



## Schlussbericht

# Dezentrale Beteiligung an der Planung und Finanzierung der Transformation des Energiesystems (DZ-ES)

*Eine interdisziplinäre Analyse auf Basis der institutionenökonomischen und politikwissenschaftlichen, technischen/systematischen sowie rechtlichen Erkenntnisse*

verfasst von Verena Lerm und Johannes Antoni

GEFÖRDERT VOM



Bundesministerium  
für Bildung  
und Forschung

Die Verantwortung für den Inhalt dieser Veröffentlichung liegt bei den Autoren.



<b>Titel</b>	<p>Dezentrale Beteiligung an der Planung und Finanzierung der Transformation des Energiesystems (DZ-ES) –</p> <p>Eine interdisziplinäre Analyse auf Basis der institutionenökonomischen und politikwissenschaftlichen, technischen/systematischen sowie rechtlichen Erkenntnisse</p>
<b>Auftraggeber/ Ansprechpartnerin</b>	<p>Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF) Heinemannstraße 2 53175 Bonn</p>
<b>Förderkennzeichen</b>	03EK3519C
<b>Laufzeit</b>	01.09.2013 bis 28.02.2017
<b>Zuwendungsempfänger</b>	<p>Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald – Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät – Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Finanzrecht, Umwelt- und Energierecht, Prof. Dr. Michael Rodi</p> <p>Domstraße 20a 17489 Greifswald</p> <p><b>Ansprechpartner:</b> Herr Prof. Dr. Michael Rodi Tel.: +49 (0) 3834 86 2100 E-Mail: lsrodi@uni-greifswald.de</p>
<b>Projektkoordination</b>	TU-Berlin - Fachgebiet Wirtschafts- und Infrastrukturpolitik (WIP)
<b>Arbeitspakete</b>	<p>AP 1: Grundlagen: Zielsystem und Methodik</p> <p>AP2: Empirische Analyse zu Akzeptanzwirkungen von Governance-Formen</p> <p>AP3: Dezentrale Beteiligung bei der Finanzierung der Netze</p> <p>AP4: Dezentrale Beteiligung an der Finanzierung von EE-Erzeugungsanlagen</p> <p>AP5: Dezentrale Beteiligung an der Planung des Energiesystems</p> <p>AP6: Zusammenführung der Ergebnisse und übergreifende Bewertung der Handlungsoptionen sowie Transfer der Projektergebnisse</p>



## Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis .....	3
I. Kurzzusammenfassung .....	4
1. Hintergrund .....	4
2. Aufgabenstellung .....	7
3. Voraussetzungen, unter denen das Vorhaben durchgeführt wurde .....	9
4. Planung und Ablauf des Projekts .....	10
a) AP 1 – Grundlagen: Zielsystem und Methodik .....	11
b) AP 3 – Dezentrale Beteiligung an der Finanzierung der Netze .....	12
c) AP 4 – Dezentrale Beteiligung an der Finanzierung von EE-Erzeugungsanlagen .....	13
d) AP 5 – Dezentrale Beteiligung an der Planung des Energiesystems .....	14
e) AP 6 – Zusammenführung der Ergebnisse und übergreifende Bewertung der Handlungsoptionen sowie Transfer der Projektergebnisse .....	15
5. Wissenschaftlicher und technischer Stand .....	16
6. Zusammenarbeit mit anderen Stellen .....	19
a) Projekttreffen, Workshops und Veranstaltungen .....	19
b) Unteraufträge und Gutachten .....	21
II. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse der UG-ÖR .....	22
1. Erzielte Ergebnisse .....	22
a) Analyse des Satus Quo des energiewirtschaftsrechtlichen Rahmens .....	22
b) Dezentrale Beteiligung an der Finanzierung von Netzen .....	23
c) Dezentrale Beteiligung an der Finanzierung und Planung von EE-Erzeugungsanlagen .....	31
d) Dezentrale Beteiligung an der Planung des Energiesystems .....	45
2. Wichtigste Positionen des zahlenmäßigen Nachweises .....	47
3. Notwendigkeit und Angemessenheit der geleisteten Arbeit .....	47
4. Fortschritt auf dem Gebiet des Vorhabens bei anderen Stellen .....	47
5. Nutzen und Verwertbarkeit der Projektergebnisse .....	47
6. Veröffentlichungen der Projektergebnisse .....	49



## I. Kurzzusammenfassung

### 1. Hintergrund

Das politische Energiewendeziel der Bundesregierung sieht die Reduktion der Treibhausgasemissionen um mindestens 40 % bis zum Jahr 2020 im Vergleich zu 1990 vor. Langfristig sollen die Emissionen bis 2050 um 80 bis 95 % gesenkt werden. Dabei will die Bundesregierung zur Umsetzung der Energiewende neben der Formulierung von Strategien zum Netzausbau, die Entwicklung von Energiespeichern und der Elektromobilität, die Senkung des Primärenergiebedarfs bis 2050 gegenüber dem Wert des Jahres 2008 um die Hälfte und vor allem auch die Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien (EE) weiter vorantreiben. Konkret soll dessen Anteil am Bruttoendenergieverbrauch bis zum Jahr 2020 auf 18%, bis 2030 auf 30%, bis 2040 auf 45% und bis 2050 auf 60% ansteigen. Da die politische Zielsetzung in Bezug auf das Energieversorgungssystem der Zukunft die Versorgung des nationalen Energiebedarfs aus vollständig erneuerbaren Energiequellen anstrebt und dies nach derzeitigem Kenntnisstand fast nur EE-strombasiert realisierbar ist, ist ein EE-Stromerzeugungsanlagenzubau in enormen Umfang vonnöten. Um dieses Ziel erreichen zu können, wurden verschiedene staatlich veranlasste Förderregime auf den Weg gebracht, von denen das Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) aus dem Jahr 2000 zur Förderung von Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien wohl das maßgeblichste ist.

Dieses Gesetz hat den Ausbau der erneuerbaren Energien entscheidend vorangetrieben. Daraus resultiert ein veränderter Netzausbaubedarf, damit die zumeist dezentral erzeugte Energie zum Verbraucher transportiert werden kann.

Beide Aspekte, sowohl der Ausbau der Stromerzeugungsanlagen, als auch der Zubau von Netzinfrastruktur haben Auswirkungen auf Personen, die in räumlicher Nähe der Anlagen leben. Die Installation bzw. der Betrieb von Solar-, Biomasse- und Windenergieanlagen an Land und das Verlegen von Stromnetzinfrastruktur können mit tatsächlichen oder auch nur gefühlten negativen Folgen für die Menschen in Ihrer Umgebung einhergehen. Befinden sich etwaige Projekte noch in der Planungsphase, werden oft entsprechende Befürchtungen artikuliert und der Realisierungsprozess verzögert sich unter Umständen wegen lokalen Bedenken. Das kann sich negativ auf das zeit- und kosteneffizienten Gelingen der Energiewende auswirken.



Die Projektpartner haben es sich vor diesem Hintergrund zur Aufgabe gemacht, im Projekt DZ-ES darzustellen, wie finanzielle Beteiligung an Netzinfrastruktur respektive EE-Stromerzeugungsanlagen in wirtschaftlich attraktiver Teilhabe münden kann, um so die Akzeptanz für deren Zu- und Ausbau zu erhöhen. Denn wegen der Notwendigkeit eines weiteren Zubaus von EE-Stromerzeugungsanlagen ist die Akzeptanz insbesondere für Windenergieanlagen an Land (WEA) von maßgeblichem Einfluss auf deren erfolgreiche Errichtung und damit für den Erfolg der Energiewende. Denn fraglich ist, ob bei einer Beibehaltung des Status quo die hohe Zustimmung zum Ausbau von EE-Stromerzeugungsanlagen auch in Zukunft besteht.

Es gibt vielerlei Gründe für Widerstände gegen EE-Stromerzeugungsanlagen, speziell WEA. In Untersuchungen werden neben den negativen externen Effekten von WEA wie Lärm, visuelle Beeinträchtigung des Landschaftsbildes sowie Auswirkungen auf die Natur, auch übergeordnete Argumente wie die Kosten der Energiewende und ihre Verteilung genannt. Dabei betreffen die externen Effekte hauptsächlich die lokale Bevölkerung in der Umgebung einer WEA. Darin dürfte eine Ablehnung besonders von WEA begründet sein, vor allem dann, wenn die Bevölkerung vor Ort keine finanziellen Vorteile vom Zubau von hat.

Einen die Ablehnung von EE-Stromerzeugungsanlagen verstärkenden Effekt könnte möglicherweise auch von einer als ungerecht empfundene Verteilung von Gewinnen bei EE-Stromerzeugungsanlagen-Vorhaben ausgehen. So profitieren beispielsweise bei WEA-Vorhaben neben den Vorhabenträgern (bzw. Anlagenbetreiber) insbesondere Eigentümer der benötigten Grundstücke durch hohe finanzielle Zahlungen. Diese Gruppe der Eigentümer von benötigten Grundstücken ist jedoch regelmäßig klein und überdies nicht notwendigerweise lokal ansässig. Zudem können durch den mit dem Bau von EE-Stromerzeugungsanlagen einhergehenden Ausbau des technischen Energiesystems Kosten entstehen (wie beispielsweise steigende Verteilernetzentgelte), die im aktuellen (Netz)Entgeltsystem zu erhöhten Kosten der lokalen Bevölkerung führen. Auch kann durch den Zubau nicht mit der Schaffung einer größeren Zahl lokaler Arbeitsplätze in der Standortkommune gerechnet werden.

So kann eine Möglichkeit zur Steigerung der für einen weiteren Ausbau nötigen Akzeptanz die finanzielle Beteiligung bzw. Kompensation von betroffenen Personen darstellen. Sozialempirischen Untersuchungen deuten darauf hin, dass eine finanzielle Beteiligung die Einstellung gegenüber der Errichtung von WEA positiv beeinflussen kann (Vgl. WARREN/MCFADYEN (2010), PEDERSEN ET AL. (2009), DEVINE-WRIGHT (2005, S. 133) und OTT/KEIL (2017)). Dennoch existieren in Deutschland, anders als beispielsweise in Dänemark,



auf Bundesebene nur in einem geringen Maße gesetzliche Regelungen zur finanziellen Beteiligung von Bürgern und Kommunen am Betrieb von EE-Stromerzeugungsanlagen. In einzelnen Bundesländern sind daher nun erste Bestrebungen erkennbar, auf diese Entwicklungen zu reagieren und durch landeseigene Maßnahmen eine finanzielle Beteiligung Betroffener vorzusehen. Ob darüber hinaus Kommunen selbst eigene Regelungen zur finanziellen Beteiligung, wie beispielsweise der Erhebung von Sonderabgaben oder kommunaler Steuern erlassen könnten, ist äußerst fraglich.



## 2. Aufgabenstellung

Die Projektpartner des Projekts DZ-ES untersuchten vor dem dargestellten Hintergrund zunächst, welche Vor- und Nachteile mit einer verstärkten dezentralen Beteiligung an Planung und Finanzierung einhergehen können und wie die Betroffenen damit umgehen, um schließlich aus diesen Ergebnissen abgeleitet Vorschläge für eine Weiterentwicklung des Rechtsrahmens auf den verschiedenen Ebenen (Bund, Land, Kommunen) zu erarbeiten.

Die Universität Greifswald – Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Finanzrecht, Umwelt- und Energierecht, Prof. Dr. Michael Rodi – (kurz UG-ÖR) übernahm bei der Bearbeitung die Aufgabe der Erarbeitung, Aufbereitung und Darstellung des netz- und erzeugungsseitig relevanten Status quo des Rechtsrahmens und begleitete während der Projektlaufzeit die Entwicklungen des relevanten regulatorischen Regimes, dessen Fortentwicklung im Jahr 2016 die für das Projekt entscheidenden Punkte betrafen. Zu Beginn des Jahres 2017 waren die meisten Novellierungen in Kraft. Die UG-ÖR konnte insbesondere den Gesetzesstand vom 01. Januar 2017 noch berücksichtigen, sodass u. a. die für Beteiligungsfragen unerlässlichen Inhalte des EEG 2017 und daraus abgeleitete Anpassungsvorschläge im Zuge der Erarbeitung der Projektendergebnisse noch Berücksichtigung finden konnten.

Die Fragenkomplexe wurden im Rahmen dieses Projekts durch die durchgehend interdisziplinäre Arbeitsweise der Projektpartner aus institutionenökonomischer, politikwissenschaftlicher, technisch-systemischer und juristischer Perspektive bearbeitet und in einem intensiven interaktiven Prozess ergebnisorientiert zusammengeführt. Im Rahmen mehrerer von den Projektpartnern organisierter Workshops (vgl. I.6.) im In- und Ausland konnten zudem Thesen und Zwischenergebnisse kontinuierlich mit externen Experten aus allen Bereichen der Energiewirtschaft diskutiert und dieser Mehrwert in dem Projektergebnis implementiert werden.

Die erforderliche Vergabe von Unteraufträgen trug des Weiteren dazu bei, dass sehr spezielle Fragestellungen, wie beispielsweise die Rechtezuweisung an der Ressource Wind und die Einordnung des für die Konzessionsvergabe im Energiewirtschaftsrecht entscheidenden § 46 EnWG in der Rechtspraxis in äußerst hoher Qualität und unter Wahrung des Projektzeitrahmens begutachtet werden konnten.

Konkret bedeutete dies für die UG-ÖR in den einzelnen Arbeitspaketen (AP) folgendes:

Die UG-ÖR forschte rechtswissenschaftlich der Leistungsbeschreibung entsprechend in den AP 3 – Dezentrale Finanzierung der Netze – und 4 – Dezentrale Beteiligung an der Finanzierung von EE-Erzeugungsanlagen.

Die UG-ÖR führte das Vorhaben unter der Voraussetzung eines ununterbrochenen Austauschs mit der TUB-WIP durch. Für die von TU-WIP planmäßig durchgeführten Analysen basierend auf Erkenntnissen und Methoden der Institutionen- und Industrieökonomik sowie der Wohlfahrts- und Umweltökonomik, war die Berücksichtigung juristischer Aspekte



unentbehrlich. Denn die aufgezeigten Projektergebnisse und Entwicklungsoptionen sollten umfassend fundiert und juristisch gangbar sein.

Durch die umfassenden gesetzlichen Neuerungen im Jahr 2016 und zu Beginn 2017 im Energiewirtschaftsrecht, war die UG-ÖR oft mit der Situation konfrontiert, dass sich zu manchen Regelungen gänzlich neue Untersuchungsgegenstände durch die gesetzgeberische Tätigkeit ergaben, die nicht vorhersehbar und dementsprechend mangels Fachliteratur von der UG-ÖR von Grund auf rechtswissenschaftlich aufgearbeitet werden mussten.

Bei der Bewältigung der Forschungsfragen in den AP konnte sich die UG-ÖR deshalb nur in punktuellen Umfang auf die jeweils im Bearbeitungszeitpunkt aktuellste relevante juristische Fachliteratur stützen. Die Arbeit war stark davon geprägt, dass sowohl auf Sachverhaltsebene, als auch auf rechtlicher Ebene bereits existente Fachliteratur nicht oder nicht mit entsprechender Zielrichtung oder in der hier erforderlichen Tiefe existierte. Bei der Betrachtung der tatsächlichen Entwicklungen beim Ausbau der EE-Erzeugungsanlagen ergaben sich neue Fragestellungen mit Bezügen zum Grundgesetz, wie die Einordnung von etwaigen Verwertungsrechten an der Ressource Wind, die zuvor nicht direkt in der Fachliteratur behandelt wurden. Auf der rechtlichen Ebene brachten die teilweise neuartigen Vorschriften aus formellen Bundes- und Landesgesetzen gänzlich neue Inhalte hervor, die noch nicht oder nicht hinreichend Gegenstand wissenschaftlichen Diskurses sein konnten. Dieser Umstand wurde insbesondere durch Gesetzgebungsverfahren auf Bundesebene geprägt, sodass die betroffenen Materien ständigen teilweise weitreichenden Anpassungen unterworfen waren. Zusammenfassend ist festzustellen, dass mit dem Forschungsprojekt juristisches Neuland betreten und der Boden für nachfolgende Projekte bereitet.



