

IKEM

**Juristische Studie zu
Regelungsoptionen für eine
verbesserte Bürgerbeteiligung am EE-
Ausbau auf Bundesebene**

Im Auftrag des Bündnis Bürgerenergie
e.V. und der Bundesgeschäftsstelle
Energiegenossenschaften beim DGRV
- Deutscher Genossenschafts- und
Raiffeisenverband e.V.

08.01.2024

Institut für Klimaschutz,
Energie und Mobilität e.V.

Studie

Juristische Studie zu Regelungsoptionen für eine verbesserte Bürgerbeteiligung am EE-Ausbau auf Bundesebene

Kurzzusammenfassung

Die Energiewende erfordert einen erheblichen Zubau von Erneuerbare-Energien-Anlagen. Dies löst räumliche Veränderungen aus, die nicht überall auf Akzeptanz stoßen. Rechtliche Instrumente zur finanziellen Beteiligung der lokalen Bevölkerung sind ein Weg, um neue Akzeptanzpotenziale zu heben und damit die Energiewende insgesamt zu fördern. Die Studie untersucht verschiedene Optionen für den Bund, um eine verpflichtende Regelung zur finanziellen Teilhabe der anlagebetroffenen Bürger:innen zu implementieren. Sie fokussiert sich dabei auf Möglichkeiten zur unmittelbaren Beteiligung betroffener Bürger:innen, insbesondere in Form gesellschaftlicher Beteiligungen, und befasst sich mithin nicht näher mit Optionen zur finanziellen Beteiligung betroffener Kommunen, stellvertretend für die betroffenen Bürger:innen, sondern bezieht diese nur punktuell mit ein.

Aufbauend auf eine kurze Darstellung sozialwissenschaftlicher Grundlagen sowie bestehender finanzieller Beteiligungsregelung im Bund und in den Ländern werden zum einen Aspekte zur inhaltlichen Ausgestaltung einer verpflichtenden finanziellen Beteiligungsregelung zugunsten betroffener Bürger:innen betrachtet, zum anderen wird im Einzelnen untersucht, inwieweit eine solche Beteiligungsregelung als fachrechtliche Bestimmung, in Anknüpfung an baurechtliche Zulassungsregelungen oder in Ergänzung des § 6 EEG in Betracht kommen könnte.

Die Untersuchungen kommen zu dem Ergebnis, dass die Implementierung einer umfassenden finanziellen Beteiligungsregelung sowohl in Anknüpfung an § 6 EEG als auch in Kopplung mit baurechtlichen Planungs- und Zulassungstatbeständen nicht unerhebliche rechtliche sowie anwendungsbezogene Risiken aufweisen würde. In einer abschließenden Handlungsempfehlung wird daher ein fachgesetzlicher Regelungsansatz beschrieben, der in dem Versuch der Vermeidung jeweiliger Nachteile und Nutzung jeweiliger Vorteile eine Mischung zwischen verschiedenen landesrechtlichen Beteiligungsregelungen zu bilden. Die Grundlage für den Regelungsvorschlag bildet das BürgEnG NRW. Im Einzelnen wird eine Beteiligungsregelung beschrieben, nach der Vorhabenträger von Windenergieanlagen und Freiflächenphotovoltaikanlagen – unter Ausnahme von Bürgerenergiegesellschaften nach § 3 Nr. 15 EEG und anderen (noch näher zu definierenden) Bürgerenergieunternehmen sowie ggfs. unter Ausnahme kleinerer Anlagen nach Maßgabe spezifischer Leistungsgrenzen – in frühzeitigem Austausch mit der Standortgemeinde und lokalen Bürgerenergieakteuren einen Beteiligungsentwurf erarbeiten, auf dessen Grundlage die Parteien eine individuelle Beteiligungsvereinbarung schließen sollen. Das Gesetz bietet hier verschiedene Beteiligungsinstrumente an. Sofern diese Vereinbarung nicht zustande kommt, sieht das Gesetz eine Ersatzbeteiligung der Bürger:innen in Form einer gesellschaftlichen Beteiligung i.H.v. 20% der Gesellschaftsanteile vor. Bei Verstoß gegen diese Beteiligungspflichten können die Vorhabenträger mit einer Ausgleichsabgabe belastet werden, deren Einnahmen an die betroffenen Kommunen fließen und zum Zwecke der Förderung lokaler Akzeptanz zu verwenden sind.

Bürgerenergiegesellschaften i.S.d. § 3 Nr. 15 EEG und Bürgerenergiegesellschaften, die § 3 Nr. 15 Buch. c EEG nicht entsprechen, sind von der Pflicht ausgenommen

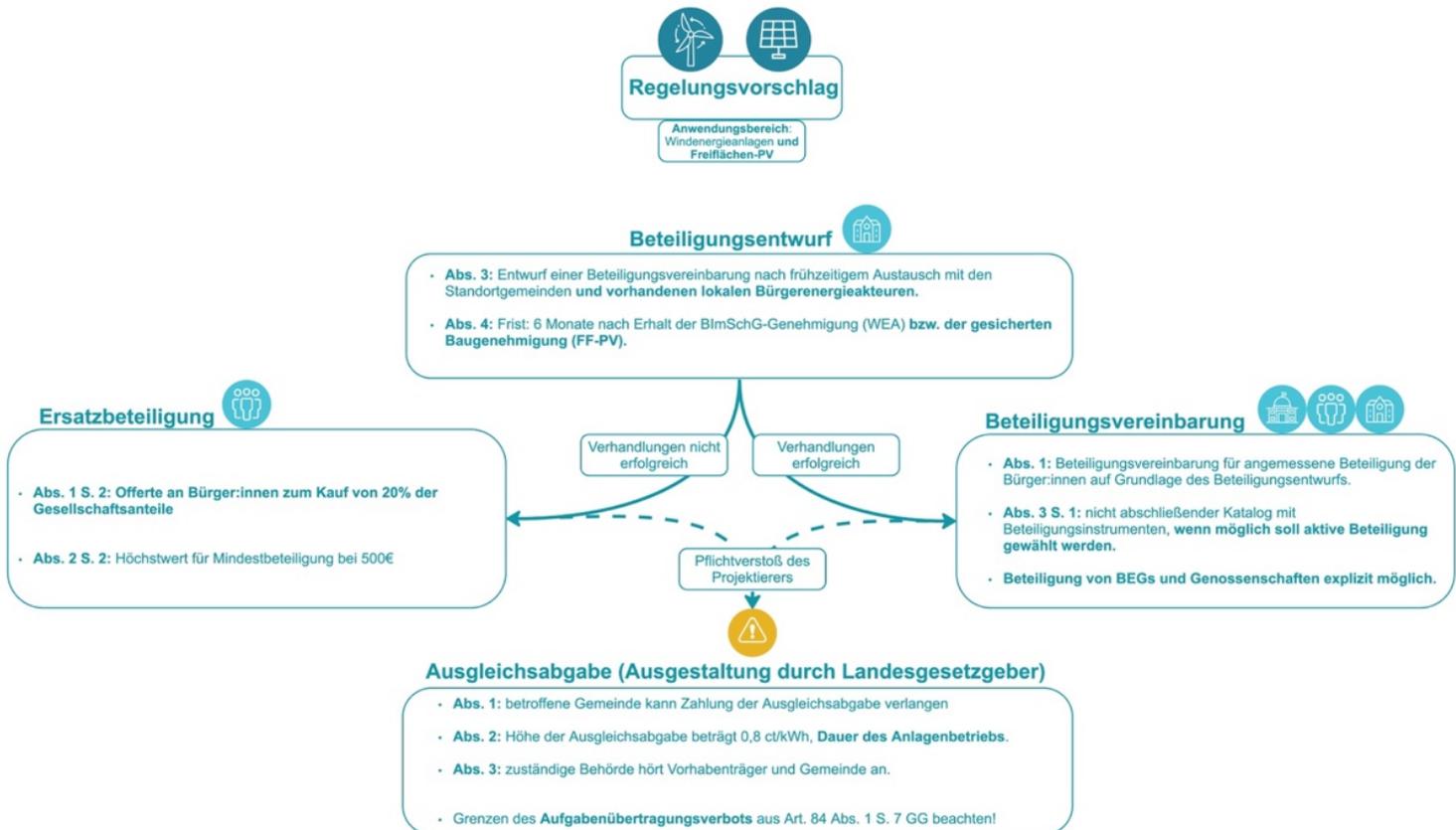


Abbildung 1 - Vorschlag des Regelungsmechanismus. Eigene Darstellung.

Zitiervorschlag

IKEM (2023): *Juristische Studie zu Regelungsoptionen für eine verbesserte Bürgerbeteiligung am EE-Ausbau auf Bundesebene*. Studie im Auftrag des Bündnis Bürgerenergie e.V. und der Bundesgeschäftsstelle Energiegenossenschaften beim DGRV - Deutscher Genossenschafts- und Raiffeisenverband e.V.

Autoren

Roman Weidinger

Louis Johns

Ansprechpartner

Louis Johns

louis.johns@ikem.de

Auftraggebende

Bündnis Bürgerenergie e.V.

Bundesgeschäftsstelle Energiegenossenschaften beim DGRV - Deutscher Genossenschafts- und Raiffeisenverband e.V.

Disclaimer

Für den Inhalt der Studie zeichnen sich die Studienautoren verantwortlich. Der Inhalt stellt nicht zwingend die Auffassung der Auftrag- oder Fördergeber dar.

Im Abschnitt „Regelungsmöglichkeiten durch den Bund“ wurden die Kapitel C.II. und C. IV. sowie im Abschnitt „Handlungsempfehlung“ das Kapitel B.II. ohne Mitwirkung von Roman Weidinger erarbeitet, er ist nicht für diese Inhalte verantwortlich.

Geschlechtsneutrale Sprache

In dieser Studie wird, soweit möglich, eine geschlechtsneutrale Sprache verwendet. In Fällen, in denen dies nicht möglich ist, wird der sogenannte „Gender-Doppelpunkt“ verwendet (z.B. Expert:innen). Sofern es sich allerdings um die Wiedergabe von Werken und Gesetzestexten handelt, welche nur das generische Maskulinum verwenden, wird der Text in dieser Form wiedergegeben. Diese Quellen beziehen sich, sofern nicht anders kenntlich gemacht, auf alle Geschlechter.

Inhaltsverzeichnis

<u>EINLEITUNG</u>	1
A. HINTERGRUND	1
I. AKZEPTANZ UND ENERGIEWENDE	1
II. BETEILIGUNGSREGELUNGEN IN BUND UND LÄNDER.....	5
B. ZIEL DER STUDIE UND GANG DER UNTERSUCHUNG	15
<u>BÜRGERBETEILIGUNGSREGELUNG</u>	16
A. ALLGEMEINE ANFORDERUNGEN	16
B. MODELLE FINANZIELLER BÜRGERBETEILIGUNG	16
I. AKTIVE UNTERNEHMENS BETEILIGUNG.....	17
II. PASSIVE UNTERNEHMENS BETEILIGUNG	21
III. DIREKTE ZAHLUNG	24
<u>REGELUNGSMÖGLICHKEITEN DURCH DEN BUND</u>	26
A. ANKNÜPFUNG AN § 6 EEG	26
I. REGULUNGSOPTION: ÄNDERUNG DES BEGÜNSTIGTENKREISES	27
II. REGULUNGSOPTION: BEDINGUNG ZUR REFINANZIERUNG	28
B. BAUPLANUNGS- UND ZULASSUNGSRECHT	30
I. BETEILIGUNG ALS RAUMPLANUNGSRECHTLICHES KRITERIUM	31
II. BETEILIGUNG ALS EIGENSTÄNDIGES ZULÄSSIGKEITSKRITERIUM	38
C. ÜBERTRAGUNG VON FINANZIELLER LANDES-BETEILIGUNGSREGELUNG	40
I. BÜGEMBETG M-V - GESETZ ÜBER DIE BETEILIGUNG VON BÜRGERINNEN UND BÜRGERN SOWIE GEMEINDEN AN WINDPARKS IN MECKLENBURG-VORPOMMERN	40
II. NWINDPVBETG- NIEDERSÄCHSISCHES GESETZ ÜBER DIE BETEILIGUNG VON KOMMUNEN UND BEVÖLKERUNG AM WIRTSCHAFTLICHEN ERTRAG VON WINDENERGIEANLAGEN UND FREIFLÄCHEN-PHOTOVOLTAIKANLAGEN.....	43
III. THÜRWINDBETG - THÜRINGER GESETZ ÜBER DIE BETEILIGUNG VON EINWOHNERINNEN UND EINWOHNERN SOWIE GEMEINDEN AN WINDPARKS	45
IV. BÜRGENG – BÜRGERENERGIEGESETZ NORDRHEIN WESTFALEN	50
D. GESAMTBEWERTUNG	53
<u>HANDLUNGSEMPFEHLUNG</u>	55
A. FACHGESETZLICHE REGELUNG	55
B. ZIELSYSTEM	55
I. STUFENMODELL	56
II. KONKRETE AUSGESTALTUNG	60

Einleitung

A. Hintergrund

Die zentrale Säule der Energiewende liegt in dem Ausbau Erneuerbarer Energien. Neben diversen Erzeugungstechnologien bilden vor allem der erhebliche Zubau von Windenergieanlagen an Land sowie Freiflächen-Photovoltaikanlagen die Grundlage für eine erfolgreiche, nachhaltige Transformation des Energiesystems.¹

Dies führt auch zu einem Wandel in der Stromerzeugungslandschaft weg von (wenigen) zentralen Kraftwerken hin zu (vielen) dezentralen EE-Anlagen. Schon angesichts natürlicher Flächenrestriktionen rücken diese Anlagen damit zunehmend in Gebiete anderer Flächennutzung – etwa Schutzzonen für den Natur- und Landschaftsschutz, insbesondere aber auch Siedlungsflächen – vor und werden für die Bürger:innen dadurch wahrnehmbarer. Die Vergangenheit hat dabei gezeigt, dass Akzeptanzdefizite vielerorts zum Hemmnis des Ausbaus von EE-Anlagen wurden. Die Förderung lokaler Akzeptanz wird insoweit zu einem Erfolgskriterium der Energiewende, darauf bezogene Regelungen mithin zu bedeutsamen Instrumenten des Gelingens der Energiewende.

I. Akzeptanz und Energiewende

Die Grundlage für Untersuchungen zu regulatorischen Instrumenten, um die Akzeptanz im Zusammenhang der Energiewende zu erhöhen, liegt in der sozialwissenschaftlichen Forschung. Diese Akzeptanz kann aus unterschiedlichen Perspektiven betrachtet werden. Maßgeblich ist hierbei, welches Akzeptanzobjekt bzw. Akzeptanzsubjekt in welchem Akzeptanzkontext in den Blick genommen wird. Akzeptanzobjekt ist das, um dessen Akzeptanz es in der jeweiligen Betrachtung geht, Subjekte der Akzeptanz sind die bewertenden Akteure und der Akzeptanzkontext beschreibt die Rahmenbedingungen, unter denen der Bewertungsprozess stattfindet.²

In Bezug auf die Akzeptanz von EE-Anlagen kommen damit verschiedene Untersuchungsperspektiven in Betracht. Neben unterschiedlichen Akzeptanzkontexten sind vor allem verschiedene Akzeptanzobjekte und -subjekte denkbar. Akzeptanzobjekt können etwa die Energiewende insgesamt, allgemein die Nutzung bestimmter Anlagentechnologien oder auch konkrete EE-Anlagen sein. Als bewertende Akteure können etwa Anwohner:innen oder auch Vorhabenträger (bzw. Anlagenbetreiber; beide werden folgend unter den Begriff der Vorhabenträger gefasst) in Betracht kommen.

¹ Vgl. den Ausbaupfad in § 4 EEG 2023.

² Vgl. Schweizer-Ries/Rau/Zoellner, Projektabschlussbericht "Akzeptanz Erneuerbarer Energien und sozialwissenschaftliche Fragen", 2008, S. 112.

Im Fokus dieser Untersuchung liegt die Akzeptanz der jeweils betroffenen Bevölkerung in Bezug auf den Zubau von EE-Anlagen, im einzelnen Freiflächen-Photovoltaik-Anlagen sowie Windenergieanlagen an Land.

1. Empirische Untersuchungen

Der Ausgangspunkt dieser Fokussierung liegt in den empirischen Befunden zur Akzeptanz des EE-Ausbaus. Dabei geben einschlägige Umfragen grundsätzlich ein positives Bild ab: Mit deutlicher Mehrheit äußern sich die Befragten positiv zum EE-Ausbau, gerade auch angesichts steigender Energiekosten und zur Sicherung der Versorgungssicherheit.³ Überwiegend steht danach insbesondere auch die lokal betroffene Bevölkerung dem Ausbau von Solarparks (69%) und Windenergieanlagen (63 %) positiv gegenüber.

Der Bevölkerungsanteil mit einer ablehnenden Haltung wird indes auf zwischen ca. 15 – 30 % geschätzt,⁴ stellt also die Minderheit dar.⁵ Gleichwohl sind die Widerstände dieses Bevölkerungsteils wahrnehmbar. So wird zum einen sozialwissenschaftlich beschrieben, dass er sich zum Teil verbunden mit entsprechendem öffentlichen Gehör als Vertreter der (lokalen) Mehrheit geriere,⁶ und nicht selten in überregional agierenden Bürger:innen-Initiativen organisiert sei.⁷ Zum anderen bildet sich der Widerstand insbesondere in rechtlicher Form ab. So kommen diese Widerstände maßgeblich in Klagen zum Ausdruck,⁸ die im Erfolgsfall die Flächenverfügbarkeit schmälern oder zumindest deren (zeitige) Bereitstellbarkeit erschweren. So ergab etwa eine Branchenumfrage aus dem Jahr 2019, dass insbesondere Windenergieanlagen mit einer Gesamtleistung von mehr als einem Gigawatt beklagt waren,⁹ auf Basis von Meldungen aus den Ländern in Bezug auf die beklagten Flächen der Regionalplanung auf einen Anteil von knapp einem Drittel sowie eingereichten Klagen gegen rund 17 Prozent der beantragten Genehmigungen.¹⁰

³ AEE, Akzeptanz-Umfrage 2022 v. 7.12.2022, abrufbar unter <https://www.unendlich-viel-energie.de/umfrage-wunsch-nach-versorgungssicherheit-befluegelt-akzeptanz-von-erneuerbaren-energien> (geprüft am 25.7.2023); siehe zu überwiegend positiven Akzeptanzwerten ebenso IASS, Soziales Nachhaltigkeitsbarometer der Energiewende 2019. Kernaussagen und Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse, 2020, S. 10; Hildebrand/Renn, in: Radtke/Canzler (Hrsg.), Energiewende, 2019, S. 261 (261 ff.).

⁴ Ruddat/Sonnberger, Energiewirtschaftliche Tagesfragen 2015, 121 (3); Schweizer-Ries/Rau/Zoellner, Projektabschlussbericht "Akzeptanz Erneuerbarer Energien und sozialwissenschaftliche Fragen", 2008, S. 113.

⁵ Schweizer-Ries/Rau/Zoellner, Projektabschlussbericht "Akzeptanz Erneuerbarer Energien und sozialwissenschaftliche Fragen", 2008, S. 113 ermittelten zur Akzeptanz Erneuerbarer-Energien in einem Forschungsprojekt von 2005 - 2008, dass 10 % der Befragten sich aktiv für den Ausbau einsetzte und 3,2 % dagegen, wobei insgesamt 18,5 % den Ausbau ablehnten.

⁶ Hoeft/Zilles/Messinger-Zimmer, Bürgerproteste in Zeiten der Energiewende, 2017, S. 127 ff., 236.

⁷ Hildebrand/Renn, in: Radtke/Canzler (Hrsg.), Energiewende, 2019, S. 261 (272); einen räumlichen Überblick über verschiedene Bürgerinitiativen liefert von Seiten der Windkraftgegner, mithin unter einem entsprechenden Vorbehalt zu betrachtend windwahn, Karte der Bürgerinitiativen (<https://www.windwahn.com/karte-der-buergerinitiativen/>) (geprüft am 1.11.2022).

⁸ Die Konfliktchronologie in Bezug auf ausgewählte Windparks anschaulich nachzeichnend Hoeft/Zilles/Messinger-Zimmer, Bürgerproteste in Zeiten der Energiewende, 2017, S. 65 ff. Dieses Buch bietet insgesamt lesenswerte sozialwissenschaftliche Überlegungen zu Gründen und Dynamiken lokaler Widerstände in der Energiewende.

⁹ FA Wind, Hemmnisse beim Ausbau der Windenergie in Deutschland, 2019, S. 3.

¹⁰ Bund-Länder-Kooperationsausschuss, Bericht 2022, S. 37 und 49 f.

Daneben zeigen sich (wahrgenommene) Akzeptanzdefizite nicht zuletzt auch in politischen Vorbehalten in Form von restriktiven (Verhinderungs-)Planungen¹¹ („Feigenblattplanung“¹²) sowie pauschalen Abstandsregelungen.¹³

Die vorgetragenen Argumente für eine fehlende Akzeptanz sind verschieden – Akzeptanzdefizite sind zudem regelmäßig nicht Folge eines, sondern mehrerer miteinander zusammenhängender Aspekte –¹⁴ und betreffen vielfach die Wahrnehmungen prozeduraler Fairness (unzureichende Beteiligung der Öffentlichkeit an Entscheidungsverfahren), aber auch allgemeine Vertrauensdefizite in die Energiepolitik sowie Fragen konkreter Emissionsbelastungen durch Windenergieanlagen.¹⁵ Daneben wird ebenfalls die wahrgenommene distributive Gerechtigkeit, also im Einzelnen eine als ungerecht wahrgenommene Verteilung von Erzeugungsgewinnen, angeführt.¹⁶ In diesem Zusammenhang wird vielfach die Kritik beschrieben, dass Gewinne des EE-Ausbaus privatisiert würden – vor allem bei den Anlagenbetreibern und den Eigentümern¹⁷ der für die Anlagen genutzten Flächen –, die Kosten hingegen sozialisiert.¹⁸

2. Akzeptanzfaktoren

Diese Argumente spiegeln sich in den abstrakt beschriebenen Faktoren und Bedingungen von Akzeptanz wider. Die Sozialpsychologen Hildebrand und Renn benennen im Kern vier Bedingungen von Akzeptanz: Einsicht und Orientierung, Selbstwirksamkeit, die Wahrnehmung einer positiven Nutzen-

¹¹ Zum Befund der Verhinderungsplanung Rodi, ZUR 2017, 658 (660) Eine quantitative Aufstellung getätigter Verhinderungsplanung ist indes kaum möglich, da die Verhinderungsabsichten nicht offenliegen. Diese allerdings wohl offenbarend etwa OVG Lüneburg, Ur. v. 13.7.2017 – 12 KN 206/15; OVG Münster, Ur. v. 6.3.2018 – 2 D 95/15 und zur Selbstoffenbarung dieser Motive durch politische Entscheidungsträger siehe OVG Schleswig, Ur. v. 20.1.2015 – 1 KN 7/13.

¹² Zu diesem Begriff etwa Kindler/Lau, NVwZ 2011, 1414 (1416).

¹³ Etwa Art. 82 Abs. 1 Bayerische Bauordnung (BayBO) in der Fassung vom 14.8.2007, zuletzt geändert durch Gesetz v. 25.5.2021, GVBl. 286. Durch solche pauschale Abstandsregelungen der Länder wird Windenergieanlagen – nunmehr vorbehaltlich der Erfüllung der Flächenziele des Windenergieflächenbedarfsgesetzes (siehe hierzu § 249 Abs. 7 S. 2 BauGB) – innerhalb des festgelegten Radius nach Maßgabe des § 249 Abs. 10 BauGB die bauplanungsrechtliche Privilegierung abgesprochen, was deren Zulassung in der Regel unmöglich macht. Tatsächlichen Effekte solcher Abstandsregelungen auf die lokale Akzeptanz sind indes umstritten (Agora Energiewende, Akzeptanz und lokale Teilhabe in der Energiewende, 2020, S. 45), zumindest aber noch nicht abschließend belegt (FA Wind, Mehr Abstand - mehr Akzeptanz?, 2015, S. 22 f.; und mit Verweis auf diese Studie siehe sogar die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Karlheinz Busen, Hagen Reinhold, Oliver Luksic et al. in BT-Drs. 19/3053, 1). Schließlich folgen ohnehin aus dem Planungs- und Zulassungsregime für Windenergieanlagen restriktive Abstandsvorgaben. Solche ergeben sich etwa aus den natur- und artenschutzrechtlichen Vorgaben insbesondere nach Maßgabe des § 45b Abs. 1 bis 5 BNatSchG i.V.m Anlage 1 Abschnitt 1 sowie aus immissionsschutzrechtlichen Bestimmungen.

¹⁴ Hübner/Pohl/Warode u.a., Akzeptanzfördernde Faktoren erneuerbarer Energien, 2020, S. 15 ff.

¹⁵ Rodi, ZUR 2017, 658 (658 f.); Köck, Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts, 129-154 (134 ff.); Hübner/Pohl/Warode u.a., Akzeptanzfördernde Faktoren erneuerbarer Energien, 2020; Ruddat/Sonnberger, Energiewirtschaftliche Tagesfragen 2015, 121 m.w.N.

¹⁶ Rodi, ZUR 2017, 658 (659).

¹⁷ In Bezug auf die Landeigentümer:innen, deren Flächen nach entsprechender planerischer Ausweisung für EE-Anlagen genutzt werden, wird gar von einer „fünften Fruchtfolge“ gesprochen: Bovet/Lienhoop, ZNER 2015, 227 (228).

¹⁸ Rodi, ZUR 2017, 658 (659); BMU, Umweltbewusstsein in Deutschland 2018, 2019, S. 32 mit dem Umfrageergebnis, dass nur die Minderheit meint, die Kosten in der Energiewende seien sozial gerecht verteilt.

Risiko-Bilanz und Identität.¹⁹ Einsicht und Orientierung meinen dabei das informierte Einsehen der Notwendigkeit politischer Entscheidungen in Bezug auf das Akzeptanzobjekt. Transparenz und die offene Auseinandersetzung um Zielkonflikte sind hier von zentraler Bedeutung. Die Wahrnehmung eigener wirksamer Handlungsmöglichkeiten, beispielsweise zur Veränderung geplanter Ausbauten, wird als Akzeptanzbedingung unter dem Begriff der Selbstwirksamkeit verstanden. Die Wahrnehmung einer positiven Nutzen-Risiko-Bilanz setzt überdies die Erfahrbarkeit von eigenen Vorteilen bei möglichst geringen Risiken voraus. Identität bezeichnet schließlich die emotionale Identifizierung mit dem Akzeptanzobjekt sowie dessen Anerkennung als Teil des eigenen Lebensumfelds.

Weiter werden in der spezifischen Betrachtung von Akzeptanz der erneuerbaren Energien nach Hübner et al. die Einstellung zur Umsetzung der Energiewende, wirtschaftliche Auswirkungen, wahrgenommene Verfahrensgerechtigkeit – insbesondere die Art und Weise, wie „erhaltene Informationen und Beteiligungsmöglichkeiten im Planungs- und Genehmigungsverfahren eingeschätzt wurden“²⁰ –, und damit verbunden das Vertrauen in die entscheidenden Akteur:innen, soziale Normen sowie die Belastung für Natur und Mensch als wesentliche Akzeptanzfaktoren ausgemacht, die wiederum miteinander korrelieren.²¹

3. Bedeutung finanzieller Beteiligung

Der empirische Ausgangspunkt sowie die theoretische Grundlage für eine Untersuchung finanzieller Beteiligungsinstrumente zur Förderung von Akzeptanz, im Einzelnen durch eine Verbesserung der wahrgenommenen Kosten-Nutzen-Bilanz beziehungsweise der wirtschaftlichen Auswirkungen des jeweiligen EE-Zubaus, sind damit gelegt.

So ist auch spezifisch belegt, dass positive ökonomische Effekte des Anlagenzubaus dessen Akzeptanz fördern können.²² Neben Positiveffekten durch regionale Wertschöpfungen im Zuge der Einbindung lokaler Wirtschaftsakteure insbesondere in Errichtung, Betrieb und Wartung der EE-Anlagen rücken finanzielle Beteiligungsregelungen in den Fokus. Ziel der finanziellen Beteiligung ist dabei zum einen, ökonomische Anreize zu schaffen, dem EE-Ausbau gegenüber positiv eingestellt zu sein und sich ggf. stärker damit zu identifizieren. Zum anderen kann durch die finanzielle Beteiligung aber – teilweise über die bereits bestehende prozedurale Berücksichtigungen hinaus – auch ein gewisser Ausgleich für die „Kosten“ der anlagenbetroffenen Bürger:innen infolge negativer externer Effekte von EE-Anlagen

¹⁹ Zu dieser Zuspitzung auf vier Akzeptanzbedingungen: Renn, Das Risikoparadox, 2014, S. 536 ff.; und auch in: Hildebrand/Renn, in: Radtke/Canzler (Hrsg.), Energiewende, 2019, S. 261 (264 ff.).

²⁰ Hübner/Pohl/Warode u.a., Akzeptanzfördernde Faktoren erneuerbarer Energien, 2020, S. 16.

²¹ Dies., Akzeptanzfördernde Faktoren erneuerbarer Energien, 2020, S. 15 ff.

