

**Würzburger Studien zum
Umweltenergierecht**

**Mechanismen finanzieller Teilhabe
am Ausbau der Windenergie**

erstellt von

Ilka Hoffmann

und

Nils Wegner, LL.M. (Stockholm)

Entstanden im Rahmen des Forschungsvorhabens:

„Windenergierecht – Planung, Genehmigung und Förderung im
Föderalismus“ (WindPlan – FKZ 03MAP307)

Gefördert durch:



Bundesministerium
für Wirtschaft
und Energie

aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

7

März 2018

Zitiervorschlag: *Ilka Hoffmann/Nils Wegner*, Mechanismen finanzieller Teilhabe am Ausbau der Windenergie, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 7, März 2018.

Die Autoren danken dem Kollegen Hartmut Kahl sowie zahlreichen weiteren Gesprächspartnern auf Rechtsanwenderseite für wertvolle Anregungen und Einblicke in die eigene Arbeit mit den verschiedenen Mechanismen finanzieller Teilhabe.

Stiftung Umweltenergierecht

Ludwigstraße 22

97070 Würzburg

Telefon +49 931 79 40 77-0

Telefax +49 931 79 40 77-29

E-Mail wegner@stiftung-umweltenergierecht.de

Internet www.stiftung-umweltenergierecht.de

Vorstand: Thorsten Müller und Fabian Pause, LL.M. Eur.

Stiftungsrat: Prof. Dr. Helmuth Schulze-Fielitz, Prof. Dr. Franz Reimer, Prof. Dr. Monika Böhm

Spendenkonto: Sparkasse Mainfranken Würzburg

IBAN DE16790500000046743183, BIC BYLADEM1SWU790

Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung	1
B.	Überblick über Modelle finanzieller Teilhabe	5
I.	Kommunale Einnahmen	5
1.	Gewerbsteuer.....	5
a)	Die Zerlegungsregelung für Windenergieanlagen.....	5
b)	Freiwillige Zerlegungsvereinbarungen	8
c)	Höhe der Gewerbesteuer	9
d)	Verringerung des Gewerbesteueraufkommens durch Gewerbesteuerumlage und Länderfinanzausgleich.....	10
e)	Gewerbesteuerumlage	10
f)	Länderfinanzausgleich	12
g)	Zwischenfazit	12
h)	Kommunaler Finanzausgleich	13
aa)	Zweck des kommunalen Finanzausgleichs	13
bb)	Länderzuständigkeit.....	13
cc)	Grundzüge des Finanzausgleichssystems	14
dd)	Folgen für die Gemeinden	15
ee)	Zwischenfazit.....	16
i)	Fazit.....	16
2.	Konzessionsabgaben	18
a)	Grundlagen für die Erhebung von Konzessionsabgaben.....	19
b)	Anspruch aus Konzessionsvertrag	20
c)	Bemessung der Konzessionsabgaben.....	20
d)	Einspeisung als zusätzlicher Bemessungsmaßstab.....	21
e)	Berechnungsmethoden	22
f)	Inhaltliche Vorgaben aus der Ermächtigungsgrundlage (§ 48 Abs. 2 Satz 2 EnWG).....	22
g)	Vorgaben aus § 48 Abs. 1 Satz 1 EnWG	24
h)	Rechtsnatur von energiewirtschaftlichen Konzessionsabgaben.....	25
i)	Einführung einer zusätzlichen Konzessionsabgabe	30
j)	Fazit.....	30

II.	Direkte wirtschaftliche Beteiligungsmöglichkeiten.....	33
1.	Energiegenossenschaften und Windenergie	34
2.	Charakteristika und Regulierung von Energiegenossenschaften	35
a)	Vorgaben und Gestaltungsmöglichkeiten durch das Genossenschaftsge- setz.....	35
b)	Vorgaben der Finanzmarktregulierung.....	37
3.	Das Beispiel der BürgerEnergie Kassel & Söhre eG.....	38
III.	Indirekte Beteiligungsmöglichkeiten	41
1.	Darlehen	42
a)	Regionaler Bezug	44
b)	Rechtliche Hemmnisse und Herausforderungen.....	44
c)	Schwarmfinanzierung/Crowdfunding	46
d)	Fazit.....	47
2.	Sparvertrag.....	48
a)	Regionaler Bezug	49
b)	Rechtliche Hemmnisse und Herausforderungen.....	50
c)	Fazit.....	50
3.	Vergünstigte Stromtarife	51
a)	Betroffenheit und Regionalität.....	51
b)	Rechtliche Hemmnisse und Herausforderungen.....	52
c)	Fazit.....	53
IV.	(Akzeptanz-)Maßnahmen der Länder.....	54
1.	Siegel „Faire Windenergie Thüringen“	54
a)	Voraussetzungen für die Siegelvergabe	55
aa)	Flächenpoolmodelle.....	55
bb)	Gewerbesteuererlegung.....	56
cc)	Einbeziehung regionaler Energieversorger und Kreditinstitute	57
dd)	Schaffung von finanziellen Beteiligungsmöglichkeiten für Thüringer Bürger, Unternehmen und Kommunen.....	59
b)	Rechtliche Hemmnisse und Herausforderungen.....	59
c)	Private Siegelvergabe	63
d)	Fazit.....	64

2.	Das Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetz Mecklenburg-Vorpommern ..	65
a)	Anwendungsbereich des BüGemBeteilG	65
b)	Gesellschaftsrechtliche Teilhabe und ergänzende Beteiligungsmöglichkeiten	66
c)	Alternative Teilhabeformen: Sparprodukt und Ausgleichsabgabe	66
d)	Rechtliche Hemmnisse und Herausforderungen.....	68
e)	Fazit.....	69
C.	Vergleichende Betrachtung	70
I.	Der Kreis der Beteiligungsberechtigten.....	71
1.	Gemeinden.....	71
2.	Anwohnerinnen und Anwohner	71
3.	Unternehmen, regionale Kreditinstitute und Energieversorgungsunternehmen	72
II.	Mitbestimmungsmöglichkeiten und Projektbezug	73
III.	Risiko und Renditeerwartungen	74
1.	Direkte Beteiligungsmodelle	74
2.	Indirekte Beteiligungen	75
IV.	Unmittelbar wirtschaftlich Belastete.....	76
V.	Freiwilligkeit und Eingriff in Grundrechtspositionen.....	76
1.	Freiwillige Modelle	77
2.	Das Siegelmodell	77
3.	Modelle verpflichtender Beteiligung	77
D.	Fazit.....	78
I.	Investitionsunabhängige Beteiligungen	78
II.	Direkte wirtschaftliche Beteiligungsmodelle.....	79
III.	Indirekte wirtschaftliche Beteiligungsmodelle	80
IV.	Kombination der Modelle.....	81

A. Einleitung

Während der Ausbau erneuerbarer Energien im Allgemeinen und die Windenergie im Besonderen grundsätzlich eine große Zustimmung erfahren¹, ist zu beobachten, dass die Akzeptanz konkreter Windenergievorhaben vor Ort nicht nur schwindet, sondern diese vielfach Protest und aktiven Widerstand hervorrufen². Zu den tiefer liegenden Ursachen solcher Proteste sowie zu den Protestierenden selbst wird in den Sozialwissenschaften vertieft geforscht und diskutiert³. Klar ist: Immer häufiger folgen auf langwierige Zulassungsverfahren nicht minder lange Gerichtsverfahren, bevor ein Vorhaben rechtssicher realisiert werden kann⁴.

Basierend auf der Erkenntnis, dass die in der Rechtsordnung angelegten Zwangsmittel zur Durchsetzung konkreter genehmigter Vorhaben nicht weiterhelfen, um dieser allgemeinen Entwicklung entgegen zu wirken, haben sich unterschiedliche Initiativen herausgebildet⁵, die auf verschiedenen Wegen das Absinken der Akzeptanz verhindern und die Akzeptanz einzelner Windenergievorhaben konkret fördern sollen⁶.

Gerade bei dem Ausbau der Windenergie an Land ist zu beobachten, dass Initiativen aus der Branche, der Politik und aus der Bürgerschaft nicht mehr nur eine Beteiligung im Verfahren,

¹ Zur Akzeptanz des Ausbaus der Windenergie an Land siehe FA-Wind, Umfrage zur Akzeptanz der Windenergie an Land Frühjahr 2016, S. 5, wonach 81 % der Befragten die Nutzung und den Ausbau der Windenergie für wichtig oder sehr wichtig halten.

² Ausdruck hierfür sind etwa auch die zahlreichen, häufig anlassbezogen gegründeten Bürgerinitiativen, die sich gegen Windenergieprojekte wenden. In diesem Sinne auch *W. Köck*, Akzeptanzprobleme der Windenergie und rechtliche Handlungsansätze, *JbUTR* 2017, 129 (133). Siehe auch *S. Messinger-Zimmer/J. Zilles*, (De-)zentrale Energiewende und soziale Konflikte: Regionale Konflikte um die Vertretung des Gemeinwohls, in: *DIW*, Vierteljahreshefte zur Wirtschaftsforschung, Heft 4/2016, 41 (42).

³ Siehe nur *S. Messinger-Zimmer/J. Zilles*, (De-)zentrale Energiewende und soziale Konflikte: Regionale Konflikte um die Vertretung des Gemeinwohls, in: *DIW*, Vierteljahreshefte zur Wirtschaftsforschung, 4/2016, 41 ff.; zu den Motiven für ein konstruktives Engagement von Bürgern vor Ort *L. Holstenkamp/F. Kahla*, What are community energy companies trying to accomplish? An empirical investigation of investment motives in the German case, *Energy Policy* 97 (2016), 112 ff. sowie allgemein *L. Holstenkamp/J. Radtke* (Hrsg.), *Handbuch Energiewende und Partizipation*, 2018.

⁴ Vgl. *R. Brinktrine*, Rechtsschutz gegen On-Shore-Windkraftanlagen aus Sicht der Kommunen, privater Dritter und der Umweltverbände, in: *Ders./J. D. Harke/M. Ludwigs/O. Remien*, Rechtsfragen der Windkraft zu Lande und zur See, 2016, 111 (112). Systematisch erhobene Daten scheinen insoweit allerdings zu fehlen. Auch hinsichtlich Verbandsklagen nach dem Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz existieren, soweit ersichtlich, keine Daten für die Zeit nach 2012, vgl. hierzu *M. Führ/J. Schenten/M. Schreiber/F. Schulze/S. Schütte*, Evaluation von Gebrauch und Wirkung der Verbandsklagemöglichkeiten nach dem Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz (UmwRG), *UBA Texte* 14/2014.

⁵ Hierzu werden insbesondere auch politische Initiativen gezählt, die über gesetzliche Regelungen darauf abzielen, einen besseren Schutz Betroffener zu erreichen, etwa über Abstandsregelungen etc. Zu den weiteren Ansätzen siehe *W. Köck*, Akzeptanzprobleme der Windenergie und rechtliche Handlungsansätze, *JbUTR* 2017, 129 ff.

⁶ Für Beispiele guter fachlicher Praxis siehe die Datenbank der Fachagentur Windenergie an Land: Good Practices: Beteiligung bei Windenergieprojekten, abrufbar unter: <https://www.fachagentur-windenergie.de/beteiligung/datenbank-goodpractice.html>, zuletzt abgerufen am 31.07.2017.

sondern zunehmend (auch) eine materielle Teilhabe Betroffener verfolgen. Ihr Ziel ist die Adressierung von Fragen der Verteilungsgerechtigkeit, d.h. eine Veränderung der derzeit bisweilen als unausgewogen empfundenen Verteilung von den Lasten und Nutzen der Energiewende⁷. Während zunächst Versuche unternommen wurden, einen Vorrang lokaler bürgergetragener Initiativen über Instrumente des Bauplanungsrechts umzusetzen⁸ und so deren Position im Wettbewerb um den Zugriff auf geeignete Flächen für Windenergieanlagen zu stärken, werden inzwischen vermehrt sowohl dem Öffentlichen Recht zuzuordnende Eigentums- und gesellschaftsrechtliche sowie abgabenbasierte als auch privatrechtlich ausgestaltete Beteiligungsmodelle⁹ diskutiert.

Unter die Überschrift Bürgerenergie, Akzeptanz und regionale Wertschöpfung fällt auch der mittelbare wirtschaftliche Vorteil für Bürgerinnen und Bürger, der auf höheren Einnahmen der Standortgemeinden basiert, wie z.B. eine Erhöhung des Gewerbesteueraufkommens oder eine Einbeziehung der Einspeisung von Windenergie in eine Konzessionsabgabe.

Einige der Beteiligungsmodelle sind sowohl auf die Initiative von Bürgerinnen und Bürgern, die häufig der sog. Bürgerenergie zugeordnet werden¹⁰, als auch auf Maßnahmen anderer Branchenakteure zurückzuführen. So werden z.B. von Projektentwicklern, Stadtwerken, Banken und Energiegenossenschaften unterschiedliche wirtschaftliche Beteiligungskonzepte angeboten, die sich vorrangig oder ausschließlich an die Standortkommunen und/oder an Bürgerinnen und Bürger vor Ort richten.

Viele dieser Ansätze sind inzwischen in gesetzlichen Regelungen und Ländermodellen zur Akzeptanzsteigerung aufgegriffen worden. So wird z.B. in Thüringen seit Mai 2016 das Siegel „Faire Windenergie“ vergeben, das Projektierungsunternehmen erhalten, wenn sie sich verpflichten, bei der Umsetzung von Windenergieprojekten bestimmte Vorgaben der Thüringer Energie- und GreenTech-Agentur (ThEGA) zu beachten. Im Rahmen dieses Kriterienkatalogs werden zahlreiche, bereits vorhandene Beteiligungskonzepte zusammengeführt. Ein Siegel für „faire“ Windenergie, befindet sich – allerdings privatwirtschaftlich initiiert – auch in Schleswig-Holstein in der Entwicklung¹¹. In Mecklenburg-Vorpommern wiederum ist das

⁷ Zu diesem Teilaspekt der unter dem Oberbegriff der Umweltgerechtigkeit geführten Debatte siehe *W. Köck*, Akzeptanzprobleme der Windenergie und rechtliche Handlungsansätze, *JbUTR* 2017, 129 (134 ff.); vgl. auch die Daten des sozialen Nachhaltigkeitsbarometers des IASS, *D. Setton/O. Renn*, *ET*, 68 (2018), Heft 2, S. 27 (28).

⁸ Vgl. zu dieser Thematik OVG Schleswig, Urteile vom 4.4.2013 – 1 LB 7/12 sowie vom 11.7.2013 – 2 LB 32/12 und hierzu *J. Berkemann*, Bürgerwindpark GmbH & CO. KG – Neue Formen der Partizipation, *NordÖR* 2013, 497 ff.; *H. Kruse/D. Legler*, Windparks in kommunaler Regie: Ist das rechtlich möglich?, *ZUR* 2012, 348 ff.; *B. Kümper/A. Milstein*, „Vergesellschaftung des Windes“? – Ausgewählte Rechtsfragen sog. Bürgerwindparks in kommunaler Hand, *ZfBR* 2013, 742 ff.

⁹ Siehe insbesondere die Beiträge u.a. von *T. Beckers/R. Ott/A. Hoffrichter, M. Rodi, J. Bäuml, G. Hermes, W. Köck, W. Frenz* und *J. Vollprecht* in *ZUR Sonderheft 12/2017*, 641 ff. sowie *D. Hanschel* und *C. Franzius* in *ZUR* Heft 1/2018, 3 ff. zum Thema „Wem gehört der Wind“.

¹⁰ Weiterführend zum Begriff und den rechtlichen Folgen siehe *I. Hoffmann*, Gibt es ein Recht der Bürgerenergie? – Zur rechtlichen Beurteilung von Vorschriften für Bürgerenergieprojekte, *Würzburger Berichte zum Umweltenergie recht* Nr. 22 vom 21.05.2016, abrufbar unter: www.stiftung-umweltenergie recht.de/publikationen/, m.w.N.

¹¹ Nach Auskunft der ThEGA wird die Einführung eines Siegels in mehreren Bundesländern diskutiert.

Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetz (BüGembeteilG-MV)¹² in Kraft getreten¹³. Der Landesgesetzgeber hat damit eine umfassende – an der dänischen Gesetzgebung orientierte¹⁴ – Regelung über die verpflichtende Beteiligung von Bürgern und Gemeinden im 5-Kilometer-Umkreis von Windenergievorhaben geschaffen¹⁵. Einige Ansätze finden sich auch in bundesgesetzlichen Regelungen, wie der Begriffsbestimmung einer Bürgerenergiegesellschaft in § 3 Nr. 15 EEG 2017 und den für diese Bürgerenergiegesellschaften geltenden Sonderbestimmungen in § 36g EEG 2017¹⁶ wieder. Als akzeptanzsteigernd gelten dabei insbesondere direkte Beteiligungen, wie der Erwerb von Gesellschaftsanteilen, mit dem auch entsprechende Mitbestimmungsrechte und Einflussmöglichkeiten einhergehen¹⁷.

Die – vorstehend zunächst nur cursorisch genannten – Modelle unterscheiden sich nicht nur stark in ihrem Verpflichtungsgrad gegenüber den Trägern von Windenergievorhaben und damit auch in ihrer Grundrechtsrelevanz. Vielmehr weisen die Modelle auch eine große Heterogenität in ihrer konkreten Ausrichtung auf das ihnen gemeinsame Ziel der Schaffung von Akzeptanz bei den Betroffenen auf. Orientierung und auch Grundlage für eine rechtliche Analyse können hier die aktuellen Erkenntnisse der Sozialforschung bieten, die sich zum einen darum bemüht, Faktoren zu identifizieren, denen eine akzeptanzsteigernde Wirkung zugeschrieben wird, und zum anderen Umstände zu benennen, die einer solchen Wirkung entgegenstehen. Einschränkend muss jedoch berücksichtigt werden, dass auch die empirischen Befunde der Sozialforschung bislang nicht als einhellig bezeichnet werden können und teilweise sogar widersprüchliche Ergebnisse hervorbringen¹⁸.

¹² Gesetz über die Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden an Windparks in Mecklenburg-Vorpommern und zur Änderung weiterer Gesetze (Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetz – BüGembeteilG M-V) vom 18. Mai 2016 (GS Meckl.-Vorp. Gl. Nr. 230-2).

¹³ Vgl. Art. 3 des Gesetzes über die Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden an Windparks in Mecklenburg-Vorpommern und zur Änderung weiterer Gesetze, GVObI. M-V 2016, ausgegeben am 27. Mai 2016, S. 265.

¹⁴ Siehe hierzu ausführlich A. Papke, Die Regelungen zur Förderung der Akzeptanz von Windkraft in Dänemark, Würzburger Berichte zum Umweltenergie recht Nr. 32 vom 08.03.2018, abrufbar unter: www.stiftung-umweltenergie recht.de/publikationen/, sowie J. Bovet/N. Lienhoop, Trägt die wirtschaftliche Teilhabe an Flächen für die Windkraftnutzung zur Akzeptanz bei?, ZNER 2015, 227 ff.

¹⁵ Allerdings ist die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes aktuell Gegenstand von Verfahren vor dem Landesverfassungsgericht Mecklenburg-Vorpommern sowie dem Bundesverfassungsgericht. Ausführlich zur Verfassungsmäßigkeit des BüGembeteilG M-V N. Wegner, Verfassungsrechtliche Fragen ordnungsrechtlicher Teilhabemodelle am Beispiel des Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetzes Mecklenburg-Vorpommern, Würzburger Studien zum Umweltenergie recht Nr. 8, März 2018, abrufbar unter: <http://www.stiftung-umweltenergie recht.de/publikationen/>.

¹⁶ Auf die Sonderregelungen für Bürgerenergiegesellschaften in § 36g EEG und die Begriffsbestimmung in § 3 Nr. 15 EEG wird in diesem Papier nicht näher eingegangen, sondern diesbezüglich auf das auch im Rahmen dieses Vorhabens erstellte Hintergrundpapier von I. Hoffmann, Die Sonderregelungen für Bürgerenergiegesellschaften im EEG 2017, Würzburger Berichte zum Umweltenergie recht Nr. 26 vom 02.05.2017, abrufbar unter: www.stiftung-umweltenergie recht.de/publikationen/, verwiesen.

¹⁷ Vgl. BT-Drs. 18/8860, S. 147; Ldt-Drs. 6/4568, S. 1 ff.

¹⁸ Vgl. das Vorwort zu FA-Wind, B. Bönisch/F. Sondershaus, Ergebnisse der anwendungsorientierten Sozialforschung zu Windenergie und Beteiligung, 2017, S. 4.

Zudem ist zu beachten, dass die finanzielle Partizipation in einschlägigen Veröffentlichungen zwar immer wieder als Erfolgsfaktor für das Erreichen von Akzeptanz identifiziert wird, bislang aber kein durchgängig hoher Grad an Korrelation zwischen einer finanziellen Beteiligung an und der Akzeptanz von konkreten Windenergievorhaben nachgewiesen werden konnte¹⁹. Als mögliche Begründung wird angeführt, dass eine fehlende frühzeitige Einbindung von Betroffenen in das Planungs- und Genehmigungsverfahren nicht nachträglich durch finanzielle Beteiligungen wieder ausgeglichen werden könne²⁰.

Bei der Konzeption von Modellen zur finanziellen Partizipation spielen unterschiedliche Faktoren eine Rolle. Von hoher Relevanz ist,

- wie hoch das wirtschaftliche Risiko von Beteiligungen ist, da es risikoaverse Personen unter Umständen von einer Beteiligung abhalten wird,
- wie hoch die Mindestbeteiligung ist, da dies darüber entscheidet, wer überhaupt eine Beteiligung eingehen kann,
- in welcher Höhe ein finanzieller Gewinn zu erwarten ist und ob nicht lediglich eine finanzielle Teilhabe, sondern auch gestalterische Einwirkungsmöglichkeiten bestehen, da dies bestimmend für den Grad an Identifikation mit einem Vorhaben sein kann²¹.

Die vorliegende Darstellung hat zum Ziel, einen repräsentativen, wenn auch keinesfalls vollständigen Überblick zu geben über

- Ansätze der indirekten Bürgerbeteiligung durch höhere Einnahmen für Standortgemeinden von Windenergieanlagen
- Initiativen von Akteuren der Windenergiebranche, kommunalen Trägern oder bürgerschaftlichen Gruppierungen sowie
- die von einzelnen Bundesländern initiierten Modelle.

Die Darstellung der verschiedenen Mechanismen orientiert sich dabei an konkreten Vorschlägen und Beispielen, die jedoch lediglich stellvertretend für zahlreiche vorhandene Varianten desselben Partizipationsmodells stehen. Auf die Darstellung der einzelnen Modelle und ihrer wesentlichen Bestandteile (B.) folgt eine vergleichende Betrachtung unter den von der Sozialforschung als wesentlich für die Akzeptanzförderung bzw. -hemmung herausgear-

¹⁹ Siehe die Auswertung von vier Studien in: FA-Wind, G. Hübner/J. Pohl, Mehr Abstand- mehr Akzeptanz?, 2015, S. 20, Tabelle 3. Vgl. auch zuletzt R. Ott/S. J. Keil, Präferenzen der deutschen Bevölkerung zur Governance bei Windenergieanlagen an Land, ET 2017, Heft 9, 81 (84 f.), die einen Zusammenhang zwischen der selbst wahrgenommenen finanziellen Beteiligung und der Akzeptanz gegeben sehen; kritisch J. Bovet/N. Lienhoop, Trägt die wirtschaftliche Teilhabe an Flächen für die Windkraftnutzung zur Akzeptanz bei?, ZNER 2015, 227 (227): „Obwohl wirtschaftliche Teilhabe allgemein für akzeptanzsteigernd gehalten wird, gibt es hierfür nahezu keine Hinweise“.

²⁰ J. Hildebrand/I. Rau/P. Schweizer-Ries, Akzeptanz und Beteiligung – ein ungleiches Paar, in: L. Holstenkamp/J. Radtke, Handbuch Energiewende und Partizipation, 2018, 195 (202); vgl. auch FA-Wind, G. Hübner/J. Pohl, Mehr Abstand- mehr Akzeptanz?, 2015, S. 20.

²¹ Siehe erneut J. Hildebrand/I. Rau/P. Schweizer-Ries, Akzeptanz und Beteiligung – ein ungleiches Paar, in: L. Holstenkamp/J. Radtke, Handbuch Energiewende und Partizipation, 2018, 195 (202).

beiteten Faktoren (C.). Die Darstellung endet mit einem die Ergebnisse einordnenden Fazit (D.).

B. Überblick über Modelle finanzieller Teilhabe

I. Kommunale Einnahmen

1. Gewerbesteuer

Von Windenergievorhaben betroffen sind nicht nur einzelne Bürgerinnen und Bürger, sondern auch die jeweiligen Standortgemeinden. Diese nehmen sogar eine zentrale Rolle ein, denn wirkt sich die Umsetzung von Windenergieprojekten positiv auf den Gemeindehaushalt der Standortgemeinde aus, profitieren davon indirekt auch alle ortsansässigen Anwohnerinnen und Anwohner und zwar unabhängig davon, ob es ihnen individuell möglich ist, sich wirtschaftlich an einem Windenergievorhaben in ihrer Region zu beteiligen oder nicht.

Davon ausgehend, dass u.a. erhöhte Gewerbesteuereinnahmen zur Wertschöpfung bei den Standortgemeinden und damit zur Steigerung lokaler Akzeptanz beitragen, wird seit längerem thematisiert, welcher Anteil des Gewerbesteueraufkommens den Standortgemeinden von Windenergieanlagen zugewiesen werden sollte. Der Gesetzgeber hat in diesem Zusammenhang bereits mit dem Jahressteuergesetz 2009²² eine besondere Zerlegungsregelung der Gewerbesteuermessbeträge für Windenergieanlagen in das Gewerbesteuergesetz (GewStG)²³ eingebracht. Diese Zerlegungsregelung steht jedoch als unzureichend und als „aus tatsächlichen Gründen ins Leere gehend“ in der Kritik²⁴.

a) Die Zerlegungsregelung für Windenergieanlagen

Die Gewerbesteuer wird von der Kommune erhoben²⁵, in deren Gebiet sich die Betriebsstätte eines Gewerbebetriebes befindet²⁶. Die jeweilige Kommune legt den Hebesatz fest²⁷, der

²² Jahressteuergesetz 2009 (JStG 2009), Gesetz vom 19. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2794).

²³ Gewerbesteuergesetz (GewStG) in der Fassung vom 15. Oktober 2002 (BGBl. I S. 4167) zuletzt geändert durch Artikel 4 G. v. 27.06.2017 (BGBl. I S. 2074).

²⁴ BT-Drs. 18/3158, S. 29; M. Elxnat/F. Schilling, Gewerbesteuerzerlegung bei Wind- und Solarenergieanlagen, Stadt und Gemeinde, 11-12 2015, S. 519 ff m.w.N.; Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen an die Landesregierung Mecklenburg-Vorpommern vom 22. Juni 2016, der Standortgemeinde 90 Prozent des Gewerbesteueraufkommens zuzuweisen (LT-Drs. 6/5519).

Antrag der Fraktion SPD und CDU auf Schaffung einer „angemessenen“ gewerbesteuerlichen Zerlegungsregelung an die Landesregierung Mecklenburg-Vorpommern vom 3. September 2014 (LT-Drs. 6/3246); Antwort des Brandenburger Landtags zur Änderung der Zerlegungsregelung (Plenarprotokoll 6/3 vom 19. November 2014).

²⁵ Die grundsätzlichen Regelungen über das Finanzwesen enthält das Finanzverfassungsrecht in Kapitel X des Grundgesetzes.

mit dem Gewerbesteuermessbetrag multipliziert wird, und kann damit die Höhe der zu entrichtenden Gewerbesteuer beeinflussen. Unterhält ein Unternehmen mehrere Betriebsstätten und befinden sich diese in unterschiedlichen Gemeinden, wird der Gewerbesteuermessbetrag zerlegt und mit dem jeweiligen Hebesatz der betroffenen Gemeinde multipliziert²⁸.

Bis zur Einführung der besonderen Zerlegungsregelung in § 29 Abs. 1 Nr. 2 GewStG galt auch für Betreiber von Windenergieanlagen als Zerlegungsmaßstab ausschließlich der an den jeweiligen Betriebsstätten gezahlte Arbeitslohn²⁹. Dieser Grundsatz führte jedoch regelmäßig zu keinem oder nur einem geringen Gewerbesteueraufkommen bei den Standortgemeinden, denn die Arbeitslöhne werden typischerweise in der Gemeinde bezahlt, in der die Geschäftsleitung sitzt, da der Betrieb von Windenergieanlagen i.d.R. keine Anwesenheit von Mitarbeitern am Standort erfordert. Die Arbeitslöhne fallen deshalb vorrangig am Ort der Geschäftsleitung des Windparkbetreibers an und die Gewerbesteuer fiel entsprechend der Geschäftsleitungsgemeinde zu³⁰.

Um eine angemessene Beteiligung der Standortgemeinden an der Gewerbesteuer des Betreibers sicherzustellen und damit die Erzeugung von Energie aus erneuerbaren Energien zu fördern³¹, wurde 2009 mit § 29 Abs. 1 Nr. 2 GewStG die sog. „70/30-Regelung“ eingeführt³². Liegen Standort von Windenergieanlagen und Geschäftsleitung des Unternehmens in unterschiedlichen Gemeinden, entfallen bei Betrieben, die ausschließlich Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Windenergie betreiben, nur noch 30 Prozent des Gewerbesteuermessbetrages auf die gezahlten Arbeitslöhne, während die restlichen 70 Prozent nach dem steuerbilanziellen Sachanlagevermögen³³ in den einzelnen Betriebsstätten verteilt werden.

Für Unternehmen mit Windenergieanlagen gilt für die Aufteilung der Gewerbesteuer damit ein zusätzliches Kriterium – das Sachanlagevermögen –, das sich zugunsten der Standortgemeinden auswirkt. Bei der Ermittlung der Höhe wird allerdings ausschließlich auf den steuerbilanziellen Wert, d.h. den Buchwert abgestellt.

²⁶ Art. 106 Abs. 6 Satz 1 GG i.V.m. § 4 Abs. 1 GewStG.

²⁷ § 16 GewStG.

²⁸ § 28 Abs. 1 Satz 1 GewStG.

²⁹ Der allgemeine Zerlegungsmaßstab findet sich in § 29 Abs. 1 Nr. 1 GewStG.

³⁰ Vgl. BT-Drs. 16/11108, S. 10.

³¹ In den ursprünglichen Gesetzesentwürfen von Bundesrat und Bundestag finden sich dazu noch keine Ausführungen; der Bundesrat brachte in seiner Stellungnahme vom 07.10.2008 erstmals den Vorschlag einer „50/50-Regelung“ ein (BT-Drs. 16/10494 S. 21). In der Beschlussempfehlung des Finanzausschusses vom 25.11.2008 wurde dieser Vorschlag - allerdings ohne weitere Begründung - aufgegriffen und die „70/30-Regelung“ ins Spiel gebracht (BT-Drs. 16/11055, S. 55).

³² Vgl. BT-Drs. 16/11108, S. 10.

³³ Ohne Betriebs- und Geschäftsausstattung, Anzahlungen und Anlagen im Bau.

Der Buchwert ist der Wert, den die Windenergieanlage den Grundsätzen der Buchführung entsprechend hat³⁴. Als „Wirtschaftsgut des Anlagevermögens, das der Abnutzung unterliegt“ wird die Windenergieanlage als Betriebsvermögen in die Bücher aufgenommen. Der Wert beläuft sich zu Beginn auf die Höhe ihrer Herstellungskosten und reduziert sich jedes Jahr um die sog. „AfA-Raten“ (Absetzungen für Abnutzung). Dabei werden die gesamten Herstellungskosten gleichmäßig auf die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer verteilt. Bei Windenergieanlagen beträgt diese Nutzungsdauer nach der „AfA-Tabelle“ für gewöhnlich 16 Jahre³⁵.

Das Betriebsvermögen ist zunächst um diesen Wert erhöht (Buchwert)³⁶ und verringert sich darauffolgend jedes Jahr um die AfA, d. h. um $\frac{1}{16}$. Nach 16 Jahren beträgt der Buchwert also 0, so dass die Beteiligung der Standortgemeinde am Gewerbesteuermessbetrag des Betreibers nach Ablauf von 16 Jahren endet. I. d. R. fließt das Gewerbesteueraufkommen danach vollständig der Geschäftsleitungsgemeinde des Betreibers oder – für den Fall, dass eine jüngere Anlage auf einem anderen Gemeindegebiet errichtet wurde – einer anderen Standortgemeinde mit noch nicht abgeschriebenen Anlagen zu.

Um Standortgemeinden dauerhaft und nicht nur 16 Jahre am Gewerbesteueraufkommen eines Unternehmens zu beteiligen, wurde vom Bundesrat im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens zum Steueränderungsgesetz 2015 ein Änderungsvorschlag in Bezug auf das Zerlegungskriterium eingebracht. Danach sollte als Maßstab für die Zerlegung in § 29 Abs. 1 Nr. 2 GewStG nicht mehr auf das steuerbilanzielle Sachanlagevermögen, sondern auf die installierte Leistung nach § 5 Nummer 22 EEG 2014 abgestellt werden. Ein weiterer Vorteil sei dabei zugleich, dass die von einer höheren Leistung ausgehende Belastung der jeweiligen Gemeinde einbezogen werde³⁷. Dieser Änderungsvorschlag hat – ohne, dass dies begründet wurde – jedoch keinen Eingang in das Steueränderungsgesetz 2015 gefunden³⁸.

Darüber hinaus wird für die Zerlegungsregelung eine andere Gewichtung verlangt. Mit Antrag vom 22. Juni 2016 an die Landesregierung Mecklenburg-Vorpommern forderte z.B. die Landtagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen, der Standortgemeinde nicht nur 70, sondern 90 Prozent des Gewerbesteueraufkommens zuzuweisen³⁹. Auch dieser Vorschlag hat sich nicht durchsetzen können.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob eine weitere Modifizierung der in § 29 Abs. 1 Nr. 2 GewStG vorgesehenen Zerlegung der Gewerbesteuer verfassungsrechtlichen Bedenken

³⁴ Die dafür maßgeblichen Regelungen finden sich in §§ 6 und 7 EStG.

³⁵ „AfA-Tabelle für die allgemein verwendbaren Anlagegüter“, BMF-Schreiben vom 15. Dezember 2000, BStBl I 2000, 1532, Ziffer 3.1.5; Vgl. dazu: Bundesfinanzhof, Urteil vom 14.04.2011, Az.: IV R 46/09, Rn. 27 ff.

³⁶ Im Gegenzug verringerte sich aber das Betriebskonto um diesen Betrag, da dieser gezahlt werden musste oder ein Darlehen wurde aufgenommen und die Verbindlichkeit verringert das Betriebsvermögen. Insgesamt erhöht sich daher das Betriebsvermögen nicht.

³⁷ BT-Drs. 18/3158, S. 30.

³⁸ BT-Drs. 18/3158, S. 28 ff.

³⁹ LT-Drs. 6/5519.

begegnet. Im Mittelpunkt steht dabei die Reichweite der Selbstverwaltungsgarantie der betroffenen Gemeinden aus Art. 28 Abs. 2 GG. Eine Änderung des Zerlegungsverhältnisses begünstigt nämlich nicht nur die Standortgemeinde der Windenergieanlage, sondern greift mit der Verringerung ihres Anteils am Gewerbesteueraufkommen in die Rechte der Geschäftsleitungsgemeinde ein. Insoweit käme es darauf an, dass durch die Folgen der Zerlegungsregelung die Funktion der Gewerbesteuer als autonome Finanzierungsquelle für die Gemeinden nicht gefährdet wird⁴⁰. Ob eine solche Gefährdung besteht, kann hier nicht abschließend geklärt werden, da es dafür nicht nur eines konkreten Regelungsvorschlags, sondern auch einer vertieften Auseinandersetzung mit der Wirkungsweise der Gewerbesteuer im Bereich der kommunalen Haushalte bedarf. Bei überschlägiger Betrachtung ist jedoch festzustellen, dass durch eine weitergehende Sonderregelung für Windenergieanlagen lediglich ein einziges gewerbesteuerliches Segment betroffen wäre, so dass eine solche weitergehende Regelung zugunsten der Standortgemeinden jedenfalls nicht als von vorherein unzulässig erscheint.

b) Freiwillige Zerlegungsvereinbarungen

Unabhängig von der gesetzlich vorgesehenen Zerlegung 70/30 steht es den Gemeinden, die zur Erhebung der Gewerbesteuer berechtigt sind, frei, mit Betreibern von Windenergieanlagen eine abweichende Regelung zu treffen. § 33 Abs. 2 GewStG enthält dazu folgende Festlegung:

„Einigen sich die Gemeinden mit dem Steuerschuldner über die Zerlegung, so ist der Steuermessbetrag nach Maßgabe der Einigung zu zerlegen.“

Insoweit können Unternehmen, die ein Windenergieprojekt verwirklichen wollen, das sich nicht in der Gemeinde befindet, in der ihr Firmensitz angesiedelt ist, eine vom Gesetz abweichende Zerlegungsregelung anregen. Ob und inwieweit sich die jeweiligen Gemeinden dazu bereit erklären, dürfte von den Umständen des Einzelfalles abhängen und das Ergebnis demzufolge nicht beliebig auf andere Standorte übertragbar sein.

Bei den Auswirkungen der Zerlegungsregelung ist generell zu berücksichtigen, dass diese nur Fälle betreffen, in denen Verwaltungssitz der Betreibergesellschaft und Standort der Windenergieanlagen auseinanderfallen. Ist die Betreibergesellschaft am Standort der Windenergieanlagen angesiedelt, entfallen automatisch 100 Prozent des Gewerbesteueraufkommens auf die Standortgemeinde.

⁴⁰ Weiterführend auch zu einer 100%-igen Zuweisung Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Gewerbesteuer und Sonderabgaben auf Windkraftanlagen, WD 4 - 3000 - 010/16 vom 10. Februar 2016.

c) Höhe der Gewerbesteuer

Zudem wird argumentiert, dass Standortgemeinden in der Anlaufphase von Windenergieprojekten aufgrund der hohen Abschreibungen kein oder nur ein geringes Gewerbesteueraufkommen erwarten können⁴¹.