### 3. Voraussetzungen, unter denen das Vorhaben durchgeführt wurde

Bei den Investitionen in die Erzeugung, insbesondere in dezentrale erneuerbare Energiequellen, stellt sich die Frage der finanziellen und planerischen Beteiligung durch dezentrale Akteure wie Bürgerinvestoren und Verbraucherzusammenschlüssen, sowie lokale Gebietskörperschaften. Im Bereich der Photovoltaik sind bereits umfangreich einzelne Bürger als Investoren aktiv und profitieren von den zentral festgesetzten EEG-Förderzahlungen, die für die Netzeinspeisung des erzeugten EE-Stroms anfallen. Aber auch Windenergieprojekte an Land werden durch Bürgerzusammenschlüsse und Kommunen in nicht unerheblicher Zahl umgesetzt, wobei Kommunen zum Teil „planungsrechtliche Einflussmöglichkeiten“ nutzen, um derartige Modelle realisieren zu können und Erlöse nicht nur bei einzelnen Landeigentümern und Projektentwicklern anfallen zu lassen. Abgeleitet aus diesen Ansätzen können im Kontext der EE-Erzeugung kommunale Vorzugsmodelle, beispielsweise eine optionale Beteiligung der Kommune an neu zu errichtenden EE-Anlagen, erwogen werden. Außerdem sind u. a. Erstzugriffsrechte für lokale Verbraucherzusammenschlüsse denkbar, wobei derartige Vorgaben stets auf ihre rechtliche Zulässigkeit insbesondere mit Blick auf die europäischen Vorgaben der Kapital- und Niederlassungsfreiheit auszugestalten sind. Eine umfassende und nicht nur selektive (durch einzelne „vor Ort ansässige“ Bürger bzw. Landeigentümer) finanzielle Beteiligung in Form einer Kapitalbeteiligung kann in diesem Kontext aus mehreren Gründen vorteilhaft sein und war zu prüfen. Vor dem Hintergrund der Systemumstellung im EEG 2017 auf das Ausschreibungssystem wurde die Diskussion zu dieser Bürgerbeteiligungsform mit neuer Intensität geführt. Über eine Beteiligung lokaler Verbraucherzusammenschlüsse und Gebietskörperschaften an der Kapitalbereitstellung fallen Vorteile dort an, wo auch die Nachteile in Form von Beeinträchtigungen des Landschaftsbildes und erhöhter Verteilnetzentgelte durch die Anbindung der dezentralen EE-Erzeugungsanlagen verortet sind. Nicht zuletzt kann damit evtl. zum Erreichen von Verteilungszielen beigetragen werden, für die es einen recht breiten gesellschaftlichen Konsens gibt. Diese Aspekte können dabei unterstützen, nicht nur die lokale Akzeptanz für die Errichtung von derartigen Erzeugungsanlagen, sondern letztendlich auch die allgemeine gesellschaftliche Akzeptanz für die Energiewende zu erhöhen.



## 4. Planung und Ablauf des Projekts

Zielvorgabe des Projektes war es, Handlungsempfehlungen zu erstellen, wie durch eine dezentrale Beteiligung bei der Planung und Finanzierung der Energiewende Belastungen der Letztverbraucher begrenzt und Akzeptanzprobleme reduziert werden können. Dies umfasst auch Vorschläge zur Anpassung des institutionellen Rahmens, die in der Praxis vom Gesetzgeber und Akteuren auf zentraler Ebene (Legislative, Ministerien, Behörden wie die Bundesnetzagentur etc.) und dezentraler Ebene (Kommunen und Stadtwerke, Bürgerinvestoren) aufgegriffen werden können. Die Aufgabe der UG-ÖR im Rahmen des Vorhabens – verteilt über die verschiedenen AP – war die Darstellung des Rechtsrahmens hinsichtlich bereits bestehender Möglichkeiten dezentraler Beteiligungen im Energiesystem, die Identifikation von entsprechenden rechtlichen Spielräumen und die rechtliche Beurteilung von alternativen Abstimmungen von zentraler Regelung und dezentralen Handlungsspielräumen zum Zweck einer verstärkten Partizipation.

Das Projekt DZ-ES gliederte sich in sechs AP, die die Struktur der wissenschaftlichen Arbeit vorzeichnete.

Die AP auf einen Blick:

- AP 1 Grundlagen: Zielsystem und Methodik
- AP 2 Empirische Analyse zu Akzeptanzwirkungen von Gouvernance-Formen
- AP 3 Dezentrale Beteiligung bei der Finanzierung der Netze
- AP 4 Dezentrale Beteiligung an der Finanzierung von EE-Erzeugungsanlagen
- AP 5 Dezentrale Beteiligung an der Planung des Energiesystems
- AP 6 Zusammenführung der Ergebnisse und übergreifende Bewertung der Handlungsoptionen sowie Transfer der Projektergebnisse

Die UG-ÖR war in den AP 1, 3, 4, 5, und 6 involviert. Der Schwerpunkt der Bearbeitung lag im Bereich der Erarbeitung, Aufbereitung und Darstellung des netz- und erzeugungsseitig bedeutenden Status quo des Rechtsrahmens und der Eruiierung dessen möglicher Fortentwicklung. Folglich war die UG-ÖR bei der Verteilernetzbetrachtung in AP 3.2 mit dem Regulierungsrahmen der Verteilernetze mit befasst und in AP 3.8 an der rechtlichen Analyse und der übergreifenden Beurteilung von konsistenten Reformmodellen beteiligt. Spiegelbildlich brachte sich die UG-ÖR intensiv bei den Forschungsfragen zu Beteiligungsmöglichkeiten an EE-Erzeugungseinheiten in den AP 4.2 und 4.6 ein.



Während der gesamten Projektlaufzeit begleitete die UG-ÖR die Entwicklungen des relevanten regulatorischen Regimes, dessen Fortentwicklung im Jahr 2016 die das Projekt betreffende Fragen stark beeinflusste. Über die Vergabe von Unteraufträgen konnte für die speziell gelagerten Forschungsfragen, die nicht zu den Kernkompetenzen der UG-ÖR gehören, das juristische Fachwissen Dritter einbezogen werden, um ein umfassendes Bild zeichnen zu können. Auf diesem Weg konnte insbesondere der Gesetzesstand vom 01. Januar 2017 für das Projektendergebnis berücksichtigt werden, sodass insbesondere die für Beteiligungsfragen unerlässlichen Inhalte des EEG 2017 noch beachtet werden konnten.

Die Forschungstätigkeit der UG-ÖR wird im Folgenden konkret anhand der AP dargestellt.

#### a) AP 1 – Grundlagen: Zielsystem und Methodik

- Beteiligte Akteure und Rollen: TU WIP (Federführung) US-PSPS, UG-ÖR (Unterstützung)
- Zeitliche Einordnung: Januar bis einschließlich Mai 2013

Im Rahmen des fortlaufenden interdisziplinären Austauschs hat die UG-ÖR in AP 1 die Projektpartner dabei unterstützt, ein Zielsystem und eine darauf basierende Methodik zu entwickeln, die im Einklang mit den juristisch relevanten Aspekten steht. Dabei wurde eine juristische Analyse des mehrere Ebenen umspannenden Rechtsrahmens für die netzgebundene Energiewirtschaft, insbesondere hinsichtlich der Zielvorgaben von Verfassungs- und Europarecht, durchgeführt. Es wurden die besonderen Probleme für dezentrale Akteure, die aus den Vorgaben und Lücken des aktuellen Rechtsrahmens resultieren dargestellt und insbesondere die Gestaltungsprobleme hinsichtlich Rechtsform und Kooperationsformen, wie auch formelle rechtlichen Hürden auf dem Weg zu einem Anlagenbau/ zu einer Netzübernahme (Genehmigungen/ Teilnahmen an Ausschreibungsverfahren) erörtert.

Zudem hat die UG-ÖR durch ihre Mitarbeit und das Einbringen ihrer juristischen Expertise (u.a. zur Abschätzung von Rechtsänderungskosten (Vorbereitung, Beschlussfassung, Implementierung)) die Erarbeitung der Methodik für die Analysen und Beurteilung von Governance-Formen unterstützt.



## b) AP 3 – Dezentrale Beteiligung an der Finanzierung der Netze

### AP 3.2 – Status quo/Bestandsaufnahme Praxis

- Beteiligte Akteure: TUB-WIP, UG-ÖR (unter Einbeziehung der Unterauftragnehmer Prof. Dr. Kühling und Becker Büttner Held Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater PartGmbH (BBH))

### AP 3.3 – Analysen auf Basis der NIÖ zu Governance-Formen im Bereich der Netze:

- Beteiligte Akteure: TUB-WIP, ergänzend UG-ÖR (unter Einbeziehung der Unterauftragnehmer Prof. Dr. Kühling und BBH)

### AP 3.8 – Konzeption, rechtliche Analyse sowie übergreifende Beurteilung von konsistenten Reformmodellen:

- Beteiligte Akteure: TUB-WIP, UG-ÖR (unter Einbeziehung der Unterauftragnehmer Prof. Dr. Kühling, BBH und Prof. Dr. Hermes)
- Zeitliche Einordnung (insgesamt): April 2013 bis einschließlich November 2016

Die UG-ÖR hat unter Einbeziehung von Becker Büttner Held Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater PartGmbH (BBH) und Prof. Dr. Kühling – beide als Unterauftragnehmer – zunächst den Status quo des Rechtsrahmens für Stromnetze untersucht. Auf Grundlage dieser Bestandsaufnahme wurde vom UG-ÖR – unter Einbeziehung von BBH und Prof. Dr. Kühling – die TUB-WIP bei ihren Analysen durch Praxis-Input bezüglich Transaktions-, Akteur- und Marktcharakteristika – insbesondere durch BBH – sowie durch Abschätzung von Rechtsanpassungskosten (in diesem Unter-AP in grober Form, vertiefte Betrachtung erfolgte in AP 3.8) und von Anwendungsproblemen bezüglich einzelner Regelungsalternativen, unterstützt. Zudem hat sich die UG-ÖR bei der Erarbeitung der Fallstudien und durch umfangreiches Einbringen von Praxiserfahrungen – insbesondere durch BBH – sowie Erkenntnissen aus der juristischen Literatur eingebracht.

Letztlich hat die UG-ÖR (unter Einbeziehung von Prof. Kühling, BBH und Prof. Dr. Hermes) maßgeblich an der Konzeption der Reformmodelle, insbesondere durch Prüfung der rechtlichen Umsetzbarkeit und Erarbeitung des Anpassungsbedarfs der entwickelten Modelle mitgewirkt.



### c) AP 4 – Dezentrale Beteiligung an der Finanzierung von EE-Erzeugungsanlagen

#### **AP 4.2 – Status quo/Bestandsaufnahme Praxis**

- Beteiligte Akteure: TUB-WIP, UG-ÖR (unter Einbeziehung der Unterauftragnehmer Jun.-Prof. Dr. Bäumlner LL.M. (Cape Town), IKEM e.V. und BBH)

#### **AP 4.3 – Analysen auf Basis der Neuen Institutionenökonomik (NIÖ) zu Optionen der dezentralen Finanzierung und Beteiligung sowie diesbezüglicher zentraler Regelsetzung**

- Beteiligte Akteure: TUB-WIP (Federführung), UG-ÖR (Mitarbeit)

#### **AP 4.4 – Fallstudien Deutschland**

- Beteiligte Akteure: TUB-WIP, UG-ÖR (Unterstützung unter Einbeziehung des Unterauftragnehmers BBH), BBHC

#### **AP 4.6 – Konzeption, Beispielkalkulationen, rechtliche Analyse und übergreifende Beurteilung von konsistenten Reformmodellen**

- Beteiligte Akteure: TUB-WIP, UG-ÖR (Rechtliche Analyse unter Einbeziehung der Unterauftragnehmer Jun.-Prof. Dr. Bäumlner LL.M. (Cape Town), IKEM e. V.), FÖV, BBHC
- Zeitliche Einordnung insgesamt: Juni 2014 bis einschließlich November 2016

In AP 4 war die UG-ÖR in den Unter-AP 4.2., 4.3, 4.4, 4.6 beteiligt. Zu Beginn wurden in AP 4.2 durch die UG-ÖR – unter Einbeziehung der Erfahrung von BBH in der Beratungspraxis – die Verfahrensschritte bei der Projektierung und Finanzierung von EE-Anlagen dargestellt.

In Vorbereitung der Bearbeitung von AP 4.3 wurde durch Unterauftragnehmerin Jun.-Prof. Dr. Bäumlner LL.M. (Cape Town) mit Blick auf dezentrale Beteiligungsmöglichkeiten die alternative Zuordnung von Rechten an erneuerbaren Energien am Beispiel der Windenergierechte untersucht.

Im Rahmen von AP 4.3 erarbeitete die UG-ÖR die Bedeutung des Planungsrechts für die dezentrale Finanzierung und Beteiligung von EE-Erzeugungsanlagen. Zudem unterstützte sie die TUB-WIP bei den Analysen (u. a. Abschätzung der Praktikabilität verschiedener institutioneller Arrangements in der (Rechts-)Anwendung sowie von Umsetzungskosten),



wobei zunächst im Kontext der ökonomischen Analyse eine erste grobe Prüfung einzelner Modellvarianten erfolgte. Im Anschluss daran wurden in AP 4.4 von TUB-WIP mit der Unterstützung der UG-ÖR unter Einbeziehung von BBH (Unterauftragnehmer) und der juristischen Literatur Fallstudien entwickelt. Die Einbeziehung von BBH erfolgte hier aufgrund ihrer umfangreicheren Praxiserfahrungen.

Letztlich übernahm die UG-ÖR in AP 4.6 die rechtliche Analyse und Beurteilung der Reformmodelle und erarbeitete darauf aufbauend Vorschläge hinsichtlich der Anpassung des bestehenden Rechtsrahmens.

#### d) AP 5 – Dezentrale Beteiligung an der Planung des Energiesystems

##### **AP 5.1 – Darstellung und Beurteilung des Status Quo**

- Beteiligte Akteure: BBHC (Federführung), UG-ÖR (unter Einbeziehung von BBH: Rechtliche Analyse), TUB-WIP (Unterstützung)

##### **AP 5.2 – Konzeption von Reformmodellen**

- Beteiligte Akteure: TUB-WIP (Federführung), UG-ÖR (Unterstützung unter Einbeziehung von BBH), BBHC (Begleitung)

##### **AP 5.3 – Rechtliche Analyse von Reformmodellen**

- Beteiligte Akteure: UG-ÖR, BBH (Unterauftragnehmer)
- Zeitliche Einordnung insgesamt: Juni 2016 bis einschließlich Januar 2017

Die UG-ÖR stellte in AP 5.1 – unter Einbeziehung von BBH – den Status Quo hinsichtlich der Planung des Energiesystems aus rechtlicher Sicht dar. Zudem wurde die TUB-WIP durch die UG-ÖR bei ihrer Faktenaufnahme unter Rückgriff auf die umfangreichen Praxiserfahrungen von BBH unterstützt. Darauf aufbauende unterstützte die UG-ÖR – unter Einbeziehung von BBH – in AP 5.3 die Konzeption der Reformmodelle und Bewertung der Möglichkeiten der (zentralen) Regelsetzung aus rechtswissenschaftlicher Sicht. Um in AP 5.3 – wieder unter Einbeziehung von BBH – die entwickelten Reformmodelle eingehend juristisch zu analysieren und im Anschluss Anpassungsvorschläge zu erarbeiten.



**e) AP 6 – Zusammenführung der Ergebnisse und übergreifende Bewertung der Handlungsoptionen sowie Transfer der Projektergebnisse**

**AP 6 – Zusammenführung der Ergebnisse und übergreifende Bewertung der Handlungsoptionen sowie Transfer der Projektergebnisse**

- Beteiligte Akteure: TUB-WIP (Federführung), UG-ÖR (Mitarbeit), BBHC (Mitarbeit), FÖV (Mitarbeit)
- Zeitliche Einordnung: März 2016 bis einschließlich Februar 2017

Abschließend wurden in AP 6 die (Teil-)Ergebnisse aus den vorhergehenden Arbeitspaketen zusammengeführt. In diesem Zusammenhang erfolgte eine übergreifende Bewertung der Handlungsoptionen. Zudem wurden die Ergebnisse aufgearbeitet und der Projektendbericht angefertigt. Wobei die UG-ÖR bei der Zusammenführung der Ergebnisse mitgewirkt und die übergreifende Beurteilung durch die Berücksichtigung und Einbringung zentraler Ergebnisse der juristischen Analysen unterstützt hat.



## 5. Wissenschaftlicher und technischer Stand

Mit dem Vorhaben DZ-ES wurde eine interdisziplinäre Forschung auf Basis der Institutionenökonomik und politikwissenschaftlicher, technisch-systemischer sowie rechtswissenschaftlicher Erkenntnisse verfolgt, um praktikable und innovative Konzepte zur dezentralen Beteiligung an der Planung und Finanzierung der Energiewende zu entwickeln. Während mit dieser interdisziplinären Herangehensweise an die Themenstellung des Vorhabens wissenschaftliches Neuland betreten wurde, lagen im Bereich einzelner Subthemengebiete bereits wissenschaftliche Erkenntnisse und eigene Vorarbeiten vor, die im Rahmen des Vorhabens genutzt werden konnten und auf die im Folgenden auszugsweise eingegangen wird.

Allgemeine Erkenntnisse zur Koordination im föderalen System wurden auf Basis der (Neuen) Institutionenökonomik etwa von OSTROM / PARKS / WHITAKER (1974), OATES (1999), OATES (2005) und BUCHANAN (1974) erarbeitet. In diesem Zusammenhang kann zudem auf umfangreiche Forschungsarbeiten von TU Berlin-WIP zurückgegriffen werden, u. a. zu dezentralen Investitionen in öffentliche Ladeinfrastruktur der Elektromobilität durch Kommunen in Verbindung mit zentraler Finanzierung (Projekte „EM-Infra“ und „metropol-E“). Ferner hat TU Berlin-WIP bereits Forschungsarbeiten zur Finanzierung von dezentraler Straßeninfrastruktur im Allgemeinen (Projekt „Instrumente zur nachhaltigen Sicherung der Verkehrsinfrastruktur“) sowie zur föderalen Koordination bei der Finanzierung von Infrastruktur bei Verkehrstelematik (Projekt „SIM-TD“) durchgeführt.

