



Forschungsstelle  
für Europäisches  
Umweltrecht

FEU RESEARCH PAPER NO. 1/2017



## PLANUNGSRECHT UND REGULIERUNGSRECHT

Bedeutung dieser Interdependenz für eine geänderte  
Vorteilszuordnung bei der Winternte

Prof. Dr. Claudio Franzius



Universität Bremen



**Forschungsstelle  
für Europäisches  
Umweltrecht**

**Arbeitspapier Nr. 1**

**Impressum**

**Herausgeber/Redaktion: Forschungsstelle für Europäisches Umweltrecht**

**Universität Bremen**

**Universitätsallee, GW 1**

**28359 Bremen**

**Nachdruck: Nur mit schriftlicher Genehmigung des Herausgebers**

**Bildnachweis: Universität Bremen**

**Bremen, im Mai 2017**

## Inhalt

I.	Unterleuten .....	1
II.	Planungs- und Regulierungsrecht .....	2
1.	Unterschiede .....	2
2.	Verknüpfungen .....	3
III.	Winderzeugungsplanung .....	3
1.	Planungsrechtliche Defizite.....	3
2.	Planung und Regulierung der EEG-Förderung.....	4
3.	Bedarfsplanung .....	4
4.	Einwände.....	5
IV.	Regulierung der Windernte.....	6
1.	Faktische Ausbeutung .....	6
2.	Regulierung von Gemeinschaftsgütern.....	6
3.	Einräumung von Nutzungsrechten.....	7
4.	Vorteilsabschöpfung .....	8
V.	Konzessionsmodelle .....	8

## I. Unterleuten

Wenn ich Windenergie erzeugen will, bin ich frei dies zu tun. Natürlich nicht ohne jeden Kontrollvorbehalt. Für größere Anlagen ist eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung erforderlich, die jedoch erteilt werden muss, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Gewiss ist die Errichtung solcher Anlagen nicht an jedem Standort zulässig. Insoweit sind planungsrechtliche Vorgaben zu beachten. Aber in planungsrechtlich festgelegten Konzentrationszonen ist der Anlagenbetreiber privilegiert und im bauplanungsrechtlichen Außenbereich kann der Investor eines Windparks den Gemeindegänger das Leben zur Hölle machen. *Juli Zeh* hat das in ihrem letzten Roman „Unterleuten“ anschaulich beschrieben.<sup>1</sup>

Weil es an einer Erzeugungsplanung fehlt, die maßgeblichen Steuerungen der Windenergieerzeugung vielmehr regulierungsrechtlich erfolgen, ist der Investor auch der Profiteur. Das stimmt heute zwar nur noch bedingt. Das EEG 2017 stärkt mit den neuen „Netzausbaugebieten“ den planungsrechtlichen Zugriff auf die Erzeugung. In windstarken Regionen, wo der Strom nicht mehr problemlos in die Übertragungsnetze eingespeist werden kann, ist eine Förderung nicht garantiert. Doch im Übrigen ist das Regulierungsmodell „marktnäher“ ausgestaltet. Die staatliche Förderung hängt davon ab, dass der Erzeuger in einem Ausschreibungsverfahren den Zuschlag erhält.<sup>2</sup> Ein solcher Wettbewerb um die Förderhöhe begünstigt die großen Stromkonzerne oder andere „fremde“ Investoren, die in den betroffenen Regionen auf Akzeptanzprobleme stoßen. Tatsächlich verweist das regulierungsrechtliche Ausschreibungsmodell auf planungsrechtliche Vorfragen, die unter dem Ideal eines „freien“ Erzeugungsmarkts bislang nur selten gestellt werden, geschweige denn beantwortet sind.

Vorliegend soll es um das Zusammenspiel von Planungs- und Regulierungsrecht im Bereich der Windenergie gehen (II.). Vorbild für eine Stärkung der Planungskomponente könnte die Netzentwicklungsplanung sein, die sich für eine Erzeugungsplanung fruchtbar machen ließe (III.). Offen ist demgegenüber die Frage, inwieweit man sich bei der Regulierung der Windenergie an der wasserrechtlichen Erlaubnis orientieren kann (IV.). Zum Schluss sei auf die Vorteile, aber auch die Schwierigkeiten dezentral verantworteter Erzeugung hingewiesen (V.).

---

<sup>1</sup> *J. Zeh*, Unterleuten, Luchterhand, 2016.