Grundlage der Berechnung der Gewerbesteuer ist der Gewerbeertrag⁴². Der Gewerbeertrag ergibt sich aus dem Gewinn eines Gewerbebetriebs, der nach den Vorgaben des Einkommensteuergesetzes (EStG)⁴³ oder des Körperschaftsteuergesetzes (KStG)⁴⁴ ermittelt⁴⁵ sowie durch Hinzurechnungen⁴⁶ und Kürzungen⁴⁷, die im GewStG verankert sind, vermehrt oder vermindert wird⁴⁸. Werden z.B. Darlehen aufgenommen, um die Errichtung der Anlage zu finanzieren, so mindern die sog. Schuldzinsen den Gewinn⁴⁹.

Ob und inwieweit in den ersten Jahren der Umsetzung eines Windenergieprojekts Gewinn erwirtschaftet wird und auf welche Höhe sich der damit verbundene Gewerbeertrag beläuft, der dann für die Bemessung der Gewerbesteuer herangezogen wird, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, insbesondere der konkreten Finanzierung aber auch z.B. von der Windhöflichkeit des Standorts. Eine Rolle für die Gewinnerwartung spielen dabei auch vertragliche Verpflichtungen, die von dem zu versteuernden Unternehmen eingegangen wurden. Je höher die wirtschaftlichen Verbindlichkeiten, die mit solchen Vereinbarungen verknüpft sind, desto geringer der Gewerbeertrag und damit das Gewerbesteueraufkommen der Gemeinden. Durch steuergesetzlich zulässige Gestaltungsmöglichkeiten lässt sich die Höhe des Gewinns zum Teil begrenzen. Sog. „Gewinnabführungs-“ oder „Steuersparmodelle“ sind jedoch kein spezifisches Phänomen der Windenergie, sondern basieren auf allgemeinen steuerlichen Regelungen.

Eine vertiefte wirtschaftliche Analyse des Gewerbeertrags kann an dieser Stelle nicht erfolgen. Abstrakt kann aber festgehalten werden, dass der Gewinn und damit der gewerbesteuer-

⁴¹ Vgl. BT-Drs. 18/3158, S. 29; M. Elxnat/F. Schilling, Gewerbesteuererlegung bei Wind- und Solarenergieanlagen, Stadt und Gemeinde, 11-12 2015, S. 520.

⁴² Vgl. § 6 GewStG.

⁴³ Einkommensteuergesetz (EStG) in der Fassung vom 08. Oktober 2009 (BGBl. I S. 3366, 3862) zuletzt geändert durch Artikel 3 G. v. 18. Juli 2017 (BGBl. I S. 2730).

⁴⁴ Körperschaftsteuergesetz (KStG) in der Fassung vom 15. Oktober 2002 (BGBl. I S. 4144) zuletzt geändert durch Artikel 5 G. v. 18. Juli 2017 (BGBl. I S. 2730).

⁴⁵ Nach § 7 Abs.1 Satz 1 GewStG gelten als Gewerbeertrag der nach § 5a EStG ermittelte Gewinn und das nach § 8 Abs. 1 Satz 3 des KStG ermittelte Einkommen.

⁴⁶ Hinzurechnungen sind in § 8 GewStG geregelt.

⁴⁷ Kürzungen sind in § 9 GewStG geregelt.

⁴⁸ Vgl. § 7 GewStG.

⁴⁹ Bei der Buchführung erklärt sich dies damit, dass bereits das Entstehen der Rückzahlungsverpflichtung (§ 488 Abs. 1 BGB) das Betriebsvermögen verringert. Da die spätere Schuldentilgung zwar das Betriebskonto verringert, aber zugleich die Verbindlichkeit erlöschen lässt (§ 362 Abs. 1 BGB), wirkt sich diese in der Bilanz neutral aus. Bei nicht buchführenden Gewerbetreibenden muss dies gleichlaufen. Daher verringern auch hier nur gem. § 4 Abs. 4 EStG die Schuldzinsen den Gewinn.

erlich relevante Ertrag in der Anfangsphase eines Projekts i. d. R. niedriger ausfällt als nach den ersten Jahren. Demzufolge kann das Gewerbesteueraufkommen der Standortgemeinde (aber auch der Gemeinde des Geschäftssitzes) in den ersten Jahren⁵⁰ typischerweise deutlich geringer ausfallen als in den Folgejahren.

d) Verringerung des Gewerbesteueraufkommens durch Gewerbesteuerumlage und Länderfinanzausgleich

Daneben reduziert sich das bei den Kommunen verbleibende Gewerbesteueraufkommen durch die Gewerbesteuerumlage sowie für die alten Bundesländer durch einen zusätzlichen Beitrag zum Länderfinanzausgleich⁵¹. Im Folgenden wird deshalb kurz auf den Hintergrund und die Systematik der Gewerbesteuerumlage sowie auf den Länderfinanzausgleich eingegangen und anschließend anhand von Beispielrechnungen das wirtschaftliche Ausmaß dargestellt.

e) Gewerbesteuerumlage

Zwar steht die Ertragshoheit für die Gewerbesteuer gemäß Art. 106 Abs. 6 Satz 1 GG grundsätzlich den Gemeinden zu, Bund und Länder können jedoch durch eine Umlage am Gewerbesteueraufkommen beteiligt werden⁵². Näheres zur Umlage wird durch Bundesgesetz, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, bestimmt⁵³. Durch die Ertragshoheit wird den Gemeinden einerseits eine gewisse Finanzautonomie zugestanden und insbesondere durch das Hebesatzrecht die Möglichkeit zur finanziellen Selbstgestaltung eingeräumt. Andererseits können Bund und Länder einen Teil der Gewerbesteuer „zur Finanzierung einer Gebietskörperschaft höherer Ordnung“ beanspruchen⁵⁴. Zu diesem Zweck ist in § 6 Abs. 2 des Gesetzes zur Neuordnung der Gemeindefinanzen (GemFinRefG)⁵⁵ eine Umlageregelung für das Gewerbesteueraufkommen zugunsten des Bundes und der Länder vorgesehen.

Um die Gewerbesteuerumlage zu ermitteln, wird das Gewerbesteueraufkommen der Gemeinde durch den Hebesatz⁵⁶ geteilt und der sich daraus ergebende Steuermessbetrag mit dem sog. „Vervielfältiger“ multipliziert. Dieser Vervielfältiger ist in den jeweiligen Bundesländern unterschiedlich. Der Bundesvervielfältiger beträgt 14,5 Prozent⁵⁷. Der Landesverviel-

⁵⁰ Die genaue Dauer richtet sich nach den individuellen Umständen des jeweiligen Projekts und kann deshalb nicht allgemein beziffert werden.

⁵¹ Der Länderfinanzausgleich ist in Art. 107 Abs. 2 Satz GG verankert.

⁵² Art. 106 Abs. 6 Satz 4 GG.

⁵³ Art. 106 Abs. 6 Satz 5 GG.

⁵⁴ *W. Heun* in: H. Dreier, Grundgesetz, 2. Aufl. 2008, Art. 106 Rn. 39 m.w.N.

⁵⁵ Gesetz zur Neuordnung der Gemeindefinanzen (Gemeindefinanzreformgesetz – GemFinRefG) vom 10. März 2009 (BGBl. I S. 502), zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 21. November 2016 (BGBl. I S. 2613).

⁵⁶ § 16 GewStG.

⁵⁷ § 6 Abs. 3 Satz 2 GemFinRefG.

fältiger für die neuen Bundesländer (außer Berlin) beträgt 20,5 Prozent⁵⁸. Für die alten Bundesländer (mit Berlin) beträgt der Landesvervielfältiger 49,5 Prozent⁵⁹.

Das Produkt aus Steuermessbetrag und Vervielfältiger ergibt dann die Gewerbesteuerumlage. Die Gewerbesteuerumlage ist also unabhängig von dem jeweiligen Hebesatz, da nur der Steuermessbetrag mit dem Vervielfältiger für das jeweilige Bundesland multipliziert wird.

Die Landesvervielfältiger in den neuen Bundesländern sind mit einem Prozentsatz von nur 20,5 Prozent gegenüber den 49,5 Prozent in den alten Bundesländern deutlich geringer. Damit müssen die Kommunen in den neuen Bundesländern eine geringere Gewerbesteuerumlage an ihr jeweiliges Bundesland entrichten. Die Kommunen in den neuen Bundesländern werden also privilegiert. Diese unterschiedliche Behandlung rührt daher, dass nach der Wiedervereinigung der Haushalt und die Investitionskraft der Kommunen in den neuen Bundesländern gestärkt werden sollte⁶⁰. An dieser Ausrichtung hat sich bis heute nichts geändert.

Um einen Eindruck davon zu bekommen, wie sich die Gewerbesteuerumlage auf die Gewerbesteuereinnahmen und damit auf den Finanzhaushalt einer Gemeinde auswirkt, sind im Folgenden Beispielrechnungen für verschiedene Gemeinden in den neuen und alten Bundesländern aufgeführt. Dabei wird zur Vereinfachung in jedem Beispiel derselbe fiktive Steuermessbetrag von 100.000 € angenommen und anschließend ins Verhältnis zum daraus resultierenden Gewerbesteueraufkommen gesetzt.

Beispielrechnung alte Bundesländer

Aurich (Niedersachsen)

Steuermessbetrag (fiktiv): 100.000 € Hebesatz: 395 %⁶¹

Gewerbesteueraufkommen: 100.000 € x 3,95⁶² = 395.000 €

Vervielfältiger_{Niedersachsen}: 67,5 %⁶³

Gewerbesteuerumlage: 100.000 € x 0,675 = 67.500 €

Anteil am Gewerbesteueraufkommen: **17,09 %**

Beispielrechnung neue Bundesländer

Treuenbrietzen (Brandenburg)

Steuermessbetrag (fiktiv): 100.000 € Hebesatz: 318 %

⁵⁸ § 6 Abs. 3 Satz 3 GemFinRefG

⁵⁹ § 6 Abs. 3 Satz 4 GemFinRefG.

⁶⁰ Vgl. BT-Drs. 12/219, S. 42.

⁶¹ Sämtliche Gewerbesteuerhebesätze abrufbar unter:

<http://www.gewerbesteuer.de/gewerbesteuerhebesatz>, zuletzt abgerufen am 23.10.2017.

⁶² Multiplikation mit Hebesatz vom 395/100.

⁶³ = 49,5 % (Landesvervielfältiger gem. § 6 Abs. 3 Satz 4 GemFinRefG) + 14,5 % (Bundesvervielfältiger gem. § 6 Abs. 3 Satz 2 GemFinRefG) + 4,5 % (Erhöhungszahl gem. § 1 GewStUEZV 2017 i. V. m. § 6 Abs. 5 GemFinRefG).

Gewerbesteueraufkommen: $100.000 \text{ €} \times 3,18 = 318.000 \text{ €}$

Vervielfältiger_{Brandenburg}: 35 %⁶⁴

Gewerbesteuerumlage: $100.000 \text{ €} \times 0,35 = 35.000 \text{ €}$

Anteil am Gewerbesteueraufkommen: **11,00 %**

Bei Hebesätzen von 300 Prozent bis 400 Prozent bewegt sich der Anteil am Gewerbesteuer-aufkommen bei Gemeinden in den alten Bundesländern aufgrund des Vervielfältigers von 67,5 Prozent zwischen 17 und 22,5 Prozent und bei Gemeinden in den neuen Bundesländern aufgrund des niedrigeren Vervielfältigers von 35 Prozent zwischen 8 und 12 Prozent.

f) Länderfinanzausgleich

Die Kommunen in den alten Bundesländern müssen zusätzlich einen Beitrag zum Länderfinanzausgleich leisten⁶⁵. Dieser Beitrag wird im Rahmen der Gewerbesteuerumlage erhoben, d.h. deren Gewerbesteuerumlage beinhaltet zusätzlich einen Beitrag zum Länderfinanzausgleich. Durch den Länderfinanzausgleich erfolgt eine Umverteilung der Steuererträge, indem finanzstärkere Bundesländer zu Ausgleichszahlungen herangezogen werden⁶⁶. Rechnerisch erfolgt die Beteiligung über eine Erhöhungszahl von 4,5 Prozent. Der Umfang stellt sich – wiederum gemessen an einem fiktiven Steuermessbetrag von 100.000 € – für die niedersächsische Gemeinde Aurich wie folgt dar:

Aurich (Niedersachsen)

Erhöhungszahl_{Niedersachsen}: 4,5 %⁶⁷

Anteil an Gewerbesteuerumlage: 4.500 €⁶⁸

Anteil an Gewerbesteueraufkommen: **1,14 %**

Durch den Beitrag zum Länderfinanzausgleich reduziert sich die Gewerbesteuer für die Gemeinde Aurich nochmals um 1,14 Prozent.

g) Zwischenfazit

Je nach Hebesatz kann sich das Gewerbesteueraufkommen einer Gemeinde in den alten Bundesländern aufgrund Gewerbesteuerumlage und Länderfinanzausgleich um bis zu 25 Prozent reduzieren. Für Gemeinden in den neuen Bundesländern verringert sich das Gewerbesteueraufkommen hingegen lediglich um 8 bis 12 Prozent.

⁶⁴ = 20,5 % (Landesvervielfältiger gem. § 6 Abs. 3 Satz 3 GemFinRefG) + 14,5 % (Bundesvervielfältiger gem. § 6 Abs. 3 Satz 2 GemFinRefG). Keine Erhöhungszahl, da diese dem Länderfinanzausgleich dient (dazu s. u.).

⁶⁵ § 6 Abs. 5 GemFinRefG.

⁶⁶ Vgl. Art. 107 Abs. 2 Satz 1 GG.

⁶⁷ Vgl. § 1 GewStUEZV 2017 i. V. m. § 6 Abs. 5 GemFinRefG.

⁶⁸ = $100.000 \text{ €} \times 0,045$.

h) Kommunalen Finanzausgleich

Der Haushalt einer Gemeinde wird zudem stark durch das System des kommunalen Finanzausgleichs beeinflusst. Mit Anteilen bei den kommunalen Einnahmen von rund 30 Prozent in den alten und 50 Prozent⁶⁹ in den neuen Bundesländern bildet der Finanzausgleich ein zentrales Finanzierungsinstrument für die Kommunen⁷⁰. Insoweit stellt sich die Frage, ob und in welchem Maße Mehreinnahmen in Form eines erhöhten Gewerbesteueraufkommens anlässlich der Ansiedlung von Windenergieanlagen (zum Teil wieder) im Zuge der Umverteilung des Finanzausgleichs abgeschöpft/angerechnet werden, so dass bei den betroffenen Gemeinden kein spürbarer wirtschaftlicher Vorteil verbleibt.

aa) Zweck des kommunalen Finanzausgleichs

Der kommunale Finanzausgleich dient dazu, die in Art. 28 Abs. 2 GG verankerte Selbstverwaltungsgarantie in finanzieller Hinsicht sicherzustellen und eine aufgabengerechte Finanzausstattung der Kommunen zu gewährleisten⁷¹. Gleichzeitig werden dadurch übermäßige Finanzkraftunterschiede zwischen den einzelnen Gemeinden ausgeglichen. Entfallen z.B. in einer Gemeinde bestimmte Einnahmen, wie bspw. durch Absinken des Gewerbesteueraufkommens, soll durch den kommunalen Finanzausgleich eine Kompensation erfolgen, damit die betroffene Gemeinde ihre Aufgaben weiterhin wahrnehmen kann.

bb) Länderzuständigkeit

Der kommunale Finanzausgleich unterfällt der ausschließlichen Gesetzgebungszuständigkeit der Länder, Art. 106 Abs. 7 GG⁷². Diese⁷³ sind verpflichtet, per Gesetz einen prozentualen Anteil der ihnen zustehenden Gemeinschaftssteuern⁷⁴ an die Gemeinden und Gemeindeverbände weiterzuleiten⁷⁵, wobei die Grundlagen für den kommunalen Finanzausgleich in den jeweiligen Landesverfassungen enthalten sind⁷⁶. Entsprechend der Gesetzgebungszuständigkeit finden sich Regelungen zur Höhe der Anteile und zur Verteilung in den jeweiligen

⁶⁹ Vgl. H. Rehm/S. Matern-Rehm, Kommunal финанzen, 2010, S. 284.

⁷⁰ V. Mehde in: T. Maunz/G. Düring, GG-Kommentar, 81. EL 2017, Art. 28 Abs. 2 Rn. 87; T. I. Schmidt, Die Grundlagen des kommunalen Finanzausgleichs, DÖV 2012, S. 8.

⁷¹ Vgl. H. Rehm/S. Matern-Rehm, Kommunal финанzen, 2010, S. 284; H.-G. Henneke in: B. Schmidt-Bleibtreu/F. Klein, GG-Kommentar, 12. Aufl. 2011, Art. 106 Rn. 76.

⁷² Art. 106 Abs. 7 Satz 1 GG lautet: „Von dem Länderanteil am Gesamtaufkommen der Gemeinschaftsteuern fließt den Gemeinden und Gemeindeverbänden insgesamt ein von der Landesgesetzgebung zu bestimmender Hundertsatz zu.“

⁷³ In denen Gemeinden und Gemeindeverbände bestehen.

⁷⁴ Einkommensteuer, Körperschaftssteuer und Umsatzsteuer.

⁷⁵ C. Seiler in: T. Maunz/G. Düring, GG-Kommentar, 81. EL 2017, Art. 106 GG Rn. 183; M Heintzen in: I. von Münch/P. Kunig, GG-Kommentar, 6. Aufl. 2012, Art. 106 Rn. 54.

⁷⁶ Siehe Art. 73 Abs. 3 S. 1 Verfassung Baden-Württemberg; Art. 99 S. 2 Brandenburgische Verfassung; Art. 137 Abs. 5 Hessische Verfassung; Art. 73 Abs. 2 Verfassung Mecklenburg-Vorpommern; Art. 58 Niedersächsische Verfassung; Art. 79 S. 2 Verfassung Nordrhein-Westfalen; Art. 49 Abs. 6 Verfassung Rheinland-Pfalz; Art. 119 Abs. 2 S. 2 Saarländische Verfassung; Art. 87 Abs. 3 Sächsische Verfassung; Art. 88 Abs. 2 Verfassung Sachsen-Anhalt; Art. 49 Abs. 1 Verfassung Schleswig-Holstein und Art. 93 Abs. 3 Thüringische Verfassung.

Landesgesetzen⁷⁷, die in Hinblick auf die Ausgestaltung und Durchführung z. T. stark voneinander abweichen⁷⁸.

Ob und inwieweit ein höheres Gewerbesteueraufkommen der betroffenen Kommune beim Finanzausgleich berücksichtigt wird und welche konkreten wirtschaftlichen Folgen damit verbunden sind, hängt demnach in erster Linie von den jeweiligen landesrechtlichen Vorgaben ab, die hier nicht im Einzelnen dargelegt werden können. Die folgende Darstellung beschränkt sich auf die Grundzüge des kommunalen Finanzausgleichssystems und das exemplarische Aufzeigen möglicher Folgen.

cc) Grundzüge des Finanzausgleichssystems

Bei dem kommunalen Finanzausgleich geht es im Kern um die Frage, ob die Finanzkraft aus dem Steueraufkommen⁷⁹ einer Kommune ausreicht, um den Finanzbedarf für die Wahrnehmung ihrer Aufgaben zu decken⁸⁰. Reicht die Finanzkraft (auch als Steuerkraft bezeichnet) nicht, bedarf es einer wirtschaftlichen Unterstützung durch das Land. In den meisten Fällen übersteigt der Finanzbedarf der Kommunen ihre Finanzkraft, so dass ihnen ein Ausgleich zusteht⁸¹. Durch die Ausgleichszahlung (Schlüsselzuweisung)⁸² wird jedoch nicht der gesamte Finanzbedarf ausgeglichen, denn Finanzkraftunterschiede dürfen nach den allgemeinen Grundsätzen für den kommunalen Finanzausgleich weder überkompensiert noch nivelliert, sondern allenfalls gemildert werden⁸³. Diesem Grundsatz folgend hat z. B. Thüringen geregelt, dass die Gemeinde (nur) 80 vom Hundert des Unterschiedsbetrages als Schlüsselzuweisung erhält, § 11 Abs. 1 Satz 1 ThürFAG⁸⁴. In Nordrhein-Westfalen hingegen erhält jede Gemeinde als Schlüsselzuweisung 90 Prozent des Unterschiedsbetrages zwischen Aus-

⁷⁷ Je nach Bundesland werden die landesrechtlichen Regelungen als „Finanzausgleichsgesetz“ oder „Gemeindefinanzierungsgesetz“ bezeichnet.

⁷⁸ T. Maunz in: T. Maunz/G. Düring, GG-Kommentar, 81. EL 2017, Art. 107 Rn. 59.

⁷⁹ Vgl. z.B. T. Maunz in: ders./G. Düring, GG-Kommentar, 81. EL 2017, Art. 107 Rn. 60.

⁸⁰ H.-G. Henneke in: B. Schmidt-Bleibtreu/F. Klein, GG-Kommentar, 12. Aufl. 2011, Art. 106 Rn. 78.

⁸¹ So erhielten in Bayern laut Bayerisches Landesamt für Statistik in 2017 1.787 von insgesamt 2.056 kreisangehörigen Gemeinden und kreisfreie Städten eine Schlüsselzuweisung. Zu den aktuellen Zahlen siehe <https://www.statistik.bayern.de/statistik/kommunalerfinanzausgleich/>.

In Thüringen erhielten 765 von insgesamt 843 kreisangehörigen Gemeinden Schlüsselzuweisungen. Vgl. Statistischer Bericht des Thüringer Landesamt für Statistik, Schlüsselzahlen in Thüringen 2017. Abrufbar unter: https://statistik.thueringen.de/webshop/pdf/2017/11205_2017_00.pdf.

In Schleswig-Holstein erhielten von insgesamt ca. 1.000 Gemeinden 878 Gemeinden Schlüsselzuweisungen. Abrufbar unter: https://www.schleswig-holstein.de/DE/Fachinhalte/K/kommunales/Finanzen/Downloads/FAG/FAG_2017/FAG2017_Anlage4.2_BerechnungSchluesselzuweisungen_kreisangehoerige%20Gemeinden.pdf?__blob=publicationFile&v=5.

⁸² Die Schlüsselzuweisung ist eine nicht zweckgebundene staatliche Finanzzuweisung an die Gemeinden und Landkreise zur Deckung des allgemeinen Finanzbedarfes.

⁸³ BayVerfGH 60, 184 (225); BayVerfGH, BayVBl. 1998, 237; BrandenburgVerfG, NVwZ-RR 2000, 129 (132); Nds-StGH, NVwZ 1996, 585 (589); NdsVBl. 2010, 236 (238); VerfGH NRW, NVwZ-RR 1999, 81 (82); DÖV 1985, 916 (917); RhPfVerfGH, DÖV 1998, 505 (507); SächsVerfGH v. 26. 8. 2010, Az. Vf 129-VIII-09 – juris Rn. 111; LVerfG SachsAnh., NVwZ 2007, 78 (79).

⁸⁴ Thüringer Finanzausgleichsgesetz (ThürFAG) vom 31. Januar 2013 (GVBl. Nr. 1, S. 10), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 21. Dezember 2015 (GVBl. S. 233).

gangs- und Steuerkraftmesszahl⁸⁵; in Niedersachsen beläuft sich der Ausgleich auf lediglich 75 Prozent⁸⁶.

Unabhängig von den unterschiedlichen Landesregelungen und der damit verbundenen unterschiedlichen Höhe der Schlüsselzuweisung erfolgt die Berechnung des Differenzbetrages in allen Fällen auf die gleiche Weise: Grundsätzlich sind die Finanzkraft und der Finanzbedarf gegenüberzustellen. Erhöht sich das Gewerbesteueraufkommen einer Kommune aufgrund der Ansiedlung eines Windparks, steigt i.d.R. auch deren Finanzkraft. Bei gleichbleibendem Finanzbedarf verringert sich damit stets die Differenz zwischen Finanzkraft und Finanzbedarf.

dd) Folgen für die Gemeinden

Demzufolge vermindert ein erhöhtes Gewerbesteueraufkommen bei Gemeinden, deren Finanzkraft (trotz zusätzlicher Gewerbesteuereinnahmen) unterhalb des Bedarfs liegt, grundsätzlich den Umfang der Schlüsselzuweisung. Da die Schlüsselzuweisung jedoch immer hinter dem tatsächlichen Finanzbedarf zurückbleibt (der Differenzbetrag, wird nur zu einem bestimmten Prozentsatz vom Land „erstattet“), wirkt sich eine stärkere Finanzkraft im Ergebnis stets vorteilhaft auf den Gemeindehaushalt aus.

Der wirtschaftliche Vorteil für den Gemeindehaushalt entspricht in diesen Fällen jedoch nicht annähernd der Höhe der tatsächlich entrichteten Gewerbesteuer, d.h. Kommunen, die Zahlungen im Wege des kommunalen Finanzausgleichs erhalten, profitieren nur in eingeschränktem Umfang von der Ansiedlung eines Windparks. Eine Kommune kann deshalb erst nach Erstellung einer Gesamtbilanz, die an der individuellen wirtschaftlichen Situation und den landesrechtlichen Vorgaben zu messen ist, ermitteln, welcher Mehrwert ihr am Ende von der entrichteten Gewerbesteuer verbleibt.

Für (wohlhabendere) Gemeinden, deren Finanzkraft dem Bedarf entspricht oder den Bedarf sogar übersteigt (abundante Gemeinden) und die aus diesem Grund keinen Ausgleich erhalten, kann ein zusätzliches Gewerbesteueraufkommen hingegen den Haushalt in entsprechendem Umfang erhöhen, so dass diese zusätzlichen Mittel für akzeptanzsteigernde Investitionen in der Kommune zur Verfügung stünden.

Hier gilt allerdings zu berücksichtigen, dass in einigen Bundesländern⁸⁷, wie z.B. Thüringen, Schleswig-Holstein, Niedersachsen und Sachsen die kreisangehörigen Gemeinden zur Zahlung einer Finanzausgleichsumlage verpflichtet sind, wenn ihre Steuerkraftmesszahl die Be-

⁸⁵ § 7 Abs. 1 des Gesetzesentwurfes vom 26. Oktober 2017 für ein Gesetz zur Regelung der Zuweisungen des Landes Nordrhein-Westfalen an die Gemeinden und Gemeindeverbände im Haushaltsjahr 2018 (Gemeindefinanzierungsgesetz 2018-GFG 2018) und zur Änderung des Stärkungspaktgesetzes, (Drs. 17/802).

⁸⁶ § 4 Abs. 4 Niedersächsisches Gesetz über den Finanzausgleich (NFAG) vom 14. September 2007 (Nds. GVBl. 2007, 466).

⁸⁷ In einigen Bundesländern wie Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz werden zwar auch Finanzausgleichsumlagen erhoben. Diese erfolgt jedoch nach etwas anderen Grundsätzen, die hier im Einzelnen aufgrund ihrer Komplexität nicht dargestellt werden können.

darfsmesszahl übersteigt. In Thüringen ist ein Vorbehalt von 15 vom Hundert vorgesehen, d.h. die Steuerkraftmesszahl muss die Bedarfsmesszahl um mindestens 15 Prozent übersteigen. Ist dies der Fall, beträgt die zu zahlende Finanzkraftumlage 30 vom Hundert des Differenzbetrags zwischen der Steuerkraftmesszahl und der Bedarfsmesszahl, § 29 Abs. 1 ThürFAG. Nach § 21 Abs. 1 Satz 1 Finanzausgleichsgesetz (FAG)⁸⁸ wird von Gemeinden in Schleswig-Holstein und nach § 21a Sächsisches Finanzausgleichsgesetz (SächsFAG)⁸⁹ in Sachsen eine Ausgleichsumlage von 30 Prozent erhoben, wenn die Steuerkraftmesszahl die Ausgangsmesszahl übersteigt; in Niedersachsen liegt sie bei 20 Prozent⁹⁰.

ee) Zwischenfazit

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass Gemeinden, die im Wege des kommunalen Finanzausgleichs Schlüsselzuweisungen erhalten, nur indirekt und zudem sehr eingeschränkt von einem erhöhten Gewerbesteuerertrag aufgrund der Ansiedelung von Windparks profitieren. Durch die zusätzliche Gewerbesteuer steigt die Finanzkraft und es verringert sich die Differenz zum Bedarf und damit auch die Höhe der Schlüsselzuweisung. Zwar wirkt sich eine stärkere Finanzkraft trotz geringerer Ausgleichszahlung grundsätzlich vorteilhaft auf den Haushalt aus, jedoch entspricht der wirtschaftliche Vorteil i.d.R. nicht annähernd dem Umfang des zusätzlichen Gewerbesteuerertrags. Insofern ist der Vorteil für den Haushalt der Gemeinde kaum spürbar und nur in einem geringen Umfang als Finanzierungsmittel für akzeptanzsteigernde Investitionen im Gemeindegebiet geeignet. Vor diesem Hintergrund wird z.B. vorgeschlagen,

„ [...] im Rahmen der anstehenden Reform des kommunalen Finanzausgleichs Möglichkeiten zu prüfen, die Gewerbesteuererträge bis zu einer Gesamthöhe von 500.000 Euro pro Jahr zur Hälfte anrechnungsfrei bei der Standortgemeinde zu belassen. [...]“⁹¹

i) Fazit

Die Gewerbesteuer ist unter den derzeit geltenden gesetzlichen Rahmenbedingungen nur sehr bedingt als Instrument zur Akzeptanzsteigerung geeignet⁹².

⁸⁸ Gesetz über den kommunalen Finanzausgleich in Schleswig-Holstein (Finanzausgleichsgesetz - FAG) vom 10. Dezember 2014 (GVOBl. 2014, 473), zuletzt geändert durch Gesetz Artikel 5 des Gesetzes vom 14. Dezember 2016 (GVOBl. S. 999).

⁸⁹ Gesetz über den Finanzausgleich mit den Gemeinden und Landkreisen im Freistaat Sachsen (Sächsisches Finanzausgleichsgesetz - SächsFAG) vom 21. Januar 2013 (SächsGVBl. S. 95), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 15. Dezember 2016 (SächsGVBl. S. 639).

⁹⁰ § 16 NFAG.

⁹¹ Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen an die Landesregierung Mecklenburg-Vorpommern vom 22. Juni 2016, der Standortgemeinde 90 Prozent des Gewerbesteuerertrags zuzuweisen (LT-Drs. 6/5519).

⁹² So im Ergebnis auch IKEM et al. (2017): Ausgestaltungsoptionen und -empfehlungen zur finanziellen Beteiligung von Kommunen beim Ausbau von Windenergieanlagen an Land. In: Agora Energiewende (2017): Wie

Dies gilt zum einen für die ersten Jahre nach der Errichtung von Windenergieanlagen. In dieser Zeit fällt die Höhe der zu zahlenden Gewerbesteuer insgesamt geringer als in den Folgejahren aus, da sich der Gewerbeertrag, an dem sich die Höhe der Gewerbesteuer orientiert, aufgrund von Abschreibungen und ggf. auch von Verlustvorträgen oder anderen steuerlichen Gestaltungsmöglichkeiten, die die Höhe des Gewinns verringern, reduziert.

Aufgrund der Zerlegungsregelung in § 29 Abs. 1 Nr. 2 GewStG entfällt die Beteiligung der Standortgemeinde am Gewerbesteueraufkommen spätestens nach 16 Jahren, da als Zerlegungsmaßstab der bilanzielle Sachanlagewert herangezogen wird. Ein spürbarer wirtschaftlicher Vorteil ist für die Standortgemeinde deshalb nur von vorübergehender Dauer. Insoweit ist der Einfluss des Gewerbesteuersteueraufkommens bezogen auf die wirtschaftliche Situation und die damit ggf. verbundene akzeptanzsteigernde Wirkung zeitlich begrenzt.

Das Gewerbesteueraufkommen der Standortgemeinden reduziert sich zudem aufgrund der Gewerbesteuerumlage, die von den Gemeinden an Bund und Länder abzuführen ist, wobei die Belastung für Kommunen in den neuen Bundesländern aufgrund des Landesvervielfältigers von nur 20,5 Prozent gegenüber den 49,5 Prozent in den alten Bundesländern deutlich geringer ausfällt. Kommunen in den alten Bundesländern sind zusätzlich zu Zahlungen im Rahmen des Länderfinanzausgleichs verpflichtet. Im Ergebnis kann das – abhängig vom jeweiligen Hebesatz – dazu führen, dass lediglich 75 Prozent des Gewerbesteueraufkommens bei den Standortgemeinden verbleiben.

Einer Wirksamkeit der Gewerbesteuer als Akzeptanzinstrument steht aber vor allem der verfassungsrechtlich verankerte und in den entsprechenden landesgesetzlichen Regelungen z.T. sehr unterschiedlich ausgestaltete Mechanismus des kommunalen Finanzausgleichs entgegen. Danach erhält eine Kommune vom Land eine Ausgleichszahlung, wenn ihre Finanzkraft nicht ausreicht, um den wirtschaftlichen Bedarf für die Erfüllung ihrer Aufgaben zu decken. Steigt ihre Finanzkraft durch zusätzliche Gewerbesteuereinnahmen, z.B. anlässlich der Ansiedlung eines Windparks, erhalten die Kommunen weniger Ausgleichszahlungen (Schlüsselzuweisungen). Zwar wird durch die Schlüsselzuweisung nur ein je nach landesgesetzlichen Vorgaben variierender prozentualer Anteil der Differenz zwischen Finanzkraft und Bedarf ausgeglichen. Insoweit handelt es sich nicht um eine vollständige „Anrechnung“, so dass bei der Kommune ein wirtschaftlicher Vorteil verbleibt. Dieser wirtschaftliche Vorteil entspricht jedoch nicht annähernd dem Umfang der zusätzlichen Gewerbesteuer.

Nur Gemeinden, die keiner Unterstützung durch den kommunalen Finanzausgleich bedürfen, können – soweit sie landesgesetzlich nicht zur Zahlung einer Finanzausgleichsumlage verpflichtet sind – die Gewerbesteuer vollumfänglich als zusätzliche wirtschaftliche Größe im Gemeindehaushalt verbuchen und sie für akzeptanzsteigernde Maßnahmen verwenden.

Da die meisten Gemeinden Ausgleichszahlungen im Rahmen des kommunalen Finanzausgleichs erhalten und dadurch bei den betroffenen Gemeinden kein akzeptanzrelevanter Mehrwert durch eine singuläre Gewerbesteuereinnahme entsteht, ist die Gewerbesteuer auch aus diesem Grund als Instrument zur Akzeptanzsteigerung nur sehr eingeschränkt geeignet. Um Gemeinden, die auf Ausgleichszahlungen angewiesen sind, einen spürbaren Vorteil aus der Gewerbesteuer zu belassen, bedürfte es einer Ausnahmeregelung bei der Berechnung der Finanzkraft. So könnten z.B. Gewerbesteuereinnahmen aus Windenergieanlagen bis zu einem gewissen Betrag von der Einbeziehung in die Steuerkraft ausgenommen werden. Da es sich bei der Rechtsmaterie jedoch um eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder handelt, müssten entsprechende Ausnahmeregelungen in die Finanzausgleichsgesetze bzw. Gemeindefinanzierungsgesetze der Länder aufgenommen werden.

2. Konzessionsabgaben

Um die jeweiligen Standortgemeinden wirtschaftlich an dem Ausbau von Windenergieanlagen zu beteiligen, wird jenseits gewerbesteuerlicher Änderungen auch vorgeschlagen, Konzessionsabgaben im Zusammenhang mit der Einspeisung von Strom aus Windenergieanlagen zu erheben⁹³. Damit soll ein Ausgleich für die belasteten Standortgemeinden geschaffen und gleichzeitig die regionale Wertschöpfung gesteigert werden. Mit bundesweit ca. 2,1 Mrd. €⁹⁴ jährlich gelten die Konzessionsabgaben schon nach ihrem bisherigen Zuschnitt als ein wichtiger Bestandteil der gemeindlichen Haushalte und bedeutsames Finanzierungsinstrument⁹⁵.

Nach derzeit geltendem Recht orientiert sich die Höhe der zu zahlenden Konzessionsabgabe ausschließlich am Stromverbrauch im jeweiligen Gemeindegebiet. Je mehr Strom in ihrem Gebiet verbraucht wird, desto höher sind die Einkünfte der jeweiligen Gemeinde. Einspeisungen und Durchleitungen⁹⁶ bleiben hingegen unberücksichtigt⁹⁷, so dass z.B. Standortgemeinden von Stromerzeugungsanlagen mit einer niedrigen Einwohnerzahl und ohne größere

⁹³ Vgl. <https://www.wind-energie.de/presse/meldungen/2017/erneuerbare-energien-brandenburg-mehr-als-doppelt-so-viele-beschaefigte-wie>; <http://www.energategate-messenger.de/news/175766/gemeinden-sollen-mehr-konzessionsabgabe-erhalten>; https://www.lr-online.de/nachrichten/brandenburg/kontroverser-blick-auf-gruenstrom-boom_aid-304739.

Laut Meldung im Tagesspiegel Background vom 27. September 2017 wird im Ergebnis des vom Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF) geförderten Projekts „Dezentrale Beteiligung an der Planung und Finanzierung der Transformation des Energiesystems (DZ-ES)“ die Erhebung von Konzessionsabgaben zugunsten der Standortgemeinden von Windenergieanlagen empfohlen. Die Ergebnisse im Einzelnen sollen in Kürze in einem Gutachten für die Agora Energiewende veröffentlicht werden.

⁹⁴ Für das Jahr 2006 vgl. C. Theobald/W. Templin in: W. Danner/C. Theobald – Energierecht, 93. EL. Juni 2017, KonAV § 1 Rn. 5.

⁹⁵ J. Hellermann in: G. Britz/J. Hellermann/G. Hermes – Energiewirtschaftsgesetz, 3. Aufl. 2015, § 48 Rn. 3 m.w.N.; W. Templin, Recht der Konzessionsverträge, 2009, S. 144; H.-H. Trute, Die neue Konzessionsabgabenverordnung, LKV 1993, S. 5 (5 f.).

