

**Würzburger Studien zum  
Umweltenergierecht**

**Kommunale Teilhabe an der lokalen  
Wertschöpfung der Windenergie:  
Das Instrument einer Außenbereichs-  
abgabe**

**(Noch) ein Vorschlag aus der Rechtswissenschaft**

erstellt von

*Dr. Hartmut Kahl, LL.M. (Duke)*

*Dr. Nils Wegner, LL.M. (Stockholm)*

Entstanden im Rahmen des Vorhabens

„Rechtliche Analyse neuer Herausforderungen für das Planungs- und Genehmigungsrecht bei der Flächenbereitstellung und -realisierung für den Ausbau der Windenergie an Land“ (NeuPlan Wind)

Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses  
des Deutschen Bundestages

**# 9**

**Juni 2018**

**Zitiervorschlag:** *Hartmut Kahl/Nils Wegner*, Kommunale Teilhabe an der lokalen Wertschöpfung der Windenergie: Das Instrument einer Außenbereichsabgabe, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 9, Juni 2018.

Stiftung Umweltenergierecht

Ludwigstraße 22

97070 Würzburg

Telefon +49 931 79 40 77-0

Telefax +49 931 79 40 77-29

E-Mail [kahl@stiftung-umweltenergierecht.de](mailto:kahl@stiftung-umweltenergierecht.de)

[wegner@stiftung-umweltenergierecht.de](mailto:wegner@stiftung-umweltenergierecht.de)

Internet [www.stiftung-umweltenergierecht.de](http://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 BYLADEM1SWU

## Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einleitung</b> .....	<b>1</b>
<b>B. Bisher diskutierte Instrumente und ihre Einordnung</b> .....	<b>5</b>
I. Finanzierungssonderabgabe.....	5
1. Hintergrund und Konzept.....	5
2. Rechtliche Einordnung.....	7
a) Wer trägt die Verantwortung für die Akzeptanz des Windenergieausbaus? ....	8
b) Wie lässt sich eine gruppennützige Verwendung konturieren? .....	10
c) Sind Zweckbindung der Mittel und Aufgabenübertragungsverbot kompatibel? .....	12
d) Hilft das Ausweichen auf eine Sonderabgabe mit Lenkungszweck oder Ausgleichscharakter?.....	13
II. Konzessionierung des Windes als „Bodenschatz“ .....	15
1. Hintergrund und Konzept.....	15
2. Rechtliche Einordnung.....	17
III. Abschöpfung des Planungsvorteils aus der Raumnutzung .....	20
1. Hintergrund und Konzept.....	20
2. Rechtliche Einordnung.....	21
IV. „Konzessionsabgabe Wind“ .....	22
1. Hintergrund und Konzept.....	22
2. Rechtliche Einordnung.....	24
V. „Grundsteuer E“ .....	26
1. Hintergrund und Konzept.....	26
2. Rechtliche Einordnung.....	26
VI. Städtebauliche Verträge und sonstige Vereinbarungen .....	28
1. Hintergrund und Konzept.....	28
2. Rechtliche Einordnung.....	28
a) Unterscheidung unterschiedlicher Konstellationen.....	28
b) Grenzen vertraglicher Gestaltungsfreiheit.....	29
c) Strafrechtliche Risiken und regulatorische Gefahren .....	30
aa) Strafrechtliche Risiken .....	30
bb) Regulatorische Gefahren .....	31

<b>C. Eine Abgabe für die Inanspruchnahme des Außenbereichs.....</b>	<b>32</b>
I. Was ist eine Ressourcennutzungsgebühr?.....	33
II. Warum sind Außenbereichsflächen eine knappe Ressource?.....	34
III. Wird der Außenbereich öffentlich-rechtlich bewirtschaftet?.....	37
1. Gestuftes System der Planung und Vorhabenzulassung.....	38
2. Varianten planungsrechtlicher Zulassung von Windenergievorhaben.....	39
a) Konzentrationszonenplanungen als der Zulassung vorausgehende Flächenkontingentierung.....	39
b) Zulassung ohne vorangehenden Planungsakt.....	39
c) Zulassung auf der Grundlage eines Bebauungsplans.....	40
3. Zwischenergebnis: Das System der gestuften Planung und Zulassung als Bewirtschaftungsordnung .....	41
IV. Haben die Träger von Windenergievorhaben einen Sondervorteil aus der Nutzung des Außenbereichs? .....	41
1. Sondervorteil innerhalb von Konzentrationszonen .....	42
2. Sondervorteil trotz Fehlens windenergiespezifischer Planungen.....	43
3. Sondervorteil bei Vorliegen eines Bebauungsplans.....	43
4. Sondervorteil trotz Grundrechtsbetroffenheit .....	45
V. Höhe und Ausgestaltung der Außenbereichsabgabe.....	46
1. Bemessungsmaßstab.....	47
2. Praktische Umsetzung .....	48
VI. Gesetzgebungskompetenz .....	50
VII. Grundrechte .....	51
1. Kein Eingriff in das Eigentum.....	52
2. Keine unzulässige Berufsausübungsregelung .....	53
3. Vertrauensschutz gewährleisten: Erstreckung nur auf Neuanlagen.....	54
4. Ungleichbehandlung anderer Außenbereichsnutzungen gerechtfertigt.....	55
<b>D. Zusammenfassung und Fazit.....</b>	<b>56</b>
I. Bisherige Vorschläge .....	57
II. Die Außenbereichsabgabe.....	58

## A. Einleitung

Der Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD strebt beim Bruttostromverbrauch unter bestimmten Voraussetzungen „einen Anteil von etwa 65 Prozent“ erneuerbarer Energien bis 2030 an<sup>1</sup>. Daneben hat sich die Koalition vorgenommen, „durch eine bundeseinheitliche Regelung beim weiteren Ausbau der Erneuerbaren Energien (EE) die Standortgemeinden stärker an der Wertschöpfung von EE-Anlagen [zu] beteiligen [...] ohne dass dies insgesamt zu Kostensteigerungen beim EE-Ausbau führt“<sup>2</sup>.

In der Tat hängt der weitere Ausbau der erneuerbaren Energien von der Bereitstellung konkreter Anlagenstandorte ab, die gerade bei der Windenergie an Land vor Ort immer wieder auf **Akzeptanzprobleme** stößt. Die von Anwohnern nicht selten als ungewohnt empfundene Technisierung der Landschaft durch Windenergieanlagen, die Sozialforscher als eine bestimmende Akzeptanzhürde ausmachen<sup>3</sup>, dürfte bei einem ambitionierten Ausbaupfad eher zu- als abnehmen. Es scheint daher jedenfalls nicht unplausibel, für die **stärkere materielle Beteiligung der Standortgemeinden** an der Wertschöpfung ein Instrument zu schaffen, das die Akzeptanz vor Ort fördert oder die Skepsis gegenüber neuen Windparks zumindest dämpft.

Nun gibt es bereits eine Reihe von Maßnahmen, die darauf abzielen, die Akzeptanz für Windenergieanlagen zu erhöhen<sup>4</sup>. Teils sind dies **von der Branche entwickelte Teilhabemodelle** wie Darlehen, Sparverträge oder vergünstigte Stromtarife, teils **von einzelnen Landesregierungen initiierte Instrumente** wie das Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetz (BüGemBeteilG) in Mecklenburg-Vorpommern<sup>5</sup> oder das Siegel „Faire Windenergie“ in Thüringen<sup>6</sup>. Diese Ansätze können im Einzelnen durchaus wertvoll sein, ihre Wirkung in Summe für den noch anstehenden Ausbau der Windenergie erscheint aber begrenzt:

---

<sup>1</sup> Ein neuer Aufbruch für Europa – Eine neue Dynamik für Deutschland – Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode (im Folgenden Koalitionsvertrag), Rz. 442.

<sup>2</sup> Koalitionsvertrag, Rz. 3301 ff.

<sup>3</sup> Vgl. FA-Wind, *Hübner/Pohl*, Mehr Abstand – mehr Akzeptanz?, 2015, S. 20 Tabelle 3; *siehe außerdem* das Interview mit dem Soziologen Prof. Dr. Olaf Kühne zum Thema Landschaftsbild und Energiewende, abrufbar unter <https://www.buergerdialog-stromnetz.de/assets/Downloads/Interview-mit-Prof.-Olaf-Kuhne-.pdf>, wonach gerade die Veränderung der vertrauten Umgebung entscheidend ist: „Das zentrale Motiv für den Widerstand ist, dass sich die eigene Heimat nicht verändern soll. Weil der Veränderungsdruck durch fortschreitende Globalisierung und Beschleunigung der Lebenswelt immer größer wird, soll wenigstens unsere physische Umgebung dauerhaft stabil und vertraut bleiben. Deshalb ist beispielsweise auch der Protest gegen solche Veränderungen ein regionales Phänomen [...]“.

<sup>4</sup> Siehe dazu im Einzelnen m.z.N. *Hoffmann/Wegner*, Mechanismen finanzieller Teilhabe am Ausbau der Windenergie, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 7, März 2018, abrufbar unter [http://stiftung-umweltenergierecht.de/wp-content/uploads/2018/03/Stiftung\\_Umweltenergierecht\\_WueStudien\\_07\\_Mechanismen\\_finanzieller\\_Teilhabe.pdf](http://stiftung-umweltenergierecht.de/wp-content/uploads/2018/03/Stiftung_Umweltenergierecht_WueStudien_07_Mechanismen_finanzieller_Teilhabe.pdf).

<sup>5</sup> Siehe dazu vertieft *Wegner*, Verfassungsrechtliche Fragen ordnungsrechtlicher Teilhabemodelle am Beispiel des Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetzes Mecklenburg-Vorpommern, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 8, März 2018, abrufbar unter [http://stiftung-umweltenergierecht.de/wp-content/uploads/2018/03/Stiftung\\_Umweltenergierecht\\_WueStudien\\_08\\_B%C3%BCGemBeteilG.pdf](http://stiftung-umweltenergierecht.de/wp-content/uploads/2018/03/Stiftung_Umweltenergierecht_WueStudien_08_B%C3%BCGemBeteilG.pdf).

<sup>6</sup> Siehe dazu vertiefend *Hoffmann/Wegner*, Mechanismen finanzieller Teilhabe am Ausbau der Windenergie, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 7, März 2018, S. 54 ff. m. w. N.

Zum einen zielen die Modelle primär auf die **Beteiligung Einzelner** und weniger auf die Gesamtheit der vor Ort Betroffenen<sup>7</sup>. Damit ist der Erfolg der Modelle stark vom Identifikations- und Mitwirkungspotential, dem Geldbeutel oder der Risikoaversion der individuellen Adressaten abhängig, während die Akzeptanz derjenigen, die sich nicht beteiligen wollen oder können, gar nicht oder nur unvollkommen angesprochen wird.

Zum anderen führen die Modelle, die – wie in Mecklenburg-Vorpommern und Thüringen – mit einem rechtlichen oder faktischen Zwang arbeiten, in den bundesweiten Ausschreibungen um die EEG-Förderung zu **potentiellen Wettbewerbsverzerrungen**. Projektentwickler in Bundesländern ohne entsprechende Maßnahmen müssen insoweit keinen Aufwand in ihre Kostenkalkulation einbeziehen und können günstiger bieten. Solange nicht alle Bundesländer entsprechende Maßnahmen ergreifen, drohen sich diejenigen Länder, die hier vorangehen, einem Standortnachteil auszusetzen.

Daher ist es naheliegend, über ein **bundesweit einheitliches Modell** nachzudenken,

- das einerseits in den EEG-Ausschreibungen keine regional bedingten Wettbewerbsnachteile schafft und
- andererseits vom Mitwirkungswillen Einzelner unabhängig ist, indem es von vornherein die Standortkommune als die politisch repräsentative und rechtlich verfasste Gemeinschaft vor Ort in den Blick nimmt<sup>8</sup>.

Die **Einnahmen** könnten **vor Ort verwendet** werden und kämen (abstrakt) allen, nämlich der örtlichen Gemeinschaft, zugute. Im Idealfall ist diese Einnahmequelle für Kommunen so attraktiv, dass sie sich aktiv darum bemühen, Standort für Windparks zu werden.

Zwar gibt es insoweit als – allgemein konzipiertes – Instrument bereits die **Gewerbsteuer**. Allerdings ist diese bisher strukturell nicht geeignet, den Haushalten der Standortkommunen einen nennenswerten und stetigen Mittelfluss als Teilhabe an der Wertschöpfung der Windenergie zu sichern<sup>9</sup>:

- Zunächst fällt die Höhe der Gewerbesteuer gerade in den ersten Betriebsjahren regelmäßig besonders gering aus, da sich der Ertrag, an dem sich die Höhe der Steuer bemisst, in dieser Zeit etwa durch Abschreibungen und Verlustvorträge reduziert.
- Auch entfällt die Beteiligung der Standortgemeinde am Aufkommen der Gewerbesteuer nach der 16-jährigen Abschreibefrist<sup>10</sup>, da als Maßstab insoweit der bilanzielle Sachanlagewert der Windenergieanlage herangezogen wird<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> Siehe aber die Option der Ausgleichszahlung an Kommunen in Mecklenburg-Vorpommern, die das subsidiär schon aufgreift.

<sup>8</sup> Die Gemeinde hat die Gebietshoheit in der kommunalen Gebietskörperschaft, deren Mitgliedschaft durch den Wohnsitz begründet wird. Die Gebietshoheit erstreckt sich auf die „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“, so auch die Selbstverwaltungsgarantie in Art. 28 Abs. 2 GG.

<sup>9</sup> Ausführlich zur Gewerbesteuer *Hoffmann/Wegner*, Mechanismen finanzieller Teilhabe am Ausbau der Windenergie, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 7, März 2018, S. 5 ff. m. w. N.

<sup>10</sup> AfA-Tabelle für die allgemein verwendbaren Anlagegüter, BMF-Schreiben vom 15. Dezember 2000, BStBl I 2000, 1532, Ziffer 3.1.5; Vgl. dazu: Bundesfinanzhof, Urt. v. 14.04.2011, Az.: IV R 46/09, Rn. 27 ff.

<sup>11</sup> § 6 Abs. 1 Nr. 1, § 7 Abs. 1 EStG.

- Schließlich reduziert sich das Gewerbesteueraufkommen der Standortgemeinden durch die Gewerbesteuerumlage und eine zumindest teilweise Anrechnung auf die Höhe der sog. Schlüsselzuweisungen der Länder an die Kommunen<sup>12</sup>.

Der Einfluss des windenergiebedingten Gewerbesteueraufkommens zugunsten der Standortkommunen auf die Akzeptanz ist daher begrenzt. Mehrere gesetzgeberische Anläufe, diese Situation zu ändern, sind gescheitert<sup>13</sup>. Das im Koalitionsvertrag benannte, neu zu schaffende Instrument hat daher den Charakter eines Ersatzvehikels zur Gewerbesteuer.

Auch die Einnahmen aus der sog. Eingriffsregelung, nach der für die Anlagenbetreiber als finanzielle Kompensation für den Eingriff in Naturhaushalt und Landschaftsbild regelmäßig eine Zahlungspflicht besteht<sup>14</sup>, sind insoweit nicht zielführend. Zum einen kommen die Mittel, je nach Bundesland, den Standortkommunen meist gar nicht zugute, zum anderen handelt es sich um zweckgebundene Einnahmen, die naturschutzfachlich zu verwenden sind und nicht für Maßnahmen zur Akzeptanzförderung eingesetzt werden können<sup>15</sup>.

Die Diskussion zur **lokalen Teilhabe an der Wertschöpfung der Windenergie** hat daher zuletzt stark an Dynamik gewonnen. Während die Debatte anfangs sehr abstrakt um die Frage „Wem gehört der Wind?“ oszillierte<sup>16</sup>, gibt es mittlerweile eine ganze Reihe von (konkreten) Vorschlägen für Instrumente, die es sich näher anzuschauen lohnt<sup>17</sup>. Dieses Papier stellt diese Instrumente vor, ordnet sie mit Blick auf ihre rechtliche Umsetzbarkeit ein und stellt im Anschluss einen eigenen Vorschlag samt seiner rechtlichen Einordnung zur Diskussion.

Bei aller – auch durch den Koalitionsvertrag befeuerten – Fokussierung der Debatte auf kommunale Einnahmen aus der Windenergie bleibt jedoch Folgendes festzuhalten: Eine stärkere materielle Teilhabe der Standortkommunen an der Windenergie ist per se kein „silver bullet“ für mehr Akzeptanz. **Andere Elemente** wie Transparenz- und Dialogbereitschaft der Projektierer, Informationsveranstaltungen oder eine frühzeitige Einbindung in Planungs- und Genehmigungsprozesse bleiben essentiell, wie auch die aus der Branche heraus entwickelten Formate weiter ihre Berechtigung haben können und hilfreich bleiben.

Daher sollte der Gesetzgeber auch immer im Blick haben, wann verschiedene Ansätze zur finanziellen Beteiligung nebeneinander bestehen sollen und können. Ein Instrument sollte nicht das ersticken, was schon gut läuft und deshalb nach Möglichkeit vor Ort auch flexibel gehand-

---

<sup>12</sup> Siehe *Hoffmann/Wegner*, Mechanismen finanzieller Teilhabe am Ausbau der Windenergie, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 7, März 2018, S. 10 f. zur Gewerbesteuerumlage sowie S. 14 zu den Auswirkungen des kommunalen Finanzausgleichs auf die Verteilung des zusätzlichen Gewerbesteueraufkommens von Standortkommunen durch eine Gewerbesteuererlegung nach § 29 Abs. 1 Nr. 2 GewStG.

<sup>13</sup> Ausführlich zur Gewerbesteuer *Hoffmann/Wegner*, Mechanismen finanzieller Teilhabe am Ausbau der Windenergie, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 7, März 2018, S. 5 ff.

<sup>14</sup> Ausführlich *Fülbier*, Die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung bei Windenergieanlagen, NuR 2017, 804-812.

<sup>15</sup> Siehe im Einzelnen *Paschedag/Buchholz*, Zulässige Maßnahmen zur Kompensation von Eingriffen in das Landschaftsbild durch Windenergieanlagen, Rechtsgutachten im Auftrag der WestfalenWind GmbH, Berlin, 22.10.2014, S. 29 ff.

<sup>16</sup> Siehe hierzu ZUR 12/2017 sowie die Beiträge in ZUR 1/2018. Kritisch dazu *Korbmacher*, Wind ist ganz anders – Zugleich eine Antwort auf Beiträge im ZUR-Sonderheft „Wem gehört der Wind?“, ZUR 2018, 277-281.

<sup>17</sup> Dazu sogleich unter B.).

habt werden können. Daneben ist zu beachten, was an möglichen Folgeänderungen auch und gerade im Landesrecht erforderlich ist. So ist – will das Instrument effektiv sein – sicherzustellen, dass die Gelder auch tatsächlich bei den Gemeinden verbleiben und von ihnen für die jeweils sinnvollste Maßnahme eingesetzt werden können, die vor Ort am besten zur Akzeptanzförderung beitragen kann. Gehen die neu erschlossenen Einnahmen hingegen im kommunalen Finanzausgleich oder in der Haushaltssicherung unter, bleibt diese Wirkung aller Voraussicht nach aus.

Zu der Debatte gehört nicht zuletzt auch eine ehrliche Auseinandersetzung mit der Frage, welche Folgewirkungen die **Einführung eines neuen Kostenblocks** für Strom aus Windenergie nach sich zieht und inwiefern diese gewünscht sind. Antizipiert man das marktrationale Verhalten der Betreiber von Windenergieanlagen, ist nämlich anzunehmen, dass sie die Mehrkosten eines solchen Instruments nicht einfach von ihrer Gewinnerwartung abziehen, sondern im Rahmen der EEG-Ausschreibungen zumindest teilweise in ihre Gebote einpreisen. In der Folge dürfte das Preisniveau und der mit der EEG-Umlage finanzierte Förderbedarf steigen. Das heißt, den Zuwachs der Einnahmen aufseiten der Standortkommunen würden am Ende die Stromverbraucher über die bundesweit erhobene EEG-Umlage zahlen. Hinter die Formulierung des Koalitionsvertrages<sup>18</sup>, dass das Instrument zu keinen „Kostensteigerungen beim EE-Ausbau führt“, darf man daher getrost ein Fragezeichen setzen – unabhängig davon, ob sie nun als Versprechen oder Bedingung zu werten ist.

Eine **Umverteilung** würde allerdings insoweit stattfinden, als dass die Stromkunden in (urbanen) Gebieten mit wenig Windenergieerzeugung die Einnahmenseite derjenigen (ländlichen) Gemeinden verbessern, in denen es viele Windenergieanlagen gibt. Die Einwohner dieser Gemeinden zahlen zwar auch die EEG-Umlage, profitieren aber indirekt von dem Transfer, indem ihre Kommunen größere finanzielle Spielräume bekommen, vor Ort in lokale Lebensqualität zu investieren.

Ob die anzunehmende **Verteuerung des Endkundenstrompreises** für das beabsichtigte Mehr an Akzeptanz in Kauf genommen wird oder ob es die Notwendigkeit konterkariert, erneuerbar erzeugten Strom möglichst günstig zu machen, um ihn im Sinne der **Sektorenkopplung** stärker auch im Verkehrs- und Wärmesektor einzusetzen, muss vom Gesetzgeber entschieden werden. Dieser kann den Zielkonflikt ggf. auch als einen weiteren Anlass dafür nehmen, andere Kostenblöcke der EEG-Umlage, wie etwa die Besondere Ausgleichsregelung für stromkostenintensive Unternehmen, künftig **über Haushaltsmittel zu finanzieren**.

Die Debatte um ein Akzeptanzinstrument für Windenergie an Land zugunsten der Standortkommunen bietet jetzt zum Antritt einer neuen Regierung jedenfalls die Gelegenheit, im Wettbewerb der Ideen konkrete Instrumente zu entwickeln, auf ihre rechtliche Umsetzbarkeit und Administrierbarkeit hin zu untersuchen und ihre Folgewirkungen möglichst umfassend in den Blick zu nehmen. Dazu einen Beitrag zu leisten, ist Anliegen des vorliegenden Diskussionspapiers.

---

<sup>18</sup> Koalitionsvertrag, Rz. 3301 ff.



## B. Bisher diskutierte Instrumente und ihre Einordnung

### I. Finanzierungs Sonderabgabe

Den Vorschlag, im EEG eine sog. Finanzierungs Sonderabgabe zugunsten der Standortkommunen einzuführen, haben das IKEM und BBH im Auftrag von Agora Energiewende vorgelegt<sup>19</sup>.

#### 1. Hintergrund und Konzept

Die Abgabe impliziert eine Finanzierungsverantwortung der Betreiber,

„die als Verursacher von Nachteilen und Beeinträchtigungen durch ihre WEA herangezogen werden können und zudem von einer möglichen Akzeptanzsteigerung finanziell weit überwiegend profitieren würden“<sup>20</sup>.

Anspruchsberechtigt sollen die Kommunen entsprechend ihres Gemeindegebietsanteils an einer Kreisfläche um die jeweilige Anlage herum sein, wobei der Radius des Kreises der x-fachen Gesamthöhe der Anlage entsprechen soll<sup>21</sup>. Vorgesehen ist eine Einmalzahlung zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme, die sich aus einem „Höhenentgelt“ (in EUR/m der Gesamthöhe) und einem „Anlagenleistungsentgelt“ (in EUR/kW installierter Leistung) zusammensetzt<sup>22</sup>. Die daneben tretende, jeweils zum Jahresende fällig werdende laufende Zahlung soll sich wiederum aus dem „Höhenentgelt“ (in EUR/m der Gesamthöhe) und einem „Strommengenentgelt“ (in EUR/erzeugter kWh) zusammensetzen<sup>23</sup>. Als Handlungsform wählt die Studie dafür eine Finanzierungs Sonderabgabe.

Sonderabgaben mit Finanzierungszweck unterliegen bestimmten Voraussetzungen, da sie im Steuerstaat die Ausnahme bleiben sollen: Der Gesetzgeber kann mit einer solchen Abgabe nur eine homogene Gruppe in Anspruch nehmen, die wegen ihrer spezifischen Sachnähe zu dem verfolgten Zweck einer besonderen Finanzierungsverantwortung unterliegt; im Gegenzug kön-

---

<sup>19</sup> *IKEM et al.*, Ausgestaltungsoptionen und -empfehlungen zur finanziellen Beteiligung von Kommunen beim Ausbau von Windenergieanlagen an Land, in: Agora Energiewende, *Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie? Zwei Strategievorschläge zur Sicherung der Standortakzeptanz von Onshore Windenergie*, Berlin, Januar 2018, abrufbar unter [www.agora-energiewende.de/veroeffentlichungen/wie-weiter-mit-dem-ausbau-der-windenergie/](http://www.agora-energiewende.de/veroeffentlichungen/wie-weiter-mit-dem-ausbau-der-windenergie/) (im Weiteren mit Blick auf die fortlaufenden Seitenzahlen der beiden Vorschläge im Gesamtdokument: *IKEM et al.*, Agora Energiewende, *Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?*).

<sup>20</sup> *IKEM et al.*, Agora Energiewende, *Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?*, S. 69.

<sup>21</sup> *IKEM et al.*, Agora Energiewende, *Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?*, S. 72 mit dem vorgeschlagenen neuen § 7a Abs. 4 EEG.

<sup>22</sup> *IKEM et al.*, Agora Energiewende, *Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?*, S. 72 mit dem vorgeschlagenen neuen § 7a Abs. 2 EEG.

<sup>23</sup> *IKEM et al.*, Agora Energiewende, *Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?*, S. 72 mit dem vorgeschlagenen neuen § 7a Abs. 3 EEG.

nen die eingenommen Mittel auch nur gruppennützig, also zweckgebunden, verwendet werden<sup>24</sup>.

Die Autoren der von der Agora Energiewende beauftragten Studie gehen davon aus, dass die Betreiber von Windenergieanlagen eine homogene Gruppe bilden und einer solchen Finanzierungsverantwortung unterliegen<sup>25</sup>. Der Gesetzgeber habe durch die Etablierung der Sonderregelungen für Bürgerenergiegesellschaften in § 36g EEG 2017 und durch die 10 H-Regelung in Bayern den Betreibern von Windenergieanlagen zumindest „implizit eine (Mit-) Verantwortung für die Schaffung von lokaler Akzeptanz“<sup>26</sup> zugewiesen, denn ohne Akzeptanz sei der weitere Ausbau der Windenergie an Land gefährdet. Da die Betreiber vom Bau der Anlagen profitierten, die Bevölkerung vor Ort aber nicht notwendigerweise finanziell partizipiert, läge es nahe, „die Verantwortung zur Finanzierung akzeptanzsteigernder Maßnahmen speziell bei den WEA-Betreibern zu sehen“<sup>27</sup>.

Das Verursacherprinzip, das die Autoren im Staatsziel des Umweltschutzes in Art. 20a GG verorten, erschöpfe sich zudem nicht in den Betreiberpflichten des Bundesimmissionsschutzgesetzes (BImSchG). Denn „[f]ür gleichwohl der Allgemeinheit oder der Nachbarschaft entstehende Nachteile oder Belästigungen“ würden sie „weiterhin die Verantwortung“ tragen<sup>28</sup>. Damit korrespondiere „eine Finanzierungsverantwortung im Sinne der verfassungsrechtlichen Sonderabgabendogmatik“: Der Staat könne „an diese Verantwortung einen Nachteils- und Belästigungsausgleich im Wege einer Finanzierungs Sonderabgabe“ anknüpfen: „Mögliche Benachteiligungen und Belästigungen in diesem Sinne“ könnten „den Akzeptanzdebatten entnommen werden, zum Beispiel Sichtbarkeit und Verschattung“<sup>29</sup>.

Allerdings liege es „in der Natur der Sache, dass die ‚Verantwortlichen‘ nicht effektiv individuell identifizierbar“ seien, „da es unmöglich erscheint, objektive überprüfbare Kriterien aufzustellen, wann die Betreiber ihre Pflicht zur Akzeptanzsteigerung und zum Ausgleich für Nachteile und Belästigungen sämtlicher umliegender Kommunen erfüllt haben“<sup>30</sup>. Die pauschale Inanspruchnahme aller Gruppenmitglieder sei insoweit gerechtfertigt, wenn man auch erwägen könne, die Abgabepflicht im Einzelfall entfallen zu lassen oder zu reduzieren.

