von Windkraftanlagen signifikant akzeptanzsteigernd wirken kann.<sup>15</sup> Natürlich würde dieser Ansatz auch motivierend auf die Kommunen wirken, sich beim Ausbau von Windkraft stärker zu engagieren.

Aus instrumenteller Sicht eröffnen sich vor diesem Hintergrund vier kategorial zu unterscheidende Handlungsoptionen:

- (1) Beteiligungsmodelle: Beteiligung von Bürgern und/oder Kommunen an Windenergieanlagen und deren Erträgen;
- (2) Planung von Windenergieanlagen: stärkere Bürgerbeteiligung und/oder vertiefte staatliche Planung;
- (3) Konzessionsmodelle: Konzessionierung des Betriebs von Windenergieanlagen (mit der Möglichkeit von Konzessionsabgaben);
- (4) Abgaben- und Besteuerungsmodelle: Abschöpfung zu hoher/ungerechtfertigter Gewinne von WEA und/oder Landeigentümern mit der Möglichkeit, die Mittel im öffentlichen Interesse (akzeptanzsteigernd?) einzusetzen.

4 Rodi/Schäfer-Stradowsky/Timmermann, Ausgestaltungsoptionen und -empfehlungen zur finanziellen Beteiligung von Kommunen beim Ausbau von Windenergieanlagen an Land, Studie von Agora Energiewende, bearbeitet durch das Institut für Klimaschutz, Energie und Mobilität, in: Agora Energiewende, Wie weiter mit dem Ausbau der Energiewende? Zwei Strategievorschläge zur Sicherung der Standortakzeptanz von Onshore Windenergie, 2017, 29 ff.

5 Ruddat/Sonnberger, Wie die Bürgerinnen und Bürger ihre Rolle bei der Energiewende sehen, Energiewirtschaftliche Tagesfragen (ET) 2015, 121 ff., mit einem Überblick zu Akzeptanzstudien.

6 So treffend Köck, UTR 134 (2017), 130.

7 Beckers et al., in diesem Heft, 649, sprechen in diesem Zusammenhang aus ökonomischer Sicht von „Überrenditen“ oder „windfall profits“.

8 Bovet/Lienhoop, ZNER 2015, 228.

9 So sank die Zustimmung zu Windenergieanlagen in der Umgebung des eigenen Wohnortes laut Umfragen der Agentur für Erneuerbare Energien bei repräsentativen Befragungen von 61 Prozent im Jahr 2014 auf 52 Prozent im Jahr 2016; vgl. die Umfragen der Agentur für erneuerbare Energien von 2014 und 2016; im Jahr 2017 ist die Zustimmung allerdings wieder auf 57 Prozent gestiegen, vgl. dazu die Umfrage von 2017 ([www.unendlich-viel-energie.de/themen/akzeptanz-erneuerbarer/akzeptanzumfrage2014\\_bzw.-2016-oder-2017](http://www.unendlich-viel-energie.de/themen/akzeptanz-erneuerbarer/akzeptanzumfrage2014_bzw.-2016-oder-2017)).

10 Auf eine mögliche Steuerfinanzierung als grundlegende Alternative zum gegenwärtigen Finanzierungsmodell soll in diesem Beitrag nicht näher eingegangen werden; es würde sich hier nur um eine andere Form der Sozialisierung der Kosten handeln. Vgl. zur Forderung der Steuerfinanzierung etwa die Studie von enervis energy advisors GmbH für die Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. vom 1.12.2016 „Optionen zur steuerlichen Förderung eines Energiewendefonds“ ([http://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2017/03/28/langfassung\\_gutachten\\_steuerliche\\_optionen\\_finanzierung\\_energiewendefonds.pdf](http://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2017/03/28/langfassung_gutachten_steuerliche_optionen_finanzierung_energiewendefonds.pdf)).

11 Rodi et al. (Fn. 4), 1.

12 Köck, UTR 134 (2017), 135 f., legt dar, dass eine positive Wirkung auf die Akzeptanz von den Rahmenbedingungen abhängt, etwa die Beteiligung zu einem Zeitpunkt, zu dem noch Optionen offen sind.

13 Rodi et al. (Fn. 4), 29 ff.

14 Rodi et al. (Fn. 4), 29 ff., m. Nachw. zu empirischen Akzeptanzfragen.

15 Ott/Keil, Präferenzen der deutschen Bevölkerung zur Governance bei Windenergieanlagen an Land, Energiewirtschaftliche Tagesfragen (ET) 2017, 83 ff.

## I. Beteiligungsmodelle

Ein Weg zu einer faireren und akzeptanzsteigernden Ausgestaltung des Rechts der Windenergieanlagen wird in einer direkten (wirtschaftlichen) oder indirekten (finanziellen) Beteiligung von Bürgern oder Kommunen an Windenergieanlagen gesehen. Im weitesten Sinne würden dadurch die Rechte an der Ausbeutung der Windkraft verändert.

Eine solche Veränderung der wirtschaftlichen Stellung kann in einem Kompensationsregime für betroffene Hauseigentümer gesehen werden, wie es etwa in Dänemark bereits seit 2009 gilt.<sup>16</sup> Es kann jedoch schon bezweifelt werden, ob dieses zur Akzeptanzförderung beiträgt (oder nicht eher zusätzlichen Streit erzeugt).<sup>17</sup> Dieser Ansatz soll hier bereits deshalb nicht näher betrachtet werden, da ein Nachteilsausgleich nicht der Logik einer Veränderung der „Rechte am Wind“ folgt.

Zudem ist Dänemark den Weg einer möglichen Kapitalbeteiligung von Bürgern gegangen; Mecklenburg-Vorpommern ist dem durch das BüGembeteilG M-V gefolgt (Beteiligung von Bürgern und Gemeinden).<sup>18</sup> Als Alternative können die Bürger durch ein sog. Sparprodukt<sup>19</sup> und die Gemeinden durch die Zahlung einer „Ausgleichsabgabe“ abgefunden werden (§ 19 Abs. 5 BüGembeteilG M-V). Aber auch bei Beteiligungsmodellen ist die akzeptanzsteigernde Wirkung skeptisch zu sehen.<sup>20</sup> Zudem ist eine solche Maßnahme erheblichen rechtspolitischen und rechtlichen Bedenken ausgesetzt. Auf der einen Seite ist die zielführende und insbesondere akzeptanzsteigernde Ausgestaltung dieses Ansatzes äußerst anspruchsvoll.<sup>21</sup> Auf der anderen Seite ist sie verfassungs- und europarechtlichen Bedenken ausgesetzt, etwa in Bezug auf die Eigentumsfreiheit des Art. 14 GG.<sup>22</sup>

Im weitesten Sinne als Beteiligungsmodell in einer milderen Variante kann die Förderung von Bürgerenergiegesellschaften gesehen werden (§ 36g EEG).<sup>23</sup>

## II. Planungsmodelle

In Bezug auf die Planung von Windenergieanlagen wird – wie in anderen Bereichen der Energiewendeinfrastruktur auch – über eine stärkere Beteiligung der Nachbarn (Betroffenen) diskutiert. Allerdings ist bereits fraglich, inwieweit in diesem Rahmen eine Verbesserung der Akzeptanz möglich ist.<sup>24</sup> Die Frage soll vorliegend jedoch ausgeklammert werden, da sie die Rechtezuordnung einschließlich ihrer ökonomischen Konsequenzen nicht betrifft.