²² Hinweise auf einen positiven Zusammenhang zwischen finanzieller Beteiligung und Akzeptanz gegenüber WEA geben Schweizer-Ries/Rau/Zoellner, Projektabschlussbericht "Akzeptanz Erneuerbarer Energien und sozialwissenschaftliche Fragen", 2008; Warren/McFadyen, Land Use Policy 27 (2010), 204 ff.; Pedersen/van den Berg/Bakker u.a., The Journal of the Acoustical Society of America 126 (2009), 634 ff.; Devine-Wright, Journal of Community & Applied Social Psychology 19 (2009), 426 ff.; Hyland/Bertsch, The role of community compensation mechanisms in reducing resistance to energy infrastructure development.; Hübner/Pohl/Warode u.a., Akzeptanzfördernde Faktoren erneuerbarer Energien, 2020, S. 30.

wie etwa Schattenwurf, Lichtreflexionen, Veränderungen des Landschaftsbildes oder auch Geräuschmissionen geschaffen werden.²³

II. Beteiligungsregelungen in Bund und Länder

Sowohl auf Bundes- als auch auf Länderebene existieren bereits Regelungen zur Bürgerbeteiligung bei EE-Projekten.

1. Bund

Auf Bundesebene regelt der § 6 EEG die finanzielle Beteiligung von Gemeinden durch die Anlagenbetreiber an der Errichtung von WEA sowie PV-FFA. Es handelt sich dabei um eine freiwillige Kommunalbeteiligung. Die Regelung ist insoweit zum einen Klarstellung der Möglichkeit einer freiwilligen Zuwendung an betroffene Kommunen zur Förderung von Akzeptanz, sieht aber zum anderen einen Refinanzierungsmechanismus vor, durch den die jeweiligen beteiligenden Vorhabenträger ihre Beteiligungskosten mittels der Netzbetreiber über das EEG-Konto umlegen können. Demnach können die Betreiber nach § 6 Abs. 5 EEG die Erstattung des geleisteten Beitrags im Rahmen der Endabrechnung vom Netzbetreiber verlangen. Für die Betreiber entsteht also keinerlei finanzieller Nachteil durch die Beteiligung der Kommunen.

Auch wenn der Gesetzestext in seiner letzten Änderung eine geringfügige semantische Verschärfung der Formulierung erfahren hat (von "Anlagenbetreiber *dürfen* den Gemeinden [...] Beiträge [...] anbieten" zu von "Anlagenbetreiber *sollen* den Gemeinden [...] Beiträge [...] anbieten")²⁴ ändert dies an der Freiwilligkeit der Regelung nichts. Die Höhe der Beteiligung regelt Abs. 2 für WEA und Abs. 3 für PV-FFA und beträgt insgesamt 0,2 Cent pro Kilowattstunde. Betroffen und damit im Kreis der potenziell Beteiligten sind alle Kommunen in einem Umkreis von 2,5 km um die WEA beziehungsweise die jeweilige Standortgemeinde für PV-FFA. Sofern mehrere Kommunen in den Radius fallen, darf das Beteiligungsangebot nicht nur auf einzelne betroffene Kommunen beschränkt werden und die Zuwendung wird im Fall der Annahme des Beteiligungsangebots der Vorhabenträger durch die jeweiligen Kommunen zwischen ihnen aufgeteilt (§ 6 Abs. 2 S. 5 EEG).

2. Länder

Auf Länderebene sind vor allem die Regelungen aus Nordrhein-Westfalen, Mecklenburg-Vorpommern, Thüringen, Niedersachsen, Brandenburg und Hessen beachtlich. Alle Gesetze regeln die Beteiligung auf verschiedene Weise.

²³ Agora Energiewende, Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?, 2018, S. 29 f.

²⁴ § 6 Abs. 1 EEG 2021.

a. Nordrhein-Westfalen

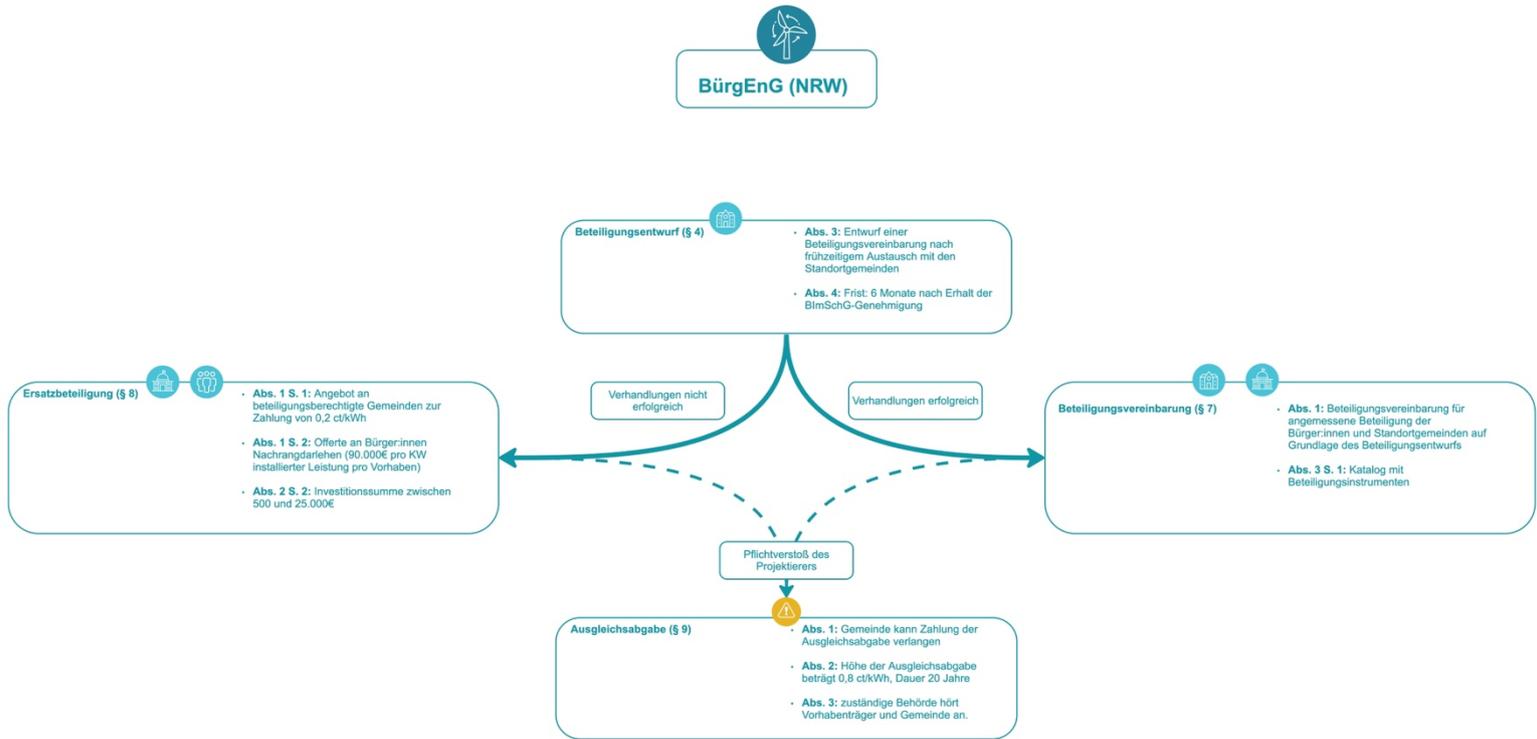


Abbildung 2 - Der Beteiligungsmechanismus des BürgEnG NRW. Eigene Darstellung.

In Nordrhein-Westfalen wurde das Bürgerenergiegesetzes (BürgEnG NRW) vom Landtag verabschiedet, welches laut seinem § 1 BürgEnG NRW²⁵ die Akzeptanz und Teilhabe der Bürger:innen an Bau und Betrieb von neuen WEA durch finanzielle Beteiligung der Bürger:innen fördern soll.

Das Gesetz findet nur auf WEA Anwendung und trifft keine Regelung zu FF-PV (§ 2). Betroffen im Sinne des BürgEnG sind alle Gemeinden, auf deren Gemeindegebiet eine Anlage errichtet werden soll (Standortgemeinde, § 3 Abs. 6, § 6) und alle natürlichen Personen, die zum Zeitpunkt der Erteilung der BImSchG-Genehmigung seit drei Monaten in einer Standortgemeinde wohnen (§ 5 S. 1).

Ausgenommen vom Anwendungsbereich des Gesetzes sind nach § 2 Abs. 5 Bürgerenergiegesellschaften i.S.d. § 3 Nr. 15 EEG sowie Bürgerenergiegesellschaften, an denen neben den natürlichen Personen nicht nur Kleinstunternehmen und kleine und mittlere Unternehmen (KMU) beteiligt sind.

Das Gesetz stellt einen bislang einzigartigen Beteiligungsmechanismus dar. Er setzt stark auf Kommunikation und individuelle Beteiligungslösungen, die von den Vorhabenträgern und den Kommunen erarbeitet werden. Dazu regelt § 4 Abs. 3, dass der Vorhabenträger frühzeitig in den Austausch mit den

²⁵ Normen ohne Bezeichnung sind in diesem Abschnitt aus dem BürgEnG NRW.

beteiligungsberechtigten Gemeinden treten soll und mit dem Ziel der Konsensbildung einen Beteiligungsentwurf erarbeitet. Dieser soll der Standortgemeinden nach § 4 Abs. 4 spätestens sechs Monate nach Erhalt der BImSchG-Genehmigung vorgelegt werden.

Im Ergebnis muss der Vorhabenträger eine Beteiligung der beteiligungsberechtigten Gemeinden und Einwohner:innen vorsehen (§ 7 Abs. 1 S. 1). Der Umfang dieser Beteiligung soll sich nach § 1 S. 3 an der Ersatzbeteiligung nach § 8 orientieren. Darauf soll sich in einer Beteiligungsvereinbarung geeinigt werden, die zwischen dem Vorhabenträger und der Standortgemeinde geschlossen wird (§ 7 Abs. 1 S. 2). Als Diskussionsgrundlage dient dafür der vom Vorhabenträger entwickelte Beteiligungsentwurf, welcher aber ausdrücklich nicht verbindlich ist. Für die Beteiligung der Bürger:innen bietet § 7 Abs. 3 einen nicht abschließenden Katalog mit Beteiligungsmöglichkeiten. Dieser beinhaltet die aktive Beteiligung (in Form von share- sowie asset-deals), passive Beteiligung, vergünstigte Stromtarife, Direktzahlungen, die Beteiligung von Bürgerenergiegesellschaften, Genossenschaften, Gemeinden oder Kommunalunternehmen und die Finanzierung einer gemeinnützigen Stiftung. Anders als im ursprünglichen Entwurf steht nicht mehr offen, ob die Standortgemeinden gemeinsam eine Beteiligungsvereinbarung mit dem Vorhabenträger erarbeiten oder ob individuelle Vereinbarungen verhandelt werden, stattdessen soll nun nach § 7 Abs. 4 auch bei mehreren Standortgemeinden eine gemeinsame Vereinbarung geschlossen werden.

Sollte innerhalb eines Jahres nach Erhalt der BImSchG-Genehmigung keine Beteiligungsvereinbarung zustande gekommen sein, greift die Ersatzbeteiligung nach § 8. Hier erhalten die beteiligungsberechtigten Gemeinden 0,2ct pro kWh, außerdem ist für die beteiligungsberechtigten Bürger:innen eine passive Beteiligung in Form eines Nachrangdarlehens vorgesehen. Das Beteiligungsvolumen des Nachrangdarlehens liegt nach § 8 Abs. 3 S. 1 bei mindestens 90.000€ pro MW installierter Leistung je Vorhaben.

Die Anlagesumme liegt wie beim BüGembeteilG M-V bei mindestens 500€ und ist pro Person auf 25.000€ begrenzt. Die Verzinsung des Nachrangdarlehens richtet sich nicht mehr nach der Festlegung der Bundesnetzagentur von Eigenkapitalzinssätzen für Neuanlagen im Strombereich, sondern muss nun mindestens dem KfW-Programm 270 PK D entsprechen (§ 8 Abs. 3 S. 4). Damit fällt der Zinssatz niedriger aus als noch im ursprünglichen Entwurf, ist nun aber dichter am Projekt ausgerichtet.

Außerdem sieht der Entwurf als Sanktionsmechanismus bei Pflichtverstoß des Vorhabenträgers gegen eine Beteiligungspflicht aus § 7 oder § 8 eine Ausgleichsabgabe i.H.v. 0,8 ct/kWh an die Standortgemeinde vor, deren Zahlung sie vom Vorhabenträger im Falle einer Pflichtverletzung aus der Beteiligungsvereinbarung oder aus der Ersatzbeteiligung verlangen kann und welche für eine Dauer von 20 Jahren ab Inbetriebnahme der ersten Anlage zu zahlen ist oder bis der Pflichtverstoß nicht mehr besteht (§ 9 Abs. 2). Das Gesetz verlangt hiervoor keine Anhörung des Vorhabenträgers durch die Gemeinde und ein Hinwirken auf eine Anpassung der Beteiligungsvereinbarung mehr, sondern eine Anhörung von Vorhabenträger und Gemeinde durch die zuständige Behörde.

Neu ist außerdem, dass die Mittelverwendung der Abgabe aus § 9 zugunsten von akzeptanzsteigernden Maßnahmen in Bezug auf die Windenergie nicht mehr als bloße Empfehlung formuliert ist, sondern die Gemeinden die Mittel im beschlossenen Gesetz nun in dieser Weise zu verwenden haben. Es kann also von einer Zweckvorgabe gesprochen werden.

Ein bislang einzigartiger Mechanismus in der Landschaft der Vorschriften zur Bürgerbeteiligung beim EE-Ausbau ist die Transparenzplattform des § 11 BürgEnG NRW. Dort sollen online diverse

Informationen zu den EE-Projekten, unter anderem der Beteiligungsentwurf und die Beteiligungsvereinbarung sowie eine Übersicht der Standortgemeinden über die Mittelverwendung veröffentlicht werden. Diese Transparenzmaßnahme könnte einerseits der Akzeptanzsteigerung in der Bevölkerung dienen und andererseits die Verhandlungsposition der Standortgemeinden gegenüber den Vorhabenträgern durch mehr Vergleichbarkeit verbessern.

b. Mecklenburg-Vorpommern

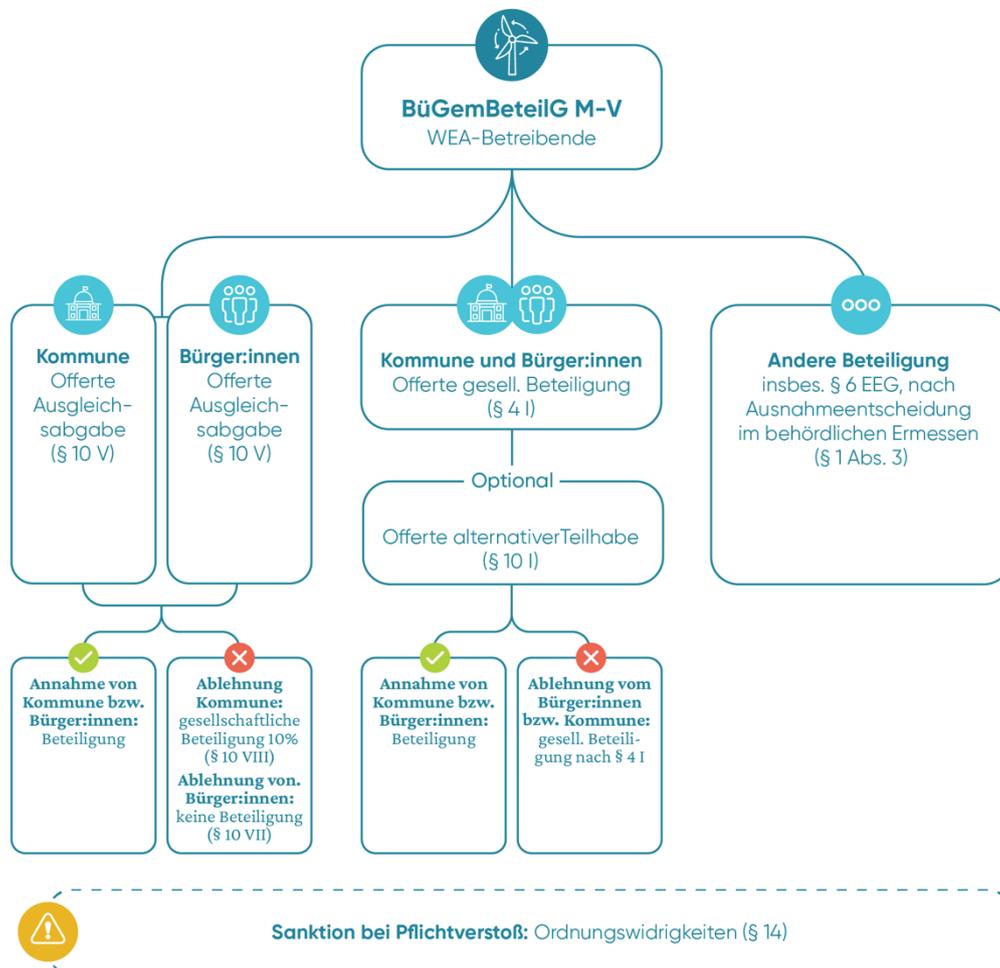


Abbildung 3 - Der Beteiligungsmechanismus des BüGemBeteilG M-V. Eigene Darstellung.

Eine verpflichtende Bürgerbeteiligung an EE-Projekten wurde erstmals in Mecklenburg-Vorpommern im Rahmen des Bürger- und Gemeindebeteiligungsgesetz (BüGemBeteilG M-V) von 2016 geregelt. Die

konkurrierende Gesetzgebungskompetenz der Länder ergibt sich aus dem Recht der Wirtschaft nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, genauer: dem Recht der Energiewirtschaft.

Das Gesetz ist nach § 1 BüGembeteilG M-V auf Windenergieanlagen an Land anwendbar. Hier muss der Vorhabenträger nach § 4 Abs. 1 BüGembeteilG M-V mindestens 20% der Gesellschaftsanteile der Projektgesellschaft den Bürger:innen und Gemeinden, die in einem Umkreis von 5 km zum Vorhaben liegen, zum Kauf anbieten. Es handelt sich also um eine Form der aktiven Bürgerbeteiligung, bei der die Bürger:innen durch Erwerb von Gesellschaftsanteilen Miteigentum an der EE-Anlage erwerben (share-deal). Um eine möglichst zugängliche Beteiligung sicherzustellen, muss der Vorhabenträger nach § 6 Abs. 8 S. 1 BüGembeteilG M-V durch Stückelung der Gesellschaftsanteile sicherstellen, dass der Kaufpreis pro Anteil nicht über 500€ liegt. Die Beteiligung möglichst offen zu gestalten ist im Lichte der Akzeptanzsteigerung von EE-Projekten, die durch die Regelung erreicht werden soll, ein wichtiger Gedanke.

Daneben besteht jedoch nach § 10 Abs. 5 BüGembeteilG M-V die Möglichkeit für die Anlagenbetreiber anstelle der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung den Kommunen die Zahlung einer Ausgleichsabgabe anzubieten und den kaufberechtigten Bürger:innen die Offerte eines Sparprodukts zu unterbreiten. Lehnen die Kommunen dieses Angebot ab beträgt nach § 10 Abs. 8 BüGembeteilG M-V die zu offerierende Beteiligungsquote 10%. Lehnen die Bürger:innen das Sparprodukt ab, besteht kein Anspruch auf gesellschaftsrechtliche Beteiligung.²⁶

Als weitere Möglichkeit sieht das Gesetz nach § 1 Abs. 3 BüGembeteilG M-V Ausnahmen von der Beteiligungspflicht vor, wenn eine anderweitige Beteiligung sichergestellt wird, insbesondere über den Mechanismus im EEG.

Durch diese Alternativen zur gesellschaftlichen Beteiligung wird der Beteiligungsmechanismus des BüGembeteilG M-V effektiv geschwächt. Hier muss jedoch beachtet werden, dass die Vereinbarung einer solchen anderweitigen Beteiligung nicht im Ermessen des Vorhabenträgers, sondern dem Ermessen der zuständigen Behörde, also dem Ministerium für Energie, Infrastruktur und Landesentwicklung Mecklenburg-Vorpommern, steht.²⁷

Das Gesetz sieht in § 10 Abs. 1 BüGembeteilG M-V außerdem vor, dass der Vorhabenträger anstatt der gesellschaftlichen Beteiligung auch einen vergünstigten lokalen Stromtarif als alternative wirtschaftliche Teilhabe offerieren kann.

Bei Verstoß gegen Pflichten aus dem Gesetz, z.B. der Beteiligungspflicht, regelt § 14 Abs. 1 BüGembeteilG M-V Ordnungswidrigkeitstatbestände, deren Verstoß nach Abs. 2 mit Geldbußen von bis zu 500.000 bzw. 1 Million Euro sanktioniert wird.

Das Gesetz trifft keine Regelung zu Freiflächen-Photovoltaikanlagen.

b. Brandenburg

²⁶ Krause/Mayr, KlimR 23, S. 194.

²⁷ § 15 Abs. 1 BüGembeteilG M-V.

In Brandenburg ist eine Kommunalbeteiligung für regionale EE-Projekte im Windenergieanlagenabgabengesetz (BbgWindAbgG) von 2019 geregelt. Die Gesetzgebungskompetenz des Landes Brandenburg ergab sich aus § 36g Abs. 7 EEG 2017 (jetzt § 22b Abs. 6 EEG). Das Gesetz gilt nach § 1 Abs. 1 BbgWindAbgG für alle Windenergieanlagen mit Inbetriebnahme ab dem 01.01.2020. Der Beteiligungsmechanismus funktioniert über einen Pauschalbetrag in Höhe von 10.000€, den die Betreiber nach § 2 Abs. 2 BbgWindAbgG pro Jahr pro Windenergieanlage an alle Gemeinden im Land Brandenburg zahlen muss, die sich im Umkreis von 3 km um den Standort der Windenergieanlage befinden (§ 3 Abs. 1 BbgWindAbgG). Bei mehreren anspruchsberechtigten Gemeinden wird der Zahlungsanspruch unter ihnen aufgeteilt (§ 3 Abs. 2 BbgWindAbgG). Die Zahlung geschieht in Form einer Sonderabgabe mit Finanzierungszweck. § 4 BbgWindAbgG regelt eine Zweckbindung der Zahlung für Maßnahmen zur Steigerung der Akzeptanz für Windenergieanlagen. Dies soll der grundsätzlich geringeren akzeptanzsteigernden Wirkung von Kommunalbeteiligungsmodellen gegenüber Modellen der Bürgerbeteiligung entgegenwirken und einen Bezug zu den aus den Windenergieanlagen generierten Geldmitteln erkennbar machen.

Das brandenburgische Modell ist vergleichsweise unbürokratisch und leicht zu handhaben. Letztlich handelt es sich allerdings um eine Maßnahme zur Steigerung der Akzeptanz von Windkraftanlagen in der Bevölkerung. Der erhöhte Verwaltungsaufwand einer Bürgerbeteiligungsregelung wie der aus Mecklenburg-Vorpommern entsteht aber auf Seiten der Anlagenbetreiber und der Verwaltung, nicht der der Bürger:innen. Der geringere Verwaltungsaufwand ist daher letztlich kein Umstand, der dem Gesetzeszweck zugutekommt.

Das Gesetz trifft keine Regelung zu Freiflächen-Photovoltaikanlagen.

c. Hessen

Ein bislang einzigartiges Modell der finanziellen Beteiligung an Windenergieanlagen hat Hessen mit der WindEnergieDividende eingeführt. Hier wurde im Rahmen der Verabschiedung des Haushaltes für das Jahr 2020 das hessische Ministerium für Umwelt, Klimaschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz ermächtigt, hessische Gemeinden am wirtschaftlichen Ertrag aus der Verpachtung des Staatswaldes für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen durch eine zweckfreie Mittelabführung zu beteiligen.²⁸ Das Land Hessen zahlt also einen Teil seiner Netto-Pachteinnahmen, die es von den Projektträgern für die Pacht landeseigener Flächen erhält, an die umliegenden Gemeinden aus. Den Kommunen kann die WindEnergieDividende nach vorheriger Antragstellung gewährt werden. Die Regelung findet Anwendung auf Windenergieanlagen im hessischen Staatswald, die nach dem 1. Januar 2015 in Betrieb genommen worden sind. Die Höhe der Beteiligung beträgt 20% des wirtschaftlichen Ertrags. Bei mehreren antragsberechtigten Kommunen wird die Beteiligung zu gleichen Teilen geteilt. Antragsberechtigt sind Kommunen in einem 1km Radius um die EE-Anlage bzw. 2km bei Wohnbebauung. Die Regelung, die auf Windenergieanlagen begrenzt ist und keine Aussage zu Freiflächen-PV trifft, ist vorerst bis Ende 2024 begrenzt.

²⁸ Ausführungsbestimmungen zu WindEnergieDividende, MUKLV v. 10.9.2020, Abschnitt Teil I; Haushaltsplan HMUKLV, Kapitel 09 60 3., S. 344, https://finanzen.hessen.de/sites/finanzen.hessen.de/files/2021-07/einzelplan_09_-_hessisches_ministerium_fuer_umwelt_klimaschutz_landwirtschaft_und_verbraucherschutz_0.pdf

Es handelt sich um eine Form der Kommunalbeteiligung, wobei im Unterschied zu den übrigen bestehenden Regelungen nicht die Projektgesellschaften die Zahlung übernehmen. Auch ist die Beteiligung nicht an den Umsatz gekoppelt, den die jeweilige Windenergieanlage erwirtschaftet, sondern geschieht über die Pachteinnahmen des Landes, welches auch die Auszahlung übernimmt.

Im Jahr 2021 haben zehn hessische Kommunen von der Regelung profitiert, es wurden insgesamt 357.000€ ausgezahlt. Die Beteiligung ist also als gering einzuschätzen. Auch die hessische Regelung bezieht sich lediglich auf Windenergieanlagen und nicht auf Freiflächen-Photovoltaik. Als Regelung zur Kommunalabgabe wird die hessische Regelung nicht detailliert weiter betrachtet.

d. Niedersachsen (Entwurf)

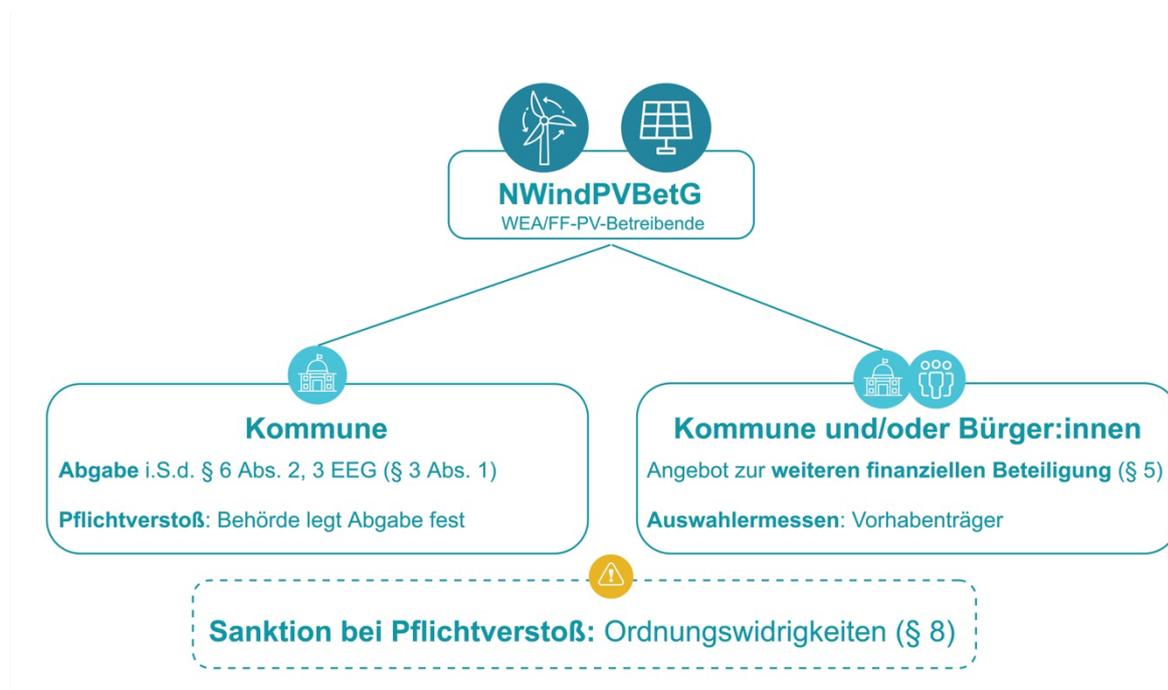


Abbildung 4 - - Der Beteiligungsmechanismus des NWindPVBetG. Eigene Darstellung.

Der niedersächsische Entwurf des Gesetzes über die finanzielle Beteiligung am Ausbau erneuerbarer Energien in Niedersachsen (NEEBetG) ist zwischenzeitlich überarbeitet worden und durchläuft gerade als Niedersächsisches Gesetz über die Beteiligung von Kommunen und Bevölkerung am wirtschaftlichen Ertrag von Windenergieanlagen und Freiflächen-Photovoltaikanlagen (NWindPVBetG) das parlamentarische Verfahren in Niedersachsen. Der Inhalt ist grundlegend überarbeitet worden und auch der Beteiligungsmechanismus ist stark von dem des NEEBetG zu unterscheiden.

Der Anwendungsbereich des NWindPVBetG erstreckt sich auf Windenergieanlagen an Land sowie Freiflächen-PV-Anlagen. Bei den FF-PV Anlagen wird unterschieden: Vorhaben ab einer installierten

Gesamtleistung von 1 MW unterliegen einer eingeschränkten Beteiligungspflicht lediglich in Form der Abgabe nach § 3 NWindPVBetG²⁹ und Vorhaben ab einer installierten Gesamtleistung von 5 MW sind vollumfänglich vom Anwendungsbereich des Gesetzes erfasst.