Für eine Finanzierungsverantwortung der Betreiber spreche schließlich, dass die eingenommenen Mittel von den Kommunen gruppennützig verwendet werden müssten, wobei sich die Autoren dafür aussprechen, eine „weiche Form der Zweckbindung“ zu wählen, um „durch eine zu starre Zweckbindung im Einzelfall“ die Akzeptanzsteigerung nicht zu gefährden<sup>31</sup>.

---

<sup>24</sup> Vgl. von Stockhausen, Gesetzliche Preisintervention zur Finanzierung öffentlicher Aufgaben, Berlin 2007, S. 164 ff.

<sup>25</sup> IKEM et al., Agora Energiewende, Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?, S. 60 f.

<sup>26</sup> IKEM et al., Agora Energiewende, Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?, S. 61.

<sup>27</sup> IKEM et al., Agora Energiewende, Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?, S. 61.

<sup>28</sup> IKEM et al., Agora Energiewende, Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?, S. 62.

<sup>29</sup> IKEM et al., Agora Energiewende, Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?, S. 62.

<sup>30</sup> IKEM et al., Agora Energiewende, Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?, S. 62.

<sup>31</sup> IKEM et al., Agora Energiewende, Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?, S. 62.

Als Problem identifizieren die Autoren das sog. Aufgabenübertragungsverbot des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG. Danach dürfen den Kommunen durch ein Bundesgesetz keine Aufgaben übertragen werden. Für die vorgeschlagene Regelung aber sei „es denkbar, in der Pflicht zur zweckgebundenen Verausgabung der Mittel aus der Sonderabgabe eine verbotene Aufgabenübertragungsvorschrift zu sehen, denn die Kommunen müssen darüber gesondert beraten und beschließen und die Umsetzung der Maßnahmen administrieren“<sup>32</sup>.

Im Mittelpunkt der Vorschrift stehe der Schutz der Finanzhoheit der Kommunen, die keine Aufgaben übertragen bekommen sollen, ohne die dafür notwendigen Mittel zu erhalten. Hier gehe es gerade darum, den Kommunen Mittel zukommen zu lassen, deren zweckgebundene Verwaltung aber eine neue Aufgabe mit sich bringe. Bei „einer allgemein gehaltenen Zweckbindungsklausel“ würde ein Eingriff in die kommunale Selbstverwaltungshoheit „eher gering ausfallen“, was auch dann noch der Fall wäre, „wenn diese Klausel im Sinne der Rechtssicherheit mit Regelbeispielen veranschaulicht würde“<sup>33</sup>. Dagegen falle „die Einschränkung der Regelungsautonomie der Länder und Kommunen umso intensiver aus, je konkreter der Bundesgesetzgeber die Zweckbindung“ ausgestalte: „Würde der Bund die Maßnahmen zur Akzeptanzsteigerung (abschließend) regeln, wie zum Beispiel die Finanzierung von Spielplätzen etc.“, könne dies verfassungsrechtlich nicht mehr zulässig sein<sup>34</sup>.

Letztlich sei die mit der Föderalismusreform I eingeführte Regelung zum Aufgabenübertragungsverbot noch zu neu, um sich auf eine klar konturierte Rechtsprechung dazu stützen zu können. Es bleibe eine Herausforderung, einerseits das Aufgabenübertragungsverbot zu berücksichtigen, indem man eine möglichst lockere Zweckbindung der Mittel statuiere, andererseits aber die Anforderungen an die gruppennützige Verwendung und Zweckbindung einzuhalten, um keine Sonderabgabe zu schaffen, die sich zu weit einer unzulässigen Sondersteuer annähert. Alle durchgespielten Regelungsvarianten seien insofern „nicht unproblematisch“<sup>35</sup>.

## 2. Rechtliche Einordnung

Auf Anhieb überzeugend ist der Vorschlag, nicht nur die Standortgemeinde an den Einnahmen zu beteiligen, sondern anteilig alle Kommunen in einem bestimmten Radius um die Anlagen herum. Allerdings beschreibt die Studie die (finanz-)verfassungsrechtlichen Herausforderungen einer solchen Sonderabgabe zutreffend als mit einem „rechtliche[n] Restrisiko“<sup>36</sup> belegt. Dieses betrifft allerdings nicht nur den von der Rechtsprechung noch nicht auskonturierten Prüfungsmaßstab für das Aufgabenübertragungsverbot des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG, sondern unseres Erachtens auch die bemühten Begründungsmuster für den Vorschlag selbst.

---

<sup>32</sup> IKEM et al., Agora Energiewende, Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?, S. 64.

<sup>33</sup> IKEM et al., Agora Energiewende, Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?, S. 64.

<sup>34</sup> IKEM et al., Agora Energiewende, Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?, S. 64.

<sup>35</sup> IKEM et al., Agora Energiewende, Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?, S. 65.

<sup>36</sup> IKEM et al., Agora Energiewende, Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?, S. 64.

**a) Wer trägt die Verantwortung für die Akzeptanz des Windenergieausbaus?**

Ganz grundsätzlich stellt sich die Frage, ob es überhaupt eine (Finanzierungs-)Verantwortung der Betreiber für die Akzeptanz ihrer Anlagen gibt. Offen ist dabei nicht nur, was überhaupt unter „Akzeptanz“ zu verstehen ist: Nur eine (widerwillige) Duldung seitens der Betroffenen oder eher ein affirmatives Begrüßen<sup>37</sup>? Auch ist keineswegs vorgezeichnet, dass ausgerechnet die Betreiber selbst dafür – wofür konkret auch immer – verantwortlich sind.

Denn die Verantwortung für die Akzeptanz von gesetzgeberisch vorgezeichneten und behördlich administrierten Entscheidungen liegt im demokratischen Rechtsstaat jedenfalls nicht primär beim Normadressaten. Der Inhaber einer bestandskräftigen Genehmigung nach dem BImSchG, der mit dieser legal eine Windenergieanlage errichten und betreiben darf, muss zunächst darauf vertrauen können, dass der Staat – auch als Inhaber des Gewaltmonopols – dafür Sorge trägt, dass er sein Recht als Betreiber auch faktisch und frei von Störungen Dritter ausüben kann.

Nun ist dies eine sehr formale Sicht und im Übrigen völlig klar, dass sich Akzeptanzmaßnahmen für Windenergie deshalb nicht erübrigen, gerade im Vorfeld der Errichtung und des Betriebs. Diese formale Sicht macht aber deutlich, dass den Betreibern hier zumindest keine primäre Einstandspflicht für die Sicherstellung der Akzeptanz ihrer Tätigkeit trifft. Dies bleibt zunächst eine öffentliche Aufgabe der Allgemeinheit, die in den verfassten Handlungsformen einer Repräsentativdemokratie die Entscheidung getroffen hat, dass es künftig eine Energieversorgung auf Basis gerade auch der Windenergie geben soll. Die Betreiber von Windenergieanlagen können also nicht als eine Art Anlass- oder Zustandsstörer<sup>38</sup> betrachtet werden, die durch ihr Verhalten das Problem mangelnder Akzeptanz erst geschaffen haben und deshalb auch selbst dafür verantwortlich wären, diese sicherzustellen.

In seinem Urteil zur (zulässigen) Umlage zur Finanzierung der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin)<sup>39</sup> hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) eine Sachnähe der Gruppe der Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute und deren besondere Finanzierungsverantwortung angenommen: Damit werde eine Aufsicht finanziert, die der Bewältigung von Risiken diene, die spezifisch für den Markt seien, auf dem die Institute tätig sind. Insbesondere gehe es um die Erhaltung eines hinreichenden Vertrauens in die der Aufsicht unterstehenden Märkte,

---

<sup>37</sup> Vgl. zur Spannweite dessen, was unter Akzeptanz verstanden werden kann *Württemberg*, Akzeptanz durch Verwaltungsverfahren, NJW 1991, 257 (258); *Benda*, Zur gesellschaftlichen Akzeptanz verwaltungs- und verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, DÖV 1983, 305 (306) sowie jüngst *Kindler*, Zur Steuerungskraft der Raumordnungsplanung – Am Beispiel akzeptanzrelevanter Konflikte der Windenergieplanung, Baden-Baden 2018, S. 42 f.

<sup>38</sup> In der Tat wurde bereits die Parallele gezogen, Betreiber von Windenergieanlagen seien wie Fußballveranstalter zu behandeln, die nach neuester Rechtsprechung (OVG Bremen, Urteil vom 05.02.2018, Az. 2 LC 139/17) auch für die Polizeieinsätze zur Absicherung von sog. Hochrisikospiele zahlen müssten. Trotz Vergleichbarkeit der Problemlagen auf den ersten Blick, erscheint eine Parallelisierung nicht unproblematisch, geht es hier doch um eine spezielle Problematik des Gebührenrechts, nicht aber die finanzverfassungsrechtliche Rechtfertigung einer Sonderabgabe, vgl. *Pötsch*, Die Kostentragung für Polizeieinsätze bei Fußballspielen – eine neue Verwaltungsgebühren ante portas, NVwZ 2018, 868 (868 f.).

<sup>39</sup> BVerfGE 124, 235.

ohne das die Institute nicht arbeiten könnten und das eine konstitutive Rahmenbedingung für ihre Tätigkeit sei<sup>40</sup>.

Anders liegt der Fall bei der Realisierung von Windenergieanlagen und ihrer Akzeptanz: Hier kommt es nur darauf an, dass die immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsvoraussetzungen eingehalten werden, während die Akzeptanz des Vorhabens gerade keine (konstitutive) Voraussetzung ist. Schließlich kann eine erteilte BImSchG-Genehmigung auch zwangsweise durchgesetzt werden. Die Akzeptanz dafür ist hier nur insoweit von Bedeutung, als diese – so die Annahme – zu weniger Widerstand führt, der in Verwaltungs- und Gerichtsverfahren zu verarbeiten ist. Zu einer faktischen Verhinderung der Windenergievorhaben kann und darf die mangelnde Akzeptanz allein letztlich nicht führen<sup>41</sup>.

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat zwar hervorgehoben, dass es für die Annahme einer Finanzierungsverantwortung nicht hinderlich ist, wenn das Erreichen des mit der Abgabe verfolgten Zwecks auch im öffentlichen Interesse liegt, denn dies sei Zweck eines jeden staatlichen Handelns<sup>42</sup>. Dennoch spricht viel dafür, dass bei der Akzeptanzsicherung für die Windenergie weniger das gemeinsame Gruppeninteresse der Vorhabenträger an einer reibungslosen Realisierung ihrer Projekte als vielmehr das öffentliche Interesse sichergestellt werden soll, die vom Gesetzgeber beschlossenen Gesetze zum Ausbau der Windenergie mit der für die Zielerreichung nötigen Stetigkeit umzusetzen. Eine besondere Finanzierungsverantwortung gerade der Vorhabenträger begründet dies nicht.

Die Finanzierungsverantwortung kann sich auch nicht aus der zweckgebundenen Verwendung der Mittel begründen, wie die Studie nahelegt<sup>43</sup>. Zwar ist es richtig, wie die Autoren hervorheben, dass das BVerfG die Gruppennützigkeit der Mittelverwendung als indiziert annimmt, wenn Sachnähe und Finanzierungsverantwortung vorliegen<sup>44</sup>. Daraus lässt sich aber nicht ableiten, dass umgekehrt eine gruppennützige Verwendung die Finanzierungsverantwortung begründet. Dadurch würde das Pferd von hinten aufgezäumt. Einen Rückschluss von dem Nutzen aus der Mittelverwendung auf die Finanzierungsverantwortung für die Mittelbeschaffung hat das BVerfG lediglich fakultativ bei der sog. Indienstnahme Privater angenommen<sup>45</sup>, die – anders als

---

<sup>40</sup> BVerfGE 124, 235, juris Rn. 24.

<sup>41</sup> Hierzu bereits *Wegner*, Verfassungsrechtliche Fragen ordnungsrechtlicher Teilhabemodelle am Beispiel des Bürger- und Gemeindebeteiligungsgesetzes Mecklenburg-Vorpommern, Würzburger Studien zum Umweltenergie recht Nr. 8, März 2018, S. 46 f.

<sup>42</sup> BVerfGE 108, 186 (227 f.); 124, 235, juris Rn. 26.

<sup>43</sup> *IKEM et al.*, Agora Energiewende, Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?, S. 62.

<sup>44</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 24. November 2015 - 2 BvR 355/12 - Rn. 40: „Sind Sachnähe [...] und Finanzierungsverantwortung der belasteten Gruppe der Abgabepflichtigen gegeben, wirkt die zweckentsprechende Verwendung des Abgabenaufkommens zugleich gruppennützig, entlastet die Gesamtgruppe der Abgabenschuldner nämlich von einer ihrem Verantwortungsbereich zuzurechnenden Aufgabe.“

<sup>45</sup> Vgl. BVerfGE 114, 196 (246) zur Einbindung von Großhändlern und Apotheken in die gesetzliche Krankenversicherung und BVerfGE 85, 226 (236 f.) zum Nutzen auch des Arbeitgebers aus dem Sonderurlaub seines Arbeitnehmers für ehrenamtliche Jugendarbeit.

eine Sonderabgabe – nur grundrechtlichen Grenzen unterliegt<sup>46</sup>. Die Studie begründet nicht, weshalb diese Argumentationsfigur dennoch auch für Sonderabgaben gelten sollte.

### **b) Wie lässt sich eine gruppennützige Verwendung konturieren?**

Bei der Ausgestaltung des Vorschlags steht der Gesetzgeber vor der Herausforderung, die – von der Rechtsprechung für Sonderabgaben geforderte – Gruppennützigkeit der Mittelverwendung zu konturieren. Dass es – wie schon auf der Einnahmenseite bei der Begründung der Finanzierungsverantwortung – schwierig ist, Akzeptanz normativ überhaupt fassbar zu machen, zeigt sich auch auf der Ausgabenseite: In dem ausformulierten Gesetzesvorschlag der Studie heißt es, die Gemeinden sollten die eingenommenen Mittel „zur Steigerung der Akzeptanz für Windenergieanlagen bei ihren Einwohnern verwenden“<sup>47</sup>.

Immerhin lässt der Vorschlag die Kommunen mit dieser Vorgabe nicht allein, sondern macht in einem nicht abschließenden Katalog Vorschläge, die teils eins zu eins aus § 11 Abs. 4 des Bü-GembeteilG in Mecklenburg-Vorpommern stammen. Zur Erreichung des Zwecks nennt der Vorschlag „insbesondere“ folgende Maßnahmen<sup>48</sup>:

- „1. Aufwertung von Ortsbild und ortsgebundener Infrastruktur,
2. Information über Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien und über Möglichkeiten zur Nutzung Erneuerbarer Energien und zur
3. Förderung kommunaler Veranstaltungen oder Einrichtungen, die der Kultur, Bildung oder Freizeit dienen, oder unternehmerischer Tätigkeiten in der Gemeinde, wobei für die Einwohner ein Bezug zu den aus der Windenergieerzeugung generierten Geldmitteln erkennbar sein sollte“.

Bei allem Bemühen, den Kommunen keine zu engen Vorgaben zu machen, stellen sich bei den vorgeschlagenen Beispielen eine Reihe von Fragen.

Mag die Aufwertung des Ortsbildes als ästhetische Kompensation für die Veränderung des Landschaftsbildes durch Windenergieanlagen noch einleuchten, stellt sich schon bei der ortsgebundenen Infrastruktur die Frage, warum etwa bei einer vom Wortlaut umfassten Ertüchtigung der kommunalen Abwasserleitungen die Akzeptanz der Windenergie gewinnen müsste.

Die vorgeschlagenen Informationen über die Stromerzeugung aus erneuerbaren Quellen und den weiteren Möglichkeiten ihrer Nutzung sind da gewiss sachnäher, allerdings leuchtet nicht auf Anhieb ein, weshalb gerade die Kommune der richtige Vermittler dafür sein soll. Die nötigen fachlichen und kommunikativen Kompetenzen für diese Art der Bildungsarbeit gibt es andernorts schon zur Genüge und im Zweifel können gerade die Betreiber dies selbst viel kompe-

---

<sup>46</sup> Vgl. v. *Stockhausen*, Gesetzliche Preisintervention zur Finanzierung öffentlicher Aufgaben – Maßstäbe der Finanzverfassung, der Freiheitsrechte und des Prinzips der Lastengleichheit, 2007, S. 158 ff.

<sup>47</sup> *IKEM et al.*, Agora Energiewende, Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?, S. 72 mit dem neu zu schaffenden § 7a Abs. 6 S. 1 EEG.

<sup>48</sup> *IKEM et al.*, Agora Energiewende, Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?, S. 72 mit dem neu zu schaffenden § 7a Abs. 6 S. 2 EEG.

tenter wahrnehmen, weil es ohnehin zu ihrem unternehmerischen Vertriebskonzept gehört. Dabei ist dies nicht nur eine reine Effizienzerwägung, sondern hat auch eine justitiable Seite. Bei der Beurteilung des Forstabsatzfondsgesetzes hat das BVerfG festgestellt, dass bei einer „zwangsweise durchgeführten Fördermaßnahme“<sup>49</sup> „im Wege staatlich organisierter ‚Selbsthilfe‘“<sup>50</sup> „erhöhte Anforderungen an den Gruppennutzen“<sup>51</sup> erfüllt sein müssen<sup>52</sup>:

„Die abgabepflichtigen Unternehmen verursachen keinen Bedarf, für dessen Befriedigung sie ohne weiteres verantwortlich gemacht werden könnten. Der Staat greift vielmehr [...] mit wirtschaftspolitisch begründeten Förderungsmaßnahmen gestaltend in die Wirtschaftsordnung ein und weist den erst dadurch entstehenden Finanzierungsbedarf den mit der Abgabepflicht belasteten Unternehmen zu. Diese finanzielle Inanspruchnahme für die staatliche Aufgabenwahrnehmung, die durch hoheitliche Entscheidung an die Stelle des individuellen unternehmerischen Handelns tritt, stellt sich aus der Sicht des Abgabepflichtigen nicht nur als eine rechtfertigungsbedürftige, zur Steuer hinzutretende Sonderbelastung, sondern auch als Verkürzung seiner durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten unternehmerischen Freiheit dar [...] und bedarf auch insoweit besonderer Rechtfertigung.“

Auch bei der Förderung einer aus umweltpolitischen Gründen gewünschten Technologie gibt es laut BVerfG keine Vermutung für den Mehrwert staatlichen Handelns<sup>53</sup>:

„Es kann dahingestellt bleiben, ob [...] sich die Forst- und Holzwirtschaft, wie behauptet, in besonderer Weise Vorurteilen der Bevölkerung gegen den Werkstoff Holz gegenüber sieht. Ebenso kann offen bleiben, ob die staatlichen Interventionen in den Wettbewerb zwischen Baumaterialien nicht ausschließlich oder doch ganz überwiegend durch allgemeine wirtschafts- und umweltpolitische Allgemeinwohlziele getragen werden und auch getragen werden müssen, die als solche eine spezifische Finanzierungsverantwortung der Abgabepflichtigen gerade nicht begründen können. Denn jedenfalls folgt aus dem zur Rechtfertigung der Abgabe Vorgebrachten nicht mit der gebotenen Evidenz die Sachgerechtigkeit staatlicher, durch Sonderabgaben finanzierter Absatzförderung. Angesichts einer, wie allgemein bekannt, hochentwickelten Holztechnologie und differenzierter Produkte, die sich jeweils in spezifischen Konkurrenzlagen zu behaupten haben, kann nicht ohne weiteres angenommen werden, eine auf die Materialgattung Bauholz bezogene staatliche Absatzförderung sei unverzichtbar [...]. Die Verbesserung der allgemeinen Wertschätzung für ein Produkt ist im Ergebnis Gegenstand jedweder Absatzförderung. Für eine allgemeine Vermutung evidenten Mehrwerts staatlich organisierter im Vergleich mit privatwirtschaftlicher Absatzförderung fehlt auch hier die Grundlage.“

---

<sup>49</sup> BVerfG, Beschl. v. 12.5.2009, Az. 2 – BvR 743/01, Rn. 62.

<sup>50</sup> BVerfG, Beschl. v. 12.5.2009, Az. 2 – BvR 743/01, Rn. 54 mit Verweis auf BVerfGE 82, 159 (178).

<sup>51</sup> BVerfG, Beschl. v. 12.5.2009, Az. 2 – BvR 743/01, Rn. 63.

<sup>52</sup> BVerfG, Beschl. v. 12.5.2009, Az. 2 – BvR 743/01, Rn. 62.

<sup>53</sup> BVerfG, Beschl. v. 12.5.2009, Az. 2 – BvR 743/01, Rn. 67.

Eine Auseinandersetzung mit dieser Rechtsprechung liefert die Studie insoweit nicht. Dabei wäre es nötig, hier den spezifischen Mehrwert der Informationsvermittlung gerade durch die Kommunen zu begründen.

Auch eine Begründung, weshalb sich der Vorschlag für die Informationen allgemein auf „die Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien“ bezieht, obwohl das Ziel die Akzeptanzsteigerung nur für die Windenergie ist, bleibt aus. Bekanntlich ist die Akzeptanz für die Energiewende und den Ausbau erneuerbarer Energien allgemein ja vorhanden, während die Schaffung der Akzeptanz für konkrete Windenergievorhaben vor Ort die eigentliche Herausforderung ist. Warum Informationen allgemeiner Natur zu (beliebigen) erneuerbaren Energieträgern diese Akzeptanz schaffen, wird nicht klar.

Die als drittes Beispiel vorgeschlagene Förderung von Kultur-, Bildungs- oder Freizeitformaten sowie unternehmerischen Tätigkeiten in der Gemeinde steht unter dem Vorbehalt, dass für die Einwohner ein Bezug zur Herkunft der Fördergelder aus der Windenergie „erkennbar sein sollte“. In den Grenzen des Beihilferechts, gerade für die unternehmerischen Tätigkeiten, sollte dies praktisch einfach umsetzbar sein, indem die Formate entsprechend gelabelt werden. Ob diese Zuordnung allein ausreichend ist, um die Akzeptanz zu erhöhen, darf allerdings bezweifelt werden, da den Formaten im Übrigen der faktische Bezug zur Windenergienutzung fehlen dürfte. Geschaffen würde ein Pflicht-Sponsoring für beliebige (und ggf. sogar sachfremde) Inhalte, in das die Anlagenbetreiber programmatisch nicht einbezogen werden und für die im Zweifel nur die Hoffnung besteht, dass sie akzeptanzförderlich sind.

Wenn schon, so müsste hier in den aufgelegten Formaten zumindest eine Verknüpfung mit inhaltlichen Fragen der Windenergienutzung erfolgen, um dem Gruppennutzen der Betreiber gerecht zu werden. Eine Finanzierungsverantwortung für „panem et circenses“ haben die Betreiber nämlich nicht. Deutlich wird hier wieder, dass Akzeptanz ein viel zu konturloser Begriff ist, um ihn in den Mittelpunkt einer Gruppenverantwortung für eine Sonderabgabe zu stellen. Spätestens bei dem Versuch, die Akzeptanz durch konkrete Maßnahmen herbeizuführen, zeigt sich, dass diese zu voraussetzungsreich und zu wenig messbar ist, um Ziel und Maßnahmen hinreichend rechtssicher verbinden zu können.

### **c) Sind Zweckbindung der Mittel und Aufgabenübertragungsverbot kompatibel?**

Charakteristisch für die Zweckbindungsklausel des Agora-Vorschlags sind seine weichen Formulierungen. Er arbeitet nicht nur – wie eben gesehen – mit sog. Regelbeispielen („insbesondere“), sondern bedient sich auch sonst einer eher unverbindlichen Sprache: Die Kommunen „sollen“ (nicht: müssen) die eingenommenen Mittel „nach Möglichkeit“ zur Steigerung der Akzeptanz einsetzen, wofür die exemplarisch genannten und oben schon beschriebenen Beispiele lediglich „in Betracht“ kommen<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> IKEM et al., Agora Energiewende, Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?, S. 72 mit dem neu zu schaffenden § 7a Abs. 6 EEG.



Hintergrund dieser Zurückhaltung ist das oben bereits thematisierte Aufgabenübertragungsverbot in Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG, nach dem ein Bundesgesetz den Kommunen keine Aufgaben übertragen darf. Die Autoren wollen durch die weichen Vorgaben bei der Zweckbindung vermeiden, dass die Grenzen dieses Verbotes überschritten werden. Dabei sind sie sich bewusst, dass diese Grenze weder sonderlich scharf konturiert ist, noch dass ihr Vorschlag garantiert, in dieser Frage verfassungsfest zu sein. Richtig ist daher die Einschätzung der Autoren, dass insoweit ein „rechtliches Restrisiko“ besteht. Allerdings gilt dies nicht für ihre Einschätzung, dass dieses Risiko „jedoch hingenommen werden“ könne: Erkennbar ist nämlich nicht, mit welchen Argumenten diese Entwarnung zu begründen wäre und wie das „Restrisiko“ quantifiziert und damit kalkulierbar gemacht werden könnte. Die versuchsweise aufgebaute Argumentation, die von Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG adressierte Gefährdung der kommunalen Haushaltssituation durch eine Aufgabenzuweisung des Bundes sei eingedämmt, wenn die Aufgabe nur die Verwaltung zusätzlicher Mittel beträfe, klingt zwar auf den ersten Blick plausibel, hat aber (bisher) keine Verankerung in der Rechtsprechung, sodass man sich besser am eindeutigen Wortlaut der Norm orientiert („[...] dürfen [...] Aufgaben nicht übertragen werden“).

Entscheidet sich der Gesetzgeber bewusst für den Weg einer Finanzierungsabgabe, entscheidet er sich damit zwingend auch für die Zweckbindung der Mittel. Überträgt er den Kommunen dann die Aufgabe, diese Zweckbindung umzusetzen, gerät der Gesetzgeber damit unvermeidlich auf das sensible Terrain des Aufgabenübertragungsverbots. Dieses Dilemma lässt sich unseres Erachtens nicht damit auflösen, die Zweckbindung besonders unverbindlich zu formulieren, denn dies garantiert nicht die gewünschte Rechtssicherheit: Dass die Kommunen eine zusätzliche Aufgabe übertragen bekommen, steht ja auch dann außer Zweifel, wenn sie bei der Umsetzung dieser Aufgabe einen gewissen Spielraum haben. Nicht zuletzt gefährdet die weiche Zweckbindung auch wieder die Zulässigkeit der Sonderabgabe; nämlich dann, wenn sie keine Gruppennützigkeit garantieren kann. Insoweit dürften sich Zweckbindungsgebot und Aufgabenübertragungsverbot gegenseitig blockieren.

### **d) Hilft das Ausweichen auf eine Sonderabgabe mit Lenkungszweck oder Ausgleichscharakter?**

Als weniger riskante Alternative zur Finanzierungsabgabe diskutiert der Agora-Vorschlag daher noch die Ausgestaltungsvariante einer Sonderabgabe mit Lenkungszweck bzw. eine Ausgleichsabgabe. Bei diesem Instrument entfielen die Finanzierungsverantwortung und die gruppennützige Verwendung, sodass die Problematik des Aufgabenübertragungsverbot „entschärft“ würde, weil der Bundesgesetzgeber hier darauf verzichten könne, eine Zweckbindung anzuordnen<sup>55</sup>.

Eine Sonderabgabe mit Lenkungszweck sei mit einem Bußgeld zu vergleichen, das nicht auf die Erzielung von Einnahmen abziele, sondern ein unerwünschtes Verhalten sanktioniere. Dieser

---

<sup>55</sup> IKEM et al., Agora Energiewende, Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?, S. 65.

Begründungsstrang könne bei der Errichtung von Windenergieanlagen aber nicht tragen, da der Ausbau der Windenergie politisch ja gerade gewünscht sei<sup>56</sup>.