Interessanter ist jedoch die Frage nach Ausmaß und Tiefe der staatlichen Planung, da hierdurch der ökonomische Handlungsraum der Beteiligten verändert werden kann.

### 1. Herausforderungen für das bisherige Planungsregime

Das Planungsrecht für Windenergieanlagen nimmt seinen konzeptionellen Ausgangspunkt in der Privilegierung der Windenergienutzung im Außenbereich (§ 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB). Diese ist jedoch durch eine intensive regionale und lokale Standortsteuerung überlagert (§ 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB)<sup>25</sup> und weitgehend funktionslos. Nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB haben die Darstellungen von Konzentrationsflächen im Flächennutzungsplan oder im Regionalplan Ausschlusswirkung für ander-

weitige Planungen. Es ist jedoch schon fraglich, ob Flächennutzungspläne und Regionalpläne die richtigen Orte für die Abwägung einschlägiger öffentlicher und privater Interessen sind.<sup>26</sup> Noch kritischer zu sehen ist das quantitative Ergebnis dieser Planung, das mit den anspruchsvollen bundesweiten Ausbauzielen kontrastiert; treffend wird das Darstellungsprivileg „als letzte Bastion windenergiekritischer Planungsgeber“ bezeichnet.<sup>27</sup> Es hat sich erwiesen, dass diese Planung tendenziell restriktiv ausfällt und sich die Rechtsprechung immer wieder mit dem Problem einer sog. „Verhinderungsplanung“ oder „Feigenblattplanung“ auseinanderzusetzen hat.<sup>28</sup>

Eng mit diesem Punkt verbunden ist ein zweiter Ausgangspunkt des rechtlichen Planungsregimes, der sich in der Praxis ebenfalls wie eine Fiktion ausnimmt. Planung soll das Handeln von Akteuren vorbereiten und ermöglichen. Angesichts der restriktiven Praxis bei der Ausweisung von Konzentrationsflächen einerseits und den verbindlichen Ausbauzielen andererseits werden die ausgewiesenen Flächen regelmäßig auch für den Bau von Windenergieanlagen gebraucht werden. Damit nähert sich das bestehende Planungssystem einer abschließenden Planung von Windgebieten – die Standortplanung legt damit eine Verwirklichung nahe.<sup>29</sup> Das widerspricht dem vorbereitenden Charakter raumordnender und raumgestaltender Planung, die als Planung der Planung konzipiert ist.

Das führt direkt zum nächsten Defizit: Das gegenwärtige Planungsregime für Windenergieanlagen zu Lande ist relativ blind in Bezug auf den Zubaubedarf. Erst recht ist es nicht in eine übergeordnete Erzeugungsbedarfsplanung eingebettet. Das schafft erhebliche Abstimmungsprobleme mit der Netzausbauplanung als weiterem staatlichen Handlungs- und Steuerungsinstrument. Das Recht geht nach wie vor vom Prinzip des

16 Vgl. dazu etwa *Rodi et al.* (Fn. 4), 29 ff.; *Köck*, UTR 134 (2017), 148 ff.; *Bovet/Lienhoop*, ZNER 2015, 229.

17 Vgl. dazu etwa *Bovet/Lienhoop*, ZNER 2015, 227 m. Nachw. und 232; *Olson/Anker*, Local Acceptance and the Legal Framework – The Danish Wind Energy Case, in: Squintani/Vedder/Reese/Vanheusden (ed.), Sustainable Energy. United in Diversity, EELF Book Series Vol 1 (2014), S. 137, 147.

18 Vgl. dazu *Rodi et al.* (Fn. 4), 3.4.1.; *Köck*, UTR 134 (2017), 151 ff.; *Bovet/Lienhoop*, ZNER 2015, 230 f.

19 Empirische Studien ergeben, dass die Bürger Strompreisvergünstigungen einer Beteiligung als akzeptanzsteigernde Maßnahme vorziehen; dazu *Ott/Keil*, ET 2017, 84.

20 *Rodi et al.* (Fn. 4), 36 f. m. Nachw.

21 *Rodi et al.* (Fn. 4), 33 ff.; *Ott/Schäfer-Stradowsky*, Gesetz über die Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden an Windparks in Mecklenburg-Vorpommern, EnZW 2016, 68, 72 ff.

22 Vgl. dazu etwa *Milstein*, Die Beteiligung der Bürger und Gemeinden an Windparks in privater Trägerschaft durch Landesgesetz – Verfassungs- und unionsrechtliche Grenzen –, ZUR 2016, 269, 275 ff.; *Ott/Schäfer-Stradowsky*, EnZW 2016, 68 ff.; *Böhlmann-Balan/Herms/Leroux*, Neuer Wind für die Bürgerbeteiligung?! Zu den jüngsten Rechtsentwicklungen für die Bürgerbeteiligung im Windenergiebereich, ER 2016, 241 ff.; das BüGembeteilG M-V liegt gegenwärtig dem LVerfG M-V zur Prüfung vor (Az. LVerfG 4/17).

23 Vgl. dazu *Rodi et al.* (Fn. 4), 51 ff.

24 Vgl. dazu *Köck*, UTR 134 (2017), 142 ff.

25 Vgl. dazu etwa *Gatz*, Die planerische Steuerung der Windenergienutzung in der Regional- und Flächennutzungsplanung, DVBl 2017, 461 ff.

26 Zutreffend *Gatz*, DVBl 2017, 467 f.

27 *Kindler/Lau*, Der Beitrag der Raumordnung zur Intensivierung der Windenergienutzung an Land, NVwZ 2011, 1414, 1417.

28 *Stüer/Garbrock*, Windenergieanlagen BVerwG-Rechtsprechungsbericht 1995–2014, ZfBR 2014, 647 ff.; zur „Feigenblattplanung“ *Kindler/Lau*, NVwZ 2011, 1416.

29 *Köck*, in diesem Heft, 687 f.

„nacheilenden“ Netzausbaus aus;<sup>30</sup> dies war vielleicht in einer Zeit gerechtfertigt, als erneuerbare Energien ein unbedingt förderungsbedürftiges Schatten- und Nischendasein fristeten. Heute führt die Asymmetrie von Erzeugungs- und Netzplanung zunehmend zu Problemen; die Netzausbauplanung kommt der Erzeugungsentwicklung schlicht nicht mehr hinterher.<sup>31</sup> In diese Lücke stößt nunmehr die jüngste Reform des EEG mit einem regulierungsrechtlichen Ausschreibungssystem sowie dem Konzept von Netzausbaubereichen. Es stellt sich die Frage, ob nicht diese „Bedarfsplanung durch die Hintertür“ und „im Kleide des Regulierungsrechts“ nicht durch eine echte Bedarfsplanung ersetzt werden sollte.<sup>32</sup>

