



§ 6 EEG bei kommunalem Betrieb von Windenergieanlagen

Rechtsformen und Auswirkungen auf die Beteiligung



§ 6 EEG 2023 bei kommunalem Betrieb von Windenergieanlagen

Rechtsformen und Auswirkungen auf die Beteiligung

Dr. Wieland Lehnert, LL.M., Jochen Gerber, Benedikt Doms (BBH)

Herausgegeben von der Fachagentur Windenergie an Land e.V.

Gefördert durch:



Bundesministerium
für Wirtschaft
und Klimaschutz



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

Vorwort

Die Energiewende ist eine der dringlichsten Herausforderungen unserer Zeit. Kommunale Akteure spielen dabei eine immer wichtigere Rolle. Sie sind für die Energiepolitik vor Ort verantwortlich und sind zunehmend in die Umsetzung eigener erneuerbaren Energieprojekte involviert. Das Erneuerbare-Energien-Gesetz ermöglicht es, Kommunen finanziell am Windenergieausbau zu beteiligen. Der Bundesgesetzgeber hat damit einen Rahmen geschaffen, der es Gemeinden ermöglicht, stärker am Erfolg und damit an den Erlösen von Windenergieanlagen in ihrem Umfeld teilzuhaben.

Das vorliegende Hintergrundpapier beleuchtet eine bisher wenig beachtete Frage im Zusammenhang mit der kommunalen Beteiligung. Im Mittelpunkt der vorliegenden Bearbeitung steht die rechtliche Möglichkeit für Gemeinden, Zuwendungen nach § 6 Erneuerbare-Energien-Gesetz 2023 an sich selbst oder an andere Kommunen zu leisten, wenn sie die Windenergieanlage selbst bzw. in Kooperation betreiben. Darüber hinaus stellt das Papier die verschiedenen Rechtsformen vor, die einer Gemeinde für den wirtschaftlichen Betrieb von Windenergieanlagen zur Verfügung stehen.

Eine besondere Herausforderung bestand darin, dass es bislang weder einschlägige Rechtsprechung noch umfangreiche Literatur zu diesem spezifischen Thema gibt. Somit betreten wir mit diesem Hintergrundpapier juristisches Neuland und leisten mit einer ersten juristischen Auslegung einen Beitrag zur Diskussion.

Wir sind uns bewusst, dass die vorliegende Auslegung nur ein erster Schritt auf einem komplexen rechtlichen Terrain ist. Dennoch hoffen wir, dass dieses Hintergrundpapier zur Klärung offener Fragen beiträgt und als Anregung für weitere Diskussionen und vertiefende Untersuchungen dient. Denn nur durch eine umfassende und fundierte Auseinandersetzung mit den rechtlichen Rahmenbedingungen können wir sicherstellen, dass die Energiewende auf lokaler Ebene erfolgreich gestaltet werden kann.

Ich wünsche Ihnen eine anregende Lektüre!

Ihre Antje Wagenknecht



Dr. Antje Wagenknecht ist Geschäftsführerin der Fachagentur Wind- und Solarenergie

Inhalt

Zusammenfassung.....	5
1 Hintergrund	7
2 Fragestellungen	7
3 Organisationsformen für Kommunen beim Betrieb einer Windenergieanlage	8
3.1 Überblick über die verschiedenen Rechtsformen.....	8
3.2 Wirtschaftliche Tätigkeit einer Kommune ohne Kooperationspartner	8
3.2.1 Öffentlich-rechtliche Unternehmensformen	8
3.2.2 Privatrechtliche Rechtsformen.....	8
3.3 Wirtschaftliche Betätigung mehrerer Kommunen	9
3.3.1 Zweckverband.....	9
3.3.2 Privatrechtliche Rechtsformen.....	9
3.4 Wirtschaftliche Betätigung von Kommunen mit privaten Kooperationspartnern.....	9
3.4.1 Aktiengesellschaft	9
3.4.2 Stiftung.....	10
3.4.3 Verein	10
3.4.4 Eingetragene Genossenschaft.....	10
3.4.5 Gesellschaft mit beschränkter Haftung	11
3.4.6 GmbH und Co. KG.....	11
3.4.7 Abschließende Bewertung.....	11
4 Auswirkungen der Betreiberschaft auf Zuwendungen nach § 6 EEG 2023.....	13
4.1 Personenidentität zwischen Gemeinde und Windenergieanlagenbetreiber.....	13
4.1.1 Auslegung des § 6 EEG 2023 nach dem Wortlaut.....	13
4.1.2 Auslegung des § 6 EEG 2023 nach Sinn und Zweck.....	15
4.1.3 Systematische Auslegung des § 6 EEG 2023	16
4.1.4 Strafrechtliche Relevanz.....	18
4.1.5 Zwischenergebnis.....	19
4.2 Beteiligung der Gemeinde an der Betreibergesellschaft der Windenergieanlage.....	19
4.2.1 Auslegung des § 6 EEG 2023 nach dem Wortlaut.....	19
4.2.2 Systematische Auslegung des § 6 EEG 2023 sowie Auslegung des § 6 EEG 2023 nach Sinn und Zweck.....	20
4.2.3 Auswirkung der Beteiligungshöhe an der Betreibergesellschaft	20
4.2.4 Zusammenfassung	21
5 Praktische Auswirkungen auf die Umsetzung des § 6 EEG 2023	22
5.1 Auswirkungen auf die weiteren betroffenen Gemeinden.....	22
5.2 Auswirkungen der vorgefundenen Ergebnisse auf die praktische Umsetzung	23
Impressum.....	24

Zusammenfassung

Zentrale Fragestellung des Hintergrundpapiers

Das vorliegende Hintergrundpapier befasst sich mit der Frage, ob Gemeinden Zuwendungen nach § 6 Erneuerbare-Energien-Gesetz 2023 (EEG 2023)¹ an sich selbst oder andere Kommunen leisten dürfen, wenn sie die Windenergieanlage selbst betreiben. Zu diesem Zweck wird zunächst untersucht, welche Rechtsformen zur wirtschaftlichen Betätigung einer Kommune zum Betrieb einer Windenergieanlage in Betracht kommen. Darauf aufbauend wird analysiert, ob nach den gesetzlichen Regelungen des § 6 EEG 2023 die Zahlung von Zuwendungen an eine Gemeinde zulässig wäre, wenn die Gemeinde vollständig oder teilweise selbst am Betrieb der Anlage beteiligt ist.

Gemeindliche Beteiligungsformen

Für Kommunen als Betreiberin einer Windenergieanlage kommen grundsätzlich die folgenden Gesellschaftsformen in Betracht:

- Eigenständige Tätigkeit der Kommune
 - Regiebetrieb oder Eigenbetrieb (formal keine eigene Rechtspersönlichkeit)
 - Anstalt öffentlichen Rechts (AöR)
- Zusammenarbeit von Kommunen
 - Zweckverband
 - ggf. privatrechtliche Handlungsformen
- Wirtschaftliche Betätigung von Kommunen in Privatrechtsform (mit oder ohne Kooperationspartner)
 - Aktiengesellschaft, Stiftung, Verein, Genossenschaft
 - GmbH, GmbH & Co. KG

Die Entscheidung, welche Organisationsform letztlich für das Vorhaben einer Kommune am besten geeignet ist, ergibt sich aus dem Zusammenspiel kommunalrechtlicher Vorgaben sowie betriebswirtschaftlicher Aspekte.

Unter den öffentlich-rechtlichen Gesellschaftsformen ist die AöR die gebräuchlichste Rechtsform. Unter den privatrechtlichen Gesellschaftsformen sind im Energiebereich die GmbH und die GmbH & Co. KG am häufigsten vertreten. Diese Rechtsformen eignen sich grundsätzlich für Energieprojekte mit einem höheren Investitionsvolumen, da viele Kapitalgeber eingebunden werden können. Zudem besteht die Möglichkeit, einen Aufsichtsrat einzusetzen, der Kontrollfunktionen wahrnehmen kann und dem auch Vertreter der beteiligten Kommunen angehören können.

