

Von Kohleregionen zu Erneuerbare-Energien-Regionen: Rechtsfragen von Ausbau, Flächensicherung, räumlicher Steuerung und Teilhabe

Summary

Dieser Beitrag analysiert Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem Ausbau erneuerbarer Energien und bietet ein rechtliches Konzept dafür an, wie man Kohleregionen zu Erneuerbare-Energien-Regionen transformieren kann. Jenseits dessen, dass Kohleregionen meist transformationsgeeignete technische Grundstrukturen bieten, zielt dies auf mehr Akzeptanz für die – nach dem BVerfG-Klima-Beschluss gebotene – beschleunigte Energiewende, weil damit ökonomisch-sozial positive Effekte für Kohleregionen möglich sind, ggf. sogar eine höhere Wertschöpfung als bislang. Nach einer kurzen Kontextualisierung des Themas wird dazu zunächst beleuchtet, ob und wie sich entsprechende Flächen (planungsrechtlich) für EE-Anlagen sichern lassen. Aus einer energierechtlichen Perspektive wird anschließend analysiert, wie sich eine räumliche Steuerung durch Anreizsetzung für potenzielle Investoren gesetzlich umsetzen ließe. Ferner liegt der Fokus auf ökonomischer Teilhabe der betroffenen Regionen und ihrer Einwohner; einem Punkt, der jenseits der Förderung von Unternehmensansiedlung und Schaffung von Arbeitsplätzen eine weitere Akzeptanzsteigerung bewirken könnte. Die Erkenntnisse decken sich teils mit einer aktuellen Stellungnahme des Sachverständigenrates für Umweltfragen (SRU), gehen aber insbesondere hinsichtlich der Flächensicherungsthematik noch darüber hinaus; zudem wird vorliegend ein konkretes Konzept für die Nutzbarmachung ehemaliger Tagebauregionen angeboten.

Die aktuell für Windenergieanlagen ausgewiesenen Flächen reichen bei Weitem nicht aus, um die im EEG 2021 formulierten und nunmehr im Koalitionsvertrag weiter verschärften Ziele für die Windenergie an Land zu erreichen. Auch ist nicht absehbar, dass in Zukunft ausreichend Flächen zur Verfügung gestellt werden. Damit stellt das aktuelle Planungsregime ein wesentliches Hindernis für das Gelingen der Klima- und Energiewende dar. Insbesondere die kommunale Konzentrationsflächenplanung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB erweist sich hier als Hemmschuh. Sie verhindert bis dato eine großflächige Ansiedlung von Windenergieanlagen im Außenbereich.

Von dieser Erkenntnis ausgehend werden mehrere Vorschläge zur Änderung des bestehenden Planungsregime für Windkraftanlagen eruiert und auf ihre Zweckmäßigkeit hin überprüft. Als am ehesten umsetzbar erscheint dabei die Herauslösung der Windenergie aus dem Anwendungsbereich der Konzentrationszonenplanung mit der Konsequenz, dass dann ein Großteil des Außenbereichs für die Windenergie - als an sich im Außenbereich privilegiertes Vorhaben - genutzt werden könnte. Dies allein wäre allerdings noch kein Garant für den ausreichenden Zubau, sondern müsste flankiert werden mit einem Bundesbedarfsgesetz, in dem der Gesetzgeber den pro Gemeindegebiet für die Windenergie sicherzustellenden Flächenanteil konkret festlegt. Um eine Verbindlichkeit für kommunale Planungsträger herzustellen, sollte die Flächenzuweisung als Planungspflicht ausgestaltet werden, wobei über Anrechnungssysteme

* Die Erstautorin promoviert – wie auch die Zweitautorin – an der Forschungsstelle Nachhaltigkeit und Klimapolitik (in Verbindung mit der Universität Rostock bzw. Erfurt), die vom Drittautor geleitet wird.

unzumutbaren Härtefällen entgegengewirkt werden kann. Mit der Einführung eines Windenergie-an-Land-Gesetzes könnten Planungs- und Genehmigungsverfahren in einem Gesetz komprimiert werden, wodurch redundante Prüfschritte vermieden und die Zulassung von Windkraftanlagen beschleunigt werden könnten. Der vom SRU unterbreitete Vorschlag einer bedingten Konzentrationsflächenplanung, die an das Erreichen eines bestimmten Flächenziels gekoppelt ist, wird dabei als für das Ziel eines hinreichenden und gesicherten EE-Zubaus unter ausführlicher Begründung als unzureichend bewertet.

Jenseits der Flächensicherungs-Thematik muss der EE-Ausbau auch gesellschaftlich akzeptiert werden. Beleuchtet werden verschiedene Beteiligungsformen, wobei in einer pauschalen Erlösabgabe die Gefahr gesehen wird, dass diese bestehende Konfliktlinien noch verstärken könnte. Insofern gilt es, das Verhältnis von individueller Betroffenheit und Teilhabe fair auszuloten, was ggf. besser über individuelle Entschädigungszahlungen erreicht werden kann.

A. Klimapolitischer Hintergrund und das Erfordernis eines beschleunigten EE-Ausbaus an Land

Als Reaktion auf den jüngsten Beschluss des BVerfG¹ hat die Bundesregierung am 12.5.2021 in einem ersten Entwurf zur Änderung des Bundes-Klimaschutzgesetzes (KSG) die nationalen THG-Minderungsziele für die Jahre 2030 (mindestens 65 %) und 2040 (mindestens 88 %) sowie das Ziel der Netto-Treibhausgasneutralität bis 2045 ins Gesetzgebungsverfahren gegeben.² Damit entsprechen die nationalen Klimaschutzambitionen nunmehr etwa denen, die im Rahmen des Effort Sharing Deutschland im Zuge der neuen EU-Klimaziele (bis zum Jahr 2030 mindestens 55 % bzw. Nettonullemissionen bis 2050 bezogen auf alle Staaten) künftig zugewiesen werden dürften.³ Und doch bleiben sie noch immer hinter dem zurück, was selbst nach (naturwissenschaftlich noch zu optimistischen und auf einer unzutreffenden Rechtsinterpretation des Art. 2 Abs. 1 Paris-Abkommen beruhenden) Erkenntnissen des IPCC zur Einhaltung der völkerrechtlich verbindlichen 1,5-Grad-Grenze eigentlich zu erreichen wäre: Netto-Nullemissionen in allen CO₂-relevanten Bereichen eher bis 2035, und das weltweit.⁴ Weil das nach den IPCC-Zahlen für Deutschland naheliegende Treibhausgas-Budget auch mit dem neuen KSG bis 2030 weitestgehend aufgebraucht wäre, sind die deutschen Klimaziele u.U. auch weiterhin verfassungswidrig, weil sie die Freiheit intertemporal nicht fair ausbalancieren.⁵

¹ BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021 - 1 BvR 2656/18 - juris; dazu *Ekardt/ Heß/ Wulff*, BVerfG-Klima-Beschluss: Folgen für Bund, EU, Länder und Kommunen, EurUP 2021, i.E.; *Faßbender*, Der Klima-Beschluss des BVerfG – Inhalte, Folgen und offene Fragen, NJW 2021, i.E.; *Ekardt/ Heß*, Intertemporaler Freiheitsschutz, Existenzminimum und Gewaltenteilung nach dem BVerfG-Klima-Beschluss, ZUR 2021, i.E.

² Bundesregierung, Klimaschutzgesetz 2021: Generationenvertrag für das Klima, Mai 2021; im Internet abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/klimaschutz/klimaschutzgesetz-2021-1913672> (zuletzt abgerufen am 12.6.2021)

³ Europäische Kommission, Ein europäischer Grüner Deal: Erster klimaneutraler Kontinent werden; im Internet abrufbar unter: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_de (zuletzt abgerufen am 12.6.2021).

⁴ Vgl. *Ekardt/ Wieding/ Zorn*, Paris Agreement, Precautionary Principle and Human Rights: Zero Emissions in Two Decades, Sustainability 2018, 2812 (2812); *Wieding/ Stubenrauch/ Ekardt*, Human Rights and Precautionary Principle: Limits to Geoengineering, SRM, and IPCC Scenarios, Sustainability 2020, 8858 (8858).

⁵ Vgl. *Ekardt*, Climate Revolution with Weaknesses, VerfBlog vom 8.5.2021, im Internet abrufbar unter: <https://intr2dok.vifa->

Abgesehen davon, dass sowohl die nationalen als auch die europäischen Klimaschutzziele unzureichend sind, handelt es sich eben auch nur um Ziele. Zum Instrumentarium hat die EU-Kommission im Sommer Vorschläge u.a. für einen neuen Emissionshandel präsentiert, der mit ambitionierteren Zielen und einer breiteren Integration der fossilen Brennstoffe in das System arbeitet. Dieser wäre – zusammen mit einem ähnlichen Steuerungsansatz für tierische Produkte – grundsätzlich auch geeignet, erneuerbare Energien, Effizienz und Suffizienz in sämtlichen Sektoren umfassend voranzubringen, wofür allerdings das Cap Paris-konform noch ambitionierter werden sowie sämtliche Altzertifikate und sämtliche Schlupflöcher gestrichen werden müssten.⁶ Während die konkrete Ausgestaltung auf europäischer Ebene abzuwarten bleibt, offenbart sich aber jedenfalls für die deutsche Energiewende immer deutlicher eine Zielerreichungslücke, die mit einem seit Jahren kontinuierlich rückläufigem Ausbau der Erneuerbaren Energien einhergeht.⁷ So wurde im Jahr 2019 für die Windenergienutzung deutschlandweit eine Fläche von ca. 3.100 km² über entsprechende Regional- und Bauleitpläne ausgewiesen – dies entspricht gerade einmal 0,9 % der Fläche Deutschlands.⁸ Tatsächlich ist das Flächenpotenzial mit 8 % bundesweiter Nutzungsfläche (ausgenommen sind hier Schutzgebiete)⁹ deutlich höher. In dem Gutachten „Klimaneutrales Deutschland“ wurde errechnet, dass sich die installierte Leistung an Onshore-Windenergie bis 2045 auf 145 GW erhöhen müsste, um bis dahin Klimaneutralität zu erreichen.¹⁰ Andere Studien gehen sogar von mehr als 200 GW installierter Leistung bis 2045 aus.¹¹ Dagegen waren Ende 2020 lediglich

[recht.de/servlets/MCRFileNodeServlet/mir_derivate_00010403/Climate_Revolution_with_Weaknesses.pdf](https://www.vifa-recht.de/servlets/MCRFileNodeServlet/mir_derivate_00010403/Climate_Revolution_with_Weaknesses.pdf) (zuletzt abgerufen am 29.1.2022); zu den Grundlagen der erfolgreichen Verfassungsbeschwerde *Ekardt*, Theorie der Nachhaltigkeit: Ethische, rechtliche, politische und transformative Zugänge – am Beispiel von Klimawandel, Ressourcenknappheit und Welthandel, 3. Aufl. (= 4. Aufl. der Neuausgabe) 2021.

⁶ Vgl. *Ekardt/Heß*, BVerfG, neues EU-Klimaschutzrecht und das Klima-Ziel des Paris-Abkommens, NVwZ 2021, 1421 ff. Zur Sinnhaftigkeit dieses Ansatzes *Ekardt*, Sustainability: Transformation, Governance, Ethics, Law, 2019; ferner zur Tierhaltung *Weishaupt/ Ekardt/ Garske/ Stubenrauch/ Wieding*, Land Use, Livestock, Quantity Governance, and Economic Instruments, Sustainability 2020, 2053 (2053). Bei *Wieding/ Stubenrauch/ Ekardt*, Human Rights and Precautionary Principle: Limits to Geoengineering, SRM, and IPCC Scenarios, Sustainability 2020, 8858 (8858) und *Ekardt/ Jacobs/ Garske/ Stubenrauch*, Peatland Governance, Land 2020, 83 (83) auch zu Potenzialen, Grenzen und rechtlicher Steuerung der Negativemissionen (aus Mooren und Wäldern, nicht dagegen aus Geoengineering) ergänzend zu null fossilen Brennstoffen und reduzierter Tierhaltung. Deutsches (Stromsektor-)Ziel ist es bislang nur, den Anteil des aus erneuerbaren Energien erzeugten Stroms am Bruttostromverbrauch auf 65 % im Jahr 2030 zu steigern, vgl. § 1 Abs. 2 EEG 2021. Schon wegen EU-Vorgaben wird dies zeitnah anzupassen sein, ebenso nunmehr wegen des BVerfG-Klimabeschlusses – zu dessen Inhalt, Kritik und Hintergrund *Ekardt*, VerfBlog v. 8.5.2021, im Internet abrufbar unter: https://intr2dok.vifa-recht.de/servlets/MCRFileNodeServlet/mir_derivate_00010403/Climate_Revolution_with_Weaknesses.pdf (zuletzt abgerufen am 29.1.2022)

⁷ WWF, Windenergie an Land: Den Ausbau beschleunigen und mit Rücksicht auf Mensch und Natur gestalten, 2019, S. 10; <https://www.tagesschau.de/investigativ/swr/deutschland-windkraft-ausbau-101.html> (zuletzt abgerufen am 15.8.2021)

⁸ UBA, Analyse der kurz- und mittelfristigen Verfügbarkeit von Flächen für die Windenergienutzung an Land, 2019, S. 24.

⁹ BWE, Aktionsprogramm für die 20. Legislaturperiode, 2021, S. 9; der BWE fordert daher die verbindliche Festlegung von mind. 2 % nutzbarer Fläche je Bundesland in § 2 Abs. 2 Nr. 6 ROG binnen 30 Monaten. So auch nun das Koalitionsvertrag 2021-2025 zwischen SPD, Bündnis 90/ Die Grünen und FDP, das für die Windkraft an Land die Ausweisung von 2 % der Landesflächen vorsieht.

¹⁰ Prognos, Öko-Institut, Wuppertal Institut: Klimaneutrales Deutschland 2045, 2021, S. 29.

¹¹ *Brandes et al.*, Wege zu einem klimaneutralen Energiesystem. Die deutsche Energiewende im Kontext gesellschaftlicher Verhaltensweisen – Update für ein CO₂-Reduktionziel von 65% in 2030 und 100% in 2050, 2021, S. 11; im Internet abrufbar unter: <https://www.ise.fraunhofer.de/content/dam/ise/de/documents/publications/studies/>

Fraunhofer-ISE-Studie-Wege-zu-einem-klimaneutralen-Energiesystem-Update-Zielverschärfung.pdf (zuletzt abgerufen am 6.2.2022).

56,2 GW installiert.¹²

Im Kern stellt sich daher die Frage, woher die Flächen für einen vermehrten EE-Zubau kommen sollen und wie diese Flächen für Wind- und Solarenergieanlagen gesichert werden können.¹³ Da die Wiederbebauung bestehender Anlagenstandorte (Repowering) zwar große Chancen bietet,¹⁴ zur Schließung der ausgemachten Zielerreichungslücke aber nicht ausreichen wird,¹⁵ kommt es gerade auch auf die Sicherung und Nutzbarmachung neuer geeigneter Standorte bzw. Flächen an.

B. Das Potenzial der Tagebauregionen

Vor dem Hintergrund des beschlossenen Kohleausstiegs geraten ehemalige Kohleabbaugebiete verstärkt in den Fokus, wenn es um die Sicherung von Flächen für die EE-Nutzung geht. Stillgelegte Tagebauregionen bieten in vielerlei Hinsicht eine günstige Ausgangslage für die Errichtung und Nutzung von Wind- und Photovoltaik- (PV) sowie Wind-PV-Hybrid-Anlagen.¹⁶ Aus diesem Grund haben sich bereits in den vergangenen Jahren mit abnehmender Förderung der Braun- und Steinkohle¹⁷ in den vom Strukturwandel primär betroffenen Bundesländern Brandenburg, Sachsen und Nordrhein-Westfalen starke Erneuerbare-Energien-Branchen etablieren können, die im Jahr 2016 bereits ein Vielfaches der Angestellten in Bergbau und Kohlekraftwerken beschäftigten.¹⁸ Der Aufbau neuer Energietechnologien in ehemaligen Kohleregionen ist naheliegend, da Beschäftigte der Kohlewirtschaft mit Berufen aus dem Mechatronik-, Energie- und Elektrobereich einen enormen Erfahrungsschatz aufweisen, der

¹² <https://www.wind-energie.de/themen/zahlen-und-fakten/deutschland/> (zuletzt abgerufen am 29.1.2022)

¹³ Speziell zu den erforderlichen Änderungen im BauGB für einen schnelleren Zuwachs an Flächenausweisungen zugunsten von Windenergieanlagen ohne konkreten Regionsbezug vgl. auch das sehr ausführliche Rechtsgutachten von *Kment*, Sachdienliche Änderungen des Baugesetzbuches zur Förderung von Flächenausweisungen für Windenergieanlagen, 2020, S. 25 ff.

¹⁴ Bis 2025 fallen fast 15.000 MW aus der Förderung, weswegen u.a. vorgeschlagen wird, Repowering als privilegiertes Außenbereichsvorhaben im BauGB aufzunehmen, vgl. BWE, Aktionsprogramm für die 20. Legislaturperiode, 2021, S. 6.

¹⁵ So hatte etwa die FA Wind Anfang 2018 im Rahmen einer Betreiberumfrage ermittelt, dass mindestens 40 % der Windenergieleistung, die bis 2025 aus der EEG-Förderung fällt, am selben Standort nicht repowert werden kann; vgl. FA Wind, Was tun nach 20 Jahren, 2018, S. 28 ff.; im Internet abrufbar unter: https://www.fachagentur-windenergie.de/fileadmin/files/Veroeffentlichungen/FA_Wind_Was_tun_mit_WEA_nach_20Jahren.pdf (zuletzt abgerufen am 29.1.2022)

¹⁶ Hybridanlagen verbinden die Nutzung von Windenergie und PV innerhalb eines Kraftwerks und ermöglichen somit eine effizientere Nutzung von Flächen- und Netzinfrastruktur sowie darüber hinaus eine Ergänzung von PV- und Windstromprofilen im Jahresprofil.

¹⁷ Der Abbau von Steinkohle in Westdeutschland ist angesichts mangelnder Wettbewerbsfähigkeit gegenüber dem Weltmarktpreis bereits seit Ende der 1950er Jahre rückläufig und wurde seit 1963 nur durch staatliche Subventionen aufrechterhalten, DIW, Kohleausstieg in NRW im deutschen und europäischen Kontext - Energiewirtschaft, Klimaziele und wirtschaftliche Entwicklung, 2018, S. 42 ff.; im Internet abrufbar unter: https://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.598424.de/diwkompakt_2018-129.pdf (zuletzt abgerufen am 18.7.2021). Wurden 1960 noch 146 Millionen Tonnen Steinkohle gefördert, waren es im Jahr 2000 noch 34 Millionen Tonnen. Mit dem EU-weiten Auslaufen der finanziellen Förderung Ende 2018 werden auch die beiden letzten deutschen Steinkohlebergwerke (Prosper Haniel, Bottrop und Anthrazit, Ibbenbüren) schließen, die zuletzt noch 3,7 Millionen Tonnen Steinkohle förderten. Ein Rückgang der Braunkohlenförderung konnte in den neuen Bundesländern vor allem nach 1990 beobachtet werden, vgl. Statistik der Kohlenwirtschaft 2017.

¹⁸ BEE, Von der Kohle zum Vorreiter bei Erneuerbaren Energien: Fünf Praxisbeispiele für einen erfolgreichen Strukturwandel in Deutschland, 2018, S. 6.

sich durch Umschulungsmaßnahmen und Fortbildungen recht einfach an Erneuerbare-Energien-Berufen als potenziell neuem Arbeitgeber anpassen lässt.¹⁹ Zudem ist es in den bisherigen Kohleregionen in besonderem Maße sinnvoll, wirtschaftlich und sozial Alternativen für Unternehmen und Arbeitende aufzuzeigen, weswegen es angezeigt ist, erneuerbare Energien (neben der generellen Wirkung eines ambitionierteren Emissionshandels) durchaus gezielt in solche Regionen zu lenken.²⁰ Das könnte auch die Akzeptanz der Energiewende in dortigen Regionen deutlich steigern, zumal mit EE sogar eine höhere Wertschöpfung als mit den Fossilen für möglich gehalten wird. Im Auftrag der Bundesregierung wurde dies speziell am Beispiel der Lausitz dokumentiert.²¹

Daneben sprechen auch logistische Argumente für die Nachnutzung von Tagebauregionen mit EE. Durch die für Großkraftwerke aufgebauten Stromnetze besteht zum einen eine gute Energieinfrastruktur. Zum anderen liegen in dortigen Gebieten einige große Industrieverbraucher, die schnell und effizient mit Strom versorgt werden könnten. Soll nach Angaben des Koalitionsvertrags erneuerbarer Strom künftig stärker am Ort des Verbrauchs genutzt werden,²² bieten dafür Tagebauregionen die idealen Voraussetzungen.

Vor allem aber bieten ehemalige Tagebauregionen große Flächen für die Errichtung von Strom- bzw. Wärmeerzeugungsanlagen mit erneuerbaren Energien (EE) und können damit zu einer erhöhten Produktionsleistung beitragen. Bei den vier noch aktiven Braunkohleregionen in Deutschland (Lausitz, Mitteldeutschland, Helmstedt und Rheinland) handelt es sich um eine Fläche von insgesamt 24.902,28 km², für die ein Erzeugungspotenzial von jährlich 14,6 TWh erneuerbaren Stroms angenommen wird.²³

¹⁹ DIW, Die Beendigung der energetischen Nutzung von Kohle in Deutschland: Ein Überblick über Zusammenhänge, Herausforderungen und Lösungsoptionen, 2018, S. 83.

²⁰ Deutsche Braunkohlereviere stehen durch den Kohleausstieg vor großen Herausforderungen. Daher wurde am 3.7. 2020 das Strukturstärkungsgesetz Kohleregionen verabschiedet, das die Empfehlungen der Kommission „Wachstum, Strukturwandel und Beschäftigung“ umsetzen soll, vgl. BGBl. I 2020 S. 1795. Ausführlicher hierzu *Scholtka/Keller-Herder*, Die Entwicklung des Energierechts im Jahr 2019, NJW 2020, 890 (892).

²¹ Das geschätzte Beschäftigungspotenzial liegt insofern bei mehreren hundert, und bei Ausweitung der Produktionskapazitäten (etwa durch PtX-Systeme) ggf. sogar einigen tausend Arbeitsplätzen, die durch Inwertsetzung der Tagebauregionen geschaffen werden könnten, vgl. BMWi, Projektbericht „Erneuerbare Energien-Vorhaben in den Tagebauregionen“, 2018, S. 11; ähnlich UBA, Klimaschutz und Kohleausstieg: Politische Strategien und Maßnahmen bis 2030 und darüber hinaus, 2018, S. 147. Das PtX Lab Lausitz geht hier mit gutem Beispiel voran. In enger Zusammenarbeit mit Forschungseinrichtungen, Industrieunternehmen und weiteren nationalen wie europäischen Akteuren sollen hier neue Perspektiven für den ehemaligen Energiestandort Lausitz entwickelt werden, vgl. <https://www.pv-magazine.de/2021/03/03/die-lausitz-soll-internationaler-anlaufpunkt-fuer-gruenen-wasserstoff-und-dessen-folgeprodukte-werden/> (zuletzt abgerufen am 11.3.2021) und BMU, Factsheet PtX Lab Lausitz: Power-to-X und die Energiewende, Berlin 2021, im Internet abrufbar unter: https://www.agora-energiewende.de/fileadmin/Projekte/2017/Akzeptanz_Windenergie/Agora_Akzeptanz_Onshore_Windenergie_WEB.pdf (zuletzt abgerufen am 3.5.2021).

²² Koalitionsvertrag 2021-2025 zwischen SPD, Bündnis 90/ Die Grünen und FDP, S. 56.

²³ BMWi, Projektbericht „Erneuerbare Energien-Vorhaben in den Tagebauregionen“, 2018, S. 136; zum Vergleich: der Bruttostromverbrauch in Deutschland betrug im Jahr 2020 544 TWh, vgl. <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/256942/umfrage/bruttostromverbrauch-in-deutschland/#:~:text=Der%20Bruttostromverbrauch%20in%20Deutschland%20liegt%20im%20Jahr%202020,des%20Eigenbedarfs%20der%20Kraftwerke%20und%20der%20C3%9Cbertragungs-%20bzw.> (zuletzt abgerufen am 19.7.2021). Mit voranschreitender Sektorenkopplung wird für das Jahr 2030 nach Neuschätzung durch das BMWi vom 13.7.2021 ein Strombedarf von 665 TWh angenommen, <https://www.bmw.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2021/07/20210713-erste-abschaetzungen-stromverbrauch-2030.html#:~:text=Eine%20erste%20Absch%3%A4tzungen%20des%20Stromverbrauchs%202030%2C%20di>

Vor dem Hintergrund eines nur schleppend vorangehenden Netzausbaus und dem Verschlafen von Flexibilisierungsmaßnahmen²⁴ birgt der aus klimapolitischer Sicht in jeder Hinsicht gebotene weitere EE-Ausbau gleichzeitig die Gefahr sich verstärkender Netzengpässe.²⁵ So wurden für die Region Lausitz beispielsweise Erzeugungspotenziale auf Tagebauflächen ermittelt, die der heute in Brandenburg und Sachsen installierten Wind- und PV-Leistungen insgesamt entsprechen. Konkret würden bei einem EE-Zubau Strommengen generiert, die das 1,6 bis 2,5-fache von dem ausmachen, was die Netze der betroffenen Bundesländer nach aktueller Planung aufzunehmen im Stande sind mit der Folge vermehrter Netzengpässe.²⁶ Sollten also ehemalige Tagebauregionen verstärkt mit EE-Anlagen bebaut werden (was aus klimapolitischer Sicht wie auch als Konversion der Wertschöpfung naheliegt),²⁷ könnte es dazu kommen, dass nur ein Bruchteil des erzeugten Stroms eingespeist werden kann.

