

HEINICHEN LAUDIEN · Joachimsthaler Str. 30 · 10719 Berlin

AGDW – Die Waldeigentümer
Frau Dr. Irene Seling
Reinhardtstraße 18A
10117 Berlin

Joachimsthaler Str. 30
10719 Berlin

Telefon +49 (0) 30 88 92 28 4 - 0
Telefax +49 (0) 30 88 92 28 4 - 4
www.laudienlaw.com

Unser Zeichen: **34356-23**

Berlin, den 6. Oktober 2023

Rechtsgutachten
zur Verfassungsmäßigkeit
von Art. 1 Nr. 10 des sog. Solarpakets I
im Auftrag der
AGDW – Die Waldeigentümer
und der
FABLF Familienbetriebe Land und Forst

MARC LAUDIEN
Rechtsanwalt und Notar
Fachanwalt für Handels-
und Gesellschaftsrecht

CORD HENRICH HEINICHEN
MBA
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. BENEDIKT LANG
LL.M. (Georgetown)
Rechtsanwalt

In Bürogemeinschaft mit:

Dr. PETER H. EGGERS
Rechtsanwalt
Wirtschaftsprüfer
Steuerberater

Inhaltsverzeichnis

I. Auftragsgegenstand	S. 2
II. Prüfung der Verfassungsmäßigkeit	S. 4
1. Formelle Verfassungsmäßigkeit der §§ 11a und 11b	S. 4
2. Materielle Verfassungsmäßigkeit der §§ 11a und 11b	S. 4
a) § 11a (Recht der Leitungsbetreiber zur Verlegung von Netzanschlussleitungen und -einrichtungen)	S. 5
(i) Regelungsinhalt	S. 5
(ii) Kein Substanzentzug	S. 5
(iii) „Situationsgebundenheit“ des Grundeigentums	S. 6
(iv) Verpflichtung des Gesetzgebers zur strikten Beachtung der verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für Inhalts- und Schrankenbestimmungen	S. 7
(v) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	S. 7
(1) Gesetzgeberisches Ziel des § 11a	S. 8
(2) Duldungspflicht zur Zielerreichung nicht erforderlich	S. 10
(3) Keine gesicherte Rückbauverpflichtung	S. 11

HEINICHEN LAUDIEN
Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB
Sitz Berlin · AG Charlottenburg · PR 700 B

HEINICHEN LAUDIEN

(4) Außerachtlassung der Verpflichtung, die grundrechtlich relevante Einbuße vollständig zu kompensieren	S. 12
(5) Einmalige Ausgleichszahlung verletzt das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG	S. 14
(6) Schaffung zusätzlicher Gefahrenquelle	S. 15
(vi) Zwischenergebnis	S. 15
b) § 11b Recht der WEA-Betreiber zur Überfahrt während der Errichtung und des Rückbaus von WEA	S. 16
(i) „Preisbindung“ nicht zulässig	S. 16
(ii) Zwischenergebnis	S. 16
III. Prüfungsergebnis	S. 16

I. Auftragsgegenstand

Mit dem als Solarpaket I bezeichneten Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG) verfolgt die Bundesregierung das Ziel, den Ausbau der Photovoltaik zu erleichtern, zu beschleunigen und zu steigern (vgl. BR-Drs 383/23, S. 1/2). Zur Zielerreichung sieht das vom Bundeskabinett am 16.08.2023 beschlossene Solarpaket I u.a. in Artikel 1 Nr. 10 Neuregelungen vor,

- die Betreiber von elektrischen Leitungen sowie von Steuer- und Kommunikationsleitungen (Leitungen) und sonstigen Einrichtungen zum Netzanschluss von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien zur Verlegung, Errichtung, Instandhaltung, Instandsetzung, zum Schutz und zum Betrieb solcher Leitungen auf Grundstücken Dritter gegen eine bei Inbetriebnahme der Leitung fällige gesetzlich festgelegte Einmalzahlung berechtigen (§ 11a),
- die Betreiber von Windenergieanlagen (WEA) zur Überfahrt und zur Überschwenkung der für den Transport benötigten Grundstücke Dritter während der Errichtung und des Rückbaus von Windenergieanlagen sowie der Ertüchtigung dieser Grundstücke für die Überfahrt durch den WEA-Betreiber und durch von ihm beauftragte Dritte gegen eine vom Betreiber nach Errichtung oder Rückbau der WEA an den Nutzungsberechtigten des Grundstücks zu leistende Zahlung von 28,00 EUR pro Monat und in Anspruch genommenen Hektar berechtigen (§ 11b).

Den Eigentümern und Nutzungsberechtigten der betroffenen Grundstücke wie z.B. deren land- und forstwirtschaftliche Pächter wird eine diesen Betreiberrechten korrespondierende gesetzliche Duldungspflicht auferlegt.

