

Stiftung

Umweltenergierecht

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und weiterer energierechtlicher Vorschriften

**Stellungnahme zur Anhörung des Ausschusses für
Wirtschaft und Energie
im Deutschen Bundestag am 18.11.2020**

erstellt von

Thorsten Müller

unter Mitarbeit von

Dr. Markus Kahles, Dr. Nils Wegner und Frank Sailer

17.11.2020

Zitiervorschlag: *Thorsten Müller*, Stellungnahme zur Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie im Deutschen Bundestag zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und weiterer energierechtlicher Vorschriften am 18.11.2020 vom 17.11.2020.

Stiftung Umweltenergierecht

Ludwigstraße 22

97070 Würzburg

Telefon +49 931 79 40 77-0

Telefax +49 931 79 40 77-29

E-Mail mueller@stiftung-umweltenergierecht.de

Internet www.stiftung-umweltenergierecht.de

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

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

Spendenkonto: Sparkasse Mainfranken Würzburg, IBAN DE16790500000046743183,

BIC BYLADEM1SWU

Inhaltsverzeichnis

A. Eine rechtswissenschaftliche Einordnung des Regierungsentwurfes auf einen Blick	1
I. Fehlende Synchronisation des EEG 2021-RegE mit den europarechtlichen Entwicklungen	1
II. Vereinfachungsmöglichkeiten im EEG aufgrund einer neuen beihilferechtlichen Ausgangslage nutzen	2
III. Neufassung der Nachholungsregelungen in den Ausschreibungen zur Verbesserung der Mengensteuerung und gleichzeitiger Verringerung des Ausbausvolumens in den Jahren 2022 bis 2024	3
IV. Stärkere Kooperation des Bundes und der Bundesländer als Ausprägung eines Gemeinschaftswerkes	3
V. Änderungsbedarf an den Vorgaben zur Eigenversorgung spätestens zum 30. Juni 2021 erforderlich	4
VI. Änderungsbedarf an den Regelungen zur finanziellen Beteiligung an Windenergieanlagen an Land zugunsten der Gemeinden und weitestgehende Gestaltungsmöglichkeiten	5
VII. Neufassung der Regelungen zur Förderung von Anlagen bei negativen Preisen und europarechtliche Spielräume	6
VIII. Deklaratorische Feststellung des öffentlichen Interesses und der öffentlichen Sicherheit	7
IX. Änderungsbedarf infolge des Wegfalls des Netzausbaugebiets für die Regelungen für zuschaltbare Lasten zur Nutzung ansonsten wegen engpassbedingt abzuregelnder Strommengen	9
B. Eine rechtswissenschaftliche Einordnung ausgewählter Aspekte des Regierungsentwurfes im Detail	10
I. Änderungsbedarf an den Vorgaben zur Eigenversorgung zur Wahrung der Vereinbarkeit mit dem Europarecht	10
1. Grundsätzliche Vereinbarkeit der Regelungen zur Eigenversorgung mit der Erneuerbare-Energien-Richtlinie	10
a) Systematik des Regel-Ausnahme-Verhältnisses in der Erneuerbare-Energien-Richtlinie	10
b) Missverständnis zur 30-kW-Grenze in der Erneuerbare-Energien-Richtlinie ..	11
c) Zulässige Begrenzung der EEG-Umlage-Befreiung im EEG	12
2. Bestehender Änderungsbedarf zu verschiedenen Aspekten der Eigenversorgung aufgrund der Erneuerbare-Energien-Richtlinie	13

a) Unzulässiger Ausschluss der Eigenversorgung bei Anlagen in der Ausschreibung	13
b) Unzureichende Regelungen für ausgeführte Anlagen	14
aa) Grundsätzliche zulässige Verpflichtung zur Zahlung der EEG-Umlage, allerdings mit unklarer Begründung für Anlagen bis einschließlich 30 kW Leistung	14
bb) Unzulässige Anforderungen an den Einbau von intelligenten Messsystemen als Voraussetzung für die Eigenversorgung	16
c) Fehlende Regelungen für die gemeinschaftliche Eigenversorgung	18
d) Unsystematische Verortung der Neuregelungen zur Befreiung von EE-Anlagen bis 20 kWp in einem neuen § 61b Abs. 2 EEG 2021-RegE.....	20
II. Zu § 36k EEG 2021-Regierungsentwurf: Anpassungsbedarf bei den Vorgaben zur finanziellen Beteiligung der Gemeinden zur Erreichung der angestrebten Ziele	21
1. Erreichung der Normziele durch Anpassung der Vorgaben in § 36k	22
a) Erstreckung des Anwendungsbereichs auf die relevanten Zeitfenster.....	22
b) Beseitigung strafrechtlicher Hinderungsgründe	23
c) Umlagefähigkeit der erstatteten Mittel ermöglichen, Wirkungen der Erstattungsfähigkeit richtig einordnen.....	24
aa) Gesetzesentwurf steht einer Erstattung der Kosten der Netzbetreiber und deren Berücksichtigung bei der EEG-Umlage entgegen.....	24
bb) Erstattungsanspruch ist funktional wichtig, um Wahrscheinlichkeit der Zahlungen an die Gemeinden zu erhöhen	24
cc) Aufwand der Betreiber geringer, als Regierungsentwurf unterstellt	25
d) Rechtsunsicherheit für landesrechtliche Regelungen beseitigen	25
e) Weitere Gestaltungsmöglichkeiten und zusätzliche Regelungsinhalte	26
aa) Einbeziehung weiterer Anlagen.....	26
bb) Klarstellung der notwendigen Form	27
cc) Gewährleistung der Insolvenzfähigkeit der Zuwendungen.....	27
2. Finanzielle Beteiligung mittels gesetzlich verpflichtender Vorgabe	27

A. Eine rechtswissenschaftliche Einordnung des Regierungsentwurfes auf einen Blick

Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und weiterer energierechtlicher Vorschriften (EEG 2021-RegE) enthält vielfältige Regelungsvorschläge, die den Ausbau der erneuerbaren Energien zum Teil unterstützen, zum Teil hemmen werden. Aus rechtswissenschaftlicher Perspektive sind insbesondere die folgenden Aspekte hervorzuheben:

I. Fehlende Synchronisation des EEG 2021-RegE mit den europarechtlichen Entwicklungen

Eine Konkretisierung und längerfristig orientierte Festlegung von Ausbauzielen in §§ 1, 4 und 4a EEG 2021-RegE und der Ausschreibungsmengen in §§ 28 ff. EEG 2021-RegE sind grundsätzlich zu begrüßen, da sie die Planbarkeit für alle am Ausbau erneuerbarer Energien beteiligten Akteure – von den Bundesländern sowie den kommunalen und regionalen Planungsträgern im Hinblick auf die Flächenbereitstellung über die Netzbetreiber im Hinblick auf den Ausbau der Netzinfrastruktur bis hin zu den potenziellen Betreibern von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien – erhöhen. Allerdings dürften – wie im Gesetzentwurf selbst in Fußnote 2¹ anerkannt wird – die vorgeschlagenen Ziel- und Ausschreibungsmengen gemessen an der sich deutlich abzeichnenden zukünftigen europäischen Rechtslage unzureichend sein. Daher kann die längerfristige Planbarkeit gerade nicht erreicht werden.

Es zeichnet sich sowohl eine deutliche Verschärfung der europäischen Klimaschutzanstrengungen als auch der Ausbauziele für erneuerbare Energien ab. Die Anstrengungen zur Reduktion der Treibhausgase sollen von minus 40 Prozent auf minus 55 – Vorschlag der EU-Kommission – bzw. minus 60 Prozent – Vorschlag des Europäischen Parlamentes erhöht werden. Dies muss eine erhebliche Steigerung des Ausbaus erneuerbarer Energien nach sich ziehen. Dementsprechend wird auch eine Verschärfung des europäischen Ausbauziels für erneuerbare Energien in der 2018 neugefassten Erneuerbare-Energien-Richtlinie von derzeit mindestens 32 Prozent Anteil am Bruttoendenergieverbrauch auf 38-40 Prozent in 2030 erwogen, wobei ein Anstieg des Anteils der EU-weiten Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien von derzeit 32 Prozent auf 65 Prozent prognostiziert wird².

¹ BT-Drs. 19/23482.

² Kommission, Mitteilung, Stepping up Europe's 2030 climate ambition ("Climate target plan"), 17.09.2020, COM(2020) 562 final, S. 8 f.

Daher läge es nah, die Ziele im EEG an die zu erwartenden Entwicklungen des Europarechts bereits jetzt vor Abschluss der zu erwartenden Gesetzgebungsverfahren zum Europäischen Klimagesetz und zur Änderung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie anzupassen, um die angestrebte Planbarkeit zu verbessern und eine vorübergehende Fehlsteuerung zu vermeiden. Während bei der früheren Ausgestaltung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie gegen ein solches Vorgehen angeführt werden konnte, dass eine vorausschauende Anhebung die Verhandlungsposition bei einer späteren Lastenverteilung zwischen den Mitgliedstaaten verschlechtern könnte und zu überproportionalen Anstrengungen führen würde, besteht ein solcher Einwand heute nicht mehr. Denn das europäische Sekundärrecht kennt keine verbindlichen Ausbauziele für erneuerbare Energien für die einzelnen Mitgliedstaaten mehr, sondern sieht mit der Governance-Verordnung in Verbindung mit der Erneuerbare-Energien-Richtlinie ein prozeduralen Rahmen vor, indem sich die Mitgliedstaaten eigene Ausbauziele setzen und gemeinschaftlich das europäische Gesamtziel erreichen können³. Daher kann eine vorausschauende und an den zukünftigen Vorgaben orientierte Festlegung der Ausbauziele einen effizienteren Ausbau in Deutschland unterstützen.

II. Vereinfachungsmöglichkeiten im EEG aufgrund einer neuen beihilferechtlichen Ausgangslage nutzen

Im Gesetzentwurf sind bisher die Möglichkeiten zur Vereinfachung nicht genutzt worden, die sich daraus ergeben, dass das EEG seit 2020 als Beihilfe einzuordnen ist. Bisher sprachen die besseren Gründe dafür, dass das EEG keine Beihilfe war, wie der EuGH zuletzt am 28. März 2019 zum EEG 2021 entschieden hat⁴. Allerdings ist seit der Entscheidung für eine Zahlung von Haushaltsmitteln in den EEG-Ausgleichsmechanismus unstreitig, dass eine solche mit dem Zeitpunkt der tatsächlichen Auszahlung vorliegen wird.

Die Rechtsentwicklung des EEG seit 2000 ist auch von dem Bemühen geprägt, keinen staatlichen Einfluss auf die Zahlungsflüsse zu schaffen, um keine Beihilfeeigenschaft zu begründen. Daher sind Ausgleichsmechanismus und Transparenz- sowie Verbraucherschutzvorschriften als privatrechtliche Aufgabe der Marktakteure und weitgehend ohne Verwaltungsvollzug ausgestaltet worden. Anders als im KWKG wurde z. B. auf eine behördliche Zulassung verzichtet (vgl. etwa § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 KWKG). Nach der Weichenstellung zu einer Beihilferegelung sollte überprüft werden, ob und inwieweit Regelungen zukünftig anders und einfacher ausgestaltet werden können, um den Abwicklungsaufwand für Anlagen- und Netzbetreiber und damit die Transaktionskosten des EEG zu senken. In diesem Zusammenhang böte auch eine umfassende Neuordnung der Strompreisbestandteile eine Möglichkeit, Abwicklungsaufwand deutlich zu verringern. Eine

³ Vgl. dazu ausführlich *Pause/Kahles*, Die finalen Rechtsakte des EU-Winterpakets „Saubere Energie für alle Europäer“, Governance für die Energieunion und Erneuerbare Energien (Teil 1), ER 2019, S. 9 (10 ff.).

⁴ Vgl. Stiftung Umweltenergierecht, Das EEG 2012 ist keine Beihilfe –was genau bedeutet das EuGH-Urteil? Fragen und Antworten, Hintergrundpapier, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 41 vom 04.04.2019, abrufbar unter: https://stiftung-umweltenergierecht.de/wp-content/uploads/2019/04/Stiftung_Umweltenergierecht_Wue-Bericht_41_EEG-keine-Beihilfe_2019_04_04-1.pdf.

weitergehende Senkung der EEG-Umlage auf null würde zudem eine Reihe von Sonderregelung und Auslegungsstreitigkeiten entbehrlich machen⁵. Meldepflichten zum Marktstammdatenregister und zwischen Anlagen- und Netzbetreibern könnten neu strukturiert, gebündelt und damit für alle Beteiligten erheblich vereinfacht werden.