Zulässigkeit von Zahlungen der Gemeinde gemäß § 6 EEG 2023 bei formaler Personenidentität

- Im Fall der formalen Personenidentität zwischen Kommune und Betreiberin der Windenergieanlage sprechen unserer Ansicht nach erhebliche Gründe dafür, dass eine Gemeinde an sich selbst Zuwendungen nach § 6 EEG 2023 leisten darf. Eine solche formale Personenidentität liegt vor, wenn die Windenergieanlage unmittelbar durch die Gemeinde, z. B. über die Form des Eigen- oder Regiebetriebs betrieben wird. Nach der vorliegenden Einschätzung legt der Wortlaut des § 6 EEG 2023 eine Personenverschiedenheit zwischen Betreiber und Gemeinde nahe, schließt eine Personenidentität aber auch nicht aus.
 - Der Gesetzgeber ging offenbar von zwei verschiedenen Akteuren aus, namentlich der Gemeinde und dem Anlagenbetreiber. Eine Personenidentität wird aber nicht ausdrücklich ausgeschlossen.

¹ Erneuerbare-Energien-Gesetz v. 21.7.2014 (BGBl. I S. 1066), das zuletzt durch Art. 1 des Gesetzes v. 52.2024 (BGBl. 2024 I Nr. 33) geändert worden ist.

- Die Definition von Betroffenheit ist geographischer Natur. Eine Gemeinde und ihre Bevölkerung können demnach auch von einer eigenen Windenergieanlage betroffen sein.
- Auch der Sinn und Zweck des § 6 EEG 2023 sprechen für die Zulässigkeit einer Zuwendung der Gemeinde an sich selbst, denn die durch § 6 EEG 2023 legitimierte Zuwendung soll der Verbesserung der Akzeptanz von Windenergieprojekten dienen. Eine solche Akzeptanzförderung ist im Fall eines Anlagenbetriebs durch die Gemeinde ebenso wichtig wie bei einem Anlagenbetrieb durch Dritte.
- Eine etwaige strafrechtliche Relevanz der Zahlungen innerhalb der Gemeinde ist nicht ersichtlich. Wenn die Gemeinde sich selbst Zuwendungen macht, fehlt es an einem außenstehenden Akteur, der einen Amtsträger in unzulässiger Weise zu einem bestimmten Verhalten bewegen könnte.
- Es droht keine unzulässige Mittelverschiebung vom Bund an die Gemeinden. Aufgrund der Möglichkeit, sich die Zuwendungen für geförderte Strommengen vom Netzbetreiber erstatten zu lassen, ist der Systematik des § 6 EEG 2023 eine solche Mittelverschiebung immanent. Letztlich werden die Aufwendungen auch dem Netzbetreiber erstattet, und die Mittel kommen am Ende aus dem Bundeshaushalt. Dies ist gesetzlich so vorgesehen.

Zulässigkeit von Zahlungen der Gemeinde gemäß § 6 EEG 2023 bei Beteiligung der Kommune an der Betreibergesellschaft

Wenn eine Betreibergesellschaft, an der die Kommune beteiligt ist, eine Windenergieanlage betreibt und Zahlungen an die Kommune nach § 6 EEG 2023 leistet, gelten die vorgenannten Argumente grundsätzlich entsprechend. Darüber hinaus sind folgende ergänzenden Erwägungen relevant:

- Nach unserer Einschätzung gibt es keine wesentlichen rechtlichen Argumente, die gegen die Zulässigkeit von Zahlungen der Betreibergesellschaft an die Kommune sprechen. Dies erscheint noch plausibler als bei einer formalen Personenidentität.
 - Sofern die Kommune an der Gesellschaft nur eine Minderheitsbeteiligung hat und allein keine eigenen Entscheidungen in der Gesellschaft treffen kann, wird das Risiko einer abweichenden rechtlichen Bewertung noch geringer.
-

1 Hintergrund

Der § 6 EEG 2023 bietet eine bundeseinheitliche Regelung, die es Betreibern von Windenergieanlagen ermöglicht, Gemeinden im Umfeld finanziell stärker an der Windenergienutzung vor Ort zu beteiligen. Die Umsetzung der Regelung ist für die jeweiligen Betreiber freiwillig und erfordert den Abschluss eines entsprechenden Vertrages zwischen Betreiber und betroffener Gemeinde. Die Fachagentur Windenergie an Land e. V. (FA Wind) gab für dieses Rechtsverhältnis im Juni 2021 einen Mustervertrag heraus, der Ende 2022 novelliert und an die aktuelle Rechtslage angepasst wurde.²

Zahlungen, die Anlagenbetreiber an Gemeinden leisten, sind in bestimmten Fällen vom Netzbetreiber erstattungsfähig: Für Strommengen, die nach dem EEG gefördert werden, können die Anlagenbetreiber die Zahlungen vom Netzbetreiber erstattet bekommen. Damit sind diese Zuwendungen an die Gemeinden für die Betreiber im Ergebnis kostenneutral.

Im Zusammenhang mit dem Mustervertrag nach § 6 EEG 2023 erreichen die FA Wind Fragen zur Auslegung der Regelung sowie zur Anwendung des Vertragsmusters. Dabei wurde auch die Frage gestellt, ob eine Gemeinde (bzw. ein Landkreis), die Betreiberin einer Windenergieanlage ist, für diese Anlage auch an sich selbst Zahlungen nach § 6 EEG 2023 leisten darf. Diese Frage bezieht sich insbesondere darauf, ob auch in diesem Fall die Erstattung der Zahlungen durch den Netzbetreiber möglich ist und die Gemeinde somit zusätzliche Zahlungen erhalten kann.

Gemeinden können Windenergieanlagen in unterschiedlichen Rechtsformen betreiben. Dieses Hintergrundpapier soll daher als Grundlage der Untersuchung zu § 6 EEG 2023 auch analysieren, welche Rechtsformen für die jeweilige Gemeinde (bzw. den Landkreis) als Betreiberin in Frage kommen und inwieweit diese gegebenenfalls Auswirkungen auf die Umsetzung von § 6 EEG 2023 haben.

2 Fragestellungen

Konkret sollen folgende Fragen untersucht werden:

- Welche Rechtsformen kommen für eine Kommune zum Betrieb einer Windenergieanlage in Betracht (ohne Kooperationspartner, gemeinsam mit weiteren Kommunen, gemeinsam mit privaten Dritten)?
- Darf sich eine Gemeinde selbst Zuwendungen nach § 6 EEG 2023 machen?
 - Wie wirkt sich eine formale Personenidentität zwischen der Gemeinde und der Anlagenbetreiberin aus?
 - Ist bei einer Beteiligung der Gemeinde an einer Betreibergesellschaft z. B. die Höhe der Gesellschaftsanteile entscheidend?
- Haben die Ergebnisse des vorliegenden Hintergrundpapiers Auswirkungen auf die praktische Umsetzung des § 6 EEG 2023?

² Der Mustervertrag in unterschiedlichen Ausführungen, inkl. erläuterndem Beiblatt ist [hier](#) zu finden.

3 Organisationsformen für Kommunen beim Betrieb einer Windenergieanlage

3.1 Überblick über die verschiedenen Rechtsformen

Für die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen – auch im Zusammenhang mit dem Betrieb von Windenergieanlagen – stehen grundsätzlich Rechtsformen des öffentlichen und privaten Rechts zur Verfügung. Nachfolgend werden drei Konstellationen hinsichtlich der möglichen Unternehmensformen untersucht: die wirtschaftliche Betätigung einer Kommune ohne Kooperationspartner, die gemeinsame wirtschaftliche Betätigung mehrerer Kommunen und schließlich die wirtschaftliche Betätigung einer Kommune zusammen mit privaten Dritten.

3.2 Wirtschaftliche Tätigkeit einer Kommune ohne Kooperationspartner

3.2.1 Öffentlich-rechtliche Unternehmensformen

Bei einer wirtschaftlichen Betätigung einer Kommune ohne Kooperationspartner kommen insbesondere öffentlich-rechtliche Unternehmensformen in Betracht. Hierzu zählen der Regiebetrieb, der Eigenbetrieb und die Anstalt des öffentlichen Rechts.

