

## Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht

### Rechtliche Stellungnahme zur Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie des Landtags Brandenburg am 3. April 2019

zum Gesetzentwurf der CDU-Fraktion  
(Windabgabe-Gesetz – BbgWind AG, Drs. 6/10374)  
sowie dem Gesetzentwurf der SPD-Fraktion und der Fraktion DIE LINKE  
(Windenergieanlagenabgabegesetz – BbgWindAbgG, Drs. 6/10392)

erstellt von

*Thorsten Müller*

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

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

Stiftung Umweltenergierecht

Ludwigstraße 22

97070 Würzburg

Telefon +49 931 79 40 77-0

Telefax +49 931 79 40 77-29

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

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

## Inhaltsverzeichnis

<b>A. Ergebnisse auf einen Blick .....</b>	<b>1</b>
<b>B. Anforderungen an eine (Finanzierungs-)Sonderabgabe nicht erfüllt .....</b>	<b>3</b>
I. Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts beachten.....	3
II. Insbesondere: Kein Vorliegen einer besonderen Finanzierungsverantwortung (Gruppenverantwortung) .....	4
III. Insbesondere: Vorliegen einer hinreichenden Zweckbindung des Abgabenaufkommens zumindest fraglich.....	6
<b>C. Alternative: Außenbereichsabgabe als verfassungskonformer Begründungsansatz für eine Abgabe für Windenergieanlagen .....</b>	<b>8</b>
<b>D. Weitere materiell-verfassungsrechtliche Fragen einer Abgabe für Windenergieanlagen .....</b>	<b>9</b>
I. Fragen der Gleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 1 GG .....	9
II. Vereinbarkeit mit der Berufsausübungsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG .....	10
<b>E. Gesetzgebungskompetenz Brandenburgs gegeben.....</b>	<b>11</b>
I. Länderöffnungsklausel gem. § 36g Abs. 7 EEG .....	11
1. Anwendungsbereich § 36g Abs. 7 EEG .....	12
2. Verfassungsmäßigkeit § 36g Abs. 7 EEG.....	12
II. Subsidiarität der Landesregelung .....	13

## A. Ergebnisse auf einen Blick

- Die Gesetzentwürfe genügen nicht den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts an die Zulässigkeit von Sonderabgaben.
  - Die geforderte, aus der Sachnähe einer abgrenzbaren Gruppe entspringende besondere **Gruppenverantwortung** für die Erfüllung der mit der Abgabe zu finanzierenden Aufgabe **ist nicht gegeben**:
    - Die Vorhabenträger nehmen ein **gesetzliches Recht auf Genehmigung** in Anspruch. Die **Verantwortung für die Akzeptanz** von gesetzgeberisch vorgezeichneten und behördlich administrierten Entscheidungen **liegt formal beim demokratischen Rechtsstaat, der diese Möglichkeit eröffnet**, und nicht beim Normadressaten.
    - Würde eine Finanzierungsverantwortung auch dann vorliegen, wenn ein Normadressat ein ihm gesetzlich eingeräumtes Recht in Anspruch nehmen würde, würde diese **Filterfunktion** verloren gehen und **könnte nahezu jedes genehmigte bzw. zugelassene Handeln bei mangelnder Akzeptanz mit einer Sonderabgabe belegt werden**. Diese wäre keine fiskalische Ausnahmeerscheinung mehr.
  - Die **gruppennützige Verwendung** ist in den beiden Gesetzentwürfen **jedenfalls fraglich** und verdeutlicht die Schwierigkeiten des Ansatzes einer Sonderabgabe. Das Spannungsverhältnis zwischen den Flexibilitätsbedürfnissen der Kommunen, die Gelder nach den individuellen Bedürfnissen auszugeben, und den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts an die Mittelverwendung ist nicht sachgerecht aufgelöst worden. Es würden Mittelverwendungen zugelassen, die vermutlich nicht den Anforderungen der Gruppennützigkeit genügen dürften.
- Um eine Windenergieabgabe zu implementieren, stünde der **Ansatz der Ressourcennutzungsgebühr** als verfassungskonformer Weg **alternativ zu den vorgeschlagenen Sonderabgaben** offen.
  - Abgestellt wird hier auf den Sondervorteil, der aus der Nutzung eines staatlich bewirtschafteten Gutes der Allgemeinheit entsteht und der Allgemeinheit (so) nicht zukommt. Der Sondervorteil erscheint hier als staatliche Leistung und lässt sich – **wie bei einer klassischen Gebühr** – beim Vorteilsempfänger abschöpfen.
  - Im Fall der Windenergienutzung stellt der **Außenbereich ein knappes, staatlich bewirtschaftetes Gut** der Allgemeinheit dar. Die planungsrechtliche Privilegierung von Windenergienutzungen schlägt sich bei Vorhabenträgern als Sondervorteil nieder. Dieser kann abgeschöpft werden.

