



FACHAGENTUR
WINDENERGIE AN LAND

Beiblatt zum Vertrag zur finanziellen Beteiligung von Kommunen an Windenergieanlagen gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2023

Kathrina Baur (FA Wind)

Dr. Wieland Lehnert (Becker Büttner Held Rechtsanwälte PartGmbB)

Frank Sondershaus (FA Wind)

Jens Vollprecht (Becker Büttner Held Rechtsanwälte PartGmbB)

Herausgegeben von der Fachagentur Windenergie an Land e.V.

Stand November 2022

Gefördert durch:



Bundesministerium
für Wirtschaft
und Klimaschutz



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

Vorbemerkung: Dieses Beiblatt enthält Erläuterungen zum Mustervertrag zur finanziellen Beteiligung von Kommunen an Windenergieanlagen gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2023 sowie Hintergründe zum Vertrag und der zugrunde liegenden gesetzlichen Regelung in § 6 EEG 2023. Das Beiblatt benennt lediglich Gemeinden als Vertragspartner. Dies steht jedoch synonym auch für Landkreise, wenn sie nach § 6 Abs. 2 Satz 5 EEG 2023 betroffen sind.

Die Ausführungen in diesem Beiblatt gliedern sich wie folgt:

Inhalt

| | |
|--|-----------|
| 1 Hintergrund | 3 |
| 1.1 Zur Geschichte und Umsetzung des § 6 EEG 2023 | 3 |
| 1.2 Arbeitskreis zur Entwicklung eines Mustervertrags für § 6 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2023 | 4 |
| 1.3 Eine Frage der Kommunikation – Akzeptanz vor Ort und die Umsetzung des § 6 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2023 | 4 |
| 1.4 Mustervertrag und Selbstverpflichtungserklärung | 5 |
| 2 Allgemeine Vorbemerkungen | 6 |
| 2.1 Vertrag für Windenergieanlage bzw. Windpark | 6 |
| 2.2 Vertrag für Neuanlagen und für Bestandsanlagen | 6 |
| 2.3 Vertragspartner | 7 |
| 2.3.1 Vertragspartner Betreiber | 7 |
| 2.3.2 Vertrag für eine Gemeinde | 7 |
| 2.4 Einbezogene Windenergieanlagen | 8 |
| 2.4.1 Leistung der Anlage | 8 |
| 2.4.2 Anspruch auf finanzielle Förderung und Erstattung | 9 |
| 2.4.3 Inbetriebnahmezeitpunkt | 10 |
| 2.5 Zeitpunkt des Vertragsschlusses und Beginn der Laufzeit | 10 |
| 2.6 Schenkungsvertrag und Formerfordernis | 11 |
| 2.7 Steuerliche Berücksichtigung der Zuwendung | 11 |
| 2.8 Allgemeine Geschäftsbedingungen | 12 |
| 3 Zum Mustervertrag im Einzelnen | 13 |
| 3.1 Zur Präambel | 13 |
| 3.2 Zu § 1 „Einseitige Zuwendung des Betreibers ohne Gegenleistung“ | 13 |
| 3.3 Zu § 2 „Änderungen der Standorte und der Parameter der WEA; keine Errichtungspflicht“ | 15 |
| 3.4 Zu § 3 „Änderungen des Gemeindegebiets“ | 16 |
| 3.5 Zu § 4 „Ermittlung der relevanten Strommengen“ | 16 |
| 3.6 Zu § 5 „Keine Gegenleistung der Gemeinde und keine Zweckbindung“ | 17 |
| 3.7 Zu § 6 „Abrechnung und Zahlung“ | 18 |
| 3.7.1 Jährliche Abrechnung und Abrechnungszeitraum (Absatz 1) | 18 |
| 3.7.2 Abrechnung der fiktiven Strommengen (Absatz 2 und 4) | 18 |
| 3.7.3 Optionales Rückforderungsrecht | 19 |
| 3.8 Zu § 7 „Vertragsbeginn, Laufzeit, Kündigung“ | 22 |
| 3.9 Zu § 8 „Rechtsnachfolge bezüglich der Betreiberstellung“ | 23 |
| 3.10 Zu § 9 „Veröffentlichung und Weitergabe des Vertrags, Datenschutz“ | 24 |
| 3.11 Zu § 10 „Verhältnis zu anderen Pflichten“ | 24 |
| 3.12 Zu § 11 „Schlussbestimmungen“ | 25 |
| 3.13 Zu § 12 „Anlagen“ | 25 |
| Impressum | 27 |

1 Hintergrund

1.1 Zur Geschichte und Umsetzung des § 6 EEG 2023

Bereits im Dezember 2017 wurde in der Wirtschaftsministerkonferenz eine stärkere finanzielle Teilhabe der Kommunen an Windenergieprojekten diskutiert und das Thema an den Bundeswirtschaftsminister verwiesen. Die damaligen Regierungsfractionen von CDU, CSU und SPD hatten dann in ihrem Koalitionsvertrag vom März 2018 vereinbart, „*durch eine bundeseinheitliche Regelung beim weiteren Ausbau der Erneuerbaren Energien die Standortgemeinden stärker an der Wertschöpfung von EE-Anlagen [zu] beteiligen und die Möglichkeiten einer Projektbeteiligung von Bürgerinnen und Bürgern [zu] verbessern*“. Damit wurde eine seit langer Zeit von der kommunalen Seite erhobene Forderung aufgenommen. Auch die Windenergiebranche stand dem Vorhaben aufgeschlossen gegenüber und formulierte eigene Vorschläge.¹ Dabei wurde eine verpflichtende Ertragsabgabe gefordert. Zweck war dabei einerseits, die Akzeptanz vor Ort zu stärken, indem die Gemeinden zuverlässig Einnahmen erwarten können. Andererseits sollte der Verdacht der Vorteilsnahme vermieden werden, der mit einer optionalen Schenkung im Raum steht.²

Auf Grundlage der Ergebnisse des BMWi-Forschungsprojekts FinBEE³ wurde nach mehrjährigen Diskussionen zu zahlreichen Vorschlägen⁴ vom BMWi im Mai 2020 erstmalig ein Vorschlag⁵ für eine verbindliche Regelung zur Verbesserung der kommunalen Teilhabe formuliert. Der Vorschlag war Basis für die Formulierung des § 36k im Referentenentwurf zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes.⁶ Die anderen zuvor diskutierten Regelungen wurden hingegen wegen fehlender Unterstützung und/oder rechtlicher Bedenken nicht weiter verfolgt. Die Regelung aus dem Referentenentwurf⁷ wurde allerdings in der Ressortabstimmung noch einmal erheblich umgestaltet. Maßgeblich hierfür waren wohl rechtliche Bedenken gegen eine verpflichtende Ausgestaltung der Zahlung. So wurde die Formulierung in § 36k Erneuerbare-Energien-Gesetz 2021 (im Folgenden: „EEG 2021 a.F.“)⁸ dahingehend geändert, dass die verbindliche Zahlungspflicht in eine freiwillige Zahlung abgeschwächt wurde. Zudem wurde den Betreibern die Möglichkeit eröffnet, die ihnen entstehenden Kosten für die kommunale Teilhabe – also die Zahlungen an die Gemeinden – vom Netzbetreiber erstattet zu bekommen. Vor der Verabschiedung im Bundestag wurde die Regelung noch um die Konkretisierung der Betroffenheit der Gemeinden im Umkreis von 2.500 m ergänzt. Außerdem wurde eine klarstellende Regelung zum Ausschluss der Strafbarkeit nach den §§ 331 bis 334 Strafgesetzbuch (StGB)⁹ aufgenommen.

Das EEG 2021 wurde mit Gesetz vom 16.07.2021 geändert (im Folgenden: „EEG 2021“), dabei wurde auch § 36k EEG 2021 a.F. gestrichen und die Regelungen zur kommunalen Teilhabe mit Blick auf Windenergieanlagen in § 6 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2021¹⁰ verankert. Zudem wurden auch inhaltliche Änderungen vorgenommen. U.a. wurde der Anwendungsbereich der Norm für Windenergieanlagen auf Anlagen in der EEG-Förderung beschränkt und für gemeindefreie Gebiete die entsprechenden Landkreise als betroffen eingestuft.

Mit Artikel 2 des Gesetzes vom 20.07.2022,¹¹ der am 01.01.2023 in Kraft tritt, wurde § 6 EEG erneut geändert (im Folgenden: „EEG 2023“). Wichtigste Änderung dürfte dabei die Erstreckung des § 6 EEG 2023 auf Bestandsanlagen

¹ So z.B. BWE (2019): [Stärkere Beteiligung der Standortkommunen und der Bürger: Vorschlag einer gesetzlichen Regelung im EEG 2017 zur Stärkung der regionalen wirtschaftlichen Effekte von WEA \(ReqWirG\)](#).

² So z.B. BDEW (2020): [Stellungnahme zum Entwurf für ein Gesetz zur Änderung des EEG vom 23.09.2020](#).

³ Finanzielle Beteiligung von betroffenen Kommunen bei Planung, Bau und Betrieb von erneuerbaren Energieanlagen (FinBEE), dazu: IÖW, IKEM, BBH und BBHC (2020): [Finanzielle Beteiligung von betroffenen Kommunen bei Planung, Bau und Betrieb von erneuerbaren Energieanlagen](#).

⁴ FA Wind (2020): [Stärkung der kommunalen Teilhabe an der Wertschöpfung durch Windenergieanlagen, Übersicht zu aktuellen Ansätzen](#).

⁵ BMWi (2020): [Eckpunkt Papier Finanzielle Beteiligung von Kommunen und Bürgern am Betrieb von Windenergieanlagen](#).

⁶ BMWi (2020): [Referentenentwurf, 14.09.2020](#).

⁷ Diese sah eine Verknüpfung von Kommunaler Teilhabe und Bürgerstromtarifen vor. BMWi (2020): [Referentenentwurf, 14.09.2020](#).

⁸ Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 21.12.2020 (BGBl. I S. 3138) geändert worden ist.

⁹ [Strafgesetzbuch](#) in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes v. 30.03.2021 (BGBl. I S. 441) geändert worden ist.

¹⁰ Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), das zuletzt durch Artikel 11 des Gesetzes vom 16. Juli 2021 (BGBl. I S. 3026) geändert worden ist.

¹¹ Gesetz zu Sofortmaßnahmen für einen beschleunigten Ausbau der erneuerbaren Energien und weiteren Maßnahmen im Stromsektor vom 20.07.2022 (BGBl. I, S. 1237).

sein. Außerdem können nunmehr auch Anlagen eine Zuwendung an die Gemeinde leisten, für deren Strom keine finanzielle Förderung nach dem EEG in Anspruch genommen wird. Der Anwendungsbereich des § 6 EEG 2023 wird damit gegenüber dem EEG 2021 deutlich erweitert. Allerdings kann der Anlagenbetreiber eine Erstattung vom Netzbetreiber nur verlangen, wenn er eine finanzielle Förderung nach dem EEG oder einer auf Grund des EEG erlassenen Rechtsverordnung in Anspruch genommen hat. In den anderen Fällen muss der Anlagenbetreiber die an die Gemeinde gezahlten Zuwendungen also selbst übernehmen. Eine weitere Änderung betrifft die Pflicht der Anlagenbetreiber, allen betroffenen Gemeinden ein Angebot zu Zahlungen nach § 6 EEG 2023 zu machen, sofern zumindest einer Gemeinde ein Angebot gemacht wird.¹²

1.2 Arbeitskreis zur Entwicklung eines Mustervertrags für § 6 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2023

Zur Entwicklung des Mustervertrags zur Umsetzung des § 36k EEG 2021 a.F. gründete die Fachagentur Windenergie an Land (im Folgenden: „FA Wind“) einen Arbeitskreis aus den drei kommunalen Spitzenverbänden (DStGB, DLT und DST) sowie Verbänden der Energiewirtschaft (VKU, BDEW, BWE und WVV) (im Folgenden: „Arbeitskreis“).¹³ Gemeinsam mit dem Arbeitskreis und unter rechtlicher Beratung von Becker Büttner Held Rechtsanwälte PartGmbH wurde der vorliegende Mustervertrag entwickelt. Zu Fragen der praktischen Umsetzbarkeit wurden darüber hinaus unterschiedliche Praxisakteure aus Kommunen und Windenergiewirtschaft konsultiert. Die FA Wind ist Herausgeberin des Mustervertrags, jedoch wird dieser von den im Arbeitskreis vertretenen Verbänden der Kommunen und der Energiewirtschaft empfohlen. Neben rechtlichen Aspekten und Fragen der Umsetzbarkeit stand dabei immer der Normzweck des § 36k EEG 2021 a.F. (bzw. jetzt § 6 EEG 2023) im Mittelpunkt: Die finanzielle Beteiligung der Gemeinden soll dazu beitragen, die Akzeptanz der Windenergieanlagen vor Ort wirkungsvoll zu verbessern. Aufgrund der Novelle des EEG 2021 vom 16.07.2021 wurden Änderungen am Mustervertrag sowie am Beiblatt erforderlich, die ebenfalls gemeinsam mit dem Arbeitskreis und Becker Büttner Held Rechtsanwälte PartGmbH umgesetzt wurden. Auch die notwendigen Aktualisierungen am Vertragsmuster aufgrund der Novellierung zum EEG 2023 wurden in Zusammenarbeit mit dem Arbeitskreis und Becker Büttner Held Rechtsanwälte PartGmbH durchgeführt.

1.3 Eine Frage der Kommunikation – Akzeptanz vor Ort und die Umsetzung des § 6 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2023

Zweck der Regelung des § 6 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2023 ist es, die Akzeptanz von Windenergieprojekten vor Ort zu erhöhen – so der Ausschuss für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages zu der Vorgängerregelung in seiner Beschlussempfehlung.¹⁴ Eine zentrale Herausforderung ist hier der Zeitfaktor: Die Zahlung soll vor Ort wirksam sein und die Akzeptanz in der Bevölkerung erhöhen, bevor sie tatsächlich geleistet wird. Dazu muss sie frühzeitig positiv wahrgenommen werden. Dies ist wiederum eine Frage der Kommunikation. Dabei ist neben dem „Was“ – den zu erwartenden Zahlungen – insbesondere auch das „Wie“ entscheidend: Der Zeitpunkt und die Art und Weise, wie das Zahlungsangebot kommuniziert wird. Um das Angebot und den damit verbundenen Vertrag gutzuheißen, müssen die Menschen vor Ort dem Vertrag vertrauen und ihn positiv bewerten. Da das nicht selbstverständlich ist, sollten die während der Betriebsdauer zu erwartenden Zahlungen möglichst frühzeitig in einer angemessenen Art und Weise verbindlich angeboten und langfristige, in realistischer Höhe, in Aussicht gestellt werden.