Regie- und Eigenbetrieb zeichnen sich dadurch aus, dass sie keine eigene Rechtspersönlichkeit haben. Sie sind damit nicht selbst unmittelbar Träger von Rechten und Pflichten, sondern die Kommune selbst bleibt Rechtsträger. Beide Rechtsformen unterscheiden sich vor allem in ihrer Stellung innerhalb der Kommunalverwaltung. Während der Regiebetrieb keinerlei Verselbständigung besitzt, sondern vielmehr einen rechtlich, organisatorisch und wirtschaftlich unselbständigen Teil der Verwaltung darstellt, wird der Eigenbetrieb als außerhalb der allgemeinen Verwaltung und des Haushaltsplans stehendes Sondervermögen der Kommune geführt.³

Als öffentlich-rechtliches Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit kommt die Anstalt des öffentlichen Rechts (AöR) in Betracht. Ein Kommunalunternehmen in dieser Rechtsform darf nur auf Grundlage eines Landesgesetzes gebildet werden, das hierzu ausdrücklich ermächtigt. Derartige gesetzliche Grundlagen zur Errichtung eines Kommunalunternehmens bestehen mittlerweile in einem Großteil der Bundesländer.⁴ Bei der AöR handelt es sich um eine rechtsfähige Anstalt mit eigenem Stammkapital sowie eigenen Personal- und Sachmitteln. Anders als Regie- oder Eigenbetrieb ist die (rechtsfähige) Anstalt unmittelbar Träger von Rechten und Pflichten. Sie hat zwei Organe, namentlich den Vorstand und den Verwaltungsrat.⁵

3.2.2 Privatrechtliche Rechtsformen

Neben öffentlich-rechtlichen Rechtsformen kommen grundsätzlich auch privat-rechtliche Rechtsformen in Betracht. Auf eine Darstellung dieser Rechtsformen wird an dieser Stelle allerdings verzichtet, da die AöR für Kommunen, die ohne Kooperationspartner ein Projekt umsetzen wollen, regelmäßig vorteilhafter sein wird.

³ Siehe hierzu vertiefend Schneider, in: Wurzel/Schraml/Gaß, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 4. Aufl. 2021, Kapitel D. Rechts- und Betriebsformen, Rn. 26.

⁴ Gesetzliche Grundlagen zur Gründung einer AöR finden sich in folgenden Bundesländern: Baden-Württemberg, Bayern, Brandenburg, Bremen, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein, Thüringen.

⁵ Vertiefend zur Anstalt des öffentlichen Rechts siehe Schraml, in: Wurzel/Schraml/Gaß, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 4. Aufl. 2021, Kapitel D. Rechts- und Betriebsformen, Rn. 120 ff.

3.3 Wirtschaftliche Betätigung mehrerer Kommunen

Zur gemeinsamen wirtschaftlichen Betätigung mehrerer Kommunen sind verschiedene Rechtsformen denkbar.

3.3.1 Zweckverband

Der Zweckverband ist ein Zusammenschluss mehrerer kommunaler Gebietskörperschaften zur gemeinsamen Erfüllung kommunaler Aufgaben und stellt die klassische Form der interkommunalen Zusammenarbeit dar.⁶ Als solcher wird er häufig zur Führung gemeinsamer wirtschaftlicher Unternehmen gegründet. Rechtstechnisch kann der Zweckverband als eine rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts eingeordnet werden. Soweit nicht durch Gesetz oder die Verbandssatzung etwas anderes bestimmt ist, finden auf den Zweckverband die für die Gemeinden geltenden Vorschriften sinngemäß Anwendung. Im Hinblick auf den Betrieb von Windenergieanlagen ist allerdings im Einzelfall zu prüfen, inwieweit dies als Erfüllung kommunaler Aufgaben gilt und insoweit der Zweckverband in Frage kommt.⁷

3.3.2 Privatrechtliche Rechtsformen

Denkbar ist auch, dass sich Kommunen in einer privatrechtlichen Rechtsform organisieren, bspw. in Form einer Genossenschaft oder GmbH. Im Bereich interkommunaler Zusammenarbeit ist es jedoch häufig für die Kommunen empfehlenswerter und effektiver, auf die gerade für Kommunen vorgesehene Organisationsform des Zweckverbands zurückzugreifen.

3.4 Wirtschaftliche Betätigung von Kommunen mit privaten Kooperationspartnern

Die aufgezeigten öffentlich-rechtlichen Handlungsformen erlauben keine Beteiligungsmöglichkeiten privater Dritter und sind daher ungeeignet, wenn sich eine Kommune zusammen mit privaten Kooperationspartnern wirtschaftlich betätigen möchte. Auch Personengesellschaften wie die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), die offene Handelsgesellschaft (OHG) und die Kommanditgesellschaft (KG) mit einer Gemeinde als Komplementärin scheiden aufgrund mangelnder Haftungsbeschränkungsmöglichkeiten aus.

Nachfolgend werden die einzelnen denkbaren privatrechtlichen Organisationsformen dargestellt. Bei der Gründung eines Unternehmens in privater Rechtsform müssen Kommunen grundsätzlich die speziellen Vorschriften der Gemeindeordnung/Kommunalverfassung des jeweiligen Bundeslands, in dem die Gesellschaft ihren Sitz hat, beachten. Dazu gehört regelmäßig, dass sich die Kommune einen angemessenen Einfluss im Aufsichtsrat oder einem entsprechenden Gremium des Unternehmens sichert und ihre Haftung begrenzt ist.

Die folgenden Handlungsformen können grundsätzlich auch durch die Kommune allein bzw. als alleiniger Gesellschafter umgesetzt werden, sofern die Gesellschaftsform nicht zwingend die Beteiligung mehrerer Personen voraussetzt (wie z. B. der Verein oder die Genossenschaft).

3.4.1 Aktiengesellschaft

Verschiedene Gemeindeordnungen / Kommunalverfassungen regeln einen prinzipiellen Nachrang der Rechtsform der Aktiengesellschaft.⁸ Kommunen dürfen in diesem Fall ein Unternehmen in der Rechtsform der Aktiengesellschaft nur errichten, wenn der öffentliche Zweck des Unternehmens nicht ebenso gut in einer anderen Rechtsform erfüllt werden kann. Dies ist in der Praxis selten der Fall. Zudem weist eine Aktiengesellschaft einen hohen Verselbständigungsgrad auf und ist für Kommunen, die die Gesellschaft im Sinne der Erfüllung eines öffentlichen Zwecks steuern möchten, häufig

⁶ Rüsing, in: Wurzel/Schraml/Gaß, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 4. Aufl. 2021, Kapitel D. Rechts- und Betriebsformen, Rn. 244.

⁷ Müller, in: Wurzel/Schraml/Gaß, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 4. Aufl. 2021, Kapitel J. Praxisbeispiele, Rn. 14 ff.

⁸ Vgl. etwa § 103 Abs. 2 GemO Baden-Württemberg; § 108 Abs. 3 GemO Nordrhein-Westfalen, § 87 Abs. 2 GemO Rheinland-Pfalz, § 95 Abs. 2 GemO Sachsen.

ungeeignet. Da die Aktiengesellschaft aus diesen Gründen keine gute Option darstellt, wird auf weitere Ausführungen zu dieser Gesellschaftsform verzichtet⁹.

3.4.2 Stiftung

Die Errichtung einer Stiftung unterliegt grundsätzlich einem (landesrechtlichen) Gesetzesvorbehalt. Der Stiftungszweck begrenzt die flexible Einsatzmöglichkeit von Stiftungen und die kommunale Aufgabenerfüllung ist durch ein dem Zweck entsprechendes (hohes) Stiftungsvermögen sicherzustellen.¹⁰ Die Organisationsform der Stiftung ist deshalb für Kommunen wenig empfehlenswert. Von einer vertieften Darstellung dieser Rechtsform wird daher abgesehen.

3.4.3 Verein

Kommunen können grundsätzlich auch einen Verein gründen. Dabei handelt es sich um einen auf Dauer angelegten Zusammenschluss von Personen zur Verwirklichung eines gemeinsamen Zwecks.¹¹ Bei der Organisationsform des Vereins ist zwischen dem rechtsfähigen, also mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Verein (§§ 21 ff., 55 ff. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)¹²) und dem nicht rechtsfähigen Verein (§ 54 BGB) zu unterscheiden.

Organe des Vereins sind die Mitgliederversammlung gem. § 32 BGB als oberstes Organ sowie der Vorstand gem. § 26 BGB.

