

**Würzburger Studien zum
Umweltenergierecht**

**Verfassungsrechtliche Fragen
ordnungsrechtlicher Teilhabemodelle
am Beispiel des Bürger- und
Gemeindenbeteiligungsgesetzes
Mecklenburg-Vorpommern**

erstellt von

Nils Wegner, LL.M. (Stockholm)

Entstanden im Rahmen des Vorhabens

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

Gefördert durch:

Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

8

März 2018

Zitiervorschlag: *Nils Wegner*, Verfassungsrechtliche Fragen ordnungsrechtlicher Teilhabemodelle am Beispiel des Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetzes Mecklenburg-Vorpommern, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 8, März 2018.

Der Autor dankt dem Kollegen Hartmut Kahl und Ilka Hoffmann für zahlreiche Gespräche und wertvolle Hinweise.

Stiftung Umweltenergierecht

Ludwigstraße 22

97070 Würzburg

Telefon +49 931 79 40 77-0

Telefax +49 931 79 40 77-29

E-Mail wegner@stiftung-umweltenergierecht.de

Internet www.stiftung-umweltenergierecht.de

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

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

Spendenkonto: Sparkasse Mainfranken Würzburg

IBAN DE16790500000046743183, BIC BYLADEM1SWU790

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	1
B. Akzeptanzmängel und Versuche der Akzeptanzsteigerung durch Beteiligung und Teilhabe der Öffentlichkeit	2
I. Akzeptanzprobleme beim Windenergieausbau	3
II. Mangelnde Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen als Rechtsproblem	4
1. Formelle Verfahrensbeteiligung.....	5
2. Materielle Beteiligung im Sinne finanzieller Teilhabe	6
C. Verfassungsrechtliche Fragen gesetzlich angeordneter Teilhabe	7
I. Überblick zu den Regelungen des BüGemBeteilG.....	7
1. Anwendungsbereich des BüGemBeteilG	8
2. Gesetzlicher Normalfall: Gewährleistung einer gesellschaftsrechtlichen Teilhabe ..	8
3. Zulassung ergänzender Beteiligungsmöglichkeiten	9
4. Alternative Teilhabeformen: Sparprodukt und Ausgleichsabgabe	9
5. Nebenpflichten und Administrierung des Gesetzes	9
II. Zuständigkeit zur Regelung materieller Beteiligungsmaßnahmen in der bundesstaatlichen Kompetenzordnung	10
1. Keine Sperrwirkung zu Lasten der Länder aufgrund absichtsvollen Regelungsverzichts des Bundes	10
a) Verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt	10
b) Kein absichtsvoller Regelungsverzicht des Bundes	11
2. Maßnahmen materieller Teilhabe als eigenständiger Regelungsbereich im Bereich konkurrierender Gesetzgebungsmaterien?	14
3. Bedeutung des § 36g Abs. 7 EEG.....	16
a) Bedeutung für die Zuständigkeit Mecklenburg-Vorpommerns zum Erlass des BüGemBeteilG	16
b) Bedeutung für künftige Teilhaberegelungen der Länder	17
4. Zwischenergebnis.....	19
III. Grundrechtsbetroffenheiten durch materielle Teilhaberechte.....	20
1. Die Betroffenheit der Wirtschaftsgrundrechte aus Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG sowie Art. 12 Abs. 1 GG.....	20
a) Eingriffe in die Schutzbereiche der Eigentums- und Berufsfreiheit	21

b) Rechtfertigung: Die verschiedenen Zweckrichtungen materieller Beteiligung zur Akzeptanzsteigerung.....	22
c) Rechtfertigung: Zweifel an der Eignung materieller Beteiligung zur Steigerung der Akzeptanz von Windenergievorhaben.....	22
d) Rechtfertigung: Notwendige Beschränkung auf erforderliche Maßnahmen.....	25
e) Rechtfertigung: Verhältnismäßigkeit der Grundrechtseingriffe.....	27
aa) Eingriffsintensität der Pflicht zur Gewährleistung einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligungsmöglichkeit.....	28
bb) Gewichtung der mit dem BüGemBeteilG verfolgten Ziele.....	33
f) Zwischenergebnis.....	35
2. Ungleichbehandlungen durch Teilhaberegelungen.....	35
a) Gleichheitsverstoß gegenüber anderen Vorhaben mit Umweltauswirkungen?	36
b) Gleichheitsverstoß durch die Eröffnung einheitlicher Partizipationsmöglichkeiten für bestimmte Kaufberechtigte?.....	38
aa) Unzulässige Ungleichbehandlung?.....	38
bb) Unzulässige Gleichbehandlung?.....	40
3. Zwischenergebnis.....	40
IV. Finanzverfassungsrechtliche Fragen einer Ausgleichsabgabe.....	40
1. Anforderungen an die Zulässigkeit von Sonderabgaben.....	41
2. Ausgleichsabgabe als Sonderabgabe mit oder ohne Finanzierungsfunktion?.....	43
3. Rechtfertigung der Ausgleichsabgabe als Sonderabgabe mit Finanzierungsfunktion.....	45
D. Fazit.....	47
E. Zusammenfassung der Ergebnisse.....	49
I. Gesetzgebungszuständigkeit der Länder jedenfalls für die Zukunft.....	49
II. Vereinbarkeit des BüGemBeteilG und vergleichbarer Teilhaberegelungen mit wirtschaftlichen Freiheitsrechten und dem Gleichheitsgrundsatz.....	50
III. Fehlen einer finanzverfassungsrechtlich voraussichtlich erforderlichen besonderen Finanzierungsverantwortung von Vorhabenträgern.....	50

A. Einleitung

Während die Energiewende als solche und auch der Ausbau der Windenergie¹ in Deutschland allgemein weiterhin hohe Zustimmungswerte in der Bevölkerung haben, stoßen konkrete Windenergievorhaben vor Ort zunehmend auf Widerstand². Um dem zu begegnen, hat der Gesetzgeber in Mecklenburg-Vorpommern mit dem Gesetz über die Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden an Windparks in Mecklenburg-Vorpommern³ (BüGemBeteilG) ein innovatives, aber auch mit Grundrechtseingriffen verbundenes gesetzliches Instrument geschaffen. Der Gesetzgeber in Mecklenburg-Vorpommern hat damit rechtliches Neuland betreten. Die Verfassungsmäßigkeit des BüGemBeteilG, insbesondere die Gesetzgebungskompetenz des Landes, steht derzeit vor dem Landesverfassungsgericht in Greifswald und auch dem Bundesverfassungsgericht auf dem Prüfstand⁴. In Thüringen verfolgt man mit dem durch die thüringer Servicestelle Windenergie vergebenen „Siegel Faire Windenergie“ demgegenüber eine stärker auf die Schaffung von Transparenz abzielende staatliche Initiative zur Anreizung von Teilhabemöglichkeiten für die Öffentlichkeit. Auch in Schleswig-Holstein tendiert man zu einer „Siegelösung“, die dort allerdings durch die Windenergiebranche selbst umgesetzt werden könnte⁵.

Nicht zuletzt vor dem Hintergrund dieser einzelnen Initiativen in den Ländern stellt sich rechtspolitisch die Frage, ob auch aufgrund der Umstellung des EEG-Fördersystems auf Ausschreibungsverfahren⁶ eine bundeseinheitliche „Akzeptanz“-Regelung für Windenergievorhaben zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen angezeigt wäre⁷. Das hier im Fokus

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

² Vgl. *Rodi*, Das Recht der Windkraftnutzung zu Lande unter Reformdruck, ZUR 2017, 658 (658 f.); *Brinktrine*, Rechtsschutz gegen On-Shore-Windkraftanlagen aus Sicht der Kommunen, privater Dritter und der Umweltverbände, in: Ders./Harke/Ludwigs/Remien, Rechtsfragen der Windkraft zu Lande und zur See, 2016, 111 (112). *Köck*, Akzeptanzprobleme der Windenergie und rechtliche Handlungsansätze, JbUTR 2017, 129 (132 f.). Systematisch erhobene Daten scheinen insoweit allerdings zu fehlen. Auch hinsichtlich Verbandsklagen nach dem Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz existieren, soweit ersichtlich, keine Daten für die Zeit nach 2012, vgl. hierzu *Führ/Schenten/Schreiber/Schulze/Schütte*, Evaluation von Gebrauch und Wirkung der Verbandsklagemöglichkeiten nach dem Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz (UmwRG), UBA Texte 14/2014.

³ GVOBl. M-V 2016, S. 258.

⁴ Beim LVerfG M-V wird das Verfahren unter dem Aktenzeichen LVerfG 4/17 geführt. Vgl. die Pressemitteilung des Landesverfassungsgerichts vom 03.07.2017.

⁵ Ausführlich zu diesen „Siegelösungen“ *Hoffmann/Wegner*, Mechanismen finanzieller Teilhabe am Ausbau der Windenergie, Würzburger Studie zum Umweltenergierecht Nr. 7, März 2018, S. 54 ff., abrufbar unter: www.stiftung-umweltenergierecht.de/publikationen/.

⁶ Siehe hierzu nur *Kahl*, Neuordnungen im EEG 2017 – die Folgen des Systemwechsels auf Ausschreibungen für Förderung, Rolle des Netzes und Anwendungsbereich, ER 2016, 187 ff.

⁷ IKEM et al. (2017): Ausgestaltungsoptionen und -empfehlungen zur finanziellen Beteiligung von Kommunen beim Ausbau von Windenergieanlagen an Land. In: Agora Energiewende (2017): Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie? Zwei Strategievorschläge zur Sicherung der Standortakzeptanz von Onshore Windenergie, S. 39; vgl. auch *Maly/Meister/Schomerus*, Finanzielle Bürgerbeteiligung – Rechtlicher Rahmen und Herausforderungen, in: Holstenkamp/Radtke, Handbuch Energiewende und Partizipation, 2018, 371 (379 f.).

stehende BüGemBeteilG könnte sich insoweit als Steinbruch im besten Sinne oder insgesamt als Vorbild für eine künftige bundesrechtliche Regelung⁸ oder – bei Annahme jedenfalls einer inzwischen geschaffenen Regelungskompetenz der Länder auf Grundlage von § 36g Abs. 7 EEG – auch andere Landesgesetzgeber erweisen⁹. Dem steht jedoch wiederum die Notwendigkeit entgegen, landesspezifische Unterschiede hinreichend abzubilden, um zielgenaue Lösungen für Akzeptanzprobleme zu erreichen.

Der vorliegende Beitrag will Leitlinien für mögliche künftige gesetzgeberische Aktivitäten von Bund und Ländern aufzeigen: Hierfür sind die rechtlichen Wesensmerkmale von Instrumenten der finanziellen Teilhabe näher zu betrachten (B.), bevor die durch gesetzlich angeordnete Teilhabemöglichkeiten aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Fragestellungen geklärt werden können (C.)¹⁰. Der Beitrag schließt mit einem Fazit (D.) und einer Zusammenfassung der Ergebnisse (E.).

B. Akzeptanzmängel und Versuche der Akzeptanzsteigerung durch Beteiligung und Teilhabe der Öffentlichkeit

Akzeptanz, so könnte man meinen, ist in einem demokratischen Rechtsstaat allein ein Problem politischer Handelnder, die – auch von Umfragen getrieben – stets die Chancen einer Wiederwahl ihrer Inhalte oder aber ihrer Person im Blick haben. Wer dagegen das Recht bzw. ein Recht in Form eines Anspruchs, wie etwa den Anspruch auf Erteilung einer immissionschutzrechtlichen Genehmigung auf seiner Seite hat, braucht nicht mehr zu diskutieren¹¹, sondern setzt dieses durch – wo nötig, mithilfe der staatlichen Durchsetzungsmechanismen. Nicht nur der Rechtsstaat als solcher ist aber von einer formalen Akzeptanz abhängig, d. h. einer Bereitschaft zur Befolgung auch als unbefriedigend empfundener demokratisch legitimierter Entscheidungen¹².

Vielmehr ist klar, dass auch der einzelne Anspruchsinhaber, etwa der Windprojektierer, davon abhängig ist, dass er nicht jedes einzelne Vorhaben erst in langen Verfahren der Rechtsdurchsetzung gegen Widerstände zur Verwirklichung bringen muss: Am Ende solcher Verfahren mag er nämlich häufig nur noch sein Recht erhalten, sein Projekt kann dagegen inzwi-

⁸ Eine vollständige verfassungsrechtliche Prüfung der Anforderungen für ein entsprechendes bundesrechtliches Instrument müssen hier allerdings unterbleiben. So bleibt etwa die Kompetenzausübungsschranke des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG außer Betracht. Vgl. hierzu aber IKEM et al. (2017): Ausgestaltungsoptionen und -empfehlungen zur finanziellen Beteiligung von Kommunen beim Ausbau von Windenergieanlagen an Land. In: Agora Energiewende (2017): Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie? Zwei Strategievorschläge zur Sicherung der Standortakzeptanz von Onshore Windenergie, S. 63 ff.

⁹ Böhlmann-Balan/Herms/Leroux, Neuer Wind für die Bürgerbeteiligung, ER 2016, 241 (246).

¹⁰ Außer Betracht bleiben einige Besonderheiten der konkreten Regeln des BüGemBeteilG wie etwa dort vorhandene dynamische Verweise auf bestimmte Standards zur Anwendung von Wertberechnungsverfahren und damit zusammenhängende Fragen nach der Einhaltung des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebotes.

¹¹ Siehe nur *Osiatyński*, Beyond Rights, in: Sajo, Abuse: The Dark Side of Fundamental Rights, 2006, 309 (311).

¹² Vgl. *Benda*, Zur gesellschaftlichen Akzeptanz verwaltungs- und verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, DÖV 1983, 305 (306).

schen in Unwirtschaftlichkeit begraben worden sein¹³. Auch dies stellt die Grundrechte von Vorhabenträgern in Frage¹⁴, dürfte sich allerdings kaum lösen lassen, wenn es nicht gelingt, Bedingungen zu schaffen, unter denen auch ohne die regelmäßige Inanspruchnahme einer staatlichen Durchsetzung Verwaltungsentscheidungen über Vorhabenzulassungen von Drittbetroffenen akzeptiert werden – sei es, weil diese für sachlich richtig, für überzeugend und gerecht gehalten werden¹⁵ oder weil trotz gegenteiliger Rechtsauffassung die Entscheidung seitens der Drittbetroffenen zumindest als akzeptabel empfunden wird.

I. Akzeptanzprobleme beim Windenergieausbau

Ein solches Maß an Akzeptanz erreichen Windenergievorhaben aber immer seltener in Deutschland. Im Gegenteil ist vielmehr zu beobachten, dass die Akzeptanz konkreter Windenergievorhaben vor Ort nicht nur schwindet, sondern diese vielfach Protest und aktiven Widerstand hervorrufen¹⁶. In den Sozialwissenschaften gibt es eine ausführliche Diskussion über tiefer liegende Ursachen solchen Protests und die Protestierenden selbst¹⁷. Klar ist aber: Immer häufiger folgen auf langwierige Zulassungsverfahren nicht minder lange Gerichtsverfahren, bevor ein Vorhaben rechtssicher realisiert werden kann¹⁸ – wenn es dann überhaupt noch realisiert werden soll.

¹³ *Vollprecht*, Erhöhung der Akzeptanz von Windenergieanlagen, ZUR 2017, 698 (698).

¹⁴ Zur Grundrechtssensibilität von Klagerechten *Gärditz*, Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz im Umweltrecht, NVwZ 2014, 1 (6).

¹⁵ Zu den Varianten gesellschaftlicher Akzeptanz, die hier individuell gewendet und auf Verwaltungsentscheidungen bezogen wurden *Benda*, Zur gesellschaftlichen Akzeptanz verwaltungs- und verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, DÖV 1983, 305 (306); vgl. auch *Württemberg*, Akzeptanz durch Verwaltungsverfahren, NJW 1991, 257 (258).

¹⁶ Vgl. hierzu nur *Köck*, Akzeptanzprobleme der Windenergie und rechtliche Handlungsansätze, JbUTR 2017, 129 (133). Siehe auch *Messinger-Zimmer/Zilles*, (De-)zentrale Energiewende und soziale Konflikte: Regionale Konflikte um die Vertretung des Gemeinwohls, in: DIW, Vierteljahreshefte zur Wirtschaftsforschung, Heft 4/2016, 41 (42).

¹⁷ Siehe nur *Messinger-Zimmer/Zilles*, (De-)zentrale Energiewende und soziale Konflikte: Regionale Konflikte um die Vertretung des Gemeinwohls, in: DIW, Vierteljahreshefte zur Wirtschaftsforschung, 4/2016, 41 ff.; *Holstenkamp/Kahla*, What are community energy companies trying to accomplish? An empirical investigation of investment motives in the German case, Energy Policy 97 (2016), 112 ff.; allgemein *Walter u.a.*, Die neue Macht der Bürger, 2013; Belletristisch *Zeh*, Unterleuten, 2016.

¹⁸ Vgl. *Brinktrine*, Rechtsschutz gegen On-Shore-Windkraftanlagen aus Sicht der Kommunen, privater Dritter und der Umweltverbände, in: Ders./Harke/Ludwigs/Remien, Rechtsfragen der Windkraft zu Lande und zur See, 2016, 111 (112). Systematisch erhobene Daten scheinen insoweit allerdings zu fehlen. Auch hinsichtlich Verbandsklagen nach dem Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz existieren, soweit ersichtlich, keine Daten für die Zeit nach 2012, vgl. hierzu *Führ/Schenten/Schreiber/Schulze/Schütte*, Evaluation von Gebrauch und Wirkung der Verbandsklagemöglichkeiten nach dem Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz (UmwRG), UBA Texte 14/2014.

II. Mangelnde Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen als Rechtsproblem

Für die Rechtswissenschaften stellen Probleme mit der Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen keine neue und keine auf den Bereich der erneuerbaren Energien oder gar der Windenergie beschränkte Erscheinung dar. Für lange Zeit versuchte man in Deutschland – nicht zuletzt aufgrund und erst in Folge völker-¹⁹ und europarechtlicher²⁰ Einwirkungen – insbesondere mithilfe formeller Verfahren der Öffentlichkeitsbeteiligung zu einer Verbesserung der Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen zu gelangen²¹. In jüngster Zeit ist nun jedenfalls im Bereich des Windenergieausbaus ein deutlicher Trend zu verschiedenen Instrumenten zu beobachten, denen das Ziel einer materiellen, im Sinne einer finanziellen Teilhabe eines bestimmten Ausschnitts der Öffentlichkeit an Windenergievorhaben gemeinsam ist²² und auf diese Weise zu deren Akzeptanz beitragen soll²³.

Ein maßgeblicher Unterschied zwischen den beiden verschiedenen Grundformen von Beteiligung – der formellen Beteiligung auf der einen Seite und der materiellen Teilhabe auf der anderen – stellt ihre Beziehung zu den sachlich-inhaltlichen Entscheidungen und den materiellen Entscheidungsmaßstäben dar, wie sie den bundesgesetzlichen Regelungen über die Zulassung und Förderung von Windenergievorhaben zugrunde liegen, in Zulassungsentscheidungen für Windenergieanlagen enthalten sind und an deren Zulassungsverfahren die Verfahrensbeteiligung bzw. an deren Zulassungsgegenständen die materielle, d. h. finanzielle Teilhabe stattfinden soll.

¹⁹ Als Impulsgeber ist hier zu allererst die Konvention über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten vom 25. Juni 1998 (sog. Aarhus-Konvention) mit derzeit 47 Vertragsstaaten zu nennen. Für Deutschland ist die Konvention am 15. April 2007 in Kraft getreten. Zuvor galt sie jedoch bereits auch in Deutschland über ihre Einbeziehung in das europäische Recht.

²⁰ Neben den Sekundärrechtsakten zur Umsetzung der Aarhus-Konvention, insbesondere deren Zweiten Säule zur Öffentlichkeitsbeteiligung enthielten bereits zuvor auch die Öffentlichkeitsbeteiligungs-Richtlinie und heute die neu gefasste UVP- sowie die IE-RL Vorgaben über die Beteiligung der Öffentlichkeit.

²¹ Aus der älteren Literatur siehe *Würtenberger*, Akzeptanz durch Verwaltungsverfahren, NJW 1991, 257 (259): „Von der Rechtswissenschaft wird die Akzeptanzfrage herkömmlicherweise ausgeblendet“; siehe außerdem *Benda*, Zur gesellschaftlichen Akzeptanz verwaltungs- und verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, DÖV 1983, 305 (307 ff.). Aus der in der Folge von „Stuttgart 21“ erschienenen Literatur *Böhm*, Bürgerbeteiligung nach Stuttgart 21: Änderungsbedarf und Perspektiven, NuR 2011, 614 ff.; *Franzius*, Stuttgart 21: Eine Epochenwende?, GewArch 2012, 225 ff.; *Wulfhorst*, Neue Wege bei der Bürgerbeteiligung zu Infrastrukturvorhaben, DÖV 2014, 730 ff.; *Guckelberger*, Abstimmungsmöglichkeiten von (betroffenen) Bürger/-innen über administrative Planungs- oder Genehmigungsentscheidungen, VerwArch 2015, 1 ff.

²² Vgl. den Überblick bei *Hoffmann/Wegner*, Mechanismen finanzieller Teilhabe am Ausbau der Windenergie, Würzburger Studie zum Umweltenergierecht Nr. 7, März 2018, abrufbar unter: www.stiftung-umweltenergierecht.de/publikationen/.

²³ Vgl. auch die Vereinbarungen von CDU, CSU und SPD für eine mögliche neue große Koalition in „Ein neuer Aufbruch für Europa – Eine neue Dynamik für Deutschland – Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, Februar 2018, S. 72 Rz. 3294 ff. Zu neuen rechtlichen Ansätzen siehe die Ergebnisse des Forschungsprojektes „Dezentrale Beteiligung an der Planung und Finanzierung der Transformation des Energiesystems“, teilweise veröffentlicht in einzelnen Beiträgen in den Heften 12/2017 sowie 1/2018 der Zeitschrift für Umweltrecht.

1. Formelle Verfahrensbeteiligung

Die Durchführung einer Verfahrensbeteiligung der Öffentlichkeit ist heute für die Zulassung der allermeisten größeren Infrastrukturvorhaben verpflichtend. Für Windenergievorhaben ist dies jedenfalls dann der Fall, wenn mehrere von ihnen als Windpark genehmigt werden sollen und dieser als solcher UVP-pflichtig ist. Regelungen der Öffentlichkeitsbeteiligung bezwecken zum einen die Gewährleistung eines vorgezogenen Rechtsschutzes für Drittbetroffene²⁴, zum anderen soll mit ihrer Hilfe eine Verbreiterung und Vervollständigung der Entscheidungsgrundlage der Verwaltung²⁵ und damit einer Verbesserung der Verwaltungsentscheidungen erreicht werden.

Ergänzend tritt auch in der deutschen Diskussion zunehmend das Ziel demokratisch motivierter Teilhabe der Öffentlichkeit am Zustandekommen konkreter Verwaltungsentscheidungen in den Vordergrund²⁶. Nicht zuletzt zielen die Verfahren so auch auf eine Steigerung der Verfahrensgerechtigkeit ab, die ihrerseits zur Steigerung der Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen führen soll²⁷.

Der Eigenwert der Verwaltungsverfahren wird dabei heute nicht mehr geleugnet. Auch wenn das Verfahren aber insoweit nicht allein eine dienende Funktion für das Zustandekommen der inhaltlichen Entscheidung besitzt²⁸, bleibt es gleichwohl primär auf diese bezogen. Anerkannt wird heute aber, dass die inhaltliche Entscheidung dabei selbst stark durch das Verfahren geprägt wird, an dem die Öffentlichkeit zu beteiligen ist. Die konkrete Sachentscheidung wird nämlich erst im Verfahren geschaffen und lässt sich nicht allein aus den Entscheidungsmaßstäben ableiten²⁹. Erst im Verfahren wird der der Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt ausgeformt und die von der Entscheidung betroffenen Interessen gewichtet. Allein die inhaltlichen Maßstäbe für die Entscheidung selbst, d. h. die materiell-rechtlichen gesetzlichen Vorgaben, bleiben davon unberührt³⁰. Die Öffentlichkeitsbeteiligung dient nicht

²⁴ Ausführlich zur Rechtsschutzdimension von Beteiligung *Rossen-Stadtfeld*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GrVerwR, Bd. II, 2. Aufl. 2012, § 29 Rn. 35 ff.

²⁵ Zu dieser Grundfunktion von Beteiligung *Rossen-Stadtfeld*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GrVerwR, Bd. II, 2. Aufl. 2012, § 29 Rn. 1.

²⁶ Vgl. *Guckelberger*, Formen von Öffentlichkeit und Öffentlichkeitsbeteiligung im Umweltverwaltungsrecht, VerwArch 103 (2012), 31 (35); insoweit geht es hier um Partizipation, nicht lediglich einfache Beteiligung. Siehe zu dieser Unterscheidung, *Rossen-Stadtfeld*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GrVerwR, Bd. II, 2. Aufl. 2012, § 29 Rn. 65.

²⁷ *Köck*, Akzeptanzprobleme der Windenergie und rechtliche Handlungsansätze, JbUTR 2017, 129 (143).

²⁸ Ausführlich zu diesem lange Zeit in Deutschland vorherrschenden Verständnis und rechtlichen Konsequenzen *Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010, S. 52 ff.

²⁹ So mit Bezug zum weiten Verfahrensbegriff des Umwelteuroparechts *Heldt*, Individualrechtsschutz bei fehlerhaftem Verwaltungsverfahren, NVwZ 2012, 461 (462).