In einem ersten Schritt regelt das NWindPVBetG in § 3 die Pflicht der Vorhabenträger, die betroffenen Gemeinden (bzw. im Falle von gemeindefreien Gebieten stets den Landkreis) mittels einer Abgabe in Höhe von 0,2 ct/kWh entsprechend der Regelung des § 6 Abs. 2, 3 EEG zu beteiligen. Die Mittel aus der Abgabe haben die Gemeinden nach § 4 für Maßnahmen zur Steigerung und Erhaltung der Akzeptanz für Windenergieanlagen oder Freiflächen-Photovoltaikanlagen zu verwenden. Als Besonderheit weist die niedersächsische Abgabe auf, dass im Falle eines Pflichtverstoßes des Vorhabenträgers gegen die Beteiligungspflicht aus § 3 das zuständige Fachministerium die Zahlung der Abgabe an die betroffenen Gemeinden anordnen kann und darüber hinaus die Höhe der Abgabe bestimmen kann.

Neben der Abgabe regelt das NWindPVBetG in § 5 Abs. 1 die Pflicht des Vorhabenträgers die betroffenen Gemeinden sowie Einwohner:innen angemessen am wirtschaftlichen Ertrag der Anlage zu beteiligen. Ein Angebot ist nach Abs. 3 angemessen, wenn es in seinem Umfang dem Ertrag entspricht, der durch eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung der Beteiligungsberechtigten i.H.v. 20% an der Betriebsgesellschaft entstanden wäre.

Die Beteiligungsberechtigung richtet sich bei den Gemeinden nach § 6 Abs. 2, 3 EEG und knüpft bei den Einwohner:innen an eine Wohnung im Gemeindegebiet einer betroffenen Gemeinde im Umkreis von 2,5km um die Anlage an.

Entscheidend im Rahmen der weiteren finanziellen Beteiligung nach § 5 ist, dass nach Abs. 1 S. 2 das Angebot dazu auch lediglich den betroffenen Gemeinden oder den betroffenen Einwohner:innen unterbreitet werden kann. Die Entscheidungskompetenz obliegt dem Vorhabenträger.

Die Vorschrift verfügt über eine nicht abschließende Aufzählung möglicher Beteiligungsinstrumente, die vom Vorhabenträger ausgewählt oder kombiniert werden können. Explizit genannt werden die gesellschaftsrechtliche Beteiligung, den Kauf von EE-Anlagen, finanzielle Beteiligungsmöglichkeiten über Nachrangdarlehen, Schwarmfinanzierung oder Sparprodukte sowie einen vergünstigten Lokalstromtarif.

Ein Angebot zur weiteren finanziellen Beteiligung muss eine Mindestlaufzeit von 3 Jahren nach Inbetriebnahme der Anlage umfassen (§ 5 Abs. 1 S. 8). Im Falle von befristeten Angeboten müssen diese jedoch laufend erneuert werden, sodass im Ergebnis die gesamte Laufzeit der Anlage abgedeckt ist (§ 6 S. 1, 2).

Das NWindPVBetG sieht in § 7 Abs. 3 Ausnahmen von den Beteiligungspflichten für Anlagen vor, die der Erforschung wesentlicher technischer Neuerungen dienen.

Als Sanktionsmechanismus enthält § 8 einen Ordnungswidrigkeitenkatalog mit Geldbußen von bis zu 1 Million Euro.

²⁹ Normen ohne Bezeichnung sind in diesem Abschnitt aus dem NWindPVBetG.

e. Thüringen (Entwurf)

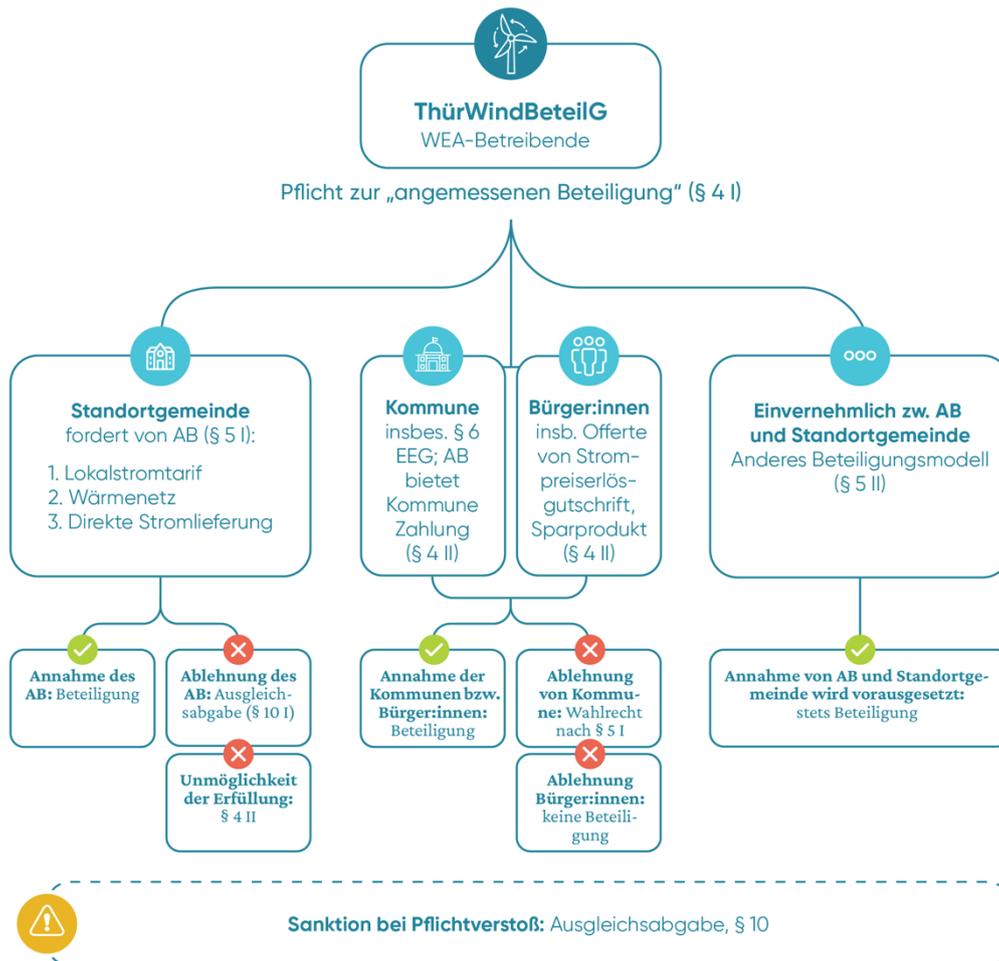


Abbildung 5 - Der Beteiligungsmechanismus des ThürWindBeteilG. Eigene Darstellung.

Einen gegenüber den bestehenden Beteiligungsregelungen sowie dem NEEBetG-E anderen Regelungsansatz verfolgt das Land Thüringen. Am 22.06.2023 wurde das Thüringer Gesetz über die Beteiligung von Einwohnerinnen und Einwohnern sowie Gemeinden an Windparks (ThürWindBeteilG) in den Thüringer Landtag eingebracht.

Der Anwendungsbereich dieses Gesetzes erstreckt sich ausschließlich auf Windenergieanlagen.³⁰ Als Grundlage für die Beteiligung regelt der Gesetzesentwurf in § 4 Abs. 1 die Pflicht zu einer

³⁰ Im Einzelnen – wie das BüGemBeteilG MV – nur auf jene, die nach dem BImSchG genehmigungspflichtig sind: § 2 Abs. 1 ThürWindBeteilG.

„angemessenen Beteiligung“. Die Beteiligung soll dabei stets mit Inbetriebnahme der Windenergieanlage beginnen und eine Laufzeit von mindestens 20 Jahren haben.³¹

Der offene Begriff der „angemessenen Beteiligung“ wird durch verschiedene Beteiligungsmodalitäten konkretisiert. Als Regelfall³² einer angemessenen Beteiligung sieht die Regelung vor, dass die betroffenen Gemeinden mit der nach § 6 Abs. 2 EEG bestimmten Beteiligungssumme³³ beteiligt wird, wobei für die Mittelverwendung eine Zweckbindungsklausel geregelt vorgesehen ist (§ 4 Abs. 5). Zusätzlich ist den berechtigten Einwohner:innen nach Maßgabe § 3 Nr. 4 des Gesetzes ein direktes Bürgerbeteiligungsangebot zu unterbreiten. Als ein solches direktes Bürgerbeteiligungsangebot werden insbesondere – mithin nur regelbeispielhaft, also nicht ausschließlich – jährliche Strompreiserlösgutschriften oder die Auflage eines Sparproduktes benannt. Die Beteiligungshöhe hat dabei jeweils 50 % der Beteiligungshöhe nach § 6 Abs. 2 EEG zu betragen, also insgesamt 0,1 ct/kWh der jeweiligen Anlagenstrommenge, wobei höchstens 5% auf einen Haushalt entfallen dürfen. Bezüglich der zu beteiligenden Gemeinden und Bürger:innen wird sich an § 6 EEG orientiert. Zu beteiligen ist dabei die Standortgemeinde, in der das EE-Projekt angesiedelt ist, sowie alle Gemeinden und Bürger:innen, die sich in dem in § 6 Abs. 2 EEG definierten Umkreis von 2,5 km befinden.

Daneben wird als Alternative geregelt, dass die jeweilige Standortgemeinde allein, mithin – im Hinblick auf eine ausgeglichene finanzielle Beteiligung sämtlicher betroffener Gemeinden fragwürdig – ohne Hinzuziehung der übrigen betroffenen Gemeinden und nur im ersten Fall (siehe sogleich) dennoch wirtschaftlich zu deren Gunsten von dem jeweilige Vorhabenträger eine von drei bezeichneten Beteiligungsmodellen fordern darf.³⁴ Namentlich sind dies die Auflage eines Lokalstromtarifs, der mindestens 10% unter dem günstigsten Vergleichsangebot liegt, die finanzielle Unterstützung der Errichtung oder Ertüchtigung eines lokalen Wärmenetzes oder eine direkte Stromlieferung an örtlich angesiedelte Gewerbe und Dienstleistungen, wobei bevorzugt Gewerbe und Dienstleistungen beliefert werden sollen, die der Kultur, dem Sport, der Bildung oder der Kinder- und Jugendbetreuung dienen. Die Höhe der finanziellen Beteiligung hat dabei in den ersten beiden Auswahlmöglichkeiten jener Beteiligungshöhe nach § 4 Abs. 2 (0,2 ct/kWh plus 0,1 ct/kWh) zu entsprechen,³⁵ im dritten Fall wird die Menge des zu liefernden Stroms auf 10 % des Bruttoenergiebetrags des jeweiligen Vorhabens festgesetzt; der Preis des gelieferten Stroms bleibt indes dem konkreten Umsetzungsverhältnis vorbehalten.³⁶ Stellt sich die Realisierung der jeweils gewählten Beteiligungsform für den Vorhabenträger als unmöglich dar, hat er die betroffenen Gemeinden sowie die berechtigten Einwohner:innen auf dem im vorigen Abschnitt genannten Wege zu beteiligen. Zudem können die Standortgemeinde und der jeweilige

³¹ § 4 Abs. 4 ThürWindBeteilG.

³² So der Gesetzeswortlaut („grundsätzlich“) sowie die Gesetzesbegründung, ThürLTDrucks. 7/8233, S. 15); die anderen Beteiligungsmöglichkeiten stehen als gleichwertige Auswahlalternativen daneben.

³³ Die Regelung spricht hier fälschlicherweise von einer Beteiligung zur in § 6 Abs. 2 EEG vorgesehenen „Höchstsumme“. Die Regelung in § 6 EEG belässt jedoch in Bezug auf die Gesamthöhe der Beteiligungsangebote keine Spielräume. Dies wurde auch schon in der Vorgängerregelung in § 36k Abs. 1 S. 1 EEG 2021 geregelt, dort allerdings erst kurz vor Inkrafttreten des EEG 2021 infolge der Beschlussempfehlung, BT-Drs. 19/25302, S. 61 angepasst. Zuvor war die Bemessungsgröße von 0,2 ct/kWh lediglich als Maximalwert vorgesehen.

³⁴ § 5 Abs. 1 ThürWindBeteilG.

³⁵ §§ 6 Abs. 2 S. 1, 7 Abs. 3 ThürWindBeteilG.

³⁶ § 8 Abs. 2 ThürWindBeteilG; ergänzend Gesetzesbegründung, ThürLTDrucks. 7/8233, S. 19.

Vorhabenträger einvernehmlich ein anderes Beteiligungsmodell vereinbaren, wobei hierzu keine näheren gesetzlichen Vorgaben gemacht werden.³⁷

Verstößt der Vorhabenträger gegen diese Beteiligungspflichten, kann die Standortgemeinde ihn zur Zahlung einer Ausgleichsabgabe in Höhe von 0,5 ct/kWh der tatsächlich eingespeisten Strommenge zuzüglich der fiktiven Strommenge nach Nr. 7.2 der Anlage 2 EEG 2023 an die betroffenen Gemeinden verpflichten, wobei für die Mittelverausgabung auch hier eine Zweckbindung vorgesehen wird (§ 10 Abs. 3). Die Aufteilung der Zahlung erfolgt nach Maßgabe des § 6 Abs. 2 EEG entsprechend. Die Höhe der Ausgleichsabgabe ist damit in der Regel höher als die regulären Beteiligungsmöglichkeiten.³⁸

3. Zwischenfazit

Es wurde aufgezeigt, dass sowohl auf Bundesebene wie auch in den Ländern bereits unterschiedliche Konzepte zu finanziellen Beteiligungsregelungen bestehen. Unterschiede liegen insbesondere in dem Grad der Verbindlichkeit sowie dem spezifischen Pflichtenprogramm, insbesondere im Hinblick auf die finanzielle Beteiligung auch von Bürger:innen sowie den konkreten Beteiligungsformen.

Die Bundesregelung in § 6 EEG ordnet sich in das Feld finanzieller Beteiligungsregelungen ein, ist aber zum einen in ihrer Umsetzung freiwillig, zum anderen lediglich an betroffene Kommunen adressiert.

B. Ziel der Studie und Gang der Untersuchung

Dies bietet den Ausgangspunkt für diese Untersuchung. Sie untersucht verschiedene Handlungsmöglichkeiten des Bundesgesetzgebers zur Einführung einer Regelung, die – möglichst verpflichtend – dazu dient, dass unmittelbar von der Errichtung und dem Betrieb von PV-FFA sowie WEA betroffene Bürger:innen finanziell an den Erlösen der jeweiligen Anlage beteiligt werden, um die lokale Akzeptanz zu fördern.

Die Untersuchung erfolgt in zwei Schritten. Zunächst wird erarbeitet, welchen Inhalt eine solche Bürgerbeteiligungsregelung haben könnte, um sodann zu ermitteln, wie eine solche Regelung auf Bundesebene implementiert werden könnte. Die Ergebnisse dieser Betrachtungen werden schließlich in einer Handlungsempfehlung zur Schaffung einer Bundesregelung zur finanziellen Beteiligung von Bürger:innen verdichtet.

³⁷ § 5 Abs. 2 ThürWindBeteilG.

³⁸ In Bezug auf die Beteiligung in Form direkter Strombelieferungen soll diese Differenz dadurch gesichert sein, dass die Vorhabenträger entsprechend günstigere Strompreise anbieten, um einer Ausgleichsabgabe nach § 10 zu entgegen. Insoweit geht der Gesetzgeber also wohl davon aus, dass die Standortgemeinde vor der Forderung eines Beteiligungsmodells nach § 5 Abs. 1 diesen Strompreis mit dem jeweiligen Vorhabenträger vorvereinbart.

Bürgerbeteiligungsregelung

A. Allgemeine Anforderungen

Die Regelung sollte möglichst einfach sein, sowohl in ihrer sprachlichen und regelungstechnischen Ausgestaltung wie auch in ihrer Umsetzung, Handhabung und Ausführung. Dadurch soll sie möglichst offen, zugänglich und verständlich sein und keine abschreckende und damit effektivitätsmindernde Wirkung entfalten gegenüber Bürger:innen, die sich mit einer Beteiligung an EE-Projekten auseinandersetzen wollen, und gegenüber Projektleitern und Kommunen, die die Regel umsetzen und ausführen müssen. Außerdem sollte die Regelung nicht den weiteren PV- und Windzubau verzögern.

B. Modelle finanzieller Bürgerbeteiligung

Praxis und Wissenschaft haben verschiedene Modelle hervorgebracht, wie eine finanzielle Beteiligung der von EE-Anlagen betroffenen Bürger:innen ausgestaltet werden kann.³⁹ Das Spektrum reicht hier etwa von Unternehmens- (insbes. Anteile) und Finanzbeteiligungen (bspw. Darlehen, Fonds-Einlagen und Sparverträge) bis zu finanziellen Zuwendungen etwa in Form von direkten Beteiligungszahlungen oder vergünstigten Stromtarifen.

Die verschiedenen Beteiligungskonzepte werden teilweise bereits freiwillig praktiziert, sind aber auch in mehrere Gesetzesregelungen erwachsen.

In der Erkenntnis, dass ein Flickenteppich unterschiedlicher Beteiligungsregelungen in den Ländern nicht nur Komplexitäten erhöht, sondern unter Umständen auch zu Wettbewerbsverzerrungen führen kann, machte sich die Bundespolitik im Koalitionsvertrag 2018 die Schaffung einer solchen Regelung schließlich auf Bundesebene zum Ziel.⁴⁰ Das Ergebnis dieses Prozesses ist der § 6 EEG, der eine freiwillige Beteiligungsmöglichkeit in Form direkter Zahlungen an Gemeinden und Landkreise vorsieht, deren Flächen von Windenergie- und – hiermit erstmalig auch von einer solchen Beteiligungsregelung umfasst – Freiflächenanlagen genutzt werden.

Sowohl mit den Landes- als auch mit der Bundesregelung wurde rechtlich in vielerlei Hinsicht Neuland betreten; entsprechend waren deren Genesen vielfach von rechtlichen Zweifeln begleitet.⁴¹ Dies zeigte sich nicht nur in dem mehrjährig laufenden Beschwerdeverfahren gegen das Bürgergemeindebeteiligungsgesetz in Mecklenburg-Vorpommern vor dem Bundesverfassungsgericht, sondern begleitete auch den Prozess zur Schaffung der Bundesregelung in § 6 EEG (zunächst als § 36k EEG) wesentlich.

³⁹ Siehe zu unterschiedlichen Modellen m.w.N. IÖW/IKEM/BBH/BBHC, Finanzielle Beteiligung von betroffenen Kommunen bei Planung, Bau und Betrieb von erneuerbaren Energieanlagen (FinBEE), 2020.

⁴⁰ Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und SPD, 2018, S. 73.

⁴¹ Weidinger, ZNER 2021, 335 (f.) m.w.N.

So konnte sich der ursprüngliche Vorschlag, die Anlagenbetreiber zu einer Beteiligungszahlung zu verpflichten, im weiteren Verfahren aufgrund rechtlicher Bedenken nicht durchsetzen und wurde schließlich in eine freiwillige Regelung abgeschwächt.⁴²

Gleichwohl besteht das rechtspolitische Ziel einer verpflichtenden Beteiligungsregelung sowohl für Windenergieanlagen an Land als auch Freiflächen-Photovoltaik-Anlagen weiterhin und wurde im Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP ausdrücklich zumindest für Neuanlagen vereinbart.⁴³

Mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Bürgergemeindebeteiligungsgesetz im März 2022 folgte in mehreren Punkten Klarheit:⁴⁴ Es wurde nicht nur festgestellt, dass eine verpflichtende Beteiligungsregelung grundsätzlich mit der Verfassung vereinbar ist, sondern darüber hinaus ausdrücklich der Modellcharakter des BüGemBeteilG herausgestellt. Dies veranlasste den Bundesgesetzgeber dazu, einen Auftrag an die Bundesregierung zu formulieren, „zu prüfen, welche Spielräume für die Akzeptanz des Ausbaus erneuerbarer Energien vor Ort die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Kommunal- und Bürgerbeteiligung bei Erneuerbaren-Energien-Anlagen in Mecklenburg-Vorpommern auch für die Bundesebene eröffnet und auf dieser Grundlage für die nächste EEG-Novelle gemeinsam mit den Kommunalen Spitzenverbänden und der Erneuerbaren-Branche Vorschläge für eine weitergehende Kommunal- und Bürgerbeteiligung zu entwickeln.“⁴⁵

Zur Erörterung dieser Frage bedarf es zunächst einer Betrachtung der Handlungsmöglichkeiten, konkret der verschiedenen Arten der Bürgerbeteiligung. Diese lassen sich grundsätzlich in aktive und passive Beteiligungsformen sowie Direktzahlungen unterteilen.

I. Aktive Unternehmensbeteiligung

1. Konzept

Es gibt verschiedene konkrete Ausgestaltungen aktiver Bürgerbeteiligung. Alle haben gemein, dass die sich beteiligenden Bürger:innen eigentums- oder gesellschaftsrechtliche Positionen innerhalb der Projektgesellschaft erwerben und somit direkt in das EE-Projekt involviert sind. Einen finanziellen Vorteil aus der Beteiligung erlangen sie dabei direkt aus der ihnen innewohnenden Rechtsposition.

Aktive Bürgerbeteiligung wird zumeist in Form von genossenschaftlicher Beteiligung oder gesellschaftlicher Beteiligung realisiert. Von den bereits existierenden Landesregelungen ist hier das BüGemBeteilG M-V anzusiedeln, das in seiner Grundform eine aktive Beteiligung vorsieht.⁴⁶ Ebenso das

⁴² Hierzu ebd., 340.

⁴³ Mehr Fortschritt Wagen, Koalitionsvertrag 2021, S. 128.

⁴⁴ BVerfG, Beschl. v. 23.3.2022 - 1 BvR 1187/17; besprochen von Weidinger, KlimR 2022, 212.

⁴⁵ Zur BR-Drs. 315/22, S. 5, abrufbar unter https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2022/0301-0400/zu315-22.pdf;jsessionid=E09E099309107D5D483D2443DA7C2C5A.1_cid382?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt abgerufen am 20.6.2023).

⁴⁶ § 4 Abs. 1 BüGemBeteilG M-V.

geplante Niedersächsische Erneuerbare Energien vor Ort-Beteiligungsgesetz (NEEBetG), welches die Regelung des BüGembeteilG M-V aufgreift und in der Anwendbarkeit um Freiflächen-PV Anlagen erweitert.

2. Vor- und Nachteile

Die Beteiligung in Form einer Unternehmensbeteiligung kann als aktivste Form der Bürgerbeteiligung angesehen werden und bringt klare Vor- und Nachteile mit sich.

Ein Vorteil der aktiven Bürgerbeteiligung ist das Potenzial der Akzeptanzförderung. Dies kann konkret gegenüber dem lokalen EE-Projekt geschehen, aber auch abstrakt dazu führen, dass die Akzeptanz gegenüber dem Ausbau weiterer EE-Anlagen wächst.⁴⁷ Dies ist jedoch mit dem Risiko verbunden, dass eine aktive Bürgerbeteiligung auch stark auf das Engagement der Bürger:innen gegenüber dem Projekt setzt. Bei fehlendem Interesse oder einer ablehnenden Grundhaltung könnte eine solche Hürde damit abschreckend wirken. Neben fehlendem Engagement kann auch der finanzielle Rahmen der Bürger:innen ein Hindernis für aktive Bürgerbeteiligung sein. Die Beteiligungsschwelle liegt hier oft höher, als dies bei einer passiven, rein finanziellen Beteiligung der Bürger:innen der Fall ist. Darüber hinaus muss auf Seiten der Projektträger festgestellt werden, dass ein aktives Einbeziehen der Bürger:innen in die Unternehmensstruktur der Projektgesellschaft sowohl zu einer Beeinträchtigung der unternehmerischen Organisations- und Gestaltungsfreiheit als auch zu wirtschaftlichen Einbußen führt.⁴⁸

Dem muss jedoch entgegengehalten werden, dass jede Form der Beteiligung zu finanziellen Einbußen auf Seiten der Projektträger führt und dies mithin zum Charakter der Beteiligung gehört. Außerdem stehen diesem Minus auf der Seite der Projektträger ein immenses Plus in Form von lokaler Wertschöpfung unter den betroffenen Bürger:innen gegenüber. Dies führt das Konzept der Dezentralisierung der Energieversorgung auf einem finanziellen Level fort und ermöglicht einen finanziellen Vorteil einer breiteren Bevölkerungsschicht durch die Energiewende.

Im Ergebnis birgt sie wohl das Potenzial der größtmöglichen Akzeptanzförderung,⁴⁹ ist jedoch gegebenenfalls keine Allzwecklösung, sondern muss regionale Unterschiede und individuelle Gegebenheiten berücksichtigen.

⁴⁷ Diese Annahme legt auch das BVerfG zugrunde: Vgl. BVerfG Beschl. v. 23. März 2022 - 1 BvR 1187/17, Rn. 98ff.

⁴⁸ Ebenso festgestellt vom BVerfG: Vgl. BVerfG Beschl. v. 23. März 2022 - 1 BvR 1187/17, Rn. 51.

⁴⁹ So auch der Gesetzgeber in M-V: vgl. LTDrucks 6/4568, S. 1 f.

3. Beteiligungsformen im Einzelnen

a. Genossenschaftliche Beteiligung

Die genossenschaftliche Beteiligung geschieht über die Rechtsform der eingetragenen Genossenschaft (eG). Die eG ist eine eigenständige juristische Person und kann selbst Geschäfte abschließen, sie kann also EEG-Anlagen betreiben oder Anteile an einer EE-Anlage erwerben. Die eG kann regionale EE-Projekte entweder eigenständig in der Genossenschaft umsetzen, oder für ein konkretes Projekt eine Tochtergesellschaft in Form einer GmbH & Co. KG gründen (siehe näheres dazu unten C.I.1.b.).

Der Zweck der eG besteht darin, die Belange ihrer Mitglieder durch gemeinsamen Geschäftsbetrieb zu fördern (§ 1 Abs. 1 GenG), sie verkörpert den Geist der echten Bürgerbeteiligung also nahezu idealtypisch. Eine Bürgerenergiegenossenschaft kann eine Vielzahl regionaler Projekte unterstützen und dabei neben einem finanziellen Vorteil auch einen sozialen oder ökologischen Mehrwert schaffen, solange diese Projekte die festgeschriebenen Belange der Mitglieder fördern.

Die eG besitzt viele weitere Vorteile im Rahmen einer Bürgerbeteiligung. Neue Mitglieder können der eG durch schriftliche Erklärung und Zulassung seitens der Genossenschaft unkompliziert beitreten (§ 15 Abs. 1 S. 1 GenG). Der Beitritt ist mit dem Erwerb eines oder mehrerer Geschäftsanteile verbunden, wodurch das Vermögen der eG entsteht, und mit zunehmender Mitgliederzahl wächst (§ 7a Abs. 1 S. 1 GenG). Auch juristische Personen können Mitglieder einer eG sein, sodass der Beitritt auch Kommunen offensteht. Die eG stellt eine zugängliche Beteiligungsform dar, da gesetzlich kein Mindestkapital für den Erwerb eines Geschäftsanteils vorgeschrieben ist und auch in der Satzung nicht festgelegt werden muss (§ 8a Abs. 1 GenG). Darüber hinaus hat jedes Mitglied ein gleiches Stimmrecht, unabhängig von der Anzahl der erworbenen Geschäftsanteile (§ 43 Abs. 3 S. 1 GenG). Die Haftung der eG ist auf das Vermögen der Genossenschaft beschränkt, sodass bei den Bürger:innen kein finanzielles Risiko durch die Beteiligung entsteht. Ferner unterliegt eine Genossenschaft bei PV- und Windprojekten anders als eine GmbH & Co. KG unter gewissen Voraussetzungen nicht der Prospektpflicht gemäß dem VermAnlG.⁵⁰

Ein Nachteil der eG ist die nach § 53 Abs. 1 GenG regelmäßige Pflichtprüfung, durch die ein laufender Verwaltungsaufwand entsteht, der auch mit Kosten verbunden ist. Der Hintergrund der Pflichtprüfung ist die Kontrolle des ordnungsgemäßen Wirtschaftens mit den Geldern der Mitglieder. Die Mitgliederförderung und die Prüfung des Geschäftsmodells spielen bei der Gründung einer eG eine große Rolle. Das dafür notwendige Gründungsgutachten und der externe Eintrag ins Genossenschaftsregister gehen daher mit einem längeren zeitlichen Aufwand einher. Dies kann als Nachteil empfunden werden. Ein weiterer Nachteil ist der bürokratische Aufwand der Gründung einer eG. So ist die Beteiligung über eine eG in Kommunen, wo eine solche bereits gegründet wurde oder sich gerade in der Gründung befindet als deutlich niedrigschwelliger einzuordnen, als wenn eine Genossenschaft gesondert für ein Projekt gegründet werden muss. Zudem wird hier eine gewisse Aufgeschlossenheit der Bürger:innen gegenüber der Energiewende und der Bürgerbeteiligung vorausgesetzt, da die Beteiligung zwar die direkteste, aber auch die intensivste unter den Beteiligungsformen ist.

⁵⁰ § 2 Abs. 1 Nr. 1, 1a VermAnlG.