3.4.4 Eingetragene Genossenschaft

Die eingetragene Genossenschaft ist gem. § 17 Abs. 1 Genossenschaftsgesetzes (GenG)¹³ eine juristische Person. Sie stellt eine Mischform aus Kapitalgesellschaft und Personengesellschaft dar. Typisch körperschaftliche Merkmale weist die Genossenschaft durch die Haftungsbegrenzung auf das Vermögen der Genossenschaft (§ 2 GenG), ihrer Ausrichtung auf einen wechselnden Mitgliederbestand und einen grundsätzlich zwingend einzurichtenden Aufsichtsrat auf. Klassische Merkmale einer Personengesellschaft sind der Grundsatz der Selbstorganschaft (§ 9 Abs. 2 GenG) und ihr Förderzweck. Ziel der Genossenschaft ist nicht eine Kapitalrendite der Mitglieder, sondern die Förderung der Mitglieder durch einen gemeinsamen Geschäftsbetrieb.¹⁴ Mitglieder einer Genossenschaft können natürliche wie auch juristische Personen oder Personenhandelsgesellschaften sein. Für Kommunen regeln allerdings die Gemeindeordnungen zumeist, dass deren Haftung begrenzt sein muss, wenn sie sich wirtschaftlich betätigen wollen.¹⁵

Oberstes Willensbildungs- und Entscheidungsorgan der Genossenschaft ist die Generalversammlung. Entsprechend dem Zweck der Genossenschaft, die Belange der Mitglieder zu fördern, ist die Stimmenverteilung innerhalb der Generalversammlung nicht kapitalistisch nach Geschäftsanteilen geprägt. Vielmehr besitzt die Genossenschaft eine demokratische Struktur. Diese verdeutlicht sich in der Regelung des § 43 Abs. 3 GenG, wonach jedes Mitglied, unabhängig von seinem Genossenschaftsanteil, eine Stimme besitzt. Mehrstimmenrechte können zwar unter bestimmten Voraussetzungen gewährt werden, jedoch können keinem Mitglied mehr als drei Stimmen gewährt werden. Typisch für eine Genossenschaft ist daher, dass kein Mitglied eine dominierende Stellung einnehmen kann.

⁹ Vertiefend zur Rechtsform der Aktiengesellschaft im Falle einer kommunalen Beteiligung siehe Weber, in: Wurzel/Schraml/Gaß, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 4. Aufl. 2021, Kapitel D. Rechts- und Betriebsformen, Rn. 531 ff.

¹⁰ Vgl. Wölfl, in: Wurzel/Schraml/Gaß, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 4. Aufl. 2021, Kapitel D. Rechts- und Betriebsformen, Rn. 1018 ff.

¹¹ Vgl. Schöpflin, in: BeckOK BGB, 69. Ed. 1.2.2024, BGB § 21 Rn. 25.

¹² Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung v. 2.1.2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Art. 34 Abs. 3 des Gesetzes v. 22.12.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 411) geändert worden ist.

¹³ Genossenschaftsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung v. 16.10.2006 (BGBl. I S. 2230), das zuletzt durch Art. 6 des Gesetzes v. 20.7.2022 (BGBl. I S. 1166) geändert worden ist.

¹⁴ Vgl. Korte, in: Wurzel/Schraml/Gaß, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 4. Aufl. 2021, Kapitel D. Rechts- und Betriebsformen, Rn. 870.

¹⁵ Vgl. etwa § 103 Abs. 1 Nr. 4 GO Baden-Württemberg, Art. 92 Abs. 1 Nr. 3 GO Bayern, § 96 Abs. 1 Nr. 3 BbgKVerf, § 122 Abs. 1 Nr. 2 Hessische GO, § 137 Abs. 1 Nr. 2 NKomVG, § 108 Abs. 1 Nr. 3 GO NRW, § 87 Abs. 1 Nr. 4 GemO Rheinland-Pfalz, § 110 Abs. 1 Nr. 2 KSVG Saarland, § 96 Abs. 1 Nr. 3 SächsGemO, § 129 Abs. 1 Nr. 4 KVG LSA, § 102 Abs. 2 Nr. 2 GO SH, § 73 Abs. 1 Nr. 4 und 5 ThürKO.

3.4.5 Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) ist eine Kapitalgesellschaft.

Voraussetzung für die Gründung einer GmbH ist ein Mindestkapital von 25.000 € (sog. Stammkapital). Organe der GmbH sind die Geschäftsführung und die Gesellschafterversammlung. Die Gesellschafterversammlung ist als Willensbildungsorgan das oberste Organ der Gesellschaft.

Die Geschäftsführung führt die Geschäfte der Gesellschaft (Geschäftsführungsbefugnis) und vertritt sie nach außen (Vertretungsmacht). Ihre Geschäftsführungsbefugnis umfasst alle rechtlichen und tatsächlichen Handlungen im Interesse der Gesellschaft.

Die Kommune ist aufgrund ihrer hoheitlichen Stellung gehalten, einen angemessenen Einfluss in Form von Beteiligungs-, Mitsprache- und Kontrollrechten in einem kommunalen Unternehmen auszuüben. Um dieser Verpflichtung nachzukommen, kann auch ein Aufsichtsrat mit entsprechenden Kontroll- und Prüfungsmechanismen im Gesellschaftsvertrag eingerichtet werden. Zu nennen sind hier etwa Berichtspflichten der Geschäftsführung an den Aufsichtsrat sowie ein Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte. Dieser freiwillige Aufsichtsrat wird auch „fakultativer“ Aufsichtsrat genannt.¹⁶ Eine Verpflichtung zur Einrichtung eines fakultativen Aufsichtsrats bei einer GmbH besteht nach dem Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)¹⁷ allerdings nicht. Nur in Sonderfällen sieht das Gesetz die Einrichtung eines sog. obligatorischen Aufsichtsrats zwingend vor.

3.4.6 GmbH und Co. KG

Die GmbH & Co. KG ist eine Personen-, genauer eine Kommanditgesellschaft. Als Kommanditgesellschaft hat sie zwei Arten von Gesellschaftern: Die nur mit ihrer Einlage haftenden Kommanditisten und die persönlich mit ihrem gesamten Vermögen haftenden Komplementäre. Kennzeichen einer GmbH & Co. KG ist, dass eine GmbH Komplementärin ist.¹⁸ Trotz ihrer Verbundenheit bleiben die Kommanditgesellschaft und die GmbH rechtlich immer zwei zu trennende Gesellschaften, die jeweils ihren eigenen Regeln unterliegen.

Das Handelsgesetzbuch (HGB)¹⁹ sieht im Grundsatz eine personalistische Organisationsstruktur vor, namentlich die Geschäftsführenden, unbeschränkt haftenden Gesellschafter (GmbH) und die beschränkt haftenden Gesellschafter (Kommanditisten). Die übrige Ausgestaltung überlässt das HGB grundsätzlich den Gesellschaftern bei der Vereinbarung des Gesellschaftsvertrags. In der Praxis wird die Gesellschafterversammlung als Willensbildungsorgan ebenfalls als oberstes Organ der Gesellschaft festgelegt, die auch den Geschäftsführern über die GmbH als Komplementärin Weisungen erteilen kann. Darüber hinaus können die Gesellschafter weitere Organe einrichten, namentlich einen freiwilligen Aufsichtsrat. Es wird insofern auf die Ausführungen zur GmbH (siehe 4.3.5) verwiesen.

3.4.7 Abschließende Bewertung

Die Entscheidung, welche Organisationsform letztlich für das Vorhaben einer Kommune am besten geeignet ist, ergibt sich aus dem Zusammenspiel kommunalrechtlicher Vorgaben sowie betriebswirtschaftlicher Aspekte.

Weniger attraktiv für Kommunen sind häufig die Rechtsformen des Vereins und der Genossenschaft. Die Rechtsform des Vereins hat den Nachteil, dass das Gesetz erhöhte Anforderungen an die Gründung (Mindestmitgliederzahl) stellt und die Mitgliedschaft leicht kündbar ist. Gegen die Rechtsform der eingetragenen Genossenschaft spricht aus kommunaler Sicht der gesetzlich vorgesehene Ausschluss von Mehrstimmrechten. Unterschiedliche Beteiligungshöhen der Mitglieder spiegeln sich nicht im Einfluss auf das Unternehmen wider.

¹⁶ Vgl. Jaeger, in: BeckOK GmbHG, 59. Ed. 1.2.2024, GmbHG § 52, Rn. 6.

¹⁷ Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der im BGBl. Teil III, Gliederungsnr. 4123-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Art. 9 des Gesetzes vom 22.2.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 51) geändert worden ist.

¹⁸ Grunewald, in: MüKoHGB, 5. Aufl. 2022, HGB § 161 Rn. 48.

¹⁹ Handelsgesetzbuch in der im BGBl. Teil III, Gliederungsnr. 4100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Art. 34 Absatz 1 des Gesetzes v. 22.12.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 411) geändert worden ist.

Im Bereich der erneuerbaren Energien sind in der Praxis die GmbH und die GmbH & Co. KG am häufigsten vertreten. Diese Rechtsformen eignen sich grundsätzlich für Energieprojekte, die ein höheres Investitionsvolumen haben, da viele Kapitalgeber eingebunden werden können. Im Übrigen besteht die Möglichkeit, einen Aufsichtsrat einzusetzen, der Kontrollfunktionen wahrnehmen kann und in dem auch Vertreter der beteiligten Kommune(n) vertreten sein können. Entscheidend für die Wahl der Rechtsform sind schließlich die Umstände des Einzelfalls, insbesondere die Fragen, wer die zu beteiligenden Gesellschafter sind und wie die Finanzierungsstruktur der Kommune aussieht.