III. Neufassung der Nachholungsregelungen in den Ausschreibungen zur Verbesserung der Mengensteuerung und gleichzeitiger Verringerung des Ausbauvolumens in den Jahren 2022 bis 2024

Mit dem Entwurf für das EEG 2021 wird eine bisher bestehende Lücke der Mengensteuerung im Ausschreibungsbereich geschlossen. Derzeit sind zwar ausgeschriebene und nicht bezuschlagte Ausschreibungsmengen zeitlich verzögert erneut auszuschreiben und können somit nachgeholt werden. Dadurch kann insoweit das jeweilige Mengenziel, wenn auch zeitlich verspätet, erreicht werden. Es fehlt aber eine vergleichbare Regelung für ausgeschriebene und bezuschlagte Mengen, die anschließend aber nicht realisiert und deren Zuschläge folglich entwertet werden. Diese Lücke soll zukünftig mit § 28 Abs. 5 (Wind an Land), § 28a Abs. 3 (PV), § 28b Abs. 5 (Biomasse) und § 28c Abs. 4 (innovative Anlagenkonzepte) EEG 2021-RegE geschlossen werden.

Gleichzeitig werden aber in den Jahren 2022 und 2023 die Ausschreibungsmengen bei Windenergie an Land im Vergleich zur heutigen Rechtslage gekürzt. Nach § 28 Abs. 1a S. 2 EEG 2017 würden die ausgeschriebenen und nicht bezuschlagten Mengen der Jahre 2019 bis 2021 jeweils im dritten folgenden Kalenderjahr – also in den Jahren 2022, 2023 und 2024 – erneut ausgeschrieben. Allein im Jahr 2019 betrifft dies rund 1.800 MW Leistung. Der Regierungsentwurf zum EEG 2021 sieht anders als noch im ersten Referentenentwurf einen Wegfall dieser Ausschreibungsmengen in den Jahren 2022 und 2023 vor, da die Nachholung erst im Jahr 2024 starten soll, § 28 Abs. 3 Nr. 1 EEG 2021-RegE. Ob und inwieweit diese Mengen in den späteren Ausschreibungen berücksichtigt werden, ist der Gesetzesbegründung nicht zu entnehmen.

IV. Stärkere Kooperation des Bundes und der Bundesländer als Ausprägung eines Gemeinschaftswerkes

Erstmalig ist in §§ 97, 98 EEG 2021-RegE ein Verfahren zur stärkeren Zusammenarbeit des Bundes und der Bundesländer vorgesehen. Damit kann zukünftig auf Basis konkreter Informationen zu verschiedenen für den Ausbau der erneuerbaren Energien relevanter Aspekte geplant und entschieden werden. Dieser Mechanismus könnte noch stärker ausgebaut werden. Anders als vom Bundesrat gefordert, könnte der Mechanismus auch unter Einbeziehung der Vorgaben des

⁵ Vgl. dazu dena/FiFo/Stiftung Umweltenergierecht, Vorschlag für die Senkung der EEG-Umlage auf null – Kurzstudie, 07/2020, S. 20 ff., abrufbar unter: https://stiftung-umweltenergierecht.de/wp-content/uploads/2020/07/stiftung_umweltenergierecht_kurzstudie_senkung_eeg-umlage_mueller_senders_kahl_et_al.pdf.

Bundes-Klimaschutzgesetzes zu einem umfassenden Kooperationsmechanismus ausgebaut werden. Daraus können dann verbindliche Ziele für die einzelnen Bundesländer entstehen, die die Steuerung des Ausbaus erneuerbarer Energien effektiver und effizienter machen könnten. Wie solche Ziele im Bundesrecht verankert werden könnten, wurde gerade im Auftrag für das Umweltbundesamt auch von der Stiftung Umweltenergierecht untersucht⁶.

V. Änderungsbedarf an den Vorgaben zur Eigenversorgung spätestens zum 30. Juni 2021 erforderlich

Auch wenn die grundsätzlichen Regelungen zu Eigenversorgung und EEG-Umlage im Regierungsentwurf zum EEG 2021 (EEG 2021-RegE) mit den Anforderungen der Erneuerbare-Energien-Richtlinie (EE-RL) vereinbar sind, besteht an mehreren Punkten bis zum 30. Juni 2021 Änderungsbedarf (ausführlich dazu B. I.):

- Es besteht keine allgemeine Rechtspflicht, alle Anlagen bis 30 kW von der EEG-Umlage zu befreien, weil sich Deutschland insoweit grundsätzlich auf den weiteren Ausnahmegrund der effektiven Förderung nach Art. 21 Abs. 3 lit. a) EE-RL berufen kann.
- Änderungsbedarf zur Wahrung der europarechtlichen Vorgaben besteht allerdings mit Blick auf vier andere Regelungsbereiche im EEG 2021 Regierungsentwurf:
 - Der unverändert beibehaltene weitgehende Ausschluss der Eigenversorgung nach § 27a EEG 2021-RegE ist nicht mit der Verpflichtung der Mitgliedstaaten vereinbar, ein grundsätzliches Recht auf Eigenversorgung nach Art. 21 Abs. 1 EE-RL zu schaffen.
 - Die Beschränkung der EEG-Umlage-Befreiung bei Eigenversorgung auf 20 Jahre ist nur dann mit Art. 21 Abs. 3 lit. a) EE-RL vereinbar, soweit dadurch für die Anlagen grundsätzlich und im Rahmen der zulässigen Typisierungsmöglichkeiten des Gesetzgebers eine effektive Förderung gewährt wird, die die Rentabilität der Projekte ermöglicht und die Anreizwirkung der Förderung nicht untergräbt; es ist zwar möglich, dass dies auf Basis der vorgeschlagenen Regeln für ausgefördernte Anlagen der Fall sein kann, allerdings ist bislang – soweit ersichtlich – nicht dargelegt und begründet worden, ob und für welche Anlagenkohorten die Regelung einen wirtschaftlichen Anlagenbetrieb ermöglicht.

⁶ Wegner et al., Bundesrechtliche Mengenvorgaben bei gleichzeitiger Stärkung der kommunalen Steuerung für einen klimagerechten Windenergieausbau, Juli 2020, abrufbar unter: https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/1410/publikationen/2020-07-08_cc_21-2020_klimagerechter_ee-ausbau_flaechensicherung.pdf.

- Die Pflicht zum Einbau eines intelligenten Messsystems bei ausgeförderten Anlagen im Fall der Eigenversorgung dürfte europarechtlich in der vorgeschlagenen Form unzulässig sein. Die Regelungen behandeln ausgeförderte Anlagen anders als andere Bestandsanlagen, ohne dass ersichtlich ist, dass es hierfür einen rechtfertigenden Grund gibt. Daher dürften diese Vorgaben als diskriminierende Verfahren i. S. v. Art. 21 Abs. 2 lit. a) ii) EE-RL einzustufen und damit mit Anlauf der Umsetzungsfrist am 30. Juni 2021 unzulässig sein. Soweit ein solcher rechtfertigender Grund vorliegen sollte, wäre zudem zu prüfen, ob die Mehrkosten eines intelligenten Messsystems in Kombination mit der vorgesehenen anteiligen EEG-Umlagepflicht dazu führen würden, dass die Rentabilität der Anlagen nicht mehr gegeben wäre oder die Anreizwirkung der Förderung untergraben würde. Wenn einer der beiden Fälle gegeben wäre, läge insoweit eine Unvereinbarkeit mit Art. 21 Abs. 3 lit. a) für Anlagen mit einer Leistung bis einschließlich 30 kW vor.
- Weiterhin ist das unveränderte enge Verständnis der Personenidentität im EEG nicht mit den Anforderungen nach Art. 2 Nr. 15, Art. 21 Abs. 4 EE-RL vereinbar. Danach muss auch bei zwei und mehr Personen eine gemeinschaftlich handelnde Eigenversorgung möglich sein. Hier sind Anpassungen im Hinblick auf die Stellung als Verbraucher und Lieferant und zu Messkonzepten sowie zur Abgrenzung von Drittmengen erforderlich. Eine zwar im Grundsatz vorgesehene Gleichbehandlung von individuellen und gemeinschaftlich handelnden Eigenversorgern im Hinblick auf die Befreiungsregelungen von der EEG-Umlage kann beim Vorliegen von verhältnismäßigen und dargelegten Gründen Unterschiede rechtfertigen.

VI. Änderungsbedarf an den Regelungen zur finanziellen Beteiligung an Windenergieanlagen an Land zugunsten der Gemeinden und weitestgehende Gestaltungsmöglichkeiten

Um das mit § 36k EEG 2021-Regierungsentwurf (RegE) verbundene Ziel einer Akzeptanzsteigerung zu erreichen, sind Änderungen erforderlich (ausführlich dazu B. II.):

- Die Änderungen können im Rahmen der vorgeschlagenen freiwilligen Regelung erfolgen, indem der zeitliche und damit auch personelle Anwendungsbereich erweitert und die nicht gelösten strafrechtlichen Aspekte und potentielle Konflikte mit Compliance-Standards für die Gemeinden und Investoren gelöst werden.
- Alternativ könnte eine verpflichtende Regelung umgesetzt werden, wobei die verfassungsrechtlichen Restriktionen zu beachten sind.
- Die laut Gesetzesbegründung eröffnete Möglichkeit der Netzbetreiber, die Kosten der Erstattung über die EEG-Umlage zu wälzen, ist derzeit noch nicht geregelt, kann aber durch Anpassungen ermöglicht werden.

- Darüber hinaus eröffnet die gewählte freiwillige Lösung weitere Gestaltungsmöglichkeiten für den Gesetzgeber, die er für die Erhöhung der Akzeptanz des Ausbaus erneuerbarer Energien nutzen könnte.

VII. Neufassung der Regelungen zur Förderung von Anlagen bei negativen Preisen und europarechtliche Spielräume

Mit dem Vorschlag für eine Änderung des § 51 EEG 2021-RegE sollen die Vorgaben zum Wegfall des Zahlungsanspruchs in Zeiten negativer Preise am Spotmarkt verändert werden. Die Regelung soll für Anlagen gelten, deren Förderung im Wege der Ausschreibungen ermittelt wird. Neben einer Anpassung des maßgeblichen Marktpreises⁷ soll die relevante zeitliche Schwelle, ab der der Zahlungsanspruch entfällt von sechs aufeinanderfolgenden Stunden auf eine Stunde reduziert und eine Reihe von Ausnahmen gestrichen werden. Die Bundesregierung hat angekündigt, im Laufe des parlamentarischen Verfahrens einer Weiterentwicklung der Regelung vorzuschlagen⁸.

Hintergrund der Regelung sind die Vorgaben in Rn. 124 der Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020⁹:

„Um einen Anreiz für die Integration von Strom aus erneuerbaren Energiequellen in den Markt zu schaffen, ist es wichtig, dass die Beihilfeempfänger ihren Strom direkt auf dem Markt verkaufen und Marktverpflichtungen unterliegen. Ab dem 1. Januar 2016 müssen alle neuen Beihilferegelungen und sonstigen Beihilfemaßnahmen alle folgenden Voraussetzungen erfüllen:

(...)

Es werden Maßnahmen getroffen, um sicherzustellen, dass die Stromerzeuger keinen Anreiz haben, Strom zu negativen Preisen zu erzeugen.“

Im Rahmen der beihilferechtlichen Genehmigungsverfahren zum EEG 2014 und EEG 2017 hatte die EU-Kommission die ursprüngliche Regelung im EEG zum Wegfall der Förderung auch bei längeren zusammenhängenden Zeitspannen negativer Preise von sechs Stunden und mehr für mit dem Beihilferecht vereinbar erklärt. Es sind derzeit keine Anhaltspunkte erkennbar, dass sich diese Rechtsauffassung geändert haben könnte. Zuletzt im Sommer 2019 hat die EU-Kommission die vergleichbare Sechs-Stunden-Regelung Italiens¹⁰ und zuvor 2017 Spaniens¹¹, Sloweniens¹²,

⁷ § 51 Abs. 1 i. V. m. § 3 Nr. 42a EEG 2021-RegE.