Power-to-X-(PtX-)Technologien²⁸ könnten hier unterstützend zum Einsatz kommen – zugleich als weiterer wichtiger Innovationstreiber für die betroffenen Regionen. Unter PtX versteht man die Umwandlung von (Überschuss-)Strom in diverse andere, vielseitig einsetzbare Energieträger (z.B. Wasserstoff, Kraftstoffe oder Chemikalien), mit denen bislang noch fossil basierte Sektoren, in denen die direkte Nutzung von Energie schwierig bis gar nicht umsetzbar ist, langfristig dekarbonisiert werden können.²⁹ Dies betrifft z.B. den Industrie- sowie Teile des Mobilitäts- und Wärmesektors. Überdies ermöglicht die Speichertechnologie eine flexible Nutzung des durch seine Volatilität gekennzeichneten EE-Stroms sowie eine bessere Transportierbarkeit und somit einen reduzierten Aufwand beim Ausbau der Netzinfrastruktur.³⁰ Vor diesem Hintergrund sind PtX-Systeme ganz konkret für Tagebauregionen zum einen aufgrund ihrer systemstabilisierenden Wirkung relevant. Zum anderen besteht gerade in Tagebauregionen für PtX-Produkte wie u.a. auch grünen Wasserstoff sowie seine Folgeprodukte ein hohes Abnahmepotenzial in den Bereichen Industrie, Mobilität sowie als stationäre energetische Nutzung als Substitution für Erdgas, Heizöl oder Braunkohle. Weite Teile der Industrie könnten durch die schon vorhandene Wasserstoffpipeline in einem Umkreis

e%20von,dabei%20u.a.%2014%20Mio.%20Elektro-%20Pkw%2C%206%20Mio. (zuletzt abgerufen am 11.9.2021); der Koalitionsvertrag nimmt sogar einen Bruttostrombedarf von 680-750 TWh im Jahr 2030 an, vgl. Koalitionsvertrag 2021-2025 zwischen SPD, Bündnis 90/ Die Grünen und FDP, S. 56.

²⁴ Zu den Problemen im Zusammenhang mit Netzausbau und Engpassmanagement vgl. *Jürgens*, Harmonisierung von Windenergie- und Netzausbau vor dem Hintergrund der Engpassbewirtschaftung, Berlin 2017, S. 60 ff.

²⁵ Vgl. zu den weiteren Maßnahmen des sog. Einspeisemanagements *Schumacher*, Die Neuregelungen zum Einspeise- und Engpassmanagement, ZUR 2012, 17 (17 ff).

²⁶ BMWi, Projektbericht „Erneuerbare Energien-Vorhaben in den Tagebauregionen“, 2018, S. 129.

²⁷ Ebd., S. 136.

²⁸ Allgemein zum Zusammenspiel von erneuerbaren Ressourcen, Effizienz und Suffizienz (und von Ausgleichsmaßnahmen für die EE-Volatilität wie Netzausbau, Speicherbau, Smart Grids, PtX und effizienz-suffizienz-basierte Verbrauchssenkung) als Strategien zur Erreichung der (umweltvölker- und menschen-)rechtlich gebotenen Nachhaltigkeitsziele *Ekardt*, Sustainability: Transformation, Governance, Ethics, Law, 2019, S. 238 ff.; ebenso *Ekardt*, Theorie der Nachhaltigkeit: Ethische, rechtliche, politische und transformative Zugänge – am Beispiel von Klimawandel, Ressourcenknappheit und Welthandel, 3. Aufl. (= 4. Aufl. der Neuausgabe) 2021, S. 412 ff.

²⁹ Eine echte Klimaschutzwirkung entfalten dabei ausschließlich PtX-Substanzen auf Basis von erneuerbar erzeugtem Strom, wobei der Koalitionsvertrag hier den Ansatz der Technologieoffenheit verfolgt, vgl. Koalitionsvertrag 2021-2025 zwischen SPD, Bündnis 90/ Die Grünen und FDP, S. 60. Dies lässt die Vermutung zu, dass jedenfalls für die Übergangszeit auch fossile Brennstoffe für PtX-Verfahren zum Einsatz kommen etwa in Kombination mit CCS-Technologien. Dazu aber kritisch *Ekardt/ van Riesten/ Hennig*, CCS als Governance- und Rechtsproblem, ZUR 2011, 409 ff.

³⁰ <https://www.dlr.de/content/de/artikel/dossier/wasserstoff/wasserstoff-transportieren-speichern-und-verteilen.html> (zuletzt abgerufen am 29.8.2021)

von 200 km um die Lausitz herum versorgt werden.³¹ Im Mobilitätssektor bietet sich eine stoffliche Nutzung für den öffentlichen Personennahverkehr an und als Erdgassubstitut wäre eine Einspeisung des erzeugten Wasserstoffs in das Erdgasnetz möglich, wobei auf die zulässige Beimischungsquote zu achten ist.³² Grundsätzlich sollten PtX-Produkte jedoch aufgrund ihrer hohen Energieintensität lediglich dort zum Einsatz kommen, wo sich keine andere Lösung anbietet.³³ Außerdem ist bei Personenidentität zwischen EE-Anlagen- und Elektrolyseurbetreiber das Eigenversorgungsverbot für Ausschreibungsanlagen nach § 27a EEG 2021 bei Vorliegen einer Eigenversorgung nach § 3 Nr. 19 EEG 2021 zu beachten.³⁴

Insgesamt bieten Tagebauregionen großes Potenzial sowohl aus klimapolitischer und energierechtlicher Sicht als auch aus einer sozio-ökonomischen Perspektive. Soll die Transformation aber bestmöglich gelingen, müssen noch einige Schritte gegangen werden. Insbesondere mangelt es bislang noch an rechtlichen Rahmenbedingungen, die eine optimale Erschließung der Tagebauflächen für erneuerbare Energien auch in Zukunft gewährleisten. Es stellt sich daher die Frage, wie die Tagebau-Transformation rechtlich gesteuert werden kann.

C. Steuerungsinstrumente für Ausbau und Flächensicherung

Zur Herbeiführung der benötigten Entwicklungen und zur Durchsetzung umwelt- bzw. klimapolitischer Ziele im Allgemeinen stehen dem Gesetzgeber ökonomische, planungs- und ordnungsrechtliche Instrumente zur Verfügung.³⁵ Mit Blick auf den EE-Zubau findet sich diese Clusterung im bundesrechtlichen EEG-Fördersystem als ökonomischer Anreizsteuerung, im Planungsrecht des Bundes (etwa ROG, BauGB), der Länder (Landesplanungsgesetze) und der Gemeinden (Bauleitplanung) sowie im ordnungsrechtlich geprägten Genehmigungsrecht des Bundes (insbes. BImSchG, BauGB) und der Länder (Landesbauordnung) wieder. Während die ökonomische Anreizstruktur im EEG vornehmlich auf eine *quantitative* EE-Mengensteuerung abzielt, (deren Zweck in einer bestimmten gewünschten Zubaurate besteht, ohne dabei den konkreten Errichtungsort konkret vorzugeben), wird das Planungs- und Genehmigungsrecht als originäres Instrument zur *qualitativen* Feinsteuerung baulicher Vorhaben identifiziert. Im Zusammenspiel der Rechtsbereiche koordinieren Planungs- und Zulassungsrecht über die konkrete Flächensicherung und -bereitstellung damit den durch das EEG erzeugten abstrakten Flächenbedarf für EE-Anlagen mit verschiedensten anderen Nutzungsansprüchen.³⁶ Damit

³¹ BMWi, Projektbericht „Erneuerbare Energien-Vorhaben in den Tagebauregionen“, 2018, S. 130.

³² Nach einer DVGW-Studie beträgt die zulässige Beimischungsquote heute 10 %, vgl. https://www.dvgw.de/medien/dvgw/regional/bw/pdf/Bezirksgruppen_Winterprogramm/DVGW_Winterprogramm19_20_Gas_Forschung_H2-Einspeisung.pdf (zuletzt abgerufen am 29.1.2022)

³³ Rath/Ekardt/Gätsch, Power-to-X. Perspektiven, Governance, Rechtsfragen – Unter besonderer Berücksichtigung von Wärmewende und Wasserstoffstrategie, ZNER 2021, 242 (246).

³⁴ Vgl. zur möglichen Europarechtswidrigkeit von § 27a EEG 2021 im Lichte des EU-Gesetzespakets „Saubere Energie für alle Europäer“ und der damit einhergehenden Stärkung des aktiven EE-Verbrauchs („Prosumer“) Stiftung Umweltenergierecht, Neue EU-Regelungen zur Eigenversorgung, S. 2, 8 und 23 mit Verweis auf Art. 21 Abs. 6 lit. e) EE-RL, der die Mitgliedstaaten zur Schaffung eines Regulierungsrahmens verpflichtet, der EE-Eigenversorger beim Zugang zu bestehenden Förderregelungen nicht diskriminiert.

³⁵ Zur Steuerungsfunktion des Gesetzes vgl. Reimer, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., 2012, § 9, Rn. 1; Franzius, Die Herausbildung der Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung im Umweltrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2000.

³⁶ Stiftung Umweltenergierecht, Instrumente für eine verbesserte räumliche Steuerung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien, 2016, S. 18.

kompensieren sie, wozu das EEG-Fördersystem als doch „eigentlich prädestiniertes Steuerungsinstrument“³⁷ seit Jahren nicht im Stande ist³⁸ – die zielgerichtete geographische Verteilungssteuerung.³⁹

Für die anzustrebende Tagebau-Transformation werden somit vor allem das Planungs- und Genehmigungsrecht eine entscheidende Rolle spielen.⁴⁰ Dieses Feld soll daher besonders beleuchtet werden. Als zusätzliche Säule bietet darüber hinaus ebenso das Energierecht (auch jenseits der EEG-Förderung) einige potenzielle Steuerungsansätze, die aber durch den Gesetzgeber erst noch umgesetzt werden müssten. Im Folgenden werden für die identifizierten Steuerungsebenen (Planungs-, Genehmigungs- und Energierecht) jeweils konkrete Umsetzungsvorschläge näher betrachtet und entwickelt. Der Fokus liegt dabei auf der Windenergienutzung, die im Zuge der Klimawende zur wichtigsten Energiequelle in Deutschland und damit auch zur Voraussetzung für Versorgungssicherheit werden wird.⁴¹

I. Planungsrechtliche Ebene/ Planungsstufen

Die Bepflanzung von Flächen vollzieht sich in Deutschland von der Bundes- über die Landes- bis hin zur Kommunalebene. Ausgangspunkt bildet das in die Zuständigkeit des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) fallende Raumordnungsgesetz (ROG). Dieses stellt die Ermächtigungsgrundlage für weitere flächenspezifische Festlegungen in den Raumordnungsplänen dar, für die im Wesentlichen die Länder zuständig sind.⁴² Aus den landesweiten Raumordnungsplänen, deren Ziel darin besteht, den bundesdeutschen Gesamttraum „zu ordnen“, sprich konkurrierende Nutzungsansprüche in Ausgleich zu bringen,⁴³ sind weiter die regionalen Raumordnungspläne zu entwickeln,⁴⁴ wobei die dortigen Festlegungen als Ziele (verbindliche Vorgaben) oder Grundsätze (zu berücksichtigen bei nachfolgenden Abwägungsentscheidungen) formuliert werden können.⁴⁵ Den Zielen der Raumordnung haben sich gemäß § 1 Abs. 4 BauGB schließlich die Gemeinden

³⁷ *Hermes*, Planungsrechtliche Sicherung einer Energiebedarfsplanung – ein Reformvorschlag, ZUR, 259 (263).

³⁸ Stiftung Umweltenergierecht, Instrumente für eine verbesserte räumliche Steuerung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien, 2016, S. 10.

³⁹ *Jürgens*, Harmonisierung von Windenergie- und Netzausbau vor dem Hintergrund der Netzengpassbewirtschaftung, 2017, S. 45.

⁴⁰ Das hat auch die Bundesregierung erkannt, die den Ausbau der Windenergie u.a. durch Veränderungen im Bauplanungsrecht erreichen will, vgl. Klimaschutzprogramm 2030 zur Umsetzung des Klimaschutzplans 2050, S. 37; in diesem Zusammenhang wird auch mit Blick auf Repowering-Projekte ein gesetzgeberisches Handeln eingefordert, *Dix*, Repowering-Projekte vor dem Aus?, NVwZ 2020, 184 (184); vgl. zur Steuerung des Windenergieausbaus im Allgemeinen *Agatz*, Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, 584 (596).

⁴¹ Im Jahr 2020 war die Windenergie an Land erstmals die wichtigste Säule der Stromerzeugung in Deutschland, siehe AG Energiebilanzen 2021, Strommix in Deutschland 1990-2020; im Internet abrufbar unter: <https://www.ag-energiebilanzen.de/> (zuletzt abgerufen am 18.1.2022)

⁴² *Finkelburg/Ortloff/Kment*, Öffentliches Baurecht, Band I: Bauplanungsrecht, 7. Aufl. 2017, S. 311; nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG unterfällt die Raumordnung der konkurrierenden Gesetzgebung, wobei die Länder nach Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GG über eine Abweichungskompetenz verfügen.

⁴³ *Kümper*, Grundlagen, in: *Kment, ROG*, 1. Aufl., 2019, S. 19 ff.; vgl. BVerfG, Urteil vom 16.6.1954 - 1 PBvV 2/52, BVerfGE 3, 407 (425) – juris.

⁴⁴ Besonderheiten gelten für Berlin, Bremen und Hamburg: Dort kann ein landesweiter Flächennutzungsplan anstelle eines landesweiten Raumordnungsplans erlassen werden, vgl. § 13 Abs. 2 Satz 2 ROG.

⁴⁵ Näher zur Steuerungswirkung der Raumplanung *Kindler*, Zur Steuerungskraft der Raumordnungsplanung, 2018, S. 131 ff.

bei ihrer Bauleitplanung anzupassen,⁴⁶ über die Regelungen der § 35 Abs. 2 S. 2 und 3 BauGB haben sie darüber hinaus unmittelbaren Einfluss auf die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit konkreter Vorhaben. Dies alles trifft freilich nur auf raumbedeutsame Vorhaben zu,⁴⁷ die für EE-Anlagen grundsätzlich einzelfallbezogen zu beurteilen,⁴⁸ speziell für Windenergieanlagen aber in der Regel ab einer Gesamthöhe von circa 100 Metern zu bejahen ist.⁴⁹

1. Status Quo: Vorgaben der Raumordnung zu (ehemaligen) Tagebaugebieten

Aus raumordnerischer Sicht sind hinsichtlich der Nutzbarmachung (ehemaliger) Tagebauregionen für den Betrieb von EE-Vorhaben zunächst zwei Ebenen zu betrachten: zum einen die Raumordnungsplanung der jeweiligen Landes- oder Regionalplanungsträger und zum anderen die Braunkohlen- und Sanierungsplanung, die auf Grundlage der Landesentwicklungspläne und nach Abstimmung mit der Regionalplanung erfolgt (vgl. z.B. § 5 Abs. 1 S. 1 SächsLPlG). Während die Aufgabe der Regionalplanung in der großflächigen Steuerung raumbedeutsamer Nutzungen besteht, legt der Braunkohlenplan Rahmenbedingungen für Abbau und Nachnutzung speziell mit Blick auf den ihn betreffenden Tagebau fest. Beim Braunkohleplan handelt es sich also um einen Raumordnungsplan mit Vorgaben zur Wiedernutzbarmachung ehemaliger Tagebauflächen. Hier konnte in einer Studie festgestellt werden, dass in den einschlägigen Bundesländern Brandenburg, Sachsen und Nordrhein-Westfalen⁵⁰ die jeweiligen Braunkohlen- und Sanierungspläne ganz überwiegend keine ausdrückliche Nachnutzung der Flächen zur Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien vorsehen.⁵¹

Mit Blick auf die übergeordnete Regionalplanung ist weiter die Festlegung von Gebietskategorien interessant: Generell erfolgt die Steuerung von raumbedeutsamen Nutzungen (wie hier der Windenergie) in den Flächenländern durch entsprechende Gebietsausweisungen in den Regionalplänen,⁵² wobei zwischen Eignungs-, Vorrang- und Vorbehaltsgebieten unterschieden wird.⁵³ Während durch Festsetzung eines Eignungsgebiets die Nutzung innerhalb dieses Areals konzentriert und an anderer Stelle ausgeschlossen wird,

⁴⁶ UBA, Planungsebenen, Planungsräume - Stufen der räumlichen Planung, 2020, im Internet abrufbar unter: <https://www.umweltbundesamt.de/themen/nachhaltigkeit-strategien-internationales/planungsinstrumente/planungsebenen-planungsraeume-stufen-der#bundesebene> (zuletzt abgerufen am 20.5.2021); instruktiv zu den einzelnen Planungsebenen auch *Kraft*, Bauleitplanung und Fachplanung, BauR 1999, 829 (829 ff).

⁴⁷ Ab wann Raumbedeutsamkeit gegeben ist, findet sich exemplarisch in § 1 RoV.

⁴⁸ *Stiier*, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 5. Aufl. 2015, S. 96.

⁴⁹ BVerwG, Beschluss vom 2.8.2002, 4 B 36/02, BauR 2003, 837 (837); OVG Lüneburg, Urteil vom 29.4.2004, 1 LB 28/04, BauR 2004, 1579 (1582); Urteil vom 28.3.2006, 9 LC 226/03, ZfBR 2006, 794 (795); zustimmend *Kindler*, Zur Steuerungskraft der Raumordnungsplanung, 2018, S. 143; *Mitschang/Schwarz/Kluge*, Ansätze zur Konfliktbewältigung bei der räumlichen Steuerung von Anlagen erneuerbarer Energien, UPR 2012, 401 (402) halten moderne Windenergieanlagen daher generell für raumbedeutsam.

⁵⁰ Hier befinden sich die drei großen Tagebauregionen Lausitzer, Mitteldeutsches und Rheinisches Revier.

⁵¹ BMWi, Projektbericht „Erneuerbare Energien-Vorhaben in den Tagebauregionen“, 2018, S. 272-281.

⁵² Die Regionalplanung übernimmt entgegen ihrer Bezeichnung insofern einen überregionalen Auftrag, als dass ihr Anspruch nicht die Ausweisung von parzellenscharfen Flächen, sondern das Auffinden von insgesamt konfliktarmen Gebieten für die Windenergienutzung ist, vgl. *Schmidt-Eichstädt*, Ist in der Regionalplanung Parzellenscharfe erforderlich, LKV 2012, 49 (54).

⁵³ Vgl. *Nagel/Schwarz*, Ausbau der Windenergie – Anforderungen aus der Rechtsprechung und fachliche Vorgaben für die planerische Steuerung, UPR 2014, 371 (372).

haben Vorranggebiete zur Konsequenz, dass die zuständigen Behörden hier keine widersprechenden Nutzungen festlegen dürfen, wohingegen das Vorbehaltsgebiet lediglich eine besondere Berücksichtigung der festgelegten, nicht jedoch den Ausschluss entgegenstehender Nutzungen bewirkt.⁵⁴

Für die einschlägigen Bundesländer (Brandenburg, Sachsen und Nordrhein-Westfalen) ist damit zu prüfen, welche Gebietskategorien in den jeweiligen Regionalplänen für die Windenergienutzung bestimmt wurden. Bei dieser Untersuchung konnte festgestellt werden, dass sowohl in Brandenburg als auch in Sachsen die Windenergienutzung über die Festlegung von Eignungsgebieten gesteuert wird.⁵⁵ Die raumplanerische Festsetzung von Eignungsgebieten wirkt sich dabei über § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB auch auf die baurechtliche Zulässigkeit von an sich im Außenbereich privilegierten Vorhaben aus. Die Norm besagt, dass die Festlegung von Eignungsgebieten für die von ihr erfassten Außenbereichsvorhaben – wozu bislang auch die Windenergie zählt – wie Ziele der Raumordnung wirkt und damit eine verbindliche Ausschlusswirkung entfaltet (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG), also grundsätzlich nicht überwunden werden kann. Im Zusammenhang mit der Zulassung von Windenergieanlagen hat sich insofern der Begriff „Konzentrationsflächenplanung“ etabliert. Hierbei soll die Ansiedlung von Windkraftanlagen zur Vermeidung einer „Verspargelung der Landschaft“ räumlich eingegrenzt werden.⁵⁶

Weder in Brandenburg noch in Sachsen wäre damit eine Planung der Windenergienutzung außerhalb der festgelegten Gebiete zulässig.⁵⁷ In Nordrhein-Westfalen dagegen erfolgt die Festlegung von Standorten für die Windenergienutzung als Vorbehaltsgebiet,⁵⁸ was es den kommunalen Planungsträgern dort erleichtert, auch außerhalb dieser Areale die planerischen Voraussetzungen für die Errichtung von Windenergieanlagen zu schaffen.⁵⁹ Insofern sind es vor allem auch die westdeutschen Regionen, die sich schon heute in ehemaligen Kohleabbaugebieten mit der Windenergie neue Perspektiven verschaffen. So hat beispielsweise RWE im Frühjahr mit dem Bau des zukünftigen Windparks „Bedburg A44n“ begonnen. Hierbei handelt es sich um fünf Windkraftanlagen mit jeweils 5,7 MW Nennleistung, die Anfang 2022 in Betrieb gehen sollen.⁶⁰ In Brandenburg und Sachsen dagegen ist die Nutzung von

⁵⁴ Scholich, Vorranggebiet, Vorbehaltsgebiet und Eignungsgebiet, in: ARL (Hrsg.), Handwörterbuch der Stadt- und Raumentwicklung, Hannover 2018, S. 2841 ff.

⁵⁵ BMWi, Projektbericht „Erneuerbare Energien in den Tagebauregionen“, 2018, S. 268.

⁵⁶ Gatz, Die planerische Steuerung der Windenergienutzung in der Regional- und Flächennutzungsplanung, DVBl. 2017, 461 (461).

⁵⁷ BMWi, Projektbericht „Erneuerbare Energien-Vorhaben in den Tagebauregionen“, 2018, S. 267, 268 mit Nachweisen in den einzelnen Regionalplänen.

⁵⁸ Damit unterscheidet sich die Steuerungswirkung im Hinblick auf den Windenergiezubau in Nordrhein-Westfalen maßgeblich von der in anderen Bundesländern, vgl. Fest/Fechler, Neue Anforderungen an Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen, NVwZ 2016, 1050 (1052).

⁵⁹ Abweichungen zwischen den regional- und bauleitplanerischen Festlegungen von Standorten für die Windenergienutzungen sind insoweit möglich, vgl. Landesentwicklungsplan NRW, Erläuterungen zu Ziel 10.2-2, Seite 107; Erlass für die Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen und Hinweise für die Zielsetzung und Anwendung, 3.1, 3.2.2.1; im Internet abrufbar unter: https://www.wirtschaft.nrw/sites/default/files/asset/document/lep_nrw_14-12-16.pdf (zuletzt abgerufen am 11.3.2021).

⁶⁰ <https://www.energie.de/et/news-detailansicht/nsctrl/detail/News/erneut-windpark-auf-ehemaligem-tagebaugelaende> (zuletzt abgerufen am 18.7.2021); auch in Ostdeutschland werden teilweise schon ehemalige Kohleabbaugebiete für erneuerbare Energien genutzt, vgl. Bundesverband Erneuerbare Energien, Von der Kohle zum Vorreiter bei Erneuerbaren Energien: Fünf Praxisbeispiele für einen erfolgreichen Strukturwandel in

Windenergie lediglich auf Eignungsgebiete konzentriert,⁶¹ zu denen Tagebauregionen bislang noch nicht zählen. Hier ist die Errichtung von Windenergieanlagen also nicht ohne weiteres möglich ist.⁶² Für die Energiewende erscheint dies suboptimal und konterkariert zugleich der gesetzlichen Wertung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB, wonach die Nutzung und Errichtung von WEA im Außenbereich privilegiert sind. Insofern ist es gerade auch primäre Aufgabe der Raumplanung, der Windenergienutzung „in substantzieller Weise Raum zu verschaffen“.⁶³ Wie dies trotz wenig günstiger Ausgangslage mit den zur Verfügung stehenden Instrumentarien dennoch gelingen kann, ist nachstehend zu analysieren.

2. Planerische Gestaltungsmöglichkeiten

a) Zielabweichungs- bzw. -änderungsverfahren mit gesetzlicher Flankierung im ROG

Mithilfe des *Zielabweichungsverfahrens* ist es der planenden Gemeinde bzw. den Fachplanungsbehörden sowie ggf. auch privaten Planungsträgern möglich, im Einzelfall aus Anlass eines konkreten Sachverhalts von der an sich bestehenden rechtlichen Bindungswirkung eines Raumordnungsziels (wie etwa der Ausweisung eines Eignungsgebiets) abzuweichen.⁶⁴ Dies setzt voraus, dass die Abweichung vertretbar ist und die Grundzüge der Planung nicht berührt, vgl. § 6 Abs. 2 S. 1 ROG. Ersteres ist der Fall, wenn die Abweichung im Interesse des Gemeinwohls liegt; Letzteres, wenn sich die Planänderung oder -ergänzung nur auf Einzelheiten der Planung bezieht.⁶⁵ Darüber hinaus muss das Verfahren eingehalten werden, dessen Ausgestaltung sich überwiegend aus einschlägigen Vorschriften des Landesrechts zum Beteiligungs- und Einvernehmenserfordernis ergibt⁶⁶ und die Berücksichtigung öffentlicher und teilweise auch privater Belange gewährleisten soll.⁶⁷

Positiv hervorzuheben ist zunächst, dass das Instrument des Zielabweichungsverfahrens im Zusammenhang mit der Errichtung von EE-Anlagen schon mehrfach erfolgreich zum Einsatz

Deutschland, November 2018; im Internet abrufbar unter: https://www.bee-ev.de/fileadmin/Publikationen/Studien/BEE_Strukturwandel_Best-Practice.pdf (zuletzt abgerufen am 18.7.2021)

⁶¹ Im Regionalplan Lausitz-Spreewald heißt es ausdrücklich im Ziel 3.1.1, dass zur Sicherung und raumordnerischen Steuerung der Windenergienutzung die Ausweisung von Eignungsgebieten erfolge, außerhalb dieser Eignungsgebiete sei die Errichtung raumbedeutsamer Windenergieanlagen ausgeschlossen; im Internet abrufbar unter: <https://region-lausitz-spreewald.de/de/regionalplanung/teilplaene/artikel-sachlicher-teilregionalplan-windenergienutzung-veroeffentlicht-am-16-06-2016.html> (zuletzt abgerufen am 11.3.2021).