<sup>2</sup> Überblick: *Frenz*, RdE 2016, 433 (435 f.); *Vollprecht/Altrock*, EnWZ 2016, 387 (389 f.); allg. *Kahl/Kahles/Müller*, ER 2016, 187; *Geiger*, REE 2016, 197 (202 ff.); *Boemke*, NVwZ 2017, 1 (3 ff.).

## II. Planungs- und Regulierungsrecht

### 1. Unterschiede

Unter Planung verstehen wir „das vorausschauende Setzen von Zielen und gedankliche Vorwegnehmen der zu ihrer Verwirklichung erforderlichen Verhaltensweisen“.<sup>3</sup> Allerdings fällt es abgesehen von Vorbehalten gegenüber der staatlichen Planung mit der „Anmaßung von Wissen“<sup>4</sup> schwer, alle Planungsvorgänge unter einen einheitlichen Begriff zu fassen. Dies umso mehr, weil sich die Planung häufig über mehrere Stufen erstreckt. So bildet die Bedarfsplanung im Infrastrukturrecht nur einen Ausschnitt der Planung, an die sich die Verwirklichungsplanung erst anschließt.<sup>5</sup> Begrifflich ist die Planung trägerneutral. Vor allem die Stärkungen der Öffentlichkeitsbeteiligung erschweren die Zuordnung zu privaten oder hoheitlichen Akteuren.<sup>6</sup> Gemeinsames Kennzeichen aller Planungen ist jedoch der *Gemeinwohlbezug*.

Demgegenüber ist der Regulierung ein *Wettbewerbsbezug* inhärent.<sup>7</sup> Freilich variieren die Definitionen von Regulierung nicht unerheblich. Während ein enger Begriff die Regulierung auf die Netzwirtschaften beschränkt, sieht ein sehr weiter Regulierungsbegriff in diesen Vorgängen jede hoheitliche Einflussnahme auf gesellschaftliche Prozesse.<sup>8</sup> Wenn demgegenüber zutreffend auf den Wettbewerbsbezug abgestellt wird, darf man sich nicht durch zu enge ökonomische Vorstellungen eines „natürlichen“ Wettbewerbs irritieren lassen. Regulierung zielt von vornherein auf sozialpflichtigen Wettbewerb. Zudem versteht das Regulierungsrecht den nicht einfach vorauszusetzenden, sondern vielfach erst herzustellenden Wettbewerb nicht wie das Kartellrecht als Schutzgut, sondern als Mittel zum Zweck, tritt also nicht an die Stelle politisch festgelegter Gemeinwohlbelangen, sondern wird in deren Dienst gestellt.<sup>9</sup>

---

<sup>3</sup> Vgl. *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht, Bd. 2, 7. Aufl. 2010, § 56 Rn. 6.

<sup>4</sup> *Hayek*, *Ordo* 26 (1975), 12. Zum Regulierungswissen *Hoffmann-Riem*, in: *Bora/Henkel/Reinhardt* (Hrsg.), *Wissensregulierung und Regulierungswissen*, 2014, S. 135 ff.

<sup>5</sup> Ausf. *Schmitt*, *Die Bedarfsplanung von Infrastrukturen als Regulierungsinstrument*, 2015, S. 270 ff.

<sup>6</sup> *Franzius*, *ZNER* 2016, 447 (448 f.).

<sup>7</sup> Was zu erheblichen Problemen in der Praxis der Bundesnetzagentur führt, die im Bereich der Stromnetzplanung neue Planungsaufgaben erhalten hat, jedoch nicht über die Erfahrungen einer Planungsbehörde verfügt.

<sup>8</sup> *Eifert*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 19 Rn. 5; krit. *Pielow*, in: *Säcker/Schmidt-Preuß* (Hrsg.), *Grundsatzfragen des Regulierungsrechts*, 2015, S. 19 (25 ff.).

<sup>9</sup> *Lepsius*, in: *Fehling/Ruffert* (Hrsg.), *Regulierungsrecht*, 2010, § 4 Rn. 5 ff.; *Franzius*, *Die Verwaltung* 48 (2015), 175 (176 f.); *ders.*, in: *Manger-Nestler/Gramlich* (Hrsg.), *Kontinuität und Wandel bei europäisierten Aufsichts- und Regulierungsstrukturen*, 2016, S. 203; *Fehling*, in: *Schmidt-Preuß/Körber* (Hrsg.), *Regulierung und Gemeinwohl*, 2016, S. 46 (57 ff.). Anders *Kersten*, *EurUP* 2016, 312 f., der das neue Zeitalter des „Anthropozän“ als ökologischen Liberalismus deutet.