HEINICHEN LAUDIEN

Die von Leitungen im Sinne des § 11a Betroffenen werden außerdem verpflichtet, alle den Bestand oder den Betrieb der Leitung oder sonstiger Einrichtungen gefährdende oder beeinträchtigende Maßnahmen zu unterlassen, insbesondere einen von Bebauung und tiefwurzelnder Bepflanzung freizuhaltenen Schutzstreifen längs der Leitung zu dulden. Im Fall einer unzumutbaren Beeinträchtigung der Grundstücksnutzung soll die Duldungspflicht nicht bestehen. Der Betreiber der Leitung soll in der Regel nur diejenigen Grundstücke in Anspruch nehmen dürfen, die benötigt werden, um den wirtschaftlich günstigsten Netzanschluss zu errichten; dies soll in der Regel der kürzeste Weg sein. In § 11a wird die bei Inbetriebnahme der Leitung fällige Einmalzahlung auf 5 % des Verkehrswerts der in Anspruch genommenen Schutzstreifenfläche festgelegt. In der Gesetzesbegründung wird diese Regelung wie folgt gerechtfertigt:

Die Beeinträchtigung der Grundstückswerte durch die Verlegung von unterirdischen Stromkabeln wird als geringfügig, aber nicht vollkommen bedeutungslos eingestuft. Sie ist jedenfalls deutlich geringer als die Belastung durch ein Höchstspannungs-Erdkabel beim Stromnetzausbau und stattdessen eher vergleichbar mit der Belastung durch ein Kabel beim Breitbandausbau. Zu beachten ist bei der Festlegung der Wertminderung auch, dass keine dingliche Sicherung des Rechts erfolgt. Es wird davon ausgegangen, dass der Wert der in Anspruch genommenen Fläche sich nicht um mehr als fünf Prozent mindert. Ausschlaggebend ist der Verkehrswert vor Verlegung der Leitung. Die Orientierung am Verkehrswert hat dabei auch eine Lenkungswirkung für den Betreiber, Grundstücke mit einem günstigeren Verkehrswert wie Wege und landwirtschaftliche Flächen zu nutzen anstatt Baugrundstücke zu queren. Durch die gesetzliche Festlegung und den Wegfall von Verhandlungen über die Höhe der Entschädigung ist ein erheblicher Beschleunigungseffekt zu erwarten. Schadensersatzansprüche des Grundstückseigentümers oder des Nutzungsberechtigten bleiben daneben bestehen. Diese können zum Beispiel entstehen, wenn der Betreiber bei der Verlegung fremdes Eigentum beschädigt oder die Flächen während des Baus nicht mehr landwirtschaftlich genutzt werden können.

HEINICHEN LAUDIEN

Gegenstand dieses von AGDW – Die Waldeigentümer und FABLIF Familienbetriebe Land und Forst beauftragten Rechtsgutachtens ist die Verfassungsmäßigkeit dieser Neuregelungen, namentlich die Beantwortung der Frage, ob die in § 11a Abs. 1 Satz 1 bzw. § 11b Abs. 1 Satz 1 angeordnete Duldungspflicht der betroffenen Eigentümer und Nutzungsberechtigten von Grundstücken gegen Leistung der in § 11a Abs. 2 Satz 1 bzw. § 11b Abs. 2 Satz 1 gesetzlich festgelegten Ausgleichszahlungen in Höhe von

- einmalig 5 % des Verkehrswerts der in Anspruch genommenen Schutzstreifenfläche (§ 11a Abs. 2 Satz 1) bzw.
- 28,00 EUR pro Monat und in Anspruch genommenen Hektar (§ 11b Abs. 2 Satz 1)

im Fall des Inkrafttretens dieser Neuregelungen einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung standhalten können. Dies insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass die zu begutachtende Duldungspflicht privater Grundstückseigentümer und Nutzungsberechtigter zugunsten privater Dritter geschaffen werden soll, denen die Nutzung bzw. Mitbenutzung der betroffenen Grundstücke zum gewinnbringenden Betrieb ihrer Leitungen und sonstigen Einrichtungen erlaubt werden soll. Insoweit unterscheidet sich das Solarpaket I etwa vom Telekommunikationsgesetz mit seinen vergleichbaren pauschalen Ausgleichsregelungen. Denn jenes dient der öffentlichen Daseinsvorsorge und nicht als Investitionsanreiz für private Investoren.

II. Prüfung der Verfassungsmäßigkeit

Die Verfassungsmäßigkeit der §§ 11a und 11b hat deren formelle und materielle Verfassungsmäßigkeit zur Voraussetzung.

1. Formelle Verfassungsmäßigkeit der §§ 11a und 11b

Gegen die formelle Verfassungsmäßigkeit der §§ 11a und 11b bestehen keine Bedenken. Insbesondere ist die Gesetzgebungskompetenz des Bundes auf dem Gebiet des Energiewirtschaftsrechts gem. Art. 74 Nr. 11 GG gegeben.

2. Materielle Verfassungsmäßigkeit der §§ 11a und 11b

Um materiell verfassungsmäßig zu sein, müssen die zu begutachtenden Neuregelungen insbesondere mit Art. 14 GG vereinbar sein.

a) § 11a (Recht der Leitungsbetreiber zur Verlegung von Netzanschlussleitungen und -einrichtungen)

(i) Regelungsinhalt

Diese – beabsichtigte – Neuregelung hat die Rechtsbeziehungen zwischen den Betreibern von elektrischen Leitungen sowie von Steuer- und Kommunikationsleitungen (Leitungen) und sonstigen Einrichtungen zum Netzanschluss von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien einerseits und denjenigen Eigentümern und Nutzungsberechtigten von Grundstücken zum Gegenstand, die für die Verlegung und den Betrieb dieser Leitungen in Anspruch genommen werden sollen.