⁶² Gleichwohl gibt es mit dem Tagebau Klettwitz (Lausitz) und Uebigau-Wahrenbrück (Elbe-Elster-Kreis) auch in der Region Lausitz zwei Positivbeispiele für eine erfolgreiche Transformation, vgl. Bundesverband Erneuerbare Energien, Von der Kohle zum Vorreiter bei Erneuerbaren Energien: Fünf Praxisbeispiele für einen erfolgreichen Strukturwandel in Deutschland, 2018, S. 8 ff.; 33 ff.; im Internet abrufbar unter: https://www.bee-ev.de/fileadmin/Publikationen/Studien/BEE_Strukturwandel_Best-Practice.pdf (zuletzt abgerufen am 18.7.2021)

⁶³ Ständige Rechtsprechung seit BVerwG, Urteil vom 13.3.2003 – 4 C 3/02, NVwZ 2003, 1261.

⁶⁴ Vgl. *Schmitz*, Steuerungskraft der Raumordnung, in: Bielenberg/Runkel/Spannowsky, ROG, Band 2, 2. Aufl., 2018, § 6 Rn. 127; *Hager*, Planung von Standorten für Windkraftanlagen, in: Depra/Frey/Hager/Jenssen/Rettenmeier, Windenergie erfolgreich gestalten, 2019, S. 83 ff.; allgemein zur Planung der Windenergienutzung speziell in Sachsen *Schubert*, Windenergie für Kommunen und Bürgerschaft, 2013; im Internet abrufbar unter: <https://slub.qucosa.de/api/qucosa%3A33214/attachment/ATT-0/> (zuletzt abgerufen am 11.3.2021).

⁶⁵ *Schmitz*, Steuerungskraft der Raumordnung, in: Bielenberg/Runkel/Spannowsky, ROG, Band 2, 2018, § 6 Rn. 115, 119; *Schrödter/Wahlhäuser*, BauGB, 9. Aufl., 2019, § 1 Rn. 169 ff.

⁶⁶ Vgl. Art. 10 LP IV Berlin-Brandenburg; § 16 SächsLPIG; § 16 LPIG NRW.

⁶⁷ Vgl. *Schmitz*, Steuerungskraft der Raumordnung, in: Bielenberg/Runkel/Spannowsky, ROG, Band 2, 2018, § 6 Rn. 164.

gekommen ist,⁶⁸ wobei die Begründungen für die jeweiligen Abweichungen vom Ausbau der Windenergienutzung bis zur technischen Innovation als im Interesse des Gemeinwohls liegend akzeptiert wurden.⁶⁹ Andererseits besteht wegen der Ergebnisoffenheit dieses Verfahrens keine Gewähr für den Erfolg mit Blick auf die Konvertierung ehemaliger Tagebauflächen in Flächen zur Nutzung erneuerbarer Energien.⁷⁰ Das Zielabweichungsverfahren ist damit ein mögliches, jedoch kein absolut zuverlässiges Instrument, wenn es um die Sicherung geeigneter Flächen für EE-Vorhaben und hier speziell für Windkraftanlagen geht.

Ähnliches gilt für das *Zieländerungsverfahren*, mit dem ursprünglich festgesetzte Nutzungsziele für die Zukunft aufgehoben bzw. Vorgaben zur Nachnutzung neu getroffen werden können, wobei die gleichen materiellen und verfahrensrechtlichen Anforderungen gelten wie bei der Aufstellung von Raumordnungsplänen, vgl. § 7 Abs. 7 ROG. Hinzu kommen landesrechtliche Regelungen wie etwa § 19 Abs. 5 bis 7 LPIG NRW, der für die Änderung von Regionalplänen ein vereinfachtes Verfahren vorsieht. Weiter besagt § 30 S. 1 LPIG NRW, dass ein Braunkohlenplan überprüft und geändert werden kann, wenn sich seine Grundannahmen wesentlich geändert haben, was bei einer Kraftwerkstilllegung grundsätzlich der Fall wäre. Nachteilig wirken sich aber auch hier die Ergebnisoffenheit des Verfahrens sowie seine potenzielle Langwierigkeit aus.⁷¹

Grundsätzlich bestehen mit den beschriebenen Verfahrensarten Instrumente zur Änderung der in Rede stehenden Regionalpläne, sodass kurz- oder langfristig die Voraussetzungen für eine planungsrechtliche Zulässigkeit der Nachnutzung ehemaliger EE-Vorhaben geschaffen werden könnten. Bei Erfolg wären die Gemeinden nach § 1 Abs. 4 BauGB verpflichtet, ihre Bauleitplanung anzupassen, dies ist jedoch keinesfalls garantiert. Wegen der Ergebnisoffenheit beider Verfahren erscheint eine gesetzliche „Flankierung“ angebracht, beispielsweise in Form einer Ergänzung der Raumordnungsgrundsätze in § 2 Abs. 2 Nr. 4 ROG, wobei der vierte Satz⁷² insoweit ergänzt werden könnte, dass ehemalige Tagebauregionen vorzugswürdig für die Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien zu nutzen sind. Die Gesetzgebungskompetenz für eine entsprechende Änderung läge nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG wie bereits erwähnt beim Bund, wobei den Ländern eine Abweichungskompetenz nach Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GG zusteht.

⁶⁸ Raumordnungsbericht Berlin Brandenburg 2013, S. 105; im Internet abrufbar unter: http://prignitz-oberhavel.de/fileadmin/dateien/dokumente/statistik/raumordnungsbericht/Raumordnungsbericht_2013.pdf (zuletzt abgerufen am 12.3.2021); Landesentwicklungsbericht Sachsen 2010, S. 32; im Internet abrufbar unter: <http://www.landesentwicklung.sachsen.de/download/Landesentwicklung/LEB2010.pdf> (zuletzt abgerufen am 12.3.2021).

⁶⁹ Vgl. Drs. 18/644 des Schleswig-Holsteinischen Landtages vom 22.3.2013, S. 3.

⁷⁰ Vgl. hierzu erneut den Landesentwicklungsplan Sachsen, S. 32.; im Internet abrufbar unter <https://www.landesentwicklung.sachsen.de/download/Landesentwicklung/LEB2010.pdf> (zuletzt abgerufen am 12.3.2021).

⁷¹ Nach Angaben der Bezirksregierung Düsseldorf betrug die durchschnittliche Verfahrensdauer in den Jahren 2000 bis 2009 ca. 15 Monate, vgl. https://www.brd.nrw.de/planen_bauen/regionalplan/pdf_rpd_plan/rpd_plan_Gesamt.pdf (zuletzt abgerufen am 14.3.2021); hierzu und zu den sonstigen Voraussetzungen auch ausführlich BMWi, Projektbericht „Erneuerbare Energien in den Tagebauregionen“, Berlin 2018, S. 298 f.

⁷² „Es sind die räumlichen Voraussetzungen für die vorsorgende Sicherung sowie für die geordnete Aufsuchung und Gewinnung von standortgebundenen Rohstoffen zu schaffen.“

b) Steuerung über den Flächennutzungsplan / Ausweisung neuer Konzentrationsflächen zugunsten von Tagebauregionen?

Sollte es gelingen, mithilfe des Zielabweichungs- bzw. -änderungsverfahrens von der Bindungswirkung des Eignungsgebietes abzuweichen (was die Errichtung von Windenergieanlagen auch an anderer Stelle ermöglichen würde), kommen weitere kommunale Steuerungsinstrumente zur Begünstigung der Nachnutzung ehemaliger Tagebauregionen mit Windkraftanlagen in Betracht. Ohne Zuhilfenahme der dargestellten Verfahren zur Aufhebung oder Änderung von in ihrem Kern verbindlichen Raumordnungszielen ist eine entgegenstehende Kommunalplanung in den Tagebauregionen von Brandenburg und Sachsen dagegen nicht möglich.⁷³ Anders verhält es sich in Nordrhein-Westfalen, wo die Windenergienutzung in Vorbehaltsgebieten erfolgt und damit auch andere Flächen genutzt werden können.

Eine planerische Steuerung stillgelegter Tagebauregionen für die Windenergienutzung ist über den Flächennutzungsplan möglich. Denkbar wäre es insofern, Tagebauregionen als Eignungsgebiete für die Windenergienutzung auszuweisen, was die Zulässigkeit von Windenergieanlagen auf anderen Flächen innerhalb des jeweiligen Planungsraums grundsätzlich („in der Regel“) ausschließen würde.⁷⁴ Eine entsprechende Ausweisung im kommunalen Flächennutzungsplan hat zwar grundsätzlich als verwaltungsinternes, unverbindliches Planwerk keine Rechtsnormqualität,⁷⁵ entfaltet aber bei Vorhaben im Außenbereich (wozu auch die Tagebauregionen gehören) gleichwohl unmittelbare Wirkung (vgl. § 35 Abs. 3 S. 1 und S. 3 BauGB).⁷⁶ Außerdem stehen der Gemeinde Sicherungsinstrumente wie die Veränderungssperre (§ 14 BauGB) und das Zurückstellen von Baugesuchen (§ 15 BauGB) zur Verfügung, um anderweitige Nutzungen in den Tagebauregionen zu verhindern.

Gerade mit Blick auf die Konzentrationsflächenplanung bzw. die Festlegung von Eignungsgebieten für die Windenergienutzung stellt sich jedoch die Frage der klimapolitischen Sinnhaftigkeit. Wenn das Ziel wie eingangs dargelegt darin besteht, ausreichend Flächen für den EE-Zubau zu sichern, kann die Lösung gerade nicht in der Ausschlussplanung liegen, auch wenn sie als Steuerungsinstrument zugunsten der angestrebten Tagebautransformation zunächst sinnvoll erscheinen mag. Insofern darf der hier gemachte Vorschlag einer Nachnutzung ehemaliger Kohleabbaugebiete mit Wind- und PV-Anlagen auch nicht als reiner Selbstzweck missverstanden werden; vielmehr ist er Mittel zum Zweck, den erforderlichen EE-Zubau in der

⁷³ Bestätigend OVG Münster, Urteil vom 28.11.2007, 8 A 4744/06, BauR 2008, 643. Im zweiten Leitsatz heißt es: „Die Darstellung einer Konzentrationszone im Flächennutzungsplan außerhalb eines im Regionalplan dargestellten Eignungsbereichs ist – ohne Zielabweichungsverfahren – wegen Verstoßes gegen das Anpassungsgebot gemäß § 1 Abs. 4 BauGB unwirksam.“

⁷⁴ Zur Steuerungswirkung der Konzentrationsflächenplanung bzgl. der Windkraftnutzung, *Nagel/Schwarz/Köppel*, Ausbau der Windenergie – Anforderungen aus der Rechtsprechung und fachliche Vorgaben für die planerische Steuerung, UPR 2014, 37 (37).

⁷⁵ So die ganz herrschende Ansicht im Schrifttum, *Jarass/Kment*, BauGB, 2. Aufl. 2017, § 5 Rn. 36; *Jeromin*, Inhalt des Flächennutzungsplans, in: *Kröniger/Aschke/Jeromin*, BauGB, 4. Aufl. 2018, § 5 Rn. 3; und ständige Rechtsprechung, BVerwG, Urteil vom 15.3.1967, IV C 205/65, BVerwGE 26, 287 (290) – juris; BVerwG, Beschluss vom 20.7.1990, 4 N 3/88, ZfBR 1990, 296.

⁷⁶ *Stüer*, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrecht, 5. Aufl. 2015, Rn. 416; *Schiller*, Der Flächennutzungsplan als Voraussetzung für die verbindliche Bauleitplanung, in: *Bracher/Reidt/Schiller*, Bauplanungsrecht, 8. Aufl. 2014, Rn. 180.

noch verbleibenden Zeit zu erreichen. Ein mit der Konzentrationsflächenplanung bestehendes Instrument, das den Zubau eher hemmt als anreizt, ist hierfür kaum zielführend und möglicherweise sogar eines der entscheidenden Hemmnisse, die es zugunsten eines schnelleren EE-Zubaus abzubauen gilt (dazu an späterer Stelle ausführlich). Dies umso mehr, als die Bauleitplanung als maßgebliches Instrument im Kampf gegen den Klimawandel gesehen wird,⁷⁷ was notwendigerweise das Abschaffen der diesem Vorhaben entgegenstehenden Regelungen impliziert. Dies wird an späterer Stelle dieses Beitrags noch näher analysiert.

c) Steuerung über städtebauliche Verträge

Ein weiteres mögliches Instrument ist schließlich der städtebauliche Vertrag, zu dessen Gegenständen auch die Errichtung und Nutzung von Anlagen zur Erzeugung von erneuerbaren Energien gehört, vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 4 BauGB. Hintergrund ist die gesetzgeberische Intention, dass bei Aufstellung von Bebauungsplänen zur Förderung der Energiewende Vereinbarungen über die Errichtung und Nutzung von Anlagen zur Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien getroffen werden können und sollen.⁷⁸ Für potenzielle Investoren könnte dies ein Anreiz sein, sich aktiv in die Planung mit einzubringen, zumal der städtebauliche Vertrag grundsätzlich auch vom Bebauungsplan abweichende, sog. festsetzungsändernde Ergänzungen ermöglicht,⁷⁹ doch muss berücksichtigt werden, dass über einen solchen Vertrag kein Baurecht geschaffen werden darf und sein Inhalt überdies rechtlichen Grenzen unterliegt, womit die Effektivität dieses Instruments mit Blick auf die Etablierung von EE-Vorhaben in den Tagebauregionen auf den ersten Blick beschränkt erscheint.

3. Grenze: Fachplanung (hier Bergrecht) / Vorschlag für ein optimiertes Bergrecht

Die aufgezeigten bauleitplanerischen Steuerungsmöglichkeiten finden ihre Grenzen in der Fachplanung, die nach § 38 BauGB gegenüber der kommunalen Bauleitplanung vorrangig ist und insofern eine Sperrwirkung entfaltet.⁸⁰ Festsetzungen im Bebauungsplan, die eine der Fachplanung entgegenstehende Nutzung vorsehen, sind damit erst einmal gegenstandslos.⁸¹ Für ehemalige Tagebauregionen bildet das Bergrecht die einschlägige Fachplanung. Da es sich bei Braunkohle gem. § 3 Abs. 3 BBergG um einen sog. bergfreien Bodenschatz handelt, bedarf es zu ihrer Aufsuchung einer Bergbauberechtigung. Diese stellt die Grundlage für das Aufsuchen und die Gewinnung von bergfreien Bodenschätzen dar und kann in Form einer Erlaubnis, einer

⁷⁷ Vgl. § 1 Abs. 5 S. 2 BauGB und § 1a Abs. 5 BauGB; hierzu auch *Rath/Ekardt*, Kommunale Wärmewende: Bau- und kommunalrechtliche Handlungsoptionen, ZNER 2021, 12 ff.

⁷⁸ Vgl. *Klinski/Longo*, Kommunale Strategien für den Ausbau erneuerbarer Energien im Rahmen des öffentlichen Baurechts, ZNER 2007, 41 (45); *Krautzberger*, Stadterneuerung und Stadtentwicklung durch Private, DVBl 2008, 337 (337 ff.).

⁷⁹ Vgl. auch OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 22.9.2011, 2 A 8/11, NZBau 2012, 286; *Mitschang/Reidt*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr* (Hrsg.), BauGB, § 11 Rn. 45.

⁸⁰ Zum spannungsgeladenem Verhältnis von Raumordnung und Fachplanung etwa *Kraft*, Kommunale Verhinderungsplanung gegen Fachplanung?, UPR 2001, 294 (296); *Hendler*, Raumordnungsplanung zur Erweiterung des Flughafens Frankfurt Main, LKRZ 2007, 1 (7); *Durner*, Raumplanerische Koordination aus rechtlicher Sicht, RuR 2010, 271 (278); zur diesbzgl. Rspr. *Stüer*, Fachplanungsrecht: Planfeststellung – Straßenrecht, Rechtsprechungsbericht 2005-2010, DVBl. 2010, 1145 (1145 ff.).

⁸¹ Vgl. BVerwG, Urteil vom 16.12.1988, 4 C 48/86, BVerwGE 81, 111 - juris; BVerwG, Beschluss vom 26.1.2010, 4 B 43/09, BauR 2010, 871.

Bewilligung oder eines Bergwerkeigentums beantragt werden, vgl. § 6 BBergG. Relevant für die Nachnutzung ehemaliger Tagebauregionen sind damit insbesondere die Eigentums- und Nutzungsverhältnisse der betroffenen Areale in Form von bestehenden Bergbauberechtigungen.⁸²

Auch wenn die Bergbauberechtigung für sich genommen noch keine Bestimmung darüber trifft, ob und unter welchen Konditionen der Inhaber die Nutzung konkret ausüben darf (dies wird erst über die Betriebspläne, wie beispielsweise den Rahmenbetriebsplan⁸³ entschieden, vgl. § 54 BBergG),⁸⁴ so können Berechtigte andere von der Beeinträchtigung ihrer bergbaurechtlichen Tätigkeiten ausschließen; insbesondere besitzen sie den vollen Schutz des Art. 14 GG.⁸⁵ Solange also die Bergbauberechtigung nicht erloschen ist oder auf künftige Nutzer der Tagebauregionen übertragen wird (was ein Einverständnis des Bergbauberechtigten voraussetzt), steht diese einer dortigen Errichtung und Nutzung von EE-Vorhaben erst einmal entgegen.⁸⁶ Für den Fall, dass die zur Nachnutzung für die Erzeugung von erneuerbaren Energien vorgesehene Fläche der Bergbauberechtigung unterliegt, ist damit in erster Linie zu klären, für welche Konstellationen und unter welchen Konditionen eine Aufhebung dieses unter den Schutz des Art. 14 GG fallenden Rechts in Betracht kommt.

Für die Aufhebung EE-Vorhaben entgegenstehender Bergbauberechtigungen kommen mehrere Varianten in Betracht: Zum einen erlöschen Bergbauberechtigungen durch Zeitablauf,⁸⁷ womit die Befristung neuer Bergbauberechtigungen als indirektes Steuerungsinstrument auf den Plan tritt, vgl. § 16 Abs. 5 BBergG. Zudem wären ein Widerruf (§ 18 BBergG), eine nachträgliche Nebenbestimmung (§ 16 BBergG), die Aufhebung (§§ 16 ff. BBergG) sowie die Teilung (§ 28 BBergG) denkbar.⁸⁸ Eine Teilung bietet sich an, wenn bereits vor Ablauf der Bergbauberechtigung auf einem Areal des Abbaugebiets mit der Errichtung von EE-Anlagen

⁸² Das Bundesberggesetz trat 1982 in Kraft und ist industriepolitisch nach wie vor von dieser Zeit geprägt, indem es im Gesetzeszweck der Sicherung der Rohstoffversorgung als öffentlichem Interesse von besonderem Gewicht einen klaren Vorrang vor anderen Gemeinwohlbelangen einräumt. Kritisch zur Ausgestaltung des BBergG sowie Lösungsansätze für einen besseren Schutz der durch den Bergbau betroffenen Bevölkerung und Umwelt *Teßmer*, Rechtsgutachten: Novellierungsbedarf des deutschen Bergrechts; im Internet abrufbar unter: https://www.keintagebau.de/images/_dokumente/_archiv/Kerthesen_Bergrecht.pdf (zuletzt abgerufen am 14.3.2021); UBA, Recht der Rohstoffgewinnung - Reformbaustein für eine Stärkung des Umwelt- und Ressourcenschutzes im Berg-, Abgrabungs- und Raumordnungsrecht, 2019, S. 45.

⁸³ Der Rahmenbetriebsplan ist vom Bergwerksbetreiber zu erstellen, wenn das geplante Abbauvorhaben einer Umweltverträglichkeitsprüfung bedarf. Diese erfolgt im Rahmenbetriebsverfahren, das mit einem Planfeststellungsbeschluss endet.

⁸⁴ *Pottschmidt*, Erlaubnis, Bewilligung, Bergwerkseigentum in: Frenz, BBergG-Kommentar, 1. Aufl. 2019, § 6 Rn. 2; eingehend zu den bergrechtlichen Verfahren rund um die Bergbauberechtigung UBA, Politikempfehlungen für eine verantwortungsvolle Rohstoffversorgung Deutschlands als Beitrag zur nachhaltigen Entwicklung, 2020, S. 20 ff.

⁸⁵ Vgl. BVerfG, Urteil vom 21.10.1987, 1 BvR 1048/87 – juris.

⁸⁶ Der Gesetzgeber könnte selbstverständlich auf Grundlage von Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG den bestehenden Eigentumsrechten einen neuen Inhalt geben bzw. sie nach Art. 14 Abs. 3 GG ganz beseitigen, unterliegt dabei aber den verfassungsrechtlichen Schranken des Art. 14 Abs. 1 und 3 GG, das heißt der Eingriff müsste durch in der Abwägung überwiegende Gründe des öffentlichen Interesses und unter Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gerechtfertigt sein, vgl. BVerfG, Urteil vom 7.3.2002, 1 BvR 1321/00, NVwZ 2002, 1365; vgl. dazu auch den Antrag der Bundestagsfraktion SPD auf Anpassung des deutschen Bergrechts, BT-Drs. 17/9560 v. 09.5.2012.

⁸⁷ Vgl. *Kühne*, Form, Inhalt, Nebenbestimmungen, in: Boldt/Weller/ Kühne/von Mäßenhausen, BBergG, 2. Aufl. 2015, § 16 Rn 15.

⁸⁸ Ausführlich zu den einzelnen Erlöschensgründen *Wörheide*, Die Bergbauberechtigungen nach dem Bundesberggesetz, 2014, S. 307

begonnen werden soll – beispielsweise innerhalb eines Gebiets, auf dem die Gewinnungstätigkeit bereits abgeschlossen ist (vgl. § 28 BBergG). Voraussetzung ist allerdings das Einverständnis des Berechtigten sowie eine behördliche Genehmigung.⁸⁹ Ebenso kann auch die Aufhebung der Bergbauberechtigung nur mit Einverständnis des Bergbauunternehmens als Berechtigtem und nur auf Antrag erfolgen (vgl. § 19 Abs. 1 BBergG) und erfordert damit das Inaussichtstellen wirtschaftlicher Vorteile als Gegenleistung für die Aufgabe der Abbauberechtigung. Gleiches gilt für den Fall der Übertragung der Bergbauberechtigung nach § 22 Abs. 1 BBergG.⁹⁰

Anders sieht es dagegen beim Widerruf aus, der nach § 18 Abs. 1 BBergG zwingend durch die Behörde zu erfolgen hat, „wenn nachträglich Tatsachen eintreten, die zur Versagung hätten führen müssen“. Als Versagungsgrund in Betracht kommt hier allein § 11 Nr. 10 BBergG, wonach die Erlaubnis nicht erteilt werden darf (und entsprechend der Widerruf zu erklären ist), wenn überwiegende öffentliche Interessen die Aufsuchung im gesamten zuzuteilenden Feld ausschließen. Durchaus könnte diese Vorschrift einen Anknüpfungspunkt für die Berücksichtigung von Klimaschutzaspekten als Gemeinwohlbelang liefern - dies umso mehr vor dem Hintergrund verschärfter Klimaschutzziele und dem immer größer werdenden Bewusstsein für den Klimaschutz, die eine flexiblere Gestaltung des treibhausgasintensiven Kohleabbaus und damit verbunden die vereinfachte Widerrufsmöglichkeit einmal erteilter Bergbauberechtigungen implizieren müssten. Jedoch findet diese Deutung in den Gesetzgebungsmaterialien bisher keinen Niederschlag: Da die Bergbauberechtigung noch keine konkrete Gewinnungstätigkeit genehmige, müsse auch das behördliche Prüfprogramm bei Erteilung (und folglich auch bei Widerruf) entsprechend beschränkt sein⁹¹ und die detaillierte Prüfung des Umwelt- und Klimaaspekts innerhalb der später folgenden Betriebsplanzulassung verortet werden.⁹² Aber auch im Rahmen der Betriebsplanzulassung fehlt es im Rahmen der gebundenen Zulassungsentscheidung nach § 55 Abs. 1 BBergG an einer umfassenden Berücksichtigung nicht nur von Umwelt- und Klimaschutzaspekten, sondern auch von Rechten vor Ort lebender Menschen.⁹³

Damit wird sogleich die dringende Reformbedürftigkeit des Bergrechts offensichtlich, das mit antiquierten Regelungskonzepten effektiven Klimaschutz bislang vereitelt. Konkret bedarf es einer expliziten Einbeziehung des Klimaschutzes zumindest auf Ebene der Betriebsplanzulassung, wenn nicht schon vorgelagert bei Erteilung neuer Bergbauberechtigungen.⁹⁴ Auch sollte das Bergbaurecht künftig einer konkreten Bedarfsplanung unterworfen werden. Nach derzeitiger Rechtslage ist es nämlich vollkommen

⁸⁹ Eine Teilung gegen den Willen des Berechtigten ist nicht möglich, vgl. *Boldt/Weller*, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 28 Rn. 3.

⁹⁰ Bei der Übertragung sind die Parteien - abgesehen von der behördlichen Zustimmung - im Sinne der Privatautonomie ansonsten völlig frei, *Vitzthum/Piens*, Übertragung und Übergang der Erlaubnis und Bewilligung, in: *Piens/Schulte/Graf/Vitzthum*, BBergG, 3. Aufl. 2020, § 22 Rn. 5; vgl. allgemein zu den einzelnen Voraussetzungen einer Übertragung *Theil*, Die Rechtsnachfolge in Bergbauberechtigungen und Betriebsplanzulassungen nach dem Bundesberggesetz, 2019, S. 155 ff.

⁹¹ BT-Drs. 8/1315, S. 84.

⁹² *Franke*, Versagung der Erlaubnis, in: *Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen*, BBergG, 2. Aufl. 2016, § 11 Rn. 13.

⁹³ Vgl. auch Entschließungsantrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 19/2938, Mai 2021, S. 1; ähnlich auch *Teßmer*, Rechtsgutachten: Novellierungsbedarf des deutschen Bergrechts im Auftrag der Bundestagsfraktion von Bündnis 90/Die Grünen, S. 3.