Wichtige Hinweise und Leitsätze zur Kommunikation von Angeboten im Zusammenhang mit § 6 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2023 wurden von der FA Wind im Dokument „Gute Kommunikation im Kontext der Umsetzung des § 6 EEG 2023“ zusammengefasst. Dieses ist [hier](#) zu finden.

¹² Vgl. dazu auch Gesetzesbegründung, BT-Drs. 20/1630, S. 174 f.

¹³ Dazu: FA Wind (2021): Newsmeldung zu [Arbeitskreis Mustervertrag zu § 36k EEG 2021 a.F.](#)

¹⁴ Vgl. BT-Drs. 19/25326, S. 17; so auch Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/23482, S. 109.

1.4 Mustervertrag und Selbstverpflichtungserklärung

Der entwickelte Mustervertrag für Neuanlagen soll in einer Projektphase zum Einsatz kommen, in dem sich der konkrete Standort der Windenergieanlage bzw. die konkreten Standorte der Windenergieanlagen schon hinreichend konkretisiert hat bzw. haben. Da dies in einem frühen Stadium der Flächensicherung noch nicht der Fall ist und der Gemeinde u. U. bereits in dieser Phase eine Zahlung nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2023 in Aussicht gestellt werden sollte, könnte es sich anbieten, seitens des Projektierers eine Erklärung diesbezüglich gegenüber der Gemeinde abzugeben. Darin verpflichtet sich der Projektentwickler, der Gemeinde ein verbindliches Angebot zum Abschluss des entwickelten Mustervertrags zu unterbreiten, sobald dies sinnvoll möglich ist, z. B. wenn der Standort der Windenergieanlage bzw. die konkreten Standorte der Windenergieanlagen hinreichend konkretisiert werden kann bzw. können. Ein Muster für eine solche Selbstverpflichtungserklärung wird ebenfalls durch die FA Wind bereitgestellt. Diese ist auch auf der Website des Mustervertrags [hier](#) zu finden. Sie ist auch mit dem vorliegenden Mustervertrag abgestimmt.

2 Allgemeine Vorbemerkungen

2.1 Vertrag für Windenergieanlage bzw. Windpark

Das Vertragsmuster ist vorliegend in unterschiedlichen Varianten konzipiert: Für

- eine einzelne Windenergieanlage (als Neuanlage oder als Bestandsanlage)
- für mehrere Windenergieanlagen (hier genannt Windpark, als Neuanlagen oder als Bestandsanlage)

eines Betreibers. Der Verwender bzw. die Verwenderin des Mustervertrags muss sich entscheiden, welches Vertragskonstrukt für das betreffende Windenergieprojekt am besten handhabbar erscheint.

Für das Konzept, den Vertrag pro Windenergieanlage abzuschließen, spricht der Wortlaut des § 6 Abs. 1 EEG 2023 („ihre Anlage“). Zudem können die nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2023 an die Gemeinde bzw. an den Landkreis entrichteten Beträge aufgrund der unterschiedlichen Standorte der Windenergieanlagen voneinander abweichen und es können sich ggf. auch sonstige Besonderheiten für einzelne Windenergieanlagen ergeben (z. B. unterschiedliche Inbetriebnahmezeitpunkte oder Stilllegungen). Im Falle der Übertragung einer einzelnen Windenergieanlage an einen neuen Betreiber hat der auf eine Windenergieanlage bezogene Vertrag den Vorteil, dass nur der Vertrag für diese Windenergieanlage auf den neuen Betreiber übertragen werden muss. Dafür, den Vertrag für mehrere Windenergieanlagen – also einen Windpark – zu schließen, kann der Abwicklungsaufwand für die Beteiligten sprechen. Denn dieser verringert sich, wenn nur ein Vertrag geschlossen werden muss.

2.2 Vertrag für Neuanlagen und für Bestandsanlagen

Die Verträge sind so konzipiert, dass die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten frühestens ab dem 01. Januar 2023 – und damit ab Inkrafttreten der Neuregelungen des EEG 2023 – wirksam werden. Sie können auch vor diesem Zeitpunkt abgeschlossen werden.

Aus Gründen der einfacheren Handhabung wurden sowohl Musterverträge für Neuanlagen als auch Musterverträge für Bestandsanlagen entwickelt.

Grundmuster ist der Vertrag für Neuanlagen. Neuanlagen sind Anlagen, die

- einen Zuschlag in einer Ausschreibung mit Gebotstermin nach dem 31.12.2022 erhalten haben oder – sofern sie keinen Zuschlag erhalten haben –
- entweder nach dem 31. Dezember 2022 im Sinne des § 3 Nr. 30 EEG 2023 in Betrieb gehen oder nach dem 31. Dezember 2022 als Pilotwindenergieanlage an Land im Sinn des § 3 Nr. 37 lit. B EEG 2023 durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz festgestellt werden.

Der Vertrag für Neuanlagen geht sowohl sprachlich als auch in Bezug auf die vertraglichen Regelungen grundsätzlich davon aus, dass die WEA noch in Planung sind und noch nicht in Betrieb gegangen sind.

Daneben gibt es einen Mustervertrag für Bestandsanlagen. Als Bestandsanlagen gelten nach der Übergangsregelung im EEG solche Anlagen, die

- einen Zuschlag in einer Ausschreibung mit Gebotstermin vor dem 01. Januar 2021 erhalten haben oder – sofern sie keinen Zuschlag erhalten haben –
 - entweder vor dem 01. Januar 2021 im Sinne des § 3 Nr. 30 EEG 2023 in Betrieb genommen wurden oder vor dem 01. Januar 2021 als Pilotwindenergieanlage an Land im Sinne des § 3 Nr. 37 lit. B EEG 2023 durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz festgestellt wurden.
-

Grundsätzlich gelten für Bestandsanlagen dieselben gesetzlichen Rahmenbedingungen wie für Neuanlagen (siehe § 100 Abs. 2 EEG 2023). Es wurde jedoch ein besonderer Vertrag für Bestandsanlagen entwickelt, weil Bestandsanlagen bereits in Betrieb genommen wurden und daher die vertraglichen Regelungen des Vertrags für Neuanlagen sowie die sprachlichen Formulierungen darin nicht passen. Diese beziehen sich nämlich darauf, dass die Anlagen erst zukünftig in Betrieb gehen und die Parameter der Anlagen noch nicht feststehen. Der Vertrag für Bestandsanlagen sollte deshalb für alle Anlagen angewendet werden, die bereits in Betrieb gegangen sind.

Darüber hinaus gibt es WEA, die bereits dem Anwendungsbereich der alten Regelung des § 6 EEG 2021 unterfielen. Dies betrifft WEA, die

- einen Zuschlag für eine EEG-Förderung in einem Gebotstermin nach dem 31. Dezember 2020 und vor dem 01. Januar 2023 erhalten haben oder – sofern sie keinen Zuschlag erhalten haben –,
- entweder nach dem 31. Dezember 2020 und vor dem 01. Januar 2023 im Sinne des § 3 Nr. 30 EEG in Betrieb gegangen oder nach dem 31. Dezember 2020 und vor dem 01. Januar 2023 als Pilotwindenergieanlage an Land im Sinn des § 3 Nr. 37 lit. b EEG 2023 durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz festgestellt worden ist.

Für diese „alten Neuanlagen“ gelten grundsätzlich die gleichen gesetzlichen und vertraglichen Rahmenbedingungen wie für Anlagen, die ab dem 01. Januar 2023 einen Zuschlag erhalten, in Betrieb gehen oder als Pilotwindenergieanlage festgestellt werden. Der einzige Unterschied besteht darin, dass „alte Neuanlagen“ bereits ab 750 kW (und nicht erst ab 1.000 kW) erfasst sind. Daher ist für diese „alten Neuanlagen“ eine Alternative in der Präambel des Vertragsmusters für Neuanlagen vorgesehen. Diese alternative Formulierung sollte dann bei solchen Anlagen gewählt werden, wenn sie noch nicht in Betrieb genommen wurden. Sollten „alte Neuanlagen“ jedoch schon in Betrieb sein, dann ist ein Mustervertrag für Bestandsanlagen zu wählen und die Anweisungen in Fußnote 2 des Vertragsmusters zu befolgen.

2.3 Vertragspartner

2.3.1 Vertragspartner Betreiber

Der Vertragspartner der Gemeinde wird als Betreiber bezeichnet. Grund ist, dass die Windenergieanlage(n) von dem Vertragspartner tatsächlich betrieben werden muss bzw. müssen, um letztlich eine Zahlungspflicht auslösen zu können.¹⁵ Allerdings wird der Vertragsschluss bei Neuanlagen in aller Regel bereits vor der Inbetriebnahme und vielfach bereits vor der Genehmigungserteilung für die Windenergieanlage(n) erfolgen – auch nach dem Willen des Gesetzgebers (siehe dazu unten 2.4 Zeitpunkt des Vertragsschlusses). Bei einem Vertragsschluss während der Projektentwicklung ist der Vorhabenträger ggf. nicht mit dem späteren Betreiber der Windenergieanlage identisch. Sollte der vertragsschließende Projektentwickler vom späteren Betreiber abweichen, ist der Mustervertrag so konzipiert, dass er auf den späteren Betreiber übertragen werden muss. Hierfür sind die entsprechenden Regelungen in der Klausel zur Rechtsnachfolge¹⁶ zu beachten. Entsprechendes gilt für Bestandsanlagen, auch wenn diese bereits betrieben werden. Denn auch hier ist ein Betreiberwechsel nicht ausgeschlossen.

2.3.2 Vertrag für eine Gemeinde

Die unterschiedlichen Vertragsmuster der FA Wind sind so konzipiert, dass sie jeweils mit einer betroffenen Gemeinde als Vertragspartnerin geschlossen werden. Sofern mehrere Gemeinden betroffen sind, wäre es auch denkbar, den Vertrag mit allen betroffenen Gemeinden zu schließen. In diesem Falle würde der Vertrag also von mehr als zwei Parteien geschlossen.

Dem Arbeitskreis erschien es jedoch zweckmäßiger, den Vertrag pro Gemeinde zu schließen, um der einzelnen Gemeinde individuellen Handlungsspielraum einzuräumen. Bei Änderungswünschen einer Gemeinde muss der Vertrag

¹⁵ Vgl. § 6 Abs. 2 Satz 1 EEG 2023: „für die tatsächlich eingespeiste Strommenge und für die fiktive Strommenge“.

¹⁶ Siehe § 8 des Mustervertrags.

dann nicht gleich für alle Gemeinden angepasst werden (bspw. im Hinblick auf einzelne Inhalte des Vertrags oder Beginn und Beendigung des Vertrags).

In § 6 Abs. 2 Satz 3 EEG 2023 wird bestimmt, wie mit sog. gemeindefreien Gebieten – also Gebieten, die keiner Gemeinde zugehörig sind – umzugehen ist, wenn diese sich im Umkreis von 2.500 m um die Turmmitte der Windenergieanlage (WEA) befinden: In diesem Fall gilt der für diese Gebiete nach Landesrecht jeweils zuständige Landkreis als betroffen.¹⁷ Damit wäre der Vertragspartner des Betreibers der Landkreis. Um auch diese Möglichkeit abzudecken, wurden eigene Musterverträge für Landkreise als Vertragspartner erstellt, die [hier](#) zu finden sind.

2.4 Einbezogene Windenergieanlagen

2.4.1 Leistung der Anlage

Aus dem Wortlaut des § 6 Abs. 2 Satz 1 EEG 2023 ergibt sich, dass diese Vorschrift – und damit auch der Mustervertrag – nur für Windenergieanlagen an Land mit einer installierten Leistung von mehr als 1.000 kW gilt. Dies betrifft nicht nur Neuanlagen, sondern auch Bestandsanlagen.¹⁸ Eine Leistungsgrenze von 750 kW, die nach § 6 EEG 2021 in der bis zum 31.12.2022 geltenden Fassung grundsätzlich galt, gilt lediglich für die WEA weiter,

- die einen Zuschlag in einer Ausschreibung mit Gebotstermin nach dem 31.12.2020 und vor dem 01.01.2023 erhalten haben oder – wenn die WEA keinen Zuschlag erhalten hat –
- entweder nach dem 31.12.2020 und vor dem 01.01.2023 im Sinne des § 3 Nr. 30 EEG 2023 in Betrieb gegangen ist¹⁹ oder nach dem 31.12.2020 und vor dem 01.01.2023 als Pilotwindenergieanlage an Land²⁰ im Sinn des § 3 Nr. 37 lit. b EEG 2023 durch das BMWK festgestellt worden sind).²¹

Nach Ansicht des Arbeitskreises sind die Übergangsregelungen in § 100 Abs. 1 und Abs. 2 EEG 2023 dahingehend zu verstehen, dass bei den Anlagen, deren anzulegender Wert im Wege einer Ausschreibung ermittelt wurden bzw. werden (Ausschreibungsanlagen), der Zeitpunkt des entsprechenden Gebotstermins und nicht – so könnten die Übergangsregelungen ggf. auch verstanden werden – der Zeitpunkt der Inbetriebnahme entscheidend ist. Insoweit sind die Regelungen zu den Ausschreibungsanlagen also spezieller gegenüber den Vorschriften zu den Anlagen außerhalb der Ausschreibung. Diese Sichtweise wird durch den Gesetzgeber zum EEG 2021 bestätigt.²²

In der Regel müssen die Anlagen aufgrund der vorgegebenen Größe ein Ausschreibungsverfahren nach dem EEG 2023 vor der Bundesnetzagentur durchlaufen haben.²³ Dies gilt jedoch nicht für Pilotwindenergieanlagen²⁴, Windenergieanlagen an Land von Bürgerenergiegesellschaften mit einer installierten Leistung bis einschließlich 18 MW²⁵ nach Maßgabe des § 22b EEG 2023²⁶ und bestimmte Bestandsanlagen.²⁷

Auch Windenergieanlagen an Land in sog. Anlagenkombinationen, die aufgrund einer Ausschreibung nach der Innovationsausschreibungsverordnung (im Folgenden: „InnAusV“)²⁸ gefördert werden, fallen in den Anwendungsbereich von § 6 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2023: In der InnAusV können Kombinationen aus Anlagen unterschiedlicher Energieträger oder Speicher²⁹ Zuschläge erhalten. Sofern eine solche Anlagenkombination auch Windenergieanlagen an Land enthält, ist

¹⁷ Der Gesetzgeber scheint davon auszugehen, dass der Landkreis nicht als betroffene Gemeinde gilt, sondern in diesem Fall als betroffener Landkreis einzustufen ist (vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/31009, S. 30 („Interessen der betroffenen Landkreise“)).