⁹⁶ J. Hellermann, in: G. Britz/J. Hellermann/G. Hermes – Energiewirtschaftsgesetz, 3. Aufl. 2015, § 46 Rn. 37.

⁹⁷ C. Theobald/W. Templin in: W. Danner/C. Theobald – Energierecht, 93. EL. Juni 2017, KonAV § 1 Rn. 128.

Industriebetriebe aufgrund eines niedrigen Stromverbrauchs weniger Konzessionsabgaben erhalten als z.B. Einheitsgemeinden mit vielen Einwohnern und/oder Industriebetrieben.

Soll die Einspeisung von Strom⁹⁸ – ggf. auch beschränkt auf Strom aus Windenergieanlagen an Land – Berücksichtigung finden, wären unterschiedliche Konstellationen denkbar.

Entweder, es würde innerhalb des bestehenden Konzessionsabgabensystems das zusätzliche Kriterium Einspeisung von Strom (aus erneuerbaren Energien bzw. ausschließlich aus Windenergie) eingeführt. Daraus würde bei entsprechender Aufkommensneutralität eine Umverteilung zu Lasten größerer Städte und anderer Ballungszentren folgen (dazu unter II.). Oder es würden unabhängig von der jetzigen Systematik zusätzlich Konzessionsabgaben für die Einspeisung von Strom aus Windenergie erhoben. Damit verbunden stellt sich die Frage, von wem die Konzessionsabgaben entrichtet werden sollen. Im Ergebnis wäre diese zusätzliche Erhebung mit einer Erhöhung des Strompreises verbunden (dazu unter III.).

Unabhängig davon, ob und in welchem Umfang eine Umverteilung unter den Gemeinden oder eine zusätzliche Konzessionsabgabe politisch umsetzbar wären, ist zu klären, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Änderung des bestehenden oder die Errichtung eines parallelen Systems rechtlich möglich sind.

a) Grundlagen für die Erhebung von Konzessionsabgaben

Die gesetzlichen Vorgaben zu Konzessionsabgaben⁹⁹ finden sich im Energiewirtschaftsgesetz (EnWG)¹⁰⁰. § 48 EnWG bildet die gesetzliche Grundlage für Konzessionsabgaben¹⁰¹. Die Vorschrift soll in erster Linie die Konzessionsabgaben als Einnahmequelle für die Gemeinden sichern¹⁰². Diesen Grundsatz sowie eine Definition des Begriffs Konzessionsabgaben enthält Absatz 1 Satz 1 EnWG:

„Konzessionsabgaben sind Entgelte, die Energieversorgungsunternehmen für die Einräumung des Rechts zur Benutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die der unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet mit Energie dienen, entrichten.“

⁹⁸ Im Rahmen der Prüfung wäre außerdem zu klären, ob die Einspeisung von Strom auf Einspeisungen aus Strom aus Windenergieanlagen auf Land beschränkt werden kann.

⁹⁹ Zur missverständlichen Terminologie des Begriffs weiterführend *W. Templin*, *Recht der Konzessionsverträge*, 2009, S. 145; *C. Theobald/W. Templin* in: *W. Danner/C. Theobald – Energierecht*, 93. EL. Juni 2017, KonAV § 1 Rn. 1 und 2.

¹⁰⁰ Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz - EnWG) vom 07. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970, 3621) zuletzt geändert durch Artikel 2 Abs. 6 vom 20. Juli 2017 (BGBl. I S. 2808).

¹⁰¹ *J. Hellermann* in: *G. Britz/J. Hellermann/G. Hermes – Energiewirtschaftsgesetz*, 3. Aufl. 2015, § 48 Rn. 1.

¹⁰² BR-Drucks. 358/99, 1 f.; weiterführend *J. Hellermann* in: *G. Britz/J. Hellermann/G. Hermes – Energiewirtschaftsgesetz*, 3. Aufl. 2015, § 48 Rn. 3 m.w.N.; *W. Templin*, *Recht der Konzessionsverträge*, 2009, S. 144; *H.-H. Trute*, *Die neue Konzessionsabgabenverordnung*, LKV 1993, S. 5 (5 f.).

b) Anspruch aus Konzessionsvertrag

Der Anspruch auf Zahlung von Konzessionsabgaben ergibt sich allerdings nicht unmittelbar aus § 48 EnWG, sondern erst aus dem konkreten Konzessions- bzw. Wegenutzungsvertrag, den der Netzbetreiber (als netzbetreibendes Energieversorgungsunternehmen i. S. v. § 3 Nr. 18, 1. Halbsatz, 2. Alt. EnWG¹⁰³) mit der jeweiligen Gemeinde schließt. In diesem Vertrag wird die Höhe der Konzessionsabgaben festgelegt und dem Netzbetreiber das konkrete Nutzungs- bzw. Wegerechte eingeräumt¹⁰⁴. Dass Gemeinden grundsätzlich dazu verpflichtet sind, ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen durch Vertrag zur Verfügung zu stellen, ergibt sich aus § 46 EnWG¹⁰⁵. Vertragspartner sind damit stets das netzbetreibende Energieversorgungsunternehmen und die Gemeinde, die das Nutzungs- bzw. Wegerecht in ihrem Gemeindegebiet für die Verlegung und den Betrieb der Leitungen zur Verfügung stellt. Dementsprechend steht dieser Gemeinde der Anspruch auf Zahlung der Konzessionsabgaben zu, die dann auch ausschließlich in deren Finanzhaushalt fließen¹⁰⁶.

c) Bemessung der Konzessionsabgaben

Die Vertragspartner können jedoch die Höhe der Konzessionsabgaben im Konzessionsvertrag nicht frei bestimmen. Neben der Sicherung der Konzessionsabgaben als Einnahmequelle der Gemeinden dient § 48 EnWG nämlich gleichzeitig dazu, die Höhe und damit die Belastung der Energiepreise durch Konzessionsabgaben zu begrenzen¹⁰⁷. Zu diesem Zweck ermächtigt Absatz 2 die Bundesregierung, das Konzessionsabgabenrecht mit Zustimmung des Bundesrates (sog. Zustimmungsverordnung) zu regeln¹⁰⁸.

Vor diesem Hintergrund wurde bereits auf Grundlage der Vorgängerregelung des § 48 Abs. 2 EnWG¹⁰⁹ die Konzessionsabgabenverordnung (KAV)¹¹⁰ als untergesetzliches Regelwerk ein-

¹⁰³ Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz - EnWG) vom 07. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970, 3621) zuletzt geändert durch Artikel 2 Abs. 6 vom 20. Juli 2017 (BGBl. I S. 2808).

¹⁰⁴ § 48 Abs. 3 EnWG.

¹⁰⁵ § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG legt die verfahrensmäßigen und sachlichen Voraussetzungen unter denen Gemeinden ihre Verkehrswege EVU zur Verfügung zu stellen haben fest und trifft des Weiteren einzelne Folgeregelungen.

¹⁰⁶ Im Gegensatz zu z.B. der Gewerbesteuer erfolgt für Konzessionsabgaben kein Ausgleich auf Bundes- und/oder Länderebene.

¹⁰⁷ BT-Drs. 13/7274, 21; U. Büdenbender, Kommentar zum Energiewirtschaftsgesetz, 2003, § 13, Rn. 3.

¹⁰⁸ N. Huber in: M. Kment – Energiewirtschaftsgesetz, 1. Aufl. 2015, § 48 Rn. 9.

¹⁰⁹ Vormals § 14 EnWG, vgl. dazu: C. Kermel in: F. Säcker – Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 1 Hb. 2, 3. Aufl. 2013, § 48 EnWG Rn. 4 ff.

¹¹⁰ Verordnung über Konzessionsabgaben für Strom und Gas (Konzessionsabgabenverordnung - KAV) vom 9. Januar 1992 (BGBl. I S. 12, 407) zuletzt geändert durch Art. 3 Abs. 4 der Verordnung zum Erlass von Regelungen des Netzanschlusses von Letztverbrauchern in Niederspannung und Niederdruck vom 01. November 2006 (BGBl. I S. 2477).

geführt¹¹¹. Dadurch soll u.a. das Recht der Gemeinden, Konzessionsabgaben für Strom und Gas zu vereinbaren und die Begrenzung der Konzessionsabgaben durch Abkopplung von der Energiepreisentwicklung gewährleistet werden¹¹².

Die KAV regelt die Zulässigkeit und Bemessung der Zahlung von Konzessionsabgaben der Energieversorgungsunternehmen an die Gemeinden und Landkreise¹¹³. Gemäß § 2 Abs. 1 KAV dürfen Konzessionsabgaben nur in Centbeträgen je gelieferter Kilowattstunde vereinbart werden. Damit ist Anknüpfungspunkt für die Berechnung der Höhe der Konzessionsabgaben der Stromverbrauch.

Dieser Maßstab führt dazu, dass Energieversorgungsunternehmen in Gemeindegebieten mit einem hohen Stromverbrauch mehr Konzessionsabgaben an die entsprechende Gemeinde zahlen müssen als in Gemeindegebieten mit einem geringeren Stromverbrauch. Dementsprechend verteilt sich das Aufkommen auch auf die jeweiligen Gemeinden.

Zusätzlich werden in § 2 Abs. 2 KAV die Höchstbeträge nach unterschiedlichen Kriterien differenziert, z.B. der Centbetrag nach der Anzahl der Gemeindegewohner gestaffelt. So gilt für Gemeinden mit einer hohen Einwohnerzahl eine höhere Höchstgrenze als für „kleine“ Gemeinden. Für Tarifkunden in Gemeinden mit über 500.000 Einwohnern beträgt der Höchstsatz bspw. 2,39 Cent¹¹⁴, während er sich für Tarifkunden in Gemeinden bis 25.000 Einwohner auf 1,32 Cent beläuft¹¹⁵. Im Ergebnis führt diese Staffelung dazu, dass „große“ Gemeinden auch einen höheren Preis pro verbrauchter Kilowattstunde erhalten¹¹⁶.

d) Einspeisung als zusätzlicher Bemessungsmaßstab

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Einspeisung von Strom (durch erneuerbare Energien bzw. ausschließlich Windenergie) als Kriterium bei der Bemessung der Konzessionsabgaben in die KAV eingeführt werden könnte und welche Folgen damit verbunden wären. Die Höhe der zu entrichtenden Konzessionsabgabe würde sich dann – je nach festgelegtem Anteil – zwar auch noch am Stromverbrauch orientieren, gleichzeitig würde aber auch die Einspeisung von Strom ins Gewicht fallen.

¹¹¹ Zur Entstehungsgeschichte und Entwicklung der Konzessionsabgabenverordnung auf Grundlage der jeweils geltenden Regelungen im EnWG vgl. zusammenfassend: *N. Huber* in: *M. Kment – Energiewirtschaftsgesetz* 1. Aufl. 2015, § 48 Rn. 3 und 4; ausführlicher: *W. Templin*, *Recht der Konzessionsverträge*, 2009, S. 120 ff.

¹¹² *N. Huber* in: *M. Kment – Energiewirtschaftsgesetz* 1. Aufl. 2015, § 48 Rn. 11.

¹¹³ § 1 Abs. 1 KAV.

¹¹⁴ § 2 Abs. 2 Nr. 1 lit. b) 4. Alt. KAV.

¹¹⁵ § 2 Abs. 2 Nr. 1 lit. b) 1. Alt. KAV.

¹¹⁶ In der Regel werden in der Praxis die Höchstsätze vereinbart, vgl. *W. Templin*, *Recht der Konzessionsverträge*, 2009, S. 146.

e) Berechnungsmethoden

Andere Berechnungsmethoden und das Heranziehen anderer Kriterien, wie z.B. die Länge der Leitungen, die Menge der beförderten Energie oder eine Orientierung am erzielten Erlös, waren vor Einführung der KAV durchaus gebräuchlich¹¹⁷. Solange es keine gesetzliche Regulierung für die Berechnung der Konzessionsabgaben gab¹¹⁸, wurde der Berechnungsmaßstab in dem jeweiligen Konzessionsvertrag zwischen Energieversorgungsunternehmen und Gemeinde individuell vereinbart. In den 50 Jahren vor Einführung der KAV am 9. Januar 1992 erfolgte die Berechnung der Konzessionsabgaben auf Grundlage der Vorgängerregelung¹¹⁹ anhand eines festen Prozentsatzes der Bruttoeinnahmen¹²⁰.

Zu klären ist, ob eine Berechnungsmethode, die sich (auch) an dem Kriterium Einspeisung orientiert, allein mittels Änderung der KAV durch die Bundesregierung herbeigeführt werden könnte¹²¹.

f) Inhaltliche Vorgaben aus der Ermächtigungsgrundlage (§ 48 Abs. 2 Satz 2 EnWG)

Allerdings wird der Maßstab der gelieferten Kilowattstunde nicht nur in der KAV, sondern ausdrücklich auch in deren Ermächtigungsgrundlage benannt. § 48 Abs. 2 Satz 2 EnWG enthält Vorgaben für die Festsetzung von Höchstsätzen und bestimmt, dass die Höchstbeträge in Cent je gelieferter Kilowattstunde festzusetzen sind.

Demzufolge müsste bei einer Modifizierung der Kriterien in § 2 Abs. 1 KAV geprüft werden, ob die gelieferte Kilowattstunde der einzige nach § 48 Abs. 2 Satz 2 EnWG zulässige Bezugspunkt für die Berechnung der Höhe der Konzessionsabgabe darstellt oder, ob ein weiterer Bezugspunkt hinzutreten darf. § 48 Abs. 2 Satz 2 EnWG lautet:

¹¹⁷ H. Darge/E. Melchinger/F. Rumpf, Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft, Bd. I, 1936, S. 253 f.; weiterführend zu der historischen Entwicklung sowie früheren Berechnungsmethoden für die Höhe von Konzessionsabgaben auch: W. Templin, Recht der Konzessionsverträge, 2009, S. 29 ff.; C. Theobald/W. Templin in: W. Danner/C. Theobald – Energierecht, 93. EL. Juni 2017, KonAV § 1 Rn. 10.

¹¹⁸ Die erste Verordnung zur Regulierung der Konzessionsabgaben stammt von 1941, während eine Ermächtigungsgrundlage für den Erlass einer solchen Verordnung bereits mit § 12 EnWG 1935 geschaffen wurde.

¹¹⁹ Anordnung über die Zulässigkeit von Konzessionsabgaben der Unternehmen und Betriebe zur Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wasser an Gemeinden und Gemeindeverbände (KAE) vom 4.3.1941 (RAnz. 1941, Nr. 57 und 120).

¹²⁰ Weiterführend zu der historischen Entwicklung sowie früheren Berechnungsmethoden für die Höhe von Konzessionsabgaben: J. Hellermann in: G. Britz/J. Hellermann/G. Hermes – Energiewirtschaftsgesetz, 3. Aufl. 2015, § 48 Rn. 5; C. Theobald/W. Templin in: W. Danner/C. Theobald – Energierecht, 93. EL. Juni 2017, KonAV § 1 Rn. 10.

¹²¹ Gemäß § 48 Abs. 2 Satz 1 EnWG ist dafür allerdings die Zustimmung des Bundesrates erforderlich.

„Es [hier dürfte es sich um ein redaktionelles Versehen handeln und müsste bezogen auf die Verordnungsgeberin Bundesregierung „Sie“ heißen] kann [Hervorhebung durch die Verfasser] dabei jeweils für Elektrizität oder Gas, für verschiedene Kundengruppen und Verwendungszwecke und gestaffelt nach der Einwohnerzahl der Gemeinden unterschiedliche Höchstsätze in Cent je gelieferter Kilowattstunde festsetzen.“

Insoweit könnte aus der Formulierung „kann“ gelesen werden, dass dem Verordnungsgeber nicht nur die Möglichkeit eingeräumt werden soll, unterschiedliche Höchstsätze für bestimmte Fallgestaltungen je nach gelieferter Kilowattstunde festzusetzen, sondern durch das „kann“ ein Gestaltungsspielraum für das „wie“ und damit auch für die Auswahl der Bezugspunkte gegeben werden soll.

Die Gesetzesbegründung zu § 48 Abs. 2 EnWG enthält zwar zu dieser Frage keine weitere Erklärung, sondern bezieht sich lediglich auf die Vorgängervorschrift in § 14 EnWG 1998¹²². In der Gesetzesbegründung zu der Vorgängerregelung heißt es jedoch bereits¹²³:

„Zweck ist es, die Konzessionsabgaben [...] durch Festsetzung bestimmter Höchstsätze in Pfennigen je gelieferter Kilowattstunde zu begrenzen. Damit wird jetzt auch im Gesetz noch einmal ausdrücklich klargestellt, daß Konzessionsabgaben nur als Festbeträge je Kilowattstunde [...] vereinbart werden dürfen“

Der Gesetzgeber hat damit die bereits in der KAV 1992¹²⁴ festgesetzte Anknüpfung an die gelieferte Kilowattstunde¹²⁵ bestätigt und übernommen. Während in der Vorgängerregelung der KAV – der KAE¹²⁶ – die Konzessionsabgaben noch in Hundertsätzen nach den Roheinnahmen der Energieversorgungsunternehmen bemessen wurden¹²⁷, verlagerte sich der Bezugspunkt mit der KAV 1992 auf die gelieferte Kilowattstunde.

Demzufolge hat der Gesetzgeber die in der Verordnung vorgegebene Bemessungsmethode nachträglich gesetzlich verankert und dem Verordnungsgeber unter dieser Prämisse als „kann“-Bestimmung lediglich die Entscheidung darüber überlassen, ob er Differenzierungen für bestimmte Fallgruppen einführt.

¹²² BT-Drs. 15/3917, S. 68.

¹²³ BT-Drs. 13/7274, S. 21.

¹²⁴ Verordnung über Konzessionsabgaben für Strom und Gas (Konzessionsabgabenverordnung – KAV) vom 09. Januar 1992 (BGBl. I S. 12, 407).

¹²⁵ § 2 Abs. 1 KAV.

¹²⁶ Anordnung über die Zulässigkeit von Konzessionsabgaben der Unternehmen und Betriebe zur Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wasser an Gemeinden und Gemeindeverbände vom 4. März 1941 (KAE) (RAnz 1941, Nr. 57, 120).

¹²⁷ § 4 KAE.

Im Ergebnis reicht daher eine Änderung der KAV nicht aus. Vielmehr müsste für die Einführung eines zusätzlichen Bemessungskriteriums wie der Einspeisung eine entsprechende Änderung in § 48 Abs. 2 Satz 2 EnWG aufgenommen werden¹²⁸.

g) Vorgaben aus § 48 Abs. 1 Satz 1 EnWG

Zudem ist fraglich, ob der Einführung eines zusätzlichen Bemessungskriteriums „Einspeisung“ die Formulierung in der Legaldefinition für Konzessionsabgaben in § 48 Abs. 1 Satz 1 EnWG¹²⁹ und der nahezu wortgleichen Formulierung in § 1 Abs. 2 KAV entgegensteht. Diese lautet:

„Konzessionsabgaben sind Entgelte für [...] Leitungen, die der unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern [Hervorhebung durch die Verfasserin] im Gemeindegebiet [...] dienen.“

Insoweit könnten Leitungen, die der Einspeisung, aber nicht der unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern i.S.v. § 3 Nr. 25 EnWG dienen, bereits begrifflich nicht von der Definition der Konzessionsabgaben umfasst sein.

Zwar wurde das Erfordernis der „unmittelbaren“ Versorgung von Letztverbrauchern zwischenzeitlich gestrichen¹³⁰ und eine mit dem heutigen § 48 Abs. 1 Satz 2 EnWG identische Regelung eingefügt, um nach dem sog. Unbundling¹³¹ klarzustellen, dass die über öffentliche Verkehrswege erfolgende Belieferung von Weiterverteilern konzessionsabgabepflichtig sein soll¹³². Die Streichung zielte aber lediglich darauf ab, sicherzustellen, dass die Konzessionsabgabepflicht des Netzbetreibers unabhängig davon besteht, ob ein ihm verbundenes oder aber ein fremdes Energieversorgungsunternehmen Grundversorger im Vertragsgebiet ist¹³³. Zudem wurde das Erfordernis später wieder aufgenommen und ist gegenwärtig sowohl im § 48 Abs. 1 Satz 1 EnWG als auch in § 1 Satz 2 KAV enthalten¹³⁴.

Insoweit ist nach der derzeit geltenden Definition Voraussetzung, dass Letztverbraucher die Energieversorgung direkt aus wegenutzungsvertraglich gesicherten Leitungen entnehmen¹³⁵. Da die eingespeiste Energie nicht der unmittelbaren Versorgung von Letztverbrau-

¹²⁸ Vgl. im Ergebnis auch: C. von Hammerstein/S. von Hoff, Reform des Konzessionsabgabenrechts – Studie im Auftrag von Agora Energiewende, 2013, S. 5, 22.

¹²⁹ Siehe unter B.

¹³⁰ Mit der Einführung von § 14 EEG 1998.

¹³¹ Diese Entflechtung verfolgt das Ziel, die Unabhängigkeit des (Verteiler-)Netzbetreibers von anderen Tätigkeitsbereichen der Energieversorgung sicherzustellen.

¹³² Vgl. BT-Drs. 14/5969, S. 13.

¹³³ A. Klemm, Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben nach der Energierechtsreform 2005, *VersWirt* 2005, 197 (201).

¹³⁴ Wohl aufgrund eines redaktionellen Versehens, vgl. C. Theobald in: W. Danner/C. Theobald – Energierecht, 93. EL. Juni 2017, § 48 Rn. 19.

¹³⁵ J. Gerbatsch/C. Walter in: P. Rosin/M. Pohlmann/A. Gentsch/A. Metzenheim/A. Böwing – Praxiskommentar zum EnWG, 8. EL. August 2016, § 48 Rn. 46.

chern dient, ist sie somit weder vom Wortlaut des § 48 Abs. 1 Satz 1 EnWG noch vom Wortlaut des § 1 Abs. 2 KAV gedeckt¹³⁶.

Demzufolge müsste das Unmittelbarkeitserfordernis sowohl in § 1 Abs. 2 KAV als auch in § 48 Abs. 1 Satz 1 EnWG gestrichen werden, damit ein zusätzliches Bemessungskriterium wie die Einspeisung von Strom unter die Konzessionsabgabepflicht fällt.

h) Rechtsnatur von energiewirtschaftlichen Konzessionsabgaben

Schließlich stellt sich die Frage, ob eine Erhebung von Konzessionsabgaben auf die Einspeisung von Strom mit der Zweckbestimmung von Konzessionsabgaben zu vereinbaren wäre. Dafür ist eine nähere Auseinandersetzung mit dem Begriff und Charakter der energiewirtschaftlichen Konzessionsabgaben erforderlich.

Der allgemeine Begriff der Konzession stammt aus dem Wirtschaftsverwaltungsrecht und beinhaltet die Erlaubnis, ein subjektiv öffentliches Recht einer dem hoheitlichen Bereich zugeordneten Wirtschaftsbefugnis auszuüben. Mit der Erhebung von Konzessionsabgaben verbindet der Staat die Vergabe bestimmter Erlaubnisse mit der Pflicht zur Zahlung von Abgaben. Durch die Erlaubnisse bzw. Konzessionen wird Abgabepflichtigen eine bevorzugte Stellung in einer Situation der Knappheit eingeräumt und dadurch ein finanzieller Vorteil verschafft¹³⁷. Mithilfe von Konzessionsabgaben soll der finanzielle Vorteil, den der Konzessionsinhaber aufgrund der wirtschaftlichen Monopolstellung erlangt¹³⁸, im Interesse der Allgemeinheit ausgeglichen werden. Konzessionsabgaben dienen dazu, diese Sondervorteile abzuschöpfen¹³⁹.

Die hier in Frage stehenden energiewirtschaftlichen Konzessionsabgaben werden in § 48 Abs. 1 EnWG und § 1 Abs. 2 KAV legaldefiniert. Da es sich dabei nach allgemeinem Verständnis aber um privatrechtliche Entgelte für die privatrechtliche Überlassung von Wegen zur Leitungsverlegung handelt¹⁴⁰, wird die Verwendung des Begriffs Konzessionsabgabe als unzutreffend kritisiert¹⁴¹. Zudem enthält das EnWG, obwohl es den Begriff Konzession verwendet, in § 3 EnWG keine Begriffsbestimmung für die energiewirtschaftliche Konzession, die den vermeintlichen Widerspruch aufklären könnte. Insoweit wird regelmäßig die Frage aufgeworfen, ob es sich bei energierechtlichen Konzessionen um Konzessionen im eigentlichen

¹³⁶ Vgl. C. Theobald/W. Templin in W. Danner/C. Theobald – Energierecht, 93. EL. Juni 2017, KonAV § 1 Rn. 128.

¹³⁷ J. Wieland, Die Konzessionsabgaben, 1991, S. 15.

¹³⁸ J. Heimlich, Die Anerkennung der Verleihungsgebühr durch den „Wasserpennig-Beschluß“ des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 1997, S. 996 (996); R. Wernsmann in: W. Hübschmann/A. Hepp/E. Spitaler – AO/FGO, 243. EL. November 2017, § 3 AO Rn. 283.

¹³⁹ W. Arndt, Lenkung durch Steuern und sonstige Abgaben auf dem Gebiet des Wirtschaftsverwaltungsrechts, WiVerw 1990, S. 1 (26); K.-D. Drüen in: K. Tipke/H. W. Kruse, AO/FGO 149. EL. Januar 2017, § 3 AO Rn. 24; J. Heinrich, Die Verleihungsgebühr als Umweltabgabe, 1996, S. 273; J. Wieland, Die Konzessionsabgaben, 1991, S. 137.

¹⁴⁰ BT-Drs. 13/7274, S. 21.

¹⁴¹ W. Hoppe, Erdgasversorgung durch gemeindliche Unternehmen, DVBl. 1965, 581 (581); C. Kermel in: F. J. Säcker – Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 1 Hb. 2, § 48 EnWG Rn. 34.

Sinne handelt. Auch wird der Begriff in Bezug auf die Bezeichnung „Abgabe“ als unzutreffend erachtet¹⁴².

Die Diskussion um den Charakter des Konzessionsabgabenbegriffs befasst sich auch mit der Frage, ob nach den Änderungen durch die Energierechtsreform 1998 noch davon gesprochen werden kann, dass dem Energieversorgungsunternehmen ein sonst der Gemeinde zugewiesener Wirtschaftsverwaltungsbereich als Teil der Daseinsvorsorge übertragen wird. Historisch betrachtet war Leistungsgegenstand der Konzessionsabgabe bis zur Energierechtsreform neben der straßenrechtlichen Sondernutzung vor allem die Vergabe eines exklusiven Versorgungsrechts¹⁴³ für das entsprechende Gemeindegebiet an das jeweilige Energieversorgungsunternehmen. Die Ausschließlichkeitszusage wurde im Zuge der Energierechtsreform weder in die KAV¹⁴⁴ noch in die Vorgängerregelungen des § 48 Abs. 1 EnWG übernommen. Da sie deswegen auch nicht mehr Bestandteil eines Konzessionsvertrages ist, ist besonders auch unter diesem Aspekt fraglich, ob dem Energieversorgungsunternehmen ein hoheitlicher Versorgungsauftrag i. S. einer „echten“ Konzession übertragen wird.

In diesem Zusammenhang wird vertreten, dass es sich trotz fehlender Ausschließlichkeit um einen „Betrauungsakt“ handle, da das jeweilige Energieversorgungsunternehmen nach wie vor die Sicherstellung der Versorgung des Gemeindegebiets mit Elektrizität durch Bereitstellung eines Netzes gewährleiste und insoweit ein entscheidendes Element der Konzessionsverträge, nämlich die Daseinsvorsorge¹⁴⁵, erhalten geblieben sei¹⁴⁶. Aus diesem Grund habe die Konzessionsabgabe im Rahmen des Konzessionsvertrags konzessionsrechtlichen Charakter¹⁴⁷.

Hiernach müsste sich die Höhe der Konzessionsabgaben – auch, wenn der Charakter einer Abgabe i.S. des Finanzrechts bezweifelt wird – nach den Vorgaben für Konzessionsabgaben als Verleihungsgebühren¹⁴⁸ richten. Für die Bemessung der Abgabenhöhe gilt hier vornehm-

¹⁴² Vgl. U. Büdenbender, Kommentar zum Energiewirtschaftsgesetz, 2003, § 14 Rn. 2; M. Cronenberg, Anwendungs- und Auslegungsfragen der neuen Konzessionsabgabenverordnung, ET 1992, S. 175 (175 ff.); C. Kermel, Aktuelle Entwicklungen im Konzessionsvertragsrecht, RdE 2005, S. 153 (153); W. Templin, Recht der Konzessionsverträge, S. 145; C. Theobald/W. Templin in: W. Danner/C. Theobald – Energierecht, 93. EL. Juni 2017, KonAV § 1 Rn. 95 f.; H.-H. Trute, Die neue Konzessionsabgabenverordnung, LKV 1993, S. 5 (5); A. Klemm in: H. Immesberger: Das neue Recht der Konzessionsabgaben, Handbuch und Kommentar, Band 1, Stand: Mai 2013, II, Einleitung vor §§ 46-48 EnWG, Rn. 6; offen gelassen allerdings durch: BVerfGE, S. 148, (225 f.); BGH NVwZ-RR 2011, 402 (403).

¹⁴³ Und damit auch einer Versorgungspflicht.

¹⁴⁴ Die KAV ist 1992 in Kraft getreten und hat die KAE, in der die Ausschließlichkeitszusage noch verankert war, abgelöst.

¹⁴⁵ Die sich als eine gemeindliche Angelegenheit i.S.v. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG an den Vorgaben der gemeindlichen Selbstverwaltung messen lassen muss.

¹⁴⁶ C. Theobald/W. Templin in: W. Danner/C. Theobald – Energierecht, 93. EL. Juni 2017, KonAV § 1 Rn. 92.

¹⁴⁷ C. Theobald/W. Templin in: W. Danner/C. Theobald – Energierecht, 93. EL. Juni 2017, KonAV § 1 Rn. 99.

¹⁴⁸ R. Bartone in: R. Kühn/A. von Wedelstädt – Abgaben und Finanzgerichtsordnung, 21. Aufl. 2015, § 3 AO Rn. 28; W. Kluth in: R. Stober/W. Kluth/S. Korte/S. Eisenmenger – Verwaltungsrecht I, 13. Aufl. 2017, S. 464; H. Siekmann in: M. Sachs – Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, vor Art. 104a Rn. 99; R. Wernsmann in: W. Hübschmann/A. Hepp/E. Spitaler – AO/FGO, 243. EL, § 3 AO Rn. 283.

lich das Äquivalenzprinzip¹⁴⁹. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass der Staat durch die Erhebung von Konzessionsabgaben i.d.R. die Vergabe bestimmter Erlaubnisse mit der Pflicht zur Zahlung von Abgaben verbindet, damit der finanzielle Vorteil, der dem Abgabepflichtigen durch die bevorzugte Stellung verschafft wird¹⁵⁰, durch Zahlung von Konzessionsabgaben abgeschöpft und im Interesse der Allgemeinheit ausgeglichen wird¹⁵¹. Nach den Grundsätzen des Äquivalenzprinzips müsste die Höhe der Konzessionsabgabe in einem angemessenen Verhältnis zur erbrachten Leistung stehen¹⁵². Anknüpfungspunkt wären in diesem Fall die Gewinnaussichten des Energieversorgungsunternehmens im jeweiligen Gemeindegebiet.

Gemessen an den oben aufgeführten Vorgaben dürfte durch die Einführung des zusätzlichen Bemessungskriteriums Einspeisung der wirtschaftliche Vorteil für das jeweilige Energieversorgungsunternehmen nicht auf ein unangemessenes Maß absinken bzw. die Konzessionsabgabe die Gewinnerwartungen nicht überschreiten. Abzustellen ist hier jedoch nicht auf die Gewinnerwartungen des netzbetreibenden Energieversorgungsunternehmens, sondern auf die des Energielieferanten, da die Konzessionsabgabe an den jeweiligen Energielieferanten¹⁵³ weitergereicht wird¹⁵⁴.

Ob sich die Gewinnerwartungen für den Energielieferanten bei einem Bemessungssystem, das neben der gelieferten Kilowattstunde auch Einspeisungen berücksichtigt, noch in einem zumutbaren Rahmen bewegen, hängt von der konkreten Ausgestaltung des jeweiligen Bemessungssystems ab. Da bislang keinerlei Vorschläge für eine konkrete Ausgestaltung eines solchen Bemessungssystems bekannt sind, können an dieser Stelle nur allgemeine rechtliche Erwägungen zu den Rahmenbedingungen folgender zwei Grundkonstellationen erfolgen:

Zum einen handelt es sich dabei um die wirtschaftlichen Auswirkungen auf Energielieferanten, die Verbraucher in Gemeindegebieten mit einem hohen Stromverbrauch, aber wenig Stromerzeugung (durch Windenergie) beliefern. Hier würde der Anteil an der Höhe der Konzessionsabgaben für die Einspeisung kaum ins Gewicht fallen und durch den gesunkenen Anteil für die gelieferte Kilowattstunde die Gesamthöhe der Konzessionsabgaben sinken. Bei gleichbleibenden Gewinnaussichten durch den Stromverkauf wäre eine Änderung des Be-

¹⁴⁹ J. Heinrich, Die Verleihungsgebühr als Umweltabgabe, 1996, S. 273; M. Kloepfer/W. Follmann, Lizenzendgeld und Verfassungsrecht, DÖV 1988, 573 (582).

¹⁵⁰ J. Wieland, Die Konzessionsabgaben, 1991, S. 15.

¹⁵¹ J. Heimlich, Die Anerkennung der Verleihungsgebühr durch den „Wasserpennig-Beschluß“ des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 1997, 996, (996); R. Wernsmann in: W. Hübschmann/A. Hepp/E. Spitaler – AO/FGO, 243. EL. November 2017, § 3 AO Rn. 283.

¹⁵² BVerwGE 2, 246 (249); 79, 90 (91).

¹⁵³ I.S.v. § 3 Nr. 18 1. Alt. EnWG.

¹⁵⁴ Die Gewinnerwartungen der Netzbetreiber richten sich nach der Berechnung des Netznutzungsentgelts. Die rechtlichen Grundlagen des Netzentgeltsystems finden sich im EnWG und den hierauf gestützten Rechtsverordnungen wie der Stromnetzentgeltverordnung (StromNEV), der Stromnetzzugangsverordnung (Strom-NZV) sowie der Anreizregulierungsverordnung (ARegV). Danach werden Netzentgelte von den Netzbetreibern für die Nutzung der Netzinfrastruktur (Leitungen, Transformatoren, Schaltanlagen usw.), die Bereitstellung von Systemdienstleistungen und die Deckung der Verluste, die beim Stromtransport auftreten, erhoben.

messungsmaßstabs für diese Energielieferanten eher von wirtschaftlichem Vorteil. Insoweit bedarf es in Bezug auf die Folgen für diesen Adressatenkreis keiner weiteren Erörterung.

Handelt es sich aber um einen Energielieferanten, der in einem Gemeindegebiet mit niedrigem Stromverbrauch, aber hoher Stromeinspeisung durch Windenergie tätig ist, würde die Konzessionsabgabe aufgrund des Einspeisungsanteils steigen, während sich die Gewinnaussichten des Unternehmens durch den Stromverkauf nicht erhöhen. In dieser Konstellation stünden den höheren Konzessionsabgaben keine entsprechenden Gewinnerwartungen gegenüber, da sich der Gewinn an den i.d.R. unveränderten Energielieferungen an Endkunden bemisst.

Bei einer Prüfung, ob sich die Höhe der veränderten Konzessionsabgaben in einem angemessenen Verhältnis zu der Gewinnerwartung bewegt, wäre zu berücksichtigen, dass insgesamt uneinheitlich bewertet wird, ob und welche rechtlichen Vorgaben für die Höhe von Gebühren gelten sollen¹⁵⁵. Neben einzelnen Fragen zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird diskutiert, wie streng das Äquivalenzprinzip anzuwenden ist und welche Rolle das Kostendeckungsprinzip spielt. Außerdem wird für die Gebührenbemessung ein besonderes Augenmerk auf den Gleichheitsgrundsatz zu legen sein, damit die Gleichbehandlung aller Gebührenpflichtigen gewährleistet ist¹⁵⁶. Die Gleichbehandlungsfrage wird sich vor allem darauf beziehen müssen, ob eine Sonderregelung für Strom aus erneuerbaren Energien oder sogar nur für Strom aus Windenergie möglich ist, oder ob alle Stromeinspeisungen – und damit auch Strom aus fossilen Energien und Atomkraft – berücksichtigt werden müssen. Hier wird auch einzubeziehen sein, dass sich die Akzeptanzproblematik vorrangig im Bereich von Onshore-Windenergie stellt und die Erzeugung von Strom aus Photovoltaik und Offshore-Windenergie nicht in diesem Maße betroffen sind¹⁵⁷.

Nach anderer Auffassung verkörpern die in Rede stehenden Konzessionen keine Konzession im eigentlichen Sinne, da die Vergabe des Wegerechts seitens der Gemeinden an Energieversorgungsunternehmen zivilrechtlich und nicht öffentlich-rechtlich erfolgt. Insoweit handelt es sich dabei nicht um hoheitliche Rechtsgewährungen im Sinne besonderer Genehmigungen und Erlaubnisse¹⁵⁸. Dies gelte insbesondere, nachdem die Ausschließlichkeitszusage im Zuge der Energierechtsreform weder in die KAV¹⁵⁹, noch in die Vorgängerregelungen des § 48 Abs. 1 EnWG übernommen worden sei¹⁶⁰. Die energiewirtschaftlichen Konzessionsabgaben seien aufgrund der Beinhaltung öffentlich-rechtlicher, preisrechtlicher Aspekte als

¹⁵⁵ J. Wieland, Die Konzessionsabgaben, 1991, S. 306 ff.

¹⁵⁶ Weiterführend: J. Wieland, Die Konzessionsabgaben, 1991, S. 306 ff.