⁹⁴ So auch BUND, Kernforderung zur Novellierung des Bergrechts, 2015, S. 6

unerheblich, ob der Kohleabbau in der entsprechenden Intensität überhaupt erforderlich ist, oder ob der Energiebedarf nicht besser durch regenerative Quellen substituiert werden kann. Dies zeigt sich insbesondere daran, dass bei der sich an die Betriebsplanzulassung anschließenden Grundabtretung (§§ 77, 79 BBergG) eine umfängliche Abwägung mit Blick auf die Notwendigkeit des konkreten Vorhabens nicht stattfindet, die Gründe für eine Enteignung nach § 79 Abs. 1 BBergGG vielmehr so allgemein gehalten sind, dass die Frage nach der Erforderlichkeit der Vorhabendurchführung, nach bestehenden Alternativen bzw. der Beeinträchtigung von vor Ort lebenden Menschen und Ökosystemen nicht zur Überprüfung gestellt wird. Dies führt zu der paradoxen und in Anbetracht der Ernsthaftigkeit der Lage beinahe zynischen Situation, dass der Kohleabbau weiter forciert wird, obwohl an seiner Stelle die Energie auch aus erneuerbaren Quellen gewonnen werden könnte. Verstärkt wird diese Entwicklung noch dadurch, dass im Rahmen der jüngsten Bergrechtsreform eine Verlängerung der Regeldauer von Hauptbetriebsplänen für Braunkohletagebaue beschlossen wurde, womit die behördliche Kontrollmöglichkeit nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers gelockert werden soll.⁹⁵

4. Fazit

Sollen zur Maximierung regenerativer Stromerzeugung entsprechende Anlagen auf ehemaligen Tagebauflächen errichtet werden, sind die Raumordnungspläne der Länder sowie die Bauleitpläne der Gemeinden zu beachten. Diese sehen bislang eine Nachnutzung für EE-Vorhaben nicht explizit vor, können aber über die dargestellten planungsrechtlichen Instrumente geändert werden. Der Erfolg ist dabei keineswegs garantiert. Neben den planungsrechtlichen sind auch die bergrechtlichen Besonderheiten zu beachten, die eine „bergfremde“ Nutzung nur unter bestimmten Voraussetzungen und in den meisten Fällen nicht gegen den Willen des Bergberechtigten zulassen. In diesem Zusammenhang zeigt sich auch: Soll also auf rechtlicher Ebene der fortwährende Braunkohleabbau eingeschränkt werden – was für den Klimaschutz unabdingbar wäre - ist eine politische Entscheidung über die Änderung des Bergrechts erforderlich, die eine realistische Bedarfsplanung und einen vernünftigen und ausgeglichenen Ressourcenschutz implementiert, allen voran also Klimaschutzinteressen in die Abwägung miteinbezieht.

II. Genehmigungsrechtliche Ebene: Zulassung von Windkraftanlagen und bislang ungelöste Konfliktlinien

Während das Planungsrecht, grundsätzlich unabhängig von konkreten Vorhaben, eine vorausschauend koordinierende Funktion übernimmt, ist es Aufgabe des sich an die Planung anschließenden Genehmigungsverfahrens, die Zulässigkeit einzelner Vorhaben anhand der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften zu überprüfen. Anknüpfend an die vorherigen Ausführungen werden im Folgenden der genehmigungsrechtliche Rahmen speziell für den Bau von Windkraftanlagen beleuchtet sowie seine Interdependenzen zur Raumplanung analysiert.

Für die Genehmigung konkreter Windenergie-Vorhaben ist zunächst deren

⁹⁵ BT-Drs. 19/284, S. 15.

Genehmigungsbedürftigkeit nach BImSchG festzustellen.⁹⁶ Genehmigungsbedürftig sind dabei alle Windenergieanlagen ab einer Anlagenhöhe von 50 Metern, vgl. § 4 Abs. 1 BImSchG i.V.m. der 4. BImSchV.⁹⁷ Die Zulässigkeit von Windkraftanlagen richtet sich dabei in erster Linie nach dem Immissionsschutzrecht, wobei die immissionsschutzrechtliche Genehmigung gemäß § 13 BImSchG Konzentrationswirkung entfaltet - das heißt, sie schließt alle weiteren in Betracht kommenden für die konkrete Windenergieanlage relevanten Zulässigkeitsentscheidungen (z.B. Baugenehmigung und wasserrechtliche Erlaubnis) mit ein, nicht aber den Leitungsbau.⁹⁸ Zu beachten ist, dass die Genehmigungserteilung Voraussetzung für die spätere Teilnahme an den Ausschreibungsrunden ist (man spricht insofern von Präqualifikation).⁹⁹

Für die Genehmigungsentscheidung sind zwei verschiedene Verfahrensarten vorgesehen: das förmliche Verfahren nach § 10 BImSchG – in dem zusätzlich die Öffentlichkeit beteiligt wird - und das vereinfachte nach § 19 BImSchG, das in erheblich kürzerer Zeit durchgeführt werden kann.¹⁰⁰ Welche Verfahrensart im konkreten Fall einschlägig ist, richtet sich einerseits nach der Größe des Windparks (förmliches Verfahren ab 20 Anlagen) und andererseits danach, ob eine UVP-Pflicht (§ 2 Abs. 1 Nr. 1c 4. BImSchV) besteht. Eine besondere Rolle innerhalb des Genehmigungsverfahrens spielt insofern das zumeist unionsrechtlich geprägte Naturschutzrecht (insbesondere Prüfung der FFH-Verträglichkeit). In welchem Umfang eine Prüfpflicht für die jeweiligen Tagebauregionen besteht, wurde bislang noch nicht näher untersucht.

Insgesamt ist zu konstatieren, dass die Genehmigungsverfahren für den Bau von Windkraftanlagen zu lang dauern¹⁰¹ und – gemeinsam mit dem Problem der mangelnden Flächenverfügbarkeit – den für das Erreichen der Klimaziele notwendigen umfangreichen Aus- und Umbau der Energieinfrastruktur gefährden. In der Praxis werden seit 2017 weit weniger Genehmigungen für Windkraftanlagen erteilt, als es das EEG-Ausschreibungsvolumen eigentlich zulassen würde. So wurde 2019 wegen fehlender Genehmigungen nur die Hälfte des Aktionsvolumens vergeben,¹⁰² auch 2020 ergab kein anderes Bild¹⁰³ und selbst, wenn die

⁹⁶ Windenergieanlagen werden erst seit 2001 nach dem BImSchG genehmigt, davor erfolgte die Genehmigung über das Baurecht. Hintergrund ist die Umsetzung der UVP-Richtlinie, die dazu führte, dass das Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen ins Immissionsschutzrecht „verlegt“ wurde.

⁹⁷ *Jürgens*, Harmonisierung von Windenergie- und Netzausbau vor dem Hintergrund der Engpassbewirtschaftung, 2017, S. 45 ff.

⁹⁸ *Günther et al*, Ausbau von Windenergie an Land: Beseitigung von Ausbauehemnissen im öffentlichen Interesse, Mai 2020, S. 11

⁹⁹ Ausführlich dazu: FA Wind, Ausschreibungsspezifische Regelungen für Windenergieanlagen an Land, 4. Aufl., 2019.

¹⁰⁰ In der Praxis werden die Fristen (sieben Monate im förmlichen und drei Monate im vereinfachten Verfahren, vgl. § 10 Abs. 6a BImSchG) fast nie eingehalten. Daher wird teilweise für eine verbindlich einzuhaltende Frist plädiert, vgl. BWE, Aktionsprogramm für die 20. Legislaturperiode, Oktober 2021, S. 16.

¹⁰¹ Allein das Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen dauert durchschnittlich vier bis fünf Jahre. Wenigstens für das Repowering-Vorhaben hat der Gesetzgeber am 24. Juni 2021 mit § 16b BImSchG eine Neuregelung geschaffen, das entsprechende Genehmigungsverfahren erleichtern soll. Im Detail wird diese Regelung allerdings trotz guter Ansätze kritisch gesehen, vgl. <https://www.lee-nrw.de/blog/neue-regeln-zum-repowering-in-16b-bimSchG-bleibt-alles-anders-1/#:~:text=Der%20Gesetzgeber%20stand%20zun%C3%A4chst%20vor%20dem%20Problem%2C%20den,der%20Effizienz%20oder%20der%20Kapazit%C3%A4t%20der%20Anlage%20umfasst.> (zuletzt abgerufen am 4.12.2021)

¹⁰² FA Wind, 13. Ausschreibung für Windenergieanlagen an Land, 2020, S. 10 ff.

¹⁰³

https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetundGas/Unternehmen_Institutionen/Ausschreibu

jüngsten Ausschreibungsergebnisse einen schwachen Aufwärtstrend erblicken lassen,¹⁰⁴ so ist dies nicht ausreichend, um der mit zunehmender Sektorenkopplung stark ansteigenden Ökostrom-Nachfrage in Zukunft begegnen zu können.¹⁰⁵ Als Gründe für die stetig abnehmende Anzahl an Bezuschlagungen wurden neben der rechtlich komplizierten Ausgestaltung des Genehmigungsverfahrens vor allem auch die aufschiebende Wirkung von Klagen und Widersprüchen gegen Genehmigungen von Windenergieanlagen identifiziert.¹⁰⁶ Ebenso sollten zur Planungsbeschleunigung redundante Prüfschritte in der Raumordnung und dem sich anschließenden Planungsverfahren, wie beispielsweise eine zweifache FFH- und Artenschutzprüfung, möglichst vermieden werden.¹⁰⁷ In diesem Zusammenhang ist schließlich auch die jüngere Rechtsprechung des VG Gießen problematisch, wonach die europarechtlich-determinierten Bestimmungen des Natur- und Artenschutzes bei Ausnahmen von artenschutzrechtlichen Verboten jedenfalls im Geltungsbereich der Vogelschutzrichtlinie bei der Errichtung einzelner Windparks einen Bezug auf den Klimaschutz als zwingenden Grund des überwiegenden öffentlichen Interesses nicht vorsehen.¹⁰⁸ Auch wenn die Urteilsbegründung durchaus kritisch zu sehen ist und die Ausnahmeregelung bei entsprechender Begründung sehr wohl zugunsten des Klimaschutzes ausgelegt werden kann,¹⁰⁹ zeigt sich hieran doch deutlich, dass die immense Bedeutung erneuerbarer Energien, und allen voran der Windkraft, für das Gelingen der Klimawende noch immer nicht verstanden wurde und gerade das Naturschutzrecht zum Haupthindernis für den Klimaschutz fehlinterpretiert wird. Wegen der engen Verzahnung von Natur- und Klimaschutz¹¹⁰ ist dies fatal und Bedarf einer Korrektur seitens des Gesetzgebers.¹¹¹

ngen/Innovation/BeendeteAusschreibungen/BeendeteAusschr_Innov_node.html (zuletzt abgerufen am 15.8.2021).

¹⁰⁴ Insgesamt wurden 2021 von 4.500 MW theoretisch zur Verfügung stehenden Ausschreibungsvolumina rund 4.200 MW tatsächlich ausgeschrieben, womit sich die Fehlentwicklung weiter fortsetzt, vgl. <https://www.windenergie.de/presse/pressemitteilungen/detail/ergebnisse-der-3-ausschreibung-wind-an-land-stimmen-optimistisch/> (zuletzt abgerufen am 15.10.2021).

¹⁰⁵ Der BEE geht in seinem Szenario davon aus, dass unter der Maßgabe eines 65 % THG-Minderungsziels bis 2030 der Bruttostromverbrauch bei voranschreitender Sektorenkopplung in Deutschland auf 1084 TWh ansteigen wird, was einer Erhöhung der Wind Onshore Installation bis 2030 auf 95 GW entspricht, vgl. BEE, Das „BEE-Szenario 2030“, 2021, S. 4.

¹⁰⁶ BMWi, Stärkung des Ausbaus der Windenergie an Land, 2010; im Internet abrufbar unter <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/S-T/staerkung-des-ausbaus-der-windenergiean-land.html> (zuletzt abgerufen am 15.8.2021).

¹⁰⁷ BDEW, Energiewende ermöglichen – 25 Vorschläge für mehr Tempo bei Planung und Genehmigung, 2021, S. 22.

¹⁰⁸ VG Gießen, Urteil vom 22.1.2020 – 1 K 6019/18.GI –, juris; vgl. dazu *Gellermann*, Windkraftnutzung im Lichte der Vogelschutzrichtlinie 2009/147/EG - Anmerkungen zum Urteil des VG Gießen vom 22.1.2020 - 1 K 6019/18.GI, NuR 2020, 178 ff.

¹⁰⁹ Vgl. hierzu mit Nachweisen <https://www.stiftung-klima.de/app/uploads/2021/06/2021-04-29-Gutachten-Artenschutzrecht-Windenergie.pdf>, S. 52 ff. (zuletzt abgerufen am 11.11.2021)

¹¹⁰ Zum Zusammenhang zwischen Klima- und Artenschutz, *Huntley/Green/Collingham/Willis*, Climatic atlas of European breeding birds. Durham University, The RSPB and Lynx Editions, 2007, S. 103; Umweltbundesamt, Monitoringbericht 2015 zur Deutschen Anpassungsstrategie an den Klimawandel – Bericht der Interministeriellen Arbeitsgruppe Anpassungsstrategie der Bundesregierung.

¹¹¹ Für eine - mit Blick auf effektiven Klimaschutz - sachgerechtere Ausgestaltung des Naturschutzrechts macht der BWE konkrete Vorschläge, vgl. BWE, Aktionsprogramm für die 20. Legislaturperiode, 2021, S. 21.

III. Energiewirtschaftsrechtliche Ebene

Neben dem Planungs- und Genehmigungsrecht spielt schließlich auch das Energierecht eine gewisse Rolle bei der Steuerung des EE-Zubaus zugunsten ehemaliger Tagebauregionen. Erneut fokussiert sich die Untersuchung auf die Windenergienutzung, wobei an geeigneten Stellen auch das PV-Regelungsregime in den Blick genommen wird. Im Kern soll es aber darum gehen, die Schwächen des Energierechts *de lege lata* unter besonderer Berücksichtigung des EEG-Fördersystems hinsichtlich seiner räumlichen Steuerungsfunktion darzulegen und hieraus optimierende Regelungsvorschläge *de lege ferenda* zu entwickeln.

1. Vom Referenzertragsmodell bis zur Südquote: Unzureichendes Steuerungssystem *de lege lata*

Obwohl das EEG-Fördersystem über die finanzielle Anreizsteuerung doch eigentlich ein prädestiniertes Steuerungsinstrument darstellen sollte, kommt die Mehrheit der einschlägigen Fachliteratur zu einem anderen Ergebnis: Eine räumliche sinnvolle Verteilung von EE-Anlagen erfolgt über das EEG gerade nicht; vielmehr wird mit dem EEG-Fördersystem eine Mengensteuerung forciert, die mit Blick auf räumliche Steuerungsziele weitestgehend neutral bleibt.¹¹²

Gleichwohl wurden seitens des Gesetzgebers immer wieder Versuche unternommen, den Anlagenzubau räumlich zu steuern – erstmals mit dem im Jahr 2000 eingeführten Referenzertragsmodell. Mit diesem Instrument sollte die Standortentscheidung von Anlagenbetreibern über eine Erhöhung der EEG-Vergütung zugunsten windschwacher Regionen gesteuert werden, um so einen Ausgleich zwischen sehr guten und weniger ertragsreichen Standorten zu gewährleisten;¹¹³ doch setzt dieses Modell bis heute keine ausreichenden Anreize für systemdienliche Anlagen.¹¹⁴

Seit 2017 erfolgt die Förderung von Wind- und PV-Anlagen (ausschreibungspflichtig sind ferner auch Biogasanlagen) ab einer Leistung von 751 kW auf Basis europarechtlich überwölbter Vorgaben über Ausschreibungen.¹¹⁵ Danach erhalten Anlagenbetreiber für den von

¹¹² *Hermes*, Planungsrechtliche Sicherung einer Energiebedarfsplanung – ein Reformvorschlag, ZUR 2014, 259 (263); *ders.*, Planungsrechtliche Sicherung einer Energiebedarfsplanung – ein Reformvorschlag, in: Faßbender/Köck (Hrsg.), Versorgungssicherheit in der Energiewende – Anforderungen des Energie-, Umwelt- und Planungsrechts, 2014, S. 71 ff., 80 ff.

¹¹³ Vgl. *Prall*, Windenergie, in: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 4. Aufl. 2013, § 29 Rn. 59; *Schomerus/Maly*, Windenergie an Land, in: Frenz/Müggenborg, EEG, 4. Aufl. 2015, § 49 Rn. 59; *Mohr*, in: Säcker, EEG 2014, 3. Aufl. 2015, § 2 Rn. 126.

¹¹⁴ *May/Neuhoff/Borggrefe*, Marktanreize für systemdienliche Windkraftanlagen, DIW Wochenbericht, 2015, 555 (558); ebenso *Sailer/Grüner*, Das EEG als Instrument des Bundes zur räumlichen Steuerung der erneuerbaren Energien – zugleich ein Beitrag zur Diskussion um eine Energiefachplanung, ZNER 2016, 122 (123), die zu der Auffassung kommen, dass es für Anlagenbetreiber bei der Standortwahl keinen ausreichenden Anreiz gibt, sich systemdienlich zu verhalten, sich also v.a. an der vorhandenen Netzstruktur zu orientieren und nicht allein am erwarteten Effizienzgrad der Anlage; *Neuhoff/May*, Entwicklung der Marktprämie bei wachsendem EE-Anteil, 2017, S. 2.

¹¹⁵ Davor erfolgte die Förderung über eine gesetzlich festgelegte Einspeisevergütung oder Marktprämie. Instrukтив zu den Veränderungen *Kahl/Kahles/Müller*, Neuordnungen im EEG 2017 – Die Folgen des Systemwechsels auf Ausschreibungen für die Förderung, die Rolle des Netzes und den Anwendungsbereich, ER 2016, 187 (187 ff.); *Hauser*, Folgen eines grundlegenden Paradigmenwechsels im EEG für die Dekarbonisierung – Ein Diskussionsbeitrag, ER 2017, 9 ff.

ihnen eingespeisten Strom nach Zuschlag durch die Bundesnetzagentur eine Vergütung, deren Höhe sich in der Regel nach dem jeweiligen Gebotswert (pay as bid) richtet, vgl. § 22 EEG 2021. Beginnend beim geringsten Gebot erhalten alle Bieter einen Zuschlag, bis das Volumen der jeweiligen Ausschreibungsrunde erreicht ist, § 32 Abs. 1 S. 3 EEG 2021. Um an den Ausschreibungen teilnehmen zu können, müssen einige Voraussetzungen erfüllt sein; so muss für Windkraft-Anlagen an Land beispielsweise eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung erteilt worden sein, vgl. § 36 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2021. Der konkrete Anlagenstandort ist dagegen jedenfalls für Windenergieanlagen nach wie vor keine direkte Zuschlagsvoraussetzung, was zur Folge hat, dass sich Anlagenbetreiber, um eine möglichst hohe Rendite zu erwirtschaften, vornehmlich an Standorten ansiedeln, die eine hohe Ertragsgüte aufweisen.¹¹⁶ Die konzentrierte Ansiedlung von EE-Anlagen in zumeist netzseitig strukturschwachen Gegenden führt im Zusammenhang mit einem nur schleppend vorangehendem Netzausbau zunehmend zu Problemen.¹¹⁷ Im EEG 2017 wurde daher das Instrument des „Netzausbaugesbiets“ aufgenommen, vgl. § 36c EEG 2017.¹¹⁸ Hierbei handelte es sich um netzseitig oftmals sehr stark ausgelastete Regionen, weswegen die Ausschreibungsmengen in diesen Gebieten auf eine Obergrenze von 58 % des durchschnittlichen Zubaus der Jahre 2013-2015 festgelegt, Gebote also nur in diesem Umfang berücksichtigt wurden. Der Gesetzgeber versprach sich hierüber eine Synchronisation von Netz- und Erzeugungsausbau, weshalb er mit diesem Instrument auch keine dauerhafte Steuerung bezweckte, sondern dieses lediglich übergangsweise bis zum erfolgten Netzausbau einsetzen wollte.¹¹⁹

Für die angestrebte Maximierung des Zubaus an erneuerbaren Energien war diese Deckelung nicht zielführend, weshalb das bisherige Netzausbaugesbiet im jüngst verabschiedeten EEG 2021 zugunsten einer „Südquote“ in den Ausschreibungen für Windenergieanlagen wieder gestrichen wurde.¹²⁰ Diese sieht vor, dass in den Jahren 2021 bis 2023 bis zu 15 % (bzw. 20 % ab dem Jahr 2024) des jeweiligen Ausschreibungsvolumens bevorzugt für Anlagen in Südregionen vergeben wird. § 36d EEG 2021 definiert dabei die konkreten Verfahrensschritte,

¹¹⁶ Wie auch bei konventionellen Kraftwerken (z. B. Nähe zu Kühlwasser- oder Kohlevorkommen) soll sich die Standortentscheidung primär nicht an „Transportfaktoren“, sondern an „Erzeugungsfaktoren“ orientieren, vgl. *Grüner/Sailer*, Das EEG als Instrument zur räumlichen Steuerung der erneuerbaren Energien – zugleich ein Beitrag zur Diskussion um eine Energiefachplanung, ZNER 2016, 122 (130), da es aus Sicht der Politik sinnvoller erscheint, die kostengünstigsten Potenziale für Windenergie an Land zu erschließen und die hierfür erforderliche Netze zu errichten, vgl. BT-Drs. 18/8860, S. 210.

¹¹⁷ Zu den besonders kostspieligen Erdkabeln <https://www.sueddeutsche.de/bayern/energie-wende-warum-erd-kabel-und-wer-bezahlt-die-stromtrassen-ueberhaupt-1.3181453> (zuletzt abgerufen am 11.3.2021); *Mauelshagen/Jakobs*, Aus den Augen aus dem Sinn?! Akteurspezifische Bewertung und Akzeptanz von HGÜ-Erdkabeltrassen, RuR 2019, 291 (292).

¹¹⁸ Näher hierzu BT-Drs. 18/8860, S. 210 f.; kritisch *Rodi*, Das Recht der Windkraftnutzung zu Lande unter Reformdruck – Zwingen Planungs- und Akzeptanzdefizite zu einer Neujustierung der Rechte von Staat, Kommunen, Anlagenbetreibern, Landeigentümern und betroffenen Bürgern?, ZUR 2017, 658 (658): „notdürftig“ und „wenig systematisch im Rahmen des Regulierungsrechts“ und (661): „diese Bedarfsplanung durch die Hintertür und im Kleide des Regulierungsrechts“.

¹¹⁹ BT-Drs. 18/8860, S. 210: „Trotz aller Anstrengungen wird es aber eine Übergangszeit geben, bis die erforderlichen Transportkapazitäten zur Verfügung stehen. Deshalb ist es sinnvoll, den Zubau im Norden in einer Übergangszeit zu begrenzen. Für diese Übergangszeit verfolgt das EEG 2016 das Ziel, den Ausbau der erneuerbaren Energien in der vorgeschlagenen Form besser mit dem Ausbau der Stromnetze zu verzahnen.“

¹²⁰ Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und weiterer energierechtlicher Vorschriften, S. 3; im Internet abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/G/gesetzesentwurf-aenderung-erneuerbare-energien-gesetzes-und-weiterer-energierechtlicher-vorschriften.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 8.5.2021).

wonach zugelassene Gebote für Südregionen zunächst separiert (S. 4) und nach den allgemeinen Regeln bezuschlagt werden, ehe schließlich die 15- bzw. 20-%-Quote erreicht wird (S. 5). Erst danach erfolgt eine Sortierung und Bezuschlagung der restlichen Gebote, bis das verbleibende Ausschreibungsvolumen aufgebraucht ist. Statt also den Ausbau im Norden über Netzausbaugebiete zu beschränken, werden im Süden Anreize für einen weiteren Zubau gesetzt, um auf diese Weise Netzengpässe in der Mitte Deutschlands zu vermeiden.¹²¹

Das Südquoten-Modell könnte Vorbild für den angestrebten Zubau mit Windenergieanlagen in Tagebauregionen sein. Hieran anknüpfend werden im Folgenden konkrete Steuerungsansätze vorgestellt und auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht überprüft. Dabei beschränkt sich die Analyse nicht nur auf das EEG-Fördersystem, sondern nimmt auch andere Bereiche des Energierechts in den Blick. Mit zunehmender Verteuerung fossiler Brennstoffe – die u.E. bekanntlich noch deutlich zulegen sollte – wird heute teilweise davon ausgegangen, dass langfristig der Bedarf für eine Förderung wegfallen wird, womit folglich auch außerhalb des EEG nach Steuerungsinstrumenten zu suchen ist. Dieser Trend wird noch durch einen vermehrten Abschluss sog. green PPAs (= Power Purchase Agreements) verstärkt. Der Abschluss von Grünstromverträgen zwischen Industriekonzernen und Energieversorgern nimmt in Europa immer mehr an Fahrt auf. Beispielhaft ist hier die „Re-Source“ zu nennen, ein jährlicher Zusammenschluss von Stromabnehmern und -erzeugern aus ganz Europa.¹²² In Deutschland dagegen hinkt die Entwicklung (jedenfalls innerhalb des Fördermechanismus), was nach Expertensicht mit dem immer noch sehr stark reguliertem Fördermechanismus, also EEG-Einspeisevergütung und Marktprämie, zusammenhängt. Dieser stehe privatwirtschaftlichen Verträgen entgegen.¹²³ Tatsächlich könnte die Abschaffung der EEG-Förderung den Abschluss von PPAs u.U. sogar fördern und damit zu einer vermehrten Ansiedlung von EEA in verbrauchsseitig sinnvollen Regionen (wie etwa ehemaligen Tagebauregionen) führen. Dafür müsste aber wie vorgeschlagen der ETS weiter verschärft werden, um die Marktintegration erneuerbarer Energien und damit auch den Abschluss von PPAs langfristig zu garantieren. Das ist auch im Zuge der von „Fit for 55“ angekündigten Verschärfung des ETS nicht der Fall, sofern nicht obige Vorschläge bei der Reform berücksichtigt werden. Hier sollte die neue Bundesregierung in den nun anstehenden Verhandlungen zu den Gesetzesvorschlägen dringend auf eine Verschärfung des ETS hinwirken. Auch müsste gewährleistet sein, dass PPAs überwiegend nur noch als Vor-Ort-Lieferverträge mittels Direktleitung abgeschlossen werden, um eine Steuerung zugunsten verbrauchsseitig sinnvoller Regionen zu schaffen. Das ist bislang eher nicht die gängige Praxis,¹²⁴ was dazu führt, dass die gewünschte Standortregulierung eher ausbleibt. Sollen also PPA's künftig die EEG-Förderung ersetzen, muss sich der Gesetzgeber überlegen, wie sich eine Standortregulierung - etwa über veränderte Vertragsmodalitäten -umsetzen ließe. In jedem Fall ist damit zu rechnen, dass EE-Anlagen künftig förderfrei betrieben werden – das stellt auch der

¹²¹

https://stiftung-umweltenergierecht.de/wp-content/uploads/2020/12/Stiftung_Umweltenergierecht_Mueller_Regionale_Steuerung_EEG_2021_2020-12-03.pdf (zuletzt abgerufen am 8.5.2021)

¹²² Das nächste Treffen findet Mitte Oktober 2021 statt, vgl. <https://resource-platform.eu/re-source-2021-event/> (zuletzt abgerufen am 7.10.2021)

¹²³ BDEW, Finanzierung und Marktintegration von Erneuerbare-Energien-Anlagen, 2021, S. 3.