Grundsätzlich begründet das Grundeigentum die umfassende Berechtigung des Grundstückseigentümers, die Verlegung von Leitungsbetreiber durch Dritte nicht dulden zu müssen (§ 1004 Abs. 1 BGB). Die Befugnis besteht jedoch insoweit nicht, als der Grundstückseigentümer zur Duldung verpflichtet ist (§ 1004 Abs. 2 BGB). Duldungspflichten können aus dem öffentlichen Recht, aus Belastungen des Eigentums, aus schuldrechtlichen Vereinbarungen oder auch aus einer Notstandssituation (vgl. § 904 BGB) erfolgen.

In § 11a wird eine öffentlich-rechtliche Duldungspflicht der Eigentümer und Nutzungsberechtigten eines Grundstücks als Duldungsverpflichtete gegenüber den Leitungsbetreibern als Duldungsberechtigte bzw. Inhaber des Rechts zu Grundstücksmitbenutzung angeordnet, wobei die Duldungspflicht nicht nur die Befugnisse aus dem Grundeigentum einschränkt, sondern auch die – z.B. dem Pächter eines Grundstücks zustehenden – Befugnisse aus dem Besitz. Es geht mithin um einen den Inhalt des Eigentumsrechts aus Art. 14 Abs. 1 GG betreffenden Aspekt der Ausformung des privaten Grundeigentums.

(ii) Kein Substanzentzug

Den betroffenen Grundstückseigentümern wird durch die Duldungspflicht nicht die Substanz ihres Grundeigentums entzogen. Anders läge es dann, wenn für den Schutzstreifen keinerlei sinnvolle Nutzungsmöglichkeit mehr bestünde, d. h. die Privatnützigkeit nahezu

HEINICHEN LAUDIEN

vollständig beseitigt würde. Das wäre der Fall, wenn die bisherige land- oder forstwirtschaftliche Nutzung infolge der zu dulddenden Freihaltung des Schutzstreifens von Bebauung und tiefwurzelnder Bepflanzung hinfällig würde und sich eine dem Eigentümer zumutbare anderweitige Verwendung nicht verwirklichen ließe. Indes kann der im Rahmen der Duldungspflicht von Bebauung und tiefwurzelnder Bepflanzung freizuhaltende Schutzstreifen – Tiefpflügen bzw. die Bepflanzung mit sehr tiefwurzelnden Bäumen ausgenommen – grundsätzlich weiterhin land- bzw. forstwirtschaftlich genutzt werden. Dass dem betroffenen Grundstückseigentümer durch die etwaigen Nutzungseinschränkungen möglicherweise eine rentablere Grundstücksnutzung verwehrt wird, muss er hinnehmen, da Art. 14 Abs. 1 GG nicht die einträglichste Grundstücksnutzung schützt (BVerfG NJW 1995, 511).

Dementsprechend enthält die zu begutachtende Neuregelung keine nach Art. 14 Abs. 3 GG zu beurteilende Enteignung, sondern bestimmt gem. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG den Inhalt und die Schranken des Eigentums an denjenigen Grundstücken, die im Interesse eines beschleunigten Ausbaus der Photovoltaik für die Verlegung und den Betrieb von Netzanschlussleitungen und sonstigen Netzanschlusseinrichtungen für EE-Anlagen in Anspruch genommen werden sollen. Mithin handelt es sich um eine Normierung private Dritte begünstigender Duldungspflichten der Eigentümer und Nutzungsberechtigten von Grundstücken durch den Bundesgesetzgeber, die den Inhalt des (Grund-) Eigentumsrechts vom – beabsichtigten – Inkrafttreten des Solarpakets I an für die Zukunft in abstrakt-genereller Form bestimmen.

(iii) „Situationsgebundenheit“ des Grundeigentums

Das bürgerlich-rechtliche Eigentum an einem Grundstück garantiert seinem Inhaber bzw. Nutzungsberechtigten nicht, von eigentumsstörenden Anlagen wie Leitungen und sonstigen Stromnetzanlusseinrichtungen für EE-Anlagen Dritter verschont zu bleiben (BVerfG NJW 1986, 2188, 2189). Vielmehr ist grundsätzlich jedes Grundeigentum von vornherein der Gefahr ausgesetzt, dass solche Anlagen errichtet werden und sodann dies regelnde Vorschriften zum Tragen kommen (BVerfG aaO). Dabei können die öffentlich-rechtlichen Gesetze die bei der Gestaltung des Eigentumsinhalts mit

HEINICHEN LAUDIEN

dem bürgerlichen Recht gleichrangig zusammenwirken, besondere Regelungen zur Konfliktbewältigung vorsehen (BVerfG aaO). Als solche Regelungen sind etwa die in § 11a enthaltene Entschädigungsregelung anzusehen, die Regelung über das Nichtbestehen der Duldungspflicht bei einer unzumutbaren Nutzungsbeeinträchtigung, die Regelung über den grundsätzlich zu wählenden „kürzesten Weg“ und die Regelung über den Fortbestand von Schadensersatzansprüchen.