Für eine Ausgleichsabgabe hingegen sei es erforderlich, eigentlich bestehende immissionschutzrechtliche Betreiberpflichten – wie etwa das Vermeiden von erheblichen Nachteilen oder Belästigungen für die Nachbarschaft – aufzuheben, um eine an ihre Stelle tretende sekundäre Zahlungspflicht überhaupt erst zu begründen. Dies sei aber nicht möglich, da der Gesetzgeber auf diese drittschützenden Normen nicht einfach verzichten könne. Auch sei es kaum möglich, eine neue (primäre) Handlungspflicht zu konstruieren, deren Missachtung dann die (sekundäre) Zahlungspflicht auslöse. Eine solche Pflicht hinreichend bestimmt zu formulieren, sei kaum möglich und könne zudem gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen, wenn sie nur Betreiber von Windenergieanlagen träfe<sup>57</sup>.

Der Einordnung der Autoren, dass sich die Einführung einer Lenkungs- oder Ausgleichsabgabe nicht empfiehlt, teilen wir. In der Tat gibt es keine Primärpflicht, nach der es geboten wäre, keine Windenergieanlagen zu errichten. Zielsetzung und Ausbaupfad des EEG 2017 sprechen gerade für einen weiteren Ausbau der Windenergie; der Koalitionsvertrag möchte diesen sogar nochmals forcieren. Auch eine Ausgleichspflicht ist kaum begründbar, sollte sich der Betrieb der Anlagen innerhalb der immissionsschutzrechtlichen Betreiberpflichten bewegen.

Daneben ist die von den Autoren der Studie aufgestellte Einschätzung problematisch, bei Sonderabgaben mit Lenkungszweck oder Ausgleichscharakter entfielen Finanzierungsverantwortung und Gruppennützigkeit. Denn in dieser Frage gibt es nach wie vor keine einheitliche Linie beider Senate des BVerfG. Der 2. Senat ist in dieser Frage nämlich weniger ausnahmefreudig als der 1. Senat. Er hält daran fest, dass alle Zulässigkeitskriterien einer Sonderabgabe zu gelten hätten, sobald eine Abgabe – auch nur als Nebenzweck – einen Finanzierungszweck verfolge<sup>58</sup>. In jüngerer Zeit hat sich der 2. Senat auf die Formulierung zurückgezogen, bei „ähnlich den Steuern ‚voraussetzungslos‘ erhobene[n] Sonderabgaben mit Finanzierungsfunktion“ habe das Gericht „die allgemeinen finanzverfassungsrechtlichen Begrenzungen für nichtsteuerliche Abgaben in besonders strenger Form präzisiert“<sup>59</sup>. Was als nicht besonders streng gelten darf, lässt der Senat insoweit aber offen. Eine allgemeingültige Aussage, dass bei Sonderabgaben mit Lenkungszweck oder Ausgleichscharakter nur ein abgespeckter Prüfkatalog gelte, ist – anders als die Autoren der Agora-Studie meinen – aus dieser durchwachsenen Rechtsprechung nicht abzuleiten. Damit stellt unseres Erachtens auch eine Sonderabgabe mit Lenkungszweck oder Ausgleichscharakter kein rechtssicheres Instrument dar – selbst wenn es gelingen würde, eine Primärpflicht zu begründen.

---

<sup>56</sup> IKEM et al., *Agora Energiewende, Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?*, S. 65 f.

<sup>57</sup> IKEM et al., *Agora Energiewende, Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?*, S. 66.

<sup>58</sup> Siehe Beckhaus, *Der Verantwortungsbegriff im Rahmen öffentlich-rechtlicher Zahlungspflichten*, Frankfurt/M. 2013, S. 122 mit Verweis auf BVerfGE 67, 256 (278). Siehe zur Differenz zwischen 1. und 2. Senat in Bezug auf die Bedeutung des Finanzierungszwecks auch Sacksofsky, *Umweltschutz durch nicht-steuerliche Abgaben*, Tübingen 2000, S. 63 ff.

<sup>59</sup> BVerfGE 124, 235 (244).

## II. Konzessionierung des Windes als „Bodenschatz“

Den Reigen der Vorschläge für eine stärkere Beteiligung der Kommunen an der Wertschöpfung der Windenergie ergänzt seit Kurzem die Idee des Berliner Planungsrechtlers Gerd Schmidt-Eichstaedt, die Nutzung des Windes analog zur Erdwärme wie einen Bodenschatz zu konzessionieren<sup>60</sup>.

### 1. Hintergrund und Konzept

Er skizziert zunächst die bergrechtlichen Anforderungen an die Aufsuchung von bergfreien Bodenschätzen sowie die Verpflichtung zur Zahlung der Förderabgabe i. H. v. 10 % des Marktwerts und schlussfolgert:

„Diese Regelungen vor Augen, müsste es jedermann einleuchten, dass nicht nur die Schätze in der Tiefe der Erde einschließlich der Erdwärme, sondern auch die Schätze in der Höhe über der Erde einschließlich der Windenergie nicht dem Bodeneigentümer gehören, sondern der Allgemeinheit. [...] Kraft Gewohnheitsrechts darf zwar jeder Eigentümer den Wind über seinem Grundstück für eine Kornmühle nutzen; auch die Windkraftnutzung durch ein einfaches Windrad zur Klimatisierung oder auch zur Stromerzeugung im Eigenverbrauch wird man ihm nicht verwehren können. Aber dieses Recht muss in größerer Höhe enden – zum Beispiel ab 100 m über Grund. Wer die Windkraft in größeren Höhen nutzen will, bedarf einer Konzessionierung. Darum sollte sich der Gesetzgeber dringend kümmern.“<sup>61</sup>

Woher das „Muss“ für die Konzessionierung herrührt und wie die dafür vorgeschlagene Höhe von 100 Metern zustande kommt, bleibt offen.

Der Gedanke, Wind wie einen Bodenschatz zu behandeln, fand sich schon 2013 in einem Urteil des Finanzgerichts Hannover, auf das Schmidt-Eichstaedt verweist. Dieses hatte „für die Errichtung eines Windparks (überirdischer Bodenschatz)“ festgestellt, dass die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) „zur Qualifizierung eines Bodenschatzes als Wirtschaftsgut [...] auch auf die Rechte zur überirdischen Nutzung von Grundstücken anzuwenden“ sei<sup>62</sup>. Der BFH war dieser Auffassung zwar nicht gefolgt<sup>63</sup>, Schmidt-Eichstaedt meint gleichwohl, dass der Grundgedanke zutreffend bleibe<sup>64</sup>.

Er schlägt vor, dass die Standortkommunen

---

<sup>60</sup> Schmidt-Eichstaedt, Wem gehört der Wind? – oder: Der Wind als Bodenschatz, LKV 2018, 1-10.

<sup>61</sup> Schmidt-Eichstaedt, Wem gehört der Wind? – oder: Der Wind als Bodenschatz, LKV 2018, 1 (1 f.). Unterstreichung durch die Autoren.

<sup>62</sup> Schmidt-Eichstaedt, Wem gehört der Wind? – oder: Der Wind als Bodenschatz, LKV 2018, 1 (1) mit Verweis auf FG Hannover, Urt. v. 30.10.2013, 3 K 487/12 = BB 2013, 3056.

<sup>63</sup> Siehe BFH, Urt. v. 10.03.2016, IV R 41/13.

<sup>64</sup> Schmidt-Eichstaedt, Wem gehört der Wind? – oder: Der Wind als Bodenschatz, LKV 2018, 1 (2).

- für Grundstücke, auf denen die Windenergienutzung planungsrechtlich zulässig ist,
- auf Antrag für eine vom Antragsteller zu bestimmende Zahl von Anlagen
- gegen die Zahlung einer laufenden Gebühr pro Jahr und Anlage

eine Konzession erteilen muss<sup>65</sup>. Eine Ablösung der Gebühr durch eine Einmalzahlung soll dabei möglich sein. Die Höhe der Gebühr solle sich nach einer von der Kommune als Satzung erlassenen Gebührenordnung richten und dürfe nicht 10 % der Einnahmen aus der Einspeisung des Stroms überschreiten<sup>66</sup>. Jede Kommune habe innerhalb dieser Obergrenze das Recht, den konkreten Hebesatz selbst festzulegen und sich hier eher „windkraftfreundlich“ oder „windkraftrestriktiv“ zu zeigen<sup>67</sup>. Zusätzlich sollten die Kommunen über den Flächennutzungsplan Windparks so abgrenzen können, dass nur eine einheitliche Konzession vergeben werden kann<sup>68</sup>.

Die Konzession soll von der Kommune öffentlich auszuschreiben sein. Bewerber auf die Konzession müssten dann angeben, welche Ablöse sie im Falle eines erfolgreichen Zuschlags im Ausschreibungsverfahren nach dem EEG zu zahlen bereit wären. Geht der Zuschlag in der EEG-Ausschreibung nicht an den Bewerber mit der höchsten Ablöse, bleibe es bei der laufenden Erhebung der Gebühr nach der Satzung für den Bieter, der den Zuschlag bekommen hat<sup>69</sup>. Die Windenergieanlagen sollen spätestens innerhalb von 30 Monaten nach der Zustellung der Konzession errichtet werden, sonst verfällt diese und der Windpark ist von der Kommune erneut auszuschreiben. Die Konzession soll erlöschen, wenn die Anlage endgültig außer Betrieb genommen wird<sup>70</sup>. Zur Sicherung der Grundstücke schlägt Schmidt-Eichstaedt dem Gesetzgeber vor, wie im Bergrecht mit Grundabtretungen zu arbeiten<sup>71</sup>.

Zuständig für die Einführung einer solchen Konzessionierung sind nach Schmidt-Eichstaedts ausführlicher Analyse des gesetzgeberischen status quo die Länder: Im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung hätte der Bund für die Nutzung der Windenergie die Kompetenztitel zum Recht der Wirtschaft und zum Bodenrecht noch nicht „vollständig ausgenutzt“. Folglich hätten hier nach der Grundregel des Art. 70 Abs. 1 GG die Länder die Gesetzgebungskompetenz, zu deren „klassischen Befugnissen“ ohnehin das Recht der kommunalen Abgaben zähle<sup>72</sup>. Als „lebendigen Beleg für die Zuständigkeit der Länder“ weist er schließlich auf das BÜGembeteilG Mecklenburg-Vorpommerns hin. Die in diesem Gesetz vorgesehene „Ausgleichsabgabe“ sei der von ihm vorgeschlagenen Konzessionsabgabe grundsätzlich ähnlich und seine Verfassungskonformität habe ein Gutachten aus der Feder des wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages bestätigt<sup>73</sup>.

---

<sup>65</sup> Schmidt-Eichstaedt, Wem gehört der Wind? – oder: Der Wind als Bodenschatz, LKV 2018, 1 (3).

<sup>66</sup> Schmidt-Eichstaedt, Wem gehört der Wind? – oder: Der Wind als Bodenschatz, LKV 2018, 1 (4).

<sup>67</sup> Schmidt-Eichstaedt, Wem gehört der Wind? – oder: Der Wind als Bodenschatz, LKV 2018, 1 (4).

<sup>68</sup> Schmidt-Eichstaedt, Wem gehört der Wind? – oder: Der Wind als Bodenschatz, LKV 2018, 1 (4).

<sup>69</sup> Schmidt-Eichstaedt, Wem gehört der Wind? – oder: Der Wind als Bodenschatz, LKV 2018, 1 (5).

<sup>70</sup> Schmidt-Eichstaedt, Wem gehört der Wind? – oder: Der Wind als Bodenschatz, LKV 2018, 1 (5).

<sup>71</sup> Schmidt-Eichstaedt, Wem gehört der Wind? – oder: Der Wind als Bodenschatz, LKV 2018, 1 (6).

<sup>72</sup> Schmidt-Eichstaedt, Wem gehört der Wind? – oder: Der Wind als Bodenschatz, LKV 2018, 1 (7).

<sup>73</sup> Schmidt-Eichstaedt, Wem gehört der Wind? – oder: Der Wind als Bodenschatz, LKV 2018, 1 (7).

## 2. Rechtliche Einordnung

Was die Begründung der Länderkompetenz angeht, muss man nicht jedes von Schmidt-Eichstaedts Argumenten teilen. Zunächst ist das beispielhaft herangezogene BÜGemBeteilG – wenn man es überhaupt als Beleg heranziehen kann – kompetenzrechtlich hochumstritten<sup>74</sup>. Nicht zuletzt deshalb wurde in zwei Musterverfahren auf Landes- und Bundesebene die Verfassungsgerichtsbarkeit angerufen<sup>75</sup>, die – und nicht etwa der wissenschaftliche Dienst des Bundestages – allein letztverbindlich dazu berufen ist, über die Tragfähigkeit der bemühten Kompetenzgrundlage zu entscheiden. Zwar könnte der Erlass von Regelungen, die dem BÜGemBeteilG entsprechenden, heute auf § 36g Abs. 7 EEG gestützt werden, den der Bundesgesetzgeber als Öffnungsklausel für Akzeptanzmaßnahmen der Länder geschaffen hat. Ob hierunter aber auch eine Konzessionierung des Windes fiele, erscheint angesichts der großen Nähe des Vorschlags zur Materie der Kommunalabgaben nicht eindeutig und spiegelt – dies nur nebenbei – auch die Unbestimmtheit des § 36g Abs. 7 EEG wider<sup>76</sup>.

Löst man sich von der – unglücklich gewählten – Illustration anhand der vergleichbaren Regelung in Mecklenburg-Vorpommern, lohnt sich auch ein kritischer Blick auf die weitere Argumentation. Dass nämlich die Kommunalabgaben eine klassische Ländermaterie sind, mag empirisch richtig sein; verfassungsrechtlich zwingend ist dies nicht, wie das von Schmidt-Eichstaedt selbst gewählte Beispiel der Erschließungsbeiträge zeigt, deren Regelung vor der Föderalismusreform über das Bodenrecht noch dem Bund oblag<sup>77</sup>. Jenseits konkreter Zuordnungen gibt es kein Verbot des Grundgesetzes, dass der Bund nicht auch eine abgabenrechtliche Finanzierungsquelle zugunsten der Kommunen regeln könnte<sup>78</sup>.

Davon abgesehen, schließt nicht (allein) die unvollständige Ausschöpfung eines Kompetenztitels für einen bestimmten Regelungsbereich die Kompetenz des Bundes aus. Dass die Länder in einem noch nicht vollständig durchnormierten Regelungsbereich der konkurrierenden Gesetzgebung tätig werden dürfen, heißt ja nicht, dass es der Bund in der Zwischenzeit nicht (auch schon) darf. Die Kompetenzsperre gilt einseitig für die Länder, wenn der Bund etwas abschlie-

---

<sup>74</sup> Eine Gesetzgebungskompetenz Mecklenburg-Vorpommerns sehen etwa *Ott/Schäfer-Stradowsky*, Gesetz über die Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden an Windparks in Mecklenburg-Vorpommern, EnWZ 2016, 68 (75 f.); *Bovet/Lienhoop*, Trägt die wirtschaftliche Teilhabe an Flächen für die Windkraftnutzung zur Akzeptanz bei?, ZNER 2015, 227 (231); Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Zulässigkeit von Beteiligungsmöglichkeiten für betroffene Dritte an Windparkvorhaben, WD 3 – 3000 – 026/16, S. 9; a.A. *Böhlmann-Balan/Herms/Leroux*, Neuer Wind für die Bürgerbeteiligung, ER 2016, 241 (246); Greenpeace Energy eG, *Bringewat*, Stellungnahme zum Fragenkatalog im Rahmen der öffentlichen Anhörung zum Entwurf des BÜGemBeteilG vom 13. Januar 2016, S. 5; *Wegner*, Verfassungsrechtliche Fragen ordnungsrechtlicher Teilhabemodelle am Beispiel des Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetzes Mecklenburg-Vorpommern, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht, März 2018, S. 10 ff.; siehe auch *Vollprecht*, Erhöhung der Akzeptanz von Windenergieanlagen, ZUR 2017, 698 (703).

<sup>75</sup> Beim Landesverfassungsgericht geführt unter LVerfG 4/17 beim Bundesverfassungsgericht unter 1 BvR 1187/17.

<sup>76</sup> Kritisch bereits *Wegner*, Verfassungsrechtliche Fragen ordnungsrechtlicher Teilhabemodelle am Beispiel des Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetzes Mecklenburg-Vorpommern, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht, März 2018, S. 18 f.

<sup>77</sup> *Schmidt-Eichstaedt*, Wem gehört der Wind? – oder: Der Wind als Bodenschatz, LKV 2018, 1 (7).

<sup>78</sup> Zu beachten ist dann freilich das Aufgabeübertragungsverbot nach Art. 84 I S. 7 GG, das den tatsächlichen Spielraum für solche Abgaben einschränkt, sie aber nicht unmöglich macht.

ßend geregelt hat. Hat der Bund eine Materie noch nicht abschließend geregelt, heißt dies nicht, dass er dies nicht noch nachholen dürfte. Das Instrument gerade bei den Ländern vorzuziehen zu wollen, ist daher nicht zwingend<sup>79</sup>.

Die Frage, ob der Vorschlag durch die Länder oder durch den Bund umgesetzt werden müsste, ist dabei nicht nur formaler Natur. Soll die Konzessionsgebühr bzw. die Ablöse im bundeseinheitlichen Ausschreibungsverfahren des EEG nicht wettbewerbsverzerrend wirken, müsste sie idealerweise auch im Bundesrecht geregelt werden. Dies sieht Schmidt-Eichstaedt offenbar anders, wenn er vorschlägt, die Abgabe nicht bundesweit, sondern „nur in wenigen Bundesländern“ zu erheben<sup>80</sup>. Die daraus folgenden Mehrkosten der in diesen Bundesländern adressierten Bieter will er zwar aus der Gebotsreihung der EEG-Ausschreibungen heraushalten, sodass dort keine Nachteile auftreten würden. Der Zuschlag solle dann aber die Mehrkosten wieder abbilden und als „Konzessionierungsbonus“ über die EEG-Umlage mitfinanziert werden<sup>81</sup>.

Problematisch an dieser Verschränkung ist, dass der Bund über eine Änderung des EEG zwar die Umlagenzahler mit dem „Konzessionierungsbonus“ belasten müsste, selbst aber keinen Einfluss darauf hätte, welches Bundesland die Konzessionierung wann einführt und welche Kommune den Hebesatz wie hoch festlegt. Ein Teil der aus der EEG-Umlage finanzierten Förderkosten würde sich also unvorhersehbar der Steuerung des Bundesgesetzgebers entziehen. Da stellt sich die Frage, warum die gesplittete Lösung über die Länder gegenüber einer von vornherein im Bundesrecht angesiedelten Variante vorzugswürdig ist. Eine Umsetzung durch Bundesrecht, die Schmidt-Eichstaedt auch nicht anstrebt, würde aber ebenfalls keine rechtssichere Lösung sein. Denn durch die vorgeschlagene Festsetzung der Gebührenhöhe durch eine kommunale Satzung wäre sehr wahrscheinlich das Aufgabenübertragungsverbot des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG verletzt. Würde man versuchen, dies mit einer einfachen „Opt-out-Regelung“ der Kommunen zu vermeiden, riskierte man wiederum die flächendeckende Anwendung des Instruments.

Schließlich wirft Schmidt-Eichstaedts Vorschlag auch mit Blick auf die grundrechtliche Rechtfertigungsfähigkeit Fragen auf, die von ihm selbst aber gar nicht adressiert werden. Zwar ist es richtig anzunehmen, dass der Wind nicht eigentumsfähig, sondern ein Gut der Allgemeinheit ist<sup>82</sup>. Dass er deshalb einfach konzessioniert werden darf, ist damit aber noch nicht gesagt. Die Rechtsprechung verlangt bei nichtsteuerlichen Abgaben immer eine über die bloße Mittelbe-

---

<sup>79</sup> Schmidt-Eichstaedt geht davon aus, dass sein Instrument zunächst nur „in einzelnen Bundesländern – zunächst vielleicht nur im Bundesland Brandenburg – eingeführt würde“, wie er auf 1 (8) schreibt.

<sup>80</sup> Schmidt-Eichstaedt, *Wem gehört der Wind? – oder: Der Wind als Bodenschatz*, LKV 2018, 1 (8).

<sup>81</sup> Schmidt-Eichstaedt, *Wem gehört der Wind? – oder: Der Wind als Bodenschatz*, LKV 2018, 1 (8).

<sup>82</sup> Für den Wind ist das sogar noch eindeutiger als bei den Bodenschätzen, deren Zuordnung zum Bergregal historisch durchaus umstritten war. *Arndt sen.*, *Bergbau und Bergbaupolitik*, Leipzig 1894, S. 5 schreibt dazu: „Gewöhnlich wird angenommen, daß der Grundeigentümer ursprünglich auch die unter seinem Grundstücke vorkommenden Mineralien zu gewinnen befugt gewesen sei; daß erst später die Habsucht des Fiskus oder volkswirtschaftliche Erwägungen [...] ihn dieser Befugnis beraubt [...] haben. In Wahrheit beruht diese Annahme auf dem von ADAM SMITH und Anderen rückwärts in die Geschichte konstruierten Manchestertum. Der Bergbau ist viel älter als das private Grundeigentum [...]. Der Grundeigentümer in Deutschland war ursprünglich nur Ackerbaunutzungsberechtigter, die Mineralschätze hatten ihm nie gehört und sind ihm daher niemals entzogen worden.“

schaffung hinausgehende, besondere Rechtfertigung. So urteilte das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) in seiner Entscheidung zum Emissionshandel<sup>83</sup>:

„Die Auferlegung nichtsteuerlicher Abgaben wird [...] grundsätzlich begrenzt durch das Erfordernis eines besonderen sachlichen Rechtfertigungsgrundes, der einerseits eine deutliche Unterscheidung gegenüber den Steuern ermöglicht und andererseits auch im Hinblick auf die zusätzliche Belastung neben den Steuern geeignet ist, der Belastungsgleichheit der Abgabepflichtigen Rechnung zu tragen.“

Weiter führte das BVerwG aus<sup>84</sup>:

„Für knappe natürliche Ressourcen wie das Wasser, die einer öffentlich-rechtlichen Nutzungsregelung unterliegen, ist anerkannt, dass der Staat als Ausgleich für ihre Nutzung eine Abgabe erheben darf.“

Es wird also deutlich, dass eine Abgabe auf die Nutzung einer Ressource jedenfalls bisher nur dann von der Rechtsprechung für zulässig gehalten wird, wenn die Ressource knapp ist. Die Knappheit wiederum zieht dann inhärent die Notwendigkeit einer öffentlich-rechtlichen Bewirtschaftung nach sich.

Dass der Wind etwa wie ein Bodenschatz oder das Wasser knapp wäre, wird man aber schlechterdings nicht behaupten können. Zwar kann das kinetische Energiepotential des Windes durch ein Windrad in der Regel nur einmal geerntet werden und steht den dahinterliegenden Windrädern jedenfalls nicht mehr in gleichem Umfang zur Verfügung. Dies betrifft – bildlich gesprochen – aber immer nur die jeweilige „Brise“. Durch die unterschiedlichen Druckgebiete in der Atmosphäre, also Hoch- und Tiefdruckgebiete, bildet sich Wind aber immer wieder neu. Wind ist damit – wie die solare Strahlungsenergie, ohne die es die Druckgebiete gar nicht gäbe – eine genuin erneuerbare Ressource, die unerschöpflich und damit per se nicht knapp ist.

Da sich jedenfalls diese Naturgesetzlichkeit nicht ändern lässt, müsste man insoweit zumindest die verfassungsrechtlichen Anforderungen an nichtsteuerliche Abgaben anpassen, um den Wind konzessionieren zu können. Warum die Konzessionierung einer nicht knappen, sondern erneuerbaren Ressource entgegen der bisherigen Rechtsprechungslinie zulässig sein kann, bedürfte dann einer besonderen Begründung, die der Vorschlag von Schmidt-Eichstaedt nicht mitliefert.

Ob eine solche Rechtfertigung über die angedeutete Parallele zur Erdwärme plausibler wird, erscheint fraglich. Aus der Einbeziehung dieser erneuerbaren und deshalb für das Bergrecht untypischen Ressource<sup>85</sup> kann kaum auf die Zulässigkeit der Konzessionierung des Windes geschlossen werden. Die Einbeziehung ihrer Gewinnung in die bergrechtliche Förderabgabe dürf-

---

<sup>83</sup> BVerwG, Urteil vom 10.10.2012, Az. 7 C 9.10, Rn. 18.

<sup>84</sup> BVerwG, Urteil vom 10.10.2012, Az. 7 C 9.10, Rn. 21.

<sup>85</sup> Vgl. zur bloßen Fingierung der Eigenschaft von Erdwärme als Bodenschatz § 3 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 b).

te sich allenfalls über den Gedanken rechtfertigen lassen, dass hier nicht die Nutzung der Ressource selbst, sondern das klassisch bergmännische Aufsuchen und Gewinnen über das Bohrloch konzessioniert wird. Die allgemeine Einbeziehung der Erdwärme in das BBergG war im Gesetzgebungsverfahren im Jahr 1980 erst auf Intervention des Bundesrates erfolgt, ohne dass dem eine Diskussion über die abgabenrechtlichen Konsequenzen vorausgegangen war<sup>86</sup>. Für Analogieschlüsse stellt dies eine denkbar schlechte Grundlage dar.

### III. Abschöpfung des Planungsvorteils aus der Raumnutzung

Von dem Leipziger Umweltrechtler Wolfgang Köck stammt der Vorschlag, den Vorteil der Windenergiebetreiber abzuschöpfen, der ihnen durch die im Wege der Konzentrationszonenplanung eröffnete Raumnutzung zukommt<sup>87</sup>.

#### 1. Hintergrund und Konzept

Der Vorschlag greift im Ansatz das Instrument der Wasserentnahmeentgelte auf, die heute in den meisten Bundesländern erhoben werden. Das BVerfG hatte diese schon vor mehr als 20 Jahren als mit dem Grundgesetz vereinbar erklärt<sup>88</sup>. Das Gericht sah hierin die zulässige Abschöpfung eines Sondervorteils, der den Wassernutzern durch die staatliche Erlaubnis zukam, das Wasser über den Gemeingebrauch hinaus zu nutzen. Im Ausgangspunkt sieht Köck jedoch durchaus Trennendes: Er geht davon aus, dass es sich beim Wind um eine grundsätzlich unbegrenzte natürliche Ressource handelt und sieht gerade hierin einen Unterschied zum Wasser, der die Übertragung der wasserhaushaltsrechtlichen Bewirtschaftungsordnung auf den Wind zumindest problematisch erscheinen lässt<sup>89</sup>. Als rechtlichen Anknüpfungspunkt für eine Bewirtschaftung schlägt er deshalb die für die Nutzung der Windenergie geeigneten knappen Räume, d. h. die Raumnutzung, vor<sup>90</sup>.

In der planerischen Ausweisung von Räumen für die Windenergie sieht Köck schon heute – jedenfalls in gewissem Umfang – eine Bewirtschaftungsordnung verwirklicht, wie sie Voraussetzung für die Einführung eines Windnutzungsentgelts als Umweltabgabe ist. Konstituierend sei hier insbesondere der Planvorbehalt des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB als Ausgleich zur planungsrechtlichen Privilegierung der Windenergie nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB<sup>91</sup>. Dabei weist er da-

---

<sup>86</sup> Der Gesetzentwurf der Regierung hatte zunächst nur eine partielle Anwendung der Vorschriften des BBergG auf die Gewinnung von Erdwärme vorgesehen, vgl. § 130 Abs. 2 BBergG RefE, BT-Drs. 8/1315, S. 47. Erst auf Vorschlag des Bundesrates hin kam die grundsätzliche Anwendung aller Vorschriften des BBergG einschließlich der Regelungen zur Förderabgabe zustande, um so der der perspektivisch wachsenden Bedeutung der Erdwärmegewinnung Rechnung zu tragen, vgl. BT-Drs. 8/1315, S. 173 f. sowie 189 f.

<sup>87</sup> Köck, Zur Parallelität von Wassernutzungsrechten und Windnutzungsrechten, ZUR 2017, 684.