- Anders als bei der Sonderabgabe besteht hier weder das Erfordernis der Begründung einer besonderen Finanzierungsverantwortung der abgabeverpflichteten Vorhabenträger noch das einer gruppennützigen Verwendung der Einnahmen, so dass die diesbezüglichen Rechtsprobleme nicht auftreten.
- Bei der Ausgestaltung einer Abgabe – unabhängig davon, ob es sich dabei um eine Sonderabgabe oder eine Außenbereichsabgabe handelt – sind **weitere materielle Anforderungen der Verfassung** einzuhalten. Dies betrifft besonders die Ausgestaltung der **Abgabenbemessung**, da eine (zu) pauschale Festlegung der Zahlungshöhe sich als unverhältnismäßiger Eingriff in die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG darstellen kann.
- Das Land Brandenburg hätte die **Gesetzgebungskompetenz** für eine Abgabe für Windenergieanlagen. War dies bis zum Inkrafttreten des EEG 2017 fraglich, kann sich der Landesgesetzgeber nun auf **§ 36g Abs. 7 EEG 2017** stützen, der „weitergehende Regelungen zur Bürgerbeteiligung und zur Steigerung der Akzeptanz für den Bau von neuen Anlagen“ ermöglicht und die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit zugunsten der Länder wiedereröffnet hat. Allerdings besteht ein letzter **Rest an verfassungsrechtlichem Risiko**, weil nicht ausgeschlossen ist, dass das Bundesverfassungsgericht die Rücknahme der Sperrwirkung durch den Bundesgesetzgeber als zu unbestimmt ansehen könnte.

Materiell-rechtlich stellt sich bei den beiden Gesetzentwürfen die Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer Sonderabgabe zur Steigerung der Akzeptanz für Windenergieanlagen. Zunächst werden die beiden zentralen Anforderungen an Sonderabgaben aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dargestellt und im Folgenden dann die Gesetzentwürfe an diesem Maßstab gemessen (B. I.-III.). Unter C. wird anschließend ein alternativer Weg aufgezeigt, der den finanzverfassungsrechtlichen Anforderungen des Grundgesetzes genügt. Unter D. werden sodann weitergehende verfassungsrechtliche Anforderungen skizziert. Abschließend wird die Gesetzgebungskompetenz des Landes Brandenburg untersucht (E.).

Die Ausführungen unter B. zu den Anforderungen an eine Sonderabgabe und unter C. zur Außenbereichsabgabe basieren auf der Würzburger Studie zum Umweltenergierecht Nr. 9 von *Hartmut Kahl und Nils Wegner*, Kommunale Teilhabe an der lokalen Wertschöpfung der Windenergie: Das Instrument einer Außenbereichsabgabe, Juni 2018<sup>1</sup>. Die im Text enthaltenen Hinweise auf Seiten in eckigen Klammern [→ S. xy] ermöglichen es, die hier nur gekürzt wiedergegebenen Erkenntnisse und Herleitungen in der Studie aufzufinden und zur Vertiefung nachzulesen.

## **B. Anforderungen an eine (Finanzierungs-)Sonderabgabe nicht erfüllt**

### **I. Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts beachten**

Die beiden Gesetzentwürfe haben sich für den Weg einer Sonderabgabe entschieden. Sonderabgaben stellen eine „Auffangkategorie mit Warnfunktion“ dar<sup>2</sup>, die dem Gesetzgeber laut Bundesverfassungsgericht nur unter engen Voraussetzungen offen steht, u.a. sind dies:

- Gruppenverantwortung: Aus der Sachnähe einer abgrenzbaren Gruppe entspringt eine besondere Gruppenverantwortung für die Erfüllung der mit der Abgabe zu finanzierenden Aufgabe<sup>3</sup>.
- Gruppennützige Verwendung: Aufkommen muss gruppennützig, also überwiegend im Interesse der Gesamtgruppe verwendet werden<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Abrufbar unter: [https://stiftung-umweltenergierecht.de/wp-content/uploads/2018/06/Stiftung\\_Umweltenergierecht\\_WueStudien\\_09\\_Außenbereichsabgabe.pdf](https://stiftung-umweltenergierecht.de/wp-content/uploads/2018/06/Stiftung_Umweltenergierecht_WueStudien_09_Außenbereichsabgabe.pdf).

<sup>2</sup> *Schiller*, Sonderabgaben mit einer wirtschaftslenkenden Antriebs- und Sanktionsfunktion in der Wirtschafts- und Finanzverfassung des Grundgesetzes, München 2000, S. 10 ff.

<sup>3</sup> BVerfGE 55, S. 274 (306); siehe auch E 67, S. 256 (276); 82, S. 159 (180).

<sup>4</sup> BVerfGE 55, S. 274 (307 f); siehe auch E 67, S. 256 (276 f.); 82, S. 159 (180); 93, S. 319 (344); 110, S. 370, (391).

## II. Insbesondere: Kein Vorliegen einer besonderen Finanzierungsverantwortung (Gruppenverantwortung)

Zweifelhaft ist hier zunächst die Gruppenverantwortung. Die vorliegend geplante Abgabe geht augenscheinlich davon aus, dass es eine Finanzierungsverantwortung der Anlagenbetreiber für kommunale Akzeptanzmaßnahmen gibt. Daher stellt sich die Frage, ob es überhaupt eine (Finanzierungs-)Verantwortung der Betreiber für die Akzeptanz ihrer Anlagen gibt.