## 2. Verknüpfungen

Zu den spannenden Fragen gehört die Verknüpfung von Planung und Regulierung. Das beginnt mit der Frage, inwieweit sich das vielfach unionsrechtlich geforderte Regulierungsermessen nach dem Vorbild des Planungsermessens konzipieren lässt, drohen darüber doch die Unterschiede zwischen den Regelungsansätzen eingeebnet zu werden.<sup>10</sup> Es setzt sich fort in der Einsicht in den vorgreiflichen Charakter der Planung und wirft die Frage auf, ob ein intelligentes Regulierungsregime eine Alternative zur Planung darstellt oder aber planungsrechtliche Vorgaben erfordert.<sup>11</sup> Das Recht der Energiewende hat schließlich hybride Erscheinungsformen wie die Netzentwicklungsplanung nach §§ 12a ff. EnWG hervorgebracht.<sup>12</sup> Die Bestätigung durch die Bundesnetzagentur ist nicht nur eine Regulierungsentscheidung, sondern zugleich die erste Stufe des Bedarfsplanung, die mit dem Bundesbedarfsplangesetz und der Planrechtfertigung durch den demokratisch legitimierten Gesetzgeber abgeschlossen wird.<sup>13</sup>

### III. Winderzeugungsplanung

#### 1. Planungsrechtliche Defizite

Von einer Planung der Winderzeugung kann nur in einem eingeschränkten Sinne die Rede sein.<sup>14</sup> Längst wird eine für das Gelingen der Energiewende problematische Asymmetrie zwischen der detaillierten Netzausbauplanung und der „freien“ Investitionsentscheidung des Betreibers von Windkraftanlagen beobachtet.<sup>15</sup> Während Investitionen der Übertragungsnetzbetreiber planungsrechtlich eingerahmt sind, fehlt es auf der vorgelagerten Erzeugungsebene an planungsrechtlichen Vorgaben. Darunter leidet die regulierungsrechtliche Steuerung der Windenergie. Gerade der Wechsel in der EEG-Förderung von der Preissteuerung zum Ausschreibungsmodell verlangt den Einsatz von Planungsinstrumenten. Soll das regulierungsrechtliche Ausschreibungsmodell flächendeckend zur wettbewerblichen Bestimmung der Förderhöhe zum Einsatz kommen, setzt dies eine Bedarfsplanung für EEG-Anlagen voraus, die

---

<sup>10</sup> Kersten, VVDStRL 69 (2010), 288 (327 f.); anders Durner, VVDStRL 70 (2011), 398 (429 f.); differenzierend Eifert, ZHR 174 (2010), 449 (460 f., 482 f.).

<sup>11</sup> Zur Verknüpfung am Beispiel der vertragsärztlichen Bedarfsplanung nach §§ 99 ff. SGB V Franzius VSSR 2012, 49 (56 ff.).

<sup>12</sup> Franke, in: FS Salje, 2013, S. 121 (126 ff.); Franzius, VerwArch 106 (2015), 76 (95 f.).

<sup>13</sup> Zust. Wißmann, VVDStRL 73 (2014), 369 (411); krit. Köck, ZUR 2016, 579 (588, 590).

<sup>14</sup> Zur Zulassung von Erzeugungsanlagen Fehling, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl. 2013, § 8 Rn. 19 ff. Zu den genehmigungsrechtlichen Voraussetzungen für Windenergieanlagen Müggendorf, NuR 2016, 657. Zur planerischen Steuerung der Windenergienutzung in der Regional- und Flächennutzungsplanung Gatz, DVBl 2017, 461.

<sup>15</sup> Hermes, ZUR 2014, 259 (260 ff.); Krawinkel, ZNER 2012, 461 (462 ff.).

von staatlicher Seite mehr erfordert als es bislang nach dem Preissteuerungsmodell der Fall gewesen ist.<sup>16</sup>

## **2. Planung und Regulierung der EEG-Förderung**

Der Gesetzgeber hat den Zusammenhang von Erzeugung und Transport erkannt und versucht dem Auseinanderfallen mit der neuen Figur der „Netzausbaugebiete“ zu begegnen. So soll nach § 36c Abs. 1 EEG 2017 der weitere Zubau von Windenergieanlagen an Land in dem Gebiet, in dem die Übertragungsnetze besonders stark überlastet sind (Netzausbaugebiet), gesteuert werden. Dazu wird die zu installierende Leistung für neue Windenergieanlagen an Land begrenzt, die in diesen Regionen maximal bezuschlagt werden kann. Innerhalb des Netzausbaugebietes wird eine Obergrenze und damit planungsrechtlich die Menge festgelegt, die im Rahmen von Ausschreibungen erfolgreich sein kann.<sup>17</sup> Weite Teile windstarker Regionen im Norden dürften damit von einer Förderung ausgeschlossen werden können.<sup>18</sup>