¹⁸ Siehe hierzu die Ausführungen unter 1.1.

¹⁹ Inbetriebnahme i.S.d. § 3 Nr. 30 EEG 2023

²⁰ Pilotwindenergieanlage im Sinn des § 3 Nr. 37 lit. b EEG 2023.

²¹ Dies ergibt sich aus § 100 Abs. 2 Satz 2 EEG 2023, wonach die „Aufrechterhaltung“ der „750-kW-Grenze“ für diese Anlagen angeordnet wird.

²² Vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/31009, S. 30.

²³ Vgl. § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 EEG 2023.

²⁴ Vgl. § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EEG 2023.

²⁵ Bei der Ermittlung der Größe ist § 24 Abs. 1 und 2 EEG 2023 zu beachten.

²⁶ Vgl. § 22 Abs. Satz 2 2 Nr. 3 EEG 2023.

²⁷ Vgl. § 100 Abs. 1 EEG 2023 und die Übergangsregelungen zu den „alten“ Fassungen des EEG, die zum Teil kein Ausschreibungserfordernis für Windenergieanlagen vorsahen.

²⁸ [Innovationsausschreibungsverordnung](#) v. 20.1.2020 (BGBl. I S. 106), die zuletzt durch Art. 16 des Gesetzes v. 20.7.2022 (BGBl. I S. 1237) geändert worden ist.

²⁹ Anlagenkombination ist definiert in § 2 Nr. 1 InnAusV.

§ 6 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2023 mit der Maßgabe anzuwenden, dass die gesamte in der Anlagenkombination erzeugte und eingespeiste Strommenge Grundlage für die Ermittlung der Zuwendungen sein darf.³⁰ Da es in § 6 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2023 jedoch die Einschränkung bezüglich der Anlagengröße gibt und sich die Anwendung des § 6 EEG 2023 nur auf die zugrunde zu legende Strommenge bezieht, dürfen auch nur Windenergieanlagen mit einer installierten Leistung größer als 1.000 kW als Teil einer Anlagenkombination in den Anwendungsbereich des § 6 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2023 fallen und damit auch Gegenstand des Mustervertrags sein. Der Mustervertrag müsste bei Einbeziehung von Windenergieanlagen in einer Anlagenkombination jedoch modifiziert werden.

2.4.2 Anspruch auf finanzielle Förderung und Erstattung

Während der Anwendungsbereich nach § 6 EEG 2021 auf Anlagen beschränkt war, „und für die eine finanzielle Förderung nach diesem Gesetz oder einer auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnung in Anspruch genommen wird“, ist diese Beschränkung in § 6 EEG 2023 nunmehr weggefallen. Demgemäß können nunmehr ab dem 01. Januar 2023 auch Zuwendungen nach § 6 EEG 2023 geleistet werden, wenn keine finanzielle Förderung in Anspruch genommen wird, wie z.B. bei der Stromvermarktung über Power-Purchase-Agreements (im Folgenden: „PPA“).³¹ Mit der Streichung der ursprünglichen Regelung sollen auch bestehende Rechtsunsicherheiten beseitigt werden.³² Insbesondere war zuvor unsicher, ob § 6 EEG 2021 anwendbar ist, wenn der Anspruch auf finanzielle Förderung grundsätzlich besteht, im Einzelfall aber wegen einer Reduzierung des anzulegenden Wertes, beispielsweise aufgrund negativer Strompreise nach § 51 EEG 2021 oder Sanktionen nach § 52 Abs. 1 EEG 2021 entfiel bzw. reduziert wurde.

Auch wenn damit der grundsätzliche Anwendungsbereich des § 6 EEG 2023 erheblich erweitert wird, wird der Anspruch auf Erstattung der Zahlungen vom Netzbetreiber beschränkt. Nach § 6 Abs. 5 EEG 2023 ist es nunmehr für die Erstattungsfähigkeit der Zuwendungen entscheidend, dass Betreiber eine finanzielle Förderung „in Anspruch genommen haben“. Nach den Ausführungen in der Gesetzesbegründung soll es darauf ankommen, „ob es für die konkreten Strommengen einen Zahlungsfluss vom Netzbetreiber an den Anlagenbetreiber gibt. Existiert ein solcher Zahlungsfluss für eine konkrete Strommenge, kann der Anlagenbetreiber auch die tatsächlich an die Kommunen geleistete finanzielle Beteiligung erstattet verlangen. Existiert kein Zahlungsfluss, z.B. weil die Anlage in der sonstigen Direktvermarktung ist oder weil die Marktprämie null ist, findet für die jeweils betroffene Strommenge eine Erstattung nicht statt.“³³ Daraus folgt, dass auch bei negativen Strompreisen nach § 51 EEG 2023 (negative Strompreise für mind. vier aufeinanderfolgende Stunden) keine Erstattung erfolgen kann.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass nach dem Wortlaut des § 6 Abs. 5 EEG 2023 nur Zahlungen für WEA erstattet werden, die nach dem EEG 2023 bzw. nach einer Rechtsverordnung auf Basis des EEG 2023 gefördert sind. Insoweit erscheint es auf den ersten Blick denkbar, dass eine finanzielle Förderung, die z. B. auf Basis des EEG 2009 in Anspruch genommen wird, nicht ausreichend für eine Erstattung gemäß § 6 Abs. 5 EEG 2023 ist. Nach Sinn und Zweck der Vorschrift erscheint das aber nicht beabsichtigt. Auch in der Gesetzesbegründung findet sich kein Hinweis auf eine derart enge Auslegung. Vielmehr wird dort ganz allgemein auf die „finanzielle Förderung“ der Anlagen verwiesen.³⁴ Auch der Wortlaut muss ein solch enges Verständnis nicht nahelegen. Denn in § 100 Abs. 1 EEG 2023 ist der Anknüpfungspunkt für die „alten“ Anspruchsgrundlagen, so dass die „Basis“ auch für diese Ansprüche im EEG 2023 gelegt wird. Nach Ansicht des Arbeitskreises sprechen daher die deutlich besseren Argumente dafür, dass auch nach den Vorfassungen des EEG 2023 (z. B. EEG 2021 oder EEG 2017) geförderte Strommengen erstattungsfähig sind.

Darüber hinaus sieht § 6 Abs. 5 EEG 2023 weiterhin ausdrücklich eine Erstattung für Zuwendungen für fiktive Strommengen vor. Dabei könnte allerdings problematisch sein, dass für die fiktiv eingespeisten Strommengen nach § 6 Abs. 2 Satz 2 EEG 2023 keine finanzielle Förderung nach dem EEG gewährt werden kann, da nach dem EEG nur tatsächlich eingespeiste Strommengen gefördert werden. Es ist allenfalls eine Entschädigung nach dem Energiewirtschaftsgesetz

³⁰ Vgl. § 13 Abs. 6 InnAusV.

³¹ Vgl. Gesetzesbegründung BT-Drs. 20/1630, S. 174.

³² Vgl. Gesetzesbegründung BT-Drs. 20/1630, S. 174.

³³ Vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 20/1630, S. 174.

³⁴ Vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 20/1630, S. 174.

(im Folgenden: „EnWG“) ³⁵ denkbar. Insofern könnte die Frage aufgeworfen werden, ob eine Erstattung durch den Netzbetreiber nach § 6 Abs. 5 EEG 2023 auch für fiktive Strommengen zu erfolgen hat. Aufgrund der eindeutig geregelten Erstattungsfähigkeit für Zahlungen für fiktive Strommengen geht der Arbeitskreis davon aus, dass trotz des insofern widersprüchlichen Wortlauts eine Erstattung auch für fiktive Strommengen weiterhin möglich ist. ³⁶

2.4.3 Inbetriebnahmezeitpunkt

Die neue Vorschrift des § 6 EEG 2023 kann nun sowohl auf Neuanlagen als auch auf Bestandsanlagen angewendet werden. Insofern kann auf die obigen Ausführungen unter 2.2 verwiesen werden.

2.5 Zeitpunkt des Vertragsschlusses und Beginn der Laufzeit

Es wird davon ausgegangen, dass der Vertragsschluss bei Neuanlagen vor Inbetriebnahme der Windenergieanlage(n) erfolgt. Dabei ist es zulässig und im Gesetz explizit vorgesehen, dass der Vertrag auch bereits vor Erteilung der Genehmigung der Windenergieanlage(n) geschlossen wird. ³⁷ Der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses kann allerdings auch nach Genehmigungserteilung oder sogar nach Inbetriebnahme der Windenergieanlage(n) liegen. Bei einem Abschluss nach Inbetriebnahme der Windenergieanlage(n) – was in der Praxis eher selten vorkommen dürfte – kann der Vertrag für Bestandsanlagen verwendet werden.

Unabhängig vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist bei Neuanlagen die frühzeitige Kommunikation eines Windenergieprojekts gegenüber der bzw. den betroffenen Gemeinde(n) unbedingt sinnvoll und wird auch im Sinne des Normzwecks dringend empfohlen (siehe oben). Insofern kann – wie ausgeführt – mit dem Vertrag auch an den „vorangeschalteten“ Abschluss einer Selbstverpflichtungserklärung angeknüpft werden.

Im Übrigen wird in dem Mustervertrag geregelt, dass die Laufzeit des Vertrags mit Unterzeichnung beginnt. Würde beispielsweise auf ein zukünftiges Ereignis wie die Inbetriebnahme der Windenergieanlage(n) abgestellt, könnte dies unter Umständen zu einer unbefristeten Laufzeit des Vertrags führen, die AGB-rechtlich unwirksam sein könnte und damit die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung eröffnen würde. Damit bestünde die Gefahr, dass die Gemeinde nur für einen relativ kurzen Zeitraum einen Anspruch auf die Zuwendungen hätte. Eine aufschiebende Bedingung – etwa die Genehmigungserteilung oder die Inbetriebnahme der Windenergieanlage(n) – ist auch deshalb nicht zielführend, da die wesentlichen Pflichten (Zahlung an die Gemeinde) erst mit Inbetriebnahme der Windenergieanlage(n) beginnen. Darüber hinaus bestehen Kündigungsrechte für den Fall, dass die Windenergieanlage(n) nicht in Betrieb geht bzw. gehen, ³⁸ und Anpassungsrechte für den Fall, dass sich die bei Vertragsschluss angenommenen Rahmenbedingungen für die Windenergieanlage(n) ändern sollten. ³⁹

Bei den Musterverträgen für Bestandsanlagen wird davon ausgegangen, dass die WEA schon in Betrieb genommen wurden. Insofern unterscheiden sich die Verträge auch von den Verträgen für Neuanlagen. Unsicherheiten, die bei geplanten Anlagen bestehen, treten bei Bestandsanlagen nicht auf. Dementsprechend mussten auch bei den Kündigungsrechten weniger Fallgestaltungen berücksichtigt werden.

³⁵ Energiewirtschaftsgesetz vom 7.7.2005 (BGBl. I S. 1970, 3621), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 8.10.2022 (BGBl. I S. 1726).

³⁶ Sollten die Parteien daher die Zuwendungen auf erstattungsfähige Zahlungen beschränken wollen, so sei an dieser Stelle auf die Formulierungshilfen unter 3.5. und 3.7.3 verwiesen.

³⁷ Vgl. § 6 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 EEG 2023: „Vereinbarungen [...] dürfen bereits geschlossen werden [...] vor der Genehmigung der Windenergieanlage nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz“.

³⁸ Siehe § 7 Abs. 4 des Mustervertrags.

³⁹ Siehe § 2 des Mustervertrags.

2.6 Schenkungsvertrag und Formerfordernis

Der Vertrag könnte als Schenkungsvertrag eingeordnet werden. Dabei kann sich ggf. die Frage stellen, ob die gesetzliche Formvorgabe für Schenkungsversprechen (§ 518 Abs. 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB))⁴⁰ zur notariellen Beurkundung gilt.

Nach Einschätzung des Arbeitskreises genügt allerdings die Schriftform, also der Vertragsabschluss ohne notarielle Beurkundung desselben. In einem Gesetz kann als *lex specialis*⁴¹ zu § 518 Abs. 1 BGB eine Abweichung von dem Formerfordernis im BGB angeordnet werden. Gemäß § 6 Abs. 4 Satz 1 EEG 2023 bedürfen Vereinbarungen über Zuwendungen nach § 6 EEG 2023 der Schriftform.⁴² Es spricht insoweit viel dafür, dass damit ein abschließendes Formerfordernis für den Vertrag aufgestellt wurde. Dieses legt die Mindestvoraussetzungen für die Form des Vertrags (Schriftform) fest. Gleichzeitig wird damit nach Ansicht des Arbeitskreises auch geregelt, dass strengere gesetzlich vorgeschriebene Formvorgaben nicht gelten sollen. Dies ergibt sich nach Auffassung des Arbeitskreises daraus, dass § 6 EEG 2023 hier die speziellere Regelung auch im Hinblick auf Formvorgaben für den Vertrag zwischen Gemeinde und Betreiber ist.⁴³

Sofern die Parteien die – aus Sicht des Arbeitskreises minimalen – Rechtsunsicherheiten ausschließen und den rechtlich sichersten Weg gehen wollen, müsste eine notarielle Beurkundung erfolgen. Dabei sollte auch die Kostentragung zwischen den Parteien geregelt werden. Diese erschwert und verzögert jedoch die Abwicklung für die Parteien und führt zu weiteren Kosten.