Offen ist dabei schon, was überhaupt unter „Akzeptanz“ zu verstehen ist: Nur eine (widerwillige) Duldung seitens der Betroffenen oder eher ein affirmatives Begrüßen<sup>5</sup>? [→ S. 8]

Auch ist keineswegs vorgezeichnet, dass ausgerechnet die Betreiber selbst dafür verantwortlich sind. Denn die Verantwortung für die Akzeptanz von gesetzgeberisch vorgezeichneten und behördlich administrierten Entscheidungen liegt formal beim demokratischen Rechtsstaat und nicht beim Normadressaten. Der Inhaber einer bestandskräftigen Genehmigung nach dem BImSchG, der mit dieser legal eine Windenergieanlage errichten und betreiben darf, muss darauf vertrauen können, dass der Staat dafür Sorge trägt, dass er sein Recht als Betreiber auch faktisch und frei von Störungen Dritter ausüben kann. [→ S. 8]

Nun heißt dies nicht, dass sich Akzeptanzmaßnahmen für Windenergie gerade im Vorfeld der Errichtung und des Betriebs deshalb erübrigen müssten. Es wird aber deutlich, dass die Betreiber hier zumindest keine primäre Einstandspflicht für die Sicherstellung der Akzeptanz ihrer Tätigkeit trifft – auch nicht im Vorfeld. Dies bleibt 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. [→ S. 8]

Die Betreiber von Windenergieanlagen können also nicht als eine Art Anlass- oder Zustandsstörer betrachtet werden, die durch ihr Verhalten die Wahrnehmung mangelnder Akzeptanz erst geschaffen haben und deshalb auch selbst dafür verantwortlich wären, diese sicherzustellen<sup>6</sup>.

Dass eine solche Argumentation nicht richtig sein kann, wird schnell deutlich, da sich die gewählte Begründung der Finanzierungsverantwortung fast beliebig auf unübersehbar viele Zusammenhänge übertragen ließe. So könnten auf diesem Weg eine Vielzahl an legalen und

---

<sup>5</sup> Vgl. zur Spannweite dessen, was unter Akzeptanz verstanden werden kann *Würtenberger*, 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>6</sup> In der Tat wurde die Parallele bereits gezogen, Betreiber von Windenergieanlagen seien wie Fußballveranstalter zu behandeln, die nach neuester Rechtsprechung (OVG Bremen, Urt. v. 05.02.2018, Az. 2 LC 139/17 sowie BVerwG, Urteil vom 29. März 2019, Az. 9 C 4.18) auch für die Polizeieinsätze zur Absicherung von sog. Hochrisikospielen zahlen müssten. Dieser Vergleich beruht aber auf einem Kategorienfehler, 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 Verwaltungsgebühr ante portas, NVwZ 2018, 868 (868 f.).

genehmigten- bzw. zugelassenen Tätigkeiten, die das Potenzial haben, auf mangelnde Akzeptanz zu stoßen (etwa privater Waffenbesitz mit Waffenschein, nach BImSchG genehmigte Errichtung und Betrieb von Tierhaltungsanlagen zur Schweinemast oder das Fahren eines SUV mit entsprechender KfZ-Zulassung) nach der gewählten Logik mit einer Sonderabgabe belegt werden. Damit verlöre aber das Erfordernis der Gruppenverantwortung seine Filterfunktion und folglich das Instrument der Sonderabgabe den Charakter einer fiskalischen Ausnahmeerscheinung, den ihr das BVerfG aber gerade zuschreibt.

In seinem Urteil zur (zulässigen) Umlage zur Finanzierung der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) hat das Bundesverfassungsgericht<sup>7</sup> eine Sachnähe 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, ohne das die Institute nicht arbeiten könnten und das eine konstitutive Rahmenbedingung für ihre Tätigkeit sei<sup>8</sup>. [→ S. 9]

Anders liegt der Fall bei der Realisierung von Windenergieanlagen und ihrer Akzeptanz: Hier kommt es nur darauf an, dass die immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsvoraussetzungen vorliegen, während die Akzeptanz des Vorhabens gerade keine (konstitutive) Voraussetzung ist. 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 im demokratischen Rechtsstaat ohnehin nicht führen. [→ S. 9]

Das Bundesverfassungsgericht 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>9</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 Stehtigkeit umzusetzen. Eine besondere Finanzierungsverantwortung gerade der Vorhabenträger begründet dies nicht. [→ S. 9]

Die Finanzierungsverantwortung kann sich auch nicht aus der zweckgebundenen Verwendung der Mittel begründen. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht die Gruppennützigkeit der Mittelverwendung als indiziert angenommen, wenn Sachnähe und Finanzierungsverantwortung

---

<sup>7</sup> BVerfGE 124, 235.

<sup>8</sup> BVerfGE 124, 235, juris Rn. 24.