Die Bedeutung der Berücksichtigung politologischer und soziologischer Erkenntnisse in NIÖ-Analysen ist vom Grundsatz her anerkannt (vgl. OSTROM (2005)). „Verwandte“ Fragen der Folgenabschätzungen für einzelne Akteure, Akzeptanz und politischen Durchsetzbarkeit wurden auch in Arbeiten von TU Berlin-WIP bereits eingehend behandelt (umfassend thematisiert in KLATT (2011), berücksichtigt etwa in BECKERS ET AL (2011)). Daneben liegen in Bezug auf das Themenfeld Akzeptanz und Energiewende verschiedene, von einer sozial- und politikwissenschaftlichen Herangehensweise geprägte Ergebnisse vor (vgl. z. B. SRU (2011), SCHLEGEL / BAUSCH (2007) und ZOELLNER / SCHWEIZER-RIES / WEMHEUER (2008)). Die Einbeziehung technischer Expertise ist bei NIÖ-Analysen oftmals geboten und wird von TU Berlin-WIP regelmäßig involviert.

Über die Akzeptanz dezentraler Beteiligungen im Energiesektor, aber auch in anderen Policy-Bereichen, liegen nur wenige empirische Arbeiten vor. Insbesondere die Verbindung zwischen den Komponenten Governance in der Energiepolitik, Partizipation und Akzeptanz war bislang kein Gegenstand empirischer Analysen. Dies ist umso erstaunlicher, als in der Bevölkerung einerseits Widerstände gegen geplante Vorhaben im Bereich des Energiesektors zunehmen (vgl. SCHWEIZER-RIES (2011)) und andererseits die Nutzung erneuerbarer Energien stark zunimmt. Daraus ergibt sich zwangsläufig die Frage, welche Verfahren dezentraler Beteiligung entwickelt werden müssen, die von der Bevölkerung wahrgenommen werden und die Akzeptanz positiv beeinflussen. WALK (2008) stellt in diesem Zusammenhang fest, dass die



Zusammenarbeit im Bereich der Energiewende auf der translokalen Ebene primär auf den Zweck der Steigerung der Effizienz des staatlichen Handelns ausgerichtet sei. Dieser Befund ist charakteristisch für die Entwicklung der heutigen politikwissenschaftlichen Governance-Forschung, denn früher standen vorwiegend emanzipatorische und legitimatorische Ziele im Vordergrund, die ihrerseits zur Effektivität und Akzeptanz von Planungen beitragen können (vgl. NEWIG (2011), HILPERT et al. (2011)).

Einige Erkenntnisse über die Akzeptanz einzelner Bau- oder Sanierungsprojekte und anderer Teilaspekte der Energiewende enthalten die Untersuchungen von MAUTZ / BYZIO (2004) über die Konflikthaftigkeit und die Konfliktdynamiken der Offshore-Windkraftnutzung sowie die Studie von HACKE / LOHMANN (2007) über die Akzeptanz energetischer Maßnahmen im Gebäudebestand. Nach diesen Ergebnissen nimmt die Akzeptanz von Vorhaben zu, wenn ein direkter Nutzen, z.B. in Form von Kosteneinsparungen, für die betroffenen Nutzer zu erkennen ist. Auch das Bereitstellen von Informationen und die Transparenz des gesamten Prozesses der Vorhabenrealisierung sind essentiell. Hierdurch können Konflikte schon im Vorhinein minimiert werden (vgl. HAUG (2012), SCHWEIZER-RIES (2010)). Auf die Grenzen der Beeinflussbarkeit deuten die Ergebnisse von NEWIG / FRITSCH (2009). Deren Fallstudien zufolge fördern zivilgesellschaftliche und Stakeholder-Beteiligungen die Umsetzung konkreter umweltbezogener Entscheidungen nur in seltenen Fällen.

Aus diesen wenigen Untersuchungen können keine Schlussfolgerungen für die Akzeptanz dezentraler Beteiligungsverfahren im Allgemeinen und im Bereich der Energiewende im Besonderen gezogen werden. Vielmehr verdeutlichen die wenigen diffusen Ergebnisse die Notwendigkeit empirischer Untersuchungen, insbesondere vor dem Hintergrund der Bedeutung des Themas.

Aus rechtswissenschaftlicher Perspektive sind ebenfalls noch keine Arbeiten vorhanden, die sich umfassend mit der dezentralen Beteiligung an der Finanzierung der Energiewende auseinandersetzen. Zu Einzelfragen dieses Themas sind zum Teil bereits Arbeiten vorhanden. So kann zum Thema „Dezentrale (Kapital-)Beteiligung bei der Finanzierung der Netze“ konstatiert werden, dass juristische Analysen vorliegen, die sich mit Fragestellungen der Dezentralität und zentralen Regeln, der Eigentümerschaft und der Einbeziehung von Nutzerkollektiven in die Planung und Finanzierung von Versorgungsnetzen auseinandersetzen und die einen Ausgangspunkt für die anstehenden Untersuchungen darstellen (vgl. z. B. SCHNEIDER / THEOBALD (2011), HOCH / THEOBALD (2011), TEMPLIN (2009)). In diesem Zusammenhang konnte auch auf weitere Vorarbeiten am Lehrstuhl von Prof. Rodi, von Prof. Kühling und von der Kanzlei BBH zurückgegriffen werden (vgl. zur Rationalität dezentraler Beteiligung an der Planung und Finanzierung des Energiesystems KÜHLING (2008), KÜHLING / PISAL (2011a), TEMPLIN (2011), THEOBALD / TEMPLIN (2011) und KÜHLING (2011), zu Fragen der Governance des Transformationsprozesses vor dem Hintergrund der deutschen Anreizregulierung KÜHLING (2011), KÜHLING / RASBACH (2011) sowie übergreifend KÜHLING / PISAL (2011b); zu verfassungsrechtlichen Fragen exemplarisch KÜHLING (2012). Von der Kanzlei BBH wurden planungsrechtliche Ansatzpunkte dafür untersucht, Kommunen an



Windprojekten an Land Beteiligungsoptionen zu eröffnen, was in der Projektarbeit aufgegriffen wurde.

Zum Thema Finanzierung von EE-Erzeugungsanlagen sind bislang nur sehr vereinzelte Arbeiten zu genossenschaftlichen Modellen vorhanden, nicht jedoch übergreifende Analysen. Im Bereich der Planung des Energiesystems konzentrieren sich rechtswissenschaftliche Untersuchungen bislang auf den Bereich der Netzplanung (insbesondere zum EnLAG); Fragen der Beteiligung an der Planung werden darüber hinaus noch nicht adressiert. Die Projektpartner konnten für die Bearbeitung dieser Fragen auf umfangreiche Vorarbeiten und Erfahrungen in der Praxis (Unterauftragnehmer BBH) zurückgreifen.



## 6. Zusammenarbeit mit anderen Stellen

Im Rahmen des Forschungsprojektes wurde interdisziplinär mit den Projektpartnern zusammengearbeitet. Durch den steten und intensiven Austausch mit den Projektpartnern konnte gewährleistet werden, dass die Schwerpunktsetzung durch die UG-ÖR mit den wirtschaftlich relevanten Gesichtspunkten vereinbar ist. Dabei ermöglichten insbesondere die im Rahmen des Projektes durchgeführten Veranstaltungen einen Austausch mit Dritten Interessenvertretern, sodass auch Problemstellungen und Bedürfnisse aus der Praxis in die Bearbeitung einbezogen werden konnten. Dies machte es möglich, die Projektergebnisse und Handlungsempfehlungen so darzustellen, dass sie den entsprechenden Lebenssachverhalten gerecht werden.

### a) Projekttreffen, Workshops und Veranstaltungen

Folgende Projekttreffen, Workshops und Veranstaltungen wurden abseits der zahlreichen Treffen der Projektpartner über den Projektzeitraum, unter Involvierung der UG-ÖR, für den projektförderlichen Wissensaustausch durchgeführt:

- 09.12.2013  
Teilnahme am Kick-off-Workshop zum Gesamtprojekt: In diesem Workshop wurden die wesentlichen Forschungsfragen des Projektes mit den Projektpartnern abgesprochen und sich auf ein gemeinsames Vorgehen verständigt. Weiterhin konnten die vorhandenen Schnittstellen mit den Partnern – insbesondere mit der TU Berlin (WIP) – identifiziert werden.
- 11.03.2014  
Projektvorstellung von DZ-ES auf der Auftaktveranstaltung in Berlin
- 29.04.2014  
Vortrag „Das Zusammenspiel von zentraler Regulierung und Rahmensetzung sowie dezentraler Konzessionsvergabe“ auf dem Forum Vergabe mit dem Thema „Vergabe von Energienetzen“ in Berlin
- 02.07.2014  
Teilnahme am Cluster-Workshop „Partizipation“ in Berlin sowie Vorstellung und Einordnung des Projektes DZ-ES
- 31.07.2014  
Teilnahme am Cluster-Workshop „Governance“ in Berlin sowie Vorstellung und Einordnung des Projektes DZ-ES



- 14.10.2014  
Teilnahme am Cluster-Workshop „Entwicklungsoptionen“ in Berlin sowie Vorstellung und Einordnung des Projektes DZ-ES
- 03.11.2014  
Vortrag „Beteiligung von Industrie sowie Bürgern und öffentlicher Hand an FEE-Projekten im Rahmen der Energiewende“ auf der Konferenz „Herausforderungen an die Mehrebenen-Governance der deutschen Energiewende“ in Berlin
- 24.07.2015  
Workshop im Rahmen der IKEM e. V. Summer Academy Governing Climate Change: A Multi-Level Approach to Energy System Transformation, Bridging the Gap between Public Support and Local Opposition, Options for Financial Participation of Stakeholders
- 24.10.2016  
Expertenworkshop zum Thema „Beteiligung von öffentlicher Hand und Bürgern am Ausbau von Windenergieanlagen an Land“ in Berlin
- 16.12.2016  
Expertenworkshop: „Wem gehört der Wind?“ - Diskussion von Optionen für eine öffentliche und dezentrale Zuordnung von Ernte- und Kompensationsrechten bei der Onshore-Windenergie im Lichte der Institutionenökonomik sowie des Verfassungs-, Europa- und WTO-Rechts, der für Projektpartner und UnterauftragnehmerInnen die Gelegenheit bot, sich mit Blick auf die zu erarbeitenden Projektergebnisse mit den Gästen fachlich auszutauschen.
- 09.02.2017  
Abschlussworkshop I: Tagung: „Wirtschaftliche Beteiligung von Bürgern und öffentlicher Hand an Onshore-Windprojekten: Effizienz, Akzeptanz und Umsetzbarkeit“
- 10.02.2017  
Abschlussworkshop II: Tagung: „Effiziente Governance für Stromverteilnetze im Kontext der Energiewende: Bedeutung und Ausgestaltung von Konzessionen und des § 46 EnWG als Ergänzung zur (Anreiz)Regulierung“



## b) Unteraufträge und Gutachten

Autor	Thema/ Titel	AP
Prof. Dr. Jürgen Kühling	Kurzgutachten zu europarechtlichen Regelungen bzw. daraus hervorgehenden Einschränkungen für die alternativen Ansätze bei Konzessionen für Stromverteilnetze;	3) 3.2), 3.3), 3.8)
Prof. Dr. Jürgen Kühling	Rechtsgutachten zur Anwendbarkeit der europäischen Konzessionsvergaberichtlinie auf die Konzessionsvergabe bei Stromverteilnetzen in Deutschland;	3) 3.2), 3.3), 3.8)
Rechtsanwälte Prof. Dr. Christian Theobald, Dr. Holger	Kurzgutachten: "Konzessionsvergaben nach § 46 EnWG – Kommunale Entscheidungsfindung in der Komplexitätsfalle"	3) 3.2), 3.3), 3.8)
Prof. Dr. Georg Hermes	Rechtsgutachterliche Analysen im Verfassungsrecht hinsichtlich der Rahmenbedingungen und Grenzen für verpflichtende Kooperation von Kommunen, planerische Festlegung von Größen für Verteilnetzgebiete und ähnliche Instrumente.	3)
Jun.-Prof. Dr. Jelena Bäumlner LL.M. (Cape Town)	Wem gehört der Wind? - und wie könnte eine alternative Vorteilszuordnung an der Windenergie in den Grenzen des verfassungsrechtlichen Rahmens rechtssicher realisiert werden?	4) 4.2), 4.6)
IKEM e. V.	Evaluierung der Folgen der Änderungen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG) 2017 für die dezentrale Beteiligung an der Finanzierung der Transformation des Energiesystems	4) 4.2), 4.6)



## II. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse der UG-ÖR

### 1. Erzielte Ergebnisse

#### a) Analyse des Satus Quo des energiewirtschaftsrechtlichen Rahmens

Die UG-ÖR hat mit Blick auf die Zielstellung des Projektes zunächst den energiewirtschaftsrechtlichen Rahmen des Europa- und Verfassungsrechts herausgearbeitet. So wurde die Rolle der Kommunen als eine der entscheidenden Verantwortungs- und Gewährleistungsinstanzen der Energiewirtschaftslandschaft identifiziert. Diese Rolle der Kommunen wird insbesondere nicht durch den, den Wettbewerbsgedanken betonenden europäischen Rechtsrahmen unterminiert.

Bei der Analyse des bestehenden und für die Projektzielvorgabe relevanten Rechtsrahmens hat sich allerdings gezeigt, dass das Ziel einer Stärkung der Akzeptanz von Energiewendeprojekten, ebenso wie das Metaziel der Stärkung der regionalen Wertschöpfung im bestehenden Rechtsrahmen nicht ausreichend, d. h. nur lückenhaft verankert ist. Dies führt zu besonderen Problemen für dezentrale Akteure. Diese liegen insbesondere in Gestaltungsproblemen hinsichtlich Rechtsform und Kooperationsformen der Beteiligung, wie auch in formell rechtlichen Hürden. Diese Hürden manifestieren sich beispielsweise in Genehmigungserfordernissen bzw. der obligatorischen Teilnahme an Ausschreibungsverfahren auf dem Weg zu einem Anlagenbau oder einer Netzübernahme.

Das Ergebnis der Analyse stellt sich dabei so dar, dass insbesondere die rechtlichen Vorgaben für Kooperationen zwischen Kommunen und bürgerschaftlichen Akteuren und bezüglich des Konzessionsverfahrens, das der Netzübernahmen zeitlich vorgelagert ist, ergänzungsbedürftig sind.



## **b) Dezentrale Beteiligung an der Finanzierung von Netzen**

Die UG-ÖR hat im Anschluss eine umfassende juristische Analyse des mehrere Ebenen umspannenden energiewirtschaftlichen Rechtsrahmens erstellt, in der auch das Verfassungs- und Europarecht Berücksichtigung fand. Die Analyse wurde stets aus der Perspektive der projektbestimmenden Fragestellung – Möglichkeiten einer dezentralen Beteiligung an der Finanzierung der Netze – erstellt. Dabei war zu beachten, dass die leitungsgebundene Energieversorgung für Strom und Gas ausgehend vom Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) vergleichsweise umfassend geregelt wird. Da das Energienetz als notwendiger Bestandteil des Energiesystems der Energieversorgung dient, ist diese Materie dem Bereich der Daseinsvorsorge zuzuordnen, für dessen Zuverlässigkeit und Funktionsfähigkeit der Staat eine Verantwortung trägt.

Bei der Betrachtung des Rechtsrahmens für Stromnetze hat sich die UG-ÖR an dem chronologischen Ablauf der Errichtung und Nutzung von Stromnetzen orientiert: Zunächst wird Netzinfrasturktur geplant, dann verlegt und schließlich von jemandem betrieben.

### ***(1) Dezentralisierung des Netzausbaus***

In Bezug auf die Fragen der Dezentralisierung des Netzausbaus wurde im Rahmen des Projektes von der UG-ÖR ein juristisches Kurzgutachten zum „Eingriff in die Eigentumsrechte und zur gesetzlichen Festlegung von Kompensationszahlungen durch Leitungsvorhaben“ erstellt. Die Thematik ist in zeitlicher Hinsicht dem Netzausbaustadium zuzuordnen.

Hintergrund des Gutachtens war die Frage, inwiefern (juristische) Personen über Kompensationszahlungen finanziell beteiligt werden können und ob es sich dabei um eine Partizipationsform handelt, die dazu geeignet ist, gegebenenfalls lokal geleistete Widerstände zu überwinden bzw. Akzeptanz zu begründen oder zu steigern.

Das Gutachten beinhaltet dabei im Wesentlichen die folgenden hier überblicksartig dargestellten Überlegungen: Um erzeugte Energie an den Verbraucher zu leiten, bedarf es entsprechender Infrastruktur. Um ein Leitungsbauvorhaben durchzuführen, muss zunächst ein Planfeststellungsverfahren bzw. -genehmigungsverfahren durchlaufen werden. Im Anschluss bemüht sich der Vorhabenträger um eine Vereinbarung mit der Privatperson oder Gemeinde, auf dessen oder deren Grundstück das Leitungsvorhaben geplant ist. Bei Grundstücken von Privatpersonen kann das Grundstück nach den gesetzlichen Bestimmungen auch ohne Vereinbarung in Anspruch genommen werden. Bei der Inanspruchnahme privater Grundstücke für Mittel- oder Niederspannungsnetze besteht eine unentgeltliche Duldungspflicht nach § 12 Abs.1 NAV/NDAV. Bei dem Bau von Hoch- oder Höchstspannungsnetzen können Privatgrundstücke, wenn sie nicht freihändig erworben wurden, sogar durch ein Enteignungsverfahren mit entsprechender Entschädigung in Anspruch genommen werden.



