

THÜR. LANDTAG POST
17.08.2023 14:18

213561/2023



**Den Mitgliedern des
AfUEN**

Thüringer Landtag
Zuschrift
7/2817
zu Drs. 7/8233

prometheus Rechtsanwaltsgesellschaft mbH Salomonstraße 19, 04103 Leipzig

Per E-Mail: poststelle@landtag.thueringen.de

Thüringer Landtag Verwaltung

Postfach 900455

99107 Erfurt

Datum
Leipzig, 16.08.2023

Anhörungsverfahren gemäß § 79 der Geschäftsordnung des Thüringer Landtags zum Entwurf eines „Thüringer Gesetz über die Beteiligung von Einwohnerinnen und Einwohnern sowie Gemeinden an Windparks (ThürWindBeteilG)“

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir danken für die Möglichkeit einer Stellungnahme im Rahmen des schriftlichen Anhörungsverfahrens zum Entwurf eines „Gesetzes über die Beteiligung von Einwohnerinnen und Einwohnern sowie Gemeinden an Windparks (ThürWindBeteilG)“ und möchten folgende Hinweise geben, wobei wir in deren Rahmen die Fragen der Ausschussmitglieder mitbeantworten möchten:

I. Zu den Begriffsbestimmungen

1. zu § 3 Abs. 1 „Vorhaben“

Die vorgesehene Begriffsbestimmung in Abs. 1:

„Vorhaben ist die einzelne Windenergieanlage oder die Gesamtheit aller Windenergieanlagen in der Standortgemeinde, für die ein

prometheus
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Salomonstraße 19
04103 Leipzig

Telefon: 0341/978566-0
Telefax: 0341/978566-99
kontakt@prometheus-recht.de
www.prometheus-recht.de

Vorhabenträger bzw. Vorhabenträgerin eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb beantragt.“

wirft die sich häufiger stellende Problematik von die Gemeindegrenzen überschreitender Vorhaben auf. Diese Konstellation ist bislang nicht geregelt. Nach der vorliegenden Fassung würde den Vorhabenträger in diesen Fällen die Pflicht zur Beteiligung der beiden Standortgemeinden, der jeweils umliegenden Nachbargemeinden und deren Einwohner bzw. Einwohnerinnen doppelt treffen! Eine solchen (doppelte) Beteiligungspflicht könnte einen spürbaren Abschreckungseffekt ausüben und zur gerade nicht gewünschten Konsequenz führen, dass in diesen Fällen der Ausbau der Windenergie verhindert wird.

2. zu § 3 Abs. 4 „berechtigter Einwohner oder berechtigte Einwohnerin“

Die in § 3 Abs. 4 beabsichtigte Begriffsbestimmung

„Berechtigter Einwohner oder berechtigte Einwohnerin ist jede natürliche Person mit Erstwohnsitz im von § 6 Abs. 2 EEG 2023 definierten Umkreis um die Windenergieanlage“

sollte vorsorglich näher konkretisiert werden, beispielsweise bietet sich ein Verweis auf § 8 AO oder auch § 21 Abs. 2 Bundesmeldegesetz an.

3. zu § 3 Abs. 10 „Strompreiserlösgutschrift“

Die Begriffsbestimmung

„Eine Strompreiserlösgutschrift ist der geldwerte Vorteil, der berechtigten Einwohnern und Einwohnerinnen pro Haushalt gewährt wird.“

ist nicht zielführend. So ist bereits der Begriff „Gutschrift“ unklar. Dieser Begriff wirft schon die Frage auf: Ist diese Zahlung nur dann „gutzuschreiben“, wenn der Vorhabenträger/ die Vorhabenträgerin tatsächlich „Strompreiserlöse“ erzielt? Soll damit eine direkte Zahlung der Vorhabenträger an die Haushalte gemeint sein? Dann sollte

dies im Gesetz auch so unmissverständlich formuliert und die Umsetzung und vor allem der Auszahlungsweg geregelt werden.

Zudem werden keine Kriterien und keine Referenzgrößen genannt, die den „geldwerten Vorteil“ und den Begriff „Strompreiserlösgutschrift“ näher konkretisieren. Vor allem ist keine Obergrenze klar geregelt, bislang ist lediglich vorgesehen, in § 4 Abs. 3 zu regeln:

„Der Umfang der direkten Beteiligung soll 50 Prozent der nach Absatz 2 zu leistenden finanziellen Beteiligung betragen. Davon dürfen bis zu 5 Prozent auf einen Haushalt entfallen.“

Damit wird aber gerade keine zwingende maximale Obergrenze bestimmt. Der Gesetzgeber sollte bedenken, dass für die Akzeptanz der Windenergie eine „halbwegs“ einheitliche Beteiligung der Gemeinden und Einwohner essenziell ist. Die Höhe der Beteiligung(szahlung) letztlich vom Verhandlungsgeschick der Beteiligten abhängig zu machen, birgt erhebliches Konfliktpotenzial zwischen den Gemeinden und Einwohnern/ Einwohnerinnen („Die anderen haben mehr bekommen“) und dürfte langfristig eher zur Akzeptanzabnahme in ganz Thüringen führen. Daher sollte gerade im Interesse der Akzeptanz und des weiteren Ausbaus der Windenergie eine an die Gemeinden bzw. die Einrichtungen und Betriebe maximal zu zahlende Preisobergrenze geregelt werden.