⁸ BT-Drs. 19/23482, B. 5.: „Die Bundesregierung wird die Regelung weiterentwickeln und für das parlamentarische Verfahren einen Vorschlag erarbeiten, der es ermöglicht, dass die Zeiten negativer Börsenpreise nach Ablauf des Förderzeitraums nachgeholt werden können.“

⁹ ABl. EU vom 28.06.2014, C200/1; verlängert durch ABl. EU Nr. C 224/3 v. 8.7.2020.

¹⁰ SA. 53347 v. 14.06.2019, Rn. 35, 105.

¹¹ SA. 40348 v. 10.11.2017, Rn. 117.

¹² SA.41998 v. 10.10.2016, Rn. 110.

Portugals¹³ oder des Vereinigten Königreichs¹⁴ mit dem Beihilferecht für vereinbar befunden. Es liegen daher keine Anhaltspunkte vor, dass eine Fortschreibung der bisherigen Regelung im EEG 2021 von vornherein beihilferechtlich ausgeschlossen wäre.

Auch Regelungen, die eine Nachholung der Förderung aus den Zeiträumen mit negativen Preisen im Anschluss an den eigentlich definierten Förderzeitraum ermöglichen, hat die EU-Kommission genehmigt, etwa in Italien¹⁵. Eine solche Regelung würde aber allen Akteuren nicht ausreichend Planungssicherheit verschaffen, die auf eine Projektfinanzierung angewiesen wären und keine Möglichkeiten zur Zwischenfinanzierung hätten.

Daher wäre als Alternative eine Regelung wie in Frankreich zu erwägen¹⁶. Dort wird ab der 21. Stunde mit negativen Preisen, in der der Anlagenbetreiber die Anlage im jeweiligen Kalenderjahr abgeregelt hat, eine Entschädigung für jede weitere abgeregelte Stunde mit negativen Preisen gezahlt¹⁷.

VIII. Deklaratorische Feststellung des öffentlichen Interesses und der öffentlichen Sicherheit

Mit § 1 Abs. 5 EEG 2021-RegE ist eine Regelung vorgeschlagen worden, die im Vergleich zu ihrer tatsächliche Bedeutung überproportional viel Aufmerksamkeit erhält und zu der eine Reihe von Missverständnissen und Fehlinterpretationen zu beobachten sind. Diese gilt sowohl im Hinblick auf die Erwartungshaltung an die Norm, der eine weitgehende Lösung verschiedener Hemmnisse beim Ausbau der Windenergie zugeschrieben wird, als auch im Hinblick auf die Sorgen, dass diese Norm dazu führen würde, dass sich Windenergieanlagen stets gegen andere Anliegen durchsetzen könnten. Beide Einschätzungen sind unzutreffend und ordnen die Regelung falsch ein.

Nach § 1 Abs. 5 EEG 2021-RegE soll zukünftig gelten:

„Die Errichtung von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien liegt im öffentlichen Interesse und dient der öffentlichen Sicherheit.“

Damit würde die Regelung zukünftig verbindlich festlegen, was bereits heute von Behörden und Gerichten regelmäßig angenommen wird¹⁸. Daher kommt der Regelung im Kern eine

¹³ SA. 41694 v. 04.05.2016, Rn. 8, 49.

¹⁴ SA.36196 v. 23.7.2014.

¹⁵ SA. 53347 v. 14.06.2019, Rn. 35, 105: Dort wird ausgeführt, dass im Rahmen der italienischen Regelung die Zeiten, in denen aufgrund der Vorgabe zu negativen Preisen, keine Förderung ausbezahlt wird, nicht auf die Förderdauer angerechnet werden.

¹⁶ SA.47205 v. 05.05.2017, Rn. 72 ff.

¹⁷ Vgl. 7.2.3 Cahier des charges de l'appel d'offres portant sur la réalisation et l'exploitation d'installations de production d'électricité à partir de l'énergie mécanique du vent, implantées à terre.

¹⁸ Siehe hierzu etwa den Überblick bei *Sailer*, Die artenschutzrechtliche Ausnahme bei Windenergieanlagen, ZNER 2020, 206 ff.

deklaratorische, eine klarstellende Bedeutung zu. Sie entfaltet insoweit zukünftig aber eine Bindungswirkung gegenüber Behörden und Gerichten, so dass diese nicht mehr abweichend entscheiden können, dass Erzeugungsanlagen für Strom aus erneuerbaren Energien nicht im öffentlichen Interesse lägen und der öffentlichen Sicherheit dienten. Die Norm würde damit mehr Rechtssicherheit zu diesem Aspekt für Behörden und Investoren schaffen.

§ 1 Abs. 5 EEG 2021-RegE ist für sich genommen aber keine Grundlage für Eingriffe. Die Regelungswirkung beschränkt sich vielmehr allein auf eine Ausstrahlungswirkung auf all diejenigen Normen, in denen die Verwaltung im öffentlichen Interesse oder zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit handeln darf. In der Normkette des § 1 Abs. 5 EEG in Verbindung mit einer solchen Befugnis- oder Eingriffsnorm stünde zukünftig fest, dass die Errichtung von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien dieses Tatbestandsmerkmal erfüllt. Eine Vorwegnahme einer dann vorzunehmenden Abwägung oder ein Überwiegen dieses öffentlichen Interesses oder der öffentlichen Sicherheit gegenüber anderen relevanten Belangen bei der Abwägungsentscheidung würde durch § 1 Abs. 5 EEG 2021-RegE aber gerade nicht bewirkt, ebenso wenig wie bei weiterhin vorzunehmenden Ermessensausübungen o. ä.

Die Regelung lehnt sich an § 1 S. 3 NABEG an:

„Die Realisierung der Stromleitungen, die in den Geltungsbereich dieses Gesetzes fallen, ist aus Gründen eines überragenden öffentlichen Interesses und im Interesse der öffentlichen Sicherheit erforderlich.“

Einer der Hauptanwendungsfälle des § 1 Abs. 5 EEG 2021-RegE dürfte im Bereich des Artenschutzes und hier in der Ausnahmenregelung des § 45 Abs. 7 BNatSchG liegen, auf die auch die Gesetzesbegründung verweist. Dort ist folgende Regelung vorgesehen:

„(7) Die für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörden sowie im Fall des Verbringens aus dem Ausland das Bundesamt für Naturschutz können von den Verboten des § 44 im Einzelfall weitere Ausnahmen zulassen
(...)“

4. im Interesse der Gesundheit des Menschen, der öffentlichen Sicherheit, einschließlich der Verteidigung und des Schutzes der Zivilbevölkerung, oder der maßgeblich günstigen Auswirkungen auf die Umwelt oder
5. aus anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art.“

§ 1 Abs. 5 würde im Hinblick auf die öffentliche Sicherheit die Nr. 4 adressieren, im Hinblick auf das öffentliche Interesse die Nr. 5.

Bei allen Ausnahmegründen ist dabei stets eine Abwägungsentscheidung zu treffen, deren Ergebnis nicht durch § 1 Abs. 5 EEG-RegE vorgegeben würde. Die Regelung würde insbesondere nicht von der Gewichtung und Abwägung im Einzelfall sowie allen sonstigen Voraussetzungen für behördliche Entscheidungen entbinden (insbesondere der Alternativenprüfung und dem Verschlechterungsverbot beim Erhaltungszustand), keinen generellen Vorrang für erneuerbare

Energien schaffen oder nähere Gewichtungsvorgaben für die Abwägungsentscheidungen treffen. Es würde aber festgelegt, dass eine Abwägungsentscheidung hier eröffnet ist.

IX. Änderungsbedarf infolge des Wegfalls des Netzausbaubereichs für die Regelungen für zuschaltbare Lasten zur Nutzung ansonsten wegen engpassbedingt abzuregelnder Strommengen

Mit der EEG-2021-Novelle sollen die Regelungen zum Netzausbaubereich nach §§ 36c, 88b EEG 2017 gestrichen werden. Diese Regelung wirkt sich nicht nur im EEG im Hinblick auf die räumliche Steuerung des Ausbaus der Windenergie an Land aus, sondern berührt auch die Regelungen in § 13 Abs. 6a EnWG. Dort sind die häufig als „Nutzen statt Abregeln“ bezeichneten Vorgaben zur Flexibilisierung von Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen bei Netzengpässen enthalten. Diese Möglichkeit setzt tatbestandlich nach § 13 Abs. 6a S. 1 Nr. 2 EnWG voraus, dass ein Vertrag mit einer KWK-Anlage geschlossen wird, die

„sich im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses in einem Netzausbaubereich nach § 36c Absatz 1 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes befindet“.

Eine Änderung des § 13 Abs. 6a EnWG ist bisher in Artikel 2 des Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und weiterer energierechtlicher Vorschriften – anders als hinsichtlich der hierzu geschaffenen Verordnungsermächtigung nach § 13i Abs. 3 Nr. 3 EnWG – nicht vorgesehen. Die Regelung läuft damit künftig ins Leere.

§ 13 Abs. 6a EnWG hat die ihn in gesetzten Erwartungen ohnehin nicht erfüllt. Die Streichung des Netzausbaubereichs wäre ein passender Zeitpunkt, erneut zu prüfen, inwieweit nicht Regelungen geschaffen werden sollten, die den infolge von Netzengpässen abzuregelnden Strom einer Nutzung zuführen könnten. Dies könnte ein umfassendes Regelwerk für zuschaltbare Lasten¹⁹ oder eine spezielle Regelung für die Aktivierung von zusätzlichen Heizstäben bei Letztverbrauchern sein, auf die der Netzbetreiber zugreifen könnte, um Lasten zuzuschalten, bevor er Erneuerbare-Energien-Anlagen abregeln dürfte.

¹⁹ Antoni et al., Gutachten zu zuschaltbaren Lasten, Februar 2016, abrufbar unter: https://stiftung-umweltenergierecht.de/wp-content/uploads/2016/03/SUER_ISI_Gutachten-zu-zuschaltbaren-Lasten_FINAL.pdf.

B. Eine rechtswissenschaftliche Einordnung ausgewählter Aspekte des Regierungsentwurfes im Detail

I. Änderungsbedarf an den Vorgaben zur Eigenversorgung zur Wahrung der Vereinbarkeit mit dem Europarecht

Die im EEG 2021-RegE enthaltenen Regelungen zur Eigenversorgung sind im Grundsatz mit den Vorgaben der europäischen Erneuerbare-Energien-Richtlinie vereinbar (dazu sogleich 1.). An verschiedenen Stellen ist dies im Detail aber nicht der Fall, so dass spätestens bis zum Ende der Umsetzungsfrist am 30. Juni 2021 Änderungen gegenüber den nun vorgeschlagenen Regelungen erfolgen müssen (dazu unter 2.).

1. Grundsätzliche Vereinbarkeit der Regelungen zur Eigenversorgung mit der Erneuerbare-Energien-Richtlinie

Entgegen anderslautender politischer Einschätzungen, resultiert aus der Erneuerbare-Energien-Richtlinie keine Verpflichtung, alle zur Eigenversorgung genutzten Erneuerbare-Energien-Anlagen bis zu einer installierten Leistung von 30 Kilowatt von der EEG-Umlage zu befreien. Dies mag zwar dem allgemeinen Grundsatz der Erneuerbare-Energien-Richtlinie widersprechen, „jegliche“ Abgaben, Umlagen oder Gebühren für zur Eigenversorgung genutzten Strom zu vermeiden, vgl. Art. 21 Abs. 2 lit. a) ii) EE-RL. Dies ist aber mit dem aus rechtlicher Perspektive allein maßgeblichen Regelungsinhalt der ebenfalls normierten Ausnahmen zu diesem Grundsatz nach Art. 21 Abs. 3 EE-RL vereinbar²⁰. Dieses Ergebnis ergibt sich aus der Systematik der entsprechenden Vorgaben der Erneuerbare-Energien-Richtlinie (dazu sogleich a.), widerspricht nicht der sog. 30-kW-Grenze (dazu unten b.), sondern kann sich auf den Ausnahmegrund nach Art. 21 Abs. 3 lit. a) EE-RL stützen (dazu unten c.).

a) Systematik des Regel-Ausnahme-Verhältnisses in der Erneuerbare-Energien-Richtlinie

Die Erneuerbare-Energien-Richtlinie ordnet für die Behandlung des Eigenverbrauchs ein komplexes Regel-Ausnahme-Verhältnis an:

1. Auf der ersten Stufe verpflichtet die Richtlinie in Art. 21 Abs. 1 die Mitgliedstaaten dazu, Eigenversorgung für alle Verbraucher zu ermöglichen:

²⁰ Vgl. grundsätzlich zu Regelungssystematik und -inhalt des Art. 21 und dessen Auswirkungen auf das deutsche Recht: *Papke/Kahles*, Neue EU-Regelungen zur Eigenversorgung – Auswirkungen des Art. 21 der neuen Erneuerbare-Energien-Richtlinie auf das deutsche Recht, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr.36 vom 14.12.2018.