Bei gemeindeeigenen Flächen muss hingegen unabhängig von Netzebene eine Konzessionsvereinbarung zwischen dem Vorhabenträger und der Gemeinde getroffen werden. Denn § 48 EnWG begründet zwar die Pflicht der Gemeinden, ihre öffentlichen Verkehrswege für die Leitungsverlegung zur Verfügung zu stellen. Diese Verpflichtung ist aber direkt an den Anspruch auf die Konzessionsabgaben als privatrechtliche Kompensation gekoppelt. Auf diesem Weg partizipieren anliegende Kommunen bereits jetzt von der Nutzung ihrer bestehenden Netze. Zusätzlich kann der Vorhabenträger nach § 5 Abs. 4 S. 1 StromNEV bei Höchstspannungsleitungen ab 380 kV und bei Gleichstrom-Hochspannungsleitungen ab 300 kV neben etwaiger Konzessionsabgaben auch eine Ausgleichzahlung vereinbaren, die freiwillig und ohne Gegenleistung vom Vorhabenträger entrichtet wird. Hier bestehen jedoch hinsichtlich des Anwendungsbereiches und einer rechtssicheren Ausgestaltung erhebliche Hemmnisse.

Problematisch an dieser freiwilligen Ausgleichszahlung ist, dass Leitungen mit einer Leistung unterhalb 110 kV und Erdkabel nicht erfasst werden. Weiterhin wird an der Regelung moniert, dass Zahlungen ausschließlich für neue Freileitungen ab 380 kV und nur mit Planfeststellungsverfahren zu leisten sind, so dass für andere Leitungsvorhaben keine Ausgleichzahlungen anfällt, obwohl diese mit ähnlichen negativen externen Effekten einhergehen können. Des Weiteren existiert keine Zweckbindung der Finanzmittel. Zudem ist die Verfassungsmäßigkeit der Norm in der Literatur mit der Argumentation umstritten, dass § 5 Abs. 4 StromNEV nicht von der parlamentsgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage gedeckt sei. Problematisch ist zudem die Wälzungsmöglichkeit der Ausgleichzahlungen über die Netzentgelte: Die Netzentgelte stellen eine synallagmatische Gegenleistung für Netzzugang und Netznutzung dar. Bei der Zahlung nach § 5 Abs. 4 StromNEV fehlt die synallagmatische Verknüpfung, da der Netzbetreiber die Ausgleichszahlung entrichtet, ohne dafür eine Gegenleistung zu erhalten.

Aus diesen Gründen bestehen auch bei den durchführenden Übertragungsnetzbetreibern (ÜNB) Bedenken hinsichtlich der straf- und steuerrechtlichen Risiken. Diese Risiken bestehen entsprechend für die kommunalen Amtspersonen, die die Zahlung entgegennehmen. Denn die Zahlung erfolgt auf Grundlage einer Kann-Regelung. Es besteht also keine vom Gesetzgeber begründete rechtmäßige Pflicht, deren Wahrnehmung die Transaktion rechtfertigt. Konsequenterweise sind mit der Ausgleichszahlung erheblichen Transaktionskosten verbunden, die wesentlich durch die Erstellung von privatrechtlichen Vertragswerken bedingt sind und die Parteien vor der Realisierung der dargestellten Risiken abschirmen sollen, um eine möglichst rechtssichere Zahlung zu gewährleisten.

Insoweit ergab das Kurzgutachten, dass Privatpersonen im Rahmen des Netzausbaus, wenn überhaupt, nur einmalig von diesem profitieren und zudem zugunsten der meist privatrechtlich organisierten Netzbetreiber enteignet werden können. Diese Regelung erscheint in Anbetracht der Tatsache, dass die Netzbetreiber mit dem Netzbetrieb eine langfristige Einnahmequelle bewirtschaften, für die Akzeptanz des Netzausbaus jedenfalls nicht förderlich.



## *(2) Dezentralisierung des Netzbetriebs*

Die Energieverteilung in Deutschland vollzieht sich zum allergrößten Teil in mehr als 900 Netzen der örtlichen Versorgung. Bürgerinvestoren oder Verbraucherzusammenschlüsse treten in aller Regel nicht als Stromverteilernetzbetreiber auf, sodass Dezentralisierung auf dieser Wertschöpfungsstufe fast immer das Engagement von Kommunen voraussetzt. Als Ausnahmen seien hier die Stromverteilernetzbetriebe in Schönau (Baden-Württemberg), Feldheim (Brandenburg) und Saerbeck (Nordrhein-Westfalen) genannt. Die Erteilung der Konzession erfolgt durch Vergabe eines Wegerechtes gem. § 46 Abs. 2 EnWG. Das europäische Sekundärrecht macht für die Konzessionsvergabe, die nach europäischer Kategorisierung als Dienstleistungskonzession verstanden wird, bis dato keine expliziten Vorgaben. Aus dem europäischen Primärrecht folgt einzig das Gebot einer transparenten und diskriminierungsfreien Vergabe.

Das weitgehende Fehlen expliziter Regelungen setzt sich auch auf Ebene des nationalen Rechts fort und wirft für die Rechtsanwendenden regelmäßig massive Probleme auf. Für die Vergabe von Wegenutzungsverträgen sind vor allem die Unsicherheit bezüglich der zulässigen Vergabekriterien, wie auch die nur rudimentär geregelten Fehlerfolgen von gewichtiger Bedeutung. Für die Kommunen besteht hier eine erhebliche und folgenschwere Gefahr, Wegenutzungsrechte unerkannt rechtswidrig zu vergeben. Im Umkehrschluss heißt dies, dass für den Netzübernehmenden Rechtssicherheit zurzeit kaum erreichbar ist. Gerade für dezentrale Akteure mit typischerweise begrenzten finanziellen Ressourcen stellt dies ein schwer zu überwindendes Hindernis dar. Hinzu kommt eine derzeit wenig kommunalfreundliche Tendenz der Rechtsprechung, sodass schwer handhabbare rechtliche Rahmenbedingungen einer weiteren Dezentralisierung der Energieverteilung im Wege stehen.

In diesem Kontext wurden folgende Problemschwerpunkte, die sich zumeist in einer hinderlichen Rechtsunsicherheit bei der Anwendung äußern, ausgemacht:

1. Die von großen Teilen der Rechtsprechung und Literatur bejahte Anwendbarkeit der wettbewerbsrechtlichen Basisnormen des nationalen Rechts auf die Konzessionsvergabe ist nach Sicht der UG-ÖR abzulehnen: Diese Normen setzen die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung und insofern jedenfalls eine unternehmerische Betätigung voraus. Da die Kommune zur Konzessionsvergabe verpflichtet ist, ist sie allerdings im von § 46 EnWG entworfenen Paradigma für die leitungsgebundene Energieversorgung kein freier Anbieter eines Monopolrechtes; sie ist vielmehr Nachfrager für die Leistung der Netzbewirtschaftung und damit nach der hier vertretenen Ansicht nicht unternehmerisch tätig.
2. Nach der Rechtsprechung des EuGHs ist der Auftraggeber von der Ausschreibungspflicht dann befreit, wenn er über die beauftragte juristische Person eine Kontrolle wie über eine Dienststelle ausübt und diese ihre Tätigkeit im Wesentlichen nur für ihren staatlichen Anteilseigner ausübt. Diese sogenannten Inhouse-Vergaben für Strom- und



Gaskonzessionen sind nach aktueller Rechtslage und Rechtsprechung des BGH nicht möglich. Der Konzessionsnehmer, d. h. der örtliche Netzbetreiber, erbringe – so die Argumentation – seine Tätigkeit quantitativ und qualitativ ganz überwiegend nicht für die Kommune, sondern für die Energienachfrager in der Gemeinde. Dies ist allerdings vor dem Hintergrund der kommunalen Selbstverwaltungshoheit (Art. 28 Abs. 2 GG) und der daraus fließenden Gewährleistungsverantwortung für die Energieversorgung zu bezweifeln: Der Netzbetreiber erbringt seine Dienstleistung vielmehr im öffentlichen Interesse der Kommune, da diese für die Energieversorgung der Bürger verantwortlich ist.

3. § 46 Abs. 4 S. 1 EnWG wird in großen Teilen der Rechtsprechung und Literatur entnommen, dass die Konzessionsvergabekriterien sich sämtlich den Zielen des § 1 Abs. 1 EnWG zuordnen, wenn nicht sogar auf die Ermittlung des effizientesten Bewerbers hinleiten lassen müssten. Mit guten Gründen (Gesetzeshistorie, kommunale Wegehoheit und grundgesetzliche begründeter Stellung der Kommunen) kann allerdings bezweifelt werden, ob der schlichte Gesetzeswortlaut des § 46 Abs. 4 S. 1 EnWG diese restriktive Auslegungspraxis zulässt. Insbesondere die aus Art. 28 Abs. 2 GG abgeleitete Befugnis der Kommune, bestimmte grundlegende Systementscheidungen treffen zu dürfen, muss sich – nach der von UG-ÖR vertretenen Auffassung – in einem größeren Spielraum bei der Festlegung der Auswahlkriterien und der Bewertung der Angebote widerspiegeln. Die Kommune ist – nach Ansicht der UG-ÖR – in dieser von der Verfassung geschützten Selbstverwaltungsangelegenheit nicht bloßes Vollzugsorgan einer im Rahmen des § 46 Abs. 2 und 3 EnWG zu treffenden wettbewerblichen Entscheidung.

Seit der letzte Novelle des § 46 EnWG von Anfang 2017 können zwar laut Absatz 4 S. 2 explizit die Belange der örtlichen Gemeinschaft bei der Auswahl des neuen Netzbetreibers berücksichtigt werden. Sowohl der Gesetzestext, die innere Systematik der Vorschrift als auch die Gesetzesbegründung machen jedoch deutlich, dass bei der Auswahl des Netzbetreibers weiterhin die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG vorrangig maßgeblich sein sollen. Insoweit ist kaum zu erwarten, dass eine verstärkte Berücksichtigung kommunaler Interessen auf Grundlage dieser Novellierung erfolgen wird.

4. Auch das Netzübernahmeverfahren unterliegt gravierenden Rechtsunsicherheiten. Umstritten sind neben dem Umfang der Auskunftspflichten des scheidenden Netzbetreibers typischerweise die Verteilung der Entflechtungskosten und Höhe der zu übertragenden Erlösobergrenzen. Vordringlichstes Problem im Zusammenhang mit einer Netzübernahme ist jedoch in aller Regel die Übernahmevergütung. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG zwingt den Altkonzessionär zur Übereignung des Netzes an den Neukonzessionär zu einem wirtschaftlich angemessenen Kaufpreis und tangiert insofern den normgeprägten Schutzbereich des Grundrechtes aus Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG, der dem Schutz des Eigentums dient. Wenngleich dies in der Literatur keineswegs unumstritten, so wird die das Eigentum zeitlich einschränkende Regelung rechtsdogmatisch als entschädigungslose Inhalts- und Schrankenbestimmung des Schutzbereichs nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG eingeordnet. Als solche unterliegt die Übereignungspflicht einer



Verhältnismäßigkeitskontrolle. Art. 14 Abs. 1. GG garantiert insofern nicht den Schutz jeder Rechtsposition, jedenfalls aber eine individuelle Güterzuordnung auf dem Boden des allgemeinen Gerechtigkeitsprinzips. Verfassungsrechtlicher Maßstab für die wirtschaftliche Angemessenheit des Kaufpreises ist demnach der gerechte Ausgleich. Nach Abwägung der Interessen und schützenswerten Belange – insbesondere auch derjenigen des Neukonzessionärs – sprechen gute Gründe dafür, den belasteten Schutzwürdigen insoweit für seine Vermögenseinbuße zu kompensieren, als diese Einbuße sich in einem Vermögenszuwachs an anderer Stelle widerspiegelt und mithin diesen, wohl am ehesten durch den kalkulatorischen Restwert des Netzes abgebildeten Wert als die verfassungsrechtlich gebotene Vergütung zu identifizieren. Dass die Systematik des geltenden Energiewirtschaftsrechtes etwas Anderes für die wirtschaftliche Angemessenheit vorgibt, ist zu bezweifeln: Das herrschende Regulierungsregime billigt dem Neukonzessionär eine Verdienstmöglichkeit durch festgelegte Netzentgelte zu. Sowohl Effizienzsteigerungen als auch Eigenkapitalverzinsung sind damit im Ertragswert enthalten. Wäre der Ertragswert zu entrichten, so würde der in der Eigenkapitalverzinsung abgebildete erwirtschaftete Gewinn des Neukonzessionärs im Widerspruch zum Zweck der gesetzlich determinierten Neuordnung des Eigentums ex ante dem Altkonzessionär zufließen.

Im Gegensatz zu der auf diesen Untersuchungsergebnissen beruhenden Ansicht der UG-ÖR sah der Gesetzentwurf des BMWI den objektivierten Ertragswert als angemessene Vergütung an. Der Bundesrat hat in seiner Sitzung am 16.12.2016 beschlossen, zu diesem Gesetzentwurf keinen Antrag nach Art. 77 Abs. 2 GG auf Einberufung eines Vermittlungsausschusses zu stellen und damit keinen Einspruch gegen das Änderungsgesetz einzulegen. Das Änderungsgesetz wurde am 2. Februar 2017 im Bundesgesetzblatt verkündet, sodass es am 3. Februar 2017 in Kraft getreten ist. darin kommt die Einschätzung des Gesetzgebers zum Ausdruck, der – anders als UG-ÖR – den objektivierten Ertragswert als angemessene Vergütung ansieht, § 46 Abs. 2 S. 4 EnWG. Die Novellierung wird indes aller Wahrscheinlichkeit nach nicht zu einer verminderten Rechtsunsicherheit bei der Bestimmung Vergütung beitragen, denn weder das Gesetz noch die Gesetzesbegründung erläutern, was genau unter dem objektivierten Ertragswert zu verstehen ist. Es bleibt also zu befürchten, dass die Konkretisierung auch in Zukunft zahlreiche Gerichte beschäftigen wird.

Diese Darstellung zeigt, dass es trotz der jüngsten Novellierungen weiter diffizil ist, ein juristisch ordnungsgemäßes Vergabeverfahren auf Grundlage des § 46 EnWG durchzuführen. In diesem Kontext wurden die Reformprozesse in Bezug auf die §§ 46 und 47 EnWG durch die UG-ÖR stets begleitet. So hat sich UG-ÖR vertieft mit der kommunalen Selbstverwaltung auseinandergesetzt (vgl. unten). Neben der europarechtlichen Zulässigkeit kommunaler wirtschaftlicher Betätigung nach Art. 106 AEUV und den Grenzen aus Art. 28 GG über das Recht kommunaler Selbstverwaltung wurde die Konkretisierung der Inhalte des Art. 28 GG im Zusammenhang mit der Energieversorgung auf Ebene der Bundesländer über die Gemeindeordnung oder Kommunalverfassung eruiert. Das Ergebnis ist eine sogenannte Schrankentrias, die der wirtschaftlichen Betätigung von Kommunen einen Rahmen setzt und



auf die näher in den Ausführungen zur dezentrale Beteiligung an der Finanzierung von EE-Erzeugungsanlagen eingegangen wird.

Die UG-ÖR hat sich darüber hinaus mit den netzseitigen Beteiligungsoptionen im Rahmen eines Kurzgutachtens auseinandergesetzt. Ausgangspunkt sind die in den maßgeblichen Vorschriften bereits angelegten Remunerationsregelungen. Ausgehend von deren Ratio sowie dem sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich wurden realistische Beteiligungsmöglichkeiten von der UG-ÖR untersucht. Die juristische Praxisperspektive wurde durch die Vergabe eines Unterauftrags an BBH sichergestellt. In dieser Zusammenarbeit wurde auch ein Kurzgutachten mit dem Titel "Konzessionsvergaben nach § 46 EnWG – Kommunale Entscheidungsfindung in der Komplexitätsfalle" erstellt, welches als Grundlage für die Entwicklung von rechtspolitischen Handlungsoptionen diene.

Das Gutachten schließt mit dem Fazit, dass das Rechtsregime der Konzessionsvergabe für Strom- und Gasnetze auch nach der aktuellen Novelle 2017, in der Art, wie es von der Rechtsprechung geprägt wird, nicht geeignet ist, rechtssichere und sachgerechte Konzessionsvergabeentscheidungen herbeizuführen. Insoweit wurden die Untersuchungen der UG-ÖR bestätigt (vgl. oben II.1.b)(2)). Insbesondere für kleinere Kommunen, die für die Konzessionsvergabe kein Fachpersonal für die umfangreiche Vergabeentscheidung vorhalten können, stellt dies ein Problem dar.

Hinsichtlich weiterer Reformbemühungen wird daher seitens der UG-ÖR vorgeschlagen die Konzessionsvergabe einheitlich den Regelungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) folgen zu lassen. Dies würde zu einer deutlichen Reduktion der Komplexität – die aktuell wegen einer vergaberechtlichen Rosinenpickerei des bundesdeutschen Gesetzgebers und der nicht selten widersprüchlichen Rechtsprechung besteht – führen. Dies hätte überdies den Vorteil, dass die nach § 108 GWB zulässige In-House-Vergabe ermöglicht würde (vgl. II.1.b)(2)2.).