<sup>88</sup> BVerfG, Beschluss vom 7.11.1995 – 2 BvR 413/88, 2 BvR 1300/93 im Anschluss an *Murswiek*, Die Ressourcennutzungsgebühr, NuR 1994, 170 ff.

<sup>89</sup> Köck, Zur Parallelität von Wassernutzungsrechten und Windnutzungsrechten, ZUR 2017, 684 (687).

<sup>90</sup> Köck, Zur Parallelität von Wassernutzungsrechten und Windnutzungsrechten, ZUR 2017, 684 (687).

<sup>91</sup> Köck, Zur Parallelität von Wassernutzungsrechten und Windnutzungsrechten, ZUR 2017, 684 (687).



rauf hin, dass Einzelne gerade keinen Anspruch auf bestimmte planerische Entscheidungen haben, sondern diese vielmehr bestimmten konzeptionellen Entscheidungen unterliegen, die im Rahmen planerischer Gestaltungsfreiheit vorzunehmen sind. Hieraus leitet Köck ab, dass die bauliche Bodennutzung

„überall dort, wo sie sich nicht aufdrängt, wie in den Innenbereichen, oder wo sie nicht durch Gesetz begründet worden ist, wie in den Privilegierungstatbeständen des § 35 Abs. 1 BauGB, unter Planungsvorbehalt – und damit unter raumbewirtschaftender Zuteilung“

steht.

Im Mittelpunkt steht für ihn dabei die Planung als „gestaltender Rechtsakt“, der erst das Baurecht schafft, was wegen der Knappheit des Bodens auch gerechtfertigt sei. Er hält hierdurch nicht nur in verfassungsgemäßer Weise Inhalt und Schranken des Eigentums für bestimmt<sup>92</sup>, sondern sieht gerade in der Ausübung des verbleibenden Planungsermessens zugunsten nur einzelner Grundstücke einen (planungsbedingten) Sondervorteil für die Eigentümer. Dieser bestehe trotz der Anforderungen an die Konzentrationszonenplanung und dürfe vom Gesetzgeber auch wieder abgeschöpft werden. Dem stimmen wir zu.

Eine Bewirtschaftungsordnung, wie sie auch in der Rechtsprechung des BVerfG zur Voraussetzung einer Abschöpfungsabgabe (oder auch Ressourcennutzungsgebühr<sup>93</sup>) gemacht wurde, soll dennoch nur dort bestehen, wo dem Einzelnen kein individueller Anspruch auf eine Raumnutzung zukommt<sup>94</sup>. Positiv gewendet soll sie nur dort vorliegen, wo eine planerische Ausweisung eines Windnutzungsgebietes vorliegt.

Köck sieht dies bei der Ausübung des Planvorbehalts nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB als gegeben an. Auch wenn nicht ausdrücklich aufgeführt, dürfte aber auch bei der Aufstellung von Bebauungsplänen von einer Raumbewirtschaftung in seinem Sinne auszugehen sein. Demzufolge wäre nach dieser Konzeption dann nicht von einer Bewirtschaftung auszugehen, wenn sich der Standort einer Anlage planungsrechtlich als ein im Zusammenhang bebauter Ortsteil im Sinne von § 34 BauGB darstellt und insbesondere auch dann nicht, wenn sich das Baurecht unmittelbar aus einer gesetzlichen Privilegierung ergibt, wie sie mit § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB für die Windenergie besteht<sup>95</sup>.

## 2. Rechtliche Einordnung

Dass nach der Konzeption von Köck eine Abschöpfungsabgabe nur in Fällen begründbar ist, in denen eine Windkonzentrationszonenplanung vorliegt, erscheint in mehrfacher Hinsicht als zu

---

<sup>92</sup> Köck, Zur Parallelität von Wassernutzungsrechten und Windnutzungsrechten, ZUR 2017, 684, (688).

<sup>93</sup> Begriff nach *Murswiek*, Die Ressourcennutzungsgebühr, NuR 1994, 170 ff.

<sup>94</sup> Köck, Zur Parallelität von Wassernutzungsrechten und Windnutzungsrechten, ZUR 2017, 684 (688).

<sup>95</sup> Köck, Zur Parallelität von Wassernutzungsrechten und Windnutzungsrechten, ZUR 2017, 684 (688).

eng. Zunächst ist nicht ersichtlich, was der tatsächliche, insbesondere auch akzeptanzrelevante Unterschied zwischen Standorten sein soll,

- die innerhalb einer Konzentrationszone liegen und
- denen, die nicht in einer Konzentrationszone liegen, wie es bei Anlagen der Fall ist, deren planerische Zulassung allein auf Grundlage der Privilegierung im Außenbereich nach § 35 Abs. 1, 3 BauGB erfolgt.

Seine Konzeption brächte demnach mit sich, dass ein erheblicher Teil an Windenergieanlagen überhaupt nicht einbezogen werden könnte. Ein kommunaler Einfluss bei Anlagenzulassungen allein über § 35 BauGB wäre allenfalls noch über zivilrechtliche Vereinbarungen zu Wegenutzungsrechten oder dann möglich, wenn es ausnahmsweise um die Nutzung von Grundstücken im kommunalen Eigentum geht<sup>96</sup>.

Hinzu kommt, dass sich Konzentrationszonenplanungen, auf die sich Köck insbesondere stützen will, in den letzten Jahren als nicht sehr gerichtsfest erwiesen haben<sup>97</sup>. Nicht selten wurden diese in der Vergangenheit noch vor Realisierung von Windenergieanlagen gerichtlich aufgehoben. Selbst wenn ihre Realisierung bereits stattgefunden hat, stellt sich die Frage, was mit der Abgabe passiert, wenn der sie legitimierende Anknüpfungspunkt – nach der Konzeption Köcks eben die Konzentrationsplanung – nach ihrer Erhebung entfällt. Die Verknüpfung der Abgabe mit Konzentrationsplanungen würde zudem einen weiteren Anreiz bieten, diese durch Klagen anzugreifen.

## IV. „Konzessionsabgabe Wind“

Vom Städte- und Gemeindebund Brandenburg kommt der Vorschlag, zugunsten der Standortkommune eine Konzessionsabgabe auf die Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien zu erheben<sup>98</sup>.

### 1. Hintergrund und Konzept

Der Vorschlag geht davon aus, dass es nicht mehr zeitgemäß ist, die Konzessionsabgabe – wie bisher – allein am Stromverbrauch in einer Gemeinde zu bemessen. Vielmehr müsse auch die Einspeisung in die Konzessionsabgabe einbezogen werden. Angedacht ist eine Abgabe in Höhe von 0,33 Cent je eingespeister kWh, wobei auch Strom aus Solar- und Biomasseanlagen einbezogen werden soll.

---

<sup>96</sup> Vgl. dazu *Diez/Frey*, Vergabe kommunaler Grundstücke an Windenergieinvestoren – Verfahren und taugliche Auswahlverfahren, *KommJur* 2017, 206-211.

<sup>97</sup> Siehe nur *Wegner*, Fehlerquellen von Konzentrationszonenplanungen, *ZfBR* 2016, 548 ff.

<sup>98</sup> Siehe das Interview mit dem zuständigen Referatsleiter Sebastian Kunze „Kleinere Gemeinden würden sehr profitieren“ in: *neue energie* 3/2018, S. 68. Dazu jüngst auch verschriftlicht, wenn auch noch nicht online abrufbar *Kunze*, Vorschlag zur Einführung einer Konzessionsabgabe auf Stromeinspeisungen, *Mitteilungen des Städte- und Gemeindebundes Brandenburg* Mai 2018.

Die dadurch steigenden Strompreise für Endverbraucher seien bei jedem Instrument unvermeidlich, könnten aber durch Änderungen bei der Strom- oder Mehrwertsteuer bzw. Beihilfen für ärmere Menschen oder durch die Senkung anderer Strompreiskomponenten kompensiert werden. Als weitere Option zur Verhinderung steigender Strompreise weist der Vorschlag auf die Möglichkeit hin, das heutige Aufkommen der Konzessionsabgabe zu deckeln und es neu umzuverteilen: Demnach würden Kommunen mit einem hohen Stromverbrauch und geringen Erzeugungskapazitäten Einnahmen verlieren, solche mit viel Erzeugungskapazität würden von einer höheren Konzessionsabgabe profitieren.

Als Vorteil benennt der Vorschlag u.a., dass er sich nicht nur auf Neu-, sondern auch auf Bestandsanlagen erstreckt. Auch unterstreicht er, dass die Einnahmen aus der Konzessionsabgabe den Kommunen komplett erhalten bleiben, weil sie nicht in den kommunalen Finanzausgleich einfließen. Nicht zuletzt betont der Vorschlag, er basiere auf einem bewährten und etablierten System, bedürfe keiner komplexen juristischen Begründung und sei auf Bundesebene normativ einfach umsetzbar.

Gesetzgebungstechnisch werden folgende Änderungen des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) und der Konzessionsabgabenverordnung (KAV)<sup>99</sup> vorgeschlagen:

§ 46 Abs. 1 S. 1 EnWG:

Gemeinden haben ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, einschließlich Fernwirkleitungen zur Netzsteuerung und Zubehör, zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet sowie zur Ableitung von im Gemeindegebiet aus regenerativen Energiequellen erzeugter Energie diskriminierungsfrei durch Vertrag zur Verfügung zu stellen.

§ 48 Abs. 1 S. 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 entweder der unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet mit Energie oder der Ableitung von im Gemeindegebiet aus regenerativen Energiequellen erzeugter Energie dienen, entrichten.

§ 2 KAV:

(1) Konzessionsabgaben dürfen nur in Centbeträge je gelieferter und aus regenerativer Energieerzeugung eingespeister Kilowattstunde vereinbart werden. Für die aus regenerativer Energieerzeugung eingespeisten Strommengen sind die Einspeisungen in alle Spannungsebenen zugrunde zu legen.

(2) Bei der Belieferung von Tarifkunden dürfen folgende Höchstbeträge je Kilowattstunde nicht überschritten werden:

---

<sup>99</sup> Ebd., die kursiv gesetzten und unterstrichenen Hervorhebungen zeigen die vorgeschlagenen Änderungen an. Den Änderungsbedarf hatten schon *Hoffmann/Wegner*, Mechanismen finanzieller Teilhabe am Ausbau der Windenergie, Würzburger Studien zum Umweltenergie recht Nr. 7, März 2018, S. 21 ff. beschrieben.

1. a) [...]

b) Bei Strom, der nicht als Schwachlaststrom geliefert wird,  
in Gemeinden bis 25.000 Einwohner 1,32 Cent,

bis 100.000 Einwohner 1,59 Cent,

bis 500.000 Einwohner 1,99 Cent,

über 500.000 Einwohner 2,39 Cent, [...]

(3) Für den aus regenerativer Energieerzeugung eingespeisten Strom darf die Konzessionsabgabe einen Höchstbetrag von 0,33 Cent je Kilowattstunde nicht überschreiten<sup>100</sup>.

## 2. Rechtliche Einordnung

Unbestreitbar liegt ein wesentlicher Vorteil des Vorschlags darin, dass die Einnahmen aus der Konzessionsabgabe nicht dem kommunalen Finanzausgleich unterliegen und den Gemeinden insoweit tatsächlich erhalten bleiben. Richtig ist auch, dass das bisherige System mit seiner Fixierung auf den Strombezug fragwürdig ist, weil die Kommunen dadurch ein Interesse daran haben, dass in ihrem Gemeindegebiet besonders viel Strom verbraucht wird. Die erstmalige Einbeziehung auch von Einspeisungen in das System der Konzessionsabgaben würde allerdings einen Paradigmenwechsel bedeuten, den der Gesetzgeber bisher gescheut hat.

Zwar würde sich die Einbeziehung von Einspeisungen auf einfachgesetzlichem Wege und im nachgeordneten Verwaltungsrecht umsetzen lassen, da dem als solches keine unüberwindbaren Vorgaben höherrangigen Rechts entgegenstehen<sup>101</sup>. Allerdings ist das Konzessionsabgabenrecht über Jahre hinweg immer wieder Gegenstand von Reformansätzen gewesen<sup>102</sup>, ohne dass sich diese durchsetzen konnten<sup>103</sup>. Es handelt sich damit um eine Baustelle, die politisch als weitgehend änderungsresistent gelten muss, was die konkreten Umsetzungschancen des Vorschlags stark schmälern dürfte. Dies gilt umso mehr, wenn die Änderung eine Umverteilung des bisherigen Aufkommens nach sich ziehen würde, die die Profiteure der bisherigen Bemessung schlechter stellen würde, also insbesondere Städte mit vielen Einwohnern und hohem Energieverbrauch.

Auf gesetzestechnischer Ebene müsste zu den vorgeschlagenen Änderungen des EnWG zudem wenigstens eine weitere hinzutreten. Bevor die KAV geändert werden könnte, müsste auch ihre Ermächtigungsgrundlage in § 48 Abs. 2 S. 2 EnWG geändert werden. Dort wird nämlich nur Be-

---

<sup>100</sup> Da § 2 Abs. 3 der gegenwärtigen KAV-Fassung schon besetzt ist, müsste der vorgeschlagene Absatz 2a heißen.

<sup>101</sup> Vgl. dazu, insbesondere zum Recht auf kommunale Selbstverwaltung und zum Äquivalenzprinzip bei der Bemessung der Höhe von Konzessionen bzw. Verleihungsgebühren, *Hoffmann/Wegner*, Mechanismen finanzieller Teilhabe am Ausbau der Windenergie, Würzburger Studien zum Umweltenergie recht Nr. 7, März 2018, S. 27 ff.

<sup>102</sup> Nachgezeichnet bei Cronenberg, Anwendungs- und Auslegungsfragen der neuen Konzessionsabgabenverordnung, ET 1992, S. 175 (175 ff.).

<sup>103</sup> Vgl. *Theobald*, in: Danner/ders. (Hg.), Energierecht, 93. EL. Juni 2017, § 48 EnWG, Rn. 7.

zug auf die „gelieferte Kilowattstunde“ genommen. Die Ergänzung der KAV auch um die „eingespeiste Kilowattstunde“ wäre davon nicht gedeckt<sup>104</sup>.

Zudem steht noch die Beantwortung einer Reihe von Folgefragen aus, um das Konzept inhaltlich und juristisch abzusichern, bevor es als umsetzungstaugliche Blaupause in Betracht kommt: Dies betrifft etwa die Frage, was passiert, wenn der Ort der Einspeisung und die Standortkommune der Anlagen auseinanderfallen. Gerade wenn Anschluss(stich-)leitungen über privaten Grund führen, was bei Windparks häufig der Fall ist, ist ein solches Auseinanderfallen nicht unwahrscheinlich. Wenn die Standortkommune dadurch leer ausginge, wäre das ein trauriger Befund.

Auch die Frage, inwiefern der Vorschlag an den bisherigen Vollzugsmechanismus für die Konzessionsabgabe anschlussfähig ist, müsste noch vertieft werden. Nach § 11 Abs. 2 Nr. 2 der Anreizregulierungsverordnung (ARegV) sind Konzessionsabgaben bei der Netzentgeltkalkulation als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten zu veranschlagen. Das heißt, die Konzessionsabgaben werden über die Netzentgelte eingezogen, die wiederum nur beim Bezug (nicht auch bei der Einspeisung) von Strom anfallen, wie § 17 Abs. 2 Stromnetzentgeltverordnung (StromNEV) zeigt, der ausdrücklich nur auf die „Entnahmestelle“ abstellt. In § 17 Abs. 1 StromNEV heißt es zudem, dass die „von Netznutzern zu entrichtenden Netzentgelte [...] ihrer Höhe nach unabhängig von der räumlichen Entfernung zwischen dem Ort der Einspeisung elektrischer Energie und dem Ort der Entnahme“ sind. Ob sich mit dieser Vorgabe eine Konzessionsabgabe auf Einspeisungen vereinbaren lässt, die ja Teil des Netzentgeltes ist, ist zumindest klärungsbedürftig. Denn wenn in jeder Kommune eine Zuteilung der neuen Konzessionsabgabe auf die Einspeisungen zu der schon bisher bestehenden Konzessionsabgabe auf die Entnahmen erfolgen würde, wäre dieses Abstandsgebot aufgeweicht. Dies illustriert nur beispielhaft die sich stellenden Herausforderungen, wenn eine Konzessionsabgabe auf Einspeisungen isoliert eingeführt würde, es aber (noch) kein Netzentgelt auf Einspeisungen gibt. Hier würde der zweite Schritt vor dem ersten getan.

Eng verknüpft damit ist auch die Frage, inwiefern es eine überregionale oder gar bundesweite Wälzung der Kosten geben müsste, will man verhindern, dass faktisch nur die Einwohner der Standortgemeinden die Einspeisekonzessionsabgabe aufbringen. Ohne einen solchen Mechanismus hätte die Standortkommune zwar Mehreinnahmen, diese würden aber nur von ihren eigenen Einwohnern generiert. Sonderlich akzeptanzfördernd wäre dies vermutlich nicht.

Nicht zuletzt müsste auch mit Blick auf den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG geklärt werden, warum nur eine Einbeziehung von Strom aus erneuerbaren Energien erfolgt, der aus konventioneller Erzeugung aber außen vor bleiben soll.

---

<sup>104</sup> Vertiefend *Hoffmann/Wegner*, Mechanismen finanzieller Teilhabe am Ausbau der Windenergie, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 7, März 2018, S. 22 ff.

## V. „Grundsteuer E“

Zwar gibt es in Mecklenburg-Vorpommern mit dem BüGembeteilG bereits ein Instrument, das zumindest auch die Einnahmen der Kommunen in den Blick nimmt, konkrete Anwendungsfälle, in denen sich das Instrument hätte bewähren können, sind aber noch nicht bekannt<sup>105</sup>.

### 1. Hintergrund und Konzept

Daher haben die Fraktionen von CDU, SPD und Die Linke im dortigen Landtag die Landesregierung in einem Antrag aufgefordert, sich auf Bundesebene dafür einzusetzen, eine sog. „Grundsteuer E“ zu schaffen, wie dies zuvor schon die IHK Schwerin gefordert hatte<sup>106</sup>. Ziel des Vorstoßes ist es, parallel zu den häufig als unbefriedigend empfundenen gewerbesteuerlichen Regelungen eine Komponente der Grundsteuer einzuführen, die diejenigen Eigentümer zu zahlen haben, auf deren Grundstücken sich Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien befinden. Im Gespräch ist eine Größenordnung von jährlich 5.000 Euro je MW installierter Leistung<sup>107</sup>.

### 2. Rechtliche Einordnung

Da die Grundsteuer bekanntlich beim Eigentümer erhoben wird, zielt die „Grundsteuer E“ nicht direkt auf die Anlagenbetreiber, sondern auf die Eigentümer der Flächen, die diese verpachtet haben. Es würde also über die Pachtzahlung eine mittelbare Abschöpfung der Erlöse aus der Stromerzeugung erfolgen. Problematisch ist dies bei Bestandsanlagen insoweit, als dann eine Neuverhandlung des Pachtzinses erforderlich würde und bei den Anlagenbetreibern ein Renditeloch entstünde.

Insbesondere bei sog. Pooling-Modellen<sup>108</sup>, bei denen im Sinne einer möglichst breiten Streuung der Gewinne die Pachtzahlungen an Standort- und Abstandsflächeneigentümer jeweils besonders austariert sind, dürfte dies schwierig werden. Hier müssten ganze Vertragspakete wieder neu aufgeschnürt werden. Pooling-Modelle gelten aber aus Akzeptanzgesichtspunkten gerade als besonders wünschenswert, weil sie mögliche Mitnahmeeffekte für nur einzelne Flächeneigentümer ausschließen und gerade eine Vielzahl von örtlichen Grundeigentümern an der Wertschöpfung teilhaben lassen.

---

<sup>105</sup> Dazu *Wegner*, Verfassungsrechtliche Fragen ordnungsrechtlicher Teilhabemodelle am Beispiel des Bürger- und Gemeindeneteiligungsgesetzes Mecklenburg-Vorpommern, Würzburger Studien zum Umweltenergie recht Nr. 8, März 2018, S. 7.

<sup>106</sup> Vgl. [www.nordkurier.de/demmin/mehr-windkraft-geld-fuer-die-gemeinden-2131561803.html](http://www.nordkurier.de/demmin/mehr-windkraft-geld-fuer-die-gemeinden-2131561803.html), zuletzt aufgerufen am 14.05.2018.

<sup>107</sup> Siehe zur Intention im Einzelnen das Plenarprotokoll der 32. Sitzung der 7. Wahlperiode am 15.03.2018, S. 7 ff., abrufbar unter [www.dokumentation.landtag-mv.de/Parldok/dokument/40851/plenarprotokoll-7-32.pdf](http://www.dokumentation.landtag-mv.de/Parldok/dokument/40851/plenarprotokoll-7-32.pdf), zuletzt aufgerufen am 14.05.2018.

<sup>108</sup> Zu praktischen Beispielen siehe *BWE*, Gemeinsam gewinnen – Windenergie vor Ort, 2018, S. 33.

Daher kann es sich empfehlen, die „Grundsteuer E“ nur auf diejenigen Grundstücke zu erstrecken, auf denen Neuanlagen in Betrieb genommen werden. Allerdings braucht es zur Rechtfertigung dieser Ungleichbehandlung gegenüber den Grundstücken mit Bestandsanlagen einen sachlichen Rechtfertigungsgrund. Diesen zu finden, dürfte nicht ganz trivial sein, hält man sich vor Augen, dass die aus dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG folgende Lastengleichheit im Steuerrecht leicht in verfassungsrechtlich vermintes Gelände führt – wie die jüngste Entscheidung des BVerfG zur Grundsteuer gezeigt hat<sup>109</sup>. Ob hier allein die Erwägung ausreicht, Grundstücke mit bestehenden Pooling-Verträgen müssten aus Gründen der Akzeptanzsicherung innerhalb der Gruppe der Grundstückseigentümer von der neuen Steuer ausgenommen werden, erscheint zumindest fraglich. Zwar hat der Gesetzgeber grundsätzlich

„einen weit reichenden Entscheidungsspielraum [...] bei der Auswahl des Steuergegenstandes [...]. Abweichungen von der [...] einmal getroffenen Belastungsentcheidung müssen sich indessen ihrerseits am Gleichheitssatz messen lassen (Gebot der folgerichtigen Ausgestaltung des steuerrechtlichen Ausgangsstands). Demgemäß bedürfen sie eines besonderen sachlichen Grundes, der die Ungleichbehandlung zu rechtfertigen vermag. Dabei steigen die Anforderungen an den Rechtfertigungsgrund mit dem Ausmaß der Abweichung und ihrer Bedeutung für die Verteilung der Steuerlast insgesamt [...].“<sup>110</sup>

Entscheidet sich der Gesetzgeber im Grundsatz, eine „Grundsteuer E“ für Grundstücke einzuführen, auf denen eine Windenergienutzung stattfindet, nimmt dann aber Grundstücke mit Bestandsanlagen aus, hätte dies ohne Zweifel eine große Bedeutung für die Verteilung der Steuerlast. Insoweit dürfte hier mit gesteigerten Rechtfertigungsanforderungen zu rechnen sein.

Schließlich erscheint es uns fraglich, ob die vom BVerfG gewährte Frist von nicht einmal zwei Jahren<sup>111</sup> zur Etablierung einer verfassungskonformen Bemessungsgrundlage für die Grundsteuer bei der Vielzahl der Interessenlagen und Beteiligten ausreicht, in die Neuordnung des Grundsteuerrechts auch eine „E“-Komponente einzubauen. Neben der verfassungsrechtlichen Frage einer zulässigen Differenzierung von Grundstücken mit Bestands- oder Neuanlagen spricht daher gegen den Vorschlag vor allem die Einschätzung, dass die ohnehin anstehende grundständige Neuordnung der Grundsteuer als politisch-gesetzgeberischer Kraftakt die Einbeziehung von Nebenschauplätzen nicht erwarten lässt.

---

<sup>109</sup> BVerfG, Urt. v. 10.04.2018 – 1 BvL 11/14, abrufbar unter [www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2018/04/ls20180410\\_1bvl001114.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2018/04/ls20180410_1bvl001114.html).

<sup>110</sup> BVerfG, Urt. v. 10.04.2018 – 1 BvL 11/14, Rn. 96.

<sup>111</sup> Siehe BVerfG, Urt. v. 10.04.2018 – 1 BvL 11/14, Ziff. 2 des Tenors: „Der Gesetzgeber ist verpflichtet, eine Neuregelung spätestens bis zum 31. Dezember 2019 zu treffen.“

## VI. Städtebauliche Verträge und sonstige Vereinbarungen

Nicht erst seit kurzem steht schließlich die Frage im Raum, welche Vorteile sich Standortkommunen von Windenergie-Projektierern in vertraglichen Vereinbarungen einräumen lassen können.

### 1. Hintergrund und Konzept

In der Praxis kommen solche Vereinbarungen vielfach in der Form städtebaulicher Verträge, aber auch – gesondert hiervon – als „Gestattungsverträge, Sponsoringverträge Spendenvereinbarungen oder ähnlich bezeichneten Vereinbarungen“<sup>112</sup> vor. Die mit solchen Vereinbarungen gemachten Erfahrungen werden in der Praxis teils als positiv bewertet<sup>113</sup>. Für den hier untersuchten Zusammenhang kommt es aber darauf an, dass ein Instrument nicht nur geeignet ist, in Einzelfällen zu akzeptablen Ergebnissen zu führen, sondern eine flächendeckende Teilhabe von Kommunen zu gewährleisten – und dies mit einem möglichst hohen Grad an Rechtssicherheit.

### 2. Rechtliche Einordnung

Das kooperative Instrument des vertraglichen Handelns ist dafür – soviel sei hier vorweggenommen – aufgrund der engen gesetzlichen Vorgaben nicht geeignet.

#### a) Unterscheidung unterschiedlicher Konstellationen

So ist etwa zu beachten, dass jedenfalls die Literatur vor allen Dingen dort Gestaltungsspielräume sieht, wo es um die Einräumung von Rechten zur (alleinigen und dauerhaften) Nutzung kommunaler Flächen geht. Hier sind etwa Pachtvereinbarungen zivilrechtlicher Natur möglich, in deren Rahmen auch ein kommunales Beteiligungsmodell und damit eine weitergehende wirtschaftliche Teilhabe vereinbart werden kann<sup>114</sup>. Nicht selten stellen sich aber auch in solchen Fällen die in den Bundesländern unterschiedlichen Vorgaben des Gemeindefirtschaftsrechts als Hindernis für kommunale Beteiligungen heraus<sup>115</sup>.

---

<sup>112</sup> Geerds, Strafbarkeitsrisiken kommunaler Amts- und Mandatsträger im Zusammenhang mit Windparks, wistra 2017, 381 (382).

<sup>113</sup> Siehe etwa das grundsätzlich positive Fazit bei Geßner, Städtebauliche Verträge und Windenergie – Drum prüfe, wer sich (ewig) bindet?, AnwBl 2014, 39 (45); gewisse risikofreie Handlungsspielräume sehen auch Bringewat/Bringewat, Rechtliche Beurteilung der Vereinbarung von Beteiligungsmodellen mit Kommunen bei der Projektierung von Windenergieanlagen, KommJur 2015, 1 (9).

<sup>114</sup> Vgl. das Beispiel bei Bringewat/Bringewat, Rechtliche Beurteilung der Vereinbarung von Beteiligungsmodellen mit Kommunen bei der Projektierung von Windenergieanlagen, KommJur 2015, 1 (2 f.).