II. § 4 Abs. 1 – Zwingende Pflicht zur finanziellen Beteiligung der Gemeinden

Geplant ist die grundsätzliche Verpflichtung der Vorhabenträger zur Beteiligung der Standortgemeinde und der betroffenen Gemeinden sowie der berechtigten Einwohnerinnen und Einwohner:

„(1) Der Vorhabenträger bzw. die Vorhabenträgerin einer Windenergieanlage hat die Standortgemeinde und die betroffenen Gemeinden sowie die berechtigten Einwohnerinnen und Einwohner angemessen an den Erträgen der Windenergieanlage zu beteiligen.

(2) Als angemessene Beteiligung gilt grundsätzlich, wenn der Vorhabenträger bzw. die Vorhabenträgerin die Standortgemeinde und die betroffenen Gemeinden nach § 6 Abs. 2 EEG 2023 mit der dort

vorgesehenen Höchstsumme finanziell beteiligt und zusätzlich für die berechtigten Einwohnerinnen und Einwohner ein direktes Beteiligungsangebot entwickelt.“

Der vorliegende Gesetzesentwurf sieht damit eine die Vorhabenträger strikt verpflichtende Beteiligung zu Gunsten der Standortgemeinde und der betroffenen Gemeinden (sowie deren Einwohner/ Einwohnerinnen) vor. Würde der Gesetzgeber lediglich ein „Angebots-Modell“, also allein die Pflicht der Vorhabenträger anstreben, den Gemeinden eine finanzielle Beteiligung *anzubieten*, müsste dies entsprechend anders formuliert bzw. geregelt werden – etwa wie § 4 Abs. 1 S. 1 BüGembe- teilG Mecklenburg-Vorpommern. Wie sich aber auch aus dem geplanten § 9 Abs. 2 ergibt, ist ein „Angebots-Modell“ gerade nicht angestrebt. Mit der aktuell in § 4 geplanten Formulierung würden die Vorhabenträger also zwingend zur finanziellen Beteiligung der Gemeinden nach § 6 EEG verpflichtet werden.

Daher ist die implizit im Fragenkatalog in Anlage 3 unter 2b) aufgeworfene Frage durchaus berechtigt, ob auf Grund der bundesgesetzlichen Regelung des § 6 EEG die vorgesehene landesgesetzliche zwingende Verpflichtung der Vorhabenträger zur Zahlung an die Gemeinden gesperrt wird und ob damit überhaupt die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Landes Thüringen (nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) besteht. Das BVerfG hat allerdings in seinem Beschluss zum Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetz Mecklenburg-Vorpommern weder der mit dem EEG 2017 eingeführten Spezialregelung von Bürgerenergiegesellschaften noch der nach dem EEG 2021 eingeführten freiwilligen finanziellen Beteiligungsmöglichkeit für Gemeinden nach § 6 EEG 2021 eine Sperrwirkung zugesprochen. Die Aussagen des BVerfG legen aus unserer Sicht nahe, dass das BVerfG die im EEG aufgenommene Vorbehaltsregelung als umfassende Öffnungsklausel versteht.

- BVerfG, Beschl. v. 23.03.2022 (1 BvR 1187/17) -

Dennoch wirft die vorgesehene zwingende Beteiligungspflicht bzw. Zahlungspflicht der Vorhabenträger folgende Bedenken auf:

1. Pflicht zur Beteiligung von „Anti-Windkraft-Gemeinden“

Die vorgesehene zwingende Beteiligungspflicht bzw. Zahlungspflicht wirft insoweit Bedenken auf, da auch Gemeinden finanziell beteiligt werden müssen, die sich gegen den betreffenden Windpark mit Widerspruch und Klage und ggf. Eilantrag gewehrt haben bzw. anhaltend „bekämpfen“. Der vorliegende Gesetzentwurf schließt diese Konstellation jedenfalls nicht aus.