Die Energiewende ist ein gigantisches Planungsprojekt und im Kern notwendig auch zugleich Energiebedarfsplanung. Diese ist aber in viele rechtliche Foren verdrängt, die regelmäßig dafür nicht geeignet sind. Gesetzgeberische Ziele wie in § 1 Abs. 2 und 3 EEG sind keine Planung, sondern eben rechtlich vorgeschriebene Leitpunkte für diese. Die Klimaschutzplanung des Bundes wie der „Klimaplan 2015“ stellt eine politische Leitplanung ohne rechtliche Wirkung dar, die das Bedürfnis nach rechtlichen Planungsstrukturen nicht befriedigen kann.<sup>33</sup> Kapazitätsplanung findet wie beschrieben im EEG statt, aber auch außerhalb (Strommarktgesetz 2016; §§ 13a ff. EnWG). Eine Speicherplanung gibt es nicht. Auf Landesebene ist die Ausbauplanung regelmäßig, systematisch nicht überzeugend, in die Landesentwicklungsplanung verschoben;<sup>34</sup> Raumplanung ist aber kein Ersatz für Energiebedarfsplanung. Der Wildwuchs von Windenergieerlassen der Bundesländer<sup>35</sup> zeigt, dass es Bedarf für konkretisierende Vorgaben an die untergeordneten Planungsbehörden gibt, denen gegenüber die Verwaltungsvorschriften Rechtswirkung entfalten (aber nicht Dritten gegenüber, was an sich notwendig wäre). Dagegen müsste eine wirksame Energiebedarfsplanung eine rechtsverbindliche Fachplanung auf mehreren Ebenen (Bund, Länder, Gemeinden) sein, die im Gegenstromprinzip aufeinander bezogen sein müsste (Bundesbedarfspläne, Länderbedarfspläne). Auch vor Ort wäre eine verbindliche Energiefachplanung – wie übrigens auch eine integrierte Verkehrsplanung – für das Gelingen der Energiewende unerlässlich.<sup>36</sup>

Ein weiterer Ausgangspunkt des gegenwärtigen Planungsregimes, der sich bei näherem Hinsehen als Fiktion herausstellt, ist das „Marktmodell“<sup>37</sup> in Bezug auf „freie“ Investitionsentscheidungen. In Bezug auf die Projektierer geht es im Kern doch eher um die Frage, wie beplante Flächen gerecht zugeteilt werden. Ebenso unrealistisch ist die Sichtweise, dass die Landeigentümer die Nutzungsmöglichkeit autonom und freiwillig vertraglich einräumen, sind doch die Würfel durch die Planung faktisch gefallen. So ist es kein Wunder, dass ihre Verhandlungsmacht groß und die geforderten Zahlungen hoch sind. In anderen Bereichen der (Infrastruktur-)Planung ist das unbekannt, etwa beim Leitungs- oder Straßenbau. Da es hier nichts zu verhandeln gibt, wird das benötigte Land durch Enteignung bereitgestellt, zumindest durch eine Teilenteignung in Bezug auf die Nutzungsmöglichkeit.<sup>38</sup> Es ist an der Zeit, dies auch auf die Planung von Windenergieanlagen zu übertragen – soweit (wie in der Regel) auf den durch Eignungskriterien und Konzentrationsplanung verbleibenden Flächen gebaut werden soll, müssten die Landei-

gentümer zur Mitwirkung rechtlich verpflichtet werden. Eine erste Option läge darin, dass sie zumindest in Bezug auf die für den Bau von Windenergieanlagen notwendige Nutzungsmöglichkeit teilenteignet werden; sie erhielten dafür – statt einer vertraglich vereinbarten Zahlung – dann eine angemessene Entschädigung (Art. 14 Abs. 3 GG).<sup>39</sup> Eine andere Option bestünde darin, die Landeigentümer zu einer Bereitstellung des Bodens im Wege eines Kontrahierungszwangs zu verpflichten und die Pachtpreise gesetzlich festzulegen.<sup>40</sup>

Insgesamt spricht Vieles für eine grundlegende Reform des auf die Errichtung von Windenergieanlagen an Land gerichteten Planungsrechts. Durch Verwaltungsentscheidungen sollten die genauen Standorte definitiv festgelegt werden;<sup>41</sup> dies soll vorliegend als „Definitivplanung“ bezeichnet werden.

## 2. Bauplanung vs. Planfeststellung

Eine „Definitivplanung“ von Konzentrationsflächen mit einer Enteignungsmöglichkeit in Bezug auf die Landeigentümer setzt eine Änderung des Planungsregimes auf örtlicher Ebene voraus. Die Planung muss in Bezug auf Windenergieanlagen in einen verbindlichen Planungsakt münden, der Rechte Betroffener (Anlagenbetreiber, Landeigentümer, betroffene Bürger und Kommunen) unter Berücksichtigung der betroffenen Rechtspositionen (Art. 12, 14 GG, Art. 28 Abs. 2 GG) gestalten kann. Dazu ist eine Abwägung erforderlich, die das gegenwärtige System (Raumordnung, Flächennutzungsplan, immissionsschutzrechtliche Genehmigung) nicht leisten kann. Insbesondere ist die immissionsschutzrechtliche Genehmigung nach dem BImSchG als gebundene Entscheidung dafür ungeeignet. Auch die Raumplanung und die Flächennutzungsplanung sind mangels Außenverbindlichkeit nicht geeignet individuelle Rechte zu gestalten. Keinem dieser Rechtsakte könnte etwa eine enteignende Vorwirkung zukommen.

### a. Fortentwicklung des gegenwärtigen Planungsregimes

Ein Strang von Reformdiskussionen geht dahin, die Stellung der Regionalplanung bei der Ausweisung von Windeignungsgebieten weiter zu stärken.<sup>42</sup> Diese Überlegungen sind vom Gesetzge-

30 *Hermes*, ZUR 2014, 261.

31 Vgl. dazu etwa *Janßen*, Beschleunigung im Stromnetzausbau? Eine empirische Untersuchung zur Dauer der Planung von Höchstspannungsleitungen, 2016.

32 So *Hermes*, ZUR 2014, 259 ff. und schon *Krawinkel*, ZNER 2012, 461 ff.

33 Vgl. dazu *Rodi*, Die deutsche Klimaschutzplanung im Lichte einer internationalen „best practice“-Analyse von Klimaschutzgesetzgeber, in: Lorenzmeier/Volz (Hrsg.), Recht und Realität, Festschrift für Christoph Vedder, 2017, 750 ff. (einsehbar auf den Seiten des IKEM, www.ikem.de).

34 Vgl. dazu *Fest/Fechler*, Neue Anforderungen an die Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen, NVwZ 2016, 1050, 1051 ff.

35 Vgl. dazu etwa *Saurer*, Rechtswirkungen der Windenergieerlasse der deutschen Bundesländer, NVwZ 2016, 201 ff.

36 Zutreffend schon *Krawinkel*, ZNER 2012, 462.

37 *Hermes*, ZUR 2014, 260.

38 *Bäumler*, 671 f. – soweit man auf Windnutzung abstellt, ist das keine Enteignungs-, sondern Inhalts- und Schrankenbestimmung.