³⁰ Vgl. hierzu etwa auch die Vorgaben zur Berücksichtigung des Ergebnisses von Umweltverträglichkeitsprüfungen in der verfahrensabschließenden Verwaltungsentscheidung gem. § 25 Abs. 2 UVPG.

der Hervorbringung des Entscheidungsmaßstabes, sondern der vollständigen Ermittlung und Abbildung des Sachverhalts, auf den dann die Verwaltung das Recht anzuwenden hat³¹.

2. Materielle Beteiligung im Sinne finanzieller Teilhabe

Während die Verfahrensbeteiligung der sachlich-inhaltlichen Zulassungsentscheidung vorge­lagert ist, bezieht sich die materielle Beteiligung im Sinne finanzieller Teilhabe auf den der Zulassungsentscheidung nachgelagerten Betrieb des zugelassenen Vorhabens. Entsprechend zielen neuere Instrumente wie das BüGemBeteilG nicht auf die Förderung der Verfahrensge­rechtigkeit zur Steigerung der Akzeptanz von Vorhaben, sondern auf eine materielle, d. h. finanzielle Teilhabe an der durch die Vorhaben entstehenden Wertschöpfung und damit eine Förderung der Verteilungsgerechtigkeit ab³².

Solche Instrumente sollen die Verfahren der Öffentlichkeitsbeteiligung ergänzen und über eine (zum Zeitpunkt der Zulassung noch allein in Aussicht gestellte) Teilhabe betroffener Bürger an der entstehenden Wertschöpfung einem zu weitgehenden Auseinanderfallen der Lasten des Windenergieausbaus einerseits und der mit diesem verbundenen ökonomischen Gewinne andererseits entgegenwirken.

In Darstellungen über Akzeptanzmaßnahmen für Windenergievorhaben werden solche der finanziellen Teilhabe mit ganz anders gelagerten Maßnahmen in eine Reihe gestellt. So etwa mit Maßnahmen zur Vergrößerung von Schutzabständen oder Regelungen zum Nachteil­sausgleich wie im dänischen Recht.³³ Dies verwundert nicht. Gemeinsam ist ihnen nämlich, dass solcherlei Regelungen allesamt die inhaltlichen Vorgaben für die Realisierung von Windenergievorhaben betreffen. Anders als im Falle von Maßnahmen der Verfahrensbeteili­gung bleiben diese hier nicht unberührt. Die Maßstäbe für die Interessenabwägung, wie sie in der materiell-rechtlichen Zulassungsentscheidung zum Ausdruck kommen, werden näm­lich durch die Verpflichtung zur finanziellen Teilhabe Betroffener genauso berührt, wie auch etwa durch rechtlich gebotene Abstände. Letztere determinieren die Zulässigkeit eines Vor­habens in räumlicher, erstere in wirtschaftlicher Hinsicht.

Dass die Verpflichtung zur Teilhabe dabei ggf. nicht als Auflage einer Genehmigungsent­cheidung angefügt, sondern von dieser getrennt und für einen späteren Zeitpunkt angeord-

³¹ Zum Vorstehenden *Gärditz*, Europäisierter Umweltrechtsschutz als Laboratorium des Verwaltungsprozess­rechts, EurUP 2015, 196 (197 f.) sowie *Kim*, Verdrängung der materiellen Regelungsdichte zugunsten einer Prozeduralisierung des Verwaltungsverfahrens – ein sinnvoller Vorschlag?, EurUP 2017, 233 (236).

³² Zu den im vorliegenden Zusammenhang unter dem Begriff der „Umweltgerechtigkeit“ verhandelten Fragen *Köck*, Akzeptanzprobleme der Windenergie und rechtliche Handlungsansätze, JbUTR 2017, 129 (134).

³³ *Köck*, Akzeptanzprobleme der Windenergie und rechtliche Handlungsansätze, JbUTR 2017, 129 (136 ff.); vgl. auch *Rodi*, Das Recht der Windkraftnutzung zu Lande unter Reformdruck, ZUR 2017, 658 (658 ff.); IKEM et al. (2017): Ausgestaltungsoptionen und -empfehlungen zur finanziellen Beteiligung von Kommunen beim Ausbau von Windenergieanlagen an Land. In: Agora Energiewende (2017): Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie? Zwei Strategievorschläge zur Sicherung der Standortakzeptanz von Onshore Windenergie, S. 47 f.

net wird³⁴, ist allein ein rechtstechnischer Aspekt. Materiell-rechtliche Voraussetzungen für die Zulassung von Windenergievorhaben und die Verpflichtung der Vorhabenträger zur Gewährleistung einer materiellen Teilhabe Dritter an diesen Vorhaben gehen eine Verbindung ein und konstituieren – ggf. als ein „Amalgam“ unterschiedlicher gesetzgeberischer Maßnahmen – eine in ihrer Interessenabgewogenheit veränderte gesetzgeberische Entscheidung über die Zulässigkeit von Vorhaben. Anders ausgedrückt: Ein Windenergievorhaben ist nicht mehr dasselbe, wenn ein Vorhabenträger an diesem nach seiner Fertigstellung Bürger- und Gemeinden gesellschaftsrechtlich zu beteiligen hat.

C. Verfassungsrechtliche Fragen gesetzlich angeordneter Teilhabe

Die vorstehend aufgezeigten Eigenheiten materieller Beteiligungsinstrumente als Akzeptanzmaßnahmen, insbesondere die enge Beziehung zwischen Maßnahmen finanzieller Teilhabe und den in den materiellen Zulassungsbedingungen zum Ausdruck kommenden Interessenabwägungen des Gesetzgebers, müssen auch Konsequenzen für verschiedene verfassungsrechtliche Fragestellungen haben, wie sie durch gesetzlich angeordnete Teilhabemöglichkeiten und so auch durch die Regelungen des BüGemBeteilG aufgeworfen werden. Im Folgenden sollen nach einem kurzen Überblick über die Regelungen des hier beispielhaft herangezogenen BüGemBeteilG (I.) diese Folgerungen für die Gesetzgebungszuständigkeit für solcherlei Teilhabeinstrumente in der bundesstaatlichen Kompetenzordnung (II.), die grundrechtliche Bewertung der Regelungen (III.), wie auch ihre finanzverfassungsrechtliche Einordnung (IV.) aufgezeigt werden.

I. Überblick zu den Regelungen des BüGemBeteilG

Das BüGemBeteilG ist in Mecklenburg-Vorpommern seit dem 28. Mai 2016 in Kraft³⁵. Aufgrund der Übergangsregelung des § 16 BüGemBeteilG gibt es bis zum Winter 2017/2018 jedoch noch kein Vorhaben, für das eine Teilhabemöglichkeit nach den Vorgaben des Gesetzes (abschließend) gewährleistet wurde. Im Kern statuiert das Gesetz Verpflichtungen von Vorhabenträgern, Bürger und Gemeinden in einem Umkreis von 5 km um neu zu errichtende Windenergievorhaben an deren tatsächlicher bzw. potenzieller Wertschöpfung auf unterschiedliche Weise teilhaben zu lassen. Das für die erleichterte Anwendung des Gesetzes

³⁴ Dabei macht es auch keinen Unterschied, dass die Erfüllung der Verpflichtungen zur Gewährleistung einer wirtschaftlichen Teilhabe nicht ihrerseits zur Bedingung für die Zulässigkeit des Vorhabens gemacht wird, sondern ihre Einhaltung allein über Ordnungswidrigkeitentatbestände abgesichert werden. Vgl. für den Fall des BüGemBeteilG dessen § 14.

³⁵ Vgl. Art. 3 des Gesetzes über die Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden an Windparks in Mecklenburg-Vorpommern und zur Änderung weiterer Gesetze, GVOBl. M-V 2016, ausgegeben am 27. Mai 2016, S. 265.

durch die Landesregierung herausgegebene Anwendungshandbuch³⁶, beschreibt die alternativen Möglichkeiten anschaulich als „zwei Wege“ des einen Gesetzes, wobei die Gewährleistung einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligungsmöglichkeit als gesetzlicher Normalfall der Teilhabe ausgestaltet ist.

1. Anwendungsbereich des BüGemBeteilG

Zum Erreichen der mit dem Gesetz bezweckten finanziellen Teilhabe erfasst der Anwendungsbereich des Gesetzes grundsätzlich alle immissionsschutzrechtlich genehmigungsbefähigten Windenergieanlagen (§ 1 Abs. 1) und klammert neben Windenergieanlagen auf See (§ 1 Abs. 2 Nr. 1) lediglich solche Anlagen aus, die als unselbständige mitgezogene Nutzungen als Teil eines nach § 35 Abs. 1 Baugesetzbuch (BauGB) privilegierten Betriebs planungsrechtlich zulässig sind (§ 1 Abs. 2 Nr. 2), da der Gesetzgeber diese Anlagen nicht für ursächlich für die vorhandenen Akzeptanzprobleme hält.³⁷

2. Gesetzlicher Normalfall: Gewährleistung einer gesellschaftsrechtlichen Teilhabe

Erreicht werden soll die Teilhabe an konkreten Projekten durch die Überformung privatrechtlicher Rechtsbeziehungen zwischen

- näher umschriebenen kaufberechtigten natürlichen Personen (§ 5 Abs. 1) bzw. Gemeinden (§ 5 Abs. 2) im Umkreis von 5 km um das durch den Anwendungsbereich erfasste Windenergievorhaben und
- dem jeweiligen Vorhabenträger (§ 2 Nr. 1).

Dabei wird der Vorhabenträger durch das Gesetz allein zur Ermöglichung einer gesellschaftsrechtlichen Teilhabe an der von ihm zu gründenden haftungsbeschränkten Projektgesellschaft (§ 3) im Umfang von mindestens 20 Prozent durch kaufberechtigte natürliche Personen und Gemeinden verpflichtet (§ 4), d. h. mit einer Verpflichtung zum Abschluss entsprechender zivilrechtlicher Vereinbarungen belegt. Der Kaufpreis für einen Anteil darf 500,- Euro nicht überschreiten (§ 6 Abs. 8). Sein genauer Wert ist jedoch regelmäßig durch Anwendung eines modifizierten Sachwertverfahrens zu ermitteln (§ 6 Abs. 1-7). Im Falle der Überzeichnung eines Beteiligungsangebotes erfolgt die Zuteilung der Anteile gegenüber den kaufberechtigten Bürgern reihum bis zur erschöpfenden Zuweisung aller Anteile. Soweit notwendig, entscheidet das Los (§ 9 Abs. 4).

³⁶ Ministerium für Energie, Infrastruktur und Digitalisierung M-V, Das Umsetzungshandbuch zum Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetz Mecklenburg-Vorpommern, Stand: März 2017, abrufbar unter <https://www.regierung-mv.de>, zuletzt abgerufen am 21.12.2017.

³⁷ Gesetzentwurf, Ldt-Drs. 6/4568 vom 7.10.2015, S. 26. Siehe hier auch zur Begründung der Ausklammerung von anderen Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien.

3. Zulassung ergänzender Beteiligungsmöglichkeiten

Neben der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung – gleichwohl als Teil dieses ersten Wegs – sieht das Gesetz ergänzende (§ 10 Abs. 1) Beteiligungsformen vor. Danach kann der Vorhabenträger den Kaufberechtigten andere Möglichkeiten wirtschaftlicher Teilhabe anbieten. Eine solche ergänzende Beteiligungsmöglichkeit kann nach § 10 Abs. 1 S. 1 BÜGemBeteilG etwa das Angebot eines verbilligten lokalen Stromtarifes sein, das gem. § 10 Abs. 1 gegenüber der gesellschaftsrechtlichen Teilhabe nicht wirtschaftlich gleichwertig sein muss. Im Falle der Annahme des Angebots können sich verpflichtete Vorhabenträger so von der gesellschaftsrechtlichen Verpflichtung gegenüber dem einzelnen Beteiligungsberechtigten freizeichnen, ohne dass dies aber zu einer Schmälerung der Pflicht des Vorhabenträgers zur Gewährleistung gesellschaftsrechtlicher Beteiligungsmöglichkeiten gegenüber kaufberechtigten Dritten führt.

4. Alternative Teilhabeformen: Sparprodukt und Ausgleichsabgabe

Einen alternativen zweiten Weg können Vorhabenträger beschreiten, indem sie sich gegenüber kaufberechtigten Anwohnern durch die einseitige Ausübung eines Wahlrechts zugunsten des über ein Kreditinstitut abzuwickelnden Angebots eines Sparprodukts (§ 12) von ihrer gesetzlich vorgesehenen Pflicht zur gesellschaftsrechtlichen Beteiligung befreien (§ 10 Abs. 5, 6 S. 1, 7 S. 1). Gegenüber kaufberechtigten Gemeinden ist eine Befreiung von der primären Pflicht zwar auch durch die Ausübung eines Wahlrechts durch den Vorhabenträger zugunsten der Leistung einer regelmäßigen Ausgleichsabgabe an die berechtigten Gemeinden (§ 11) möglich. Hier tritt die befreiende Wirkung allerdings nur dann ein, wenn die einzelne Gemeinde der Ersetzung der primären Verpflichtung auch zustimmt (§ 10 Abs. 5, 6 S. 1, 7 S. 2).

5. Nebenpflichten und Administrierung des Gesetzes

Neben den im Mittelpunkt stehenden Beteiligungsregelungen ist das Gesetz weiterhin durch zahlreiche Informationspflichten der Vorhabenträger gegenüber den Kaufberechtigten (§ 4 Abs. 3; § 7; § 8 Abs. 1; § 10 Abs. 6) sowie der zuständigen Behörde (§ 6 Abs. 7, § 8 Abs. 2, § 12 Abs. 10, § 13 Abs. 2) gekennzeichnet. Unter anderem muss der Vorhabenträger die kaufberechtigten natürlichen Personen über die Einsicht der Melderegister ermitteln und gem. § 7 Abs. 1 einzeln schriftlich zur Abgabe eines Angebots zum Vertragsschluss auffordern³⁸.

³⁸ Entgegen der gesetzlichen Bezeichnung als Offerte gem. § 4 Abs. 1 S. 1 und § 7 BÜGemBeteilG handelt es sich im juristischen Sinne noch nicht um ein annahmefähiges Angebot seitens des Vorhabenträgers, sondern allein um eine sog. invitatio ad offerendum, d. h. um eine Aufforderung zur Abgabe eines Vertragsangebotes, das dann seinerseits der Annahme durch den Vorhabenträger zwecks Zustandekommens eines Vertrages bedarf.

Weitere Bestimmungen dienen schließlich der zeitlichen Einpassung der Beteiligung in den Planungs- und Realisierungsprozess der erfassten Windenergieanlagen (§ 4 Abs. 3 S. 1) sowie die Ausschreibungsverfahren nach dem EEG (§ 4 Abs. 3 S. 2). Ein großer Teil der Regelungen des BüGemBeteilG ist zudem bußgeldbewehrt (§ 14). Rechtsverletzungen können mit Geldbußen bis zu 1 Mio Euro belegt werden (§ 14 Abs. 2).

II. Zuständigkeit zur Regelung materieller Beteiligungsmaßnahmen in der bundesstaatlichen Kompetenzordnung

Materielle Beteiligungsmaßnahmen wie diejenigen des BüGemBeteilG verändern die Interessenabgewogenheit sachlich-inhaltlicher Entscheidungen, wie sie Regelungen über die Zulässigkeit der Errichtung und des Betriebs von Windenergieanlagen oder aber deren wirtschaftlicher Förderung zugrundeliegen³⁹. Hieraus ergibt sich ein Konfliktpotenzial, dass im Rahmen der bundesstaatlichen Kompetenzordnung des Grundgesetzes zu lösen ist.

Zwar war es wohl nicht die Absicht früherer Bundesgesetzgeber, eine Sperrwirkung zu Lasten der Länder im Bereich der finanziellen Teilhabe am Ausbau der Windenergie zu erzeugen (1.). Im Ergebnis bleiben aber Zweifel daran bestehen, ob die Regelung von Maßnahmen der materiellen Beteiligung als eigenständiger Regelungsbereich im Bereich konkurrierender Gesetzgebungsmaterien anerkannt werden kann und deshalb Länder hier auch ohne ausdrückliche bundesrechtliche Öffnungsklausel tätig werden dürfen (2.). § 36g Abs. 7 EEG ändert hieran für die Vergangenheit und damit auch für das BüGemBeteilG nichts, eröffnet jedoch für die Zukunft den Ländern weitergehende Handlungsmöglichkeiten (3.).

1. Keine Sperrwirkung zu Lasten der Länder aufgrund absichtsvollen Regelungsverzichts des Bundes

a) Verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt

Nach der kompetenzrechtlichen Grundregel der Verfassung in Art. 70 Abs. 1 GG steht primär den Ländern die Gesetzgebungszuständigkeit zu. Der Bund ist danach nur dann zur Gesetzgebung berufen, soweit ihm ausdrücklich an anderer Stelle der Verfassung eine Kompetenz zugewiesen wird. Dies geschieht freilich für zentrale Materien in der Form ausschließlicher⁴⁰ oder konkurrierender⁴¹ Zuständigkeiten, sodass von dem rechtstechnisch erzeugten Regelausnahmeverhältnis zwischen Ländern und Bund⁴² für die Länder tatsächlich nicht eine Re-

³⁹ Hierzu bereits oben B. II. 2.

⁴⁰ Art. 71, 73 Abs. 1 GG.

⁴¹ Art. 72, 74 Abs. 1 GG.

⁴² Rozek, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 70 Rn. 2.

gel-, sondern allein eine Restzuständigkeit für die namentlich nicht aufgeführten Regelungsmaterien verbleibt⁴³.

So steht im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit zwar zunächst auch den Ländern die Gesetzgebungszuständigkeit zu. Nach Art. 72 Abs. 1 GG sind die Länder jedoch nur solange und soweit zu Regelungen befugt, wie nicht der Bund durch Gesetz von seiner Zuständigkeit Gebrauch gemacht hat. Der Bund kann mithin durch sein Tätigwerden die Regelungszuständigkeit der Länder sperren. Voraussetzung hierfür ist, dass der Bund von seiner Zuständigkeit erschöpfend, d. h. abschließend für eine bestimmte Regelungsmaterie Gebrauch gemacht hat⁴⁴.

Ob dies der Fall ist, muss nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Wege der (objektivierten⁴⁵) Auslegung und durch Betrachtung des gesamten einschlägigen Regelungskomplexes bestimmt werden⁴⁶. Der Wille des Bundesgesetzgebers, eine abschließende Regelung vorzunehmen, muss dabei jedenfalls als objektivierter Wille aus Gesetzgebungsgeschichte und -materialien ersichtlich sein⁴⁷. Insoweit kann sich eine Sperrwirkung jedoch auch aus einem absichtsvollen Regelungsverzicht, bzw. aus einem beredten Schweigen des Gesetzgebers ergeben⁴⁸.

b) Kein absichtsvoller Regelungsverzicht des Bundes

Entsprechend konzentrierte sich die bisherige Diskussion um die Zuständigkeit Mecklenburg-Vorpommerns zum Erlass des BüGemBeteilG⁴⁹ auf die folgende Frage: Wurde zulasten der Länder durch Erlass der älteren Fassungen der bundesrechtlichen EEG, des EnWG sowie des BImSchG für die Materien der Energiewirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11) sowie der Luftreinhaltung und Lärmbekämpfung (Nr. 24) eine Sperrwirkung für Maßnahmen der materiellen Teilhabe herbeigeführt?

Zwar hatte sich der Landesgesetzgeber in Mecklenburg-Vorpommern primär auf die Abweichungskompetenz zur Regelung der Raumordnung gem. Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GG berufen⁵⁰ und entsprechend im Zuge des Erlasses des BüGemBeteilG auch Änderungen im Landesplanungsgesetz durch das Einfügen eines neuen teilhabebezogenen Grundsatzes der

⁴³ *Rozek*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 70 Rn. 3. Für den Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 72 Rn. 56.

⁴⁴ BVerfGE 102, 99, 114; 85, 134, 142.

⁴⁵ Vgl. *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 72 Rn. 70.

⁴⁶ BVerfGE 113, 348 (369).

⁴⁷ BVerfGE 102, 99 (114 f.); *Degenhart*, in: Sachs, Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 72 Rn. 27 m.w.N.

⁴⁸ BVerfGE 98, 265 (300); *Degenhart*, in: Sachs, Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 72 Rn. 25.

⁴⁹ Dabei handelt es sich wohl um die umstrittenste Frage des BüGemBeteilG überhaupt, vgl. auch *Vollprecht*, Erhöhung der Akzeptanz von Windenergieanlagen, ZUR 2017, 698 (703); *Böhlmann-Balan/Herms/Leroux*, Neuer Wind für die Bürgerbeteiligung, ER 2016, 241 (246).

⁵⁰ Gesetzentwurf, Ldt-Drs. 6/4568 vom 7.10.2015, S. 23 sowie S. 22 hinsichtlich der Änderung des Landesplanungsgesetzes. Eine Änderung dieser Vorschrift hat auch im weiteren Gesetzgebungsverfahren nicht mehr stattgefunden, vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Energie, Infrastruktur und Landesentwicklung (8. Ausschuss), Drs. 6/5335 vom 12.04.2016, S. 7.

Raumordnung in § 2 Nr. 7 LPIG MV sowie eines Teilhabevorbehalts bei der Gebietskategorie der Windeignungsgebiete in § 4 Abs. 9 S. 1 Nr. 3 LPIG MV vorgenommen. Angesichts der an der Qualifizierung des BüGemBeteilG als Mittel zur Lösung eines raumordnerischen Konfliktausgleichs zu Recht schon im Gesetzgebungsverfahren geübten Kritik⁵¹ hatte sich der Landesgesetzgeber jedoch ergänzend bereits auch auf die konkurrierenden Gesetzgebungstitel des Rechts der (Energie-) Wirtschaft sowie des Rechts der Luftreinhaltung gestützt⁵².

Geht man jedoch mit guten Gründen davon aus, dass das BüGemBeteilG nicht durch den Kompetenztitel der Raumordnung getragen werden konnte, hätte die Annahme einer Sperrwirkung im Bereich der genannten Materien der konkurrierenden Gesetzgebung die Unzuständigkeit Mecklenburg-Vorpommerns insgesamt zur Folge. Da sich der Bundesgesetzgeber weder im EEG noch im EnWG oder im BImSchG je ausdrücklich zu Instrumenten der materiellen Teilhabe der Öffentlichkeit verhalten hat, ist zu klären, ob insoweit jedenfalls ein beredtes Schweigen im Sinne eines bewussten Regelungsverzichts anzunehmen ist⁵³. Dies wird durchaus unterschiedlich beurteilt.

Während teilweise unter Verweis auf die Gesetzesbegründung zum EEG 2000 und die dortigen Erwägungen zu den gesamtwirtschaftlichen Effekten der Förderung von EE-Strom von

⁵¹ Dieser Diskussion soll hier nicht im Einzelnen nachgegangen werden. Nach hier vertretener Ansicht ist den Kritikern jedoch Recht zu geben. Die Raumordnungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG, Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GG wird durch das im Gesetzgebungsentwurf niedergelegte Verständnis von den Regelungen des BüGemBeteilG als raumordnerischem Konfliktausgleich überdehnt. Die Raumordnung wird hier zulasten der Fachkompetenzen des Rechts der Energiewirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) und der Luftreinhaltung sowie der Lärmbekämpfung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG) ausgeweitet und im Sinne einer „integrative[n] Überkompetenz“ verstanden, vgl. die allgemeine Kritik bei *Durner*, Konflikte räumlicher Planungen, 2005, S. 256 sowie *Deutsch*, Luftrechtliche Fachplanung und Gesamtplanung, EurUP 2016, 90 (92). Die hier vertretene Ansicht wurde ebenso bezogen auf den Entwurf des BüGemBeteilG vorgetragen durch den Wissenschaftlichen Dienst des Bundestages, Zulässigkeit von Beteiligungsmöglichkeiten für betroffene Dritte an Windparkvorhaben, WD 3 – 3000 – 026/16, S. 5; *Bundesverband Windenergie e.V. (BWE)/Landesverband Mecklenburg-Vorpommern, WindEnergy Network e.V.*, Gemeinsame Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes über die Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden an Windparks in Mecklenburg-Vorpommern und zur Änderung weiterer Gesetze gemäß Vorlage zur Kabinettsitzung vom 23. Juni 2015, S. 14 f.; *Greenpeace Energy eG, Bringewat*, Stellungnahme zum Fragenkatalog im Rahmen der öffentlichen Anhörung zum Entwurf des BüGemBeteilG vom 13. Januar 2016, S. 3. Vgl. auch *Maly/Meister/Schomerus*, Finanzielle Bürgerbeteiligung – Rechtlicher Rahmen und Herausforderungen, in: *Holstenkamp/Radtke*, Handbuch Energiewende und Partizipation, 2018, 371 (377); *Böhlmann-Balan/Herms/Leroux*, Neuer Wind für die Bürgerbeteiligung, ER 2016, 241 (247).

⁵² Gesetzentwurf, Ldt-Drs. 6/4568 vom 7.10.2015, S. 24. Der ebenfalls angeführte Kompetenztitel der Bodenordnung gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 Alt. 2 GG kommt dagegen nicht in Betracht, da das BüGemBeteilG gerade nicht die Beziehung des Menschen zu Grund und Boden und deren (baulicher) Nutzbarkeit unmittelbar beeinflusst, wie dies nötig wäre. I.E. ebenso *Ott/Schäfer-Stradowsky*, Gesetz über die Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden an Windparks in Mecklenburg-Vorpommern, EnWZ 2016, 68 (74).