(iv) Verpflichtung des Gesetzgebers zur strikten Beachtung der verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für Inhalts- und Schrankenbestimmungen

Allerdings ist der Gesetzgeber bei der normativen Bestimmung von Inhalt und Schranken des Grundeigentums nicht frei, sondern muss zur Vermeidung der Nichtigkeit der infrage stehenden Regelung die Voraussetzungen jeder Inhalts- und Schrankenbestimmung strikt beachten (vgl. Mayen, Verhältnismäßigkeitsausgleich bei privatnütziger Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums?, NVwZ 2022, 433, 434 mwN). Dies bedeutet, dass der Gesetzgeber die Interessen der Beteiligten in einen gerechten Ausgleich und ein ausgewogenes Verhältnis bringen, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten, den Grundsatz des Vertrauensschutzes berücksichtigen und auch bei der inhaltlichen Festlegung von Eigentümerbefugnissen und -pflichten den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG beachten muss (vgl. Mayen aaO mwN; BVerfG aaO). Eine einseitige Bevorzugung der Leitungsbetreiber oder eine einseitige Benachteiligung der Eigentümer und Nutzungsberechtigten für Anschlussleitungen benötigter Grundstücke ist mit den verfassungsrechtlichen Vorstellungen eines sozial gebundenen Privateigentums nicht vereinbar (BVerfG aaO). § 11a muss daher sachlich geboten und auch in seiner Ausgestaltung sachgerecht sein (BVerfG aaO).

(v) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Die in § 11a angeordnete Duldungspflicht muss die Verhältnismäßigkeit wahren. Sie darf mithin nicht weiter reichen, als zur Zielerreichung nötig (BVerfG aaO). Dies bedeutet, dass § 11a zur Erreichung des mit dieser Neuregelung verfolgten Ziels erforderlich, geeignet und im engeren Sinne verhältnismäßig sein muss.

(1) Gesetzgeberisches Ziel des § 11a

Mit § 11a verfolgt der Gesetzgeber laut Gesetzesbegründung (BR-Drs 383/23, S. 93 ff.) das Ziel, die Verlegung von Anschlussleitungen und damit den Ausbau von EE-Anlagen zu beschleunigen. Die Regelung diene mithin der Förderung des beschleunigten Ausbaus der erneuerbaren Energien und damit den legitimen Gemeinwohlzielen des Klimaschutzes (Art. 20a GG), des Schutzes der Grundrechte vor den nachteiligen Folgen des Klimawandels und der Sicherung der Stromversorgung. Die Regelung einer Duldungspflicht sei zur Beschleunigung des Ziels geeignet. Die derzeit praktizierte Nutzung von Grundstücken zum Zweck der Verlegung von Anschlussleitungen im Rahmen freier Vertragsverhandlungen führte zu erheblichen Ineffizienzen und Verzögerung beim notwendigen Anschluss der EE-Anlagen. Schon eine Verweigerung der Grundstücksnutzung durch einzelne Grundstückseigentümer könne die optimale Leitungsführung verhindern. In diesen Fällen müsse der Weg über umliegende Grundstücke gesucht werden. Dieser Weg sei oftmals deutlich länger und verursache erheblichen Mehraufwand und -kosten. Die hierdurch notwendigen Umplanungen und Vertragsverhandlungen trügen zusätzlich zur Verzögerung des Netzanschlusses bei. Die bisherige Rechtslage führe in der Praxis teilweise zu Verzögerungen von bis zu mehreren Jahren und Mehrkosten bis zur Millionenhöhe. Die in § 11a Absatz 1 geregelte Duldungspflicht der Grundstückseigentümer ermögliche demgegenüber eine optimale Trassenführung und damit den effizienten Netzanschluss der EE-Anlagen. Die Regelung sei zur Erreichung des oben genannten Ziels auch erforderlich, da kein gleich geeignetes, milderer Mittel ersichtlich sei. Die derzeit praktizierte freie Vertragsverhandlung ohne gesetzliche Duldungspflicht sei zur Ermöglichung eines effizienten Netzanschlusses und Ausbaus der erneuerbaren Energien nicht gleich geeignet. Bei einer Gesamtabwägung der Belange des Eigentumsschutzes mit dem zügigen Ausbau der erneuerbaren Energien sei zu beachten, dass dieser im überragenden öffentlichen Interesse liege und der öffentlichen Sicherheit dienen. Er diene dem Klimaschutz (Artikel 20a GG), dem Schutz der Grundrechte vor den nachteiligen Folgen des Klimawandels und der Sicherung der Stromversorgung. Auf der anderen Seite sei der Eingriff in das Eigentum gering. Durch die Verlegung von Leitungen