<sup>115</sup> Vgl. etwa §§ 100 ff. GemO Brandenburg, die, wie auch alle anderen Gemeindeordnungen in den Ländern, Anforderungen an die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden stellen und für die Beteiligung an Unternehmen in Privatrechtsform weitergehende Voraussetzungen formulieren. § 100 Abs. 2 GemO-BB: „Die Gemeinde darf sich zur Erledigung von Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft wirtschaftlich betätigen, wenn 1. der öffentliche Zweck dies rechtfertigt 2. die Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur



Anders ist die Situation ohnehin dann, wenn es an einer Gegenleistung mit besonderer wirtschaftlicher Werthaltigkeit wie der Bereitstellung von Flächen seitens einer Gemeinde fehlt. Auch in solchen Konstellationen sind Vereinbarungen zwischen Kommunen und Vorhabenträgern nach Maßgaben der rechtlichen Vorgaben zwar grundsätzlich möglich. Zulässige Forderungen der Kommunen sind jedoch in der Regel etwa darauf beschränkt, Entgelte für wegerechtliche Sondernutzungen oder für das unterirdische Verlegen von Zu- und Ableitungen auf kommunalen Flächen zu verlangen<sup>116</sup>.

Möglich ist es zudem, im Rahmen städtebaulicher Verträge nach § 11 Abs. 1 Nr. 1 und 3 BauGB dem Projektentwickler die Kosten der Aufstellung vorhabenbezogener Bauleitpläne oder der öffentlichen Erschließung sowie Folgekosten städtebaulicher Maßnahmen aufzuerlegen. In diesen Konstellationen geht es jedoch um eine Kostentragung der Projektentwickler für konkrete Leistungen der Kommunen. Eine über den Lastenausgleich zugunsten der Kommunen hinausgehende wirtschaftliche Teilhabe an dem eigentlichen Vorhaben – dem Betrieb von Windenergieanlagen – ist hiermit nicht verbunden.

### **b) Grenzen vertraglicher Gestaltungsfreiheit**

Die Schwierigkeit im Rahmen solcher zumeist öffentlich-rechtlicher Vereinbarungen zu einer weitergehenden Teilhabe von Kommunen zu kommen, liegt aus juristischer Sicht in den engen Vorgaben für die Gestaltung öffentlich-rechtlicher Verträge begründet. Diese finden sich in den §§ 54 ff. des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG), insbesondere in Form

- des Gebots der Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung sowie
- dem Verbot der Koppelung sachlich nicht miteinander zusammenhängender Leistungen (sog. Koppelungsverbot) gem. § 56 Abs. 1 S. 2 VwVfG.

Nach dem Angemessenheitsgebot ist es etwa ausgeschlossen, dass Gemeinden sich für relativ geringe Leistungen Gegenleistungen in einer Höhe versprechen lassen, die zu ihrer Leistung unter Berücksichtigung aller Umstände außer Verhältnis stehen, d. h. zu einer Unausgewogenheit im Leistungsaustausch führen<sup>117</sup>. Damit ist es ausgeschlossen, dass etwa anlässlich von Vereinbarungen über wegerechtliche Nutzungen auch Entgelte vereinbart werden, die eine wirtschaftliche Teilhabe der Kommunen am Betrieb von Windrädern in einem Umfang festsetzen sollen, die mit der Leistung der Kommune – der Bereitstellung von Nutzungsmöglichkeiten an öffentlichen Wegen – tatsächlich in keinem wirtschaftlichen Zusammenhang stehen.

---

*Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht.“ Absatz 3 enthält zudem eine Subsidiaritätsklausel zugunsten privater Anbieter, wie sie sich auch in dieser oder ähnlicher Form in den anderen Landesgesetzen findet. § 102 GemO-BB: „Die Gemeinde darf zur Erfüllung ihrer Aufgaben ein Unternehmen in einer Rechtsform des privaten Rechts nur gründen, übernehmen oder sich daran beteiligen, wenn [...]“*

<sup>116</sup> Geerds, Strafbarkeitsrisiken kommunaler Amts- und Mandatsträger im Zusammenhang mit Windparks, wistra 2017, 381 (384).

<sup>117</sup> Brüning/Bosesky, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG 2014, § 56 Rn. 46 f.

Nach dem Koppelungsverbot ist es untersagt, Leistungen der Kommune mit Gegenleistungen zu verknüpfen, die nicht ohnehin in einem sachlichen Zusammenhang stehen. Dieses Verbot setzt insbesondere auch der Finanzierung von rein akzeptanzbezogenen Maßnahmen jeder Art enge Grenzen. Um dem Koppelungsverbot zu genügen, reicht es gerade nicht, dass eine gemeindliche Leistung – etwa die Erteilung des Einvernehmens nach § 36 BauGB – gegen eine Geldleistung zum Zwecke der Umsetzung einer die Akzeptanz der Windenergie fördernden Maßnahme zugesagt wird: Die Erteilung des Einvernehmens nach § 36 BauGB steht hierzu in keinem sachlichen Zusammenhang, da dieses nur aus den im Gesetz genannten Gründen versagt werden darf. Ein Mangel an Akzeptanz ist gerade kein im Gesetz aufgeführter Versagungsgrund.

### **c) Strafrechtliche Risiken und regulatorische Gefahren**

Vertragliche Vereinbarungen sind aber nicht nur wegen der für sie geltenden Wirksamkeitsvoraussetzungen für eine Vielzahl von Konstellationen ungeeignet, zu dem von der Koalition angestrebten Maß an kommunaler Teilhabe zu führen. Daneben legen auch strafrechtliche Risiken nahe, dass es sich hierbei nicht um ein für den Normalfall geeignetes Instrument handelt. Hinzu kommen bei diesem Weg der Akzeptanzschaffung regulatorische Gefahren für den Ausbau der Windenergie.

#### **aa) Strafrechtliche Risiken**

Abreden über finanzielle Zuwendungen im Zusammenhang mit Windenergievorhaben haben in den letzten Jahren immer wieder Staatsanwaltschaften<sup>118</sup>, seltener auch Gerichte<sup>119</sup> beschäftigt. Die Vereinbarung von Vorteilen zugunsten von Amtsträgern oder anderer für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter unterliegt spätestens seit der Verschärfung der Straftatbestände der Vorteilsnahme und der Bestechlichkeit und ihren spiegelbildlichen Pendanten der Vorteilsgewährung und Bestechung (§§ 331 ff. Strafgesetzbuch) im Jahr 1997 einem erhöhten Strafbarkeitsrisiko<sup>120</sup>. Strafrechtliche Ermittlungen und auch die tatsächliche Erfüllung der Straftatbestände sind selbst dann nicht auszuschließen, wenn die Beteiligten in transparenter Weise und mit völlig uneigennütigen Motiven zugunsten der jeweiligen Kommune handeln. Ein eigennütziges Handeln ist seitdem nämlich keine Voraussetzung mehr für die Tatbestandsverwirklichung<sup>121</sup>.

Als geschütztes Rechtsgut der genannten Straftatbestände sieht der Bundesgerichtshof neben der Lauterkeit des öffentlichen Dienstes selbst

---

<sup>118</sup> Vgl. *Krug/Rathgeber*, Strafrechtliche Risiken bei kommunaler Wertschöpfung durch Windenergieanlagen, *KommJur* 2014, 47 (47), die von 31 Verfahren gegen Bürgermeister in Niedersachsen im Jahr 2004 berichten.

<sup>119</sup> BGH, Urt. v. 17.3.2015 – 2 StR 281/14; LG Stade, Urt. v. 28.1.2005 – 12 Qs 153/04.

<sup>120</sup> *Bringewat/Bringewat*, Rechtliche Beurteilung der Vereinbarung von Teilnehmungsmodellen mit Kommunen bei der Projektierung von Windenergieanlagen, *KommJur* 2015, 1 (5).

<sup>121</sup> *Geerds*, Strafbarkeitsrisiken kommunaler Amts- und Mandatsträger im Zusammenhang mit Windparks, *wistra* 2017, 381 (383).

„das Vertrauen der Allgemeinheit in die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes, das Vertrauen in die Sachgerechtigkeit und Nichtkäuflichkeit dienstlichen Handelns“

an<sup>122</sup>. Für den Schutz dieses Gutes wurden Tatbestandsmerkmale wie dasjenige der Vorteilsge-  
währung sowie das der Unrechtsvereinbarung weit ausgelegt. Entsprechend besteht ein Straf-  
barkeitsrisiko nicht nur dann, wenn Vereinbarungen zwischen Kommunen und Vorhabenträ-  
gern bereits nach öffentlich-rechtlichen Maßstäben rechtswidrig und nichtig sind, sondern  
selbst bei deren Wirksamkeit<sup>123</sup>. Erfasst werden können von den Straftatbeständen zudem Ver-  
einbarungen, in denen, wie im Rahmen von Spendenvereinbarungen, Kommunen gar keine  
Leistungen zusagen, sondern allein zugesagt bekommen. Auch Modelle auf der Grundlage eines  
Solidarpaktes, bei dem es um die Aufteilung von Pachterträgen zwischen Standortflächeneigen-  
tümern, sonstigen Flächeneigentümern und Standortkommunen geht, sind nicht frei von straf-  
rechtlichen Risiken<sup>124</sup>.

Unter den Voraussetzungen des § 108e StGB, der Bestechlichkeit und Bestechung von Man-  
datsträgern, können sich seit dessen Anpassung an internationale Vorgaben des Strafrechts-  
übereinkommens des Europarats und der UN-Konvention zur Bekämpfung der Korruption<sup>125</sup>  
auch Mandatsträger, d.h. etwa Gemeinderäte, strafbar machen, denen für die Straftatbestände  
der Vorteilsnahme und der Bestechlichkeit die dort vorausgesetzte Amtsträgereigenschaft bzw.  
die hiermit gleichgestellte besondere Verpflichtung für den öffentlichen Dienst fehlt.

### **bb) Regulatorische Gefahren**

Die Gewährleistung finanzieller Teilhabe über das Instrument vertraglicher Vereinbarungen  
würde zudem auch solchen Kommunen eine Blockadeposition eröffnen, die nicht an einer fi-  
nanziellen Teilhabe, sondern an der Verhinderung von Windenergievorhaben interessiert sind.  
Die Verweigerung einer entsprechenden Vereinbarung könnte dann dazu genutzt werden –  
ohne dass damit die Ansiedlung des Windparks selbst rechtlich verhindert würde – eine ableh-  
nende Haltung gegen den lokalen Windenergieausbau zu erzeugen. Im Ergebnis könnte dies zu  
einer „lose-lose-Situation“ führen: Ein Windenergievorhaben wird gar nicht oder nur gegen  
Widerstand umgesetzt und eine Teilhabe der Kommune kommt nicht zustande.

---

<sup>122</sup> Kritisch *Geerds*, Strafbarkeitsrisiken kommunaler Amts- und Mandatsträger im Zusammenhang mit Windparks, *wistra* 2017, 381 (382, 385).

<sup>123</sup> *Bringewat/Bringewat*, Rechtliche Beurteilung der Vereinbarung von Beteiligungsmodellen mit Kommunen bei der Projektierung von Windenergieanlagen, *KommJur* 2015, 1 (6).

<sup>124</sup> Zu den strafrechtlichen Risiken dieses in Rheinland-Pfalz auch von der Landesregierung im „Rundschreiben Windenergie“ von 2013 empfohlenen sog. Solidarpaktmodells siehe *Krug/Rathgeber*, Strafrechtliche Risiken bei kommunaler Wertschöpfung durch Windenergieanlagen, *KommJur* 2014, 47 (51 f.).

<sup>125</sup> Vgl. hierzu *Geerds*, Strafbarkeitsrisiken kommunaler Amts- und Mandatsträger im Zusammenhang mit Windparks, *wistra* 2017, 381 (385).

## C. Eine Abgabe für die Inanspruchnahme des Außenbereichs

Zur Diskussion stellen wollen wir hier nun ein Instrument, das einen Mittelfluss an die Standortkommunen generiert und in seinem Zuschnitt keine verfassungsrechtlichen Risiken nach sich zieht, wie sie etwa eine Sonderabgabe mit sich bringt. Die hier vorgeschlagene Zahlungsverpflichtung soll ihren Grund darin haben, dass Windenergieanlagen in erheblichem Umfang Flächen außerhalb von Siedlungsgebieten, zumeist im planungsrechtlichen Außenbereich, nutzen<sup>126</sup>. Zum einen greift dieser Anknüpfungspunkt lebensnah den sozialpsychologischen „Urgrund“ mangelnder Akzeptanz auf, indem er auf die raumgreifende Inanspruchnahme der Landschaft im Außenbereich (samt möglicher Folgewirkungen) abstellt. Zum anderen bezieht er sich normativ auf diejenigen Regelungen, welche Windenergienutzungen eine Inanspruchnahme von Außenbereichsflächen ermöglichen.

Die hier vorgestellte Zahlungsverpflichtung zugunsten der Standortkommune soll ihrem Typus nach daher eine Ressourcennutzungsgebühr für die (privilegierte) Inanspruchnahme des Außenbereichs durch die Windenergieanlagen sein. Der Vorteil einer solchen Ressourcennutzungsgebühr gegenüber einer (Finanzierungs-) Sonderabgabe liegt insbesondere darin, dass hier keine gruppennützige Verwendung erforderlich ist, die das Risiko einer unzulässigen Aufgabenübertragung des Bundes auf die Kommunen inhärent nach sich zieht.

Für die von uns vorgeschlagene Außenbereichsabgabe gelten folgende Eckpunkte, die sich aus den einschlägigen verfassungsrechtlichen Vorgaben ableiten:

- Die Abgabe hat ihren sog. Belastungsgrund in der Inanspruchnahme von Außenbereichsflächen durch die Windenergieanlagen und knüpft damit an eine knappe Ressource an.
- Die Einnahmen kommen direkt den Standortkommunen zugute, die darüber frei verfügen können. (Zur optimalen Sicherstellung des Akzeptanzmehrwerts vor Ort ist sicherzustellen, dass den Kommunen die Gelder auch tatsächlich erhalten bleiben und sich nicht negativ auf das Aufkommen ihrer sonstigen Einnahmen auswirken.)
- Um den Standortkommunen keine neuen Aufgaben zuzuweisen, erfolgt die Einziehung der Außenbereichsabgabe durch die Netzbetreiber.
- Jede Standortkommune kann zudem frei entscheiden, auf die Einnahmen zu verzichten, wenn sich vor Ort ein besseres Akzeptanzinstrument gefunden hat.
- Die Abgabe wird aus Vertrauensschutzgründen nur für Neuanlagen erhoben.

Welchen Hintergrund die Eckpunkte im Einzelnen haben und was überhaupt unter einer Ressourcennutzungsgebühr zu verstehen ist, wird im Folgenden detailliert erläutert.

---

<sup>126</sup> Insoweit gleicht der hier unterbreitete Vorschlag auch dem von Wolfgang Köck skizzierten Weg, geht aber in seinem Umfang deutlich darüber hinaus und unterscheidet sich auch in Einzelfragen von diesem, siehe Köck, Zur Parallelität von Wassernutzungsrechten und Windnutzungsrechten, ZUR 2017, 684 ff. Zur kritischen Auseinandersetzung mit diesem Vorschlag siehe bereits oben B. III.

## I. Was ist eine Ressourcennutzungsgebühr?

Der Typus der Ressourcennutzungsgebühr (oder auch Vorteilsabschöpfungsabgabe) geht zurück auf eine Entscheidung des BVerfG, in der es den sog. Wasserpfennig zu überprüfen hatte. Darin heißt es in Bezug auf die Rechtfertigung der gesetzlichen Zahlungsverpflichtung:

„Jedenfalls ergibt sich die sachliche Legitimation aus ihrem Charakter als Vorteilsabschöpfungsabgaben im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Nutzungsregelung. Knappe natürliche Ressourcen, wie etwa das Wasser, sind Güter der Allgemeinheit. Wird Einzelnen die Nutzung einer solchen, der Bewirtschaftung unterliegenden Ressource [...] eröffnet, wird ihnen die Teilhabe an einem Gut der Allgemeinheit verschafft [...]. Sie erhalten einen Sondervorteil gegenüber all denen, die das betreffende Gut nicht oder nicht in gleichem Umfang nutzen dürfen. Es ist sachlich gerechtfertigt, diesen Vorteil ganz oder teilweise abzuschöpfen. Dieser Ausgleichsgedanke liegt auch der herkömmlichen Rechtfertigung der Gebühr zugrunde [...].“<sup>127</sup>

In einem späteren Kammerbeschluss des BVerfG zur landesrechtlichen Bepreisung der Grundwasserentnahme heißt es mit Blick auf die Wasserpfennig-Entscheidung:

„Diese sachliche Rechtfertigung der Vorteilsabschöpfungsabgabe im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Nutzungsregelung liegt auch der Grundwasserentnahmeabgabe [...] zu Grunde. [...] Wird dem einzelnen Abgabepflichtigen [...] die Nutzung des der Bewirtschaftung unterliegenden Grundwassers [...] eröffnet, wird ihm die Teilhabe an einem Gut der Allgemeinheit verschafft. Er erhält so einen besonderen Vorteil gegenüber all denen, die das betreffende Gut der Allgemeinheit nicht oder nicht in gleichem Umfang nutzen. [...] Das Gut der Allgemeinheit Grundwasser darf und wird von den Einzelnen aber nicht in gleichem Umfang genutzt. So nutzen die Bf. dieses Gut [...] in der Regel quantitativ wesentlich intensiver als die einzelnen Privathaushalte. Sie erhalten damit einen Vorteil, der durch die Grundwasserentnahmeabgabe ganz oder teilweise abgeschöpft werden kann.“<sup>128</sup>

Auch die Fachgerichte ziehen seither den Typus der Ressourcennutzungsgebühr oder Vorteilsabschöpfungsabgabe für die landesrechtlichen Wasserentnahmeentgelte als einschlägig heran<sup>129</sup>. Zumindest bei der Gebührenerhebung für die Nutzung von Wasser als empirisch bisher bedeutendstem Anwendungsfall der Bewirtschaftung von knappen Umweltgütern gibt es also eine gefestigte Rechtsprechung, die die Zulässigkeit der Vorteilsabschöpfung konturiert. Erforderlich ist demnach ein

---

<sup>127</sup> BVerfGE 93, S. 319 (345 f.).

<sup>128</sup> BVerfG, NVwZ 2003, 467 (469 f.).

<sup>129</sup> Siehe etwa BVerwG, Beschl. v. 29.19.2007 - 7 B 36.07 -, juris Rn. 9 sowie Urt. v. 28. Juni 2007 - 7 C 3.07 -, juris Rn. 26 f. sowie OVG NRW, Urt. v. 09.09.2016, 9 A 938/14, Rn. 51, abrufbar unter: [http://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg\\_nrw/j2016/9\\_A\\_938\\_14\\_Urteil\\_20160909.html](http://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg_nrw/j2016/9_A_938_14_Urteil_20160909.html).

- knappes Gut der Allgemeinheit,
- das staatlich bewirtschaftet wird und
- aus dem jemand einen Vorteil schöpft, der der Allgemeinheit nicht offen steht.

In der Literatur ist teilweise umstritten, ob es überhaupt einer staatlichen Bewirtschaftungsordnung bedarf<sup>130</sup>. Ohne diese Diskussion weiter zu vertiefen, wird im Folgenden schlicht davon ausgegangen, dass eine staatliche Bewirtschaftung der Ressource erforderlich ist. Denn die Umsetzbarkeit neuer Instrumente sollte sich nicht darauf stützen, bei ihren Zulässigkeitsvoraussetzungen einen (in der Literatur umstrittenen) Rabatt zu bekommen.

Wie also verhalten sich die drei Kriterien in Bezug auf die Nutzung des Außenbereichs durch die Windenergieanlagen?

## II. Warum sind Außenbereichsflächen eine knappe Ressource?

Der Typus der Ressourcennutzungsgebühr ist nicht auf die Wassernutzung beschränkt, wenn er auch dafür entwickelt wurde. Dies zeigt sich nicht zuletzt in der Rechtsprechung des BVerwG zur kostenpflichtigen Versteigerung von Emissionszertifikaten, die jüngst vom Bundesverfassungsgericht bestätigt wurde<sup>131</sup>. Das Gericht betonte,

„dass die Luft nach – nicht zu beanstandender – Einschätzung des europäischen Richtlinien- und des Gesetzgebers wegen ihrer begrenzten Kapazität, Treibhausgase ohne schädliche Auswirkungen auf das Klima aufzunehmen, [...] in vergleichbarer Weise wie das Wasser der Budgetierung bedarf; insofern stellt auch sie eine knappe Ressource dar, die als Anknüpfungspunkt für eine Vorteilsabschöpfung durch Erhebung eines Entgelts für ihre Nutzung dienen kann.“<sup>132</sup>

Deutlich wird hier auch, dass der Gesetzgeber bei der Einordnung, was eine knappe Ressource ist, einen Einschätzungsspielraum hat.

Ist nun auch der Außenbereich eine solche knappe Ressource? Um dies zu klären, lohnt sich zunächst ein Blick auf die Regelungen zum Schutz des Außenbereichs und ihre Hintergründe:

Zweifel an der Knappheit des Gutes der Außenbereichsflächen – welche der Gesetzgeber immer noch in den Grenzen seines Einschätzungsspielraums übergehen könnte – dürften dabei allerdings kaum bestehen.

---

<sup>130</sup> Siehe zu dieser Diskussion nur *Murswiek*, Ein Schritt in Richtung auf ein ökologisches Recht – Zum „Wasserpfe-nigbeschuß“ des BVerfG, NVwZ 1996, 417, Fn. 26 und 27.

<sup>131</sup> Siehe BVerfG, Beschl. v. 15.3.2018, 1 BvR 2864/13, Rn. 33: „Die Reinheit der Luft stellt eine knappe natürliche Ressource dar. Der deutsche Gesetzgeber hat mit der Einführung des Emissionshandelssystems die Knappheitssituation daraus hergeleitet, dass die Luft nur in begrenztem Maße Kohlendioxid aufnehmen könne, ohne dass dies schädliche Auswirkungen auf das Klima habe [...]. Das knappe Gut ist folglich nicht die Luft selbst, sondern ihr Verschmutzungsgrad. Diese Erwägung ist ohne weiteres nachvollziehbar, jedenfalls aber von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden.“

<sup>132</sup> BVerwG, Urt. v. 10.10.2012, Az. 7 C 9.10, Rn. 22.

Mit dem Begriff der Außenbereichsflächen, wird hier zunächst der für Bau und Betrieb von Windenergieanlagen tatsächlich genutzte Raum außerhalb von besiedelten Bereichen bezeichnet. Diese Flächen sind, aufgrund der Unvermehrbarkeit des Bodens, tatsächlich knapp. Im jeweiligen Gemeindegebiet werden sie durch die Gemeindegrenzen, insgesamt durch die Staatsgrenzen der Bundesrepublik Deutschland begrenzt. Es handelt sich zudem um Flächen, die vielfältigen Raumnutzungsansprüchen etwa seitens der Land- und Forstwirtschaft, der Allgemeinheit zu Erholungszwecken oder der staatlichen Infrastrukturplanung ausgesetzt sind<sup>133</sup>. Zudem sollen hier gerade auch unterschiedliche ökologische Raumfunktionen erfüllt werden<sup>134</sup>. Der begrenzten Ressource der Außenbereichsflächen steht also ein Nutzungsinteresse gegenüber, das die faktische Knappheit der Ressource nochmals deutlicher werden lässt.

Zur Gewährleistung eines sparsamen und schonenden Umgangs mit der knappen Ressource der Außenbereichsflächen finden sich in der Rechtsordnung verschiedene Instrumente. Insbesondere das Bundes- und Landesnaturschutzrecht sind hier zu nennen. Soweit es allerdings um die bauliche Inanspruchnahme von Außenbereichsflächen geht, ist zu allererst das Recht der Bauleitplanung und das hierauf Bezug nehmende Bauordnungsrecht einschlägig. Hier, genauer gesagt in § 35 BauGB, findet sich auch der dogmatische Begriff des Außenbereichs.

Gemeint ist hier nicht der Außenbereich im Sinne freier Natur<sup>135</sup> außerhalb von Siedlungsgebieten. Der juristische Begriff des Außenbereichs bestimmt sich vielmehr allein in Abgrenzung zu den übrigen bauplanungsrechtlichen Gebietskategorien<sup>136</sup>. Diese sind entweder mit (qualifizierten) Bebauungsplänen überplant (sog. beplanter Innenbereich, § 30 Abs. 1, 2 BauGB) oder gehören dem sog. unbeplanten Innenbereich an (§ 34 BauGB), d. h. stellen im Zusammenhang bebaute Ortsteile dar, ohne dass diesen ein Bebauungsplan zugrunde liegt. Hieraus folgt, dass der planungsrechtliche Außenbereich im dogmatischen Sinne seinem Umfang nach kleiner ist als der Bereich außerhalb von Siedlungsgebieten und zwar um den Umfang, mit dem solche Flächen mittels eines Bebauungsplans überplant und so im rechtlichen Sinne dem Außenbereich entzogen und dem beplanten Innenbereich zugeschlagen wurden.

Dies lenkt den Blick auf die einfache, zugleich aber für den vorliegenden Zusammenhang zentrale Erkenntnis, dass bauliche Nutzungen im Außenbereich im naturalistischen Sinne auf zweierlei Weise planerisch zugelassen werden können. Zum einen kann dies unmittelbar über § 35 BauGB erfolgen, der einen gesetzgeberischen Planersatz<sup>137</sup> darstellt und die bauliche Nutzung im (rechtlichen) Außenbereich in bestimmten Grenzen unmittelbar zulässt. Zum anderen ist es

---

<sup>133</sup> Vgl. Rieger, in: Schrödter, Baugesetzbuch, 8. Aufl. 2015, § 35 Rn. 3.

<sup>134</sup> Vgl. den öffentlichen Belang des § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5: „Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege, des Bodenschutzes [...]“ sowie § 2 Abs. 2 Nr. 2 S. 5 und 6 ROG: „Der Freiraum ist [...] zu schützen; es ist ein großräumig übergreifendes, ökologisch wirksames Freiraumverbundsystem zu schaffen. Die weitere Zerschneidung der freien Landschaft und von Waldflächen ist dabei so weit wie möglich zu vermeiden; die Flächeninanspruchnahme im Freiraum ist zu vermeiden.“ Siehe außerdem § 1 BNatSchG, soweit er sich auf den „unbesiedelten Bereich“ bezieht.

<sup>135</sup> Schröter, Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Bauvorhaben im Außenbereich, 2013, S. 66.

<sup>136</sup> Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 13. Aufl. 2016, § 35 Rn. 2; Rieger, in: Schrödter, Baugesetzbuch, 8. Aufl. 2015, § 35 Rn. 5.

<sup>137</sup> Schröter, Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Bauvorhaben im Außenbereich, 2013, S. 93; Rieger, in: Schrödter, Baugesetzbuch, 8. Aufl. 2015, § 35 Rn. 7.

aber den Kommunen möglich, Flächen des bauplanungsrechtlichen Außenbereichs mit einem Bebauungsplan zu überplanen, der Art und Maß der baulichen Nutzung regelt. Auf diese Weise werden dem Außenbereichsregime des § 35 BauGB Flächen entzogen und dem Innenbereichsregime des § 30 Abs. 1, 2 BauGB unterworfen. Die Zulassung von Vorhaben findet dann auf den nun dem planerischen Innenbereich zugehörigen Flächen aufgrund von § 30 Abs. 1, 2 BauGB statt.

In Rahmen beider Vorgehensweisen ist aber – in unterschiedlichem Maße – der Knappheit (faktischer) Außenbereichsflächen Rechnung getragen. Im Rahmen von § 35 BauGB geschieht dies durch die Unterscheidung privilegierter und nicht privilegierter Vorhaben und die hieran anknüpfende unterschiedliche Zulassungsfähigkeit: Während nach § 35 Abs. 1 BauGB privilegierte Vorhaben zuzulassen sind, soweit diesen nicht im konkreten Fall ein öffentlicher Belang nach § 35 Abs. 3 BauGB entgegensteht, sind nicht privilegierte sonstige Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB bereits dann unzulässig, wenn ihre Umsetzung einen öffentlichen Belang nach Absatz 3 auch nur beeinträchtigt<sup>138</sup>.