⁵³ Vgl. BVerfGE 98, 265 (300). Festzuhalten, wenn auch nicht im einzelnen zu diskutieren ist, dass der Bund für den Erlass von Akzeptanzmaßnahmen auch gem. Art. 72 Abs. 2 GG im Bereich des Rechts der Wirtschaft eine Regelungszuständigkeit besitzt. Dies ergibt sich bereits aus dem engen Zusammenhang zwischen Akzeptanzmaßnahmen und der sachlich-inhaltlichen Regelungen, sodass es auf ein Vorliegen der Anforderungen des Art. 72 Abs. 2 GG im Einzelnen nicht ankommt, a.A. Ausarbeitung des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages, WD 3 – 3000 – 026/16, S. 9 f. sowie Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Vereinbarkeit des bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetzes M-V mit den Grundrechten der Vorhabenträger und Möglichkeiten zur Schaffung entsprechender Regelungen auf Bundesebene, WD 3 – 3000 – 149/16, S. 13 f.

einem bewussten Regelungsverzicht ausgegangen wird⁵⁴, lehnen andere Stimmen aufgrund der Allgemeinheit der gesetzgeberischen Erwägungen, deren Bezogenheit allein auf gesamtwirtschaftliche Effekte sowie des Fehlens von Überlegungen zur Umverteilung der wirtschaftlichen Wertschöpfung eine solche Schlussfolgerung ab⁵⁵. Auch ein rechtsvergleichender Schluss vom dänischen Förderregime⁵⁶, in dessen Rahmen auch die Beteiligungsmöglichkeiten mitgeregelt worden seien, erlaubt für sich genommen keinen eindeutigen Schluss auf einen insoweit behaupteten untrennbaren Regelungszusammenhang von Förderregime einerseits und Beteiligungsmöglichkeiten andererseits⁵⁷, zumal sich die Frage der Kompetenzverteilung angesichts des vom deutschen verschiedenen Staatsaufbaus in Dänemark gar nicht in gleicher Weise stellt. Schließlich kann aus dem Umstand der materiellen Privatisierung von Energieversorgern kaum auf eine Entscheidung für eine rein marktbasierter Stromerzeugung in dem Sinne geschlossen werden, dass jegliche Eingriffe in die Organisation der Stromerzeugung unterbleiben müssten⁵⁸.

Die Diskussion zeigt die Tücken des Versuches, einen objektivierten Willen des Gesetzgebers überhaupt mit hinreichender Sicherheit festzustellen⁵⁹. In der Tat sprechen jedoch vorliegend die besseren Gründe für die Annahme, dass sich der Bundesgesetzgeber bei der Konzeption der älteren Fassungen des EEG, insbesondere dessen Ursprungsfassung im Jahr 2000, zwar Gedanken über die daraus erwachsenden volkswirtschaftlichen Folgen gemacht⁶⁰, die unmittelbare materielle Beteiligung Betroffener aber nicht auch nur erwogen hat. Auch das EnWG, welches sich seiner Zielsetzung nach § 1 zwar mit dem Ziel des BüGemBeteilG überschneidet, die Mittel für die Erreichung des Ziels aber nicht vorgibt, scheint einen Spielraum für landesgesetzgeberische Akzeptanzmaßnahmen zu bieten⁶¹. Entsprechend dem allgemeinen Maßstab ist danach auch keine Sperrwirkung zulasten der Länder und damit auch Mecklenburg-Vorpommerns eingetreten⁶².

⁵⁴ Greenpeace Energy eG, *Bringewat*, Stellungnahme zum Fragenkatalog im Rahmen der öffentlichen Anhörung zum Entwurf des BüGemBeteilG vom 13. Januar 2016, S. 5.

⁵⁵ *Ott/Schäfer-Stradowsky*, Gesetz über die Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden an Windparks in Mecklenburg-Vorpommern, EnWZ 2016, 68 (75).

⁵⁶ Ausführlich hierzu *Papke*, Die Regelungen zur Förderung der Akzeptanz von Windkraft in Dänemark, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 32 vom 08.03.2018, abrufbar unter <http://stiftung-umweltenergierecht.de/publikationen/>.

⁵⁷ So aber *Bringewat*, Stellungnahme zum Fragenkatalog im Rahmen der öffentlichen Anhörung zum Entwurf des BüGemBeteilG vom 13. Januar 2016, S. 5.

⁵⁸ So aber *Milstein*, Die Beteiligung der Bürger und Gemeinden an Windparks in privater Trägerschaft durch Landesgesetz, ZUR 2016, 269 (274).

⁵⁹ Vgl. Wittreck, in: Dreier, Grundgesetz, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 72 Rn. 26; *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 72 Rn.70.

⁶⁰ Vgl. die Gesetzesbegründung zum EEG in BT-Drs. 14/2776, S. 18.

⁶¹ *Ott/Schäfer-Stradowsky*, Gesetz über die Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden an Windparks in Mecklenburg-Vorpommern, EnWZ 2016, 68 (76).

⁶² Neben den in vorangehenden Fußnoten genannten so auch *Bovet/Lienhoop*, Trägt die wirtschaftliche Teilhabe an Flächen für die Windkraftnutzung zur Akzeptanz bei? Zum Gesetzesentwurf eines Bürger- und Gemeindebeteiligungsgesetzes in Mecklenburg-Vorpommern unter Berücksichtigung von empirischen Befragungen, ZNER 2015, 227 (231); Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Zulässigkeit von Beteiligungsmöglichkeiten für betroffene Dritte Windparkvorhaben, WD 3 – 3000 – 026/16, S. 9; A.A. auch *Böhlmann-Balan/Herms/Leroux*, Neuer Wind für die Bürgerbeteiligung, ER 2016, 241 (247).

2. Maßnahmen materieller Teilhabe als eigenständiger Regelungsbereich im Bereich konkurrierender Gesetzgebungsmaterien?

Damit dürfte die Kompetenzfrage aber nicht abschließend geklärt sein. Die Nähe materieller Beteiligungsmaßnahmen zu den sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen für Windenergievorhaben und die Tatsache, dass gerade die Abgrenzung von Kompetenzfragen einen hohen Grad an Rechtssicherheit erfordert⁶³, verlangen eine tiefere, eher systematisch als anekdotisch aufgehängte Prüfung.

Unterstellt man nämlich im Rahmen von Kompetenzabgrenzungen, dass Maßnahmen der Akzeptanzschaffung durch materielle Teilhabe einen eigenständigen Regelungsbereich⁶⁴ unabhängig von der jeweils betroffenen Sachfrage bilden können, für welche Akzeptanz geschaffen werden soll – hier der Realisierung und Förderung von Windenergievorhaben – so bestünde die Gefahr eines regelmäßigen Unterlaufens der bundesstaatlichen Kompetenzschränke des Art. 72 Abs. 1 GG. Mit der Regelung der Sachfragen einer bestimmten Materie, wäre dann der Regelungsbereich der Akzeptanz nicht automatisch miterfasst. Unter Berufung auf das Ziel der materiellen Öffentlichkeitsbeteiligung könnte dann jede bundesgesetzgeberische Entscheidung in der Sache, die bereits eine Abwägungsentscheidung über das Vor- und Zurückstellen bestimmter betroffener Interessen enthält und für sich genommen den Anforderungen der Verfassung genügen muss⁶⁵, durch Länderregelungen „ergänzt“ werden, um etwa unter Berufung auf einen Mangel an Verteilungsgerechtigkeit den kaum objektiv zu bestimmenden Akzeptanzgrad eines bestimmten regulatorischen Vorhabens des Bundes zu erhöhen. Die Länder wären zwar auch weiterhin daran gehindert, über ergänzende Akzeptanzmaßnahmen Zwecke zu fördern, welche den bundesrechtlichen Zielen unmittelbar zuwiderlaufen. Die Regelungskonzeption bundesrechtlicher Gesetze würde gleichwohl nicht unerheblich geschwächt.

Es wäre dann nämlich immerhin möglich, die auch durch die bundesrechtlichen Regelungen angestrebten Ziele – etwa den bundesrechtlich insbesondere über EEG, BImSchG und planungsrechtliche Normen gesteuerten Ausbau der Windenergie – zusätzlich über die finanziellen Beteiligungsmaßnahmen des BüGemBeteilG zu verfolgen. Ein solches Vorgehen wäre ggf. nur dann auch bei grundsätzlicher Anerkennung von Teilhabemaßnahmen als eigenständigem Regelungsbereich der Gesetzesmaterie Energierecht gesperrt, würden bestimmte Mittel durch den Bundesgesetzgeber im Rahmen einer sachlich-inhaltlichen Regelung ausdrücklich zur Zielerreichung ausgeschlossen. Da dies regelmäßig jedoch nicht erfolgt, stünden bestehende Bundesregelungen unter dem Vorbehalt ihrer Ergänzung durch weitere Maßnahmen der materiellen Öffentlichkeitsbeteiligung der Länder.

⁶³ Vgl. *Degenhart*, in: Sachs, Grundgesetz, Art. 72 Rn. 25 unter Verweis auf Sondervotum BVerfGE 98, 265.

⁶⁴ Zur Unterscheidung von Regelungsmaterien, Regelungsbereichen und Regelungsstufen siehe *Degenhart*, in: Sachs, Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 72 Rn. 32. Unklar bleibt allerdings auch hier, wann etwa eine eigenständige Regelungsmaterie oder ein eigenständiger Regelungsbereich vorliegt und wann vielmehr von deren Einheitlichkeit auszugehen ist.

⁶⁵ *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 72 Rn. 69.

Um der vorstehend beschriebenen Konsequenz zu entgehen, scheinen in dogmatischer Hinsicht im Rahmen der Anwendung von Art. 72 Abs. 1 GG verschiedene Weg gangbar:

Zum einen kann man die Regelung von Sachfragen und auf sie bezogene Akzeptanzmaßnahmen stets als einheitliche Regelungsmaterie ohne Möglichkeit ihrer Gliederung in verschiedene Regelungsbereiche ansehen, sodass mit der Ausgestaltung der Sachfrage die Materie stets insgesamt erschöpft wird und damit kein Spielraum für eigenständige Länderregelungen bleibt. Sieht man dagegen getrennte Regelungsbereiche vorliegen, die grundsätzlich auch der Ausgestaltung durch verschiedene Gesetzgeber zugänglich sind, so scheint es – zweitens – auf dem Boden einer objektivierten Auslegung⁶⁶ gleichwohl naheliegend anzunehmen, dass der Bundesgesetzgeber bei der Schaffung von Gesetzen regelmäßig davon ausgeht, dass seine Regelungen auf ein hinreichendes Maß an Akzeptanz bei den Normunterworfenen stoßen werden, sodass das Erreichen seines regulatorischen Ziels nicht grundsätzlich in Frage gestellt ist. Weiterhin dürfte der Gesetzgeber davon ausgehen, dass er seine Normbefehle, wo nötig, mit Zwang durchsetzen kann oder aber – wenn er hieran Zweifel hat – selbst akzeptanzrelevante Impulse in sein Regelungskonzept aufnimmt. Eine positive Äußerung hinsichtlich des insoweit abschließenden Charakters einer Regelung in den Gesetzesmaterialien kann dann aber nicht erwartet werden, da die hier getroffene Annahme den Normalfall repräsentieren würde und insoweit kaum besonderer Erwähnung bedürfte. Dann aber schiene es auch im vorliegenden Fall problematisch, allein aus dem Fehlen einer entsprechenden ausdrücklichen Äußerung im Gesetz zu schließen, dass der Bundesgesetzgeber den Ländern einen Regelungsspielraum überlassen wollte. Aufgrund des beschriebenen engen Zusammenhangs wäre bzgl. Maßnahmen der Akzeptanzschaffung durch materielle Öffentlichkeitsbeteiligung stets ein beredtes Schweigen des Sachgesetzgebers anzunehmen.

Schließlich lässt sich argumentieren, dass die Kompetenz zur Regelung von Fragen der materiellen Öffentlichkeitsbeteiligung, aufgrund der oben beschriebenen engen Verknüpfung mit den geregelten Sachfragen und dem dienenden Charakter der Akzeptanzregelungen zur Umsetzung der Sachregelungen als Annex zur Sachkompetenz zu verstehen ist⁶⁷. Auch insoweit müsste jedoch von deren Gebrauch im Wege eines beredten Schweigens ausgegangen werden, um eine Sperrwirkung zulasten der Länder zu begründen⁶⁸.

Von den so skizzierten Wegen scheint der zweite vorzugswürdig. Zwar führt auch dieser zu einer nicht unerheblichen Einschränkung der Regelungszuständigkeit der Länder im Bereich der vorliegend anhand des BüGemBeteilG diskutierten materiellen Beteiligungsmaßnahmen entgegen der grundgesetzlichen Kompetenzverteilungsregel des Art. 70 Abs. 1 GG⁶⁹. Inso-

⁶⁶ Zur Notwendigkeit objektivierter Auslegungselemente *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 72 Rn. 70.

⁶⁷ Zum dienenden Charakter der Annexkompetenz *Rozek*, in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 70 Rn. 48.

⁶⁸ Zur Möglichkeit einer Sperrwirkung durch beredtes Schweigen im Falle einer Kompetenz kraft Sachzusammenhangs BVerfGE 98, 265, 300 ff.; ablehnend *Rozek*, in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 70 Rn. 46.

⁶⁹ *Jarass*, NVwZ 1996, 1041, 1044 f.; zustimmend *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 72 Rn. 75.

weit bleibt auch zu bedenken, dass auch sonst beim gesetzgeberischen Tätigwerden der Länder im Bereich von durch den Bund nicht abschließend geregelten Sachmaterien ein Einfluss auf die auch durch den Bund bereits abgewogenen Interessen nicht geleugnet werden kann. Gleichwohl werden solche Landesregelungen für zulässig gehalten, etwa weil sich diese anderer regulatorischer Mittel bedienen, die traditionell als eigenständig im gesetzgeberischen Instrumentenkanon angesehen werden⁷⁰. Gleichzeitig lässt sich auf der Grundlage dieser Ansicht aber ein Konflikt zwischen der Gesetzgebung des Bundes und der Länder zuverlässig verhindern und verschließt zugleich nicht die Möglichkeit, dass der Bund den Ländern eine Zuständigkeit ausdrücklich eröffnet⁷¹. Dies wäre etwa bei der Annahme einer Annexkompetenz des Bundes zur Regelung von Akzeptanzfragen nicht der Fall, da deren Annahme bereits per Definition voraussetzt, dass die Regelung der Sachfrage sowie der Annexmaterie zwingend einheitlich erfolgen muss⁷², eine Übertragung der Kompetenz zur Regelung der Annexmaterie durch den Bund hiermit also nicht vereinbar wäre.

3. Bedeutung des § 36g Abs. 7 EEG

a) Bedeutung für die Zuständigkeit Mecklenburg-Vorpommerns zum Erlass des BüGemBeitG

Blickt man in Kenntnis der vorstehend aufgezeigten Diskussion auf den im Rahmen EEG 2017 eingeführten § 36g Abs. 7 EEG⁷³, so könnte man zunächst meinen, dass mit Erlass dieser Regelung der Streit inzwischen obsolet geworden ist. Darin formulierte der Bundesgesetzgeber deutlich, dass die Länder „weitergehende Regelungen zur Bürgerbeteiligung und zur Steigerung der Akzeptanz für den Bau von neuen Anlagen erlassen“ können, sofern dadurch nicht das Verbot der Doppelförderung nach § 80a EEG beeinträchtigt würde.

Auf den zweiten Blick zeigt sich jedoch, dass die Frage rechtlich verbindlich so nicht entschieden werden konnte. Zwar ist die Regelung des § 36g Abs. 7 EEG nicht auf den Bereich der Bürgerenergie beschränkt, will den Ländern also nicht nur Öffentlichkeitsbeteiligungs- und Akzeptanzmaßnahmen gestatten, die im unmittelbaren Zusammenhang mit Bürgerenergie stehen⁷⁴ und würde insoweit sachlich auch die Regelungen des BüGemBeitG tragen. Auch sprechen Äußerungen im Gesetzgebungsverfahren dafür, dass der Bundesgesetzgeber die Regelung lediglich als Klarstellung und nicht als konstitutive Rechtsänderung ver-

⁷⁰ In diesem Zusammenhang wird etwa auf das Immissionsschutzrecht verwiesen, bei dem trotz vorhandener bundesrechtlicher Regelung den Ländern die Kompetenz zur Regelung verhaltensbezogenen Lärms verbleibt. Diese Materie wird insoweit als eigenständig neben den bundesrechtlichen anlagenbezogenen Regelungen gesehen, vgl. *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 72 Rn. 83.

⁷¹ Zu § 36g Abs. 7 EEG sogleich.

⁷² Zur Notwendigkeit eines funktionalen (unlösbaren) Zusammenhangs, *Rozek*, in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 70 Rn. 48.

⁷³ Eingeführt als § 36g Abs. 6 EEG, BGBl. S. 2016 Teil I Nr. 49, ausgegeben am 18.10.2016, S. 2275.

⁷⁴ Hierfür sprechen auch die Erwägungen in den Gesetzesmaterialien, vgl. BT-Drs. 18/9096, S. 363, wo eine Beschränkung auf den Bereich der Bürgerenergie nicht erwähnt wird und allein negativ bestimmt wird, dass die Ausschreibungen durch solcherlei Maßnahmen nicht unmittelbar betroffen sein dürfen.

standen wissen wollte. So hieß es in der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie, dass „durch die Einfügung des Absatzes 6 [in der finalen Fassung dann Abs. 7] [...] klargestellt“ werde, „dass die Länder darüber hinaus“ Regelungsspielräume besäßen⁷⁵.

Zu beachten ist aber, dass es sich hier um eine Äußerung im Gesetzgebungsverfahren anlässlich des EEG 2017 handelt. Diese Äußerung fand nicht nur erst nach Erlass des BüGemBeteilG statt. Vielmehr kann sie auch aufgrund der Gewaltenteilung zwischen Legislative und Judikative allenfalls mittelbar und eingeschränkt die Regelungsabsicht früherer Gesetzgeber hinsichtlich der älteren Fassungen des EEG – jedenfalls der Fassungen bis zum EEG 2014⁷⁶ – des EnWG oder des BImSchG widerspiegeln. Die Äußerung bringt in erster Linie eine (unverbindliche) Rechtsansicht über die bisherige Rechtslage zum Ausdruck. Auch wenn diese in einem Gesetzgebungsverfahren stattfand und der Gesetzgeber des EEG 2017 sich damit die Ansicht derjenigen zu eigen gemacht haben dürfte, die davon ausgehen, dass auch zuvor schon eine konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit für Öffentlichkeitsbeteiligungs- und Akzeptanzmaßnahmen bei den Ländern trotz gesetzgeberischer Aktivitäten des Bundes verblieben war⁷⁷, kann die Äußerung als Teil der Entstehungsgeschichte des EEG 2017 doch nicht den Willen früherer Gesetzgeber authentisch repräsentieren⁷⁸. Eine solche durch einen späteren Gesetzgeber geäußerte Rechtsansicht ist vielmehr lediglich als Teil der Entwicklungsgeschichte der Regelungen von EEG, EnWG und BImSchG zu berücksichtigen⁷⁹.

b) Bedeutung für künftige Teilhaberegelungen der Länder

Damit aber bleibt der bereits dargestellte Streit um die Gesetzgebungskompetenz von Mecklenburg-Vorpommern zum Erlass des BüGemBeteilG weiterhin aktuell. Und auch für die Zukunft bleiben Fragen offen: Geht man davon aus, dass die Länder auch schon bislang die Kompetenz zum Erlass von Öffentlichkeitsbeteiligungs- und Akzeptanzmaßnahmen hatten, so wäre § 36g Abs. 7 EEG rein deklaratorisch und erklärte nur für die Zukunft, dass die Länder ihre Kompetenz jedenfalls für gegenüber bundesrechtlichen Maßnahmen weitergehende Regelungen behalten.

⁷⁵ Vgl. die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie vom 06.07.2016, BT-Drs. 18/9096, S. 363.

⁷⁶ Das EEG 2014 wurde demgegenüber immerhin in derselben Legislaturperiode wie das EEG 2017 erlassen.

⁷⁷ So etwa *Ott/Schäfer-Stradowsky*, Gesetz über die Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden an Windparks in Mecklenburg-Vorpommern, EnWZ 2016, 68 (75); wohl auch *Bovet/Lienhoop*, Trägt die wirtschaftliche Teilhabe an Flächen für die Windkraftnutzung zur Akzeptanz bei? Zum Gesetzesentwurf eines Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetzes in Mecklenburg-Vorpommern unter Berücksichtigung von empirischen Befragungen, ZNER 2015, 227 (231), auch wenn hier ausdrückliche Erwägungen zum Vorliegen eines beredten Schweigens fehlen; Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Zulässigkeit von Beteiligungsmöglichkeiten für betroffene Dritte an Windparkvorhaben, WD 3 – 3000 – 026/16, S. 9.

⁷⁸ BVerfGE 111, 54 – Rechenschaftsbericht, juris Rn. 235: „Im Übrigen kommt es dem Gesetzgeber nicht zu, ein Gesetz rückwirkend authentisch zu interpretieren. Die Auslegung [...] obliegt ausschließlich den Gerichten.“

⁷⁹ Vgl. zur Unterscheidung von Entstehungsgeschichte und Entwicklungsgeschichte einer Norm nur *Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, 5. Aufl. 2011, S. 66 f.

Folgt man dagegen der hier erwogenen Lösung⁸⁰, dass mit der Regelung einer Sachfrage im Rahmen der Kompetenzabgrenzung bei der konkurrierenden Gesetzgebung nach Art. 72 Abs. 1 GG im Regelfall davon auszugehen ist, dass der Bundesgesetzgeber damit automatisch auch Fragen der materiellen Beteiligung zum Zwecke der Akzeptanzsteigerung jedenfalls stillschweigend abschließend mitbehandelt hat, so bestand insoweit für Landesregelungen vor Erlass des § 36g Abs. 7 EEG eine Sperrwirkung gem. Art. 72 Abs. 1 GG. Dann aber stellt sich die Frage, ob der Bund mit § 36g Abs. 7 EEG im Stile einer Länderöffnungsklausel die Kompetenz erfolgreich auf die Länder (rück-) übertragen hat.

Die Regelung des § 36g Abs. 7 EEG soll ja jedenfalls für die Zukunft gerade dazu führen, dass die Länder Regelungen zur Akzeptanzsteigerung treffen können, die über diejenigen des Bundes hinausgehen. Hier liegt also eine ausdrückliche Willensäußerung des Gesetzgebers des EEG 2017 vor, dass er für die Zukunft seine bisherigen Regelungen nicht als abschließend verstanden wissen will. Dies mag man angesichts der hier beschriebenen engen Verbindung solcher Beteiligungsinstrumente zur Abgewogenheit der sachlich-inhaltlichen Regelungen insoweit für bedenklich halten, als dadurch ein Stück weit die Interessenabgewogenheit der Bundesregelungen in Frage gestellt werden, ändert aber nichts am klar zum Ausdruck gebrachten gesetzgeberischen Willen.

Die Rückübertragung einer einmal durch den Bund ausgeübten konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit auf die Länder ist ganz oder teilweise möglich. Dies hat etwa die verfassungsrechtliche Diskussion um die inzwischen außer Kraft getretene Länderöffnungsklausel in § 249 Abs. 3 des BauGB gezeigt⁸¹. Auch hier hatte der Bund eine bereits ausgeübte Gesetzkompetenz im Bereich des Bodenrechts insoweit auf die Länder (befristet) zurückübertragen, als diese ermächtigt wurden, den räumlichen Anwendungsbereich der Außenbereichsprivilegierung von Windenergieanlagen nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB zu beschränken⁸². Allein Bayern hatte hiervon dann auch in der Folge mit der sog. 10 H-Regelung Gebrauch gemacht⁸³.

Wenn jedoch die Kompetenzverteilung des Grundgesetzes betroffen ist, so muss jedenfalls klar sein, in welchem Umfang die Kompetenzrückübertragung stattfindet. Eben dies ist aber bei Betrachtung des § 36g Abs. 7 EEG nicht ganz leicht zu ermitteln. So lässt sich zwar der dort verwandte Begriff der Bürgerbeteiligung noch dahingehend verstehen, dass er grundsätzlich jede Form materieller (auch formeller?) Beteiligungsmaßnahmen erfassen soll, was nur solche sind, bei denen es in irgendeiner Form zu einer Teilhabe von Bürgern – unmittelbar oder etwa mittelbar als Gemeindeglieder – an Windenergievorhaben kommt.

⁸⁰ Siehe hierzu bereits C. II. 2.

⁸¹ Siehe hierzu nur *Grüner*, Die Länderöffnungsklausel im BauGB, NVwZ 2015, 108 (110 m.w.N.). St. Rspr. BVerfGE 35, 65 (73 f.). Kritisch zur Rechtsprechung des BVerfG *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 72 Rn. 60 ff. Anders auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Bereich der finanzverfassungsrechtlichen Zuständigkeitsbereiche, BVerfGE 105, 185 (194); 55, 274 (301).

⁸² Zur inhaltlichen Reichweite des inzwischen außer Kraft getretenen § 249 Abs. 3 BauGB *Grüner*, Die Länderöffnungsklausel im BauGB, NVwZ 2015, 108 (109).

⁸³ Hierzu *Fülbier/Wegner*, Die 10-H-Abstandsregelung für Windenergieanlagen – zur Umsetzung der Länderöffnungsklausel in Bayern, ZUR 2015, 149 ff.