¹⁵⁷ Z.B. wird die Umstellung auf eine gemeindegrenzebezogene leistungsbezogene Konzessionsabgabe als verfassungsrechtlich unbedenklich eingestuft, vgl. C. von Hammerstein/S. von Hoff, Reform des Konzessionsabgabenrechts – Studie im Auftrag von Agora Energiewende, 2013, S. 5.

¹⁵⁸ U. Büdenbender, Kommentar zum Energiewirtschaftsgesetz, 2003, § 14 Rn. 2; C. Kermel, Aktuelle Entwicklungen im Konzessionsvertragsrecht, RdE 2005, S. 153 (153); R. Schulz-Janderin: A. Böwing/R. Schulz-Jander – Energiewirtschaftsgesetz 1998, § 14 EnWG, Rn. 2.1.

¹⁵⁹ Die KAV ist 1992 in Kraft getreten und hat die KAE, in der die Ausschließlichkeitszusage noch verankert war, abgelöst.

¹⁶⁰ U. Büdenbender, Kommentar zum Energiewirtschaftsgesetz, 2003, § 14 Rn. 22.

staatliches Preisniveaurecht zu qualifizieren. Dabei bilde sie eine Einnahmequelle für die Gemeinden, die daraus resultierenden erhöhten Energiepreise werden gesetzlich in Grenzen gehalten¹⁶¹. Würde dieser Ansicht gefolgt, würden an eine Modifizierung der bestehenden Konzessionsabgabenregelung des EnWG keine spezifischen Anforderungen gesetzt.

Darüber hinaus werden die Konzessionsabgaben des § 48 EnWG als Mittel gesehen, die energiewirtschaftlich gebotene Tarifpreisgleichheit zu gewährleisten. In größeren Gemeinden könne ein Netzversorgungsunternehmen mehr Haushalte aufgrund einer dichteren Bauweise mit geringerem Kostenaufwand versorgen als kleinere Gemeinden. Die vergleichsweise höheren Kosten in kleineren Gemeinden würden durch die für diese geringeren Konzessionsabgaben ausgeglichen.¹⁶² Würden die Konzessionsabgaben – wie nach dieser Ansicht – hauptsächlich der Gewährleistung tariflicher Preisgleichheit dienen, widerspräche die Einführung einer Regelung, die Gemeinden, die Energie aus Windenergieanlagen einspeisen, gegenüber anderen Gemeinden bevorzugt, dem Sinn und Zweck der energiewirtschaftlichen Konzessionsabgaben. In diesem Fall wäre jedoch zu beachten, dass das Gebot der Preisgleichheit unter anderem aus dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG hergeleitet wird.¹⁶³ Im Rahmen einer verfassungsrechtlichen Untersuchung wäre einerseits zunächst die Reichweite und die aktuelle Relevanz dieses Preisgleichheitsgebots zu klären und andererseits, inwieweit die zusätzliche Belastung der Gemeinden durch die Windenergieanlagen und das Staatsziel des Umweltschutzes aus Art. 20a GG an dieser Stelle berücksichtigt werden müssten.

Unabhängig von den verschiedenen Ansichten müsste sich in Bezug auf die Folgen für die betroffenen Gemeindehaushalte eine neue Bemessungsgrundlage grundsätzlich an den Vorgaben der gemeindlichen Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG messen lassen¹⁶⁴. Während für das in der KAV verankerte Höchstpreisrecht einheitlich davon ausgegangen wird, dass es mit den Grundsätzen des Selbstverwaltungsrechts vereinbar ist, bliebe zu klären, ob eine Verschiebung des Konzessionsabgabenaufkommens zuungunsten von Gemeinden, die keine oder nur eine geringe Stromeinspeisung zu verzeichnen haben, unter den Voraussetzungen des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG zulässig wäre. Zwar wäre nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts der Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie auch bei einer gänzlichen Abschaffung der Konzessionsabgaben nicht berührt¹⁶⁵. Jedoch muss der Gesetzgeber bei staatlichen Eingriffen das Willkürverbot beachten und darf nicht ohne aus der Natur der Sache folgenden oder sonst einleuchtenden Grund eine Gemeinde anders be-

¹⁶¹ U. Büdenbender, Kommentar zum Energiewirtschaftsgesetz, 2003, § 14 Rn. 12.

¹⁶² G. Kühne, Der Grundsatz der Preisgleichheit im Strompreisrecht – Räumliche Differenzierung der Stromtarife im Versorgungsgebiet?, BB Beilage 1996, S. 1 (7 f.).

¹⁶³ G. Kühne, Der Grundsatz der Preisgleichheit im Strompreisrecht – Räumliche Differenzierung der Stromtarife im Versorgungsgebiet?, BB Beilage 1996, S. 1 (10).

¹⁶⁴ Vgl. M. Kment, Die energiewirtschaftliche Konzession – aktuelle Probleme, in: Konzessionen im Umwelt- und Infrastrukturrecht, S. 75 (77).

¹⁶⁵ BVerwGE 22, 203 (205).

handeln als die übrigen Gemeinden¹⁶⁶. Im Ergebnis wird es auch hier auf die konkrete Ausgestaltung des Modells und dabei in erster Linie auf die Höhe des Anteils angekommen, der auf den eingespeisten Strom entfällt.

Schließlich müsste geprüft werden, ob eine Änderung der Bemessungssystematik mit europäischem Recht sowie weiteren, insbesondere energiebezogenen europäischen Vorgaben vereinbar ist. Während die Europarechtskonformität der KAV einheitlich positiv beurteilt wird¹⁶⁷, bedarf es insbesondere eines Abgleichs mit den Vorgaben der Konzessionsvergabe-Richtlinie¹⁶⁸.

i) Einführung einer zusätzlichen Konzessionsabgabe

Zum anderen besteht die Möglichkeit, unabhängig von der derzeitigen Konzessionsabgabe und dem geltenden Bemessungssystem eine zusätzliche Konzessionsabgabe für die Einspeisung von Strom oder das Betreiben von Windenergieanlagen einzuführen¹⁶⁹.

Mit der Ausgestaltung einer zusätzlichen Konzessionsabgabe geht zunächst die Frage einher, ob sich das dafür zu schaffende System an der bestehenden Struktur orientieren soll. Zu fragen wäre auch nach dem Schuldner der Abgabe, d.h. zwischen welchen Parteien ein entsprechender Vertrag geschlossen werden soll. Bei dieser Konstellation müsste u.a. geklärt werden, ob daraus Doppelbelastungen von Energielieferungen mit Konzessionsabgaben folgen und eine solche Regelung damit ggf. der Zielsetzung des Ordnungsgebers zuwiderliefe¹⁷⁰.

j) Fazit

Für eine Modifizierung der Konzessionsabgaben spricht, dass das Konzessionsabgabenaufkommen nicht in den kommunalen Finanzausgleich fließt, sondern – im Gegensatz zur Gewerbesteuer – dem Haushalt der Standortgemeinden unmittelbar zu Gute kommt. Allerdings ist die Umsetzung mit zahlreichen rechtlichen Fragen verbunden.

¹⁶⁶ BVerfGE 56, 289 (313).

¹⁶⁷ Vgl. C. von Hammerstein/S. von Hoff, Reform des Konzessionsabgabenrechts – Studie im Auftrag von Agora Energiewende, 2013, S. 14 m.w.N.

¹⁶⁸ Richtlinie 2014/23/EU vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe.

¹⁶⁹ Vgl. im Grundsatz IKEM et al. (2017): Ausgestaltungsoptionen und -empfehlungen zur finanziellen Beteiligung von Kommunen beim Ausbau von Windenergieanlagen an Land. In: Agora Energiewende (2017): Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie? Zwei Strategievorschläge zur Sicherung der Standortakzeptanz von Onshore Windenergie, S. 58 f.

¹⁷⁰ Von C. Theobald/W. Templin in W. Danner/C. Theobald – Energierecht, 93. EL. Juni 2017, KonAV § 1 Rn. 128 wird vertreten, dass es durch eine Belegung der eingespeisten Energie mit Konzessionsabgaben zu einer Doppelbelastung von Energielieferungen mit Konzessionsabgaben käme, was dem Ziel des Ordnungsgebers (vgl. BR-Drs. 358/99 S. 7) zuwiderliefe.

Eine auch an der Einspeisung von Strom orientierte Bemessung der Konzessionsabgaben erscheint zwar grundsätzlich nicht ausgeschlossen¹⁷¹. Ob eine Änderung des § 48 EnWG und damit verbunden der KAV hin zu einer (zumindest teilweise) einspeisungsgebundenen Bemessung der Konzessionsabgaben rechtlich möglich ist, lässt sich jedoch nur anhand einer vertieften verfassungsrechtlichen Prüfung der konkreten Ausgestaltung klären. Eine entscheidende Rolle wird dabei spielen, welchen Anteil die gelieferte Kilowattstunde an den Konzessionsabgaben, die ein Energielieferant nach dem neuen Bemessungssystem zu entrichten hat, ausmacht. Mit anderen Worten, ob die wirtschaftlichen Nachteile, die ihm in einem Gemeindegebiet mit niedrigem Stromverbrauch, aber hoher Stromeinspeisung entstehen, sich noch in einem angemessenen Verhältnis zu seinen Gewinnaussichten bewegen. Außerdem wird zu klären sein, inwieweit eine Beschränkung auf Stromeinspeisungen aus Windenergieanlagen mit dem Gleichheitsgrundsatz vereinbar ist und Akzeptanzgesichtspunkte in die Abwägung einbezogen werden können.

Kann nach alledem eine Modifizierung des bestehenden Konzessionsabgabensystems in Betracht gezogen werden, dürfen – in praktischer Hinsicht – die wirtschaftlichen Auswirkungen auf den Finanzhaushalt der Gemeinden nicht vergessen werden, denn aus einer Änderung des Bemessungssystems folgt zwangsläufig, dass sich das Konzessionsabgabenaufkommen für Gemeinden mit einem hohen Stromverbrauch zugunsten von Gemeinden mit einem hohen Einspeiseanteil verringert. Zwar war das Konzessionsabgabenrecht über viele Jahre Gegenstand von Reformüberlegungen¹⁷², jedoch sind sämtliche Reformansätze bislang angesichts der Finanzlage der Gemeinden gescheitert¹⁷³.

Obwohl schon in der ersten untergesetzlichen Anordnung¹⁷⁴ über die Zulässigkeit von Konzessionsabgaben (KAE) vom 4. März 1941¹⁷⁵ eine stufenweise Herabsetzung sowie die Abschaffung und ein Verbot der Neueinführung von Konzessionsabgaben vorgesehen worden war¹⁷⁶, konnte in den vergangenen 75 Jahren weder die Abschaffung noch die Herabsetzung von Konzessionsabgaben durchgesetzt werden. Zwar wurde das Verbot der Neueinführung vom Bundesverwaltungsgericht aus Gleichbehandlungsgründen für unzulässig erklärt, das Gericht erachtete eine vollständige Abschaffung der Konzessionsabgaben jedoch für verfassungsrechtlich unbedenklich¹⁷⁷. Nichtsdestotrotz wurde die Abschaffung der Konzessionsabgaben nicht weiterverfolgt, sondern vielmehr die Vereinheitlichung der Konzessionsabgaben

¹⁷¹ So im Ergebnis auch IKEM et al. (2017): Ausgestaltungsoptionen und -empfehlungen zur finanziellen Beteiligung von Kommunen beim Ausbau von Windenergieanlagen an Land. In: Agora Energiewende (2017): Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie? Zwei Strategievorschläge zur Sicherung der Standortakzeptanz von Onshore Windenergie, S. 58 f.

¹⁷² Weiterführend zu den intensiven Diskussionen um die Regelungen in der KAV: M. Cronenberg, Anwendungs- und Auslegungsfragen der neuen Konzessionsabgabenverordnung, ET 1992, S. 175 (175 ff.).

¹⁷³ Vgl. C. Theobald in W. Danner/C. Theobald – Energierecht, 93. EL. Juni 2017, § 48 Rn. 7.

¹⁷⁴ Gestützt auf das Gesetz zur Durchsetzung des Vierjahresplanes vom 29.10.1936 (RGBl. 1936 I S. 927).

¹⁷⁵ RAnz. 1941, Nr. 57 und 120.

¹⁷⁶ Vgl. §§ 1 Abs. 1 und 2 Abs. 2 Satz 2 KAE, weiterführend: J. Hellermann in: G. Britz/J. Hellermann/G. Hermes – Energiewirtschaftsgesetz, 3. Aufl. 2015, § 48 Rn. 5.

¹⁷⁷ BVerwGE 87, 133 (139).

vorangetrieben. Damit wurde gleichzeitig die Finanzausstattung in den neuen Bundesländern nach der Wiedervereinigung verbessert¹⁷⁸. Um das Konzessionsabgabenaufkommen für die Gemeinden durch die Einführung der KAV nicht zu verringern, wurde deshalb die als Höchstgrenze festgesetzten Centbeträge auf Grundlage der bis dahin in der KAE geltenden prozentualen Staffelungen berechnet¹⁷⁹. Im Mittelpunkt stand insoweit stets die Finanzlage der Gemeinden und der Erhalt des Status Quo.

Ferner wurde schon bei der Einführung der KAV angezweifelt, ob sich mit einer Orientierung an der gelieferten Kilowattstunde Energieeinspareffekte erzielen lassen¹⁸⁰ und kritisiert, dass sich – im Interesse der gemeindlichen Finanzlage – in erster Linie Bestandsschutzregelungen durchgesetzt und energie- und umweltpolitische Grundsatzpositionen wenig Niederschlag gefunden hätten¹⁸¹. In diesem Zusammenhang wird zudem regelmäßig problematisiert, dass die Konzessionsabgabe als Wegenutzungsentgelt absatzabhängig ausgestaltet sei, obwohl der Wert der kommunalen Leistung, nämlich das Leitungsverlegungsrecht, davon nicht abhängen¹⁸².

Schließlich konnte sich auch der gemeinsam von European Climate Foundation (ECF), Agora Energiewende (Agora) und Regulatory Assistance Project (RAP) entwickelte Vorschlag zur Reform des Konzessionsabgabenrechts aus dem Jahr 2013 bislang nicht durchsetzen, zukünftig eine Pauschale auf die Netzanschlussleistung zu erheben¹⁸³. Anliegen der Verfasser war, insbesondere vor dem Hintergrund energiepolitischer Ziele, die Verknüpfung von Energieverbrauch und Konzessionsabgaben zu durchbrechen. Sie argumentieren, dass der Mechanismus der verbrauchsabhängigen Konzessionsabgaben im Widerspruch zu dem Energieeffizienzziel stehe, da ein hoher Energieverbrauch – jedenfalls aus Perspektive der Gemeinden – belohnt werde. Zudem würden Energieeinsparungen damit gleichzeitig die Einnahmen der Gemeinden verringern, so dass die Stabilität der kommunalen Einnahmen durch die Energiewende gefährdet wäre¹⁸⁴. Um die Stabilität der Gemeindehaushalte zu gewährleisten, solle die Höhe der zukünftigen Konzessionsabgaben auf dem aktuellen Niveau „eingefroren“ werden. Trotz dieser bestandssichernden Berechnung zugunsten der Gemeindehaushalte hat der Vorschlag bislang keinen Eingang in die Gesetzgebung gefunden.

Für die Einführung einer zusätzlichen Konzessionsabgabe, die von den Betreibern von Windenergieanlagen zu entrichten wäre, gelten diese Bedenken zwar nur eingeschränkt. Es stellt sich aber hier die Frage, ob sich das sehr komplexe und mit zahlreichen dogmatischen

¹⁷⁸ Vgl. C. von Hammerstein/S. von Hoff, Reform des Konzessionsabgabenrechts – Studie im Auftrag von Agora Energiewende, 2013, S. 8 m.w.N.

¹⁷⁹ M. Cronenberg, Anwendungs- und Auslegungsfragen der neuen Konzessionsabgabenverordnung, ET 1992, S. 175 (177).

¹⁸⁰ H.-H. Trute, Die neue Konzessionsabgabenverordnung, LKV 1993, S. 5. m.w.N.

¹⁸¹ H.-H. Trute, Die neue Konzessionsabgabenverordnung, LKV 1993, S. 5 (7).

¹⁸² U. Büdenbender, Kommentar zum Energiewirtschaftsgesetz, 2003, § 14 Rn. 15.

¹⁸³ Reform des Konzessionsabgabenrechts, Studie im Auftrag von Agora Energiewende, European Climate Foundation, The Regulatory Assistance Project, vorgelegt von Raue LLP, 2013.

¹⁸⁴ Reform des Konzessionsabgabenrechts, Studie im Auftrag von Agora Energiewende, European Climate Foundation, The Regulatory Assistance Project, vorgelegt von Raue LLP, 2013, S. 1 f.

Rechtsfragen behaftete Konzessionsabgabenrecht eignet, um einen Ausgleich für betroffene Standortkommunen zu schaffen¹⁸⁵.

II. Direkte wirtschaftliche Beteiligungsmöglichkeiten

Sowohl Bürgerinnen und Bürger als auch Kommunen haben – ein entsprechendes Angebot und die finanziellen Mittel vorausgesetzt – grundsätzlich die Möglichkeit, sich an bereits bestehenden Windenergieprojekten zu beteiligen oder eigene Projekte aufzusetzen. Welche Rechte, Pflichten und wirtschaftliche Risiken damit verbunden sind, richtet sich nach den gesetzlichen Bestimmungen zu der jeweiligen Rechtsform des Unternehmens und den konkreten vertraglichen Vereinbarungen im jeweiligen Einzelfall. Gängige Gesellschaftsformen von Windenergieprojekten sind GmbH & Co. KG¹⁸⁶, GmbH¹⁸⁷, Unternehmergesellschaft & Co. KG¹⁸⁸, Kommanditgesellschaften (KG)¹⁸⁹, Gesellschaften des bürgerlichen Rechts (GbR)¹⁹⁰ Aktiengesellschaft (AG)¹⁹¹ und eingetragene Genossenschaften¹⁹². Zwar ergeben sich aufgrund der verschiedenen Strukturen und unterschiedlichen Regelungen für jede Gesellschaftsform eigene Besonderheiten. Als Gemeinsamkeit lässt sich grundsätzlich jedoch festhalten, dass ein Anleger im Wege einer wirtschaftlichen Beteiligung den Status eines Gesellschafters bzw. Anteilseigners erlangt und sich sowohl die Renditeerwartungen – verbunden mit einem entsprechenden Verlustrisiko – als auch die Mitbestimmungsmöglichkeiten¹⁹³ nach dem jeweiligen Kapitaleinsatz richten. Er trägt mithin ein anteiliges unternehmerisches Risiko. Aufgrund der daraus resultierenden wirtschaftlichen Beteiligung an Gewinn

¹⁸⁵ So im Ergebnis auch IKEM et al. (2017): Ausgestaltungsoptionen und -empfehlungen zur finanziellen Beteiligung von Kommunen beim Ausbau von Windenergieanlagen an Land. In: Agora Energiewende (2017): Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie? Zwei Strategievorschläge zur Sicherung der Standortakzeptanz von Onshore Windenergie, S. 59 ff., wo zu diesem Zweck die Einführung einer Sonderabgabe favorisiert wird.

¹⁸⁶ Gesetzliche Vorgaben für diese Gesellschaftsform finden sich insbesondere im GmbHG und HGB.

¹⁸⁷ Gesetzliche Vorgaben für diese Gesellschaftsform finden sich insbesondere im Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4123-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Artikel 8 des Gesetzes vom 10. Mai 2016 (BGBl. I S. 1142).

¹⁸⁸ Strenggenommen stellt die UG keine neue Rechtsform dar, sondern ist vielmehr eine GmbH mit einem geringeren Stammkapital, vgl. § 5a GmbHG.

¹⁸⁹ Gesetzliche Vorgaben zur Kommanditgesellschaft finden sich u. a. im Handelsgesetzbuch (HGB) in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 5. Juli 2016 (BGBl. I S. 1578), insbesondere in § 161 bis § 177a.

¹⁹⁰ Gesetzliche Vorgaben zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts auch BGB-Gesellschaft finden sich insbesondere im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 24. Mai 2016 (BGBl. I S. 1190), § 705 bis § 740.

¹⁹¹ Gesetzliche Vorgaben zur Aktiengesellschaft finden sich insbesondere im Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089), zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 10. Mai 2016 (BGBl. I S. 1142).

¹⁹² Gesetzliche Vorgaben zur Genossenschaft finden sich insbesondere im Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (Genossenschaftsgesetz - GenG) vom 16. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2230), zuletzt geändert durch Artikel 8 des Gesetzes vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2541).

¹⁹³ So richtet sich der Stimmanteil bei der GmbH nach der Höhe des jeweiligen Geschäftsanteils, § 47 Abs. 2 GmbHG, oder bei Aktionären nach Wert bzw. Anzahl der Aktien, § 134 Abs. 1 AktG.

und Verlust und den Mitbestimmungsmöglichkeiten lässt sich diese Form der Investitionsbeteiligung an Windenergieanlagen als aktive bzw. unmittelbare Beteiligung einordnen.

Eine Form der direkten Beteiligung einer Gemeinde (bzw. in diesem Falle einer Stadt) an einem Windenergieprojekt verkörpert z.B. das Projekt Windenergie Gengenbach. Als Tochterunternehmen der Stadtwerke Gengenbach hat die Windenergie Gengenbach GmbH als privatwirtschaftlich organisiertes Unternehmen zwei von vier Windenergieanlagen des Windparks Rauhkasten/Steinfirst vom Hersteller und Projektentwickler Enercon schlüsselfertig¹⁹⁴ erworben.

Einen Sonderfall in Bezug auf das Verhältnis von Kapitaleinlage und Mitbestimmungsrechten stellt die Mitgliedschaft in einer Genossenschaft dar, denn hier erhält jedes Mitglied – unabhängig von der Höhe seiner Einlage – grundsätzlich nur ein Stimmrecht. Insbesondere aufgrund dieser demokratischen Strukturierung, der möglichen Haftungsbeschränkung zugunsten einzelner Mitglieder sowie der regelmäßig niedrigen Mindestinvestitionen¹⁹⁵ gilt die Form der Genossenschaft vielfach als besonders geeignet, über eine materielle Beteiligung der Öffentlichkeit die Akzeptanz für den Ausbau der Windenergie zu befördern¹⁹⁶. In Kooperation mit Gemeinden und Stadtwerken können Genossenschaften, soweit sie lokal verankert sind, gerade die dezentrale Umsetzung von Windenergievorhaben fördern¹⁹⁷.

1. Energiegenossenschaften und Windenergie

Ein großer Teil der Energiegenossenschaften in Deutschland ist im Bereich der Stromerzeugung mittels PV-Anlagen, lediglich eine kleinere Zahl solcher Gesellschaften auch oder ausschließlich im Bereich der Windenergieerzeugung tätig¹⁹⁸. Hemmnisse stellen hier insbesondere der hohe Kapitalaufwand für die Realisierung von Windenergievorhaben, die nicht unerheblichen Projektrisiken in der Planungs- und Genehmigungsphase sowie die neu hinzugekommenen Zuschlagsrisiken durch die Umstellung der EE-Förderung auf Ausschreibungsverfahren dar. Werden Genossenschaften, denen die Möglichkeit der Risikostreuung zumeist

¹⁹⁴ Schlüsselfertig bedeutet hier, dass der Projektentwickler Nutzungsverträge mit Landeigentümern geschlossen, die BImSchG-Genehmigung sowie die Netzanschlusszusage vom Netzbetreiber besorgt und an der Ausschreibung teilgenommen hat.

¹⁹⁵ Vgl. *J. Zenke/C. Dessau*, Bürgerbeteiligungen als Schlüssel einer kommunalen Energiewende, *KommJur* 2013, 288 (289); *F. Kahla/L. Holstenkamp/J. R. Müller/H. Degenhart*, Entwicklung und Stand von Bürgerenergiegesellschaften und Energiegenossenschaften in Deutschland, *Arbeitspapierreihe Wirtschaft & Recht Nr. 27*, 2017, S. 24.

¹⁹⁶ Die gesetzlichen Vorgaben für diese Gesellschaftsform finden sich im Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (Genossenschaftsgesetz – vom 16. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2230), zuletzt geändert durch Artikel 8 des Gesetzes vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2541).

¹⁹⁷ Vgl. *F. Kahla/L. Holstenkamp/J. R. Müller/H. Degenhart*, Entwicklung und Stand von Bürgerenergiegesellschaften und Energiegenossenschaften in Deutschland, *Arbeitspapierreihe Wirtschaft & Recht Nr. 27*, 2017, S. 24.

¹⁹⁸ Vgl. die noch vorläufige Auswertung bei *F. Kahla/L. Holstenkamp/J. R. Müller/H. Degenhart*, Entwicklung und Stand von Bürgerenergiegesellschaften und Energiegenossenschaften in Deutschland, *Arbeitspapierreihe Wirtschaft & Recht Nr. 27*, 2017, S. 29.

fehlt, gleichwohl in diesem Feld tätig, kann es die Finanzierung erleichtern, Windenergievorhaben nicht alleine, sondern in Kooperation mit anderen, regional verankerten Akteuren wie Gemeinden und Stadtwerken zu realisieren.

In einer solchen Konstellation können die Akteure wechselseitig von einer Zusammenarbeit/einem Zusammenschluss profitieren. Denn auch für Stadtwerke und Gemeinden kann die Umsetzung eines Windenergieprojekts unter Umständen erst durch eine Kooperation mit Energiegenossenschaften finanziell möglich werden. Gleichzeitig können sie vom Engagement der Bürgerschaft dadurch profitieren, dass das jeweilige Vorhaben über die Genossenschaft zusätzlich regional verankert wird und deshalb bessere Chancen auf Akzeptanz bei der lokalen Bevölkerung hat¹⁹⁹. Die in der Genossenschaft zusammengeschlossenen Bürger können wiederum auf diese Weise die Risiken der wirtschaftlichen Tätigkeit auf mehrere Schultern verteilen, wenn nicht gar durch entsprechende Abreden vollständig abgeben, von der Professionalität der anderen Akteure profitieren sowie die Realisierung von Windenergievorhaben in der eigenen Region (mit-) initiieren und Einfluss auf deren konkrete Ausführung und deren Betrieb gewinnen.

2. Charakteristika und Regulierung von Energiegenossenschaften

a) Vorgaben und Gestaltungsmöglichkeiten durch das Genossenschaftsgesetz

Die Gesellschaftsverfassung eingetragener Genossenschaften ergibt sich aus der jeweiligen Satzung der Genossenschaft, den Bestimmungen des Genossenschaftsgesetzes (GenG) sowie weiteren Vorgaben des bürgerlichen Rechts. Gem. § 1 GenG handelt es sich bei Genossenschaften um Gesellschaften, „deren Zweck darauf gerichtet ist, den Erwerb oder die Wirtschaft ihrer Mitglieder oder deren soziale oder kulturelle Belange durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb zu fördern [...]“²⁰⁰. Im Mittelpunkt steht die Idee der „förderwirtschaftlichen Mitgliederselbsthilfe“²⁰¹. Der gemeinsam verfolgte Zweck darf dabei nicht rein wirtschaftlicher Natur sein. Reine „Dividendengenossenschaften“, wären hiermit nicht vereinbar²⁰². Erforderlich ist vielmehr, dass im Mittelpunkt der Aktivitäten der Genossenschaft die Verfolgung eines über die wirtschaftliche Betätigung hinausgehenden Zweckes, wie etwa die

¹⁹⁹ Zum doppelten Zweck der Akzeptanzschaffung einerseits sowie der Kapitalsammlung andererseits durch Bürgerbeteiligungsmodelle sowie den weiteren Motiven von Gemeinden und Stadtwerken für eine materielle Bürgerbeteiligung siehe *M. v. Kaler/F. Kneuper*, Erneuerbare Energien und Bürgerbeteiligung, NVwZ 2012, 791 (791).

²⁰⁰ Vgl. auch zum Nachfolgenden *M. v. Kaler/F. Kneuper*, Erneuerbare Energien und Bürgerbeteiligung, NVwZ 2012, 791 (791 f.).

²⁰¹ *M. v. Kaler/F. Kneuper*, Erneuerbare Energien und Bürgerbeteiligung, NVwZ 2012, 791 (791); *I. Zenke/C. Dessau*, Bürgerbeteiligungen als Schlüssel einer kommunalen Energiewende, KommJur 2013, 288 (289).

²⁰² Vgl. auch zu den aus dieser Ausrichtung von Genossenschaften vorgenommenen Ableitungen der BaFin mit Blick auf die Anwendbarkeit des Kapitalanlagegesetzbuches das Auslegungsschreiben vom 14.06.2013, geändert am 09.03.2015, Q 31-Wp 2137-2013/0006, unter II. 3. sowie hierzu auch unten.

eigene nachhaltige Energieversorgung, steht²⁰³. Eine Selbstversorgung im strengen Sinne mittels Eigenverbrauch des erzeugten Stroms durch die Genossenschaftsmitglieder setzt dies jedoch nicht voraus. Es genügt, wenn die Förderung der Interessen von Mitgliedern mittelbar durch die Erschließung lokaler Energiequellen unter Berücksichtigung der Interessen an einem verträglichen Ausbau stattfindet²⁰⁴.

Die Rechtsform der Genossenschaft gilt als besonders geeignet, um einer breiten Öffentlichkeit eine wirtschaftliche Teilhabe am Ausbau der Windenergie zu ermöglichen. Grund dafür ist der Zuschnitt der Rechtsstellung des einzelnen Mitglieds innerhalb der Gesellschaft. Entsprechend des demokratischen Prinzips der Wahlgleichheit, häufig umschrieben als „one man one vote“, hat hier jedes Mitglied i.d.R. eine Stimme. Der Einfluss des Einzelnen ist im Grundsatz deshalb unabhängig von der Anzahl der von ihm gehaltenen Genossenschaftsanteile²⁰⁵. Als stimmberechtigtes Mitglied in der Generalversammlung hat der Einzelne u.a. gem. § 48 Abs. 1 S. 2 GenG Teil an der Entscheidung über die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat, die Verwendung eines Jahresüberschusses oder die Deckung eines Fehlbetrages. Einzelweisungen gegenüber dem Vorstand sind gem. § 27 Abs. 1 S. 2 GenG allerdings nur in kleineren Genossenschaften mit bis zu 20 Mitgliedern möglich, soweit dies in der Satzung vorgesehen ist. Gerade in größeren Genossenschaften bleibt der Einfluss auf das Tagesgeschäft damit begrenzt, während grundlegende Entscheidungen durch die Mehrheit der Mitglieder bestimmt werden.

Dass tatsächlich viele Energiegenossenschaften den Kreis potentieller Mitglieder nicht näher eingrenzen und damit der Allgemeinheit offenstehen, wird jedoch nicht durch das Genossenschaftsgesetz vorgegeben, sondern muss in der jeweiligen Satzung festgelegt werden. Aufgrund des Gestaltungsspielraums, den das Genossenschaftsgesetz bei der konkreten Ausgestaltung einer Genossenschaft bietet, folgt im Ergebnis zweierlei: Zum einen kann aus der Gesellschaftsform der Genossenschaft noch nicht auf eine regionale Verwurzelung geschlossen werden. Darüber hinaus ist es auch nicht möglich, allein schon aufgrund der Rechtsform eine besondere Offenheit der jeweiligen Gesellschaft anzunehmen. Nicht nur steht es den Genossenschaften im Rahmen der Privatautonomie frei, wen sie als Mitglied aufnehmen. Vielmehr kann – z.B. auch durch die in der Satzung vorzunehmende Festlegung der auf einen Geschäftsanteil zu leistenden Einzahlungen – derjenige Teil der Allgemeinheit von der Mitgliedschaft rein tatsächlich ausgeschlossen werden, der nicht über die entsprechenden Mittel verfügt.

Nichtsdestotrotz lässt sich die Verfassung einer Genossenschaft gerade auch auf solche Menschen zuschneiden, die lediglich geringe Mittel für eine Investition zur Verfügung haben oder aber keine größeren finanziellen Risiken eingehen wollen, etwa weil sie selbst nicht

²⁰³ I. Zenke/C. Dessau, Bürgerbeteiligungen als Schlüssel einer kommunalen Energiewende, KommJur 2013, 288 (289); M. v. Kaler/F. Kneuper, Erneuerbare Energien und Bürgerbeteiligung, NVwZ 2012, 791 (791); vgl. auch A. Böhlmann-Balan/M. Herms/C. Leroux, Neuer Wind für die Bürgerbeteiligung?!, ER 2016, 241 (243).

²⁰⁴ M. v. Kaler/F. Kneuper, Erneuerbare Energien und Bürgerbeteiligung, NVwZ 2012, 791 (792).

²⁰⁵ Zur Möglichkeit von Mehrstimmrechten, § 43 Abs. 3 S. 2 GenG.

hinreichend geschäftserfahren sind. Nicht nur wird – wie bereits angedeutet – das laufende Geschäft durch einen Vorstand getätigt, der die Genossenschaft gem. § 24 Abs. 1 GenG nach außen hin vertritt. Vielmehr sieht das GenG auch verschiedene risiko- und verlustbegrenzende Vorkehrungen vor: So ist die Haftung der Genossenschaft gem. § 2 GenG auf das Vermögen der Genossenschaft selbst begrenzt. Ein unmittelbarer Durchgriff in das Vermögen der Mitglieder ist danach nicht möglich. Für den Fall der Insolvenz der Genossenschaft kann eine Nachschusspflicht der Mitglieder (§ 105 GenG) zudem gem. § 6 Nr. 3 GenG in der Satzung ausgeschlossen oder nur teilweise – d.h. beschränkt auf eine bestimmte Haftungssumme – zugelassen werden. Damit es erst gar nicht zum Fall der Insolvenz einer Genossenschaft kommt, sieht das Genossenschaftsgesetz zudem weitere Vorkehrungen vor. So kann etwa über die Festlegung eines Mindestkapitals gem. § 8a GenG, das durch die Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens an ausgeschiedene Mitglieder nicht unterschritten werden darf, verhindert werden, dass Genossenschaften wegen erheblicher Änderungen im Mitgliederbestand innerhalb kurzer Zeit ihr Kapital verlieren²⁰⁶. Hinzu kommt, dass sich Genossenschaften gem. § 53 GenG mindestens in jedem zweiten Geschäftsjahr einer Prüfung ihrer Einrichtung, Vermögenslage sowie der Geschäftsführung durch ihren jeweiligen Prüfungsverband unterziehen muss. Bei einer Bilanzsumme größer als 2 Mio. € ist die Prüfung sogar in jedem Geschäftsjahr vorzunehmen. Die Prüfungsverbände unterliegen schließlich ihrerseits der Staatsaufsicht, § 64 GenG.

b) Vorgaben der Finanzmarktregulierung

Neben den Anforderungen des Genossenschaftsgesetzes und den allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen müssen Energiegenossenschaften bei der materiellen Beteiligung der Öffentlichkeit am Ausbau der Windenergie als einer Form der Geldanlage die einschlägigen Vorgaben der Finanzmarktregulierung beachten. Aktivitäten des Gesetzgebers zu einer stärkeren Regulierung des sog. „grauen Kapitalmarktes“ im Rahmen des Kleinanlegerschutzgesetzes (KlAnlSchG)²⁰⁷, d. h. insbesondere Änderungen des Kapitalanlagegesetzbuches (KAGB) sowie des Vermögensanlagegesetzes (VermAnlG), stellten Bürgerenergiegenossenschaften zuletzt vor große – auch erhebliche finanzielle – Herausforderungen.

Während die Vorschriften des Kreditwesengesetzes (KWG) für genossenschaftliche Modelle in der Regel nicht einschlägig sind²⁰⁸, sah die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) den Anwendungsbereich des 2013 eingeführten KAGB zunächst als eröffnet an²⁰⁹.

²⁰⁶ Eine Genossenschaft kann danach etwa ein Mindestkapital in Höhe von 90 Prozent des Gesamtbetrags der Geschäftsguthaben zum Ende des vorangegangenen Geschäftsjahres vorsehen.

²⁰⁷ Kleinanlegerschutzgesetz vom 3. Juli 2015, BGBl. I S. 1114 ff.

²⁰⁸ Gem. § 1 Abs. 11 Nr. 2 KWG sind Anteile an Genossenschaften i.S.v. § 1 GenG keine Finanzinstrumente, so dass der Anwendungsbereich des KWG in aller Regel nicht eröffnet ist.

²⁰⁹ Zu den Konsequenzen für Genossenschaften siehe *I. Zenke/C. Dessau*, Bürgerbeteiligungen als Schlüssel einer kommunalen Energiewende, *KommJur* 2013, 288 (290 f.).

Inzwischen ist die Bundesanstalt von dieser Auffassung jedoch abgerückt²¹⁰ und geht unter Berücksichtigung des besonderen Förderzwecks von Genossenschaften – Stichwort „förderwirtschaftliche Selbsthilfe“ – davon aus, dass in der Gesamtschau die Regelungen in Genossenschaftssatzungen über die Beteiligung an anderen Unternehmen unbedenklich und der Genossenschaft deshalb keine festgelegte Anlagestrategie unterstellt werden könne. Insofern sei auch kein den Anwendungsbereich des KAGB eröffnendes Investmentvermögen i.S.v. § 1 Abs. 1 KAGB vorhanden. Solange Genossenschaften sicherstellen – was sich aber bereits aus dem Genossenschaftsgesetz selbst ergibt – dass sie tatsächlich im Hauptzweck operativ tätig sind und nicht fondstypische Anlagegeschäfte tätigen, unterliegen sie damit auch nicht den Anforderungen des KAGB.

Schließlich sind auch die Anforderungen des durch das Kleinanlegerschutzgesetz von 2015 verschärften Vermögensanlagengesetzes, § 1 Abs. 2 VermAnlG, in aller Regel nicht anwendbar. Grund dafür ist, dass das öffentliche Angebot von Genossenschaftsanteilen dort gem. § 2 Nr. 1 VermAnlG ausdrücklich von der sog. Prospektpflicht befreit ist²¹¹, solange für den Vertrieb der Anteile keine erfolgsabhängige Vergütung gezahlt wird. Die zu einer spürbaren Entlastung für Bürgerenergiegenossenschaften²¹² führenden Regelungen werden damit begründet, dass aus der Sicht des Gesetzgebers mit der durch die genossenschaftlichen Prüfungsverbände wahrgenommenen unabhängigen Prüfung der Geschäftstätigkeit der Genossenschaften ein hinreichender Anlegerschutz bewirkt wird.