In diesen Fällen kann wohl schon die mit dem Gesetz verfolgte Akzeptsteigerung kaum erreicht werden. Zudem wäre den Vorhabenträgern eine verpflichtende Zahlung an eine Gemeinde, die das betreffende Windparkprojekt mit verwaltungsgerichtlich oder zivilrechtlich zu verhindern versucht hatte und mindestens massiv verzögert und in der Folge die Vorhabenträger mit erheblichen Kosten und Aufwand belastet hat, unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten nicht mehr vermittelbar bzw. unzumutbar.

Für diese Fälle sollte unbedingt eine Art „Härtefall-Klausel“ aufgenommen werden.

2. Beteiligungs-, Zahlungs- und Schenkungspflichten als unzulässige Sonderabgabe?

Es bestehen zudem ganz erhebliche finanzverfassungsrechtliche Bedenken zur Zulässigkeit der vorgesehenen Beteiligungs-, Zahlungs- und Schenkungspflichten.

Denn es könnte sich nicht nur bei der vorgesehenen Ausgleichsabgabe in § 10, sondern vielmehr bei allen vorgesehenen Beteiligungs-, Zahlungs- und Schenkungspflichten um „parafiskalische“, also nichtsteuerliche Sonderabgaben handeln: Sonderabgaben sind Geldleistungspflichten, die – insoweit wie die Steuer – unabhängig von einer empfangenen oder bevorzugt angebotenen Gegenleistung des Staates geschuldet werden, wobei aber nur eine einzelne homogene Gruppe belastet wird, ihre Kompetenzgrundlage in einer Sachgesetzgebungszuständigkeit sucht und das Aufkommen nicht in den allgemeinen Staatshaushalt fließt (Sonderabgaben sind nicht im Haushaltsplan erfasst), sondern regelmäßig in Sonderfonds verwaltet wird.

Dies könnte auf sämtliche vorgesehenen Pflichtzahlungen bzw. Geldleistungspflichten zutreffen, insbesondere sollen sie nicht in den allgemeinen Landeshaushalt, sondern zweckgebunden (wenngleich nicht in einen neu gebildeten Sonderfond, mit dem die Akzeptanzmaßnahmen finanziert würden) den Gemeinden oder den Einwohnern/ Einwohnerinnen direkt zufließen. Da in der Entwurfsbegründung zur Problematik von Sonderabgaben nur im Rahmen der in § 10 geplanten Ausgleichsabgabe, bei den anderen Zahlungspflichten aber mit keinem Wort eingegangen wird, geben wir in der hier gebotenen Kürze zu bedenken:

Wenngleich nichtsteuerliche Sonderabgaben eine grundsätzlich vom BVerfG anerkannte Abgabenform darstellen, sind sie problematisch. Die deutsche Rechtsordnung kennt als "klassische" Abgabenarten Steuern, Gebühren und Beiträge. Daneben hat das Bundesverfassungsgericht unter bestimmten, strengen Voraussetzungen auch parafiskalische (außersteuerliche) Sonderabgaben für mit dem Grundgesetz vereinbar erklärt. Diese müssen allerdings nach bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsprechung die seltene Ausnahme bleiben. Die Finanzverfassung geht grundsätzlich davon aus, dass Gemeinlasten aus Steuern finanziert werden. Parafiskalische Sonderabgaben treten zwangsläufig in Konkurrenz zur Steuer, weil sie einerseits wie diese "voraussetzungslos" sind, also ohne Rücksicht auf eine korrespondierende Gegenleistung der öffentlichen Hand auferlegt werden, andererseits aber Angehörige einer bestimmten Gruppe – in Abkehr vom Grundsatz der Steuergleichheit – besonders belasten. Darüber hinaus sind sie geeignet, die bundesstaatliche Finanzverfassung mit ihrer detaillierten Aufteilung der Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Ertragskompetenzen zwischen Bund, Ländern und Gemeinden zu stören und auszuhöhlen, das Budgetrecht des Parlaments zu gefährden und die grundrechtlich geschützte Belastungsgleichheit der Abgabepflichtigen in Frage zu stellen.

- so BVerfG, Beschl. v. 24.01.1995 (1 BvL 18/93) -

Zwar führt die Abweichung von den genannten Prinzipien nicht ausnahmslos zur Verfassungswidrigkeit einer Abgabe. Doch muss, um die bundesstaatliche Finanzverfassung wie auch die Budgethoheit des Parlaments vor Störungen zu schützen und den Erfordernissen des Individualschutzes der Steuerpflichtigen im Blick auf die Belastungsgleichheit Rechnung zu tragen, die Sonderabgabe engen Grenzen unterliegen. Sonderabgaben müssen deshalb eine seltene Ausnahme bleiben.

- BVerfG, Beschl. v. 09.11.1999 (2 BvL 5/95) -

Deshalb hat das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung die Erhebung von Sonderabgaben an strenge Zulässigkeitsvoraussetzungen geknüpft. Die verfassungsgerichtlichen Erwägungen und Maßstäbe, deretwegen Sonderabgaben nur unter engen Voraussetzungen erhoben werden dürfen, gelten gleichermaßen auch für landesrechtliche Abgaben.