Letztlich sollte das Nebenleistungsverbot nach § 3 KAV im Zuge einer grundlegenden Reform der Konzessionsabgabenverordnung abgeschafft werden. Denn die Regelung erschwert die wünschenswerte Nebenleistung, wie z. B. die Unterstützung des Netzbetreibers bei der Aufstellung von kommunalen Energiekonzepten, erheblich. Zudem ist die als Höchstpreisrecht erdachte Regelung wegen der ohnehin strengen regulatorischen Vorgaben obsolet geworden, die zusätzlich durch bestehende strafrechtliche Vorschriften abgesichert werden.

Insoweit erscheint es möglich den Kommunen ein wünschenswertes höheres Maß an Entscheidungsspielraum sowohl bei der Bestimmung der Kriterien als auch bei deren Beurteilung im Rahmen der Konzessionsvergabe einzuräumen. Zumal die Einhaltung der energiewirtschaftlichen Zielvorgaben keine primäre Aufgabe der Kommunen, sondern der Fachbehörden, d. h. insbesondere der Regulierungsbehörden und der Energieaufsicht ist. Dies würde es den Kommunen erlauben, eigene Schwerpunkte zu setzen, die einerseits das Verfahren vereinfachen und andererseits die örtlichen Belange – wie z. B. verbesserte



Bürgerbeteiligungsoptionen – besser zur Geltung zu bringen (vgl. oben II.1.b)(2)4.). Beide Aspekte können zu einer verstärkten lokalen Partizipation beitragen.

Über die bereits genannten Vorschläge einer Reform des § 46 EnWG – z. B. der Erlaubnis einer Inhouse-Vergabe für Kommunen – hinaus, besteht nach den Untersuchungen der UG-ÖR auch die rechtliche Möglichkeit, weitergehende Eigenerfüllungsvarianten hinsichtlich des Netzbetriebes durch die Kommune selbst zu ermöglichen, um so eine verbesserte, d. h. direktere dezentrale Beteiligung an den Netzen zu ermöglichen.

Mit dieser Fragestellung hat sich Prof. Dr. Georg Hermes für den Expertenworkshop vom 16.12.2016 und im Nachgang im Rahmen seines Unterauftrages mit der UG-ÖR (I.6.b)) auseinandergesetzt. Ausgangspunkt seines Kurzgutachtens ist das Verhältnis der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Ländern. Grundsätzlich liegt beim Bundesgesetzgeber nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG die Kompetenz das Recht der Energiewirtschaft zu regeln. Dies umfasst insbesondere das hier relevante Recht der Verteilung der Energie und die Abgrenzung zwischen staatlichen und privaten Aufgaben auf diesem Gebiet. Insoweit besteht auch kein Konflikt mit den Kompetenzen der Bundesländer hinsichtlich des Kommunalrecht, sofern die Ausgestaltung des Netzbetriebes einen spezifischen energierechtlichen Schwerpunkt hat. Auch die Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden nach Art. 28 Abs. 2 GG steht einer öffentlich-rechtlichen Zuordnung des Netzbetriebes zu den Kommunen grundsätzlich nicht entgegen. Dies zeigt sich schon darin, dass bereits jetzt die Energieerzeugung für den örtlichen Bedarf und deren kleinräumige Verteilung nach dem BVerwG dem Bereich der Selbstverwaltung zugerechnet wird. Zudem stellt die Bereitstellung lokaler Netzinfrastruktur – Zusammenhang von Straßen, Wegen, Wasser, Abwasser, Planung, Städtebau, etc. die Gewährleistung lokaler Daseinsvorsorgeleistungen dar. Diese Gewährleistungsverantwortung ist nach Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG dabei den Kommunen zugeordnet.

Mit einer bundesrechtlichen Neuordnung der Netzverantwortung an die Kommunen käme diesen darüber hinaus auch eine Entscheidungsbefugnis über Art und Weise des Betriebes lokaler Verteilernetze (Konzepthoheit), die Gestaltungsfreiheit hinsichtlich der institutionellen Ausgestaltung und der Formfreiheit zu. Die Neuordnung der Netzverantwortung als öffentlich-rechtliche Aufgabe würde letztlich auch nicht der grundrechtlich gewährte Schutz privater Verteilnetzbetreiber vor staatlichen Eingriffen insbesondere in die Eigentumsfreiheit (Art. 14 GG), Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) unzulässig verkürzt. Denn das Grundgesetz gewährt keinen originären Anspruch auf die Eigenschaft des Netzbetreibers, in den eingegriffen werden könnte. Dies gilt auch, wenn die Kommune, sofern sie Wegenutzungsrechte an Private vergeben sollte, einen Anspruch für Private auf gleiche Teilhabe an dem Vergabeverfahren schaffen würde. Dabei wäre ein etwaiger Konzessionsnehmer jedoch an das öffentliche Interesse der Kommune an der Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Aufgabe gebunden. Insoweit wären gesetzliche Vorgaben über den Vertragsinhalt im öffentlichen Interesse unter Beachtung der Verhältnismäßigkeit möglich und zulässig. Eine darin vorgesehene Beendigung des Netzbetreiberstatus als befristete Rechtsposition von Privaten würde nach der bundesgesetzlichen Neuordnung



unter Berücksichtigung der Grundsätze des Vertrauensschutzes ebenfalls keinen Grundrechtseingriff darstellen.

Insoweit bestehen verfassungsrechtliche Spielräume für eine Neuordnung der Netzverantwortung als Aufgabe der Kommunen, so dass die Betreibereigenschaft von Verteilernetzen von ihnen verantwortet werden kann. Dabei hätten Private grundsätzlich keinen Anspruch auf Wahrnehmung der Netzbetreiberfunktion. Etwaige Beauftragungen Privater dürften in diesem Rahmen regelmäßig nur befristet erfolgen, wobei jedoch nach dem Ablauf einer solchen Konzession eine Ausgleichszahlung von der Kommune an den privaten Netzverantwortlichen für die in das Netz erfolgten, noch nicht amortisierten, Investitionen geleistet werden müsste.

Es bedarf einer bundeseinheitlichen Regelsetzung für die dargestellte Konzessionierung der Verteilnetzbetreibereigenschaft an Private. Dabei empfiehlt es sich nach Ansicht des Gutachters zur Vermeidung von Rosinenpickerei hinsichtlich der Größe des zu betreibenden Netzes, einheitliche Regeln zu schaffen, die einem solchen Verhalten entgegenwirken. Denkbar wäre es, planerisch Verteilernetzgebiete als Pflichtverbände, festzulegen. Hier bestehen aber Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit mit Art. 28 Abs. 2 GG. Ein anderer gangbarer Weg führt über einen Kostenstrukturausgleich zwischen begünstigten und benachteiligten Netzgebieten.



### **c) Dezentrale Beteiligung an der Finanzierung und Planung von EE- Erzeugungsanlagen**

Hinsichtlich einer dezentralen Beteiligung an der Finanzierung und Planung von EE-Erzeugungsanlagen wurde durch die UG-ÖR eine umfängliche Bestandsaufnahme der rechtlichen Rahmenbedingungen für Vorhaben im Bereich der fluktuierenden Erneuerbaren Energien an Land (Windenergie- sowie Photovoltaikanlagen (PV-Anlagen)) erarbeitet. Dezentrale Beteiligung kann – verkürzt dargestellt – durch Bürgerzusammenschlüsse oder durch kommunale Einrichtungen erfolgen. Als ein Ergebnis kann festgehalten werden, dass europa- und verfassungsrechtlich mögliche Modifikationen bzw. Ergänzungen der derzeitigen Rechtsvorschriften möglich und geeignet sein können, um kommunale und bürgerschaftliche Teilhabe an der Finanzierung von Erzeugungsanlagen bzw. deren Betrieb zu ermöglichen bzw. signifikant zu erleichtern.

Im Zuge der Bestandsaufnahme des energiewirtschaftlichen Rechtsrahmens für die Beteiligung an der Planung und Finanzierung von EE-Anlagen wurde ein Profil der kommunalen Verantwortung und der kommunalen Kompetenzen im Bereich der Energiewirtschaft erarbeitet. Unter Einbeziehung einer umfangreichen Unterauftragsarbeit des IKEM e. V. zu den Auswirkungen des Erneuerbaren-Energien-Gesetzes 2017 (EEG 2017) wurden die Möglichkeiten für die Beteiligung von Bürgern und der Öffentlichen Hand an EE-Projekten insbesondere unter Berücksichtigung der Umstellung auf das Ausschreibungssystem analysiert. Die Bestandsaufnahme hat im Wesentlichen ergeben, dass es vor dem Hintergrund der Systemwechsel im Zuge der europäischen Energiemarktliberalisierung, der Energiewende und Partizipationsbestrebungen einer Neubestimmung der energiewirtschaftlichen Rolle der Kommunen bedarf. Die lokalen Gebietskörperschaften sind aufgrund ihres lokalen Bezugs zu Verbrauchern und Erzeugern, wegen ihrer demokratischen Legitimität und auch aufgrund ihrer finanziellen Möglichkeiten mit entsprechender Autorität ausgestattet und könne eigentlich als handlungsfähige Akteure im Energiewirtschaftssystem auftreten. Diese Rolle findet bisher nur unzureichend Unterstützung in den Gesetzen, auch wenn den Kommunen punktuell durchaus umfangreiche Kompetenzen eingeräumt werden, die zur Gestaltung des örtlichen Energiesystems genutzt werden können.

#### ***(1) Status Quo kommunalrechtlicher Kompetenzen im Bereich der Energiewirtschaft***

Bauordnungsrechtlich steht den Kommunen beispielsweise das Mittel des Anschluss- und Benutzungszwangs an ein Netz der öffentlichen Fernwärme- oder Fernkälteversorgung zur Verfügung – sofern eine entsprechende landesrechtliche Ermächtigung besteht (z. B. in § 81 Abs. 7 Brandenburgische Bauordnung). Bauplanungsrechtlich können die Kommunen



Gebiete ausweisen, bei deren Bebauung besondere Pflichten zur Nutzung von Erneuerbaren Energien gelten (§ 9 Abs. 1 Nr. 23 lit. B BauGB). Auch über vorhabenbezogene Bebauungspläne, städtebauliche Verträge, städtebauliche Sanierungsmaßnahmen und Stadtumbaumaßnahmen (§ 171 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 BauGB) kann ein gewisser Einfluss auf den örtlichen Zubau von EE-Erzeugungsanlagen genommen werden.

Eine Planung der Kommune, die ausschließlich auf die Nutzung durch Bürgerenergiezusammenschlüsse ausgelegt ist, gestaltet sich allerdings problematisch. Durch die Möglichkeit der privilegierten Ausweisung von bestimmten Flächen für die Errichtung von Windenergieanlagen im unbepflanzten Außenbereich gem. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB ist den Kommunen zwar eine konkrete Steuerungsmöglichkeit für eine Lokalisierung durch den Flächennutzungsplan gegeben. Eine Steuerung zugunsten bestimmter Akteursgruppen ist jedoch unzulässig. Die Aufstellung von Bauleitplänen, die ein Gebiet für Windkraftanlagen (WEA) ausweisen und dabei vorgeben, dass die Anlage ausschließlich von Bürgerenergiegesellschaften („Bürgerwindpark“), gegebenenfalls unter kommunaler Beteiligung, betrieben werden dürfen, ist nach obergerichtlicher Rechtsprechung unzulässig: Eine derartige Sicherung von kommunalpolitischen oder kommunalwirtschaftlichen Zielen durch die Bauleitplanung sei nicht mit dem Bauplanungsrecht vereinbar. Es fehle an einer städtebaulichen Erforderlichkeit der Bauleitplanung i. S. v. § 1 Abs. 3 BauGB. Nach Auffassung des Gerichts ist die Aufstellung nur dann städtebaulich erforderlich und damit zulässig, wenn sie die Bodennutzung regelt. Diesen Anforderungen genügt eine Bauleitplanung nicht, die positiv die Art und Weise des Betriebes der Anlage in Form einer subjektiven Beschränkung der potentiellen Betreiber/Vorhabenträger regeln, gerade nicht.

Die Kommunen können auch selbst Betreiber von EE-Anlagen sein. Das Europarecht gebietet eine wettbewerbsfähige Marktwirtschaft, erkennt in diesem Rahmen aber grundsätzlich auch die Marktteilnahme kommunaler Unternehmen an, wie aus der Nennung öffentlicher Unternehmen in Art. 106 Abs. 1 AEUV sowie mittelbar auch aus der Garantie der mitgliedstaatlichen Eigentumsordnung (Art. 345 AEUV) hervorgeht. Auch grundgesetzlich bestehen in dieser Hinsicht keine konkreten Beschränkungen. Hinsichtlich der Zulässigkeitsvoraussetzungen auf Ebene der Bundesländer konnte herausgearbeitet werden, dass die nach den Art. 70 ff. GG in der Materie der Kommunal- bzw. Gemeindeordnungen gesetzgeberisch zuständigen Bundesländer die Bedingungen für wirtschaftliche Unternehmungen der öffentlichen Hand selbst einer Regelung zugeführt haben. Die zu erfüllenden Kriterien, die auch für eine kommunale Betätigung im energiewirtschaftlichen Bereich gelten, sind in den Gemeindeordnungen bzw. Kommunalverfassungen der Länder normiert. Die zulässige unternehmerische Betätigung wird in den verschiedenen Landesgesetzen mit leichten inhaltlichen Abweichungen festgeschrieben. Es lässt sich jedoch durchgehend eine Schrankentrias erkennen, die im Wesentlichen auf die beachtlichen und aus Art. 28 GG abgeleiteten Grundsätze zurückgeführt werden kann. Die Berücksichtigung der Schranken ist von enormer Wichtigkeit, wenn sinnvoll die Beteiligungsmöglichkeiten der öffentlichen Hand an EE-Erzeugungsanlagen bewertet werden soll. Konkret umfasst die Schrankentrias die folgenden drei Punkte, wobei grundsätzlich nur bei Punkt drei unterschiedlich restriktive Handhabungen in den Bundesländern zu bemerken sind:



1. Wirtschaftliche Unternehmen der öffentlichen Hand dürfen nur errichtet oder wesentlich erweitert werden, wenn der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigt,
2. das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht,
3. und der Zweck nicht ebenso gut oder besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann.

Vor allem die Beachtung der ersten beiden Punkte kann Schwierigkeiten bergen. Die Erfüllung eines öffentlichen Zwecks kann insbesondere in Kombination mit den in den Gemeindeordnungen der Bundesländer vorgegebenen Zweckbestimmungen konfliktieren. Eine Beteiligung an der netzgebundenen Energieversorgung kann unvereinbar mit dem Örtlichkeitsprinzip sein: Die Kommune darf bei ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit nur öffentliche Zwecke verfolgen. Diese Zweckbindung erstreckt sich überdies im Regelfall allein auf das Gemeindegebiet. Das Zweckerfordernis korrespondiert insofern mit der Verbandskompetenz der Kommune nach Art. 28 Abs. 2 GG. Die überörtliche wirtschaftliche Betätigung von Kommunen ist daher – ungeachtet der konkreten Ausgestaltung des Kommunalrechtes – nur als untergeordnete, dem örtlichen Zweck dienende Annex-tätigkeit zulässig. Diese grundsätzliche Bindung an das eigene Gemeindegebiet kann eine faktisch relevante Beschränkung für die energiewirtschaftliche Betätigung, die über den Betrieb eines Inselsystems hinausgeht, darstellen. Die Energieversorgung setzt zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit regelmäßig eine Netzanbindung an das allgemeine Netz voraus. Das allgemeine Netz der Versorgung orientiert sich grundsätzlich nicht an den Gemeindegrenzen. Mittlerweile ist jedoch in zahlreichen landesrechtlichen Regelungen festgeschrieben, dass eine Tätigkeit im Bereich der Energieversorgung per se von der Örtlichkeitsbindung befreit ist (z. B. in § 68 Abs. 2 S. 3 KV MV). Für die wirtschaftliche Betätigung einer Kommune im Rahmen einer interkommunalen Zusammenarbeit wird diese Beschränkung allerdings nicht zum Problem, da eine überörtliche Betätigung, sofern sie die Rentabilität der Erfüllung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft erhöht, als rechtlich zulässig anerkannt ist.

Im Zuge der Untersuchung von Bürgerbeteiligungsoptionen wurden zudem freiwillige und gesetzliche vorgesehene Bürgerbeteiligungsmöglichkeiten analysiert. Bei freiwilligen Bürgerbeteiligungen steht die Frage nach der passenden Rechtsformwahl im Vordergrund. Im Projekt wurden die verschiedenen Rechtsformen, insbesondere die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), eingetragene Genossenschaft (eG) und GmbH/ GmbH & Co. KG auf ihre Vor- und Nachteile für Bürgerzusammenschlüsse hin untersucht. Dabei wurden vor allem die (zu befürchtenden) Restriktionen des Kapitalanlagegesetzes (KAGB) berücksichtigt.