„(1) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass Verbraucher vorbehaltlich dieses Artikels Anspruch darauf haben, Eigenversorger im Bereich erneuerbare Elektrizität zu werden.“

2. Auf der zweiten Stufe stellt die Richtlinie dann in Art. 21 Abs. 2 EE-RL Ausgestaltungsregelungen auf. Außerdem – und dies ist die für die zum EEG 2021 wichtige Frage zur Behandlung der Eigenversorgung maßgebliche erste Weichenstellung – ordnet die Richtlinie dann in Art. 21 Abs. 2 lit. a) ii) EE-RL an, dass die Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung des Rechtsrahmens für die Eigenversorgung den Verbrauchern das Recht einräumen müssen, die eigenerzeugten Strommengen direkt vor Ort frei von diskriminierenden oder unverhältnismäßigen Verfahren und „jeglichen“ staatlich veranlassten Kosten wie etwa auch der EEG-Umlage nutzen zu dürfen:

„(2) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass Eigenversorger (...) berechtigt sind, (...)

a) erneuerbare Energie einschließlich für die Eigenversorgung zu erzeugen (...), ohne dass (...)

ii) die eigenerzeugte Elektrizität aus erneuerbaren Quellen, die an Ort und Stelle verbleibt, diskriminierenden oder unverhältnismäßigen Verfahren und jeglichen Abgaben, Umlagen oder Gebühren unterworfen ist; (...)

3. Von dieser Regel wird dann allerdings in Art. 21 Abs. 3 EE-RL eine Ausnahme – die zweite für die Bewertung des EEG relevanter Weichenstellung – zugelassen, dass entgegen der Grundaussage nach Absatz 2 trotzdem Kosten, wie die EEG-Umlage, erhoben werden dürfen, wenn mindestens einer der drei dort aufgezählten Ausnahmegründe vorliegt.

Zwei dieser Ausnahmegründe sind für die aktuelle Diskussion um die Regelungen zur Eigenversorgung im EEG 2021 relevant und werden daher in den folgenden Abschnitten näher mit Blick auf ihren Regelungsgehalt dargestellt.

b) Missverständnis zur 30-kW-Grenze in der Erneuerbare-Energien-Richtlinie

Einer dieser Ausnahmegründe ist nach Art. 21 Abs. 3 lit. c) EE-RL die 30-KW-Grenze:

„(3) Die Mitgliedstaaten können Eigenversorgern im Bereich erneuerbare Elektrizität für die an Ort und Stelle verbleibende eigenerzeugte erneuerbare Elektrizität nichtdiskriminierende und verhältnismäßige Umlagen, Abgaben und Gebühren in einem oder mehrerer der folgenden Fälle auferlegen, (...)

c) wenn die eigenerzeugte erneuerbare Elektrizität in Anlagen mit einer installierten Gesamtstromerzeugungskapazität von über 30 kW produziert wird.“

Folglich kann ein Mitgliedstaat ohne weitere Begründung von dem Grundsatz der Umlagefreiheit nach Art. 21 Abs. 2 EE-RL abweichen, sobald die Schwelle von 30 kW überschritten ist. Ein weitergehender Regelungsgehalt ist Art. 21 Abs. 3 lit. c) EE-RL dagegen nicht beizumessen. Zum einen beinhaltet er nicht die Aussage, dass Anlagen bis 30 kW Leistung immer von Kosten wie der EEG-Umlage befreit werden müssten. Denn es heißt in Absatz 3 ausdrücklich „in einem oder mehrere(n) der folgenden Fälle“: Eine EEG-Umlage-Zahlungspflicht kann also bei Anlagen bis einschließlich 30 kW-Leistung immer dann erfolgen, wenn einer der beiden anderen Ausnahmegründe gegeben ist. Zum anderen beinhaltet die Regelung des Art. 21 Abs. 3 lit. c) EE-RL aber auch nicht die Aussage, dass ab 30 kW-Leistung stets Kosten, wie die EEG-Umlage, zu zahlen wären. Dieser Schwellenwert statuiert eine Möglichkeit für die Mitgliedstaaten, enthält aber keine Verpflichtung. Ob eine darüber hinausgehende Befreiung normiert werden soll, wird durch die Erneuerbare-Energien-Richtlinie nicht vorbestimmt, sondern kann anhand von Zweckmäßigkeits-erwägungen im Rahmen der beihilferechtlichen Zulässigkeit einerseits und der sich aus Umverteilungswirkungen und Gleichbehandlungsfragen ergebenden grundrechtlichen Maßstäbe andererseits durch die Mitgliedstaaten festgelegt werden.

c) Zulässige Begrenzung der EEG-Umlage-Befreiung im EEG

Die im EEG vorgesehene Beschränkung der EEG-Umlage-Befreiung ist dann mit der Erneuerbare-Energien-Richtlinie vereinbar, wenn einer der beiden anderen Ausnahmegründe des Art. 21 Abs. 3 EE-RL einschlägig wäre. Dies ist mit Art. 21 Abs. 3 lit a) EE-RL grundsätzlich der Fall.

„3) Die Mitgliedstaaten können Eigenversorgern im Bereich erneuerbare Elektrizität für die an Ort und Stelle verbleibende eigenerzeugte erneuerbare Elektrizität nichtdiskriminierende und verhältnismäßige Umlagen, Abgaben und Gebühren in einem oder mehrerer der folgenden Fälle auferlegen,

a) wenn die eigenerzeugte erneuerbare Elektrizität im Rahmen von Förderregelungen effektiv gefördert wird, jedoch nur in dem Umfang, dass die Rentabilität des Projekts und der Anreizeffekt der betreffenden Förderung dadurch nicht untergraben werden, oder

(...)“

Der Gesetzgeber hat mit dem EEG Regelungen zur Einspeisevergütung für Anlagen bis einschließlich einer Leistung von 30 kW geschaffen, die jedenfalls in Kombination mit der Eigenerzeugung grundsätzlich eine Rentabilität der Projekte ermöglichen. Von diesen Regelungen geht auch – ggf. mit Ausnahme von Anlagen direkt oberhalb des Schwellenwertes der vollständigen Befreiung von der EEG-Umlage von derzeit 10 kW und zukünftig 20 kW – eine grundsätzliche Anreizwirkung zu Errichtung und Betrieb von Eigenversorgungsanlagen aus. Daher liegen die Voraussetzungen des Ausnahmegrundes nach Art. 21 Abs. 3 lit a) EE-RL vor. Damit kann der Bundesgesetzgeber von der Regel nach Art. 21 Abs. 2 lit. a) ii) EE-RL ausnahmsweise abweichen und eine Zahlungspflicht für die reduzierte EEG-Umlage nach § 61b Abs. 1 EEG 2021-RegE vorsehen.

Art. 21 Abs. 3 lit. a) EE-RL verlangt auch nicht, dass eine Förderung der eigenverbrauchten Strommengen erfolgt. Die Förderung des in das Netz eingespeisten Strom im Rahmen der Einspeisevergütung ist damit ausreichend. Hierfür spricht bereits der Wortlaut, der „eigenerzeugte erneuerbare Elektrizität“ benennt, also auf die Produktion und nicht den Verbrauch abstellt. Dabei ist es auch nicht erforderlich, dass eine Förderung für alle erzeugten Strommengen gewährt wird, da es allein darauf ankommt, dass insgesamt eine effektive Förderung eröffnet wird, die eine Rentabilität des Projekts ermöglicht und den Anreizeffekt der Förderung nicht unterläuft.

2. Bestehender Änderungsbedarf zu verschiedenen Aspekten der Eigenversorgung aufgrund der Erneuerbare-Energien-Richtlinie

Trotz dieses grundsätzlichen Befundes ist der Regierungsentwurf für das EEG 2021 an mehreren Stellen nicht mit den Vorgaben zur Eigenversorgung in der Erneuerbare-Energien-Richtlinie vereinbar, so dass spätestens bis zum Ende der Umsetzungsfrist nach Art. 36 Abs. 2 UAbs. 1 EE-RL am 30. Juni 2021 Handlungsbedarf besteht. Die Unvereinbarkeit der bestehenden Regelungen betreffen den weitgehenden Ausschluss der Eigenversorgung nach § 27a EEG 2021-RegE (dazu sogleich unter a.), die Ausgestaltung der Regelungen für die ausgeförderten Bestandsanlagen (dazu unter b.) und der Ausschluss der Eigenversorgung unter Beteiligung von mehr als einer Person (dazu unter c.). Zudem wäre es aus systematischen Gründen sinnvoller, den neuen Ausnahmetatbestand für Erneuerbare-Energien-Anlagen mit einer Leistung von bis zu einschließlich 20 kW in § 61a als neuen Absatz 2 einzufügen, anstatt ihn wie im Regierungsentwurf vorgesehen in § 62b zu platzieren (dazu unter d.).

a) Unzulässiger Ausschluss der Eigenversorgung bei Anlagen in der Ausschreibung

§ 27a EEG 2021-RegE sieht weitgehend unverändert vor, dass der Strom aus den Anlagen, deren anzulegender Wert im Wege von Ausschreibungen ermittelt wird, bis auf fünf geringfügige Ausnahmen nicht zur Eigenversorgung genutzt werden darf.

„§ 27a Zahlungsanspruch und Eigenversorgung

Die Betreiber von Anlagen, deren anzulegender Wert durch Ausschreibungen ermittelt worden ist, dürfen in dem gesamten Zeitraum, in dem sie Zahlungen nach diesem Gesetz in Anspruch nehmen, den in ihrer Anlage erzeugten Strom nicht zur Eigenversorgung nutzen. Ausgenommen ist der Strom, der verbraucht wird

1. durch die Anlage oder andere Anlagen, die über denselben Verknüpfungspunkt mit dem Netz verbunden sind,
2. in den Neben- und Hilfsanlagen der Anlage oder anderer Anlagen, die über denselben Verknüpfungspunkt mit dem Netz verbunden sind,
3. zum Ausgleich physikalisch bedingter Netzverluste,
4. in den Stunden, in denen der Spotmarktpreis negativ ist, oder in den Stunden, in denen die Einspeiseleistung bei Netzüberlastung nach § 14 Absatz 1 reduziert wird.“

Verstoßen die Betreiber gegen diese Vorgabe, verringert sich die Förderung auf null, § 52 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 EEG 2021-RegE:

„§ 52 Verringerung des Zahlungsanspruchs bei Pflichtverstößen

(1) Der anzulegende Wert verringert sich auf null,

(...)

4. wenn Betreiber von Anlagen, deren anzulegender Wert durch Ausschreibungen ermittelt wird, gegen § 27a verstoßen oder

(...)

Satz 1 Nummer 4 ist für das gesamte Kalenderjahr des Verstoßes anzuwenden.“

Das Verbot nach § 27a EEG 2021-RegE und die Sanktion des § 52 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 i. V. m. S. 3 EEG 2021-RegE verstößt gegen die Pflicht der Mitgliedstaaten nach Art. 21 Abs. 1 EE-RL, den Verbrauchern die Möglichkeit zur Eigenversorgung einzuräumen (vgl. oben unter I. 1.). Zwar heißt es dort einschränkend „vorbehaltlich dieses Artikels“, so dass der Anspruch auf Eigenversorgung nicht unbegrenzt ist. Allerdings findet sich in Art. 21 EE-RL keine Regelung, auf die ein Ausschluss wie in § 27a EEG 2021-RegE angeordnet gestützt werden könnte. Insbesondere gilt das Recht der Eigenversorgung nicht nur für kleine Anlagen. Der Ausnahmegrund des Art. 21 Abs. 3 lit. c) für Anlagen über 30 kW Leistung gilt nur für die Frage, ob ausnahmsweise Kosten wie die EEG-Umlage auferlegt werden dürfen, aber nicht für die Verpflichtung zur Einräumung des Rechts der Eigenversorgung.