- BVerfG, Beschl. v. 24.01.1995 (1 BvL 18/93) -

Diese Maßstäbe werden nach bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsprechung dadurch gekennzeichnet,

„daß ihr Zweck nicht die Finanzierung einer besonderen Aufgabe ist, sondern der Ausgleich einer Belastung, die sich aus einer primär zu erfüllenden öffentlichrechtlichen Pflicht ergibt. Sie wird denjenigen auferlegt, die diese Pflicht - aus welchen Gründen auch immer - nicht erfüllen und soll damit auch zur Erfüllung der Pflicht anhalten (vgl. BVerfGE 57, 139 <167 f.>; 67, 256 <277>).“

- BVerfG, Beschl. v. 24.01.1995 (1 BvL 18/93) -

Die Erhebung einer Abgabe muss also der Wahrung der Belastungsgleichheit mit den mit der Primärpflicht Belasteten dienen, also eine „Vorteilsabschöpfungsfunktion“ und „Antriebs- und Sanktionsfunktion“ haben, soll sie überhaupt verfassungsrechtlich zulässig sein. Sonderabgaben, die in erster Linie eine reine Finanzierungsfunktion haben, sind nach der Rechtsprechung des BVerfG hochproblematisch bzw. schlicht unzulässig.

Bei den hier angedachten Zahlungs- und Schenkungspflichten ist schon sehr zweifelhaft, ob noch eine Lenkungs- oder Abschöpfungsfunktion deutlich im Vordergrund steht oder nicht doch eine Finanzierungsfunktion. Schon deshalb ist die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der beabsichtigten Regelungen hochgradig unsicher.

Unabhängig davon, ob die hier stark im Vordergrund stehende Finanzierungsfunktion bereits der Qualifizierung als - zulässige - Ausgleichsabgabe eigener Art entgegensteht, könnten die angedachten Zahlungspflichten der Vorhabensträger schon gar nicht der Herstellung einer "Gleichheit in der Last" dienen bzw. diesen Zweck

erreichen. Es ist zu vergegenwärtigen: Der besondere Legitimationsgrund, der es rechtfertigen kann, eine Gruppe von Bürgern im Vergleich zu anderen besonders zu belasten, liegt gerade darin, dass sie als finanzielle Sonderlast einen Ausgleich im Lastengefälle schaffen soll zwischen denjenigen, die (zumeist rechtlich, hier aber rein tatsächlich) belastet werden, und denjenigen, die von dieser Last verschont bleiben.

Die auszugleichende Last besteht im Falle von Windenergieanlagen nach den Vorstellungen des Gesetzgebers in den mit der Erzeugung von Windenergie einhergehenden Beeinträchtigungen (Schall, Schatten, optische Bedrängung), von denen die Standortgemeinden sowie die umliegenden Gemeinden im „Sichtfeld“ der Anlagen am meisten betroffen und belastet seien. Dann aber wären diejenigen, die von dieser „Last“ verschont bleiben – die nicht von Windenergieanlagen betroffenen Gemeinden! Folglich wäre richtigerweise von diesen, nicht etwa von den Vorhabenträgern eine Sonderabgabe zu erheben – ähnlich wie im Falle der Feuerwehrabgabe diese von den nicht zum Feuerwehrdienst herangezogenen Dienstpflichtigen erhoben wurde.

- Vgl. hierzu BVerfG, Beschl. v. 24.01.1995 (1 BvL 18/93) -

Vor allem aber ist entscheidend:

Das Erfordernis der besonderen Sachnähe und Finanzierungsverantwortlichkeit der hier verpflichteten Vorhabenträger ist hier nicht erfüllt. Das Interesse am Ausbau der Erneuerbaren Energien im Allgemeinen und der Windenergie im Speziellen als wesentlicher Beitrag zur Energiewende, die mit ihr anzustrebende Reduzierung der Treibhausgasemissionen und Zunahme der Energieunabhängigkeit und letztlich die hier als Gesetzeszweck angegebenen Akzeptanz der Windenergie, all das ist kein Gruppen-, sondern ein offensichtliches Allgemeininteresse.

Der Ausbau und die hierfür erforderliche Akzeptanz der Windenergie ist eine öffentliche Angelegenheit, deren Lasten nur die Allgemeinheit treffen dürfen und die deshalb nur mit von der Allgemeinheit zu erbringenden Mitteln, im Wesentlichen also durch die Gemeinlast Steuer, finanziert werden darf. Wird in einem solchen Fall nur ein abgegrenzter Personenkreis mit der Abgabe belastet, so verstößt dies auch gegen den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG.