Es wurden zudem die rechtlich kodifizierten Teilhaberechte und -pflichten an anderen Ressourcen – für die „Ernte“ aus EE-Anlagen ist im Bund oder Ländern bis dato noch keine gesetzliche Regelung in Kraft – untersucht. Beispielsweise wurden die Regelungen des Bundesberggesetzes analysiert. Die Ergebnisse wurde mit Ergebnissen aus rechtvergleichenden Untersuchungen, insbesondere des dänischen Rechts, kombiniert. In



Dänemark gibt es bereits seit 2009 zentrale Vorschriften zur Pflicht der Beteiligung von betroffenen/ortsansässigen Bürgern beim Bau von Windenergieanlagen. Für die Analyse der zugrundeliegenden Rechtsvorschriften und zur Evaluierung der diesbezüglichen bisherigen Erfahrungen wurde Ende 2014 gemeinsam mit TUB-WIP eine mehrtägige Studienreise nach Dänemark unternommen. Es fanden Interviews und Austausch mit unterschiedlichen Entscheidungsträgern und Betroffenen statt, die intensiv nachbereitet wurden.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die übliche Beteiligungsform an Windparks durch Bürger die Eigenkapitalbeteiligungen darstellt. Vereinzelt erfolgt eine Finanzierung über paritätische Darlehen, sofern es sich vom Know-how der Beteiligten anbietet. Die Bevorzugung der Eigenkapitalfinanzierung liegt darin begründet, dass Risiko und Rendite zusammengedacht werden müssen – kurzum Eigenkapital und Rendite müssen fair gekoppelt sein (Mitgestalteter Bürgerwindpark). Problematisch sind nur Eigenkapitalbeteiligungen von 25 Tsd. EUR und mehr, da der Anleger insoweit ggf. ein Kleinunternehmer wird. Dies hat für den Anleger dann die Konsequenz, dass er kein Arbeitslosengeld erhalten würde und auch keine Mitversicherung über einen etwaigen Lebenspartner/ Ehegatten hätte. Wegen der Höhe der Summe dürfte es sich allerdings um einen Hemmschuh mit überschaubarer Relevanz für die Bürgerbeteiligung allgemein handeln.

Dagegen ist die Prospektspflicht nach dem KAGB der verstärkten Bürgerpartizipation eher abträglich. Neben dem Umstand, dass insbesondere Risiken umfassend adressiert werden müssen, die beim Leser regelmäßig als abschreckenden Informationsüberflutung wahrgenommen werden, sind die formalen Anforderungen an die ordnungsgemäße Darstellung der Inhalte komplex. Die hohen Risiken einer (Eigen-)Beteiligung stellen wohl die größte Hürde für eine finanzielle Beteiligung des Bürgers dar. Um diesen Umstand geeignet zu adressieren, bietet sich nach Ansicht der UG-ÖR als eine sinnvolle Alternative zur reinen Prospektspflicht die Einrichtung einer staatlichen Bewertungsstelle oder eine obligatorische inhaltliche Wirtschaftsprüfung des Projektes an. Dies wäre für den Bürger transparenter und vermittelt deutlich mehr Sicherheit bei der Einschätzung des Investitionsrisikos und unterstützt die Entscheidung für eine Beteiligung. Insoweit ist für eine faire Bürgerbeteiligung die Einrichtung verlässlicher und unabhängiger Stellen für die Risikobewertung erforderlich.

## *(2) Denkbare kommunale Beteiligungsmöglichkeiten*

Aufbauend auf den Untersuchungen der netzseitigen (finanzielle) Partizipation von Kommunen hat die UG-ÖR erforscht, inwieweit sich daraus gangbare Modelle für die dezentrale Beteiligung insbesondere von Kommunen an EE-Stromerzeugungsanlagen entwickeln lassen.

Beispielsweise wäre es denkbar, die Konzessionsabgabe (II.1.b)(2)) durch die Erweiterung des bestehenden Systems für eine bessere finanzielle Beteiligung der Kommunen an EE-Stromerzeugungsanlagen heranzuziehen. Wie oben bereits dargelegt begründet § 46 EnWG für die Kommunen die Pflicht, ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung von Stromleitungen zur Verfügung zu stellen. Dabei korrespondiert diese Pflicht mit dem Recht auf die Erhebung einer Konzessionsabgabe als privatrechtliche Kompensation. Die



Verordnung über Konzessionsabgaben für Strom und Gas (KAV) regelt Zulässigkeit und Bemessung der Zahlung von Konzessionsabgaben durch den Netzbetreiber an die Gemeinden und Landkreise. Demnach hat der Netzbetreiber die Abgabe pro Energieeinheit, die er an die an sein Netz angeschlossenen Letztverbraucher liefert, zu zahlen. Die Bemessung der Abgabe könnte um eine sogenannte (Generations-)Komponente erweitert werden. Damit würden auch die in das Netz einspeisenden Erzeuger bei der Bemessung der Konzessionsabgabe berücksichtigt. Dies hätte zur Folge, dass mittelbar auch EE-Stromerzeugungsanlagenbetreiber die Konzessionsabgabe zu entrichten hätten. So könnte bei entsprechender Anpassung des Konzessionsabgabensystems die finanzielle Beteiligung der Standortkommunen an EE-Stromerzeugungsanlagen erhöht werden. Eine Kopplung der Abgabe an die erzeugte und eingeleitete Strommenge der EE-Stromerzeugungsanlage wäre auf Grundlage der beim Netzbetreiber vorhandenen Daten denkbar, wobei sowohl neue als auch bestehende Anlagen erfasst werden könnten.

Hinsichtlich dieser Beteiligungsmöglichkeit stehen zwei Umsetzungsvarianten zur Verfügung. Zum einen könnte eine neue, zusätzliche Konzessionsabgabe nur für Erzeuger eingeführt werden. Alternativ könnte auch die bestehende Konzessionsabgabe abgeändert werden, so dass diese für Letztverbraucher verringert wird und im Umfang dieser Verringerung durch eine neue Abgabe für die EE-Stromerzeugungsanlage ersetzt wird. Dadurch könnte es jedoch zu erheblichen Verwerfungen bei den Einnahmen aus Konzessionsabgaben zwischen den Kommunen (z. B. große Städte ohne EE-Erzeugungsanlagen) kommen, was zu erhöhten Implementierungs- und Durchsetzungskosten führen dürfte.

So bieten sich diese Modelle insgesamt nur bedingt für eine finanzielle Beteiligung von Kommunen am EE-Stromerzeugungsanlagenausbau an. Denn es wären nur Anlagen im Gemeindegebiet erfasst, die in die Versorgungsnetze der Gemeinde einspeisen. Hier besteht für die Anlagenbetreiber jedoch die Umgehungsmöglichkeit, direkt in Hoch- und Höchstspannungsnetze von Übertragungsnetzbetreibern einzuspeisen. Somit würde diese Regelung aller Wahrscheinlichkeit nur so lange ein Mehr an finanzieller Beteiligung für die Kommunen bedeuten, bis die EE-Stromerzeugungsanlagenbetreiber sich aus Kostengründen direkt an Hoch- und Höchstspannungsnetze anschließen. Daher eignet sich die Erweiterung der Konzessionsabgabe für das vorliegende Ziel nicht, auch wenn eine Überarbeitung der KAV (vgl. oben II.1.b)(2)) und im gleichen Zuge der Regelungen zu Stromnetzentgelten grundsätzlich sinnvoll erscheint.

Aufbauend auf den Feststellungen zur Ausgleichszahlung nach § 5 Abs. 4 StromNEV (vgl. oben II.1.b)(1)) hat eine Untersuchung der UG-ÖR ergeben, dass ein an die Ausgleichszahlung angelehntes Modell ebenfalls kein geeignetes Beteiligungsinstrument bei EE-Stromerzeugungsanlagen darstellt.



### ***(3) Analyse des Gesetzentwurfs über die Beteiligung von BürgerInnen sowie Gemeinden an Windparks in Mecklenburg-Vorpommern***

Im Anschluss an die Erarbeitung der oben dargestellten Ergebnisse wurde der „Entwurf eines Gesetzes über die Beteiligung von BürgerInnen sowie Gemeinden an Windparks in Mecklenburg-Vorpommern und zur Änderung weiterer Gesetze“ (BüGembeteilG-E M-V) von der UG-ÖR umfassend rechtlich begutachtet. Mecklenburg-Vorpommern ist wegen seines hohen Windaufkommens für den Bau von Windenergieanlagen und einer Beteiligung daran prädestiniert. Das Gesetz ist am 18.05.2016 vom Landtag verabschiedet worden und am 27.05.2016 in Kraft getreten.

Die Ratio des Gesetzes verfolgt primär die Akzeptanzsteigerung durch Beteiligungsmöglichkeiten an Windenergieerzeugungsanlagen. Sekundär soll dadurch der effektive, kostengünstige und schnelle Ausbau von Windenergieerzeugungsanlagen an Land vorangetrieben werden. Bisher wurde der Ausbau durch Widerstände in Mecklenburg-Vorpommern gehemmt, die das BüGembeteilG M-V zu überwinden sucht. Negative externe Effekte, Verteilungsdebatten und ein knapper werdendes Angebot passender Flächen begründen die Abneigung und behindern den Fortschritt des Anlagenausbaus.

Das BüGembeteilG M-V hat der Landesgesetzgeber ausdrücklich auf seine Regelungskompetenz in der Materie Raumordnung gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG gestützt und insbesondere nicht auf die Materie Bodenrecht aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG. Raumordnung ist die überörtliche und überfachliche Planung auf Landesebene, die noch über der Bauleitplanung durch Flächennutzungs- und Bebauungsplan steht. Während der Bebauungsplan als Verordnung oder Satzung die Oberflächennutzung bereits parzellenscharf mit Regelungswirkung festlegt, handelt es sich beim Flächennutzungsplan um eine oberflächliche Darstellung der geplanten Bodennutzung. Beiden gemein ist, dass sie bei bodenrechtlicher Relevanz aufzustellen sind, was dann zu bejahen ist, sobald und soweit es für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist, § 1 Abs. 3 S. 2 BauGB. Das BüGembeteilG M-V setzt mit seinen Regelungen aber erst zu dem Zeitpunkt nach Errichtung einer Windenergieerzeugungsanlage – als die hier bodenrechtlich relevante bauliche Anlage – an. Eine Beteiligung ist nur bei bereits genehmigten Anlagen denkbar.

Der Kompetenztitel der Raumordnung ist als übergeordneter Komplex noch allgemeiner als die Bauplanung und nicht durch die bodenrechtliche Relevanz eingeschränkt. Die durch das BüGembeteilG M-V avisierte Akzeptanzsteigerung hat nun aber unmittelbar nichts mit Raumordnung zu tun, sodass fraglich ist, ob die Regelungskompetenz überdehnt wurde. Der Landesgesetzgeber verweist deshalb auf die mittelbare Wirkung des Gesetzes: die Akzeptanzsteigerung hat künftig eine Vereinfachung der Raumplanung in Bezug auf die Windkraftnutzung zur Folge. Mittelbar sei das Gesetz der Raumordnung deshalb dienlich und habe insoweit raumbedeutsamen Belang, was ausreiche. Für diese Auslegung spricht, dass dem Raumordnungsrecht keine Regelungswirkung zukommt. Ein Bedürfnis für Regelungswirkung besteht aber grundsätzlich nur im konkret-individuellen Konfliktfall. Ohne konkret-individuellen Konflikt darf dann eine Lösung (Simplifizierung der Raumplanung) auch



über den Umweg eines vorgelagerten notwendigen Zwischenziels (Akzeptanzsteigerung durch Beteiligungsoptionen) herbeigeführt werden. Die Bewertung der Notwendigkeit des Zwischenziels obliegt dem Gesetzgeber, dem eine große Einschätzungsprärogative zugestanden wird.

Die Kompetenzregelung aus Art. 74. Abs. 1 Nr. 11 GG – Recht der Wirtschaft – greift als Materie der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz nur, solange und soweit der Bund nicht bereits Regelungen mit abschließendem Charakter geschaffen hat. Der Bund hat im Ergebnis keine Regelung geschaffen, die die hier im Fokus stehende Beteiligung an Energieerzeugungsanlagen zur Schaffung von Akzeptanz abschließend behandelt. Dies kann weder dem EEG, dass durch den Ausbau von EE-Anlagen im ländlichen Raum nur eine reflexartige Beteiligung über Gewerbesteuererinnahmen erwarten lässt, noch dem EnWG, dass die umweltverträgliche Energieversorgung der Allgemeinheit bezweckt, entnommen werden. Der Landesgesetzgeber in Mecklenburg-Vorpommern ist demnach befugt, diese Materie zu regeln.

Inhaltlich sieht der Gesetzentwurf hauptsächlich die folgenden Regelungen zu Beteiligung vor: Zunächst ist die projektbezogene Gründung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung geplant. Zu beachten ist bei kommunaler Beteiligung die zuvor erwähnte Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung mit der entscheidenden Besonderheit, dass nicht die Leistungsfähigkeit, sondern die erwartete Projektrentabilität entscheidendes Kriterium ist. Die Beteiligung soll gerade einen Weg in die Rückerlangung der Leistungsfähigkeit aufzeigen können. Was den Anwendungsbereich anbelangt, ist er sachlich dahingehend ausgestaltet, dass die geplante Anlage im Radius von 5 km ausgehend von der Meldeadresse des Bürgers oder auf dem Gebiet der Kommune zu errichten ist, um zu dem Kreis der Berechtigten zu gehören. Persönlich ist der Anwendungsbereich – soweit es sich nicht schon denkbare aus dem sachlichen Anwendungsbereich ergibt – dahingehend eingeschränkt, dass die Meldeadresse des potenziell zu beteiligenden Bürgers zumindest drei Monate bestanden haben muss.

Die Beteiligungsmöglichkeit an sich erfolgt für die Berechtigten vornehmlich durch Eigenkapitalbeteiligungen, mit entsprechender Renditeerwartung. Der Projektvorhabenträger ist hier verpflichtet, Anteile in Höhe von mindestens 20 % zur Beteiligung auf verschiedenen Informationswegen fristgemäß anzubieten, deren Anteilspreis jeweils 500 € nicht überschreiten darf.

Soll kein Eigenkapital investiert werden, kann alternativ die Projektteilhabe der Berechtigten über einen lokalen günstigeren Stromtarif realisiert werden.

Weiter besteht die befristete Möglichkeit, dass der Projektvorhabenträger eine jährliche Ausgleichszahlung an die berechnete Gemeinde leistet und dem Bürger ein Sparprodukt (Fremdkapitalbeteiligung z. B. in Form von Sparbriefen) anbietet, dessen Wert schlussendlich annähernd dem der Eigenkapitalbeteiligung gleichkommt. Die Einnahmen der Gemeinde sind bei dieser Beteiligungsform allerdings zweckgebunden und müssen in Maßnahmen zur Steigerung der Akzeptanz für die Windenergieerzeugungsanlagen fließen.



Die Missachtung der fristgebundenen Informations- bzw. Angebotspflichten durch den Projektvorhabenträger stellt eine bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeit dar.

Die bereits erwähnte jährliche Ausgleichszahlung an die Kommune begegnet jedoch finanzverfassungsrechtlichen Bedenken. In Art. 105 GG ist die Erhebung öffentlicher Abgaben, wie Steuern, grundsätzlich abschließend geregelt. Da die Abgabepflicht aus dem BüGembeteilG M-V u. a. frei gewählt werden kann, kann es sich nur um eine Sonderabgabe handeln. Eine solche ist an enge Voraussetzung geknüpft, um Art. 105 GG und dessen Schutzzweck nicht zu unterlaufen. Voraussetzung einer zulässigen Sonderabgabe sind eine homogene verpflichtete Gruppe, diese Gruppe muss zum mit der Abgabe verfolgten Zweck eine besondere Sachnähe – vgl. Finanzierungsverantwortlichkeit – aufweisen und die Abgabeeinnahmen müssen gruppennützig verwendet werden. Problematisch ist das Gesetz zumindest schon in der Hinsicht, dass die Einnahmen über akzeptanzsteigernde Maßnahmen hinaus laut Gesetzesbegründung auch für sonstige Veranstaltungen – § 11 Abs. 4 Zif. 4 BüGembeteilG M-V – verwendet werden dürfen. Der Verweis darauf, dass die Finanzierung solcher sonstigen Posten durch Einnahmen aus der Windkraft ermöglicht wurde, wie in der Gesetzesbegründung vorgesehen, überzeugt nicht. Denn so würde der Verweis allein als akzeptanzsteigernde Maßnahme qualifiziert werden, was wohl nicht genügen dürfte. Darüber hinaus ist die Finanzierungsverantwortlichkeit problematisch, da der Vorhabenträger wohl kaum qua Sachnähe für die Akzeptanzsteigerung verantwortlich ist. Im Zeitpunkt der Abgabe steht die genehmigte Anlage außerdem bereits und ein Einwerben von Akzeptanz im konkreten Fall ist nicht mehr nötig. Die Zulässigkeit der Abgabe ist nach Ansicht der UG-ÖR deshalb hoch problematisch.