<sup>9</sup> BVerfGE 108, 186 (227 f.); 124, 235, juris Rn. 26.

vorliegen<sup>10</sup>. Daraus lässt sich aber nicht ableiten, dass umgekehrt eine gruppennützige Verwendung die Finanzierungsverantwortung begründet. [→ S. 9] Dadurch würde das Pferd von hinten aufgezäumt. Einen Rückschluss von dem Nutzen aus der Mittelverwendung auf die Finanzierungsverantwortung für die Mittelbeschaffung hat das Bundesverfassungsgericht lediglich fakultativ bei der sog. Indienstnahme Privater angenommen, die – anders als eine Sonderabgabe – nur grundrechtlichen Grenzen unterliegt<sup>11</sup>.

### **III. Insbesondere: Vorliegen einer hinreichenden Zweckbindung des Abgabenaufkommens zumindest fraglich**

Fraglich ist auch, ob die gruppennützige Verwendung sichergestellt ist. Zur Steigerung der Akzeptanz sind in § 4 bzw. § 3 Abs. 5 der beiden Entwürfe insbesondere folgende Maßnahmen vorgesehen:

- Aufwertung von Ortsbild und ortsgebundener Infrastruktur,
- Information über Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien und über Möglichkeiten zur Nutzung Erneuerbarer Energien
- Optimierung der Energiekosten oder des Energieverbrauchs der Gemeinde oder der Einwohner
- Förderung kommunaler Veranstaltungen, sozialer Aktivitäten oder Einrichtungen, die der Kultur, Bildung oder Freizeit dienen, oder unternehmerischer Tätigkeit in der Gemeinde, wobei für die Einwohner ein Bezug zu den aus der Windenergieerzeugung generierten Geldmitteln erkennbar sein sollte.

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. [→ S. 10]

Die vorgeschlagenen Informationen über die Stromerzeugung aus erneuerbaren Quellen und den weiteren Möglichkeiten ihrer Nutzung sind da gewiss sachnäher, allerdings leuchtet nicht auf Antrieb 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 kompetenter wahrnehmen, weil es ohnehin zu ihrem unternehmerischen Vertriebskonzept gehört. [→ S. 10] Dabei

---

<sup>10</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. der 2. Kammer des Zweiten Senats v. 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>11</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.

ist dies nicht nur eine reine Effizienzerwägung, sondern hat auch eine justitiable Seite. Bei der Beurteilung des Forstabsatzfondsgesetzes hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass bei einer „zwangsweise durchgeführten Fördermaßnahme“<sup>12</sup> „im Wege staatlich organisierter ‚Selbsthilfe‘“<sup>13</sup> „erhöhte Anforderungen an den Gruppennutzen“<sup>14</sup> erfüllt sein müssen<sup>15</sup>.

Auch bei der Förderung einer aus umweltpolitischen Gründen gewünschten Technologie gibt es laut Bundesverfassungsgericht keine Vermutung für den Mehrwert staatlichen Handelns<sup>16</sup>. Es ist dabei auch nicht erkennbar, weshalb sich die Entwürfe für die Informationen allgemein auf „die Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien“ beziehen, obwohl das Ziel die Akzeptanzsteigerung nur für die Windenergie ist. 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, ist nicht evident. [→ S. 12]

Die als letztes Regelbeispiel 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 gekennzeichnet 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. [→ S. 10]

---

<sup>12</sup> BVerfG, Beschl. v. 12.5.2009, Az. 2 – BvR 743/01, Rn. 62.

<sup>13</sup> BVerfG, Beschl. v. 12.5.2009, Az. 2 – BvR 743/01, Rn. 54 mit Verweis auf BVerfGE 82, 159 (178).

<sup>14</sup> BVerfG, Beschl. v. 12.5.2009, Az. 2 – BvR 743/01, Rn. 63.

<sup>15</sup> BVerfG, Beschl. v. 12.5.2009, Az. 2 – BvR 743/01, Rn. 62: „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 sei seiner durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten unternehmerischen Freiheit dar [...] und bedarf auch insoweit besonderer Rechtfertigung.“

<sup>16</sup> BVerfG, Beschl. v. 12.5.2009, Az. 2 – BvR 743/01, Rn. 67: „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 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. [...]. Für eine allgemeine Vermutung evidenten Mehrwerts staatlich organisierter im Vergleich mit privatwirtschaftlicher Absatzförderung fehlt auch hier die Grundlage.“

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 „Brot und Spiele“ haben die Vorhabenträger 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. [→ S. 10]

### **C. Alternative: Außenbereichsabgabe als verfassungskonformer Begründungsansatz für eine Abgabe für Windenergieanlagen**

Um den verfassungsrechtlichen Fallstricken zu entgehen, die eine Sonderabgabe nahezu zwangsläufig mit sich bringt, hat die Stiftung Umweltenergierecht das Modell der „Außenbereichsabgabe“ entwickelt<sup>17</sup>. [→ S. 31 ff.] Diese stellt eine sog. Ressourcennutzungsgebühr dar und kommt daher ohne die Erfordernisse der Finanzierungsverantwortung und der gruppennützigen Mittelverwendung aus. Als sog. Belastungsgrund ist hier nicht auf einen so diffusen Finanzierungszweck wie die Steigerung der Akzeptanz abzuheben. Vielmehr wird der wirtschaftliche Vorteil aus der Nutzung des Außenbereichs durch die Windenergie abgeschöpft.