39 Vgl. dazu unten 2.

40 Vgl. dazu unten 3.

41 Entsprechend *Beckers et al.*, in diesem Heft, 648 f.

42 *Schmidtchen*, Klimagerechte Energieversorgung im Raumordnungsrecht, 2014, S. 146 ff.

ber befeuert worden, der es in § 35 Abs. 3 Satz 2 BauGB ermöglicht hat, dass die Raumordnung direkt auf die Möglichkeit zur Windenergienutzung durchschlägt; diese kann durch die Festsetzung von Vorranggebieten mit der Wirkung von Eignungsgebieten i.S.v. § 8 Abs. 7 Satz 2 ROG erfolgen.<sup>43</sup> Wie bereits erwähnt ist die Raumordnung hierfür jedoch nicht der richtige Ort; sie hat vielmehr Raumfunktionen und Raumnutzungsansprüche zu regeln.<sup>44</sup>

Man könnte jedoch eine „Definitivplanung“ im Wege der Bauleitplanung erreichen, wenn die Konzentrationszonen durch Bebauungspläne (und nicht nur Flächennutzungspläne) festgesetzt würden. In der für Bebauungspläne typischen umfassenden Abwägung ließen sich auch die Rechte unterschiedlicher Beteiligter verbindlich gestalten. So sind ja gerade auch im Rahmen des Bauplanungsrechts Enteignungen üblich – das BauGB widmet dieser Frage mit den §§ 85 ff. einen eigenen Teil (Teil 5). So sind Enteignungen etwa nach § 85 Abs. 1 Satz 1 BauGB möglich, um „entsprechend den Festsetzungen des Bebauungsplans ein Grundstück zu nutzen oder eine solche Nutzung vorzubereiten“. Nun könnte der Gesetzgeber (in § 1 oder § 35 BauGB) klarstellen, dass die Errichtung von Windenergieanlagen einen Bebauungsplan voraussetzt. Fraglich ist allerdings, ob die Bauleitplanung vorliegend der richtige Ansatzpunkt ist. Betrachtet man die im Rahmen der Bauleitplanung zu berücksichtigenden Belange (§ 1 Abs. 5 und 6 BauGB), wird klar, dass diese primär eine geordnete städtebauliche Entwicklung vorbereiten soll. Eine Enteignung wird daher wohl nur dann gelingen, wenn die städtebauliche Konzeption auf die Verwirklichung einer klimafreundlichen Stadt mit weitgehender Erneuerbaren-Energien-Versorgung setzt und diese Konzeption auch mit städtebaulichen Mitteln umsetzen will. Im vorliegenden Zusammenhang bleibt jedoch bedeutsam, dass die Bauleitplanung kommunale Planung ist. Da dies an sich Planungsfreiheit der Gemeinde voraussetzt, gerät bereits jetzt das Regime der Ausweisung von Konzentrationszonen durch Flächennutzungspläne an seine systemischen Grenzen („Verhinderungsplanung“).

### **b. Planfeststellung**

Eine – momentan noch radikal anmutende – Alternative läge darin, auf eine fachplanerische Steuerung im Wege des Planfeststellungsverfahrens umzuschalten, wie das bei der Planung von Offshore-Anlagen bereits der Fall ist. Die Privilegierung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB wie auch der Planvorbehalt des Absatzes 3 Satz 3 würden sich damit erübrigen. Das wäre letztlich systemgerecht, handelt es sich doch bei der Energiewende – zumindest in den Bereichen Windkraftenerzeugung und Netze – nicht nur um eine gigantische Kapazitätsplanung, sondern eben auch um Infrastrukturplanung. So käme zur Geltung, dass im Bereich der Infrastrukturplanung seit jeher mit dem Planfeststellungsverfahren ein geeignetes und bewährtes Planungsinstrument zur Verfügung steht (§ 45 EnWG, § 71 WHG, § 44 Abs. 2 WaStrG, § 22 Abs. 2 AEG). Insbesondere ist dieses eine tragfähige Grundlage für Enteignungen. Der Planfeststellungsbeschluss stellt die Zulässigkeit der späteren Enteignung dem Grunde nach fest (enteignungsrechtliche Vorwirkung). Das bedarf dann einer Planrechtfertigung (vgl. etwa § 43 EnWG), die jedoch bei Windener-

gieanlagen – im Gegensatz zu anderen Infrastrukturvorhaben – kein Problem darstellen dürfte. Die enteignungsrechtliche Vorwirkung rechtfertigt sich daraus, dass bei wichtigen Vorhaben (Energiewende), die dem Allgemeinwohl dienen, die Realisierung nicht davon abhängen soll, dass alle benötigten Grundstücke bereits im Eigentum des Vorhabenträgers stehen oder von diesem frei erworben werden können.<sup>45</sup> Nun könnte man einwenden, dass Windenergieanlagen ja primär den monetären Interessen der Betreiber und nicht der Allgemeinheit dienen. Der Einwand trifft auf einen Flughafen oder eine privat betriebene Autobahn aber ebenso zu; es sind lediglich die von der Rechtsprechung entwickelten Vorgaben für eine Enteignung zugunsten von Privaten zu beachten – so muss etwa die Gemeinwohlbindung des Begünstigten dauerhaft gesichert werden.

In materieller Hinsicht ist der Planfeststellungsbeschluss das geeignete Instrument, hinsichtlich einer konkreten raumbedeutsamen Maßnahme öffentliche und private Belange umfassend zu berücksichtigen und gegeneinander abzuwägen. Im vorliegenden Zusammenhang ist auch interessant, dass im Rahmen des Planfeststellungsverfahrens Entschädigungen denkbar sind (§ 74 Abs. 2 VwVfG).

In formeller und verfahrenstechnischer Hinsicht wäre ein Planfeststellungsverfahren sicher ein geeignetes Instrument zur Umsetzung einer Infrastrukturbedarfsplanung vor Ort. Ein weiterer Vorteil würde in der formellen Konzentrationswirkung des Planfeststellungsbeschlusses liegen (§ 75 Abs. 1 VwVfG). Insbesondere wären die Baugenehmigung sowie die immissionschutzrechtliche Genehmigung umfasst. Unabhängig von der genauen Beantwortung der Frage, wer dann im Einzelnen Planfeststellungsbehörde, Anhörungsbehörde und Vorhabenträger<sup>46</sup> sein sollte, ginge die Planung auf eine staatliche Fachplanungsbehörde über. Wie bereits zum bauplanungsrechtlichen Ansatz ausgeführt, läge darin ein entscheidender Unterschied: Die Planung von Windenergie onshore ginge vollständig auf den Staat über. Natürlich müsste den Kommunen – wie im Bereich sonstiger Infrastrukturplanung auch – bedeutsame Mitwirkungsrechte eingeräumt werden.

Gegen den Einsatz von Planfeststellungsverfahren bei der Planung von verbindlichen Windenergiezonen ließe sich die Frage der Planrechtfertigung aufwerfen. Sicherlich gibt es beim Netzausbau und beim Straßenbau erhöhten Planungsbedarf im Sinne einer Abstimmung verschiedener Teilplanungen. Allerdings lässt sich eine Planfeststellung grundsätzlich auch bei anlagebezogenen Planungen rechtfertigen (so etwa Abfallbeseitigungsanlagen nach § 35 Abs. 2 KrWG). Die Planfeststellung für Windenergiestandorte an Land ist jedenfalls dann erforderlich, wenn – wie hier vorgeschlagen – eine bundesweite Energieerzeugungsplanung eingeführt wird, da diese nur so verlässlich umsetzbar wäre.

### **3. Enteignung der Landeigentümer oder Inhalts- und Schrankenbestimmung?**

Die eben skizzierte Intensivierung der Planung hatte unter anderem den Fokus, auch die Rechtsstellung der Landeigentümer

<sup>43</sup> Kindler/Lau, NVwZ 2011, 1417.