Die im Gesetz vorgesehenen Beteiligungspflichten für den Vorhabenträger stellen einen gerechtfertigten Eigentumseingriff i. S. v. Art. 14 GG dar, da der Beteiligung am Gewinn künftige Einsparungen bei der Planung neuer Anlagen in angemessenen Maß gegenüberstehen. Ein Eingriff in die Berufsfreiheit nach Art. 12 GG über die Verpflichtung, 20 % der Anteile anzubieten, ist durch den Zweck der Akzeptanzsteigerung gerechtfertigt. Es besteht keine Sperrminorität. Im Übrigen kann völlig frei agiert werden und die Art der Beteiligung steht grundsätzlich zur freien Wahl des Vorhabenträgers. Nimmt man eine Vergleichsgruppe zwischen Windenergieanlagenbetreibern und anderen EE-Anlagenbetreibern an, kann die Ungleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 1 GG aus sachlichem Grund gerechtfertigt werden. Als sachlicher Grund kann der Umstand der gesteigerten Ablehnung von Windenergieanlagen an Land bemüht werden. Der Anwendungsbereich des BüGembeteilG M-V mit Wirkung auf die eingeschränkte Kaufberechtigung stellt eine Ungleichbehandlung dar, die durch das Maß der Betroffenheit sachlich gerechtfertigt werden kann.

Im Ergebnis kann der institutionelle Ansatz des Gesetzes den Ausbau günstiger machen und vorantreiben. Allerdings wurden zahlreiche Unwägbarkeiten bei der Auseinandersetzung mit dem BüGembeteilG M-V identifiziert. Die Gesetzgebungskompetenz der Länder konnte mit entsprechender Begründung verneint werden. Insoweit ist mit der die Länderöffnungsklausel in § 36g Abs. 7 EEG 2017 mit Wirkung zum 01. Januar 2017 (vgl. II. 1.4. unten) Rechtssicherheit



geschaffen worden. Hoch problematisch bleibt die Gesetzgebungskompetenz des Landes hinsichtlich der Abgabe. Der Bestand des Gesetzes ist daher weiter zu beobachten. [Hinweis: Nach Ablauf der Projektlaufzeit wurde gegen das Gesetz am 03. Juli 2017 Verfassungsbeschwerde vor dem Landesverfassungsgericht Mecklenburg-Vorpommern erhoben.]

#### ***(4) Verortung der Rechte an der Ernte und den Erträgen aus erneuerbaren Energien***

In Deutschland stellt die Ausbeutung der Windenergie mittlerweile einen tragenden Eckpfeiler der Energiewende dar. Dem Bau neuer Windenergieanlagen wird jedoch insbesondere durch die Anwohner vermehrt Skepsis bis hin zur vehementen Ablehnung entgegengebracht. Dies ist zum einen auf tatsächliche, vielfach aber auch nur auf gefühlte negative Auswirkungen von Windenergieanlagen zurückzuführen. Zum anderen entsteht nicht selten der Eindruck, nur einige Wenige würden von den enormen Gewinnen aus der Windenergie profitieren, während die meisten anderen und die Gesellschaft als Ganzes, abgesehen von den positiven Effekten die Energiewende, an dem aus der Windenergie erwirtschafteten Wert nicht ausreichend beteiligt werden. Daher hat sich die UG-ÖR mit der Frage beschäftigt, wie eine erweiterte Beteiligung an den wirtschaftlichen Erträgen gefördert werden kann.

Eine Möglichkeit könnte dabei die Neu- oder Umverteilung des wirtschaftlichen Wertes des Windes sein. Hinsichtlich der Verortung der (Ewigkeits-)Rechte an der Ernte und dann der Erträge aus erneuerbaren Energien gab es bisher noch keine direkten gesetzlichen Regelungen. Daher wurden insbesondere anhand bestehender Regelungen zu anderen Rohstoffen Parallelen gezogen, um Konsequenzen für erneuerbare Energien abzuleiten und so Ansätze für künftige (rechtliche) Gestaltungen zu haben.

Die Betrachtung erfolgte u. a. unter Zuhilfenahme bereits bestehender Regelungsregime, wie dem Bergrecht. So wurde die Frage, wem die Rechte aus Ernte, von z. B. Wind, zustehen, ausgehend von der Eigentümerschaft nach den einschlägigen Bestimmungen des Bergrechts erörtert. Das Bergrecht unterscheidet beispielsweise zwischen dem Eigentum und der durch die Genehmigung erteilte Aneignungsbefugnis an im Bergrecht bezeichneten Rohstoffen, welche an sich herrenlos sind. Beim Auseinanderfallen von Eigentum und Aneignungsbefugnis, werden die durch das Eigentum am Grundstück vermittelten an sich umfassenden Befugnisse des Eigentümers im Sinne des § 905 BGB beschränkt. Es handelt sich mithin um eine rechtmäßige Inhalts- und Schrankenbestimmungen. Darauf aufbauend wurde von Prof. Dr. Jelena Bäuml, LL.M. (Cape Town) – als Unterauftragnehmerin – für die UG-ÖR das Gutachten: „Wem gehört der Wind? - und wie könnte eine alternative Vorteilszuordnung an der Windenergie in den Grenzen des verfassungsrechtlichen Rahmens rechtssicher realisiert werden?“ erstellt. Dabei konnte die Unterauftragnehmerin auf ein juristisches Kurzgutachten der UG-ÖR zu gesetzlichen Mechanismen am Beispiel der Rechtezuweisung im Bergrecht zurückzugreifen.



Das Gutachten zeigt den Rahmen auf, in dem eine alternative Zuordnung der – bisher nicht rechtlich zugewiesenen – Windenergierechte verfassungsrechtlich möglich wäre. Der Blick auf andere Rechtsgebiete zeigt, dass eine Trennung von Grundeigentum und Nutzungsrecht durchaus möglich ist. Wobei diese Gedanken sich auf den Wind und die Windenergie übertragen lassen. Das Grundeigentum wird sowohl in seinem Inhalt als auch in seinen Schranken durch den Gesetzgeber bestimmt. Dabei kann der Umfang des Grundeigentums nicht nur in den Grund hinein bezüglich des Verwertungsrechts an Bodenschätzen und Grundwasser – wie dies durch das Wasserhaushaltsgesetz und das Bundesberggesetz erfolgt ist – beschränkt werden. Auch das Nutzungsrecht an der Windenergie – als Vermögenswerte Rechtsposition – kann vom Grundeigentum losgelöst betrachtet werden und von einer Nutzungserlaubnis abhängig gemacht werden.

Ein weiteres Beispiel für eine Reglementierung von Nutzungsrechten ist der in der Schweiz erhobene Wasserzins. Dieser beruht darauf, dass die natürliche Wasserkraft ein Gemeingut ist, dessen Nutzung eine entgeltpflichtige Sondernutzung darstellt. Auch in einigen deutschen Bundesländern wird ein sogenannter „Wasserpennig“ für die Wasserbenutzung fällig.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass beispielsweise hinsichtlich des Windes eine Regelung eines Verwertungsrechtes an diesem möglich ist. Dies zeigt schon, dass die Frage ob ein Rohstoff herrenlos oder ein Gemeingut ist, es erhebliche Unterschiede macht wer und wie davon profitiert werden kann. Diese Unterschiede haben wiederum auch erhebliche Auswirkungen auf die Art und Weise der Beteiligung an diesen Rohstoffen. Weshalb eine (gesellschaftliche) Diskussion dieser rechtlichen Möglichkeit und ihrer Auswirkungen auf die dezentrale Beteiligung in der Zukunft erfolgen sollte.

Auf Grundlage dieses Gutachtens fand im Dezember 2016 ein Expertenworkshop statt, in dessen Rahmen die Verortung der Rechte an der Ernte und den Erträgen aus erneuerbaren Energien aus Perspektive unterschiedlicher Rechtsgebiete – u. a. dem Wasser- und Bergrecht, sowie dem Planungs- und Regulierungsrecht – vertieft diskutiert wurde. Ziel der Veranstaltung war es, Möglichkeiten zur gerechteren Verteilung von Nutzen und Lasten, insbesondere der Windenergienutzung, zu eruieren. Wesentliche Ergebnisse, die noch nicht andernorts dargestellt wurden, sind:

Aufgrund der charakterlichen Vergleichbarkeit der Ressourcen Wasser und Wind, die sich freilich auf deren Nutzung auswirkt, hat Prof. Dr. Wolfgang Köck (Universität Leipzig; Helmholtz-Zentrum für Umweltforschung – UFZ) das Fazit gezogen, dass insbesondere die Entscheidung des BVerfG, dass ein Wasserentnahmeentgelt – sogenannter Wasserpennig – eine finanzverfassungsrechtlich zulässige Vorteilsabschöpfung sei, gedanklich richtungsweisend hinsichtlich eines Windnutzungsentgelts sein kann. Eine direkte Übertragung des Entgelts als „Windpennig“ ist allerdings wegen eines maßgeblichen Unterschieds zwischen den Ressourcen Wind und Wasser nicht angezeigt. Denn (Süß-)Wasser ist eine knappe natürliche Ressource; Wind hingegen ist als natürliche Ressource unbegrenzt verfügbar. Insoweit erscheint es nur als billig, einen über die Raumplanung geschaffenen Planungswertgewinn von ausgewiesenen Windnutzungsgebieten als unverdienten



Sondervorteil abzuschöpfen. Denn durch die Ausweisung ergeben sich für den Grundeigentümer neue Flächennutzungsmöglichkeiten, die letztlich zu Bodenwertzuwächsen führen.

Nach Ansicht von Prof. Dr. Walter Frenz (RWTH Aachen University) stellt hingegen das klassische Bergrecht ein System der Nutzungsrechte dar, das auf die Windkraftnutzung in gewissem Maße übertragbar ist. So kann die Windnutzung als Bodenschatzgewinnung fingiert, d. h. dieser gleichgestellt werden. Insofern bietet die Regelung zur bergbauliche Berechtigung zur Aufsuchung bergfreier Bodenschätze, die eine vom Grundeigentum gelöste Nutzungsordnung darstellt, eine Orientierungsmöglichkeit. Dieser Regelungsgedanke passt auch für die Ressource Wind, da auch eine Trennung der Windkraftnutzung vom Grundeigentum, auf dem das dafür nötige Windrad steht, denkbar ist. Die im Bergrecht für die Aufsuchung notwendige Erlaubnis könnte im Kontext der Windkraftnutzung durch den Zuschlag, der nach erfolgreicher Teilnahme an einer EEG-Ausschreibung erfolgt, ersetzt werden. So könnte eine Abgabe für die Aufsuchung und eine Förderabgabe für die Gewinnung der Windkraft erhoben werden. Beide hätten dabei den Charakter einer Vorteilsabschöpfungsabgabe – insoweit greift dies auch die Überlegungen von Prof. Dr. Köck auf.

#### ***(5) Evaluierung der Folgen der Änderungen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2017***

Als Unterauftragnehmer der UG-ÖR hat das IKEM ein Gutachten zur „Evaluierung der Folgen der Änderungen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG) 2017 [Stand 01. Januar 2017] für die dezentrale Beteiligung an der Finanzierung der Transformation des Energiesystems“ verfasst.

Als Ergebnis des Gutachtens ist festzuhalten, dass der Gesetzgeber bei der jüngsten Novellierung des EEG die dezentrale Beteiligung an der Finanzierung der Energiewende erstmalig förderseitig ausdrücklich berücksichtigt. Vor dem Hintergrund der Umstellung auf das Ausschreibungssystem wird die Intention in diesem Kontext besonders deutlich. Spezielle Ausschreibungsbedingungen sollen den Belangen kleiner Akteure Rechnung tragen. Das EEG 2017 bringt bereits in seinen Grundsätzen in § 2 Abs. 3 S. 2 EEG zum Ausdruck, dass es dem Gesetzgeber auf den Erhalt der „Akteursvielfalt bei der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien“ ankommt. In den Begriffsbestimmungen werden Bürgerenergiegesellschaften erstmals als Akteure direkt adressiert, § 3 Nr. 15 EEG 2017.

Darüber hinaus hat der Gesetzgeber verdeutlicht, dass die Länder befugt sind, eigene Maßnahmen zur Bürgerbeteiligung und Steigerung der Akzeptanz für den Bau neuer Windenergieanlagen an Land zu ergreifen und damit zum Ausdruck gebracht, dass das EEG 2017 insofern nicht als abschließende Regelung zu verstehen ist. Im Folgenden werden – nach Relevanz in absteigender Reihenfolge sortiert – folgende Ergebnisse zusammengefasst:



1. Es gibt mehrere Privilegierungen für Bürgerenergiegesellschaften im Rahmen der verpflichtenden Ausschreibungen für Windenergieanlagen an Land, die an verschiedenen Stellen des Ausschreibungsprozesses ansetzen. Bürgerenergiegesellschaften werden in § 3 Nr. 15 EEG 2017 legaldefiniert. Diese Definition ist recht restriktiv ausgefallen ist. So handelt es sich nur dann um eine Bürgerenergiegesellschaft, wenn sich mindestens zehn natürliche stimmberechtigte Personen zu einer Gesellschaft zusammenschließen, mindestens 51 % der Stimmrechte von natürlichen Personen gehalten werden, die mit Erstwohnsitz in dem Landkreis gemeldet sind, in dem die Anlagen errichtet werden sollen und keiner der Gesellschafter bzw. keines der Mitglieder mehr als 10 % der Stimmrechte an der Bürgerenergiegesellschaft hält. Diese Voraussetzungen müssen zudem ununterbrochen von der Gebotsabgabe bis zum Ende des zweiten Jahres nach der Inbetriebnahme vorliegen (vgl. § 36g EEG 2017). Dies soll eine missbräuchliche Inanspruchnahme der Sonderregelungen (s. u. 1.) verhindern. Zudem ist die Bürgerenergiegesellschaften zu unterschiedlichen Zeitpunkten im Ausschreibungsverfahren verpflichtet Eigenerklärungen abgeben, in den sie u. a. erklären muss keine „Umgehungsgeschäfte“ abgeschlossen zu haben. Letztlich wird die Arbeit einer Bürgerenergiegesellschaft zusätzlich – um den Abschluss von „Umgehungsgeschäften“ zu verhindern – erschwert, indem Vereinbarungen einzelner Mitglieder oder Gesellschafter mit Dritten zusätzlich der Zustimmung der Bürgerenergiegesellschaft (§ 36g EEG 2017) bedürfen. Letztlich sind die Sonderregelungen nur für Projekte einer bestimmten Größenordnung anwendbar und können von den jeweiligen Akteuren nur begrenzt in Anspruch genommen werden. Es ist somit zusammenfassend festzustellen, dass der Gesetzgeber hier nur diejenigen Bürgerbeteiligungen an (Wind-)Energieprojekte in den Blick nimmt, die in ihrer Größe nach klein konfiguriert sind, auf lokal verankerte natürliche Personen als Gesellschafter mit einem bestimmten Partizipationsniveau zurückgehen und zudem keine zeitgleich projektierten Parallelvorhaben verfolgen.

Wird der persönliche Anwendungsbereich bejaht und werden weitere Voraussetzungen erfüllt, kann die Bürgerenergiegesellschaft von mehreren Privilegien profitieren. Die „uniform-pricing“ Methode – in Abgrenzung zum generell geltenden „Pay-as-bid“ Grundsatz – ist z. B. geeignet, den Nachteil kleiner Akteure im Preiswettbewerb abzumildern. Die Höhe ihres Marktprämienanspruchs wird danach nicht an dem gebotenen Gebotswert bemessen, sondern an dem in der Ausschreibungsrunde höchsten noch bezuschlagten Gebotswert. Dabei dürfen sie zulässigerweise ohne Vorlage der der zeit- und kostenintensiven BImSchG-Genehmigung mitbieten, so dass sie frühzeitig hinreichende Investitionssicherheit erhalten, um Kosten für die Entwicklung der Projekte vor Ort bei den Bürgern einzusammeln zu können. Die zu hinterlegende in § 36a EEG 2017 festgesetzte Sicherheitsleistung in Höhe von 30 Euro pro Kilowatt in darf in zwei Raten (Erst- und Zweitsicherheit) aufgeteilt werden. So genügt es zum Gebotstermin eine Erstsicherheit



in Höhe von 15 Euro pro Kilowatt zu erbringen und erst nach der Erteilung der BImSchG-Genehmigung die Zweitsicherheit für die genehmigte Anlage bei der Bundesnetzagentur zu hinterlegen. Dementsprechend sind für sie auch die Realisierungsfristen für das Projekt länger bemessen. Diese Vergünstigungen können eine Teilnahme der Bürgerenergiegesellschaften am Ausschreibungssystem erleichtern, vermögen aber wohl nicht die Nachteile im Vergleich zum institutionalisierten Fördersystem des EEG 2014 vollständig aufzuwiegen. Vielmehr wird es für kleine Akteure deutlich schwerer, wirtschaftlich am Markt zu agieren, weil ihr Investitionsrisiko im Vergleich spürbar ansteigt. Im Ausschreibungsverfahren gibt es noch deutliches Potenzial, diese Akteure besser zu stellen, indem beispielsweise auf Pönalen (§ 55 EEG) und dafür zu hinterlegende Sicherheitsleistungen verzichtet wird. Aus den Vorgaben des § 36g EEG 2017 ergeben sich auch finanzielle Beteiligungschancen für Kommunen. Eine wesentliche Voraussetzung für die Inanspruchnahme der Privilegien ist es, dass die Bürgerenergiegesellschaft insbesondere der Gemeinde vor Ort zumindest ein Beteiligungsangebot unterbreitet. Nimmt die Gemeinde das Angebot an, darf sie sich finanziell bis zu 10 % an der Bürgerenergiegesellschaft beteiligen. Auf diesem Weg können die Gemeindeglieder quasi mittelbar an dem Vorhaben beteiligt werden.