Der Typus der Ressourcennutzungsgebühr (oder auch Vorteilsabschöpfungsabgabe) wurde durch das BVerfG in der sog. Wasserpfennig-Entscheidung anerkannt<sup>18</sup>, ist aber in seinem Anwendungsbereich nicht auf Wasserentnahmeentgelte beschränkt. Verallgemeinernd setzt er voraus:

- Ein knappes Gut der Allgemeinheit,
  - das staatlich bewirtschaftet wird und
  - aus dem jemand einen Vorteil schöpft, der der Allgemeinheit (so) nicht zukommt.
- [→ S. 33 f.]

Liegen diese Voraussetzungen vor, so erscheint der individuelle Vorteil desjenigen, dem die Nutzung des Guts der Allgemeinheit erst im Rahmen der staatlichen Bewirtschaftung eröffnet wird, als Ergebnis einer staatlichen Leistung. Wird dieser staatlich induzierte Vorteil beim Nutzer abgeschöpft, so entspricht dies dem Gedanken der herkömmlichen Gebühr. Ihre Erhebung kann deshalb ohne die für die Sonderabgabe geltenden Restriktionen gerechtfertigt werden<sup>19</sup>.

Auch die für die Windenergienutzung geeigneten Außenbereichsflächen außerhalb geschlossener Siedlungsbereiche stellen ein solches knappes Gut der Allgemeinheit dar, welches durch verschiedene rechtliche Instrumente – namentlich das Bauplanungsrecht, aber auch das Natur- und

---

<sup>17</sup> Mit vergleichbarem Ansatz auch Köck, Zur Parallelität von Wassernutzungsrechten und Windnutzungsrechten, ZUR 2017, 684 ff.

<sup>18</sup> BVerfGE 93, 319. Zuvor bereits Murswiek, Die Ressourcennutzungsgebühr, NuR 1994, 170 ff.

<sup>19</sup> BVerfGE 93, 319 (345 f.).

Landschaftsschutzrecht – einer strengen Bewirtschaftung mit dem Zweck seiner weitestgehenden Freihaltung von baulichen Nutzungen unterliegt. [→ S. 34 ff.]

Windenergienutzungen kommt in diesem Rahmen aber eine Sonderstellung zu: Bauplanungsrechtlich handelt es sich bei ihnen gem. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB um sog. privilegierte Vorhaben, die im Außenbereich grundsätzlich zulässig sind, es sei denn ihrer Realisierung steht ausnahmsweise ein öffentlicher Belang entgegen. Hieraus erwächst den Trägern von Windenergievorhaben ein Sondervorteil, da ihnen die Nutzung von Außenbereichsflächen in einem Umfang eröffnet wird, die der Allgemeinheit verschlossen bleibt. Dabei ist der Sondervorteil nicht allein planungsbedingt. Er liegt mithin nicht nur dort vor, wo Windenergieanlagen auf der Grundlage einer windenergiespezifischen Raumplanung realisiert werden<sup>20</sup>, sondern lässt sich auch dort begründen, wo eine solche vollständig fehlt und die Realisierung allein auf Grundlage ihrer planungsrechtlichen Privilegierung erfolgt. [→ S. 41 ff.]

Im Ergebnis darf deshalb der den Vorhabenträgern von Windenergieanlagen zugewandte Sondervorteil durch Erhebung einer Außenbereichsabgabe wieder abgeschöpft werden. Durchgreifende verfassungsrechtliche Einwände stehen dem nicht entgegen. [→ S. 45 f.; S. 51 ff.]

Zwar ist dieses Modell für eine Bundesregelung konzipiert, kompetenzrechtlich lässt es sich aber auch auf Landesebene einführen, solange dies der Bund noch nicht getan hat.

## **D. Weitere materiell-verfassungsrechtliche Fragen einer Abgabe für Windenergieanlagen**

Unabhängig von der finanzverfassungsrechtlichen Zulässigkeit der gewählten Konzeption – Sonderabgabe oder Außenbereichsabgabe – müssen Abgaben für Windenergieanlagen auch im Weiteren den materiell-verfassungsrechtlichen Vorgaben genügen. Anhand der Gesetzesentwürfe sollen diese Anforderungen verdeutlicht werden.

### **I. Fragen der Gleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 1 GG**

Nicht durchgreifend erscheinen allerdings mögliche Bedenken hinsichtlich Verstößen gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG. Dies gilt sowohl insoweit als allein Windenergievorhaben zum Bezugspunkt einer Abgabe gemacht werden, nicht aber auch andere Außenbereichsvorhaben erneuerbarer Energien oder ganz allgemein. Dies gilt aber auch, soweit die Gesetzesentwürfe in der Behandlung solcher Windenergieanlagen zu gegenläufigen Ergebnissen kommen, die als untergeordnete Nebenanlagen zu anderweitigen

---

<sup>20</sup> So aber Köck, Zur Parallelität von Wassernutzungsrechten und Windnutzungsrechten, ZUR 2017, 684 (688).