<sup>44</sup> Kindler/Lau, NVwZ 2011, 1418.

<sup>45</sup> Wickel, in: Fehling/Kastner/Strömer, 4. Aufl. 2016, VwVfG, § 75 Rn. 37.

<sup>46</sup> Vgl. unten III.3. zu der Frage, ob nicht die öffentliche Hand Vorhabenträger sein sollte.

verbindlich gestalten und verändern zu können. Isoliert bezogen auf möglicherweise zu hohe Gewinne der Landwirte ist an dieser Stelle noch eine weniger stark eingreifende Maßnahme anzusprechen: Es besteht die Möglichkeit, dieses Problem durch einen Kontrahierungszwang verbunden mit Preisobergrenzen anzugehen. Angesichts der Bedeutung der „Landgewinnung“ für die Windkrafterzeugung, aber auch der damit verbundenen, oben bereits erörterten Akzeptanzfragen ist die Möglichkeit einer Rechtfertigung eines solchen Eingriffs in die Eigentumsfreiheit zu bejahen. Zu Recht wird aus ökonomischer Sicht auch auf das Problem der mit dem jetzigen System verbundenen hohen Transaktionskosten hingewiesen.<sup>47</sup> Die Frage der Verhältnismäßigkeit reduziert sich damit auf die Höhe der Preisbegrenzung.

### III. Konzessionsmodelle

Der Fokus dieses Beitrags liegt auf einer Veränderung der Rechtszuordnung zwischen Anlagenbetreibern, Landeigentümern, Betroffenen und Kommunen bei Planung und Bau von Windenergieanlagen. Neben die bisher behandelten Beteiligungs- und Planungsmodelle lässt sich ein weiterer Ansatz stellen, der zentral auf eine Veränderung der Rechtsstellung des Anlagenbetreibers (bzw. -projektierers) zielt: die Konzessionierung. Mit dieser würde das bisherige Regelverhältnis von wirtschaftlicher Freiheit mit Genehmigungsvorbehalt in sein Gegenteil verkehrt.

#### 1. Hintergrund und Stoßrichtung dieses Ansatzes

Ein Blick in das Ausland zeigt, dass Staaten Bereiche der für sie existenziellen Energieerzeugung in staatliche Regie übernehmen (so etwa Norwegen oder die Schweiz in Bezug auf Wasserkraft, Dänemark in Bezug auf Offshore-Windkraft); teilweise werden anschließend Private für die Energieerzeugung konzessioniert (so etwa in Bezug auf die Wasserkraft in der Schweiz). Vor diesem Hintergrund soll der Frage nachgegangen werden, ob dies nicht auch für die Winderzeugung zu Lande in Deutschland ein gangbarer Weg wäre.

Angesprochen sind damit Konzessionen in einem engeren Verständnis. Denn der Begriff der Konzession wird häufig in einem weiten wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Sinne synonym für Genehmigungen als präventive Verbote mit Genehmigungsvorbehalt verstanden („Gaststättenkonzession“, „Spielhallenkonzession“ etc.). Es soll hier aber vielmehr darum gehen, den Betrieb von Windenergieanlagen aus dem Bereich der durch Art. 12 GG gedeckten wirtschaftlichen Freiheit herauszunehmen und (zeitlich beschränkt) entsprechende Rechte einzuräumen. Ein förmlicher Betrauungsakt würde damit das Recht zum Betrieb von Windenergieanlagen konstitutiv begründen.

#### 2. Varianten und Rechtfertigung

Rechtliche Konzessionsregime haben zwei unterschiedliche Rechtfertigungen.<sup>48</sup> Zum einen treten sie uns in der Form materieller Aufgabenprivatisierung und damit gleichsam in der Form mediatisierter Verwaltungstätigkeit entgegen. Bei unberührter staatlicher (Gewährleistungs-)Verantwortung erbringen hier Private im eigenen Namen und auf eigenes Risiko öffentlich-

rechtlich geforderte Leistungen, wie etwa Dienstleistungen des öffentlichen Nahverkehrs. Zum anderen sind Konzessionssysteme überall dort möglich und angezeigt, wo Nutzungen an einem Gemeingut betroffen sind (Bergrecht, Grundwasser, Rundfunkwellen usw.). Dabei kann es sein, dass die Nutzung nie vom privaten Eigentum umfasst war; denkbar ist jedoch auch, dass sie nachträglich im Wege einer Inhalts- und Schrankenbestimmung (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG) aus diesem Kontext herausgelöst wird.

Eine Möglichkeit einer Konzessionierung der Windernte wurde im Rahmen des Forschungsprojektes DZES<sup>49</sup> und des davon umfassten Workshops „Wem gehört der Wind?“ von *Jelena Bäumler* entwickelt.<sup>50</sup> Der Gesetzgeber könnte das Recht an der Windnutzung (wie etwa auch andere Rechte, bspw. das Jagdrecht oder das Bergrecht) durch ein öffentliches Rechtsregime als eigenständiges Eigentumsrecht ausgestalten; bisher besteht insoweit nur eine faktische Nutzungsmöglichkeit des Grundeigentümers. Insoweit könnten dann Konzessionen vergeben werden und die entsprechenden Vorteile durch Sonderabgaben abgeschöpft werden.<sup>51</sup> Damit hätte der Staat ein flexibles Steuerungsinstrument, mit dem bestimmt werden könnte, wo, wie und unter welchen Voraussetzungen Wind ausgebeutet werden kann. Weitergehend könnte erwogen werden, dass ausschließlich der Staat entsprechende Lizenzen zur Nutzung der Windenergie halten darf (in Parallele zur Bewirtschaftung der Wassenergie in Norwegen). Nach Ansicht Bäumlers würde die Errichtung eines derartigen Konzessionensystems für Windernten gegenüber den Grundeigentümern grundsätzlich eine zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung i.S.v. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG darstellen. Wie auch im Wasserhaushalts- und Bergrecht könnten jedoch (und müssten wohl auch) Entschädigungs- und Kompensationsrechte für Grundeigentümer geregelt werden.

Möglicherweise ist jedoch dieser Begründungsweg über das „Recht am Wind“ gar nicht erforderlich. Wie gesehen, kann der Gesetzgeber zugunsten überragend wichtiger Gemeinwohlanliegen bestimmte wirtschaftliche Tätigkeiten in ein staatliches Monopol überführen, wie das etwa mit dem Glücksspielmonopol geschehen ist. Als ein solcher Rechtfertigungsgrund könnte die bessere Planbarkeit und Umsetzung der Energiewende angesehen werden. Dies ließe sich auch als Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit des Art. 12 GG rechtfertigen, ist es doch mit dem Ziel der Verwirklichung der Energiewende begründet. Die hohen Anforderungen einer objektiven Berufszulassungsschranke<sup>52</sup> wären nur anwendbar, würde man in einem „Windmüller“ ein eigenständiges Berufsbild sehen.

#### 3. Ausgestaltungsfragen

Die Frage der Konzessionierung steht neben der Frage nach dem Planungsregime. Wie gerade auch das Bergrecht zeigt, sind Kon-

47 *Beckers et al.*, in diesem Heft, 644 f.

48 Vgl. dazu etwa *Rittner/Dreher*, Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht. Eine systematische Darstellung, 3. Aufl. 2008, S. 179 ff.