HEINICHEN LAUDIEN

würde dem Grundstückseigentümer kein Recht an seinem Grundstück entzogen und auf den Betreiber übertragen. Es würde lediglich dem Betreiber eine Mitnutzung für einen sehr begrenzten Bereich des Grundstücks eingeräumt, die den Eigentümer im Regelfall gar nicht oder kaum in der Nutzung seines Grundstücks beeinträchtigt. Dem Eigentümer bliebe das Grundstück weiterhin zugeordnet. Er könne frei darüber verfügen und es weiterhin nutzen. Für den Fall einer unzumutbaren Beeinträchtigung der Nutzung sei eine Ausnahme von der Duldungspflicht vorgesehen. Obwohl der Gesetzgeber bei der Umstellung von System- oder Rechtslagen bei solch geringen Eingriffen grundsätzlich nicht gehalten sei, die betroffenen von jeder Belastung zu verschonen oder jeglicher Sonderlast mit einer Übergangsregelung zu begegnen, sehe § 11a gleichwohl einen Ausgleich für die Inhalts- und Schrankenbestimmung in Form einer Entschädigung vor, da die Grundstückseigentümer durch die Regelung nicht schlechter gestellt werden sollten, als nach der bisherigen Rechtslage. Bisher erhielten die Grundstückseigentümer regelmäßig eine Entschädigung für ihren Aufwand und die Bereitstellung ihres Grundstücks für die Verlegung und den Betrieb von Anschlussleitungen für EE-Anlage auf Grundlage frei verhandelter Verträge. Ziel der Regelung sei es, den Netzananschluss zu beschleunigen, aber nicht die Grundstückseigentümer schlechter zu stellen, die den Ausbau der erneuerbaren Energien durch ihren besonderen Beitrag ermöglichten. Bezüglich der in § 11a Abs. 2 geregelten Fälligkeit und Höhe der Entschädigung als Ausgleich für die Wertminderung des Grundstücks sei zu beachten, dass die Beeinträchtigung der Grundstückswerte durch die Verlegung von unterirdischen Stromkabeln als geringfügig, aber nicht vollkommen bedeutungslos eingestuft würde. Sie sei jedenfalls deutlich geringer als die Belastung durch ein Höchstspannungs-Erdkabel beim Stromnetzausbau und stattdessen eher vergleichbar mit der Belastung durch ein Kabel beim Breitbandausbau. Zu beachten sei bei der Festlegung der Wertminderung auch, dass keine dingliche Sicherung des Rechts erfolge. Es würde davon ausgegangen, dass der Wert der in Anspruch genommenen Fläche sich nicht um mehr als 5 % mindert. Ausschlaggebend sei der Verkehrswert vor Verlegung der Leitung. Die Orientierung am Verkehrswert habe dabei auch eine Lenkungswirkung für den Betreiber,

HEINICHEN LAUDIEN

Grundstücke mit einem günstigeren Verkehrswert wie Wege und landwirtschaftliche Flächen zu nutzen, anstatt Baugrundstücke zu klären. Durch die gesetzliche Festlegung und den Wegfall von Verhandlungen über die Höhe der Entschädigung sei ein erheblicher Beschleunigungseffekt zu erwarten (BR-Drs 383/23, S. 93 ff.).

(2) Duldungspflicht zur Zielerreichung nicht erforderlich

Dass die in § 11a neu geregelte Duldungspflicht zur Erreichung des vom Gesetzgeber verfolgten Beschleunigungsziels im Grundsatz geeignet sein kann, ist nicht von vornherein von der Hand zu weisen.

Allerdings erscheint höchst zweifelhaft, ob eine solche Duldungspflicht auch – wie verfassungsrechtlich geboten – erforderlich ist. Die angebliche Erforderlichkeit wird in der Gesetzesbegründung apodiktisch mit einem angeblich nicht ersichtlichen gleich geeigneten, milderem Mittel gerechtfertigt, was wiederum damit begründet wird, dass die derzeit praktizierte freie Vertragsverhandlung ohne gesetzliche Duldungspflicht zur Ermöglichung eines effizienten Netzanschlusses und Ausbaus der erneuerbaren Energien nicht gleich geeignet sei. Diese Argumentation ist denkfehlerhaft. Sie unterstellt nämlich, dass die Erforderlichkeit schon dann gegeben sei, wenn die angestrebte Beschleunigung sich durch die Duldungspflicht besser erreichen lasse, als durch die derzeit praktizierte freie Vertragsverhandlung. Darum geht es bei der Erforderlichkeit aber nicht, sondern darum, ob die angestrebte Beschleunigung auch mit einem alternativen, milderem Mittel als der Duldungspflicht erreicht werden kann. Dass solche milderem Alternativen zur Duldungspflicht bei der Ausarbeitung des Solarpakets I in Erwägung gezogen worden sind, lässt sich der Gesetzesbegründung nicht entnehmen.