Außenbereichsvorhaben genehmigt wurden oder in erster Linie der Entwicklung oder Erprobung neue Anlagentypen dienen.

Während der Gesetzesentwurf der SPD-Fraktion sowie der Fraktion DIE LINKE die Vorhabenträger auch solcher Anlagen zu den Abgabenschuldern zählt, ohne Ausnahmen vorzusehen (§ 1 BbgWindAbgG), werden durch den Entwurf der CDU-Fraktion als Nebenanlagen zugelassene Windenergieanlagen vom Anwendungsbereich der Abgabe ausgenommen sowie Forschungs- und Entwicklungsvorhaben zum Gegenstand einer fakultativen Ausnahme gemacht (§ 1 BbgWindAG). Trotz dieses Widerspruchs sind letztlich beide Ausgestaltungen mit Art. 3 Abs. 1 GG im Einklang, halten sie sich doch im Rahmen der gesetzgeberischen Befugnis, ohne willkürliche Erwägungen sachgerecht die Vergleichsgegenstände zunächst einmal selbst zu definieren<sup>21</sup>. Sowohl die generelle bzw. ausnahmsweise Herausnahme der vorgenannten Vorhaben aufgrund ihrer untergeordneten Bedeutung für die Akzeptanz des Windenergieausbaus insgesamt als auch ihre pauschalierende Einbeziehung halten sich je im Rahmen des so umschriebenen gesetzgeberischen Spielraums.

## **II. Vereinbarkeit mit der Berufsausübungsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG**

Problematischer ist indes die Vereinbarkeit mit der Berufsausübungsfreiheit der Vorhabenträger gem. Art. 12 Abs. 1 GG, in die durch die Belastung der je erfassten Windenergieanlagen eingegriffen wird. Zwar sind derlei Eingriffe im Grundsatz bereits der Rechtfertigung mittels vernünftiger Gründe des Allgemeinwohls zugänglich. Allerdings dürfen sie auch nicht außer Verhältnis zu dem mit ihnen verfolgten Zweck, vorliegend der Akzeptanzschaffung für den Windenergieausbau, stehen.

Insoweit bestehen insbesondere an der Konzeption der Abgabenhöhe in § 2 des Entwurfs der SPD-Fraktion sowie der Fraktion DIE LINKE Zweifel. Die Abgabenhöhe wird hier pauschal auf 10.000 € je Windenergieanlage und Jahr festgelegt. Bei einer unterstellten Laufzeit von 20 Jahren beträgt die Abgabe mithin insgesamt 200.000 €.

Zwar ist es an dieser Stelle nicht möglich eine absolute Grenze der Abgabenhöhe zu bestimmen. Gleichwohl erscheint es unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit als problematisch, wenn bei der Ermittlung der Abgabenhöhe die Wirtschaftlichkeit der konkreten Anlage ohne jeden Einfluss bleibt. Weder wird hier auf die konkret erzeugte Strommenge, die Leistung, die Volllaststunden oder eine Kombination der Merkmale abgestellt. Auch die akzeptanzrelevanten Eigenschaften der Anlagenhöhe, des Standortes etc. bleiben außer Betracht. Zwar sind pauschalierende Betrachtungen durchaus zulässig. Bei der Bemessung der Pauschale ist dann aber sicherzustellen, dass keine unbeabsichtigten Härten geschaffen werden. Dies aber scheint durchaus möglich, können die Erträge von Windenergieanlagen aufgrund von Abschaltauflagen,

---

<sup>21</sup> BVerfGE 90, 145 (196); *Nußberger*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 82.

wechselnden Windenerträgen und ihren unterschiedlichen Leistungsmerkmalen doch erheblichen differieren. Vor diesem Hintergrund dürfte aus grundrechtlichen Gründen eine Abgabekonzeption vorzugswürdig sein, die entsprechende Unterschiede abzubilden in der Lage ist.

## **E. Gesetzgebungskompetenz Brandenburgs gegeben**

Die notwendige Regelungskompetenz um die vorgeschlagenen Sonderabgaben i. S. d. Entwurfs der SPD-Fraktion und der Fraktion DIE LINKE bzw. der CDU-Fraktion oder aber eine Außenbereichsabgabe in der Konzeption der Stiftung Umweltenergierecht zu schaffen, dürfte jedenfalls durch § 36g Abs. 7 EEG zugunsten der Länder wiedereröffnet worden sein.

Vor dem Erlass des § 36g Abs. 7 EEG war die Frage der Länderkompetenz zur Regelung akzeptanzfördernder Abgaben Gegenstand einer lebhaften rechtswissenschaftlichen Diskussion. Selbst wenn der Bundesgesetzgeber des EEG, des EnWG und auch des BImSchG in der Vergangenheit landesrechtliche Regelungen über die finanzielle Teilhabe von Standortgemeinden von Windenergieanlagen weder ausdrücklich ausschloss noch implizit ausschließen wollte, dürfte insoweit gleichwohl eine Sperrwirkung für landesrechtliche Akzeptanzregelungen bestanden haben<sup>22</sup>.