- Vgl. hierzu BVerfG, Beschl. v. 24.01.1995 (1 BvL 18/93) -

Wir möchten abschließend betonen, dass das BVerfG im Beschluss zum Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetzes Mecklenburg-Vorpommern nicht über die finanzverfassungsrechtliche Einordnung und Zulässigkeit der neuartigen Zahlungs- und Schenkungspflichten von Vorhabenträgern entschieden hat, wie sie hier vorgesehen sind. Die verfassungsrechtliche Grundlage der angedachten Regelungen ist insoweit keineswegs klar oder gar belastbar.

Ungeachtet dieser grundsätzlichen, finanzverfassungsrechtlichen Bedenken möchten wir zu den vorgesehenen Regelungen im Einzelnen folgende weitere Hinweise geben:

III. § 5 Andere Beteiligungsformen

1. § 5 Abs. 1 Bestimmung der Beteiligungsform allein durch Standortgemeinde

Generell erscheint es konfliktträchtig, wenn die Standortgemeinde das Gestaltungsrecht mit Wirkung für die weiteren betroffenen Gemeinden ausübt, ein alternatives Beteiligungsmodell zu wählen und die betroffenen Gemeinden dies hinzunehmen haben. Das Argument, die Standortgemeinde sei die hauptsächlich betroffene, belastete Gemeinde ist in dieser Pauschalität nicht richtig: Oftmals werden Windenergiegebiete nah an die Gemeindegrenze geplant und dort realisiert, sodass die Nachbargemeinde tatsächlich oft deutlich „näher dran“ ist als die Standortgemeinde. Letztere erhält dann aber trotzdem zumindest Gewerbesteuer. Wenn die Standortgemeinde dann ein Beteiligungsmodell wählt, von dem die Nachbargemeinden nicht profitieren, wie im Fall der direkten Stromlieferung an in der Standortgemeinde ansässigen Einrichtungen und stromkostenintensiven Gewerbebetriebe oder potenziell auch bei einer einvernehmlichen Einigung zwischen Vorhabenträger und Standortgemeinde auf ein anderes Beteiligungsmodell nach § 4 Abs. 2, sind Konflikte zwischen den Gemeinden vorprogrammiert.

2. Regelung der Rechtsnachfolge

Es fehlt zudem eine Regelung der Beteiligungspflicht des Vorhabenträgers im Falle von Rechtsnachfolge. Zwar soll in den Begriffsbestimmungen in § 2 vorgesehen werden, dass unter den Begriff des „Vorhabenträgers“

„auch jeder Erwerber oder jede Erwerberin des Vorhabens oder einzelner dazugehöriger Windenergieanlagen und dessen Rechtsnachfolger bzw. Rechtsnachfolgerin“

fällt. Gerade bei einer Vertragslaufzeit von 20 Jahren erscheint es doch dringend geboten, klarzustellen bzw. näher zu regeln, ob der Erwerber/Rechtsnachfolger in die ursprünglich gewählte Beteiligungsform eintreten und diese übernehmen soll oder ob das Wahlrecht der Gemeinde nunmehr erneut ausgelöst wird und die Gemeinde ein Beteiligungsmodell mit dem neuen Vorhabenträger neu wählen darf.

3. Regelung bei Anlagenverlust

Ebenso ist eine Regelung für den Fall der unvorhergesehen, frühzeitigen Betriebs-einstellung oder des kompletten Anlagenverlustes durch Blitzschlag o.ä. wünschenswert. In diesen Fällen müssten konsequenterweise die jeweils von der Standortgemeinde gewählten Beteiligungs-, Zahlungs- und Schenkungspflichten des Vorhabenträgers enden. Dies sollte unmittelbar im Gesetz geregelt werden. Denkbar wäre möglicherweise ein Rückgriff auf die Regelung zur Störung der Geschäftsgrundlage in § 313 BGB oder zur Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund nach § 314 BGB.

IV. § 6 Lokalstromtarif

Ungeachtet der oben skizzierten finanzverfassungsrechtlichen Bedenken ist die Umsetzung dieser Beteiligungsmöglichkeit zu unklar. Der Gesetzgeber hat laut der Entwurfsbegründung (dort S. 16) bewusst auf weitere Ausgestaltungsregeln verzichtet, da es sich *„um ein inzwischen in der Praxis gut erprobtes Beteiligungsinstrument“* handele. Dies können wir indes nicht bestätigen.

Es ist zunächst damit zu rechnen, dass schon die direkte Belieferung durch die Vorhabenträger selbst faktisch unmöglich ist, allein schon da die Belieferung mit volatilen Windstrom derzeit nicht die Pflicht zur Vollversorgung sicherzustellen vermag.