2.7 Steuerliche Berücksichtigung der Zuwendung

Eine Schenkungssteuer für die Zuwendungen der Betreiber an die Gemeinde(n) fällt nach Dafürhalten des Arbeitskreises nicht an (gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 15 Erbschaftsteuergesetz (ErbStG)⁴⁴).⁴⁵ Die Finanzmittel aus der Zahlung durch den Betreiber würden zwar in den kommunalen Haushalt fließen, aber nicht in den kommunalen Finanzausgleich einbezogen werden. Denn sie fallen nicht in die jeweiligen abschließenden Aufzählungen jener Einnahmen, die für die Ermittlung der Steuerkraft zu berücksichtigen sind. Diese wiederum sind maßgeblich für die Berechnung der Schlüsselzuweisungen im Finanzausgleich.⁴⁶

Es spricht viel dafür, dass die Ausgaben des Betreibers als Betriebsausgaben anerkannt werden und damit ertragsmindernd im Sinne der Körperschaftsteuer wirken, da die Ausgaben verpflichtend als Umsetzung des vorliegenden Vertrags sind.⁴⁷

Da die Leistung des Betreibers ohne Gegenleistung erfolgt, liegt keine Lieferung oder sonstige Leistung gegen Entgelt im Sinne des (im Folgenden: „i. S. d.“) Umsatzsteuerrechts vor. Demgemäß fällt keine Umsatzsteuer auf die Zahlungen des Anlagenbetreibers an.⁴⁸

⁴⁰ Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung v. 2.1.2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 7.11.2022 (BGBl. I S. 1982) geändert worden ist.

⁴¹ Eine *lex specialis* ist ein spezielles Gesetz, das dem allgemeinen Gesetz (*lex generalis*) vorgeht. Im vorliegenden Falle sehen wir das EEG als spezielleres Gesetz gegenüber dem BGB.

⁴² Hierzu wurde in der Gesetzesbegründung zum Referentenentwurf ausgeführt: „Die Zahlungen erfolgen auf Grundlage eines privatrechtlich ausgestalteten Vertrags. Dieser Vertrag bedarf der Schriftform nach § 126 BGB.“

⁴³ Hinzuweisen ist außerdem darauf, dass die Formvorgabe des § 518 Abs. 1 BGB nicht gilt, wenn die Schenkung vollzogen ist (§ 518 Abs. 2 BGB), oder bei sog. Real- oder Handschenkungen, bei denen der Vollzug unmittelbar und ohne vorherigen Schenkungsvertrag erfolgt. Dies dürfte hier allenfalls allerdings allenfalls dann greifen, wenn die Zahlung an die Gemeinde bereits erfolgt ist.

⁴⁴ Erbschaftsteuer- und Schenkungssteuergesetz in der Fassung der Bekanntmachung v. 27.02.1997 (BGBl. I S. 378), das zuletzt durch Artikel 7 Absatz 24 des Gesetzes v. 12.05.2021 (BGBl. I S. 990) geändert worden ist.

⁴⁵ Siehe dazu IÖW, IKEM, BBH und BBHC (2020): Finanzielle Beteiligung von betroffenen Kommunen bei Planung, Bau und Betrieb von erneuerbaren Energieanlagen, S. 101.

⁴⁶ Siehe dazu IÖW, IKEM, BBH und BBHC (2020): Finanzielle Beteiligung von betroffenen Kommunen bei Planung, Bau und Betrieb von erneuerbaren Energieanlagen, S. 99.

⁴⁷ Siehe dazu IÖW, IKEM, BBH und BBHC (2020): Finanzielle Beteiligung von betroffenen Kommunen bei Planung, Bau und Betrieb von erneuerbaren Energieanlagen, S. 100.

⁴⁸ Siehe dazu IÖW, IKEM, BBH und BBHC (2020): Finanzielle Beteiligung von betroffenen Kommunen bei Planung, Bau und Betrieb von erneuerbaren Energieanlagen, S. 100.

2.8 Allgemeine Geschäftsbedingungen

Wird das Vertragsmuster für eine Vielzahl von Fällen genutzt, handelt es sich bei dem Vertragsmuster – verkürzt gesagt – um Allgemeine Geschäftsbedingungen.⁴⁹ In diesem Fall sind insbesondere die strengen Vorgaben der §§ 305 ff. BGB zu beachten. Insoweit muss umso sorgfältiger darauf geachtet werden, dass die Regelungen insbesondere hinreichend bestimmt und transparent ausgestaltet werden. Verkürzt gesagt muss insbesondere sichergestellt sein, dass die modifizierten Regelungen keinen Raum für Interpretationen lassen. Sollte also der Mustervertrag modifiziert oder ergänzt werden, ist folglich auch dieser Aspekt zu berücksichtigen.

⁴⁹ Vgl. § 305 Abs. 1 BGB.

3 Zum Mustervertrag im Einzelnen

Bei dem Vertrag handelt es sich um ein Muster, das in einzelnen Punkten auf den Einzelfall angepasst werden muss. Insoweit sind an den farblich hinterlegten Stellen ([...]) im Vertragsmuster noch entsprechende Ergänzungen (Namen usw.) vorzunehmen. Zudem gibt es in den unterschiedlichen Vertragsmustern für Neuanlagen eine **Alternative** für Anlagen, welche noch unter das EEG 2021 fallen (siehe hierzu genauer 2.2 und 2.4).

Darüber hinaus können Anpassungen erforderlich sein, wenn die konkreten Umstände von den Bedingungen abweichen, von denen der Mustervertrag ausgeht.

3.1 Zur Präambel

Die Präambel in den Verträgen für Neuanlagen führt kurz den Hintergrund des Vertrags aus. Je nachdem, welches Muster gewählt wird, gilt der Vertrag nur für eine Windenergieanlage oder für mehrere Windenergieanlagen (Windpark). In dem Vertrag können auch weitere Details zu den Windenergieanlagen, insb. der Anlagentyp, genannt werden. Alle Daten zum Standort und zu den Parametern der Windenergieanlage(n) sind in Anlage 2 zum Mustervertrag geregelt. Bei Änderungen an diesen Daten ist also lediglich Anlage 2 anzupassen und nicht der sonstige Vertragstext. Es wird davon ausgegangen, dass der Vertrag vor Erlass der BImSchG-Genehmigung geschlossen wird. Sollte dies nicht der Fall sein, wäre der Vertrag entsprechend anzupassen. In der Präambel wird klarstellend ausgeführt, dass die WEA eine elektrisch installierte Leistung von über 1.000 kW aufweist, da u.a. nur dann der Anwendungsbereich des § 6 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2023 eröffnet ist.

In bestimmten Fällen ist die „1.000 kW“ durch „750 kW“ zu ersetzen und der Absatz in der Präambel durch einen alternativen Absatz zu ergänzen.⁵⁰ Dies ist nur möglich für Fälle, in denen die WEA einen Zuschlag für die EEG-Förderung in einem Gebotstermin in 2021 oder 2022 erhalten hat oder – wenn die Anlage keinen Zuschlag hat – wenn die Anlage in 2021 oder 2022 in Betrieb gegangen ist oder als Pilot-WEA festgestellt wurde. Die Ergänzung ist aber nur erforderlich, wenn die Leistung der konkreten WEA tatsächlich unter 1.000 kW ist. Andernfalls kann die Ergänzung in der Präambel auch entfallen.

Bei Neuanlagen ist das voraussichtliche Inbetriebnahmedatum zu ergänzen.

Bei den Verträgen für Bestandsanlagen gelten die obigen Erwägungen zu den Verträgen für Neuanlagen entsprechend. Allerdings wird davon ausgegangen, dass die Anlagen schon in Betrieb genommen wurden, so dass die Präambel in diesen Verträgen dementsprechend anders ausgestaltet wurde. Hier ist das Datum der tatsächlichen Inbetriebnahme zu ersetzen. Darüber hinaus wäre „1.000 kW“ durch „750 kW“ zu ersetzen für die WEA, die einen Zuschlag für die EEG-Förderung in einem Gebotstermin in 2021 oder 2022 erhalten haben oder als Pilot-WEA festgestellt wurden (siehe Fußnote 2 in der Präambel hierzu).

3.2 Zu § 1 „Einseitige Zuwendung des Betreibers ohne Gegenleistung“

Absatz 1 enthält die mit der Unterzeichnung des Vertrags verbundene Pflicht des Betreibers zur Zahlung der Zuwendungen nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. Abs. 2 EEG 2023 an die betroffene(n) Gemeinde(n).

Nach § 6 Abs. 5 EEG 2023 kann ein Betrag von insgesamt 0,2 ct/kWh vom Netzbetreiber erstattet werden. Dies gilt allerdings nur, wenn für die entsprechende Strommenge eine finanzielle Förderung nach dem EEG 2023 oder einer auf Grund des EEG 2023 erlassenen Rechtsverordnung in Anspruch genommen wurde.⁵¹ Nach den Ausführungen in der Gesetzesbegründung soll es dabei darauf ankommen, „ob es für die konkreten Strommengen einen Zahlungsfluss vom

⁵⁰ Vgl. § 100 Abs. 2 Satz 1 EEG 2023; dazu auch unter 1.1. und 2.3.

⁵¹ Siehe hierzu auch die Ausführungen oben unter 2.3.2.

Netzbetreiber an den Anlagenbetreiber gibt“. Werden die Voraussetzungen nicht erfüllt, kann die an die Gemeinde geleistete Zuwendung nicht vom Netzbetreiber erstattet werden und die Anlagenbetreiberin bzw. der Anlagenbetreiber muss den Betrag selbst zahlen.⁵²

Der Mustervertrag geht in Absatz 1 davon aus, dass der maximale Betrag von 0,2 ct/kWh an die betroffene Gemeinde bzw. entsprechend aufgeteilt an die betroffenen Gemeinden geleistet wird.

Der Vertrag wird allerdings jeweils nur mit einer Gemeinde geschlossen.

Absatz 2 regelt den Fall, dass lediglich eine einzige Gemeinde als betroffene Gemeinde nach § 6 Abs. 2 Satz 2 EEG 2023 einzustufen ist und daher keine Aufteilung der Zahlungen erfolgen wird.

In Absatz 3 wird die Aufteilung des nach Absatz 1 an alle betroffenen Gemeinden zu zahlenden Betrags für den Fall geregelt, dass mehrere Gemeinden betroffen sind. Die Aufteilung folgt nach dem gesetzlich vorgegebenen Schlüssel. Gemäß § 6 Abs. 2 Satz 5 EEG 2023 berechnet sich die Höhe der anzubietenden Zahlung anhand des Anteils des jeweiligen Gemeindegebietes an der Fläche des Umkreises mit einem Radius von 2.500 m um die Turmmittelpunkte der jeweiligen Windenergieanlage. Soweit mehrere Windenergieanlagen geplant sind, muss nach dem Wortlaut von § 6 Abs. 2 EEG 2023 daher für jede einzelne Windenergieanlage eine Kreisfläche gebildet werden, anhand derer sodann die Beträge für jede Windenergieanlage ausgerechnet werden.

Der Abstand von 2.500 m wird nach Ansicht des Arbeitskreises auf Basis der Luftlinie ermittelt. Aus Gründen der rechtlichen Klarheit empfiehlt es sich nach Ansicht des Arbeitskreises, diese Präzisierung im Mustervertrag gegenüber dem Wortlaut des EEG 2023 vorzunehmen. Denn dort wird diese Frage nicht explizit beantwortet. Sollte die Ermittlung der Betroffenheit der Gemeinde nach dem Mustervertrag von den Vorgaben des EEG 2023 abweichen, greift die Vorrangregel in den Schlussvorschriften, wonach die Normen des EEG 2023 diesem Vertrag vorgehen.

Wenn im Falle mehrerer betroffener Gemeinden eine einzelne Gemeinde keinen Vertrag schließt, kann der Betrag, der auf die nicht-vertragsschließende Gemeinde entfällt, aufgrund der Regelung in § 6 Abs. 2 Satz 6 EEG 2023 auf die anderen betroffenen Gemeinden aufgeteilt werden.⁵³ Der Anteil einer einzelnen Gemeinde wird immer nach Anteil der Fläche an der gesamten Fläche im Kreis der Windenergieanlage berechnet.

Wird einer Gemeinde ein Vertrag angeboten, muss auch den anderen betroffenen Gemeinden ein Angebot unterbreitet werden.⁵⁴ Damit soll sichergestellt werden, dass die Anlagenbetreiber allen betroffenen Gemeinden oder Landkreisen ein Angebot zur finanziellen Beteiligung unterbreiten müssen.⁵⁵ Andernfalls – so in der Gesetzesbegründung weiter – könnten die Anlagenbetreiber bestimmte Gemeinden oder Landkreise benachteiligen. Damit könnte das Ziel, die Akzeptanz der Windenergieanlagen zu steigern, verfehlt werden.⁵⁶

Befinden sich in dem Kreis um die WEA Gebiete, die keiner Gemeinde zugehörig sind (gemeindefreie Gebiete), gilt für diese Gebiete der nach Landesrecht jeweils zuständige Landkreis als betroffen.⁵⁷ Für diesen Fall sieht Absatz 5 vor, dass die vorstehenden Absätze zur Betroffenheit von Gemeinden auch für Landkreise entsprechend gelten. Dies bezieht sich nur auf den Fall, dass ein Landkreis betroffen ist, der nicht Vertragspartner ist, dessen Betroffenheit aber Auswirkungen auf die Höhe der Zuwendung an die vertragsschließende Gemeinde hat.⁵⁸

Sollte sich ein Teil der in dem „2.500 m-Radius“ liegenden Gemeinden außerhalb des Bundesgebiets befinden, würden diese ausländischen Gemeinden keine Zahlungen auf Basis von § 6 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2023 erhalten. Denn § 6 EEG 2023 gilt aufgrund der Gesetzgebungskompetenz des nationalen Gesetzgebers nur für das Bundesgebiet, so dass es sich insoweit nicht um eine betroffene Gemeinde i. S. d. EEG 2023 handelt. Auch die Gesetzesbegründung legt

⁵² Sollten die Parteien daher die Zuwendungen auf erstattungsfähige Zahlungen beschränken wollen, so sei an dieser Stelle auf die Formulierungshilfen unter 3.5. und 3.7.3 verwiesen.

⁵³ Vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 20/1630, S. 174.

⁵⁴ § 6 Abs. 2 Satz 3 EEG 2023.

⁵⁵ Siehe hierzu auch die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 20/1630, S. 174.

⁵⁶ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 20/1630, S. 174.

⁵⁷ Vgl. § 6 Abs. 2 Satz 3 EEG 2023.

⁵⁸ Für den Fall, dass eine Zuwendung nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2023 an einen Landkreis geregelt werden soll, ist hingegen ein gesondertes Vertragsmuster vorgesehen. Dieses entspricht dem Muster für Gemeinden und ist auch auf der FA Wind Website verfügbar.

dar, dass ausländische Gemeinden nicht finanziell beteiligt werden können, da sie nicht im räumlichen Anwendungsbereich des EEG 2023 liegen.⁵⁹ § 6 Abs. 2 S. 5 EEG 2023 stellt nunmehr eindeutig klar, dass für die Betroffenheit der Gemeinden nur die Flächen im Bundesgebiet berücksichtigt werden. Die Aufteilung der 0,2 ct/kWh erfolgt also allein auf Grundlage der Flächen im 2.500-Meter-Radius, die sich im Bundesgebiet befinden.