### **I. Länderöffnungsklausel gem. § 36g Abs. 7 EEG**

Allerdings liegt inzwischen mit § 36g Abs. 7 EEG eine Regelung des Bundesgesetzgebers vor, die im Ergebnis eine Rückübertragung der Regelungszuständigkeit auf die Länder für bestimmte Akzeptanzmaßnahmen bewirkt haben dürfte. Wegen der relativen Unbestimmtheit der Regelung verbleibt jedoch ein Restrisiko ihrer Verfassungswidrigkeit und damit auch der Unwirksamkeit der beabsichtigten Kompetenz(rück-)übertragung.

Während der Bundesgesetzgeber § 36g Abs. 7 EEG offenbar allein als Klarstellung dahingehend verstand, dass er mit früheren Regelungen hinsichtlich dem in § 36g Abs. 7 EEG umschriebenen Bereich keine Sperrwirkung ausgelöst hatte<sup>23</sup>, kommt der Regelung nach hier vertretener Ansicht konstitutive Wirkung zu: Weil in der Vergangenheit eine Sperrwirkung zu Lasten der Länder bestand, bedarf es des § 36g Abs. 7 EEG zu deren Rückübertragung und nicht allein zur Klarstellung der ohnehin bestehenden Verfassungsrechtslage.

---

<sup>22</sup> Ausführlich zu dieser Fragestellung *Wegner*, Verfassungsrechtliche Fragen ordnungsrechtlicher Teilhabemodelle am Beispiel des Bürger- und Gemeindeneteiligungsgesetzes Mecklenburg-Vorpommern, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 8, März 2018, S. 14 f.

<sup>23</sup> Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie (9. Ausschuss), BT-Drs. 18/9096 v. 06.07.2016, S. 363: „[...] wird klargestellt, dass [...]“.

## 1. Anwendungsbereich § 36g Abs. 7 EEG

Gem. § 36g Abs. 7 EEG können die Länder „weitergehende Regelungen zur Bürgerbeteiligung und zur Steigerung der Akzeptanz für den Bau von neuen Anlagen erlassen, sofern § 80a nicht beeinträchtigt wird“.

Systematisch steht die Regelung im Zusammenhang mit den Privilegierungsregelungen zugunsten von Bürgerenergiegesellschaften in Ausschreibungen nach dem EEG. Dabei werden Bürgerenergiegesellschaften vom Gesetzgeber als Möglichkeit der Bürgerbeteiligung und insoweit auch als von Bedeutung für die Akzeptanzschaffung vor Ort betrachtet<sup>24</sup>. Hinreichende Akzeptanz wird dabei wiederum vom Gesetzgeber als notwendige Voraussetzung für den weiteren Ausbau der Windenergie an Land und das Erreichen der Klimaschutzziele angesehen<sup>25</sup>.

Mit der Wendung der „weitergehenden Regelungen zur Bürgerbeteiligung und zur Steigerung der Akzeptanz“ sind vor diesem Hintergrund generell Regelungen zu verstehen, die eine Teilhabe in wirtschaftlicher oder allein finanzieller Form am Ausbau der Windenergie ermöglichen und zu den Privilegierungsregelungen des § 36g EEG hinzutreten. Dabei kommt es auf die genaue Art der Teilhaberegelung, insbesondere deren genaue dogmatische Konzeption, nicht an. Einschränkend bestimmt § 36g Abs. 7 EEG vielmehr allein, dass das Kumulierungsverbot des § 80a EEG unberührt bleibt.

Insoweit können sowohl die Abgabenmodelle der Regelungsentwürfe der CDU bzw. der SPD/DIE LINKE als auch die Konzeption der Stiftung Umweltenergierecht unproblematisch unter die Vorschrift subsumiert werden. Ein Konflikt mit § 80a EEG liegt nicht vor.

## 2. Verfassungsmäßigkeit § 36g Abs. 7 EEG

§ 36g Abs. 7 EEG dürfte auch seinerseits verfassungsgemäß sein und eine Öffnung der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz zugunsten der Länder tatsächlich bewirken.

Trotz nach wie vor vertretener grundlegender Bedenken gegen die Zulässigkeit konstitutiver Öffnungsklauseln zugunsten der Landesgesetzgeber<sup>26</sup> können entsprechende Regelungen nach der Diskussion um die Länderöffnungsklausel des § 249 Abs. 3 BauGB als weitestgehend anerkannt gelten<sup>27</sup>. Der Wirksamkeit von § 36g Abs. 7 EEG steht auch nicht entgegen, dass der Gesetzgeber diesen allein als Klarstellung verstand, da dieses Regelungsmotiv seinerseits keinen Niederschlag im Gesetzestext gefunden hat und seiner Rechtswirkung deshalb nicht entgegensteht.