4 Auswirkungen der Betreiberschaft auf Zuwendungen nach § 6 EEG 2023

Anlagenbetreiber sollen gem. § 6 Abs. 1 Satz 1 EEG 2023 Gemeinden, die vom Betrieb ihrer Anlage betroffen sind, finanziell beteiligen. Mit dieser Norm möchte der Gesetzgeber die Akzeptanz der Anlagen in den betroffenen Gemeinden steigern.²⁰

Ist vom Betrieb einer Windenergieanlage ein Gebiet betroffen, das keiner Gemeinde zugehörig ist, so gilt gem. § 6 Abs. 2 Satz 3 EEG 2023 der jeweils zuständige Landkreis als betroffen und kann entsprechend finanziell beteiligt werden. Durch diese Regelung sollen die Interessen betroffener Landkreise berücksichtigt werden, indem der Betrag für das gemeindefreie Gebiet nicht einfach unter den betroffenen Gemeinden aufgeteilt werden kann.²¹ Wenn im Folgenden von einer Gemeinde oder einer Kommune die Rede ist, sind die jeweiligen Ausführungen auf Landkreise entsprechend übertragbar.

Es ist nun zu prüfen, ob und inwieweit eine Gemeinde, die selbst Betreiberin einer Windenergieanlage ist, sich selbst eine Zuwendung nach § 6 EEG 2023 anbieten darf. Letztlich stellt sich also die Frage, ob die Gemeinde auf beiden Seiten des nach § 6 Abs. 4 Satz 1 EEG 2023 zu schließenden schriftlichen Vertrags auftreten darf.

Auf Basis der vorstehenden Ausführungen zu möglichen Beteiligungsformen der Gemeinde soll dabei zwischen zwei Konstellationen unterschieden werden. Zum einen soll der Fall betrachtet werden, dass zwischen der Betreiberin der Windenergieanlage und der Gemeinde als Zuwendungsempfängerin formale Personenidentität besteht (dazu unter 4.1). Dies ist der Fall, wenn die Kommune eine Anlage unmittelbar selbst bzw. als Regiebetrieb oder Eigenbetrieb betreibt (siehe zu den entsprechenden Rechtsformen unter 3.2).

Zum anderen soll der Fall betrachtet werden, dass die Kommune an einer juristischen Person – vollständig oder teilweise – beteiligt ist, die die Windenergieanlage betreibt (dazu unter 4.2). Dies ist der Fall, wenn die Kommune an einer – öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich basierten – Gesellschaft beteiligt ist, die eine Windenergieanlage betreibt (siehe zu den entsprechenden Rechtsformen unter 3.3 und 3.4).

4.1 Personenidentität zwischen Gemeinde und Windenergieanlagenbetreiber

Für die Frage nach der Zulässigkeit einer Zuwendung an die Gemeinde als Betreiberin einer Windenergieanlage ist zunächst § 6 EEG 2023 auszulegen, der die Voraussetzungen einer solchen Zuwendung regelt.

4.1.1 Auslegung des § 6 EEG 2023 nach dem Wortlaut

Zunächst ist der Wortlaut des § 6 EEG 2023 auszulegen. Absatz 1 des § 6 EEG 2023 lautete wie folgt:

„Anlagenbetreiber sollen Gemeinden, die von der Errichtung ihrer Anlage betroffen sind, finanziell beteiligen. Zu diesem Zweck dürfen folgende Anlagenbetreiber den Gemeinden, die von der Errichtung ihrer Anlage betroffen sind, Beträge durch einseitige Zuwendungen ohne Gegenleistung anbieten: 1. Betreiber von Windenergieanlagen an Land nach Maßgabe von Absatz 2 und 2. Betreiber von Freiflächenanlagen nach Maßgabe von Absatz 3.“

Folglich sollen Anlagenbetreiber Gemeinden, die von der Errichtung ihrer Anlage betroffen sind, finanziell beteiligen. Zu diesem Zweck dürfen Betreiber von (bestimmten) Windenergieanlagen und Solaranlagen den Gemeinden, die von der Errichtung ihrer Anlage betroffen sind, Beträge durch einseitige Zuwendungen ohne Gegenleistung anbieten.

²⁰ BT-Drs. 20/2656, S. 31.

²¹ Eckenroth, in: Greb/Boewe/Sieberg BeckOK EEG, 15. Edition 2023, § 6 Rn. 13.

Akteure: Anlagenbetreiber und Gemeinde

Betrachtet man den Wortlaut des § 6 Abs. 1 Satz 1 EEG 2023, so scheint es, dass der Gesetzgeber eine Personenverschiedenheit von Anlagenbetreiber und Gemeinde vor Augen hatte. Demnach sollen Anlagenbetreiber Gemeinden finanziell beteiligen, die von der Errichtung ihrer Anlage betroffen sind. Im Normalfall gibt es also zwei Akteure: Einerseits den Anlagenbetreiber, der eine Anlage betreibt und die betroffene Gemeinde finanziell beteiligen soll. Andererseits gibt es mindestens eine Gemeinde, die von der Anlage betroffen ist und eben diese finanzielle Zuwendung erhalten soll. Dies kann auf den ersten Blick gegen die Möglichkeit einer Personenidentität sprechen.

Andererseits ist nach dem Wortlaut nicht grundsätzlich ausgeschlossen, dass Anlagenbetreiber und Gemeinde personenidentisch sind. Eine Gemeinde kann tatsächlich auch selbst Anlagenbetreiberin sein, und § 6 EEG 2023 schließt eine finanzielle Zuwendung für solche Konstellationen eben nicht explizit aus. Praktisch kann man auch durchaus Geld an sich selbst zahlen, beispielsweise indem man es von einem Konto auf das andere überweist. Ebenso könnte eine Gemeinde Geld aus dem Budget bzw. den Einnahmen des Anlagenbetriebs in den Gemeindehaushalt verschieben. Im Falle des Eigenbetriebs, der keine eigene Rechtspersönlichkeit in Abgrenzung zur Kommune hat, wird es in der Regel eine Verbuchung von Einnahmen und Ausgaben geben. Dies deutet darauf hin, dass Anlagenbetreiber und Gemeinde nicht zwingend personenverschieden sein müssen.

Exkurs zu § 181 BGB Insichgeschäft

Auch die Regelung des § 181 BGB steht einer Personenidentität von Gemeinde und Anlagenbetreiberin nicht entgegen. Nach dieser Vorschrift kann ein Vertreter grundsätzlich nicht im Namen des Vertretenen ein Rechtsgeschäft mit sich selbst vornehmen, soweit ihm dies nicht ausdrücklich gestattet ist. Im Falle der Personenidentität ist die Gemeinde jedoch nicht Vertreterin der Anlagenbetreiberin, denn die Gemeinde selbst ist gerade die Anlagenbetreiberin. Diese Konstellation wird von § 181 BGB nicht erfasst.

Unabhängig von den Voraussetzungen des § 6 EEG 2023 bzw. des § 181 BGB stellt sich die Frage, ob eine Gemeinde bei Personenidentität überhaupt Verträge mit sich selbst schließen kann, also ob beispielsweise ein Vertragsschluss zwischen der Gemeinde und ihrem Eigen- oder Regiebetrieb möglich ist. Burgi geht offenbar von der Zulässigkeit solcher Verträge aus, wenn er mit Blick auf das Vergaberecht ausführt, dass „*Verträge mit sog. Eigen- oder Regiebetrieben*“ mangels eigener Rechtspersönlichkeit kein Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)²² seien.²³ Andererseits könnte man einen Vertragsschluss zwischen der Gemeinde und einem Eigen- oder Regiebetrieb auch für unzulässig halten, da es sich eben um dieselbe rechtliche Persönlichkeit handelt und ein Selbstkontrahieren nach zivilrechtlichen Grundsätzen unzulässig ist. Folgt man der letzteren Ansicht, könnte man sich darauf stützen, dass § 6 Abs. 4 EEG 2023 gerade nicht von einem Vertrag, sondern von „*Vereinbarungen über Zuwendungen*“ spricht. Ein Beschluss der Gemeinde bzw. des gemeindlichen Organs, das nach dem jeweiligen Landesrecht über die Handlungen des Eigen- oder Regiebetriebs entscheidet, wonach durch den Eigen- oder Regiebetrieb eine Zuwendung im Sinne des § 6 EEG 2023 geleistet werden soll, dürfte als Vereinbarung über Zuwendungen zu qualifizieren sein, so dass den Anforderungen des § 6 Abs. 4 EEG 2023 genügt wäre, ohne dass es zu einem möglicherweise unzulässigen Selbstkontrahieren käme. Gleichwohl verbleibt ein gewisses Risiko, dass Vereinbarungen nach § 6 EEG 2023 bei formaler Personenidentität für unzulässig erachtet werden.