Dabei drängt sich zumindest eine mildere Alternative auf. Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet nämlich die Privatautonomie als „Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben“ (BVerfG NJW 1996, 2021). In der Rechtsprechung ist daher anerkannt, dass sich aus dem Gebot der Erforderlichkeit der zwangsweisen

Durchsetzung eines Leitungsrechts die ungeschriebene Rechtmäßigkeitsvoraussetzung ergibt, dass es dem Begünstigten trotz ernsthafter Bemühungen nicht gelungen ist, sich mit dem betroffenen Grundstückseigentümer oder Nutzungsberechtigten zu angemessenen Bedingungen über ein Leitungsrecht privatrechtlich zu einigen (OVG Lüneburg, Beschluss vom 18.03.2020 – 13 LA 40/19, BeckRS 2020, 4871 Rz. 22). Da § 11a einen solchen privatrechtlichen Einigungsversuch des Begünstigten nicht vorsieht, ist die Neuregelung dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit wegen Verletzung des sog. Übermaßverbots ausgesetzt.

(3) Keine gesicherte Rückbauverpflichtung

Wenn § 11a Abs. 4 Satz 1 bestimmt, dass der Eigentümer und der Nutzungsberechtigte des Grundstücks die Leitung und die sonstigen Einrichtungen im Fall der dauerhaften Betriebseinstellung der Leitung grundsätzlich noch 48 Monate unentgeltlich zu dulden haben, fehlt eine ausdrückliche Regelung zur Sicherstellung der sodann gem. 1004 BGB bestehenden Rückbauverpflichtung des Betreibers. In § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 BauGB ist zwar geregelt, dass die behördliche Genehmigung der Leitung und der sonstigen Einrichtungen im Genehmigungsbescheid von einer Rückbauverpflichtungserklärung des Betreibers im Fall der Betriebseinstellung und deren Sicherstellung, z.B. durch Gestellung einer Rückbaubürgschaft (§ 232 Abs. 2 BauGB), abhängig gemacht werden soll. Ein solches Sicherungsmittel stellt aber nur sicher, dass die Rückbaulasten nicht von der öffentlichen Hand getragen werden müssen (vgl. OVG Schleswig, Urteil vom 24.06.2020 – 5 LB 4/19, BeckRS 2020, 16990 Rn. 24, beck-online). Der bei Betriebseinstellung gem. § 1004 BGB entstehende Rückbauanspruch des Grundstückseigentümers wird dadurch jedoch nicht abgesichert. Bei der in § 11a Abs. 1 Satz 1 vorgesehenen Duldungsverpflichtung privater Grundstückseigentümer und Nutzungsberechtigter zugunsten privater Leitungsbetreiber erscheint eine solche Absicherung indes zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit geboten.

(4) Außerachtlassung der Verpflichtung, die grundrechtlich relevante Einbuße vollständig zu kompensieren

Angesichts der Tatsache, dass Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG den Gesetzgeber für die vorliegend zu beurteilende Fallgruppe der privatnützigen Inhalts- und Schrankenbestimmung nach übereinstimmender Ansicht von BVerfG und BGH zu einer finanziellen Ausgleichsregelung zwingt (BVerfG NJW-RR 2005, 741, 742; BGH NJW 2000, 3206, 3210 mwN), ist verfassungsrechtlich allerdings unverständlich, warum im Gesetzentwurf so getan wird, als sei die in § 11a enthaltene Entschädigungsregelung nicht eine Voraussetzung für die Verfassungsmäßigkeit der Duldungspflicht, sondern ein Gunsterweis der Bundesregierung. Richtigerweise muss bei grundeigentumseinschränkenden Bestimmungen zugunsten privater Dritter die rechtlich relevante Einbuße vollständig kompensiert werden (BVerfG NJW 1999, 3769, 3770; BVerfG NJW-RR 2005, 741, 742), sog. Verhältnismäßigkeitsausgleich. Die betroffenen Grundstückseigentümer sollen nicht ohne Geldausgleich hinnehmen müssen, dass private Dritte ihre Grundflächen zur Verlegung und zum Betrieb von Leitungen und sonstigen Stromnetzanschlusseinrichtungen für EE-Anlagen nutzen und daraus Gewinn erzielen.

Um verfassungsmäßig zu sein, muss sich die Höhe der in § 11a vorgesehenen Ausgleichszahlung daher am Wert des abverlangten Guts orientieren (BVerfG NJW-RR 2005, 741, 742). Dass die in § 11a als Ausgleichsleistung vorgesehene Einmalzahlung von 5 % des Verkehrswerts der in Anspruch genommenen Schutzstreifenfläche dieser Anforderung im Sinne einer vollständigen Kompensation der mit der Duldungspflicht einhergehenden rechtlich relevanten Einbuße genügt, ist nicht ansatzweise ersichtlich. Zur Gewährleistung des Anspruchs der Duldungspflichtigen aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG auf vollständige Kompensation reicht es unzweifelhaft nicht aus – wie in der Gesetzesbegründung (BR-Drs 383/23, S. 93 ff.) quasi ins Blaue hinein geschehen –, davon „auszugehen“, dass der Wert der in Anspruch genommenen Fläche sich nicht um mehr als 5 % mindert.