Eine (Energie-)Genossenschaft ohne operativen Geschäftsbetrieb darf sich nur unter restriktiven Voraussetzungen an einer EE-Projektgesellschaft in anderer Rechtsform beteiligen (share-deal). Als Kapitalsammelstelle zur Bündelung der Bürgerbeteiligung ist eine eG nicht ideal geeignet, da sie ihrer Rechtsform nach darauf ausgelegt ist, die Belange ihrer Mitglieder mittels ihres eigenen Geschäftsbetriebs über Leistungsaustausch zu ihren Mitgliedern zu fördern. Soll der Förderzweck mit Hilfe der Minderheitsbeteiligung bspw. an einer EE-Projekt GmbH & Co. KG verwirklicht werden, muss sie die Lenkungs-, Weisungs- und Kontrollbefugnis ausüben können und darf nicht als reine Kapitalsammelstelle fungieren, um nicht unter das Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB) zu fallen. Im Beispiel der Minderheitsbeteiligung der eG an einer GmbH & Co. KG könnte der notwendige Einfluss über Entsenderechte von eG-Vorstandsmitgliedern in die Geschäftsführung oder den Aufsichtsrat der Komplementär-GmbH vorgesehen werden. Praktikabler wäre dagegen eine Öffnung der (Energie-)Genossenschaft für sogenannte asset-deals, bei denen die eG keine Geschäftsanteile der Projektgesellschaft, sondern das Eigentum an EE-Anlagen in Höhe eines gewissen Prozentsatzes der installierten Anlagenleistung erwirbt. Dann würde eine (Energie-)Genossenschaft z.B. nicht 20% der Geschäftsanteile einer Projektgesellschaft erwerben, sondern eines von fünf Windrädern des EE-Projekts.

b. Gesellschaftliche Beteiligung

Die gesellschaftliche Beteiligung findet am häufigsten in Form einer GmbH & Co. KG statt. Dabei handelt es sich um eine Kommanditgesellschaft (KG), bei der die Position des unbeschränkt haftenden Komplementärs von einer GmbH ausgeführt wird. Die GmbH wiederum haftet nach § 13 Abs. 2 GmbHG beschränkt auf ihr Gesellschaftsvermögen, wodurch das Risiko der unbeschränkten Haftung der Position des Komplementärs begrenzt wird.

In der Praxis übernehmen die Initiierenden des EE-Projekts als Gesellschafter:innen der GmbH die Geschäftsführung. Die Bürger:innen oder die lokale Bürgerenergiegenossenschaft beteiligen sich als Kommanditisten an der KG, bringen somit ihr Kapital als Einlage in die Gesellschaft ein und haften als Kommanditisten auch nur bis zur Höhe dieser Einlage (§ 171 Abs. 1 HGB). Eine Bürgerenergiegesellschaft in Form einer GmbH & Co. KG ist projektbezogen, wird also für ein spezifisches EE-Projekt gegründet.

Ein wesentlicher Unterschied zur eG ist, dass in dem Konstrukt der GmbH & Co. KG nicht alle Beteiligten gleichberechtigtes Mitspracherecht haben. Vielmehr verbleibt die Geschäftsführungsbefugnis und damit die Ausrichtung und Steuerung des Projekts in den Händen des Komplementärs, also der als GmbH organisierten Projektgesellschaft bzw. ihren geschäftsführenden Gesellschafter:innen. Die Kommanditisten der KG, also die sich beteiligenden Bürger:innen, haben nur in Grundsatzfragen Mitspracherecht (§ 164 HGB). Da auch die GmbH nach § 13 Abs. 2 GmbHG beschränkt haftet, würden alle Beteiligten einer beschränkten Haftung unterliegen, was einen Vorteil darstellt, da die Beteiligung so ohne finanzielles Risiko für die Bürger:innen möglich ist. Somit findet hier zwar eine gesellschaftsrechtliche Bürgerbeteiligung statt, die tatsächliche Mitsprache der Bürger:innen fällt aber geringer aus als bei der eG.

Eine Pflichtprüfung wie bei der eG ist hier nicht vorzunehmen, allerdings unterliegen die Kommanditanteile ab mehr als 20 Kommanditisten regelmäßig der Prospektpflicht nach § 6 VermAnlG.⁵¹

II. Passive Unternehmensbeteiligung

1. Konzept

Bei der passiven Bürgerbeteiligung erwerben die Bürger:innen keine eigentums- oder gesellschaftsrechtliche Position und damit auch kein Miteigentum an der EE-Anlage. Vielmehr können sich die Bürger:innen hier als Kapitalgebende an einem regionalen EE-Projekt beteiligen und erzielen ihren Gewinn über eine Verzinsung ihres Kapitals. Ein solcher Zins ist in der Regel fest, kann aber z.B. beim Darlehen auch gewinnabhängig gestaltet werden. Es handelt sich also weitgehend um ein gewöhnliches Kapitalanlagegeschäft.

2. Vor- und Nachteile

In einem solchen Fall der finanziellen Bürgerbeteiligung ist die Beteiligung als eher passiv einzustufen – die Bürger:innen haben kein Mitspracherecht im EE-Projekt, das über ihren Einfluss als Kapitalgebende hinausgeht. Auf der anderen Seite obliegen den Bürger:innen hier auch keine laufenden rechtlichen Pflichten. Dennoch kann es als direktere Beteiligungsform als die Kommunalbeteiligung angesehen werden, da die Bürger:innen direkt in die Finanzierung des Projekts involviert werden, wodurch auch eine Akzeptanzsteigerung erwartet werden kann. Ein Vorteil ist die Planbarkeit der Investition sowie der geringe laufende Aufwand auf Seiten der Bürger:innen. Als Nachteil kann wohl angesehen werden, dass die passiven Beteiligungsformen, die in ihrem Wesen einem Anlagegeschäft durchaus ähnlich kommen, einen gewissen finanziellen Spielraum voraussetzen, wodurch diese Form der Beteiligung in finanzschwachen Kommunen auch geringere akzeptanzsteigernde Effekte aufweisen kann.

Von den bestehenden Landesregelungen enthalten alle Regelungen als Alternativen zur aktiven Bürgerbeteiligung auch Formen der passiven Beteiligung.⁵²

3. Beteiligungsformen im Einzelnen

a. Anleihe

Die Anleihe ist ein fest verzinstes Wertpapier. Rechtlich ist es als Inhaberschuldverschreibung nach § 793 BGB ausgestaltet, also als verbrieftes Leistungsversprechen des Schuldners, also des Projektträgers gegenüber den Bürger:innen. Die Anleihe ist ein typisches Instrument zur Beschaffung von

⁵¹ § 2 Abs. 1 Nr. 3 VermAnlG. Ein solches Prospekt ist sehr kosten-, zeit- und arbeitsintensiv.

⁵² § 12 BüGembeteilG M-V.

Fremdkapital: gegen Kapitalgabe wird eine Urkunde ausgestellt, die verspricht, das Kapital sowie einem vereinbarten Zinssatz zum vereinbarten Zeitpunkt zurückzuzahlen. Ein Vorteil ist hier, dass der Umfang und die Modalitäten der Beteiligung flexibel an das konkrete Projekt angepasst werden können. Da es sich bei der Anleihe um ein Wertpapier handelt, unterliegt sie der Prospektspflicht des § 3 Abs. 1 WpPG.

b. Nachrangdarlehen

Eine weitere Möglichkeit der finanziellen Bürgerbeteiligung ist über ein Nachrangdarlehen. Dabei handelt es sich rechtlich um ein gewöhnliches Darlehen nach § 488 Abs. 1 BGB. Die finanzielle Beteiligung der Bürger:innen geschieht also auch über die Verzinsung ihres Kapitals, das sie im Rahmen des Darlehens an den Betreiber der EE-Anlage auszahlen. Das Darlehen wird jedoch um einen qualifizierten Rangrücktritt ergänzt. Dieser beinhaltet, dass der Anleger im Insolvenzfall mit all seinen Ansprüchen auf Rückzahlung und auf Verzinsung hinter die Ansprüche der übrigen Gläubiger der Gesellschaft zurücktritt. Er kann Rückzahlung und Verzinsung also erst verlangen, wenn alle übrigen Gläubiger der Gesellschaft, die die EE-Anlage betreibt, befriedigt wurden.

Das Darlehen hat gegenüber der Anleihe den Vorteil, dass es weder ein Wertpapier ist (da keine verbrieftete Forderung existiert) noch eine Beteiligung am Ergebnis eines Unternehmens darstellt (wie bei der GmbH & Co. KG der Fall) und daher weder der Prospektspflicht des § 3 Abs. 1 WpPG noch der des § 6 VermAnlG unterliegt. Allerdings handelt es sich beim Darlehen um ein Einlagengeschäft, das grundsätzlich dem Bankenvorbehalt aus § 32 Abs. 1 KWG und damit der Zustimmung durch die BaFin bedarf. Um dies zu vermeiden, existiert der qualifizierte Rangrücktritt, wodurch keine unbedingte Rückzahlungsverpflichtung besteht und mithin kein Einlagengeschäft nach § 1 S. 2 Nr. 1 KWG vorliegt, was eine Voraussetzung für den Bankenvorbehalt ist.

c. Schwarmfinanzierung

Bei der Schwarmfinanzierung handelt es sich um eine Form der finanziellen Bürgerbeteiligung. Es kann zwischen verschiedenen Arten der Schwarmfinanzierung unterschieden werden: spendenbasiert (weit verbreitet auf Plattformen wie z.B. GoFundMe, die Geldgebenden erhalten keine Gegenleistung), gegenleistungsbasiert (klassischerweise auf Plattformen wie Kickstarter zu finden, ausgezeichnet durch typischerweise symbolische Gegenleistungen), kreditbasiert (sog. Crowdlending, der eingezetzte Beitrag wird mit oder ohne Zinsen zurückgezahlt) oder anlagebasiert (Crowdinvesting, die Geldgebenden erhalten eine Beteiligung an zukünftigen Gewinnen des finanzierten Projekts).⁵³ Der Unterschied zu klassischen Anlage- oder Darlehensgeschäften, wie sie oben beschrieben wurden, ist, dass die Anleger:innen über das Internet gewonnen werden und auch die Abwicklung über eine Internet-Dienstleistungsplattform erfolgt, wodurch das Handling erleichtert, und der Ablauf standardisiert

⁵³ BaFin, Crowdfunding und der graue Kapitalmarkt, 2021, https://www.bafin.de/DE/Verbraucher/GeldanlageWertpapiere/GrauerKapitalmarkt/Crowdfunding/crowdfunding_node.html.

wird.⁵⁴ Bei der Bürgerbeteiligung an EE-Projekten handelt es sich um anlagebasierte Schwarmfinanzierung. Hier finanzieren viele Geldgebende ein konkretes Projekt und erhalten einen festen Zinssatz oder werden über einen erfolgsunabhängigen Zinssatz an den zukünftigen Gewinnen des finanzierten Projekts beteiligt. Rechtlich wird das Crowdfunding als partiarisches Darlehen realisiert, das ebenfalls wie das Nachrangdarlehen um einen qualifizierten Rangrücktritt erweitert ist.⁵⁵

Ein Vorteil der Schwarmfinanzierung ist, dass sie unter die Befreiungsvorschrift des § 2a VermAnlG fällt, sofern die Voraussetzungen des § 2 a VermAnlG beachtet werden, und damit von vielen Pflichten des VermAnlG befreit ist, wie der Prospektspflicht, der Mindestlaufzeit und einer Abschlussprüfung. Auf Projektiererseite entstehen nur geringe Kosten, außerdem ist die Handhabung über eine Internetplattform unproblematisch. Allerdings unterscheidet sich auch diese Beteiligungsform kaum von einem klassischen Anlagegeschäft. So entstehen keine Mitgestaltungsmöglichkeiten auf Seiten der Bürger:innen, diese treten lediglich als Kapitalgebende auf. Als ein Vorteil der Schwarmfinanzierung ist aber ihre Niedrigschwelligkeit zu nennen, so können sich auch Bürger:innen beteiligen, die nur einen geringen Betrag investieren möchten.

d. Sparprodukt

Die passive Bürgerbeteiligung über ein Sparprodukt geschieht typischerweise über Sparbriefe und Festgeldanlagen. Dafür überträgt die Projektgesellschaft einen Anteil ihrer Gewinne an eine Bank. Bei dieser Bank können dann die betroffenen Bürger:innen beispielsweise Sparbriefe einrichten, also verzinsten Wertpapiere, die von der Bank ausgegeben werden. Alternativ können Festgeldanlagen vorgenommen werden, bei denen die Bürger:innen für einen festgelegten Zeitraum Geld bei der Bank hinterlegen und für diesen Zeitraum auf den direkten Zugriff zu diesem Geld verzichten. Dafür erhalten sie einen erhöhten Zinssatz auf dieses Festgeld. Die Verzinsung erfolgt in diesen Fällen aus dem Gewinn der Projektgesellschaft und der Zinssatz liegt üblicherweise über dem marktüblichen Zinssatz. Beide Varianten unterfallen der Einlagensicherung.

Vorteile dieses Modells sind eine sehr hohe Anlagesicherheit, da das Investment unabhängig vom Erfolg der Projektgesellschaft besteht. Zudem ist hier die Anlagesumme frei wählbar und kann somit individuell passend gewählt werden.

Als Nachteil kann angesehen werden, dass das Sparprodukt eine sehr indirekte Form der Beteiligung darstellt. Damit kann auch nicht von einem Identifikationsgefühl der Bürger:innen gegenüber dem EE-Projekt ausgegangen werden. Außerdem bevorzugen diese Art der Anlagegeschäfte finanzstarke Bürger:innen.

⁵⁴ Windindustrie in Deutschland, Schwarmfinanzierung zur Bürgerbeteiligung an EE-Projekten, <https://www.windindustrie-in-deutschland.de/fachartikel/schwarmfinanzierung-zur-buergerbeteiligung-an-ee-projekten-einige-rechtliche-aspekte>.

⁵⁵ BaFin, Crowdfunding, 2017, https://www.bafin.de/DE/Verbraucher/Finanzwissen/Fintech/Crowdfunding/crowdfunding_node.html.

e. Fonds, Stiftungen, Sponsoring

Eine weitere Beteiligungsform kann über Fonds, Stiftungen oder Sponsoring geschehen. Dies betrifft eher die Modalitäten der Beteiligung als die Beteiligungsart selbst, da eine Bürgerbeteiligung über solche Fonds, Stiftungen oder anderweitiges Sponsoring in verschiedenen Beteiligungsmodellen möglich ist.

Der zugrundeliegende Gedanke ist, dass eine solche Einrichtung einer betroffenen Bürger:innen-gruppe finanzielle Mittel zur Verfügung stellt, die es den Bürger:innen ermöglicht, sich an einem EE-Projekt zu beteiligen. Dabei kann es sich um Fonds der öffentlichen Hand handeln, um regional ansässige Stiftungen oder auch um privates Sponsoring.

Ein Vorteil dieser Beteiligungsmodalität ist ihre Niedrigschwelligkeit, da sich auch Bürger:innen ohne eigene finanzielle Mittel ohne eigenes Risiko beteiligen können.

Allerdings handelt es sich auch hier um eine sehr indirekte Form der Beteiligung. Profit für die Bürger:innen kommt auch in diesem Modell außerdem nur über die Wertschöpfung zustande, die durch die finanzielle Anlage generiert wird.

III. Direkte Zahlung

1. Konzept

Ein weiteres Konzept liegt in direkten Zahlungen der Anlagenbetreiber an die betroffenen Bürger:innen. In Bezug auf die kommunale Beteiligung findet sich dieser Ansatz (abseits der sessischen Sonderregelung) in allen bestehenden finanziellen Beteiligungsregelungen wieder: So sieht § 6 EEG freiwillige direkte finanzielle Zuwendungen vor, die Gesetzesentwürfe aus Niedersachsen und Thüringen sehen diese Zuwendung gar als eine pflichterfüllende Beteiligungsmöglichkeit vor, wobei in dem Thüringischen Entwurf (auch) ein Pflichtverstoß eine direkte Zahlung an die Kommunen in Gestalt der Ausgleichsabgabe nach sich zieht.

Eine große Nähe zu dem Konzept direkter Zahlungen weist zudem auch die Beteiligung mittels Strompreiserlösgutschriften nach Maßgabe des Thüringischen Gesetzesentwurfs auf, die zwar sachlich mit dem Strompreis verbunden sind, wirtschaftlich aber direkten Zahlungen im Wesentlichen gleichkommen.

2. Vor- und Nachteile

Die Vorteile direkter Zahlungen liegen in der grundsätzlich einfachen Administrierbarkeit dieser Beteiligung. Freilich steigt der Verwaltungsaufwand mit der Zunahme potenziell Beteiligter, gleichwohl stellt dieses Beteiligungsmodell insbesondere keine Anforderungen an die gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung der Betreiberunternehmen und vermeidet den operativen Aufwand turnusmäßiger Gewinnausschüttungen aktiver Unternehmensbeteiligungen. Zudem erschöpft sich auch der Aufwand

auf Seiten der Beteiligten grundsätzlich in der Angabe der zahlungsrelevanten Daten, wodurch – gerade in Ansehung geringer Beteiligungsquoten im Rahmen aktiver und passiver unternehmerischer Beteiligungsangebote in Mecklenburg-Vorpommern – auch der Umfang von finanziellen Beteiligungen insgesamt steigen könnte.

Gleichwohl dürften auch die Akzeptanzwirkungen solcher direkten Zahlungen gegenüber unternehmerischen Beteiligungsformen geringer sein. Dies zeigt zum einen der Abgleich mit den Bedingungen und Faktoren der Akzeptanzbildung, da direkte Zahlungen nicht in gleicher Weise eine Identifikation mit der jeweiligen Anlage fördern dürften wie unternehmerische Beteiligungen. Zudem wird gerade im Hinblick auf direkte Zahlungen auch die Gefahr beschrieben, dass diese als « Ablasshandel » wahrgenommen werden und damit – zumal bei relativ niedrigen Beteiligungssummen infolge größerer Beteiligtenkreise – gar die Gefahr einer negativen Wahrnehmung dieser finanziellen Beteiligung bestehen kann.

Regelungsmöglichkeiten durch den Bund

Der bundespolitische Wunsch zur Schaffung einer Regelung zur finanziellen Beteiligung von Bürger:innen, die durch den Ausbau von EE-Anlagen betroffen sind, ist nicht neu. Schon im Jahr 2019 empfahl der Vermittlungsausschuss die Entwicklung Erarbeitung eines finanziellen Beteiligungsinstruments zugunsten betroffener Kommunen und Bürger:innen.⁵⁶ Insbesondere bezieht sich aber auch die eingangs angeführte Aufforderung des Deutschen Bundestages an die Bundesregierung zur Schaffung einer dem BüGemBeteilG M-V vergleichbaren Regelung auf Bundesebene, mithin ebenfalls zumindest auch einer direkten finanziellen Beteiligung betroffener Bürger:innen.

Die vorliegende Studie untersucht dazu drei Handlungsoptionen. Erstens wird erörtert, inwieweit eine Verpflichtung zur finanziellen Beteiligung anlagebetroffener Bürger:innen an die Bundesregelung in § 6 EEG angeknüpft werden könnte (A.). Anschließend wird erörtert, ob und inwieweit eine baurechtlich integrierte finanzielle Beteiligungspflicht geregelt werden könnte (B.). Schließlich werden als dritte Option, gerade vor dem Hintergrund der entsprechenden Prüfaufforderungen des Deutschen Bundestages an die Bundesregierung, fachgesetzliche Regelungsmöglichkeiten betrachtet, um eine direkte Bürgerbeteiligung zu gewährleisten (C.). Dabei wird insbesondere untersucht, inwieweit die Bestimmungen des BüGemBeteilG M-V oder der anderen landesgesetzlichen Entwürfe zu finanziellen Beteiligungsregelungen in ihrer Dimension als Bestimmungen zur Beteiligung betroffener Bürger:innen in Form eines Bundesgesetzes geregelt werden könnten.

A. Anknüpfung an § 6 EEG

Neben der Privilegierung von Bürgerenergiegesellschaften in der Förderung nach Maßgabe des EEG bildet § 6 EEG bislang die einzige Bundesregelung, die unmittelbar einen freiwilligen finanziellen Beteiligungsmechanismus zugunsten betroffener Gemeinden beziehungsweise Landkreise vorsieht.

Dies wirft die Frage auf, ob und inwieweit eine Bundesregelung zur Beteiligung betroffener Bürger:innen hieran anknüpfen könnte.

⁵⁶ Vermittlungsausschuss zum Gesetz zur Umsetzung des Klimaschutzprogramms 2030 im Steuerrecht, abrufbar unter <https://www.vermittlungsausschuss.de/SharedDocs/beratungsvorgaengeva/DE/19wp/608-19.html> (zuletzt abgerufen am 20.6.2023).

I. Regelungsoption: Änderung des Begünstigtenkreises

Ein Weg läge darin, schlicht den Begünstigtenkreis des § 6 EEG insoweit anzupassen, als dass nicht (nur) den jeweiligen Kommunen, sondern den betroffenen Bürger:innen ein Zuwendungsangebot unterbreitet werden, dass diese sodann anzunehmen hätten.

1. Ausgestaltung

In der Ausgestaltung der möglichen Beteiligungshöhe wäre es denkbar, dass die gesamte Beteiligungssumme von 0,2 ct/kWh der tatsächlich eingespeisten Strommenge sowie der fiktiven Strommenge nach Nr. 7.2 der Anlage 2 den betroffenen Bürger:innen als direkte finanzielle Zuwendung anzubieten wäre. Ebenso wäre eine Zahlungsaufteilung zwischen betroffenen Kommunen und Bürger:innen grundsätzlich denkbar.

Im Übrigen könnten die Bestimmungen, insbesondere auch die Zeitpunkte der Beteiligung, gleich bleiben. Lediglich die Möglichkeit der Kommunen, in Bezug auf Freiflächenanlagen eine Vereinbarung über die finanzielle Beteiligungszahlung von der Vorlage eines naturschutzfachlichen Konzepts abhängig zu machen, würde entfallen, soweit nunmehr die betroffenen Bürger:innen, nicht die Kommune selbst Zuwendungsempfänger wären.

2. Rechtliche Vereinbarkeit

In juristischer Hinsicht wäre eine solche Anpassung des § 6 EEG ohne Bedenken. Der rechtliche Charakter dieses Beteiligungsmechanismus würde sich dadurch nicht ändern, insbesondere läge angesichts der Freiwilligkeit auch zugunsten etwaig beteiligter betroffener Bürger:innen keine finanzverfassungsrechtlich rechtfertigungsbedürftige Sonderabgabe vor.⁵⁷ Vielmehr würden die rechtlichen Risiken im Kontext des § 6 EEG durch die in Rede stehende Änderung reduziert, da Zweifel in Bezug auf den damit ermöglichten Mittelfluss von Finanzmitteln des Bundes an kommunale Haushalte jedenfalls im Falle einer Beteiligungszahlung an betroffene Bürger:innen in Gänze ausgeräumt würden.⁵⁸

3. Bewertung

a. Vorteile

Eine Umlenkung des Beteiligungsmechanismus nach § 6 EEG hätte den Vorteil, dass damit an ein – wenn auch noch nicht langfristig – etabliertes Instrument angeknüpft werden würde, das sich in der

⁵⁷ Vgl. hierzu Weidinger, ZNER 2021, 335 ff.

⁵⁸ Siehe zu diesem Aspekt kritisch Lemke, Verfassungsblog 2021; in diesem Zusammenhang weniger kritisch Weidinger, ZNER 2021, 335 ff.

bisherigen Praxis grundsätzlich bewährt. Zudem wäre der administrative Aufwand gegenüber gesellschaftlichen, also insbesondere aktiven, aber auch passiven Unternehmensbeteiligungen im Sinne dieser Studie, vergleichsweise gering. Denn müsste zwar der Beteiligtenkreis ermittelt, diesem jedoch schlicht finanzielle Zuwendungen ohne weitere Rechte und Pflichten angeboten werden.

b. Nachteile

Gleichwohl eine entsprechende Anpassung des § 6 EEG auf Seiten der Vorhabenträger deren Umsetzungsaufwand durch eine (Mit-)Begünstigung betroffener Bürger:innen erhöhen, da sie nicht mehr nur an alle potenziellen Kommunen Angebote zu richten hätten, sondern (gegebenenfalls auch) an alle betroffene Bürger:innen. Zur Ermittlung der Personendaten müsste insoweit ein Auskunftsanspruch an die jeweiligen Kommunen oder an das jeweilige Land ergänzt werden. Aber auch dann steigt der administrative Aufwand, mithin die Transaktionskosten in der Umsetzung des Modells nach § 6 EEG, die die Vorhabenträger – anders als die Kosten für die Beteiligungszahlung selbst – nicht ersetzt bekommen.⁵⁹

Zudem würde mit zunehmendem Umfang der betroffenen Bürger:innen die jeweiligen Beteiligungssummen sinken und damit wohl in der Tendenz auch die potenziellen akzeptanzförderlichen Effekte abnehmen, da durch die Anknüpfung an § 6 EEG auch dessen Beteiligungsmodalität direkter Zahlungen übernommen würde. Auch wären Angebote unmittelbarer oder mittelbarer Unternehmensbeteiligung insoweit ausgeschlossen.

Schließlich hinaus würde die Anpassung der Begünstigten insbesondere dazu führen, dass die bisher in Gänze adressierten Gemeinde beziehungsweise Landkreise nicht oder, bei Aufteilung der Zahlung, in geringerem Umfang Zahlungen empfangen würden als bisher.

II. Regelungsoption: Bedingung zur Refinanzierung

Eine weitere Möglichkeit, in Anknüpfung an § 6 EEG eine Regelung zur direkten Beteiligung betroffener Bürger:innen zu schaffen, bestünde darin, den Anspruch der Vorhabenträger an den jeweiligen Netzbetreiber auf Erstattung ihrer Beteiligungskosten nach § 6 Abs. 5 EEG, die dann wiederum über das EEG-Konto gewälzt werden, an das Angebot einer direkten finanziellen Beteiligung betroffener Bürger:innen zu koppeln.

⁵⁹ In einer Entwurfsfassung zur Vorgängerregelung in § 36k 3 EEG 2021 (BT-Drs. 19/23482, S. 30) war in dessen Absatz 3 noch vorgesehen, dass die Anlagenbetreiber zusätzlich die Erstattung einer Aufwandspauschale von 5 Prozent des geleisteten Betrags fordern können. Dies wurde im weiteren Gesetzgebungsverfahren aus den genannten Gründen gestrichen: Ausschussbericht, BT-Drs. 19/25326, S. 17.

1. Ausgestaltung

Das insoweit als Bedingung aufgestellte Angebot weiterer Bürgerbeteiligungen könnte selbst in einer direkten Zahlung liegen, aber auch darüber hinausgehen. So ließe sich der Erstattungsanspruch insbesondere an das Angebot einer aktiven oder passiven Unternehmensbeteiligung an betroffene Bürger:innen erweitern.

Die Unterbreitung solcher Angebote würde sodann in den Prüfumfang der bereits jetzt von § 6 Abs. 5 EEG vorausgesetzten Kontrolle der Tatbestandsmerkmale des § 6 EEG im Übrigen durch den jeweiligen Netzbetreiber, an den der Erstattungsanspruch gerichtet wird, mit aufgenommen.

2. Rechtliche Vereinbarkeit

Durch die Freiwilligkeit der Beteiligung nach § 6 EEG wäre auch die Bedingung deren Refinanzierung keinen grundlegenden Bedenken ausgesetzt. Insbesondere würde damit der freiwillige Regelungscharakter nicht verändert.

Gleichwohl führt die Einräumung eines Erstattungsanspruchs zur Besserstellung des jeweils beteiligten Vorhabenträgers und steht damit im Spannungsfeld des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes (Art. 3 GG).⁶⁰ Daraus folgt die Anforderung an die tatbestandliche Ausgestaltung der in Rede stehenden Bedingung zu § 6 Abs. 5 EEG insoweit, als dass der Katalog der bezeichneten Formen zur Beteiligung betroffener Bürger:innen nach sachlichen Maßstäben (Effektivität zur Akzeptanzsteigerung und wirtschaftlicher Umfang der Beteiligung) gefasst und die genannten Beteiligungsformen insoweit vergleichbar sind.

Daneben folgen aus dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot (Art. 20 Abs. 3 GG) Anforderungen an die Bestimmtheit des den § 6 Abs. 5 EEG bedingenden Tatbestands, wobei diese angesichts des fehlenden Eingriffscharakters einer Nichterstattung der freiwilligen Beteiligungszahlung sowie der sachlichen Eigenarten vielseitiger Bürgerbeteiligungsmöglichkeiten gering sind.⁶¹

⁶⁰ Zwar entfaltet eine Nichterstattung aufgrund eines fehlenden Angebots paralleler Bürgerbeteiligungen keinen Eingriffscharakter, die Geltung des Gleichheitsgrundsatzes setzt dies aber auch nicht voraus, sondern bezieht sich auf eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung als Modalität des Staatshandelns: Heun, in: Dreier GG, 3. Aufl. 2013, Rn. 17.

⁶¹ Siehe zur Maßgeblichkeit der Eingriffsintensität und sachlichen Eigenart des Regelungsgegenstandes im Hinblick auf die Bestimmtheitsanforderungen: Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz GG, 99. EL 2022, Art. 20 Rn. 60.

3. Bewertung

a. Vorteile

Insgesamt hätte dieser Ansatz den Vorteil eines relativ geringen regulatorischen Aufwands, indem an den freiwilligen und etablierten Beteiligungstatbestand in § 6 EEG angeknüpft und dieser schlicht, wie vorstehend beschrieben ohne nähere rechtliche Bedenken, ergänzt wird.

b. Nachteile

Nachteilig wäre, dass durch die Bedingung zu § 6 Abs. 5 EEG die bisher kostenneutrale Beteiligungsmöglichkeit durch zusätzliche Kosten, die im Zuge der parallel anzubietenden Bürgerbeteiligungsmöglichkeit entstehen, belastet würde. Anders als etwa die Regelungen des BüGemBeteilG M-V wäre dies nicht Folge einer rechtlichen Pflicht, sondern würde an die freiwillige Beteiligung nach § 6 EEG anknüpfen. Eine finanzielle Beteiligung der lokal betroffenen Bevölkerung kann sich für die Vorhabenträger allerdings grundsätzlich nur dann wirtschaftlich positiv auswirken, soweit dadurch Widerstände verhindert oder zumindest verringert werden. Gleichwohl ist fraglich, ob diese Positiveffekte die zusätzlichen Kosten einer Bürgerbeteiligung neben § 6 EEG aufwiegen würde – oder die Vorhabenträger nicht gänzlich von einer Beteiligung nach § 6 EEG Abstand nehmen, um diese Kosten zu vermeiden.