Auch im Energiewirtschaftsrecht sind Rechtsverhältnisse und Zahlungsflüsse innerhalb einer Rechtsperson denkbar und bemerkenswerterweise auch ausdrücklich geregelt. So ist im Rahmen der Regelung zur Entflechtung von Netzbetreibern mit Lieferanten etwa vorgesehen, dass Unternehmen bis 100.000 Kunden grundsätzlich beide Funktionen innehaben können (de-minimis-Regelung).²⁴ Gleichzeitig gibt es dezidierte Regeln, dass es einerseits eine strenge Trennung zwischen dem Netzbetrieb einerseits und dem Lieferanten andererseits geben muss (sog. buchhalterisches Unbundling).²⁵ Andererseits sind Zahlungen innerhalb des Unternehmens notwendig, wenn etwa der Lieferant Netzentgelte an den Netzbetreiber zahlen muss.

²² Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung v. 26.6.2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Art. 2 des Gesetzes v. 22.12.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 405) geändert worden ist.

²³ Burgi, Vergaberecht, 3. Auflage 2021, § 11 Rn. 5.

²⁴ Siehe § 7 Abs. 2 EnWG.

²⁵ Siehe § 6b EnWG. Nach § 6b Abs. 3 EnWG müssen etwa getrennte Konten für die unterschiedlichen Bereiche innerhalb eines Unternehmens geführt werden.

Betroffenheit

Zu untersuchen ist, ob eine Gemeinde von einer Anlage, die sie selbst errichtet und betreibt, „betroffen“ sein kann. Laut Duden bedeutet das Wort „betreffen“ unter anderem „für jemanden, etwas gelten, von Bedeutung sein“, „sich auf jemanden beziehen“, „widerfahren“ oder auch „zustoßen“.²⁶ Die Bedeutungen „widerfahren“ und „zustoßen“ suggerieren, dass es sich um ein Ereignis handelt, auf das der Betroffene keinen Einfluss hat. Ihm widerfährt etwas, ohne dass er dies aktiv herbeiführen oder verhindern könnte. Dies ist der Fall, wenn die Gemeinde nicht Anlagenbetreiberin ist. Da die Erteilung der in aller Regel erforderlichen Genehmigung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG)²⁷ eine gebundene Entscheidung ist, kann die Gemeinde eine genehmigungsfähige Windenergieanlage nicht verhindern. Errichtung und Betrieb der Anlage „widerfahren“ der Gemeinde, ohne dass sie dies beeinflussen könnte. Das ist aber nicht der Fall, wenn die Gemeinde selbst entscheidet, eine Windenergieanlage als Vorhabenträgerin selbst umzusetzen und zu betreiben.

Das Begriffsverständnis des § 6 EEG 2023 ist jedoch nicht ganz so streng. Als betroffen gelten gem. § 6 Abs. 2 Satz 2 EEG 2023 Gemeinden, deren Gemeindegebiet sich zumindest teilweise innerhalb eines um die Windenergieanlage gelegenen Umkreises von 2.500 m um die Turmmitte der Windenergieanlage befindet. Befinden sich in diesem Umkreis Gebiete, die keiner Gemeinde zugehörig sind (gemeindefreie Gebiete), gilt für diese Gebiete gem. § 6 Abs. 2 Satz 3 EEG 2023 der nach Landesrecht jeweils zuständige Landkreis als betroffen.

Die Definition stellt also gerade nicht darauf ab, ob die Gemeinde Einfluss auf die Errichtung bzw. den Betrieb der Windenergieanlage hatte. Entscheidend ist ausschließlich die geografische Beziehung des Gemeindegebiets zur Windenergieanlage. Aufgrund der geografisch geprägten gesetzlichen Definition in § 6 Abs. 2 Satz 2 EEG 2023 ist auch in entgegen dem wohl üblichen Wortverständnis der „Betroffenheit“ anzunehmen, dass eine Gemeinde auch von einer Windenergieanlage betroffen sein kann, die sie vollständig selbst errichtet hat und betreibt.

Bei der Auslegung des Begriffs „Betroffenheit“ sind zudem der Gesetzeszweck und der Hintergrund der Regelung des § 6 EEG 2023 zu bedenken. Die Regelung soll dazu dienen, die Akzeptanz der erneuerbaren Energien vor Ort zu verbessern.²⁸ Die Akzeptanz vor Ort ist auf den Umkreis um die Anlagen bezogen, weil die Bürger, die sich im Umkreis um die Anlage befinden, die Auswirkungen der Anlage verstärkt wahrnehmen. Bei der Betroffenheit geht es also im Wesentlichen um die in der jeweiligen Gemeinde lebenden Bürger. Die Betroffenheit der gemeindlichen Bürger ist aber unabhängig davon, wer die jeweilige Anlage betreibt, und auch eine von der Gemeinde betriebene Anlage wirkt sich auf die Bürger ebenso stark aus wie eine fremdbetriebene Anlage.

4.1.2 Auslegung des § 6 EEG 2023 nach Sinn und Zweck

Mit dem ursprünglichen § 36k EEG 2021 – der Vorgängernorm des § 6 EEG 2023 – erhoffte sich der Gesetzgeber nicht nur eine Erhöhung der Akzeptanz für die Windenergie, sondern auch eine bessere Nutzung der Flächenpotenziale für Windenergieanlagen. Die Gemeinden und somit ihre Einwohner können dann nämlich vom Zubau vor Ort profitieren.²⁹ Nach der Vorstellung des Gesetzgebers kann ein der Akzeptanz förderlicher Einsatz der Einnahmen dazu führen, dass zukünftig auch weitere Standorte für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen zur Verfügung stehen.³⁰

Gewinnung zusätzlicher Flächen für Windenergie

Dieser Zweck wird mindestens ebenso erreicht, wenn sich die Gemeinde selbst Zuwendungen nach § 6 EEG 2023 machen darf. Hierbei ist auch zu bedenken, dass die Gemeinde bei der Vergabe einer gemeindeeigenen Fläche an einen privaten Eigentümer nicht sicher wüsste, ob dieser sich zur Zahlung von Zuwendungen nach § 6 EEG 2023 vertraglich verpflichten würde. Ist die Gemeinde hingegen selbst Anlagenbetreiberin, so weiß sie bereits, ob sie die Zuwendungen leisten wird. Neben den zu erwartenden Einnahmen aus dem Anlagenbetrieb können die ggf. erstattungsfähigen

²⁶ Vgl. <https://www.duden.de/rechtschreibung/betreffen>.

²⁷ Bundes-Immissionsschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung v. 17.5.2013 (BGBl. I S. 1274; 2021 I S. 123), das zuletzt durch Art. 11 Abs. 3 des Gesetzes v. 26.7.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 202) geändert worden ist.

²⁸ Eckenroth, in: Greb/Boewe/Sieberg BeckOK EEG, 15. Edition 2023, § 6 Rn. 1; BT-Drs. 19/23482, S. 112.

²⁹ BT-Drs. 19/23482, S. 112.

³⁰ BT-Drs. 19/23482, S. 113.

Zahlungen nach § 6 EEG 2023 die Gemeinde zusätzlich dazu motivieren, eine geeignete Fläche tatsächlich für Windenergie zu nutzen. Das Ziel des Gesetzgebers, weitere Standorte für den Zubau von Windenergieanlagen zu gewinnen, kann dadurch also besser erreicht werden.

Verbesserung der Akzeptanz

Weiteres wesentliches Ziel des § 6 EEG 2023 ist die Verbesserung der Akzeptanz für die Windenergie in der lokalen Bevölkerung. Dieses Ziel kann auch erreicht werden, wenn die Anlage durch die Gemeinde selbst betrieben wird. Andererseits könnte man argumentieren, dass bei einem Betrieb der Windenergieanlage durch die Gemeinde möglicherweise gerade keine Notwendigkeit der Zahlung besteht, da die Gemeinde bereits genügend Einnahmen aus der Windenergieanlage erzielt und diese für akzeptanzsteigernde Maßnahmen nutzen kann, zumal sie auch Zuwendungen nach § 6 EEG 2023 nicht zwingend für akzeptanzsteigernde Maßnahmen verwenden muss. Eine an den Normzweck angelehnte Zweckbindung ist mit den Zahlungen ebenfalls nicht verbunden. Im Gegenteil: Die Gemeinde ist in Bezug auf die Verwendung der Mittel aus § 6 EEG 2023 völlig frei. Die Zahlungen sind sogar vom gemeindlichen Finanzausgleich ausgenommen.