Die konkrete Aufteilung des gesamten vom Betreiber an die Gemeinden zu zahlenden Betrags sowie die konkreten Beiträge, die der Betreiber aufgrund der Berechnung je kWh an die vertragschließende Gemeinde zu zahlen hat, werden in der separaten Anlage 2 zum Vertrag aufgeführt.

3.3 Zu § 2 „Änderungen der Standorte und der Parameter der WEA; keine Errichtungspflicht“

§ 2 des Mustervertrags für Neuanlagen enthält eine Regelung zu möglichen Standortverschiebungen der Windenergieanlagen. Standortverschiebungen können auftreten, wenn sich im Zuge der Planung und Errichtung der Windenergieanlage(n) Änderungen im Vergleich zu der in diesem Vertrag festgehaltenen Planung ergeben. Die Standortverschiebung(en) hat bzw. haben unmittelbare Auswirkungen auf die Ermittlung der Betroffenheit der Gemeinde und damit auch auf den nach § 1 des Vertrags zu zahlenden Betrag.

Darüber hinaus gilt die Regelung des § 2 des Vertragsmusters auch für sonstige Parameter der Windenergieanlage(n) nach Anlage 2. Hintergrund ist die Überlegung, dass von der konkreten Ausgestaltung der Windenergieanlage(n) die Erträge und damit auch die zu erwartenden Zuwendungen für die Gemeinde abhängen, auch wenn sich die Betroffenheit der Gemeinde nicht ändern dürfte. Voraussichtlich besteht daher ein Interesse der Gemeinde(n), schon im Vorfeld möglichst viele Informationen zu erhalten. Diesem Informationsbedarf sollte grundsätzlich so weit wie möglich nachgekommen werden. Fraglich ist allerdings, welche Parameter in Projektphasen vor Erteilung der Genehmigung schon hinreichend bekannt sind. Es ist daher individuell in Anlage 2 festzulegen, welche Parameter genannt werden sollen und welche Angaben nachgereicht werden.

Sofern sich die bzw. der Standort(e) der Windenergieanlage(n) – oder sonstige im Vertrag festgehaltene Parameter – ändern, ist dies zwingend durch eine Vertragsänderung umzusetzen, die auch dem Schriftformerfordernis unterliegt.⁶⁰

Absatz 4 bestimmt, dass entsprechend der Absätze 1 bis 3 zu verfahren ist, wenn sich der bzw. die Standort(e) der Windenergieanlage(n) bzw. Parameter der Windenergieanlage(n) später nochmals ändern sollten.

Schließlich wird in Absatz 5 geregelt, dass der Betreiber nicht verpflichtet ist, die Windenergieanlage(n) zu errichten und/oder in Betrieb zu nehmen. Der Betreiber hat ein hinreichendes Eigeninteresse an der Errichtung der Anlage(n). Er wird daher die Anlagenerrichtung in der Regel nicht aufgrund der bestehenden Zahlungsverpflichtung nach diesem Vertrag unterlassen. Eine besondere Pflicht zur Anlagenerrichtung ist daher nicht erforderlich. Sollte ein anderer Betreiber die Windenergieanlage(n) auf dem Gebiet der nach diesem Vertrag geplanten Windenergieanlage(n) errichten, ist davon auszugehen, dass dieser Betreiber der Gemeinde ebenfalls einen Vertrag nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2023 anbietet.

Bei Bestandsanlagen stellt sich die Problematik nicht in dem Umfang wie bei Neuanlagen. Gleichwohl können sich auch hier Änderungen der Parameter ergeben. Damit finden sich hier ähnliche Regelungen wie in den Verträgen für Neuanlagen. Eine Errichtungspflicht steht hier jedoch nicht im Raum, so dass kein entsprechender Absatz in den Vertrag aufgenommen werden musste.

⁵⁹ Vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 20/1630, S. 174.

⁶⁰ Die Regelung gilt auch für den – praktisch vermutlich eher seltenen – Fall, dass sich die Parameter der Windenergieanlage nach der Inbetriebnahme ändern.

3.4 Zu § 3 „Änderungen des Gemeindegebiets“

Die Gemeinde ist nach Absatz 1 verpflichtet, jede Änderung des Gemeindegebiets einschließlich des relevanten Zeitpunkts dem Betreiber unverzüglich mitzuteilen. Denn die Gemeinde verfügt über diese Informationen „aus erster Hand“. Änderungen können sich z. B. aufgrund von Zusammenlegungen oder Trennungen von Gemeinden ergeben.

Wenn sich aufgrund dieser Änderung auch die Betroffenheit der Gemeinde ändert, ändert sich auch der nach § 1 des Mustervertrags zu zahlende Betrag. In diesem Fall muss nach Absatz 2 eine neue Zuordnung der Zuwendungen erfolgen.

Der Betreiber wird die Gemeinde über eine solche Änderung der Zuordnung der Zuwendungen nach Absatz 3 informieren.

Die Änderung des Gemeindegebiets ist dann zwingend nach Absatz 4 durch eine entsprechende Vertragsänderung umzusetzen, die auch dem Schriftformerfordernis unterliegt.

3.5 Zu § 4 „Ermittlung der relevanten Strommengen“

Nach § 6 Abs. 2 Satz 1 EEG 2023 wird der Betrag für die tatsächlich eingespeisten Strommengen und für die fiktiven Strommengen gezahlt. In § 4 des Mustervertrags werden diese Strommengen näher definiert, und zwar die tatsächlich eingespeisten Strommengen in Absatz 1 und die fiktiven Strommengen in Absatz 2.

Bei den tatsächlich eingespeisten Strommengen wird auf die ins Netz für die allgemeine Versorgung eingespeisten Strommengen abgestellt.⁶¹ Im EEG wird der Begriff der eingespeisten Strommengen immer im Zusammenhang mit der Einspeisung in ein Netz für die allgemeine Versorgung verwendet.⁶² Strommengen, die nicht in das Netz eingespeist werden – und z. B. zur Eigenversorgung, zur Belieferung von Dritten vor dem Netzverknüpfungspunkt oder zur Deckung von Netzverlusten genutzt werden – sind damit nach Einschätzung des Arbeitskreises nicht von § 6 Abs. 2 EEG 2023 erfasst.

Generell werden nach dem Vertragstext alle eingespeisten Strommengen unabhängig davon berücksichtigt, ob für die von § 6 EEG 2023 erfassten Strommengen ein Anspruch auf finanzielle Förderung besteht oder nicht. Denn der Anwendungsbereich der Norm erfasst seit dem EEG 2023 auch sog. PPA-Anlagen. Es wird diesbezüglich auf die Ausführungen zum Geltungsbereich des § 6 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2023 unter 3.2 verwiesen.

Für die relevanten Strommengen kommt es nach dem Mustervertrag auf die an der relevanten Messstelle erfassten Strommengen an. Die Erfassung der am Netzverknüpfungspunkt tatsächlich eingespeisten und in einen Bilanzkreis eingestellten Mengen erfolgt nach den energiewirtschaftlichen Prozessen in einer sog. „Marktlotation“.⁶³ Die Berücksichtigung der Messwerte für die in das Netz eingespeisten bzw. in den Bilanzkreis eingestellten Strommengen erscheint praktikabel, da die Messung dieser Mengen ohnehin stattfindet. Dabei wird davon ausgegangen, dass die Messung entsprechend der gesetzlichen Vorgaben erfolgt (insb. EEG, Messstellenbetriebsgesetz (MsbG) und Mess- und Eichgesetz (MessEG)). Eine gesonderte Methodik zur Ermittlung der tatsächlich eingespeisten Strommengen erscheint nicht zweckmäßig, da dies mit zusätzlichem Aufwand für Messung und Messwertermittlung verbunden wäre und nicht erkennbar ist, warum die tatsächlichen Strommengen nach diesem Vertrag anders berechnet werden sollten.

Die fiktiven Strommengen werden in Absatz 2 so definiert wie im EEG 2023 (Anlage 2 Nr. 7.2.). Zur Ermittlung dieser Strommengen und zur Abgrenzung der vom Netzbetreiber abgeregelten Strommengen und der sonstigen fiktiven

⁶¹ Siehe Begriffsdefinition des § 3 Nr. 35 EEG 2023.

⁶² Vgl. nur §§ 10 Abs. 2 Satz 1 Nrn. 2 und 3; 11 Abs. 2; 21b Abs. 1 Satz 2; 38a Abs. 2; 51 Abs. 3 EEG 2023, Nummer 3.1.2 Anlage 1 zum EEG 2023; Nummer 7.2. Satz 2 lit. c Anlage 2 zum EEG 2023.

⁶³ Die Marktlotation wird definiert durch Festlegungen der Bundesnetzagentur zur Belieferung und Einspeisung von Strom. Die Marktlotation entspricht einer Einspeise- bzw. Entnahmestelle im Sinne der Stromnetzzugangsverordnung (StromNZV). In einer Marktlotation wird Energie entweder erzeugt oder verbraucht. Eine Marktlotation wird durch eine eindeutige ID identifiziert. Allein die Marktlotation ist Anknüpfungspunkt der Bilanzierung der eingespeisten Strommengen.

Strommengen werden nähere Vorgaben in der vertraglichen Regelung zur Abrechnung gemacht (siehe § 6 Abs. 2 und 4 des Mustervertrags).

Es ist allerdings zu bedenken, dass der Netzbetreiber dem Anlagenbetreiber die Zahlungen nur für diejenigen Strommengen erstattet, für die tatsächlich eine Förderung nach dem EEG in Anspruch genommen wurde.⁶⁴ Ob die Parteien deshalb auch die nach dem Vertrag erfassten Strommengen beschränken wollen, wäre im Einzelfall zu prüfen. Nach dem Vertragsmuster wird davon ausgegangen, dass die Zahlungen an die Gemeinde für die gesamten tatsächlichen Strommengen erfolgen, auch wenn die Erstattung durch den Netzbetreiber nur für die tatsächlich nach dem EEG geförderten Mengen erfolgt.

Sofern entgegen des Vertragsmusters die Parteien vereinbaren wollen, dass die Zahlungspflicht auf die Strommengen beschränkt werden soll, für die tatsächlich eine Förderung nach dem EEG in Anspruch genommen wurde und für die der Betreiber folglich eine Erstattung vom Netzbetreiber erhält, müsste alternativ die Formulierung in § 4 Abs. 1 des Vertrags angepasst werden. Hierfür könnte § 4 Abs. 1 wie folgt ergänzt werden (*kursiv*):

Die tatsächlich eingespeiste Strommenge bestimmt sich nach den Strommengen, die der Betreiber am Verknüpfungspunkt der WEA mit dem Netz an den Stromabnehmer (z.B. Direktvermarkter, Netzbetreiber) liefert, *sofern der Betreiber für die Strommenge tatsächlich eine finanzielle Förderung nach dem EEG oder einer aufgrund des EEG erlassenen Rechtsverordnung in Anspruch genommen hat*. Der Umfang der am Verknüpfungspunkt der WEA mit dem Netz an den Stromabnehmer gelieferten Strommengen entspricht den an den relevanten Messstellen gemessenen Strommengen, die in den Bilanzkreis des Stromabnehmers eingestellt und auf Grundlage der gesetzlichen Vorschriften (insb. EEG, Messstellenbetriebsgesetz (MsbG) und Mess- und Eichgesetz (MesSEG)) erfasst werden.

Damit würde der Anspruch nach § 1 Abs. 1 des Vertrags nur für die Strommengen entstehen, für die tatsächlich eine Förderung nach dem EEG ausgezahlt wird und für die der Betreiber demgemäß nach § 6 Abs. 5 EEG 2023 eine Erstattung vom Netzbetreiber erhalten kann.

Sofern die Abrechnung gemäß § 6 dieses Vertrags bereits im laufenden Jahr erfolgt und in diesem Zeitpunkt möglicherweise noch nicht abschließend geklärt ist, ob ein Anspruch auf EEG-Förderung besteht, sollte bei Aufnahme der oben genannten Regelung der Abrechnungszeitpunkt des Betreibers gegenüber der Gemeinde so festgelegt werden, dass in diesem Zeitpunkt die Endabrechnung des Netzbetreibers gegenüber dem Betreiber über die EEG-Vergütung bereits erfolgt ist. Für die im Jahr 2023 eingespeisten Strommengen, für die die Endabrechnung des Netzbetreibers gegenüber dem Anlagenbetreiber Anfang 2024 erfolgt, sollte also erst danach die Gutschrift des Betreibers gegenüber der Gemeinde erfolgen. Dies bedeutet dann aufgrund der gesetzlichen Regelung zur Erstattungsfähigkeit in § 6 EEG 2023, wonach Betreiber die Erstattung „des im Vorjahr geleisteten Betrages im Rahmen der Endabrechnung“ vom Netzbetreiber verlangen können, dass der Netzbetreiber die Beträge, die für die in 2023 erzeugten Strommengen in 2024 geleistet wurden, erst in 2025 erstattet.

3.6 Zu § 5 „Keine Gegenleistung der Gemeinde und keine Zweckbindung“

§ 5 des Mustervertrags regelt ausdrücklich, dass die Zahlung des Betreibers ohne Gegenleistung der Gemeinde erfolgt. Dies ist zentrales Wesensmerkmal des Vertrags. Es ist insbesondere relevant, um eine strafrechtliche Relevanz der Zahlung auszuschließen.

Zwar sieht § 6 Abs. 4 Satz 2 EEG 2023 ausdrücklich vor, dass eine Zuwendung nach § 6 EEG 2023 nicht als Vorteil im Sinn der §§ 331 bis 334 StGB gilt. Voraussetzung hierfür ist aber, dass die Vorgaben des § 6 EEG 2023 eingehalten werden. Die Formulierung in § 5 des Mustervertrags orientiert sich daher unmittelbar an den Vorgaben in Gesetz und Gesetzesbegründung des EEG 2023. Mit der Formulierung soll insbesondere sichergestellt werden, dass keine – auch zukünftige – Gegenleistung der Gemeinde erfolgt. Dabei wird klarstellend auch geregelt, dass andere Handlungen, die

⁶⁴ Siehe dazu bereits oben unter ...

die Gemeinde mit Bezug auf den Betreiber erbringt, nicht im Zusammenhang mit der Zahlung des Betreibers nach diesem Vertrag stehen. Dies gilt etwa für Handlungen der Gemeinde im Zusammenhang mit der Planung der Windenergieanlagen, von denen der Betreiber unmittelbar oder mittelbar profitiert. Gleichzeitig bleibt es natürlich zulässig, dass Betreiber und Gemeinde andere vertragliche Vereinbarungen schließen, wie etwa einen städtebaulichen Vertrag. Auch dabei ist es wichtig klarzustellen, dass ein Zusammenhang zwischen der anderen Vereinbarung und der Zuwendung nach diesem Vertrag nicht besteht. Dies könnte ggf. in der anderen Vereinbarung auch klarstellend geregelt werden.