## **3. Bedarfsplanung**

Aber es fragt sich, ob dies ein gangbarer Weg ist, die beiden Ebenen besser zu koordinieren. Denn das Grundproblem bleibt bestehen. Während es für die Netzplanung kaum noch möglich ist, sie wegen der „Systemverantwortung“ der Übertragungsnetzbetreiber als private Planung auszuweisen, die mit der behördlichen Bestätigung nur nachvollzogen werden müsste, ist dies für die Erzeugung anders. Denn auch eine Begrenzung der Förderung kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Anlagenbetreiber die Luft als Gemeinschaftsgut „kostenlos“ nutzt und eine wirtschaftliche Teilhabe der Gemeindebürger an der Erzeugung von Windstrom ausschließt.

Prinzipieller könnte gesagt werden, dass sich regulierungsrechtlich nicht einfangen lässt, was dem planerischen Zugriff entzogen ist. Wenn dem Staat nicht nur eine auf die Energieversorgung beschränkte Gewährleistungsverantwortung, sondern eine Transformationsverantwortung<sup>19</sup> für das Gelingen der Energiewende zukommt, müssten nicht nur die Lasten gleichmäßiger verteilt, sondern auch die exklusive Ausbeutung des Windes durch den Anlagenbetreiber hinterfragt werden. Legt man der weiteren Überlegung die Prämisse zugrunde, wonach das Grundeigentum entgegen der landläufigen Meinung kein Nutzungsrecht für die

---

<sup>16</sup> Franzius, Die Verwaltung 48 (2015), 175 (188); ähnlich Fehling, Die Verwaltung 47 (2014), 313 (319).

<sup>17</sup> Kahl/Kahles/Müller, ER 2016, 187 (190).

<sup>18</sup> Geiger, REE 2016, 197 (205).

<sup>19</sup> Burgi, JZ 2013, 745 (751).

Windenergie schafft<sup>20</sup>, so eröffnet sich ein planungsrechtlicher Spielraum, der weniger prognostisch mit Blick auf den künftigen Strommarkt, sondern vielmehr politisch auszufüllen wäre.<sup>21</sup> Sollen die völkerrechtlich vereinbarten Ziele<sup>22</sup> auf akzeptable Weise erfüllt werden, wäre weniger auf einen Abbau der Förderung erneuerbarer Energien zu setzen, sondern ihren Ausbau. Das wirft die Frage auf, ob sich die für den Netzausbau eingeführte Bedarfsplanung für die Erzeugungsebene anbietet, womit nicht bloß Standortentscheidungen vorbereitet, sondern auch der Einsatz der regulierungsrechtlichen Förderinstrumente und Kapazitätsmechanismen besser gesteuert werden könnten.<sup>23</sup>

#### 4. Einwände

Die Einwände, die schon für die Ebene der Netzplanung erhoben werden und darin das Aufziehen einer neuen Planwirtschaft<sup>24</sup> sehen, überzeugen nicht. Entkoppelt man das Grundeigentum von dem Nutzungsrecht, wie es bereits de lege lata das Regime für den Offshore-Wind nahelegt, kann das Nutzungsrecht einer planungsrechtlichen Steuerung nicht entgegengehalten werden. Die „freie“ Investitionsentscheidung wird nicht in Frage, wohl aber in den Kontext der politischen Ziele gestellt. So wenig in der Netzausbaupflichtung der Übertragungsnetzbetreiber nach § 11 EnWG<sup>25</sup> eine grundrechtlich bedenkliche Indienstnahme für Gemeinwohlbelange gesehen werden kann, so wenig liegt in der Bedarfssteuerung eine verfassungsrechtlich unzulässige Schmälerung der Renditeerwartungen der Anlagenbetreiber, die in dem Maße, wie sie erfolgreich sind, nicht mehr darauf setzen können, dass alles so bleibt wie es ist.<sup>26</sup>

---

<sup>20</sup> *Bäumler*, Wem gehört der Wind?, Rechtsgutachten im Rahmen des Forschungsprojektes „Dezentrale Beteiligung an der Planung und Finanzierung der Transformation des Energiesystems“, 2016, S. 9 ff.