Allerdings kann die Gemeinde als Anlagenbetreiberin für die Zuwendungen nach § 6 EEG 2023 unter den Voraussetzungen des § 6 Abs. 5 EEG 2023 eine Erstattung vom Netzbetreiber verlangen. In Zeiten von erstattungsfähigen Zahlungen entstehen also auch einer die Anlage selbst betreibenden Gemeinde zusätzliche Einnahmen, die sich positiv auf die Akzeptanz vor Ort auswirken können. Umgekehrt könnte der Akzeptanz vor Ort also abträglich sein, wenn die Gemeinde nicht an sich selbst Zuwendungen nach § 6 EEG 2023 leisten dürfte.

Staatszielbestimmung Klimaschutz

Die Verbesserung der Akzeptanz für neue Windenergieanlagen dient dem übergeordneten Zweck der Förderung des Ausbaus der Windenergie³¹ und somit den legitimen Gemeinwohlzielen des Klimaschutzes nach Art. 20a GG, des Schutzes der Grundrechte vor den nachteiligen Folgen des Klimawandels und der Sicherung der Stromversorgung. Wird die Gemeinde durch die Möglichkeit, sich selbst als Anlagenbetreiberin Zuwendungen nach § 6 EEG 2023 zu machen, dazu veranlasst, selbst Anlagenbetreiberin zu werden (evtl. sogar auf gemeindeeigenen Flächen), kann dies dem Klimaschutz nur zuträglich sein.

4.1.3 Systematische Auslegung des § 6 EEG 2023

Im Hinblick auf die Gesetzssystematik ist festzustellen, dass auch in der finanziellen EEG-Förderung Zahlungsflüsse von Gesellschaften, an denen die Kommune beteiligt ist, an Kommunen möglich sind. Dies ist der Fall, wenn Netzbetreiber etwa Stadtwerke sind, die mehrheitlich oder vollständig in kommunaler Hand liegen gleichzeitig eine EEG-Anlage betreiben. In diesem Fall muss das Stadtwerk in der Rolle als Netzbetreiber Zahlungen an das Stadtwerk in der Rolle als EEG-Anlagenbetreiber leisten. Es ist nicht bekannt, dass hier rechtliche Bedenken gegen derartige Zahlungen geltend gemacht wurden.

Innerhalb der Systematik des § 6 EEG 2023 ist zu klären, ob bei einer Personenidentität von Anlagenbetreiber und Gemeinde durch die Erstattungsmöglichkeit nach § 6 Abs. 5 EEG 2023 nicht in unzulässiger Weise doppelte Einnahmen aus ein und derselben Strommenge generiert werden. Soweit die Strommengen, für die die Zuwendung an die Gemeinde geleistet wird, nach dem EEG finanziell gefördert werden, ist die Zuwendung an die Gemeinde für den Anlagenbetreiber faktisch kostenneutral: Für die Strommenge, für die Betreiber eine finanzielle Förderung nach dem EEG oder nach einer aufgrund des EEG erlassenen Rechtsverordnung in Anspruch genommen haben und für die sie Zahlungen nach diesem Paragraphen an die Gemeinden geleistet haben, können sie gem. § 6 Abs. 5 EEG 2023 die Erstattung des an die Gemeinden geleisteten Betrages vom Netzbetreiber verlangen. Hierdurch profitieren zwei Akteure von den geförderten Strommengen: Der Anlagenbetreiber erhält – unter Berücksichtigung der Erstattung durch den Netzbetreiber – den vollen Erlös aus der Veräußerung des Stroms und die Gemeinde erhält bis zu 0,2 ct/kWh für diese Strommengen. Rechnet man diese Beträge zusammen, so fließt für dieselben Strommengen mehr Geld, als wenn eine finanzielle Beteiligung der Gemeinde nicht erfolgen würde.

³¹ Vgl. Schulz, in: BerKommEnergieR, 5. Aufl. 2022, EEG 2021 § 6 Rn. 1.

Im Grundsatz ist dies unproblematisch, da diese Konstellation vom Gesetzgeber absichtlich so geregelt wurde. Die jeweiligen Zahlungen verfolgen auch unterschiedliche Zwecke. Während die EEG-Förderung dazu dient, einen wirtschaftlichen Anlagenbetrieb zu gewährleisten,³² dient die Zahlung nach § 6 EEG 2023 dazu, die Akzeptanz der Windenergie zu verbessern.³³ Bei einer Personenidentität von Anlagenbetreiber und Gemeinde besteht nun aber die Besonderheit, dass diese doppelten Erlöse letztlich im selben Topf landen könnten. Wenn die Gemeinde die Windenergieanlage alleine betreibt, kämen ihr einerseits die Einnahmen – und ggf. die Marktprämie – aus der Veräußerung des Stroms zugute und andererseits auch die Zuwendungen nach § 6 EEG 2023. Die Zuwendung nach § 6 EEG 2023 wäre also nicht mehr eine Zahlung an einen Akteur, der mit Errichtung und Betrieb der Anlage nichts zu tun hat, aber gleichwohl von ihr betroffen ist. Folglich würde eine allein von einer Gemeinde betriebene Windenergieanlage – soweit es sich um geförderte Strommengen handelt, die sich die Betreiberin vom Netzbetreiber rückerstatten lassen kann – faktisch eine höhere EEG-Förderung bekommen als eine von einem Privaten betriebene Anlage, bei der die Zuwendung nach § 6 EEG 2023 nicht auf dem Konto des Anlagenbetreibers landet.

Unzulässiger Wettbewerbsvorteil?

Durch diese Doppelförderung – Einnahmen aus der Stromveräußerung inkl. finanzieller EEG-Förderung einerseits, und Zuwendungen nach § 6 EEG 2023 andererseits – könnte die Gemeinde u. U. einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil erlangen, denn sie könnte den Strom möglicherweise sogar billiger veräußern als ein privater Anlagenbetreiber, wenn sie die Zuwendungen nach § 6 EEG 2023 wiederum für den Betrieb der Windenergieanlage verwenden würde. Auch Gemeinden unterliegen gem. § 185 Abs. 1 Satz 1 GWB den Vorschriften gegen Wettbewerbsbeschränkungen nach dem GWB, wobei unerheblich ist, ob sich die Gemeinden durch Regieunternehmen, Eigenbetriebe oder gemischtwirtschaftliche Unternehmen auf privatrechtlich geordneten Märkten betätigen. Die Gemeinden können sich wohl auch nicht durch die Berufung auf öffentliche Zwecke – wie etwa die Daseinsfürsorge – von der Bindung an das Wettbewerbsrecht lösen.³⁴

Tatsächlich ist die Gemeinde in der Verwendung der Zuwendungen nach § 6 EEG 2023 völlig frei, so dass sie diese auch in den Anlagenbetrieb investieren und den Strom tatsächlich billiger anbieten könnte. Allein die Möglichkeit, den Strom zu einem günstigeren Preis anzubieten, dürfte allerdings keinen Verstoß gegen das GWB darstellen. Denn hierfür ist grundsätzlich die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung erforderlich, die nicht allein in der möglichen Stromlieferung zu einem um 0,2 ct/kWh niedrigeren Strompreis liegen dürfte.

Andererseits ist zu bedenken, dass ein vergünstigter Stromtarif die Akzeptanz von Windenergieanlagen positiv beeinflussen könnte. Zudem könnte die Gemeinde auch Zuwendungen nach § 6 EEG 2023, die sie aus einer nicht von ihr betriebenen Anlage erhält, auch in den Betrieb einer eigenen Anlage investieren. Es lässt sich daher argumentieren, dass die eben beschriebene Doppelförderung des gemeindlichen Anlagenbetreibers gerade dem Sinn und Zweck des § 6 EEG 2023 entspricht.