¹²⁴ Bislang werden PPAs überwiegend als sog. Offsite-Verträge abgeschlossen, bei denen der Strom über das Netz rein bilanziell „geliefert“ wird.

Koalitionsvertrag „mit Vollendung des Kohleausstiegs“ in Aussicht.¹²⁵

2. Neue Instrumente im Ausschreibungssystem des EEG

In Betracht kommt zunächst eine gezielte Förderung von Windkraft-Anlagen in Tagebauregionen durch eine regionale Beschränkung der Ausschreibungen auf räumlich genau bestimmte Gebieten, die sich entweder auf Tagebauregionen im engeren Sinne beschränken oder auch eine weiter umrissene Fläche erfassen könnten.¹²⁶ Regelungsvorbild könnten insoweit die schon heute für PV-Anlagen geltenden Flächenrestriktionen in § 37 EEG 2021 bei ausschreibungsbasierter Förderung bzw. § 48 EEG 2021 bei gesetzlicher Förderung sein. Im Positiven würde eine derartige Regelung bewirken, dass der Zubau nur noch dort erfolgt, wo er aus diversen Gründen sinnvoll ist. Die konkrete Standortauswahl läge dann beim Gesetzgeber. Im Negativen würde dies eine Restriktion ohnehin schon knapper Flächen bedeuten und den Ausbau u.U. weiter hemmen.

Ein ähnliches, weniger absolutes Instrument, wäre die Festlegung eines bestimmten Kontingents, das innerhalb einer allgemeinen Ausschreibungsrunde nur an Windkraft-Anlagen in Tagebauregionen vergeben werden dürfte, ähnlich dem Südquoten-Modell oder auch der bevorzugten Förderung sogenannter „besonderer Solaranlagen“ in der Innovationsausschreibung (vgl. § 17 InnAusV). Denkbar wäre auch, die Zuschlagsvoraussetzungen an bestimmte Kriterien zu knüpfen, die (ausschließlich) in Tagebauregionen zutreffen, wie etwa Netzsituation oder Strukturwandel.¹²⁷ Auch wäre eine gesonderte Ausschreibungskategorie für Windkraftanlagen auf Binnengewässern anzudenken, die vermehrt in ehemaligen Tagebauregionen auftreten.¹²⁸ Eine vergleichbare Regelung existiert heute bereits für schwimmende PV-Anlagen, die innerhalb der Innovationsausschreibungen nach § 15 Nr. 1 InnAusV förderfähig sind.¹²⁹

3. Instrumente außerhalb des EEG

Außerhalb des EEG wäre eine Standortregulierung über veränderte Kostentragungsregelungen bei Netzentgelten durch entsprechende Änderungen im EnWG denkbar.¹³⁰ Nach geltender

¹²⁵ Koalitionsvertrag 2021-2025 zwischen SPD, Bündnis 90/ Die Grünen und FDP, S. 62.

¹²⁶ Agora Energiewende, Eine Zukunft für die Lausitz. Elemente eines Strukturwandelkonzepts für das Lausitzer Braunkohlerevier, 2017, S. 39; im Internet abrufbar unter: https://static.agora-energiewende.de/fileadmin/Projekte/2017/Strukturwandel_Lausitz/Agora_Impulse_Strukturwandel-Lausitz_WEB.pdf (zuletzt abgerufen am 8.5.2021).

¹²⁷ Vorbild hierfür könnte das französische Fördersystem sein, wonach bei der Ausschreibung für PV-Anlagen neben dem Preis weitere Kriterien, insbesondere der CO₂-Effekt, berücksichtigt werden; einen ähnlichen Ansatz verfolgen *Yilmaz/Nill/Schäfer-Stradowsky*, Regulatorischer Rahmen für die Sektorenkopplung in den vom Strukturwandel betroffenen Tagebauregionen, 2018, S. 22 ff.; im Internet abrufbar unter: https://www.ikem.de/wp-content/uploads/2018/12/20181218_IKEM-Studie_Regulatorischer_Rahmen_f%C3%BCr_die_Sektorenkopplung_in_den_Tagebauregionen.pdf (zuletzt abgerufen am 8.5.2021).

¹²⁸ BMWi, Projektbericht „Erneuerbare Energien-Vorhaben in den Tagebauregionen“, 2018, S. 306

¹²⁹ Siehe dazu auch die konkretisierenden Festlegungen der BNetzA, https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen_Institutionen/Ausschreibungen/Innovations/GezeichneteFestlegungOktober2021.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am 13.10.2021).

¹³⁰ Die netzbezogene Steuerung des Ausbaus der erneuerbaren Energien ist dabei keineswegs neu, wie man im

Rechtslage werden die Netzentgelte ausschließlich von den Stromabnehmern gezahlt, Stromeinspeiser dagegen sind von ihnen befreit. Würde jedoch künftig auch die Erzeugungsseite über die sogenannte G-Komponente¹³¹ je nach Standort der Anlage zwischen 0% und 100 % an der Finanzierung beteiligt, wäre hierüber eine örtliche Steuerung jedenfalls mittelbar insofern möglich, als dass Netzgebiete mit höheren Einspeisetarifen betriebswirtschaftlich unattraktiv und Standortalternativen, wie etwa ehemalige Tagebauregionen, vermehrt in Betracht gezogen würden. Das Netzentgelt würde damit zu einem Steuerungshebel für den weiteren Zubau mit EE-Anlagen.

Fraglich ist jedoch, ob eine finanzielle Belohnung bei Einspeisung in für den Netzbetreiber günstigen Netzpunkten ausreicht, um die überragende Bedeutung des ortsabhängigen Ertragspotenzials für die betriebswirtschaftliche Entscheidung des Anlagenbetreibers zu überlagern.¹³² Im Übrigen ist zu bedenken, dass gesetzliche Änderungen, etwa im EnWG, stets nur eine abstrakte Vorteilsgewährung darstellen würde, die jedoch nicht auf konkrete Regionen zugeschnitten wäre. Eine standortspezifische Regelung könnte indes per Verordnung in der Form einer Experimentierklausel¹³³ realisiert werden.¹³⁴ In diesem Rahmen ist es möglich, innovative Technologien für die Dauer des jeweiligen Experiments energiewirtschaftlich zu bevorteilen, etwa durch Reduzierung einzelner Stromnebenkosten und zudem einen Bezug zu Braunkohleregionen herzustellen.

Dieser Ansatz ist dabei keineswegs neu, sondern wurde bereits 2018 durch die Kohlekommission ins Spiel gebracht;¹³⁵ auch in der Rechtssetzungspraxis sind Experimentierklauseln längst kein Fremdkörper mehr.¹³⁶

Bereich der Offshore-Windenergie z.B. an § 5 Abs. 4 WindSeeG sehen kann; vgl. auch *Wustlich*, Das Recht der Windenergie im Wandel – Teil 2: Windenergie auf See, ZUR 2007, 122 (126).; *Ohms*, Recht der Erneuerbaren Energien, 1. Auflage 2014, Rn. 774 f.

¹³¹ Generator-Komponente: Soll durch ein Bonus-/Malus-System dafür sorgen, dass an aus Netzsicht günstigen Standorten für die Einspeisung ein Entgelt (Bonus) gezahlt würde, an ungünstigen Standorten dagegen ein Entgelt (Malus) zu entrichten wäre, kritisch gegenüber diesem System BDEW, Netzentgeltsystematik Strom: BDEW-Eckpunkte zur Weiterentwicklung, 2015, S. 13.

¹³² Mit Einführung des § 15 Abs. 1 S. 1 EEG 2017 (Reduzierung der Entschädigungszahlungen bei Abregelung auf 95%) wollte der Gesetzgeber ebenfalls erreichen, dass sich Anlagenbetreiber bei ihrer Standortplanung mit der örtlichen Netzsituation beschäftigen (vgl. BT-Drs. 17/6071, S. 65), was aber in der Praxis keinen nennenswerten Einfluss hatte - auch da Abregelungen in größerem Umfang nach § 15 Abs. 1 S. 2 EEG 2017 wieder zu einer vollständigen Entschädigung führen, *Hoppenbrock*, Härtefallregelung, in: *Altrock/Oschmann/Theobald*, EEG, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 6.

¹³³ Vgl. zu den rechtlichen Rahmenbedingungen einer solchen Klausel IKEM, Experimentierklauseln für verbesserte Rahmenbedingungen bei der Sektorenkopplung, 2018, S. 41 ff.; im Internet abrufbar unter: <https://www.ikem.de/wp-content/uploads/2019/03/Experimentierklausel-f%C3%BCr-verbesserte-Rahmenbedingungen-bei-der-Sektorenkopplung.pdf> (zuletzt abgerufen am 28.5.2021); allgemein zu Experimentierklauseln, *Maaß*, Experimentierklauseln für die Verwaltung und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen, 2001, S. 39, der die Experimentierklausel wie folgt definiert: „Experimentierklauseln bilden eine Gesetzestechnik, mit Hilfe derer der Gesetz- oder Ordnungsgeber zur Erprobung eines von der Verwaltung durchzuführenden Vorhabens, welches zu einem späteren Zeitpunkt auf der Basis der gewonnenen Erfahrungen endgültig normiert werden soll, die Exekutive ermächtigt, von geltendem Recht abzuweichen oder zu dispensieren.“

¹³⁴ Zur genauen Ausgestaltung vgl. IKEM, Regulatorischer Rahmen für die Sektorenkopplung in den vom Strukturwandel betroffenen Tagebauregionen, 2018, S. 30 ff.

¹³⁵ Kohlekommission, Zwischenbericht zu möglichen Maßnahmen zur sozialen und strukturpolitischen Entwicklung der Braunkohleregionen, Beschluss vom 25.10.2018, S. 38.

¹³⁶ Mit § 119 EnWG wurde etwa eine Experimentierklausel in Form einer Verordnungsermächtigung geschaffen, auf deren Grundlage die SINTEG-Verordnung erlassen wurde (BGBl. I S. 1653). Die SINTEG-Verordnung sieht etwa für PtX-Anlagen unter bestimmten Voraussetzungen u.a. eine Erstattung der Netzentgelte vor.

4. Rechtsrahmen für Reformen, insbesondere beihilferechtlich zulässige Gründe für die Beschränkung von Ausschreibungen

Bei der Umsetzung der dargelegten Änderungsmöglichkeiten ist auf deren Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht zu achten, wobei im Zusammenhang mit nationalen Fördermechanismen für erneuerbare Energien, sei es durch die Einführung tagebauspezifischer Ausschreibungen oder sonstige Fördermaßnahmen, das europäische Beihilfenrecht zentraler Prüfungspunkt sein dürfte.¹³⁷ Jenseits des Beihilfenrechts spielt grundsätzlich auch die Warenverkehrsfreiheit als eine der unionsrechtlichen Grundfreiheiten eine Rolle, wenn es um mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie Maßnahmen gleicher Wirkung geht (Art. 34 AEUV). Nach der Rechtsprechung des EuGH ist auch Strom eine Ware¹³⁸ und damit die angestrebte Förderungen der Braunkohleregionen, die sich nachteilig auf Produzenten anderer Mitgliedstaaten auswirken könnte, rechtfertigungsbedürftig, aber auch -fähig: Insofern hat der EuGH die Förderung erneuerbarer Energien wiederholt aus Gründen des Gesundheits- und Umweltschutzes für legitim erachtet.¹³⁹ Dies wird folglich hier nicht weiter vertieft.

Nach Art. 107 Abs. 1 AEUV sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedsstaaten beeinträchtigen. Dies gilt nach der De-Minimis-Verordnung nicht für Kleinstbeträge, die aus dem Verbotsbegriff des Art. 107 Abs. 1 AEUV von vornherein ausgeschlossen sind,¹⁴⁰ hier aber nicht näher betrachtet werden. Für größere Förderhöhen ist eine Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt ausnahmsweise gegeben, wenn die Voraussetzungen von Art. 107 Abs. 2 oder Abs. 3 AEUV erfüllt sind. Die Entscheidung über das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes liegt bei der Kommission. Diese veröffentlicht u.a. Leitlinien, mit denen sie im Wege der Selbstbeschränkung der Verwaltung bestimmte Ermessensvorgaben für die Rechtfertigungsprüfung festlegt. Im Bereich der Beihilfen für Umwelt und Energie ist eine solche Konkretisierung durch die Umweltschutz- und Energiebeihilfe-Leitlinien (UEBLL) erfolgt.¹⁴¹ Dabei vertritt die Kommission die Ansicht,¹⁴² dass Beihilfen im Umweltsektor

¹³⁷ Das Beihilfenrecht soll den verzerrungsfreien Wettbewerb innerhalb der ursprünglich als Wirtschaftsgemeinschaft konzipierten EU gewährleisten und tritt daher bei nationalen Fördermaßnahmen, wie etwa der EEG-Förderung, auf den Plan.

¹³⁸ EuGH, Urteil vom 10.12.1968 Rs. 7/68, Slg. 1968, 634, 642 – juris.

¹³⁹ Vgl. etwa EuGH, Urteil vom 1.7.2014 - C-573/12 – juris.

¹⁴⁰ Nach der De-Minimis-Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 liegt keine verbotene Beihilfe vor, wenn der Gesamtbetrag der einem einzigen Unternehmen gewährten Beihilfe in einem Zeitraum von drei Steuerjahren 200.000 Euro nicht übersteigt, Art. 3 Abs. 2 De-Minimis-VO.

¹⁴¹ EU-Kommission, Mitteilung C (2014), Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020 v. 28.06.2014 (UEBLL); die ursprüngliche Geltungsdauer der UEBLL (2014-2020) wurde bis 2021 verlängert, Stiftung Umweltenergierecht, Beihilferechtliches Genehmigungsverfahren zum EEG 2021 – Grundlagen und mögliche Knackpunkte, Dezember 2020, S. 14; im Internet abrufbar unter: https://stiftung-umweltenergierecht.de/wp-content/uploads/2020/12/Stiftung_Umweltenergierecht_Kahles_EEG-2021_Beihilfe_2020-12-10.pdf (zuletzt abgerufen am 8.5.2021). Zum neuen Kommissionsentwurf der UEBLL mit Geltung ab 2022 im Verlauf dieses Abschnitts.

¹⁴² Information der Kommission, Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen, ABl. 2008, C 82/1 vom 1.4.2008, S. 1, Nr. 6; vgl. *Scheel*, Klimaschutz durch Umweltschutz- und Energiebeihilfen: Neue Leitlinien der Europäischen Gemeinschaft, DÖV 2009, 529 (531 ff.).

keinesfalls unerwünscht und Wettbewerbsverzerrungen zugunsten eines hohen Umweltschutzniveaus durchaus in Kauf zu nehmen sind. Auch wenn Prüfungen immer wieder durchgeführt werden, hat die Kommission bislang noch keine einzige Unvereinbarkeitsentscheidung getroffen und konkret mit Blick auf regional beschränkte Ausschreibungen, wie sie in vielen Mitgliedstaaten gängige Praxis sind, diese mit den Vorgaben der UEBLL als vereinbar anerkannt.¹⁴³ Insofern besteht Grund für Optimismus, doch sollte auch gesehen werden, dass es sich bei den dargelegten Entscheidungen stets um Einzelfälle handelte. Um Rechtssicherheit zu schaffen, ist zu untersuchen, ob sich aus den UEBLL Rechtfertigungsgründe für eine bevorzugte Behandlung von EE-Anlagen auf Tagebauflächen ableiten lassen.

a) Raumplanerische Erwägungen

Nach den Vorgaben der UEBLL steht es den Mitgliedstaaten frei, bei der Durchführung von Ausschreibungen raumplanerische Erwägungen zu berücksichtigen.¹⁴⁴ Damit ließe sich argumentieren, dass auch die Errichtung von EE-Anlagen speziell in Tagebauregionen ein solches raumplanerisches Kriterium darstellt, zumal die dortige Verfügbarkeit besonders geeigneter und großräumiger Flächen tatsächlich für eine raumplanerische Berücksichtigung ins Feld geführt werden könnte.¹⁴⁵ Andererseits spricht der Bezug der UEBLL-Regelungen auf erteilte Baugenehmigungen eher dafür, „Raumplanung“ so zu verstehen, dass Mitgliedstaaten nur befugt sein sollen, genehmigungsrechtlich unzulässige Anlagen von den Ausschreibungen auszunehmen, ansonsten aber keine Einschränkungen vornehmen dürfen. Im Ergebnis ist damit unklar, ob sich die Kommission auf regional beschränkte Ausschreibungen als raumplanerische Erwägung einlassen wird.

b) Netzsituation

Wie dargelegt, stehen aufgrund der zunehmenden Abschaltung von Kohlekraftwerken in ehemaligen Tagebauregionen große Netzkapazitäten für die Einspeisung von regenerativ erzeugtem Strom zur Verfügung, was für die dortige Errichtung von EE-Anlagen im Vergleich zu anderen Standorten einen deutlich reduzierten Netzausbau implizieren würde. Zwar ist das Kriterium der Netzausbauvermeidung kein nach den UEBLL anerkannter Rechtfertigungsgrund; allerdings hat sich die Kommission schon mehrfach in ihrer Argumentation auf die Netzsituation einzelner Mitgliedstaaten bezogen, wie beispielsweise in Deutschland bei der Zulassung lokal beschränkter Ausschreibungen für Offshore-Anlagen im

¹⁴³ Siehe etwa die Entscheidungen zu den Fördersystemen in Malta (vgl. EU-Kommission, Beschluss C (2016), 5423 final v. 26.8.2016, Rn. 13-14 (SA. 43955) und Frankreich (vgl. EU-Kommission, Beschluss C (2017), 6685 final v. 29.9.2017 (SA. 46552, SA. 47753, SA. 48066, SA. 48238, SA. 46259).

¹⁴⁴ Vgl. UEBLL, Rn. 130; im Internet abrufbar unter: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0628\(01\)&from=DE](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0628(01)&from=DE) (zuletzt abgerufen am 29.1.2022)

¹⁴⁵ In diese Richtung geht die Begründung zur 20-MW-Regelung in der GemAV, Referentenentwurf des BMWi zur GemAV v. 11.4.2017, S. 53; im Internet abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/V/verordnung-gemeinsame-ausschreibungen-fuer-windenergieanlagen-an-land-und-solaranlagen.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (zuletzt abgerufen am 10.5.2021)

WindSeeG 2017 (sog. zentrales Modell)¹⁴⁶ bzw. Onshore im Zusammenhang mit Netzausbaugebieten, in denen Gebote wegen bislang nicht hinreichend vorhandener Netzinfrastruktur reduziert wurden.¹⁴⁷

Die genannten Fälle sind zwar insoweit anders gelagert, als dass Gebote nicht wegen besonders gut ausgebauten Regionen bevorteilt, sondern andersherum wegen nicht vorhandener Infrastruktur benachteiligt werden. Nicht einzusehen ist aber, warum im Sinne einer gelingenden Energiewende eine regionalspezifische Förderung nicht möglich sein soll, wenn hierdurch der Anlagenzubau deutlich erhöht werden könnte. Schließlich beinhaltet auch die genehmigte Reduzierung von Geboten in netzseitig schwachen Regionen indirekt eine Bevorzugung in anderen Gebieten, in denen eine Kontingentierung nicht erforderlich ist. Damit lässt sich aus der Entscheidungspraxis der Kommission insgesamt ableiten, dass die Vermeidung von Netzausbau sowie die Gewährleistung von Netzstabilität Sonderregelungen bei Ausschreibungen - wie etwa solche für Tagebauregionen - durchaus rechtfertigen können.

c) Umweltschutz, nachhaltiges Energiesystem und technologiespezifische Erwägungen

Das übergeordnete - wengleich in den Rechtfertigungsgründen nicht explizit auftauchende - Ziel der UEBLL ist die Herstellung eines wettbewerbsfähigen, nachhaltigen und sicheren Energiesystems,¹⁴⁸ was durch den Zuspruch der Kommission zum französischen Fördermodell, das den CO₂-Beitrag beim Zuschlag berücksichtigt,¹⁴⁹ noch einmal bekräftigt wird. Werden EE-Anlagen in Tagebauregionen errichtet, so könnte hiermit ein Ersatz für die CO₂-intensive Kohleverstromung geschaffen und damit ebenfalls dem angestrebten Umweltschutz begegnet werden. Dass dieser Ersetzungseffekt gerade in Tagebauregionen besonders stark ist, ließe sich mit der hohen Erzeugungskapazität, der vorhandenen Infrastruktur und dem noch darzustellenden Potenzial für PtX-Systeme begründen, mit denen eine Dekarbonisierung auch jenseits des Stromsektors möglich ist.

Mit Blick auf Sonderausschreibungen für Wind-PV-Hybride (wie heute beispielsweise im PV-Bereich in Tagebauregionen bereits geplant)¹⁵⁰ können sich Mitgliedstaaten überdies auf den allgemeinen Rechtfertigungsgrund in Rn. 126 der UEBLL berufen, der technologiespezifische Ausschreibungen ausdrücklich zulässt. Das innovative Potenzial bei entsprechenden Anlagen

¹⁴⁶ In der Genehmigung zum EEG 2017 (EU-Kommission Beschluss C (2016), 8789 final v. 20.12.2016, Rn. 237 (SA.45461)) hat die EU-KOM konkret die folgenden Gesichtspunkte als Begründung für die Zulässigkeit der Ausschreibungen im zentralen Modell ausgeführt: a) suitable means to increase the number of potential bidders; b) reduces the risk of windfall profits; c) enables the synchronised extension of the electricity grid; d) provides more transparency on the development costs, thus increases planning reliability, which will enable a wider range of market players to compete. Die EU-KOM folgert daraus, dass das Fördermodell im Einklang mit Rn. 126 der UEBLL nicht diskriminierend ist und die Förderung in einem wettbewerblichen Prozess ermittelt wird.

¹⁴⁷ § 36c des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 21.7.2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 17.7.2017 (BGBl. I S. 2532) (EEG 376 Erneuerbare Energien-Vorhaben Projektbericht in den Tagebauregionen 2017) und § 13 Abs. 1 Nr. 7 Erneuerbare-Energien-Verordnung vom 17.2.2015 (BGBl. I S. 146), die zuletzt durch Artikel 3 der Verordnung vom 10.8.2017 (BGBl. I S. 3102) geändert worden ist (EEV).

¹⁴⁸ Europäische Union, Mitteilung der Kommission: Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020 (2014/C 200/01), Juni 2014, S. 2; im Internet abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A52014XC0628%2801%29> (zuletzt abgerufen am 11.3.2021).

¹⁴⁹ EU-Kommission, Beschluss C (2017), 6685 final v. 29.9.2017, Rn. 100, 103 (SA. 46552, 47753).

¹⁵⁰ <https://kulturpoebel.de/rwe-erhaelt-rechte-an-deutschem-solarspeicher-plus-projekt-renews/> (zuletzt abgerufen am 12.10.2021).

könnte darin gesehen werden, dass bei besonders wenig Flächenverbrauch eine hohe Produktionsleistung erbracht wird, was sich einerseits umweltfreundlich und andererseits akzeptanzfördernd auswirken dürfte.¹⁵¹

d) Schlussfolgerungen zum Beihilfenrecht

Die tagebauspezifische Förderung von EE-Anlagen durch entsprechende Änderungen im Ausschreibungssystem des EEG ist somit unter beihilferechtlichen Aspekten grundsätzlich möglich, sofern bestimmte Rechtfertigungsgründe aus den UEBLL vorliegen. Dies gilt im Übrigen auch für sonstige staatliche Unterstützung außerhalb des EEG, deren beihilferechtliche Zulässigkeit sich ebenfalls an den Vorgaben der UEBLL zu orientieren hat, soweit es sich um eine finanzielle Förderung von Energieerzeugungsanlagen - wie etwa durch staatliche Strukturfonds - handelt. Für die Rechtfertigung wurden, auch unter Auswertung der Entscheidungspraxis der Kommission, mehrere Ansätze beleuchtet, wobei der rechtssicherste Weg wahrscheinlich eine Änderung der Leitlinie selbst wäre. Die Kommission hat am 12. November 2020 eine öffentliche Konsultation zur Überarbeitung der UEBLL eröffnet, in deren Zentrum die Anpassung der Regeln an die Anforderungen eines verstärkten Klima- und Umweltschutzes im Rahmen des Green Deals steht.¹⁵² Am 7. Juni 2021 wurde nun ein erster Entwurf bekannt, der in vielen Bereichen umfassende Änderungen enthält,¹⁵³ mit Blick auf die wesentlichen Punkte allerdings nicht die richtigen Weichen stellt.¹⁵⁴ Anstatt das bisherige Kapitel speziell für EE-Beihilfen weiter auszudifferenzieren und beispielsweise tagebauspezifische Ausschreibungen ausdrücklich für zulässig zu erklären, ist dieses Kapitel nun ganz gestrichen und durch eine neue, übergreifende Beihilfenkategorie „für die Verringerung und Beseitigung von Treibhausgasen“ ersetzt worden. Konsequenz ist, dass staatliche Beihilfen nun nicht mehr ausschließlich für die Erneuerbaren gewährt werden können, sondern für alle – auch lediglich kohlenstoffarme – Technologien. Begründet wird dieser mehr als fragwürdige Vorstoß mit dem Argument der „Technologieneutralität“, wobei außer Acht gelassen wird, dass kohlenstoffarme Technologien eben nicht eine vergleichbare Klimaschutzwirkung verglichen mit rein erneuerbaren Energien aufweisen und damit in der staatlichen Förderung auch nicht den gleichen Stellenwert haben sollten. Im Übrigen steht der technologieoffene Ansatz auch im Widerspruch zu Art. 4 der Erneuerbare-Energien-Richtlinie, wonach eine Beschränkung der Ausschreibungen auf bestimmte EE-Technologien ausdrücklich für zulässig erklärt wird. Ebenso ließen sich Argumente für eine tagebauspezifische Ausschreibung finden. Für die spricht schließlich auch Art. 107 Abs. 1 lit. c AEUV, der aus Gründen des Klimaschutzes besondere Förderungen als zulässiges Beihilfeninstrument anerkennt.¹⁵⁵ Immer im Blick zu behalten ist außerdem die beihilferechtliche Privilegierung

¹⁵¹ Zu den Potenzialen von Wind-Hybrid-Anlagen vgl. BMWi, Projektbericht „Erneuerbare Energien-Vorhaben in Tagebauregionen“, 2018, S. 250.