3. Das Beispiel der BürgerEnergie Kassel & Söhre eG

Im Folgenden²¹³ soll – pars pro toto – anhand der BürgerEnergie Kassel & Söhre eG (im Weiteren nur BEG) beispielhaft die gemeinschaftliche Realisierung von Windenergievorhaben unter Beteiligung von Stadtwerken, Gemeinden und Energiegenossenschaften dargestellt werden. Auch wenn insoweit eine 1:1-Übertragbarkeit der Erkenntnisse nur sehr eingeschränkt möglich ist, können aus der konkreten Anschauung dennoch Erkenntnisse über die Voraussetzungen einer erfolgreichen Beteiligung der Öffentlichkeit i.S. eines ‚best practice‘-Beispiels gewonnen werden.

Zunächst scheinen die Aktivitäten der BEG gerade durch eher informelle Aspekte geprägt zu sein. Zentral ist hierbei das Vorhandensein verschiedener Akteure in Nordhessen, die sich unabhängig voneinander jeweils entschieden, die Energiewende mitzugestalten und sich daraus ergebende Chancen für sich selbst, aber auch die Region als Ganzes zu nutzen. So war

²¹⁰ Siehe das Auslegungsschreiben der BaFin zum Anwendungsbereich des KAGB und zum Begriff des „Investmentvermögens“ vom 14.06.2013, geändert am 09.03.2015, Q 31-Wp 2137-3013/0006, unter II. 3.

²¹¹ Entsprechend besteht hier auch keine Prospekthaftung, *M. v. Kaler/F. Kneuper*, Erneuerbare Energien und Bürgerbeteiligung, NVwZ 2012, 791 (795).

²¹² So *A. Böhlmann-Balan/M. Herms/C. Leroux*, Neuer Wind für die Bürgerbeteiligung?!, ER 2016, 241 (244).

²¹³ Die folgende Darstellung wurde auf der Grundlage der öffentlich zugänglichen Protokolle der Generalversammlungen der Genossenschaft, einem Interview mit dem Vorstand der BEG, Prof. Rainer Meyfahrt, sowie den im Weiteren angegebenen Quellen erstellt.

ein für die Gründung der BEG wesentlicher Anlass die im Auftrag der Nordhessischen Stadtwerkeunion (SUN) durchgeführte Studie des vor Ort ansässigen Fraunhofer Instituts IWES (heute: IEE)²¹⁴ „Energiewende Nordhessen. Szenarien für den Umbau der Stromversorgung auf eine dezentrale und erneuerbare Erzeugungsstruktur“²¹⁵. Die dort getroffene Schlussfolgerung, dass eine vollständige (bilanzielle) Versorgung mit in der Region erzeugtem Strom aus erneuerbaren Quellen möglich ist, schuf die Grundlage für die Vor-Ort-Initiative und Kooperation. Unterstützt von kommunalpolitischen Kräften und schon früh durch die Stadtwerkeunion begleitet, gründete sich die BEG vor dem Hintergrund der durch die SUN konkret in Aussicht gestellten Beteiligungsmöglichkeiten, um zu der Realisierung dieser Windenergievorhaben²¹⁶, konkret zum Aufbringen des notwendigen (Eigen-) Kapitals, beizutragen. Für bislang drei Windparks, d.h. insgesamt 20 Windenergieanlagen mit jeweils etwa 3 MW Nennleistung, wurde die ansonsten nicht rechtlich formalisierte Kooperation mit den Stadtwerken in vertragliche Beteiligungsverhältnisse an den jeweils gegründeten Projektgesellschaften überführt und Beteiligungsmöglichkeiten an weiteren zu realisierenden Windparks mittelfristig in Aussicht gestellt.

Die Beteiligungen sahen bislang konkret so aus, dass die Anteile an den Projektgesellschaften – bislang stets als GmbH & Co KG ausgestaltet – u.a. auf Gebietskörperschaften, Stadtwerke und Genossenschaften aufgeteilt wurden. Dabei verblieb jeweils etwa ein Drittel der Anteile bei einer bzw. mehreren Energiegenossenschaften der Region²¹⁷. Zwar wurden die Gesellschaftsanteile der Genossenschaften dabei nicht mit Vorzugsrechten gleich welcher Art ausgestattet, jedoch wurde bei der Ermittlung des Kaufpreises nicht der Marktwert herangezogen, wonach der Wert der Anteile auf der Grundlage eines üblicherweise am Ertragswert der Gesellschaft orientierten Berechnungsverfahrens bestimmt wird. Zugunsten der Anteilserwerber wurde vielmehr eine Bewertung vorgenommen, nach der Genossenschaften, Kommunen und die nicht projektierenden Stadtwerke weitgehend so gestellt wurden, als ob sie bereits vom Beginn der Projektierung an Gesellschafter gewesen wären. Obwohl die Beteiligung erst zu einem Zeitpunkt stattfand, zu dem die Windenergieanlagen bereits seit mehreren Monaten Strom in das Netz eingespeisten, wurden die Erwerber der Anteile

²¹⁴ Der Kasseler Institutsteil des bislang einheitlichen Fraunhofer Instituts für Windenergie und Energiesystemtechnik (IWES) firmiert ab Januar 2018 als Fraunhofer-Institut für Energiewirtschaft und Energiesystemtechnik IEE.

²¹⁵ Fraunhofer IWES, K. Habbishaw u.a., Energiewende Nordhessen. Szenarien für den Umbau der Stromversorgung auf eine dezentrale und erneuerbare Erzeugungsstruktur, 2012.

²¹⁶ Die Aktivitäten der BEG sind allerdings nicht auf Windenergievorhaben beschränkt. Die Bürgerenergie Kassel & Söhre eG ist heute des Weiteren selbst Betreiberin mehrerer PV-Anlagen, setzt Mietmodelle um, bei denen die Genossenschaft in PV-Anlagen investiert und diese anschließend an Mitglieder vermietet und hat durch die Ausgabe von Darlehen die Realisierung einer Gaserwärmungsanlage finanziert. Hinzu kommt eine Informations- und Beratungstätigkeit der Genossenschaft gegenüber Mitgliedern und Öffentlichkeit bei Fragen der Energiegewinnung, -effizienz sowie der -speicherung.

²¹⁷ Nach Auskunft der BE Kassel & Söhre eG wurde seitens des Prüfungsverbands der Genossenschaften auch für die Zukunft eine Mindestbeteiligung der Genossenschaften von 25,1 Prozent gefordert, um ein Mindestmaß an Einfluss auf den Betrieb zu haben und um nicht als reine „Dividenden-Genossenschaft“ qualifiziert zu werden. Allerdings sollen insoweit auch mehrere Genossenschaften gemeinsam eine solche Mindestbeteiligung halten können, wenn deren einheitliche Abstimmung über Stimmbindungsabreden gesichert wird.

also so gestellt, als ob sie die schon in der Planungs- und Genehmigungsphase²¹⁸ bestehenden Projektrisiken mitgetragen hätten.

Die regionale Verankerung der Genossenschaft²¹⁹ spiegelt sich nicht nur in der Kooperation mit anderen nordhessischen Akteuren wider. Sie zeigt sich auch in der räumlichen Lage der realisierten Vorhaben sowie in der tatsächlichen Mitgliederstruktur der Gesellschaft. Auch insoweit ist die regionale Verankerung der Genossenschaft jedoch nicht formal abgesichert. Vielmehr wurden sich eröffnende Möglichkeiten, außerhalb Nordhessens Beteiligungen einzugehen, bislang bewusst nicht genutzt, ohne dass dies aufgrund der Satzung der Genossenschaft ausgeschlossen war. Auch wird bei der Neuaufnahme von Mitgliedern bislang nicht formal nach dem Wohnort differenziert, da dies angesichts der lokalen Herkunft des allergrößten Teils der Mitglieder auch zur Bewahrung einer gewissen Flexibilität bei der Zulassung von Mitgliedern nicht für notwendig erachtet wurde²²⁰. Der regionale Bezug der Mitglieder wurde zwar nicht als zwingende Voraussetzung für eine Mitgliedschaft in der Satzung festgelegt, die personale Verankerung in der Region allerdings zumindest durch weiche Instrumente wie Werbung und mediale Berichterstattung allein durch lokale Medien beeinflusst.

Die Offenheit der Genossenschaft soll zudem dadurch abgesichert werden, dass mit der Festlegung der notwendigen Einzahlung für einen Geschäftsanteil auf 250 € zzgl. eines einmaligen sog. Eintrittsgeldes von 12,50 € eine relativ niedrige finanzielle Hürde errichtet wurde. Diese ermöglicht es weiten Kreisen auch wirtschaftlich weniger begüterter Menschen, der Genossenschaft beizutreten. Zugleich wurde mit der Festlegung, dass maximal 400 Geschäftsanteile pro Mitglied erworben werden können, verhindert, dass einzelne Mitglieder jedenfalls wirtschaftlich – wenn auch nicht gesellschaftsrechtlich – in zu starkem Maße von der wirtschaftlichen Tätigkeit der Genossenschaft profitieren. Derzeit hat die Genossenschaft ca. 1000 Mitglieder.

Um das wirtschaftliche Risiko für ihre Mitglieder zu begrenzen, hat auch die BEG in ihrer Satzung eine Nachschusspflicht vollständig ausgeschlossen. Durch die Begrenzung der Haftung sollen auch eher risikoaverse Mitglieder gewonnen werden. Der weiteren Einhegung eines Verlustrisikos dienen neben der Prüfung der Genossenschaft durch den Prüfungsverband zudem die Festlegung eines hohen Mindestkapitals gem. § 8a GenG in der Satzung der Genossenschaft, sowie die Praxis, neue Vorhaben vor einer Beteiligung intensiv einer due dili-

²¹⁸ Hinzu treten in Zukunft noch die Risiken des Ausschreibungsverfahrens, nicht umgehend einen Zuschlag für eine staatliche Förderung zu erlangen.

²¹⁹ Diese ist keineswegs selbstverständlich. Mit der Form der Genossenschaft muss weder ein regionaler Bezug einher gehen noch ist sichergestellt, dass grundsätzlich jedermann sich hier beteiligen kann, sodass eine hohe Identifikationswirkung entsteht, zu pauschal daher *I. Zenke/C. Dessau*, Bürgerbeteiligungen als Schlüssel einer kommunalen Energiewende, *KommJur* 2013, 288 (289).

²²⁰ So sollten jedenfalls Umzüge von Mitgliedern aus der Region ohne jeden Einfluss auf ihre gesellschaftsrechtliche Stellung bleiben. Zudem wollte man es auch ermöglichen, etwa weiter entfernt lebenden Verwandten Geschäftsanteile als Geschenk zuzuwenden, ohne dass die Beschenkten selbst in der Region Nordhessen ansässig sind.

gence, d. h. einer ausführlichen Wirtschaftlichkeitsprüfung zu unterziehen. Von nicht zu unterschätzender Bedeutung ist zudem, dass der ehrenamtlich agierende Vorstand der BEG über den nötigen Sachverstand durch langjährige Erfahrung im Rechts- und Geschäftsverkehr verfügt. Auch dies trägt dazu bei, Risiken und Chancen zutreffend einzuschätzen und den Einkauf externen Sachverstands weitgehend auszuschließen²²¹.

Einfluss kann das einzelne Mitglied – wie gesehen – über sein Stimmrecht in der Generalversammlung ausüben. Beschlüsse erfordern grundsätzlich die einfache Mehrheit der in der Versammlung abgegebenen gültigen Stimmen. Für bestimmte Beschlussgegenstände sind jedoch besondere Quoren vorgesehen. Abweichend von dem gesetzgeberisch als Normalfall vorgesehenen Modell legt die Satzung der BEG fest, dass der Vorstand durch den Aufsichtsrat und nicht die Generalversammlung selbst bestellt wird. Der Aufsichtsrat allerdings ist seinerseits durch die Generalversammlung zu wählen. Vorstand und Aufsichtsrat sind durch Beschluss der Generalversammlung zu entlasten. Bleibt damit der Einfluss des einzelnen Mitglieds auf die konkrete Geschäftsführung selbstverständlich auch bei dieser konkreten Ausgestaltung der Gesellschaftsverfassung begrenzt, so steht dem dennoch ein hohes Maß an Transparenz in den Aktivitäten der Genossenschaft gegenüber, da diese über Generalversammlungen, Informationsveranstaltungen und durch die Veröffentlichung von Versammlungsprotokollen und der Jahresabschlüsse hergestellt wird. Daneben kann der Einzelne Auskünfte über Angelegenheiten der Genossenschaft verlangen, Anträge für die Generalversammlung formulieren und profitiert vom Jahresgewinn und sonstigen Ausschüttungen.

III. Indirekte Beteiligungsmöglichkeiten

Indirekte Beteiligungsmöglichkeiten zeichnen sich im Gegensatz zu den oben dargestellten direkten Beteiligungsmöglichkeiten – z.B. durch die Stellung als Gesellschafter oder Miteigentümer eines Unternehmens – dadurch aus, dass die Anleger nicht unmittelbar am wirtschaftlichen Gewinn und Verlust des Unternehmens teilhaben. I.d.R. besteht aber auch für sie ein Totalverlustrisiko und die Rendite ist von vorherein festgelegt. Allerdings haben sie keinerlei Einflussmöglichkeiten auf die Durchführung des Projekts, wie z.B. strategische Entscheidungen, d.h. sie verfügen weder über Teilnahme- noch Mitwirkungs- oder Stimmrechte.

In Zusammenhang mit Windenergieprojekten werden auf dem Markt zahlreiche unterschiedliche Investitionsmöglichkeiten (Darlehen, Anleihen, Genussrechte, Crowdfunding, etc.) angeboten. Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass die Anlageprodukte in ihrem Grundkonzept starke Ähnlichkeiten aufweisen, denn sie basieren auf einer schuldrechtlichen Vereinbarung: Der Anleger verpflichtet sich, dem Entwickler bzw. Betreiber einen be-

²²¹ Zu den mit der Belastung nur weniger ehrenamtlich agierender Schultern verbundenen Gefahren für Bürgerenergiegenossenschaften vgl. *J. Radtke*, *Energiewende in der Verflechtungsfalle: Chancen und Grenzen von Partizipation und bürgerschaftlichem Engagement in der Energiewende*, DIW, Vierteljahreshefte zur Wirtschaftsforschung, 4/2016, 75 (81).

stimmten Geldbetrag für eine bestimmte Zeitspanne zur Verfügung zu stellen, während sich der Entwickler bzw. Betreiber verpflichtet, dem Anleger den Betrag nebst einer i.d.R. von Anfang an festgelegten Vergütung zurück zu gewähren.

Insofern beschränkt sich die folgende Darstellung auf die Geldanlageform Darlehen, die eine Grundform der Geldanlage verkörpert und z.T. ergänzt und in verschiedenen Abwandlungen und Ausprägungen angeboten wird. So gilt z.B. auch für festverzinsliche Anleihen (auch festverzinsliches Wertpapier, Rentenpapier, Schuldverschreibung oder Obligation), die im Windbereich als Anlageprodukt sehr stark vertreten sind²²² und bei denen es sich um sog. Wertpapiere handelt, dass der Käufer einer Anleihe (Anleger) dem Emittenten (Herausgeber) Geld überlässt und dafür festgesetzte Zinszahlungen erhält²²³. In Bezug auf die Anleihe ist aufgrund der Ähnlichkeit auch umstritten, ob es sich bei der Geldüberlassung um einen Darlehensvertrag²²⁴ oder ein Schuldversprechen²²⁵ handelt und welche Vorschriften diesbezüglich zur Anwendung kommen²²⁶.

Eine modifizierte Form, die im Folgenden ebenfalls nicht weiter erörtert wird, ist das Genussrecht. Zwar erhält der Anleger hier im Gegensatz zum (festverzinsten) Darlehen eine gewinnabhängige Vergütung, eine Beteiligung am Liquidationserlös oder Optionsrechte. Da der Anleger dem Genussrechtsemittenten mit Abschluss des Genussrechtsvertrages aber das Genussrechtskapital zur Verfügung stellt und im Gegenzug ein Anspruch auf Vergütung entsteht, lassen sich die folgenden Ausführungen zu den Mitbestimmungsmöglichkeiten und Risiken der Anlageform Darlehen auch auf Genussrechte übertragen.

1. Darlehen

Eine „klassische“ Investitionsmöglichkeit in Zusammenhang mit Windenergieprojekten besteht, wie oben kurz ausgeführt, in der Vergabe eines Darlehens; d.h. der Darlehensgeber (Bürgerinnen/Bürger, Kommunen, Banken etc.) stellt dem Darlehensnehmer (Windparkentwickler/-betreiber) für einen bestimmten Zeitraum einen bestimmten Geldbetrag zur Verfügung und erhält dafür einen, meist ebenfalls von Anfang an festgesetzten, Zinsbetrag²²⁷.

²²² Vgl. z.B. Green-City-Energy:

https://www.kraftwerkspark3.de/anleihe/?gclid=EAlalQobChMI3cPnioP92AIVEuEbCh2ljgENEAYASAAEgK7ZvD_BwE; ENERTRAG: https://invest.enertrag.com/index.php?id=77_sachwertanleihe.

²²³ Vgl. zur Anleihe die Erläuterungen der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht. Abrufbar unter: https://www.bafin.de/DE/Verbraucher/Finanzwissen/WA/Schuldverschreibungen/Schuldverschreibung_artikel.html.

²²⁴ Der Darlehensvertrag richtet sich nach den §§ 488 ff. BGB.

²²⁵ Das Schuldversprechen ist in § 780 BGB geregelt.

²²⁶ Weiterführend *F. Beer*, Die Verantwortung des Börsenträgers bei der Gestaltung alternativer Marktsegmente, 2017, S. 35 m.w.N.

²²⁷ Der Darlehensvertrag ist in § 488 BGB geregelt.

Mithilfe von bankenunabhängigen Darlehen „sammeln“ Projektentwickler²²⁸ in der Regel zusätzliches Kapital für die Finanzierung eines Windenergieprojekts ein.

Durch die Gewährung eines Darlehens erhält der Darlehensgeber – anders als bei den oben dargestellten direkten Beteiligungsmöglichkeiten – keinerlei Einflussmöglichkeiten auf die Art der Durchführung des Projekts. Zwar können Darlehensverträge eine Zweckbindung enthalten, d.h. dass sich der Darlehensnehmer verpflichtet, den erhaltenen Betrag nur für die Entwicklung, Errichtung oder den Betrieb eines bestimmten Windenergieprojekts zu verwenden. Im Ergebnis resultieren daraus aber weder Teilnahme- noch Mitwirkungs- oder Stimmrechte. Insoweit handelt es sich bei Darlehen lediglich um eine indirekte Beteiligungsmöglichkeit.

Das Gesamtvolumen nicht bankfinanzierter Darlehen beschränkt sich i.d.R. auf ein Maximum von 2,5 Mio. €²²⁹. Ebenso ist oft auch die Höhe der einzelnen Darlehensbeträge begrenzt²³⁰. Da die Mindestsummen häufig auf wenige hundert Euro festgesetzt werden, reichen verhältnismäßig niedrige Beträge für eine Investition in Windenergieanlagen aus²³¹, so dass sich diese Form des Darlehens besonders als Investition für Kleinanleger eignet.

Die Laufzeit von Darlehen im Bereich der Finanzierung von Windenergieprojekten beträgt für gewöhnlich mindestens 10 Jahre. Die Zinssätze bewegen sich, jedenfalls in den letzten Jahren, zwischen 2 und 3 Prozent²³². Je nach Vertrag können auch Zinsboni als Zusatzoptionen sowie gewinnabhängige Zinsen vereinbart werden²³³.

Dabei ist es grundsätzlich unerheblich, um welche Rechtsform es sich bei dem Darlehensnehmer handelt. Das Darlehen als Finanzierungsmittel kann z.B. sowohl von GmbH & Co. KGs als auch von Energiegenossenschaften genutzt werden.

²²⁸ Hierbei kann es sich sowohl um Energiegenossenschaften, wie z.B. Münster Energie eG (Initiative der Stadtwerke Münster) oder um große Energieversorgungsunternehmen, wie die EnBW „Windkraft-Beteiligungsmodell für Bürger“ handeln.

²²⁹ Vgl. z.B. Münster Energie eG (Initiative der Stadtwerke Münster) mit einem Gesamtvolumen von 1.7 Mio. €.

²³⁰ Die Höchstbeträge rangieren zwischen 10.000 € und 100.000 €.

²³¹ So beträgt z.B. sowohl die Mindestsumme eines Darlehens an die Münster Energie eG als auch an das enova Projekt Breddenberg Ohe und die Windenergie Gengenbach GmbH 500 €. Abrufbar unter: <https://www.unsere-muenster-energie.de/nachrangdarlehen> und <http://www.enova.de/zeichnung-unserer-uen-buergerbeteiligung-bredenberg-ohe-jetzt-moeglich> und https://www.windenergie-gengenbach.de/unsere_projekt.

²³² Münster Energie eG: 2,5 %; EnBW „Windkraft-Beteiligungsmodell für Bürger“: 2,5 %; enova Projekt Breddenberg Ohe 3,75 %.

²³³ Partiarische Nachrangdarlehen. Hier ist allerdings zu beachten, dass es sich bei einem partiarischen Darlehen um eine Mischform zwischen Darlehen und stiller Beteiligung handelt auf die im Rahmen dieses Papiers nicht näher eingegangen werden kann.

a) Regionaler Bezug

In den letzten Jahren wird die Vergabe von Darlehen für Windenergieanlagen zunehmend mit einer lokalen Komponente verknüpft, indem Bürgerinnen und Bürgern aus der Region entweder bevorzugt oder sogar ausschließlich der Abschluss eines Darlehensvertrages angeboten wird. Insoweit wird die regionale Verbindung mit dem Standort der Windenergieanlagen Voraussetzung für die Investitionsmöglichkeit. Der lokale Bezug wird dabei unterschiedlich definiert.

So bietet z.B. die Windenergie Gengenbach GmbH nur Anwohnerinnen und Anwohnern der Gemeinde Gengenbach bzw. der direkt angrenzenden Gemeinden Darlehen mit einem Gesamtvolumen von 2 Mio. € an²³⁴. Nicht ausschließlich, aber bevorzugt wurden außerdem Bürgerinnen und Bürgern aus der Region ein Darlehen für das Projekt "Breddenberg Ohe"²³⁵ der ENOVA Windpark Breddenberg Ohe GmbH & Co. KG angeboten²³⁶.

b) Rechtliche Hemmnisse und Herausforderungen

Darlehensnehmer von Windenergieprojekten stellen i.d.R. keine Sicherheiten zur Verfügung. Scheitert ein Projekt und stehen den bereits angefallenen Kosten keine Erträge gegenüber, droht der Totalverlust der Darlehenssumme. Die Anleger sind somit von der Entwicklung und der Zahlungsfähigkeit des Darlehensnehmers abhängig.

Zudem werden Darlehen von Privatpersonen²³⁷ als Anlageprodukt im Bereich der Windenergie i.d.R. als Nachrangdarlehen vergeben. Die Besonderheit von Nachrangdarlehen²³⁸ besteht darin, dass der Darlehensvertrag Klauseln beinhaltet, die für den Insolvenzfall eine Reihenfolge für die Befriedigung der Forderungen vorsehen. Danach werden nachrangige Forderungen nur berücksichtigt, wenn höherrangige Forderungen bereits bedient wurden. Bei einem „einfachen“ Nachrang handelt es sich um eine reine Verteilungsregel für den Insolvenzfall. Aufgrund der Nachrangigkeit kann deshalb die Situation eintreten, dass nach der Befriedigung „vorrangiger“ Gläubiger (oftmals projektfinanzierende Banken), aber vor den Gesellschaftern, die Tilgung der Darlehensforderung mangels Masse nicht mehr möglich ist und Gläubiger von Nachrangdarlehen leer ausgehen.

²³⁴ https://www.windenergie-gengenbach.de/unser_projekt.

²³⁵ <https://www.buergerbeteiligung.enova.de/projekte>.

²³⁶ Zum regionalen Bezug wird auf der Homepage ausgeführt: „Bürger mit lokalem Bezug zu unseren Projekten können sich bevorzugt beteiligen.“ <https://www.buergerbeteiligung.enova.de/> Auf Nachfrage per E-Mail erfolgte die Auskunft, dass der regionale Bezug für die Bürgerbeteiligung meist über ein sogenanntes „Zwiebelschalenmodell“ über Postleitzahlen sichergestellt werde. „In Einklang mit den jeweiligen Vereinbarungen vor Ort (Festlegung der Postleitzahlen), dürfen sich zunächst die Bürger mit unmittelbarem Bezug beteiligen. Sollte nach Ablauf einer bestimmten Zeit (z.B. 10 Wochen) noch Zeichnungsvolumen übrig sein, wird die Zeichnungsmöglichkeit auf benachbarte Gemeinden und PLZ erweitert.“

²³⁷ Für Darlehen von Kreditinstituten gelten i.d.R. andere Bedingungen.

²³⁸ § 39 Abs. 1 InsO.

Mit einem qualifizierten Rangrücktritt werden die Forderungen des Darlehensgebers, wie z.B. Zinsen, vorerst nicht bedient und aufgeschoben, wenn durch die entsprechende Zahlung oder Rückzahlung ein Insolvenzgrund eintreten würde. Erst wenn das Unternehmen durch die Leistung des Kapitaldienstes nicht mehr von einer möglichen Insolvenz bedroht ist, wird er wieder aufgenommen. Insoweit ist auch der Anspruch der Anleger auf Verzinsung und Rückzahlung ihres Kapitals solange und soweit ausgeschlossen, wie die Verzinsung/Rückzahlung zur Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit beim Darlehensnehmer führen würde.

Um den sog. „grauen Kapitalmarkt“ stärker zu regulieren, wurden im Zuge des bereits oben genannten Kleinanlegerschutzgesetzes zahlreiche zusätzliche Regelungen geschaffen, die darauf abzielen, den Schutz von Anlegern zu verbessern und damit das Risiko von Vermögenseinbußen zu vermindern²³⁹. Dafür wurden Geldanlageprodukte, wie z.B. partiarische Darlehen und Nachrangdarlehen, erstmalig in den Anwendungsbereich bestimmter kapitalmarktrelevanter Gesetze einbezogen. Sie unterfallen nunmehr der Aufsicht nach dem KWG und gelten als Vermögensanlagen i.S.v. § 1 Abs. 2 Nr. 4 Vermögensanlagengesetz (VermAnlG)²⁴⁰, für die grundsätzlich die dort verankerten Anforderungen zum Schutz von Kleinanlegern zur Anwendung kommen.

Gemäß § 12 Abs. 2 VermAnlG hat z.B. der Anbieter solcher Geldanlagen dafür zu sorgen, dass die Werbung einen deutlichen und ausdrücklichen Warnhinweis mit dem folgenden Wortlaut enthält:

„Der Erwerb dieser Vermögensanlage ist mit erheblichen Risiken verbunden und kann zum vollständigen Verlust des eingesetzten Vermögens führen.“

Außerdem wird Anbietern eine umfangreiche Prospektspflicht auferlegt, deren Inhalt in § 7 VermAnlG sowie in der auf Grundlage von § 7 Abs. 3 VermAnlG erlassenen Vermögensanlagen-Verkaufsprospektverordnung (VermVerkProspV)²⁴¹ näher geregelt ist. Dazu gehört z.B., dass die Gültigkeit der Prospekte zwölf Monate beträgt und den Anbietern eine ständige Aktualisierungspflicht sowie eine Nachveröffentlichungspflicht auferlegt wird²⁴². Die Komplexität der Prospektspflicht, jedenfalls die erstmalige Anpassung interner Prozessabläufe sowie das Vorhalten der Unterlagen zur Prüfung der Rechnungslegung und Auskunftserteilung, wird vom Gesetzgeber als hoch eingestuft²⁴³.

Zusätzlich zur Erstellung des Verkaufsprospekts sind Anbieter gemäß § 13 Abs. 1 VermAnlG verpflichtet, vor dem Beginn des öffentlichen Angebots ein Vermögensanlagen-

²³⁹ BT-Drs. 18/3994, S. 2.

²⁴⁰ Gesetz über Vermögensanlagen (Vermögensanlagengesetz - VermAnlG) vom 06. Dezember 2011 (BGBl. I S. 2481) zuletzt geändert durch Artikel 4 des Gesetzes vom 18. Juli 2016 (BGBl. I S. 1666).

²⁴¹ Vermögensanlagen-Verkaufsprospektverordnung (VermVerkProspV) vom 16. Dezember 2004 BGBl. I S. 3464; zuletzt geändert durch Artikel 24 G. v. 23.06.2017 BGBl. I S. 1693.

²⁴² § 8a VermAnlG.

²⁴³ BT-Drs. 18/3994, S. 30 ff.

Informationsblatt (VIB) zu erstellen und bei der BaFin zu hinterlegen. Vor der Veröffentlichung muss das VIB durch die BaFin genehmigt werden²⁴⁴. § 13 VermAnlG enthält in den Absätzen 3 bis 7 zahlreiche formale und inhaltliche Vorgaben, die vom Anbieter bei der Erstellung zu berücksichtigen sind.

c) Schwarmfinanzierung/Crowdinvesting

Allerdings gibt es im VermAnlG Ausnahmen von diesen Anforderungen. Werden Nachrangdarlehen (i.d.R. mit qualifiziertem Rangrücktritt) über spezielle Internetplattformen und unter bestimmten Voraussetzungen, insbesondere im Rahmen von Höchstgrenzen angeboten, fallen sie unter die Befreiungsvorschriften für Schwarmfinanzierungen. Der Begriff der Schwarmfinanzierung ist in § 2a VermAnlG nebst den dafür erforderlichen Voraussetzungen enthalten, er wird aber gesetzlich nicht definiert. Die BaFin bestimmt Schwarmfinanzierungen auf ihrer Homepage wie folgt²⁴⁵:

„Bei einer Schwarmfinanzierung (Crowdinvesting) finanziert eine Vielzahl von Geldgebern ein konkretes Projekt. Die Anleger erhalten für das Investment einen festen Zinssatz oder werden über einen erfolgsabhängigen Zinssatz an zukünftigen Gewinnen des finanzierten Projekts beteiligt. Die Einsammlung der Gelder über Internet-Dienstleistungsplattformen ist dabei die Regel.“

Der Vorteil einer Schwarmfinanzierung besteht darin, dass bestimmte Informations-, Prüf- und Prospektspflichten nicht oder nur eingeschränkt erfüllt werden müssen²⁴⁶. Zwar haben Anbieter ein VIB zu erstellen, dabei handelt es sich jedoch um die einzige gesetzlich vorgesehene Information über die Vermögensanlage. Für die formalen und inhaltlichen Voraussetzungen des VIB gelten insbesondere die Vorgaben in § 13 Abs. 5 VermAnlG. Mithilfe dieser Ausnahmeregelung für sogenannte Crowdinvestments über Vertriebsplattformen im Internet soll die Finanzierung von kleineren und mittleren Unternehmen unterstützt werden²⁴⁷.

Zu den besonderen Voraussetzungen zählt zunächst, dass pro Emittent das Gesamtvolumen von 2,5 Mio. € nicht überschritten wird. Diese Obergrenze wurde im Gesetzgebungsprozess von zunächst 2 Mio. € auf 2,5 Mio. € angehoben²⁴⁸. Für private Investoren gilt zudem eine Obergrenze von 10.000 €. Bei einem Anlagebetrag von mehr als 1.000 € muss ein privater

²⁴⁴ § 13 Abs. 2 VermAnlG.

²⁴⁵ Abrufbar unter:

https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2017/fa_bj_1707_Schwarmfinanzierung.html.

²⁴⁶ § 2a Abs. 1 VermAnlG lautet: „Die §§ 5a, 6 bis 11a, 12 Absatz 1, § 14 Absatz 1 Satz 1 und Absatz 3 Satz 1, die §§ 15a, 17, 18 Absatz 1 Nummer 2 bis 6, § 19 Absatz 1 Nummer 2, die §§ 20, 21, 23 Absatz 2 Nummer 2 und 4, § 24 Absatz 5 bis 8 und § 25 sind nicht anzuwenden auf Vermögensanlagen im Sinne von § 1 Absatz 2 Nummer 3, 4 und 7, wenn der Verkaufspreis sämtlicher angebotener Vermögensanlagen desselben Emittenten 2,5 Millionen Euro nicht übersteigt.“

²⁴⁷ BT-Drs. 18/3994, S. 40.

²⁴⁸ BT-Drs. 18/4708, S. 64.

Investor eine Selbstauskunft darüber abgeben, dass er über frei verfügbares Vermögen von mindestens 100.000 € verfügt oder maximal zwei Netto-Monatsgehälter investiert.

Der Herausgeber der Geldanlage, d. h. der Darlehnsnehmer hat zu beachten, dass die Online-Plattform eine Lizenz nach Gewerbeordnung (GewO)²⁴⁹, KWG oder Wertpapierhandelsgesetz (WpHG)²⁵⁰ benötigt. Zudem muss die Werbung für Vermögensanlagen Warnhinweise enthalten, ein VIB erstellt werden und der Anleger (elektronisch) bestätigen, dass er den Warnhinweis des VIB zur Kenntnis genommen hat.

Die Form der Schwarmfinanzierung wurde z.B. von der Windenergie Gengenbach GmbH gewählt und Nachrangdarlehen über die Homepage www.windenergie-gengenbach.de angeboten²⁵¹. Weitere Beispiele bilden die WEK Windenergie Kolkwitz GmbH & Co KG, die über die Bürgerbeteiligungsplattform www.energie-partner.de den Abschluss eines Nachrangdarlehens in Höhe von 500 bis 10.000 € anbietet²⁵². Ebenso wurde für die Finanzierung des Projekts „Bürgerwind Markt Dachsbach“ über die GLS Crowd²⁵³ ein Gesamtvolumen von 300.000 € eingeworben²⁵⁴. Dabei waren Investitionen ab 250 € möglich.

d) Fazit

Das Risiko des Totalverlusts wird Anlegern trotz strengerer Kapitalmarktregelungen beim Nachrangdarlehen nicht genommen. Gleichzeitig stellen die Kapitalmarktregelungen gerade nicht stark professionalisierte bzw. „Einmal“- Anbieter vor eine große Hürde. Gerade die Anforderungen für die erstmalige Erstellung der erforderlichen Prospekte, Informationen etc. werden auch vom Gesetzgeber als hoch komplex eingestuft. Eine Finanzierung Mithilfe von bankenunabhängigen Darlehen kommt von daher nur für Projektentwickler in Frage, die einen bestimmten Professionalisierungsgrad aufweisen.

Erleichterungen gelten allerdings für Darlehen, die im Wege einer Schwarmfinanzierung bzw. eines Crowdinvesting akquiriert werden, d.h. sich einmalig auf einen Maximalbetrag in Höhe von 2,5 Mio. € beschränken und über eine Internetplattform angeboten werden. Trotz weiterer Beschränkungen in Bezug auf die Höhe der einzelnen Darlehensbeträge, wird diese Form der Finanzierung aufgrund der erheblich geringeren formalen Anforderungen zunehmend genutzt.

²⁴⁹ Gewerbeordnung (GewO) neugefasst durch B. v. 22. Februar 1999 BGBl. I S. 202; zuletzt geändert durch Artikel 1 vom 17. Oktober 2017 (BGBl. I S. 3562).

²⁵⁰ Gesetz über den Wertpapierhandel (Wertpapierhandelsgesetz – WpHG) neugefasst durch B. v. 09.09.1998 BGBl. I S. 2708) zuletzt geändert durch Artikel 14 des Gesetzes vom 17. August 2017 (BGBl. I S. 3202).

²⁵¹ https://www.windenergie-gengenbach.de/unser_projekt.

²⁵² <https://www.windenergie-kolkwitz.de/docs/default-source/default-document-library/flyer-b%C3%BCrgerbeteiligung.pdf>.

²⁵³ <https://www.gls-crowd.de/fuer-anleger/info>.

²⁵⁴ <https://www.gls-crowd.de/dachsbach>.

Erleichterungen von der Prospektpflicht gelten nach § 2 Nr. 1 lit. a VermAnlG auch für Genossenschaften. Danach können Mitglieder einer Genossenschaft ihrer Genossenschaft partiarische Darlehen und Nachrangdarlehen zur Verfügung zu stellen, während die wesentlichen Informationen über die Vermögensanlage lediglich in den Geschäftsräumen der Genossenschaft zur Einsichtnahme ausliegen müssen. Damit korrespondiert § 21b GenG, wonach Genossenschaften von ihren Mitgliedern zu bestimmten Zwecken und bis zu jeweils maximal 25 000 € pro Mitglied²⁵⁵ und 2,5 Mio. € Gesamtsumme²⁵⁶ Darlehen einwerben können, ohne dass sie dafür einer Erlaubnis zum Betreiben des Einlagengeschäfts nach dem Kreditwesengesetz (KWG) bedürfen. Insoweit kann eine Finanzierung durch Darlehen für Genossenschaften durchaus in Betracht kommen.

2. Sparvertrag

Um das Verlustrisiko für Anlegerinnen und Anleger zu minimieren, ihnen aber gleichzeitig die Möglichkeit einer regionalen Investition zu bieten, wurde ein Produkt entwickelt²⁵⁷, das die Finanzierung bestimmter Erneuerbare-Energien- und Infrastrukturmaßnahmen mit einer Sparmöglichkeit für Bürgerinnen und Bürger „aus der Region“²⁵⁸ verknüpft. Auf diese Weise soll in erster Linie die Wertschöpfung vor Ort gesteigert werden. Das Produkt richtet sich aus diesem Grund sowohl an die jeweiligen Vorhabenträger von Windenergieprojekten²⁵⁹ als auch an Bürgerinnen und Bürger, die in einem örtlichen Bezug zu dem Projekt stehen.