Man stößt aber nicht nur auf Schwierigkeiten, wenn man versucht, zu ermitteln, wann eine Ländermaßnahme weitergeht als eine solche des Bundes: Ist dies bereits bei einer prozentual höheren gesellschaftsrechtlichen Beteiligung der Fall oder ist hierfür eine weitergehende Beteiligungsqualität – Beteiligung nicht nur finanzieller Art, sondern inhaltliche Mitbestimmungsbefugnisse – erforderlich? Vielmehr lässt sich auch nicht klären, was genau Regelungen zur Steigerung der Akzeptanz für den Bau von neuen Anlagen i.S.v. § 36g Abs. 7 Var. 2 EEG sind. Hierfür existiert keine nähere Beschreibung. In der Literatur werden hierunter zudem höchst heterogene Regelungen verstanden. So wird etwa auch die 10 H-Regelung Bayerns als Akzeptanzmaßnahme begriffen⁸⁴. Dass der Bundesgesetzgeber mit § 36g Abs. 7 Var. 2 EEG den Ländern die Möglichkeit (wieder-) eröffnen wollte, solch eine Regelung zu erlassen, darf aber getrost bezweifelt werden.

4. Zwischenergebnis

Sieht man die Regelungen des BüGemBeteilG in Mecklenburg-Vorpommern nicht als vom Kompetenztitel der Raumordnung getragen, sondern hält hierfür das Heranziehen verschiedener Kompetenztitel der konkurrierenden Gesetzgebung für nötig, hilft auch der neue § 36g Abs. 7 EEG nicht über die bestehenden Probleme hinweg.

Zwar dürfte der Bundesgesetzgeber in der Tat die Regelung materieller Beteiligungsmaßnahmen zugunsten Betroffener auch zuvor nicht erwogen haben und insoweit nach üblicherweise anzulegendem Maßstab im Rahmen von Art. 72 Abs. 1 GG keine Sperrwirkung der Bundesgesetzgebung zu Lasten Mecklenburg-Vorpommerns vorgelegen haben.

Aufgrund der besonderen Natur materieller Beteiligungsinstrumente könnte aber gleichwohl jedenfalls für die Vergangenheit davon auszugehen sein, dass die gesetzgeberischen Aktivitäten des Bundes im Bereich des Energierechts sowie des Immissionsschutzrechts auch ohne die Erwägung solcher Beteiligungsmaßnahmen zu einer Sperrwirkung zu Lasten der Länder nach Art. 72 Abs. 1 GG für den Erlass materieller Beteiligungsregelungen geführt hatten.

Für die Zukunft könnte § 36g Abs. 7 EEG dies potenziell geändert haben. Insoweit bestehen allerdings Zweifel daran, dass mit § 36g Abs. 7 EEG die Rückübertragung von Kompetenzen hinreichend bestimmt gelungen ist. Sollte es zu einer – nicht ganz unwahrscheinlichen – Novellierung von § 36g EEG kommen, könnte und sollte hier nachgeschärft werden. Die Wirksamkeit des § 36g Abs. 7 EEG vorausgesetzt, könnte auch der Gesetzgeber in Mecklenburg-Vorpommern durch einen erneuten Erlass des BüGemBeteilG immerhin die kompetenzrechtlichen Einwände gegen das Gesetz beseitigen. Offenbar will man jedoch zunächst den Ausgang der verfassungsgerichtlichen Verfahren abwarten.

⁸⁴ So etwa Köck, Akzeptanzprobleme der Windenergie und rechtliche Handlungsansätze, JbUTR 2017, 129 (147 ff.). Siehe zudem auch die als Lösungsmöglichkeiten für Akzeptanzdefizite gemachten Reformvorschläge bei Rodi, Das Recht der Windkraftnutzung zu Lande unter Reformdruck, ZUR 2017, 658 ff.

III. Grundrechtsbetroffenheiten durch materielle Teilhaberechte

Neben den Problemen der bundesstaatlichen Kompetenzzuordnung werfen staatliche Pflichten zur Gewährleistung wirtschaftlicher Teilhabe an Windenergievorhaben auch grundrechtliche Fragestellungen auf. Anders als etwa das als primär transparenzbasiertes Informationsinstrument konzipierte „Faire Siegel Windenergie“, wie es seit 2016 in Thürigen eingesetzt wird⁸⁵, basiert das BüGemBeteilG auf einer ordnungsrechtlichen Konzeption. Die darin enthaltenen, gem. § 14 BGemBeteilG größtenteils bußgeldbewehrten Verpflichtungen der Vorhabenträger stellen deshalb geradezu klassische Eingriffe in die wirtschaftlichen Freiheitsgrundrechte aus Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG (Eigentumsfreiheit) sowie Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG (Berufsausübungsfreiheit) betroffener Vorhabenträger dar (1.). Wegen der Beschränkung ihres Anwendungsbereichs auf bestimmte Windenergieanlagen und die Begrenzung der Gruppe der kaufberechtigten Bürger werfen die Regelungen zudem Fragen der Gleichbehandlung im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG auf (2.).

1. Die Betroffenheit der Wirtschaftsgrundrechte aus Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG sowie Art. 12 Abs. 1 GG

Materielle, d. h. wirtschaftliche Teilhabeinstrumente, verpflichten Vorhabenträger zur Ermöglichung von Teilhabe näher bestimmter Berechtigter. Solche Instrumente greifen je nach Ausgestaltung im Einzelnen stärker in die Eigentumsfreiheit der Vorhabenträger oder mittelbar auch in diejenige von Flächenverpächtern ein, soweit Regelungen die vermögenswerten Bestandteile bestehenden Eigentums betreffen. Soweit es dagegen lediglich um eine Belastung der Wirtschaftlichkeit der Tätigkeit von Vorhabenträgern als solcher geht, nicht dagegen eigentumsrechtlich verfestigte Positionen betrifft, ist allein der Schutzbereich der Berufsfreiheit von Vorhabenträgern betroffen⁸⁶.

Soweit es sich dabei – wie im Falle des BüGemBeteilG – im Sinne der Eigentumsfreiheit allein um rechtfertigungsfähige Inhalts- und Schrankenbestimmungen gem. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG bzw. um Berufsausübungsregelungen gem. Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG handelt, laufen die Rechtfertigungsvoraussetzungen weitestgehend parallel⁸⁷, so dass eine Darstellung für die hier verfolgten Zwecke im Folgenden gemeinsam stattfinden kann. Während Art. 14 Abs. 2 S. 2 GG gar eine ausdrückliche Aufforderung an den Gesetzgeber enthält, das Eigentum so aus-

⁸⁵ Hoffmann/Wegner, Mechanismen finanzieller Teilhabe am Ausbau der Windenergie, Würzburger Studie zum Umweltenergierecht Nr. 7, März 2018, S. 54 ff., abrufbar unter: www.stiftung-umweltenergierecht.de/publikationen/.

⁸⁶ Allein, bzw. primär wird auch auf Art. 14 GG abgestellt bei Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Vereinbarkeit des bürger- und Gemeindeneteiligungsgesetzes M-V mit den Grundrechten der Vorhabenträger und Möglichektein zur Schaffung entsprechender Regelungen auf Bundesebene, WD 3 – 3000 – 149/16, S. 6; Kment, Wirtschaftliche Teilhabe von Kommunen und Bürgern aus Mecklenburg-Vorpommern bei der Ausweisung von Flächen für die Windkraftnutzung, Rechtswissenschaftliches Gutachten im Auftrag der SPD-Landtagsfraktion Mecklenburg-Vorpommern, Juli/August 2013, S. 45 f.

⁸⁷ Vgl. BVerfGE 50, 290, 365 sowie Manssen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 12 Rn. 290 m.w.N.

zugestalten, dass sein Gebrauch „zugleich dem Wohle der Allgemeinheit“ dient, ist es im Rahmen von Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG allgemein anerkannt, dass vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls eine verhältnismäßige Beschränkung der Berufsausübung tragen können⁸⁸. Die Exemplifizierung anhand der Regelungen des BüGemBeteilG führt zu Erkenntnissen, die sich auf vergleichbare Instrumente desselben ordnungsrechtlichen Ansatzes übertragen ließen.

a) Eingriffe in die Schutzbereiche der Eigentums- und Berufsfreiheit

Die primäre Verpflichtung des § 4 BüGemBeteilG zur Gewährleistung der Möglichkeit einer gesellschaftsrechtlichen Teilhabe kaufberechtigter Bürger und Gemeinden greift potenziell in die Eigentumsfreiheit von Vorhabenträgern ein. Ein Eingriff liegt tatsächlich jedoch nur insoweit vor, wie unter Berücksichtigung der Übergangsregelung des § 16 BüGemBeteilG⁸⁹ bereits bestehende Eigentumspositionen⁹⁰ und nicht lediglich vom Schutz des Art. 14 GG nicht umfasste künftige Erwerbsmöglichkeiten⁹¹ einzelner Vorhabenträger betroffen sind. Unmittelbar in ihrer Eigentumsfreiheit betroffen werden damit solche Projektierer, für die sich die Vorgaben des BüGemBeteilG deshalb als Beschränkungen darstellen, weil sie Projekte im räumlichen Anwendungsbereich des BüGemBeteilG haben, für die zumindest schon eine dingliche oder auch nur obligatorisch wirkende Flächensicherung stattgefunden hat⁹². Durch die Verpflichtung nach § 4 BüGemBeteilG liegt hier jedenfalls eine Beschränkung der eigentumsrechtlich geschützten Nutzungsrechte vor. Eine mittelbar eigentumsbeschränkende Wirkung haben die primären gesellschaftsrechtlichen Verpflichtungen gem. § 4 BüGemBeteilG wie auch die sekundären Pflichten zur Ermöglichung einer Teilhabe über ein Sparprodukt bzw. eine Ausgleichsabgabe nach §§ 11, 12 BüGemBeteilG auch gegenüber Grundeigentümern im räumlichen Anwendungsbereich des Gesetzes, da auch deren eigentumsbezogene Nutzungsmöglichkeiten beschränkt werden – sei es die Nutzung des Grundeigentums durch die eigene Errichtung von Windenergieanlagen oder aber die Verpachtung der Flächen an Dritte zu diesem Zweck⁹³.

Soweit die Verpflichtungen für zukünftige Fälle dagegen noch keine eigentumsrechtlich verfestigten Positionen betreffen oder soweit es sich um sonstige wirtschaftlich relevante Verpflichtungen des BüGemBeteilG handelt, wie insbesondere durchaus kostenintensive Informations- und Benachrichtigungspflichten, so beeinträchtigen die Regelungen allein den Er-

⁸⁸ Zu letzterem *Mann*, in: Sachs, Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 12 Rn. 126.

⁸⁹ Zur Reichweite dieser Übergangsbestimmung siehe unten unter e).

⁹⁰ Zum grundgesetzlichen Eigentumsbegriff siehe nur *Wendt*, in: Sachs, Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 14 Rn. 21 ff.

⁹¹ *Vgl. Wendt*, in: Sachs, Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 14 Rn. 44.

⁹² Auch soweit bereits ausnahmsweise vor dem Vorliegen einer eigentumsrechtlich erfassten Flächensicherung schon eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung vorliegt, kann ein Eingriff in die Eigentumsfreiheit des Genehmigungsinhabers vorliegen.

⁹³ Insoweit kommt es auch nicht auf die Auseinandersetzung an, ob das Bauen im Außenbereich überhaupt in den Gewährleistungsbereich von Art. 14 GG fällt. Vorliegend geht es nicht um eine Beschränkung der Bebaubarkeit von Flächen, sondern vielmehr um eine wirtschaftliche Belastung solcher Vorhaben.

werb, d. h. die Erwerbstätigkeit der Projektierer. Insoweit ist allein der Schutzbereich der Berufsfreiheit eröffnet.

b) Rechtfertigung: Die verschiedenen Zweckrichtungen materieller Beteiligung zur Akzeptanzsteigerung

Für die Rechtfertigung der mit den Vorgaben des BüGemBeteilG oder auch anderen Regelungen zur materiellen Beteiligung der Öffentlichkeit verbundenen Grundrechtseingriffe sind zunächst die hiermit verfolgten Zwecke relevant.

Im Falle des BüGemBeteilG wird in den Materialien zum Gesetzgebungsverfahren zum einen ausdrücklich der Zweck genannt, dass mit der Verpachtung von Grundeigentum erzielte Einnahmen aufgrund der besonders stark durch Auswärtige und institutionelle Investoren geprägten Eigentümerstruktur in Mecklenburg-Vorpommern zum größten Teil aus den Standortgemeinden der Anlagen abfließen⁹⁴. Angestrebt wird also eine Stärkung der sog. lokalen Wertschöpfung⁹⁵. Für sich genommen ist eine solche Wettbewerbsbeschränkung zulasten nicht Ortsansässiger nicht unproblematisch. Insoweit liegt verfassungsrechtlich eine rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung von Ortsansässigen und Ortsfremden vor. Europarechtlich wird zudem die Frage der Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit aufgeworfen.

Im vorliegenden Zusammenhang ist die Stärkung lokaler Wertschöpfung allein jedoch nicht Selbstzweck, sondern vielmehr Mittel, um die finanzielle Partizipation der von Anlagenbau und -betrieb betroffenen Anwohner sicherzustellen, um so die Akzeptanz für Errichtung und Betrieb der jeweils konkreten Anlage gerade vor Ort sowie des Ausbaus der Windenergie in Mecklenburg-Vorpommern insgesamt zu steigern⁹⁶. Zu beachten ist zudem die Doppelnatur dieses finalen Zwecks der Akzeptanzschaffung als sowohl öffentlich als auch privatnützig. Hiermit wird nämlich nicht nur das öffentliche (klimaschutzbezogene wie auch wirtschaftlich begründete) Interesse am Ausbau der Windenergie gefördert. Es werden vielmehr auch Umstände geschaffen, unter denen es gerade nicht stets zunächst des Durchlaufens staatlicher Rechtsschutzverfahren bedarf, bis Vorhabenträger eine Anlage realisieren können. Auf diese Weise wird also nicht zuletzt auch das privatnützige Interesse der Vorhabenträger an einer wirtschaftlichen Vorhabenrealisierung im konkreten Fall sowie mehr noch der Vorhabenrealisierung in der Zukunft gestärkt.

c) Rechtfertigung: Zweifel an der Eignung materieller Beteiligung zur Steigerung der Akzeptanz von Windenergievorhaben

Dass Instrumente wirtschaftlicher Teilhabe allgemein und die Verpflichtungen des BüGemBeteilG im Besonderen zum Erreichen der genannten Zwecke geeignet sind, wird allerdings

⁹⁴ Vgl. die Begründung zum Gesetzentwurf, Ldt.-Drs. 6/4568 vom 7.10.2015, S. 2.

⁹⁵ Vgl. die Begründung zum Gesetzentwurf, Ldt.-Drs. 6/4568 vom 7.10.2015, S. 2.

⁹⁶ Vgl. die Begründung zum Gesetzentwurf, Ldt.-Drs. 6/4568 vom 7.10.2015, S. 1.

teilweise bezweifelt⁹⁷. So auch von Stimmen der empirischen Sozialforschung. Obwohl die materielle Beteiligung Betroffener in vielen Untersuchungen immer wieder als akzeptanzförderlicher Umstand bezeichnet werde, lasse sich ein dahingehender Zusammenhang doch nicht – jedenfalls nicht mit hinreichender Signifikanz – nachweisen⁹⁸. Ein gesicherter Kenntnisstand besteht insoweit allerdings wohl nicht. Insbesondere dürfte das Zusammenwirken von materieller Teilhabe einerseits und Verfahrensbeteiligung andererseits und dessen akzeptanzsteigernde Wirkung noch nicht abschließend empirisch beleuchtet sein⁹⁹.

Allein das Fehlen eines positiven empirischen Nachweises für die Eignung einer Maßnahme kann allerdings die Annahme ihrer grundsätzlichen Geeignetheit im verfassungs- und grundrechtlichen Sinne nicht hindern. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist es weder notwendig, dass der mit einer gesetzgeberischen Maßnahme verfolgte Zweck mit hoher oder höchster Wahrscheinlichkeit erreicht wird, noch dass dies in jedem Einzelfall geschieht¹⁰⁰. Es genügt vielmehr, dass die Maßnahme jedenfalls zum Erreichen des Zwecks einen Beitrag leistet, d. h. der Erfolg zumindest gefördert wird¹⁰¹. Bei der Beantwortung der Frage, ob die grundrechtsbelastenden Maßnahmen hinreichend zum angestrebten Zweck beitragen, kommt dem Gesetzgeber zudem eine Einschätzungsprärogative zu, deren Grenzen erst dort erreicht sind, wo die Maßnahme evident ungeeignet oder die Prognose als nicht mehr vertretbar zu bewerten ist¹⁰². Dass dies vorliegend bereits aufgrund der empirisch unergiebigsten Studienlage der Fall wäre, kann nicht angenommen werden.

Zweifel an der Eignung der konkreten Verpflichtungen des BüGemBeteilG im verfassungsrechtlichen Sinne werden jedoch auch in der juristischen Diskussion vorgetragen. Insbesondere wird vorgebracht, dass sich bei einem Modell der Zwangsbeteiligung, wie es das BüGemBeteilG vorsieht, aufgrund der für eine Beteiligung erforderlichen finanziellen Mittel letztlich lediglich ein kleiner Teil der betroffenen Bürger beteiligen kann und wird und dies voraussichtlich nicht zu mehr Akzeptanz führen, sondern eher lokale Neiddebatten befeuern

⁹⁷ Siehe insbesondere *Milstein*, Die Beteiligung der Bürger und Gemeinden an Windparks in privater Trägerschaft durch Landesgesetz, ZUR 2016, 269 (275); skeptisch auch *Rodi*, Das Recht der Windkraftnutzung zu Lande unter Reformdruck, ZUR 2017, 658 (660).

⁹⁸ Kritisch *Bovet/Lienhoop*, Trägt die wirtschaftliche Teilhabe an Flächen für die Windkraftnutzung zur Akzeptanz bei?, ZNER 2015, 227 (227): „Obwohl wirtschaftliche Teilhabe allgemein für akzeptanzsteigernd gehalten wird, gibt es hierfür nahezu keine Hinweise“.

⁹⁹ Siehe die Auswertung von vier Studien in: FA-Wind, Hübner/Pohl, Mehr Abstand- mehr Akzeptanz?, 2015, S. 20, Tabelle 3. Vgl. auch zuletzt *Ott/Keil*, Präferenzen der deutschen Bevölkerung zur Governance bei Windenergieanlagen an Land, ET 2017, Heft 9, 81 (84 f.), die einen Zusammenhang zwischen der selbst wahrgenommenen finanziellen Beteiligung und der Akzeptanz gegeben sehen. Vgl. zudem IKEM et al. (2017): Ausgestaltungsoptionen und -empfehlungen zur finanziellen Beteiligung von Kommunen beim Ausbau von Windenergieanlagen an Land. In: Agora Energiewende (2017): Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie? Zwei Strategievorschläge zur Sicherung der Standortakzeptanz von Onshore Windenergie, S. 34 f., wonach auch dort auf der Basis einer Metaanalyse davon ausgegangen wird, dass mithilfe finanzielle Teilhabe eine Reduzierung von Widerstand möglich ist.

¹⁰⁰ BVerfGE 67, 157 (175); 96, 10 (23 ff.); *Sachs*, in: Ders., Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 20 Rn. 150.

¹⁰¹ *Sachs*, in: Ders., Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 20 Rn. 150.

¹⁰² BVerfGE 109, 64 (86); 123, 186 (243). Zum Prognosespielraum des Gesetzgebers bei komplexen Kausalzusammenhängen siehe auch *Dreier*, in: Ders., Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Vorb. Rn. 147; *Sachs*, in: Ders., Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 20 Rn. 151.

werde¹⁰³. Letzteres kann zwar in der Tat im Einzelfall nicht ausgeschlossen werden. Die generelle Eignung der Maßnahmen im BüGemBeteilG berührt dies jedoch nicht¹⁰⁴.

So ist es zwar zutreffend, dass es sich bei der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung um eine wirtschaftliche Betätigung handelt, bei der ein entsprechendes Verlustrisiko besteht. Dieses wird auch durch die Anforderungen an die gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung der Projektgesellschaft gem. § 3 Abs. 2 BüGemBeteilG lediglich auf den Einlagebetrag begrenzt, nicht aber aufgehoben. Dies dürfte in der Tat den Kreis an Personen beschränken, die eine solche Beteiligung letztlich eingehen. Gleichwohl ist nichts gegen die gesetzgeberische Einschätzung einzuwenden, dass der Kreis an Beteiligten gegenüber dem Ist-Zustand auch angesichts des relativ niedrigen Mindestinvestments für Einzelne von 500 € gem. § 6 Abs. 8 BüGemBeteilG sowie der möglichst gleichmäßigen Zuteilung von Anteilen an alle kaufberechtigten Interessenten gem. § 9 Abs. 4 BüGemBeteilG immerhin nennenswert erweitert wird und so auch die Gesetzeszwecke jedenfalls gefördert werden, weil nicht zuletzt auf diese Weise bereits bestehende „Neiddebatten“ zwar nicht verhindert, ihnen aber ein Stück weit der Boden entzogen werden kann.

Zudem erscheint es ohnehin zweifelhaft, das Verbleiben eines Investitionsrisikos als Argument gegen die Eignung der konkreten Form der gesellschaftlichen Beteiligung nach § 4 BüGemBeteilG in Stellung zu bringen¹⁰⁵. Dass ein gewisses Verlustrisiko bei Bürgern verbleibt, die sich beteiligen, resultiert nämlich letztlich daraus, dass der Gesetzgeber den Vorhabenträgern offenbar gerade nicht zumuten wollte, Gesellschafter aufzunehmen, die zwar in der Gesellschaft aufgrund ihrer gesellschaftsrechtlichen Position mitbestimmen dürfen, diesem Recht zur Mitbestimmung aber keinerlei wirtschaftliches Risiko entspricht. Die Regelung lässt sich als ein durch den Gesetzgeber vorgenommener Interessenausgleich verstehen, der die Eignung der Maßnahme zwar beeinträchtigt, keinesfalls aber aufhebt. Zudem wird bei den genannten Einwänden nicht berücksichtigt, dass nicht lediglich diejenigen Bürger an den finanziellen Gewinnen konkreter Windenergievorhaben partizipieren, die selbst eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung erwerben. Vielmehr sieht das Gesetz gerade zur Adressierung auch derjenigen Kreise der Bevölkerung, die sich eine solche Beteiligung finanziell nicht leisten können oder aufgrund ihrer Risikoaversion nicht leisten wollen auch eine Beteiligungsmöglichkeit der Gemeinden entweder als gesellschaftsrechtliche oder aber in Form der Ausgleichsabgabe nach § 11 BüGemBeteilG vor. Profitieren aber die Gemeinden, so profitieren mittelbar über deren höhere Finanzkraft zur Erledigung der kommunalen Aufgaben auch sämtliche Gemeindeglieder.

Mit Blick auf die mittelbare Teilhabe Einzelner über die Gemeinden besteht gleichwohl eine Einschränkung: Wegen des auch räumlich mit 5 Kilometern weit gezogenen (Um-) Kreises an

¹⁰³ *Milstein*, Die Beteiligung der Bürger und Gemeinden an Windparks in privater Trägerschaft durch Landesgesetz, ZUR 2016, 269 (275).

¹⁰⁴ I.E. wie hier *Bovet/Lienhoop*, Trägt die wirtschaftliche Teilhabe an Flächen für die Windkraftnutzung zur Akzeptanz bei?, ZNER 2015, 227 (231).

¹⁰⁵ So aber *Milstein*, Die Beteiligung der Bürger und Gemeinden an Windparks in privater Trägerschaft durch Landesgesetz, ZUR 2016, 269 (275).

Kaufberechtigten, dessen Bemessung sich im Falle des BüGemBeteilG möglicherweise mehr als Folge seiner Abstützung auf die Raumordnungskompetenz¹⁰⁶, denn als Folge einer zwingenden Sachlogik materieller Beteiligung erklären lässt, dürfte häufig eine Vielzahl an Gemeinden zu beteiligen sein. Bei der einzelnen Gemeinde könnte deshalb nicht selten allenfalls eine geringe Gewinnbeteiligung verbleiben¹⁰⁷. Zudem wird es auch vorkommen, dass ein Windenergievorhaben keinerlei Gewinne abwirft, von denen Gemeinden und Bürger profitieren könnten. Gleichwohl gilt auch insoweit, dass aufgrund der begrenzten verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Geeignetheit einer Maßnahme, der demokratisch legitimierte Gesetzgeber aufgrund der ihm zustehenden Einschätzungsprärogative von der hinreichenden Eignung der Verpflichtungen nach dem BüGemBeteilG zum Erreichen der hiermit verfolgten Zwecke ausgehen durfte. Sollten sich die Einschätzungen des Gesetzgebers allerdings als falsch herausstellen, so besteht eine Pflicht zur Nachbesserung¹⁰⁸.

d) Rechtfertigung: Notwendige Beschränkung auf erforderliche Maßnahmen

Auch gegen die Erforderlichkeit der Maßnahme bestehen letztlich keine durchschlagenden Argumente. Verfassungsrechtlich ist von ihr auszugehen, wenn kein anderes, gleich geeignetes Mittel zur Verfügung steht¹⁰⁹. Auch bei dieser Bewertung steht dem Gesetzgeber ein Einschätzungsspielraum zu, dessen Grenzen bei wirtschaftsordnenden Maßnahmen – worunter auch die Eingriffe nach dem BüGemBeteilG gezählt werden können – nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erst dort erreicht sind, wo die sachliche Gleichwertigkeit eines als Alternative vorgeschlagenen Eingriffs von minderer Intensität in jeder Hinsicht eindeutig feststeht¹¹⁰. Ein Vergleich mit anderen Mitteln zur Schaffung von Akzeptanz für individuelle Windenergievorhaben wie auch den Windenergieausbau in Mecklenburg-Vorpommern insgesamt muss sowohl solche Mittel in die Betrachtung miteinbeziehen, die dieses Ziel ebenfalls über eine materielle Teilhabe Betroffener erreichen sollen als auch solche, die sich insoweit anderer Instrumente bedienen. Von einer fehlenden Erforderlichkeit

¹⁰⁶ Siehe hierzu bereits oben Fn. 51.