¹⁵² <https://rgc-manager.de/news/energierecht/ueberarbeitung-der-umwelt-und-beihilfeleitlinien-uebll/> (zuletzt abgerufen am 10.3.2021).

¹⁵³ https://ec.europa.eu/germany/news/20210607-konsultation-klima-umwelt-energie_de

¹⁵⁴ The Greens/ EFA, Beitrag der Grünen/ EFA zur Überarbeitung der Klima-, Energie- und Umweltbeihilfeleitlinien (CEEAG), Juli 2021, S. 4.

¹⁵⁵ Instrukтив zu weiteren europarechtlichen Vorgaben und Grenzen, die bei etwaigen Umstellungen im Ausschreibungssystem zu beachten sind *Kahl/Kahles/Müller*, Anforderungen an den Erhalt der Akteursvielfalt im EEG bei der Umstellung auf Ausschreibungen, 2014, S. 5 ff.; im Internet abrufbar unter: <https://stiftung->

nach der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO),¹⁵⁶ die für einzelne Regionalbeihilfen sowie Investitionsbeihilfen für Energieinfrastrukturen eine Befreiung von der ansonsten bestehenden Notifizierungspflicht vorsieht (vgl. Art. 1, 13, 14 sowie Art. 48 AGVO). Zu beachten ist noch, dass für sog. transparente Beihilfen, deren Subventionswert also im Voraus genau bezeichnet werden kann und deren Höchstbetrag 200.000€ innerhalb des laufenden Drei-Jahres-Zeitraums nicht überschreitet,¹⁵⁷ die De-minimis-Verordnung gilt,¹⁵⁸ für die eine Wettbewerbsverzerrung grundsätzlich nicht angenommen wird.

5. Fazit

Wir haben gesehen: Sollen EE-Anlagen – bzw. hier konkret Windkraftanlagen - gezielt in den hierfür besonders geeigneten Tagebauregionen errichtet werden, kommen diverse Steuerungsinstrumente innerhalb und außerhalb des EEG in Betracht, die aber erst noch etabliert werden müssten. Insofern sind tagebauregionsspezifische Ausschreibungen ebenso zu erwägen wie die Einführung von Privilegien für die dort zu errichtenden Anlagen. Auch besondere Ausschreibungen für Windkraft-Anlagen auf bundeseigenen Flächen bzw. die gezielte Förderung aus staatlichen Strukturfonds wären in Grenzen sowohl europarechtlich als auch verfassungs- bzw. vergaberechtlich zulässig, auch wenn Risiken nicht völlig ausgeschlossen sind. Der optimale Weg zur Herstellung europarechtlicher Zulässigkeit wäre damit eine erneute Änderung der UEbLL, die tagebauregionsspezifische Ausschreibungen ausdrücklich genehmigt.

IV. Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse und weitere Vorschläge zur Förderung von Flächenausweisungen für Windenergieanlagen an Land

Insgesamt zeigt sich am Beispiel der in diesem Aufsatz thematisierten Tagebautransformation deutlich, dass das bestehende Planungs- und Zulassungsrecht zur Herbeiführung des politisch angestrebten EE-Zubaus schlicht nicht im Stande ist und einer beschleunigten Energiewende eher noch im Wege steht. Auf den Punkt bringt es der Satz, dass das bestehende Planungsregime relativ blind in Bezug auf den Zubaubedarf sei.¹⁵⁹ Dabei verhindert insbesondere die Ausweisung von Konzentrationsflächen die Ansiedlung von Windkraftanlagen an für sie sinnvollen Standorten, wie hier den Tagebauregionen. Das Planungsdefizit konterkariert aber auch generell das Schließen der „Zielerreichungslücke“ beim EE-Ausbau und stellt damit,

umweltenergierecht.de/wp-content/uploads/2016/02/stiftungumweltenergierecht_WueBerichte_09_Akteursvielfalt-EEG.pdf (zuletzt abgerufen am 10.5.2021).

¹⁵⁶ Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union Text von Bedeutung für den EWR.

¹⁵⁷ <https://www.foerderdatenbank.de/FDB/Content/DE/Foerderprogramm/EU/de-minimis-beihilfen.html#:~:text=Die%20De-minimis-Verordnung%20gilt%20nur%20f%C3%BCr%20sogenannte%20transparente%20Beihilfen.,sowie%20%28unter%20bestimmten%20Voraussetzungen%29%20Darlehen%2C%20B%C3%BCrgschaften%20und%20Beteiligung en.> (zuletzt abgerufen am 4.12.21)

¹⁵⁸ https://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/de_minimis_regulation_de.pdf (zuletzt abgerufen am 12.12.21)

¹⁵⁹ Rodi, Das Recht der Windkraftnutzung zu Lande unter Reformdruck, ZUR 2017, 658 (660).

zusammen mit oftmals langwierigen Genehmigungsverfahren, ein wesentliches Hemmnis im Kontext der Energiewende dar. Auch der Koalitionsvertrag spricht insofern von „Hürden und Hemmnissen“, die zur drastischen Beschleunigung des EE-Ausbaus aus dem Weg zu räumen seien,¹⁶⁰ ohne jedoch konkrete und weiterführende Maßnahmen zu benennen. Immerhin werden erneuerbare Energien nun erstmals als im öffentlichen Interesse liegend und der Versorgungssicherheit dienend anerkannt, was bei entsprechender gesetzlicher Festlegung etwa in § 1 EEG 2021¹⁶¹ in der Tat einen Beschleunigungseffekt haben könnte.¹⁶² Darüber hinausgehend bedarf es aber weiterer Optimierungen im bestehenden Regelungssystem. Die hierzu gemachten Vorschläge reichen dabei von kleineren Änderungen im BauGB¹⁶³ bis hin zu radikaleren Instrumenten, namentlich der Zulassung von Windenergieanlagen über Planfeststellungsbeschluss.¹⁶⁴ Einige dieser Ansätze sollen unter Abwägung ihrer Vor- und Nachteile im Folgenden näher beleuchtet werden. Am Ende des jeweiligen Abschnitts wird dabei noch kurz auf die Konsequenzen für die Tagebautransformation eingegangen.

1. Fachplanerische Steuerung im Wege des Planfeststellungsverfahrens

Damit zukünftig zur Erreichung der Klimaziele ausreichende Flächen für erneuerbare Energien ausgewiesen und bebaut werden, wird teilweise die Einführung einer zentral auf Bundesebene gesteuerten Energiebedarfsplanung vorgeschlagen,¹⁶⁵ wie sie längst in anderen Bereichen der (Infrastruktur-)Planung existiert, etwa beim Straßen- oder Stromleitungsbau,¹⁶⁶ und auch bei der Zulassung von Offshore-Windkraftanlagen praktiziert wird. Diesem Ansatz liegt der nicht abwegige Gedanke zugrunde, dass die Installation hinreichender Windenergieanlagen keine rein privatwirtschaftliche Angelegenheit sein kann, wenn nur mit diesen Anlagen die Klimawende bei gleichzeitigem Erhalt der Versorgungssicherheit als Aufgabe im besonderen öffentlichen Interesse erreichbar ist.¹⁶⁷ Das BVerfG bezeichnet die „ständige Verfügbarkeit ausreichender Energiemengen“ als „entscheidende Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit der gesamten Wirtschaft“.¹⁶⁸ Wenn die hier angesprochenen Strom- und Energiemengen in Zukunft vollständig treibhausgasneutral produziert werden sollen, ist der Aufbau

¹⁶⁰ Koalitionsvertrag 2021-2025 zwischen SPD, Bündis 90/Die Grünen und FDP, S. 56.

¹⁶¹ So bereits vorgeschlagen vom BWE, Aktionsprogramm für die 20. Legislaturperiode, 2021, S. 15.

¹⁶² Dies gilt beispielsweise mit Blick auf naturschutzrechtliche Ausnahmeregelungen, die u.a. das Vorliegen eines öffentlichen Interesses voraussetzen: § 45 BNatSchG: Ausnahme Zugriffsverbot; § 34 BNatSchG: Ausnahme Natura2000-Gebiete; § 61 BNatSchG Ausnahme Abstände Gewässer; §67 BNatSchG generelle Ausnahme von Verboten des BNatSchG.

¹⁶³ *Kment*, Sachdienliche Änderungen des Baugesetzbuchs zur Förderung von Flächenausweisungen für Windenergieanlagen, 2020.

¹⁶⁴ *Rodi*, Das Recht der Windkraftnutzung zu Land unter Reformdruck, ZUR 2017. Rodi bezeichnet seinen Vorschlag selbst als radikal, vgl. S. 662.

¹⁶⁵ So auch *Günther* et al., Ausbau der Windenergie an Land: Beseitigung von Ausbauhemmnissen im öffentlichen Interesse, S. 26; kritisch *Beckers/Ott/Hoffrichter*, Die staatliche Entscheidung für den Ausbau von Windenergie an Land und Optionen ihrer Umsetzung: Eine Analyse auf Basis institutionenökonomischer Erkenntnisse, ZUR 2017, 643 (654).

¹⁶⁶ Der Stromnetzplanung wird insofern auch auf für die Windenergieplanung eine besondere Vorbildfunktion zugesprochen, vgl. *Hofmann*, Die Modernisierung des Planungsrechts: das Energierecht als neues Paradigma der Öffentlichkeitsbeteiligung in einer Planungskaskade, JZ 2012, 701 (701); *Schink*, Das Verfahren der Netzplanung als Vorbild für andere Infrastrukturplanungen, EurUP 2015, 148 (148).

¹⁶⁷ *Günther* et al., Ausbau der Windenergie an Land: Beseitigung von Ausbauhemmnissen im öffentlichen Interesse, S. 14.

¹⁶⁸ BVerfG, Beschluss vom 16.3.1971 – 1 BvR 52, 665, 667, 745/66 – juris.

entsprechender Anlagen folglich ein Anliegen im besonderen öffentlichen Interesse, das rechtlich nicht anders behandelt werden sollte als andere Infrastrukturvorhaben.¹⁶⁹ Begreift man aber die Energiewende vornehmlich als öffentliche Planungsaufgabe,¹⁷⁰ dann rechtfertigt das möglicherweise auch die Einführung einer neuen Planungsstruktur. Welches wären also die Vorteile einer Energiebedarfsplanung?

a) Vorteile

Zentrales Element der Fachplanung ist die Planfeststellung, die bei der Zulassung von Windenergieanlagen einige Vorteile bietet. Zum einen ermöglicht das Planfeststellungsverfahren die umfassende Abwägung widerstreitender und vom Vorhaben potenziell betroffener Interessen¹⁷¹ konzentriert in nur einem Verfahren, das alle Entscheidungen in sich bündelt.¹⁷² Das Verfahren endet mit der endgültigen Vorhabenzulassung als nach außen hin verbindlichem Planungsakt,¹⁷³ der insofern zugleich Planungs- und Zulassungsentscheidung ist.¹⁷⁴ Gerichtlich überprüfbar ist der Planfeststellungsbeschluss dann lediglich im Rahmen des Abwägungsgebots,¹⁷⁵ d.h. die gerichtliche Kontrolle beschränkt sich auf die Frage, ob alle abwägungserheblichen Tatsachen zutreffend erfasst und gewichtet wurden.¹⁷⁶ Der Planungsentschluss als solcher ist dagegen nicht angreifbar.

Im Übrigen würde mit dem Planfeststellungsbeschluss eine tragfähige Grundlage für spätere Enteignungen geschaffen (enteignungsrechtliche Vorwirkung),¹⁷⁷ was die Flächensicherung erleichtern könnte. Sicherlich ließe sich hier einwenden, dass Enteignungen die Akzeptanz für EE-Anlagen nicht unbedingt erhöhen würden (zur Akzeptanz an späterer Stelle ausführlich). Andererseits ist die Enteignung in anderen Bereichen der (Infrastruktur-)Planung ein anerkannter Teil des Planungsprozesses und es ist vollkommen unverständlich, warum das beim Windenergie-Ausbau anders sein sollte. Wenn ein Eingriff in private Rechte beim Straßenbau gerechtfertigt werden kann, dann muss dies erst recht beim Ausbau regenerativer Energien gelten, deren Nutzung für die gesamte Gesellschaft immer unentbehrlicher wird. Wie bei sonstigen bedeutsamen Infrastrukturvorhaben, für deren Realisierung Enteignungsklauseln vorgesehen sind (vgl. § 19 FStrG, § 44 WaStrG, § 22 AEG, § 45 EnWG, § 71 WHG), könnte sich die enteignungsrechtliche Wirkung gerade auch mit Blick auf die Energiewende daraus

¹⁶⁹ So auch *Günther et al.*, Ausbau der Windenergie an Land: Beseitigung von Ausbauehemmnissen im öffentlichen Interesse, S. 17.

¹⁷⁰ *Rodi*, Das Recht der Windkraftnutzung zu Lande unter Reformdruck, ZUR 2017, 658 (662).

¹⁷¹ *Wahlhäuser*, Planfeststellung, in: Akademie für Raumforschung und Landesplanung, Handwörterbuch der Stadt- und Raumentwicklung, 2018, S. 1693 (1694, 1698)). So sind z. B. nach § 17 Abs. 1 S. 2 FStrG die von dem Vorhaben berührten öffentlichen und privaten Belange im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen.

¹⁷² Vgl. § 75 Abs. 1 VwVfG (formelle Konzentrationswirkung des Planfeststellungsbeschlusses).

¹⁷³ Aufhebbar ist der Planfeststellungsbeschluss dann nur noch im Wege der Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 VwGO). Zur Beschleunigung der gerichtlichen Verfahren hat der Gesetzgeber entschieden, dass das Bundesverwaltungsgericht in erster und letzter Instanz über die Rechtmäßigkeit besonders bedeutsamer Infrastrukturvorhaben entscheidet (§ 50 Abs. 1 Nr. 6 VwGO). Dies gilt z. B. für Bundesfernstraßen, Höchstspannungsleitungen oder Bahntrassen und dürfte im gleichen Maße auch für EE-Anlagen gelten.

¹⁷⁴ Zu dieser Doppelnatur bereits *Schoen*, Die Planfeststellung zwischen Kontrollerlaubnis und Planungsentscheidung, Münster 2003, Rn. 145.

¹⁷⁵ Vgl. BVerwG, Urteil vom 13.10.2011 - Az. 4 A 4000/09, DVBl. 2012, 365.

¹⁷⁶ BVerwG, Urteil vom 2.10.2013 - Az. 9 A 23/12, NVwZ 2014, 367.

¹⁷⁷ *Rodi*, Das Recht der Windkraftnutzung zu Lande unter Reformdruck, ZUR 2017, 658 (662).

rechtfertigen, dass die Vorhabenrealisierung nicht am Mangel frei verfügbarer Flächen scheitern soll.¹⁷⁸ In diesem Fall muss es möglich sein, geeignete Flächen aus dem Privateigentum zu lösen und dem Allgemeinwohl zur Verfügung zu stellen.

Ein zusätzlicher Vorteil ist schließlich, dass mit dem WindSeeG die Zulassung von Windenergie-Vorhaben über Planfeststellungsverfahren praktisch bereits erprobt wurde und das WindSeeG insofern als Regelungsvorbild betrachtet werden könnte. Das Regelungskonzept des WindSeeG zeichnet sich im Wesentlichen durch eine Bündelung der Vorschriften zu Planung, Ausschreibung und Zulassung von Offshore-Windparks aus, wodurch eine Synchronisation von Anlagenzubau und Netzanbindung erreicht werden soll.¹⁷⁹ Eine Teilnahme an den Ausschreibungen ist insofern nur für gesondert festgelegte Flächen möglich, für die im Rahmen einer Vorprüfung zunächst die besondere Eignung festgestellt werden muss, vgl. §§ 4-13 WindSeeG. Sinn und Zweck der Voruntersuchung ist es, dass im nachfolgenden Ausschreibungsverfahren ausschließlich (u.a. mit Blick auf die Netzsituation) geeignete Flächen bezuschlagt werden. Auf diese Weise wird eine räumliche Steuerung zugunsten besonders geeigneter Bereiche erreicht und zugleich der „wilde Zubau“ vermindert.¹⁸⁰ Zwar unterscheidet sich die Situation bei der Windenergie auf See in gewisser Weise von der im Onshore-Bereich: So könnte man einwenden, dass das Meeresgebiet der sog. ausschließlichen Wirtschaftszone (AWZ) ohnehin in die räumliche Zuständigkeit des Bundes falle und daher ein spezielles Planungs- und Genehmigungsregime rechtfertige und zudem mit Blick auf Eigentumsverhältnisse flexibler zu gestalten sei. Umgekehrt muss dies allerdings auch nicht heißen, dass der Bund für Bereiche außerhalb seiner originären Zuständigkeit zu Untätigkeit gezwungen wäre. Im Gegenteil: Der Windenergieausbau auf See *und* an Land ist vertretbarer Weise ein Vorhaben des öffentlichen Interesses, das der Umsetzung bundesgesetzlich (im EEG und KSG) definierter Zielsetzungen dient. So wie § 1 FStrG den bedarfsgerechten Bau von Straßen als bundesgesetzliche Aufgabe definiert, könnte man ebenso die Umsetzung der EEG-Ausbauziele als Bundesaufgabe begreifen.

Konsequenz einer solchen Aufgabenübertragung wäre, dass sich die Rechte der Kommunen bei der Ansiedlung von Windenergieanlagen auf eine formale Mitwirkung bei der Standortentscheidung beschränken würden. Die Gebietsausweisung für EE-Vorhaben würde von einer staatlich definierten Stelle übernommen werden. Diese könnte dann beispielsweise mit Verbindlichkeit gegenüber Raum- sowie anderen flächenbezogenen Planungen die besonders gut geeigneten Tagebauregionen für die Windenergienutzung ausweisen.¹⁸¹

b) Nachteile

Bei der Zulassung von Windenergieanlagen über Planfeststellungsbeschluss besteht die Gefahr eines Verlustes der bislang bestehenden Akteursvielfalt innerhalb der Projektiererlandschaft im EE-Bereich (und mithin der Wegfall zahlreicher Arbeitsplätze). Ein derartiges Vorgehen würde

¹⁷⁸ *Wickel*, Planfeststellungsverfahren, in: Fehling/Kastner/Strömer, VwVfG, 4. Aufl. 2016, § 75 Rn. 37.

¹⁷⁹ *Schulz/Appel*, Das WindSeeG als neuer Rechtsrahmen für Offshore Windenergie, ER 2016, 231 (231).

¹⁸⁰ *Pflicht*, Gesetz zur Entwicklung und Förderung der Windenergieanlagen auf See, EnWZ 2016, 550 (552); *Uibeleisen*, Das neue WindSeeG, NVwZ 2017, 7 (10).

¹⁸¹ So auch *Günther et al.*, Ausbau der Windenergie an Land: Beseitigung von Ausbauhemmnissen im öffentlichen Interesse, S. 26.

damit voraussichtlich auf eine große Gegenlobby stoßen. Mit einer zeitnahen Umsetzung wäre realistischerweise nicht zu rechnen – selbst Vertreter dieses Ansatzes sprechen von „dicken Brettern“, die angesichts bestehender Pfadabhängigkeiten zu bohren seien.¹⁸²

Darüber hinaus wäre die Etablierung eines neuen Planungsregimes trotz bestehender möglicher Regelungsvorbilder ein zeitintensives und am Ende auch ungewisses Vorhaben. Ein Blick auf die Netzausbauplanung zeigt, dass auch hier – trotz oder möglicherweise sogar wegen der gefundenen Planungsstruktur – lange Verfahrensdauern und unbefriedigende Ergebnisse nicht selten das Geschehen prägen.¹⁸³ Dies liegt vor allem auch daran, dass im Bereich der Stromnetzplanung das Verhältnis zur Raumplanung bis heute ungeklärt ist, was zu Rechtsunsicherheiten führt: Teilweise wird hier § 5 Abs. 3 ROG für einschlägig erachtet,¹⁸⁴ was allgemein die Möglichkeit eröffnen würde, gegen ein entgegenstehendes Raumordnungsziel begründet Widerspruch einzulegen.¹⁸⁵ Andere gehen von einer strikten Zielbindung nach § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ROG aus,¹⁸⁶ von der dann aber mithilfe des Zielabweichungsverfahrens nach § 18 Abs. 3 S. 2 NABEG abgewichen werden könne.¹⁸⁷ Teilweise wird auch eine bloße Berücksichtigungspflicht nach § 4 Abs. 2 ROG angenommen.¹⁸⁸ Anders sieht es dagegen beim Fernstraßenbau aus, für den der Gesetzgeber mit § 16 Abs. 3 FStrG eine klare Regelung geschaffen hat. Festlegungen sind danach grundsätzlich unabhängig von Orts- und Landesplanungen zulässig.

c) Konsequenz für Tagebautransformation

Fraglich ist, inwiefern sich die mit Blick auf die Tagebautransformation aufgezeigten Konfliktlinien bei Einführung einer Planfeststellung konkret auflösen ließen.

Zunächst einmal wären bei Einführung einer zentral gesteuerten Energiefachplanung Windenergieanlagen ohne Rückgriff auf raumordnungsrechtlich festgelegte Ausschlussgebiete möglich. Für die Tagebautransformation würden sich damit die dargelegten Verfahrensschritte (Zielabweichungs- oder -änderungsverfahren) und mit ihnen einhergehende mögliche Realisierungsschwierigkeiten sowie Zeitverluste erübrigen. Die durch den Bundesgesetzgeber festgelegten Flächenvorgaben wären verbindlich. Entsprechend dem Flächensicherungsverfahren nach WindSeeG könnte mithilfe einer gesetzlichen Bedarfsfeststellung seitens des Bundesgesetzgebers unverzüglich die Nutzung freiwerdender Kohleabbaugelände mit EE festgelegt werden. Die materielle Raumverträglichkeit wäre

¹⁸² *Rodi*, Das Recht der Windkraftnutzung zu Lande unter Reformdruck, ZUR 2017, 658 (666).

¹⁸³ Hierzu ausführlich *Weghake*, Bundesfachplanung versus Landesplanung – Inhalt und Umfang der Vorrangwirkung bei Planungen nach dem Netzausbaubeschleunigungsgesetz, DVBl. 2016, 271 ff.

¹⁸⁴ So etwa *Kment*, Bundesfachplanung von Trassenkorridoren für Höchstspannungsleitungen, NVwZ 2015, 616 (620).

¹⁸⁵ Es muss begründet werden, dass eine Veränderung der Sachlage ein Abweichen von den Zielen der Raumordnung erforderlich macht, was im vorliegenden Fall das Erreichen der EE-Ausbauziele wäre.

¹⁸⁶ Begründet wird dies damit, dass es sich bei der Stromnetzplanung um keine öffentliche, sondern um eine private Planung der Stromnetzbetreiber handele, vgl. *Appel*, Bundesfachplanung versus landesplanerische Ziele der Raumordnung - was hat Vorrang?, NVwZ 2013, 457 (459).

¹⁸⁷ So *Reidt/Augustin*, Welche Bedeutung haben Ziele der Raumordnung für Leitungsvorhaben nach dem NABEG?, UPR 2016, 121 (123 ff.).

¹⁸⁸ *Kümper*, Das Verhältnis der Bundesfachplanung nach §§ 4 ff. NABEG zur Raumordnung der Länder, NVwZ 2014, 1409 (1410 ff.).

selbstverständlich weiterhin im Rahmen § 4 ROG zu beachten.

2. Abschaffung der Konzentrationsflächenplanung für Windenergieanlagen bei gleichzeitiger Einführung eines Bedarfsfeststellungsgesetzes

Vor dem Hintergrund etwaiger (Umsetzungs-)Schwierigkeiten, die ein neue Planungsstruktur mit sich brächte, sind kurzfristige Lösungen aber möglicherweise eher in kleineren Änderungen und innerhalb der bestehenden Planungsstruktur zu finden. Im Zusammenhang mit der Frage, wie Tagebauregionen künftig für die Windenergie nutzbar gemacht werden können, hat sich die Konzentrationsflächenplanung als entscheidendes Hindernis herausgestellt. Dies ist kein Wunder, da eben dieses Planungsinstrument gerade auf die (räumliche) Begrenzung von Windenergieanlagen abzielt.¹⁸⁹ Wollte man dies ändern und der Windenergie, wie im übrigen längst vom BVerwG gefordert, „substanziell Raum verschaffen“,¹⁹⁰ wäre dafür einzig die Streichung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB (Nutzung von Wind- und Wasserenergie) aus der Aufzählung in § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB erforderlich, der für die dort genannten Vorhaben die Zulassung außerhalb von Eignungsgebieten ausschließt. Welche baurechtlichen bzw. raumplanerischen Konsequenzen hätte ein solches Vorgehen und wo liegen die Vorteile?

a) Vorteile

Von Vorteil wäre, dass durch Lösung der Windenergienutzung aus der Konzentrationsflächenplanung ein Großteil des Außenbereichs privilegiert der Windenergie zur Verfügung gestellt werden könnte, wobei eine Abwägung mit den öffentlichen Belangen nach wie vor stattfinden würde¹⁹¹ und auch gesetzliche Verbote, wie insbesondere Vorgaben zum Arten- und Naturschutz bzw. immissionsschutzrechtliche Schutzvorschriften weiterhin zu beachten wären.¹⁹² Auch wäre mit Wegfall der Konzentrationsflächenplanung die Steuerungskraft der Raumordnung weniger stark. Konkret könnte die Festlegung von Eignungsgebieten – wie nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB bislang der Fall – der Windenergienutzung an anderer Stelle dann nicht mehr ohne Weiteres entgegengehalten werden.¹⁹³ Dies wäre auch ein wichtiger Schritt für die Realisierung der in diesem Beitrag thematisierten Tagebau-Transformation.