Die Bedingung zusätzlicher finanzieller Bürgerbeteiligungsangebote zum Erstattungsanspruch nach § 6 Abs. 5 EEG schafft insoweit die Gefahr, dass von dem freiwilligen Instrument der finanziellen Beteiligung betroffener Kommunen nach § 6 Abs. 1 EEG, woran diese zusätzlichen Angebote anknüpfen, weniger oder gar kein Gebrauch (mehr) gemacht und damit die finanzielle Beteiligung der lokal betroffenen Bevölkerung insgesamt verringert wird.

B. Bauplanungs- und Zulassungsrecht

Neben den vorstehend untersuchten Ansätzen zu einer bundeseinheitlichen Regelung einer finanziellen Bürgerbeteiligung bieten Flächenplanung und Anlagenzulassung die Grundlagen für den späteren, etwaige Akzeptanzdefizite auslösenden, Anlagebetrieb. Dies veranlasst zur Untersuchung der Frage, inwieweit Vorgaben zur Beteiligung betroffener Bürger:innen bereits auf diesen Ebenen integriert werden könnten.

I. Beteiligung als raumplanungsrechtliches Kriterium

1. Ausgestaltung und rechtliche Vereinbarkeit

Ein erster Anknüpfungspunkt könnte in dem abschließenden Verfahrensschritt der Zulassungsprüfung liegen. Windenergieanlagen für die öffentliche Stromversorgung werden in aller Regel im Wege des bundesimmissionsschutzrechtlichen Zulassungsverfahrens genehmigt,⁶² wobei bei einem Projekt mit weniger als zwanzig Windenergieanlagen ein vereinfachtes Verfahren durchgeführt wird, bei dem keine Öffentlichkeitsbeteiligung stattfindet.

Die Zulassung von Freiflächenanlagen erfolgt demgegenüber, gerade in Ansehung ihrer geringeren Raumbeanspruchung gegenüber immer höher werdenden Windenergieanlagen, in der Regel durch eine Baugenehmigung.⁶³

Ein wesentliches materielles Prüfkriterium und zugleich Schnittstelle zwischen Raumplanung und Zulassungsentscheidung bildet bei beidem die Prüfung der baurechtlichen Zulässigkeit. Der baurechtliche Prüfumfang wird maßgeblich davon vorgegeben, ob das jeweilige Vorhaben innerhalb eines Bebauungsplans (§ 30 BauGB), im unbeplanten Innenbereich (§ 34 BauGB) oder im unbeplanten Außenbereich (§ 35) liegt.

Windenergieanlagen liegen vielfach im Außenbereich (§ 35 BauGB ggf. i. V. m. § 30 Abs. 3 BauGB), aber auch Vorhaben in qualifiziert beplanten Gebieten (§ 30 Abs. 1 BauGB) sind nicht selten. Aufgrund ihrer erheblichen Raumbeanspruchung sind solche Anlagen demgegenüber im Innenbereich selten vorzufinden. Im Gebiet eines Bebauungsplans richtet sich die Anlagenzulassung maßgeblich nach dessen Festsetzungen. Für Windenergieanlagen kommen hierbei insbesondere Festsetzungen als Sondergebiete (§ 11 BauNVO) in Betracht, aber auch Anlagen in Industriegebieten (§ 9 BauNVO) sind nicht schon grundlegend ausgeschlossen.⁶⁴ Der Raumordnungsplanung kommt innerhalb solcher Gebiete keine unmittelbare Wirkung zu, sondern sie wird über die Bauleitplanung vermittelt, die sich an Ziele der Raumordnung anpassen und Grundsätze berücksichtigen muss.⁶⁵ Vorhaben im Außenbereich unterliegen der planeretzenden Regelung in § 35 BauGB und damit neben übrigen öffentlichen Belangen insbesondere Festsetzungen der Flächennutzungsplanung,⁶⁶ die die Bebauungsplanung vorbereitet,⁶⁷ und hat Ziele der Raumordnung zu beachten.⁶⁸

Anders als für Windenergieanlagen, sind Freiflächen-Vorhaben bislang zumeist auf einen Bebauungsplan angewiesen und entsprechend in beplanten Gebieten angesiedelt, da zum einen die EEG-

⁶² Im Einzelnen gilt dies für Anlagen ab einer Höhe von 50 m 4. BImSchV, Anhang 1 Nr. 1.6.

⁶³ Siehe zur Verfahrensbefreiung kleinerer Anlagen etwa Siehe etwa Art. 57 Abs. 1 Nr. 3 lit. b. BayBO, § 63 Abs. 1 Nr. 2 Lit. c. HBO, § 65 Abs. 1 Nr. 44 BauO NRW oder § 61 Abs. 1 Nr. 3 lit. b. MBO.

⁶⁴ Insbesondere steht dem die Möglichkeit einer Ausweisung von Windenergieflächen in Sondergebieten nicht entgegen. Dies lässt sich schon aus dem Umkehrschluss zu § 11 Abs. 3 BauNVO ableiten – hierzu: OVG Lüneburg, Urt. v. 25.6.2015 – 12 LC 230/14, NVwZ-RR 2015, 848 (Rn. 19).

⁶⁵ § 1 Abs. 4 BauGB, §§ 4 Abs. 1 S. 1 ROG; umgekehrt hat die Raumordnungsplanung die Bauleitplanung im Zuge des sog. Gegenstromprinzips zu berücksichtigen (§§ 1 Abs. 3, 13 Abs. 2 S. 2 ROG).

⁶⁶ § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BauGB.

⁶⁷ § 8 Abs. 2 S. 1 BauGB.

⁶⁸ § 35 Abs. 3 S. 2 BauGB.

Förderkriterien überwiegend hieran anknüpfen⁶⁹ und insbesondere solche Vorhaben nur eingeschränkt (und erst kürzlich⁷⁰) im Außenbereich privilegiert⁷¹ und damit von den erheblichen Zulassungsschranken nichtprivilegierten Anlagen befreit sind.⁷² Gleichwohl sind gerade durch letzteres auch Anlagen im Außenbereich nicht ausgeschlossen und dürften in Zukunft – zumal auch eine Erweiterung der Privilegierungstatbestandes für Freiflächenanlagen derzeit diskutiert wird –⁷³ wohl noch zunehmen. Bindungen der raumordnerischen Festsetzungen sind insgesamt nur für größere – raumbedeutsame – Vorhaben von Relevanz, werden aber auch hier zum einen über die Bebauungsplanung vermittelt oder erfahren über § 35 BauGB im Außenbereich unmittelbar für die Zulassungsentscheidung Geltung.⁷⁴

Ein Regelungsansatz, der sowohl Windenergieanlagen als auch Freiflächenanlagen umfassend adressieren soll, muss mithin zweigliedrig aufgebaut sein, also sowohl die Anlagen in beplanten Gebieten als auch im unbeplanten Außenbereich erfassen. Daraus ergeben sich grundlegend zwei notwendige Regelungspfade zur raumplanungsrechtlichen Integration einer Bürgerbeteiligungsregelung. Diese müsste zum einen für die Bebauungsplanung selbst gelten, um in beplanten Gebieten für die nachgelagerte Zulassungsentscheidung Wirkung zu entfalten (§ 30 Abs. 1 und 3 BauGB), zum anderen im Hinblick auf den Außenbereich auch für die planeretzende Regelung nach § 35 BauGB.

a. Außenbereich

Kernelement der Zulässigkeitsprüfung im Außenbereich ist die nachvollziehende, also im Rahmen der Privilegierung durch ein « Entgegenstehen » öffentlicher Belange beschränkte Abwägung (§ 35 Abs. 1 BauGB).

aa. Bürgerbeteiligungspflicht als öffentlicher Belang

In dieser Systematik wäre es zunächst denkbar eine spezifische Pflicht zur Bürgerbeteiligung als öffentlichen Belang vorzusehen, der in die Abwägung einzustellen wäre und sich dadurch auf die Entscheidung über die Anlagenzulassung auswirken würde.

In der Aufzählung maßgeblicher öffentlicher Belange in § 35 Abs. 3 BauGB findet sich kein Anknüpfungspunkt für eine solche Regelung. Dieser Katalog ist aber nicht abschließend („insbesondere“). Als

⁶⁹ § 37 Abs. 1 Nr. 2 lit. a bis e EEG 2023.

⁷⁰ Gesetz zur sofortigen Verbesserung der Rahmenbedingungen für die erneuerbaren Energien im Städtebaurecht v. 4.1.2023, BGBl. I Nr. 6.

⁷¹ § 35 Abs. 1 S. 1 Nr. 8 BauGB; ebenfalls können innerhalb des Abbaubereichs eines Braunkohlen- oder Sanierungsplans durch Rechtsverordnung darüber hinaus Photovoltaik-Vorhaben insoweit privilegiert werden, als dass öffentliche Belange diesen nur nicht entgegenstehen dürfen und vorgelagerte flächennutzungsplanerische Darstellungen und Ziele der Raumordnung hierbei unbeachtlich sind (§ 249b Abs. 2 Nr. 1 BauGB).

⁷² Hier genügt, anders als für privilegierte Vorhaben, nicht erst ein „Entgegenstehen“, sondern bereits jede „Beeinträchtigung“ öffentlicher Belange durch das jeweilige Vorhaben: § 35 Abs. 1, 2 BauGB.

⁷³ BMWK, Photovoltaik-Strategie, 2023, S. 11.

⁷⁴ § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 1, S. 2 BauGB.

weitere, nicht explizit aufgezählten, gleichwohl zu berücksichtigenden Belange kommen insbesondere Belange mit bodenrechtlicher Relevanz in Betracht. Insoweit kann als weiterer Orientierungspunkt die Aufzählung öffentlicher Belange für das Bauleitplanverfahren – ganz im Sinne der planerisierenden Wirkung von § 35 BauGB – in § 1 Abs. 6 BauGB herangezogen werden. Unmittelbar ergibt sich der Aspekt der finanziellen Bürgerbeteiligung hier aus keinem der dort aufgezählten Belange und klingt allenfalls in den Belangen der Eigentumsbildung (Nr. 2) sowie allgemein der Wirtschaft (Nr. 8) zumindest an.

Die Implementierung einer Verpflichtung zur Offerte einer Bürgerbeteiligung als öffentlicher Belang würde indes systematisch nicht überzeugen. So verdeutlichen die regelbeispielhaften Bezeichnungen öffentlicher Belange, dass es sich dabei gerade nicht um zwingende Vorgaben für die Zulassungsscheidung handelt – wie sie an anderer Stelle, etwa über den artenschutzrechtlichen Verbotstatbestand in § 44 BNatSchG folgen –, sondern um allgemein gehaltene Vorgaben, die Orientierungspunkte bieten für den Abwägungsprozess. Eine Beteiligungspflicht mit notwendigerweise spezifischen Kriterien und dementsprechend detaillierten Vorgaben mit dem Anspruch auf Verbindlichkeit würde sich mithin nicht einpassen und wäre angesichts der Überwindbarkeit solcher Belange im Abwägungsprozess auch nur allenfalls eingeschränkt zweckmäßig.

Schließlich müsste eine solche Regelung auch im Übrigen deshalb bezweifelt werden, da sie, anders als die übrigen öffentlichen Belange, als verpflichtende Berücksichtigung wirtschaftlicher Aspekte eines Vorhabens selbst keine baurechtliche Dimension aufweisen würde. So wird für die vorstehend bezeichnete Eigentumsbildung etwa auch herausgestellt, dass diese im Kontext der Schaffung von Baupland stünde und nicht, zumindest nicht vornehmlich, Zwecken außerhalb der baurechtlichen Ordnung zu dienen bestimmt ist.⁷⁵

bb. Bürgerbeteiligungspflicht als Privilegierungsbedingung

Ein anderer, geeigneter Anknüpfungspunkt läge indes in dem Privilegierungstatbestand für Vorhaben im Außenbereich selbst.

Den Ausgangspunkt bietet die Länderbefugnis zum Erlass pauschaler Mindestabstandsregelungen von Windenergieanlagen zu baulichen Nutzungen zu Wohnzwecken von maximal 1000 m nach Maßgabe des § 249 Abs. 9 BauGB. Explizit dient diese Regelung nicht der Verwirklichung bauordnungs- oder bundesimmissionsschutzrechtlicher Abstandsvorgaben; letztere liegen für Windenergieanlagen, je nach Anlagengröße und weiterer Einzelfallumstände vor Ort in der Regel zwischen 300 und 600 m.⁷⁶ Die Befugnis in § 249 Abs. 9 BauGB dient nach dem gesetzgeberischen Willen vielmehr, neben der Möglichkeit zur Berücksichtigung topographischer Unterschiede in den Ländern, ausdrücklich der Schaffung planerischer Steuerungsmöglichkeiten zur Förderung der Akzeptanz.⁷⁷ In rechtsdogmatischer Hinsicht eröffnet § 249 Abs. 9 BauGB den Ländern mithin die Kompetenz, zum Zwecke der Akzeptanzförderung Vorgaben zu machen, die zwar bodenrechtlich durch die Bedingung der Außenbereichsprivilegierung Bedeutung erlangen, gleichwohl selber aber keinen solchen Bezug aufweisen, da

⁷⁵ Hierzu Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 1 Rn. 56.

⁷⁶ Vgl. VerfGH München Entsch. v. 13.10.2016 – Vf. 18-VII-15, BayVBl 2017, 228 = BeckRS 2017, 55391.

⁷⁷ BTDrucks. 18/1310.

über den Ausgleich unterschiedlicher Nutzungsansprüche im Rahmen der planerischen Abwägung und verbindlicher Abstandsvorgaben hinausgehen.

Die Befugnis in § 249 Abs. 9 BauGB ist dabei eine Ermächtigung der Länder, die originär dem Bundesgesetzgeber zusteht – und deshalb auch jederzeit von diesem rückholbar ist.⁷⁸ Daraus lässt sich folgern, dass der Bund mithin auch die Möglichkeit hätte, Pflichten zur Bürgerbeteiligung, die – wie die pauschalen Mindestabstandsvorgaben – spezifisch ausgestaltet sind, vorzusehen und an die Außenbereichsprivilegierung zu knüpfen. Da sowohl Windenergieanlagen als auch Freiflächen-Photovoltaik-Anlagen in nicht unerheblichem Maße raumbeanspruchend sind und insoweit Raumnutzungskonflikte aufwerfen, ist die Außenbereichsprivilegierung maßgeblich für die Erfolgsaussichten von Anträgen zur Zulassung dieser Anlagen. Im Ergebnis bestünde so für den Bundesgesetzgeber eine Möglichkeit, Bürgerbeteiligungspflichten für diese Anlagen an deren Zulassungsaussichten zu koppeln und so eine verpflichtende Bürgerbeteiligungsregelung effektiv zu implementieren.

Die baurechtliche Implementierung einer verpflichtenden Bürgerbeteiligungsregelung wäre insoweit grundsätzlich möglich. Das wirft die Frage auf, inwieweit eine solche verpflichtende Regelung auch in Bezug auf beplante Gebiete getroffen werden könnte.

b. Beplanter Bereich

aa. Vorfrage: Bürgerbeteiligungspflicht als planerische Festsetzung

Eine Verpflichtung zur Bürgerbeteiligung in beplanten Gebieten setzt grundlegend voraus, dass die Regelung einer Beteiligungspflicht – in welcher Ausgestaltung auch immer – überhaupt als bauplanungsrechtliche Festsetzung getroffen werden kann, der Planungsträger also bauleitplanerisch festsetzen darf, dass ein Vorhaben nur dann zulässig ist, sofern die Vorhabenträger ein im Einzelnen in der Regelung festzulegendes finanzielles Bürgerbeteiligungsmodell offerieren.

§ 9 BauGB sowie die Baunutzungsverordnung geben maßgeblich – wenn auch nicht ausschließlich – zulässige Festsetzungen im Bebauungsplan vor.⁷⁹ Insgesamt sind die gesetzlichen Ermächtigungen zu bestimmten Festsetzungen dabei abschließend; den Gemeinden steht kein « Festsetzungsfindungsrecht » zu.⁸⁰

Eine Beteiligungspflicht als Festsetzung zu Maß oder Umfang der baulichen Nutzung (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 BauGB) müsste wohl ausscheiden. Das Maß der baulichen Nutzung betrifft typischerweise die Geschossanzahl, die Grundflächenanzahl oder zulässige Anlagenhöhen und passt insoweit nicht. Festsetzungen zur Art der baulichen Nutzungen enthalten gerade im Hinblick auf das Kriterium der Nichtstörung bestimmter Vorhaben, mithin den planungsrechtlichen Störbegriff, zwar einen Aspekt des Interessensausgleichs, beziehen sich dabei aber auf eine primäre und typisierende Betrachtungsweise unterschiedlicher vorhabenbezogener Nutzungsansprüche selbst und nicht, wie eine Pflicht zur

⁷⁸ Vgl. Runkel, in: Ernst/Zinkahn, BauGB, § 249 Rn. 172 ff.

⁷⁹ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger BauGB, 148 EL 2022, § 9 Rn. 9.

⁸⁰ BVerwG, Urt. v. 11.2.1993 – 4 C 18.91.

finanziellen Bürgerbeteiligung, auf etwaige (wenn auch einer typisierenden Betrachtung grundsätzlich zugänglich) Kompensationen zur Duldung von Eingriffen in konfligierende Nutzungsinteressen. Auch im Übrigen besteht keine Ermächtigung in Bezug auf die Festsetzung von Bürgerbeteiligungspflichten, sodass zur entsprechenden Implementierung einer solchen Pflicht eine neue Regelung erforderlich wäre.

Systematische Anknüpfungspunkte gäbe es dazu grundsätzlich in § 9 Abs. 1 BauGB. So böten etwa die Zielbestimmungen einer nachhaltigen städtebaulichen Entwicklung, die die sozialen, wirtschaftlichen und umweltschützenden Anforderungen auch in Verantwortung gegenüber künftigen Generationen miteinander in Einklang bringt und auch die sozialgerechte Bodennutzung unter Berücksichtigung der Wohnbedürfnisse der Bevölkerung, beides geregelt in § 1 Abs. 5 S. 1 BauGB, entsprechende Orientierungspunkte. Zudem streitet auch die vorstehende Argumentation zur Regelung in § 249 Abs. 9 BauGB, die sich auf den planeretzenden Privilegierungstatbestand in § 35 Abs. 1 BauGB bezieht, dass zwischen akzeptanzförderlichen Maßnahmen und planerischen Steuerungsbefugnissen ein Zusammenhang besteht. So ließe sich daraus ableiten, dass es erst recht den Bauleitplanungsträgern möglich sein müsste, anstelle der Berücksichtigung akzeptanzbezogener Aspekte über die Bedingung der planeretzenden Außenbereichsprivilegierung selbst entsprechende Festsetzungen zu treffen.

Insgesamt erscheint es daher grundsätzlich möglich, diese Planungsträger ausdrücklich dazu zu befuggen, die Nutzung einer Fläche für ein Windenergie- oder Freiflächen-Photovoltaik-Vorhaben unter den Zulässigkeitsvorbehalt spezifischer finanzieller Bürgerbeteiligungsangebote zu stellen.

bb. Bundesvorgabe zu entsprechender Planfestsetzung

Gleichwohl ist mit dem Vorstehenden noch nicht geklärt, inwieweit der Bund zur Ausweisung entsprechender Flächen auf die Kommunen einwirken dürfte.

(1) Unzulässigkeit von Planungspflichten

Die Bebauungsplanung für Windenergie- und Freiflächenanlagen liegt dezentral bei den Kommunen. Dies bedeutet, dass für den Bundesgesetzgeber grundlegend keine Möglichkeiten bestehen, die dezentralen Planungsträger unmittelbar zu einer (bestimmten) Planung zu verpflichten. Rechtlich folgt dies aus der beschriebenen verbandskompetenziellen Aufteilung, aber auch aus der begrenzten und rechtfertigungsbedürftigen Verwaltungskompetenz des Bundes (Art. 83 ff. GG) sowie der kommunalen Planungshoheit als Teil der verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie (Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG)⁸¹, allesamt in Zusammenschau mit der planerischen Gestaltungsfreiheit als der Planung inhärente Voraussetzung,⁸² wonach es den Planungsträgern grundsätzlich selbst obliegt, in planerischer Abwägung Festsetzungen zu treffen.

⁸¹ Mehde, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, 100. Aufl. September 2022, Art. 28 Rn. 57 ff.

⁸² So schon BVerwG, Urt. v. 12.12.1969 = BVerwGE 34, 301 (304).

(2) Bürgerbeteiligung als öffentlicher Belang

Die Regelung einer Bürgerbeteiligungspflicht als öffentlicher Belang würde nicht nur im Rahmen des planerisetzenden Zulässigkeitstatbestands in § 35 Abs. 1 und 3 BauGB Wirkung entfalten, sondern sich ebenfalls in der planerischen Abwägung zur Aufstellung bauleitplanerischer Festsetzungen niederschlagen (§ 1 Abs. 7 BauGB). Auf die vorstehende Beschreibung der einer entsprechenden Regelung entgegenstehenden Aspekte wird verwiesen.

(3) Bundesraumordnungsplanung

Raumplanungen durch den Bund selbst sind, gerade auch angesichts der beschriebenen beschränkten administrativen Bundeskompetenzen, nur vereinzelt auf Ebene der Raumordnungsplanung möglich (§ 17 ROG). Abseits spezifischer Planungsbefugnisse in der Ausschließlichen Wirtschaftszone (Abs. 1) und zum Hochwasserschutz (Abs. 2), die beide im Hinblick auf die planerische Vorsehung von Beteiligungspflichten nicht einschlägig wären, beschränkt sich die Bundesbefugnis auf die Festlegung von Grundsätzen der Raumordnung (Abs. 3), die sodann in der nachfolgenden Bauleitplanung (§ 4 Abs. 1 S. 2 ROG) zu berücksichtigen sind.

Diese Kompetenz ist aber freilich nicht grenzenlos neben den Länderraumordnungsplanungen. Zum einen findet sie ihre Grenze dort, wo die Bundesraumordnung eine Ersatzplanung für die Länderraumordnungsplanungen darstellen würde. Dementsprechend hat sich die Bundesraumordnung insoweit darauf zu beschränken, als „Serviceleistung des Bundes gegenüber den Ländern“ zu dienen.⁸³ Zum anderen ist diese Befugnis tatbestandlich nach § 17 Abs. 3 ROG auf „die räumliche Entwicklung des Bundesgebiets“, mithin auf eine raumbezogene Steuerung beschränkt.

Im Hinblick auf eine raumplanungsrechtliche Implementierung einer Bürgerbeteiligungspflicht dürften sich aus beidem grundsätzlich keine Hindernisse ergeben. In dem Ziel, zur Vermeidung von etwaigen Wettbewerbsnachteilen und zur Kohärenz der akzeptanzförderlichen Bedingungen und Erfordernisse im Zuge der Energiewende besteht ein Bezugspunkt auf das gesamte Bundesgebiet, der – ersichtlich – auch nicht Gegenstand der Landesraumordnungsplanungen ist und diese insoweit gesamträumlich ergänzen würde. Zudem dürfte der räumliche Bezug trotz der zuvorderst energiewirtschaftlichen Ausrichtung einer finanziellen Bürgerbeteiligung (auch) hier nicht von vornherein ausgeschlossen sein. Vielmehr verdeutlichen die Grundsätze in § 2 Abs. 2 Nr. 1 und 4 ROG, dass auch regionale Wertschöpfungsaspekte, wie die in Rede stehende wirtschaftliche Teilhabe durch Bürger:innen, Gegenstand raumordnungsrechtlicher Steuerung sein können.

Gleichwohl stünde der in Rede stehenden Implementierung einer finanziellen Bürgerbeteiligungspflicht, wie auch schon in Bezug auf die Frage der Berücksichtigung als öffentlichen Belang ausgeführt, entgegen, dass (bundes-)raumordnerische Grundsätze in der Abwägung überwindbar sind, und insoweit für spezifische zwingenden Vorgaben schon grundlegend eher nicht geeignet sein dürften.

⁸³ Runkel, in: Spannowsky/Runkel/Goppel (Hrsg.), Raumordnungsgesetz, 2. Aufl. 2018, § 17 Rn. 7, 12 und 50; noch zur Vorgängerregelung in § 17 Abs. 1 ROG: Spannowsky, Konkretisierung der Grundsätze der Raumordnung durch die Bundesraumordnung (Endbericht), 2012, S. 56 f.

(4) Verknüpfung mit dem WindBG

Ein grundsätzlich denkbarer, aber letztlich rechtspolitisch nicht überzeugender Ansatz läge schließlich darin, eine Bürgerbeteiligungspflicht in den Kriterien für die sog. Windenergiegebiete des Windflächenbedarfsgesetzes zu ergänzen und somit an das Pflichtenprogramm dieses Gesetzes anzuknüpfen. Dies wäre jedoch zum einen auf Windenergieanlagen beschränkt, zum anderen dürfte damit, gerade vor dem Hintergrund bereits laufender Planungsprozesse in den Ländern und Kommunen, das Ziel der Windflächenbedarfsplanung der Verbesserung von Flächenverfügbarkeiten für Windenergieanlagen überfrachtet und insoweit dessen Umsetzung zumindest kurz- und mittelfristig gefährdet.

2. Bewertung

a. Vorteile

Die Verknüpfung finanzieller Beteiligungspflichten mit raumplanerischen Festsetzungen wäre insgesamt ein innovativer Ansatz. Insbesondere im Außenbereich wären entsprechende Beteiligungspflichten als Bedingung zum Privilegierungstatbestand (§ 35 Abs. 1 BauGB) grundsätzlich möglich und würden hier eine Verpflichtung schaffen, die die entsprechenden Beteiligungspflichten effektiv implementieren könnte und rechtlich nur geringe Risiken aufweisen würde.

Zudem wäre eine solche Pflichtenregelung grundsätzlich auch frei in ihrer inhaltlichen Ausgestaltung, könnte mithin verschiedene Beteiligungsmodalitäten vorschreiben.

b. Nachteile

Im Bereich bebauungsplanerischer Festsetzungen wäre demgegenüber zumindest zweifelhaft, inwieweit solche Festsetzungen finanzielle Beteiligungspflichten regeln könnten. Jedenfalls dürften detaillierte Pflichtenbestimmungen nicht machbar sein.

Zudem wäre eine effektive Verpflichtung durch den Bund zu solchen Festsetzungen grundsätzlich nicht möglich.

Schließlich hätte die Effektivität einer verpflichtenden finanziellen Beteiligungsregelung in Anknüpfung an baurechtliche Zulassungsbestimmungen zugleich den Nachteil, dass im Falle einer nicht ordnungsgemäßen Pflichterfüllungen nicht etwa wirtschaftliche Sanktionen die Folge wären, sondern die Zulässigkeit und damit der Ausbau der entsprechend adressierten EE-Anlagen, namentlich Photovoltaik-Freiflächenanlagen sowie Windenergieanlagen an Land, in diesem Fall durch die Entprivilegierung beziehungsweise den Widerspruch zu bebauungsplanerischen Festsetzungen erheblich erschwert würde.

II. Beteiligung als eigenständiges Zulässigkeitskriterium

1. Ausgestaltung

Neben den Überlegungen zur Schaffung eines zusätzlichen Kriteriums zur Zulassung von Windenergiebeziehungsweise Freiflächen-Photovoltaikanlagen stellt sich die Frage, inwieweit eine Verpflichtung zu Offerte von Bürgerbeteiligungsmöglichkeiten über das Raumplanungsrecht integriert werden könnte.

Ein Anknüpfungspunkt abseits einer raumplanungsrechtlichen Implementierung einer Pflicht zur finanziellen Beteiligung von Bürger:innen könnte in dem letzten Verfahrensschritt der Zulassungsprüfung liegen. Windenergieanlagen für die öffentliche Stromversorgung werden in aller Regel im Wege des bundesimmissionsschutzrechtlichen Zulassungsverfahrens genehmigt,⁸⁴ wobei bei weniger als zwanzig Windenergieanlagen ein vereinfachtes Verfahren durchgeführt wird, bei dem keine Öffentlichkeitsbeteiligung stattfindet.

Die Zulassung von Freiflächenanlagen erfolgt demgegenüber, gerade in Ansehung ihrer geringeren Raumbeanspruchung gegenüber immer höher werdenden Windenergieanlagen, in der Regel durch eine Baugenehmigung, weshalb dieser Ansatz allein Windenergieanlagen berücksichtigen würde.⁸⁵

Das Besondere an dem immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren ist, dass ihm nach § 13 BImSchG Konzentrationswirkung zukommt, also sonstige für den Betrieb der Anlage erforderliche Genehmigungen und Zustimmungen durch andere Behörden im Rahmen des immissionsschutzrechtlichen Verfahrens mitgeprüft und beschieden werden.⁸⁶ Daher eignet sich die BImSchG Prüfung als zentraler Anknüpfungspunkt für eine verpflichtende Beteiligungsregel. Hier wäre eine sehr frühe Bürgerbeteiligung gegeben, da in der Folge eine nicht vorgenommene Bürgerbeteiligung bereits zu einem Versagen der Anlageneignung führen würde. Somit wäre ein Befolgen der Regelung sichergestellt.

Materiell handelt es sich bei der BImSchG-Prüfung um eine reine Sachprüfung, die sich auf die Errichtung und den Betrieb der Anlage bezieht.⁸⁷ Nach § 6 Abs. 1 BImSchG ist die Genehmigung zu erteilen, wenn nach Nr. 1 die im BImSchG festgelegten Pflichten erfüllt sind⁸⁸ und nach Nr. 2 keine anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften der Errichtung und dem Betrieb der Anlage entgegenstehen.