49 Vgl. dazu das Editorial.

50 *Bäumler*, in diesem Heft, 670 ff.

51 *Bäumler*, in diesem Heft, 673 f.; zudem ist nach Ansicht *Bäumlers* die Erhebung einer (einmaligen) Gebühr möglich, 673.

52 Dann müsste die Maßnahme zur Abwehr schwerer Gefahren für überragend wichtige Gemeinschaftsgüter erforderlich sein, vgl. etwa BVerfGE 126, 112 ff. (Rettungsdienste).

zessionsmodelle auch ohne Definitivplanung und Teileigentung möglich.<sup>53</sup> Die Konzessionsentscheidung kann, ebenfalls in Anlehnung an das Bergrecht, von der eigentlichen Zulassungsentscheidung getrennt werden oder, wie im Wasserrecht, damit zusammenfallen. Sie kann als gebundene Entscheidung ausgestaltet werden (Bergrecht) oder in behördliches Ermessen gestellt werden (Wasserrecht). Natürlich gibt es noch vielfältige weitere Ausgestaltungsfragen, auf die hier nicht im Einzelnen eingegangen werden kann, etwa Optionslösungen.<sup>54</sup>

Soweit der Staat für den Betrieb von Windenergieanlagen zu Lande ein staatliches Monopol begründet, würde er zum Vorhabenträger (etwa hinsichtlich des oben skizzierten Planfeststellungsverfahrens). Natürlich würde das nicht bedeuten, dass die öffentliche Hand die Anlagen dann auch alleine betreiben müsste. Neben der Konzessionierung Privater steht dann auch der Weg einer Öffentlich-Privaten-Partnerschaft (ÖPP) zur Verfügung.<sup>55</sup>

Die von *Jelena Bäumler* zur Diskussion gestellte Konzessionsvariante (Recht zur Nutzung eines Gemeinschaftsgutes) hat eine weitere im vorliegenden Zusammenhang wichtige Konsequenz: Die Vergabe der Konzession kann mit einer Gebühr belegt werden (Vorteilsausgleichsabgabe).<sup>56</sup> Die Einnahmen kämen dem Staat zu, der sie zur Förderung der Akzeptanz einsetzen könnte.<sup>57</sup>

#### IV. Abgaben- und Besteuerungsmodelle

Eine Veränderung der „Rechte am Wind“ kann schließlich auch mittelbar durch Abgaben- und Besteuerungsmodelle verändert werden, also ohne Veränderungen im Planungs- und Genehmigungsverfahren. Bei unveränderter Rechtsstellung wird dann die Ausübung der Rechte finanziell belastet (Belastungswirkung); auf der anderen Seite kann die Rechtsstellung Betroffener mittelbar im Rahmen der Mittelverwendung gestärkt werden (Aufkommenswirkung). Oben (III.) wurde bereits die Möglichkeit der Erhebung einer Konzessionsabgabe erörtert, soweit Windenergieanlagen in ein Konzessionsregime integriert würden.

##### 1. Die Realsteuern (Grund- und Gewerbesteuer)

Das Aufkommen der Realsteuern (Grund- und Gewerbesteuern) fließt den Kommunen zu (Art. 106 Abs. 6 Satz 1 GG). Mit Reformmodellen, die an diesen Steuern ansetzen, wird also kommunales Steueraufkommen generiert. Dies kann Anreiz für die Kommunen sein, ihr (planerisches) Engagement im Bereich der Windkraft zu erhöhen; das Aufkommen kann aber auch akzeptanzfördernd eingesetzt werden.

##### a) Gewerbesteuer

Eine Möglichkeit zur wirtschaftlichen Beteiligung von Kommunen an der Windenergie bietet die Regelung zur Entrichtung von Gewerbesteuern. Diese generelle Steuer, die für sämtliche wirtschaftliche Betriebe gilt, ist abhängig vom wirtschaftlichen Erfolg des jeweiligen Gewerbebetriebs sowie den von der jeweiligen Gemeinde festgelegten Gewerbesteuerhebesätzen und fließt in die kommunalen Haushalte. Aufgrund der häufigen Tren-

nung von Standortgemeinde und Firmensitzgemeinde bei Windenergie-Vorhaben wurde 2009 ein spezieller Zerlegungsmaßstab in § 29 Abs. 1 Nr. 2 lit. b GewStG eingeführt, der der Windpark-Standortgemeinde 70 Prozent und der Firmensitzgemeinde 30 Prozent der jeweiligen Gewerbesteuer zuspricht.

Allerdings scheinen die Einnahmen aus der Gewerbesteuer insbesondere für Standortgemeinden deutlich hinter den Erwartungen zurückzubleiben, was dieses Instrument als nur bedingt geeignet für eine finanzielle Beteiligung der Standortgemeinde erscheinen lässt.<sup>58</sup> Zum einen liegt dies daran, dass Windenergieanlagen mit einem Abschreibungszeitraum von 16 Jahren und meist mit hohem Fremdkapitalanteil bei der Finanzierung erst zu einem späten Zeitpunkt Gewinne ausweisen und diese dann teilweise nur noch der Firmensitzgemeinde zugewiesen werden. Weiterhin schwanken die Einnahmen aus der Gewerbesteuer, sind sehr heterogen verteilt und können u.a. wegen geringeren Erlösen, steuerlichen Freibeträgen und weiteren Gestaltungsmöglichkeiten von Betreibern in ihrer Höhe teils unter den ursprünglichen Erwartungen liegen. Des Weiteren können Mechanismen zum Ausgleich von Gewerbesteueraufkommen zwischen den Gemeinden untereinander sowie Ländern und Bund Einnahmen aus der Gewerbesteuer für die Standortgemeinde reduzieren. Außerdem würde von einer Gewerbesteuer nur die jeweilige Standortkommune und nicht auch die womöglich von Windenergieanlagen ebenfalls betroffene Nachbarkommune profitieren.

Somit ist die Gewerbesteuer als Instrument zur transparenten finanziellen Beteiligung von Kommunen an Windparks aus den aufgezeigten Gründen wohl ungeeignet. Nichtsdestoweniger wäre eine zusätzliche Gewerbesteuerzerlegung zugunsten der Standortgemeinde rechtlich durchaus möglich und würde den vorliegenden Vorschlägen nicht entgegenstehen.<sup>59</sup>

##### b) Grundsteuer

In einem weiten Sinne kann eine kommunale Beteiligung aktuell auch über die Grundsteuer erreicht werden. Für Kommunen stellt die Grundsteuer eine bedeutende und – im Vergleich zur betragsmäßig höheren Gewerbesteuer – stabilere Einnahmequelle dar. Sie knüpft an land- und forstwirtschaftlichem Grundbesitz oder bebauten Grundstücken bzw. Gebäuden an. Dabei kann jede Kommune den kommunalen Hebesatz, der mit dem Einheitswert multipliziert wird, selbst anpassen, so dass eine Erhöhung der Grundsteuer möglich ist. Standortkommunen könnten insbesondere dann von einer höheren Grundsteuer profitieren, wenn mit Windenergieanlagen bestückte Grundstücke nicht mehr als unbebaute Grundstücke eingestuft werden würden

53 S. dazu den Beitrag von *Frenz*, in diesem Heft, 690 ff.

54 *Beckers et al.*, in diesem Heft, 651 ff.