¹⁸⁹ Gatz, Die planerische Steuerung der Windenergienutzung in der Regional- und Flächennutzungsplanung DVBl. 2017, 461 (461).

¹⁹⁰ Die planerische Ausweisung von Konzentrationsflächen muss dabei insbesondere die privilegierte Stellung der in Bezug genommenen Nutzungen in Rechnung stellen und den Nutzungen substanziellen Raum verschaffen, vgl. BVerwG, NVwZ 2015, 1452 Rn. 22, 28; BVerwG, BauR 2016, 1445 Rn. 4; BVerwG, NVwZ 2019, 491 Rn. 24.

¹⁹¹ Auch im Außenbereich privilegiert zuzulassenden Vorhaben dürfen „öffentliche Belange nicht entgegenstehen“, vgl. § 35 Abs. 1 BauGB.

¹⁹² Vgl. hierzu ausführlich Gatz, Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, 584 (587 ff).

¹⁹³ Zur Vereinbarkeit der Konzentrationsfreistellung mit der verfassungsrechtlich in Art. 28 Abs. 2 GG garantierten Planungshoheit der Gemeinden Kment, Sachdienliche Änderungen des Baugesetzbuchs zur Förderung von Flächenausweisungen für Windenergieanlagen, 2020, S. 51.

b) Nachteile

Die Freistellung der Windenergienutzung aus der Konzentrationsflächenplanung erleichtert die Umsetzung entsprechender Vorhaben im Außenbereich, stellt aber für sich genommen noch keinen Garant für den ausreichenden Zubau dar. Beispielsweise kann auch mit der Konzentrationszonenfreistellung nicht verhindert werden, dass die Gemeinde Räume des Außenbereichs aktiv anderen, ebenso privilegierten Vorhaben (etwa der Massentierhaltung) zuweist, was die Flächenverfügbarkeit für Windenergieanlagen einschränken könnte.¹⁹⁴ Ebenso können entgegenstehende Raumordnungsziele, die auch gegenüber privilegierten Vorhaben eine strikte Verbindlichkeit entfalten,¹⁹⁵ die Vorhabenrealisierung behindern – allerdings setzt die Verbindlichkeit hier eine Beteiligung der betroffenen Privatpersonen voraus (vgl. 9 Abs. 1 ROG),¹⁹⁶ womit für Projektierer wenigstens die Möglichkeit besteht, den Entscheidungsprozess in eine für sie positive Richtung zu lenken.

Soll gewährleistet werden, dass künftig ausreichend Flächen zur Umsetzung der Energiewende zur Verfügung gestellt werden, wäre hierzu eine gesetzliche Definition konkreter Bedürfnisse an Flächenausweisungen zugunsten der Windenergie erforderlich.¹⁹⁷ Dazu müsste der Gesetzgeber – ähnlich wie im BBPlG – die erforderliche Flächenmenge pro Gemeindegebiet bzw. die notwendig im Gemeindegebiet zu gewinnenden Strommenge verbindlich festschreiben.¹⁹⁸ Die Regelungskompetenz für ein solches Bedarfsfeststellungsgesetz läge nach Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 11 GG beim Bund, wobei unter Energiewirtschaft auch die Sicherung der Energieversorgung fällt.¹⁹⁹ Den zusätzlichen Anforderungen des Art. 72 Abs. 2 GG würde die Flächenbedarfsdefinition durch den Bund dadurch gerecht, dass die Deckung des Strombedarfs innerhalb Deutschlands, die künftig überwiegend aus erneuerbaren Energien erfolgen wird, eine überaus komplexe Planungsaufgabe ist, die nur bei gesamtdeutscher Abstimmung ohne die Gefahr von Versorgungslücken umsetzbar wäre.²⁰⁰

Würde man dagegen die Festlegung eines Flächenziels als „Raumordnung“ begreifen und entsprechend den Ländern ein Abweichungsrecht zugestehen (vgl. Art. 72 Abs. 3 Nr. 4 GG), so wäre dies durch den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Bundestreue eingeschränkt. Dieser sieht konkret für den Klimaschutz eine Pflicht zur Zusammenarbeit von Bund und Ländern vor, vgl. § 14 Abs. 2 KSG. Demnach dürfen die Länder bei der Wahrnehmung ihrer Gesetzgebungskompetenz die bundesrechtlichen Klimaschutzziele bzw. das Ziel der

¹⁹⁴ *Kment*, Sachdienliche Änderungen des Baugesetzbuchs zur Förderung von Flächenausweisungen für Windenergieanlagen, Augsburg 2020, S. 46.

¹⁹⁵ VGH Mannheim, ZfBR 2000, 63 (64).

¹⁹⁶ BVerwG, NVwZ 2002, 476 (479).

¹⁹⁷ Damit würde sogleich das Substanzgebot der Rechtsprechung konkretisiert (vgl. Fn. 190), was zu einer Erhöhung der Rechtsicherheit bei der planenden Gemeinde führen würde.

¹⁹⁸ *Rodi*, Das Recht der Windkraftnutzung zu Lande unter Reformdruck, ZUR 2017, 658 (660 f); *Agatz*, Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, 584 (597); *Hermes*, Planungsrechtliche Sicherung einer Energiebedarfsplanung – ein Reformvorschlag, ZUR 2014, 259 (261).

(261); kritisch *Thomann*, Konzentrationsflächen für Windenergieanlagen in Flächennutzungsplänen, 2018, S. 489. Der Koalitionsvertrag sieht vor, dass für Windenergie an Land 2 % der Landesflächen ausgewiesen werden, vgl. S. 57.

¹⁹⁹ *Degenhart*, Gegenstände der konkurrierenden Gesetzgebung, in: Sachs, GG Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 74 Rn. 46.

²⁰⁰ *Kment*, Sachdienliche Änderungen des Baugesetzbuchs zur Förderung von Flächenausweisungen für Windenergieanlagen, 2020, S. 59.

Klimaneutralität (welches seinerseits Verfassungsrang hat)²⁰¹ nicht gefährden, womit ihnen eine Abweichung von der bundesgesetzlich festgelegten Flächenvorgabe grundsätzlich untersagt wäre.

Bei der konkreten Ausgestaltung wäre der Bundesgesetzgeber weitestgehend frei, müsste sich bei der Bedarfsdefinition aber selbstverständlich an die aus wissenschaftlich belastbaren Modellierungen hervorgegangenen Prognosen richten.²⁰² Das im Koalitionsvertrag vorgegebene 2 %-Ziel, das im Übrigen schon seit einigen Jahren den energiepolitischen Diskurs prägt, wird nach aktuellem Wissensstand grundsätzlich als ausreichend erachtet, die bis 2045 zu erbringende Windenergieleistung (zwischen 145 GW und > 200 GW) zu erreichen.²⁰³ Gleichwohl hängt der genau Flächenbedarf von einer Reihe heute noch unsicherer Faktoren ab (z.B. zukünftiger Strombedarf, Anteil der Windenergie an Land am künftigen Strommix, Anlageneffizienz, Nutzbarkeit ausgewiesener Flächen), sodass regelmäßige Korrekturen seitens des Gesetzgebers erforderlich werden könnten - dies umso mehr mit Blick auf das verfassungsrechtlich gebotene Willkürverbots, das eine regelmäßige Überprüfung anhand des aktuellen Wissensstandes gebietet.²⁰⁴

Für die Gemeinde resultiert aus den gesetzlich definierten Zielwerten zwar keine Planungspflicht,²⁰⁵ den ihr zugeschriebenen Windenergie-Beitragswert zu erreichen; allerdings wäre absehbar, inwieweit die Anstrengungen der Kommunen ausreichen und an welchen Stellen nachgeschärft werden müsste. Die Prüfung des gemeindlichen Nachweises könnte im Rahmen eines Plausibilitätschecks durch die Bundesnetzagentur erfolgen, die sich insoweit durch große personale Fachkompetenz auszeichnet.²⁰⁶

Um dennoch einen Anreiz zur Erreichung der Zielwerte zu setzen, wird teilweise vertreten, dass bei ausreichender Flächenausweisung die Konzentrationsflächenplanung wieder in Kraft treten könne,²⁰⁷ womit die Gemeinde das Planungsgeschehen wieder spezifischer steuern könnte. Dieser jüngst auch vom SRU vertretene²⁰⁸ Ansatz greift aber aus mehreren Gründen zu kurz und bietet keine hinreichende Gewähr für einen in Zukunft ausreichenden Windenergie-Zubau:

²⁰¹ BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, Rn. 198 – juris.

²⁰² BVerfG, Urteil vom 16.3.2004 – 1 BvR 1778/01 – juris.

²⁰³ Kopernikus-Projekt Ariadne, Deutschland auf dem Weg zur Klimaneutralität 2045. Szenarien und Pfade im Modellvergleich. Ariadne Report, 2021; im Internet abrufbar unter:

https://ariadneprojekt.de/media/2021/10/Ariadne_Szenarienreport_Oktober2021_lowres.pdf

(zuletzt abgerufen am 6.2.2022); Lux et al., Langfristszenarien für die Transformation des Energiesystems in Deutschland. Angebotsseite Treibhausgasneutrale Szenarien. 2021; im Internet abrufbar unter:

https://langfristszenarien.de/enertile-explorer-wAssets/docs/LFS_Webinar_Angebot_final.pdf (zuletzt abgerufen am 6.2.2022).

²⁰⁴ Zu den verfassungsrechtlichen Aspekten der Bedarfsprüfung Köck et al., Das Instrument der Bedarfsplanung – Rechtliche Möglichkeiten für und verfahrensrechtliche Anforderungen an ein Instrument für mehr Umweltschutz, 2017; im Internet abrufbar unter:

https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/1410/publikationen/2017-09-05_texte_552017_bedarfsplanung_v2.pdf (zuletzt abgerufen am 6.2.2022).

²⁰⁵ Zur Einführung einer Planungspflicht zugunsten der Windenergie Kment, Sachdienliche Änderungen des Baugesetzbuchs zur Förderung von Flächenausweisungen für Windenergieanlagen, Dezember 2020, S. 92 ff. Siehe generell zu Planungspflichten auch Moench, Die Planungspflicht der Gemeinden, DVBl. 2005, 676.

²⁰⁶ Kümper, Das Verhältnis der Bundesfachplanung nach §§ 4 ff. NABEG zur Raumordnung der Länder, NVwZ 2014, 1409 ff.

²⁰⁷ Vgl. Kment, Sachdienliche Änderungen des Baugesetzbuchs zur Förderung von Flächenausweisungen für Windenergieanlagen, 2020, S. 55

²⁰⁸ SRU, Klimaschutz braucht Rückenwind: Für einen konsequenten Ausbau der Windenergie an Land, 2022, S. 22.

Zum einen würde damit übersehen, dass regionale Planungsträger auch ohne die Konzentrationszonenplanung Windenergievorhaben einschränken können, indem sie den Außenbereich etwa für landwirtschaftliche Betriebe freihalten. Damit entfällt aber zugleich der vorgegebene Anreiz für Gemeinden, ein dem Flächenziel entsprechenden Anteil für die Windenergie zu sichern bzw. erweist sich dieser Anreiz als nicht stark genug, den jeweils angestrebten Flächenanteil am Ende auch wirklich zu erreichen. Im Übrigen ist der Rückgriff auf ein den Windenergieausbau hemmendes Planungsinstrumente gerade nicht zielführend und sollte – selbst bei Erreichen von temporären Flächenzielen (die sich später u.U. als nicht ausreichend erweisen) – nicht forciert werden. Auch begünstigt ein Mehr an Windenergie in topografisch besonders geeigneten Regionen die Kompensation fehlender Flächenausweisungen in anderen Gebieten und damit auch das Gelingen der Energiewende als gesamtdeutsches Projekt. Insgesamt sollte also von einer nur bedingten Aussetzung der Konzentrationsflächenplanung als ein den Windenergieausbau hemmendes Element in jedem Fall abgesehen werden, zumal eine derartige Regelung bestehende Rechtsunsicherheiten und Verzögerungen bei der Vorhabenrealisierung noch verschärfen und sich damit insgesamt negativ auf die Energiewende auswirken könnte.²⁰⁹

c) Konsequenz für Tagebautransformation

Die konsequente und dauerhafte Herauslösung der Windenergie aus der Konzentrationszonenplanung dagegen hätte auch mit Blick auf die in diesem Beitrag thematisierte Tagebau-Transformation eine grundsätzlich positive Wirkung: Bislang resultiert die strikte Verbindlichkeit von Eignungsgebieten gegenüber Windkraftvorhaben aus der Vorschrift des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB. Als „Brücke“ zur Raumordnung ermöglicht die Regelung damit eine Steuerung durch das Raumordnungsrecht. Würde man die Windenergienutzung aus dem Anwendungsbereich des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB lösen, wäre die Brücke zum Raumordnungsrecht eingerissen und die Ausschlusswirkung von Eignungsgebieten folglich aufgehoben. Die Ausschlusswirkung des Planungsrechts würde sich dann nicht mehr direkt auf die Anlagenzulassung auswirken. Damit könnten ehemalige Kohleabbaugebiete in Brandenburg und Sachsen planungsrechtlich für die Nutzung mit erneuerbaren Energien gesichert werden.

3. Einführung einer Planungspflicht zugunsten der Windenergie

Planungspflichten, die auf einen konkreten Planungsinhalt abzielen, existieren neben § 1 Abs.

²⁰⁹ Die Konzentrationsflächenplanung hat sich in der Vergangenheit als ausgesprochen fehleranfällig erwiesen und war schon Grund zahlreicher zeitintensiver Klageverfahren gegen Windkraftvorhaben, vgl. *Wegner*, Fehlerquellen von Windenergiekonzentrationszonenplanungen. Ein Update. Hintergrundpapier, 2018; im Internet abrufbar unter: https://stiftungumweltenergierecht.de/wp-content/uploads/2018/12/Stiftung_Umweltenergierecht_WueBerichte_37_Fehlerquellen_Update_2018-12-12.pdf (zuletzt abgerufen am 6.2.2022). Insofern räumt auch der SRU ein, dass „die bisherigen Erfahrungen mit der planerischen Ausweisung von Windnutzungsräumen (haben), dass auch den Trägern der Regionalplanung Fehler unterlaufen und dass sie bei der Konzentrationsflächenplanung an ihre Grenzen kommen.“, SRU, Klimaschutz braucht Rückenwind: Für einen konsequenten Ausbau der Windenergie an Land, 2022, S. 21.

3 S. 1 BauGB bislang nicht,²¹⁰ könnten allerdings durch entsprechende Regelung im BauGB zwecks hinreichender Flächenausweisung für die Windenergienutzung eingeführt werden. Insofern wird zwar der Einwand erhoben, dass eine pauschale Flächenzuweisung, die dann für alle Gemeinden gelte, unabhängig davon, ob sie die Qualität und Menge an Fläche überhaupt besäßen, u. U. zu einer unzumutbaren Belastung und mithin zu einer Verletzung des Art. 28 Abs. 2 GG führen könnte.²¹¹ Diesen Bedenken könnte jedoch durch ein interkommunales „Verrechnungssystem“ entgegengewirkt werden,²¹² dass es Gemeinden mit geringerem Flächenpotenzial in begründeten Ausnahmefällen ermöglichen würde, die „Zu-viel-Ausweisung“ anderer Kommunen zu übernehmen.²¹³ Denkbar wäre beispielsweise ein System handelbarer Flächenausweisungsverpflichtungen, bei dem Regionen ihren fehlenden Flächenanteil durch finanzielle Unterstützung anderer Regionen mit zusätzlicher Ausweisung kompensieren könnten.²¹⁴

Vorteil dieser Lösung wäre, dass ausreichend Flächen verbindlich und v.a. durchsetzbar für die Windenergie festgelegt werden könnten. Ein Verstoß gegen Planungspflichten würde insofern die Androhung bzw. als ultima ratio die Durchführung einer Ersatzvornahme nach sich ziehen.²¹⁵ Als städtebauliche Planungsmaßnahme wäre dies grundsätzlich mit Art. 28 Abs. 2 GG vereinbar,²¹⁶ würde aber selbstverständlich einen erhöhten Rechtfertigungsaufwand bedeuten.

4. Einführung eines Windenergie-an-Land-Gesetzes zur Beschleunigung der Zulassungsverfahren

Neben den dargestellten Ansätzen zur planerischen Ausweitung der Flächenkapazität für Windenergieanlagen, zielt der von Bringewat und Scharfenstein vorgelegte Entwurf eines Windenergie-an-Land-Gesetzes²¹⁷ durch Bündelung der Planungs- und Genehmigungsvorschriften in einem Gesetz primär auf die Beschleunigung der Zulassung entsprechender Anlagen ab.²¹⁸ Wird ein Windparkgebiet demnach durch behördliche Feststellungsentscheidung gem. § 35 VwVfG festgesetzt, sind Energieanlagen innerhalb dieser Gebiete regelmäßig zulässig.²¹⁹ Für die konkrete Zulassungsentscheidung sind demnach nur noch solche Aspekte des materiellen Rechts entscheidend, die nicht bereits bei Festsetzung des Windparkgebiets geprüft wurden. Damit könnten redundante Prüfschritte, die häufig zu

²¹⁰ Es gibt eine wenige besondere Planungspflichten, wie beispielsweise städtebauliche Entwicklungsmaßnahmen (§ 165 Abs. 1 S. 2 BauGB), die aber in keinem Fall auf einen konkreten Planungsinhalt abzielen, sondern vielmehr eine überfachliche Thematik regeln.

²¹¹ *Kment*, Sachdienliche Änderungen des Baugesetzbuchs zur Förderung von Flächenausweisungen für Windenergieanlagen, 2020, S. 94.

²¹² Ebd., S. 68.

²¹³ Gegen eine Verrechnung spricht der Belang der Energieversorgungssicherheit, der eine gleichmäßige Verteilung von Windenergieanlagen im gesamten Bundesgebiet voraussetzt. Eine Verrechnung sollte daher nur in begründeten Ausnahmefällen als ultima ratio zur Anwendung kommen.

²¹⁴ Näher zu diesem Vorschlag *Beckers et al.*, Die staatliche Entscheidung für den Ausbau von Windenergie an Land und Optionen ihrer Umsetzung. Eine Analyse auf Basis institutionenökonomischer Erkenntnisse, ZUR 2017, 643 ff.

²¹⁵ Siehe exemplarisch Art. 113 BayGO; § 123 GO NRW.

²¹⁶ BVerwG, NVwZ 2004, 220 (226).

²¹⁷ *Bringewat/ Scharfenstein*, Entwurf für ein Windenergie-an-Land-Gesetz, 2021.

²¹⁸ Das Genehmigungsverfahren für Windkraftanlagen dauert durchschnittlich vier bis fünf Jahre.

²¹⁹ *Bringewat/ Scharfenstein*, Entwurf für ein Windenergie-an-Land-Gesetz, 2021, S. 4.

überlangen Verfahrensdauern führen, vermieden und der Windenergieausbau zügiger vorangetrieben werden.²²⁰ Die Verlegung des Genehmigungsverfahrens aus dem BImSchG in ein autonomes Regelungsregime wäre unionsrechtlich unbedenklich, solange die entsprechenden umweltverfahrensrechtlichen Vorschriften gewahrt werden.²²¹ Kompetenzrechtliche Grundlage wäre Art. 74 Nr. 11 GG.

5. Fazit

Zur Bereitstellung ausreichender Flächen für die Windenergienutzung ist die Freistellung entsprechender Anlagen von der Konzentrationsflächenplanung ein im Grunde geeignetes Instrument, von dem eine zeitnahe gesetzliche Umsetzung wegen des geringen Änderungserfordernisses noch am ehesten zu erwarten ist. Kombiniert werden müsste dieser Schritt aber idealerweise mit der Einführung eines Bedarfsfeststellungsgesetzes, mit dem der Gesetzgeber den von jeder Gemeinde zu erreichenden Windenergie-Beitragswert verbindlich (aber für die Gemeinde nicht verpflichtend) festlegen könnte. Da eine entsprechende Regelung zwangsläufig mit einem Kompetenzverlust bei der ansonsten planungsberechtigten Gemeinde einhergeht, ist aus verfassungsrechtlicher Sicht das Recht auf kommunale Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG betroffen. Angesichts der herausragenden Bedeutung des Ausbaus erneuerbarer Energien für den Klimaschutz ist von einer Verfassungswidrigkeit aber gleichwohl nicht auszugehen. Der unantastbare Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung wäre insofern nur dann in verfassungswidriger Weise verletzt, wenn „die Gemeinde keinen ausreichenden Spielraum zur Ausübung mehr hat“.²²² Eine derartige Einschränkung droht hier aber gerade nicht, da die Gemeinde nur (temporär) hinsichtlich der Ausweisung von Konzentrationszonen für die Windenergie eingeschränkt wird. Da ihr insoweit nur eines der zahlreichen Instrumente aus der Hand genommen wird, dürfte es sich um eine lediglich marginale Belastung handeln, die zudem mit Blick auf die verfolgten Ziele (Klimaschutz und Versorgungssicherheit der Bevölkerung) verhältnismäßig ist.²²³

D. Steuerungsinstrumente für Akzeptanzsteigerung durch lokale Wertschöpfung

Werden Großkraftwerke im Zuge des Kohleausstiegs nach und nach abgeschaltet, stellt sich die Frage nach der Kompensation für die dann wegfallende lokale Wertschöpfung.²²⁴ Neue

²²⁰ Darüber hinaus muss aber auch das materielle Recht als solches vereinfacht und konkretisiert werden, um einzuhaltende Anforderungen für die Rechtsanwender verständlicher zu gestalten, vgl. SRU, Klimaschutz braucht Rückenwind: Für einen konsequenten Ausbau der Windenergie an Land, 2022, S. 51. Dort finden sich auch weitergehende Vorschläge zur Beschleunigung von Genehmigungsverfahren.

²²¹ *Bringewat/Scharfenstein*, Entwurf für ein Windenergie-an-Land-Gesetz, 2021, S. 10.

²²² BVerfG, Beschluss vom 23.11.1988 – 2 BvR 1628/83 – juris.

²²³ Zum Verhältnismäßigkeitserfordernis siehe BVerfG, Beschluss vom 27.1.2010 – 2 BvR 2189/04.

²²⁴ Allein im Rheinischen Revier werden mehr als 9000 Arbeitsplätze wegfallen, vgl. *Schultz*, Raus aus der Kohle - ohne Jobkahlschlag, Spiegel 2017; im Internet abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/kohleausstieg-raus-aus-der-kohle-ohne-jobkahlschlag-a-1146613.html> (zuletzt abgerufen am 11.3.2021); gleichzeitig darf nicht übersehen werden, dass von den Anfängen der Braunkohlegewinnung bis heute bundesweit mehr als 100.000 Menschen (zwangsweise) umgesiedelt und 400 Ortschaften devastiert wurden, vgl. *Berkner et al.*, Braunkohlenplanung und Umsiedlungsproblematik in der Raumordnungsplanung Brandenburgs, Nordrhein-Westfalens, Sachsens und Sachsen-Anhalts, 2000, S. 3. Auch

Arbeitsplätze könnten insofern durch den Ausbau der erneuerbaren Energien geschaffen werden. Doch selbst wenn EE-Vorhaben in Tagebauregionen großflächig etabliert würden und insgesamt wie gesagt die Wertschöpfung sogar zunehmen könnte, führt dies nicht automatisch dazu, dass die Bevölkerung in den Regionen auch ökonomisch von den vor Ort installierten Anlagen profitiert. Die Generierung größtmöglicher regionalökonomischer Teilhabe ist aber neben der Schaffung neuer Arbeitsplätze, gerade auch mit Blick auf die Akzeptanzsteigerung entsprechender Vorhaben, ein wichtiger Punkt.²²⁵ Die Diskussion zur Akzeptanz des EE-Ausbaus und hier v.a. von Windkraftanlagen darf sich daher nicht auf genehmigungsrechtliche Beteiligungsformen beschränken, sondern muss auch Aspekte der finanziellen Teilhabe mitdenken.²²⁶ Das legt im Übrigen auch der Gedanke des Art. 22 der EU-Erneuerbare-Energien-Richtlinie nahe, nach deren Abs. 1 die Mitgliedstaaten beispielsweise eine Beteiligung von „Endkunden und insbesondere Haushalten an einer Erneuerbare-Energie-Gemeinschaft“ sicherzustellen haben.²²⁷ Zur Erreichung regionalökonomischer Teilhabe ist es damit, neben der Einbindung von Gemeindebürgern in die konkreten Arbeitsabläufe, u.U. ratsam, die aus Windkraftanlagen vor Ort erzielten Gewinne ein Stück weit zu solidarisieren. Im Unterschied zu anderen gemeinnützigen Infrastrukturvorhaben ist die monetäre Einbindung der Betreiber dabei durch die zusätzliche Privatnützigkeit ihrer Anlagen sowie die tatsächliche Gewinnerzielung möglicherweise auch noch stärker gerechtfertigt. Wie genau eine finanzielle Beteiligung rechtskonform und praktisch sinnvoll ausgestaltet werden könnte, ist dabei keineswegs trivial und soll im Folgenden näher evaluiert werden.²²⁸ Dabei richtet sich der Fokus weniger auf die detailgenaue Darstellung, sondern soll vielmehr einen Überblick über die diskutierten Ansätze liefern und damit zu weiteren Diskussionen anregen.