Um eine verpflichtende Bürgerbeteiligung in die BImSchG-Prüfung zu integrieren, könnte sie direkt im BImSchG geregelt werden und im Rahmen der Prüfung nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG erfolgen oder außerhalb des BImSchG geregelt werden und damit als "andere öffentlich-rechtliche Vorschrift" im Rahmen von § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG zu prüfen sein. Indem die Bürgerbeteiligung in ihrem Sinn und

⁸⁴ Im Einzelnen gilt dies für Anlagen ab einer Höhe von 50 m 4. BImSchV, Anhang 1 Nr. 1.6.

⁸⁵ Siehe zur Verfahrensbefreiung kleinerer Anlagen etwa Siehe etwa Art. 57 Abs. 1 Nr. 3 lit. b. BayBO, § 63 Abs. 1 Nr. 2 Lit. c. HBO, § 65 Abs. 1 Nr. 44 BauO NRW oder § 61 Abs. 1 Nr. 3 lit. b. MBO.

⁸⁶ Jarass, BImSchG, 14. Auflage 2022, § 13 Rn. 1.

⁸⁷ § 4 Abs. 1 S. 1 BImSchG.

⁸⁸ Namentlich die Pflichten aus § 5 BImSchG und aus einer auf Grundlage des § 7 BImSchG erlassenen Verordnung.

Zweck der Akzeptanzsteigerung des lokalen Ausbaus Erneuerbarer Energieanlagen durch Ausgleich und Wiedergutmachung der negativen Einflüsse, die von der Anlage ausgehen, dient, namentlich der optischen Beeinträchtigung und weiteren Emissionen wie Schall oder Schattenwurf, liegt grundsätzlich ein materieller Anknüpfungspunkt zur BImSchG-Prüfung vor.

2. Rechtliche Vereinbarkeit

Als erster Anknüpfungspunkt könnte das Kriterium der Bürgerbeteiligung also in das BImSchG eingeführt werden.

Für eine Regelung innerhalb des BImSchG spricht, dass dieses davon spricht, dass bei der Errichtung und dem Betrieb von Anlagen "Vorsorge gegen schädliche Umwelteinwirkungen und sonstige Gefahren, erhebliche Nachteile und erhebliche Belästigungen"⁸⁹ getroffen werden sollen. Dies käme bei Windenergieanlagen durchaus infrage, wo verschiedene bestehende Regelungen eine Bürgerbeteiligung in einem gewissen Umkreis anordnen und auch das Bundesverfassungsgericht an die Sichtbarkeit der Anlagen anknüpft.⁹⁰ Allerdings ist die Landschaft bzw. das Landschaftsbild kein nach § 1 BImSchG geschütztes Rechtsgut,⁹¹ womit eine Regelung direkt im BImSchG abzulehnen ist.

In Betracht kommt demnach eine Prüfung nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG. Dabei müsste es sich bei der Vorschrift, die eine verpflichtende Bürgerbeteiligung bei EE-Anlagen vorschreibt, um eine anlagenbezogene Vorschrift handeln. Dies ist in Abgrenzung zu einer personenbezogenen Vorschrift und dann der Fall, wenn sie eine Anforderung an die Anlage stellt.⁹² Dies umfasst als reine Sachgenehmigung die Errichtung und den Betrieb der Anlage. Während eine verpflichtende Bürgerbeteiligung nicht Teil der Errichtung der Anlage sein wird, könnte es unter den Betrieb der Anlage fallen. Hiervon ist neben der Wartung und Unterhaltung der Anlage⁹³ auch der Betriebsablauf und insbesondere die Betriebsorganisation erfasst.⁹⁴ Hier könnte sich ein Anknüpfungspunkt für die Bürgerbeteiligung ergeben, indem über eine verpflichtende Beteiligungsregelung Bürger:innen Anteile der Projektgesellschaften erwerben würden, was einen Einfluss auf die Betriebsorganisation haben könnte. Allerdings ist auch hier vor allem der physische Betrieb der Anlage vor Ort zu verstehen,⁹⁵ was ein Einbeziehen der Gesellschafterstrukturen eher nicht einschließt.

⁸⁹ § 5 Abs. 1 Nr. 2.

⁹⁰ BVerfG Beschluss vom 23. März 2022 - 1 BvR 1187/17, Rn. 3.

⁹¹ Landmann/Rohmer, Umweltrecht/Dietlein, 100. EL Januar 2023, § 1 BImSchG Rn. 19.

⁹² Landmann/Rohmer, Umweltrecht/Dietlein, 100. EL Januar 2023, § 6 BImSchG Rn. 23.

⁹³ Landmann/Rohmer, Umweltrecht/Dietlein, § 6 Rn. 11ff.

⁹⁴ Landmann/Rohmer, Umweltrecht/Dietlein, § 4 Rn. 74.

⁹⁵ Jarass, BImSchG, § 4 Rn. 57.

3. Bewertung

Eine Anknüpfung an die Genehmigung nach dem BImSchG wäre also zumindest mit rechtlichen Restrisiken verbunden. Zudem berücksichtigt dieser Ansatz allein WEA die einer BImSchG-Prüfung unterliegen und ist damit kein ganzheitlicher Lösungsansatz. Eine verpflichtende Regelung zur Bürgerbeteiligung über das bundesimmissionsschutzrechtliche Zulassungsverfahren kann daher nicht empfohlen werden.

C. Übertragung von finanzieller Landesbeteiligungsregelung

Eine Möglichkeit eine finanzielle Beteiligungsregelung zugunsten betroffener Bürger:innen auf Bundesebene verpflichtend zu regeln wäre eine eigene fachgesetzliche Regelung zu erlassen. In mehreren Bundesländern bestehen bereits solche fachgesetzlichen Regelungen – teilweise bereits als geltende Regelungen, zum Teil derzeit in Entwurfsfassung.

Namentlich sind die in diesem Zusammenhang betrachteten Landesregelungen das bereits vorstehend erläuterte BüGemBeteilG M-V (Mecklenburg-Vorpommern) und das BürgEnG (Nordrhein-Westfalen) sowie die ebenfalls an anderer Stelle in dieser Studie beschriebenen Entwürfe zum NWindPVBetG (Niedersachsen) sowie zum ThürWindBeteilG (Thüringen). Der Blick auf diese Regelungen soll sich dabei auf die Bürgerbeteiligung fokussieren. Die in diesen Gesetzen enthaltenen Kommunalbeteiligungsmechanismen werden bei der Übertragung der Regelungen auf Bundesebene daher nicht übernommen.

I. BüGembeteilG M-V - Gesetz über die Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden an Windparks in Mecklenburg-Vorpommern

1. Ausgestaltung

Die Grundvariante wäre eine direkte Übertragung der zentralen Regelungsaspekte.

In der Ausgangsregelung müssten die Vorhabenträger den kaufberechtigten Bürger:innen Geschäftsanteile zum Kauf anbieten.⁹⁶ Daneben besteht die Möglichkeit einer anderweitigen Beteiligung, insbesondere nach § 6 EEG, um die Vorgaben des Gesetzes zu erfüllen.⁹⁷ Ebenso können die Vorhabenträger alternativ den Kaufberechtigten ein Sparprodukt, mithin eine passive Beteiligungsoption, offerieren.

⁹⁶ So geregelt in § 4 Abs. 1 BüGembeteilG M-V.

⁹⁷ Geregelt in § 1 Abs. 3 BüGembeteilG M-V.

Sinnvoll erscheint, den Maximalwert für die Mindestbeteiligung von 500€ beizubehalten, um das Beteiligungsangebot möglichst niedrigschwellig zu gestalten.

2. Rechtliche Vereinbarkeit

Die rechtliche Vereinbarkeit einer auf Bundesebene übertragenen Regelung, die analog zum BüGembeteilG M-V ist, ist als hoch einzuschätzen. Dies hängt vor allem damit zusammen, dass die Regelung verfassungsgerichtlich geprüft und als weit überwiegend verfassungsgemäß eingeschätzt wurde.⁹⁸ Alle zentralen Beteiligungsregelungen wurden vom BVerfG nicht beanstandet.

Das BVerfG stellt eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Landes zur Regelung der Beteiligungspflichten nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG fest, da der Bund in diesem Bereich keine abschließende Regelung getroffen hat. Im Umkehrschluss daraus läge eine entsprechende Bundesregelung in der Gesetzgebungskompetenz des Bundes, wodurch allerdings entsprechende Landesregelungen verdrängt würden.

Allerdings knüpft die Auswahl der Kaufberechtigten nach § 5 Abs. 1 BüGembeteilG M-V mit einem Umkreis von fünf Kilometern von dem Standort der EE-Anlage an eine Betroffenheit im Sinne einer Sichtbarkeit der EE-Anlage an. Dem liegt die Sichtbarkeit von Windenergieanlagen in der typischen Landschaftsstruktur Mecklenburg-Vorpommerns zugrunde. Dieser Umkreis könnte ggf. je nach geografischer Lage unterschiedlich ausfallen und müsste daher bei einer Bundesregelung eventuell angepasst werden. Eine vergleichbare Umkreisregelung sieht auch § 6 EEG in seinem Beteiligungsmechanismus vor. Dieser sieht für WEA in § 6 Abs. 2 EEG allerdings einen Umkreis von 2,5km vor. An diesem Wert könnte sich etwa im Hinblick auf eine bundesweite Regelung orientiert werden.

Es müsste lediglich darauf geachtet werden, dass keine Informationspflichten vergleichbar mit denen des § 10 Abs. 6 BüGembeteilG M-V 2016, die vom BVerfG als zu weitgehend und mit dem Grundgesetz unvereinbar bewertet wurden, in die Bundesregelung integriert würden.

3. Bewertung

a. Vorteile

Ein immenser Vorteil der Übertragung der Regelung aus Mecklenburg-Vorpommern ist, dass diese eine hohe Rechtssicherheit für Projektträger, Kommunen und Bürger:innen mit sich bringen würde, da die Regelung verfassungsgerichtlich geprüft und bestätigt ist. Dies würde Projektträger dazu ermutigen, den dem Gesetz eigenen Beteiligungsmechanismus zu wählen und nicht im Sinne des Ausnahmetatbestands nach § 1 Abs. 3 über eine Beteiligung nach § 6 EEG eine Bürgerbeteiligung zu vermeiden, da keine Investment- und unternehmerischen Risiken durch eine unsichere Rechtslage entstehen. Ein weiterer Punkt, der für eine Übertragung der Regelung spricht, ist, dass diese in ihrem Kern auf

⁹⁸ BVerfG Beschl. v. 23. März 2022 - 1 BvR 1187/17, Rn. 40.

eine aktive Bürgerbeteiligung und damit eine Regelung ist, die ein hohes akzeptanzsteigerndes Potential aufweist.

Darüber hinaus ist die Regelung nicht mit starren Regeln und Verpflichtungen ausgestattet, sondern bringt ein gewisses Maß an Flexibilität bei der Auswahl der Beteiligungsmöglichkeiten mit sich. Dies stellt ein wichtiges Bewertungskriterium dar und ist insbesondere bei einer Bundesregelung zu beachten, da Beteiligungsmodelle notwendigerweise auf regionale Besonderheiten und Unterschiede Rücksicht nehmen müssen, um erfolgreich zu sein. Solche Unterschiede können sich bereits von Kommune zu Kommune ergeben, sind bei größeren regionalen Unterschieden jedoch unumgänglich. Faktoren, die für oder gegen bestimmte Beteiligungsmodelle sprechen können, sind unter anderem die verfügbaren finanziellen Mittel der Bürger:innen, die lokale Akzeptanz von EE-Anlagen und die Bereitschaft zu einem Engagement innerhalb der Kommune.

Außerdem ist positiv zu vermerken, dass § 10 Abs. 4 die freie Wahl der Bürger:innen zwischen den Beteiligungsmodellen schützt, indem für alle Beteiligungsformen in gleichem Ausmaß geworben werden muss.

Zudem ist die Übertragung der M-V Regelung mit einem relativ geringen Aufwand und geringen Kosten verbunden.

b. Nachteile

Ein entscheidender Nachteil der Regelung ist, dass die Entscheidungskompetenz zur Auswahl der Beteiligungsmöglichkeit auf der Seite der Projektträger liegt. Diese sind nicht immer in der Lage, ohne explizite Informationsbeschaffung die regionalen Gegebenheiten einzuschätzen und die passgenaueste Beteiligungsmöglichkeit festzustellen. Darüber hinaus haben die Projektträger auch nicht unbedingt immer ein eigenes Interesse daran, ihre Beteiligungsform den regionalen Gegebenheiten anzupassen und ebenso auch kein hervortretendes Eigeninteresse, eine möglichst aktive Form der Beteiligung zu wählen.

Darüber hinaus spricht die bisherige Empirie, auch wenn die Erhebungszahlen vergleichsweise niedrig sind und die Aussagekraft damit eingeschränkt ist, gegen die M-V Regelung. Im Zeitraum bis September 2022 wurden bei sechzehn Vorhaben Beteiligungsmöglichkeiten nach dem BüGembeteilG M-V angeboten. Dabei wurde in fünfzehn dieser sechzehn Fälle keine aktive Beteiligung gewählt, also von den Projektträgern keine Geschäftsanteile zum Kauf angeboten, sondern insbesondere dreizehn Mal eine Beteiligung der Kommune über § 6 EEG gewählt, um die Anforderungen des Gesetzes zu erfüllen.⁹⁹ Darüber hinaus ist auch bei dem einen Projekt, bei dem eine aktive Bürgerbeteiligung angeboten wurde, kein Erfolg zu verbuchen. Von den über 5.000 kaufberechtigten Bürger:innen nahmen lediglich 20 das Angebot an.¹⁰⁰ Zwar ist die Grenze für eine Beteiligung mit 500€ bewusst niedrig gewählt, doch auch bei dieser Summe erscheint fraglich, ob dies allen Bürger:innen eine Beteiligung ermöglicht.

⁹⁹ Eichenauer/Gailing, Prüfung einer Landesregelung zur finanziellen Beteiligung an Windenergieanlagen an Land für den Freistaat Sachsen, Gutachten im Auftrag des Freistaat Sachsen, 2023, S. 21.

¹⁰⁰ Eichenauer/Gailing, Prüfung einer Landesregelung zur finanziellen Beteiligung an Windenergieanlagen an Land für den Freistaat Sachsen, Gutachten im Auftrag des Freistaat Sachsen, 2023, S. 21.

Die Gründe dafür können vielfältig sein und etwa in einer allgemeinen Skepsis gegenüber dem Ausbau von Windenergie liegen, die auch durch eine aktive Involvierung nicht behoben werden kann. Auch könnte die Mindestbeteiligung von 500€ pro Geschäftsanteil zu hoch sein, um auf breite Zustimmung zu treffen. Außerdem besteht die Möglichkeit, dass die inhaltliche Komplexität der Regelung eine Hürde darstellt. Beteiligungsregelungen sollten möglichst niedrigschwellig und einfach sein, um von allen Bürger:innen ohne erhöhten Aufwand verstanden und wahrgenommen werden zu können. Ein weiterer Grund gegen die Übernahme dieser Regelung ist, dass die Ermittlung der kaufberechtigten Personen aufwändig und fehleranfällig ist.¹⁰¹

Insgesamt zeigen diese Aspekte auf, wie wichtig ein Anpassen der Beteiligungsformen an die spezifische Kommune ist.

II. NWindPVBetG- Niedersächsisches Gesetz über die Beteiligung von Kommunen und Bevölkerung am wirtschaftlichen Ertrag von Windenergieanlagen und Freiflächen-Photovoltaikanlagen

1. Ausgestaltung

Das NWindPVBetG könnte als Vorlage für eine verpflichtende Regelung auf Bundesebene dienen. In seiner aktuellen Ausgestaltung entspricht es nicht dem starken Bürgerbeteiligungsfokus dieser Untersuchung. Dies liegt vor allem an der Möglichkeit des Vorhabenträgers, eine Beteiligung der betroffenen Einwohner:innen komplett zu umgehen.

Um dies zu ändern, müsste der § 5 Abs. 1 S. 2 NWindPVBetG, der es der Vorhabenträger aktuell offen stellt, das Angebot der weiteren finanziellen Beteiligung nach § 5 auch nur den betroffenen Gemeinden oder nur den betroffenen Einwohner:innen zu unterbreiten, modifiziert werden. Entweder könnte er nur offen stellen, das Angebot lediglich an die Einwohner:innen zu adressieren, da die Gemeinden bereits über die Abgabe nach § 3 beteiligt werden. Alternativ könnte der Satz auch gestrichen werden, was den Vorhabenträger dazu verpflichten würde, das Angebot stets an die Gemeinden und die Einwohner:innen zu richten.

2. Rechtliche Vereinbarkeit

Bei einer Übertragbarkeit der Regelung des NWindPVBetG auf Bundesebene könnte die Erweiterung des Anwendungsbereichs auf FF-PV-Anlagen ein rechtliches Problem darstellen. Da sich das

¹⁰¹ eueco GmbH, Stellungnahme, Neues Beteiligungsgesetz in Niedersachsen (NEEBetG) könnte zu Fehlanreizen führen, 2023, https://www.eueco.de/sites/eueco.de/public/eueco/Zukunft%20der%20Bu%CC%88rgerbeteiligung%20am%20Wind_V1_0.pdf.

NWindPVBetG aber am Betroffenheitsmerkmal sowie der installierten Strommenge des § 6 Abs. 3 EEG orientiert, liegen keine rechtlichen Bedenken vor.

Im Weiteren könnte die rechtliche Vereinbarkeit der in § 3 geregelten Abgabe aus verschiedenen Gründen fraglich sein. Einerseits könnte dadurch über Umwege der freiwillig gestaltete Beteiligungsmechanismus des § 6 EEG verpflichtend ausgestaltet werden. Hier ist das Gesetz nicht eindeutig, ob die Abgabe „entsprechend § 6 Abs. 2 und 3“ auch den Refinanzierungsmechanismus des § 6 EEG enthalten würde oder nicht. Dies könnte bei einer Regelung auf Bundesebene verfassungs- und finanzverfassungsrechtliche Probleme mit sich bringen. Ferner könnte problematisch sein, dass das Gesetz in § 4 den Gemeinden eine Mittelverwendung für die Mittel aus der Abgabe vorschreibt.

Bei einer quasi-verpflichtenden Ausgestaltung des § 6 EEG, mit dem Refinanzierungsmechanismus inbegriffen, über die verpflichtende Abgabe des § 3 NWindPVBetG, würden sich verfassungsrechtliche Probleme ergeben. Dies würde im Ergebnis gegen das Konnexitätsgebot des Art. 104a Abs. 1 GG verstoßen. Doch auch ohne den Refinanzierungsmechanismus könnten sich Probleme insbesondere bei der Zweckbindung der Mittelverwendung der Abgabe (§ 4) ergeben. Diese könnte der Bund nicht regeln, ohne gegen das Aufgabenübertragungsverbot aus Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG zu verstoßen. Die Zweckbindung wäre jedoch erforderlich, um eine Einstufung als nicht-steuerliche Sonderabgabe zu ermöglichen und so finanzverfassungsrechtlichen Problemen zu entgehen. Hiergegen könnte vorgegangen werden, indem die Ausgestaltung der Abgabe aus § 3 den Ländern überlassen wird.

Auch im Übrigen trifft eine verpflichtende Ausgestaltung von § 6 auf verfassungsrechtliche Bedenken.¹⁰²

Zwar ordnet die Gesetzesbegründung die Abgabe nach § 3 als nicht-steuerliche Ausgleichsabgabe sein, dies dürfte jedoch unzutreffend sein, da diese nicht an die Nichterfüllung einer Beteiligungspflicht geknüpft ist.¹⁰³

Daneben könnte problematisch sein, dass nach § 3 Abs. 3 bei einem Pflichtverstoß des Anlagenbetreibers die zuständige Behörde die Höhe der an die Gemeinde zu zahlenden Abgabe bestimmen kann. Hier könnte eine zu starke Unbestimmtheit vorliegen, die eine unzulässige Belastung der Anlagenbetreiber darstellt. Die Angabe eines Rahmens, der die Höhe nach oben und unten begrenzt, könnte über diese Unbestimmtheit hinweghelfen.

Der Beteiligungskatalog im Rahmen der weiteren finanziellen Beteiligung nach § 5 orientiert sich an etablierten Beteiligungsinstrumenten, wodurch hier kein rechtliches Risiko besteht. Auch die Höhe des Beteiligungsangebots, die sich nach § 5 Abs. 3 an einer hypothetischen gesellschaftsrechtlichen Beteiligung von 20% der Gesellschaftsanteile orientieren soll, befindet sich im Rahmen des vom BVerfG bestätigten.

Im Ergebnis ist eine Übertragung der Abgabe aus § 3 mit hohen rechtlichen Risiken verbunden. Daneben ist eine Übertragung der weiteren gesetzlichen Bestimmungen auf Bundesebene mit einem geringen rechtlichen Risiko verbunden.

¹⁰² Siehe Kment, Finanzverfassungsrechtliche Zulässigkeit einer verpflichtend ausgestalteten finanziellen Beteiligung von Kommunen an den Wertschöpfung erneuerbarer Energien Rechtswissenschaftliches Gutachten, 2023, S. 73, <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Energie/kment-gutachten.html>.

¹⁰³ Siehe hierzu die Ausführungen zum ThürWindBeteilG, S. 47ff.

3. Bewertung

a. Vorteile

Das NWindPVBetG stellt mit seiner verpflichtenden Abgabe in jedem Fall eine Beteiligung, zumindest der Gemeinden, sicher.

Daneben arbeitet das Gesetz bei der weiteren finanziellen Beteiligung mit einem offenen Beteiligungskatalog (§ 5 Abs. 1 S. 5), der Flexibilität bei der Beteiligung fördert.

Zudem ist der Maßstab für eine angemessene Beteiligung nach § 5 mit dem Vergleichswert der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung mit 20% der Gesellschaftsanteile vergleichsweise hoch angesetzt. Dies ist aus einer Beteiligungsperspektive positiv zu bewerten, da das akzeptanzsteigernde Potenzial einer Beteiligung mit ihrer Höhe steigt.

b. Nachteile

Als klarer Nachteil der Regelung ist anzusehen, dass die Entscheidungskompetenz über das Beteiligungsinstrument der weiteren finanziellen Beteiligung vollständig beim Vorhabenträger liegt. Dies verschiebt die in dem Beteiligungsangebot berücksichtigten Interessen stark in Richtung derer des Vorhabenträgers, wodurch zu befürchten ist, dass lokale Gegebenheiten und Präferenzen nur eingeschränkt in dem Angebot berücksichtigt werden, was wiederum zu einer verringerten Akzeptanzsteigerung führen kann.

Daneben ist aus dem Betrachtungswinkel dieser Untersuchung zu bemängeln, dass kein Fokus auf die gesellschaftsrechtliche Beteiligung der Einwohner:innen gelegt wurde. Diese kann nach dem Gesetz nur zustande kommen, wenn der Vorhabenträger aus eigenem Antrieb ein Angebot einer solchen Beteiligung macht.

III. ThürWindBeteilG - Thüringer Gesetz über die Beteiligung von Einwohnerinnen und Einwohnern sowie Gemeinden an Windparks

1. Ausgestaltung

Eine weitere Möglichkeit wäre die Übertragung des neuen Regelungsentwurfs aus Thüringen auf Bundesebene. In Ausklammerung kommunaler Beteiligungen in dieser Untersuchung würden dabei die Regelungen zur Bürger:innen-Beteiligung sowie als Sanktionsmechanismus die Ausgleichsabgabe übertragen.

Mithin würden die von der Regelung adressierten Betreiber von Windenergieanlagen dazu verpflichtet, berechnete Einwohner:innen im Sinne des § 3 Nr. 4 des Regelungsentwurfs entweder durch ein

direktes Beteiligungsangebot, insbesondere jährliche Strompreiserlösgutschriften oder die Auflage eines Sparprodukts pro Haushalt (§ 4 Abs. 3) zu beteiligen. Alternativ könnte die Standortkommune die Auflage eines Lokalstromtarifs, der anders als die in § 5 Abs. 1 bezeichneten Auswahlmöglichkeiten auch unmittelbar den berechtigten Einwohner:innen zugutekommen muss, vom Vorhabenträger verlangen.

Die weitere Alternativmöglichkeit der einvernehmlichen Vereinbarung einer anderen finanziellen Beteiligung erlaubt demgegenüber auch eine Beschränkung auf rein kommunale Beteiligungsmöglichkeiten. Im Sinne der in dieser Studie betrachteten finanziellen Beteiligungsregelungen unmittelbar zugunsten von Bürger:innen wäre diese alternative Beteiligungsmöglichkeit daher auf einvernehmliche Lösungen zu einer solchen unmittelbaren Bürger:innen-Beteiligung zu beschränken.

Eine ähnliche Frage stellt sich in Bezug auf die Ausgleichsabgabe als Sanktionsmechanismus bei Verstößen gegen die Beteiligungspflichten. Diese Ausgleichsabgabe kann nach Maßgabe von § 10 des Regelungsentwurfs von den Standortgemeinden erhoben werden und fließt sodann auch den Haushalten der betroffenen Gemeinden, nicht aber unmittelbar den berechtigten Einwohner:innen zu. Eine alternative Ausgestaltungsmöglichkeit zur direkten finanziellen Beteiligung ebendieser Bürger:innen läge darin, diese Bürger:innen durch die Ausgleichsabgabe zu begünstigen. Angesichts der erheblichen Steigerung des administrativen Aufwands gegenüber Ausgleichszahlungen an die betroffenen Gemeinden erscheint dieser Weg jedoch nicht praktikabel. Die Übertragung des Thüringer Regierungsentwurfs auf Bundesebene dürfte insoweit die Ausgleichsabgabenregelung zugunsten dieser Gemeinden zu übernehmen haben, zumal die Höhe der Ausgleichsabgabe – wie an anderer Stelle in dieser Studie dargestellt – einen Anreiz dafür bieten dürfte, die pflichterfüllenden Beteiligungsmodalitäten unmittelbar zugunsten der Bürger:innen umzusetzen.

2. Rechtliche Vereinbarkeit

Fraglich ist, ob das Thüringer Regelungskonzept in der vorstehend beschriebenen Form auf Bundesebene übertragen werden könnte.

Die angeordneten Beteiligungspflichten sind in ihrer Ausgestaltung zwar in Teilen abweichend von dem Konzept des BüGemBeteilG M-V, in ihrer Zielsetzung¹⁰⁴ aber gleich und in ihrer Eingriffsintensität tendenziell schwächer, da insbesondere keine Verpflichtung zur Gründung einer Projektgesellschaft für ein WEA-Projekt und auch keine gesellschaftsrechtliche Beteiligung vorgesehen ist. Auf die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zur ganz überwiegenden Verfassungsmäßigkeit des BüGemBeteilG M-V kann insoweit verwiesen werden. Insbesondere übernimmt das hier in Rede stehende Regelungskonzept in Thüringen auch nicht die von ebendiesem Gericht gerügten Informationspflichten. Schließlich ist auch die Höhe der im Thüringer Regelungsentwurf vorgesehenen Beteiligung insgesamt nicht zu beanstanden.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Vgl. BVerfG Beschl. v. 23. März 2022 - 1 BvR 1187/17, Rn. 98ff.

¹⁰⁵ In seinem Beschluss zum BüGemBeteilG M-V (BVerfG Beschl. v. 23. März 2022 - 1 BvR 1187/17, Rn. 79 (juris)) führt das Bundesverfassungsgericht aus, dass die akzeptanzförderlichen Effekte, die den grundrechtlichen Eingriff einer Beteiligungspflicht rechtfertigen, mit der Höhe der jeweiligen Beteiligung zunehmen. Daraus kann freilich nicht gefolgert

Zudem lassen sich auch die Überlegungen zur Gesetzgebungskompetenz aus der Übertragung der Regelung aus Mecklenburg-Vorpommern grundsätzlich übertragen, die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ist mithin gegeben.

Eine wesentliche Abweichung des Thüringer Regelungskonzepts in der in Rede stehenden Ausgestaltung liegt allerdings in der Befugnis zur Erhebung einer Ausgleichsabgabe durch die Standortkommune, sofern die gesetzlichen Beteiligungspflichten verletzt werden (§ 10 ThürWindBeteilG-E). Dies wirft in rechtlicher Hinsicht mehrere Fragen auf.

Anders als das Bundesverfassungsgericht es für die „Ausgleichsabgabe“ des BüGemBeteilG M-V begründete,¹⁰⁶ lässt sich die Ausgleichsabgabe nach § 10 ThürWindBeteilG grundsätzlich als eine solche Abgabe einordnen, die einen Abgabentyp im Rahmen nichtsteuerlicher Abgaben darstellt.¹⁰⁷

Die Ausgleichsabgabe, als einer der nicht gesetzlich, sondern lediglich richterrechtlich entwickelten Typen nichtsteuerlicher Abgaben, dient der Kompensation einer Nichterfüllung der Beteiligungspflichten, indem das Aufkommen der Ausgleichsabgabe auch zum Zwecke der Akzeptanzförderung einzusetzen ist.¹⁰⁸ Sie verfolgt dabei aber nicht primär das Ziel der Finanzierung einer besonderen Aufgabe. Vielmehr soll diese Ausgleichsabgabe zur Erfüllung der (regulären) Beteiligungspflichten anhalten und kann daher nur bei Verstoß gegen die gesetzlichen Beteiligungspflichten anfallen.¹⁰⁹ Schließlich kommt diese sog. Antriebsfunktion der Ausgleichsabgabe nach § 10 ThürWindBeteilG-E auch in dem erhöhten Betrag der Ausgleichsabgabe (0,5 ct/kWh) gegenüber den übrigen Beteiligungsmöglichkeiten nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ThürWindBeteilG-E sowie nach § 4 Abs. 2 ThürWindBeteilG-E (0,2 ct/kWh plus 0,1 ct/kWh) zum Ausdruck.¹¹⁰

Gleichwohl stellt sich die Frage, inwieweit einer solchen Einordnung der Ausgleichsabgabe entgegengehalten werden könnte, dass die Regelung in § 10 ThürWindBeteilG – anders als bei klassischen und bundesverfassungsgerichtlich gebilligten Ausgleichsabgaben, wie etwa der Schwerbehindertenabgabe¹¹¹ – keine gesetzliche Pflicht zur Zahlung einer Ausgleichsabgabe bei Nichterfüllung der (übrigen) Beteiligungspflichten vorsieht, sondern die Standortgemeinde zur Erhebung ebendieser befugt. So führte das Bundesverfassungsgericht in Bezug auf die „Ausgleichsabgabe“ des BüGemBeteilG M-V als Argument gegen die Ablehnung der finanzverfassungsrechtlichen Einordnung dieser Abgabe als Ausgleichsabgabe an, dass „die kaufberechtigte Gemeinde darüber befindet, ob sie die Anteile an der

werden, dass die Beteiligungspflicht in ihrer Höhe grenzenlos wäre. Die in dem ThürWindBeteilG vorgesehenen Höhen zur direkten Beteiligung berechtigter Einwohner:innen (0,1 ct/kWh) erscheinen jedoch verhältnismäßig.