Unabhängig von einer Gegenleistung muss die Gemeinde aber mögliche Kosten tragen, die ihrerseits im Zusammenhang mit dem Abschluss des Vertrags stehen. Dazu gehören auch ggf. erforderliche Zustimmungen für den Vertragsabschluss. Gleichzeitig muss der Betreiber auch sicherstellen, dass er keinen Druck auf die Gemeinde ausübt, der mit weiteren Zahlungen verknüpft ist und im Zusammenhang mit dem Vertrag steht. D. h. der Vertragsabschluss erfolgt tatsächlich auf Dauer und ohne Gegenleistung.

3.7 Zu § 6 „Abrechnung und Zahlung“

3.7.1 Jährliche Abrechnung und Abrechnungszeitraum (Absatz 1)

Für die tatsächlichen Strommengen ist in Absatz 1 eine jährliche Abrechnung vorgesehen. Bei einer jährlichen Abrechnung mit einem Abrechnungszeitraum 1. Januar – 31. Dezember besteht allerdings das Problem, dass die Zahlung der Zuwendung nach Ansicht des Arbeitskreises dann nicht im Abrechnungsjahr, sondern erst im Folgejahr der Einspeisung erfolgen kann. Aus diesem Grund würde dann die Erstattung der Zahlungen durch den Netzbetreiber⁶⁵ erst im Jahr nach dem Folgejahr erfolgen. Beispiel: Wenn die Zuwendung an die Gemeinde für im Jahr 2023 eingespeiste Strommengen Anfang 2024 abgerechnet und gezahlt wird, erfolgt die Erstattung der Zahlung an den Anlagenbetreiber erst im Jahr 2025. Dieses Risiko besteht, weil die Betreiber nach dem Wortlaut des Gesetzes gegenüber dem Netzbetreiber nur „die Erstattung des im Vorjahr geleisteten Betrages“ verlangen können (vgl. § 6 Abs. 5 EEG 2023).

Vor diesem Hintergrund wird in Absatz 1 des Musters ein Abrechnungsturnus vorgeschlagen, der vor dem Jahresende endet, so dass noch im Jahr der Einspeisung tatsächlich Zahlungen vom Betreiber an die Gemeinde geleistet werden. Diese Zahlungen können dem Betreiber dann direkt im Folgejahr vom Netzbetreiber erstattet werden. Beispielhaft stellt sich die jährliche Abrechnung daher wie folgt dar: Der Betreiber stellt bis zum 15. Dezember 2024 die Gutschrift für die Strommengen, die im Zeitraum vom 1. Dezember 2023 bis zum 30. November 2024 eingespeist wurden und zahlt diesen Betrag noch im Jahr 2024 an die Gemeinde. Bis zum 28. Februar 2025 kann er die Beträge dann in der Endabrechnung gegenüber dem Netzbetreiber geltend machen und erhält diese im Jahr 2025 ausgezahlt.

Mit dieser Regelung soll erreicht werden, dass für den Betreiber kein zu großer Zeitverzug zwischen der Zahlung an die Gemeinde und der Erstattung durch den Netzbetreiber erfolgt. Für die Gemeinde dürfte dieser Abrechnungsturnus keine Nachteile haben. Denn die Gemeinde erhält jährliche Zahlungen, die sogar etwas früher ausgezahlt werden als bei einer Abrechnung nach Ende des Kalenderjahres. Selbstverständlich kann aber auch ein anderer Abrechnungsturnus vereinbart werden, hierfür wären die Daten in dem Vertrag entsprechend zu ändern.

Wenn allerdings eine Erstattung der Zuwendungen durch den Netzbetreiber aufgrund der Vorgaben in § 6 Abs. 5 EEG 2023 von vornherein nicht in Betracht kommt, kann auch ein anderer Abrechnungsrythmus gewählt werden.

Sollten nur Zuwendungen für erstattungsfähige Strommengen geleistet werden, ist eventuell ein späterer Abrechnungszeitraum zu wählen (siehe hierzu Ausführungen in 3.5).

3.7.2 Abrechnung der fiktiven Strommengen (Absatz 2 und 4)

Für die fiktiven Strommengen wird in Absatz 2 eine besondere Methodik zur Abrechnung vorgesehen. Dabei soll unterschieden werden zwischen Ausfallmengen aufgrund von Redispatch gemäß §§ 13 ff. EnWG einerseits und sonstigen

⁶⁵ Nach § 6 Abs. 5 EEG 2023.

Abschaltungen (z.B. aufgrund der optimierten Vermarktung, der Eigenversorgung oder der unmittelbaren Stromlieferung an Dritte) sowie technischen Nicht-Verfügbarkeiten andererseits.

Ausfallmengen wegen Redispatch gemäß §§ 13 ff. EnWG fallen an, wenn Windenergieanlagen durch den Netzbetreiber oder auf dessen Aufforderung durch einen Dritten abgeschaltet oder heruntergeregelt werden, um eine Überlastung der Stromnetze zu verhindern. Diese Strommenge kann regional beträchtliche Werte annehmen. Da diese Strommengen gegenüber dem Betreiber in der Regel zeitnah definiert und entschädigt werden, soll auch die entsprechende Zuwendung in jährlichem Turnus an die Gemeinde gezahlt werden. Demgemäß ist vorgesehen, dass die Abrechnung über die fiktiven Strommengen vom Betreiber jährlich vorzunehmen ist, sofern dem Betreiber Abrechnungen des Netzbetreibers über die abgeregelten Strommengen vorliegen.

Sonstige fiktive Strommengen, z. B. aufgrund von anderen Abschaltungen oder technischen Nichtverfügbarkeiten, sind hingegen schwieriger zu ermitteln. Der Betreiber muss für Anlagen in der Ausschreibung nach § 36h Abs. 2 i. V. m. Anlage 2 EEG 2023⁶⁶ allerdings ohnehin ein Gutachten erstellen, in dem auch die fiktiven Strommengen gutachterlich ermittelt werden. Um den Aufwand für die Ermittlung dieser Strommengen auf ein verhältnismäßiges Maß zu beschränken, wird im Mustervertrag vorgesehen, die Abrechnung der fiktiven Strommengen nur alle fünf Jahre bei Erstellung dieses Gutachtens durchzuführen.⁶⁷ Für die Gemeinde sollte diese späte Abrechnung vertretbar sein, da der Anteil dieser Strommengen an den gesamten zu berücksichtigenden Strommengen in aller Regel sehr gering ist. Selbstverständlich kann aber auch für diesen Teil der fiktiven Strommengen ein anderer Abrechnungsturnus vereinbart werden, wenn dies sinnvoll erscheint oder die Parteien dies wünschen. Dies setzt voraus, dass sich die Parteien über die fiktiven Strommengen einig sind. Dabei sollte insbesondere die Frage der Ermittlung der fiktiven Strommengen ohne das Gutachten geklärt werden.⁶⁸ Diese Ermittlung muss so belastbar sein, dass der Betreiber seinen Erstattungsanspruch gegenüber dem Netzbetreiber hinreichend begründen kann und damit die Zahlungen an die Gemeinde vom Netzbetreiber auch erstattet bekommt. Es ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass in den Anwendungsbereich des § 6 Abs. 1 EEG 2023 auch Anlagen einbezogen werden, die keiner Ausschreibungspflicht unterfallen und deren Betreiber daher kein entsprechendes Gutachten erstellen müssen. Daher wird in diesen Fällen der vergleichbare Nachweis der Regelfall sein. Daher wurde in dem Vertrag „*nicht oder nicht mehr zur Erstellung eines Gutachtens nach § 36h*“ aufgenommen.

3.7.3 Optionales Rückforderungsrecht

Bei der Erstellung des Vertragsmusters wurde im Arbeitskreis diskutiert, ob ein vertragliches Rückforderungsrecht des Betreibers von der Gemeinde für den Fall erforderlich ist, dass dem Betreiber die Beträge vom Netzbetreiber nicht erstattet oder von letzterem zurückgefordert werden.

Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass nach der neuen Rechtslage nach dem EEG 2023 eine Erstattung vom Netzbetreiber nur für die Strommengen besteht, für die der Betreiber tatsächlich eine finanzielle Förderung nach dem EEG oder einer aufgrund des EEG erlassenen Rechtsverordnung in Anspruch genommen hat. Demgemäß werden dem Betreiber die Beträge generell nicht erstattet, für die keine finanzielle Förderung nach dem EEG (oder einer aufgrund des EEG erlassenen Rechtsverordnung) in Anspruch genommen wurde. Es bestand im Arbeitskreis allerdings Einigkeit, dass eine allgemeine Rückforderung für diese Beträge nicht ermöglicht werden soll. Sofern Betreiber für die nicht erstattungsfähigen Strommengen keine Zahlungen an die Gemeinden leisten wollen, kann in § 4 eine optionale bzw. alternative Formulierung übernommen werden (siehe oben unter 3.5), wonach die tatsächlich eingespeisten Strommengen, für die der Anspruch der Gemeinde besteht, einschränkend definiert werden.

Abseits dieses Falls erschien dem Arbeitskreis im Ergebnis eine allgemeine Klausel zur Rückforderung für nicht vom Netzbetreiber erstattete oder vom Netzbetreiber zurück geforderte Beträge für den Vertrag nicht zwingend erforderlich zu sein. Fälle, in denen der Netzbetreiber die Zahlungen des Betreibers an die Gemeinde nicht erstattet oder zurückfor-

⁶⁶ § 36h Abs. 2 EEG 2023 i. V. m. Anlage 2 Nummer 7 EEG 2023.

⁶⁷ Gemäß § 36h Abs. 2 EEG 2023 i. V. m. Anlage 2 Nummer 7 EEG 2023.

⁶⁸ Gemäß § 36h Abs. 2 EEG 2023 i. V. m. Anlage 2 Nummer 7 EEG 2023.

dert, dürften in der Praxis äußerst selten sein. Aufgrund der oben dargestellten rechtlichen Unsicherheit zur Erstattungsfähigkeit von Zuwendungen für fiktive Strommengen⁶⁹ erscheint es aber zumindest nicht ausgeschlossen, dass Netzbetreiber die Beträge dafür nicht erstatten und Rückforderungen entstehen können. Darüber hinaus dürften Rückforderungen im Wesentlichen nur dann auftreten, wenn die Zahlungshöhe falsch berechnet wurde. Falsche Berechnungen können von den Parteien vermieden werden (wobei das vertragliche Rückforderungsrecht ohnehin nur „greifen“ würde, wenn die fehlerhafte Berechnung nicht vom Betreiber zu vertreten wäre). Denkbar wäre auch, dass die vertraglichen Regelungen von den Vorgaben des EEG 2023 abweichen (z. B. Luftlinienentfernung, anlagenbezogene Betrachtung).⁷⁰ Allerdings ist in diesem Fall in dem Vertragsmuster⁷¹ vorgesehen, dass die Regelungen des EEG 2023 denen des Vertrags vorgehen, so dass insoweit ein bereicherungsrechtlicher Anspruch des Betreibers nach § 812 Abs. 1 BGB in Betracht kommt. Darüber hinaus könnte sich eine solche Situation bei einer Unwirksamkeitserklärung des § 6 EEG 2023 (generell oder im Hinblick auf Windenergieanlagen) ergeben. Der Arbeitskreis geht allerdings davon aus, dass § 6 EEG 2023 bei einer Feststellung der (unwahrscheinlichen) Verfassungswidrigkeit vom Bundesverfassungsgericht nicht rückwirkend aufgehoben werden würde. Denn das Bundesverfassungsgericht hatte etwa auch im Falle der „Kohlepfennig-Entscheidung“ entschieden, dass die entsprechende Regelung des „3. Verstromungsgesetzes“ nicht rückwirkend aufgehoben wird, sondern bis längstens zum 31. Dezember 1995 weiter anwendbar ist.⁷² Im Falle der Verfassungswidrigkeit ist in § 7 Abs. 4 lit. b des Vertrags ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund vorgesehen, so dass mit der Kündigung keine Verpflichtung des Betreibers zur Zahlung der Zuwendungen mehr besteht. Dies dürfte gegebenenfalls nur ab dem Zeitpunkt der Wirksamkeit der Kündigung gelten. Wenn und soweit entgegen der Annahme des Arbeitskreises das EEG 2023 insoweit doch rückwirkend aufgehoben würde, könnte sich ein Rückzahlungsanspruch des Betreibers möglicherweise aus dem Aspekt „Wegfall der Geschäftsgrundlage“ nach § 313 BGB ergeben.