<sup>21</sup> Dies freilich nicht auf der Grundlage der deutschen Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, wie es *Kersten*, EurUP 2016, 312 (322 f.) anmahnt, der dann auch das Konzept des Gewährleistungsstaates nicht richtig zu erfassen vermag. Zur Figur des „Gewährleistungsstaates“ *Franzius*, Gewährleistung im Recht, 2009, S. 24 ff. Zur Begründung der staatlichen Gewährleistungsverantwortung für die Energieversorgung *Schiller*, Staatliche Gewährleistungsverantwortung und die Sicherstellung von Anschluss und Versorgung im Bereich der Energiewirtschaft, 2011, S. 65 ff.

<sup>22</sup> Zum Paris-Abkommen, das an die Stelle des Kyoto-Protokolls treten wird: *Böhringer*, ZaöRV 76 (2016), 753; *Dederer*, Ist Paris genug? Zu Stand und Perspektiven des internationalen Klimaschutzes nach dem Pariser Abkommen, in: Gundel/Lange (Hrsg.), Energieversorgung zwischen Energiewende und Energieunion, 2017, S. 1 (3 ff.).

<sup>23</sup> So *Hermes*, ZUR 2014, 259 (268 ff.); krit. *Grüner/Sailer*, ZNER 2016, 122. Die Erzeugungsplanung sollte nicht als Alternative, sondern als eine Realisierungsbedingung einer veränderten Vorteilszuordnung verstanden werden.

<sup>24</sup> *Kment*, RdE 2011, 341 (344 f.); *Glaser*, DVBl 2012, 1283 (1284 ff.).

<sup>25</sup> *Sailer*, RdE 2016, 444; ausf. *Tschida*, Die Systemverantwortung der Netzbetreiber, 2016, S. 75 ff.

<sup>26</sup> Anders für die Vorhaltung von Kraftwerkskapazitäten *Möstl*, Rechtsfragen der Kraftwerksregulierung, in: Gundel/Lange (Hrsg.), Energieversorgung in Zeiten der Energiewende, 2015, S. 87 (96 ff.) mit Kritik an der „renditelosen Zwangsbewirtschaftung“.

## IV. Regulierung der Windernte

### 1. Faktische Ausbeutung

Dass der Wind von den Anlagenbetreibern ausgebeutet wird, ist faktisch richtig, aber rechtlich nicht zwingend. Die Luft ist nicht eigentumsfähig und damit ist auch der Wind kein Eigentumsgegenstand.<sup>27</sup> Wohl aber könnten Rechte an der Ausbeutung des Windes als vermögenswerte Rechtspositionen geschaffen werden, an die ihre Regulierung im Sinne einer Vorteilsabschöpfung anknüpfen könnte.

### 2. Regulierung von Gemeinschaftsgütern

Das wirft die Frage auf, wie eine optimale Regulierung von Gemeinschaftsgütern aussieht. Angesichts der ganz unterschiedlichen Pfadabhängigkeiten, die den rechtlichen Zugriff auf Gemeinschaftsgüter und Umweltmedien kennzeichnen, wird die Suche nach dem optimalen Regulierungsregime vergeblich sein. Es macht aber schon stutzig, dass die Regulierung der Offshore-Windernte viel stärker dem Charakter des Windes als Gemeinschaftsgut entspricht, mag der Anlagenbetreiber auch nicht Eigentümer der Flächen auf der See sein.<sup>28</sup> Hier hat der Gesetzgeber ein Konzessionsmodell geschaffen, wobei dem Anlagenbetreiber ein auf 20 Jahre befristetes Nutzungsrecht verliehen wird.<sup>29</sup>

Ob sich für die Regulierung der Windernte das Wasserrecht anbietet, ist demgegenüber zweifelhaft.<sup>30</sup> Zwar ist immer wieder auf die Ungereimtheiten hingewiesen worden, die sich im Hinblick auf die unterschiedliche Steuerung der Luft- und der Wassernutzung ergeben, handelt es sich doch bei beiden Umweltmedien um Gemeinschaftsgüter. Anders als das Wasserrecht, das mit der Erlaubnis ein repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt statuiert und damit eine Bewirtschaftungsordnung einrichtet, handelt es sich bei der gewerberechtlich inspirierten immissionsschutzrechtlichen Genehmigung um ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, das keine Bewirtschaftungsordnung erlaube. Auch die in den Vorschlägen für ein Umweltgesetzbuch enthaltene „integrierte Vorhabengenehmigung“ sollte nach dem Vorbild

---

<sup>27</sup> Für die Atmosphäre ist das unbestritten, vgl. *Wustlich*, Die Atmosphäre als globales Umweltgut, 2003, S. 103 ff.