Folglich muss die Regelung des § 27a EEG 2021-RegE so geändert werden, dass Eigenversorgung möglich ist.

b) Unzureichende Regelungen für ausgeforderte Anlagen

aa) Grundsätzliche zulässige Verpflichtung zur Zahlung der EEG-Umlage, allerdings mit unklarer Begründung für Anlagen bis einschließlich 30 kW Leistung

Mit dem EEG 2021 sollen erstmalig Regelungen zu Zahlungsansprüchen von Anlagen nach Ablauf des zwanzigjährigen Förderzeitraums geschaffen werden. Diese werden als erforderlich angesehen, um ihren Weiterbetrieb zu gewährleisten. Keine Änderung für diese Anlagen ist dagegen im Hinblick auf die Regelungen zur Eigenversorgung vorgesehen. Sowohl der unveränderte EEG-Umlage-Befreiungstatbestand des § 61a Nr. 4 EEG-RegE für Anlagen mit einer Leistung von bis zu 10 kW als auch der neu vorgeschlagene Tatbestand zur Befreiung von der EEG-Umlage für Erneuerbare-Energien-Anlagen bis einschließlich 20 kW gelten jeweils nur für die Zeit von zwanzig Jahren ab Inbetriebnahme der Anlage. Damit fällt für ausgeforderte Anlagen dieser Größenordnung die EEG-Umlage in reduzierter Höhe von 40 % an. Es stellt sich die Frage, ob die Zahlung der EEG-Umlage in diesem Fall mit der Erneuerbare-Energien-Richtlinie vereinbar ist.

Für alle Anlagen mit einer Leistung von über 30 kW ist eine Zahlungspflicht der EEG-Umlage ohne weitere Anforderungen nach Art. 21 Abs. 3 lit c) EE-RL zulässig, vgl. dazu bereits oben unter Abschnitt I. 1. b. Für alle anderen Anlagen wäre dies nur der Fall, wenn die oben dargestellten

Voraussetzungen des Art. 21 Abs. 3 lit a) EE-RL vorlägen, also eine effektive Förderung gewährt würde, die die Rentabilität des Projekts sicherstellt und der Anreizeffekt der betreffenden Förderung nicht durch die Zahlungspflicht untergraben würde.

Bei ausgeförderten Anlagen ist allerdings unklar, ob überhaupt eine Förderregelung im Sinn der Erneuerbare-Energien-Richtlinie besteht. Zwar erhalten auch ausgeförderte Anlagen bis einschließlich 30 kW einen Anspruch aus Einspeisevergütung nach §§ 23b, 53 Abs. 1 EEG 2021-RegE. Diese Förderung liegt aber unterhalb des relevanten Marktwertes, was den Charakter der Förderung in Frage stellt. Der Marktwert ist Ausgangspunkt des Zahlungsanspruchs, der sich aber um 0,4 ct/kWh nach § 53 Abs. 1 reduziert. Trotzdem erscheint es gut vertretbar zu sein, von einer Förderregelung zu sprechen. Darunter definiert die Erneuerbare-Energien-Richtlinie nach Art. 2 Nr. 5:

5. „Förderregelung“ ein Instrument, eine Regelung oder einen Mechanismus, das bzw. die bzw. der von einem Mitgliedstaat oder einer Gruppe von Mitgliedstaaten angewendet wird und die Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen dadurch fördert, dass die Kosten dieser Energie gesenkt werden, ihr Verkaufspreis erhöht wird oder ihre Absatzmenge durch eine Verpflichtung zur Nutzung erneuerbarer Energie oder auf andere Weise gesteigert wird; dazu zählen unter anderem Investitionsbeihilfen, Steuerbefreiungen oder -erleichterungen, Steuererstattungen, Förderregelungen, die zur Nutzung erneuerbarer Energiequellen verpflichten, einschließlich solcher, bei denen grüne Zertifikate verwendet werden, sowie direkte Preisstützungssysteme einschließlich Einspeisetarifen und der Zahlung einer gleitenden oder festen Prämie;“ (*Hervorhebungen nicht im Original*)

Auch die unter dem Marktwert liegenden finanzielle Förderung könnte als eine solche Förderregelung angesehen werden, insbesondere dann, wenn man sie in Kombination mit dem Anspruch auf Abnahme nach § 11 Abs. 1 S. 1 und S. 2 EEG 2021-RegE betrachtet. Gerade durch die Möglichkeit zur Einspeisung erspart sich der Anlagenbetreiber die Notwendigkeit, sich selbst um einen Abnehmer für den Strom zu bemühen. In dieser erheblichen Erleichterung könnte unter Umständen bereits allein eine Förderung gesehen werden, die die Absatzmenge auf andere Weise als durch eine finanzielle Förderung steigert.

Allerdings müsste die Förderung effektiv sein. Zudem müsste einerseits die Rentabilität des Projekts sichergestellt sein und dürfte andererseits der Anreizeffekt der betreffenden Förderung nicht durch die Zahlungspflicht untergraben werden. Ob dies der Fall ist, ist keine Rechtsfrage und kann daher hier nicht qualifiziert bewertet werden. Dafür könnte sprechen, dass der Gesetzgeber im Rahmen der zulässigen Typisierung davon ausgehen darf, dass die Anlage im Regelfall abbezahlt und amortisiert sein dürfte und die Betriebskosten gering sind. Eine etwaige Begründung der Regelung anhand der Kriterien der Erneuerbare-Energien-Richtlinie ist allerdings, soweit ersichtlich, bislang nicht erfolgt.

bb) Unzulässige Anforderungen an den Einbau von intelligenten Messsystemen als Voraussetzung für die Eigenversorgung

Anders ist aber die Verpflichtung zum Einbau eines intelligenten Messsystems zu bewerten. Diese Problematik beschränkt sich auch nicht auf Anlagen mit einer Leistung bis einschließlich 30 kW, sondern betrifft sämtliche ausgeförderte Anlagen.

Nach der zukünftigen Systematik für ausgeförderte Anlagen erhalten diese eine Einspeisevergütung und müssen im Gegenzug den gesamten erzeugten Strom ins Netz einspeisen, § 21 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 2 S. 2 EEG 2021-RegE:

- „(1) Der Anspruch auf die Zahlung der Einspeisevergütung nach § 19 Absatz 1 Nummer 2 besteht nur für Kalendermonate, in denen der Anlagenbetreiber den Strom in ein Netz einspeist und dem Netzbetreiber nach § 11 zur Verfügung stellt, und zwar für
- (...)
3. Strom aus ausgeförderten Anlagen.
- (2) Anlagenbetreiber, die die Einspeisevergütung in Anspruch nehmen,
1. müssen dem Netzbetreiber den gesamten in dieser Anlage erzeugten Strom zur Verfügung stellen, der
- a) nicht in unmittelbarer räumlicher Nähe zur Anlage verbraucht wird und
- b) durch ein Netz durchgeleitet wird, und
2. dürfen mit dieser Anlage nicht am Regelenergiemarkt teilnehmen.
- Abweichend von Satz 1 Nummer 1 müssen die Betreiber von ausgeförderten Anlagen dem Netzbetreiber den gesamten in der Anlage erzeugten Strom zur Verfügung stellen, solange die zugehörige Messstelle der Anlage nicht mit einem intelligenten Messsystem nach dem Messstellenbetriebsgesetz ausgestattet ist.“

In dem Erfordernis eines intelligenten Messsystems allein dürfte grundsätzlich noch kein Verstoß gegen die Verpflichtung der Mitgliedstaaten nach Art. 21 Abs. 1 EE-RL zu sehen sein, da die Eigenversorgung nicht verboten, sondern nur an Voraussetzungen geknüpft ist. Etwas anderes dürfte aber dann gelten, wenn ein solches Messsystem nicht oder nicht rechtzeitig zur Verfügung steht. Für diesen Fall muss eine Übergangsregelung vorgesehen sein, da andernfalls die Bedingung wie ein Verbot wirkt.

Allerdings dürfte diese Bedingung nicht mit Art. 21 Abs. 2 EE-RL in Einklang stehen. Wie oben unter Abschnitt I.1. dargelegt müssen die Mitgliedstaaten als Regelfall die Eigenversorgung nicht nur ermöglichen, sondern nach Art. 21 Abs. 2 lit. a) ii) EE-RL zudem sicherstellen, dass dabei keine „diskriminierenden oder unverhältnismäßigen Verfahren“ verlangt werden.

Zwar erlaubt Art. 21 Abs. 3 EE-RL beim Vorliegen einer der dort normierten drei Fallgruppen Ausnahmen von der Regel des Art. 21 Abs. 2 lit. a) ii) EE-RL. Diese Ausnahmen beziehen sich aber nur und ausschließlich auf die Möglichkeit zur Auferlegung von Abgaben, Umlagen oder Gebühren. Bei der Frage, ob ein intelligentes Messsystem zur Voraussetzung für die Eigenversorgung gemacht werden darf, ist aber das Tatbestandsmerkmal der „diskriminierenden oder

unverhältnismäßigen Verfahren“ nach Art. 21 Abs. 2 lit. a) ii) EE-RL einschlägig. Diese dürfen unter keinen Umständen, auch nicht beim Vorliegen der Ausnahmeregelungen des Art. 21 Abs. 3 EE-RL zur Anwendung kommen.

Somit ist fraglich, ob sich aus dem Erfordernis des § 21 Abs. 2 S. 2 EEG 2021-RegE ein Verstoß gegen die Vorgaben der Erneuerbare-Energien-Richtlinie ergibt. Dies ist jedenfalls für Anlagen mit einer Leistung bis zu 15 kW grundsätzlich und mit einer Leistung über 15 kW vorübergehend der Fall. Denn die Regelungen für ausgeförderte Anlagen unterscheiden sich von denen, die für andere bereits in Betrieb befindliche Anlagen gelten sollen. Für diese sieht § 9 Abs. 1a EEG 2021-RegE folgende Vorgaben im Hinblick auf ein intelligentes Messsystem vor:

„(1a) Betreiber von Anlagen und KWK-Anlagen mit einer installierten Leistung von mehr als 15 Kilowatt, die vor der Bekanntgabe nach Absatz 1 Satz 1 in Betrieb genommen wurden, müssen ihre Anlagen spätestens fünf Jahre nach der Bekanntgabe nach Absatz 1 Satz 1 mit technischen Einrichtungen ausstatten, mit denen der Netzbetreiber oder ein anderer Berechtigter jederzeit über ein intelligentes Messsystem

1. die Ist-Einspeisung abrufen kann und
2. die Einspeiseleistung stufenweise oder, sobald die technische Möglichkeit besteht, stufenlos ferngesteuert regeln kann.

Bis zum Einbau eines intelligenten Messsystems ist die Pflicht nach Satz 1 mit technischen Einrichtungen zu erfüllen, die dem Stand der Technik zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Anlage oder der KWK-Anlage entsprechen. Die Pflicht nach Satz 1 Nummer 2 oder Absatz 1 Satz 2 Nummer 2 gilt dabei auch als erfüllt, wenn die technischen Einrichtungen nur dazu geeignet sind,

1. die Einspeiseleistung bei Netzüberlastung stufenweise ferngesteuert zu reduzieren oder
2. die Anlage bei Netzüberlastung vollständig abzuschalten.“

Für diese Regelungsunterschiede werden in der Gesetzesbegründung keine durchgreifenden Argumente angeführt, die die unterschiedliche Behandlung sachgerecht erscheinen lassen, so dass sie als diskriminierend im Sinne von Art. 21 Abs. 2 lit. a) ii) EE-RL einzustufen sein dürften. Als Begründung wird aufgeführt:

„Dadurch sollen die Kosten für die EEG-Bilanzkreise verringert und im Sinne einer konsistenten und ambitionierten Digitalisierungsstrategie ein Anreiz geschaffen werden, ein intelligentes Messsystem zu installieren.“

Warum diese Gründe nur für ausgeförderte Anlagen und nicht gleichermaßen für andere Bestandsanlagen, bei denen die Situation im Hinblick auf die Relevanz auf die EEG-Bilanzkreise und die Digitalisierungsstrategie identisch ist, gelten sollten, wird nicht dargelegt.

Unterstellt, dass es einen solchen Differenzierungsgrund geben sollte, so dass die unterschiedliche Behandlung ausgeförderter Anlagen zu sonstigen Bestandsanlagen als nichtdiskriminierend

im Sinne von Art. 21 Abs. 2 lit. a)) EE-RL einzustufen wäre, würde sich aber immer noch die Frage stellen, ob die Pflicht zum Einbau eines intelligenten Messsystems in Kombination mit der Pflicht zur anteiligen Zahlung der EEG-Umlage nach § 61b Abs. 1 EEG 2021-RegE den Anforderungen nach Art. 21 Abs. 3 lit a) EE-RL entspricht. Angesichts der Kosten für ein intelligentes Messsystem und den geringen Erlösen der Einspeisevergütung zum Marktwert abzüglich von 0,4 ct/kWh erscheint es durchaus plausibel, dass „die Rentabilität des Projekts“ nicht mehr sicherstellt sein könnte. Ob dies der Fall ist, ist keine Rechtsfrage, so dass die abschließende Bewertung hier nicht erfolgen kann.