Die Belieferung mit Lokalstrom – die nach § 5 EnWG der Anzeige bei den Regulatorischen Behörden bedarf und zahlreiche bürokratische Pflichten nach sich zieht – wird daher praktisch immer durch einen Dritten, konkret durch einen Stromlieferanten erfolgen müssen, der die Vollversorgung der Kunden dann wie üblich unter Rückgriff auf den freien Strommarkt gewährleistet. Dabei sind gerade bei einer breiten Versorgung der Bevölkerung vor Ort über das öffentliche Netz die regulatorischen Vorgaben der Stromnetzzugangsverordnung (StromNZV) zu beachten. Es ist u.E. utopisch – mit Ausnahme einiger weniger Vorhabenträger – dass ein Betreiber eines Windparks zugleich die umfangreichen fachlichen, personellen und organisatorischen Voraussetzungen nach dem EnWG und der StromNZV erfüllt. D.h. bestimmt die Standortgemeinde den Lokalstromtarif als unmittelbares Beteiligungsmodell, werden die Vorhabenträger faktisch immer auf die Kooperation mit einem Stromlieferanten i.S.d EnWG angewiesen sein. Abgesehen davon, dass in diesem Fall von einem „Lokalstrom“ keine Rede mehr sein kann, ist nicht zu erwarten, dass diese Kooperation in der Praxis reibungslos und im Interesse aller ablaufen wird. Vielmehr ist nach unserer Erfahrung schon mit erheblichen Schwierigkeiten zu rechnen, überhaupt einen kooperationsbereiten Stromlieferanten zu finden. Mindestens ist mit harten Preisverhandlungen zu rechnen, die angesichts der gesetzlichen Verpflichtung der Vorhabenträger vermutlich zu deren Lasten ausgehen werden, die Vorhabenträger mit zusätzlichen Kosten belastet werden und im schlimmsten Fall die Unwirtschaftlichkeit eines Projektes bedeuten. In jedem Fall ist dieses Beteiligungsmodell für die Vorhabenträger ein schlicht nicht zu kalkulierender Kostenfaktor und steuert darauf zu, regelmäßig nach § 275 BGB unmöglich zu sein.

Vor diesem Hintergrund müsste mindestens die Höhe des Lokalstromtarifs im Gesetz konkretisiert werden. Ein Verweis auf das günstigste Angebot eines „üblichen Strompreisportal“ – das um 10 % unterschritten werden muss – ist hierfür ungeeignet, da die Strompreisportale und die dortigen Tarife mannigfaltig, volatil und bisweilen durch besonders günstige „Lockangebote“ geprägt sind. Deshalb sind Streitigkeiten über diese Fragen unvermeidbar. Es bietet sich eher an, den in dem jeweiligen Netzgebiet geltenden Grundversorgungstarif als Bezugsgröße zu wählen, wie es in § 42a EnWG (Mieterstromvertrag) geschehen ist.

V. § 7 Unterstützung der Errichtung oder Ertüchtigung eines lokalen Wärmenetzes

Die oben skizzierten finanzverfassungsrechtlichen Bedenken treffen gleichermaßen auf die hier angedachte Pflicht zum Abschluss eines „Schenkungsvertrages“ zu.

Zudem dürfte eine gesetzliche Pflicht der Vorhabenträger zum Vertragsschluss, ein Kontrahierungszwang schwerlich mit der grundsätzlich geltenden zivilrechtlichen Vertragsfreiheit zu vereinbaren sein, zumal hier nicht nur das „Wie“ des Vertrages, also der Vertragsinhalt bestimmt werden soll, sondern sogar das „Ob“ eines Vertragsschlusses“.

Mindestens müsste deshalb die Regelung so umstrukturiert werden, dass den Vorhabenträger die Pflicht zum Abschluss eines Schenkungsvertrages nur dann trifft, wenn die Standortgemeinde bereits eine kommunalen Wärmeversorgungsplanung aufgestellt hat (und nicht nur die Gemeinde ein Verbot trifft, den Vertrag abzuschließen).