2. Der tatsächliche Erfolg der neu eingeführten Möglichkeit, Regionalstrom als solchen zu kennzeichnen und entsprechende Stromtarife anzubieten, ist noch fraglich, weil das System ein Intransparenzrisiko aus Verbrauchersicht bergen kann. So ist die Darstellung des Regionalstroms in Kombination dem Kennzeichnungssystem des § 42 EnWG i. V. m. § 78 EEG 2017 insbesondere insofern systemfremd, als sie das reale Beschaffungsverhalten von grünen Strommengen abbildet. Die Aussagekraft der Kennzeichnung erstreckt sich zudem ausschließlich auf die „Regionalität“. Ihr Erfolg wird maßgeblich davon abhängen, wie die Beteiligten die Möglichkeit annehmen. Daher erscheint eine Aufklärung des Verbrauchers hinsichtlich der Darstellung des grünen Regionalstromes seitens des Stromvertriebs von zentraler Bedeutung zu sein, um Regionaltarife für den Verbraucher attraktiv zu machen. Aus Sicht des Anlagenbetreibers bleibt ungewiss, ob sich die Nutzung von Regionalnachweisen wirtschaftlich lohnt. Ihre Verwendung wirkt sich entweder reduzierend in der gesetzlich mitbestimmten Förderhöhe aus. Bei an Ausschreibungen teilnehmenden Anlagen geht der Gesetzgeber von der Berücksichtigung im Gebot aus. Es ist deshalb fraglich, ob es gelingt, durch die Kennzeichnung einen Mehrwert zu generieren. Im Erfolgsfall kann allenfalls von einer mittelbaren finanziellen Beteiligungsmöglichkeit des Bürgers an der Anlage gesprochen werden. Mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift, der primär auf die Akzeptanzsteigerung für EE-Erzeugungsanlagen vor Ort gerichtet ist, ist dies zu vereinbaren.
3. Das Mieterstrommodell bietet großes Potenzial für die Förderung finanzieller Beteiligung von Bürgern an PV-Anlagen auf Mietwohngebäuden. Die Bundesregierung sollte deshalb von der Verordnungsermächtigung zeitnah Gebrauch machen. Es



existiert aus Perspektive des Tatbestands der Verordnungsermächtigung ein großer Anwendungsbereich für dieses Modell, weil gerade in Ballungszentren der Anteil von Wohngebäuden, die von Mietern bewohnt werden, sehr groß ist. Die Errichtung von Solaranlagen soll durch die Reduzierung der EEG-Umlage wirtschaftlicher werden und damit für Vermieter und deren Wohnraummieter attraktiv. Wird das Mieterstromprivileg zudem auf Wohnungseigentümergeinschaften und gewerblich von Mietern genutzte Gebäude erstreckt, eröffnet sich ein erheblich weiteres Anwendungsfeld. *[Hinweis: Erst nach Abschluss des Projektes hat es sich herausgestellt, dass der Gesetzgeber von der oben genannten Verordnungsermächtigung aus verschiedenen Gründen letztlich keinen Gebrauch macht. Vielmehr hat er sich für eine direkte Förderung der Stromerzeugung in Mieterstrommodellen entschieden.]*

4. Die Länderöffnungsklausel in § 36g Abs. 7 EEG 2017 schafft Rechtssicherheit bezüglich der Gesetzgebungskompetenz der Länder mit Wirkung zum 01. Januar 2017, eigene Regelungen zur Bürgerbeteiligung und zur Akzeptanzsteigerung für den Bau neuer Windenergieanlagen an Land unter Berücksichtigung des Doppelvermarktungsverbots (§ 80a EEG 2017) zu erlassen. Die konkreten Auswirkungen auf die dezentrale Beteiligung hängen jedoch von der letztlich tatsächlich erfolgenden Gesetzgebungstätigkeit der Länder ab und lassen sich daher schwerlich prognostizieren. Aktuelle Entwicklungen in den Bundesländern, wie in Mecklenburg-Vorpommern, erlauben jedoch die Prognose hin zu mehr dezentraler Beteiligung (vgl. II.1.c)(3)).



## d) Dezentrale Beteiligung an der Planung des Energiesystems

Die UG-ÖR hat sich zudem mit bereits existierenden unmittelbaren oder mittelbaren finanziellen Beteiligungsoptionen von Bürgern oder der öffentlichen Hand sowie mit alternativen Beteiligungsformen, wie beispielsweise informatorischer Partizipation, an der Planung des Energiesystems befasst.

Insoweit wurde untersucht inwieweit derzeit dezentrale Einflussmöglichkeiten auf die Planung des lokalen Energiesystems bestehen und inwiefern diese ausreichen, um eine effiziente Transformation des Systems zu bewerkstelligen. Wesentliche Ergebnisse – z. B. aus dem Workshop in Dänemark (vgl. II.1.c)(1)) – auch hinsichtlich der Frage an welchen Stellen eine verstärkte Einbeziehung des lokalen Know-hows und lokaler Interessen sinnvoll ist, konnten dabei aus den vorangegangenen Betrachtungen im Rahmen des Projektes übernommen werden.

So erscheint die Förderung der Bürgerbeteiligungsoptionen über das bestehende System hinaus nur sinnvoll zu sein, wenn man dies auch mit entsprechenden personellen Kapazitäten, die mit hinreichender Autorität ausgestattet sind, unterlegt. Das heißt, eine frühe umfassende Information der Bürger hinsichtlich der Planung sollte nicht nur auf regulatorischer Basis umfangreicher ermöglicht, sondern auch in der Umsetzung tatsächlich realisierbar werden. Die Alternative, die Vorhabenträger gesetzlich stärker zu einzubinden, erscheint weniger effektiv, da insoweit immer Ausweichmöglichkeiten und die Gefahr von Intransparenz bestehen. Eine rein informative Einbeziehung der Bürger lässt keine wirkliche Akzeptanzsteigerung erwarten, da insoweit bereits im Vorhinein offensichtlich ist, dass keine tatsächliche Einwirkung auf das Projekt möglich ist. Sinnvoller erscheint eine verstärkte planerische Beteiligung der Bürger, ggf. auch indirekt durch (un)mittelbare finanzielle Beteiligungsmöglichkeiten.

Denkbar wären insoweit lokale Energiekonzepte, die z. B. durch Bürgerentscheide angestoßen werden. Hier könnten von Prosumern geplante Inselsysteme konzipiert und umgesetzt werden. Sie erzeugen im vergleichsweise kleinen Maßstab Energie „vor dem Netz“ und können diese – gegebenenfalls in Kombination mit Energiespeichern – selbst verbrauchen. Durch die Implementierung eines Inselsystems könnte neben der dezentralen Beteiligung des Bürgers auch die Entlastung des Netzes erreicht werden. Im Rahmen der Interaktion mit dem allgemeinen Netz kann dieser Effekt insbesondere durch den Einsatz steuerbarer Verbrauchseinrichtungen (vgl. § 14a EnWG) intensiviert werden, wenn sie zusammengenommen als systemerhebliche Flexibilitätsoption zur Verfügung stehen.

Letztlich müssten die Bürger die Entscheidungskompetenz haben, wenn man tatsächlich die Akzeptanz steigern möchte. Aufgrund des Informationsvorsprungs der Vorhabenträger braucht es letztlich aber für die Entscheidung jedes einzelnen Bürger auch hinsichtlich einer etwaigen persönlichen Beteiligung eine zentrale unabhängige Stelle zur Bewertung des Projekts (vgl. II.1.c)(1)).



So sollte auch die Planungshoheit, insbesondere hinsichtlich einer akteursbezogenen Planung, der Gemeinden – die derzeit insbesondere wegen der Bürgerwindparkrechtsprechung sehr begrenzt ist – auch in der Vorplanungsphase gestärkt werden. Hätte die Gemeinde exemplarisch ein Vorschlags- und Initiativrecht, wäre eine quotale Beteiligung bestimmter Akteure denkbar. Grenzen wären dem aber dort zu setzen, wo die Entscheidung darüber, wer konkret den Windpark betreibt, getroffen wird. Hier sollte die Gemeinde sich enthalten müssen, um das Risiko von Interessenkonflikten auszuschließen.

Zentral ist bei all diesen Überlegungen, den Bürger frühestmöglich an der Planung zu beteiligen, damit eine große Akzeptanz steigernde Wirkung erzielt wird.

Mit Relevanz für die Planung des Energiesystems ist zudem die Länderöffnungsklausel im Baugesetzbuch, § 249 Abs. 3 BauGB. Bis zum 31. Dezember 2015 durften die Länder durch Landesgesetze die Privilegierungen zugunsten der Windenergie im unbeplanten Außenbereich durch eine Regelung zu Mindestabständen beschränken. Diese Regelung war im Zuge von Akzeptanzdebatten zum Ausbau der Windenergie in Deutschland 2014 geschaffen worden.

Von dieser Möglichkeit hat jedoch nur der Freistaat Bayern mit der sogenannten 10-H-Regelung Gebrauch gemacht. Nach Art. 82 Abs. 1 BayBO findet § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB für WEA im Außenbereich nur Anwendung, wenn die WEA einen Mindestabstand vom 10-fachen ihrer Gesamthöhe zu Wohngebäuden des angrenzenden Innenbereichs einhalten. Davon kann jedoch durch einen Bebauungsplan abgewichen werden. Dieser, einer Opt-in-Lösung vergleichbare Mechanismus, gibt den Bürgern bzw. der Kommune eine größere Verhandlungsmacht hinsichtlich der Planung von WEA und kann so den „Konsens vor Ort“ fördern. Möglicherweise ergeben sich daraus perspektivisch auch finanzielle Vorteile, sollte die Anlage bauplanungsrechtlich zugelassen werden. Auf diesen Regel-Ausnahme-Mechanismus wurde die Ansicht gestützt, die für den akzeptanzsteigernden Effekt der 10-H-Regelung für Windenergie argumentierte. Beobachtungen zeigen indes, dass der Windenergieanlagenzubau in Bayern quasi stagniert, weil faktisch nicht von der Abstandsregelung abgewichen wird. Fragen zur Beteiligung an Windenergieanlagen stellen sich dort deshalb eigentlich von vornherein nicht. Gründe dafür, dass ein Abweichen von der 10-H-Regelung nicht stattfindet, dürften in dem enormen Koordinationsaufwand zwischen Vorhabenträger und Kommune und/oder betroffenen Bürgern bzw. überregionalen Gegnern von WEA liegen, die die damit einhergehenden Transaktionskosten teilweise in abschreckende Höhen schnellen lassen.

Im Ergebnis war daher festzustellen, dass ausgehend von dem übergeordneten politischen Ziel eines effektiven und kosteneffizienten Ausbaus von EE-Stromerzeugungsanlagen zur Erreichung der Energiewendeziele, eine entsprechende Regelung, die Akzeptanz im Ergebnis her durch den vermiedenen Zubau von Windenergieanlagen schafft, nicht als bundesweites Instrument geeignet ist.



## 2. Wichtigste Positionen des zahlenmäßigen Nachweises

Insoweit wird auf den Inhalt des gesondert eingereichten zahlenmäßigen Nachweises verwiesen.

## 3. Notwendigkeit und Angemessenheit der geleisteten Arbeit

Zur Vermeidung von Wiederholungen wird insoweit auf I.1. und I.2. dieses Berichtes verwiesen.

## 4. Fortschritt auf dem Gebiet des Vorhabens bei anderen Stellen

Die rechtswissenschaftliche Arbeit der UG-ÖR hat im Wesentlichen juristisch Neuland betreten. Fortschritt anderer Stellen wurde insoweit nur teilweise in der sich mit Relevanz für das Projekt entwickelnden Gesetzgebung festgestellt. Diese wurden in der Bearbeitung jeweils berücksichtigt und im Rahmen der erzielten Ergebnisse dargestellt (vgl. oben II.1). Die sich verändernde Gesetzgebung hat einige Ergebnisse der UG-ÖR obsolet werden lassen bzw. hat eine Nachbearbeitung notwendig gemacht, die soweit sie im zeitlichen Rahmen des Projektes stattfand, auch erfolgt ist.

## 5. Nutzen und Verwertbarkeit der Projektergebnisse

Die drei beteiligten Projektpartner aus der Wissenschaft (TUB-WIP, FÖV und UG-ÖR) haben und werden die Ergebnisse in ihrer weiteren Forschung und Lehre verwerten.

Wie bereits oben (I.6.) dargestellt wurde, sind die Projektergebnisse auf Konferenzen und in Workshops und Vorträgen verwendet worden:

Die Ergebnisse aus dem Bereich der angewandten Forschung, die den weit überwiegenden Teil der Analysen des DZ-ES-Projekt ausmacht, gelangten zunächst über die üblichen wissenschaftlichen Verbreitungsformen (Publikationen, Vorträge und Endbericht) in Richtung von Politik, Verwaltung und Stakeholdern. Zentral für den Ergebnistransfer waren und werden jedoch – neben u. a. Artikeln in an Praktiker gerichteten Zeitschriften – Workshops und Konferenzen sein. Des Weiteren ist die UG-ÖR wie auch andere Projektpartner – insbesondere TUB-WIP und die Unterauftragnehmer BBH und IKEM e. V. – in regelmäßigem Kontakt mit Ministerien, Fraktionen und Parteien, Verbänden etc. und konnten auf diesem Weg die Projektergebnisse weitertragen. Die UG-ÖR wird die Ergebnisse des Projektes im Rahmen des Exzellenzforschungsprogramm M-V – Themenschwerpunkt Energie - „Netz-Stabil“ nutzen.



BBHC hat durch diverse bereits abgeschlossene und aktuell laufende Beratungsprojekte ein breites Netzwerk zu Energieversorgungsunternehmen, Kommunen und Personen der öffentlichen Hand sowie weiteren Akteuren insbesondere auf der dezentralen Ebene aufgebaut. BBHC steht somit als Beratungsunternehmen im regelmäßigen Austausch mit den verantwortlichen Akteuren für eine erfolgreiche gesellschaftsverträgliche Transformation des Energiesystems. Neben den in diesem Forschungsvorhaben beteiligten Praxispartnern wurde daher bereits während und über den Abschluss des Forschungsvorhabens hinaus ein direkter Praxisaustausch und eine breite Diffusion der generierten Forschungsergebnisse in die Praxis (sowohl zu zentralen Regelsetzern als auch zu den dezentralen Realisierern der Transformation des Energiesystems) ermöglicht.

(Vgl. zudem 3.3 des Erfolgskontrollberichts.)



## 6. Veröffentlichungen der Projektergebnisse

Im Jahr 2015 wurde durch die TU-WIP eine Website erstellt ([www.dz-es.de](http://www.dz-es.de)), die das Projekt vorstellt.

Im Rahmen des Projektes kam es u. a. zu den folgenden Veröffentlichungen:

- Ott, R. / Schäfer-Stradowsky, S. (2016): Gesetz über die Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden an Windparks in Mecklenburg-Vorpommern- Eine juristische und ökonomische Einordnung des aktuellen Entwurfs, in: EnWZ - Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft, Heft 2/2016, 5. Jg. S. 68-78.
- Kühling, J. / Seiler, M. (2017): Der Ausschluss der Inhouse-Vergabe nach der Novellierung von § 46 EnWG, in EnWZ - Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft, Heft 4/2017, 6. Jg. S. 99-106.
- In Planung: Gesammelte Veröffentlichung der Ergebnisse des Expertenworkshop – „Wem gehört der Wind?“ in einem EnWZ-Sonderheft (vgl. oben II.1.c)(4))

Zudem kam es im Rahmen des Projektes kam es u. a. zu den folgenden Vorträgen und Workshops (vgl. auch oben I.6.a):

- 29.04.2014:  
Vortrag „Das Zusammenspiel von zentraler Regulierung und Rahmensetzung sowie dezentraler Konzessionsvergabe“ auf dem Forum Vergabe mit dem Thema „Vergabe von Energienetzen“ in Berlin
- 03.11.2014:  
Vortrag „Beteiligung von Industrie sowie Bürgern und öffentlicher Hand an FEE-Projekten im Rahmen der Energiewende“ auf der Konferenz „Herausforderungen an die Mehrebenen-Governance der deutschen Energiewende“ in Berlin
- 16.12.2016:  
Expertenworkshop: „Wem gehört der Wind?“ - Diskussion von Optionen für eine öffentliche und dezentrale Zuordnung von Ernte- und Kompensationsrechten bei der Onshore-Windenergie im Lichte der Institutionenökonomik sowie des Verfassungs-, Europa- und WTO-Rechts, der für Projektpartner und Unterauftragnehmern die Gelegenheit bot, sich mit Blick auf die zu erarbeitenden Projektergebnisse mit den Gästen fachlich auszutauschen.



- 09.02.2017:  
Abschlussworkshop I: Tagung: „Wirtschaftliche Beteiligung von Bürgern und öffentlicher Hand an Onshore-Windprojekten: Effizienz, Akzeptanz und Umsetzbarkeit“
- 10.02.2017:  
Abschlussworkshop II: Tagung: „Effiziente Governance für Stromverteilnetze im Kontext der Energiewende: Bedeutung und Ausgestaltung von Konzessionen und des § 46 EnWG als Ergänzung zur (Anreiz)Regulierungen

Darüber hinaus ist eine Veröffentlichung der Projektergebnisse angestrebt, in welche die Beiträge des UG-ÖR und ihrer Unterauftragnehmer umfangreich einfließen werden.