<sup>28</sup> Darin mag ein Grund für das Bewirtschaftungsmodell der Offshore-Windenergie liegen, das einzuführen leicht fiel, weil der Anlagenbetreiber das Nutzungsrecht von keinem Eigentümer erhält.

<sup>29</sup> Vgl. §§ 24 Abs. 2, 37 Abs. 2, 48 Abs. 8 WindSeeG; dazu *Schulz/Appel*, ER 2016, 231 (238 f.); krit. *Dannecker/Ruttloff*, EnWZ 2016, 490 (492 ff.), die im Gesetz einen Verstoß gegen den rechtsstaatlichen Vertrauensschutz sehen. Das überzeugt schon deshalb nicht, weil auch die früheren Genehmigungen nur zeitlich befristet erteilt wurden.

<sup>30</sup> So aber *Bäumler*, Wem gehört der Wind (Fn. 20), S. 13 ff.

der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung ausgestaltet werden, was die „Wassermänner“ mit Blick auf den erwünschten Erhalt des wasserwirtschaftlichen Bewirtschaftungsmerks nicht zu akzeptieren bereit waren.<sup>31</sup> In der Tat erweist sich das Modell der gebundenen Entscheidung im Hinblick auf die europarechtlichen Herausforderungen der Umweltverträglichkeitsprüfung schon seit längerer Zeit als anachronistisch.<sup>32</sup>

Allerdings ist das Beispiel des Wasserrechts aus einem anderen Grunde aufschlussreich. Denn es zeigt, dass es dem Gesetzgeber durchaus gestattet sein kann, bestimmte Nutzungen aus dem Grundrechtsgebrauch herauszunehmen. So hat das Bundesverfassungsgericht im berühmten Nassauskiesungsbeschluss die Exemption der Grundwassernutzung aus dem Grundeigentum – heute § 4 Abs. 2 WHG – nicht nur unbeanstandet gelassen, sondern geradezu gefordert.<sup>33</sup> Bedarf der Einzelne aber zur Nutzung des Wassers einer Erlaubnis, muss das Recht zur Nutzung also erst erworben werden, erlangt der Erlaubnisinhaber einen Sondervorteil, dessen Abschöpfung durch eine Abgabe zugunsten der Allgemeinheit gerechtfertigt sein kann.<sup>34</sup>

### 3. Einräumung von Nutzungsrechten

Es muss jedoch gesehen werden, dass die Übertragung dieses Modells auf einige Schwierigkeiten stößt. Denn anders als im Wasserrecht, wo das Nutzungsrecht mit der wasserrechtlichen Erlaubnis eingeräumt wird, würde die vom Eigentum getrennte Regulierung der Windausbeutung neben die bau- und die immissionsschutzrechtliche Genehmigung treten. Letztere würde nicht länger zur Nutzung der Luft „berechtigen“ und allein umweltrechtliche Kontrollfunktionen übernehmen. Insoweit fragt sich, ob der Gedanke eines öffentlich-rechtlich verliehenen Nutzungsrechts nicht einfacher in die immissionsschutzrechtliche Genehmigung zu integrieren wäre.<sup>35</sup> Doch abgesehen von Zweifeln, wie sich Nutzungsrecht und Genehmigung

---

<sup>31</sup> Vgl. *Franzius*, in: Brandner u.a. (Hrsg.), Umweltgesetzbuch und Gesetzgebung im Kontext, 2008, S. 113 (120 ff.).

<sup>32</sup> Zur Notlösung, die gebotene „Berücksichtigung“ der UVP-Bewertungen über unbestimmte Rechtsbegriffe im Zulassungsregime gebundener Entscheidungen zu ermöglichen: *Kloepfer*, Umweltrecht, 4. Aufl. 2016, § 5 Rn. 682.

<sup>33</sup> BVerfGE 58, 300 (329).

<sup>34</sup> BVerfGE 58, 300 (345 f.); 93, 319 (346). Auch hier „hinkt“ der Vergleich: Anders als im Wasserrecht würde das Eigentum an der Luft nicht herausgenommen, sondern als nicht vorhanden betrachtet.