I. Bürgerbeteiligung an EE-Anlagen

Anzudenken wäre, die Einwohner vor Ort an den aus EE-Anlagen erwirtschafteten Erlösen finanziell zu beteiligen, indem beispielsweise ein bestimmter Anteil der Bürgerbeteiligung zur Voraussetzung für eine EEG-Förderung gemacht wird oder die Anlagenbetreiber zur Angebotsabgabe einer finanziellen Beteiligungsmöglichkeit zu verpflichten. Letzteres wird durch das Bürger- und Gemeindebeteiligungsgesetz Mecklenburg-Vorpommern schon seit 2016 praktiziert.²²⁹ Wichtig wäre hier eine rechtssichere gesellschaftliche Ausgestaltung, damit

werden, wie weiter oben bereits erwähnt, Arbeitsplätze in anderen Bereichen entstehen.

²²⁵ Zu den Akzeptanzproblemen bei zunehmendem Windenergieausbau *Hübner/Pohl*, Mehr Abstand – mehr Akzeptanz?, 2015, S. 20 Tabelle 3; zu weiteren akzeptanzschaffenden Maßnahmen vgl. SRU, Klimaschutz braucht Rückenwind: Für einen konsequenten Ausbau der Windenergie an Land, 2022, S. 55 ff.

²²⁶ Zu finanziellen Beteiligungsformen hat das BMWi auch bereits einige Vorschläge gemacht, vgl. BMWi, Finanzielle Beteiligung von Kommunen und Bürgern am Betrieb von Windenergieanlagen, 2020.

²²⁷ Richtlinie (EU) 2018/2001, ABl. EU 2018, Nr. L 328, S. 82; die Umsetzungsfrist endete im Juni 2021.

²²⁸ Siehe zu den diversen Beteiligungsformen auch *Hoffmann/Wegner*, Mechanismen finanzieller Teilhabe am Ausbau der Windenergie, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 7, 2018.

²²⁹ In diesem Gesetz werden Pflichten für die Betreiber von genehmigungsbedürftigen Windenergieanlagen für die Beteiligung von Bürgern aufgestellt, Bürger- und Gemeindebeteiligungsgesetz (BüGembeteilG M-V) vom 18.5.2016, GVOBl. M-V 2016, S. 258; kritisch zur unflexiblen Ausgestaltung des Gesetzes BDEW, Gemeinsame Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes von Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden an Windparks in Mecklenburg Vorpommern und zur Änderung weiterer Gesetze, 2015; vgl. zu Teilhabemodellen insgesamt *Wegner*, Verfassungsrechtliche Fragen ordnungsrechtlicher Teilhabemodelle am Beispiel des Bürger- und Gemeindebeteiligungsgesetzes Mecklenburg-Vorpommern, 2018, S. 7; siehe dazu vertieft *Wegner*, Verfassungsrechtliche Fragen ordnungsrechtlicher Teilhabemodelle am Beispiel des Bürger- und

eine tatsächliche Kapitalbeteiligung auch wirklich stattfindet.²³⁰

Außerdem müsste die Konformität mit höherrangigem Recht gewährleistet sein. Aus beihilfenrechtlicher Sicht wäre eine Bürgerbeteiligung insbesondere wegen ihrer akzeptanzfördernden Wirkung aller Voraussicht nach unbedenklich. Jedenfalls hat die Kommission im französischen Fördermodell eine vergleichbare Praxis ausdrücklich anerkannt.²³¹ Und auch mit Blick auf verfassungsrechtliche Aspekte, also im Wesentlichen das Eigentumsgrundrecht (Art. 14 GG) und den Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 GG), erscheint die Aufnahme einer Beteiligungsverpflichtung zulässig, wobei es auf die konkrete Ausgestaltung ankommt.²³² Die Gesetzgebungskompetenz für entsprechende Maßnahmen liegt dabei grundsätzlich beim Bund, doch sind die Länder gemäß § 36g Abs. 5 EEG 2021 ausdrücklich ermächtigt, weitergehende Regelungen zur Bürgerbeteiligung und zur Akzeptanzsteigerung zu schaffen. Zugleich begegnet ein solches Beteiligungsmodell jedoch auch Bedenken: Erstens beschränkt sich der Kreis der Beteiligten möglicherweise nur auf Wenige, nicht jedoch auf die Gesamtheit der vor Ort Betroffenen, womit der Erfolg stark von der Anzahl der Mitwirkenden abhinge und eine generell akzeptanzsteigende Wirkung eher nicht zu erwarten ist. Zweitens ist der Erwerb von Gesellschaftsanteilen an einer Windkraftanlage gerade für Menschen mit geringerem Einkommen eher unrealistisch, was zu einem Ausschluss bestimmter Gesellschaftsschichten führen würde. Und schließlich bedeutete die quasi zwangsweise durchgeführte Bürgerbeteiligung grundsätzlich einen Standortnachteil gegenüber Projektentwicklern in Bundesländern ohne entsprechende Maßnahmen, der aber durch Einführung eines bundeseinheitlichen Modells ausgeräumt werden könnte.²³³ So oder so ist die derzeitige Begrenzung auf sechs Windenergieanlagen mit max. 18 MW, auf die Gebote von Bürgerenergiegesellschaften nach § 36g Abs. 1 EEG 2021 heute begrenzt sind, u.U. auch gar nicht mehr geeignet, eine dynamische, sich an der Anlagentechnologie orientierenden Beteiligung zu erreichen.²³⁴

Gemeindenbeteiligungsgesetzes Mecklenburg-Vorpommern, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 8, 2018.

²³⁰ Das Vorgängermodell der Bürgerenergiegesellschaft, für das der Gesetzgeber zur Akzeptanzsteigerung diverse Privilegien eingeführt hatte, war insoweit fehlerhaft - und wurde deswegen auch weitestgehend wieder abgeschafft - da eine Bürgerbeteiligung auch ohne wesentliche finanzielle Beteiligung der Bürger möglich war und es lediglich auf die Stimmrechte ankam, womit von den wirtschaftlichen Erlösen bei den Bürgern aber kaum etwas ankam, vgl. *Wegner*, Übergreifende Entwicklungslinien und aktuelle Herausforderungen im Recht der Energiewende, 2018, S. 16.

²³¹ Vgl. Fn. 155.

²³² Dabei sollten allerdings auch die Ergebnisse der eingereichten Verfassungsbeschwerde gegen das Bürgerbeteiligungsgesetz in Mecklenburg-Vorpommern (Az. BVerfG – 1 BvR 1187/17) berücksichtigt werden, die gegenwärtig jedoch noch nicht bekannt sind; vgl. hierzu auch die vom Bundestag in Auftrag gegebene Kurzstudie, die zu der Auffassung kommt, dass das Bürger- und Gemeindebeteiligungsgesetz verfassungskonform ist; Deutscher Bundestag, Vereinbarkeit des Bürger- und Gemeindebeteiligungsgesetz M-V mit den Grundrechten der Vorhabenträger und Möglichkeiten zur Schaffung entsprechender Regelungen auf Bundesebene, 2016; im Internet abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/436774/aa68090c6bd582dde2d35ed97f52e809/WD-3-149-16-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 12.4.2021).

²³³ *Kahl/Wegner*, Kommunale Teilhabe an der lokalen Wertschöpfung der Windenergie: Das Instrument einer Außenbereichsabgabe, 2018, S. 2 ff.

²³⁴ BWE, Aktionsprogramm für die 20. Legislaturperiode, 2021, S. 27.

II. Direkte Zahlungen an betroffene Kommunen

Zur Erreichung flächendeckender Akzeptanz wäre alternativ zu der Beteiligung Einzelner auch die Einführung einer Zahlungspflicht von EE-Anlagenbetreibern an betroffene Kommunen möglich.²³⁵ Die könnten die Mehreinnahmen an ihre Bewohner weitergeben oder in gemeinnützige Projekte investieren. Da es sich insoweit nicht um Zahlungen an Unternehmen handelt und keine staatlichen Mittel verteilt werden, bestehen beihilferechtlich keine Bedenken, wobei aus unionsrechtlicher Sicht noch zu prüfen wäre, ob durch die Einführung entsprechender Abgaben die Kapital- und Niederlassungsfreiheit verletzt wäre.²³⁶ Ein entsprechender Ansatz wird seit der jüngsten EEG-Reform in § 6 EEG 2021 n.F.²³⁷ verfolgt, der für Wind- und PV-Anlagenbetreiber die Möglichkeit der einseitigen finanziellen Zuwendung an betroffene Gemeinden explizit vorsieht. Regelungszweck ist dabei nicht nur die Akzeptanzsteigerung durch finanzielle Beteiligung. Auch wird hierdurch den Risiken einer eventuellen Strafbarkeit nach den §§ 331-334 StGB vorgebeugt, den schon heute zahlungswillige Projektierer wegen möglicher Bestechung (bzw. auch die annehmenden Gemeinden wegen Vorteilsnahme) ohne eine klare Regelung eventuell ausgesetzt wären.²³⁸ Bislang sieht die Regelung in § 6 EEG 2021 jedoch eine Rückzahlungspflicht der Netzbetreiber an die EEA-Betreiber vor, was letztendlich zu einer Refinanzierung durch die Verbraucher führt, für die sich die Mehrkosten in einer erhöhten EEG-Umlage widerspiegeln. Insofern ist mit dieser Vorschrift gerade keine Abgabe des Projektierers geregelt, sondern vielmehr eine monetäre Verschiebung zu Lasten der Letztverbraucher geschaffen worden. Ein Umstand, den man gerecht finden mag, ist es doch die Verbrauchergemeinschaft, die letztendlich von der Energiewende profitiert. Fraglich bleibt jedoch, ob auf diese Weise die gewünschte Akzeptanzsteigerung erreicht werden kann oder ob nicht die „verdeckten“ Mehrkosten am Ende das Gegenteil bewirken.

III. Änderungen bei Grund- und Gewerbesteuer

Ebenso ließe sich der „local content“ über die Anhebung der von EEA-Betreibern an Standortgemeinden zu zahlenden Grund- und Gewerbesteuer erhöhen.²³⁹ Da auch bei steuerlichen Maßnahmen das Beihilfenrecht eine begrenzende Wirkung haben kann, muss sichergestellt sein, dass sich die Neuregelung nicht zugunsten eines Unternehmens als

²³⁵ *Wegner*, Übergreifende Entwicklungslinien und aktuelle Herausforderungen im Recht der Energiewende, 2018, S. 17 ff.

²³⁶ Verneinend Agora Energiewende, Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie? Zwei Strategievorschläge zur Sicherung der Standortakzeptanz von Onshore-Windenergie, 2017, S. 66; im Internet abrufbar unter: https://www.agora-energiawende.de/fileadmin/Projekte/2017/Akzeptanz_Windenergie/Agora_Akzeptanz_Onshore_Windenergie_WEB.pdf (zuletzt abgerufen am 12.4.2021).

²³⁷ Die Vorgängerregelung § 36 k EEG 2021 a.F. war in vielerlei Hinsicht unklar und wurde daher durch § 6 EEG 2021 n.F. ersetzt sowie auf PV-Anlagen ausgeweitet.

²³⁸ Vielerorts wollen Projektierer die Standortgemeinden an ihren Einnahmen beteiligen, auch um ihre Erfolgsaussichten im Planungs- und Genehmigungsverfahren zu erhöhen. Damit dient die Neuregelung zur Kommunalbeteiligung in erster Linie der strafrechtlichen Absicherung einer bereits gelebten Praxis, womit sich die Frage stellt, ob nicht eine Regelung im StGB sinnvoller gewesen wäre.

²³⁹ Vgl. <https://www.nordkurier.de/demmin/mehr-windkraft-geld-fuer-die-gemeinden-2131561803.html> (zuletzt abgerufen am 14.3.2021).

selektiver wirtschaftlicher Vorteil auswirkt.²⁴⁰ Dies wäre wohl nur dann der Fall, wenn die Maßnahme die von einem Unternehmen gewöhnlicher Weise zu tragende Steuerlast verringern würde, wohingegen Regelungen von rein allgemeinem Charakter, die keine begünstigende Wirkung gegenüber bestimmten Branchen aufweisen, auch beihilferechtlich irrelevant sind.²⁴¹ Aus diesem Grund dürfte bei den vorgeschlagenen steuerlichen Änderungen mangels unternehmensspezifischer Begünstigung im Ergebnis keine Beihilfenrelevanz bestehen.

IV. Konzessionsabgabe für Einspeisung

Alternativ zur Einführung einer direkten Zahlungspflicht könnte die finanzielle Stärkung betroffener Kommunen auch durch Konzessionsabgaben für EE-Anlagen erreicht werden.²⁴² Da ein solches Abgabensystem im derzeitigen Energierecht nicht vorgesehen ist, wären Änderungen sowohl im EnWG als auch der hierauf beruhenden Konzessionsabgabenverordnung (KAV) erforderlich, die wie folgt aussehen könnten: Bislang sind Netzbetreiber nach § 48 EnWG verpflichtet, als Gegenleistung für die Nutzung von Leitungen auf Gemeindegebiet Abgaben zu entrichten, die sie über die Netzentgelte an Letztverbraucher weitergeben. Über entsprechende Änderungen, deren konkrete Ausgestaltung noch näher zu prüfen wäre, könnten die Mehrkosten anstatt an die Stromkunden an Betreiber von EE-Anlagen weitergegeben werden, allerdings darf die Ausgestaltung einer solchen Regelung auf die Investitionsentscheidung potenzieller Anlagenbetreiber keine abschreckende Wirkung haben. Die Einführung einer Konzessionsabgabe, sowie auch sonstige finanzielle Beteiligungsformen, sollten daher gut durchdacht und ggf. einer weiteren Prüfung unterzogen werden.²⁴³

V. Abgabe für die Inanspruchnahme des Außenbereichs

Ein weiteres Instrument, das von den bisher vorgestellten den geringsten Bedenken begegnet, wäre die Einführung einer Abgabe für die Inanspruchnahme von Außenbereichsflächen (zu denen auch Tagebauregionen gehören). Im Gegensatz zu Sonderabgaben wäre hier keine besondere Finanzierungsverantwortung zu begründen, jede Standortgemeinde könnte zudem frei über die Einführung entscheiden, die schließlich aus Vertrauensschutzgründen auch nur für Neuanlagen erhoben würde.²⁴⁴ Hintergrund dieses Konzepts ist die Entscheidung des BVerfG zum sog. Wasserpfennig, in dem das Gericht betonte, dass die Vorteilsabschöpfung (in Form einer Abgabe bzw. Ressourcennutzungsgebühr) bei demjenigen, der ein knappes Gut der

²⁴⁰ Siehe ausführlich z.B. *Blumenberg*, Aktuelle Entwicklungen des EU-Beihilferechts im Bereich der deutschen Unternehmensbesteuerung, 2017, S. 20.

²⁴¹ Europäische Kommission, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der europäischen Union (2016/C 26/01), Juli 2016, Rn. 118.

²⁴² Dieser Vorschlag kommt vom Städte- und Gemeindebund Brandenburg, siehe dazu das Interview mit dem zuständigen Referatsleiter Sebastian Kunze „Kleinere Gemeinden würden sehr profitieren“ in: *neue energie* 3/2018, S. 68.

²⁴³ Vgl. dazu, insbesondere zum Recht auf kommunale Selbstverwaltung und zum Äquivalenzprinzip bei der Bemessung der Höhe von Konzessionen bzw. Verleihungsgebühren, *Hoffmann/Wegner*, Mechanismen finanzieller Teilhabe am Ausbau der Windenergie, 2018, S. 27 ff.

²⁴⁴ Vgl. hierzu auch *Köck*, Zur Parallelität von Wassernutzungsrechten und Windnutzungsrechten, *ZUR* 2017, 684 ff.

Allgemeinheit für sich in Anspruch nimmt, bei Vorliegen einer staatlichen Bewirtschaftungsordnung gerechtfertigt sei.²⁴⁵ Auch wenn es in dieser Entscheidung um die Wassernutzung ging, beschränkt sich der Tenor nicht auf diesen Bereich, wie eine jüngere Rechtsprechung des BVerwG zur kostenpflichtigen Versteigerung von Emissionszertifikaten zeigt.²⁴⁶

Ebenso wie Wasser und Luft müsste damit auch der Außenbereich eine *knappe Ressource* sein. Dies lässt sich unter Zugrundelegung folgender Erwägungen bestätigen: Bei Außenbereichsflächen handelt es sich um Räume, die vielfältigen, oftmals konkurrierenden Nutzungsansprüchen gerecht werden müssen, sei es durch die Land- und Forstwirtschaft, sei es für die Allgemeinheit zu Erholungszwecken oder auch zur staatlichen Infrastrukturplanung.²⁴⁷ Neben naturschutzrechtlichen Vorgaben wird dieser faktischen Flächenknappheit insbesondere durch das Baurecht, konkret durch § 35 BauGB, Rechnung getragen, der zur Gewährleistung eines sparsamen und schonenden Umgangs die bauliche Nutzung des Außenbereichs nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässt.²⁴⁸ Zwar kann die Gemeinde Außenbereichsflächen jederzeit überplanen und damit Belange im Rahmen der Abwägung überwinden, deren Schutz § 35 BauGB bezweckt – doch sind auch hier die kommunalen Planungsträger im Rahmen der Planaufstellung gemäß § 1a Abs. 2 S. 1 BauGB zu einem flächensparsamen Vorgehen verpflichtet.²⁴⁹ Damit kann von einer Knappheit des Guts der Außenbereichsflächen sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Sicht ausgegangen werden. Auch kann unterstellt werden, dass es sich bei der Zuordnung des Außenbereichs zu Windenergieanlagen um eine *öffentlich-rechtliche Bewirtschaftungsordnung* handelt, die, wie eingangs dargestellt, im mehrstufigen System der (fachplanerischen) Raumordnung und kommunalen Bauleitplanung erfolgt.²⁵⁰ Damit stellt sich abschließend die Frage, ob Betreiber von Windenergieanlagen durch die planungsrechtlich ermöglichte Nutzung des Außenbereichs einen *Vorteil* erlangen, über den die Allgemeinheit nicht verfügt. Dieser (planungsbedingte) Sondervorteil kann sich beispielsweise durch Ausweisung einer Konzentrationsfläche für die Windenergienutzung in Tagebauregionen ergeben.²⁵¹ Aber auch ohne entsprechende Ausweisung würde zur Begründung eines Sondervorteils allein schon die privilegierte Zulässigkeit von WEA nach § 35 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 3 BauGB ausreichen. Dies bestätigt auch ein Blick auf andere Formen erneuerbarer Energien (Nutzung von solarer Strahlungsenergie, Biomasse), die zwar auch in den Privilegierungstatbeständen des § 35 Abs. 1 BauGB auftauchen (Nr. 8, Nr. 6), allerdings jeweils an strengere Voraussetzungen gekoppelt sind. Ganz besonders deutlich wird der Sondervorteil für die Windenergienutzung schließlich im Vergleich zu der Errichtung von Photovoltaik-Freiflächenanlagen, die zwar ebenfalls eine enorme Flächenwirksamkeit besitzen könne, im

²⁴⁵ BVerfG, Beschluss vom 7.11.1995 – 2 BvR 413/88, 2 BvR 1300/93 – juris.

²⁴⁶ Hier argumentierte das Gericht zur Legitimierung von Emissionszertifikaten mit der begrenzten Kapazität der Luft, Treibhausgase aufzunehmen, BVerfG, Beschluss vom 7.11.1995 – 2 BvR 413/88, 2 BvR 1300/93 – juris.

²⁴⁷ Vgl. *Rieger*, Bauen im Außenbereich, in: Schrödter, Baugesetzbuch, 8. Aufl. 2015, § 35 Rn. 3.

²⁴⁸ *Stüer*, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 5. Aufl. 2015, Rn. 2832; *Schrödter*, Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Bauvorhaben im Außenbereich, 2013, S. 147.

²⁴⁹ Dem Zweck der sparsamen Neuinanspruchnahme von Flächen diene auch die Einführung verschiedener Vorschriften für eine stärkere Innenentwicklung, vgl. „Gesetz zur Stärkung der Innenentwicklung in den Städten und Gemeinden und weiteren Fortentwicklung des Städtebaurechts“ vom 11.6.2013, BGBl. I S. 1548.

²⁵⁰ Vgl. *Köck*, Zur Parallelität von Wassernutzungsrechten und Windnutzungsrechten, ZUR 2017, 684 (688).

²⁵¹ Ebd.

Rahmen von § 35 BauGB aber überhaupt nicht privilegiert sind.²⁵²

Die insoweit zulässige Außenbereichsabgabe müsste schließlich auch mit den Grundrechten der betroffenen WEA-Betreiber (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG) kompatibel sein, was grundsätzlich angenommen werden kann.²⁵³ Sollte die Außenbereichsabgabe zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen in den EEG-Ausschreibungen dabei durch bundesweite Regelung erfolgen,²⁵⁴ sollte die Abwicklung über die Netzbetreiber und nicht direkt über die Kommunen erfolgen, da diesen andernfalls mit der Einziehung eine neue Aufgabe zugewiesen würde, was per Bundesgesetz jedoch unzulässig ist, vgl. Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG (Aufgabenübertragungsverbot). Die durch die Netzbetreiber eingezogene Außenbereichsabgabe könnte sodann an die Gemeinde weitergeleitet werden.

Generell sollte bei jeglicher Form von Kommunalabgabe zweierlei bedacht werden: Zum einen sollten Wertungswidersprüche vermieden werden,²⁵⁵ die gerade mit Blick auf die Außenbereichsabgabe aufzutreten drohen, wenn der Windenergie im Außenbereich durch Abschaffung der Konzentrationsflächenplanung zwar zusätzlicher Raum verschafft werden soll, dieses Privileg aber gleichzeitig zum Anlass einer Abgabe an die Kommunen genommen wird. Hier sollte der Gesetzgeber klar differenzieren und verdeutlichen, dass die Ausweisung zusätzlicher Flächen in keinem Zusammenhang mit der Notwendigkeit akzeptanzschaffender Maßnahmen steht. Zum anderen gilt es, das Verhältnis von individueller Betroffenheit und Teilhabe fair auszuloten. So sind möglicherweise nicht alle Gemeindebewohner gleichermaßen von den Unannehmlichkeiten der zu errichtenden Windparks betroffen. Eine pauschale Erlösteilhabe birgt insofern die Gefahr, Konfliktlinien innerhalb der Standortgemeinde weiter zu verschärfen – etwa dann, wenn die zumeist stärker betroffenen Anwohner am Gemeinderand die gleiche Entschädigung erhalten, wie Anwohner, die von der EE-Anlage kaum etwas mitbekommen. Vor diesem Hintergrund könnte neben der allgemeinen Außenbereichsabgabe an die Einführung einer individuellen Entschädigung gedacht werden, deren Höhe sich am Ausmaß der Betroffenheit orientieren könnte. Beides wäre auch integriert möglich, indem etwa die Standortgemeinde als Zahlungsempfänger die Zahlungen je nach Umfang der Betroffenheit an ihre Bewohner weiterleitet. So oder so muss die Kostenlast freilich begrenzt bleiben, um nicht ihrerseits zum Ausbauehemmnis zu werden.

E. Zusammenführung der Ergebnisse

Aus klimapolitischer Sicht bietet die Nachnutzung ehemaliger Tagebauregionen für EE-Anlagen enormes Potenzial. Zudem ermöglicht sie die Schaffung neuer Arbeitsplätze und, bei gegebener kommunaler Teilhabe, die Bewältigung des anstehenden Strukturwandels. Gleichzeitig stellen sich bei der Umsetzung einige rechtliche Herausforderungen, denen aber durch ein systematisches Vorgehen begegnet werden kann. Drei Handlungsfelder wurden

²⁵² *Kahl/Wegner*, Kommunale Teilhabe an der lokalen Wertschöpfung der Windenergie: Das Instrument einer Außenbereichsabgabe, 2018, S. 47.

²⁵³ Ebd., S. 52 ff.; hier findet sich eine ausführliche Prüfung aller in Betracht kommenden Grundrecht unter Auswertung der entsprechenden BVerfG-Judikatur. Ein Grundrechtsverstoß wird dabei nicht festgestellt.

²⁵⁴ Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ergibt sich entweder aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG („Recht der Wirtschaft“ inklusive „Energiewirtschaft“) oder aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG („Bodenrecht“).

²⁵⁵ *Köck/Rheinschmitt*, Länderkompetenzen für die Erhebung einer nichtsteuerlichen Abgabe auf die Windenergienutzung im Außenbereich, NVwZ 2020, 1697 ff.

identifiziert: Dies betrifft zum einen die planungs- bzw. genehmigungsrechtliche Sicherung von ehemaligen Tagebauregionen für die Errichtung und Nutzung von EE-Vorhaben, wobei stets auf die Vereinbarkeit mit den insoweit höherrangigen Zielen der Raumordnung (formuliert im ROG des Bundes) zu achten ist. Bei Diskrepanzen kann das Zielabweichungs- bzw. Zieländerungsverfahren weiterhelfen. Sollte die zu nutzende Fläche überdies im (nicht staatlichen) Eigentum des Tagebaubetreibers bzw. eines Dritten stehen und verfügt dieser über eine Bergbauberechtigung, wären Nachnutzungskonzepte nur mit Zustimmung des Berechtigten möglich. Daneben bedarf es zum anderen einer gezielten räumlichen Steuerung des EE-Ausbaus in den Tagebauregionen, die insbesondere durch die dargelegten Änderungen im EEG-Ausschreibungssystem (Sonderausschreibungen) erreicht werden könnte und dabei auch eine ökonomische Teilhabe regionaler Akteure (Unternehmen, Kommunen, Bürger) sicherstellen müsste. Denn sollten überwiegend Investoren mit Sitz außerhalb der Regionen zum Zuge kommen, wird dies sehr wahrscheinlich zu Akzeptanzproblemen und Widerstand gegen den EE-Ausbau führen, der im Sinne einer voranschreitenden Energiewende jedoch tunlichst zu vermeiden ist. Zur Erreichung kommunaler Teilhabe wurde die Außenbereichsabgabe als besonders wirkungsvolles Instrument identifiziert. Sollen generell mehr Flächen für die Windenergienutzung zur Verfügung gestellt werden – was angesichts der Zielerreichungslücke beim Windenergieausbau dringend erforderlich ist - muss hierfür die Konzentrationsflächenplanung abgeschafft werden. Flankiert werden müsste dieser Schritt mit der verbindlichen Festlegung von Flächenzielen, die pro Gemeindegebiet einzuhalten sind bzw. bei gegebenem Anlass über Anrechnungssysteme kompensiert werden müssten.