Sofern keine sachlichen Gründe für eine Ungleichbehandlung von ausgeförderten Anlagen und anderen Bestandsanlagen im Hinblick auf das Erfordernis des Einbaus eines intelligenten Messsystems vorliegen, dürfte die vorgeschlagene Regelung in § 21 Abs. 2 S. 2 EEG 2021-RegE gegen Art. 21 Abs. 2 lit. a) ii) EE-RL verstoßen. Lägen solche Gründe vor, wäre entscheidend ob ein Anlagenbetrieb trotz des Erfordernisses zum Einbau eines intelligenten Messsystems noch wirtschaftlich wäre.

c) Fehlende Regelungen für die gemeinschaftliche Eigenversorgung

Anders als das EEG versteht die Erneuerbare-Energien-Richtlinie den Begriff der Eigenversorgung weiter und unterscheidet in Art. 2 Nr. 14 und 15 EE-RL die individuelle und die gemeinschaftliche Eigenversorgung:

„14. „Eigenversorger im Bereich erneuerbare Elektrizität“ einen Endkunden, der an Ort und Stelle innerhalb definierter Grenzen oder, sofern die Mitgliedstaaten das gestatten, an einem anderen Ort für seine Eigenversorgung erneuerbare Elektrizität erzeugt und eigenerzeugte erneuerbare Elektrizität speichern oder verkaufen darf, sofern es sich bei diesen Tätigkeiten — im Falle gewerblicher Eigenversorger im Bereich erneuerbare Elektrizität — nicht um die gewerbliche oder berufliche Haupttätigkeit handelt;

15. „gemeinsam handelnde Eigenversorger im Bereich erneuerbare Elektrizität“ eine Gruppe von zumindest zwei gemeinsam handelnden Eigenversorgern im Bereich erneuerbare Elektrizität im Sinne der Nummer 14, die sich in demselben Gebäude oder Mehrfamilienhaus befinden;“

Zudem erkennt die Erneuerbare-Energien-Richtlinie ausdrücklich an, dass sich ein – individueller wie gemeinschaftlich handelnder – Eigenversorger auch einer weitreichenden Hilfe Dritter bedienen kann. In Art. 21 Abs. 5 EE-RL wird normiert:

„(5) Anlagen von Eigenversorgern im Bereich erneuerbare Elektrizität können im Eigentum eines Dritten stehen oder hinsichtlich der Einrichtung, des Betriebs, einschließlich der Messung und Wartung, von einem Dritten betreut werden, wenn der Dritte weiterhin den Weisungen des Eigenversorgers im Bereich erneuerbare Elektrizität unterliegt. Der Dritte gilt selbst nicht als Eigenversorger im Bereich erneuerbare Elektrizität.“

Dagegen wird die Eigenversorgung im EEG auf ein Ein-Personen-Verhältnis beschränkt. Nach § 3 Nr. 19 EEG 2021-RegE gilt unverändert:

„19. „Eigenversorgung“ der Verbrauch von Strom, den eine natürliche oder juristische Person im unmittelbaren räumlichen Zusammenhang mit der Stromerzeugungsanlage selbst verbraucht, wenn der Strom nicht durch ein Netz durchgeleitet wird und diese Person die Stromerzeugungsanlage selbst betreibt,“

Aus dieser Diskrepanz resultieren zwei Handlungspflichten für den deutschen Gesetzgeber: Er muss zum einen die erweiterten Möglichkeiten zur Einbeziehung anderer Personen in den Betrieb der Eigenversorgungsanlage und die Eigenversorgung insgesamt umsetzen. Dazu könnte eine Ergänzung der Definition in § 3 Nr. 19 EE-RL dienen.

Zum anderen muss er Eigenversorgung von zwei oder mehr gemeinschaftlich handelnde Personen ermöglichen. Dabei sind zwei Handlungsfelder zu unterscheiden: Erstens ist sicherzustellen, dass die Voraussetzungen nach Art. 21 Abs. 1 EE-RL eingehalten werden. Auch die gemeinschaftliche Eigenversorgung ist Eigenversorgung in diesem Sinne und keine Belieferung in einem Zwei- oder Mehrpersonenverhältnis. Daher ist die Rechtslage so zu ändern, dass keine Verpflichtungen eines Lieferanten einzuhalten sind. Auch die Anforderungen an die Drittstrommengenabgrenzungen erscheinen im Hinblick auf ein Konzept der gemeinschaftlichen Eigenversorgung nicht passend zu sein.

Zweitens ist die Frage zu beantworten, ob bei der gemeinschaftlichen Eigenversorgung eine Befreiung von der EEG-Umlage vorgesehen werden muss. Nach geltendem Recht – insoweit sind bisher keine Änderungen vorgesehen – entsteht eine Pflicht zur Zahlung der EEG-Umlage in Mehr-Personen-Verhältnissen für die Person, die nicht die Anforderungen an die Personenidentität im Hinblick auf den Betrieb der Anlage und den Verbrauch des eigenerzeugten Stroms erfüllt, entweder nach § 61 Abs. 1 S. 1 oder nach § 61 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2021-RegE.

Nach Art. 21 Abs. 4 S. 1 EE-RL ist im Regelfall eine Gleichbehandlung von individuellen und gemeinschaftlich handelnden Eigenversorgern vorgesehen:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Eigenversorger im Bereich erneuerbare Elektrizität, die sich in demselben Gebäude, einschließlich Mehrfamilienhäusern, befinden, berechtigt sind, gemeinsam den Tätigkeiten gemäß Absatz 2 nachzugehen, und vorbehaltlich der Netzentgelte und sonstiger einschlägiger Umlagen, Gebühren, Abgaben und Steuern, denen die einzelnen Eigenversorger gegebenenfalls unterworfen sind, den Austausch der vor Ort produzierten erneuerbaren Energie untereinander vereinbaren dürfen.“ (*Hervorhebungen nicht im Original*)

Die Gleichbehandlung wird allerdings nicht absolut angeordnet. Vielmehr eröffnet Art. 21 Abs. 4 S. 2 und S. 3 EE-RL ausdrücklich die Möglichkeit zur Differenzierung:

„Die Mitgliedstaaten dürfen zwischen Eigenversorgern im Bereich erneuerbare Elektrizität und gemeinsam handelnden Eigenversorgern im Bereich erneuerbare Elektrizität unterscheiden. Jede solche Unterscheidung muss verhältnismäßig und hinreichend begründet sein.“

Fraglich ist die genaue Reichweite von Satz 2. Er könnte so verstanden werden, dass er auch Abweichungen von den Vorgaben nach Satz 1 – der Gleichbehandlung von individuellen und gemeinschaftlich handelnder Eigenversorger – eröffnet oder dass nur weitergehende Rechte und Pflichten betroffen sind. Für eine solche Beschränkung finden sich keine Anhaltspunkte, so dass keine Gründe ersichtlich sind, die gegen ein weites Verständnis der Differenzierungsmöglichkeiten sprechen. Aber auch dann müssen die Unterscheidungen nach Satz 3 verhältnismäßig sein und explizit begründet werden, was bisher nicht erfolgt ist.

d) Unsystematische Verortung der Neuregelungen zur Befreiung von EE-Anlagen bis 20 kWp in einem neuen § 61b Abs. 2 EEG 2021-RegE

Der Regierungsentwurf sieht eine Ausweitung der Befreiung von der EEG-Umlagepflicht für kleine Anlagen vor. Bisher waren alle Stromerzeugungsanlagen unabhängig von der eingesetzten Energieform bis einschließlich einer installierten Leistung von 10 kWp nach § 61a für 20 Jahre und einer jährlichen Eigenversorgungsmenge von 10 MWh befreit, § 61a Nr. 4 EEG 2017. Nun soll eine zweite Befreiungsregelung geschaffen werden. Diese verschiebt die Leistungsgrenze auf 20 kWp, richtet sich aber ausschließlich an Anlagen im Sinne des EEG und damit nach § 3 Nr. 1 EEG 2021-RegE nur für solche Anlagen, die erneuerbare Energien oder Grubengas einsetzen. Damit gilt sie, anders als die Regelung nach § 61 Nr. 4, etwa nicht für Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen mit fossilen Brennstoffen.

Aus rechtlicher Perspektive ist hierzu nur anzumerken, dass auch für diese Anlagen die Beschränkung der Befreiung auf 20 Jahre nach derzeitiger europäischer Rechtslage nur zulässig ist, soweit einer der Ausnahmetatbestände nach Art. 21 Abs. 3 EE-RL eingreift (dazu oben unter I. 1. c) Systematisch überzeugt auch der Ort der Regelung nicht. Der zusätzliche Befreiungstatbestand wäre systematisch passender als neuer Absatz 2 in § 61a „Entfallen der EEG-Umlage“ zu verorten als –

wie von der Bundesregierung vorgesehen – als neuer Absatz 2 in § 61b „Verringerung der EEG-Umlage bei Anlagen“.

II. Zu § 36k EEG 2021-Regierungsentwurf: Anpassungsbedarf bei den Vorgaben zur finanziellen Beteiligung der Gemeinden zur Erreichung der angestrebten Ziele

Die mit § 36k EEG 2021-RegE vorgeschlagene Regelung stellt nicht sicher, dass die Akzeptanz für Windenergievorhaben vor Ort erhöht wird. § 36k Abs. 1 S. 1 EEG 2021-RegE lautet:

„Betreiber von Windenergieanlagen an Land, die einen Zuschlag für ihre Anlage erhalten, dürfen den Gemeinden, die von der Errichtung der Windenergieanlage betroffen sind, Beträge durch einseitige Zuwendung ohne Gegenleistung von insgesamt bis zu 0,2 Cent pro Kilowattstunde für die tatsächlich eingespeiste Strommenge und für die fiktive Strommenge nach Anlage 2 Nummer 7.2 anbieten.“

Zentraler Grund für die Zielverfehlung ist der zeitliche Anwendungsbereich der Norm. Dieser ist auf den Zeitraum nach Zuschlag in der EEG-Ausschreibung beschränkt und damit zu eng gefasst. Insbesondere werden alle vor der Ausschreibung liegenden Verfahrensschritte in Planungs- und Zulassungsverfahren von Windenergievorhaben nicht abgedeckt. Die Regelung in ihrer vorliegenden Fassung würde erst Wirkung entfalten, nachdem die für Akzeptanz entscheidenden Zeitfenster lange beendet sind²¹. Nur wenn spätestens mit dem Zeitpunkt des Beginns von Zulassungsverfahren bereits feststeht, dass es im Falle der Anlagenrealisierung zu einer finanziellen Beteiligung der betroffenen Gemeinden kommen wird, kann dieser Umstand als akzeptanzfördernder Gesichtspunkt für das umzusetzende Vorhaben eine Rolle spielen. Eine später vereinbarte Zahlung trifft auf eine weitgehend abgeschlossene Meinungsbildung vor Ort, so dass die Gefahr besteht, dass die Teilhabe unter Akzeptanzgesichtspunkten weitgehend leerläuft oder im schlimmsten Fall kontraproduktiv wirkt.

Die Ausgestaltung von § 36k EEG 2021-RegE als freiwillige Lösung bringt zudem strafrechtliche Risiken und potentielle Konflikte mit Compliance-Standards mit sich. Um zu verhindern, dass gerade umsichtig handelnde Akteure hierdurch Nachteile erleiden und die Teilhabe möglichst flächendeckend genutzt wird, sind diese Risiken zu minimieren.

Damit § 36k EEG 2021-RegE die intendierte Wirkung überhaupt entfalten kann, muss entweder die vorgeschlagene Regelung modifiziert werden (dazu sogleich 1.) oder eine verpflichtende Regelung zur finanziellen Beteiligung der betroffenen Gemeinden eingeführt werden (dazu 2.).

²¹ BfN, *Hübner/Pohl u.a.*, Akzeptanzfördernde Faktoren erneuerbarer Energien, BfN-Skripten 551, 2020, S. 27. FA-Wind, *Hübner/Pohl*, Mehr Abstand – mehr Akzeptanz?, 2015, S. 23, Ziff. 5, 6.