Durch die gem. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG gebotene Geldzahlung

HEINICHEN LAUDIEN

soll nämlich die Beschneidung des Rechts, mit dem betroffenen Grundstück nach Belieben zu verfahren und eine Fremdnutzung entweder zu untersagen (§ 903 Satz 1 BGB) oder sie sich marktgerecht vergüten zu lassen (BVerfG NJW-RR 2005, 741, 742/743), ausgeglichen werden. Nach der - vom BVerfG akzeptierten (BVerfG NJW 2003, 196, 198) - Rechtsprechung des BGH bemisst sich die als sog. Verhältnismäßigkeitsausgleich an die betroffenen Grundstückseigentümer zu leistende Ausgleichszahlung daher folgerichtig in erster Linie nach dem marktüblichen Entgelt, womit die Vergütung gemeint ist, die nach den jeweiligen Marktverhältnissen für die Einräumung eines Mitbenutzungsrechts zur Verlegung und zum Betrieb von Anschlussleitungen und sonstigen Netzanschlusseinrichtungen für EE-Anlagen gezahlt wird (BGH NJW-RR 2006, 384, 385; BVerfG NJW-RR 2005, 741, 743). Dementsprechend muss sich die vom begünstigten Leitungsbetreiber zu leistende Zahlung, die Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG als Ausgleich für die Duldungspflicht fordert, am freien (Grundstücks-) Markt orientieren, an dem die Marktteilnehmer ohne Regulierung des Staates agieren und Angebot wie Nachfrage auf einer freien Entschließung ohne erzwungene Einflussnahme aufgebaut sind (BVerfG NJW-RR 2005, 741, 743). Die von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG als Geldausgleich für die Duldungspflicht geforderte marktgerechte Vergütung muss daher der als Ergebnis freien Aushandelns gebildete jeweilige Marktpreis sein (BVerfG aaO).

Diese verfassungsrechtlichen Vorgaben für eine als sog. Verhältnismäßigkeitsausgleich zu leistende Ausgleichszahlung werden durch die in § 11a enthaltene gesetzliche Festlegung auf eine 5 % des Verkehrswerts der in Anspruch genommenen Schutzstreifenfläche betragende Einmalzahlung nachgerade konterkariert, da eine solche – verfassungsrechtlich unzulässige – Preisbindung offenkundig darauf abzielt, die bei einer vom Gesetzgeber ausdrücklich gewollten steigenden Nachfrage nach Grundstücken für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zu erwartenden höheren marktüblichen Vergütungen im Profitinteresse der Leitungsbetreiber zum Nachteil der Grundstückseigentümer zu deckeln.

Richtigerweise ist es verfassungsrechtlich nicht zulässig, den

HEINICHEN LAUDIEN

bei Inhalts- und Schrankenbestimmungen zugunsten privater Dritter bestehenden Anspruch der betroffenen Grundstückseigentümer auf vollständige Kompensation – wie in § 11a gleichwohl vorgesehen – durch eine gesetzliche Preisbindung auszuhebeln. Im Gegenteil liegt auf der Hand, dass eine solche gesetzliche Preisbindung zur Gewährleistung einer marktgerechten Vergütung gänzlich ungeeignet ist bzw. die von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG gebotene vollständige Kompensation nicht gewährleisten.

(5) Einmalige Ausgleichszahlung verletzt das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG

Hinzu kommt, dass es sich bei den 5 % des Verkehrswerts der in Anspruch genommenen Schutzstreifenfläche, die der Betreiber dem Grundstückseigentümer bei Inbetriebnahme der Leitung zu zahlen hat, um eine von der jeweiligen Dauer der Duldungsverpflichtung unabhängige einmalige Zahlung handeln soll. Weil der Grundstückseigentümer und der Nutzungsberechtigte gem. § 11a Abs. 3 Satz 1 während des Bestehens der Duldungsverpflichtung verpflichtet sein sollen, alle Maßnahmen zu unterlassen, die den Bestand oder den Betrieb der Leitung oder sonstiger Einrichtungen gefährden oder beeinträchtigen, liegt auf der Hand, dass hierin eine gegen den Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) verstoßende Ungleichbehandlung der Duldungsverpflichteten liegt. Denn je länger die Duldungspflicht dauert, desto intensiver greift sie in das Eigentumsrecht nach Art. 14 Abs. 1 GG der privaten Grundstückseigentümer und Nutzungsberechtigten ein. Dieser von der Dauer der Duldungspflicht abhängigen Eingriffsintensität muss die vom Leitungsbetreiber zu zahlende Ausgleichszahlung Rechnung tragen, z.B. dadurch, dass die Ausgleichszahlung nicht nur „einmalig“ gezahlt werden muss, sondern „bei Inbetriebnahme der Leitung und sodann nach Ablauf von jeweils 30 Jahren“. Zur Sicherstellung einer solchen wiederkehrenden Ausgleichszahlungsverpflichtung kann geregelt werden, dass die Duldungspflicht bei Nichtzahlung endet.