Zudem dürfte die Regelung letztlich auch hinreichend bestimmt sein. Zwar enthält die Regelung unbestimmte Rechtsbegriffe. Solche stehen der Annahme einer hinreichenden Bestimmtheit

---

<sup>24</sup> BT-Drs. 18/8860, S. 185, vgl. aber auch S. 147, 152, 153, 185, 212.

<sup>25</sup> BT-Drs. 18/8860, S. 212.

<sup>26</sup> *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 72 Rn. 60 f. m. w. N.

<sup>27</sup> Siehe nur BayVerfGH, Urt. v. 9.5.2016 – Vf. 14-VII-14, Vf. 3-VIII-15, Vf. 4-VIII-15, juris Rn. 119 ff.

aber nicht generell entgegen, soweit der Umfang der Kompetenzrückübertragung im Wege der Auslegung hinreichend bestimmbar ist. Zur Wahrung der hinreichenden Bestimmtheit der Regelung als Kompetenzöffnungsklausel ist diese aber gleichwohl dahingehend einengend auszulegen, dass allein Formen der Bürgerbeteiligung geregelt werden dürfen, die dem Zweck der Akzeptanzschaffung zu dienen bestimmt sind. Nicht erfasst werden nach diesem Verständnis auch solche Maßnahmen, die allein der Akzeptanz dienen können, nicht aber auch eine Form der Bürgerbeteiligung zum Gegenstand haben. Nach Wortlaut und Grammatik des § 36g Abs. 7 EEG ist eine solche einengende Bestimmung der Regelung möglich. Verfassungsrechtlich ist sie erforderlich, da der Begriff der Akzeptanzmaßnahme selbst letztlich keinerlei inhärente Beschränkung ausweist. So werden hierunter regelmäßig auch Regelungen der planerischen Steuerung<sup>28</sup>, der bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung<sup>29</sup> u. a. verstanden. Aufgrund der gleichwohl verbleibenden relativ hohen Unbestimmtheit der Regelung bleibt dennoch ein Restrisiko, dass § 36g Abs. 7 EEG im Falle seiner Überprüfung als zu unbestimmt angesehen und verworfen werden könnte<sup>30</sup>. In diesem Fall würde sie die nach hier vertretener Ansicht notwendige konstitutive Wirkung nicht entfalten. Dem Land Brandenburg würde in diesem Fall die Regelungskompetenz für Regelungen der vorgeschlagenen Art fehlen.

## II. Subsidiarität der Landesregelung

Die vorgeschlagenen Regelungen sollen nach den Entwürfen der SPD-Fraktion und der Fraktion DIE LINKE bzw. der CDU-Fraktion nur solange gelten, wie eine entsprechende bundesweite Teilhaberegulation nicht existiert. Ein automatisches Außerkrafttreten ist gleichwohl nicht in den Regelungsentwürfen vorgesehen.

Ein solcher Automatismus scheint zwar nach § 36g Abs. 7 EEG möglich. Danach wird die Regelungszuständigkeit der Länder allein für „weitergehende Maßnahmen“ eröffnet, d. h. solche Regelungen, die inhaltlich über die Bundesregelungen hinausgehen. Könnte dies für die brandenburgische Regelung nach Inkrafttreten einer Bundesregelung nicht mehr angenommen werden, würde die kompetenzielle Grundlage der Regelung auch tatsächlich entfallen<sup>31</sup>. Unabhängig von den verbleibenden Unsicherheiten darüber, wann eine bundesrechtliche Regelung die Regelung in Brandenburg tatsächlich vollständig abdecken würde, so dass diese nicht mehr als „weitergehende Maßnahme“ qualifiziert werden könnte, müsste die Verfassungswidrigkeit durch das Bundesverfassungsgericht zunächst festgestellt werden, Art. 100 Abs. 1 S. 2 GG. In der Zwischenzeit

---

<sup>28</sup> Köck, Akzeptanzprobleme der Windenergie und rechtliche Handlungsansätze, JhbUTR 134 (2017), 129 (136 ff.).

<sup>29</sup> FA-Wind, Roscher, BNK – Genehmigt!, Februar 2019, S. 46.

<sup>30</sup> Wegner, Verfassungsrechtliche Fragen ordnungsrechtlicher Teilhabemodelle am Beispiel des Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetzes Mecklenburg-Vorpommern, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 8, März 2018, S. 18 f.

<sup>31</sup> Oeter, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 72 Rn. 87; Degenhart, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 72 Rn. 38. A.A. etwa BVerwG, Urt. v. 27.11.1992 – 8 C 9/91, juris Rn. 21, wonach die Unwirksamkeit der Regelung aufgrund von Art. 31 GG eintritt.

verbliebe mithin eine nicht unerhebliche Rechtsunsicherheit. Der Landesgesetzgeber sollte deshalb im Falle des Erlasses einer Bundesregelung eine ausdrückliche Entscheidung über das Außerkrafttreten der Landesregelung herbeiführen und eine Regelung für ggf. einer Doppelbelastung unterliegende Vorhaben treffen.