Sparverträge sind rechtlich ebenfalls als Darlehensverträge einzuordnen. In der Konstellation Bank – Sparer ist die Bank als Schuldnerin dem Sparer (und Gläubiger) zur Rückzahlung des angesparten Betrages nebst vereinbarter Zinsen verpflichtet²⁶⁰. Wie oben (unter IV.) ausgeführt, erhält der Sparer durch die Gewährung des Darlehens jedoch keine Teilnahme-, Mitwirkungs- und Stimmrechte. Aus diesem Grund handelt es sich auch bei diesen Sparverträgen um eine indirekte wirtschaftliche Beteiligungsmöglichkeit.

Anders als in der Rolle eines Darlehensgebers, besteht für die Sparerinnen und Sparer bei einem Darlehen an eine Bank ein verhältnismäßig geringes Verlustrisiko. Zum einen gelten nach § 1 Einlagensicherungsgesetz (EinSiG)²⁶¹ die Vorgaben zur Sicherungspflicht. Danach

²⁵⁵ § 21b Abs. 1 Nr. 2 GenG.

²⁵⁶ § 21b Abs. 1 Nr. 3 GenG.

²⁵⁷ Unter der Bezeichnung „Bürgersparen“ wurde das erste Sparprodukt dieser Art 2013 von der Fachabteilung Bürgerbeteiligung der Deutschen Kreditbank (DKB) entwickelt. Weiterführend:

<https://www.dkb.de/geschaeftskunden/kompetenzen/buergerbeteiligung/buergersparen/>.

²⁵⁸ Der regionale Bezug wird durch die Vorhabenträger bestimmt. Siehe dazu unter V. 1.

²⁵⁹ Das Angebot ist nicht auf Windenergieprojekte beschränkt, sondern richtet sich an alle Vorhabenträger von Erneuerbare Energien- und Infrastrukturmaßnahmen.

<https://www.dkb.de/geschaeftskunden/kompetenzen/buergerbeteiligung/>.

²⁶⁰ Palandt-Sprau, BGB, 76. Aufl. 2017, § 808, Rn. 6.

²⁶¹ Einlagensicherungsgesetz vom 28. Mai 2015 (BGBl. I S. 786), zuletzt geändert durch Artikel 24 Absatz 36 des Gesetzes vom 23. Juni 2017 (BGBl. I S. 1693).

hat der Einleger im Entschädigungsfall einen Anspruch gegen das Sicherungssystem, dem das Kreditinstitut angehört²⁶². Der in § 8 Abs. 1 EinSiG normierte Regelfall sieht einen maximalen Entschädigungsanspruch in Höhe von 100 000 € (Deckungssumme) vor. Spareinlagen sind damit bis zu einer Höhe von 100.000 € über die gesetzlich vorgesehene Entschädigungseinrichtung deutscher Banken abgesichert. Darüber hinaus können Banken zusätzliche freiwillige Sicherungsvorkehrungen ergreifen, z.B. über den Einlagensicherungsfonds des Bundesverbandes Öffentlicher Banken Deutschlands e. V oder eine Patronatserklärung anderer Banken²⁶³.

a) Regionaler Bezug

Das Konzept ist zweistufig aufgebaut. Zum einen gewährt die Bank einem Windparkentwickler ein Darlehen²⁶⁴ für die Finanzierung seines Erneuerbare-Energien-Projekts. Der Darlehensvertrag und die darin enthaltenen Konditionen, wie z.B. die Zinshöhe, orientieren sich i.d.R. an den marktüblichen Bedingungen. Gleichzeitig schließt die Bank mit dem Vorhabenträger einen Kooperationsvertrag, in dem sie sich verpflichtet, in Zusammenhang mit diesem konkreten Vorhaben Sparverträge aufzulegen.

Die Ausgestaltung der Sparverträge orientiert sich, was Laufzeit und Gesamtvolumen betrifft, am Darlehensvertrag zwischen Vorhabenträger und Bank. Den Grad der Regionalität und damit den Kreis derer, an die sich das Produkt (= Wohnumkreis zum Standort der Windenergieanlagen), bestimmt der Vorhabenträger. Dessen Aufgabe ist es auch, das konkrete Sparprodukt zu bewerben.

Die Zinsen, die im Rahmen des Sparvertrags angeboten werden, setzen sich aus dem Basiszinssatz, der von der Bank finanziert wird, und dem „Bonus-Zins“, für den der Vorhabenträger aufkommt, zusammen. Insoweit kann der Vorhabenträger die Höhe der „Bonus-Zinsen“ und damit die Attraktivität des Sparangebots beeinflussen. Gleichzeitig wirkt sich die Höhe der „Bonus-Zinsen“ auf die Wirtschaftlichkeit des Projekts aus. Je besser das Sparprodukt angenommen wird, desto höher sind die Kosten, die in Form von „Bonus-Zinszahlungen“ für den Vorhabenträger anfallen. Da sich das Gesamtvolumen der Sparverträge am Gesamtvolumen des vom Vorhabenträger bei der Bank in Anspruch genommenen Darlehens bemisst, muss der „Bonus-Zins“ in voller Höhe in die Wirtschaftlichkeitsberechnung des Windparkprojekts einfließen.

²⁶² § 7 Abs. 1 EinSiG.

²⁶³ Die DKB als Öffentliche Bank hat ein „dreistufiges“ Sicherheitssystem. Neben dem gesetzlichen Entschädigungsfonds greift der Einlagensicherungsfonds des Bundesverbandes Öffentlicher Banken Deutschlands e. V. Zusätzlich wird die Spareinlage der DKB als hundertprozentiges Tochterunternehmen durch eine Patronatserklärung der Bayerischen Landesbank gesichert.

²⁶⁴ Zu den rechtlichen Einzelheiten eines Darlehens siehe unter II.

Der Mindestbetrag für eine Teilnahme beträgt in der Regel 500 €, so dass auch eine verhältnismäßig niedrige Investitionssumme für den Abschluss eines Sparvertrags ausreicht.

Im Ergebnis wird dem vom Vorhabenträger bestimmten Zeichnerkreis ein laufzeitgebundener und festverzinst Sparvertrag mit der Bank angeboten. Als Nachweis, dass der Sparvertrag in Zusammenhang mit dem von der Bank durch Darlehensvergabe unterstützten Windenergieprojekt steht, erhalten Sparer meist ein „Schmuckzertifikat“.²⁶⁵

b) Rechtliche Hemmnisse und Herausforderungen

Für die Darlehensvergabe an die Vorhabenträger und die Anforderungen an ein Sparprodukt gelten die allgemeinen Vorgaben des Kapitalmarktrechts.

Bei dem Sparbetrag handelt es sich um eine Spareinlage i.S.v. § 21 Abs. 4 Kreditinstituts-Rechnungslegungsverordnung (RechKredV)²⁶⁶ und damit um ein klassisches Bankgeschäft i.S.v. § 1 Abs. 1 Satz KWG, 2 Nr. 1 KWG. Insoweit gelten für die Bank als Kreditinstitut die Anforderungen aus dem Kreditwesengesetz. Außerdem haben Banken die Vorgaben zur Sicherungspflicht zu beachten, so dass die Spareinlage der Einleger im Falle einer Insolvenz der Bank bis zu mindestens 100.000 € gesichert ist.

c) Fazit

Zwar ist im Ergebnis das Verlustrisiko niedrig, weil es sich um ein Bankprodukt handelt, das durch das Sicherungssystem der Banken mindestens bis zu einem Betrag von 100.000 € geschützt ist. Damit dürfte ein solches Sparprodukt auch risikoaverse Anleger ansprechen. Allerdings sind die Identifikationsmöglichkeiten insbesondere im Verhältnis zu einer direkten Beteiligung, aber auch gegenüber einem direkten Darlehen an einen Windparkentwickler oder -betreiber gering. Anleger haben nicht nur keinen Einfluss auf die Entwicklung des Projekts, es fehlt hier zusätzlich die direkte wirtschaftliche Verbindung, denn die Darlehensvergabe an den Vorhabenträger hat bereits unabhängig von dem Sparprodukt stattgefunden, so dass die Sparbeträge nicht mehr in das Projekt fließen können. Der Sparer weiß, dass die Bank, bei der er den Sparvertrag abschließt, dem konkreten Windenergieprojekt in seiner Region ein Darlehen gewährt hat und der Vorhabenträger für den „Bonus-Zins“, den er im Rahmen des Sparvertrages erhält, aufkommt. Insoweit besteht zwischen dem Windenergieprojekt und dem Sparvertrag lediglich eine ideelle Verbindung.

²⁶⁵ Siehe etwa www.dkb.de/geschaeftskunden/kompetenzen/buergerbeteiligung/buergersparen/.

²⁶⁶ Kreditinstituts-Rechnungslegungsverordnung in der Fassung der vom 11. Dezember 1998 (BGBl. I S. 3658), zuletzt geändert durch Artikel 8 Absatz 13 des Gesetzes vom 17. Juli 2015 (BGBl. I S. 1245).

3. Vergünstigte Stromtarife

Darüber hinaus können Bürgerinnen und Bürger²⁶⁷, die von Windenergieanlagen betroffen sind, durch günstige Stromtarife privilegiert werden. Im Gegensatz zu den oben dargestellten direkten und indirekten Beteiligungsmodellen bedarf es dafür keiner Investition durch die Begünstigten, denn es handelt sich um eine einseitige Leistung des Vorhabenträgers, so dass auch denjenigen, deren Finanzkraft für eine wirtschaftliche Beteiligung nicht ausreicht, ein finanzieller Vorteil erwächst. Aus diesem Grund lassen sich vergünstigte Stromtarife, die keine Investition der Betroffenen erfordern, auch als investitionsunabhängige Beteiligung bezeichnen.

a) Betroffenheit und Regionalität

Auf dem Markt werden bereits zahlreiche sog. „regionale Stromprodukte“ angeboten. Die vorhandenen Modelle weichen aber sowohl in Hinblick auf die Herkunft des Stroms (Grün- oder Graustrom) als auch in Hinblick auf den Kreis der Begünstigten (Bestimmung der Regionalität), stark voneinander ab²⁶⁸.

Unter „Regionalstrom Ramsthal“ wird bspw. von der Grünstromwerk GmbH allen Bewohnern der Gemeinden Ramsthal und Bad Kissingen ein – im Vergleich zum sonstigen Bavaria-Tarif – vergünstigtes Grünstromprodukt²⁶⁹ angeboten. Der von den Stadtwerken Greven, Ochtrup, Rheine und Steinfurt gemeinsam vertriebene Tarif „Unser Landstrom“ wird ausschließlich Kunden im Landkreis Steinfurt angeboten²⁷⁰. Die Westfalen Windstrom GmbH hat den „WWS Tarif Paderborner Land“ entwickelt, den erhält, wer in den Städten Bad Wünneberg und Lichtenau sowie in den Ortsteilen Wewelsburg, Hegensdorf, Weiberg und Ahden wohnt²⁷¹. Dieser vergünstigte Tarif²⁷² wird in Höhe von 2 Cent pro Kilowattstunde von Windenergieanlagenbetreibern aus dem Kreis Paderborn mitfinanziert²⁷³. Einen „Windkraft-Bonus“ als vergünstigten Tarif bieten auch Windstrompartner des Projektentwicklers Enertrag, wie z.B. die Stadtwerke Schwedt, die Naturstrom GmbH und die Stadtwerke Prenzlau, an²⁷⁴. Der sog. „Enertrag-Bonus“ richtet sich an Einwohner und Haushaltskunden eines

²⁶⁷ Darüber hinaus kann auch der Standortgemeinde oder der angrenzenden Gemeinde ein vergünstigter Tarif angeboten werden.

²⁶⁸ Zu den einzelnen Modellen vgl. C. Maaß/J. Güldenbergl/J. Mundt/R. Werner/M. Kahles, Theoretische Fundierung der regionalen Grünstromkennzeichnung in Deutschland. Umweltbundesamt, Juni 2017, S. 12 ff.

²⁶⁹ Nach Auskunft der Grünstromwerk GmbH auf deren Homepage wird „[...] rund die Hälfte des benötigten Stroms für unsere KundInnen bei Wind- und Solaranlagen für den jeweiligen REGIONALSTROM-Tarif bei Ihnen in der Region [...]“ eingekauft. Abrufbar unter: <https://www.gruenstromwerk.de/unsere-kraftwerke>.

²⁷⁰ Der Strom stammt ausschließlich aus Anlagen, die im Kreis Steinfurt erneuerbare Energie erzeugen (bilanziell und durch HKN nachgewiesen). Abrufbar unter: <http://www.unser-landstrom.de/unsere-stadtwerke/>.

²⁷¹ Abrufbar unter: <https://www.westfalenwind-strom.de/start/>.

²⁷² Arbeitspreis 22,42 ct/kWh (brutto).

²⁷³ Die Ortsliste ist abrufbar unter:

<https://ww2.enertrag.com/fileadmin/downloads/public/windkraftbonus/enertrag-windkraftbonus-ortsliste.pdf>.

²⁷⁴ Der Enertrag-Bonus wurde im Sommer 2012 eingeführt.

Enertrag-Windstrompartners (mit „Grünstrom-Tarif“), die ihren Erst- oder Zweitwohnsitz in einer Gemeinde haben, in der von Enertrag Windenergieprojekte entwickelt oder betrieben werden²⁷⁵. Der Bonus berechnet sich nach der Anzahl der Windenergieanlagen im Gemeindegebiet und wird den Haushaltskunden am Ende des Jahres ausgezahlt oder mit der Stromrechnung verrechnet.

b) Rechtliche Hemmnisse und Herausforderungen

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie ein vergünstigter Stromtarif ausgestaltet werden sollte, insbesondere, wie sich ein räumlicher Zusammenhang zwischen Windenergieanlage und Betroffenen herstellen lässt.

Um die Akzeptanz der Energiewende vor Ort zu fördern, indem sich Stromverbraucher besser mit den Erneuerbare-Energien-Anlagen in ihrer Region identifizieren, hat der Gesetzgeber mit dem EEG 2017 das Instrument der regionalen Grünstromkennzeichnung eingeführt²⁷⁶ und in § 79a Abs. 6 EEG 2017 die „Region“ wie folgt bestimmt:

„Die Region des belieferten Letztverbrauchers umfasst alle Postleitzahlengebiete, die sich ganz oder teilweise im Umkreis von 50 Kilometern um das Postleitzahlengebiet befinden, in dem der Letztverbraucher den Strom verbraucht.“

Vereinfacht ausgedrückt besteht danach ein räumlicher Zusammenhang in einem Radius von 50 Kilometern, wobei das Umweltbundesamt als zuständige Behörde für die Beantragung der entsprechenden regionalen Herkunftsnachweise bei der Bestimmung der Region davon abweichend auch auf die gesamte Gemeinde, in der der Letztverbraucher den Strom verbraucht, abstellen soll, wenn die Gemeinde mehrere Postleitzahlengebiete umfasst. Insoweit wird zusätzlich auf das Gemeindegebiet abgestellt.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass ein Energieversorgungsunternehmen im Rahmen der regionalen Stromkennzeichnung nur ausweisen kann, welcher Anteil des Stroms aus erneuerbaren Energien, der durch die EEG-Umlage finanziert ist, im regionalen Zusammenhang (ca. 50 Kilometer-Umkreis) zum jeweiligen Letztverbraucher erzeugt wurde²⁷⁷. Auf die einzelnen Voraussetzungen zur regionalen Grünstromkennzeichnung wird – da vorliegend der räumliche Zusammenhang im Mittelpunkt der Betrachtung steht – nicht weiter eingegangen²⁷⁸.

²⁷⁵ Abrufbar unter: https://ww2.enertrag.com/index.php?id=93_enertrag-windkraftbonus.

²⁷⁶ BT-Drs. 18/8860, S. 243.

²⁷⁷ BT-Drs. 18/8860, S. 244.

²⁷⁸ Weiterführend zu den einzelnen Voraussetzungen der regionalen Grünstromkennzeichnung: V. Hoppenbrock, Die Vermarktung von Grünstrom nach dem EEG 2014, das Grünstrommarktmodell und die geplante neue regionale Grünstromkennzeichnung, ZNER 2016, S. 107; C. Buchmüller, Regionale Grünstromkennzeichnung – ein neues Geschäftsfeld für Stromversorger? EWeRK, 2016, 301 ff.; D. Hölder/S. Braig, Eckpunktepapier zur regionalen Grünstromkennzeichnung – Mehr Transparenz oder teurer Etikettenschwindel? Eine kritische

Für die „Regionalität“ eines Stromprodukts ist im Ergebnis festzuhalten, dass, wird es als „regionales Grünstromprodukt“ beworben, auch die Vorgaben und damit auch die regionalen Grenzen des § 79a EEG 2017 zu berücksichtigen sind, jedenfalls soweit der EEG-Anteil betroffen ist. Andernfalls droht z.B. ein Verstoß gegen das Doppelvermarktungsverbot aus § 80 EEG 2017, sowie gegen die Vorgaben zur Stromkennzeichnung nach § 42 EnWG. Zudem käme eine wettbewerbswidrige Irreführung nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 UWG²⁷⁹ in Form unwahrer oder zur Täuschung geeigneter Angaben in Hinblick auf die „geographische oder betriebliche Herkunft“ von Waren und Dienstleistungen in Betracht²⁸⁰.

In Bezug auf die regionale Grünstromkennzeichnung wird in Teilen der Literatur insbesondere die komplexe Abwicklung des Produkts kritisiert; zudem müssten für ca. 140 % der gelieferten Strommenge Herkunfts- und Regionalnachweise beschafft werden²⁸¹. Außerdem entstünden erhebliche Mehrkosten, darunter die gesetzlich von § 53b EEG 2017 vorgeschriebene Reduzierung der Marktprämie um 0,1 Cent pro Kilowattstunde, die Kosten für die administrative Abwicklung und die Gebühren beim Herkunftsnachweisregister, die im Ergebnis auf den Kunden umgelegt würden²⁸².

c) Fazit

Zwar werden auf dem Markt bereits zahlreiche vergünstigte „Regionalstromtarife“ angeboten. Da der Begriff der Regionalität jedoch nur in Zusammenhang mit der regionalen Grünstromkennzeichnung gesetzlich bestimmt ist, unterscheiden sich diese Produkte stark in ihrem örtlichen Bezug. Zum Teil wird auf das Gemeindegebiet oder zusätzlich auf die umliegenden Gemeinden abgestellt, was je nach Größe des Gemeindegebiets auch diejenigen Bürgerinnen und Bürger einbezieht, die nicht unmittelbar von den Windenergieanlagen betroffen sind. Staffelungen sind kaum vorgesehen. Aus denselben Gründen erscheint auch die Regionsbestimmung in § 79a Abs. 6 EEG 2017 mit ihrem „50 Kilometer-Radius“ nur bedingt geeignet, die tatsächlich Betroffenen zielgenau zu adressieren.

Vergünstigte Stromtarife haben aber trotz des bislang fehlenden belastbaren örtlichen Zuschnitts den Vorteil, dass keine Investitionen seitens der Betroffenen erforderlich sind und damit die Aussicht auf einen wirtschaftlichen Vorteil nicht von der finanziellen Leistungsfähigkeit der Betroffenen abhängt. Zudem fallen für die Entwicklung und Durchführung eines

Analyse, ZNER 2016, S. 117 ff.; W. Lehnert/F. Sösemann, Die Vermarktung von EEG-Strom als Grünstrom: Aktueller Rechtsrahmen und die geplanten Änderungen im EEG 2016, ZNER 2016, S. 111 ff.

²⁷⁹ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 03. März 2010 (BGBl. I S. 254), zuletzt geändert durch Artikel 4 des Gesetzes vom 17. Februar 2016 (BGBl. I S. 233).

²⁸⁰ Weiterführend C. Maaß/J. Güldenberger/J. Mundt/R. Werner/M. Kahles, Theoretische Fundierung der regionalen Grünstromkennzeichnung in Deutschland. Umweltbundesamt, Juni 2017, S. 22.

²⁸¹ C. Buchmüller, Regionale Grünstromkennzeichnung – ein neues Geschäftsfeld für Stromversorger? EWeRK, 2016, 306.

²⁸² D. Hölder/S. Braig, Eckpunktepapier zur regionalen Grünstromkennzeichnung – Mehr Transparenz oder teurer Etikettenschwindel? Eine kritische Analyse, ZNER 2016, S. 121.

vergünstigten „Regionaltarifs“ i.d.R. nur geringe Transaktionskosten an und es sind keine zusätzlichen rechtlichen Anforderungen zu erfüllen.

IV. (Akzeptanz-)Maßnahmen der Länder

Um die Akzeptanz für Windenergieanlagen in der Bevölkerung zu steigern, wurden bislang in zwei Bundesländern, Thüringen und Mecklenburg-Vorpommern, Modelle zur wirtschaftlichen Beteiligung entwickelt. In den folgenden Kapiteln werden das Siegel „Faire Windenergie Thüringen“ (unter IV. 1.) und das Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetz Mecklenburg-Vorpommern (unter IV. 2.) dargestellt sowie die damit zusammenhängenden Rechtsfragen erörtert. Der Schwerpunkt liegt dabei auf einem Vergleich der einzelnen Beteiligungsinstrumente und einer Darstellung der daraus folgenden rechtlichen Hemmnisse und Herausforderungen. Rechtsfragen, die sich mit der Verfassungsmäßigkeit des jeweiligen Modells auseinandersetzen, werden im Rahmen dieses Papiers nicht erschöpfend behandelt, sondern lediglich in Form eines Überblicks abgebildet. Für eine vertiefende Auseinandersetzung mit den verfassungsrechtlichen Fragen ordnungsrechtlicher Teilhabemodelle am Beispiel des BüGemBeteilG wird auf die Würzburger Studie Nr. 8 verwiesen²⁸³.

Im Rahmen dieses Papiers wird zudem nicht auf europarechtliche Fragestellungen eingegangen, sondern an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass bei staatlichen Maßnahmen mit regionalem Bezug stets zu beachten ist, dass dadurch ggf. unionsrechtliche Grundfreiheiten, wie z.B. die Niederlassungsfreiheit aus Art. 49 AEUV der Windparkbetreiber oder die Kapitalverkehrsfreiheit Art. 63 AEUV potentieller Investoren, die nicht in der Region ansässig sind, beeinträchtigt sein kann.

1. Siegel „Faire Windenergie Thüringen“

Ein rein formell gesehen auf Freiwilligkeit basierendes Konzept zur Akzeptanzsteigerung verfolgt Thüringen. Seit März 2016 vergibt die „Servicestelle Windenergie“, angesiedelt bei der Thüringer Energie- und GreenTech-Agentur (ThEGA), das Siegel „Faire Windenergie Thüringen“ an Projektierungsunternehmen, die sich vertraglich zu einer „fairen“ Umsetzung von Windenergieprojekten verpflichten. Der Vertrag berechtigt die Projektierungsunternehmen zur Verwendung des Siegels für jeweils ein Jahr. Die Voraussetzungen bzw. Kriterien dafür werden jährlich auf Grundlage einer Evaluierung angepasst²⁸⁴. Zum aktuellen Zeitpunkt tragen insgesamt 48 Projektierungsunternehmen das Siegel.²⁸⁵

²⁸³ N. Wegner, Verfassungsrechtliche Fragen ordnungsrechtlicher Teilhabemodelle am Beispiel des Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetzes Mecklenburg-Vorpommern, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 8, März 2018, abrufbar unter: <http://www.stiftung-umweltenergierecht.de/publikationen/>.

²⁸⁴ Im März 2018 erfolgt die dritte Anpassung (Vertrag 3.0).

²⁸⁵ Siehe <https://www.thega.de/wind-gewinnt/>.

a) Voraussetzungen für die Siegelvergabe

Das Grundverständnis eines „fairen“ Ausbaus der Windenergie ist in fünf Leitlinien festgehalten, wobei die ersten beiden Leitlinien (Beteiligung aller Interessengruppen und transparenter Umgang mit Informationen) auf das Verfahren ausgerichtet sind und nur die übrigen drei Leitlinien

- Teilhabe aller Betroffenen und Anwohner (3. Leitlinie),
- Einbeziehung von regionalen Energieversorgern und Kreditinstituten (4. Leitlinie) und
- Schaffung finanzieller Beteiligungsmöglichkeiten für Thüringer Bürger, Unternehmen und Kommunen (5. Leitlinie),

auf die wirtschaftliche Partizipation bestimmter Akteure. Diese Leitlinien werden in Anhang 2 des Vertrages in Form einer Listung bestimmter Maßnahmen, z.T. auch mit Auswahlmöglichkeiten, konkretisiert. Die Einhaltung der dortigen Vorgaben muss von den Projektierungsunternehmen durch Ankreuzen zugesichert und die Servicestelle über die Durchführung informiert werden.

Um die Ziele der 3. Leitlinie zu erfüllen, müssen die Projektierungsunternehmen die folgenden zwei indirekten Teilhabemöglichkeiten verbindlich anbieten:

aa) Flächenpoolmodelle

Nach den Vorgaben der ThEGA muss das Projektierungsunternehmen auf die in Frage kommenden Grundstückeigentümer zugehen und ihnen den Abschluss eines Flächenpoolmodells (Optional nach Rücksprache auch ein Standortpoolmodell) für eine gerechte Verteilung der Nutzungsentgelte anbieten. Die Überlassung von Grundstücken für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen²⁸⁶ erfolgt üblicherweise auf der Grundlage schuldrechtlicher Verträge mit dinglicher Absicherung. Bei diesen Verträgen handelt es sich in rechtlicher Hinsicht um Pachtverträge i.S.d. §§ 581 ff. BGB²⁸⁷. In der Regel werden sie zu einem frühen Zeitpunkt abgeschlossen, um sich die entsprechenden Flächen zu sichern. Zu diesem Zeitpunkt steht häufig noch nicht fest, ob oder zumindest wie das Vorhaben im Einzelnen realisiert werden kann²⁸⁸.

Unter Flächenpooling wird im Windenergiebereich verstanden, dass mehrere Grundstückseigentümer den Ausbau der Windenergie, der im Bereich ihrer Grundstücksflächen zu erwarten ist, koordinieren und zwecks Bündelung ihrer Interessen bei der Vermarktung ihrer Flä-

²⁸⁶ Dies betrifft sowohl Standort-, Infrastruktur- als auch Kompensationsgrundstücke.

²⁸⁷ Dies hat zudem den Vorteil, dass die Grundstückseigentümer das Grundstück weiterhin landwirtschaftlich nutzen können. Weiterführend *M. Reicherzer*, Kommunale Flächensicherung für Windenergieanlagen, BWGZ 18/2012, S. 745.

²⁸⁸ Die Realisierung hängt maßgeblich von dem Erlass einer entsprechenden BImSchG-Genehmigung ab.

chen zusammenarbeiten²⁸⁹. Für die Zusammenarbeit wird ein Poolingvertrag geschlossen, in dem die Eigentümer – dabei kann es sich auch um juristische Personen des öffentlichen Rechts (z.B. Kommunen) handeln – vereinbaren, gemeinsam einem Dritten (Realisierungspartner) eine bestimmte oder bestimmbare Fläche zur Windenergienutzung zur Verfügung zu stellen. Durch ein solches Pooling erhalten Grundstückseigentümer eine größere Marktmacht, aus der sich im Idealfall bessere Preise und höhere Pachterträge ergeben²⁹⁰.

Im Ergebnis werden Projektierungsunternehmen durch die Vorgabe der ThEGA in ihrer Rolle als Realisierungspartner eines Pachtvertrages insoweit verpflichtet, die Verhandlungsbasis ihrer Vertragspartner zu verbessern und ihnen zumindest das Aushandeln besserer Konditionen zu ermöglichen.

Alternativ können Projektierungsunternehmen „Unterpachtmodelle“ durch die betroffene Gemeinde initiieren (Gemeinde als Vertragspartner der Standortsicherungsverträge – sie profitiert durch höheren Unterpachtzins). Bei diesem Modell übernimmt die Kommune die Vermarktung der Windparkflächen, indem sie die in Rede stehenden Flächen von den Grundstückseigentümern zunächst in Form eines Standortsicherungsvertrages sichert bzw. pachtet und sie dem Projektierungsunternehmen im Wege eines Unterpachtvertrages zur Nutzung zur Verfügung stellt. Je nach Konstellation (ob es sich um mehrere Eigentümer handelt, die Kommune den Windpark selbst entwickeln will oder auf das jeweilige Grundstück zunächst nur sicherungshalber zugegriffen werden soll) können die Verträge variieren bzw. bedarf es einheitlicher Vorverträge etc. und einer einheitlichen Verteilung der Pachtgelder auf die Grundstückseigentümer.

Die rechtlichen Regelungen stammen i.d.R. ausschließlich aus dem Zivilrecht, insbesondere für die Poolingverträge werden auf den Einzelfall bezogene komplexere gesellschaftsrechtliche Gebilde erforderlich, auf die hier nicht weiter eingegangen werden kann²⁹¹.

bb) Gewerbesteuerzerlegung

Zusätzlich zu dem Pooling-Angebot an die Grundstückseigentümer muss das Projektierungsunternehmen versuchen – abweichend von der gesetzlich in § 29 Abs. 1 Nr. 2 GewStG vorgesehenen Verteilung von 70/30 – mit der Betriebssitzgemeinde eine für die betroffene Standortgemeinde günstigere Regelung im Umfang von 90/10 zu vereinbaren²⁹². Ein freiwilliger Verzicht der Betriebssitzgemeinde auf den ihr zustehenden Gewerbesteueranteil ist

²⁸⁹ M. Frey/S. Ohnmacht/S. Stahl, Flächenmanagement bei Windkraftentwicklung, NVwZ 2014, S. 1421.

²⁹⁰ Vgl. W. Krohn/T. Schneider/B. Strauch, Die Bereitstellung kommunaler Flächen für die Windenergienutzung, Hintergrundpapier der Fachagentur Wind an Land, S. 18; M. Frey/S. Ohnmacht/S. Stahl, Flächenmanagement bei Windkraftentwicklung, NVwZ 2014, S. 1421.

²⁹¹ Weiterführend M. Reicherzer, Kommunale Flächensicherung für Windenergieanlagen, BWGZ 18/2012, S. 744 ff.; M. Frey/S. Ohnmacht/S. Stahl, Flächenmanagement bei Windkraftentwicklung, NVwZ 2014, S. 1421.

²⁹² Zur gesetzlichen Zerlegungsregelung siehe B. I. 1.a).

nach §§ 33 Abs. 2 GewStG unproblematisch möglich²⁹³. Im Anschluss hat das Projektierungsunternehmen die Servicestelle zeitnah über das Ergebnis der Verhandlungen zu informieren und eine entsprechende Vereinbarung oder – wenn die Geschäftssitzgemeinde nicht zu einer solchen Zerlegungsvereinbarung bereit ist – ein entsprechendes Angebot nachzuweisen.

Alternativ kann sich der Vorhabenträger auch zu der frühzeitigen Zahlung von Gewerbesteuern (z.B. ab 2. Betriebsjahr) verpflichten. Diesbezüglich enthält der Vertrag keine konkreten Vorgaben. Von daher kann nur anhand des Einzelfalles bestimmt werden, wie eine solche Verpflichtung ausgestaltet werden kann. Hier geht es um die im Kern bereits unter B. I. 1. erörterte Frage, inwieweit Unternehmen in der Lage sind, die individuelle Steuerpflicht zu beeinflussen.

Mit den Vorgaben zur Gewerbesteuerzerlegung greift das Siegel Ansätze auf, die bereits von unterschiedlichen Seiten – erfolglos – an den Gesetzgeber herangetragen worden sind²⁹⁴. In Hinblick auf beide Kriterien gelten demzufolge auch die obigen Bedenken zur Geeignetheit der Gewerbesteuer als Akzeptanzinstrument. Keine der beiden Maßnahmen kann verhindern, dass der Gewinn eines Unternehmens insgesamt „kleingerechnet“ wird. Positiv fällt allerdings ins Gewicht, dass die 2. Alternative zu einer gleichmäßigeren Verteilung der gesamten Gewerbesteuer anhält, so dass ggf. mehr bzw. überhaupt Gewerbesteuer in den ersten Jahren anfällt, die zu einem spürbaren Mehrwert bei den Kommunen führt.

cc) Einbeziehung regionaler Energieversorger und Kreditinstitute

Die 4. Leitlinie verpflichtet das Projektierungsunternehmen zur Einbeziehung der regionalen Energieversorgungsunternehmen und Banken.

Um die Vorgaben zu erfüllen, muss das Projektierungsunternehmen sowohl einem oder mehreren regionalen Energieversorgern (EVU) als auch regionalen Kreditinstituten anbieten, sich am Projekt als Vermarktungs- oder Finanzierungspartner zu beteiligen. In den vertraglichen Vorgaben wird diese Verpflichtung hinsichtlich der Kreditinstitute wie folgt konkretisiert:

„Es soll dem regionalen Kreditinstitut die Möglichkeit eingeräumt werden, dass beispielsweise ein Sparbriefmodell oder ein anderes Modell zur indirekten Beteiligung für Interessierte konzeptioniert wird und/oder es sich selbst direkt finanziell am Windpark beteiligen kann.“²⁹⁵

²⁹³ Zur freiwilligen Zerlegung siehe B. I. 1. B).

²⁹⁴ Vgl. z.B. LT-Drs. 6/5519.

²⁹⁵ 4. in Anlage 2 des „Siegelvertrages“ 2.0.

Dem Projektierungsunternehmen werden demzufolge zwei unterschiedliche Beteiligungsformen zur Auswahl gestellt. Entweder es ermöglicht einem regionalen Kreditinstitut die Auflage eines Sparmodells an interessierte Dritte. Oder/und es bietet dem Kreditinstitut eine direkte Beteiligung am Windenergievorhaben an.

Unter regionalen Kreditinstituten sind alle „lokalen Kreditinstitute“ zu verstehen, die „in der Nähe“ des Windgebietes niedergelassen sind. Was unter der Formulierung „in der Nähe“ zu verstehen ist, wird nicht weiter ausgeführt. Alternativ können grundsätzlich auch die DKB-Niederlassungen in Thüringen angesprochen werden²⁹⁶.

Die Siegelvoraussetzungen knüpfen auch hier teils an bereits bestehende indirekte Beteiligungsmodelle an. Zu verweisen ist hier insbesondere auf die Ausführungen zu Sparverträgen mit regionalem Bezug (unter B. III. 2.). Einerseits wird mit der Auflage eines Sparprodukts durch ein Kreditinstitut, dass durch das Sicherungssystem der Banken gesichert ist, das Verlustrisiko für private Anleger erheblich verringert, so dass es auch für risikoaverse Anleger interessant sein dürfte. Andererseits bleiben auch hier die Identifikationsmöglichkeiten sehr mittelbar, so dass zwischen dem Windenergieprojekt und dem Sparer lediglich eine ideelle Verbindung hergestellt wird.

Alternativ oder kumulativ können sich EVU direkt finanziell am Windenergievorhaben beteiligen. Wie eine solche Beteiligung, z.B. was den Umfang betrifft, im Einzelnen ausgestaltet werden kann, kommt auf die Umstände des Einzelfalles an und ist in Absprache mit der Servicestelle auszuarbeiten. Eine direkte finanzielle Beteiligung erfolgt i.d.R. – jeweils abhängig von der Rechtsform des Windenergievorhabens – durch Erwerb von Gesellschaftsanteilen. Damit ist üblicherweise der Erwerb von Teilnahme-, Mitwirkungs- und Stimmrechten, aber auch die Übernahme eines unternehmerischen Risikos verbunden. Zu den Einzelheiten wird auf die Ausführungen in B. II. verwiesen.

Darüber hinaus müssen Projektierungsunternehmen auch regionale EVU einbeziehen:

„Dem regionalen Energieversorger soll die Möglichkeit gegeben werden, einen lokalen Stromtarif oder eine Strompreisvergünstigung zu konzeptionieren und/oder sich selbst direkt finanziell am Windpark zu beteiligen.“²⁹⁷

Als regionales EVU gelten alle lokalen EVU „in der Nähe“ des Windgebietes. Auch in diesem Zusammenhang wird nicht weiter ausgeführt, was mit „in der Nähe“ konkret gemeint ist. Alternativ kann grundsätzlich auch die Thüringer Energie AG (TEAG) bzw. Windkraft Thüringen GmbH (WKT) angesprochen werden²⁹⁸.

²⁹⁶ Vgl. Kleingedrucktes zu 4. in Anlage 2 des „Siegelvertrages“ 2.0.

²⁹⁷ 4. in Anlage 2 des „Siegelvertrages“ 2.0.

²⁹⁸ Vgl. Kleingedrucktes zu 4. in Anlage 2 des „Siegelvertrages“ 2.0.

Die Einbeziehung kann entweder darin bestehen, dass das Projektierungsunternehmen einem lokalen EVU die Möglichkeit für bestimmte Stromtarife bietet. Hier beziehen sich die Siegelvorgaben ebenfalls auf bereits bestehende Modelle zu regionalen bzw. vergünstigten Stromtarifen. Insoweit wird auf die Ausführungen in B. III. 3. Bezug genommen.

Alternativ oder kumulativ können Projektierungsunternehmen dem EVU eine direkte finanzielle Beteiligung anbieten. Wie oben zur direkten Beteiligung von Kreditinstituten bereits ausgeführt, kommt es für die Ausgestaltung auf die Umstände des Einzelfalles an; auch ist diese in Absprache mit der Servicestelle auszuarbeiten. Mit einer direkten finanziellen Beteiligung sind i.d.R. Teilnahme-, Mitwirkungs- und Stimmrechte aber auch die Übernahme eines unternehmerischen Risikos verbunden (siehe unter B. II.).

dd) Schaffung von finanziellen Beteiligungsmöglichkeiten für Thüringer Bürger, Unternehmen und Kommunen

Die Vorgaben zur Umsetzung der 5. Leitlinie wurden im Rahmen der jährlichen Überarbeitung des Siegelvertrages im Siegelvertrag 2.0 neu gefasst. Um den Maßgaben der 5. Leitlinie zu entsprechen, müssen Projektierungsunternehmen nunmehr „Willensbekundungsverfahren“ mit Bürgern, Unternehmen und Kommunen in einem Umkreis von 5 Kilometern um den Windpark durchführen, um das Interesse an einer möglichen Beteiligung an der Projektgesellschaft zu evaluieren und zu klären, welche Beteiligungsarten (Fonds/Kommandit-Modelle, Energiegenossenschaft, Sparbrief, Crowdfund, Genussrechte, etc.) von den potentiellen Investoren bevorzugt werden.