55 In diesem Sinne etwa *Beckers et al.*, in diesem Heft, 651 ff.

56 *Franzius*, ZUR Heft 1/2018, IV.4.

57 Die Annahme von *Beckers et al.*, in diesem Heft, 651, es handle sich lediglich um einen „rechte-Tasche-linke-Tasche“-Vorgang ist deshalb nicht ganz richtig; ohnehin anders stellt sich die Lage nach dem Auslaufen der EEG-Förderung dar.

58 Vgl. dazu auch *Bovet/Lienhoop*, ZNER 2015, 228.

59 Vgl. dazu etwa *Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages*, Gewerbesteuer und Sonderabgaben auf Windkraftanlagen 2016 (<https://www.bundestag.de/blob/414842/25f90b3e53483d2c04f879c3c5e61930/wd-4-010-16-pdf-data.pdf>).

oder aber der Einheitswert für Grundstücke mit Windparks generell erhöht würde.<sup>60</sup> In einem anderen Zusammenhang (Mobilisierung von Bauland) wird gegenwärtig über eine Reform der Grundsteuer als „Baulandsteuer“ diskutiert, wie dies in den 60er Jahren schon einmal für kurze Zeit praktiziert worden war.<sup>61</sup>

Die Grundsteuer scheint aber nur bedingt zur angedachten finanziellen Beteiligung geeignet. So würde von einer Grundsteuer nur die jeweilige Windkraft-Standortkommune und nicht auch die womöglich von Windenergieanlagen ebenfalls betroffene Nachbarkommune profitieren. Zudem erfolgt die Zahlung der Grundsteuer nicht durch den Anlagenbetreiber, sondern durch den Grundstückseigentümer (dieser steht aber nicht im Fokus dieses Beitrags). Vorliegend wird daher keine Lösung über die Grundsteuer verfolgt, auch wenn eine solche neben den hier gemachten Vorschlägen stehen könnte.

## 2. Abschöpfung von Planungsgewinnen

Zum Zwecke einer Abschöpfung (ungerechtfertigter) Planungsgewinne der Grundeigentümer wird weiter das Instrument einer Vorteilsabschöpfungsabgabe vorgeschlagen.<sup>62</sup>

Es ist jedoch fraglich, worin hier der Belastungsgrund liegen soll, der die Erhebung einer Sonderabgabe außerhalb von Steuern rechtfertigt. Eine besondere Finanzierungsverantwortung der Grundeigentümer für die Umsetzung der Energiewende lässt sich kaum begründen; sie tragen weder Verantwortung für die Schaffung von Akzeptanz, noch für sonstige Zielsetzungen im Rahmen der Energiewende.

Der Rechtfertigungsgrund der Vorteilsabschöpfung wurde bereits in Bezug auf Konzessionsabgaben thematisiert; ein solcher kann darin liegen, dass der Abgabepflichtige Rechte eingeräumt bekommt, die ihm an sich nicht zustehen bzw. ihm die Nutzung von Allgemeingütern gestattet wird (z.B. Wassernutzung). Nun könnte man argumentieren, dass die gestiegenen Bodenpreise und Pachthöhen in Windkonzentrationszonen allein auf einen staatlichen Planungsakt zurückzuführen sind, nämlich die Aufstellung eines entsprechenden Flächennutzungsplans durch die Kommune. Die Rechtsposition der Landwirte ändert sich dadurch dahingehend, dass nunmehr auf ihrem Grund und Boden die Errichtung von Windkraftanlagen zulässig ist. Diesen planungsbedingten Sondervorteil könnte man als causa für die Geldleistungspflicht ansehen.<sup>63</sup> De lege lata spricht hiergegen allerdings die Privilegierung der Windkraftnutzung durch § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB.<sup>64</sup> Diese Hürde könnte allerdings überwunden werden, würde der Gesetzgeber den oben dargelegten Weg einer „Definitivplanung“ gehen.

## 3. Sonderabgabe für den Betrieb von Windenergieanlagen

Eine andere Überlegung geht dahin, von den Anlagenbetreibern eine Sonderabgabe zu erheben, um deren Erträge zur Förderung der Akzeptanz einzusetzen.<sup>65</sup>

Die Betreiber von Windenergieanlagen sind eine homogene Gruppe im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtfertigung von Sonderabgaben; sie haben gemeinsame wirtschaftliche Interessen und sind sogar verbands-

mäßig organisiert. Natürlich würde diese Abgabe – wie alle anderen Kosten auch – über die Erneuerbare-Energien-Umlage auf die Stromverbraucher überwältigt, solange die Windkraft noch Förderungsbedarf hat; diese stellen ganz klar keine von der Allgemeinheit der Steuerzahler abgrenzbare „homogene Gruppe“ dar.<sup>66</sup> Es handelt sich hier jedoch um zwei getrennte rechtliche Institutionen mit unterschiedlichen Funktionen. Dies erfordert eine getrennte legitimatorische Betrachtung und macht die Erhebung einer Sonderabgabe auf den Betrieb von Windenergieanlagen nicht unzulässig.

Die Finanzierungsverantwortung der Betreiber von Windenergieanlagen lässt sich auf zweifachem Weg begründen. Auf der einen Seite gibt es erste Hinweise des Gesetzgebers, dass er den Betreibern von Windenergieanlagen auch eine Verantwortung für die Akzeptanz dieser Anlagen zuweisen will; die Begünstigung von Bürgerwindenergiegesellschaften (§ 36g EEG) ist hierfür ein Anhaltspunkt. Überzeugender ist jedoch gegenwärtig noch ein Hinweis auf die immissionsschutzrechtliche Pflichtenstellung. Das BImSchG ordnet eine Betreiberpflicht dafür an, dass schädliche Umwelteinwirkungen und sonstige Gefahren, erhebliche Nachteile und erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit und die Nachbarschaft nicht hervorgerufen werden. Damit wird das in Art. 20a GG verankerte Verursacherprinzip für das Immissionsschutzrecht konkretisiert. Die Verantwortung des Betreibers, Nachteile zu vermeiden oder zu kompensieren wird dadurch jedoch nicht abschließend geregelt und kann eine Finanzierungsverantwortung der Betreiber begründen.<sup>67</sup>

Ein weiteres Problem der Rechtfertigung einer solchen Sonderabgabe liegt in der zweckgerechten Verwendung der Mittel. Gegen ein Regime des direkten Nachteilsausgleichs für die Betroffenen spricht zunächst die Tatsache, dass dies zu einem erheblichen bürokratischen Aufwand führen würde. Es müssten damit staatliche Stellen beauftragt werden, da die Aufgabe nicht – wie es der Sache nach naheliegen würde – den Kommunen übertragen werden dürfte (Aufgabenübertragungsverbot nach Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG). Darüber hinaus zeigen die in Dänemark mit einem solchen Kompensationsmechanismus gemachten Erfahrungen, dass direkte Zahlungen nicht notwendig zu mehr Akzeptanz führen; sie können auch, wegen zu hoher Erwartungen, die Unzufriedenheit steigern und das Problem vergrößern.<sup>68</sup> Dagegen zeigen empirische Studien, dass Zahlungen an die Kommune durchaus akzeptanzsteigernde Wirkung haben können.<sup>69</sup> Wegen des Aufgabenübertragungsverbots (Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG) muss die (akzeptanzfördernde) Verwendung der Mittel jedoch allgemein gehalten werden; sie kann allenfalls mit Regelbeispielen versehen werden.