¹⁰⁶ BVerfG, Beschl. v. 23.04.2022 - 1 BvR 1187/17 = BVerfGE 161, 63 (102).

¹⁰⁷ Siehe hierzu übersichtlich Germelmann, GewA 2009, 476 sowie Heun, in: Dreier-GG, Art. 105 Rn. 24 ff.

¹⁰⁸ Siehe dazu die Zweckbindungsklausel in § 10 Abs. 3 ThürWindBeteilG sowie ausdrücklich die Gesetzesbegründung, ThürLTDrucks. 7/8233, S. 20 f.

¹⁰⁹ Siehe zu dieser Voraussetzung als Kriterium der Ausgleichsabgabe in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: jüngst BVerfG, Urt. v. 23.04.2022 - 1 BvR 1187/17 = BVerfGE 161, 63 (102) sowie dass., Urt. v. 26.05.1981 - 1 BvL 56, 57 58/78 = BVerfGE 57, 139 (167); dass., Urt. v. 06.11.1984 - 2 BvL 19, 20/83, 2 BvR 363, 491/83 = BVerfGE 67, 256 (278); hierauf verweisend und m. w. N. insbesondere zur Maßgeblichkeit dieses Kriteriums Heun, Dreier-GG, Art. 105, Rn. 26.

¹¹⁰ Siehe zu dieser Begründung: ThürLTDrucks. 7/8233, S. 21. Ein weiterer Grund für den relativ höheren Abgabebetrag wird dabei in den geringeren administrativen Kosten einer solchen Abgabenzahlung zugunsten der betroffenen Kommunen gegenüber den übrigen Beteiligungsmodalitäten erkannt.

¹¹¹ Siehe hierzu BVerfG, Urt. v. 26.05.1981 - 1 BvL 56, 57 58/78 = BVerfGE 57, 139.

Projektgesellschaft erwerben“ und damit keine Anreizfunktion durch diese Abgabe bestünde.¹¹² Dies dürfte so zu verstehen sein, dass somit der Kompensationsfall der Ausgleichszahlung kein kalkulierbares und auf dieser Grundlage zur Pflichterfüllung anhaltendes Risiko darstellt.

Zwar mag in wirtschaftlicher Betrachtung die Lage im Hinblick auf die Ausgleichsabgabe des ThürWindBeteilG nicht wesentlich anders sein: Auch hier steht dem beteiligungsverpflichteten Vorhabenträger freilich die Möglichkeit offen, bewusst gegen die Beteiligungspflichten zu verstoßen und sodann die Belastung mit einer Ausgleichsabgabe in Kauf zu nehmen. Gleichwohl ist die rechtliche Ausgestaltung hierbei anders. Die Ausgleichsabgabe nach § 10 ThürWindBeteilG steht nicht – wie in der Konzeption des BüGemBeteilG M-V – als gleichartige Beteiligungsalternative zur Verfügung, sondern dient der ausdrücklichen Sanktionierung eines Pflichtverstoßes. Als solcher besteht dieser auch unabhängig davon, ob die Gemeinde die Ausgleichsabgabe erhebt, oder nicht, und bildet insoweit keine reguläre gesetzliche Beteiligungsalternative. So unterliegt die Entscheidung der Gemeinde, den Pflichtverstoß zu sanktionieren, auch nicht – wie in Bezug auf die „Ausgleichsabgabe“ des BüGemBeteilG M-V – keiner gesetzlichen Frist,¹¹³ sodass die Erhebung einer solchen Abgabe zulasten pflichtverstoßender Vorhabenträger – im Rahmen verfassungsrechtlich vorgegebener Vertrauensschutztatbestände – ein durchgängiges Risiko darstellt und insoweit auch eine Anreizfunktion entfalten dürfte. Zudem sei darauf hingewiesen, dass auch in Bezug auf andere, bundesverfassungsgerichtlich gebilligte, Ausgleichsabgaben das Risiko besteht, dass eine gesetzlich angeordnete Abgabe nicht erhoben wird. Dadurch wird jedoch auch in diesem Zusammenhang die Anreizwirkung eines solchen Abgabentatbestands nicht in Zweifel gezogen – zumal die jeweils zur Abgabenerhebung befugte Stelle in aller Regel ein wirtschaftliches Interesse an der Abgabenerhebung haben dürfte.

Schließlich ist die Beschränkung auf eine Befugnis der Standortkommune zur Erhebung der Ausgleichsabgabe – gerade in der Frage der Übertragbarkeit auf eine Bundesregelung – auch im Zusammenhang übriger verfassungsrechtlicher Rahmenbedingungen zu sehen. So liegt der Grund für die Beschränkung auf eine solche Befugnis ausweislich der Gesetzesbegründung darin, keine zusätzliche Pflichtaufgabe für die Kommunen zu schaffen, was angesichts des Aufgabenübertragungsverbots nach Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG gerade in Bezug auf die Übertragung des Thüringer Regelungskonzepts auf Bundesebene wohl unzulässig wäre. Zudem dürfte auch in Anbetracht der Zweckbindungsklausel zur Mittelverwendung in § 10 Abs. 3 ThürWindBeteilG¹¹⁴ im Falle einer gesetzlich vorgeschriebenen Ausgleichsabgabe zugunsten der Gemeinden zumindest das Risiko einer unzulässigen Aufgabenübertragung bestehen.¹¹⁵

Letztlich erscheint die Übertragung der Beteiligungsregelungen unmittelbar zugunsten der berechtigten Einwohner:innen sowie der kommunal begünstigenden Ausgleichsabgabe rechtlich grundsätzlich machbar und weist in ihrer Ausgestaltung als Erhebungsbefugnis gerade gegenüber eines gesetzlich

¹¹² BVerfG, Urt. v. 23.04.2022 – 1 BvR 1187/17 = BVerfGE 161, 63 (102).

¹¹³ Dies gilt lediglich für den Beginn der Erhebung der in Rede stehenden Ausgleichsabgabe: § 10 Abs. 2 ThürBeteilG-E.

¹¹⁴ Die Gesetzesbegründung in ThürLTDrucks. 7/8233, S. 21, beschreibt hier lediglich eine Nahelegen der Zweckbindung. Die gesetzliche Regelung, die eine Zweckbindung vorsieht, geht somit allerdings darüber hinaus.

¹¹⁵ Siehe hierzu in Bezug auf Sonderabgaben mit Finanzierungsfunktion zur Akzeptanzförderung Kahl/Wegner, Kommunale Teilhabe an der lokalen Wertschöpfung der Windenergie: Das Instrument einer Ausgleichsabgabe, 2018, S. 7 ff.; IÖW/IKEM/BBH, Finanzielle Beteiligung von betroffenen Kommunen bei Planung, Bau und Betrieb von erneuerbaren Energieanlagen, 2020, S. 83 ff.

zwingenden Abgabetatbestands mit Zweckbindungsklausel geringere verfassungsrechtliche Risiken auf.

Im Ergebnis ist die Rechtssicherheit einer Übertragung des ThürWindBeteilG auf Bundesebene damit nicht so hoch zu bewerten, wie in Bezug auf eine Übertragung des BüGembeteilG M-V, das – bis auf eine im Zuge dieser Übertragung vernachlässigbare Informationspflicht – vom Bundesverfassungsgericht gänzlich, und gerade auch in seiner finanzverfassungsrechtlichen Ausgestaltung, gebilligt wurde. Durch die ähnliche Regelungsstruktur, vergleichbare grundrechtliche Eingriffsintensitäten und den finanzverfassungsrechtlich gut begründbaren Ausgleichsabgabentatbestand sind die rechtlichen Risiken der Übertragung des ThürWindBeteilG in Bezug auf seine Beteiligungsmodalitäten unmittelbar zugunsten berechtigter Einwohner:innen sowie dem Ausgleichstatbestand jedoch als gering einzustufen.

3. Bewertung

a. Vorteile

Das ThürWindBeteilG in der vorstehend betrachteten Dimension der direkten Bürgerbeteiligung punktet mit der hohen Flexibilität angesichts verschiedener Ausgestaltungsmöglichkeiten der Beteiligung, die schon tatbestandlich angelegt ist (“insbesondere”) und sich darüber hinaus namentlich auf die Auflegung eines lokalen Stromtarifs sowie Öffnung gegenüber individuellen, einvernehmlichen Lösungen zur Beteiligung der berechtigten Einwohner:innen erstreckt und somit eine Berücksichtigung der konkreten Gegebenheiten vor Ort weitgehend ermöglicht. Die Regelung ist dabei vergleichsweise einfach ausgestaltet und zudem sichert der Ausgleichsabgabentatbestand – gerade gegenüber einer Sanktion als Ordnungswidrigkeit – auch im Falle des Pflichtverstoßes eine finanzielle Beteiligung der Betroffenen.

Zudem ist positiv zu bewerten, dass das Gesetz der Gemeinde eine recht starke Position gegenüber den Vorhabenträgern verleiht und die Entscheidung über die Beteiligungsform nicht allein den Projektierern obliegt. Somit kann die Gemeinde die lokalen Gegebenheiten bestmöglich in die Beteiligung miteinbeziehen, auch wenn letztlich die Projektträger noch die Möglichkeit haben, auf eine Ausgleichsabgabe auszuweichen.

b. Nachteile

Kritisch ist demgegenüber, dass das Gesetz nicht explizit eine aktive Bürgerbeteiligung nach der oben festgestellten Definition enthält. Zwar wählt das Gesetz die Formulierung “direkte Beteiligung”, die in § 4 Abs. 3 ThürWindBeteilG genannten Beispiele sind allerdings nur Formen passiver finanzieller Beteiligung, bei der auf Seiten der Bürger:innen keine gesellschaftsrechtliche Beteiligung entsteht und mithin ein etwaiges gesellschaftsrechtliches Mitbestimmungsrecht von vornherein ausgeschlossen ist. Zwar ist die Aufzählung nicht abschließend und das Instrument einerseits tatbestandlich in § 4 ThürWindBeteilG (“grundsätzlich”) offen für andere “angemessene Beteiligungen” sowie andererseits auch

gegenüber alternativen einvernehmlichen Beteiligungslösungen flexibel. Der (vergleichsweise komplexere) Weg hin zu einer aktiven Bürgerbeteiligung wird vom Gesetz allerdings nicht vorgezeichnet.

Außerdem liegt auch hier letztlich die Entscheidungskompetenz über die Art der Beteiligung bei den Projektträgern. Zwar kann die Kommune nach § 5 Abs. 1 ThürWindBeteilG eine bestimmte Art der Beteiligung verlangen, § 10 Abs. 1 ThürWindBeteilG stellt es den Projektträgern jedoch offen, die gewünschte Realisierung unter Inkaufnahme der Belastung mit der Ausgleichsabgabe nach § 10 ThürWindBeteilG in Kauf zu nehmen.

Als weiterer Kritikpunkt ist die Dauer der Beteiligung anzubringen. Diese ist nach § 4 Abs. 4 auf eine Dauer von "mindestens 20 Jahren" angelegt und damit kürzer als etwa in der Regelung aus Mecklenburg-Vorpommern, wo in § 12 Abs. 9 S. 6 eine Beteiligung für den gesamten Zeitraum des Betriebs der Windanlage vorgesehen ist.

Schließlich ist das rechtliche Risiko in der Übertragung des ThürWindBeteilG im Hinblick auf die Regelungen zur Bürgerbeteiligung eher gering, gleichwohl gegenüber dem Konzept des BüGemBeteilG M-V, das ganz überwiegend explizit vom Bundesverfassungsgericht gebilligt wurde, wohl leicht erhöht.

IV. BürgEnG – Bürgerenergiegesetz Nordrhein-Westfalen

1. Ausgestaltung

Das BürgEnG NRW könnte als Vorbild für eine verpflichtende Bundesregelung dienen. Dazu würde der grundsätzliche Verfahrensgang übernommen werden. Zuerst wäre durch den Vorhabenträger in frühzeitigem Austausch mit den Standortgemeinden ein Beteiligungsentwurf zu erstellen. Dieser würde sodann als Grundlage für die Erarbeitung der Beteiligungsvereinbarung zwischen den Standortgemeinden und dem Vorhabenträger dienen. Im Falle eines Nicht-Zustandekommens der Beteiligungsvereinbarung innerhalb von einem Jahr, würde die Ersatzbeteiligung zum Tragen kommen, welche eine Beteiligung der Kommune i.H.v. 0,2ct pro Kilowattstunde über 20 Jahre (oder ein Angebot nach § 6 EEG) sowie eine Beteiligung der Bürger über ein Nachrangdarlehen i.H.v. mindestens 20% der Investitionssumme vorsieht. Im Falle einer Pflichtverletzung durch den Vorhabenträger in Bezug auf die Beteiligungsvereinbarung oder die Ersatzbeteiligung könnte die Standortgemeinde die Zahlung einer Ausgleichsabgabe i.H.v. 0,8ct pro Kilowattstunde verlangen.

2. Rechtliche Vereinbarkeit

Fraglich ist, inwieweit eine Übertragung der Regelungen des BürgEnG NRW auf Bundesebene mit rechtlichen Risiken verbunden wäre.

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ist gegeben.¹¹⁶

Die Beteiligungsberechtigung richtet sich für die Gemeinden nach § 6 EEG und ist somit rechtssicher. Ein Problem könnte sich bei einer Übertragung des § 5 auf Bundesebene ergeben, da dieser alle Einwohner:innen der beteiligungsberechtigten Gemeinden als kaufberechtigt erklärt. Dies könnte bei besonders einwohnerstarken oder flächenintensiven Gemeinden ein Problem ergeben. Bei flächenintensiven Gemeinden könnte die individuelle Betroffenheit zu verneinen sein, wenn eine Person zu weit von der EE-Anlage entfernt wohnt. Bei besonders einwohnerstarken Gemeinden könnte der akzeptanzsteigernde Effekt stark geschmälert werden, wenn die individuelle Beteiligung zu gering ausfällt, da zu viele Personen beteiligt werden müssen. Hier könnte ein Anknüpfen an einen Radius um die EE-Anlage mehr Sicherheit geben.

Entlang des Beteiligungsmechanismus des Gesetzes bestehen bezüglich des konsensualen Ansatzes nach § 4 i.V.m. § 7 keine Bedenken. Insbesondere wurden die Fristen für den Vorhabenträger im Rahmen des § 3 vom ursprünglichen Entwurf noch einmal verlängert. Die Anzeige- und Informationspflichten sind außerdem nicht weitergehend als die des BüGembeteilG M-V, die vom BVerfG bestätigt wurden.

Im Rahmen der Ersatzbeteiligung könnten sich erneut Probleme bei der Zahlung einer Abgabe an die Kommune ergeben. Das BürgEnG NRW sieht das Angebot einer Zahlung in Höhe von 0,2 ct pro kWh vor. Dabei kann es sich nach § 8 Abs. 1 S. 3 um ein Angebot nach § 6 EEG handeln, muss es im Umkehrschluss aber auch nicht. Hier ist fraglich, ob die Abgabe an die Nichterfüllung einer Beteiligungspflicht knüpft.¹¹⁷ Im Ergebnis ist dies abzulehnen, da die Ersatzbeteiligung immer dann greift, wenn eine Beteiligungsvereinbarung nach § 7 innerhalb eines Jahres nach Erhalt der BImSchG-Genehmigung nicht zustande kommt. Die Beteiligungsvereinbarung muss jedoch im Konsens zwischen Kommune und Vorhabenträger geschlossen werden. Damit obliegt es der Kommune, einer Beteiligungsvereinbarung in dieser Frist nicht zuzustimmen und somit ohne Verschulden des Vorhabenträgers eine Ersatzbeteiligung zu erwirken. Damit ist die Abgabe des § 8 Abs. 1 nicht an ein Nichterfüllen einer Beteiligungspflicht des Vorhabenträgers geknüpft und kann somit nicht als Ausgleichsabgabe eingeordnet werden. Damit ergeben sich rechtliche Hürden bei der Übertragung der Regelung auf Bundesebene.¹¹⁸

Anders verhält es sich mit der Ausgleichsabgabe aus § 9. Diese ist an einen Pflichtverstoß des Vorhabenträgers aus einer Beteiligungspflicht nach § 7 oder § 8 geknüpft. Damit kann sie im Ergebnis als Ausgleichsabgabe eingeordnet werden.¹¹⁹ Probleme bei einer Übertragung auf Bundesebene ergeben sich mithin durch die Zweckbindung des § 10, was einen Verstoß gegen das Aufgabenübertragungsverbot aus Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG darstellen könnte. Um dies zu verhindern, müsste der Bundesgesetzgeber die Ausgestaltung der Ausgleichsabgabe den Ländern übertragen.

Diskussionswürdig könnte noch die Höhe der Ausgleichsabgabe sein, die mit 0,8ct/kWh vergleichsweise hoch angesetzt ist. Allerdings wird dadurch ihr Sanktionscharakter verdeutlicht und es ist eine

¹¹⁶ Siehe S. 41

¹¹⁷ Ausführlich siehe S. 47ff.

¹¹⁸ Ausführlich siehe S. 47ff.

¹¹⁹ Ausführlich zu den Argumenten siehe S. 47ff.

stärkere Akzeptanzsteigernde Wirkung von einer höheren Abgabe zu erwarten. Die Höhe der Abgabe sollte sich im Rahmen der Angemessenheit befinden.

3. Bewertung

Der Gesetzestext ist insgesamt bemerkenswert, da er regelungstechnisch viel mit Beispielnennungen,¹²⁰ Handlungsempfehlungen¹²¹ und Soll-¹²² und Kann-Vorschriften¹²³, also einem mittleren bzw. niedrigen Verbindlichkeitsgrad, arbeitet. Es hat außerdem einen hohen Informationswert, der der Verständlichkeit und Zugänglichkeit der Regelung zuträglich ist, was in einer Materie, die direkt die Bürger:innen betrifft, positiv zu bewerten ist.

a. Vorteile

Das BürgEnG NRW enthält viele vielversprechende und neuartige Ansätze.

Es setzt zentral auf einen kommunikativen Ansatz, der auf individuelle Lösungen zwischen Vorhabenträger und Gemeinde ausgelegt ist. Dadurch wird ein hohes Maß an Flexibilität bei der Wahl der Beteiligungsinstrumente ermöglicht, was die Einbeziehung lokaler Gegebenheiten ermöglicht und passgenaue Beteiligungslösungen fördert, von denen auch eine hohe Akzeptanzsteigerung zu erwarten ist.

Zudem wird in dem Gesetz ein ausgewogener Interessenausgleich zwischen Kommune und Vorhabenträger ermutigt, der dennoch eine Beteiligung der Kommune und der Einwohner:innen sicherstellt, falls keine Vereinbarung getroffen werden sollte. Hier sieht das Gesetz feste Fristen vor, um zielgerichtete Verhandlungen zu ermutigen.

b. Nachteile

Als Nachteil des Gesetzes kann unter Umständen angeführt werden, dass der kommunikative Lösungsansatz die Gefahr eines langwierigen Prozesses birgt, der außerdem mit mehr Transaktionskosten verbunden ist als z.B. eine starre Verpflichtungsregelung, da beide Parteien über einen längeren Zeitraum Ressourcen verwenden müssen, um eine Beteiligungsvereinbarung zu erarbeiten.

Weiter kann bemängelt werden, dass die Interessen der Einwohner:innen nur über ihre kommunalen Vertreter:innen eingebracht werden. Dies kann dazu führen, dass die Einwohner:inneninteressen

¹²⁰ zB in § 7 Abs. 3.; § 10 S. 1.

¹²¹ zB § 9 Abs. 3 S. 1 oder § 10 S. 1.

¹²² zB § 4 Abs. 3 S. 5; § 7 Abs. 1 S. 5, Abs. 2 S. 2., Abs. 4 S. 2.

¹²³ zB § 5 S. 2, 3; § 7 Abs. 2 S. 3, Abs. 3 S. 2, Abs. 4 S. 1; § 9 Abs. 1 S. 1

nicht hinreichend berücksichtigt werden, wenn die Kommune vor allem eigene Kommunalinteressen verfolgt.

Zudem besteht die Gefahr beim BürgEnG NRW, dass die Ersatzbeteiligung zum Regelfall wird. Es steht beiden Verhandlungsparteien offen, nicht auf das Treffen einer Beteiligungsvereinbarung hinzuwirken und somit direkt den Weg der Ersatzbeteiligung zu wählen, ohne dass die andere Partei dagegen Handlungsmöglichkeiten besitzt.

D. Gesamtbewertung

Die vorstehenden Untersuchungen haben gezeigt, dass die unterschiedlichen betrachteten Ansätze zur Implementierung einer verpflichtenden finanziellen Beteiligung von Bürger:innen an dem Betrieb von Windenergieanlagen an Land sowie Freiflächen-Photovoltaik-Anlagen verschiedene Vor- und Nachteile aufweisen.

Eine Anpassung der freiwilligen Beteiligungsregelung in § 6 EEG, entweder in Bezug auf den Kreis der Begünstigten oder aber in Form einer Bürgerbeteiligungspflicht als Bedingung zum Erstattungsanspruch nach § 6 Abs. 5 EEG wäre zwar rechtlich vergleichsweise einfach umsetzbar, würde in wirtschaftlicher Betrachtung aber im ersten Fall die bestehende und grundsätzlich funktionsfähige finanzielle Beteiligung zugunsten betroffener Kommunen zumindest mindern, im zweiten Fall die Anwendung des § 6 EEG insgesamt gefährden. Diese Ansätze weisen daher nicht unerhebliche ökonomische Nachteile auf und damit verbunden sind beachtliche politische Widerstände gegen einen solchen Weg zu erwarten. Insgesamt erscheinen diese Ansätze mithin nicht empfehlenswert.

Die Einführung einer verpflichtenden Beteiligungsregelung im Baurecht würde insgesamt einen neuen und bisher nicht betrachteten Weg einschlagen im Diskurs finanzieller Beteiligungspflichten. In Bezug auf privilegierte Ausbauprojekte im Außenbereich, also im Einzelnen vor allem für Windenergieanlagen, perspektivisch womöglich aber zunehmend auch für Freiflächenanlagen, wäre eine rechtliche Bedingung dieser Privilegierung, nicht zuletzt mit vergleichendem Blick auf die Regelung zu pauschalen Mindestabständen, rechtlich grundsätzlich denkbar und würde einen innovativen Ansatz im Kontext verpflichtender finanzieller Beteiligungen darstellen. Zugleich würde damit auch der Ausbau dieser Anlagen insoweit gefährdet, als dass deren baurechtliche Realisierung außerhalb der bauplanungsrechtlichen Privilegierung erheblich erschwert ist. Zudem würden hiermit auch nicht jene Anlagen adressiert, die innerhalb bebauungsplanerischer Festsetzungen liegen. Aussichtsreiche Regelungsmöglichkeiten für den Bund, die Träger der Bauleitplanung zur Implementierung von finanziellen Beteiligungspflichten im Rahmen ihrer bebauungsplanerischen Festsetzungen zu verpflichten, bestehen nicht. Als regulatorischer Ansatz zur finanziellen Beteiligungsverpflichtung für sämtliche Windenergie- und Freiflächenanlagen dürfte der Weg über das Baurecht mithin nicht geeignet sein.

Eine verpflichtende Bürgerbeteiligung auf Bundesebene im Rahmen einer eigenen fachgesetzlichen Regelung könnte durch die Übertragung einer bestehenden oder geplanten Landesregelung auf Bundesebene geschehen. Dies hätte den Vorteil, dass es rechtlich einfach umsetzbar wäre. Es besteht ein

relativ geringer gesetzgeberischer Aufwand, da die Regelungsmechanismen bereits entwickelt wurden und Argumente bereits ausgetauscht wurden, wodurch der parlamentarische Prozess erleichtert werden könnte. Zu einer der Regelungen (BüGemBeteilG M-V) existiert außerdem eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, das die Möglichkeiten und Grenzen der Regelung aufzeigt und somit hohe Rechtssicherheit bei einer Übertragung ermöglicht. Auch die anderen diskutierten Landesregelungen halten sich teilweise dicht an dem überprüften Gesetz, sodass hier ein rechtliches Risiko minimiert werden kann. Bei der Übertragung einer bestehenden Regelung existiert zudem Empirie zur Wirkung des Gesetzes, die im Übertragungsprozess berücksichtigt werden kann. Wie oben dargestellt, finden sich in den verschiedenen Landesregelungen außerdem vielversprechende Ansätze zur verpflichtenden Bürgerbeteiligung. Alle Regelungen wären dazu geeignet, dem Ziel der Bürgerbeteiligung und der Akzeptanzförderung zu dienen und es sind keine erheblichen Nachteile zu erwarten. Allerdings verfügen auch alle diskutierten Landesregelungen über Schwächen, insbesondere im Hinblick auf die Favorisierung aktiver Bürgerbeteiligung und eine Stärkung der Kommunen und Bürger:innen gegenüber den Projektträgern. Im Ergebnis ist daher keine der bestehenden oder geplanten Landesregelungen ideal für eine Übertragung auf Bundesebene geeignet.

Handlungsempfehlung

Auf Grundlage der vorstehenden Bewertungen wird folgend eine Handlungsempfehlung in Bezug auf eine Bundesregelung zur unmittelbaren finanziellen Beteiligung anlagebetroffener Bürger:innen entwickelt. Diese Gesamtbetrachtung ergibt eine Präferenz dahingehend, die Regelung auf Bundesebene für eine verpflichtende Bürgerbeteiligung über einen fachgesetzlichen Ansatz zu regeln, mithin weder baurechtlich noch über eine Anpassung des § 6 EEG zu implementieren.

A. Fachgesetzliche Regelung

Die Analyse der einzelnen bestehenden oder geplanten Landesregelungen im Hinblick auf ihre Beteiligungsmechanismen und ihre Übertragbarkeit auf Bundesebene hat einige wertvolle Erkenntnisse gebracht. Es hat sich jedoch keine Regelung hervorgetan, die den hier zugrundeliegenden Anforderungen ideal entspricht. Es bietet sich daher an, eine Kombination aus den verschiedenen Regelungsansätzen zu bilden. Dabei werden Aspekte aus den Landesregelungen aus Nordrhein-Westfalen, Mecklenburg-Vorpommern, Thüringen und Niedersachsen übernommen und an die hier entwickelten Zielvorstellungen angepasst, wobei das BürgEnG NRW deutlich als Grundlage dient.

Aus den genannten Landesregelungen wird übernommen, dass die fachgesetzliche Regelung die Beteiligungsformen der gesellschaftlichen Beteiligung in Höhe von 20% der Geschäftsanteile grundsätzlich beinhalten soll. Neben der gesellschaftlichen Beteiligung werden verschiedene Beteiligungsinstrumente beispielhaft aufgezählt und können den Parteien als Grundlage für ihre Beteiligungsvereinbarung dienen. Daneben wird für den Fall, dass keine Beteiligungsvereinbarung erzielt wird, eine Ersatzbeteiligung im Gesetz festgeschrieben, die eine gesellschaftliche Beteiligung der Bürger:innen in Höhe von 20% der Geschäftsanteile vorsieht. Als Auffang- bzw. Sanktionstatbestand wird eine Ausgleichsabgabe vorgesehen, die sich in ihrer Höhe nach der Ausgleichsabgabe des BürgEng NRW richtet und in ihrer Höhe mindestens den regulären Beteiligungsmodalitäten gleichkommen, besser diese aber leicht übersteigen soll. Diese Ausgleichsabgabe könnte etwa, wie in BürgEng NRW 0,8 ct/kWh betragen.

Der Anwendungsbereich des Gesetzes umfasst WEA sowie PV-FFA und das Merkmal der Betroffenheit richtet sich abweichend vom § 6 EEG nach einem Radius von 5km um die Anlage. Die Beteiligungspflicht erstreckt sich auf die gesamte Dauer des Betriebs der jeweiligen Anlage.

B. Zielsystem

Auf der Grundlage der Beauftragung zu dieser Studie, Lerneffekten aus bestehenden und geplanten Landesregelungen sowie Experteninterviews mit verschiedenen Stakeholdern ergeben sich die beiden folgenden Annahmen, die bei der Entwicklung der Handlungsempfehlung zugrunde gelegt werden.

1. Priorisierung aktiver Beteiligung

Im Rahmen dieser Untersuchungen wird eine aktivere Beteiligung einer passiven Beteiligung und diese wiederum direkten Beteiligungszahlungen vorgezogen. Sie bildet daher den Ausgangspunkt für

die folgenden Betrachtungen. Zwar sind die administrativen Aufwendungen einer unternehmerischen Beteiligung höher, gleichwohl steigt mit zunehmender gesellschaftlicher Beteiligung auch die akzeptanzbildende Identifikation mit den jeweiligen Anlagen. Gleichzeitig sollen lokale Akteure gestärkt werden.