¹⁰⁷ Vgl. die im Gesetzgebungsverfahren abgegebene Stellungnahme von Bündnis 90/Die Grünen, Grüne Position: Standortgemeinden stärken. Rechtssicherheit für flexible Vor-Ort-Lösungen schaffen. Beteiligung durch einfaches Verfahren attraktiver machen., Stand: März 2016, S. 2; *Bundesverband Windenergie e.V. (BWE)/Landesverband Mecklenburg-Vorpommern, WindEnergy Network e.V.*, Gemeinsame Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes über die Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden an Windparks in Mecklenburg-Vorpommern und zur Änderung weiterer Gesetze gemäß Vorlage zur Kabinettsitzung vom 23. Juni 2015, S. 40 f. Erwägungen zu den Gemeinden finden sich auf S. 43. Dies wird übersehen in: IKEM et al. (2017): *Ausgestaltungsoptionen und -empfehlungen zur finanziellen Beteiligung von Kommunen beim Ausbau von Windenergieanlagen an Land*. In: *Agora Energiewende* (2017): *Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie? Zwei Strategievorschläge zur Sicherung der Standortakzeptanz von Onshore Windenergie*, S. 50, die von einer „hohen Zahlung“ an die Kommunen ausgehen.

¹⁰⁸ St. Rspr., BVerfGE 110, 141 (158); 113, 167 (234). Vgl. insoweit § 17 BüGemBeteilG, der eine Berichterstattung der Landesregierung gegenüber dem Landesparlament drei Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes vorsieht.

¹⁰⁹ Vgl. hierzu im Einzelnen *Sachs*, in: *Ders. Grundgesetz*, 7. Aufl. 2014, Art. 20 Rn. 152.

¹¹⁰ BVerfGE 81, 70 (90 f.); 105, 17 (36).

ist aber nicht etwa bereits deshalb auszugehen, weil der Landesgesetzgeber nicht die geringere Tauglichkeit anderer Maßnahmen hinreichend dokumentiert hat¹¹¹.

Soweit mit der Gewährleistung der Verfahrensbeteiligung auf Ebene der Raumordnung, dem vermehrten Einsatz von Mediationsverfahren oder der stärkeren Information der Öffentlichkeit Alternativen zur materiellen Teilhabe der Öffentlichkeit als Instrumente der Akzeptanzschaffung benannt wurden¹¹², lässt sich deren Gleichwertigkeit jedoch kaum mit der verfassungsrechtlich geforderten Sicherheit feststellen. Mit Blick auf die Verfahrensbeteiligung gilt dies schon deshalb, weil diese bereits heute gesetzlicher Standard ist¹¹³ und gleichwohl bislang für sich genommen nicht zu der erhofften Akzeptanz der Vorhaben führt. Dass dies allein über eine verstärkte Information der Öffentlichkeit als der schwächsten Form der Beteiligung erreicht werden könnte, ist schon deshalb zweifelhaft, weil die zugrundeliegenden Gerechtigkeitsfragen hierdurch in keiner Weise adressiert, sondern allenfalls sichtbar gemacht werden. Der verstärkte Einsatz von Mediationsverfahren wäre dagegen sicherlich zu begrüßen, da diese Verfahren nicht selten besser als gerichtliche Prozesse geeignet sind, Konflikte grundlegend aufzuarbeiten. Ob solche Verfahren jedoch auch ohne jede Verpflichtung der Vorhabenträger zur Gewährleistung einer materiellen Teilhabe der Öffentlichkeit den gewünschten Erfolg haben können, steht keineswegs fest und stellt deshalb die Erforderlichkeit der Pflichten des BüGemBeteilG nicht in Frage.

Im internen Vergleich mit anderen Mitteln der finanziellen Teilhabe ist zudem zu beachten, dass der Landesgesetzgeber in Mecklenburg-Vorpommern es den Vorhabenträgern freigestellt hat, jedenfalls die finanzielle Teilhabe kaufberechtigter Bürger und Bürgerinnen anstelle mittels eines gesellschaftsrechtlichen Ausgleichs über ein Sparprodukt sicherzustellen (§ 10 Abs. 5 i.V.m. § 12 BüGemBeteilG). Dies trägt Bedenken Rechnung, wonach gerade eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung zum Erreichen der verfolgten Zwecke in diesem Verhältnis nicht zwingend erforderlich ist¹¹⁴. Damit aber nimmt die Regelung bereits ein nach Einschätzung des Gesetzgebers vorhandenes milderes Mittel auf.

Dass der Landesgesetzgeber im Gegensatz hierzu eine alternative Form der Beteiligung gegenüber den kaufberechtigten Gemeinden nur mit deren Einwilligung zulässt – den Vorhabenträgern insoweit also gerade kein Wahlrecht zubilligt – spricht vor diesem Hintergrund nicht gegen die Erforderlichkeit der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung insoweit: Da es sich bei der Ausgleichsabgabe nach § 10 Abs. 5 i.V.m. § 11 BüGemBeteilG – wie noch zu zeigen

¹¹¹ So aber *Milstein*, Die Beteiligung der Bürger und Gemeinden an Windparks in privater Trägerschaft durch Landesgesetz, ZUR 2016, 269 (275).

¹¹² Vgl. *Milstein*, Die Beteiligung der Bürger und Gemeinden an Windparks in privater Trägerschaft durch Landesgesetz, ZUR 2016, 269 (275).

¹¹³ Vgl. § 10 Abs. 1 S. 1 ROG. Für die Bauleitplanung siehe § 3 Abs. 1 und 2 BauGB.

¹¹⁴ Vgl. hierzu Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Vereinbarkeit des Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetzes M-V mit den Grundrechten der Vorhabenträger und Möglichkeiten zur Schaffung entsprechender Regelungen auf Bundesebene, WD 3 – 3000 – 149/16, S. 8, wo jedoch nicht zu Unrecht angemerkt wird, dass ein Sparprodukt, bei dem eigene inhaltliche Einflussnahmen auf Vorhaben nicht möglich sind, möglicherweise nicht dasselbe Maß an akzeptanzrelevanter Identifikation mit den Vorhaben schafft.

ist¹¹⁵ – um eine Sonderabgabe im Sinne des Finanzverfassungsrechts handelt, sind die dadurch vereinnahmten Mittel zwingend zweckgebunden für bestimmte Arten von Akzeptanzmaßnahmen zu verwenden (vgl. § 11 Abs. 4 BüGemBeteilG) und können von den Gemeinden gerade nicht flexibel genutzt werden¹¹⁶, wie dies bei Gewinnbeteiligungen aus der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung der Fall ist. Insoweit lässt sich deshalb auch die Einschätzung vertreten, dass die Alternative gerade nicht ebenso geeignet wäre.

Zudem wurde zwar völlig zurecht darauf hingewiesen, dass eine bundeseinheitliche Regelung materieller Teilhabe weithaus weniger problematische Folgen für die Wettbewerbssituation der betroffenen Vorhabenträger hätte¹¹⁷, da eine solche Verpflichtung in diesem Fall keinen individuellen Nachteil in den Ausschreibungen um die Förderung nach dem EEG darstellen würde¹¹⁸. Gleichwohl berührt die Möglichkeit, sich auf Bundesebene für eine solche Regelung einzusetzen nicht die Erforderlichkeit einer partikularen Länderregelung. Die Entscheidung über ein solches Vorgehen hängt von anderen Verfassungsorganen auf Bundesebene ab. Die Länder haben aber gerade deshalb eigene Kompetenzen, um diese auch auszuüben und können nicht auf die Kompetenzen des Bundes verwiesen werden.

e) Rechtfertigung: Verhältnismäßigkeit der Grundrechtseingriffe

Da die Vorgaben des BüGemBeteilG demnach grundsätzlich im verfassungsrechtlichen Sinne als geeignet und auch erforderlich für die Erreichung der mit dem Gesetz verfolgten Zwecke zu gelten haben, kommt es entscheidend darauf an, dass die Eingriffe schließlich nicht unverhältnismäßig in die Rechte der Betroffenen eingreifen, d. h. die Grundrechtsverkürzungen nicht außer Verhältnis zum Beitrag der gesetzlichen Pflichten zur Zielerreichung stehen.

Ob dies der Fall ist, kann nur auf der Grundlage einer Betrachtung der konkreten Ausgestaltung der gesetzlichen Pflichten zur Bestimmung der mit ihnen verbundenen Eingriffsschwere erfolgen. So ist etwa zu berücksichtigen, inwieweit eine gesetzliche Pflicht tatsächlich eine gesellschaftsrechtliche Verpflichtung und damit nicht nur eine Gewinn- (und Verlust-) beteiligung verlangt, sondern auch einen Einfluss Dritter auf die wirtschaftlichen Entscheidungen der Projektgesellschaft eröffnet und inwieweit und welcher Höhe nur eine finanzielle Teilhabe über ein Sparprodukt, eine Abgabe oder andere Formen verlangt wird. In Mecklenburg-Vorpommern hatte man sich zudem nach anfänglichen Überlegungen, eine pauschale Abga-

¹¹⁵ Hierzu unten unter E.

¹¹⁶ Dies wird auch im Umsetzungshandbuch zum BüGemBeteilG hervorgehoben, vgl. dort S. 12.

¹¹⁷ IKEM et al. (2017): Ausgestaltungsoptionen und -empfehlungen zur finanziellen Beteiligung von Kommunen beim Ausbau von Windenergieanlagen an Land. In: Agora Energiewende (2017): Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie? Zwei Strategievorschläge zur Sicherung der Standortakzeptanz von Onshore Windenergie, S. 38; zur Möglichkeit der Änderung von Bundesgesetzen auch *Milstein*, Die Beteiligung der Bürger und Gemeinden an Windparks in privater Trägerschaft durch Landesgesetz, ZUR 2016, 269 (275 f.).

¹¹⁸ Der Landesgesetzgeber in Mecklenburg-Vorpommern versucht nun in gewissem Maße kompensierend für Erleichterungen von Windenergievorhaben über Änderungen in der Landesbauordnung M-V zu sorgen. Vgl. die Änderungen hinsichtlich der Notwendigkeit der Einhaltung von Abstandsflächen im Außenbereich sowie Anrechnungsmöglichkeiten bei der nun verpflichtend vorgesehenen bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung im Rahmen der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung. Vgl. zum Gesetzentwurf Drs. 7/788 vom 27.6.2017. Inzwischen sind die Änderungen verkündet worden und in Kraft getreten, GVBl M-V 7/15 vom 29.12.2017, S. 331.

benlösung vorzusehen, von dieser distanziert und für alle Beteiligungsalternativen eine am tatsächlichen wirtschaftlichen Erfolg der jeweiligen Projektgesellschaft orientierte Teilhabe entschieden¹¹⁹. Auch im Grad einer solchen Konnexität zur Wirtschaftlichkeit können Instrumente erhebliche Unterschiede aufweisen.

aa) Eingriffsintensität der Pflicht zur Gewährleistung einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligungsmöglichkeit

Im Falle des BüGemBeteilG ist im Rahmen der grundrechtlichen Prüfung insbesondere die primäre Verpflichtung zur gesellschaftsrechtlichen Beteiligung in den Blick zu nehmen, da diese – im Gegensatz zu Sparprodukt und Ausgleichsabgabe – als einzige auch ggf. inhaltlichen Einfluss auf die unternehmerischen Entscheidungen der Projektgesellschaften eröffnet.

Gesellschaftsrechtliche Beteiligung als gesetzlicher Normal- nicht aber als praktischer Regelfall

Für die Bestimmung der konkreten Schwere dieser Verpflichtung ist in wirtschaftlicher, d. h. nicht nur finanzieller Hinsicht, deshalb nicht nur zu berücksichtigen, dass es sich bei der zu offerierenden Beteiligungsmöglichkeit nicht nur um eine Minderheitsbeteiligung handelt, die gerade keine Sperrminorität zu Lasten der Vorhabenträger zulässt¹²⁰. Vielmehr ist auch der bereits angesprochene Umstand zu bedenken, wonach eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung einzelner Bürger um den Preis der Pflicht zur Gewährleistung ihrer Teilhabemöglichkeit mittels eines Sparprodukts gem. § 12 BüGemBeteilG durch die Vorhabenträger vollständig abgewendet werden kann. Zudem, dass diese Möglichkeit immerhin auch gegenüber solchen Gemeinden besteht, die einer Teilhabe über eine Ausgleichsabgabe zustimmen¹²¹. In-

¹¹⁹ Zu weiteren Möglichkeiten der Ermittlung der Zahlungshöhe bei Teilhabeinstrumenten und deren förderrechtliche Abhängigkeiten IKEM et al. (2017): Ausgestaltungsoptionen und -empfehlungen zur finanziellen Beteiligung von Kommunen beim Ausbau von Windenergieanlagen an Land. In: Agora Energiewende (2017): Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie? Zwei Strategievorschläge zur Sicherung der Standortakzeptanz von Onshore Windenergie, S. 40 f.

¹²⁰ Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Vereinbarkeit des Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetzes M-V mit den Grundrechten der Vorhabenträger und Möglichkeiten zur Schaffung entsprechender Regelungen auf Bundesebene, WD 3 – 3000 – 149/16, S. 9; Entwurfsbegründung, Ldt-Drs. 6/4568, S. 9.

¹²¹ Nicht ganz eindeutig erscheint, ob der Vorhabenträger die alternativen Beteiligungsmöglichkeiten nach §§ 11, 12 gem. § 10 Abs. 5, 6 nur einheitlich wählen kann oder etwa auch dergestalt, dass er zwar den Gemeinden eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung gem. § 4, den kaufberechtigten Bürgern jedoch allein eine Beteiligungsmöglichkeit mittels Sparprodukt eröffnet. Für die Einheitlichkeit der möglichen Wahl spricht zunächst der Wortlaut in § 10 Abs. 5, wonach die alternativen Beteiligungsmöglichkeiten mit „und“ verknüpft werden. Auch § 10 Abs. 6 spricht von der Alternative nach Absatz 5, nicht aber von den Alternativen, was die Selbständigkeit ihrer Wahl implizieren würde. Dass gleichwohl Zweifel aufkommen, liegt daran, dass hinsichtlich beider alternativer Beteiligungsmöglichkeiten nicht nur eine völlig unterschiedliche Interessenlage beim Vorhabenträger besteht. Vielmehr behandelt auch das BüGemBeteilG Sparprodukt und Ausgleichsabgabe unterschiedlich, wenn die Wahl der Ausgleichsabgabe von Seiten des Vorhabenträgers nur dann zu seiner Befreiung von der Pflicht zur gesellschaftsrechtlichen Beteiligung von Gemeinden führt, wenn diese der Ersetzung zustimmen. Wenn aber bei der Wahl der Ausgleichsabgabe stets für den Vorhabenträger das Risiko verbleibt, dass er im Ergebnis manchen Gemeinden gegenüber zur gesellschaftsrechtlichen Beteiligung verpflichtet bleibt und anderen gegenüber eine Ausgleichsabgabe zu leisten hat, wird nicht verständlich, warum der Vorhabenträger sich

soweit ist eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung – und damit auch das Zulassen eines Einflusses auf die Entscheidungen der Gesellschaft – zwingend nur gegenüber solchen Gemeinden, die der Optierung für eine Ausgleichsabgabe nicht zustimmen¹²² und damit erwartbar nur in eher geringem Umfang praktisch notwendig.

Bestimmung der Gegenleistung zugunsten der Vorhabenträger

Im Falle der gesellschaftsrechtlichen Beteiligungsform ist zudem zur Bestimmung der Eingriffsintensität zu berücksichtigen, dass die Projektgesellschaft als Gegenleistung für die Abgabe der Gesellschaftsanteile an Kaufberechtigte einen Kaufpreis erlangt und der Gesellschaft so Eigenkapital zufließt¹²³. Die Beeinträchtigung der Vorhabenträger besteht mithin in erster Linie darin, dass sie durch die Abgabe der Gesellschaftsanteile Gewinnchancen in Höhe von maximal 20 % verlieren. In zweiter Linie ist aber auch zu berücksichtigen, dass die Ermittlung des Kaufpreises nicht aufgrund von Marktmechanismen stattfindet, sondern ihrerseits durch § 6 BüGemBeteilG überformt ist.

Dabei ist der Wert der Vermögensgegenstände der Gesellschaft, welcher der Berechnung des Eigenkapitals der Gesellschaft zugrunde gelegt wird (§ 6 Abs. 2), das wiederum seinerseits Bezugspunkt für die Berechnung des Kaufpreises des einzelnen Anteils ist (§ 6 Abs. 1), mittels eines modifizierten (§ 6 Abs. 4) Sachwertverfahrens zu ermitteln (§ 6 Abs. 3). Das im Markt üblicherweise herangezogene Ertragswertverfahren¹²⁴ darf dagegen nur dann zum Einsatz kommen, wenn sich ausnahmsweise hierdurch ein geringerer Kaufpreis für den offerierten Anteil ergäbe (§ 6 Abs. 5 S. 2). Im Ergebnis soll dies dazu führen, dass die Kaufberechtigten bessergestellt werden, als sie stünden, würden sie Beteiligungen am allgemeinen Kapitalmarkt erwerben¹²⁵. Für die Vorhabenträger bedeutet dies entsprechend, dass sie schlechter gestellt werden als in dem Fall, dass sie am allgemeinen Kapitalmarkt Anteile zur Erlangung von Eigenkapital der Projektgesellschaft veräußern würden. Auch insoweit liegt eine Intensivierung der Beeinträchtigung vor. Zudem gilt es hier zu berücksichtigen, dass der Zufluss an Eigenkapital über die Veräußerung der Gesellschaftsanteile erst zu einem sehr späten Zeitpunkt der Vorhabenrealisierung geschieht, sodass auch eine Ersetzung des zu-

nicht gegenüber den Gemeinden zu einheitlichen Durchführung des Angebots auf eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung entscheiden darf und er bei der einheitlichen Wahl der Alternative(n) mithin das Risiko trägt, neben Sparprodukt und Ausgleichsabgabe auch weiterhin einzelne Gemeinden gesellschaftsrechtlich beteiligen zu müssen und selbst bei der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung einzelner Gemeinden im niedrigen Prozentbereich diesen gem. § 3 Abs. 3 BüGemBeteilG hinreichende Einwirkungsmöglichkeiten zuzugestehen, um den Vorgaben der Kommunalverfassung M-V zu genügen.

¹²² Insoweit geht der Gesetzgeber davon aus, dass in etwa 80 % der Fälle die Wahl der Ausgleichsabgabe von den Gemeinden akzeptiert werden wird.

¹²³ So, allerdings ohne die hier vorgenommene weitere Differenzierung, Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Vereinbarkeit des Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetzes M-V mit den Grundrechten der Vorhabenträger und Möglichkeiten zur Schaffung entsprechender Regelungen auf Bundesebene, WD 3 – 3000 – 149/16, S. 9; Entwurfsbegründung, Ldt-Drs. 6/4568, S. 9.

¹²⁴ Begründung zum Gesetzentwurf der Landesregierung, Drs. 6/4568 vom 07.10.2015, S. 31.

¹²⁵ Begründung zum Gesetzentwurf der Landesregierung, Drs. 6/4568 vom 07.10.2015, S. 31.

meist notwendigen Fremdkapitals und eine Ersparnis bei den hierfür nötigen Fremdkapitalzinsen allenfalls eingeschränkt möglich sein dürfte¹²⁶.

Unbeachtlichkeit ergänzender Beteiligungsformen

Ob daneben auch die zulässigen sog. alternativen Möglichkeiten wirtschaftlicher Teilhabe i.S.v. § 10 Abs. 1 S. 1 BüGemBeteilG, wie etwa ein vergünstigter Stromtarif, der nicht zwingend wirtschaftlich gleichwertig zu der primär geschuldeten gesellschaftsrechtlichen Beteiligungsmöglichkeit sein muss, von Einfluss auf die Eingriffsintensität ist, scheint demgegenüber fraglich. Sinn der Regelung ist es, bislang von der Windenergiebranche freiwillig ausgeübte Beteiligungen durch das BüGemBeteilG nicht zu verdrängen, sondern Bewährtes weiterhin zu ermöglichen¹²⁷.

Ob dieses Ziel aber erreicht wird, dürfte letztlich davon abhängen, ob diese Form der freiwilligen Beteiligung lediglich zu den Pflichtbeteiligungen aufgrund des BüGemBeteilG hinzutritt und damit als zusätzlicher Kostenfaktor gerade vor dem Hintergrund der Ausschreibungen im EEG sicherlich nur noch höchst selten umgesetzt werden dürfte oder ob es sich dabei um eine echte Alternative handelt, d. h. die Belastungen durch das BüGemBeteilG entsprechend verringert werden. Letzteres wird durch ihre Bezeichnung als „alternative Möglichkeit wirtschaftlicher Teilhabe“ durchaus nahegelegt¹²⁸.

Im Übrigen sprechen Wortlaut und Binnensystematik des § 10 BüGemBeteilG, der sog. Freistellungsklausel, jedoch recht klar gegen ein solches Verständnis: Nicht nur erfolgt die Teilhabe über die alternativen Möglichkeiten nach § 10 Abs. 1 S. 1 gerade „neben“ der gesellschaftsrechtlichen Teilhabe nach § 4, während Ausgleichsabgabe und Sparprodukt gem. § 10 Abs. 5 als echte Alternativen „anstelle“ der Offerte nach § 4 umzusetzen sind. Vielmehr führt auch nur die Ausübung des Wahlrechts zugunsten von Ausgleichsabgabe oder Sparprodukt nach § 10 Abs. 5 durch den Vorhabenträger gegenüber den Kaufberechtigten gem. § 10

¹²⁶ Die Problematik der Kalkulationsschwierigkeiten bei der Angebotsabgabe im Ausschreibungsverfahren ohne Kenntnis vom Umfang der erst im Anschluss durchzuführenden öffentlichen Beteiligung wurde in der finalen Version des BüGemBeteilG damit nicht gelöst, vgl. hierzu *Bundesverband Windenergie e.V. (BWE)/Landesverband Mecklenburg-Vorpommern, WindEnergy Network e.V.*, Gemeinsame Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes über die Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden an Windparks in Mecklenburg-Vorpommern und zur Änderung weiterer Gesetze gemäß Vorlage zur Kabinettsitzung vom 23. Juni 2015, S. 10 f. Es bleibt insoweit dabei, dass die Offerte an die Kaufberechtigten erst zwei Monate vor der geplanten Inbetriebnahme der ersten Anlage erfolgen darf. Eine Lösung wurde nur dahingehend erzielt, dass die Offerte in jedem Fall erst nach Abschluss des Ausschreibungsverfahrens erfolgt, sodass der Vorhabenträger im Zeitpunkt der Offerte bereits Klarheit über die künftige Förderung hat und damit den Preis der abzugebenden Anteile kalkulieren kann. Die Änderung erfolgte auf Vorschlag des Energieausschusses, vgl. Landtag Mecklenburg-Vorpommern, 6. Wahlperiode, Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Energie, Infrastruktur und Landesentwicklung (8. Ausschuss), Drs. 6/5335 vom 12.04.2016, S. 13 sowie die hierauf gerichtete Kritik des BWE im Rahmen einer öffentlichen Anhörung auf S. 41. Umgekehrt verbleibt aber das Problem, dass der Vorhabenträger mit hoher Unsicherheit belastet in die Ausschreibung gehen muss. Die Problematik entsteht dadurch, dass Anteile zu vergünstigten Konditionen an Kaufberechtigte abgegeben werden müssen, so dass ein Unterschied besteht, je nachdem wie groß die Beteiligung ausfällt.

¹²⁷ Begründung zum Gesetzentwurf der Landesregierung, Drs. 6/4568 vom 07.10.2015, S. 36.

¹²⁸ Vgl. auch die schematische Darstellung der verschiedenen Beteiligungsmöglichkeiten im Umsetzungshandbuch zum BüGemBeteilG, dort S. 5 unten.

Abs. 7 zum Erlöschen der Pflicht zur gesellschaftsrechtlichen Beteiligung. Das Angebot „alternativer Möglichkeiten“ nach § 10 Abs. 1 führt demgegenüber nur dazu, dass diejenige Person, die ein solches Angebot annimmt, gem. § 10 Abs. 3 am Zuteilungsverfahren nach § 9 Abs. 3 und 4 nicht zu berücksichtigen ist. Die Pflicht zum Angebot gesellschaftsrechtlicher Anteile in Höhe von 20 % an Kaufberechtigte bleibt davon mithin rechtlich unberührt¹²⁹.