Zweck dieser gesetzlichen Regelung ist die weitestmögliche Schonung des Außenbereichs<sup>139</sup>. Sie dient dem Umweltschutz und weiteren städtebaulichen und bodenrechtlichen Anliegen, wie sie in § 35 Abs. 3 BauGB in der Form vertypter, aber nicht abschließend genannter öffentlicher Belange wie dem Naturschutz und der Landschaftspflege ihren Niederschlag gefunden haben<sup>140</sup>. Durch die insgesamt restriktive Zulassung baulicher Vorhaben im planerischen Außenbereich soll dieser für außenbereichsadäquate Nutzungen – insbesondere solche der Land- und Forstwirtschaft – freigehalten und auch seine Funktion als Raum für Erholung und Entspannung der Allgemeinheit gesichert werden<sup>141</sup>. Normativ dienen die Regelungen zudem nicht zuletzt auch der Erfüllung des Staatsziels Umweltschutz gem. Art. 20a GG durch die sparsame Inanspruchnahme des knappen Gutes Boden<sup>142</sup>.

Während der gesetzgeberische Planersatz des § 35 BauGB also in erster Linie ein insgesamt restriktives Modell der Zulassung von Außenbereichsvorhaben vorsieht, so sichert dieser doch auch zugleich den Grundsatz der Planmäßigkeit baulicher Nutzungen<sup>143</sup> und damit die Kompetenz der Kommunen, mittels Bauleitplanung dem Außenbereichsregime Flächen zu entziehen um städtebauliche Entwicklungsvorstellungen zu realisieren. Zwar kann die Kommune in diesem Zuge auch Belange im Rahmen der Abwägung überwinden, deren Schutz § 35 BauGB bewirkt. Im Rahmen der Planaufstellung sind die kommunalen Planungsträger aber gleichwohl

---

<sup>138</sup> Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 13. Aufl. 2016, § 35 Rn. 6 sowie 63.

<sup>139</sup> B. Stüer, Hdb. Des Bau- und Fachplanungsrechts, 5. Aufl. 2015, Rn. 2832; Schröter, Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Bauvorhaben im Außenbereich, 2013, S. 147; Vgl. auch Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 127. EL 2017, § 35 Rn. 13.

<sup>140</sup> Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 127. EL 2017, § 35 Rn. 13.

<sup>141</sup> Rieger, in: Schrödter, Baugesetzbuch, 8. Aufl. 2015, § 35 Rn. 3.

<sup>142</sup> Schröter, Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Bauvorhaben im Außenbereich, 2013, S. 126.

<sup>143</sup> Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 127. EL 2017, § 35 Rn. 13.



gem. § 1a Abs. 2 S. 1 BauGB verpflichtet, das knappe Gut Grund und Boden zu schonen, indem eine Ausweisung bebaubarer Flächen nur sparsam erfolgt<sup>144</sup>.

Das eben skizzierte System gesetzlicher Regelungen hat zwar bislang nicht zum Erreichen des in der Nachhaltigkeitsstrategie des Bundes<sup>145</sup> niedergelegten Ziels der Verringerung des Flächenverbrauchs geführt<sup>146</sup>. Dennoch macht es deutlich, dass der faktischen Knappheit der Flächen in der Rechtsordnung auf unterschiedliche Weise Rechnung getragen wird. Theoretisch ist es zwar in einzelnen Regionen Deutschlands nicht ausgeschlossen, wenn auch für Deutschland insgesamt beim nach wie vor zunehmenden „Flächenfraß“ völlig unrealistisch, dass der Rückbau von bebauten Gebieten punktuell zu einem Anwachsen an Außenbereichsflächen führt und diese durch die Aufhebung eines Bebauungsplans dem Regime des § 35 BauGB wieder zugeordnet werden. An der Knappheit des Guts der Außenbereichsfläche – im tatsächlichen wie rechtlichen Sinne – ändert dies jedoch nichts.

### III. Wird der Außenbereich öffentlich-rechtlich bewirtschaftet?

Wie oben schon erwähnt, wird hier davon ausgegangen, dass eine öffentlich-rechtliche Bewirtschaftung des knappen Guts der Allgemeinheit für die Zulässigkeit des Instruments erforderlich ist. Demnach stellt sich die Frage, ob man bei der Zuordnung des Außenbereichs zu den Windenergieanlagen von einer solchen öffentlich-rechtlichen Bewirtschaftungsordnung sprechen kann.

Von der Wassernutzung kommend darf man dabei aber kein schematisches Verständnis anlegen. Das heißt, die traditionelle Bewirtschaftung des Wassers ist hier keine Blaupause, die nachgezeichnet werden müsste. Darauf hat das BVerwG in seiner Entscheidung zum Emissionshandel hingewiesen:

---

<sup>144</sup> Dem Zweck der sparsamen Neuinanspruchnahme von Flächen diene auch die Einführung verschiedener Vorschriften für eine stärkere Innenentwicklung, vgl. „Gesetz zur Stärkung der Innenentwicklung in den Städten und Gemeinden und weiteren Fortentwicklung des Städtebaurechts“ vom 11. Juni 2013, BGBl. I S. 1548.

<sup>145</sup> Inzwischen ist das ursprünglich bereits für das Jahr 2020 vorgesehene Ziel der Reduzierung der Neuinanspruchnahme von Flächen auf 30 ha pro Tag auf das Jahr 2030 verschoben worden, BReg, Deutsche Nachhaltigkeitsstrategie – Neuauflage 2016, 2017, S. 38.

<sup>146</sup> Dementsprechend gibt es Überlegungen – und im Bayerischen Landtag auch eine Gesetzesinitiative von Bündnis 90/Die Grünen – zur Einführung effektiverer Instrumente wie das einer Flächenverbrauchsobergrenze sowie einem hieran anknüpfenden Flächenzertifikatehandel, vgl. *Köck/Bovet/Tietz*, Mengensteuerung der baulichen Flächenneuanspruchnahme – Zur Notwendigkeit eines Flächenzertifikatehandelsgesetzes, ZUR 2018, 67 ff.; *Kment*, Flächenverbrauchsobergrenzen, Flächenhandelssysteme und kommunale Planungshoheit – eine bayerische Perspektive, NuR 2018, 217 ff.; zur Gesetzesinitiative in Bayern siehe Lt-Drs. 17/16760.

„Ebenso wenig greift der Einwand durch, der Gedanke des Vorteilsausgleichs könne mangels einer staatlichen Bewirtschaftungsordnung nicht zum Tragen kommen. Eine Bewirtschaftungsordnung dergestalt, dass individuelle Rechte zur Nutzung des betreffenden Umweltmediums durch ordnungsrechtliche Entscheidungen kontingentiert eingeräumt werden, ist nicht Voraussetzung für die Annahme eines abschöpfbaren Sondervorteils. Das Bundesverfassungsgericht hat zur Erhebung von Wasserentnahmeentgelten lediglich ausgeführt, dass sich deren Legitimation aus ihrem Charakter als Vorteilsabschöpfungsabgabe im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Nutzungsregelung ergibt [...]. Eine Nutzungsregelung kann aber unterschiedlich ausgestaltet werden. Neben der hoheitlichen Verleihung begrenzter Nutzungsrechte ist es ebenso denkbar, die Nutzungsmöglichkeit nicht individuell zu limitieren, sondern an eine Entgeltzahlung zu koppeln.“<sup>147</sup>

Das BVerwG hält also mehrere Ausgestaltungsvarianten einer Nutzungsregelung für möglich. Eine Engführung auf eine ordnungsrechtliche Individualzuteilung wie beim Wasser ist jedenfalls nicht angezeigt. Daher ist es aufschlussreich, einmal im Einzelnen zu betrachten, wie der Außenbereich der Windenergienutzung zugeordnet wird.

### 1. Gestuftes System der Planung und Vorhabenzulassung

Die Zuordnung von Flächen in Deutschland findet allgemein in einem Zusammenspiel aus planerischen Vorgaben und ordnungsrechtlicher sowie fachplanerischer Vorhabenzulassung statt. Planerische Vorgaben erfolgen in einem System gestufter Planung, beginnend mit einer schwach ausgeprägten Bundesraumordnung, der sich anschließenden zweistufigen Raumordnung in den Ländern, dem vorbereitenden kommunalen Flächennutzungsplan und schließlich dem auf Umsetzung gerichteten Bebauungsplan<sup>148</sup>.

Die idealtypische Ausgestaltung dieses Systems gestufter, d.h. sich schrittweise konkretisierender Planung hat – gerade hinsichtlich der Nutzung der Windenergie – in den letzten Jahren erhebliche Veränderungen erfahren. Wegen der nur eingeschränkten Steuerungsleistung des Außenbereichsregimes des § 35 BauGB auf kommunaler Ebene und dem definitionsgemäßen Fehlen von detaillierten Bebauungsplänen für den Außenbereich haben raumordnerische Planungen sowie Flächennutzungspläne über den Planvorbehalt des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB eine kompensatorische Funktion wahrgenommen<sup>149</sup>. Die Steuerung der Windenergie findet heute – allerdings je nach Bundesland in unterschiedlicher Weise – in beträchtlichem Umfang durch Raumordnung und Flächennutzungsplanung statt. Über Öffnungsklauseln können diese Planungen zudem ein gutes Stück weit die Ausübung des Zulassungsregimes des § 35 BauGB dirigie-

---

<sup>147</sup> BVerwG, Urt. v. 10.10.2012, Az. 7 C 9.10, Rn. 23.

<sup>148</sup> Zum Idealtypus der kaskadenförmigen Planung *Bruns/Futterlieb/Wenzel/Ohlhorst/Wegner/Grüner/Sailer*, Instrumente für eine verbesserte räumliche Steuerung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien, 2016, S. 36 f.

<sup>149</sup> *Münkler*, Ansiedlungssteuerung im Außenbereich, *VerwArch* 2015, 475 (477 f.).

ren. Dabei ist, wie bereits angedeutet, der Knappheit des Bodens, d.h. der Fläche<sup>150</sup>, unabhängig von der konkreten Regelungsebene stets Rechnung zu tragen<sup>151</sup>.

## 2. Varianten planungsrechtlicher Zulassung von Windenergievorhaben

### a) Konzentrationszonenplanungen als der Zulassung vorausgehende Flächenkontingentierung

Soweit der Zulassung Konzentrationsplanungen auf der Ebene von Flächennutzungsplan- oder Regionalplan mit ihrer gleichzeitigen Ausschlusswirkung i. S. v. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB für die Windenergienutzung auf anderen Flächen vorgeschaltet sind, kommt dies einer staatlichen Flächenkontingentierung<sup>152</sup> gleich: Aus der großen Zahl der überhaupt für Windenergienutzungen rechtlich und faktisch geeigneten Flächen werden diejenigen planerisch ausgewählt, die der Windenergienutzung auch rechtlich zur Verfügung gestellt und für diese gesichert werden sollen. Bei diesem Prozess kommt dem jeweiligen Planungsträger ein planerischer Abwägungsspielraum zu. Ein Anspruch darauf, dass gerade seine Fläche in die Konzentrationszone einbezogen wird, kommt dem Einzelnen nicht zu. Die Planung schafft hier zwar nicht erst das Baurecht<sup>153</sup>, sie begrenzt es aber für den Regelfall auf bestimmte Flächen.

### b) Zulassung ohne vorangehenden Planungsakt

Dass Konzentrationsplanungen das Baurecht für Windenergieanlagen nicht erst schaffen, sondern vielmehr räumlich begrenzen, folgt daraus, dass die Regelungen des § 35 BauGB auch ohne vorangehende windspezifische Planungen ausreichen, um eine Windenergieanlage an einem konkreten Standort im Außenbereich planungsrechtlich zuzulassen. Stehen der Zulassung keine öffentlichen Belange i. S. v. § 35 Abs. 3 S. 1 BauGB entgegen und liegen auch alle weiteren Anforderungen vor, so ist die immissionsschutzrechtliche Zulassung und damit die Genehmigung zu Errichtung und Betrieb dem Vorhabenträger der Windenergieanlage zu erteilen. Ein Ermessen kommt der Genehmigungsbehörde hier nicht zu<sup>154</sup>. Bei der durch die Genehmigungsbehörde vorzunehmenden Abwägungsentscheidung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 3 BauGB handelt es sich lediglich um eine sog. nachvollziehende Abwägung, bei der allein die gesetzgeberischen

---

<sup>150</sup> Der gestiegenen Bedeutung des Guts der Fläche ist zuletzt auch durch dessen explizite Nennung im UVPG Rechnung getragen worden. Eine inhaltliche Änderung ist damit freilich nicht verbunden, war das Gut auch bislang schon über das Schutzgut Boden erfasst.

<sup>151</sup> Für die Raumordnung siehe § 2 Abs. 2 Nr. 2 S. 6 Hs. 2: „[...] die Flächeninanspruchnahme im Freiraum ist zu begrenzen“; für die Bauleitplanung siehe noch einmal § 1a Abs. 2 S. 1: „Mit Grund und Boden soll sparsam und schonend umgegangen werden; [...]“.

<sup>152</sup> BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15/01 = BVerwGE 117, 287-304.

<sup>153</sup> So aber Köck, Zur Parallelität von Wassernutzungsrechten und Windnutzungsrechten, ZUR 2017, 684 (688).

<sup>154</sup> Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 13. Aufl. 2016, § 35 Rn. 5.

Wertungen nachzuvollziehen sind<sup>155</sup>. Der Antragsteller hat bei Vorliegen aller Voraussetzungen einen Rechtsanspruch auf Erteilung der Genehmigung.

Aus dem Bestehen eines Zulassungsanspruches bei dieser Zulassungsvariante folgt dennoch nicht, dass nicht auch insoweit von einer Bewirtschaftung auszugehen ist. Sieht man als notwendiges Element einer Bewirtschaftung die Ausübung eines Entscheidungsspielraums an<sup>156</sup>, so kann von Bewirtschaftung auch hier fraglos gesprochen werden. Die Bewirtschaftungsentscheidung wurde lediglich bereits abschließend durch den Gesetzgeber vorgenommen, der mit der Ausgestaltung von § 35 BauGB seinen gesetzgeberischen Regelungsspielraum ausgeübt hat. Speziell mit Blick auf die Nutzung der Windenergie hatte sich der Gesetzgeber zu einer expliziten Bewirtschaftungsentscheidung gezwungen gesehen, nachdem das Bundesverwaltungsgericht in einer Entscheidung im Jahr 1994 die Zuordnung von Windenergieanlagen unter die schon damals vorhandenen Privilegierungstatbestände abgelehnt hatte<sup>157</sup>.

Zur Schaffung der Privilegierung von Windenergieanlagen in § 35 Abs. 1 BauGB war der Gesetzgeber auch dann nicht gezwungen, insbesondere nicht durch Art. 14 GG. Ausweislich der Gesetzesmaterialien handelte der Gesetzgeber vielmehr zur Realisierung seiner Klimaschutz-, energie-, und umweltpolitischen Vorstellungen<sup>158</sup>. Damit aber wurde das Ziel der möglichst weitgehenden Schonung des Außenbereichs nicht aufgegeben<sup>159</sup>, die Zulässigkeit von Windenergieanlagen vielmehr unter den Vorbehalt entgegenstehender öffentlicher Belange gestellt und die Entscheidung über einen konkreten Standort der Zulassungsebene überantwortet<sup>160</sup>.

### c) Zulassung auf der Grundlage eines Bebauungsplans

Bleibt schließlich eine dritte, das Regime des § 35 BauGB verdrängende Konstellation. Hier wird das Baurecht für die Errichtung von Windenergieanlagen mittels eines kommunalen Bebauungsplans geregelt. Dem kann eine Konzentrationszonenplanung oder eine anderweitige windenergiespezifische Planung vorausgegangen sein. Zwingend ist dies jedoch nicht. Bei Aufstellung des Planes kommt dem Planungsträger ein Abwägungsspielraum zu, der umso größer ist, je geringer die Bindungswirkungen vorgelagerter Ebenen ausfallen. Die überplanten Flächen werden so dem planungsrechtlichen Außenbereich entzogen und dem Zulassungsregime des § 30 Abs. 1, 2 BauGB unterstellt.

Auch hierbei handelt es sich um eine Bewirtschaftung von Flächen. Zwar ist mit bauplanerischen Festsetzungen keine Ausschlusswirkung für den übrigen Außenbereich verbunden. Es wird also keine Entscheidung zu Lasten anderer Standorte getroffen. Für die überplante Fläche

---

<sup>155</sup> Rieger, in: Schrödter, Baugesetzbuch, 8. Aufl. 2015, § 35 Rn. 8; vgl. auch Mitschang/Reidt, in: Batis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 13. Aufl. 2016, § 35 Rn. 6.

<sup>156</sup> So wohl Köck, Zur Parallelität von Wassernutzungsrechten und Windnutzungsrechten, ZUR 2017, 684 (688).

<sup>157</sup> BVerwG, Urt. v. 16.6.1994 – 4 C 20/93 = BVerwGE 96, 95-109.

<sup>158</sup> BT-Drs. 13/4978, S. 2.

<sup>159</sup> BT-Drs. 13/4978, S. 7; BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15/01, juris Rn. 52 = BVerwGE 117, 287-304.

<sup>160</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau, BT-Drs. 13/4978, S. 6: „Welchen Belangen der Vorrang gebührt, kann nicht pauschal und auf Bundesebene, sondern nur im Einzelfall und vor Ort abgewogen und entschieden werden.“

aber wird für Rechtsklarheit gesorgt, da das bei der Zulassung über § 35 BauGB erforderliche Einvernehmen der Gemeinde gem. § 36 BauGB hier nicht nötig ist, sondern bereits im Planungsakt Ausdruck findet. Zudem wird im Einzelfall auch das Baurecht erst geschaffen oder es findet eine Konkretisierung der planungsrechtlichen Zulässigkeit mittels Festsetzung etwa eines Baufensters sowie Art und Maß der baulichen Nutzung statt. Die Zulässigkeit von Windenergieanlagen an den festgesetzten Standorten ist nicht länger von der Entscheidung nach § 35 BauGB – die auch zu Lasten der Windenergie ausgehen kann – abhängig, sondern nur noch davon, dass das Windenergievorhaben den Festsetzungen des Bebauungsplans nicht widerspricht und seine Erschließung gesichert ist, § 30 Abs. 1 BauGB.

### **3. Zwischenergebnis: Das System der gestuften Planung und Zulassung als Bewirtschaftungsordnung**

Insgesamt lässt sich somit eine umfassende planerische Bewirtschaftung von Flächen außerhalb geschlossener Siedlungsgebiete feststellen. Diese wird nicht allein durch eine einzige staatliche Stelle vollzogen, sondern ist verschiedenen Trägern der Raumordnung und der kommunalen Bauleitplanung zugewiesen bzw. schon unmittelbar durch den Gesetzgeber ausgeführt worden. Dabei ist das System so ausgestaltet, dass es sich bei den planerischen Ausweisungen durch die verschiedenen Planungsträger in der Regel allein um optionale, nicht aber notwendige Vorgänge handelt, um Windenergieanlagen planerisch zuzulassen. Im Normalfall kann dies allein über das Regelungsregime des § 35 Abs. 1, 3 BauGB erfolgen. Auch diese Regelung legt aber ein Bewirtschaftungsregime fest, das der Gesetzgeber in Ausübung seiner Gestaltungsbefugnis geschaffen hat. Dass den ausführenden Behörden insoweit kein Ermessensspielraum zukommt, hindert diese Annahme nicht.

Auf jeder der einschlägigen Regelungsebenen hat das Gebot der Sparsamkeit des Umgangs mit dem knappen Gut des Bodens auf unterschiedliche Weise Berücksichtigung gefunden und ist, neben verschiedenen anderen Zielen, ein maßgeblicher Zweck des Bewirtschaftungssystems. Dass dieses bislang nicht dazu geführt hat, das angestrebte Ziel der Flächeneinsparung zu erreichen, steht dem nicht entgegen<sup>161</sup>.

## **IV. Haben die Träger von Windenergievorhaben einen Sondervorteil aus der Nutzung des Außenbereichs?**

Schließlich stellt sich die Frage, ob insbesondere die Betreiber von Windenergieanlagen durch die planungsrechtlich auf unterschiedliche Weise ermöglichte Nutzung des Außenbereichs einen Vorteil haben, der der Allgemeinheit so nicht zur Verfügung steht. Kennzeichnend hierfür ist das Vorliegen einer die Vorhabenträger begünstigenden individuell zurechenbaren öffentlichen Leistung. Dabei reicht es für die Annahme eines Sondervorteils aus, dass der Gegenleis-

---

<sup>161</sup> Zu den deshalb erwogenen Maßnahmen zur Reduktion der Flächenneuanspruchnahme siehe oben, Fn. 146.

tungsbezug der hieran anknüpfenden Abgabe einen bestimmten Grad übersteigt, der ihre Einordnung als Gebühr rechtfertigt und das Vorhandensein einer gegenleistungsunabhängigen Steuer ausschließt.<sup>162</sup>

Es ist zu zeigen, dass das Bestehen eines solchen Sondervorteils nicht nur für Fälle der Flächensicherung mittels Konzentrationszonenplanungen, sondern vielmehr auch unabhängig hiervon in Fällen der alleinigen Geltung des Regelungsregimes des § 35 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 3 BauGB oder der Geltung des § 30 Abs. 1 BauGB aufgrund vorgehender Bebauungsplanung begründbar ist.

## 1. Sondervorteil innerhalb von Konzentrationszonen

Ein planungsbedingter Sondervorteil liegt zunächst dann vor, wenn durch eine Konzentrationszonenplanung bestimmte Grundstücke ausgewählt werden, auf denen Windenergieanlagen grundsätzlich errichtet werden können<sup>163</sup>.

Der Sondervorteil besteht hier zwar nicht darin, dass die Nutzungsmöglichkeiten durch die Konzentrationsplanung erweitert werden<sup>164</sup>. Auch in Konzentrationszonen richtet sich die Zulässigkeit der Vorhaben weiterhin nach § 35 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 3 BauGB und steht damit unter dem Vorbehalt entgegenstehender öffentlicher Belange. Zwar muss bei der Ausweisung der Konzentrationszone geprüft werden, dass sich die Windenergie auf den Flächen in substantieller Weise und nicht lediglich im Einzelfall durchsetzen können wird. Dass auf einzelnen Flächen der Realisierung eines Vorhabens aber gleichwohl öffentliche Belange entgegenstehen können, ist damit noch nicht ausgeschlossen.

Der durch die Konzentrationszonenplanung vermittelte Sondervorteil besteht deshalb vielmehr darin, dass nur die Flächen innerhalb der Konzentrationszone nicht von der Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB getroffen werden und nur hier die Privilegierung der Windenergienutzung zu voller Wirkung gelangt. Dieser Vorteil besteht im Vergleich zu Flächeneigentümern außerhalb solcher Gebiete, die regelmäßig nicht mehr als zwei Prozent eines Planungsgebietes umfassen. Die ganz überwiegende Mehrheit – die Allgemeinheit – kommt damit nicht in den Genuss dieser Vorteile. Während sich der Sondervorteil aber zunächst allein als abstrakte Wertsteigerung bei den Flächeneigentümern einstellt, materialisiert er sich doch letztlich nur dort, wo aufgrund eines Flächennutzungsvertrags mit einem Vorhabenträger eine Pachtzahlung vereinbart oder die Fläche durch den Eigentümer selbst zur Windenergieerzeugung genutzt wird. Ein Teil des sich so monetarisierenden Sondervorteils verbleibt dann beim Flächeneigentümer selbst, im Übrigen aber kann er bei den Vorhabenträgern abgeschöpft werden.

---

<sup>162</sup> Vgl. *Sacksofsky*, Umweltschutz durch nicht-steuerliche Abgaben, 2000, S. 206.

<sup>163</sup> *Köck*, Zur Parallelität von Wassernutzungsrechten und Windnutzungsrechten, ZUR 2017, 684 (688).

<sup>164</sup> So aber *Köck*, Zur Parallelität von Wassernutzungsrechten und Windnutzungsrechten, ZUR 2017, 684 (688).

## 2. Sondervorteil trotz Fehlens windenergiespezifischer Planungen

Auch wenn keine Konzentrationsplanung stattgefunden hat, lässt sich ein Sondervorteil von Vorhabenträgern sowie in geringerem Umfang von Flächeneigentümern begründen.

Im baulichen Außenbereich besteht dieser schon aufgrund der privilegierten Zulässigkeit von Windenergieanlagen nach § 35 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 3 BauGB. Bis auf das Fehlen einer staatlichen Voruntersuchung der Flächen auf Planungsebene besteht hinsichtlich der planungsrechtlichen Zulässigkeit von Windenergievorhaben kein Unterschied zu Vorhaben innerhalb einer Konzentrationszone – auch hier kann allein das Entgegenstehen öffentlicher Belange nach § 35 Abs. 3 BauGB ihre Zulässigkeit hindern.

Der Sondervorteil besteht zunächst im Vergleich zu anderen baulichen Nutzungen, denen keine Privilegierung nach § 35 Abs. 1 BauGB im Außenbereich zukommt, da deren Umsetzung hier in aller Regel unzulässig ist. Auch im Vergleich zu den übrigen privilegierten Nutzungen kann aber ein Sondervorteil festgestellt werden: Die staatliche Begünstigung besteht hier in erster Linie darin, dass mit Windenergieanlagen ein Massenphänomen dem Außenbereich zugewiesen wurde<sup>165</sup>. Die tatsächliche Inanspruchnahme des Außenbereichs durch Windenergieanlagen dürfte nicht nur rein flächenmäßig über die der meisten anderen privilegierten Vorhaben hinausgehen. Vielmehr werden auch die von ihnen als regelmäßig raumbedeutsamen Vorhaben<sup>166</sup> ausgehenden Wirkungen und damit auch das Zurückdrängen des öffentlichen Interesses an der Freihaltung des Außenbereichs in sehr viel weiter gehendem Ausmaß hingenommen, als dies bei anderen privilegierten Vorhaben nötig ist.

Nichts anderes ergibt sich auch, wenn man die übrigen Formen erneuerbarer Energien in den Blick nimmt, die ebenfalls in § 35 Abs. 1 BauGB eine Privilegierung erfahren haben. Sowohl die Nutzung von solarer Strahlungsenergie (Nr. 8) als auch von Biomasse (Nr. 6) wird schon nicht allgemein privilegiert, sondern vielmehr allein unter einengenden Voraussetzungen und jeweils gekoppelt an andere bauliche Vorhaben. Photovoltaik-Freiflächenanlagen, die ebenfalls eine enorme Flächenwirksamkeit besitzen können, sind demgegenüber überhaupt nicht im Rahmen von § 35 BauGB privilegiert. Gegenüber der ebenfalls allgemein privilegierten Nutzung der Wasserkraft (Nr. 5 Alt. 2) besteht schon in der zahlenmäßigen Relevanz ein bedeutender Unterschied, zumal die eigentliche Beschränkung der Nutzung der Wasserenergie in den wasserrechtlichen Anforderungen, insbesondere dem wasserrechtlichen Verschlechterungsverbot liegt.

## 3. Sondervorteil bei Vorliegen eines Bebauungsplans

Ein Sondervorteil lässt sich schließlich auch für Flächeneigentümer und Vorhabenträger feststellen, deren Vorhaben auf der Grundlage eines Bebauungsplans und damit auf Flächen realisiert werden, die dem planerischen Außenbereich entzogen worden sind.

---

<sup>165</sup> BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15/01, juris Rn. 27.

<sup>166</sup> Vgl. *Hinsch*, in: Schulz, Handbuch Windenergie, 2015, Kap. 3, Rn. 33.

Auch hier resultiert der Sondervorteil letztlich aus § 35 BauGB, nur dass sich dieser hier nicht durch eine planungsrechtliche Zulassung auf dieser Grundlage realisiert. Ohne Bedeutung ist die Norm rechtspraktisch nämlich auch für solche Fälle nicht. Die grundsätzliche Zulässigkeit von Windenergieanlagen im Außenbereich nach § 35 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 3 BauGB bedeutet nämlich, dass es eines Bebauungsplans regelmäßig nicht zum Zwecke der planungsrechtlichen Zulassung von Windenergieanlagen bedarf. Das Bebauungsplanverfahren hat in solchen Fällen vielmehr überwiegend die Zwecke, einen Einfluss der Kommune auf die Realisierung des Vorhabens zu sichern, städtebauliche Verträge im Rahmen des Verfahrens abzuschließen oder lediglich Modalitäten räumlicher Steuerung von untergeordneter Bedeutung festzusetzen. Wenn auch das Regime des § 30 Abs. 1 BauGB i.V.m. dem jeweiligen Bebauungsplan § 35 BauGB verdrängt, so wirkt diese Norm hier doch insoweit fort, als in der Regel lediglich eine Fläche überplant wird, auf der das Windenergievorhaben auch bereits auf Grundlage von § 35 BauGB hätte zugelassen werden können.