<sup>35</sup> Denkbar wäre es, das Nutzungsrecht wie die CO<sub>2</sub>-Emissionsberechtigung in die immissionsschutzrechtliche Genehmigung zu integrieren. Jedenfalls spricht die Zuteilung von Emissionsberechtigungen nicht für eine eigentumsrechtliche Zuordnung, richtig *Bäumler*, Wem gehört der Wind (Fn. 20), S. 11 f.

zueinander verhielten, ist fraglich, ob es mit Hilfe einer Konzessionsvergabe gelänge, hinreichende Investitionsanreize zu schaffen, mag es auch gute Gründe geben, die aus der Ausbeutung eines Gemeinschaftsgutes fließenden Gewinne an die Gemeinschaft zurückfließen zu lassen.

#### **4. Vorteilsabschöpfung**

Das Ziel der regulatorischen Vorteilsabschöpfung besteht darin, eine planvolle Steuerung der Windenergieerzeugung zu ermöglichen. Eine Möglichkeit den Vorteil abzuschöpfen, besteht in der zeitlich befristeten Einräumung des Nutzungsrechts, das nach dem Ablauf wieder an den Staat zurückfällt. Das setzt allerdings voraus, dass sich einigermaßen sicher prognostizieren lässt, wie es in diesem Modell zu entsprechenden Investitionen kommt. Dagegen dürfte eine Abgabenslösung nur deutlich komplizierter und fehleranfälliger zu konzipieren sein. Hier besteht der Vorteil jedoch darin, dass nur Gewinne auf den tatsächlich produzierten Strom abgeschöpft würden.<sup>36</sup>

#### **V. Konzessionsmodelle**

Konzessionsmodelle nach dem Vorbild des Wasser- und Bergrechts mögen die dezentrale Beteiligung an den wirtschaftlichen Erträgen der Energieerzeugung befördern, garantieren sie aber nicht. Impliziert wäre eine staatliche Umverteilung, die, soll sie den von Windparks betroffenen Bürgern zugute kommen, einer Fülle neuer Regelungen bedürfte, um zu verhindern, dass die Vorteilsabschöpfung zu anderen Zwecken eingesetzt wird.<sup>37</sup>

Einen anderen Weg geht der Gesetzgeber mit der Option an Bürgerenergiegesellschaften, sich nach § 36g EEG 2017 unter erleichterten Bedingungen an Ausschreibungen zu beteiligen.<sup>38</sup> Freilich bleiben die Erleichterungen gering und es bleibt abzuwarten, ob sich darüber

---

<sup>36</sup> *Bäumler*, *Wem gehört der Wind* (Fn. 20), S. 29 f.

<sup>37</sup> So richtig es auch ist, nicht allein auf die „Marktkräfte“ zu vertrauen, so problematisch sind doch Ansätze, dem Staat die Verfügungsbefugnis über den Wind zuzusprechen, soweit nicht sichergestellt ist, dass die Einnahmen tatsächlich den Gemeinden zufließen. Das mag finanzverfassungsrechtlich nicht gefordert sein. Doch auch eine strikte Zweckgebundenheit befreit Sonderabgaben nicht von verfassungsrechtlichen Zweifeln, vgl. für landesrechtliche Abfallabgaben BVerfGE 98, 83 (98 ff.) mit der Behauptung, diese widersprächen dem Kooperationskonzept des BImSchG.

<sup>38</sup> *Frenz*, ER 2016, 194; *Böhlmann-Balan/Herms/Leroux*, ER 2016, 241 (244 ff.). Anders *Bäumler*, *Wem gehört der Wind* (Fn. 20), S. 30 f., die eine Überführung der Windenergienutzung auf die öffentliche Hand für denkbar hält.

die Akteursvielfalt aufrechterhalten lässt.<sup>39</sup> Weiter gehen Landesregelungen<sup>40</sup> im Anschluss an das dänische Modell, das nicht nur den Wertverlust von Grundstücken im Einwirkungsbereich von Windenergieanlagen berücksichtigt, sondern die Erbauer von Windkraftanlagen auch verpflichtet, der lokalen Bevölkerung mindestens 20% der neuen Anlagen zum Kauf anzubieten. Es mehren sich jedenfalls die Anzeichen, dass auch in Deutschland die Bürgerbeteiligung zunehmend als Teilhaberecht an der Erzeugung erneuerbarer Energien verstanden wird.<sup>41</sup>