1. Erreichung der Normziele durch Anpassung der Vorgaben in § 36k

Mit Hilfe von Modifikationen des vorgeschlagenen § 36k EEG 2021-RegE könnten die angestrebten Ziele rechtssicher erreicht werden. Dafür sind die folgenden Veränderungen in Betracht zu ziehen: Der zeitliche Anwendungsbereich ist zu erweitern, indem die Möglichkeit eines aufschiebend bedingten Vertrages geschaffen wird (dazu sogleich unter a.). Die fortbestehenden strafrechtlichen Gefahren und Compliance-Risiken sind auszuschließen, damit Gemeinden und Investoren nicht vom Abschluss entsprechender Verträge abgeschreckt werden (dazu unter b.). Um bei einer freiwilligen Regelung einen möglichst hohen Durchdringungsgrad zu erreichen, kommt der Möglichkeit der Erstattung der Zahlungen an die Gemeinden eine hohe Bedeutung zu. Die Umlagefähigkeit der durch die Netzbetreiber zu erstattenden Mittel ist derzeit aber derzeit nicht möglich und wäre sicherzustellen (dazu unter c.). Zudem sollten die Folgen des § 36k EEG 2021-RegE für landesrechtliche Akzeptanzregelungen klargestellt werden (dazu unter d.). Mittels weitere Gestaltungsmöglichkeiten könnte Wahrscheinlichkeit und Grad der Akzeptanzschaffung zusätzlich gefördert werden (dazu unter e.).

a) Erstreckung des Anwendungsbereichs auf die relevanten Zeitfenster

Der zeitliche und in Konsequenz auch der personelle Anwendungsbereich wären zu erweitern:

- Ein Angebot auf Abschluss eines Vertrags zur Zahlung sollte nicht erst mit dem Vorliegen des Zuschlags in den Ausschreibungen möglich sein, sondern ohne zeitliche Eingrenzung zu jedem früheren Zeitpunkt.
- Die Berechtigung zur Angebotsabgabekönnte dann nicht personell auf den Inhaber eines Zuschlags beschränkt werden, sondern wäre auf jeden an der Errichtung und dem Betrieb einer Windenergieanlage Interessierten zu erstrecken.

Eine solche Ausweitung wäre unproblematisch, wenn ein entsprechendes Angebot nur auf einen aufschiebend bedingten Vertrag gerichtet sein kann. Bedingung müsste die Inbetriebnahme der Anlage in einem relevanten Gebiet sein. So könnte die Gemeinde auch mehrere Verträge schließen, da nur in einem Fall der Bedingungseintritt möglich ist. Damit würde keine Vorfestlegung auf einen Investor erfolgen, was für die rechtliche Bewertung kommunaler Planungsverfahren von Bedeutung ist.

Die Möglichkeit eines aufschiebend bedingten Vertrages würde auch dazu führen, dass für alle Seiten Planungssicherheit besteht. Es bestünde bereits eine vertragliche Bindung, die Zahlung wäre allein vom Eintritt der Bedingung abhängig. Der etwa von kommunalen Spitzenverbänden geäußerte Vorbehalt gegen eine freiwillige Regelung wäre damit hinfällig, da zu einem sehr frühen Zeitpunkt eine vertragliche Verpflichtung zur finanziellen Beteiligung der Kommunen bestünde.

b) Beseitigung strafrechtlicher Hinderungsgründe

Damit die Möglichkeit für einen solchen aufschiebend bedingten Vertrag auch genutzt wird, sind mit der Modifikation des § 36k EEG 2021-RegE strafrechtliche Risiken und Konflikte mit Compliance-Regelungen zu minimieren. Grundsätzlich sind freiwillige Zahlungen von Investoren an die betroffenen Gemeinden auch heute bereits möglich. Allerdings besteht regelmäßig die Möglichkeit, dass eine solche Vereinbarung tatbestandlich als Vorteilsgewährung durch den Investor (§ 333 StGB) und Vorteilsannahme durch den auf Seite der betroffenen Gemeinde handelnden Amtswalter (§ 331 StGB) eingestuft wird. Diese strafrechtliche Einordnung müsste und könnte ausgeschlossen werden, um das hier empfohlene frühzeitige Angebot auf Abschluss eines aufschiebend bedingten Vertrages auch effektiv zu ermöglichen.

- Zwar schafft allein die gesetzliche Möglichkeit einer Zahlung an die betroffenen Kommunen bereits eine Veränderung gegenüber der heutigen Rechtslage, die klarstellt, dass eine solche Zahlung grundsätzlich rechtlich zulässig ist. Auch unter dem Gesichtspunkt der Einheitlichkeit der Rechtsordnung kann der Abschluss einer solchen Vereinbarung daher nicht per se strafrechtlich sanktioniert werden.
- Allerdings belässt der vorliegende Vorschlag in § 36k EEG 2021-RegE den (zukünftigen) Anlagenbetreibern einen sehr weiten Gestaltungsspielraum, so dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass in dessen Ausnutzung eine strafrechtlich relevante Unrechtsvereinbarung gesehen werden könnte. Beispielsweise lässt es die aktuelle Fassung des § 36k EEG 2021-RegE zu, dass eine von mehreren betroffenen Gemeinden ein überproportional großer Anteil des verfügbaren Betrags zu Lasten der anderen Gemeinden angeboten wird. Dies kann den Eindruck erzeugen, dies geschehe allein deshalb, weil dort später ein weiteres Projekt verwirklicht werden soll.
- Um diese Problematik zu lösen, sollte zur Reduzierung der Gestaltungsmöglichkeiten und zur Erhöhung der Rechtssicherheit unmittelbar in § 36k EEG 2021-RegE näher bestimmt werden, welche Gemeinde in welchem Umfang begünstigt werden darf. Es ist zwar im Sinne der Befriedung vor Ort durchaus sinnvoll, dass, anders als im ursprünglichen Entwurf des Bundeswirtschaftsministeriums vorgesehen, nicht nur die Standortgemeinde finanziell beteiligt werden kann. Welche Gemeinden aber „betroffen“ im Sinne der Norm sein sollen und in welchem Verhältnis eine Verteilung zu erfolgen hat, sollte nicht allein dem Angebot des zukünftigen Betreibers überlassen werden. Hierzu liegen bereits Vorschläge vor, die sich an einer bestimmten Entfernung zu den Anlagen und deren Höhe orientieren und anhand des so ermittelten Gebiets die betroffenen Gemeinden und ihren jeweiligen maximalen Anteil festlegen.
- Um die Rechtssicherheit zusätzlich zu erhöhen, könnte nach dem Vorbild etwa des GmbHG ein Mustervertrag als Anlage zum EEG oder im Verordnungswege geschaffen werden.

c) Umlagefähigkeit der erstatteten Mittel ermöglichen, Wirkungen der Erstattungsfähigkeit richtig einordnen

aa) Gesetzentwurf steht einer Erstattung der Kosten der Netzbetreiber und deren Berücksichtigung bei der EEG-Umlage entgegen

Anders als in der Gesetzesbegründung dargestellt, wären die von den Netzbetreibern gezahlten Entschädigungen nach § 36k Abs. 2 EEG 2021-RegE nach dem derzeit vorliegenden Gesetzentwurf nicht im Rahmen des bundesweiten Ausgleichsmechanismus wälzbar. Dort ist folgende Regelung vorgesehen:

„Sofern Betreiber Zahlungen nach Absatz 1 leisten, können sie die Erstattung des im Vorjahr geleisteten Betrages, einschließlich einer Aufwandspauschale von 5 Prozent des geleisteten Betrages im Rahmen der Endabrechnung vom Netzbetreiber verlangen.“

Es fehlt aber an einer Regelung, wie die zahlenden Netzbetreiber ihrerseits mit den Kosten zu verfahren haben. Nach § 57 Abs. 2 EEG 2021-RegE können die aufnehmenden Netzbetreiber von den Übertragungsnetzbetreibern lediglich die Erstattung der nach § 19 oder § 50 EEG 2021-RegE geleisteten Zahlungen verlangen. Die Zahlungen nach § 36k Abs. 2 EEG 2021-RegE wären davon aber nicht erfasst. Auch die Übertragungsnetzbetreiber könnten die für die Erstattung gezahlten Gelder nicht bei der Ermittlung der EEG-Umlage in Ansatz bringen. Diese wird nach § 60 Abs. 1 S. 1 EEG 2021-RegE nach Maßgabe der Erneuerbare-Energien-Verordnung (EEV) berechnet. Dort findet sich in § 3 Abs. 4 EEV ein Katalog der zulässigerweise anzusetzenden Ausgaben. Auch danach wären die Ausgaben nach § 36k Abs. 2 EEG 2021-RegE nicht in Ansatz zu bringen.

Unproblematisch könnte die gewollte Rechtsfolge aber geregelt werden. Dazu müsste entweder § 36k EEG 2021-RegE in die Aufzählungen in § 57 Abs. 2 EEG 2021-RegE und § 3 Abs. 4 EEV aufgenommen werden oder – und dies scheint regelungstechnisch vorzugswürdig – der Regelungsgehalt des § 36k Abs. 2 EEG 2021-RegE als neuer Absatz 4 in § 19 EEG 2021-RegE integriert werden, so dass dieser Erstattungsanspruch bereits von den heutigen Regelungen des Ausgleichsmechanismus erfasst wäre.

bb) Erstattungsanspruch ist funktional wichtig, um Wahrscheinlichkeit der Zahlungen an die Gemeinden zu erhöhen

Gelegentlich wird an der vorgeschlagenen freiwilligen Beteiligung der Standortgemeinden kritisiert, dass eine Erstattungsmöglichkeit vorgesehen ist. Zutreffend an der Kritik ist der Umstand, dass sich dadurch die Ausgaben zu Lasten des EEG-Kontos erhöhen. Dieser Effekt würde aber ebenso bei einer gesetzlichen Pflicht zur Zahlung eintreten, da es sich dann um eine Kostenposition handeln würde, die für alle Wettbewerber im Ausschreibungsverfahren identisch ist. Daher müsste sie von allen Anbietern bei der Ermittlung der Gebotshöhe gleichermaßen eingepreist werden. Folglich besteht grundsätzlich kein Unterschied zwischen einer freiwilligen und einer

verpflichtenden Zahlung im Hinblick auf zusätzliche Kosten, die letztlich von den Stromverbrauchern zu tragen sein werden. Die Bundesregierung hat diesen Umstand erkannt und darauf reagiert, indem sie den zulässigen Höchstwert für die Ausschreibungen für Windenergie an Land nach § 36b Abs. 1 EEG 2021-RegE bereits von ursprünglich geplanten Wert von 6,2 ct/kWh auf nun 6,0 ct/kWh gesenkt hat. Nur die Möglichkeit eines Erstattungsanspruchs stellt dagegen sicher, dass Betreiberin großer Zahl von der Regelung Gebrauch machen und es keinen Anreiz gibt, nach Inbetriebnahme nach Wegen zu suchen, sich von der Vereinbarung zu lösen.

cc) Aufwand der Betreiber geringer, als Regierungsentwurf unterstellt

Überlegenswert wäre es dagegen, den Anspruch der Betreiber auf eine zusätzliche Zahlung zur Abgeltung des Abrechnungsaufwandes in Höhe von 5 Prozent des Erstattungsanspruchs stärker als bislang zu deckeln oder ganz zu streichen. Der Aufwand der Betreiber dürfte sehr gering sein, da die relevanten Informationen – die Anzahl der im abgelaufenen Jahr erzeugten Kilowattstunden – ohnehin erfasst werden, so dass es nicht erforderlich oder sachgerecht erscheint, diesen gesondert honorieren zu müssen.

d) Rechtsunsicherheit für landesrechtliche Regelungen beseitigen

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung beantwortet nicht die Frage, ob gewünscht und gewollt ist, dass gleichgerichtete landesrechtliche Regelungen zur finanziellen Beteiligung der Kommunen fortbestehen sollen. Solche finden sich sowohl in Mecklenburg-Vorpommern mit dem Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetz²² als auch in Brandenburg mit dem Windenergieanlagenabgabengesetz²³. Um die bestehende Rechtsunsicherheit zu beseitigen, sollte im EEG klargestellt werden, ob § 36k EEG 2021-RegE als abschließende Regelung gedacht ist, um auch eine Wettbewerbsneutralität im Rahmen der Ausschreibungen zu erreichen. Entgegen des ersten Referentenentwurfes soll § 36g Abs. 5 EEG 2017 unverändert bleiben, der heute als Indiz für den fehlenden abschließenden Regelungswillen des Bundesgesetzgeber herangezogen werden kann. Im Interesse der Einheitlichkeit und Wettbewerbsgleichheit scheint eine abschließende Bundesregelung sachgerecht. Sollte der Bundesgesetzgeber den Ländern eigene Gestaltungsmöglichkeiten eröffnen wollen, dann scheint es vorzugswürdig, den Ländern das Recht einzuräumen, innerhalb des durch § 36k Abs. 1 abgesteckten Volumens von 0,2 ct/kWh abweichende Regelungen und deren Erstattungsfähigkeit durch die Netzbetreiber zu regeln.