Am Fortwirken des Sondervorteils nach § 35 BauGB ändert sich auch dadurch nichts, dass selbstverständlich auch andere bauliche Vorhaben auf der Grundlage eines Bebauungsplans im Außenbereich zugelassen werden können, ohne dass diese dort privilegiert zulässig wären. Den Kommunen kommt hier eine ungleich größere Entscheidungsgewalt zu. Ihre Entscheidung ist hier konstitutiv und nicht – wie in den meisten Fällen bei der Zulassung der Windenergie – allein deklaratorisch. Wie gewichtig die Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB für Windenergieanlagen im Hintergrund ist, sieht man derzeit in Bayern, wo der Privilegierung mit der dortigen 10 H-Regelung ihre Wirkung genommen wurde. Hier ist der Bebauungsplan deshalb konstitutiv für die Zulässigkeit von Windenergieanlagen innerhalb des Abstands von 10 H. Seit ihrem Erlass im Jahr 2014 haben jedoch lediglich eine Handvoll Kommunen einen Bebauungsplan für Windenergieanlagen aufgestellt<sup>167</sup>. Die im übrigen Bundesgebiet nur eingeschränkt gegebene Rechtswirkung der Bebauungsplanung für die Zulassung von Windenergieanlagen ließe es zweifelhaft erscheinen, wollte man allein aufgrund des Vorliegens eines Bebauungsplans solche Vorhaben vom Anwendungsbereich der hier vorgeschlagenen Abgabe ausnehmen.

Das BVerfG hat jüngst zudem mit Blick auf die verschiedenen Regime zur anlagenbezogenen Regulierung des Kohlendioxidausstoßes festgestellt, dass die Annahme eines Sondervorteils zugunsten einer bestimmten Tätigkeit innerhalb eines Bewirtschaftungssystems nicht dadurch in Frage gestellt wird, dass im Rahmen eines anderen Regimes andere Tätigkeiten von einer Bewirtschaftung ausgenommen sind<sup>168</sup>. Ohnehin könnte eine vergleichbare Ausnahme vorliegend allein für fachplanerisch zuzulassende Vorhaben von überörtlicher Bedeutung sowie nach dem BImSchG zuzulassende öffentlich zugängliche Abfallbeseitigungsanlagen i.S.v. § 38 BauGB erwogen werden, auf welche die §§ 29 ff. gem. § 38 S. 1 BauGB keine Anwendung finden. Auch im Rahmen der Fachplanung ist aber dem Ziel der Reduktion des Flächenverbrauchs Rechnung zu tragen und weitergehend sogar noch der Bedarf für das Vorhaben allgemein zu begründen.

---

<sup>167</sup> Vgl. die Stellungnahme des BWE, Landesverband Bayern, veröffentlicht als Anlage 2 zum Protokoll der Anhörung 74. WI vom 16.11.2017, S. 27.

<sup>168</sup> BVerfG, Beschl. v. 15.3.2018, 1 BvR 2864/13, Rn. 32.



Eine für den vorliegenden Zusammenhang interessierende Begünstigung solcher Vorhaben außerhalb der §§ 29 ff. BauGB liegt deshalb ohnehin nicht vor.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass in allen drei Varianten eine kausale Verknüpfung von der staatlichen Begünstigung insbesondere von Vorhabenträgern<sup>169</sup> einerseits und der Abgabe als Gegenleistung andererseits besteht. Die Abgabe würde den staatlich induzierten Vorteil beim Vorhabenträger abschöpfen, nicht aber eine gegenleistungsunabhängige Belastung darstellen.

#### 4. Sondervorteil trotz Grundrechtsbetroffenheit

Ein möglicher Einwand in Bezug auf den Sondervorteil bleibt allerdings noch zu klären: Nämlich die Frage, ob eine Außenbereichsabgabe deshalb ausscheiden müsste, weil es einen grundrechtlichen Anspruch darauf gäbe, im Außenbereich Windenergieanlagen errichten zu dürfen.

Zumindest das OVG NRW hat nämlich in einem Urteil (wiederum) zur Gewässerbenutzung betont, dass es keinen Rechtsanspruch auf die Erteilung einer wasserrechtlichen Erlaubnis oder Bewilligung gibt

„[...] weil die Gewässerbenutzung nicht – wie etwa die Bautätigkeit – Ausfluss der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG [...], anderer Rechte oder der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG ist, denen gegenüber die öffentlich-rechtliche Zulassung lediglich eine der generellen Kontrolle prinzipiell erlaubter Tätigkeiten dienende Schranke darstellt (sog. präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt). Die Erteilung einer [wasserrechtlichen] Bewilligung oder Erlaubnis verleiht dem Inhaber vielmehr konstitutiv das Recht bzw. die Befugnis zur Gewässerbenutzung, welche(s) er zuvor – anders als im Verhältnis der Baugenehmigung zur prinzipiellen Baufreiheit – schlicht nicht besaß (sog. repressives Verbot mit rechts- oder befugnisverleihendem Befreiungsvorbehalt).“<sup>170</sup>

Zur Rechtfertigung der Vorteilsabschöpfung im Wasserrecht unterstreicht das Gericht hier also, dass der Staat die Wassernutzung erst einräumen muss und der Nutzer sonst gerade keinen (grundrechtlichen) Anspruch darauf hätte. Als Gegenbeispiel zieht das Gericht die sog. Baufreiheit heran; hier gebe es einen Anspruch, bauen zu dürfen, der in der Baugenehmigung nur konkretisiert würde.

Heißt das nun, dass ein Vorteil dort nicht abgeschöpft werden kann, wo schon ein Anspruch auf die Nutzung besteht? Wohl kaum. Zum einen sind die Ausführungen des Gerichts zur Baufreiheit offensichtlich nur illustrativer Natur. Eine konstitutive Anreicherung der vom BVerfG entwickelten Zulässigkeitskriterien ist mit dem vom Gericht gewählten Gegenbeispiel sicher nicht beabsichtigt. Zum anderen darf man sich dadurch nicht vom eigentlichen Fokus ablenken las-

---

<sup>169</sup> Zur Abschöpfung des anteiligen Sondervorteils auch bei den Flächeneigentümern siehe unten C. V. 1.

<sup>170</sup> OVG NRW, Urt. v. 09.09.2016, 9 A 938/14, Rn. 51, abrufbar unter: [http://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg\\_nrw/j2016/9\\_A\\_938\\_14\\_Urteil\\_20160909.html](http://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg_nrw/j2016/9_A_938_14_Urteil_20160909.html).

sen: Es geht darum, einen Sondervorteil abzuschöpfen, den eine bestimmte Nutzergruppe innehat, die Allgemeinheit dagegen nicht. Selbst wenn ein grundrechtlicher Anspruch besteht, bauen zu dürfen, gibt es Fälle, in denen die freie Bautätigkeit als Inhalts- und Schrankenbestimmung der Eigentumsgarantie<sup>171</sup> (wieder) eingeschränkt ist. Erlaubt man nun einigen Adressaten ausnahmsweise trotzdem dort bauen zu dürfen, so haben sie einen Sondervorteil, der auch abgeschöpft werden kann.

Konkret heißt das hier, dass diejenigen einen Sondervorteil haben, die im Außenbereich bauen dürfen, obwohl das dort eigentlich unzulässig ist. Dieser Sondervorteil besteht unabhängig davon, im Rahmen welcher der oben aufgezeigten Konstellationen die Zulässigkeit von Windenergievorhaben herbeigeführt wird. Der Einzelne hat keinen Einfluss darauf, ob dies durch eine staatliche Planung herbeigeführt wird oder ob die Zulässigkeit unmittelbar aus dem Gesetz folgt. An der aus Sicht des Bauwilligen willkürlichen Unterscheidung das Bestehen oder Nichtbestehen eines Sondervorteils festzumachen, überzeugt nicht.

Die Diskussion um die Frage, ob die Baufreiheit auch für den Außenbereich einen grundrechtlichen Ausfluss darstellt, dessen Beschränkung der Rechtfertigungspflicht unterliegt<sup>172</sup>, muss hier auch deshalb nicht vertieft werden. Die Privilegierung der Windenergienutzung im Außenbereich war unstreitig nicht verfassungsrechtlich gefordert. Die gleichwohl erfolgte einfachgesetzliche Öffnung des Außenbereichs im BauGB oder seine planerische Überformung zugunsten von Windvorhabenträgern sind bereits der Sondervorteil, der abgeschöpft werden kann.

## V. Höhe und Ausgestaltung der Außenbereichsabgabe

Nach Klärung der Zulässigkeitsvoraussetzungen stellt sich natürlich die Frage, wie sich die Höhe der hier vorgeschlagenen Außenbereichsabgabe bemessen würde und wie diese administriert werden könnte.

---

<sup>171</sup> Siehe nur *Köck/Bovet/Tietz*, Mengensteuerung der baulichen Flächenneuinanspruchnahme – Zur Notwendigkeit eines Flächenzertifikatehandelsgesetzes, ZUR 2018, 67, 74 mit Hinweis auf BVerfGE 100, 226 (241) und *Lege*, Eigentumsdogmatik und Umweltrecht, in: *Hendler/Marburger/Reinhardt* (Hg.), Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts, 2005, S. 7, 38: „Für die Fälle der baulichen Grundeigentumsnutzung ist von einem besonderen sozialen Bezug des Grundeigentums auszugehen, weil der Boden unvermehrbar und unentbehrlich für die soziale Nutzung ist. Die Knappheit von Grund und Boden rechtfertigt insbesondere in dicht besiedelten Gesellschaften eine Bewirtschaftung der Bodennutzung zur Abstimmung und Koordinierung unterschiedlicher Nutzungs- und Schutzansprüche. Eine ‚Baufreiheit‘ in dem Sinn, dass zum Inhalt des Grundeigentums von Verfassungen wegen die Bebaubarkeit gehöre [...] gibt es somit nicht.“

<sup>172</sup> So *Papier*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 14, Stand: 57 Lfg. 2010, Rn. 57, 64 f.; *Deppenheuer*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 14 Rn. 117; a.A. *Wieland*, in: *Dreier*, Grundgesetz, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 14 Rn. 50; aus der aktuellen Diskussion auch *Köck*, Zur Parallelität von Wassernutzungsrechten und Windnutzungsrechten, ZUR 2017, 684 (688) sowie *Hermes*, Der Wind, seine Nutzung und das Eigentum, ZUR 2017, 677 (678, insbesondere Fn. 9).

## 1. Bemessungsmaßstab

Schon in seiner Wasserpfeffig-Entscheidung hat das BVerfG klargestellt, dass man von einer Vorteilsabschöpfung überhaupt nur sprechen kann, wenn die Höhe der Gebühr „den Wert der öffentlichen Leistung nicht übersteigt“<sup>173</sup>.

Zur Frage, wie hoch die Vorteilsabschöpfung ausfallen darf, ist eine jüngere Kammerentscheidung des BVerfG aufschlussreich, denn der Gesetzgeber habe hier einen weiten Spielraum: Die Bemessung der Gebühr dürfe nicht „in einem groben Missverhältnis zu dem verfolgten Gebührenzweck“ stehen; ein solches Missverhältnis sei nicht anzunehmen, wenn der Gesetzgeber „ein gemessen am jeweiligen Nutzungsvorteil in sich schlüssiges, jedenfalls vertretbares System der Gebührenbemessung“ vorsieht<sup>174</sup>.

Vor diesem Hintergrund fragt sich, wie ein solches schlüssiges Konzept hier aussehen könnte. Wenn der Zweck der Gebühr ist, den Sondervorteil der Windenergienutzung aus der sonst unzulässigen Inanspruchnahme des Außenbereichs abzuschöpfen, spricht zunächst viel dafür, auch tatsächlich die raumgreifende Wirkung der Anlagen als Anknüpfungspunkt zu nehmen, wegen der sie auf einen Standort gerade im Außenbereich angewiesen sind.

Demnach könnte etwa die Anzahl der Anlagen als eine gestaffelte Bemessungsgrundlage in Betracht kommen. In diese Richtung geht etwa eine Windkraftabgabe der spanischen Region Kastilien-La Mancha, die neulich der EuGH zu überprüfen hatte. Dort sind für Windparks mit 3 bis 7 Generatoren pro Quartal 489 EUR je Generator zu zahlen und bei Parks mit mehr als 15 Anlagen bis zu 1.275 EUR<sup>175</sup>. Die Euro-Beträge werden hier rein illustrativ wiedergegeben und sind ausdrücklich keine Festlegung der Autoren.

Da die raumgreifende Wirkung der Anlagen nicht allein von ihrer Anzahl, sondern auch ihrer Höhe bestimmt wird, bietet es sich an, auch diese ebenfalls als Parameter einzubeziehen. Auch hier ist eine Staffelung naheliegend. Ein Abstellen auf die Gesamthöhe statt nur auf die Nabenhöhe würde auch die Länge der Rotoren berücksichtigen, ohne dafür eine eigene Kategorie schaffen zu müssen, etwa zur überstrichenen Fläche.

Da sich der Vorteil, der abgeschöpft werden soll, aber nicht unmittelbar nach der bloßen Anzahl und Höhe der Anlagen bemisst, sondern nach ihrem Ertrag, spricht viel dafür, diesen ebenfalls in die Bemessungsgrundlage einzubeziehen. Gerade weil das BVerfG angemahnt hat, es dürfe nicht mehr abgeschöpft werden als der eigentliche Sondervorteil, ist – jedenfalls als Korrektiv – auch ein Abstellen auf den Ertrag angezeigt. Stellt man hier dann nicht auf die reine Menge der erzeugten bzw. eingespeisten kWh ab, sondern auf den anzulegenden Wert der tatsächlich ausgekehrten EEG-Förderung, ermöglicht dies automatisch auch eine Einbeziehung der

---

<sup>173</sup> BVerfGE 93, 319 (347).

<sup>174</sup> BVerfG, Beschl. v. 20.01.2010, 1 BvR 1801/07 und 1 BvR 1878/07, S. 5 und 7 des Umdrucks.

<sup>175</sup> Siehe dazu *Kahl*, EuGH hält spanische Windkraftabgabe für mit Europarecht vereinbar, Anm. zu EuGH, Urt. v. 20.09.2017, C 215/16, C-216/16, C 220/16 und C 221/16, EnWZ 2018, Heft 1/2, S. VI f.

Standortgüte, wie sie das EEG mit den Korrekturfaktoren für die einzelnen Standortqualitäten<sup>176</sup> festgelegt hat.

Da der Vorteil aus den EEG-Einnahmen aber nicht allein beim Anlagenbetreiber eintritt, sondern mittelbar auch bei den Eigentümern der Fläche, die entsprechende Pachteinnahmen verbuchen können, liegt es nicht fern, zusätzlich zum Ertrag der Anlage auch die Höhe des Pachtzinses in die Bestimmung der Abgabenhöhe einzubeziehen. Damit würde die örtliche Gemeinschaft auch an dem Vorteil teilhaben, den die Flächeneigentümer aus der Nutzung der Windenergie ziehen<sup>177</sup>.

In einer Kombination der genannten Parameter muss dann eine konkrete Formel gefunden werden, die die Bemessungsgrundlagen in ein Verhältnis zueinander setzt und den erlangten Wert monetarisiert. Die Festlegung, wie genau diese Formel am Ende aussieht, entzieht sich juristischer Expertise und kann deshalb hier nicht vertieft werden. In Abhängigkeit davon lässt sich hier auch nicht sagen, wie hoch das Volumen der jeweiligen Einnahmen für die Standortkommunen jeweils ausfiele. Sicher wird aber darauf zu achten sein, dass die Einnahmen über ein nur marginales Maß hinausgehen, sollen sie vor Ort tatsächlich akzeptanzfördernd sein.

## 2. Praktische Umsetzung

Geht es um die praktische Umsetzung der Außenbereichsabgabe, ist vor allem zu klären, wie der Mittelfluss von den Anlagenbetreibern zu den Kommunen zu organisieren ist.

Denkbar ist hier zunächst, dass dieser Mittelfluss auf direktem Weg erfolgt. Das heißt, der Betreiber der jeweiligen Windenergieanlagen als Adressat der Abgabe wäre direkter Schuldner der Standortkommune. Der Vorteil einer solchen unmittelbaren Leistung läge – zumindest auf den ersten Blick – in seiner schlank gehaltenen Struktur. Auch wäre ein solcher direkter Mittelfluss eine treffende Umsetzung des mit der Abgabe verfolgten Partizipationsgedankens, wenn der Ertrag quasi direkt vom Windfeld in die Kasse des Kämmerers gespült wird.

Allerdings stellt sich hier das Problem, dass den Kommunen nicht die Daten vorliegen, die sie brauchen, um die Höhe der Abgabe zu berechnen. Dies gilt selbst dann, wenn der Anlagenbetreiber zunächst selbst die zu zahlende Summe berechnen würde, da die Kommune wenigstens nachvollziehen können muss, ob der überwiesene Betrag korrekt ermittelt wurde. Zwar könnte man die Kommunen mit den nötigen Daten ausstatten. Dies würde aber zu zusätzlicher Bürokratie auf Zahler- und Empfängerseite führen und zudem ein verfassungsrechtliches Risiko nach sich ziehen: Wenn die Kommunen durch eine bundesrechtliche Regelung die Aufgabe bekommen würden, Daten entgegenzunehmen und mit diesen die Höhe der geschuldeten Abgabe zu

---

<sup>176</sup> Siehe § 36h Abs. 1 EEG 2017.

<sup>177</sup> Da mit der Pachthöhe auch die hier vorgeschlagene Abgabe mitwächst, dürfte so ein Anreiz entstehen, die Pachthöhe entweder zu deckeln oder aber die Gemeinde als gesellschaftsrechtlichen Teilhaber in die Realisierung des Vorhabens einzubinden, um so zumindest einen Rückfluss des durch die Pachthöhe induzierten Abgabenteils in das Vorhaben zu erreichen.

berechnen, könnte dem das oben schon erörterte Aufgabenübertragungsverbot des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG entgegenstehen.

Vorzugswürdig ist daher der Ansatz, die Betreiber desjenigen Netzes in die Abwicklung der Abgabe einzubeziehen, an das die Anlagen jeweils angeschlossen sind. Denn diese haben in der Abwicklung der Förderung nach dem EEG ohnehin eine zentrale Funktion und verfügen in dieser Rolle auch über die nötigen Daten. Diese Netzbetreiber könnten neben ihren bereits bisher bestehenden Aufgaben auch die Ermittlung der Abgabenhöhe übernehmen, diese vom Anlagenbetreiber erheben und an die Standortkommune weiterleiten. Ob die Anlagenbetreiber dazu eine eigene Zahlungsaufforderung vom Netzbetreiber bekommen oder der Betrag mit der Förderung verrechnet wird, ist dabei eine reine Ausgestaltungsfrage, die gesetzlich mit geregelt werden müsste<sup>178</sup>. Die Zahlungsansprüche zwischen Anlagenbetreiber und Netzbetreiber sowie zwischen Netzbetreiber und Kommune müssten in Form von für das EEG typischen gesetzlichen Schuldverhältnissen verankert werden. Die Kommunen würden also im Ergebnis Zahlungen vom örtlichen Netzbetreiber empfangen, deren Höhe die Netzbetreiber nach den gesetzlichen Vorgaben und anhand der ihnen zur Verfügung stehenden Daten berechnet haben<sup>179</sup>.

Die neutrale Position der Netzbetreiber und die Anforderungen an die Erfüllung ihrer gesetzlich wahrzunehmenden Aufgaben<sup>180</sup> dürften eine reibungslose und korrekte Abwicklung garantieren. Eine entsprechende Aufsichtsbezugnis etwa der Bundesnetzagentur (BNetzA) könnte flankierend gleichwohl geschaffen werden. Aus Sicht der Kommunen dürfte es ausreichen, ihnen im Sinne einer Plausibilitätskontrolle lediglich eine Einsichtnahmemöglichkeit in die Abrechnung der Netzbetreiber einzuräumen.

Schließlich wäre festzulegen, in welchen Intervallen die Abgabe fällig wird. Denkbar ist hier ein vierteljährlicher Rhythmus wie im Falle der oben angeführten Windkraftabgabe in Kastilien-La Mancha. Aufgrund der Einbindung der Netzbetreiber und der eingespielten Routine bei der Abrechnung der Zahlungsströme nach dem EEG liegt es allerdings viel näher, als Abrechnungszeitraum – wie im EEG etabliert – das Kalenderjahr festzusetzen und monatliche Abschlagszahlungen vorzusehen<sup>181</sup>.

Nicht zuletzt gehört zur Umsetzung der Folgeänderungsbedarf im Landesrecht. Insbesondere muss der Landesgesetzgeber prüfen und sicherstellen, dass den Kommunen die Zusatzeinnahmen aus der Abgabe im Ergebnis auch tatsächlich erhalten bleiben. Dabei ist nicht ausgeschlossen, dass dies die Länder auch zum Anlass für eine Konditionierung nehmen. Anbieten könnte

---

<sup>178</sup> Bei einer systematisch vorgeschriebenen Aufrechnung könnte etwa § 27 Abs. 1 EEG 2017 ausdrücklich ergänzt werden, der eine Aufrechnung bisher eher nur einzelfallbezogen vorsieht, wenn „die Forderung unbestritten oder rechtskräftig festgestellt ist“.

<sup>179</sup> Die Zwischenschaltung der Netzbetreiber als Inkassostelle hat auch keine Auswirkungen auf die Qualifizierung der Abgabe als Gebühr. Kennzeichnend für diese ist ihr Gegenleistungscharakter für eine individuell zurechenbare öffentliche Leistung. Dieser Charakterzug geht aber bei der hier vorgeschlagenen Ausgestaltung nicht verloren.

<sup>180</sup> Siehe etwa § 61j Abs. 1 EEG 2017, dessen Maßstab ähnlich auch auf die Abwicklung der Außenbereichsabgabe erstreckt werden könnte: „Die Netzbetreiber müssen bei der Erhebung der EEG-Umlage die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Kaufmanns anwenden.“

<sup>181</sup> Siehe beispielhaft nur §§ 58 Abs. 2 und 26 Abs. 1 EEG 2017.

sich etwa eine Regelung, mit der den Standortkommunen aufgegeben wird, die Einnahmen anteilig mit den Nachbarkommunen zu teilen, die im Umkreis eines Windparks liegen.

## VI. Gesetzgebungskompetenz

Um mögliche Wettbewerbsverzerrungen in den EEG-Ausschreibungen zu vermeiden, ist es wichtig, mit der Außenbereichsabgabe ein bundesweit einheitliches Instrument zu schaffen. Zwar könnte diese Einheitlichkeit auch erreicht werden, indem alle Bundesländer synchron ein und dieselbe Regelung einführen. Allerdings ist dies nicht nur umständlich, sondern mit Blick auf die Kompetenzverteilung des Grundgesetzes auch weder notwendig noch zulässig. Die Gesetzgebungskompetenz für die hier vorgeschlagene Abgabe liegt nämlich beim Bund.

Da die Außenbereichsabgabe keine Steuer ist, folgt die Zuständigkeit für ihre Einführung nicht aus der Finanzverfassung (Art. 105 GG), sondern aus den einschlägigen Sachgesetzgebungskompetenzen. Der Bund hat nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG beim „Recht der Wirtschaft“ inklusive der „Energiewirtschaft“ die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz. Dasselbe gilt für das „Bodenrecht“ nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG. Da die hier vorgeschlagene Abgabe einerseits zum bereits vorhandenen bodenrechtlichen Regime der Flächenbewirtschaftung hinzutritt, andererseits aber in das Recht der erneuerbaren Energien, insbesondere das Ausschreibungsverfahren nach dem EEG eingepasst wird, sind vorliegend beide Kompetenzgrundlagen gleichermaßen einschlägig.

Einer bundeseinheitlichen Regelung steht dabei auch nicht entgegen, dass der Bund auf dem Gebiet des Rechts der Wirtschaft nur dann Regelungen erlassen darf, „wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht“, Art. 72 Abs. 2 GG.

Wegen der bundeseinheitlichen Ausschreibungen für die Förderung von Strom aus Windenergie nach dem EEG und dem für die gesamte Bundesrepublik festgelegten Ausbauziel für die Windkraft liegt die Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung hier auf der Hand. Mit Einführung der Außenbereichsabgabe hätten die Länder keine Kompetenz mehr, das entsprechende Bundesrecht hier wieder abzuschaffen oder zu modifizieren. Denn nach Art. 72 Abs. 1 GG haben die Länder im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung die Befugnis zur Gesetzgebung nur, „solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat.“

Schließlich ist auch keine Abweichungskompetenz der Länder nach Art. 72 Abs. 3 GG ersichtlich. Die hier vorgeschlagene Regelung würde weder unter den Abweichungskompetenztitel der „Bodenverteilung“<sup>182</sup> nach Art. 72 Abs. 3 Nr. 3 GG noch der „Raumordnung“ nach Art. 72 Abs. 3 Nr. 4 GG fallen. Der Kompetenztitel der Raumordnung wird auch nicht dadurch eröffnet, dass

---

<sup>182</sup> Vgl. zur engen Auslegung dieses Titels *Degenhart*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 80.

die zum Anknüpfungspunkt für die vorgeschlagene Abgabe genommene Flächenbewirtschaftungsordnung auch Konzentrationszonenplanungen umfasst, die auf Raumordnungsebene stattfinden. Diese werden eben nur zum Anknüpfungspunkt einer Regelung genommen, ohne dass aber ein die Raumordnung modifizierender Regelungsgehalt vorgeschlagen wird. Erst ein solcher aber würde dem Kompetenztitel der Raumordnung unterfallen.

Aus der Einbeziehung der (Standort-)Kommunen als Begünstigte der Abgabe erwachsen ebenfalls keine kompetenzrechtlichen Probleme: Bei der hier vorgeschlagenen Ausgestaltung, nach der die Netzbetreiber die Abgabe berechnen und bei den Anlagenbetreibern einziehen, ist das Aufgabenübertragungsverbot des Art. 84 I S. 7 GG nicht einschlägig. Ohne eigenen Verwaltungsaufwand bekommen die Kommunen die Beträge vom Netzbetreiber überwiesen und können darüber frei verfügen. Die Möglichkeit der Einsichtnahme in die Abrechnung ist rein fakultativer Natur und muss von den Kommunen nicht in Anspruch genommen werden.

Um ganz sicher zu gehen, dass auch die bloße Entgegennahme (und Verbuchung) der Einnahmen keine verpflichtende Aufgabenzuweisung des Bundes an die Kommunen darstellt, kann es sich zudem empfehlen, den Kommunen die Option einzuräumen, auf die Mittel zu verzichten. Durch die Schaffung eines solchen Opt-out würde zugleich ein Spielraum für Projektierer geschaffen, sich vor Ort als Alternative ein anders konzipiertes, besseres Akzeptanzinstrument einfallen zu lassen und damit auf die Gemeinde zuzugehen. Diese könnte dann prüfen, ob und warum sich dieses ggf. als vorteilhafter darstellt und auf ihren Anspruch auf die Einnahmen aus der Außenbereichsabgabe verzichten.