Durchaus könnten sich auch andere – im Arbeitskreis noch nicht „mitgedachte“ – Rückforderungskonstellationen ergeben oder die skizzierten Lösungsansätze nicht zum Erfolg führen. Gegebenenfalls hätte der Betreiber dann keine Möglichkeit, die vom Netzbetreiber nicht erstatteten oder zurückgeforderten Beträge von der Gemeinde zurückzufordern. Dabei sollte sich das Rückforderungsrecht bei den tatsächlichen Strommengen auf die Strommengen beschränken, für die der Betreiber eine finanzielle Förderung nach dem EEG oder einer aufgrund des EEG erlassenen Rechtsverordnung in Anspruch genommen hat, damit keine allgemeine Rückforderung für Zuwendungen erfolgt, für die es gemäß § 6 Abs. 5 EEG 2023 nach neuer Rechtslage keine Erstattung geben soll (siehe dazu allerdings die Option zu § 4 Abs. 1 des Vertrags unter 3.5). Sollten Betreiber und Gemeinde über eine vertragliche Rückzahlungspflicht beraten, bietet sich demgemäß aus Sicht des Arbeitskreises folgende Regelung an:

„Unbeschadet weiterer Rückforderungsansprüche sind Zuwendungen, die dem Betreiber nach § 6 Abs. 5 EEG 2023 vom Netzbetreiber für die tatsächlich eingespeisten Strommengen, für die der Betreiber eine finanzielle Förderung nach dem EEG oder einer aufgrund des EEG erlassenen Rechtsverordnung in Anspruch genommen hat, oder für fiktive Strommengen nicht erstattet werden oder die der Netzbetreiber nach der Auszahlung vom Betreiber zurückfordert, von der Gemeinde an den Betreiber zurückzahlen, sofern der Betreiber die Nicht-Erstattung bzw. Rückforderung nicht zu vertreten hat. Der Betreiber wird die Gemeinde informieren, soweit der Netzbetreiber die Erstattung von Zuwendungen nach diesem Vertrag ablehnt oder die Zuwendungen zurückfordert. Die Rückforderungsansprüche des Betreibers nach Satz 1 entstehen mit Geltendmachung der Ansprüche seitens des Betreibers gegenüber der Gemeinde und können von der Gemeinde durch Aufrechnung nach Maßgabe der gesetzlichen Vorgaben unter anderem mit eigenen Forderungen nach diesem Vertrag zum Erlöschen gebracht werden.“

Diese Ergänzung könnte hinter Absatz 5 als neuer Absatz 6 eingefügt und die Überschrift wie folgt geändert werden:

„§ 6 Abrechnung, Zahlung und Rückforderung“

Der jetzige Absatz 6 würde dann Absatz 7.

⁶⁹ Siehe dazu oben 2.4.2.

⁷⁰ Vgl. dazu oben.

⁷¹ Vgl. § 11 Abs. 2 des Mustervertrags.

⁷² Vgl. BVerfG, Beschluss vom 11.10.1994, Az. 2 BvR 633/86.

Wenn der Mustervertrag mit einem Landkreis geschlossen wird, müsste der eingefügte Absatz 6 entsprechend angepasst werden.

Um die öffentlichen Diskussionen in der Gemeinde zur Umsetzung des Vertrags und die Umsetzung des Windenergieprojekts nicht unnötig zu belasten, sollte ggf. zusätzlich eine Vereinbarung getroffen werden, die eine tatsächliche Rückzahlung der Gemeinde an den Betreiber soweit wie möglich ausschließt. Dies kann durch eine verzögerte Fälligkeit des Rückzahlungsanspruchs des Betreibers gelingen. Ergänzend zu der obigen vertraglichen Rückzahlungsregelung könnte daher folgender Satz 4 sinnvoll zu ergänzen sein:

„Die Rückforderungsansprüche des Betreibers werden mit Ablauf des dritten auf die Entstehung der Ansprüche folgenden Kalenderjahres fällig.“

Dadurch würde zum Ersten geregelt, dass die Rückforderungsansprüche des Betreibers erst mit Ablauf des dritten Kalenderjahres nach Geltendmachung des Rückforderungsanspruchs fällig werden. Vorher müsste die Gemeinde also den Rückforderungsanspruch nicht befriedigen. Die drei Kalenderjahre sind heranzuziehen, wenn man davon ausgeht, dass der Netzbetreiber Rückforderungsansprüche gegenüber dem Betreiber für maximal einen solchen Zeitraum durchsetzen kann, weil der Betreiber Rückforderungsansprüche des Netzbetreibers für darüberhinausgehende Zeiträume durch Erhebung der Verjährungseinrede nach § 55b EEG 2023 abwehren kann. Dies setzt allerdings voraus, dass § 55b EEG 2023 auch auf Rückforderungsansprüche für zu viel ausgezahlte Zuwendungen nach § 6 EEG 2023 anzuwenden ist. Dafür könnte sprechen, dass § 6 EEG 2023 in § 13 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Energiefinanzierungsgesetz (im Folgenden: „EnFG“)⁷³ erwähnt wird: Die vom Netzbetreiber ausgezahlten Zuwendungen sind vom zuständigen Übertragungsnetzbetreiber zu erstatten, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind. In § 18 Abs. 1 EnFG wird bestimmt, dass der Übertragungsnetzbetreiber verpflichtet ist, an den Netzbetreiber zu viel ausgezahlte Beträge – damit dann wohl auch zu viel ausgezahlte Zuwendungen – zurückzufordern. Die entsprechende Verjährungsregelung ist in § 55b EEG 2023 zu finden. Damit ist der Mechanismus auch im Verhältnis Netzbetreiber-Anlagenbetreiber anzuwenden, wobei insoweit nach Satz 3 auch das sog. Aufrechnungsverbot aufgehoben wird. Gegen eine Anwendbarkeit des § 55b EEG 2023 könnte allerdings eingewendet werden, dass der Anwendungsbereich der Vorschrift nur eröffnet wird, wenn mehr als „im Teil 3 vorgeschrieben“ ausgezahlt wird. Da § 6 EEG 2023 jedoch in Teil 1 verortet ist, würde es sich bei den Zuwendungen nicht um eine Zahlung nach Teil 3 handeln. Hinzu kommt, dass es die enge „Verzahnung“ der Regeln zur Rückforderung ab dem 1. Januar 2023 nicht mehr gibt, da der „alte“ § 57 EEG 2021 nun auf die erwähnten Regelungen im EEG 2023 und im EnFG aufgeteilt werden. Die besseren Argumente sprechen allerdings gleichwohl für die Anwendbarkeit des § 55b EEG 2023 auch auf Ansprüche nach § 6 EEG 2023. Denn auch aus den Gesetzesmaterialien lässt sich nichts dafür entnehmen, dass der Gesetzgeber mit der Aufteilung in inhaltlicher Hinsicht insoweit etwas ändern wollte. Wollte man der anderen Ansicht folgen und die bestehenden Unsicherheiten damit „absichern“, wonach die kurze Verjährungsfrist zugunsten des Anlagenbetreibers nicht gelten würde, wären die längeren zivilrechtlichen Verjährungsfristen nach §§ 195 ff. BGB zu beachten. Dementsprechend müsste der Eintritt der Fälligkeit in der oben vorgeschlagenen Klausel auf einen späteren Zeitpunkt gelegt werden.

Zum Zweiten kann die Gemeinde alle bis zum Zeitpunkt der Fälligkeit der Rückforderungsansprüche entstandenen eigenen Ansprüche auf Zuwendungen nutzen, um die geltend gemachten Rückforderungsansprüche durch Aufrechnung zum Erlöschen zu bringen: Da der Schuldner (hier – mit Blick auf die Rückforderungsansprüche – die Gemeinde) aber seine eigene Forderung gegenüber der Forderung des Gläubigers (hier: der Betreiber) nur dann aufrechnen kann, wenn seine eigene Forderung fällig ist⁷⁴, wurde die Fälligkeit der Rückforderungsansprüche so konstruiert, dass sie „verzögert“ wirkt. Denn bis die Rückforderungsansprüche des Betreibers fällig werden, werden auch die Zahlungsansprüche der Gemeinde fällig und die Aufrechnungslage ist hergestellt. Ohne diese Verzögerung könnte der Betreiber seine Rückzahlungsansprüche unmittelbar einfordern. Weil die Ansprüche der Gemeinde zu diesem Zeitpunkt möglicherweise aber noch nicht fällig sind, müsste die Gemeinde die erhaltenen Zuwendungen dann – überspitzt formuliert – direkt überweisen.

⁷³ Gesetz zur Finanzierung der Energiewende im Stromsektor durch Zahlungen des Bundes und Erhebung von Umlagen (Energiefinanzierungsgesetz – EnFG) v. 20.7.22, BGBl. I, S. 1272 ff.

⁷⁴ Vgl. § 387 BGB: „Schulden zwei Personen einander Leistungen, die ihrem Gegenstand nach gleichartig sind, so kann jeder Teil seine Forderung gegen die Forderung des anderen Teils aufrechnen, sobald er die ihm gebührende Leistung fordern und die ihm obliegende Leistung bewirken kann.“

Mit dieser Ergänzung können damit ggf. insgesamt hohe und plötzlich „aktive“ Rückzahlungsansprüche gegenüber der Gemeinde vermieden werden. Die Gemeinde kann die Zeit nutzen, um die Rückforderungsansprüche des Betreibers durch Aufrechnung vollständig aufzuwiegen. Sie erhält dann in diesem Zeitraum zwar keine Zahlungen mehr, muss aber auch keine Rückzahlungen aktiv leisten. Voraussetzung ist, dass die Anlagen weiterhin betrieben werden und jährlich entsprechende Ansprüche der Gemeinde entstehen sowie die Beträge in jedem Kalenderjahr in etwa gleich hoch sind. Die Fälligkeit wird an die Geltendmachung geknüpft. Denn mit der Geltendmachung erhält die Gemeinde Kenntnis von den Rückforderungsansprüchen und kann diese im Wege der Aufrechnung befriedigen.

3.8 Zu § 7 „Vertragsbeginn, Laufzeit, Kündigung“

Absatz 1 legt in den Verträgen für Neuanlagen zunächst den Beginn der Laufzeit des Vertrags fest, wobei hier aufgrund des Inkrafttretens des EEG 2023 als frühester Zeitpunkt der 1. Januar 2023 gewählt wurde. Die vertragliche Pflicht zur Zahlung der Zuwendungen entsteht allerdings erst, wenn die jeweilige(n) Windenergieanlage(n) tatsächlich in Betrieb gegangen ist bzw. sind. In den Verträgen für Bestandsanlagen ist die Regelung identisch ausgestaltet. Der Beginn der Zahlung wird – da die Anlagen schon in Betrieb sind – auf das Inkrafttreten des Vertrages gelegt.

Absatz 2 legt die Dauer der Laufzeit des Vertrags fest. Zur Erreichung des mit § 6 EEG 2023 verbundenen Normzwecks – die Verbesserung der Akzeptanz – wird mit dem Vertrag eine verlässliche Zahlungspflicht der Anlagenbetreiber an die Gemeinde über eine möglichst lange Laufzeit angestrebt.

Eine zunächst sinnvoll erscheinende Option, dass die Zahlung an die Dauer des EEG-Vergütungsanspruchs zu knüpfen wäre, erscheint problematisch. Denn diese Option würde möglicherweise eine unbestimmte Vertragsdauer festlegen, da sie sich auf ungewisse Ereignisse in der Zukunft bezieht. Eine unbestimmte Vertragsdauer wäre jedoch rechtlich wohl mit einem betreiberseitigen ordentlichen Kündigungsrecht verknüpft. Da ein solches ordentliches Kündigungsrecht aufgrund der angestrebten langfristigen Verlässlichkeit der Zahlungen vermieden werden soll, wird eine langfristige, in festen Jahren bemessene Laufzeit mit automatischer Verlängerung festgesetzt.

Eine erste Laufzeit von bis zu 20 Jahren mit einer Verlängerungsoption von einmal fünf Jahren dürfte dabei nach Einschätzung des Arbeitskreises zulässig sein. Denn gemäß Sinn und Zweck des § 6 EEG 2023 und der dort angelegten langen Zahlungsdauer, erschiene es widersprüchlich, wenn der Betreiber nicht über eine annähernd lange Laufzeit vertraglich gebunden werden würde, um die Zahlungen an die Gemeinde damit langfristig sicherstellen zu können. Verkürzt gesagt: Würde nur eine z. B. fünfjährige Laufzeit als zulässig erachtet, könnte es sein, dass ein Betreiber die Zahlungen auch nur für diesen kurzen Zeitraum leistet.

In Anbetracht der Tatsache, dass zum einen der EEG-Vergütungszeitraum bei „Ausschreibungsanlagen“ bei 20 Jahren liegt⁷⁵ und grundsätzlich mit der Inbetriebnahme der Anlage beginnt und zum anderen der Vertrag nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2023 mit einem gewissen Vorlauf geschlossen werden kann⁷⁶, spricht dies für die vorgeschlagene Vertragslaufzeit. Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang auch, dass sich der EEG-Vergütungszeitraum bei bestimmten Anlagen aufgrund der Verringerung des Zahlungsanspruchs bei negativen Preisen nach § 51 EEG 2023 über die 20 Jahre hinaus verlängern kann.⁷⁷ Sollte die Vergütungsdauer vor Ablauf der Vertragslaufzeit enden, besteht ein Kündigungsrecht gemäß Absatz 4 (siehe dazu sogleich). Damit wird sichergestellt, dass in jedem Fall ein Gleichlauf zwischen Dauer der EEG-Förderung und Vertragslaufzeit erreicht werden kann. Um diesen Gleichlauf zwischen EEG-Vergütungsdauer und Vertragsdauer herzustellen, könnte man auch darüber nachdenken, die Verlängerungsoption des Vertrags an die EEG-Vergütungsdauer zu koppeln. Dies erschien dem Arbeitskreis aber nicht hinreichend rechtssicher, da in diesem Fall möglicherweise eine nicht eindeutig bestimmbare Vertragslaufzeit vereinbart würde.

⁷⁵ Vgl. § 25 Abs. 1 Satz 1 EEG 2023; bei den Pilotwindanlagen beträgt der Zeitraum der finanziellen Förderung 20 Jahre zzgl. des Inbetriebnahmejahres (vgl. § 25 Abs. 1 Satz 2 EEG 2023).

⁷⁶ Vgl. § 6 Abs. 4 Nr. 1 EEG 2023: „Vereinbarungen über Zuwendungen nach diesem Paragraphen [...] dürfen bereits geschlossen werden [...] vor der Genehmigung der Windenergieanlage nach dem Bundes Immissionsschutzgesetz.“

⁷⁷ § 51a Abs. 1 EEG 2023.

Sollte die Laufzeit über die eingangs erwähnte Dauer hinaus vereinbart werden, dürfte dies zunehmend problematisch werden. Wird eine kürzere Laufzeit gewählt, nimmt die rechtliche Sicherheit zu – allerdings mit den oben beschriebenen Nachteilen für die Gemeinde. Rechtsprechung liegt zu der zulässigen Laufzeit von Verträgen nach § 6 EEG 2023 bislang – soweit ersichtlich – nicht vor, so dass auch mit Blick auf die oben genannte Laufzeit Rechtsunsicherheiten verbleiben. Wäre die Regelung unwirksam, wäre der Vertrag auf unbestimmte Dauer geschlossen und beiden Parteien würde ein ordentliches Kündigungsrecht zustehen.

Mit Blick auf Bestandsanlagen müsste überlegt werden, ob eine kürzere Vertragslaufzeit gewählt wird.