2. Erhaltung von Flexibilitäten

Zugleich wird angenommen, dass die Beteiligungsregelung größtmögliche Flexibilitäten bieten sollte, um regionale Unterschiede in den Kommunen berücksichtigen zu können und so passende Beteiligungsformen vereinbaren zu können. So ist die verpflichtende aktive Bürgerbeteiligung nicht unbedingt das beste Mittel für alle Projekte und Kommunen. Daher sollte die aktive Unternehmensbeteiligung als Format finanzieller Beteiligung nicht alleinig vorgeschrieben werden, sondern hinreichend Alternativen bereitstehen.

I. Stufenmodell

Um diesem vorstehend beschriebenen Zielsystem bestmöglich zu entsprechen, bietet sich ein Stufenmodell an. Grundsätzlich wird diese Abstufung von einer möglichst individuellen Lösung im Rahmen eines kommunikativen Ansatzes mit Präferenz auf einer aktiven Beteiligung hin zu einer passiven Beteiligung beziehungsweise direkten Zahlung verlaufen. Die aktive Beteiligung soll mithin der Ausgangspunkt der Regelung sein, von der gegebenenfalls abgewichen werden kann; auf der ersten Stufe stünde mithin eine aktive Beteiligung in Form von dem Erwerb von Gesellschaftsanteilen oder EE-Anlagen durch die Bürger:innen oder lokale Bürgerenergieakteure. Die erste Abstufung dazu würde eine der oben beschriebenen Formen passiver Beteiligung darstellen, also etwa ein Sparprodukt oder ein Nachrangdarlehen, durch das die Bürger:innen finanziell an dem Projekt beteiligt würden. Als dritte Stufe und Auffangtatbestand würde eine direkte Zahlung an die Bürger:innen stehen. Dies könnte grundsätzlich in Form von Strompreiserlösgutschriften wie im ThürWindBeteilG stattfinden, oder über eine Ausgleichsabgabe, die direkt an die Bürger:innen ausgekehrt würde. Der potenziell akzeptanzfördernde Effekt der Beteiligung erfolgt hier über ein direktes Erfahrbarmachen der Vorteile, die von dem lokalen EE-Projekt ausgehen.¹²⁴ Dies dürfte bei einer direkten Zahlung an die Bürger:innen regelmäßig mehr gegeben sein als bei einer Beteiligung der Kommune. Gleichwohl wurde auf den damit verbundenen administrativen Aufwand in der Auskehrung einer solchen Abgabe bereits an anderer Stelle hingewiesen (siehe unter § 3 C. III. 1.), was letztlich nahelegt, anstelle der Bürger:innen stellvertretend die Ausgleichsabgabe an die jeweiligen Kommunen auszukehren.

Bei der gesellschaftlichen Beteiligung sollte darauf geachtet werden, dass diese offen für verschiedene Rechtsformen ist und nicht nur eine Bürgerbeteiligung im Rahmen einer GmbH & Co. KG ermöglicht. Insbesondere sollte eine Beteiligung von Genossenschaften (eG) ermöglicht werden, indem gesellschaftliche Beteiligungen nicht nur im Wege eines share-deals, sondern auch in Form von asset-deals stattfinden können.¹²⁵

¹²⁴ Begründung so auch in BVerfG Beschl. v. 23. März 2022 - 1 BvR 1187/17, Rn. 167.

¹²⁵ Zur näheren Erläuterung siehe § 2 B.I.2.a

Das obige Konzept des Stufenmodells könnte auf verschiedene Arten implementiert werden.

1. Starre Verpflichtung

Eine Möglichkeit wäre es, eine starre Verpflichtung zur Bürgerbeteiligung zu regeln. Dies würde eine Verpflichtung zur aktiven Beteiligung, also dem Kaufangebot von einem bestimmten Prozentsatz der Gesellschaftsanteile oder EE-Anlagen, bedeuten. Eine Abstufung dieser Pflicht wäre hierbei hilfsweise vorzusehen, für den Fall, dass die Bürger:innen vor Ort dieses Angebot nicht wahrnehmen. Dies könnte durch eine Annahmequote bestimmt werden, die erfüllt sein muss, damit eine aktive Beteiligung zustande kommt. Andernfalls würde der Pfad entlang des Stufenmodells weitergegangen werden. Die Ausgestaltung der Beteiligungsstufen würde nach dem oben festgelegten Prinzip erfolgen.

Ein Vorteil einer solchen starren Pflichtenregelung auf Bundesebene wäre das hohe Level an Planbarkeit, das damit einhergeht. Alle Akteure könnten sich ab Erlass der Regelung darauf einstellen und innerhalb kurzer Zeit Praktiken entwickeln, welche gebietsübergreifend ausgetauscht und weiterentwickelt werden könnten. Außerdem würde dieses Modell die Entscheidungskompetenz, ob eine aktive Gesellschaftsbeteiligung erfolgen soll, in die Hände der Bürger:innen legen und im Ergebnis wohl zu einem hohen Anteil an aktiver Bürgerbeteiligung führen.

Allerdings wäre eine solche starre Pflichtenregel auch mit Nachteilen verbunden. In der Natur der Sache einer solchen Regel liegt, dass sie wenig Flexibilität und Anpassungsmöglichkeiten mit sich bringt. Sie unterbindet den Dialog zwischen den Anlagenbetreibern, der Kommune und den Bürger:innen und bietet keine Möglichkeit, auf lokale Gegebenheiten einzugehen. Dies läuft dem akzeptanzfördernden Charakter der Regelung grundsätzlich zuwider. Im Ergebnis könnte es dazu führen, dass mangels Alternativen eine aktive Bürgerbeteiligung vereinbart wird, obwohl dies nicht den Interessen von Bürger:innen, Kommune und Anlagenbetreibern entspricht. Außerdem wäre eine solche Regelung gegebenenfalls mit sehr hohen Transaktionskosten verbunden, da in jedem Fall zuerst eine Abfrage bezüglich der aktiven Bürgerbeteiligung unter den betroffenen Bürger:innen durchgeführt werden müsste, auch wenn diese Beteiligungsform letztlich gar nicht zum Einsatz kommt.

2. Anreize für Anlagenbetreiber

Eine weitere Möglichkeit, das Beteiligungsstufenmodell regulatorisch umzusetzen, wäre es, die Entscheidungskompetenz für die Beteiligungsform auf der Seite der Anlagenbetreiber anzusiedeln, wie dies etwa bei der Regelung in Mecklenburg-Vorpommern der Fall ist, aber eine indirekte Steuerung zugunsten der aktiven Bürgerbeteiligung in das Gesetz aufzunehmen. Dies könnte über verschiedene Anreize geschehen, die die Anlagenbetreiber dahingehend beeinflussen, eine möglichst aktive Beteiligungsform zu wählen. Eine Möglichkeit besteht darin, den Umfang der Beteiligung je nach Beteiligungsform zu variieren. So könnte etwa eine aktive Bürgerbeteiligung, die für die Anlagenbetreiber auch mit dem größten Eingriff in ihre Rechte einhergeht, auch mit der geringsten Beteiligungsquote verbunden werden. Je passiver dann die Beteiligung entlang des Stufenmodells ausfällt, desto größer würde auch der Umfang der Beteiligung. Ein ähnlicher Mechanismus ist im ThürWindBeteilG-E

vorhanden, der als Auffangtatbestand, für den Fall, dass die Anlagenbetreiber die von der Kommune vorgeschlagene Beteiligungsform ablehnen, das Recht der Kommune regelt, von den Anlagenbetreibern die Zahlung einer Ausgleichsabgabe zu verlangen. Der Umfang dieser Ausgleichsabgabe ist in dem Thüringer Gesetz verhältnismäßig hoch angesetzt, höher als wenn die Anlagenbetreiber auf den Vorschlag der Kommune eingehen. Damit soll das Verhalten der Anlagenbetreiber gelenkt werden. Als weitere Möglichkeit wäre es denkbar, bei erfolgter aktiver Bürgerbeteiligung einen Refinanzierungsmechanismus vorzusehen. Dies könnte beispielsweise nach dem Vorbild des § 6 Abs. 5 EEG ausgestaltet werden, bei dem die Anlagenbetreiber die geleisteten Zahlungen im Nachhinein vom Netzbetreiber erstattet bekommen.

Ein Vorteil dieser Ausgestaltungsmöglichkeit wäre die Flexibilität für die Anlagenbetreiber. Sie könnten sich dafür entscheiden, den vom Gesetz intendierten Weg zu wählen, es stünde ihnen jedoch auch frei, eine andere Beteiligungsform zu wählen, die ihren unternehmerischen Vorstellungen entspricht.

Derselbe Punkt kann auch als Nachteil der Regelung ausgelegt werden. So ist es wahrscheinlich, dass Projektgesellschaften die Entscheidung über die Form der Beteiligung vor allem aus unternehmerischen und finanziellen Bewertungskriterien heraus treffen. Diese sind oft überregional, gehen also nicht unbedingt auf die besonderen Voraussetzungen vor Ort ein und wählen nicht dementsprechend die jeweils passende Beteiligungsform.

3. Kommunale Entscheidungskompetenz

Ferner besteht die Option, die Entscheidungskompetenz über die konkrete Beteiligungsform nicht den Vorhabenträgern, sondern der Kommune zu übertragen. Eine konkrete Ausgestaltungsmöglichkeit bestünde darin, dass der Anlagenbetreiber zu einem möglichst frühen Zeitpunkt, z.B. mit Erlangung der BImSchG-Genehmigung, der Kommune Angebote über verschiedene Beteiligungsformen machen muss. Darunter könnte verpflichtend mindestens eine Beteiligungsform von jeder Stufe des Stufenmodells, also aktive Beteiligung, passive Beteiligung oder direkte Zahlungen, sein. Die Kommune kann sich unter diesen Angeboten das aussuchen, was am besten den lokalen Gegebenheiten und Anforderungen entspricht. Wichtig ist hier, dass diese Angebote nur sehr rahmenartig unterbreitet werden müssen, denn den Anlagenbetreibern dürften keine zu ausgeprägten Informationspflichten aufgebürdet werden, die außerhalb der Grenzen liegen, die das BVerfG hinsichtlich der Informationspflichten aus § 10 Abs. 6 BüGembeteilG M-V gesetzt hat.¹²⁶ Außerdem muss die rechtliche Begrenzung durch das Aufgabenübertragungsverbot aus Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG berücksichtigt werden. Im Falle eines Nichthandelns der Kommune sind verschiedene Rechtsfolgen denkbar. So könnte eine verpflichtende aktive Bürgerbeteiligung festgelegt oder auch die Zahlung eines Pauschalbetrags an die Bürger:innen oder die Kommune geregelt werden.

Eine weitere Ausgestaltung mit Auswahlkompetenz zugunsten der Kommune wäre es, ihr ein Recht zuzuschreiben, eine aktive Form der Bürgerbeteiligung vom Anlagenbetreiber zu verlangen. Im Ergebnis hätte sie damit eine ebenso hohe Entscheidungskraft in der Auswahl der Beteiligungsform und könnte im selben Maße die lokalen Gegebenheiten der Bevölkerung in ihre Entscheidung einbeziehen.

¹²⁶ BVerfG Beschl. v. 23. März 2022 - 1 BvR 1187/17, Rn. 151ff.

Insgesamt würde bei dieser Ausgestaltung weniger Aufwand auf der Seite der Anlagenbetreiber entstehen.

Der Vorteil der kommunalen Entscheidungskompetenz ist, dass die Kommunen demokratisch legitimiert und sachlich nah an den Bürger:innen entscheiden und lokale Faktoren mit einbeziehen können. Besonders bei einer Bundesregelung ist es unwahrscheinlich, eine Beteiligungsform zu finden, die für alle Kommunen gleichermaßen passt. Die Übertragung der Entscheidungskompetenz auf die Projektträger birgt außerdem die Gefahr, dass vor allem finanziell motivierte Entscheidungen getroffen werden. Die Kommune hingegen erscheint als eine gute Vermittlerin, die regelmäßig entlang der Interessen der Bürger:innen entscheiden wird, aber dennoch die unternehmerischen Interessen der Projektgesellschaft nicht außer Acht lässt.

Ein Nachteil dieser Ausgestaltung ist, dass sie, abgesehen von der Auswahlentscheidung beim Unterbreiten der Angebote, für die Anlagenbetreiber einer starren Verpflichtung gleichkommt. Auch können bei dieser Ausgestaltung ggf. hohe Transaktionskosten auftreten, soweit die Kommune – aus Akzeptanzgesichtspunkten begrüßenswert – auch ein Meinungsbild unter der Bevölkerung einholen wird. Dadurch, dass die zu unterbreitenden Angebote aber niedrigschwellig gestaltet werden sollen, würde jedoch schon früh im Prozess eine Entscheidung für eine Art der Beteiligung getroffen, wodurch vergebenen Kosten entgegengewirkt werden könnte.

4. Kommunikativer Ansatz

Ferner besteht die Möglichkeit, eine Beteiligungsvereinbarung über einen kommunikativen Ansatz zu wählen. Hier würden Vorhabenträger und Kommune sowie ggf. lokale Bürgerenergieakteure frühzeitig in den Austausch treten, um eine individuelle Beteiligungsvereinbarung zu treffen, die die lokalen Gegebenheiten berücksichtigt und den Interessen aller Parteien bestmöglich entspricht. Um den Prozess zu vereinfachen, kann das Gesetz dafür eine nicht abschließende Aufzählung mit möglichen Beteiligungsformen vorgeben, um den Dialog zwischen den Parteien anzuregen. Hier könnte ein kommunikativer Fokus im Gesetz auf die aktive Beteiligung gelegt werden, sodass bei den Verhandlungen immer auf eine aktive Beteiligung hingearbeitet werden sollte, sofern dies gangbar sei. Daneben würde die Aufzählung die übrigen Beteiligungsformen des Stufenmodells, wie passive Beteiligungsmöglichkeiten oder Direktzahlungen enthalten, auf welche sich zu einigen den Beteiligten des Dialogs offen stünde.

Der klare Vorteil dieser Lösung ist, dass individuelle Lösungen am besten konkrete Gegebenheiten vor Ort berücksichtigen können und die Akteure so ihre tatsächlichen Bedürfnisse miteinander abwägen können, um letztlich eine Lösung zu finden, die alle Interessen am besten widerspiegelt. Durch die Einbeziehung der Kommune, der Vorhabenträger sowie der lokalen Bürgerenergieakteure sind alle Interessen im Dialog vertreten, wodurch von einer hohen Akzeptanz der Lösung ausgegangen werden kann.

Ein Nachteil von individuellen Lösungen kann der Prozess der Findung dieser Lösungen sein. Der Prozess kann langwierig sein, da Kommunikation und Kompromissfindung stets zeitintensiv sind. Zudem besteht die Gefahr, dass ohne eine klare rechtliche Vorgabe Dynamiken oder Machtpositionen ausgenutzt werden können, um das Ergebnis in eine bestimmte Richtung zu beeinflussen, wodurch die

Interessen einer Partei letztlich vernachlässigt werden könnten. Ohne klare gesetzliche Vorgaben kann so ein Verfahren außerdem anfällig für Korruption oder das Überwiegen von Individualinteressen sein. Daneben besteht bei einem Hinwirken auf Individuallösungen, mithin auf Kompromisse, stets die Gefahr, dass keine Partei ihre Interessen in der Lösung hinreichend repräsentiert sieht. Daher ist es wichtig, im Gesetz den Fall vorzusehen, dass keine für alle Parteien zufriedenstellende Beteiligungsvereinbarung gefunden wird und dass in diesem Fall trotzdem eine den Zwecken dieses Gesetzes entsprechende akzeptanzfördernde Beteiligung der Bürger:innen sichergestellt wird.

II. Konkrete Ausgestaltung

Im Ergebnis wird daher folgender Regelungsmechanismus empfohlen:

Bürgerenergiegesellschaften i.S.d. § 3 Nr. 15 EEG und Bürgerenergiegesellschaften, die § 3 Nr. 15 Buch. c EEG nicht entsprechen, sind von der Pflicht ausgenommen

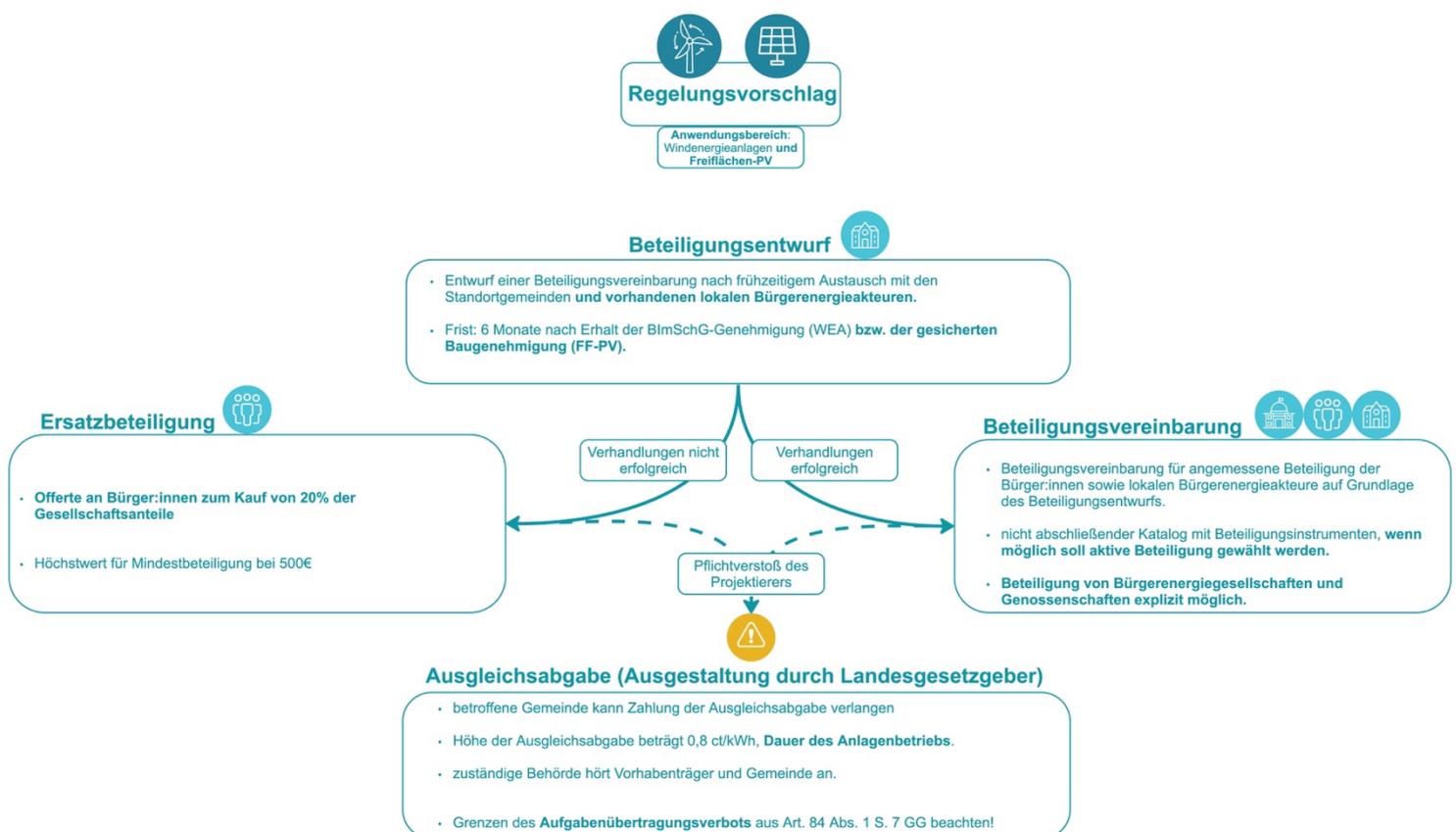


Abbildung 6 - Regelungsvorschlag. Eigene Darstellung.

Die Analyse der einzelnen bestehenden oder geplanten Landesregelungen im Hinblick auf ihre Beteiligungsmechanismen und ihre Übertragbarkeit auf Bundesebene hat einige wertvolle Erkenntnisse gebracht. Es hat sich jedoch keine Regelung hervorgetan, die den hier zugrundeliegenden Anforderungen ideal entspricht. Es bietet sich daher an, eine Kombination aus den verschiedenen Regelungsansätzen zu bilden. Dabei wird der Regelungsentwurf aus Nordrhein-Westfalen als Grundlage dienen.

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes liegt vor. Das BVerfG stellt eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Landes zur Regelung der Beteiligungspflichten nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG fest, da der Bund in diesem Bereich keine abschließende Regelung getroffen hat.¹²⁷ Im Umkehrschluss daraus läge eine entsprechende Bundesregelung in der Gesetzgebungskompetenz des Bundes.

Der Anwendungsbereich des Gesetzes umfasst WEA sowie PV-FFA über 1 MW installierter Leistung.

Vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen sind entsprechend der Vorlage aus dem Bürg-EnG NRW sowohl Bürgerenergiegesellschaften i.S.d. § 3 Nr. 15 EEG sowie solche Bürgerenergiegesellschaften, die dem Merkmal des § 3 Nr. 15 Buchstabe c) nicht entsprechen.

Zu beteiligen sind die Bürger:innen der Gemeinde, auf deren Gebiet sich die Anlage befindet, sowie die Bürger:innen der Gemeinden, deren Gemeindegebietsgrenze nicht mehr als fünf Kilometer vom Standort der Anlage entfernt liegt. Dazu zählen alle natürlichen Personen, die zum Zeitpunkt der Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung seit mindestens drei Monaten ihren Haupt- oder Nebenwohnsitz innerhalb einer betroffenen Gemeinde haben sowie juristische Personen, in denen überwiegend diese natürlichen Personen stimmberechtigte Mitglieder oder Anteilseigner sind. Die Beteiligungspflicht erstreckt sich auf die gesamte Dauer des Betriebs der jeweiligen Anlage.

Aus dem Regelungsentwurf aus NRW wird der grundsätzliche Verfahrensgang übernommen. Dieser beginnt mit einer frühen Kommunikation zwischen dem Vorhabenträger und der Kommune, woraufhin der Vorhabenträger binnen sechs Monaten einen Beteiligungsvorschlag erarbeitet. Bereits hier müssen jedoch vorhandene lokale Bürgerenergieakteure in den Dialog einbezogen werden.

Der maßgebliche Zeitpunkt für den Beginn der Fristen für die Informationspflicht, die Erstellung des Beteiligungsvorschlags und der Ersatzbeteiligung sind für WEA der Erhalt der Genehmigung im Sinne von § 4 oder § 16b des Bundes-Immissionsschutzgesetzes und für FF-PV-Anlagen der Zeitpunkt der gesicherten Baugenehmigung.

Daran anschließend soll innerhalb eines Jahres eine Beteiligungsvereinbarung zwischen den Parteien verhandelt werden, welche eine angemessene Beteiligung der Bürger:innen sowie lokalen Bürgerenergieakteure vorsieht und bestmöglich die lokalen Gegebenheiten berücksichtigt. Darauf basierend sollen passende Beteiligungsformen aus einem im Gesetz nicht abschließend formulierten Katalog von Beteiligungsmöglichkeiten oder vergleichbare individuelle Beteiligungslösungen gewählt werden.

Der nicht abschließende Beteiligungskatalog soll kommunikativ einen Fokus auf die aktive Bürgerbeteiligung (Kauf von Gesellschaftsanteilen oder Kauf von anteiligen EE-Anlagen durch lokale

¹²⁷ BVerfG, Beschluss vom 23. März 2022 - 1 BvR 1187/17 -, Rn. 54.

Bürgerenergieakteure) legen, daneben aber auch Formen der passiven Beteiligung (Nachrangdarlehen, Sparprodukt), Direktzahlungen an die Bürger:innen und alternative Beteiligungsformen wie Strompreiserlösgutschriften enthalten. Die explizite Beteiligungsmöglichkeit von Bürgerenergiegesellschaften sowie Genossenschaften wird übernommen. Auch bei der Aushandlung der Beteiligungsvereinbarung sollen die vorhandenen lokalen Bürgerenergieakteure am Prozess teilnehmen.

Eine angemessene Beteiligung orientiert sich an der Höhe einer Beteiligung über 20% der Geschäftsanteile. Dabei wird sich am Beteiligungsumfang der anderen Landesregelungen orientiert, insbesondere an der verfassungsgerichtlich bestätigten Regelung aus Mecklenburg-Vorpommern. Zwar bezieht sich diese Beteiligungshöhe in den einschlägigen Landesregelungen auf eine Beteiligung sowohl der betroffenen Kommunen als auch der Bürger:innen, sodass in Bezug auf die hier betrachtete, rein die Bürger:innen adressierende Beteiligungsregelung auch eine Reduzierung der Beteiligungshöhe auf 10% denkbar wäre. Zur bestmöglichen Schaffung akzeptanzförderlicher Potenziale und gerade, soweit die gesellschaftliche Beteiligung sich aber auf die betroffenen Bürger:innen beschränken sollte, wird aber eine Beteiligungshöhe von 20 % empfohlen. Es soll ausdrücklich vorrangig eine aktive Beteiligungsform (durch den Kauf der Bürger:innen von Gesellschaftsanteilen oder den Kauf von Bürgerenergiegesellschaften von einzelnen WEA) gefunden werden, es sei denn, die Parteien einigen sich, dass diese nach den örtlichen Gegebenheiten nicht die beste Beteiligungsform darstellt. Außerdem sollten idealerweise durch die Einbeziehung anerkannter Standards gut geführter Bürgerbeteiligungsprojekte qualitative Maßstäbe an die Beteiligungsangebote gestellt werden. Bei der gesellschaftlichen Beteiligung sollte darauf geachtet werden, dass diese offen für verschiedene Rechtsformen ist und nicht nur eine Bürgerbeteiligung im Rahmen einer GmbH & Co. KG ermöglicht. Insbesondere sollte eine Beteiligung von Genossenschaften (eG) ermöglicht werden, indem gesellschaftliche Beteiligungen nicht nur im Wege eines share-deals, sondern auch in Form von asset-deals stattfinden können, damit diese nicht den Regelungen des KAGB unterliegen.

Ebenfalls sich an dem Regelungsentwurf aus NRW orientierend wird eine Ersatzbeteiligung für den Fall geregelt, dass innerhalb eines Jahres keine Beteiligungsvereinbarung zustande kommt. Die Ersatzbeteiligung sieht eine gesellschaftsrechtliche (aktive) Beteiligung der Bürger:innen in Höhe von 20% der Geschäftsanteile vor, welche den Kaufberechtigten zum Erwerb angeboten werden.

Damit wird zwar in die unternehmerische Gestaltungsfreiheit aus Art. 12 GG der Vorhabenträger eingegriffen, da die Bürger:innen ggf. gegen den Willen des Vorhabenträgers in die Projektgesellschaft aufgenommen werden. Hier ist jedoch maßgeblich, dass der Umfang der Beteiligung mit 20% der Geschäftsanteile unter einer Sperrminorität liegt. Zudem stellt zu diesem Punkt das BVerfG zutreffend fest, dass es „der Akzeptanz neuer Windenergieanlagen besonders dienlich [ist], wenn sie von einer lokal verankerten Projektgesellschaft unter bürgerschaftlicher und kommunaler Mitverantwortung betrieben werden“¹²⁸. Vorliegend kommt rechtfertigend hinzu, dass die Ersatzbeteiligung nur zum Tragen kommt, wenn Vorhabenträger, Gemeinde und lokale Bürgerenergieakteure innerhalb eines Jahres keine Beteiligungsvereinbarung getroffen haben, es also nicht völlig außerhalb der Einflussmöglichkeiten des Vorhabenträgers liegt, ob dieser Fall eintritt oder nicht.

¹²⁸ BVerfG, Beschl. v. 23. März 2022 - 1 BvR 1187/17, Rn. 154. Siehe auch im Übrigen zur Abwägung dieses Grundrechtseingriffs BVerfG, Beschl. v. 23. März 2022 - 1 BvR 1187/17, Rn. 152ff.

Als Sanktionsmechanismus bei Pflichtverstoß des Projektträgers gegen seine Beteiligungspflicht aus der Beteiligungsvereinbarung oder der Ersatzbeteiligung wird eine Ausgleichsabgabe vorgesehen, zu deren Zahlung die Standortgemeinden den Projektträger verpflichten können. Die Ausgleichsabgabe entspricht in ihrer Höhe mindestens den geregelten Beteiligungsmodalitäten, übersteigt diese besser sogar, um einen Sanktionscharakter zu erhalten. Die Höhe könnte entweder dem Entwurf des ThürWindBetG entsprechen und 0,5 ct/kWh betragen oder dem BürgEnG entsprechen und 0,8 ct/kWh betragen.

Bei der Ausgestaltung der Abgabe sind die Grenzen des Ausgabenübertragungsverbots aus Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG zu beachten. Empfohlen wird daher eine Öffnungsklausel in der Bundesregelung, welche es den Landesgesetzgebern ermöglicht, die Zahlungspflicht im Rahmen der Sanktionsregelung zu normieren. Diese sollte den Charakter einer nicht-steuerlichen Abgabe haben. Hierfür kann der Landesgesetzgeber eine Mittelverwendung der Zuwendungen aus der Abgabe festlegen, die der Steigerung der Akzeptanz des EE-Ausbaus dienen soll. Damit wäre die Mittelverwendung zweckgebunden und würde durch eine Akzeptanzsteigerung auch der belasteten Gruppe, mithin den Vorhabenträgern, zugutekommen. Dadurch, dass die Bundesregelung diesen Teil explizit der Regelung durch die Länder überlassen würde, wäre die Gesetzgebungskompetenz der Länder sichergestellt. Hier ist lediglich zu beachten, dass keine Refinanzierung der Abgabe durch Bundesmittel geregelt wird (wie der Refinanzierungsmechanismus des § 6 EEG), da hier weiterhin die verfassungsrechtliche Schranke des Art. 104a Abs. 1 GG zu beachten ist.

Die Regelungen zur Transparenzplattform werden aus dem BürgEnG NRW übernommen.