²² Gesetz über die Beteiligung. von Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden an Windparks in Mecklenburg-Vorpommern (Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetz – BüGembeteilG M-V) vom 18. Mai 2016, GVBl. M-V 2016, S. 258.

²³ Gesetz zur Zahlung einer Sonderabgabe an Gemeinden im Umfeld von Windenergieanlagen (Windenergieanlagenabgabengesetz – BbgWindAbgG) vom 19. Juni 2019, GVBl.I/19, Nr. 30.

e) Weitere Gestaltungsmöglichkeiten und zusätzliche Regelungsinhalte

aa) Einbeziehung weiterer Anlagen

Die Wahl einer freiwilligen Regelung im Vergleich zu einer verpflichtenden Vorgabe zur finanziellen Beteiligung der Gemeinden eröffnet dem Gesetzgeber die Möglichkeit, auch andere Anlagen als neu in Betrieb zu nehmende Windenergieanlagen an Land zu adressieren.

- Zum einen wäre es einfacher und rechtlich unproblematisch, auch andere erneuerbare Energien einzubeziehen. Aus Sicht des Verfassers besteht bei den Solar-Freiflächenanlagen die Sorge, eine ähnliche Akzeptanzentwicklung wie bei Windenergie an Land zu erleben. Der Gesetzgeber wäre daher gut beraten, gründlich zu prüfen, ob die Regelung des § 36k EEG 2021-RegE nicht über den Bereich der Windenergie an Land hinaus ausgeweitet werden sollte. Um eine schnelle Reaktion auf Entwicklungen zu erlauben, sollte jedenfalls eine Verordnungsermächtigung geschaffen werden, die Regelung des § 36k EEG 2021-RegE auf andere Technologien ausweiten zu können.
- Zum anderen wäre aus rechtlicher Perspektive keine Beschränkung auf neu zu errichtende Anlagen erforderlich. Durch die Freiwilligkeit und die Erstattungsmöglichkeit gibt es keine rechtlichen Hinderungsgründe, auch Bestandsanlagen einzubeziehen, um solche Gemeinden einzubeziehen, in denen der Windenergieausbau bereits stattgefunden hat. Dadurch würden allerdings die Kosten deutlicher steigen. Für die rund 100 TWh Stromerzeugung im Jahr 2019²⁴ würden rund 200 Mio. Euro jährlich an Zusatzkosten gegenüber einer Regelung nur für Neuanlagen entstehen. Aufgrund der politischen Absprache zur Deckelung der EEG-Umlage durch einen entsprechenden Bundeszuschuss würde dies aber keine Anhebung der EEG-Umlage nach sich ziehen, die sich ohnehin nur auf weniger als 0,1 ct/kWh belaufen würde.
- Schließlich muss es bei der gewählten Form der freiwilligen Beteiligung auch keine Rolle spielen, ob die einzubeziehenden Erzeugungsanlagen von einer Vergütung durch das EEG profitieren oder nur ohne einen solchen Zahlungsanspruch im Regelungsbereich des EEG betrieben werden. So kann der Gesetzgeber darüber entscheiden, ob neben den Anlagen, für die ein Zahlungsanspruch gegenüber dem Netzbetreiber geltend gemacht wird, auch solche Anlagen, für die zwar dem Grunde nach ein EEG-Zahlungsanspruch besteht, für die aber vorübergehend keine Zahlung geltend gemacht wird, ebenso wie die Anlagen, für die bereits dem Grunde nach kein Anspruch besteht, in die Regelung einbezogen werden. Im Hinblick auf die Akzeptanz dürfte es keinen Unterschied zwischen diesen Fallgruppen geben, so dass eine Ausweitung angesichts des Regelungsziels nahe liegt.

²⁴ Vgl. Agora Energiewende, Die Energiewende im Stromsektor: Stand der Dinge 2019. Rückblick auf die wesentlichen Entwicklungen sowie Ausblick auf 2020, Januar 2020, S. 20.

bb) Klarstellung der notwendigen Form

Zudem wird gelegentlich unter Verweis auf § 518 BGB darauf hingewiesen, dass die geplanten Verträge zu einer gegenleistungslosen Zahlung an die Gemeinde einer notariellen Beurkundung bedürften. Wir sind dagegen der Auffassung, dass mit § 36k Abs. 1 S. 2 EEG 2021-RegE das Formerfordernis für diese Verträge speziell geregelt und die Schriftform damit ausreichend ist. Um eine mögliche Fehlerquelle, auf die sich die Betreiber einseitig berufen und damit nachträglich von der vertraglichen Verpflichtung lösen könnten, noch sicherer auszuschließen, wäre eine ausdrückliche Klarstellung möglich.

cc) Gewährleistung der Insolvenzfestigkeit der Zuwendungen

Um die Zuwendungen an die Kommunen insolvenzfest zu machen und die Planungssicherheit der Kommunen zu stärken ist es erforderlich, die von den Betreibern geleisteten einseitigen Zuwendungen von der Möglichkeit zur nachträglichen Anfechtung nach § 134 InsO auszunehmen. Andernfalls ist eine rückwirkende Anfechtung im Insolvenzfall des Betreibers möglich.

2. Finanzielle Beteiligung mittels gesetzlich verpflichtender Vorgabe

Alternativ zum Regelungsvorschlag der Bundesregierung könnte eine gesetzliche Verpflichtung zur Zahlung an die Standortgemeinde oder die betroffenen Gemeinden verankert werden. Die Sorge um den tatsächlichen Mittelzufluss an die Gemeinden, die beschriebenen strafrechtlichen Aspekte und alle weiteren Rechtsunsicherheiten einer freiwilligen Regelung würden im Falle einer verpflichtenden finanziellen Beteiligung gelöst. Allerdings stellen sich dafür verfassungsrechtliche Fragen zur Zulässigkeit eines solchen Vorgehens.

Aus Sicht der Stiftung Umweltenergierecht wäre eine als Sonderabgabe zu qualifizierende Regelung unzulässig²⁵ und bestünden gegen eine privatrechtlich ausgestaltete, aber ansonsten im Vergleich zu einer Sonderabgabe weitgehend identisch wirkende Regelung, wie sie zunächst vom Bundeswirtschaftsministerium vorgeschlagen worden war, verfassungsrechtliche Bedenken. Ein solches Vorgehen sieht sich dem Vorwurf der Umgehung ausgesetzt, da eine privatrechtliche Pflicht mit einer zur Sonderabgabe identischen Wirkung geschaffen würde, die in den Formen des öffentlichen Rechts verfassungsrechtlich unzulässig wäre.

²⁵ So wohl jetzt auch einhellige Meinung, vgl. IÖW/IKEM/BBH/BBHC, Finanzielle Beteiligung von betroffenen Kommunen bei Planung, Bau und Betrieb von erneuerbaren Energieanlagen, Berlin, 2020, S. 89, wo allerdings nur von „nicht unerheblichen verfassungsrechtlichen Risiken“ die Rede ist, https://www.ioew.de/fileadmin/user_upload/BILDER_und_Downloaddateien/Publikationen/2020/FinBEE_Bericht_WEA_09092020.pdf; anders noch IKEM u.a., Ausgestaltungsoptionen und -empfehlungen zur finanziellen Beteiligung von Kommunen beim Ausbau von Windenergieanlagen an Land, in: Agora Energiewende, Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie? Zwei Strategievorschläge zur Sicherung der Standortakzeptanz von Onshore Windenergie, 2018, S. 59 ff. (65): „Die rechtlichen Risiken sind überschaubar und können eingegangen werden.“, https://www.agora-energiewende.de/fileadmin2/Projekte/2017/Akzeptanz_Windenergie/Agora_Akzeptanz_Onshore_Windenergie_WEB.pdf.

Mit der Außenbereichsabgabe steht ein nach unserer Einschätzung verfassungsrechtlich zulässiger Weg für eine gesetzlich verpflichtenden Zahlung zur Verfügung²⁶. Zwar kommt das vom Bundeswirtschaftsministerium mit der Ausarbeitung eines Instrumentes zur finanziellen Beteiligung beauftragte Konsortium zu einer verfassungsrechtlich tendenziell anderen Einschätzung²⁷. Zentraler Kritikpunkt ist dabei die Behauptung, der Bund könne den Kommunen die Ertragskompetenz für die Abgabe nicht übertragen. Leider werden in dem veröffentlichten Abschlussbericht die dazu in der Literatur vorgetragenen Argumente nicht aufgegriffen und gewürdigt²⁸, so dass ein unvollständiges Bild entsteht. Im Zentrum der Argumentation des Abschlussberichts steht das UMTS-Urteil des Bundesverfassungsgerichts²⁹. Dieses behandelt aber die hier relevante Fragestellung gerade nicht. Vielmehr war dort zu entscheiden, ob die Bundesländer einen Anspruch gegen den Bund an einer Beteiligung der Einnahmen aus der UMTS-Versteigerung hatten. Bei der Außenbereichsabgabe geht es aber stattdessen um die Frage, ob der Bundesgesetzgeber den Gemeinden einen Mittelzufluss zuordnen darf. Zudem hat das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich keine abschließende Aussage getroffen und abweichend Zuordnungen nicht ausgeschlossen³⁰.

Auch bei der Außenbereichsabgabe wäre eine Einbeziehung von Solar-Freiflächenanlagen möglich, da auch hier mit dem Erfordernis eines Bebauungsplans eine entsprechende Bewirtschaftung der knappen Ressource geeigneter Fläche erfolgen würde. Dagegen würde eine Einbeziehung von Bestandsanlagen in deren verfassungsrechtlich geschützte Position eingreifen. Auch eine Einbeziehung von Anlagen ohne Zahlungsanspruch oder von Anlagen, für die vorübergehend oder dauerhaft der dem Grunde nach bestehende Zahlungsanspruch nicht geltend gemacht wird, ist rechtlich möglich und mit den Mitteln der Verwaltungsvollstreckung auch durchsetzbar.

Soweit dieser Rechtseinschätzung nicht gefolgt werden kann, bleibt nach unserer Einschätzung nur der Weg über eine freiwillige Lösung. Diese bietet bei einer entsprechenden Ausgestaltung – dazu siehe oben unter 1. – ebenfalls ein hohes Maß an Rechtssicherheit und Verlässlichkeit, so dass die Unterschiede verschwinden.

²⁶ *Kahl/Wegner*, Kommunale Teilhabe an der lokalen Wertschöpfung der Windenergie: Das Instrument einer Außenbereichsabgabe, Würzburger Studien zum Umweltenergie recht Nr. 9 vom Juni 2018, <https://stiftung-umweltenergie recht.de/studie-zu-kommunaler-teilhabe-an-windenergie-erschiene n/>.

²⁷ IÖW, IKEM, BBH und BBHC, Finanzielle Beteiligung von betroffenen Kommunen bei Planung, Bau und Betrieb von erneuerbaren Energieanlagen, 02.09.2020, S. 74 ff., 82: „rechtlich nicht unerheblichen Risiken“, https://www.ioew.de/fileadmin/user_upload/BILDER_und_Downloaddateien/Publicationen/2020/FinBEE_Bericht_WEA_09092020.pdf.

²⁸ Zusammenfassend *Kahl/Wegner*, Kommunale Teilhabe an der lokalen Wertschöpfung der Windenergie – Das Instrument einer Außenbereichsabgabe, in: Brandt (Hrsg.), Jahrbuch Windenergie recht 2018, 2019, S. 10 (62 ff.).

²⁹ BVerfGE 105, 185 (UMTS-Erlöse).

³⁰ Es spricht ausdrücklich davon, dass das gefundene Ergebnis nur „grundsätzlich“ gilt, in anderen Konstellationen also abweichende Ergebnisse möglich sind; vgl. BVerfGE 105, 185 (193) (UMTS-Erlöse).