Während der hier angestrebten festen Laufzeit des Vertrags besteht kein ordentliches Kündigungsrecht für den Betreiber. Der Gemeinde wird hingegen ein kurzfristiges Kündigungsrecht eingeräumt. Dieses Recht dürfte aus Sicht des Betreibers aber unproblematisch sein.

Absatz 4 regelt außerdem klarstellend, dass das Kündigungsrecht aus wichtigem Grund gemäß § 314 BGB bestehen bleibt. Darüber hinaus werden einzelne wichtige Gründe für diesen Vertrag definiert, die beiden Parteien ein Kündigungsrecht einräumen.

Von dem wichtigen Grund unter (d) ist nach Ansicht des Arbeitskreises insbesondere der Fall erfasst, dass für WEA, für die eine finanzielle Förderung nach dem EEG 2023 oder einer auf Grund des EEG 2023 erlassenen Rechtsverordnung in Anspruch genommen werden soll, innerhalb von ca. zwei Jahren nach Unterzeichnung des Vertrages nicht die Voraussetzungen für eine finanzielle Förderung nach dem EEG geschaffen werden konnten (z. B. wenn kein Zuschlag im EEG-Ausschreibungsverfahren erteilt wurde).

Der wichtige Grund unter (f) entstand aus der Diskussion des Arbeitskreises, dass es grundsätzlich nach 20 Jahren ab Inbetriebnahme der WEA für den Betreiber die Möglichkeit geben sollte, den Vertrag zu kündigen, wenn er der Gemeinde nachweisen kann, dass die Zuwendungen an die Gemeinde den Weiterbetrieb wirtschaftlich unzumutbar machen würden. Dies betrifft sowohl EEG-geförderte Anlagen, bei denen nach 20 Jahren die Förderung und damit auch die Erstattungsfähigkeit vom Netzbetreiber endet, als auch ungeförderte Anlagen. Wichtig im Rahmen dieses Kündigungsrechts ist, dass es für den wichtigen Grund unter (f) einen direkten Zusammenhang zwischen der schlechten Erlöslage der im Vertrag erfassten Anlage(n) und den sich aus dem Vertrag ergebenden Zuwendungen an die Gemeinde geben muss.

3.9 Zu § 8 „Rechtsnachfolge bezüglich der Betreiberstellung“

In § 8 des Mustervertrags wird eine Regelung zur Rechtsnachfolge getroffen. Diese soll sicherstellen, dass der Anspruch der Gemeinde auch im Falle eines Betreiberwechsels bestehen bleibt.

Mit der Regelung wird der ursprüngliche Betreiber bzw. Vorhabenträger verpflichtet, seine Pflichten aus diesem Vertrag auf den neuen Betreiber bzw. Vorhabenträger zu übertragen. Eine unmittelbare Pflicht des neuen Betreibers gegenüber der Gemeinde zur Übernahme der Pflichten kann aus dem Vertrag allerdings nicht abgeleitet werden, da es sich dann um einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter handeln würde. Es wird daher vorliegend eine alleinige Pflicht des ursprünglichen Betreibers bzw. Vorhabenträgers statuiert, dafür Sorge zu tragen, dass der Vertrag und die damit verbundenen Zahlungspflichten von dem neuen Betreiber bzw. Vorhabenträger übernommen werden. Dazu kann etwa eine entsprechende Regelung zur Übernahme der Pflichten aus diesem Vertrag im Vertrag zur Übertragung der Windenergieanlage(n) bzw. der bestehenden Rechte zwischen ursprünglichem Betreiber bzw. Vorhabenträger und späterem Betreiber bzw. Vorhabenträger getroffen werden.

In den bei der Veräußerung von Windenergieanlagen in der Praxis überwiegend üblichen sog. „share deals“, bei denen die Betreibergesellschaft oder Teile davon veräußert wird, ist die Regelung allerdings nicht relevant, da die Betreibergesellschaft weiterhin die Windenergieanlagen betreibt und damit auch nach diesem Vertrag ohnehin verpflichtet bleibt.

3.10 Zu § 9 „Veröffentlichung und Weitergabe des Vertrags, Datenschutz“

Absatz 1 sieht ein Recht der Gemeinde zur Veröffentlichung des Vertrags vor. Dies wird auch in der Gesetzesbegründung zum Kabinettsentwurf des § 36k EEG 2021 a.F. empfohlen.⁷⁸ Das Recht der Veröffentlichung besteht nach Absatz 1 vorbehaltlich dessen, dass der Vertrag personenbezogene Daten enthält oder Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, die jeweils nicht mit veröffentlicht werden dürfen.

Eine Veröffentlichung des Vertrags kann sinnvoll sein, um das Vertrauen in die vertragliche Vereinbarung zu stärken und damit das Ziel der Regelung zu befördern. Transparenz kann falschen Gerüchten über Inhalte der kommunalen Beteiligung vorbeugen und eine Mittelverwendung im Interesse der Öffentlichkeit unterstützen. In diesem Zusammenhang sieht die Gesetzesbegründung zum § 36k EEG 2021 a.F. vor, dass auch die Verwendung der von den Betreibern erhaltenen Mittel nach Möglichkeit öffentlich gemacht werden soll.⁷⁹ Dabei handelt es sich jedoch um eine Handlung, die nicht das Verhältnis zwischen Betreiber und Gemeinde betrifft und daher nicht Gegenstand des Vertrags ist.

Eine gesetzliche Veröffentlichungspflicht besteht für den Vertrag nach Einschätzung des Arbeitskreises nicht generell. Allerdings können besondere öffentlich-rechtliche Offenlegungspflichten nach landesrechtlichen Regelungen bestehen, insbesondere nach den Informationsfreiheitsgesetzen. Deshalb enthält Absatz 2 des Mustervertrags eine Klarstellung, dass sonstige Pflichten von dem vertraglichen Veröffentlichungsrecht unberührt bleiben.

Absatz 3 gewährt dem Betreiber darüber hinaus das Recht, den Vertrag gegenüber dem Netzbetreiber offenzulegen. Dies kann zur Durchsetzung des Erstattungsanspruchs gegenüber dem Netzbetreiber erforderlich sein, wenn der Netzbetreiber einen Nachweis über das Bestehen einer vertraglichen Pflicht fordert.

Absatz 4 enthält eine Klausel zur Erfüllung der datenschutzrechtlichen Pflichten bei der Abwicklung dieses Vertrags. Bei der Konzeption des Vertrags wurde davon ausgegangen, dass die Vertragsparteien keine natürlichen Personen sind. In diesem Falle sind die Pflichten des Datenschutzes aus der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO)⁸⁰ nicht unmittelbar anwendbar, da grundsätzlich nur personenbezogene Daten, also die Daten natürlicher Personen, geschützt werden. Teilweise verarbeiten die Parteien bei der Vertragsdurchführung gleichwohl personenbezogene Daten Dritter, die sie nicht unmittelbar bei diesen erheben. Dies ist insbesondere der Fall, wenn Mitarbeitende des Betreibers oder der Gemeinde als Kontakte im Vertrag benannt werden oder im Verlauf der Vertragsabwicklung kommunizieren. Streng genommen ist auch in diesen Fällen die Partei, die die Daten verarbeitet, selbst zur Information der betroffenen Person im gesetzlich vorgeschriebenen Umfang verpflichtet (der Betreiber müsste bspw. die Mitarbeitende und Ansprechperson(en) bei der Gemeinde informieren).⁸¹ Diese gesetzliche Informationspflicht kann vertraglich auf die andere Partei delegiert werden, weil diese regelmäßig den deutlich direkteren Zugang zu den Betroffenen hat. Verantwortlich für die Einhaltung der Informationspflicht⁸² bleibt aber die Partei, die die personenbezogenen Daten erhebt. Diese trägt deshalb auch das Risiko, dass die andere Partei die betroffenen Dritten tatsächlich informiert.

3.11 Zu § 10 „Verhältnis zu anderen Pflichten“

§ 10 des Mustervertrags enthält eine Regelung zu anderen Zahlungspflichten von Windenergieanlagen-Betreibern an die Gemeinde. Diese Regelung ist insbesondere relevant für andere landesgesetzliche Regeln zu Zahlungspflichten für Windenergieanlagen-Betreiber an Gemeinden. Derartige gesetzliche Zahlungspflichten bestehen gegenwärtig

⁷⁸ Vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/23482, S. 113: „Aus Transparenzgesichtspunkten und zur Akzeptanzsteigerung bietet es sich an, dass die Gemeinde den mit dem Anlagenbetreiber geschlossenen Vertrag veröffentlicht; auch soll die Verwendung der Mittel nach Möglichkeit öffentlich gemacht werden.“

⁷⁹ Vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/23482, S. 100.

⁸⁰ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.04.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung).

⁸¹ Aus Art. 13 bzw. 14 DS-GVO.

⁸² Aus Art. 13 bzw. 14 DS-GVO.

(Stand November 2022) nur in Brandenburg (nach dem Brandenburgischen Windenergieanlagenabgabengesetz (Bbg-WindAbgG)⁸³) und in Mecklenburg-Vorpommern (nach dem Bürger- und Gemeindebeteiligungsgesetz Mecklenburg-Vorpommern (BüGembeteilG M-V)⁸⁴).

Sofern Zahlungspflichten aufgrund landesgesetzlicher Regelungen bestehen, sollte das Verhältnis zu diesen Regeln klarstellend geregelt werden. Dabei wird vorgeschlagen, dass die andere gesetzliche Zahlungspflicht vorbehaltlich entsprechender gesetzlicher Regelungen unberührt bleibt, d. h. neben der Zahlungspflicht nach diesem Vertrag vollständig weiterbesteht. Für Windenergieanlagen in anderen Bundesländern könnte die Regelung – vorbehaltlich einer späteren Einführung entsprechender gesetzlicher Regelungen – auch gestrichen werden. Allerdings hat die Regelung auch ohne eine landesgesetzliche Regelung einen klarstellenden Zweck im Hinblick auf sonstige mögliche Zahlungspflichten der Betreiber an Gemeinden.

3.12 Zu § 11 „Schlussbestimmungen“

§ 11 enthält übliche Schlussbestimmungen.

Bei der Konzeption des Mustervertrags wurde davon ausgegangen, dass keine der Vertragsparteien Verbraucher im Sinne des § 13 BGB ist; deshalb wurde insbesondere kein Widerrufsrecht bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und bei Fernabsatzverträgen aufgenommen.

3.13 Zu § 12 „Anlagen“

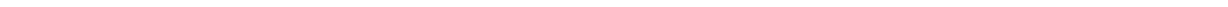
In § 12 des Mustervertrags werden die dem Vertrag beigelegten Anlagen aufgeführt. Diese sollten nach Ansicht des Arbeitskreises sicherheitshalber aufgrund des Schriftformerfordernisses fest mit dem Vertrag verbunden werden, damit sie in den Vertrag einbezogen werden. Dies gilt auch für später hinzugefügte Anlagen. Es ist jedoch zu überlegen, ob eine andere Art des Vorgehens auch zulässig wäre. Um hier aber keine Risiken einzugehen, empfiehlt sich das vorgeschlagene Vorgehen.

Der Mustervertrag und das Beiblatt sollen auf Grundlage der praktischen Erfahrungen aktualisiert und im Sinne des Normzwecks angepasst werden. Hinweise dazu bitte an post@fa-wind.de.

Haftungshinweis: Das Beiblatt wurde auf Basis abstrakter gesetzlicher Vorgaben, mit größtmöglicher Sorgfalt und nach bestem Wissen erstellt. Da Fehler jedoch nie auszuschließen sind und die Inhalte Änderungen unterliegen können, weisen wir auf Folgendes hin: Sowohl die Fachagentur Windenergie an Land e. V. als auch Becker Büttner Held Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater PartGmbH übernehmen keine Gewähr für Aktualität, Richtigkeit, Vollständigkeit oder Qualität der in diesem Beiblatt bereitgestellten Informationen. Für Schäden materieller oder immaterieller Art, die durch die Nutzung oder Nichtnutzung der dargebotenen Informationen oder durch die Nutzung fehlerhafter und unvollständiger Informationen unmittelbar oder mittelbar verursacht werden, ist sowohl eine Haftung der Fachagentur Windenergie an Land e. V. als auch von Becker Büttner Held Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater PartGmbH ausgeschlossen. Dieses Beiblatt kann unter keinem Gesichtspunkt die eigene individuelle Bewertung und die individuelle Rechtsberatung im Einzelfall ersetzen. Zu vielen der in diesem Beiblatt aufgeworfenen Rechtsfragen ist – soweit ersichtlich – keine Rechtsprechung ergangen, so dass die Ausführungen mit Rechtsunsicherheiten behaftet sind.

⁸³ Gesetz zur Zahlung einer Sonderabgabe an Gemeinden im Umfeld von Windenergieanlagen (Windenergieanlagenabgabengesetz - BbgWindAbgG) v. 19.06.2019 (GVBl. I/19, [Nr. 30]).

⁸⁴ Gesetz über die Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden an Windparks in Mecklenburg-Vorpommern (Bürger- und Gemeindebeteiligungsgesetz - BüGembeteilG M-V) v. 18.05.2016, GVBl. M-V 2016, 258.



Impressum

© FA Wind, November 2022

Herausgegeben von

Fachagentur Windenergie an Land
Fanny-Zobel-Straße 11 | 12435 Berlin

www.fachagentur-windenergie.de

post@fa-wind.de

V. i. S. d. P.: Dr. Antje Wagenknecht

Die Fachagentur zur Förderung eines natur- und umweltverträglichen Ausbaus der Windenergie an Land e.V. ist ein gemeinnütziger Verein. Er ist eingetragen beim Amtsgericht Charlottenburg, VR 32573 B

Autorenschaft

Kathrina Baur (FA Wind)

Dr. Wieland Lehnert (Becker Büttner Held Rechtsanwälte PartGmbH)

Frank Sondershaus (FA Wind)

Jens Vollprecht (Becker Büttner Held Rechtsanwälte PartGmbH)

Danksagung

Ein herzlicher Dank geht an alle Mitglieder des Arbeitskreises (DStGB, DLT, DST, BWE, BDEW, WWV und VKU) für die tatkräftige Unterstützung und stets konstruktiven Diskussionen.

Zitervorschlag

FA Wind (2022), Beiblatt zum Vertrag zur finanziellen Beteiligung von Kommunen an Windenergieanlagen gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2023.

Fachagentur Windenergie an Land e.V.

Fanny-Zobel-Straße 11 | 12435 Berlin

T +49 30 64 494 60-60

post@fa-wind.de | www.fachagentur-windenergie.de