Die praktischen Folgen dessen stehen dann jeweils in Abhängigkeit von der konkreten Nachfrage nach Gesellschaftsanteilen: Ist das Angebot überzeichnet, so ist zwar die Person, welche das „alternative Angebot“ angenommen hat bei der Zuteilung nicht zu berücksichtigen. Es bleibt gleichwohl dabei, dass 20 % der Anteile an der Gesellschaft ohne Abzüge an die verbleibenden Kaufberechtigten zuzuteilen sind. Werden dagegen weniger Anteile nachgefragt, als tatsächlich angeboten sind, so wirkt sich die Annahme des „alternativen Angebots“ für den Vorhabenträger tatsächlich als Teilbefreiung im Rahmen der Verpflichtungen nach § 4 BüGemBeteilG aus. Die Befreiung tritt aber nicht mit der Annahme des „alternativen Angebots“, sondern mit dem Ausbleiben eines berücksichtigungsfähigen Angebots für das Zuteilungsverfahren ein¹³⁰. Aufgrund der Zufälligkeit ihrer Wirkungen müssen die zusätzlichen Beteiligungsmöglichkeiten bei der Bestimmung der Eingriffsintensität der verpflichtenden Beteiligung rechtlich außer Betracht bleiben¹³¹.

¹²⁹ Um eine Wahlschuld i.S.v. § 262 BGB handelt es sich dabei aber weder im Verhältnis zwischen gesellschaftsrechtlicher Beteiligung und alternativem Sparprodukt sowie Ausgleichsabgabe einerseits noch im Verhältnis zwischen gesellschaftsrechtlicher Beteiligung und „alternativer Beteiligungsmöglichkeit“ nach § 10 Abs. 1 BüGemBeteilG andererseits.

¹³⁰ Zu beachten ist außerdem, dass die Durchführung einer freiwilligen Teilhabemaßnahme allein im Verhältnis zur primären gesellschaftsrechtlichen Beteiligungspflicht eine – wenn auch begrenzte – Wirkung zeitigt. Soweit dagegen die primäre Pflicht durch die Verpflichtungen nach §§ 11, 12 ersetzt wird, kommt gleichwohl durchgeführten freiwilligen Teilhabemaßnahmen für Sparprodukt und Ausgleichsabgabe keinerlei Bedeutung mehr zu. Dies dürfte gelten, obwohl die Pflichten gem. §§ 11, 12 BüGemBeteilG gem. § 10 Abs. 5 an die Stelle der Pflichten nach § 4 treten. Art. 10 Abs. 3 regelt nach diesem Verständnis abschließend die Auswirkungen freiwillig durchgeführter Teilhabemaßnahmen.

¹³¹ Vor diesem normativen Hintergrund stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber in Mecklenburg-Vorpommern damit hinreichend auf die Kritik reagiert hat, dass bestehende und freiwillig durch die Windenergiebranche umgesetzte Teilhabeformen nicht verdrängt werden dürften, vgl. die Kritik bei Bundesverband Windenergie e.V. (BWE)/Landesverband Mecklenburg-Vorpommern, WindEnergy Network e.V., Gemeinsame Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes über die Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden an Windparks in Mecklenburg-Vorpommern und zur Änderung weiterer Gesetze gemäß Vorlage zur Kabinettsitzung vom 23. Juni 2015, S. 55 ff. Dagegen spricht, dass das BüGemBeteilG zwingend zu Belastungen der Vorhabenträger führt, die diese unabhängig von freiwillig geübten Teilhabemaßnahmen trifft. Den Kritikern wurde nur insoweit entgegengekommen, als dass mit dem Sparprodukt und der Ausgleichsabgabe Formen der Beteiligung geschaffen wurden, die – im vorstehend geschilderten Sinne – die Vorhabenträger von ihrer Pflicht zur gesellschaftsrechtlichen Beteiligung befreien und so möglicherweise von den Vorhabenträgern eine unerwünschte gesellschaftsrechtliche Einflussnahme jedenfalls von Seiten einzelner Bürger verhindert wird. Es spricht insoweit viel dafür, dass die Vorgaben des BüGemBeteilG in den meisten Fällen zur Möglichkeit der Beteiligung von Bürgern über ein Sparprodukt führen. Auch im Falle der Gemeinden scheint es eher unwahrscheinlich, dass eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung zum Regelfall wird, wie dies durch die Regelungsstruktur des BüGemBeteilG suggeriert wird. Dass dagegen Vorhabenträger in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle für die Ausgleichsabgabe votieren und Gemeinden dies auch zumeist annehmen dürften, ist auch die im Gesetzgebungsverfahren selbst mehrfach geäußerte Erwartung.

Sonstige zu berücksichtigende Aspekte

Die Intensität des Eingriffs wird für Vorhabenträger schließlich noch dadurch bestimmt, dass diese eine projektbezogene Gesellschaft zu gründen haben und hierbei in ihrer Formenwahl-freiheit¹³² in gewissem Umfang eingeschränkt werden¹³³.

Zu berücksichtigen sind schließlich noch die Kosten für die Ermittlung der kaufberechtigten Personen und Gemeinden sowie Kosten für die Überbringung der Aufforderung zur Abgabe von Angeboten¹³⁴ und weiteren Informationen sowie weitere Kosten für die Realisierung der Teilhabeoptionen. Dabei ist man bei der Gesetzesadministration in Mecklenburg-Vorpommern hinsichtlich dieser Punkte ersichtlich darum bemüht, Erleichterungen für die betroffenen Vorhabenträger zu bewirken und die Abläufe möglichst einfach handhabbar zu machen, etwa indem Gespräche mit den Einwohnermeldeämtern stattfinden, wie auf einfachstem Wege die benötigten Daten in elektronischer Form an die Vorhabenträger herausgegeben werden können¹³⁵.

Gleichwohl ist nicht zu übersehen, dass die Verpflichtung der Vorhabenträger zur individuellen schriftlichen Aufforderung aller Kaufberechtigten zur Abgabe eines Beteiligungsangebot-tes doch mit erheblichem Aufwand verbunden ist. Das Ziel hierhinter ist zwar nachvollzieh-bar: Zum einen sollte so sichergestellt werden, dass tatsächlich jeder kaufberechtigte Bürger von der Möglichkeit der Teilhabe erfährt und gleichzeitig durch den Erhalt einer schriftlichen Aufforderung auch auf die Bedeutung des Vorganges aufmerksam gemacht wird, wie es durch einen Beteiligungsabschluss etwa über das Internet nicht unbedingt gewährleistet wäre. Gleichwohl ist die Konsistenz der Gestaltung zu hinterfragen: Einerseits soll hier den Kaufberechtigten nicht zugemutet werden, sich über amtliche Vorgänge in den üblichen Ver-lautbarungsorganen zu informieren, wie man es etwa im Falle öffentlicher Planungsverfah-ren regelmäßig gerade auch für die hierbei zu erfüllende Anstoßfunktion für ausreichend hält. Andererseits aber wird denselben Bürgern unter Umständen eine Teilhabemöglichkeit

¹³² So scheint die Form der GmbH ausgeschlossen, da die nach § 15 Abs. 3 GmbHG vorgesehene notarielle Form nicht mit den Vorgaben des § 9 Abs. 1 (schriftliche Form muss ausreichen) vereinbar ist. Vgl. *Bundesverband Windenergie e.V. (BWE)/Landesverband Mecklenburg-Vorpommern, WindEnergy Network e.V., Gemeinsame Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes über die Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden an Windparks in Mecklenburg-Vorpommern und zur Änderung weiterer Gesetze gemäß Vorlage zur Kabinettssitzung vom 23. Juni 2015*, S.28.

¹³³ Von gleichwohl hinreichenden Gestaltungsspielräumen geht aus: *Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Vereinbarkeit des Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetzes M-V mit den Grundrechten der Vorhabenträger und Möglichkeiten zur Schaffung entsprechender Regelungen auf Bundesebene*, WD 3 – 3000 – 149/16, S. 12.

¹³⁴ Vgl. die Schätzung der Bürokratiekosten in der Begründung zum Gesetzentwurf der Landesregierung, Drs. 6/4568 vom 07.10.2015, S. 3 sowie die hieran geübte Kritik bei *Bundesverband Windenergie e.V. (BWE)/Landesverband Mecklenburg-Vorpommern, WindEnergy Network e.V., Gemeinsame Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes über die Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden an Windparks in Mecklenburg-Vorpommern und zur Änderung weiterer Gesetze gemäß Vorlage zur Kabinettssitzung vom 23. Juni 2015*, S. 52 f.

¹³⁵ In diesem Sinne Frau Anika Meißner, Ministerium für Energie, Infrastruktur und Digitalisierung Mecklenburg-Vorpommern im Rahmen ihres Vortrags zum Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetz Mecklenburg-Vorpommern im Rahmen des Fokus Umweltenergierecht „Wie lässt sich Akzeptanz für Windenergie organisieren? – Länderinitiativen und Branchenmodelle“ am 15. November 2017 in Würzburg.

eröffnet, bei der sie unternehmerisch über eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung partizipieren und dabei gesellschaftsrechtliche Rechte und Pflichten ausüben müssen und ein – trotz der gesetzlichen Sicherungen – nicht zu vernachlässigendes wirtschaftliches Risiko beurteilen, eingehen und schließlich damit umgehen können müssen.

bb) Gewichtung der mit dem BüGemBeteilG verfolgten Ziele

Für die konkrete Gewichtung derjenigen Interessen, die mit den Regelungen des BüGemBeteilG erreicht werden sollen, ist zunächst festzustellen, dass das Anliegen des Gesetzgebers mit der materiellen Teilhabe der Öffentlichkeit am Ausbau der Windenergie und dem damit verknüpften Ziel der Akzeptanzsteigerung auch auf den Schutz verfassungsrechtlich geschützter Interessen gerichtet ist.

Der Ausbau der Windenergie stellt nach den Vorstellungen des (einfachen) Bundesgesetzgebers nach wie vor einen wichtigen Baustein zum Erreichen der nationalen sowie europäisch vorgegebenen CO₂-Minderungsziele sowie dem völkerrechtlich im Abkommen von Paris vereinbarten Ziel, den Klimawandel auf ein für die Menschheit verträgliches Maß zu begrenzen, dar. Geht man davon aus, dass der hierfür nötige Ausbau nicht ohne Akzeptanz der hiervon betroffenen Bürger mit zumutbaren Kosten (finanzieller und gesellschaftlicher Art) und vor allen Dingen innerhalb einer hinreichend kurzen Zeit verwirklicht werden kann, so dienen Maßnahmen zu deren Förderung letztlich auch dem Erreichen des Staatsziels des Art. 20a GG, welcher alle Träger von Staatsgewalt auf den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen verpflichtet¹³⁶.

Hinzu kommt, dass die Akzeptanzschaffung letztlich auch den belasteten Grundrechtsberechtigten selbst dadurch zugute kommt, dass sie im Einzelfall ihre Vorhaben leichter und in kürzerer Zeit realisieren können. Dieser Nutzen ist nicht zu hoch zu veranschlagen, da die Grundrechtsberechtigten in erster Linie nicht schon von einer allgemein höheren Akzeptanz profitieren dürften. Vorteilhaft ist diese für sie vielmehr erst dann, wenn die konkreten Gegner eines Vorhabens nicht zum Instrument der Klage greifen. Dies kann im Einzelfall allerdings durchaus mittels Akzeptanzmaßnahmen erreicht werden. Klar ist jedoch auch, dass man einen bestimmten Anteil von Windenergiegegnern, die nicht den Mangel an Verteilungsgerechtigkeit, sondern andere Aspekte kritisieren, nicht mit den Mitteln des BüGemBeteilG wird erreichen können¹³⁷.

¹³⁶ Dies übersieht *Milstein*, Die Beteiligung der Bürger und Gemeinden an Windparks in privater Trägerschaft durch Landesgesetz, ZUR 2016, 269 (276), der auf Erhaltungsseite kein verfassungsrechtlich geschütztes Interesse verfolgt sieht, da er lediglich auf das Fehlen einer subjektiv-verfassungsrechtlichen Grundrechtsposition Einzelner abstellt, welche durch rechtmäßig genehmigte Windenergieanlagen in der Tat jedenfalls regelmäßig nicht beeinträchtigt werden. Im Anschluss an *Milstein* wie dieser *Böhlmann-Balan/Herms/Leroux*, Neuer Wind für die Bürgerbeteiligung, ER 2016, 241 (247 f.).

¹³⁷ Vgl. IKEM et al. (2017): Ausgestaltungsoptionen und -empfehlungen zur finanziellen Beteiligung von Kommunen beim Ausbau von Windenergieanlagen an Land. In: *Agora Energiewende* (2017): Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie? Zwei Strategievorschläge zur Sicherung der Standortakzeptanz von Onshore Windenergie, S. 34.

Bei der Frage, ob der Landesgesetzgeber insbesondere das durch Art. 20a GG abgedeckte Anliegen des BüGemBeteilG mit den Belangen der verfassungsrechtlich geschützten Nutzungsberechtigten in einen angemessenen Ausgleich gebracht hat, ist zudem zu erwägen, ob der Gesetzgeber nicht auch berücksichtigen durfte, dass die Nutzbarkeit von Grundeigentum im Außenbereich für die Windenergieerzeugung überhaupt erst aufgrund von Rechtsänderungen im Baugesetzbuch, namentlich der Privilegierung von Windenergieanlagen in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB ermöglicht wurde. Durch diese Änderung wurde zwar der bauplanungsrechtliche Grundsatz der weitest möglichen Schonung des Außenbereichs nicht aufgegeben¹³⁸, gleichwohl ist ohne weiteres ersichtlich, dass hiermit die Beeinträchtigung der besonderen Raumfunktionen des Außenbereichs, die nicht zuletzt auch eine Erholungsfunktion für die Allgemeinheit umfassen¹³⁹, gebilligt wurde.

Wurde aber durch die gesetzgeberische Beschränkung einer Gemeinfunktion des Außenbereichs dieser überhaupt erst für eine privatwirtschaftliche Betätigung geöffnet, und damit die Privatnützigkeit des Grundeigentums gestärkt, so könnte man den Staat auch dazu legitimiert sehen, mithilfe anderer Instrumente, hier des BüGemBeteilG, eine Nachjustierung der Gemeinwohldienlichkeit des Ausbaus der Windenergie vorzunehmen. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass Art. 14 Abs. 2 S. 2 GG es ausdrücklich dem Gesetzgeber gestattet, Beschränkungen des Eigentums zugunsten des Wohles der Allgemeinheit vorzunehmen¹⁴⁰. Die Stärkung dieses verfassungsrechtlichen Gutes aber wird über eine Förderung der Akzeptanz nicht nur bei den konkret kaufberechtigten Bürgern, sondern auch den Gemeinden und die Steigerung der lokalen Wertschöpfung gefördert. Der vorstehenden Überlegung kann dabei kaum ein vermeintliches deutsches Verständnis von Raum- und Bodenordnung entgegengehalten werden, welches eine Berücksichtigung der durch den Bau von Windenergieanlagen berührten Belange exklusiv im Rahmen der planungs- und raumordnerischen Abwägung, nicht aber über eine eigentumsrelevante gesellschaftsrechtliche Partizipation gestatte¹⁴¹. Verfassungsrechtlich ist der Gesetzgeber nicht daran gehindert, die von ihm einst separat geschaffenen Konfliktlösungsmechanismen um neue zu ergänzen und diese miteinander zu verknüpfen¹⁴².

In der Dogmatik des Eigentumsgrundrechts ausgedrückt, spricht mithin einiges dafür, dass das BüGemBeteilG jedenfalls materiell-rechtlich die Grenzen der Privatnützigkeit des Eigentums in zulässiger Weise zieht, wobei hier auch noch einmal die geschaffene Übergangsregelung gem. § 16 BüGemBeteilG sowie das Vorhandensein einer im Ermessen der zuständigen

¹³⁸ BVerwGE 117, 287, juris Rn. 52.

¹³⁹ Vgl. § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 Alt. 6 BauGB und hierzu *Mitschang/Reidt*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 13. Aufl. 2016 Rn. 87.

¹⁴⁰ Vgl. nur BVerfGE 100, 226 (240).

¹⁴¹ In diesem Sinne aber *Milstein*, Die Beteiligung der Bürger und Gemeinden an Windparks in privater Trägerschaft durch Landesgesetz, ZUR 2016, 269 (276).

¹⁴² Ein solches Vorgehen ist vielmehr gerade kennzeichnend in einer immer ausdifferenzierteren Gesellschaft, in der verschiedene Rechtsinstitute auf dieselben gesellschaftlichen Phänomene und Interessenskonflikte einwirken, vgl. hierzu in Bezug auf den Verlust konkreter Reziprozität subjektiver Rechte *Luhmann*, Zur Funktion der „subjektiven Rechte“, JhbRSoz 1 (1970), 321 (329).

Behörde stehenden Ausnahmemöglichkeit nach § 1 Abs. 3 Alt. 2 BüGemBeteil zur Vermeidung etwaiger unzumutbarer Härten im Einzelfall zu berücksichtigen ist¹⁴³.

Auch vor Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG haben diese Überlegungen Bestand. Soweit dessen Schutzbereich eröffnet ist, stellen die Verpflichtungen des BüGemBeteilG allein Berufsausübungsregelungen dar, die nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts umfassend auf ihre Verhältnismäßigkeit hin zu überprüfen sind¹⁴⁴ und grundsätzlich durch vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden können¹⁴⁵. Trotz der Mittelbarkeit, mit der das BüGemBeteilG zu einer Akzeptanzsteigerung für den Ausbau der Windenergie führen und zum Baustein im Kampf gegen den Klimawandel werden soll, scheint der mit den Regelungen verbundene Eingriff insgesamt nicht unverhältnismäßig.

f) Zwischenergebnis

Die Regelungen des BüGemBeteilG stellen hoheitliche Eingriffe in die Freiheitsrechte betroffener Vorhabenträger aus Art. 12 Abs. 1 S. 2 bzw. Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG dar. Unter Berücksichtigung der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative erscheinen die Regelungen des BüGemBeteilG sowohl als geeignet als auch erforderlich, um das Ziel der Akzeptanzschaffung für den Ausbau der Windenergie jedenfalls zu fördern. Bei konkreter Gewichtung der Eingriffsintensität auf der Seite der Vorhabenträger und unter Berücksichtigung des Nutzens der Akzeptanzschaffung für das Erreichen der gesetzgeberisch festgelegten Ausbauziele der Windenergie und deren Beitrag zum Klimaschutz stehen die mit dem BüGemBeteilG verbundenen Belastungen Einzelner natürlicher und juristischer Personen zudem nicht außer Verhältnis zu den mit den Regelungen verfolgten Zielen und können deshalb gerechtfertigt werden.

2. Ungleichbehandlungen durch Teilhaberegulungen

Wenn sich auch die Beschränkungen der betroffenen Freiheitsrechte durch die Verpflichtungen des BüGemBeteilG wegen ihres Beitrags zur Steigerung der Akzeptanz des Ausbaus der Windenergie nach hier vertretener Ansicht rechtfertigen lassen, so könnten in ihnen doch auch Verstöße gegen den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1 GG liegen.

Eine rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung kommt unter verschiedenen Gesichtspunkten in Betracht¹⁴⁶. Zunächst könnte eine solche in der Beschränkung des Anwendungs-

¹⁴³ Im Ergebnis so auch *Bovet/Lienhoop*, Trägt die wirtschaftliche Teilhabe an Flächen für die Windkraftnutzung zur Akzeptanz bei?, ZNER 2015, 227 (230 f.).

¹⁴⁴ Vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 12 GG *Mann*, in: Sachs, Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 12 Rn. 142 ff., die zwar weiterhin eine Orientierung an der klassischen 3-Stufenlehre erkennen lässt, jedoch zunehmend eine – wenn auch stufenspezifische – Verhältnismäßigkeitsprüfung verlangt.

¹⁴⁵ *Mann*, in: Sachs, Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 12 Rn. 126.

¹⁴⁶ Vgl. hierzu auch *Ott/Schäfer-Stradowsky*, Gesetz über die Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden an Windparks in Mecklenburg-Vorpommern, EnWZ 2016, 68 (77 f.).

bereichs des BüGemBeteilG auf bestimmte Windenergievorhaben im Außenbereich und der damit verbundenen Ausklammerung anderer Windenergievorhaben sowie anderweitiger umweltrelevanter produzierender Anlagen im Außenbereich liegen (a)). Ein Gleichheitsverstoß kommt zudem mit Blick auf die Abgrenzung der Partizipationsberechtigten nach § 5 BüGemBeteilG über den gewählten Fünf-Kilometer-Umkreis und die Gleichbehandlung der Partizipationsberechtigten untereinander in Betracht (b)).

a) Gleichheitsverstoß gegenüber anderen Vorhaben mit Umweltauswirkungen?

Damit eine rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung zwischen den in den Anwendungsbereich des BüGemBeteilG fallenden Windenergieanlagen einerseits¹⁴⁷ und den gem. § 1 Abs. 2 BüGemBeteilG nicht erfassten Windenergieanlagen sowie anderen umweltrelevanten Produktionsanlagen – EE-Anlagen und sonstige – im Außenbereich andererseits vorliegt, müsste es sich bei diesen zunächst um im Wesentlichen vergleichbare Gegenstände handeln. An die Vergleichbarkeit sind dabei aber keine zu hohen Anforderungen zu stellen¹⁴⁸.

So genügt es vorliegend, dass es sich bei den zu betrachtenden Vergleichsgruppen sämtlich um umweltrelevante Produktionsanlagen mit einem Standort im Außenbereich handelt, so dass mit diesen gewisse Auswirkungen auf das Landschaftsbild und weitere Umwelteinwirkungen verbunden sind. Zudem werden grundsätzlich alle in einer Weise betrieben, dass im Wesentlichen die Eigentümer hieraus Profite erwirtschaften und lediglich die allgemeinen Abgaben an den Staat und damit die Allgemeinheit abzuführen sind.

Handelt es sich um insoweit vergleichbare Sachverhalte, bedarf ihre Ungleichbehandlung durch das BüGemBeteilG der sachlichen Rechtfertigung.

Da die Ungleichbehandlung die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten – namentlich der Eigentums- bzw. der Berufsfreiheit – betrifft, genügt zur Rechtfertigung nicht eine reine Willkürprüfung¹⁴⁹. Bei der deshalb durchzuführenden Verhältnismäßigkeitsprüfung ist gleichwohl bzgl. der Prüfungsintensität zu berücksichtigen, dass es sich vorliegend um Maßnahmen der Wirtschaftslenkung im weiteren Sinne handelt, die einen komplexen Bereich betreffen, in welchem dem Gesetzgeber hinsichtlich vorzunehmender Differenzierungen ein größerer Spielraum zukommt¹⁵⁰. Dies im Hinterkopf ist es allgemein erforderlich, dass Sachgründe zur Rechtfertigung gegeben sind, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind¹⁵¹. Dabei sind sowohl vom Gesetzgeber explizit angeführte Gründe für eine Differenzierung als auch solche objektiver Natur zu berücksichtigen.

¹⁴⁷ Vgl. § 1 BüGemBeteilG. Die Vorschrift hat seine endgültige Form erst spät im Gesetzgebungsverfahren erhalten, vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Energie, Infrastruktur und Landesentwicklung (8. Ausschuss), Drs. 6/5335 vom 12.04.2016, S. 9 f.

¹⁴⁸ Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 14. Aufl. 2016, § 3 Rn. 7.

¹⁴⁹ Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 14. Aufl. 2016, § 3 Rn. 22.

¹⁵⁰ Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 14. Aufl. 2016, § 3 Rn. 25.

¹⁵¹ BVerfGE 129, 49 (68); st. Rspr., vgl. Osterloh/Nußberger, in: Sachs, Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 3 Rn. 13.

Im Vergleich zu sonstigen, nicht EE-relevanten Produktionsanlagen ist zunächst zu bemerken, dass eine Unterscheidung weniger durch die von ihnen wie auch von Windenergieanlagen ausgehenden Belastungen für die Umwelt angezeigt scheint. Auch wenn Windenergieanlagen aufgrund ihrer weit aufragenden Gestalt und den davon ausgehenden optischen Wirkungen sowie ihres weiten und zahlenmäßig hohen Verbreitungsgrades insoweit durchaus eine Besonderheit zugesprochen werden könnte, lassen sie sich hinsichtlich ihrer lokalen Auswirkungen in vielerlei Hinsicht mit anderen nicht EE-relevanten Produktionsanlagen vergleichen.

Ohne Frage bestehen die rechtlich erheblichen Unterschiede, die eine Unterscheidung im vorgenannten Sinne tragen können insoweit aber mit Blick auf das Gut des EE-Stroms, der bei dieser Vergleichsgruppe nur von Windenergieanlagen produziert wird. Dieser ist nicht allein Wirtschaftsgut, sondern dient aus der maßgeblichen Sicht des Gesetzgebers auch der Erfüllung der nationalen, europäischen und völkerrechtlichen Klimaschutzziele¹⁵². Die danach vereinbarten Ziele bedürfen eines raschen Ausbaus der Erzeugungsanlagen in erheblicher Menge, sodass der Erfolg hier letztlich auch davon abhängig ist, inwieweit es gelingt, in hinreichend kurzer Zeit solche Anlagen zu errichten. Da dies ohne Akzeptanz der Bürger nicht möglich ist, besteht gerade an deren Steigerung ein gesteigertes öffentliches Interesse, das hinsichtlich der Akzeptanz der Errichtung sonstiger Produktionsanlagen nicht vorhanden ist. Hier kann es grundsätzlich – im Rahmen der Grenzen grundrechtlicher Verpflichtungen des Staates – in Kauf genommen werden, dass entsprechende Widerspruchs- und Klageverfahren durchlaufen und ggf. auch weitere Anstrengungen unternommen werden müssen, um solcherlei Vorhaben im Einzelfall umzusetzen. Schon insoweit erscheint nur die Einbeziehung von Windenergieanlagen, nicht aber auch sonstiger Produktionsanlagen in den Anwendungsbereich des BüGemBeteilG als erforderlich und mit Blick auf die Ungleichbehandlung auch nicht außer Verhältnis zu dem damit verfolgten Zweck der Akzeptanzschaffung und schließlich des Klimaschutzes.