Im Sinne einer möglichst hohen Planungssicherheit müsste dann aber gesetzlich geregelt werden, innerhalb welcher Frist die Kommune den Verzicht erklären kann und für welchen Zeitraum dieser gilt. Jedenfalls sollten die Einnahmen aus der Außenbereichsabgabe der Grundfall sein, der automatisch greift, solange die Kommune ihren Verzicht auf die Mittel nicht erklärt hat. Wenn das Alternativmodell wirtschaftlich gleichwertig zur Abgabenhöhe ist, könnte der Abgabenschuldner auch formell eine Opt-out-Initiative eingeräumt bekommen. Erforderlich wären dann aber gesetzliche Kriterien und eine dritte unabhängige Stelle, die die Gleichwertigkeit sicherstellen. Der Handlungsspielraum, der dabei über das zwanglose Anbieten von Alternativmodellen für die Projektierer und Anlagenbetreiber entsteht, schont zudem deren grundrechtliche Inanspruchnahme, die wir im Folgenden aber ohne Opt-out prüfen und auch so für zulässig halten.

## VII. Grundrechte

Bei der Frage nach der Vereinbarkeit der Außenbereichsabgabe mit den Grundrechten sind die Eigentumsfreiheit, die Berufsausübungsfreiheit und der Gleichheitssatz des Grundgesetzes näher zu betrachten.

## 1. Kein Eingriff in das Eigentum

Ein Eingriff in die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG liegt nicht vor, denn diese wird durch die Auferlegung öffentlich-rechtlicher Geldleistungspflichten grundsätzlich nicht beeinträchtigt<sup>183</sup>. Etwas anderes gilt nur, wenn die Abgabe eine erdrosselnde Wirkung hat und den Adressaten „übermäßig belasten und seine Vermögensverhältnisse grundlegend beeinträchtigen würde“<sup>184</sup>. Da die Außenbereichsabgabe in ihrer Höhe ohnehin nicht mehr abschöpfen darf als den Vorteil des Sondernutzens (siehe oben unter C. V. 1.), ist eine solche erdrosselnde Wirkung ausgeschlossen. Zudem kann die Außenbereichsabgabe als Teil der Betriebskosten im Ausschreibungsverfahren durch die Bieter eingepreist werden, sodass sie am Ende mittelbar über die EEG-Umlage von den Verbrauchern aufgebracht wird (siehe oben unter A.)<sup>185</sup>.

Angenommen, man würde der Außenbereichsabgabe wegen ihrer Einziehung über die privaten Netzbetreiber ihren öffentlich-rechtlichen Charakter absprechen, käme als schützenswertes Gut ggf. der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb<sup>186</sup> der Anlagenbetreiber in Betracht. Dieser darf grundsätzlich keinen gesetzlich veranlassten ruinösen Rahmenbedingungen ausgesetzt werden<sup>187</sup>. Da die Außenbereichsabgabe auf den Vorteil des Sondernutzens begrenzt ist, kann eine solche ruinöse Wirkung ausgeschlossen werden, sofern sie nicht ohnehin über die EEG-Umlage weitergereicht wird. Da es sich um ein bundesweit einheitliches Instrument handelt, sind im Bieterwettbewerb auch keine Verzerrungseffekte zu erwarten, die einzelne Mitbewerber gerade deswegen aus dem Markt drängen würden.

Auch für die Eigentümer der Außenbereichsgrundstücke stellt die Abgabe keinen Eingriff in ihr Eigentum dar. Sie können ihren Grund weiterhin uneingeschränkt an Windkraftnutzer verpachten (oder ihn selbst dafür in Anspruch nehmen). Es handelt sich allenfalls um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG. Eine solche darf der Gesetzgeber gemäß seinem Regelungsauftrag, die Sozialbindung des Eigentums nach Art 14 Abs. 2 GG sicherzustellen<sup>188</sup>, erlassen, sofern sie verhältnismäßig ist. Davon ist hier – wie eben gezeigt – auszugehen. Nicht zuletzt sind etwaige Einbußen beim Pachtzins irrelevant, da bloße Gewinnerwartungen ohnehin nicht von Art. 14 Abs. 1 GG geschützt werden<sup>189</sup>.

---

<sup>183</sup> Vgl. BVerfGE 70, 219 (230); E 75, 108 (154); E 78, 249 (277); E 91, 207 (220).

<sup>184</sup> BVerfGE 14, 221 (241); E 78, 232 (243); E 82, 159, 190.

<sup>185</sup> Inwiefern der vorgegebene Höchstwert nach § 36b EEG 2017 hier einen Spielraum für die Weitergabe der Außenbereichsabgabe belassen muss, kann hier nicht beziffert werden. Jedenfalls denkbar erscheinen Konstellationen, in denen die Höhe der Abgabe und der Höchstwert verfassungsrechtlich aufeinander abzustimmen sind.

<sup>186</sup> Vgl. BVerfGE 81, 208 (227 f.). Dort wird allerdings offen gelassen, ob der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb unter den Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG fällt.

<sup>187</sup> Vgl. BVerfGE 58, 300 (353).

<sup>188</sup> Vgl. BVerfGE 37, 132 (140 f.).

<sup>189</sup> Vgl. BVerfGE 45, 142 (173); E 78, 205 (211); BGHZ 117, 236 (237).



## 2. Keine unzulässige Berufsausübungsregelung

Für die Nutzer der Windenergie stellt die Außenbereichsabgabe eine sog. Berufsausübungsregelung dar. Diese ist zwar als Eingriff in die Berufs(-ausübungs)freiheit des Art. 12 Abs. 1 GG zu werten, kann aber durch jede vernünftige Erwägung des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden<sup>190</sup>. Dabei hat der Gesetzgeber einen weiten Spielraum bei der Festlegung seiner sozial- und wirtschaftspolitischen Ziele<sup>191</sup>. Zu beachten ist u.a., dass die Regelung die Betroffenen nicht übermäßig belastet<sup>192</sup>. In diesem Zusammenhang sind auch Kumulierungen mit anderen hoheitlich veranlassten Zahlungspflichten zu beachten. In Betracht kommt hier etwa die eingangs erwähnte Eingriffsregelung, nach der für die Anlagenbetreiber als finanzielle Kompensation für den Eingriff in Naturhaushalt und Landschaftsbild regelmäßig eine Zahlungspflicht besteht. Diese mag sich in ihrem Belastungsgrund zwar partiell mit dem der Außenbereichsabgabe decken, hat aber insoweit eine andere Zielrichtung als sie vor allem an die ästhetische Wertigkeit der Landschaft anknüpft<sup>193</sup> und nicht an das grundsätzliche Freihalten des Außenbereichs von Bauungen. Nicht zuletzt ist als weiterer Merkposten zu beachten, dass eine mögliche wettbewerbsverzerrende Wirkung einer besonders weitreichenden Rechtfertigung bedarf<sup>194</sup> – eine solche ist hier schon nicht ersichtlich.

Die vorgeschlagene Außenbereichsabgabe zielt auf eine bessere Beteiligung der Standortkommunen an der lokalen Wertschöpfung der Windenergie und soll die Akzeptanz für diese fördern. Dies ist zweifelsohne eine vernünftige Erwägung des Allgemeinwohls, für die der Gesetzgeber noch nicht einmal den ohnehin bestehenden weiten Spielraum in Anspruch nehmen müsste. Durch die Begrenzung auf den Vorteil des Sondernutzens und die Möglichkeit der Weiterreichung über die EEG-Umlage scheidet eine übermäßige Belastung aus. Eine Wettbewerbsverzerrung ist ebenfalls nicht zu befürchten, da es sich bei der Außenbereichsabgabe um ein bundesweites Instrument handelt.

Wird – wie hier empfohlen – eine Umsetzung gewählt, in der die Netzbetreiber die Abwicklung der Abgabe übernehmen (müssen), stellt sich die Frage, wie dies grundrechtlich zu bewerten ist. Immerhin gehört diese Aufgabe nicht zu deren Kerngeschäft und stellt einen zusätzlichen Aufwand dar. Als Berufsausübungsregelung ist diese Aufgabenzuordnung wiederum am Maßstab einer vernünftigen Erwägung des Allgemeinwohls zu messen, wobei es auch hier nicht zu einer übermäßigen Belastung kommen darf. Hält man sich vor Augen, dass die Netzbetreiber jeweils natürliche Monopolisten in ihrem Versorgungsgebiet sind und das Anschlussverhältnis zu den Betreibern der Windenergieanlagen ein ausschließliches ist, wird deutlich, dass aus dieser besonderen Stellung auch eine besondere Verantwortung für die Abwicklung energiewirtschaftlicher Prozesse folgen darf<sup>195</sup>. Die Synergien mit dem Datenbestand aus der Abwicklung

---

<sup>190</sup> Vgl. BVerfGE 70, 1 (28); E 78, 155 (162); E 95, 173 (183).

<sup>191</sup> Vgl. BVerfGE 81, 156 (189).

<sup>192</sup> Vgl. BVerfGE 81, 156 (188 f.); E 83, 1 (19); E 85, 248 (259).

<sup>193</sup> Siehe zum Landschaftsbild *Fülbier*, Die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung bei Windenergieanlagen, NuR 2017, 804, 806.

<sup>194</sup> Vgl. BVerfGE 86, 28 (38 f./42).

<sup>195</sup> Vgl. BGHZ 134, 1 (133 ff.) und BGHZ 155, 141 ff.

des EEG legen es hier geradezu nahe, die Aufgaben bei den Netzbetreibern zu bündeln. Den zusätzlichen Aufwand werden diese regelmäßig verkraften, da sie in ihrem Kerngeschäft mit garantierten Renditen über regulierte Entgelte keinen klassischen Marktrisiken ausgesetzt sind. Sollte der Aufwand der Abwicklung wider Erwarten dennoch ins Unverhältnismäßige kippen, könnte dies durch eine angemessene materielle Abgeltung – in welcher Form auch immer – kompensiert werden.

### 3. Vertrauensschutz gewährleisten: Erstreckung nur auf Neuanlagen

Aus den grundrechtlichen Gewährleistungen<sup>196</sup> und dem Rechtsstaatsprinzip in Art. 20 Abs. 3 GG folgt das Rückwirkungsverbot, welches das Vertrauen in die Beständigkeit der Rechtsordnung schützt<sup>197</sup>. Dabei wird zwischen

- der grundsätzlich für unzulässig erachteten echten Rückwirkung<sup>198</sup> und
- der grundsätzlich für zulässig gehaltenen unechten Rückwirkung<sup>199</sup>

unterschieden. Eine echte (oder retroaktive) Rückwirkung wird angenommen, wenn eine Norm zum Nachteil des Betroffenen nachträglich ändernd in bereits vollständig abgewickelte, also schon der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingreift; eine unechte (oder retrospektive) Rückwirkung liegt hingegen vor, wenn eine Norm auf gegenwärtig noch andauernde, also schon begonnene, aber noch nicht abgeschlossene Sachverhalte oder Rechtsbeziehungen einwirkt<sup>200</sup>.

Nachteilige nachträgliche Änderungen der Rechtslage während der 20-jährigen Förderdauer einer EEG-Anlage wertet das BVerfG als unechte Rückwirkung: Die Rechtsfolgen eines solchen Gesetzes treten zwar

„erst nach seiner Verkündung ein, entwerten aber in gewissem Umfang das Vertrauen in den Bestand der zuvor durch Gesetz auf rund 20 Jahre zugesicherten Vergütungsoptionen für aus bereits in Betrieb genommenen [A]nlagen erzeugten Strom“<sup>201</sup>.

Aus der Einordnung als unechte Rückwirkung folgt aber nicht ohne Weiteres deren Zulässigkeit, im Gegenteil:

---

<sup>196</sup> Vgl. BVerfGE 109, 96 (121).

<sup>197</sup> Siehe BVerfGE 88, 384 (403); E 95, 64 (82).

<sup>198</sup> St. Rspr., vgl. BVerfGE 45, 142 (167 f.); E 101, 239 (262); E 132, 302 (318) Rn. 42 f.; E 135, 1 (13) Rn. 37.

<sup>199</sup> St. Rspr., vgl. BVerfGE 132, 302 (318) Rn. 42 f.; E 135, 1 (13) Rn. 37.

<sup>200</sup> BVerfGE 11, 139 (145 f.).

<sup>201</sup> BVerfG, Beschl. v. 20.09.2016 – 1 BvR 1299/15, Rn. 21.

„Verspricht der Gesetzgeber [...] – wie hier in den verschiedenen Fassungen des Erneuerbare Energien-Gesetzes – für einen konkret festgelegten längeren Zeitraum Vergütungen einer bestimmten Höhe für nach den Bedingungen des Gesetzes produzierten Strom, schafft er eine besondere Vertrauensgrundlage für darauf aufbauende Investitionen. Auf die Initiierung derartiger Investitionen ist eine solche Gesetzgebung angelegt. Die Erwartung, diese Rechtslage werde für den garantierten Zeitraum insoweit unverändert bleiben, genießt daher besonderen verfassungsrechtlichen Schutz. Den darauf aufbauenden Investitionen kann der Gesetzgeber mit Wirkung für den geschützten Zeitraum nicht ohne weiteres im Nachhinein die Grundlage entziehen. Dieser besondere Vertrauensschutz für Investitionen, die auf der Grundlage einer derartigen, eine bestimmte Vergütung garantierenden Gesetzeslage getätigt wurden, schließt allerdings – gerade wenn sich die Zusage, wie hier, über einen so langen Zeitraum erstreckt – nicht jegliche Randkorrektur der Gewährungsbedingungen aus, sofern sie sich auf ein berechtigtes öffentliches Interesse stützen kann, die Garantie im Kern unberührt lässt und das berechtigte Vertrauen der Betroffenen nicht unangemessen zurücksetzt.“<sup>202</sup>

Das BVerfG geht also davon aus, dass bei vergütungsrelevanten Änderungen für Strom aus schon in Betrieb genommenen EEG-Anlagen allenfalls „Randkorrekturen“ möglich sind, da der Gesetzgeber hier mit dem spezifischen – sichere Langfristinvestitionen geradezu einladenden – Rechtsrahmen einen besonderen Vertrauenstatbestand geschaffen hat.

Für die Einführung einer Außenbereichsabgabe heißt das, dass diese nur für Neuanlagen vorgesehen werden kann. Bei einer Erstreckung auch auf Bestandsanlagen würde sich die Erlössituation für den darin erzeugten Strom verschlechtern und das Vertrauen in die getätigte Investition zerstört. Obendrein geht es dem Instrument der Außenbereichsabgabe darum, die Akzeptanz gerade von neu hinzuzubauenden Windenergieanlagen zu fördern, sodass einer Erstreckung der Abgabe auch auf Altanlagen nicht nötig wäre, um dem gesetzgeberischen Motiv der Akzeptanzschaffung Rechnung zu tragen.

#### **4. Ungleichbehandlung anderer Außenbereichsnutzungen gerechtfertigt**

Mit Blick auf den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG ist zu fragen, ob es zulässig ist, nur die Windenergie in eine Außenbereichsabgabe einzubeziehen, andere Außenbereichsnutzungen und Erzeugungstechnologien jedoch nicht.

Wichtig ist, dass der Gleichheitssatz dem Gesetzgeber nicht jede Differenzierung verwehrt; Differenzierungen „bedürfen jedoch stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind“<sup>203</sup>. Bei der Prüfung des Gleichheitssatzes wird meist ein Vergleich von Sachverhalten angestellt, die allerdings „nie

---

<sup>202</sup> BVerfG, Beschl. v. 20.09.2016 – 1 BvR 1299/15, Rn. 25.

<sup>203</sup> BVerfGE 130, 240 (253).

in allen, sondern nur in einzelnen Elementen übereinstimmen“<sup>204</sup>. Grundsätzlich ist es „Sache des Gesetzgebers zu entscheiden, welche Elemente der zu ordnenden Lebensverhältnisse er dafür als maßgebend ansieht, sie im Recht gleich oder verschieden zu behandeln“<sup>205</sup>.

Für die Außenbereichsabgabe stellt sich also die Frage, welche Sachgründe es gibt, nur die Windenergie in diese einzubeziehen, andere privilegierte Nutzungen des Außenbereichs hingegen nicht. Der wichtigste Grund liegt hier sicher in der raumgreifenden und quantitativen Präsenz der Windenergieanlagen. Keine andere vom BauGB zugelassene Außenbereichsnutzung weist diese so spezifisch auf. Landwirtschaftliche (bauliche) Nutzungen etwa kommen ausgesprochen häufig vor, sind aber oberflächennah und als solche kaum raumgreifend. Solaranlagen sind ohnehin nur auf Gebäuden zulässig, die einem eigenen Zulassungsregime unterliegen. Biomasseanlagen sind bedingt raumgreifend, kommen aber – und daran wird sich nach dem für sie vorgesehenen Ausbaupfad auch künftig nicht viel ändern – nicht annähernd so häufig vor wie Windenergieanlagen, deren empirische Bedeutung im Rahmen der Energiewende noch zunehmen wird (und muss).

Augenscheinlich ist es gerade diese Kombination der flächendeckenden und raumgreifenden Präsenz von Windenergieanlagen, die zu den Herausforderungen bei der Schaffung der nötigen Akzeptanz für sie führt. Sie sind im wachsenden Erzeugungsmix der Energiewende das sichtbarste Rückgrat und insoweit – im Wortsinne – unausweichlich. Für andere Erzeugungstechnologien – ob nun mit Standorten im Außen- oder Innenbereich – gilt dies nicht. Sorgt sich der Gesetzgeber deswegen vor allem um den weiteren Ausbau dieses Volumenträgers der (v.a. auch zukünftigen) Erzeugung und begegnet er dieser Sorge mit einem maßgeschneiderten Umverteilungsinstrument ausschließlich für die Windenergie, liegt darin ein ausreichender Sachgrund für eine Differenzierung.

## D. Zusammenfassung und Fazit

In ihrem Koalitionsvertrag haben sich CDU, CSU und SPD vorgenommen, „durch eine bundeseinheitliche Regelung beim weiteren Ausbau der Erneuerbaren Energien (EE) die Standortgemeinden stärker an der Wertschöpfung von EE-Anlagen [zu] beteiligen“<sup>206</sup>. Die Frage, mit welchem Instrument dies konkret umgesetzt werden kann, ist noch nicht beantwortet und wird im (vor-)politischen Raum diskutiert.

Mittlerweile gibt es eine Reihe von Vorschlägen, die diese Studie vorstellt und einordnet. Die Auseinandersetzung mit diesen Vorschlägen ermöglicht eine wertvolle Analyse möglicher Untiefen und Hemmnisse, die sich bei der Suche nach einem rechtssicheren, praktikablen und schnell umsetzbaren Instrument auftun. Vor diesem Hintergrund schlagen wir in dieser Studie mit der Außenbereichsabgabe eine weitere Handlungsoption vor, die die – teils verfassungsrechtlichen – Umsetzungshürden der bisher auf dem Tisch liegenden Vorschläge nicht nach sich zieht.

---

<sup>204</sup> BVerfGE 71, 255 (271).

<sup>205</sup> BVerfGE 50, 57 (77); st. Rspr.

<sup>206</sup> Koalitionsvertrag, Rz. 3301 ff.

## I. Bisherige Vorschläge

Agora Energiewende hat vorgeschlagen, eine Sonderabgabe zugunsten der Standortkommune einzuführen, deren Aufkommen von den Kommunen gruppennützig, also zur Steigerung der Akzeptanz von Windenergieanlagen, verwendet werden muss. Anhand der Rechtsprechung zu einer ähnlich gelagerten Konstellation ist unseres Erachtens fraglich, ob den Anlagenbetreibern überhaupt eine rechtlich greifbare Finanzierungsverantwortung für die Akzeptanz ihrer Anlagen zukommt, wenn sie über eine bestandskräftige BImSchG-Genehmigung verfügen. Die mit einer Sonderabgabe zwingend einhergehende Zweckbindung der Mittel, die sog. Gruppennützigkeit, führt zudem dazu, dass die Kommunen nicht frei darin sind, wie sie die Gelder ausgeben können. Stattdessen sollen sie selbst akzeptanzsteigernde Maßnahmen ergreifen. Darin liegt eine Aufgabenübertragung des Bundes an die Kommunen, die das Grundgesetz verbietet.

Der Vorschlag des Berliner Planungsrechtlers Schmidt-Eichstaedt zielt darauf, Wind wie einen Bodenschatz zu konzessionieren und dafür ein Entgelt nach dem Vorbild der bergrechtlichen Förderabgabe zu erheben. Dem steht unseres Erachtens entgegen, dass Wind keine knappe Ressource ist: Die Rechtsprechung verlangt bei nichtsteuerlichen Abgaben immer eine besondere Rechtfertigung, die sie aus den Grundrechten ableitet. Bei der Begründung einer Zahlungspflicht für die Benutzung von Ressourcen ist u.a. die Knappheit der Ressource konstitutiv, die für den Wind – als einer erneuerbaren Quelle – gerade nicht charakteristisch ist.

Von dem Leipziger Umweltrechtler Wolfgang Köck stammt die Idee, die planerische Flächenbereitstellung zur Grundlage für eine Ressourcennutzungsgebühr zu machen. Mit der Knappheit der für die Windenergie geeigneten Flächen wird an der auch hier gewählten knappen Ressource der Außenbereichsflächen angeknüpft. Nach diesem Vorschlag soll eine Gebührenerhebung jedoch nur dort möglich sein, wo Windenergieanlagen erst durch einen Planungsakt ermöglicht werden, nicht jedoch dort, wo sich deren planungsrechtliche Zulässigkeit unmittelbar aus dem Gesetz ergibt. Damit werden aber all jene Anlagen nicht erfasst, deren Zulassung allein auf Grundlage der Privilegierung der Windenergienutzung im Außenbereich erfolgt. Diese Beschränkung des Anwendungsbereichs ist nicht nur unter Akzeptanzgesichtspunkten nicht zu rechtfertigen. Sie wird auch dem Umstand nicht gerecht, dass auch die Privilegierung der Windenergienutzung Teil der Bewirtschaftung der Flächen im Außenbereich ist, nur dass hier die planerische Entscheidung bereits vom Gesetzgeber selbst abschließend getroffen wurde.

Der Städte- und Gemeindebund Brandenburg hat die Idee entwickelt, zugunsten der Standortkommune eine Konzessionsabgabe auf die Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien zu erheben. Die Einbeziehung auch von Einspeisungen in das System der Konzessionsabgaben würde einen Paradigmenwechsel bedeuten, den der Gesetzgeber bisher – wie überhaupt Änderungen des Konzessionsabgabenrechts – gescheut hat. Soweit ersichtlich, stehen dem zwar keine unüberwindbaren Vorgaben höherrangigen Rechts entgegen. Es wären aber systemfremde Änderungen der Konzessionsabgabenverordnung und des Energiewirtschaftsgesetzes erforderlich. Ferner sind noch mehrere Punkte offen, etwa die Frage, was passiert, wenn der Ort der Einspeisung und die Standortkommune auseinanderfallen und warum eine Einbeziehung nur von erneuerbar erzeugtem Strom erfolgt, der Strom aus konventioneller Erzeugung aber außen vor bleiben soll. Auch ist noch offen, ob und mit welchem Mechanismus es eine Umverteilung

geben soll, sodass nicht nur die Einwohner der Standortgemeinden die Einspeisekonzessionsabgabe aufbringen müssen; dies wäre im Hinblick auf die Akzeptanz kontraproduktiv.

Aus dem Landtag von Mecklenburg-Vorpommern kommt die Initiative, dass der Bund eine neue Komponente der Grundsteuer einführt, die diejenigen Eigentümer zu zahlen haben, auf deren Grundstücken sich Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien befinden. Problematisch ist dies bei Bestandsanlagen, weil dann eine Neuverhandlung des Pachtzinses erforderlich würde. Insbesondere bei sog. Pooling-Modellen, bei denen im Sinne einer möglichst breiten Streuung der Gewinne die Pachtzahlungen an Standort- und Abstandsflächeneigentümer jeweils besonders austariert sind, dürfte dies schwierig werden. Eine Erstreckung nur auf Neuanlagen dürfte wiederum problematisch sein, weil die aus dem allgemeinen Gleichheitssatz folgende Lastengleichheit im Steuerrecht besondere Anforderungen an eine Ungleichbehandlung stellt.

Nicht zuletzt gibt es schon die Möglichkeit, dass Kommune und Projektierer städtebauliche Verträge und andere vertragliche Vereinbarungen schließen, um eine Teilhabe der Kommunen zu garantieren. Während die Gestaltungsmöglichkeiten bei städtebaulichen Verträgen insbesondere durch das gesetzliche Äquivalenzgebot und das Koppelungsverbot stark beschränkt sind, hängen die Optionen für sonstige vertragliche Vereinbarungen stark davon ab, inwieweit etwa die Kommune im Einzelfall selbst Flächeneigentümer ist oder ob die Nutzung öffentlicher Wege für Zuleitungen notwendig wird. Eine gleichmäßige Teilhabe über den Einzelfall hinaus kann so nicht sichergestellt werden. Auch aufgrund des Risikos, durch solche Vereinbarungen Tatbestände der Bestechungsdelikte nach dem Strafgesetzbuch zu erfüllen oder zumindest strafrechtliche Ermittlungen auszulösen, ist eine gesetzliche Abgabenslösung der Ausweitung des Einsatzes vertraglicher Lösungen vorzuziehen.

## II. Die Außenbereichsabgabe

Charakteristisch für die hier vorgeschlagene Außenbereichsabgabe sind folgende Eckpunkte:

- Die Abgabe hat ihren sog. Belastungsgrund in der Inanspruchnahme von Außenbereichsflächen durch die Windenergieanlagen und knüpft damit an den Vorteil der Nutzung einer knappen, staatlich bewirtschafteten Ressource an.
- Die Einnahmen kommen direkt den Standortkommunen zugute. Da es sich gerade nicht um eine Sonderabgabe handelt, können die Kommunen frei über die Einnahmen verfügen.
- Zur optimalen Sicherstellung des Akzeptanzmehrwerts vor Ort ist darauf zu achten, dass den Kommunen die Gelder auch tatsächlich erhalten bleiben. Dies ist nicht zuletzt von den Ländern zu leisten.
- Durch Landesrecht kann den Standortkommunen ggf. auch aufgegeben werden, die Einnahmen anteilig mit den Nachbarkommunen zu teilen, die im Umkreis eines Windparks liegen.

- Um den Standortkommunen keine neuen Aufgaben zuzuweisen, was per Bundesgesetz unzulässig ist, erfolgt die Einziehung der Außenbereichsabgabe durch die Netzbetreiber, die sie an die Kommunen weiterleiten.
- Jede Standortkommune kann zudem frei entscheiden, auf die Einnahmen der Außenbereichsabgabe zu verzichten, etwa wenn sich vor Ort ein besseres Akzeptanzinstrument gefunden hat. Dies stärkt auch den Handlungsspielraum für Projektierer und Betreiber, die mit eigenen, maßgeschneiderten Akzeptanzmaßnahmen auf die Kommunen zugehen können.
- Wenn ein Projektierer ein Alternativmodell entwickelt, das wirtschaftlich gleichwertig zur Abgabenhöhe ist, könnte auch der Abgabenschuldner eine Opt-out-Initiative eingeräumt bekommen. Erforderlich wären dann aber gesetzliche Kriterien und eine dritte unabhängige Stelle, die die Gleichwertigkeit sicherstellen.
- Die Abgabe wird aus Vertrauensschutzgründen nur für Neuanlagen erhoben.

Eine konkrete Höhe für die Außenbereichsabgabe nennt die Studie bewusst nicht. Als mögliche Parameter für die Bemessungsgrundlage kommen – jeweils gestaffelt – die Anzahl der Anlagen, ihre Höhe, ihr Ertrag sowie die Pachtzahlungen an die Flächeneigentümer in Betracht. Sollen die kommunalen Einnahmen aus der Abgabe vor Ort tatsächlich akzeptanzfördernd sein, können sie in ihrer Höhe jedenfalls nicht nur symbolisch sein.

Trotz der derzeitigen Fokussierung der Debatte auf kommunale Einnahmen bleibt festzuhalten, dass die Studie nicht den Eindruck erwecken will, eine stärkere materielle Teilhabe der Kommunen an der Windenergie sei per se ein „silver bullet“ für mehr Akzeptanz. Andere Elemente, wie die Transparenz- und Dialogbereitschaft der Projektierer oder eine frühzeitige Einbindung der Einwohnerinnen und Einwohner in Planungs- und Genehmigungsprozesse bleiben weiterhin essentiell.