Dennoch bleibt die Frage, ob sich dezentrale Energiekonzepte nicht besser anders regeln ließen.<sup>42</sup> Zwar sollte ihr Potential zur Entlastung der Netzausbaufragen nicht überschätzt werden, mag auch schon heute erkennbar sein, dass mit überdimensionierten Transportnetzen die Fragen der Energiewende nicht beantwortet sind.<sup>43</sup> An Stelle einer direkten Beteiligung der Bürger an der Energieerzeugung oder einer „Verstaatlichung“ der Produktion wäre die Einsicht in das erforderliche Zusammenspiel von Planung und Regulierung zu schärfen. Denn nicht nur die Ebenen von Erzeugung und Transport sind zu koordinieren, sondern auch die Regime des Planungs- und des Regulierungsrechts. Was auf der planungsrechtlichen Ebene entschieden ist, darf auf der Regulierungsebene nicht konterkariert werden.<sup>44</sup> Während die Einführung einer Erzeugungsplanung nach dem Vorbild der Bedarfsplanung für den Netzausbau noch vergleichsweise einfach zu bewerkstelligen wäre, dürfte ein Konzessionsmodell für die Windenergienutzung und Vorteilsabschöpfung an Grenzen stoßen. Das hat weniger mit verfassungsrechtlichen Vorbehalten als vielmehr mit den gewerberechtlichen Pfadabhängigkeiten zu tun, die einem radikalen Umbau der Vorteilszuordnung im Wege stehen.

---

<sup>39</sup> Krit. *Kahl/Kahles/Müller*, Anforderungen an den Erhalt der Akteursvielfalt im EEG bei der Umstellung auf Ausschreibungen, Würzburger Berichte zum Umweltenergie recht Nr. 9 v. 18.8.2014. Die Erprobung mit Photovoltaik-Freiflächenanlagen hat ergeben, dass in den ersten vier Ausschreibungsrunden nur 0,22 % der Zuschläge, bezogen auf die installierte Leistung, auf Bürgerenergiegesellschaften entfielen, vgl. Jahresumfrage des DGRV v. 31.12.2015, [www.genossenschaften.de/sites/default/files/Auswertung%20Jahresumfrage\\_0.pdf](http://www.genossenschaften.de/sites/default/files/Auswertung%20Jahresumfrage_0.pdf) (10.12.2016).

<sup>40</sup> Z.B. das Gesetz über die Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden an Windparks an Land in Mecklenburg-Vorpommern v. 28.5.2016, GVOBl M-V Nr. 9 S. 259; dazu *Pegel*, EnWZ 2016, 433 f.; krit. *Milstein*, ZUR 2016, 269. Demgegenüber für eine direkte Entschädigung der negativ Betroffenen durch die Stromnachfrager *Beckers*, Rechtezuordnung und Gestaltung von Koordinationsbeziehungen bei der Erzeugung von Onshore-Windenergie, in diesem Heft.

<sup>41</sup> Vgl. *Böhlmann-Balan/Herms/Leroux*, ER 2016, 241.

<sup>42</sup> Zu den Problemen *Hennig/Herz*, ZNER 2016, 30.

<sup>43</sup> *Jarass*, ZNER 2014, 231.

<sup>44</sup> Beispiele: *Richter/Schulze*, NVwZ 2014, 835.

Eine sinnvolle Verklammerung von Planungs- und Regulierungsinstrumenten enthält das neue Windenergie-auf-See-Gesetz, das mit der Flächenentwicklungsplanung sowie einer Eignungsprüfung neuartige Planungsinstrumente einführt und diese mit einem ebenfalls neuen regulatorischen Ausschreibungsdesign und Vorschriften über die Vorhabenzulassung verknüpft.<sup>45</sup> Das zeigt, dass die Einführung eines Konzessionsmodells für die Windenergie nicht unmöglich ist, mag es auch noch erheblicher Anstrengungen bedürfen, ein konzeptionell überzeugendes Modell für die Ausbeutung der Windenergie an Land vorzulegen. Jedenfalls ist es allein mit Feststellung, dass das Verfassungsrecht einer anderen Vorteilszuordnung nicht entgegensteht, kaum getan. Zu fragen ist vielmehr, wie durch das Planungs- und Regulierungsrecht eine gerechtere Verteilung der Windernte auf den Weg gebracht werden kann.

---

<sup>45</sup> Vgl. *Schulz/Appel*, ER 2016, 231; *Uibeleisen*, NVwZ 2017, 7. § 66 Abs. 2 WindSeeG verlangt, dass der bezuschlagte Bieter sich verpflichten muss, die Anlagen nach dem Ablauf der Frist an Dritte herauszugeben. Diese Erklärung ist eine Voraussetzung für die Durchführung des Planfeststellungsverfahrens, vgl. *Plicht*, EnWZ 2016, 550 (556).