Es ist kritisch, dass nach § 7 Abs. 2 die Schenkung bzw. jährliche Zahlung der Vorhabenträger mindestens der Höhe der für das Wärmenetz veranschlagten Kosten entsprechen muss:

„Die Standortgemeinde darf den Schenkungsvertrag nur abschließen, wenn sie bereits einen kommunalen Wärmeversorgungsplan aufgestellt hat, der die Errichtung oder Ertüchtigung eines örtlichen Wärmenetzes vorsieht, und die für das Wärmenetz veranschlagten Kosten die Höhe der durch den Schenkungsvertrag zu erwartenden Zahlungen nicht unterschreiten.“

Offenbar soll damit Gemeinden nur eine „Vollfinanzierung“ ermöglicht werden, keine Teilfinanzierung oder eine Art „Zuschuss“. Die Kosten des Wärmenetzes können sich je nach Gemeinde allerdings stark unterscheiden, sodass dieses Beteiligungsmodell stark von Größe und Kosten des Wärmenetzes abhängt und nicht für jede Gemeinde eine Option ist. Ebenso findet keine Berücksichtigung, ob die Gemeinde womöglich schon eine staatliche Förderung über die Bundesförderung für effiziente Wärmenetze nach der „Richtlinie für die Bundesförderung für effiziente Wärmenetze „BEW“ vom 1. August 2022 erhält. Daher sollte § 7 Abs. 2 S. 2

gestrichen werden. Die Höhe der Zahlung wäre dann nach dem vorgesehen § 7 Abs. 3 auf die Höhe der „Standart-Beteiligung“ gedeckelt:

„(3) Die Höhe der jährlichen Zahlungen soll der Höhe nach der nach § 4 Abs. 2 insgesamt zu leistenden finanziellen Beteiligung entsprechen.“

Es stellt sich schließlich die Frage, ob der Landesgesetzgeber die Kompetenz hat, die Anwendbarkeit von § 518 BGB auszuschließen.

VI. § 8 Direkte Stromlieferung an örtlich angesiedelte Gewerbe und Dienstleistungen, Industrie sowie gemeindliche Einrichtungen

Nach dem vorgesehenen Gesetzeswortlaut ist die direkte Stromlieferung an örtliche Einrichtungen und Gewerbe nicht von einer finanziellen Gegenleistung abhängig und daher wohl ebenfalls als „Schenkung“ zu verstehen, dies soll aber nach der Entwurfsbegründung (S. 18) keineswegs so sein. Dass entweder die Gemeinde – die dieses Beteiligungsmodell bestimmt hat – oder die örtlichen Einrichtungen und Betriebe einen Preis für die direkte Stromlieferung bezahlen müssen, muss sich zwingend und deutlich im Gesetzeswortlaut wiederfinden.

Der Gesetzgeber sollte dabei bedenken, dass bei einer direkten Stromlieferung in der Größenordnung von 10 % des Bruttoenergieertrags (in der Begründung ist indes von der installierten Leistung die Rede) die Preisgestaltung für die Vorhabenträger bzw. die Wirtschaftlichkeit des Vorhabens essenziell ist. Daher sollte gerade im Interesse des weiteren Ausbaus der Windenergie eine von der Gemeinde bzw. den Einrichtungen und Betrieben an die Vorhabenträger mindestens zu zahlende Preisuntergrenze geregelt werden.

VII. § 9 Durchführung

Die bislang vorgesehenen Durchführungsregelungen für sämtliche Beteiligungsmodelle sind denkbar rudimentär. Dies erscheint vor allem bei der Regelung der Unmöglichkeit i.S.d. § 275 in Abs. 4 eines Beteiligungsmodells unzureichend:

„Stellt sich die Realisierung der von der Standortgemeinde nach § 5 Abs. 1 gewählten Beteiligungsform als unmöglich im Sinne des § 275 Abs. 1 BGB heraus, so hat der Vorhabenträger bzw. die Vorhabenträgerin seiner bzw. ihrer Verpflichtung zur finanziellen Beteiligung nach § 4 Abs. 1 in Form der Beteiligung nach § 4 Abs. 2 nachzukommen.“

Schon die Voraussetzung „stellt sich heraus“ ist unklar. Ohne eine unmissverständliche gesetzliche Festlegung, wer die Unmöglichkeit i.S.d. § 275 BGB verbindlich feststellt (der Vorhabenträger, die Standortgemeinde oder ein Dritter?) sind jahrelange Streitigkeiten vorprogrammiert, die in Gerichtsverfahren münden, sodass am Ende die Gerichte über das Vorliegen der Unmöglichkeit zu entscheiden haben werden.

Zusätzlich sollte im Gesetz geregelt werden, dass auch bei wirtschaftlicher Unmöglichkeit i.S.d. § 275 Abs. 2 BGB gleichermaßen das „Standard-Beteiligungsmodell“ des § 4 Abs. 2, Abs. 3 zur Anwendung kommt. Andernfalls droht nach dem hier vorliegenden Gesetzentwurf die Ausgleichsabgabe nach § 10 – die letztlich als Strafzahlung gedacht ist – obwohl die Vorhabensträger die Unwirtschaftlichkeit überhaupt nicht zu vertreten haben, sondern diese allein in der Wahl der Beteiligungsform begründet ist. Dabei könnten die Gemeinden dies sogar gezielt ausnutzen, indem sie bewusst eine Beteiligungsform bestimmen, die der Vorhabenträger wirtschaftlich nicht tragen kann, um dann in den Genuss der mehr als doppelt so hohen Ausgleichsabgabe nach § 10 zu kommen. Dies kann und sollte dringend dadurch verhindert werden, dass ausdrücklich auch bei wirtschaftlicher Unmöglichkeit i.S.d. § 275 Abs. 2 BGB das Beteiligungsmodell nach § 4 Abs. 2 und Abs. 3 greift.