Zwar ist in der Konkretisierung von direkten Beteiligungsmodellen die Rede, in der beispielhaften Aufzählung befinden sich jedoch auch indirekte Konzepte. Insofern ist – da für die Durchführung des Verfahrens ausdrücklich auf Festlegungen der Servicestelle für den Einzelfall verwiesen wird – davon auszugehen, dass direkte Beteiligungsmöglichkeiten nach Bedarf angestrebt, als ein „Weniger“ aber auch indirekte Beteiligungen angeboten werden sollen. Von den aufgeführten Beteiligungsoptionen sind im Rahmen dieses Papiers bereits drei Modelle dargestellt worden: Für die Mitgliedschaft in einer Energiegenossenschaft wird auf die Ausführungen in B. II., für Sparbriefe auf B. III. 2. und für Darlehen und Crowdfunds auf die Darstellungen in B. III. 1. verwiesen. Für die Projektierungsunternehmen gelten insoweit auch die Anforderungen aus den Kapitalmarktregelungen, insbesondere die Prospektpflichten aus dem VermAnlG, aber auch die Erleichterungen für Schwarmfinanzierungen/Crowdfunds und Genossenschaften.

b) Rechtliche Hemmnisse und Herausforderungen

Für die einzelnen Elemente des Siegels gelten die unter den jeweiligen Instrumenten und Modellen (B. I., II. und III.) aufgeführten rechtlichen Hemmnisse und Herausforderungen aus dem Steuer- und Gesellschaftsrecht sowie der Kapitalmarktregulierung. Darüber hinaus sind

bezüglich der Schaffung und Ausgestaltung eines Gütesiegels weitere rechtliche Anforderungen zu beachten.

In einem ersten Schritt ist zu unterscheiden, ob ein Gütesiegel privat(-wirtschaftlich) oder staatlich vergeben wird. Während bei einer privaten Trägerschaft ausschließlich kartell- und lauterkeitsrechtliche Vorgaben sowie die allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen zu berücksichtigen sind²⁹⁹, unterliegen staatliche Maßnahmen (zusätzlich)³⁰⁰ einer unmittelbaren Grundrechtsbindung, die – wird in Grundrechte der Beteiligten eingegriffen – einer gesetzlichen Grundlage bedürfen (Vorbehalt des Gesetzes)³⁰¹.

Nach dem Wortlaut des Siegelvertrages wird das Siegel von der Servicestelle Windenergie, die von der Thüringer Landesregierung eingerichtet und bei der ThEGA GmbH³⁰² angesiedelt ist, im Auftrag des Freistaates Thüringen vergeben³⁰³. Gleichzeitig wird die ThEGA GmbH zu 100% von der Landesentwicklungsgesellschaft Thüringen mbH (LEG) gehalten, deren alleiniger Gesellschafter der Freistaat Thüringen ist. Da sich der Staat seiner Grundrechtsbindung nicht durch unternehmerisches Handeln entziehen kann (keine sog. „Flucht in das Privatrecht“)³⁰⁴, bedürfen auch Handlungen, die der Staat durch privatwirtschaftlich organisiertes Unternehmen vornimmt und die in Grundrechte der Beteiligten eingreifen, einer gesetzlichen Grundlage³⁰⁵.

Insoweit ist entscheidend, ob durch die Siegelvergabe in die grundrechtlich gewährleistete Wettbewerbsfreiheit anderer Marktteilnehmer aus 12 Abs. 1 GG³⁰⁶ eingegriffen wird. Zwar werden durch die Siegelvergabe die beruflichen Betätigungsmöglichkeiten der Marktteilnehmer ohne Siegel nicht unmittelbar beeinträchtigt. Sie kann sich jedoch insoweit mittelbar nachteilig auf deren Absatzchancen auswirken, als sich potentielle Vertragspartner für zertifizierte Projektierungsunternehmen entscheiden. Es ist allgemein anerkannt, dass auch sol-

²⁹⁹ Auf die allgemeinen zivilrechtlichen Vorgaben sowie die Vorschriften aus dem Kartell- und Wettbewerbsrecht wird im Rahmen dieser Bearbeitung nicht eingegangen.

³⁰⁰ Weiterführend auch zur Differenzierung der Rechtsfolgen bei schlicht-hoheitlichem und hoheitlichem Handeln vgl. *S. Helmes/H.-P. Schwintowski/M. Sauer*, Rechtliche Anforderungen an ein Gütesiegel oder Prüfzeichen für die Planung von Windenergieanlagen, Hintergrundpapier im Auftrag der Fachagentur Windenergie an Land, 2017, S. 16 ff.

³⁰¹ Der Vorbehalt des Gesetzes ist traditioneller Bestandteil des in Art. 20 Abs. 3 GG nur unvollkommen ausgedrückten Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, vgl. *M. Sachs* in: *P. Stelkens/H.-J. Bonk/M. Sachs*, VwVfG-Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 44 Rn. 47; *F. von Alemann/F. Scheffczyk* in: *J. Bader/M. Ronellenfitsch BeckOK-VwVfG*, 37. Edition 2017, § 36 Rn. 94.

³⁰² Vgl. Bericht über die unmittelbaren und mittelbaren Kapitalbeteiligungen des Freistaats Thüringen an Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts 2015, S. 25.

³⁰³ Vgl. Vertrag Siegel „Faire Windenergie Thüringen“ 2.0, S. 2.

³⁰⁴ Vgl. *D. Ehlers* in: *H.-U. Erichsen/D. Ehlers*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, S. 177ff. m.w.N.; *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, S. 53 m.w.N.

³⁰⁵ Vgl. *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, S. 54 m.w.N.

³⁰⁶ Die Wettbewerbsfreiheit wird zum Teil in Art. 2 Abs. 1 GG verortet. Zur dogmatischen Verortung der Wettbewerbsfreiheit: *BVerwG Urteil vom 18. April 1985 – 3 C 34.84*, Rn. 30; *U. Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig GG – Kommentar*, Stand: 81. EL September 2017, Art. 2 Rn. 116.

che mittelbaren Wirkungen unter bestimmten Voraussetzungen als Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG zu qualifizieren sind³⁰⁷.

Unter welchen Voraussetzungen staatliches Informationshandeln mit Wettbewerbsbezug eine mittelbare Beeinträchtigung durch Begünstigung von Konkurrenten darstellt und in der Folge als Grundrechtseingriff zu qualifizieren ist, ist sowohl innerhalb der Rechtsprechung als auch der Literatur umstritten³⁰⁸. Stark kritisiert wird dabei insbesondere die uneinheitliche Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) und das Fehlen eines erkennbaren Konzepts für die verfassungsrechtliche Verarbeitung³⁰⁹. Da die bislang vom BVerfG entschiedenen Sachverhalte nur bedingt mit dem Thüringer Siegel vergleichbar sind und eine belastbare dogmatische Einordnung aufgrund der uneinheitlichen Rechtsprechung schwierig erscheint, soll für die vorliegende Fallgestaltung nur auf ausgewählte Kriterien, die bei einer Bewertung Berücksichtigung finden könnten, eingegangen werden.

Insgesamt ist festzustellen, dass das Vorliegen einer mittelbaren Beeinträchtigung durch die Begünstigung von Konkurrenten in der Rechtsprechung aber auch z.T. in der Literatur äußerst restriktiv beurteilt wird. So finden sich in der Literatur Formulierungen wie: Ein solcher Eingriff läge nur vor, wenn er „erdrosselnde Wirkung“ für einen Marktteilnehmer entfalte³¹⁰. Das BVerfG hat z.B. in seiner – auch in rechtsdogmatischer Hinsicht – viel kritisierten³¹¹ Glykol-Entscheidung im Ergebnis eine Beeinträchtigung verneint, wenn Bundes- oder Landesregierungen zutreffende und sachliche Informationen im Rahmen der ihnen zugewiesenen „besonderen Aufgaben der Staatsleitung“ veröffentlichen³¹². Allerdings gilt auch nach dieser umstrittenen Rechtsprechung, dass eine Informationstätigkeit eine Beeinträchtigung darstellen kann, wenn sie in der Zielsetzung und ihren Wirkungen Ersatz für eine staatliche Maßnahme ist, die als Grundrechtseingriff zu qualifizieren wäre³¹³. Insoweit können Maßnahmen, mit denen der Staat zielgerichtet gewisse Rahmenbedingungen verändert, um zu Lasten bestimmter Unternehmen einen im öffentlichen Interesse erwünschten Erfolg herbeizuführen, den Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG beeinträchtigen³¹⁴.

³⁰⁷ Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 28. März 2001, 4 A 2560/00, Rn. 17 f. m.w.N.

³⁰⁸ Vgl. *M. Ruffert* in: V. Epping/C. Hillgruber, BeckOK-GG 35. Edition 2017, Art. 12 Rn. 59.

³⁰⁹ Vgl. weiterführend insbesondere *F. Schoch*, Die Schwierigkeiten des BVerfG mit der Bewältigung staatlichen Informationshandelns, NVwZ 2011, S. 193 ff. m.w.N.; *P.M. Huber*, Die Informationstätigkeit der öffentlichen Hand – ein grundrechtliches Sonderregime aus Karlsruhe? JZ 2003, S. 290 ff.; *M. Ruffert* in: V. Epping/C. Hillgruber, BeckOK-GG 35. Edition 2017, Art. 12 Rn. 59.

³¹⁰ *J. Wieland*, in: Dreier GG – Kommentar, Band I, 3. Aufl. 2013, Art. 12 Rn. 73.

³¹¹ Vgl. *M. Ruffert* in: V. Epping/C. Hillgruber, BeckOK-GG 35. Edition 2017, Art. 12 Rn. 59; *M. Möstl*, Gibt es (unions-)verfassungsrechtliche Grenzen für Verbraucherinformationen?, LMUR 2014, 77; *F. Schoch*, Die Schwierigkeit des BVerfG mit der Bewältigung staatlichen Informationshandelns, NVwZ 2011, 193; *P. M. Huber*, Die Informationstätigkeit der öffentlichen Hand – ein grundrechtliches Sonderregime aus Karlsruhe?, JZ 2003, 290; *D. Murswiek*, Das Bundesverfassungsgericht und die Dogmatik mittelbarer Grundrechtseingriffe NVwZ 2003, 1; *R. Schmidt*, in: Isensee/Kirchhof HStR IV § 92 Rn. 29.

³¹² BVerfG, Beschluss vom 26. Juni 2002 – 1 BvR 558/91, Rn. 47 ff. = BVerfGE 105, 252-279.

³¹³ BVerfG, Beschluss vom 26. Juni 2002 – 1 BvR 558/91, Rn. 60 = BVerfGE 105, 252-279.

³¹⁴ BVerwGE 71, 183 (193 f.).

Zur Zielgerichtetheit wurde vom OVG NRW in seinem Beschluss vom 23. März 2001³¹⁵ jedoch vertreten, dass durch die Nichtvergabe des Umweltzeichens „Blauer Engel“ der individuelle Bezug zur beruflichen Betätigung und damit zu den Absatzchancen nicht bestünde. Dort war jedoch lediglich die Wirkung des Umweltzeichens auf ein Vorprodukt und die damit verbundenen fehlenden Rückschlussmöglichkeiten auf die Klägerin Gegenstand der Erwägungen. Allerdings tendiert das OVG dazu, bei der Vergabe eines Umweltzeichens grundsätzlich nicht von einer wirtschaftslenkenden, sondern von einer Maßnahme aus Gründen des Umweltschutzes auszugehen. Dafür beruft es sich auf die im Vorwort als „Umwelt-Wegweiser“ bezeichnete Funktion und das Ziel, Hersteller zu motivieren, umweltfreundliche Produkte zu entwickeln und anzubieten³¹⁶.

Laut Vorbemerkung des Vertrages wird mit der Siegelvergabe u.a. eine konfliktfreie Umsetzung der Windenergieprojekte bezweckt. Ziel ist dabei auch, zum Gelingen der Energiewende beizutragen. Insoweit könnte nach dieser Auffassung auch hier der Umweltschutzgedanke im Vordergrund stehen.

Andererseits soll das Thüringer Siegel laut Vorbemerkung aber gegenüber anderen Marktteilnehmern auch eine positive Differenzierung in Hinblick auf die glaubwürdige Umsetzung von Mitspracherecht und die Stärkung der Wertschöpfung vor Ort ermöglichen. Insoweit könnte darin durchaus eine wirtschaftslenkende Zielsetzung gesehen werden. Beispielsweise ist das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) in Zusammenhang mit der Veröffentlichung einer Transparenzliste von Medikamenten mit Wirksamkeits- und Qualitätssicherungsangaben von einer zielgerichteten Wirtschaftslenkung ausgegangen, da diese „[...] zu spürbaren Veränderungen der Marktbedingungen für Arzneimittel führen [...]“ sollen³¹⁷. Mithin ist innerhalb der Rechtsprechung für die Zielrichtung entscheidend, dass die Maßnahme

- entweder eindeutig auf einen nachteiligen Effekt ausgerichtet ist oder
- eine voraussehbare und in Kauf genommene Nebenfolge eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Freiheitsrechte bewirkt³¹⁸.

Die Anforderungen an einen Eingriff sind damit zwar hoch. Und auch für das staatliche Umweltsiegel „Blauer Engel“ besteht keinerlei gesetzliche Grundlage, obwohl eine solche in § 124 UGB-KomE ausdrücklich vorgesehen war³¹⁹. Da jedoch gerade die Entwicklung der Rechtsprechung des BVerfG zu einem Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG durch staatliches Informationshandeln als nicht abgeschlossen bewertet werden kann³²⁰ und zahlreiche Stimmen in

³¹⁵ OVG NRW, Beschluss vom 28. März 2001, 4 A 2560/00.

³¹⁶ OVG NRW, Beschluss vom 28. März 2001, 4 A 2560/00, Rn. 21.

³¹⁷ BVerwG, Urteil vom 18. April 1985 - 3 C 84.84 – Rn. 31.

³¹⁸ OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 28. Mai 2014 – OVG 5 S 21.14, Rn. 18; BVerwG, Urteil vom 17. Dezember 1995- 3 C 23.94, Rn. 22 ff.; 18. April 1985 - 3 C 34.84 – Rn. 44 ff.

³¹⁹ Siehe Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (Hg.) Umweltgesetzbuch (UGB-KomE) 1998, S. 158 und 688.

³²⁰ F. Schoch, Die Schwierigkeiten des BVerfG mit der Bewältigung staatlichen Informationshandelns, NVwZ 2011, S. 193 ff. m.w.N.; P.M. Huber, Die Informationstätigkeit der öffentlichen Hand – ein grundrechtliches

der Literatur ein wesentlich weiteres Verständnis in Bezug auf den Schutzbereich vertreten, lässt sich schwer einschätzen, zu welchem Ergebnis eine gerichtliche Überprüfung des Thüringer Siegels führen würde. Aus diesem Grund wird vorsorglich die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage empfohlen³²¹.

c) Private Siegelvergabe

Im Gegensatz zur staatlichen Gütesiegelvergabe muss sich die privatwirtschaftliche Vergabe von Siegeln nicht an möglichen Grundrechtsverletzungen von Freiheitsrechten messen lassen, d.h. es bedarf grundsätzlich keiner gesetzlichen Grundlage für die Vergabe. Allerdings sind auch von privaten Siegelträgern die allgemeinen zivilrechtlichen Vorgaben sowie die Vorschriften aus dem Kartell- und Wettbewerbsrecht zu beachten.

Ein privatwirtschaftlich ausgestaltetes Siegelsystem wird derzeit auf Initiative des BWE-Landesverbandes in Schleswig-Holstein entwickelt. Die Ausgestaltung erfolgt unter Federführung des Wind Energy Technology Institut (WETI) an der Fachhochschule Flensburg und wird von unterschiedlichen Akteuren, wie MELUND³²², BWE³²³, verschiedenen Projektierern und Betreibern, der Verbraucherzentrale Schleswig-Holstein, der Investitionsbank Schleswig-Holstein, den Stadtwerken Lübeck, dem Schleswig-Holsteinischen Gemeindetag³²⁴, Hochschulen³²⁵ und dem Bauernverband begleitet. Durch die breite Einbindung unterschiedlicher Interessenvertreter soll sichergestellt werden, dass bei der Ausarbeitung des Siegelsystems möglichst alle Interessen von möglichst allen Betroffenen Berücksichtigung finden. Die Erarbeitung der einzelnen Voraussetzungen soll voraussichtlich im April 2018 abgeschlossen sein und das Siegel im Anschluss vorgestellt werden.

Das Schleswig-Holsteiner Siegel soll sich grundsätzlich am Siegel „Faire Windenergie Thüringen“ orientieren, aber hinsichtlich der einzelnen Voraussetzungen auch die Unterschiede zwischen den Bundesländern berücksichtigen und auf die örtlichen Umstände und Bedürfnisse in Schleswig-Holstein zugeschnitten werden. Als wesentliche Unterschiede werden von den Initiatoren die hohe Anzahl der bereits installierten Windenergieanlagen und der bereits vorhandenen Bürgerenergiegesellschaften hervorgehoben. Anders als in Thüringen soll aber ein privatwirtschaftliches Unternehmen für die Zertifizierung verantwortlich sein und die

Sonderregime aus Karlsruhe? JZ 2003, S. 290 ff.; M. Ruffert in: V. Epping/C. Hillgruber, BeckOK-GG 35. Edition 2017, Art. 12 Rn. 59.

³²¹ So im Ergebnis auch S. Helmes/H.-P. Schwintowski/M. Sauer, Rechtliche Anforderungen an ein Gütesiegel oder Prüfzeichen für die Planung von Windenergieanlagen, Hintergrundpapier im Auftrag der Fachagentur Windenergie an Land, 2017, S. 14.

³²² Ministerium für Energiewende, Landwirtschaft, Umwelt, Natur und Digitalisierung des Landes Schleswig-Holstein.

³²³ Bundesverband Windenergie e.V.

³²⁴ Der Schleswig-Holsteinische Gemeindetag ist Interessenvertreter, Repräsentant und Gemeinschaft aller schleswig-holsteinischen Gemeinden und Ämter, der Städte Glückstadt, Krempe und Tornesch sowie vieler Zweckverbände.

³²⁵ Fachhochschule Flensburg und Fachhochschule Westküste.

Kosten für die Zertifizierung sollen von den zertifizierten Projektentwicklungsunternehmen getragen werden.

Die einzelnen Voraussetzungen befinden sich zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch in der Diskussion und können hier deshalb noch keine Berücksichtigung finden.

d) Fazit

Die Vergabevoraussetzungen des Thüringer Siegels beinhalten zahlreiche der unter B. I., II. und III. beschriebenen wirtschaftlichen Beteiligungsmodelle. Diese richten sich sowohl an einzelne Bürgerinnen und Bürger als auch die Standortkommunen, regionalen Energieversorger und regionalen Kreditinstitute. Sie umfassen sowohl direkte als auch indirekte Konzepte und sehen im Wege eines vergünstigten Stromtarifs auch einen wirtschaftlichen Vorteil für Personenkreise vor, die keine Investition vornehmen können oder wollen. Darüber hinaus werden durch die ersten beiden Leitlinien auch Vorgaben für eine frühzeitige Verfahrensbeteiligung festgelegt. Das Siegel deckt damit ein breites Spektrum an Akzeptanzmaßnahmen ab. Gleichzeitig bietet das Verfahren aufgrund der Gestaltungsspielräume die Möglichkeit, auf die individuellen Verhältnisse des jeweiligen Projekts zu reagieren und die vorgegebenen Beteiligungsinstrumente entsprechend auszugestalten.

Allerdings basiert das Siegel zum einen auf Freiwilligkeit; zum anderen wird den Projektierungsunternehmen die Verwendung des Siegels auf Grundlage eines Vertrages gestattet, bei dem es sich nicht um einen hoheitlichen Akt handelt und der – bis auf die „Aberkennung“ – keinerlei besondere Durchsetzungs- oder Sanktionsmöglichkeiten bei Verstößen bietet. Aus diesen Gründen wird die finanzielle Beteiligung von Bürgern, Kommunen und regionalen Unternehmen nicht ultimativ sichergestellt³²⁶.

Da vom BVerfG für staatliches Informationshandeln und den damit verbundenen Auswirkungen auf die Wettbewerbsfreiheit bislang keine klare Konzeption für die verfassungsrechtliche Systematisierung entwickelt wurde und damit eine belastbare Einordnung hinsichtlich einer Eingriffsqualität kaum möglich ist, empfiehlt sich eine gesetzliche Grundlage für mittelbar staatlich vergebene Gütesiegel. Der Vorteil einer gesetzlichen – ggf. sogar bundesgesetzlichen – Grundlage bestünde zudem darin, dass darin grundsätzlich auch Sanktionen vorgesehen werden könnten, mittels derer die tatsächliche Einhaltung der Kriterien auch formalisierter durchgesetzt werden könnte.

³²⁶ Vgl. im Grundsatz IKEM et al. (2017): Ausgestaltungsoptionen und -empfehlungen zur finanziellen Beteiligung von Kommunen beim Ausbau von Windenergieanlagen an Land. In: Agora Energiewende (2017): Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie? Zwei Strategievorschläge zur Sicherung der Standortakzeptanz von Onshore Windenergie, S. 51.

2. Das Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetz Mecklenburg-Vorpommern

Anders als Thüringen mit seiner anreizbasierten „Siegellösung“, hat sich der Landesgesetzgeber in Mecklenburg-Vorpommern mit dem am 28. Mai 2016 in Kraft getretenen Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetz (BüGemBeteilG)³²⁷ für einen klassisch ordnungsrechtlichen, nämlich bußgeldbewehrten, Ansatz entschieden, um die Akzeptanz für den Ausbau der Windenergie zu fördern³²⁸.

Im Kern verpflichtet das Gesetz

- Projektentwickler bzw. Betreiber von Windenergieanlagen
- natürlichen Personen bzw. Gemeinden
- in einem Umkreis von 5 Kilometern um den (geplanten) Standort eines Windenergievorhabens
- mindestens 20 Prozent der Anteile an der Gesellschaft zum Kauf zu offerieren.

Hierfür sieht das Gesetz verschiedene, teils ergänzende, teils alternative Beteiligungsoptionen vor.

Aufgrund der Übergangsregelung des § 16 BüGemBeteilG ist das Gesetz erst auf Vorhaben anwendbar, deren Anträge auf Genehmigung nach dem Inkrafttreten des Gesetzes vervollständigt wurden. Insoweit sind bislang noch keine Beteiligungsverfahren durchgeführt worden. Die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes wurde allerdings bereits im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens kontrovers diskutiert und ist inzwischen Gegenstand von Verfahren vor dem Landesverfassungsgericht Mecklenburg-Vorpommern³²⁹ sowie auch dem Bundesverfassungsgericht.

a) Anwendungsbereich des BüGemBeteilG

Zum Erreichen der mit dem Gesetz bezweckten finanziellen Teilhabe erfasst der Anwendungsbereich des Gesetzes grundsätzlich alle immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Windenergieanlagen (§ 1 Abs. 1 BüGemBeteilG) und klammert neben Windenergieanlagen auf See (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 BüGemBeteilG) lediglich solche Anlagen aus, die als unselbständige mitgezogene Nutzungen als Teil eines nach § 35 Abs. 1 Baugesetzbuch privilegierten Betriebs planungsrechtlich zulässig sind (§ 1 Abs. 2 Nr. 2 BüGemBeteilG). Letztere

³²⁷ Vgl. Art. 3 des Gesetzes über die Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden an Windparks in Mecklenburg-Vorpommern und zur Änderung weiterer Gesetze, GVOBl. M-V 2016, ausgegeben am 27. Mai 2016, S. 265.

³²⁸ Siehe ausführlich zum Gesetz und den aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Fragen *N. Wegner*, Verfassungsrechtliche Fragen ordnungsrechtlicher Teilhabemodelle am Beispiel des Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetzes Mecklenburg-Vorpommern, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 8, März 2018, abrufbar unter: <http://www.stiftung-umweltenergierecht.de/publikationen/>.

³²⁹ Das Verfahren wird unter dem Aktenzeichen LVerfG 4/17 geführt. Vgl. die Pressemitteilung des Landesverfassungsgerichts vom 03.07.2017.

sind nach Ansicht des Gesetzgebers nicht ursächlich für die vorhandenen Akzeptanzprobleme in Mecklenburg-Vorpommern.³³⁰

b) Gesellschaftsrechtliche Teilhabe und ergänzende Beteiligungsmöglichkeiten

Das Gesetz verlangt primär eine direkte wirtschaftliche Beteiligung (§ 4 Abs. 1 Satz 1 BüGemBeteilG)³³¹. Zu diesem Zweck müssen Vorhabenträger³³² den Kaufberechtigten die Zeichnung von mindestens 20 Prozent der Gesellschaftsanteile an der haftungsbeschränkten Projektgesellschaft (§ 3 BüGemBeteilG) ermöglichen. Als Kaufberechtigte gelten zum einen natürliche Personen, die ihren Wohnsitz in einem Umkreis von 5 Kilometern haben und zum anderen die Standortgemeinden sowie Gemeinden, deren Gemeindegebiet nicht weiter als 5 Kilometer vom Standort der Windenergieanlagen entfernt liegt (§ 5 BüGemBeteilG).

Der Kaufpreis für einen Gesellschaftsanteil darf 500 € nicht überschreiten (§ 6 Abs. 8 BüGemBeteilG), damit sich gerade auch Bürger mit geringerer Kaufkraft beteiligen können. Im Falle der Überzeichnung eines Beteiligungsangebotes erfolgt die Zuteilung der Anteile gegenüber den kaufberechtigten Bürgern reihum bis zur erschöpfenden Zuweisung aller Anteile. Soweit notwendig, entscheidet das Los (§ 9 Abs. 4 BüGemBeteilG).

Parallel zu diesem gesetzlichen „Normalfall“ bleibt es dem Vorhabenträger unbenommen, andere bereits existierende und erprobte Beteiligungsformen, insbesondere einen verbilligten Stromtarif (vgl. hierzu unter B. III. 3.), anzubieten (§ 10 Abs. 1).

Wirtschaftlich gleichwertig gegenüber der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung muss ein solches ergänzendes Angebot gem. § 10 Abs. 1 BüGemBeteilG nicht sein. Nimmt ein Berechtigter ein solches zusätzliches Angebot an, hat der Vorhabenträger zwar seine Beteiligungsverpflichtung gegenüber dem jeweiligen Beteiligungsberechtigten erfüllt. Es verringert sich dadurch jedoch nicht der Umfang der Verpflichtung, sondern der Vorhabenträger muss weiterhin 20 Prozent gesellschaftsrechtliche Beteiligungsmöglichkeiten für andere kaufberechtigte Dritte anbieten.

c) Alternative Teilhabeformen: Sparprodukt und Ausgleichsabgabe

Von seiner gesetzlich vorgesehenen Pflicht kann sich der Vorhabenträger auch befreien (§ 10 Abs. 5, 6 S. 1, 7 S. 1), indem er den Kaufberechtigten anstatt einer direkten wirtschaftlichen Beteiligung die in § 10 Abs. 4 BüGemBeteilG vorgesehene gleichwertige Alternative anbietet

³³⁰ Gesetzentwurf, Ldt-Drs. 6/4568 vom 7.10.2015, S. 26. Siehe hier auch zur Begründung der Ausklammerung von anderen Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien.

³³¹ Zur direkten wirtschaftlichen Beteiligung und den einzelnen Beteiligungsformen vgl. B. II.

³³² Als Vorhabenträger gelten gemäß § 2 Nr. 1 BüGemBeteilG Entwickler und Betreiber von Windenergieanlagen.

(Ersetzungsbefugnis). Als gleichwertig gilt danach eine Kombination aus Sparprodukt (§ 12) und Ausgleichszahlung (§ 11)³³³.

Der Vorhabenträger kann frei wählen, ob er Gesellschaftsanteile oder Sparprodukte anbietet. Das Sparprodukt richtet sich an die kaufberechtigten natürlichen Personen und muss über ein Kreditinstitut abgewickelt werden, damit sich das Anlagerisiko durch das Einlagensicherungssystem der Banken minimiert³³⁴. Mit Hilfe des Sparprodukts sollen risikoreiche schuldrechtliche Anlageformen vermieden werden, bei denen Anleger trotz fehlender Mitwirkungsrechte und der damit verbundenen Identifikationswirkung das Totalverlustrisiko tragen³³⁵.

Vor diesem Hintergrund hat der Gesetzgeber die Anforderungen an ein solches Sparprodukt im Einzelnen festgelegt. So muss der Vorhabenträger u.a. sicherstellen, dass die Laufzeit mindestens drei bis höchstens zehn Jahre und die Gesamtanlagesumme mindestens 10 Prozent des zu bestimmenden Eigenkapitals beträgt. Gleichzeitig darf die Mindestanlagesumme für einen Kaufberechtigten 500 € nicht übersteigen. Außerdem darf das Sparprodukt keine Nachrangabrede oder einer solchen gleichkommende Bedingungen enthalten.

Gegenüber kaufberechtigten Gemeinden ist eine Befreiung von der primären Pflicht zwar grundsätzlich auch möglich. Im Gegensatz zum Sparprodukt bedarf es dafür jedoch stets der Zustimmung der kaufberechtigten Gemeinde (§ 10 Abs. 5, 6 Satz 1, 7 Satz 2). Stimmt die Gemeinde zu, erhält sie beginnend mit dem auf die Inbetriebnahme folgenden Kalenderjahr³³⁶ für die Betriebsdauer der Windenergieanlagen laufende Zahlungen vom Vorhabenträger³³⁷. Die Höhe dieser Ausgleichsabgabe orientiert sich am anteiligen Ertragswert, den die Gemeinden maximal im Beteiligungswege hätten erhalten können³³⁸. Allerdings dürfen die vereinnahmten Geldbeträge von der Gemeinde nur zweckentsprechend, d.h. zur Förderung der Akzeptanz der Windenergie in den von ihrer Erzeugung betroffenen Gemeinden³³⁹, verwendet werden³⁴⁰. Da die möglichen Maßnahmen zur Steigerung der Akzeptanz vielfältig und einzelfallabhängig sind, hat der Gesetzgeber keinen abschließenden Maßnahmenkatalog erstellt, sondern zur Orientierung in § 11 Abs. 4 Satz 2 BüGemBeteilG lediglich Regelbeispiele aufgeführt³⁴¹. Dazu gehören Maßnahmen zur

- Aufwertung von Ortsbild und ortsgebundener Infrastruktur (Nr. 1),

³³³ Ldt-Drs. 6/4568, S. 37.

³³⁴ Ldt-Drs. 6/4568, S. 45.

³³⁵ Ldt-Drs. 6/4568, S. 45.

³³⁶ § 11 Abs. 1 BüGemBeteilG.

³³⁷ Ldt-Drs. 6/4568, S. 42.

³³⁸ Ldt-Drs. 6/4568, S. 42.

³³⁹ Ldt-Drs. 6/4568, S. 42.

³⁴⁰ § 11 Abs. 4 BüGemBeteilG.

³⁴¹ Ldt-Drs. 6/4568, S. 44.

- Optimierung der Energiekosten oder des Energieverbrauchs der Gemeinde oder der Einwohner (Nr. 2),
- Information über die Windenergie und deren Erzeugung (Nr. 3) oder
- Förderung kommunaler Veranstaltungen oder Einrichtungen, die der Kultur, Bildung oder Freizeit dienen, oder unternehmerischer Tätigkeiten in der Gemeinde, soweit für die Einwohner jeweils ein ausreichender Bezug zu den aus der Windenergieerzeugung generierten Geldmitteln erkennbar ist (Nr. 4).

d) Rechtliche Hemmnisse und Herausforderungen

In der Diskussion um die Verfassungsmäßigkeit des BüGemBeteilG werden insbesondere Bedenken hinsichtlich der Gesetzgebungskompetenz des Landesgesetzgebers geäußert. Daneben werden auch hinsichtlich der Vereinbarkeit der Regelungen mit den Grundrechten der Berufs- und Eigentumsfreiheit von Vorhabenträgern sowie dem Gleichheitsgrundsatz Zweifel angemeldet und die Vereinbarkeit der als Sonderabgabe zu qualifizierenden Ausgleichsabgabe gegenüber Gemeinden mit Vorgaben der Finanzverfassung diskutiert³⁴².

Im Ergebnis sprechen gute, obgleich keinesfalls zweifelsfreie Gründe für die Annahme, dass der Landesgesetzgeber in Mecklenburg-Vorpommern vor dem Erlass des bundesrechtlichen § 36g EEG nicht zum Erlass des BüGemBeteilG befugt war³⁴³: In § 36g EEG hat der Bund inzwischen in Gestalt einer Art Länderöffnungsklausel für die Zukunft ausdrücklich vorgesehen, dass seine bisherigen Regelungen in den Bereichen des Energiewirtschafts- sowie des Luftreinhaltrechts nicht als abschließend zu verstehen sind und den Ländern insoweit eine Regelungszuständigkeit für weitergehende Regelungen zur Bürgerbeteiligung und Akzeptanzsteigerung hinsichtlich Windenergieanlagen zukommen soll. Zuvor und damit auch im Zeitpunkt des Erlasses des BüGemBeteilG dürfte jedoch zu Lasten der Länder aufgrund der vorhandenen bundesrechtlichen Regelungen auf Grundlage der konkurrierenden Gesetzgebungsmaterien des Rechts der Energiewirtschaft sowie der Luftreinhaltung eine Sperrwirkung gem. Art. 72 Abs. 1 GG zulasten der Länder bestanden haben. Auch die von Mecklenburg-Vorpommern herangezogene Gesetzgebungskompetenz der Raumordnung vermag die Regelungen des BüGemBeteilG letztlich nicht zu tragen. § 36g EEG 2017 kann zwar den insoweit bestehenden Verfassungsverstoß nicht nachträglich heilen. Auf der nun geschaffenen neuen Grundlage wäre jedoch ein erneuter Erlass des Gesetzes möglich.

Ein solches erneut erlassenes Gesetz dürfte auch mit den grundrechtlichen Anforderungen des Grundgesetzes in Einklang stehen. Die Beeinträchtigungen der je nach Konstellation durch die Verpflichtungen betroffenen Freiheitsgrundrechte der Eigentums- und Berufsfrei-

³⁴² Ausführlich hierzu *N. Wegner*, Verfassungsrechtliche Fragen ordnungsrechtlicher Teilhabemodelle am Beispiel des Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetzes Mecklenburg-Vorpommern, Würzburger Studien zum Umweltenergie recht Nr. 8, März 2018, Abschnitte C. II., S. 10 ff., III., S. 20 ff. und IV, S. 40 ff., abrufbar unter: <http://www.stiftung-umweltenergie recht.de/publikationen/>.

³⁴³ Ebd., Abschnitt C. II., S. 10 ff.

heit nach Art. 14 Abs. 1 GG bzw. Art. 12 Abs. 1 GG lassen sich noch rechtfertigen. Der Landesgesetzgeber durfte auch aufgrund seiner Einschätzungsprärogative davon ausgehen, dass die von ihm geschaffenen Verpflichtungen geeignet sind, die Akzeptanz für den Ausbau der Windenergie im Allgemeinen und konkreter Windenergievorhaben im Besonderen zu fördern. Auch können die Verpflichtungen unter Berücksichtigung ihrer konkreten Ausgestaltung als erforderlich angesehen werden, da sich kein gleichgeeignetes milderes Mittel zur Zielerreichung aufdrängt. Schließlich sind die Regelungen mit ihren freiheitsbeschneidenden Pflichten in Abwägung zur Gemeinwohlorientierung ihrer Zielrichtung auch als noch verhältnismäßig einzustufen. Die Regelungen haben schließlich auch in ihrer jetzigen Form vor dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG Bestand. Für die Zukunft empfiehlt es sich allerdings, eine Abstufung bei den Beteiligungsmöglichkeiten zwischen Personen und Gemeinden entsprechend dem Grad ihrer Betroffenheit vorzusehen.

Dagegen dürfte die Vereinbarkeit der Ausgleichsabgabe nach § 11 BüGemBeteilG mit den Vorgaben der Finanzverfassung eher nicht anzunehmen sein. Die Ausgleichsabgabe ist, da entgegen der Konzeption des BüGemBeteilG wohl der zu erwartende Regelfall der Gesetzesanwendung, nicht als Lenkungsabgabe zu qualifizieren, sondern als Sonderabgabe mit Finanzierungsfunktion. Diese unterliegen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts strengeren Anforderungen. Die danach erforderliche besondere Finanzierungsverantwortung der Vorhabenträger für Maßnahmen der Akzeptanzsteigerung dürfte sich aber nicht ohne weiteres begründen lassen, ebenso wie die Gruppennützigkeit der Maßnahmen nach § 11 Abs. 4 S. 2.

e) Fazit

Wie das Thüringer Siegel greift das BüGemBeteilG verschiedene direkte und indirekte Beteiligungsmodelle auf. Im Gegensatz zum Thüringer Siegel schreibt es eine finanzielle Beteiligung jedoch zwingend vor (bußgeldbewehrt) und geht dabei vom Leitbild der direkten Beteiligung aus, denn die Vorhabenträger müssen mindestens 20 Prozent der Anteile am Windenergieprojekt offerieren. Andere in der Praxis bereits existierende und erprobte freiwillige Teilhabeformen wie etwa vergünstigte Stromtarife werden durch die gesellschaftsrechtliche Beteiligung der Einwohner zwar rechtlich nicht verdrängt. Allerdings bleibt abzuwarten, ob diese faktisch auch weiterhin beibehalten werden, wenn der Vorhabenträger parallel dennoch verpflichtet ist, die Möglichkeit der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung vorzuhalten.