(6) Schaffung zusätzlicher Gefahrenquelle

Begründet der Gesetzgeber – wie in § 11a vorgesehen – an Grundstücken privater Eigentümer Nutzungsrechte zugunsten privater Dritter (Leitungsbetreiber), hat er die Aufgabe, die Befugnisse der Beteiligten zuzuordnen und abzugrenzen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 28.03.2000 – 1 BvR 1460/99, NJW 2000, 2658). Er muss die schutzwürdigen Interessen beider Seiten berücksichtigen und in ein ausgewogenes Verhältnis bringen (vgl. BVerfG aaO). Dazu kann es geboten sein, den berechtigten Bedenken der Grundstückseigentümer und Nutzungsberechtigten hinsichtlich der zusätzlichen Gefahren, die auf den betroffenen Grundstücken durch die zu duldenen Leitungen und sonstigen Einrichtungen zusätzlich geschaffen werden, durch Nachweis zweckdienlicher Versicherungen, Haftungsfreistellungen oder Sicherheitsleistungen zu begegnen (vgl. BVerfG aaO).

Diesem vom Gesetzgeber unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit der Duldungspflicht zu beachtenden Gebot wird in § 11a keinerlei Rechnung getragen. Obwohl der Grundstückseigentümer und der Nutzungsberechtigte gem. § 11a Abs. 3 Satz 1 während des Bestehens der Duldungspflicht alle Maßnahmen unterlassen müssen, die den Bestand oder den Betrieb der Leitung oder sonstiger Einrichtungen gefährden oder beeinträchtigen, sieht der Gesetzentwurf für den Fall einer fahrlässigen Verletzung dieser Unterlassungsverpflichtung weder eine vom Leitungsbetreiber während der Duldungspflicht aufrechtzuerhaltende Versicherung zugunsten des betroffenen Eigentümers oder Nutzungsberechtigten vor, noch eine Haftungsfreistellung des Grundstückseigentümers oder Nutzungsberechtigten.

(vi) Zwischenergebnis

Im Ergebnis erweist sich die in § 11a neu geregelte Duldungspflicht als evident verfassungswidrig. Und zwar zum einen, weil sie nicht das Erfordernis eines gescheiterten Versuchs des Begünstigten vorsieht, sich zunächst privatrechtlich zu einigen. Und zum anderen, weil § 11a als Ausgleich für die Duldung keine vollständige Kompensation der Duldungspflichtigen vorsieht, sondern lediglich eine

einmalige Zahlung in Höhe von 5 % des Verkehrswerts der in Anspruch genommenen Schutzstreifenfläche.

b) § 11b Recht der WEA-Betreiber zur Überfahrt während der Errichtung und des Rückbaus von WEA

(i) „Preisbindung“ nicht zulässig

Bezüglich dieser Neuregelung wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die vorstehenden Ausführungen zu § 11a Bezug genommen. § 11b Abs. 2 Satz 1 sieht ebenso wie § 11a Abs. 2 Satz 1 eine gesetzlich festgelegte Ausgleichszahlung im Sinne einer Preisbindung vor. Eine solche Preisbindung ist im Hinblick auf die von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG verlangte marktübliche Vergütung derjenigen Eigentümer und Nutzungsberechtigten eines Grundstücks, denen durch § 11b Abs. 1 Satz 1 die Duldung der Überfahrt und der Überschwenkung des Grundstücks zur Errichtung und zum Rückbau von WEA sowie der Grundstücksertüchtigung für die Überfahrt durch den Betreiber der WEA oder durch von ihm beauftragte Dritte abverlangen, aus den o.g. Gründen verfassungsrechtlich nicht zulässig.

(ii) Zwischenergebnis

Im Hinblick hierauf erweist sich auch § 11b als insgesamt verfassungswidrig. Voraussetzung für eine Verfassungsmäßigkeit des § 11b ist wie bei § 11a, dass die vorgesehene preisgebundene Ausgleichszahlung zugunsten eines Anspruchs auf marktübliche Vergütung gestrichen wird.

III. Prüfungsergebnis

Im Ergebnis ist die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der begutachteten §§ 11a und 11b, namentlich die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der in § 11a Abs. 1 Satz 1 bzw. § 11b Abs. 1 Satz 1 angeordneten Duldungspflicht der betroffenen Eigentümer und Nutzungsberechtigten von Grundstücken gegen Leistung der in § 11a Abs. 2 Satz 1 bzw. § 11b Abs. 2 Satz 1 gesetzlich festgelegten Ausgleichszahlungen in Höhe von

HEINICHEN LAUDIEN

- einmalig 5 % des Verkehrswerts der in Anspruch genommenen Schutzstreifenfläche (§ 11a Abs. 2 Satz 1) bzw.
- 28,00 EUR pro Monat und in Anspruch genommenen Hektar (§ 11b Abs. 2 Satz 1)

zu verneinen. Solange diese Regelungen eine preisgebundene Ausgleichszahlung vorsehen, genügen sie nicht den Anforderungen die Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG, da diese Grundrechtsbestimmung bei Inhalts- und Schrankenbestimmungen zugunsten privater Dritter eine vollständige Kompensation der durch Einschränkungen der Eigentümerbefugnisse bewirkten rechtlich relevanten Einbuße im Sinne einer marktüblichen Vergütung gebietet.



Cord Henrich Heinichen MBA
Rechtsanwalt u. Fachanwalt für Verwaltungsrecht