60 Vgl. auch Gesetzesinitiative zur Änderung Grundsteuer, BT-Drs. 18/10753.

61 Kritisch hierzu *Lemma*, Zur Diskussion über die Wiedereinführung einer Baulandsteuer, DSI kompakt, Deutsches Steuerzahlerinstitut des Bundes der Steuerzahler e.V., No. 25/2016.

62 *Köck*, in diesem Heft, 688 f., zu möglichen Einwänden.

63 So auch *Köck*, in diesem Heft, 688 f.

64 *Köck*, in diesem Heft, 688 f.

65 *Rodi et al.* (Fn. 4), 59 ff.

66 BVerfGE 91, 186 ff. (Kohlepfennig).

67 Vgl. dazu näher *Rodi et al.* (Fn. 4), 60 ff.

68 *Köck*, UTR 134 (2017), 148 ff.

69 *Ott/Keil*, ET 2017, 83 ff.

An anderer Stelle wurde ein entsprechender Gesetzesvorschlag für einen neuen § 7a EEG gemacht:<sup>70</sup>

*„Zahlungspflicht für Windenergieanlagen an Land*

(1) Betreiber von Windenergieanlagen an Land, die nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz genehmigt und nach dem 31.12.2018 in Betrieb genommen worden sind, haben die Pflicht zur Zahlung einer Abgabe an anspruchsberechtigte Gemeinden. Die Zahlung teilt sich auf in eine Einmalzahlung bei Inbetriebnahme sowie in laufende Zahlungen für die Dauer des Betriebs der Windenergieanlage an Land. Ausgenommen von der Zahlungspflicht sind Pilotwindanlagen an Land im Sinne des § 3 Nr. 37.

(2) Die Einmalzahlung setzt sich zusammen aus einem Höherentgelt und einem Anlagenleistungsentgelt. Das Höherentgelt beträgt xx [z.B. 100] Euro pro Meter der Gesamthöhe der Windenergieanlage. Das Anlagenleistungsentgelt beträgt xx [z.B. 6] Euro pro kW installierter Leistung. Die Einmalzahlung wird mit Inbetriebnahme der Windenergieanlage fällig.

(3) Die laufende Zahlung setzt sich zusammen aus einem Höherentgelt und einem Strommengenentgelt. Das Höherentgelt beträgt xx [z.B. 10] Euro pro Meter der Gesamthöhe der Windenergieanlage. Das Strommengenentgelt beträgt xx [z.B. 0,0004] Euro je erzeugter Brutto-Kilowattstunde abzüglich der Kilowattstunden, die in der Stromerzeugungsanlage oder in deren Neben- und Hilfsanlagen zur Erzeugung von Strom im technischen Sinn verbraucht werden (Anlageneigenverbrauch). Die laufende Zahlung ist ab dem Inbetriebnahmejahr jeweils zum 31.12. für das abgelaufene Kalenderjahr fällig.

(4) Anspruchsberechtigte Gemeinden sind die Gemeinden, deren Gemeindegebiet ganz oder teilweise im Kreis, gebildet aus dem Radius der x-fachen [z.B. 20-fachen] Gesamthöhe der Windenergieanlage, um den Standort der Windenergieanlage liegt. Sind mehrere Gemeinden pro Windenergieanlage an Land anspruchsberechtigt, wird der Zahlungsanspruch unter den Gemeinden aufgeteilt und dabei die Anspruchshöhe pro Gemeinde anhand des Anteils des Gemeindegebiets an der Fläche des Kreises um die Windenergieanlage ermittelt. Für den Fall, dass keine Gemeindegebiete innerhalb der Kreisfläche liegen, ist auf Regelungen der Bundesländer abzustellen.

(5) Die Betreiber der zahlungspflichtigen Windenergieanlagen sind zur Ermittlung der anspruchsberechtigten Gemeinden und der Höhe des anteiligen Anspruchs pro Gemeinde verpflichtet.

(6) Die Gemeinden sollen die Mittel aus den Zahlungen nach Möglichkeit zur Steigerung der Akzeptanz für Windenergieanlagen bei ihren Einwohnern verwenden. Zur Erreichung dieses Zwecks kommen insbesondere Maßnahmen zur

1. Aufwertung von Ortsbild und ortsgebundener Infrastruktur,
2. Information über Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien und über Möglichkeiten zur Nutzung erneuerbarer Energien und zur

3. Förderung kommunaler Veranstaltungen oder Einrichtungen, die der Kultur, Bildung oder Freizeit dienen, oder unternehmerischer Tätigkeiten in der Gemeinde, wobei für die Einwohner ein Bezug zu den aus der Windenergieerzeugung generierten Geldmitteln erkennbar sein sollte, in Betracht.

(7) Die Bundesregierung berichtet dem Bundestag vier Jahre nach dem Inkrafttreten dieser Regelung über dessen Auswirkungen und eventuell notwendigen Anpassungsbedarf.

(8) Weitergehende Regelungen der Länder zur Steigerung der Akzeptanz für den Bau neuer Anlagen nach § 36 g Absatz 7 bleiben unberührt.“

### C. Ergebnis und Ausblick

Das System der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen am Land steht vor großen Herausforderungen. In seiner wenig konsistenten Struktur droht es zu einem Stolperstein der Energiewende zu werden. Der vorliegende Beitrag hat gezeigt, dass der Gesetzgeber über eine Fülle rechtlicher Instrumente verfügt, um hier Sand aus dem Getriebe zu nehmen. Angesichts bestehender Pfadabhängigkeiten ist es eher unwahrscheinlich, dass dabei „dicke Bretter gebohrt“ werden, wie etwa eine vollständige Reform des Planungsregimes im Sinne einer Energiebedarfsplanung verbunden mit einer definitiven Planung der Standorte oder aber die Einführung eines Konzessionssystems. Umso wichtiger wäre es, wenn der Gesetzgeber wenigstens seine steuer- und abgabenrechtlichen Instrumente nutzen würde.

**Prof. Dr. Michael Rodi**

Institut für Klimaschutz, Energie und Mobilität (IKEM),  
Magazinstrasse 15-16, 10179 Berlin  
Tel. 030-408187010

Aktuelle Veröffentlichungen: Kohleausstieg – Bewertung der Instrumentendebatte aus juristischer und rechtspolitischer Sicht, *EnWZ* 2017, 195 ff.; Die deutsche Klimaschutzplanung im Lichte einer internationalen „best practice“ Analyse, in: Lorenzmeier/Folz (Hrsg.), *Recht und Realität*, Festschrift für Christoph Vedder, 2017, 750 ff.; Die Energieunion. Rechtliche und politische Gehalte einer neuen europäischen Spezialunion, *ZEuS* 2016, S. 177 – 201 (zusammen mit Agnes Behm); Der Rechtsrahmen für den Einsatz ökonomischer Instrumente in der Ressourcenschutzpolitik, *ZUR* 2016, S. 531 – 541; Kommunale Energiepolitik in liberalisierten Märkten, *EWerk* 2016, S. 177 – 181.

<sup>70</sup> Rodi et al. (Fn. 4), 72 ff.