Im Vergleich mit anderen EE-Erzeugungsanlagen treten die rechtlich relevanten Unterschiede noch offener bereits hinsichtlich der jeweiligen Auswirkungen auf die Umwelt, insbesondere das Landschaftsbild hervor. Während dies hinsichtlich Photovoltaik-Freiflächenanlagen offensichtlich ist, da diese schon aufgrund ihrer geringen Höhe nicht über größere Entfernungen sichtbar sind, selbst bei ihrer Sichtbarkeit keinen mit Windenergieanlagen vergleichbaren prägenden Einfluss auf das Landschaftsbild haben und auch sonst relativ geringe Umweltauswirkungen besitzen, gilt dies auch im Vergleich zu Biomasseanlagen. Auch diese besitzen nicht denselben prägenden Einfluss auf die Landschaft und führen zu – je nach Einsatzstoff unterschiedlichen, gleichwohl generalisierend gesprochen – lokal eher begrenzten Umwelteinwirkungen. Insbesondere können hier nicht auch die in der Vergangenheit ver-

¹⁵² Demgegenüber scheint es zwar auch nicht von vorne herein verfehlt, einen weiteren erheblichen Unterschied in der erheblichen Förderung des EE-Windstroms über das EEG zu sehen. Dieser ist jedoch seinerseits Ausdruck der Bemühungen des Staates, die sich selbst gesetzten Klimaschutzziele zu erreichen. Zum anderen drohte hier der bereits oben beschriebene kompetenzielle Widerspruch, da das BüGemBeteilG insoweit in den Interessenausgleich des EEG eingreifen würde.

stärkt und teilweise immer noch bestehenden erheblichen Auswirkungen des Energiepflanzenanbaus einfach hinzugerechnet werden, da dieser allenfalls mittelbar durch Biomasseanlagen induziert wird.

Der landschaftsbildprägende Einfluss war es dann auch, der den Gesetzgeber in Mecklenburg-Vorpommern dazu bewog, lediglich die nach § 1 BüGemBeteilG erfassten Windenergieanlagen in den Anwendungsbereich des Gesetzes einzubeziehen und die in § 1 Abs. 2 Nr. 2 BüGemBeteilG genannten Windenergieanlagen auf See sowie Windenergieanlagen, deren Zulässigkeit sich als mitgezogene Nutzung nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB bemisst, vom Anwendungsbereich auszuklammern. Letztere sind gerade nicht als Windenergieanlagen, sondern als Nebenanlagen von untergeordneter Bedeutung für land- oder forstwirtschaftliche Betriebe privilegiert im Außenbereich zulässig. Der Gesetzgeber durfte hier davon ausgehen, dass diese als Gruppe aufgrund ihrer geringen Zahl einerseits nicht für die vorhandenen Akzeptanzprobleme ursächlich sind und andererseits auch nicht zum Erreichen der Klimaschutzziele in Frage kommen.

Schon die unterschiedlichen Auswirkungen der vorgenannten Anlagentypen auf das Landschaftsbild rechtfertigen sodann mit Blick auf das Differenzierungsziel des BüGemBeteilG und vor dem Hintergrund der betroffenen Freiheitsrechte, allein solche Anlagen zu erfassen, die in besonderem Maße zu Akzeptanzproblemen führen und zudem noch in großer Anzahl in Mecklenburg-Vorpommern zum Erreichen der gesetzten Klimaschutzziele erforderlich sind. Eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG liegt insoweit nicht vor.

b) Gleichheitsverstoß durch die Eröffnung einheitlicher Partizipationsmöglichkeiten für bestimmte Kaufberechtigte?

Ein Gleichheitsverstoß könnte aber des Weiteren zum einen mit Blick auf die Bestimmung der Kaufberechtigten Bürger und Gemeinden gem. § 5 BüGemBeteilG (aa)) sowie zum anderen wegen deren vollständiger Gleichbehandlung (bb)) vorliegen¹⁵³.

aa) Unzulässige Ungleichbehandlung?

Gem. § 5 Abs. 1 BüGemBeteilG sind alle natürlichen Personen im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Partizipationsmöglichkeit kaufberechtigt, die zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Offerte seit mindestens drei Monaten mit ihrer Wohnung in einer Entfernung von nicht mehr als fünf Kilometern von der Errichtungsstelle oder dem Standort der Windenergieanlage gemeldet sind. Gem. Abs. 2 werden zudem Gemeinden berechtigt, auf deren Gebiet sich die Windenergieanlagen befinden, sowie Gemeinden, deren Gemeindegebiet nicht mehr als fünf Kilometer vom Standort der Windenergieanlage entfernt liegt. Die Auswahl der Berech-

¹⁵³ Abstrakt zu möglichen Ausgestaltungsoptionen für die Bestimmung der Anspruchsberechtigung von Bürgern siehe IKEM et al. (2017): Ausgestaltungsoptionen und -empfehlungen zur finanziellen Beteiligung von Kommunen beim Ausbau von Windenergieanlagen an Land. In: Agora Energiewende (2017): Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie? Zwei Strategievorschläge zur Sicherung der Standortakzeptanz von Onshore Windenergie, S. 35 ff.

tigten gilt entsprechend auch für die alternativen Formen der Beteiligung über Sparprodukt (§ 10 Abs. 1) bzw. Ausgleichsabgabe (§ 11 Abs. 1).

Diese Regelung beinhaltet offensichtlich eine Ungleichbehandlung von verschiedenen Personen und Gemeinden, deren Betroffenheit aufgrund nur geringstem räumlichem Abstand zueinander oder topographischen Besonderheiten nahezu identisch sein kann. Die Ungleichbehandlung besteht dann darin, dass Personen oder Gemeinden, nur weil sie durch den Fünf-Kilometer-Umkreis erfasst werden, beteiligungsfähig sind, und Personen oder Gemeinden, die außerhalb dieses Umkreises liegen und obwohl ihre Betroffenheit etwa aufgrund eines Wohnortes auf einer Höhenlage gleich oder gar erheblicher sein kann, von der Beteiligung ausgeschlossen sind. Gleichwohl ist eine solche Ungleichbehandlung nicht ohne Weiteres unzulässig. Diese ist vielmehr gerechtfertigt, wenn für das Maß der Differenzierung ein innerer Zusammenhang zwischen den durch den Landesgesetzgeber vorgefundenen Verschiedenheiten und der differenzierenden Regelung besteht, der sich als sachlich vertretbarer Unterscheidungsgesichtspunkt von hinreichendem Gewicht erweist¹⁵⁴.

Dies aber ist vorliegend der Fall. Der Gesetzgeber hat sich bei der Abgrenzung an den typischen topographischen Gegebenheiten in Mecklenburg-Vorpommern orientiert und anhand dieser auf die typische Belastungssituation durch Errichtung und Betrieb von Windenergieanlagen geschlossen¹⁵⁵. Dabei durfte er typisierend vorgehen¹⁵⁶. Ähnlich wie bei Stichtagen haften auch räumlichen Grenzziehungen zwar immer etwas Willkürliches an sich. Ein Gleichheitsverstoß ergibt sich daraus aber nicht¹⁵⁷.

Dass die Weite des gewählten Umgriffs dazu führt, dass nach der derzeitigen Regelung regelmäßig eine größere Zahl an Gemeinden beteiligungsfähig ist¹⁵⁸ und so bei der einzelnen Gemeinde letztlich allenfalls ein kleinerer materieller Gewinn verbleibt¹⁵⁹, spricht ebenfalls nicht gegen die Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG. Die hieraus erwachsende Problematik war vielmehr im Rahmen der Vereinbarkeit mit den Freiheitsrechten zu thematisieren und wurde dort im Rahmen der Eignung der Maßnahme als letztlich unmaßgeblich eingeordnet.

¹⁵⁴ Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 14. Aufl. 2016, Art. 3 Rn. 17.

¹⁵⁵ Vgl. die Begründung zum Gesetzentwurf der Landesregierung, Drs. 6/4568 vom 07.10.2015, S. 30.

¹⁵⁶ BVerfGE 103, 310/319; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 14. Aufl. 2016, Art. 3 Rn. 30 f.

¹⁵⁷ Vgl. insoweit Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 14. Aufl. 2016, Art. 3 Rn. 32.

¹⁵⁸ So eine Analyse des BWE Landesverband Mecklenburg-Vorpommern, präsentiert auf der Veranstaltung „Kommunale Wertschöpfung bei der Energiewende stärken“ der Landtagsfraktion Bündnis90/Die Grünen, Potsdam, 19.06.2017.

¹⁵⁹ Vgl. die Stellungnahme Bündnis 90/Die Grünen, Grüne Position: Standortgemeinden stärken. Rechtssicherheit für flexible Vor-Ort-Lösungen schaffen. Beteiligung durch einfaches Verfahren attraktiver machen, Stand: März 2016, S. 2; Bundesverband Windenergie e.V. (BWE)/Landesverband Mecklenburg-Vorpommern, Wind-Energy Network e.V., Gemeinsame Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes über die Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden an Windparks in Mecklenburg-Vorpommern und zur Änderung weiterer Gesetze gemäß Vorlage zur Kabinettsitzung vom 23. Juni 2015, S. 40 f. Vgl. Erwägungen zu den Gemeinden finden sich auf S. 43.

bb) Unzulässige Gleichbehandlung?

Eine unzulässige Gleichbehandlung könnte aber darin bestehen, dass weder innerhalb der Gruppe der jeweils kaufberechtigten Bürger noch derjenigen der Gemeinden eine weitere Differenzierung nach der konkreten Betroffenheit stattfindet. Daraus folgt derzeit, dass jeder Kaufberechtigte dieselbe Möglichkeit der materiellen Partizipation hat – der unmittelbare Anwohner also dieselbe, wie derjenige, der 5 km entfernt gemeldet ist und die Standortgemeinde genauso wie bloße Anliegergemeinden.

Letztlich ergibt sich auch hieraus kein Gleichheitsverstoß. Zwar mag man das Fehlen einer weitergehenden Differenzierung politisch durchaus kritisch sehen¹⁶⁰. Für die rechtliche Bewertung ist aber zu beachten, dass die materielle Teilhabe zu einer Förderung der Akzeptanz von Windenergievorhaben führen, nicht aber eine bestehende Umweltbelastung Einzelner ausgleichen soll. Während aber zwischen der Belastung von Personen und einer Entschädigung in Form von Beteiligungsmöglichkeiten in der Tat ein gewisses Äquivalenzverhältnis bestehen müsste, ist dies beim vorliegenden Gesetzeszweck nicht angezeigt. Zwischen Akzeptanzproblemen und der Entfernung von Anwohnern zu Windenergieanlagen besteht kein eindeutig empirisch zu belegender Zusammenhang¹⁶¹. Dann aber ist auch eine entsprechende Differenzierung jedenfalls nicht zwingend.

3. Zwischenergebnis

Nach hier vertretener Ansicht sind die materiell-rechtlichen Verpflichtungen des BüGemBetG danach sowohl mit den betroffenen Freiheits- als auch dem Grundrecht auf Gleichbehandlung vereinbar.

IV. Finanzverfassungsrechtliche Fragen einer Ausgleichsabgabe

Das BüGemBeteilG belastet die Vorhabenträger der in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallenden Windenergievorhaben durch verschiedene Verpflichtungen zu einer Ermöglichung einer finanziellen Teilhabe betroffener Bürger und Gemeinden. Eine über die vorstehend erörterten Kompetenz- und Grundrechtsfragen hinausgehende Abgabenproblematik, die den Anforderungen der Finanzverfassung des Grundgesetzes unterfällt, ergibt sich jedoch nur für die Variante der Ausgleichsabgabe von Vorhabenträgern gegenüber Gemeinden.

Nur hier wird unmittelbar aufgrund staatlicher Verpflichtung für den Fall eine Zahlungsverpflichtung eines Vorhabenträgers begründet, dass dieser von der Freistellungsklausel des § 10 Abs. 5 Alt. 1 BüGemBeteilG Gebrauch macht und eine Gemeinde dem zustimmt. Einer weiteren Vereinbarung zwischen Vorhabenträger und Gemeinde zur Begründung eines An-

¹⁶⁰ Insoweit bietet allerdings die für 2019 vorgesehene Gesetzesevaluierung die Möglichkeit möglicherweise nachzusteuern.

¹⁶¹ Siehe FA-Wind, *Hübner/Pohl*, Mehr Abstand – mehr Akzeptanz?, 2015, S. 22.

spruchs auf Zahlung der Abgabe bedarf es hier in diesem Fall nicht. Vielmehr hat der Vorhabenträger der berechtigten Gemeinde eine jährlich zu entrichtende Ausgleichsabgabe zu leisten, deren Höhe sich nach den Vorgaben des § 11 BüGemBeteilG richtet.

Die Klärung der finanzverfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer solchen Abgabe ist vor allen Dingen auch deshalb angezeigt, weil die Bedeutung der hierbei relevanten Fragen weit über die Ausgleichsabgabe des BüGemBeteilG hinausgeht. Die Fragen stellen sich vielmehr allgemein für vergleichbare obligatorische Abgaben von Vorhabenträgern an Gemeinden, wodurch gerade auch eine Teilhabe derjenigen Teile der Bevölkerung am Windenergieausbau in den Standort- und Nachbargemeinden sichergestellt werden kann, die mangels freien Vermögens oder aber aufgrund einer Risikoaversion andere Teilhabeinstrumente nicht nutzen würden. Eine solche Abgabe stellt sich insoweit etwa auch als Alternative zu vielfach nicht wie gewünscht greifenden Modifizierungen der Zerlegung von Gewerbesteuererträgen¹⁶² oder einer diskutierten Neuausrichtung von Konzessionsabgaben¹⁶³ dar. Zudem könnte sie auch zum Vorbild für eine allgemein einzuführende Abgabe zugunsten betroffener Standortgemeinden werden¹⁶⁴.

1. Anforderungen an die Zulässigkeit von Sonderabgaben

Neben dem grundsätzlich durch das Grundgesetz zur Staatsfinanzierung vorgesehenen Instrument der Steuer, sind auch die sog. Vorzugslasten in der Form von Gebühren und Beiträgen verfassungsrechtlich anerkannt und unproblematisch zulässig¹⁶⁵. Bei der Ausgleichsabgabe nach dem BüGemBeteilG handelt es sich jedoch um die weitaus problematischere, in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gleichwohl grundsätzlich anerkannte Abgabenform der Sonderabgabe¹⁶⁶.

Auch wenn sich diese Abgabenform kaum umschreiben lässt, ohne bereits ihre Zulässigkeitsvoraussetzungen in den Blick zu nehmen¹⁶⁷, so wird eine Sonderabgabe doch allgemein definiert als „hoheitlich auferlegte Geldleistungspflicht, der keine unmittelbare Gegenleistung gegenübersteht, die nur von einer bestimmten Gruppe erhoben wird und deren Aufkommen

¹⁶² Siehe hierzu *Hoffmann/Wegner*, Mechanismen finanzieller Teilhabe am Ausbau der Windenergie, Würzburger Studie zum Umweltenergierecht Nr. 7, März 2018, S. 17, abrufbar unter: www.stiftung-umweltenergierecht.de/publikationen/; vgl. außerdem IKEM, *Ott/Rodi/Schäfer Stradowsky u.a.*, Ausgestaltungsoptionen und -empfehlungen zur finanziellen Beteiligung von Kommunen beim Ausbau von Windenergieanlagen an Land, Oktober 2017, S. 16.

¹⁶³ Hierzu *Hoffmann/Wegner*, Mechanismen finanzieller Teilhabe am Ausbau der Windenergie, Würzburger Studie zum Umweltenergierecht Nr. 7, März 2018, S. 21 ff., abrufbar unter: www.stiftung-umweltenergierecht.de/publikationen/.

¹⁶⁴ Eine ausführliche Untersuchung dieser Möglichkeit findet sich bei IKEM, *Ott/Rodi/Schäfer Stradowsky u.a.*, Ausgestaltungsoptionen und -empfehlungen zur finanziellen Beteiligung von Kommunen beim Ausbau von Windenergieanlagen an Land, Oktober 2017.

¹⁶⁵ Vgl. hierzu *Siekmann*, in: Sachs, Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Vor Art. 104a Rn. 93 ff.

¹⁶⁶ A.A. *Milstein*, Die Beteiligung der Bürger und Gemeinden an Windparks in privater Trägerschaft durch Landesgesetz, ZUR 2016, 269 (274), der von einer Steuer ausgeht.

¹⁶⁷ Kritisch *Siekmann*, in: Sachs, Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Vor Art. 104a Rn. 152.

sachgebunden in einen speziellen Fonds fließt“¹⁶⁸. Gerade wegen ihrer Gegenleistungsunabhängigkeit besitzt sie eine große Nähe zur Abgabenform der Steuer und droht deshalb die für deren Erhebung vorgesehenen verfassungsrechtlichen Sicherungen und deren Begrenzungs- und Schutzfunktion zu unterlaufen.

Zum Schutz u.a. des Prinzips der Belastungsgleichheit, des Grundsatzes der Vollständigkeit des Haushaltsplans und des parlamentarischen Budgetrechts sowie des Systems des bundesstaatlichen Finanzausgleichs und der finanzverfassungsrechtlichen Kompetenzordnung lässt das Bundesverfassungsgericht Sonderabgaben grundsätzlich nur unter engen Voraussetzungen zu¹⁶⁹.

Neben dem Vorliegen einer Sachkompetenz setzt die Zulässigkeit von Sonderabgaben zunächst voraus, dass der Gesetzgeber mit der Sonderabgabe einen Sachzweck verfolgt, der über die bloße Mittelbeschaffung hinausgeht. Zur Abgabenleistung kann zu diesem Zweck des Weiteren nur eine Gruppe verpflichtet werden, welche sich durch eine Homogenität in dem Sinne auszeichnet, dass sie „durch eine gemeinsame, in der Rechtsordnung oder in der gesellschaftlichen Wirklichkeit vorgegebene Interessenlage oder durch gemeinsame Gegebenheiten von der Allgemeinheit und anderen Gruppen abgrenzbar ist“¹⁷⁰ und eine evidente Sachnähe zu dem verfolgten Abgabenzweck aufweist. Aus dieser Sachnähe muss sich wiederum eine besondere Gruppenverantwortung für die Erfüllung der zu finanzierenden Aufgabe ergeben¹⁷¹. Das Abgabenaufkommen ist dann gruppennützig zu verwenden¹⁷². Dass diese Voraussetzungen dauerhaft gegeben sind, hat der Gesetzgeber zudem in bestimmten sachangemessenen periodischen Abständen zu überprüfen¹⁷³, sowie Bestand und Entwicklung von Sonderabgaben zu dokumentieren¹⁷⁴.

Nicht einheitlich wird jedoch beurteilt, ob die vorgenannten Anforderungen stets, d. h. unabhängig vom konkret mit der Sonderabgabe verfolgten Zweck erfüllt sein müssen. Nach teilweise vertretener Ansicht soll bei bestimmten Sonderabgaben, die keine Finanzierungs-, sondern eine Lenkungs- bzw. eine Abschöpfungsfunktion besitzen und sich schon deshalb phänomenologisch stärker von den übrigen Abgabenformen unterscheiden, auf einzelne Anforderungen verzichtet werden können¹⁷⁵. Insbesondere wird durch den ersten Senat des

¹⁶⁸ So zuletzt *Kahl/Simmel*, Europa- und verfassungsrechtliche Spielräume einer CO₂-Bepreisung in Deutschland, Würzburger Studien zum Umweltenergie recht Nr. 6, Oktober 2017, S. 41; *Pieroth*, in: Jarras/Pieroth, Grundgesetz, 14. Aufl. 2016, Art. 105, Rn. 9; vgl. auch BVerfGE 101, 141 (148).

¹⁶⁹ Vgl. den Überblick über die Anforderungen bei *Siekmann*, in: Sachs, Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Vor Art. 104a Rn. 165.

¹⁷⁰ BVerfGE 55, 274 (305 f.); 67, 256 (276); 108, 186 (2018); 110, 370 (389 f.).

¹⁷¹ BVerfGE 124, 348 (366).

¹⁷² BVerfGE 55, 274 (307 f.) sowie zu den weiteren Einzelheiten dieser Anforderung *Kahl/Simmel*, Europa- und verfassungsrechtliche Spielräume einer CO₂-Bepreisung in Deutschland, Würzburger Studien zum Umweltenergie recht Nr. 6 vom Oktober 2017, S. 42 f. m.w.N.

¹⁷³ BVerfGE 108, 186 (231); 110, 370 (392).

¹⁷⁴ BVerfGE 108, 186 (218 f.); 110, 370 (389, 393).

¹⁷⁵ Siehe *Germelmann*, Präzisierung in der Sonderabgaben-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, GewArch 2009, 476 (478 f. m.z.N.), der sich gegen eine Übertragung von Finanzierungsverantwortung und Gruppennützigkeit der Mittelverwendung auf Lenkungsabgaben ausspricht.

Bundesverfassungsgerichts die Voraussetzung der besondere Sachnähe und die daraus erwachsende Finanzierungsverantwortung der belasteten Gruppe zu dem verfolgten Abgabenzweck sowie die gruppennützige Mittelverwendung auf Lenkungs- und Abschöpfungsabgaben nicht angewendet¹⁷⁶. Der zweite Senat des Gerichts lehnt eine solche Lockerung demgegenüber jedenfalls dann ab, wenn mit der Abgabe auch Finanzierungszwecke verfolgt werden¹⁷⁷. Aufgrund der kasuistischen Prägung der Rechtsprechung fällt eine Vorhersage über den letztlich anzulegenden Maßstab im Einzelfall nicht leicht.

2. Ausgleichsabgabe als Sonderabgabe mit oder ohne Finanzierungsfunktion?

Damit eine Lockerung hinsichtlich der Zulässigkeitsanforderungen der besonderen Finanzierungsverantwortung und der Gruppennützigkeit der Mittelverwendung überhaupt in Frage kommt, müsste es sich bei der Ausgleichsabgabe nach § 11 BüGemBeteilG jedenfalls um eine Sonderabgabe handeln, bei der nicht eine Finanzierungsfunktion, sondern eine Lenkungs- oder Abschöpfungsfunktion deutlich im Vordergrund steht. Dies ist allerdings zweifelhaft.

Die Annahme einer sog. Ausgleichsabgabe eigener Art¹⁷⁸, bei der eine Konkurrenz zur Steuer ausgeschlossen ist¹⁷⁹ und für die deshalb gelockerte Rechtmäßigkeitsanforderungen gelten könnten, setzt zunächst das Bestehen einer öffentlich-rechtlichen Handlungspflicht voraus¹⁸⁰, deren (zulässige) Nichterfüllung im Einzelfall zum Anknüpfungspunkt für die Erhebung einer Abgabe zur Wahrung der Belastungsgleichheit mit den mit der Primärpflicht Belasteten führen soll. Zentral sind insoweit eine Vorteilsabschöpfungsfunktion der Abgabe¹⁸¹ sowie ihre auf die Erfüllung der Primärpflicht gerichtete Antriebs- und Sanktionsfunktion¹⁸². Erst die Verknüpfung der Abgabe mit dem erlangten Vorteil grenzt solcherlei Abgaben hinreichend von Steuern ab und begrenzt sie zugleich in ihrer Höhe, da eine Abschöpfung nur insoweit stattfindet, als dass die erhobene Abgabe den Wert des erlangten Vorteils nicht übersteigt und insoweit nicht selbst – der Steuer vergleichbar – voraussetzungslos wird¹⁸³.

Die Ausgleichsabgabe nach § 11 BüGemBeteilG weist zwar tatsächlich zunächst einen engen Zusammenhang mit der primären Pflicht der Vorhabenträger auf, d. h. mit der Pflicht, eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung an der jeweiligen vorhabenbezogenen Projektgesellschaft

¹⁷⁶ BVerfGE 57, 139, 167 ff.; *Germelmann*, Präzisierung in der Sonderabgaben-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, GewArch 2009, 476 (478 f.); vgl. auch *Siekmann*, in: Sachs, Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Vor Art. 104a Rn. 170 ff.

¹⁷⁷ BVerfGE 82, 159 (181), 110, 370 (389); *Germelmann*, Präzisierungen in der Sonderabgaben-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, GewArch 2009, 476 (479).

¹⁷⁸ Zur Unterscheidung gewöhnlicher Ausgleichsabgaben und solcher eigener Art anhand von Beispielen BVerwGE 67, 256 (277) – Investitionshilfegesetz.

¹⁷⁹ BVerfG, Beschluss vom 05.03.2009 – 2 BvR 1824/05 – Stellplatzabgabe, juris Rn. 15.

¹⁸⁰ BVerfGE 108, 186 (220) – Ausbildungsvergütung in der Altenpflege; BVerfGE 92, 91 (117) – Feuerwehrabgabe; vgl. auch BVerfGE 57, 139 (167 f.) – Schwerbehindertengesetz; BVerfG, Beschluss vom 05.03.2009 – 2 BvR 1824/05 – Stellplatzabgabe, juris Rn. 16.

¹⁸¹ BVerfGE 93, 319 (345 f.) – Wasserpfennig; hierzu auch BVerfGE 78, 249 (267).