Durch die Ausgleichsabgabe an die Gemeinden sollen auch deren Einwohner, die eine Geldanlage entweder nicht tätigen können oder wollen, einen wirtschaftlichen Vorteil erhalten³⁴⁴. Wie bei der Gewerbesteuer handelt es sich bei der Ausgleichszahlung um eine kommunale Einnahme, deren Höhe sich aber im Gegensatz zur Gewerbesteuer nicht nach dem Gewinn, sondern an der im vorangegangenen Jahr vergüteten Nettostrommenge berechnet.

³⁴⁴ Ldt-Drs. 6/4568, S. 37.

Der Anknüpfungspunkt Nettostrommenge wurde vom Gesetzgeber bewusst gewählt, um etwaige bilanzielle Gestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich des Gewinns eines Vorhabens auszuschließen³⁴⁵. Zudem unterliegt die Ausgleichszahlung keiner Zerlegung. Insoweit erfolgt die Ausgleichszahlung in der gesetzlich vorgesehenen Höhe bereits in dem ersten Jahr nach Inbetriebnahme. Sie muss aber zweckgebunden verwendet werden.

Durch die Verpflichtung, eine haftungsbeschränkte Projektgesellschaft zu gründen und den Kaufpreis für einzelne Gesellschaftsanteile auf 500 € zu limitieren, wird sichergestellt, dass eine direkte gesellschaftsrechtliche Beteiligung auch für einen Personenkreis mit begrenzten wirtschaftlichen Möglichkeiten in Betracht kommt. Nichtsdestotrotz verbleibt im Rahmen einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung ein Totalverlustrisiko. Soweit eine Beteiligung von Bürgern dagegen über die alternative Teilhabeform eines einlagegesicherten Sparprodukts stattfindet, handelt es sich um eine Form indirekter Beteiligung mit minimalem Verlustrisiko. Kaufberechtigten kann darüber hinaus ein besonderer Stromtarif angeboten werden. Dabei handelt es sich zwar lediglich um eine zusätzliche Option, die sich nicht auf die bestehende Verpflichtung auswirkt; dadurch können jedoch auch Haushalte einen wirtschaftlichen Vorteil von der Ansiedelung eines Windparks erlangen, die keine Investition vornehmen können oder wollen. Schließlich können über die gesellschaftsrechtliche Beteiligung von Kommunen oder ihre Teilhabe mittels Ausgleichsabgabe auch nicht kaufberechtigte Bürger der Gemeinden mittelbar vom Ausbau der Windenergie profitieren.

Dass die Regelungen des Gesetzes tatsächlich für eine Förderung der Akzeptanz der Windenergie sorgen werden, hängt zunächst davon ab, ob die durch den Landesgesetzgeber im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative getroffenen Annahmen über die Wirkungen finanzieller Teilhabe tatsächlich zutreffen. Das rechtliche Schicksal des Gesetzes wird dann aber vor allen Dingen vom Ausgang des aktuellen Verfassungsbeschwerdeverfahrens abhängen. Je nachdem wäre ein erneuter Erlass des Gesetzes auf inzwischen veränderter Kompetenzgrundlage möglich. Es ist aber davon auszugehen, dass der Landesgesetzgeber aufgrund der ebenfalls vorhandenen materiell-rechtlichen Bedenken gegen das Gesetz den Ausgang des Gerichtsverfahrens zunächst abwarten wird.

C. Vergleichende Betrachtung

Die oben dargestellten wirtschaftlichen Beteiligungsmodelle unterscheiden sich in mehrfacher Hinsicht. Zum einen in Bezug auf den Kreis der Beteiligungsberechtigten (dazu unter I.), zum anderen hinsichtlich der aus der Art der Beteiligung folgenden Mitbestimmungsmöglichkeiten (dazu unter II.) sowie in Bezug auf das mit der wirtschaftlichen Beteiligung verbundene Risiko (dazu unter III.). Schließlich differieren die Modelle auch hinsichtlich der un-

³⁴⁵ Ldt-Drs. 6/4568, S. 43.

mittelbar durch die Beteiligung Belasteten (dazu unter IV.) und ihre Auswirkungen auf die Grundrechtspositionen der Vorhabenträger (dazu unter V.).

Nachfolgend werden die einzelnen Modelle und Konzepte anhand der oben benannten Unterscheidungsmerkmale einander gegenübergestellt und verglichen. Dabei wird als Referenz auch auf § 36g, die Sondervorschrift für Bürgerenergiegesellschaft im EEG 2017, eingegangen³⁴⁶.

I. Der Kreis der Beteiligungsberechtigten

Mit Ausnahme einiger freiwilliger Beteiligungsmodelle (dazu unter B. II.) bestimmt sich der Kreis der Beteiligten nach dem räumlichen Zusammenhang zwischen Windenergieprojekt und Betroffenen. Entsprechendes gilt für Modelle, die auf höhere Einnahmen für die betroffenen Gemeinden abzielen, denn daraus folgt ein indirekter wirtschaftlicher Vorteil für deren Einwohnerinnen und Einwohner.

1. Gemeinden

Örtlicher Anknüpfungspunkt für die Instrumente Gewerbesteuer und Konzessionsabgaben ist ausschließlich das Gebiet der Gemeinden, in denen Windenergieanlagen errichtet werden, so dass unmittelbar angrenzende Gemeinden, auch wenn ihre Einwohner betroffen sind, weil sie in unmittelbarer Nähe der Gemeindegrenze wohnen, nicht vom Gewerbesteuer- bzw. Konzessionsabgabenaufkommen profitieren.

So sieht auch der bundesgesetzliche § 36g Abs. 3 Satz 4 lit. b) EEG 2017 eine Beteiligung (nur) der Standortgemeinde vor, d.h. hier wird auf das Gemeindegebiet abgestellt. Ebenfalls auf die Standortgemeinde beziehen sich die Anforderungen an die Gewerbesteuererlegung für das Siegel „Faire Windenergie Thüringen“.

Eine weitergehende Regelung enthält das BüGemBeteilG Mecklenburg-Vorpommerns. Als kaufberechtigt (und damit auch ausgleichsabgabeberechtigt) gelten nach § 5 Abs. 2 BüGemBeteilG nicht nur die Standortgemeinden, sondern auch Gemeinden, deren Gemeindegebiet nicht mehr als 5 Kilometer vom Standort der Windenergieanlage entfernt liegt.

2. Anwohnerinnen und Anwohner

Auch der räumliche Zusammenhang zwischen Windenergieanlage und Anwohnerinnen und Anwohner wird unterschiedlich bestimmt.

³⁴⁶ Siehe dazu vertieft I. Hoffmann, Die Sonderregelungen für Bürgerenergiegesellschaften im EEG 2017, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 26 vom 2. Mai 2017, abrufbar unter <http://stiftung-umweltenergierecht.de/publikationen/>.

Während z.B. die Begriffsbestimmung der Bürgerenergiegesellschaft in § 3 Nr. 15 EEG 2017, die für Privilegierungen an eine lokale Verankerung in der kreisfreien Stadt bzw. dem jeweiligen Landkreis anknüpft³⁴⁷, räumlich verhältnismäßig weit gefasst ist, wird eine zwingende wirtschaftliche Beteiligung nach § 5 Abs. 1 BüGemBeteilG M-V nur in einem örtlichen Zusammenhang von 5 Kilometern um die Windenergieanlage verlangt. Diese räumlichen Vorgaben gelten – in Bezug auf eine wirtschaftliche Beteiligung von Bürgern, Unternehmen und Kommunen – auch für das Thüringer Siegel.

Einen anderen, wesentlich weiteren, räumlichen Zusammenhang stellt das Thüringer Siegel bei der Einbeziehung von regionalen EVU und Kreditinstituten her. Als regional gelten nach der dortigen Definition alle lokalen EVU sowie lokalen Kreditinstitute in der Nähe des Windgebietes. Zu beachten ist, dass sich dieser weite räumliche Zusammenhang nicht nur auf eine Kooperation für besondere Stromtarife und Sparprodukten bezieht, sondern alternativ auch für eine direkte Beteiligung der EVU und Kreditinstitute an dem Windenergieprojekt zur Anwendung kommt.

Solange ein Projekt nicht von Privilegien bei der Ausschreibung partizipieren bzw. in Mecklenburg-Vorpommern oder in Thüringen mit Siegel umgesetzt werden soll, gelten die freiwilligen Vorgaben der einzelnen Modelle, wie z.B. der Mitgliedschaft in Genossenschaften, dem Erwerb von Gesellschaftsanteilen, den häufig als Crowdfunding ausgestalteten Nachrangdarlehen, den über ein Kreditinstitut vom Vorhabenträger festgelegten Sparvertragsbedingungen sowie die vergünstigten Stromtarife. Für letztere sind u.U. die Vorgaben der regionalen Grünstromkennzeichnung, insbesondere der 50-Kilometer-Radius zu beachten.

3. Unternehmen, regionale Kreditinstitute und Energieversorgungsunternehmen

Das Siegel „Faire Windenergie Thüringen“ sieht vor, dass Vorhabenträger neben Gemeinden und Thüringer Bürgern auch Unternehmen in einem Umkreis von 5 Kilometern beteiligen müssen. Darüber hinaus wird das Projektierungsunternehmen zur Einbeziehung der regionalen Energieversorgungsunternehmen und Banken verpflichtet³⁴⁸. Unter regionalen Energieversorgungsunternehmen und Kreditinstituten sind dabei alle lokalen Energieversorgungsunternehmen und Kreditinstitute zu verstehen, die in der Nähe des Windgebietes niedergelassen sind, wobei alternativ auch die DKB-Niederlassungen in Thüringen angesprochen werden können. Das Siegel bezieht damit einen größeren Adressatenkreis ein und setzt auch in Hinblick auf den räumlichen Zusammenhang weiter an als die anderen beschriebenen Modelle.

³⁴⁷ Zum Gesetzeswortlaut und dem darin verwendeten Begriff des Hauptwohnsitzes vgl. *I. Hoffmann*, Die Sonderregelungen für Bürgerenergiegesellschaften im EEG 2017, Würzburger Berichte zum Umweltenergie recht Nr. 26 vom 2. Mai 2017, S. 14 ff, abrufbar unter: www.stiftung-umweltenergie recht.de/publikationen/.

³⁴⁸ Dabei kann das Projektierungsunternehmen zwischen einer direkten und indirekten Beteiligung wählen.

II. Mitbestimmungsmöglichkeiten und Projektbezug

Die wirtschaftlichen Beteiligungsmodelle sehen entweder eine direkte oder eine indirekte Beteiligung von Gemeinden bzw. Bürgerinnen und Bürgern vor. Wie oben ausgeführt (dazu unter B. II. und III.) unterscheiden sich diese Modelle in erster Linie dadurch, dass z.B. Gesellschafter eines Unternehmens als direkt an einem konkreten Projekt Beteiligte Teilnahme-, Mitwirkungs- und Stimmrechte erhalten, während Anleger im Rahmen von Darlehen, Anleihen, Genussrechten oder Sparverträgen oder als Adressaten von vergünstigten Stromtarifen i.d.R. über keinerlei Einflussmöglichkeiten verfügen.

Vor dem Hintergrund, dass insbesondere direkten Beteiligungen, wie dem Erwerb von Gesellschaftsanteilen und den damit verbundenen Mitbestimmungsmöglichkeiten und Gewinnerwartungen, eine akzeptanzsteigernde Wirkung zugeschrieben wird³⁴⁹, verlangt der Gesetzgeber für das Bestehen einer Bürgerenergiegesellschaft i.S.v. § 3 Nr. 15 EEG 2017 stets eine gesellschaftliche Beteiligung einer bestimmten Anzahl von stimmberechtigten natürlichen Personen³⁵⁰. Auch das BüGemBeteilG M-V enthält als Leitbild eine direkte wirtschaftliche Beteiligung, denn der Vorhabenträger hat den Kaufberechtigten mindestens 20 Prozent der Anteile an der Gesellschaft zum Kauf zu offerieren³⁵¹. Unter bestimmten Umständen kann der Vorhabenträger die direkte durch eine „gleichwertige“ indirekte Beteiligung ersetzen³⁵². Als gleichwertig gilt eine Kombination aus Sparprodukt (für die kaufberechtigten Bürgerinnen und Bürger) und Ausgleichszahlung (an die Gemeinde), wobei für letzteres die Zustimmung der berechtigten Gemeinde erforderlich ist. Liegen die entsprechenden Voraussetzungen vor, wird der Vorhabenträger von seinen Verpflichtungen frei, obwohl mit der indirekten Beteiligung keinerlei Teilnahme-, Mitwirkungs- oder Stimmrechte verbunden sind.

Einen ähnlichen Weg beschreitet das Thüringer Siegel. Zwar wird auch hier primär eine direkte wirtschaftliche Beteiligung angestrebt; der Vorhabenträger erfüllt die Vorgaben des Siegels aber auch, wenn er die regionalen EVU und Kreditinstitute lediglich als Vermarktungspartner beteiligt und den Thüringer Bürgern, Unternehmen und Kommunen nach Durchführung eines „Willensbekundungsverfahrens“ die von ihnen bevorzugten Beteiligungsarten, darunter auch indirekte Beteiligungen wie Sparbriefe oder andere Formen der indirekten Beteiligung, ermöglicht.

Aus den indirekten Beteiligungsmodellen, wie Darlehen (sowie Anleihen und Genussrechte), die als Investition in Windenergieanlagen ohne Bezug zu den Maßnahmen der Länder angeboten werden, erwachsen den Anlegern keine Mitbestimmungsrechte (dazu unter B. III. 1. und 2.). Sie können zwar in ein konkretes Projekt investieren und es damit fördern, ihre Teilhabe beschränkt sich aber auf die Investitionshandlung und die damit verbundene Rendite.

³⁴⁹ Vgl. BT-Drs. 18/8860, S. 147; Ldt-Drs. 6/4568, S. 1 ff.

³⁵⁰ § 3 Nr. 15 lit. a) EEG.

³⁵¹ § 4 Abs. 1 BüGemBeteilG-MV.

³⁵² § 10 Abs. 5 BüGemBeteilG-MV.

Je nach der Ausgestaltung des Sparprodukts kann es darüber hinaus an einem unmittelbaren Bezug zwischen Investition und Projektfinanzierung fehlen. Zwar finanziert der Vorhabenträger einen erheblichen Teil der Zinserträge für die Anleger; die Sparguthaben fließen jedoch nicht unmittelbar in das jeweilige Projekt (dazu unter B. III. 2.). Dies gilt ebenso für das Instrument eines vergünstigten Stromtarifs (dazu unter B. III. 3.).

Teilnahme-, Mitwirkungs- oder Stimmrechte bieten Anlegern grundsätzlich die Möglichkeit zur Einflussnahme. Diese ist zwar – abgesehen von der Mitgliedschaft in einer Genossenschaft – stets abhängig vom jeweiligen Kapitaleinsatz, den gesellschaftsrechtlichen Vorgaben und Vereinbarungen sowie dem Zeitpunkt der Investition. Im Gegensatz zur indirekten Beteiligung können Anleger aber im Grundsatz an der Ausgestaltung und Umsetzung des Windenergieprojekts mitwirken und z.B. die Auswahl des konkreten Standorts, die Berücksichtigung lokaler Interessen oder die Einbindung regionaler Unternehmen beeinflussen.

III. Risiko und Renditeerwartungen

1. Direkte Beteiligungsmodelle

Bei direkten Beteiligungsmodellen besteht grundsätzlich ein unternehmerisches Risiko, d.h. ein Gesellschafter bzw. Anteilseigner partizipiert – den jeweiligen gesetzlichen Regelungen bzw. Vereinbarungen entsprechend – unmittelbar an den Gewinnen und Verlusten des Unternehmens. Handelt es sich um eine haftungsbeschränkte Gesellschaftsform und besteht keine Nachschusspflicht³⁵³ beschränkt sich das Verlustrisiko i.d.R. auf das eingesetzte Kapital (dazu unter B. II.).

Während § 3 Nr. 15 EEG 2017 keinerlei Vorgaben zur Gesellschaftsform macht³⁵⁴ und den Beteiligten damit auch die Wahl des damit einhergehenden Risikos überlässt³⁵⁵, enthält § 3 BüGemBeteilG („Projektgesellschaft; Haftungsbeschränkung“) genauere Bestimmungen zur Ausgestaltung der Windenergievorhaben, an denen sich Gemeinden sowie Bürgerinnen und Bürger beteiligen können sollen. Denn neben dem Ausschluss von Beteiligungen durch andere Gesellschaften schreibt Absatz 2 vor, dass der Vorhabenträger sicherstellen muss, dass sich die Haftung der beteiligten Gemeinden sowie Bürgerinnen und Bürger sowohl im Innen- als auch im Außenverhältnis auf den Einlagebetrag beschränkt.

Der Siegelvertrag „Faire Windenergie Thüringen“ enthält diesbezüglich keinerlei konkrete Vorgaben. Für die Schaffung einer direkten finanziellen Beteiligungsmöglichkeit für Thüringer Bürger, Unternehmen und Kommunen ist unter 5. aber vorgesehen, dass die genaue

³⁵³ Die Nachschusspflicht ist in § 22a GenG geregelt.

³⁵⁴ § 3 Nr. 15 lit. a) EEG.

³⁵⁵ Rechtsformen, die keine Haftungsbeschränkung vorsehen, sind bei der Umsetzung von Windenergieprojekten kaum anzutreffen.

Durchführung des Verfahrens durch die Servicestelle im Einzelfall in Absprache mit ihren Vertragspartnern bestimmt wird. Insoweit ist davon auszugehen, dass sich die Servicestelle auch in Hinblick auf die Ausgestaltung der Beteiligung und das damit verbundene Risiko für die Anleger ein Prüfungsrecht vorbehält.

Mit dem Status eines Gesellschafters bzw. Anteilseigners sind aber gleichzeitig höhere Renditeerwartungen verbunden. Diese orientieren sich neben dem jeweiligen Kapitaleinsatz an der wirtschaftlichen Entwicklung der Unternehmung, auf die der Anleger – jeweils im Rahmen seiner Mitbestimmungsmöglichkeiten – u.U. Einfluss nehmen kann.

2. Indirekte Beteiligungen

Im Falle eines wirtschaftlichen Scheiterns des Windenergieprojekts droht sowohl Darlehensgebern³⁵⁶ als auch Käufern von Anleihen und Inhabern von Genussrechten der Verlust ihres eingesetzten Kapitals, denn die Darlehensgeber bzw. Herausgeber der Anleihen und Genussrechte stellen i.d.R. keine Sicherheit zur Verfügung (dazu unter B. III. 1. B.).

Um das Verlustrisiko zu verringern und auch risikoaverse Anlegerinnen und Anleger einzubinden, wurde von der Branche ein besonderes Konzept entwickelt, bei dem nicht der Vorhabenträger das Anlageprodukt offeriert, sondern das Sparprodukt von einer Bank in Kooperation mit dem Vorhabenträger angeboten wird. Auf diese Weise wird der investierte Sparbetrag bis zu einer Höhe von 100.000 € über das Sicherungssystem für Kreditinstitute abgesichert (dazu unter B. III. 2.).

Dieses Modell wird sowohl vom BüGemBeteilG als auch vom Thüringer Siegel aufgegriffen. Einwohner erwerben mit einem einlagengesicherten Sparprodukt eine deutlich risikoärmere Anlageform als mit der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung³⁵⁷. Während § 12 BüGemBeteilG dezidierte Vorgaben zu der Ausgestaltung des Sparvertrages enthält (dazu unter B. V. 2. c), verpflichtet der Vertrag Siegel „Faire Windenergie Thüringen“ Vorhabenträger zwar alternativ dazu, regionalen Kreditinstituten die Möglichkeit zur Konzeptionierung eines Sparbriefes oder anderen indirekten Beteiligungsmodell zu geben und auf Nachfrage Thüringer Bürgern Sparbriefmodelle anzubieten; der Vertrag enthält jedoch keinerlei konkrete Vorgaben zur Ausgestaltung des Sparprodukts. Unter „Schaffung einer direkten finanziellen Beteiligungsmöglichkeit für Thüringer Bürger, Unternehmen und Kommunen“ ist unter 5. aber sowohl ein Sparbrief vorgesehen als auch, dass die genaue Durchführung des Verfahrens durch die Servicestelle im Einzelfall in Absprache mit ihren Vertragspartnern bestimmt wird. Insoweit ist davon auszugehen, dass sich die Servicestelle auch in Hinblick auf die Ausgestaltung des Sparproduktes ein Prüfungsrecht vorbehält.

³⁵⁶ Auch in Form einer Schwarmfinanzierung.

³⁵⁷ Ldt-Drs. 6/4568, S. 45.

IV. Unmittelbar wirtschaftlich Belastete

Soll auf Seiten der Berechtigten ein wirtschaftlicher Vorteil erwachsen, stellt sich die Frage, von wem (zunächst) die Kosten zu tragen sind, wer also unmittelbar zur Finanzierung herangezogen wird.

Aus einer Erhöhung des Gewerbesteuer- und Konzessionsabgabenaufkommens bei den Standortgemeinden folgt eine Umverteilung zu Ungunsten der bislang berechtigten Gemeinden. Es sei denn, das Gesamtniveau der Einnahmen wird angehoben; in diesem Fall würden die Steuer- bzw. Konzessionsabgabenschuldner belastet.

Alle anderen Modelle führen zunächst zu einer Belastung der Vorhabenträger. Dies gilt sowohl für die im BÜGemBeteilG alternativ vorgesehene Ausgleichsabgabe als auch die von der Agora Energiewende vorgeschlagene Sonderabgabe für die Betreiber von Windenergieanlagen³⁵⁸. Partizipieren Gemeinden oder Privatpersonen im Wege einer direkten Beteiligung (auch) vom Gewinn oder sind mit Darlehen, Anleihen oder Sparverträgen Kosten verbunden, sind damit entsprechende Aufwendungen zu Ungunsten der Projektgesellschaften bzw. Betreiber verbunden. Dasselbe gilt für die Finanzierung von vergünstigten Stromtarifen.

Gleichzeitig vermehrt eine wirtschaftliche Beteiligung Dritter am Windenergieprojekt – unabhängig davon, ob direkt oder indirekt – das zur Verfügung stehende Eigen- bzw. Fremdkapital. Unter Umständen kann erst durch eine wirtschaftliche Kooperation z.B. zwischen Stadtwerken bzw. Gemeinden und Energiegenossenschaften die Umsetzung eines Windenergieprojekts möglich werden (dazu unter B. II.).

Ob und inwieweit die Belastung der Vorhabenträger weitergereicht wird oder die Wahl eines bestimmten Modells sich im Verhältnis zu anderen Alternativen als wirtschaftlich günstiger darstellt, kann hier nicht ermittelt werden. Zu den Kostenerwägungen wird für die gesetzlich verankerten Modelle auf die Erwägungen in den jeweiligen Gesetzesbegründungen verwiesen³⁵⁹.

V. Freiwilligkeit und Eingriff in Grundrechtspositionen

Neben zu den einzelnen Modellen dargestellten rechtlichen Hemmnissen und Herausforderungen sind bei Vorgaben, die eine wirtschaftliche Beteiligung vorsehen und zu einer Belastung der betroffenen Unternehmen führen, mögliche Eingriffe in die Grundrechtspositionen der Betroffenen zu berücksichtigen. An dieser Stelle soll keine detaillierte grundrechtliche Betrachtung der einzelnen Modelle stattfinden; schon eine überschlägige Betrachtung er-

³⁵⁸ Agora Energiewende (2017): Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie? Zwei Strategievorschläge zur Sicherung der Standortakzeptanz von Onshore Windenergie, S. 59 f.

³⁵⁹ Ldt-Drs. 6/5335, S. 3 f.; Ldt-Drs. 6/4568, S. 3 f.

laubt jedoch eine Kategorisierung entlang der Grundrechtsrelevanz der vorgesehenen Instrumente.

1. Freiwillige Modelle

So fehlt es im Falle von Modellen, die nicht auf gesetzgeberische Verpflichtungen, behördliche Initiativen oder staatlich gelenktes Handeln zurückgehen, bereits an der Grundrechtsbetroffenheit bei den Anbietern entsprechender Beteiligungsmöglichkeiten. Soweit Vorhabenträger zum Angebot von Darlehen, Sparverträgen, vergünstigten Stromtarifen und ähnlichem nicht verpflichtet sind, sondern dies aus eigener Initiative geschieht, um die Akzeptanz von Vorhaben zu fördern und deren Durchführung zu erleichtern, liegen Grundrechtsausübungen, nicht aber -beeinträchtigungen vor. Den in diesem Sinne freiwilligen Modellen sind auch privat organisierte Siegel zuzurechnen.

2. Das Siegelmodell

Unklarer, so wurde bereits unter B. IV. 1. b) gezeigt, ist hingegen die Bewertung bei staatlich veranlassten Siegelmodellen, wie die des Siegels „Faire Windenergie Thüringen“. Zwar handelt es sich auch hier um ein anreizbasiertes Modell, so dass Vorhabenträgern letztlich die Wahl bleibt, ob sie sich den Vorgaben eines Siegelvertrages unterwerfen oder nicht. Der Unterschied gerade auch zu den privat organisierten Siegellösungen liegt jedoch darin, dass es hier um eine staatlich veranlasste, mittelbare Beeinflussung der Absatzchancen einzelner Marktakteure geht. Das Vorliegen einer grundrechtsrelevanten Beeinträchtigung der Vorhabenträger kann insoweit nicht ausgeschlossen, aufgrund der insoweit nicht eindeutigen Rechtsprechung aber auch nicht mit Sicherheit festgestellt werden.

3. Modelle verpflichtender Beteiligung

Eine offensichtliche Grundrechtsdimension besitzen dagegen ordnungsrechtlich ausgerichtete Modelle wie es dem Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetz Mecklenburg-Vorpommern zugrunde liegt. Die gesetzlichen Verpflichtungen von Vorhabenträgern zur Beteiligung bestimmter kaufberechtigter natürlicher Personen und Gemeinden stellen klassische Eingriffe in die Berufs- bzw. Eigentumsfreiheit von Vorhabenträgern dar und bedürfen ihrerseits der Rechtfertigung. Dabei kann etwa dem Gesetz in Mecklenburg-Vorpommern aber nicht schon das Bestehen anderweitiger, nicht die Grundrechte beeinträchtigende Modelle entgegengehalten werden. Anders als rein freiwillige Lösungen und auch anders als das anreizbasierte Siegelmodell in Thüringen kann über einen ordnungsrechtlichen Ansatz die Gleichmäßigkeit der Beteiligung sichergestellt und im Einzelfall auch hoheitlich durchgesetzt werden. Die Einschätzung, dass dieser Ansatz gerade auch deshalb besser zur Förderung der Akzeptanz Betroffener für die Windenergie geeignet und deshalb erforderlich ist, steht zu

allererst dem Gesetzgeber zu, solange er sich damit im Rahmen der ihm zustehenden Einschätzungsprärogative hält. Gleichwohl wird man dem Gesetzgeber die Pflicht auferlegen müssen zu beobachten, wie sich die Akzeptanz für die Windenergie gerade auch bei Anwendung von Modellen entwickelt, welche die Grundrechte von Vorhabenträgern weniger stark oder überhaupt nicht beeinträchtigen.

D. Fazit

In der Praxis werden bereits zahlreiche und von unterschiedlichen Akteuren³⁶⁰ entwickelte wirtschaftliche Beteiligungsmodelle umgesetzt, um die Akzeptanz von Windenergievorhaben zu fördern.

Diese wirtschaftlichen Beteiligungsmodelle unterscheiden sich in Bezug auf den Kreis der Beteiligungsberechtigten, die Möglichkeit der Mitbestimmung, das damit verbundene Risiko, die unmittelbar dadurch Belasteten und ihre Auswirkungen auf die Grundrechtspositionen der Vorhabenträger.

Insoweit setzen die einzelnen Konzepte nicht nur unterschiedliche Schwerpunkte, sondern sind auch in ihrem jeweiligen Wirkungsgrad begrenzt. Da z.B. die Beteiligungsberechtigung von dem jeweils festgelegten räumlichen Zusammenhang zum Windenergieprojekt abhängt, scheiden diejenigen als Beteiligte aus, die nicht unter den auch räumlich definierten Kreis an Berechtigten fallen. Zudem besteht ein Großteil der Beteiligungskonzepte darin, einem bestimmten Adressatenkreis Investitionsmöglichkeiten anzubieten, so dass sie nicht für Betroffene in Betracht kommen, denen die entsprechende Finanzkraft fehlt.

I. Investitionsunabhängige Beteiligungen

Liegt der Schwerpunkt darauf, alle Betroffenen unabhängig von ihrer Finanzkraft oder Investitionsbereitschaft zu beteiligen, kommen Einnahmen der Gemeinden, wie Gewerbesteuern (dazu unter B. I. 1.) und Konzessionsabgaben (dazu unter B. I. 2.), sowie die in § 11 BüGem-BeteilG verankerten Ausgleichsabgaben (dazu unter B. I. 2.) und die von der Agora Energiewende vorgeschlagene Sonderabgabe für die Betreiber von Windenergieanlagen³⁶¹ (dazu unter B. I. 2.) zum Tragen. Zu einer Form der investitionsunabhängigen Beteiligung gehören auch vergünstigte Stromtarife, denn diese können alle Haushalte und damit alle Bürgerinnen und Bürger in einem gewissen Umkreis zur Windenergieanlage in Anspruch nehmen. Während Einnahmen der Gemeinden in den Gemeindehaushalt fließen und – mit Ausnahme der

³⁶⁰ Dazu gehören u.a. Bürgerinnen und Bürgern sowie Projektentwickler, Hersteller, Stadtwerke, Banken und Energiegenossenschaften.

³⁶¹ Agora Energiewende (2017): Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie? Zwei Strategievorschläge zur Sicherung der Standortakzeptanz von Onshore Windenergie, S. 59 f.

Ausgleichsabgaben, die konkrete zweckgebundene Maßnahmen verlangt – für kommunale Zwecke verwendet werden und damit mittelbar allen Einwohnerinnen und Einwohnern zu Gute kommen, beinhalten vergünstigte Stromtarife einen unmittelbaren geldwerten Vorteil für den jeweiligen Privathaushalt.

Mangels Investition besteht für die Betroffenen zwar kein Verlustrisiko, jedoch hängen auch diese Beteiligungsmodelle von der Zahlungsfähigkeit und damit dem Gelingen der Unternehmung ab. Zudem resultieren aus investitionsunabhängigen Beteiligungen keinerlei Mitbestimmungsrechte für die Betroffenen.

Auf freiwilliger Basis begegnet die Umsetzung vergünstigter Stromtarife zwar keinerlei rechtlichen Bedenken. Es stellt sich jedoch auch hier die Frage, in welchem räumlichen Umkreis sie gelten und wie sie z.B. in Hinblick auf die regionale Grünstromkennzeichnung ausgestaltet werden sollten.

Aufgrund der geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen, insbesondere der finanzverfassungsrechtlichen und steuerrechtlichen Vorgaben, eignet sich die Gewerbesteuer als Akzeptanzinstrument nur sehr bedingt. Auch können Standortgemeinden nicht ohne erhebliche Veränderungen im System der Konzessionsabgaben am Konzessionsabgabenaufkommen beteiligt werden. Inwieweit Ausgleichsabgaben, wie sie in § 11 BüGemBeteilG vorgesehen sind, oder Sonderabgaben, wie sie von Agora Energiewende vorgeschlagen werden³⁶², einer verfassungsrechtlichen Prüfung standhalten, wurde hier nicht geprüft und bleibt anderen Publikationen vorbehalten³⁶³.

II. Direkte wirtschaftliche Beteiligungsmodelle

Der Kreis der Beteiligungsberechtigten wird in Bezug auf den räumlichen Zusammenhang unterschiedlich bestimmt. Während für eine Gemeindebeteiligung i.d.R. das Gebiet der Standortgemeinde herangezogen wird, stellen sowohl das BüGemBeteilG als auch das Thüringer Siegel für eine wirtschaftliche Beteiligung von natürlichen Personen auf einen Umkreis von 5 Kilometern ab. Im Interesse der regionalen Wertschöpfung bezieht das Siegel auch Unternehmen in einem Umkreis von 5 Kilometern und regionale bzw. lokale, in der Nähe des Vorhabens ansässige Energieversorgungsunternehmen und Kreditinstitute ein. Will ein Vorhabenträger die Privilegien für Bürgerenergiegesellschaften nach § 36g EEG 2017 in Anspruch nehmen, reicht es für einen räumlichen Zusammenhang zum Windenergieprojekt

³⁶² Agora Energiewende (2017): Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie? Zwei Strategievorschläge zur Sicherung der Standortakzeptanz von Onshore Windenergie, S. 59 f.

³⁶³ Zur finanzverfassungsrechtlichen Einordnung von § 11 BüGemBeteilG siehe *N. Wegner*, Verfassungsrechtliche Fragen ordnungsrechtlicher Teilhabemodelle am Beispiel des Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetzes Mecklenburg-Vorpommern, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 8, März 2018, Abschnitt C. IV., S. 40 ff., abrufbar unter: <http://www.stiftung-umweltenergierecht.de/publikationen/>.

hingegen schon aus, wenn die Gesellschafter bzw. Anteilhaber in der jeweiligen kreisfreien Stadt oder dem Landkreis wohnen.

In Bezug auf die Bestimmung des Umkreises ist festzustellen, dass eine verpflichtende – soweit nicht von der gleichwertigen Alternative Sparvertrag/Ausgleichszahlung Gebrauch gemacht wird – direkte Beteiligung, wie sie das BüGemBeteilG enthält, lediglich in einem Umkreis von 5 Kilometern vorgesehen ist.

Direkte Beteiligungen beinhalten zudem stets ein unternehmerisches Risiko. Zwar folgen daraus Mitbestimmungsrechte und Gewinnaussichten, die sich in der Regel am Kapitaleinsatz und den gesellschaftsrechtlichen Vorgaben bzw. individuellen Vereinbarungen orientieren. Neben der für eine solche Beteiligung erforderlichen Finanzkraft sind aber i.d.R. zusätzlich zumindest gewisse Grundkenntnisse über unternehmerisches Handeln und wirtschaftliche Zusammenhänge notwendig. Während mangelnde Kenntnisse ggf. durch entsprechende unabhängige Beratungsangebote ausgeglichen werden können, bleiben Personenkreise, die nicht über die nötige Finanzkraft verfügen, von direkten wirtschaftlichen Beteiligungsangeboten ausgeschlossen.

III. Indirekte wirtschaftliche Beteiligungsmodelle

Die Frage nach dem räumlichen Zusammenhang und der daraus folgenden Bestimmung der Adressaten stellt sich ebenso für indirekte Beteiligungen.

Zwar erfordern indirekte Beteiligungsmodelle, wie Darlehen, Anleihen und Genussrechte keine unternehmerischen Kenntnisse. Gleichzeitig erlangen Anleger jedoch weder Einflussnahmemöglichkeiten, noch besondere Gewinnaussichten, so dass die Identifizierung mit einem Windenergieprojekt weit weniger ausgeprägt ist als bei direkten Beteiligungen. Da sie jedoch trotzdem i.d.R. auch mit einem Totalverlustrisiko verbunden sind, werden risikoaverse Personen ggf. abgeschreckt.

Insoweit bilden Sparprodukte, wie sie in § 12 BüGemBeteilG und im Thüringer Siegelvertrag vorgesehen sind und wie sie z.T. auch bereits in der Praxis auf freiwilliger Basis angeboten werden, eine Ausnahme. Da sie von Banken aufgelegt werden, wird die Spareinlage über das Sicherungssystem der Kreditinstitute abgesichert und das Verlustrisiko der Anleger minimiert. Der Nachteil dieses Instruments besteht jedoch in den zusätzlichen Kosten, die mit der Einbindung von Kreditinstituten verbunden sind. Außerdem fehlt der unmittelbare Zusammenhang zwischen Windenergieprojekt und Anleger, so dass die Voraussetzungen für eine Identifizierung hier noch geringer sind als z.B. bei der Gewährung eines Darlehens von Betroffenen an dem konkreten Windenergieprojekt.

IV. Kombination der Modelle

Da keines der einzelnen wirtschaftlichen Beteiligungsmodelle sämtliche akzeptanzsteigernden Kriterien enthält, lässt sich eine maximale Wirksamkeit nur anhand einer Kombination der aufgeführten Modelle erreichen. Während das BüGemBeteilG die Vorhabenträger dazu verpflichtet, den Gemeinden sowie Anwohnern und Anwohnerinnen wirtschaftliche Beteiligungen anzubieten, indem es dafür unterschiedliche Alternativen vorgibt, verlangt das Thüringer Siegel von Projektentwicklungsunternehmen die parallele Umsetzung mehrerer Beteiligungsmodelle. Zwar enthält das BüGemBeteilG die Besonderheit der Ausgleichszahlungen an die jeweiligen Gemeinden mit dem Vorteil, dass dadurch auch mittelbar diejenigen Einwohnerinnen und Einwohner begünstigt werden, die sich nicht indirekt durch Sparvertrag beteiligen wollen oder können.

Demgegenüber beziehen die Thüringer Vorgaben aber auch Unternehmen sowie regionale/lokale in der Nähe des Windenergieprojekts ansässige Kreditinstitute und Energieversorgungsunternehmen ein, so dass – im Idealfall – eine wirtschaftliche Stärkung der Region erfolgt, von der auch Personen profitieren können, die sich nicht selbst beteiligen können oder wollen. Allerdings gelten die Siegelvoraussetzungen nur auf freiwilliger Basis, d.h. eine Umsetzung nach den im Siegelvertrag enthaltenen Vorgaben erfolgt nur durch Projektierungsunternehmen, die sich freiwillig zur Einhaltung verpflichten. Bei Verstößen ist deshalb der Handlungsspielraum der Servicestelle gering. Im Gegensatz zu den bußgeldbewehrten Vorgaben des BüGemBeteilG kann in Thüringen lediglich das Siegel aberkannt werden, wenn ein Projektierungsunternehmen die Vorgaben nicht einhält. Insoweit bietet sich bereits aus diesem Grund an, eine staatliche Siegelvergabe auf gesetzliche Grundlagen zu stellen, insbesondere für den Fall, dass ein bundeseinheitliches Siegel als Akzeptanzinstrument in Betracht gezogen wird.