Zudem sollte der Standortgemeinde eine Frist zur Äußerung gesetzt werden. Wenn diese mit der 3-Monatsfrist in Abs. 3 für die Ausübung des Wahlrechts nach § 5 identisch sein sollte, sollte dies durch eine Umstrukturierung des Gesetzestextes klarer zum Ausdruck kommen, beispielsweise

„Die Standortgemeinde muss dem Vorhabenträger bzw. der Vorhabenträgerin innerhalb von drei Monaten nach Eingang seiner bzw. ihrer schriftlichen Information nach Abs. 1 schriftlich mitteilen, für welches Beteiligungsmodell sie sich entscheidet. Äußert sie sich innerhalb dieser Frist nicht, so hat der Vorhabenträger bzw. die Vorhabenträgerin seiner bzw. ihrer Verpflichtung zur finanziellen Beteiligung nach § 4 Abs. 1 in Form der Beteiligung nach § 4 Abs. 2 nachzukommen.“

VIII. § 10 Ausgleichsabgabe

Unabhängig von den schon dem Grunde nach bestehenden finanzverfassungsrechtlichen Bedenken einer solchen Ausgleichsabgabe erscheint die vorgesehene Höhe der Sonderabgabe nach § 10 unverhältnismäßig hoch.

Die vorgesehene Ausgleichsabgabe soll mit 0,5ct pro Kilowattstunde mehr als doppelt so hoch sein wie die in § 4 Abs. 2 vorgesehene „Standard-Beteiligung“. Der Gesetzgeber sollte berücksichtigen, dass eine für Gemeinden derart „profitable“ Abgabenhöhe eher den Missbrauch des Wahlrechts der Standortgemeinde in § 5 befördern und die erstrebte Antriebsfunktion nahezu in den Hintergrund treten könnte.

Zudem ist darauf hinzuweisen, dass das BVerfG in seinem Beschluss zum Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetz Mecklenburg-Vorpommern die Verhältnismäßigkeit der dort vorgesehenen Ausgleichsabgabe auch deshalb bejaht hat, da es nach den dort zu beurteilenden Regelungen in die Entscheidungsfreiheit *der Vorhabenträger* fiel, die Zahlung als Alternative zu einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung der kaufberechtigten Gemeinden an der Projektgesellschaft anzubieten.

- BVerfG, Beschl. v. 23.03.2022 (1 BvR 1187/17) -

Ein derartiges Wahlrecht der Vorhabenträger ist mit den hier geplanten Regelungen nicht vorgesehen, sodass die Verhältnismäßigkeit dieser Regelung unsicher ist. Daher sollte die Höhe der Ausgleichsabgabe mindestens deutlich gesenkt werden

Aber: Die ganz generellen finanzverfassungsrechtlichen Bedenken gelten genauso für die in § 10 vorgesehene Ausgleichsabgabe, die, obgleich eher als „Strafzahlung“ konzipiert, wie die weiteren Geldleistungspflichten als nichtsteuerliche Sonderabgabe zu bewerten sein dürfte. Ergänzend ist in Anbetracht der Aussage in der Entwurfsbegründung:

„Die Ausgleichsabgabe dient dem Ausgleich für die Nichterfüllung der Verpflichtung „der Vorhabenträger bzw. Vorhabenträgerinnen zu einer Beteiligung nach § 4 Abs. 2 oder § 5 Abs. 1 oder 3 dieses Gesetzes“

noch klarzustellen: Damit verkennt der Gesetzgeber die bundesverfassungsgerichtliche Anforderung, dass mit einer Sonderabgabe nur eine vorgefundene Gruppe belegt werden darf, also nicht erst für die beabsichtigte Abgabenerhebung eine homogene Gruppe gebildet werden darf, die in einer spezifischen Beziehung (Sachnähe) zu dem mit der Abgabenerhebung verfolgten Zweck steht und der deshalb eine besondere Finanzierungsverantwortung zugerechnet werden kann.

- BVerfG, Beschl. v. 24.11.2015 (2 BvR 355/12) -

Angesichts der grundsätzlich bestehenden verfassungsrechtlichen Zweifel an der Zulässigkeit einer solchen Ausgleichsabgabe, noch dazu in dieser Höhe, sollte von § 10 Abstand genommen werden.

Mit freundlichen Grüßen