¹⁸² BVerfGE 67, 256 (277) – Investitionshilfegesetz; BVerfGE 57, 139 (167) – Schwerbehindertengesetz.

¹⁸³ BVerfGE 93, 319 (347) – Wasserpfennig.

gem. §§ 4 ff. BüGemBeteilG zu ermöglichen. Die Abgabe nach § 11 BüGemBeteilG ist danach als Ausgleich dafür an Gemeinden zu leisten, dass diese sich dazu bereiterklären, auf eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung zu verzichten und der Vorhabenträger von der Pflicht zur Einräumung einer entsprechenden Möglichkeit befreit wird¹⁸⁴. Dabei stellt das Gesetz auch sicher, dass mit der Ausgleichsabgabe nur der tatsächlich durch die Nichtbelastung mit den gesellschaftsrechtlichen Beteiligungspflichten bestehende Vorteil abgeschöpft wird¹⁸⁵. Die hierfür erforderliche Belastungsgleichheit zwischen denjenigen Vorhabenträgern, welche eine gesellschaftsrechtliche Beteiligungsmöglichkeit von Gemeinden gewährleisten und denjenigen, welche anstatt dessen die Ausgleichsabgabe leisten, soll über die Vorgaben zur Bemessung der Höhe der Ausgleichsabgabe gem. § 11 Abs. 2 BüGemBeteilG sichergestellt werden.

Danach wird die tatsächlich im jeweils vergangenen Jahr vergütete Nettostrommenge mit einem individuellen Koeffizient multipliziert. Der Koeffizient wird seinerseits dadurch bestimmt, dass der anteilige, auf die tatsächlich nicht erfolgte gesellschaftsrechtliche Beteiligung einer oder mehrerer Gemeinden entfallende Ertragswert durch die prognostizierte Gesamtstrommenge der jeweiligen Anlage dividiert wird. Hierdurch sowie durch die Möglichkeit der Anpassung des Koeffizienten bei erheblichen Abweichungen der tatsächlichen Stromproduktion von der prognostizierten Strommenge während der Anlagenlaufzeit wird eine Orientierung an den alternativ möglichen Erträgen entsprechend der Gesellschaftsanteile sichergestellt. Dass die Vorhabenträger im Falle der Ausgleichsabgabe ebenfalls von der Erfüllung umfangreicher Informationspflichten gegenüber den betroffenen Gemeinden befreit werden, gleichzeitig aber auch keine Gegenleistung für die Beteiligung durch den Erwerb von Gesellschaftsanteilen erlangen, beeinträchtigt das aus Art. 3 GG folgende Gebot der Belastungsgleichheit dabei nicht in einem Maße, dass der diesbezüglich bestehende Spielraum des Gesetzgebers überschritten würde.

Allerdings könnte sich in der Praxis der Rechtsanwendung herausstellen, dass in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle nicht eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung – wie sie normativ als Normalfall vorgesehen ist – sondern eine Wahl zugunsten der Ausgleichsabgabe stattfindet¹⁸⁶. In diesem Fall wäre es zwar nicht so, dass die Abgabe nicht auch weiterhin eine Ausgleichsfunktion für die Nichterfüllung der Pflicht zur gesellschaftsrechtlichen Beteiligungsmöglichkeit erfüllte¹⁸⁷. Allerdings dürfte dadurch die Finanzierungsfunktion der Ausgleichsabgabe deutlicher in den Vordergrund treten. In diesem Fall fehlte es der Abgabe nämlich offensichtlich an der für Ausgleichsabgaben eigener Art typischen Antriebsfunktion,

¹⁸⁴ § 10 Abs. 5, 7 S. 2 BüGemBeteilG.

¹⁸⁵ Vgl. *Siekman*, in: Sachs, Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Vor Art. 104a Rn. 171.

¹⁸⁶ Diese Erwartung wurde auch im Gesetzgebungsverfahren geäußert und dokumentiert, vgl. Landtag Mecklenburg-Vorpommern, 6. Wahlperiode, Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Energie, Infrastruktur und Landesentwicklung (8. Ausschuss), Drs. 6/5335 vom 12.04.2016, S. 41, 50.

¹⁸⁷ Die Konstellation unterscheidet sich damit von dem durch das Bundesverfassungsgericht entschiedenen Fall, wonach eine Ausgleichsfunktion verloren geht, wenn die primäre Pflicht tatsächlich nie aktiviert wird, vgl. BVerfGE 92, 91 (118) – Feuerwehrabgabe.

die ihren Lenkungszweck hervor- und die Finanzierungsfunktion zurücktreten lässt¹⁸⁸. Damit aber würde auch der notwendige Abstand zur Steuereigenschaft verringert, da dieser gerade durch den besonderen (Lenkungs-) Grund der Erhebung der Abgabe – ein Grund jenseits bloßer Finanzierung von Staatsaufgaben – begründet liegt¹⁸⁹.

Es spricht somit einiges dafür, dass die Ausgleichsabgabe i.S.v. § 11 BüGemBeteilG auch nach der sonderabgabenfreundlichen Ansicht des Bundesverfassungsgerichtes an den strengen Maßgaben für Sonderabgaben mit Finanzierungsfunktion zu messen ist, sind allein schon vorsichtshalber im Folgenden sämtliche Anforderungen in ihrer strengen Form zu prüfen. Diesen müsste auch eine ggf. zu schaffende allgemeine Sonderabgabe zugunsten von Gemeinden genügen, da es hier an jeder Verknüpfung zu einer Primärpflicht fehlte.

3. Rechtfertigung der Ausgleichsabgabe als Sonderabgabe mit Finanzierungsfunktion

Mit den Vorhabenträgern i.S.v. § 2 Nr. 1 BüGemBeteilG wird mit der Abgabe zunächst eine in der Rechtswirklichkeit vorfindliche Gruppe aus natürlichen und juristischen Personen belegt. Bei dieser handelt es sich um eine durch bestimmte Merkmale konstituierte homogene Gruppe, die sich von der Allgemeinheit unterscheiden lässt. Die Unterscheidung ist zum einen entsprechend der Definition nach § 2 Nr. 1 BüGemBeteilG durch die Eigenschaft der Gruppenmitglieder als Antragsteller in den notwendigen immissionschutzrechtlichen Verfahren möglich, später können sie als Betreiber der Anlagen von der Allgemeinheit abgegrenzt werden¹⁹⁰.

§ 11 Abs. 4 BüGemBeteilG enthält zudem eine Zweckbindung der von den Gemeinden aufgrund der Ausgleichsabgabe vereinnahmten Mittel. Diese müssen für Maßnahmen zur Steigerung der Akzeptanz für Windenergieanlagen bei ihren Einwohnern verwendet werden. Damit wird auch denjenigen Stimmen Rechnung getragen, die eine Verwendung der aus der Ausgleichsabgabe resultierenden Mittel für solche Maßnahmen verlangt, die geeignet sind, die Nichterfüllung der öffentlich-rechtlichen Pflicht zu kompensieren¹⁹¹. Fraglich ist allerdings, ob den Gemeinden als Begünstigte der Abgabe nicht ein zu weiter Spielraum bei der Mittelverwendung eingeräumt wird. § 11 Abs. 4 BüGemBeteilG führt hier lediglich – zudem noch recht allgemein und eher unbestimmt formulierte – Regelbeispiele für Maßnahmen auf, die zur Steigerung der Akzeptanz von Windenergieanlagen bei den Gemeindeeinwohnern führen sollen. Nicht abschließend aufgezählt werden Maßnahmen zur Aufwertung von

¹⁸⁸ Zur Abgrenzung von Lenkungs- und Ausgleichsabgaben einerseits und Sonderabgaben mit Finanzierungsfunktion andererseits über den primären Zweck einer Abgabe, *Germelmann*, Präzisierungen in der Sonderabgaben-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *GewArch* 2009, 476 (477).

¹⁸⁹ Vgl. *Murswiek*, Die Ressourcennutzungsgebühr, *NuR* 1994, 170 (174).

¹⁹⁰ Vgl. auch *IKEM et al.* (2017): Ausgestaltungsoptionen und -empfehlungen zur finanziellen Beteiligung von Kommunen beim Ausbau von Windenergieanlagen an Land. In: *Agora Energiewende* (2017): *Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie? Zwei Strategievorschläge zur Sicherung der Standortakzeptanz von Onshore Windenergie*, S. 60.

¹⁹¹ *BVerfG*, Beschluss vom 05.03.2009 – 2 BvR 1824/05 – Stellplatzabgabe, *juris Rn.* 35.

Ortsbild und ortsgebundener Infrastruktur (§ 11 Abs. 4 S. 2 Nr. 1), zur Optimierung der Energiekosten oder des Energieverbrauchs der Gemeinde oder der Einwohner (Nr. 2), zur Information über die Windenergie und deren Erzeugung (Nr. 3) oder zur Förderung kommunaler Veranstaltungen oder Einrichtungen, die der Kultur, Bildung oder Freizeit dienen, oder unternehmerischen Tätigkeiten in der Gemeinde, soweit für die Einwohner jeweils ein ausreichender Bezug zu den aus der Windenergieerzeugung generierten Geldmitteln erkennbar ist (Nr. 4).

Die darüber hinaus bestehenden formalen Anforderungen werden jedenfalls gewahrt. So sehen § 46 Abs. 2 Nr. 1 sowie § 60 Abs. 1 S. 2 Kommunalverfassung M-V hinreichende Dokumentationspflichten vor, um das Entstehen von Schattenhaushalten zu verhindern. Schließlich sieht § 17 BüGemBeteilG auch eine Berichterstattung der Landesregierung gegenüber dem Parlament drei Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes vor, sodass eine Entscheidung über ggf. notwendige Anpassungen ermöglicht und eine Überprüfung des Vorliegens der Voraussetzungen einer Ausgleichsabgabe sichergestellt werden. Zwar ist in der Rechtsprechung nicht abschließend entschieden, ob über eine solche einmalige Überprüfung hinaus auch bei Sonderabgaben ohne Finanzierungsfunktion eine periodische Überprüfung der gesetzgeberischen Entscheidung für die Abgabe notwendig ist. Eine solche müsste aufgrund ihres ohnehin gegebenen verfassungsunmittelbaren Charakters allerdings nicht im Abgabengesetz selbst noch einmal festgesetzt sein, sodass jedenfalls deshalb die Rechtfertigung der Ausgleichsabgabe nicht scheitern würde¹⁹².

Wäre die Ausgleichsabgabe an dem für Ausgleichsabgaben eigener Art geltenden Maßstab damit ggf. noch zu rechtfertigen, erscheint zweifelhaft, ob § 11 BüGemBeteilG auch den strengeren verfassungsrechtlichen Anforderungen für Sonderabgaben mit Finanzierungsfunktion genügen kann¹⁹³. Der Landesgesetzgeber sah die insoweit erforderliche besondere Sachnähe der Vorhabenträger deshalb als gegeben, weil die belastete Gruppe nicht nur ein gemeinsames Interesse an der Förderung der Windenergie allgemein, sondern „an der Verringerung von Widerständen gegen den Bau und Betrieb von Windenergieanlagen vor Ort im Speziellen“ habe¹⁹⁴. Zudem profitierten die Vorhabenträger vielmehr auch in besonderer Weise von der Errichtung und dem Betrieb der Windenergieanlagen, sodass sie insgesamt deshalb eine besondere Verantwortung zur Finanzierung von Maßnahmen zum Erhalt und zur Schaffung hinreichender Akzeptanz trügen¹⁹⁵.

Genügt diese Erwägung jedoch bereits zur Rechtfertigung einer Sonderlast der belasteten Vorhabenträger, die zu deren normaler Gemeinlast als Steuerverpflichtete hinzutritt oder wird dadurch das Gebot der Belastungsgleichheit nicht doch verletzt? In seiner Entscheidung zur für zulässig erachteten Umlage zur Finanzierung der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, hielt das Bundesverfassungsgericht etwa eine hinreichende Sachnähe der be-

¹⁹² BVerfGE 108, 186 (231 f.).

¹⁹³ Im Gesetzgebungsverfahren ging man hiervon offenkundig aus, Ldt-Drs. 6/4568, S. 42.

¹⁹⁴ Ldt-Drs. 6/4568, S. 42.

¹⁹⁵ Ldt-Drs. 6/4568, S. 43.

lasteten Gruppe der Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute und in der Folge auch deren besondere Finanzierungsverantwortung deshalb für gegeben, weil damit eine Aufsicht finanziert würde, welche der Bewältigung marktspezifischer Risiken diene, auf dem die belasteten Institute tätig seien. Dabei gehe es insbesondere auch um die Erhaltung eines hinreichenden Vertrauens in die beaufsichtigten Märkte¹⁹⁶.

Während das Gericht aber in diesem Fall das Vorhandensein hinreichenden Vertrauens als konstitutiv für die Arbeit der Institute ansah und (auch) deshalb ihre Finanzierungsverantwortung bejahte, könnten im Falle der Abgabe nach dem BüGemBeteilG mit der Erhaltung der Akzeptanz für die Windenergie im Allgemeinen und die Verringerung von Widerständen vor Ort Zwecke verfolgt werden, die eine gruppenbezogene Finanzierungsverantwortung nicht in gleicher Weise zu tragen vermögen. Wurde nämlich im Falle der Bankenaufsicht dargelegt, dass die Institute nicht ohne hinreichendes Vertrauen arbeiten können¹⁹⁷ – dieses mithin für die Arbeit der Institute als Rahmenbedingung konstitutiv ist – liegt der Fall der Realisierung von Windenergieanlagen und ihrer Akzeptanz anders: Für die Realisierung von Windenergievorhaben kommt es nur auf die Einhaltung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsvoraussetzungen an. Akzeptanz des Vorhabens ist – auch aufgrund rechtsstaatlich fundierter grundrechtlicher Vorgaben – hierfür gerade keine Voraussetzung. Eine erteilte Genehmigung kann auch zwangsweise umgesetzt werden. Akzeptanz ist hier vielmehr nur insoweit von Belang, als diese dazu führen kann, dass weniger Widerstand erzeugt wird, der in den rechtsstaatlichen Verwaltungs- und Gerichtsverfahren zu bearbeiten ist. Zu einer Verhinderung der Vorhaben darf er aber letztlich für sich genommen nicht führen.

Zwar hat das Bundesverfassungsgericht betont, dass es die Annahme einer hinreichenden Finanzierungsverantwortung nicht hindert, dass die Erreichung des mit der Abgabe verfolgten Zwecks auch öffentliche Interessen bedient, da dies Zweck jeder staatlichen Tätigkeit zu sein habe¹⁹⁸. Gleichwohl spricht viel dafür, dass im Fall der Ausgleichsabgabe nach § 11 BüGemBeteilG weniger das gemeinsame Gruppeninteresse der Vorhabenträger an der möglichst reibungslosen Umsetzung von Windenergievorhaben befriedigt werden soll, sondern vielmehr das öffentliche Interesse daran, dass die demokratisch beschlossenen Gesetze zur Förderung des Ausbaus der Windenergie umgesetzt und der Ausbau der Windenergie insgesamt mit hinreichender Geschwindigkeit fortgesetzt werden kann. Eine besondere Finanzierungsverantwortung der Vorhabenträger begründen diese Interessen jedoch nicht.

D. Fazit

Das BüGemBeteilG M-V wirft sowohl kompetenzrechtliche, grundrechtliche als auch finanzverfassungsrechtliche Fragestellungen auf. Jedenfalls für die kompetenz- und grundrechtliche Problematik erweist es sich als zentral, wie eng das Wesen von Instrumenten zur finan-

¹⁹⁶ BVerfGE 124, 235 juris Rn. 24.

¹⁹⁷ BVerfGE 124, 235 juris Rn. 24.

¹⁹⁸ BVerfGE 108, 186 (227 f.); 124, 235 juris Rn. 26.

ziellen Teilhabe der Öffentlichkeit am Windenergieausbau mit den sachlich-inhaltlichen Regelungen des Bundesgesetzgebers im EEG, EnWG und BImSchG verknüpft ist.

In kompetenzieller Hinsicht führt diese Verbindung dazu, dass bei Annahme einer Regelungskompetenz der Länder für Teilhabeinstrumente trotz Vorhandenseins der sachlich-inhaltlichen Bundesregelungen ein Unterlaufen der bundesstaatlichen Kompetenzordnung droht. Dies könnte dadurch zu vermeiden sein, dass der Regelungsbereich der Akzeptanzmaßnahmen zwar als eigenständig im Rahmen der Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Ländern verstanden wird, jedoch davon auszugehen ist, dass der Bund bei einer Regelung von Sachfragen auch Fragen der Akzeptanz regelmäßig durch beredtes Schweigen mitentscheidet und insoweit eine Sperrwirkung zu Lasten der Länder eintritt. Zieht man diese Konsequenz, ist jedoch zu bedenken, dass diesden Regelungsspielraum der Länder vor Erlass von § 36g Abs. 7 EEG entgegen des verfassungsrechtlichen Ausgangspunktes des Art. 70 Abs. 1 GG nicht unerheblich einschränkte. Jedenfalls für die Zukunft hat der Bundesgesetzgeber mit § 36g Abs. 7 EEG unter dem Vorbehalt seiner noch hinreichenden Bestimmtheit allerdings eine Kompetenz zur Regelung von Beteiligungs- und Akzeptanzmaßnahmen geschaffen, soweit diese über bundesrechtliche Regelungen hinausgehen.

So problematisch das Wesen von Instrumenten materieller Teilhabe für die kompetenzrechtliche Problematik ist, so sehr erhellt es doch im Rahmen der grundrechtlichen Betrachtung, dass Regelungen wie das BüGemBeteilG letztlich – wie auch die Sachregelungen des Bundes – auf die Bekämpfung des Klimawandels gerichtet sind und damit auch dem Staatsziel des Umweltschutzes nach Art. 20a GG unterfallen. Vor diesem Hintergrund können auch die mit dem BüGemBeteilG verbundenen Freiheitseingriffe wohl noch gerechtfertigt werden. Nicht nur erweisen sich derartige Maßnahmen trotz eines gewissen Mangels an empirischen Nachweisen ihrer Wirksamkeit als im verfassungsrechtlichen Sinne geeignet zur Schaffung der notwendigen Akzeptanz für den Windenergieausbau. Als ergänzende Maßnahmen zu solchen der Verfahrensbeteiligung und anderweitiger Akzeptanzinstrumente erweisen sie sich auch als erforderlich und nicht unangemessen mit Blick auf die Freiheitseinbußen auf Seiten von betroffenen Vorhabenträgern.

Hinsichtlich der Vereinbarkeit der im Rahmen des BüGemBeteilG als alternative Beteiligungsform vorgesehenen Ausgleichsabgabe gegenüber Gemeinden mit den Vorgaben der Finanzverfassung bestehen dagegen erhebliche Zweifel. Insbesondere scheint es zweifelhaft, ob sich eine besondere Finanzierungsverantwortung der betroffenen Vorhabenträger begründen lässt. Dies wäre nach der stark kasuistisch geprägten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wohl jedenfalls dann erorderlich, sollte sich die Ausgleichsabgabe als praktischer Normalfall der Gesetzesanwendung herausstellen und deshalb nicht als Lenkungs- oder Abschöpfungsabgabe, sondern als Sonderabgabe mit Finanzierungsfunktion zu qualifizieren sein.

Jedenfalls für das BüGemBeteilG könnten die aufgeworfenen Rechtsfragen in den beim Landesverfassungsgericht Mecklenburg-Vorpommern sowie dem Bundesverfassungsgericht anhängigen Verfassungsbeschwerdeverfahren für die Praxis verbindlich entschieden wer-

den. Der vorliegende Beitrag hat die verfassungsrechtlichen Restriktionen von Teilhabeinstrumenten aufgezeigt und damit Leitlinien für mögliche künftige Aktivitäten der gesetzgebenden Gewalten von Bund und Ländern vorgezeichnet.

E. Zusammenfassung der Ergebnisse

In mehreren Bundesländern werden derzeit Initiativen ergriffen, um die Akzeptanz für den Ausbau der Windenergie allgemein und konkrete Vorhaben vor Ort über die finanzielle Teilhabe von Bürgern und Gemeinden zu verbessern. Das **Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetz in Mecklenburg-Vorpommern (BüGemBeteilG)** sieht als erstes seiner Art auf Grundlage eines **ordnungsrechtlichen Ansatzes** die Verpflichtung von Vorhabenträgern von Windenergieanlagen an Land zur Ermöglichung von Teilhabe vor. Im gesetzlichen Regelfall werden Vorhabenträger zur Gewährleistung einer **unternehmerischen, sprich gesellschaftsrechtlichen Teilhabemöglichkeit** von Bürgern und Gemeinden im **Umkreis von 5 km** um die zu errichtende Anlage verpflichtet. Unter verschiedenen Voraussetzungen können sich Vorhabenträger hiervon jedoch befreien und die Teilhabe berechtigter Gemeinden anstattdessen über eine **Ausgleichsabgabe**, die Teilhabe von Bürgern über ein **Sparprodukt** sicherstellen (**hierzu C. I.**).

Soll das BüGemBeteilG insgesamt oder zumindest einzelne Bausteine des Gesetzes zum **Vorbild** für anderweitige landesrechtliche oder eine bundesweit einheitliche Regelung genommen werden, müssen die durch das Gesetz aufgeworfenen **kompetenzrechtlichen, grundrechtlichen** sowie **finanzverfassungsrechtlichen** Problematiken beachtet werden.

I. Gesetzgebungszuständigkeit der Länder jedenfalls für die Zukunft

Es besteht eine **enge Verbindung** von Maßnahmen der finanziellen Teilhabe der Öffentlichkeit am Windenergieausbau einerseits und den bundesgesetzgeberischen Abwägungsentscheidungen, wie sie den förderrechtlichen Vorgaben des EEG und auch den zulassungsrechtlichen Vorgaben des BImSchG zugrunde liegen, andererseits (**hierzu B. II. 2**). Vor diesem Hintergrund ist die **Annahme einer konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit** der Länder auf Grundlage des Art. 70 Abs. 1 GG für die Vergangenheit zumindest problematisch (**C. II. 2**). Für die Zukunft hat der Bundesgesetzgeber jedoch durch den Erlass des **§ 36g Abs. 7 EEG** im Wege einer **Länderöffnungsklausel** den Ländern für solche Akzeptanzmaßnahmen eine Regelungszuständigkeit übertragen, die über bundesgesetzliche Maßnahmen hinausgeht (**C. II. 3. a**). Kommt es zu einer **Novellierung des § 36g Abs. 7 EEG**, sollte diese Kompetenzrückübertragung jedoch ihrem Umfang nach bestimmter gefasst werden (**C. II. 3. b**). Im Falle der Verfassungswidrigkeit des BüGemBeteilG allein aus kompetenziellen Gründen, könnte es auf Grundlage des § 36g Abs. 7 EEG nun insoweit verfassungsgemäß erneut erlassen werden.

II. Vereinbarkeit des BüGemBeteilG und vergleichbarer Teilhaberegelungen mit wirtschaftlichen Freiheitsrechten und dem Gleichheitsgrundsatz

Die Verpflichtungen des BüGemBeteilG beeinträchtigen betroffene Vorhabenträger, je nach Konstellation, entweder in ihrer **Eigentums-** oder **Berufsausübungsfreiheit** aus Art. 14 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG bzw. Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG (**C. III. 1. a**). Zur **Steigerung der Akzeptanz** für den Windenergieausbau im Allgemeinen und bzgl. konkreter Vorhaben vor Ort im Speziellen und damit letztlich zur **Bekämpfung des Klimawandels** entsprechend der Verpflichtung nach **Art. 20a GG** sind die Maßnahmen des BüGemBeteilG trotz empirisch begründeter Zweifel über die Wirksamkeit von Teilhabeinstrumenten **im verfassungsrechtlichen Sinne als geeignet** anzusehen (**C. III. 1. b-c**). Die mit ihnen verbundenen Freiheitsverkürzungen sind darüber hinaus auch **erforderlich** und unter Berücksichtigung der konkreten Ausgestaltung der Pflichten nach dem BüGemBeteilG **wohl noch verhältnismäßig** (**C. III. 1. d-e**).

Die Regelungen des BüGemBeteilG haben **auch in jetziger Form** vor dem **allgemeinen Gleichheitssatz** Bestand. Es empfiehlt sich aber für die Zukunft eine **Abstufung bei den Beteiligungsmöglichkeiten** zwischen Personen und Gemeinden entsprechend ihrer Betroffenheit vorzusehen (**C. III. 2.**).

III. Fehlen einer finanzverfassungsrechtlich voraussichtlich erforderlichen besonderen Finanzierungsverantwortung von Vorhabenträgern

Ob die **Ausgleichsabgabe nach § 11** BüGemBeteilG oder vergleichbar konzipierte Sonderabgaben zugunsten von Gemeinden vor den **Anforderungen der Finanzverfassung** Bestand haben bzw. hätten, erscheint demgegenüber fraglich und ist nach hier vertretener Ansicht eher zu verneinen (**C. IV.**). Die Ausgleichsabgabe ist, da entgegen der Konzeption des BüGemBeteilG wohl der **zu erwartende Regelfall**, nicht als Lenkungsabgabe zu qualifizieren, sondern als **Sonderabgabe mit Finanzierungsfunktion** den strengen Anforderungen des Bundesverfassungsgerichtes an Sonderabgaben insgesamt zu unterwerfen (**C. IV. 2.**). Die deshalb wohl erforderliche **besondere Finanzierungsverantwortung** der Vorhabenträger für Maßnahmen der Akzeptanzsteigerung dürfte nicht gegeben sein (**C. IV. 3.**).