Selbst wenn in der Möglichkeit, den Strom zu einem geringeren Preis auf dem Markt anzubieten, ein unzulässiger Wettbewerbsvorteil gesehen würde, muss dies nicht zwingend dazu führen, dass eine Personenidentität bei § 6 EEG 2023 generell unzulässig wäre. Der Wettbewerbsvorteil läge nicht darin, dass die Gemeinde aufgrund der Doppelförderung zusätzliche Einnahmen generiert, sondern er wäre wohl erst gegeben, wenn diese Mittel tatsächlich für eine Vergünstigung des Stromtarifs eingesetzt würden. Die Konsequenz dürfte also nicht sein, dass die Gemeinde als Anlagenbetreiberin keine Zuwendungen nach § 6 EEG 2023 an sich selbst leisten darf. Vielmehr dürfte ihr allenfalls untersagt sein, die Zuwendungen für einen vergünstigten Stromtarif zu verwenden. Freilich bliebe dann unklar, wann ein wettbewerbsrechtlich unzulässiger vergünstigter Stromtarif anzunehmen ist. Man könnte in diesem Zusammenhang auf die Haushaltsplanung der Gemeinde abstellen und verlangen, dass die Zuwendungen nach § 6 EEG 2023 nicht dazu verwendet werden, den angebotenen Stromtarif zu vergünstigen. Dies soll hier jedoch nicht näher untersucht werden. Entscheidend für die hier dargestellten Fragestellungen ist, dass das Wettbewerbsrecht im Falle der Personenidentität einer Zuwendung nach § 6 EEG 2023 nicht generell entgegenstehen dürfte.

³² Thorbecke, in: Säcker/Steffens (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, 5. Aufl. 2022, EEG 2021 § 19 Rn. 6.

³³ BT-Drs. 19/23482, S. 112.

³⁴ Emmerich/Rehbinder/von Kalben/Markert, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 7. Aufl. 2024, § 185 Rn. 31.

Mittelverschiebung vom Bund an Gemeinden

Fraglich ist, ob es bei Zahlungen von Gemeinden an sich selbst zu einer unzulässigen Verschiebung finanzieller Mittel vom Bund an die Gemeinden kommen könnte. Für die Strommengen, die eine finanzielle Förderung nach dem EEG erhalten, kann der Anlagenbetreiber nämlich gem. § 6 Abs. 5 EEG 2023 eine Erstattung der Zuwendungen an die Gemeinde vom Netzbetreiber verlangen. Auch der Netzbetreiber muss diese Kosten letztlich nicht tragen, sondern lässt sich diese durch den Übertragungsnetzbetreiber erstatten, der wiederum eine Gegenfinanzierung erhält.³⁵ Im Endeffekt handelt es sich um finanzielle Mittel aus dem Bundeshaushalt.

Für Strommengen, die keine finanzielle Förderung nach dem EEG erhalten, gibt es eine vergleichbare Erstattungsmöglichkeit nicht. Hier trägt der Anlagenbetreiber die Kosten in jedem Fall selbst, so dass finanzielle Mittel nicht in unzulässiger Weise vom Bund auf die Gemeinden übertragen werden können.

Im Fall von geförderten Strommengen findet eine solche Verschiebung im Ergebnis zwar statt, allerdings ist zu bedenken, dass dies im Gesetz durch die Erstattungsmöglichkeiten so vorgesehen ist. Auch wenn sich ein privater Anlagenbetreiber die Zuwendungen vom Netzbetreiber erstatten lässt, werden letztlich Bundesmittel in den Gemeindehaushalt verschoben.³⁶ Wenn die Gemeinde zugleich Anlagenbetreiberin ist, besteht lediglich der Unterschied, dass die Gemeinde die Verschiebung dieser Mittel selbst mit veranlasst.³⁷

§ 6 EEG 2023 differenziert jedoch nicht danach, welcher Anlagenbetreiber die Zuwendung leistet und mithin die Erstattungskette auslöst. Der Bundesgesetzgeber selbst hat die faktische Verschiebung finanzieller Mittel an die Gemeinden beschlossen. Daher ist wohl nicht anzunehmen, dass diese Mittelverschiebung als unzulässig einzustufen wäre – unabhängig davon, wer die Mittelverschiebung durch eine Zuwendung nach § 6 EEG 2023 veranlasst.

4.1.4 Strafrechtliche Relevanz

Vereinbarungen nach § 6 EEG 2023 gelten gem. § 6 Abs. 4 Satz 3 EEG 2023 nicht als Vorteil i. S. d. §§ 331 ff. StGB. Nach § 331 Abs. 1 Strafgesetzbuch (StGB)³⁸ machen sich Amtspersonen strafbar, die für die Dienstaussübung einen Vorteil für sich oder einen Dritten fordern, sich versprechen lassen oder annehmen. Spiegelbildlich macht sich auf der Seite der Vorteilsgeber gem. § 333 Abs. 1 StGB strafbar, wer Amtspersonen, einem für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten oder einem Soldaten der Bundeswehr für die Dienstaussübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten anbietet, verspricht oder gewährt. Ein solcher Vorteil kann beispielsweise darin liegen, dass der Anlagenbetreiber eine gemeindliche Fläche erhält oder ein ggf. erforderlicher Bebauungsplan aufgestellt wird, wenn er der Gemeinde vorher Zuwendungen aus den generierten Strommengen zusagt.

Im Rahmen des § 6 EEG 2023 ist die fehlende Gegenleistung der Gemeinde Wesensmerkmal der Zuwendungen. Gleichzeitig setzt die EEG-Regelung auch Grenzen für die Zulässigkeit von Vereinbarungen, um eine unzulässige Einflussnahme der Anlagenbetreiber durch Zahlungen nach § 6 EEG 2023 auf die Gemeinde zu unterbinden. Für Freiflächenanlagen regelt § 6 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 EEG 2023 ausdrücklich, dass eine Vereinbarung über die Zuwendungen nicht vor dem Beschluss des Bebauungsplans für die Fläche zur Errichtung der Freiflächenanlage geschlossen werden darf. Für Windenergieanlagen gibt es eine vergleichbare Regelung wohl deshalb nicht, weil diese gem. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB im Außenbereich ohnehin privilegiert sind und das Aufstellen eines Bebauungsplans keine zwingende Voraussetzung für den Bau der Windenergieanlagen darstellt.

Aber auch die Vergabe einer gemeindlichen Fläche ist wohl als Vorteil im Sinne der §§ 331, 333 StGB zu sehen. Ein Anlagenbetreiber sollte die Zahlung einer Zuwendung nach § 6 EEG 2023 also erst dann zusagen, wenn er die gemeindliche Fläche bereits erhalten hat, oder bevor er die Flächen überhaupt angefragt hat. Keineswegs sollte versucht werden,

³⁵ Vgl. BT-Drs. 19/23482, S. 112.

³⁶ Vgl. Kment, 2023, Rechtsgutachten, Finanzverfassungsrechtliche Zulässigkeit einer verpflichtend ausgestalteten finanziellen Beteiligung von Kommunen an der Wertschöpfung erneuerbarer Energien, S. 13.

³⁷ Nach Kment, 2023, Rechtsgutachten, Finanzverfassungsrechtliche Zulässigkeit einer verpflichtend ausgestalteten finanziellen Beteiligung von Kommunen an den Wertschöpfung erneuerbarer Energien, S. 77 f. ist es wegen eines Verstoßes gegen Art. 104a GG lediglich unzulässig, wenn es eine zwingende Mittelverschiebung vom Bund an die Gemeinden gibt, wie es etwa bei einer verpflichtenden Ausgestaltung von § 6 EEG der Fall wäre. Dies ist aber im hier vorliegenden Fall einer Erstattung der Zahlung an die Gemeinde nicht der Fall.

³⁸ Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung v. 13.11.1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Art. 1 des Gesetzes v. 26.7.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 203) geändert worden ist.

die Gemeinde durch die Zusage der Zuwendung dazu zu bewegen, die Fläche an einen bestimmten Interessenten zu vergeben.

Möchte die Gemeinde selbst eine Windenergieanlage betreiben, besteht die Besonderheit, dass sie schon im Vorfeld weiß, ob sie die Zuwendung leisten möchte oder nicht. Daher könnten sie sich dazu entschließen, die Fläche nicht an einen privaten Anlagenbetreiber zu vergeben. Dies sollte aber unproblematisch sein, da es der Gemeinde freisteht, ihre eigene Fläche selbst zu nutzen. Insgesamt dürfte es aus strafrechtlicher Sicht sicherer sein, wenn die Gemeinde selbst Anlagenbetreiberin ist. Die §§ 331, 333 StGB sehen nämlich eine Personenverschiedenheit vor, denn der Täter müsste einem Amtsträger einen Vorteil anbieten, versprechen oder gewähren. Der Tatbestand dürfte folglich nicht erfüllt sein, wenn die Gemeinde Zahlungen an sich selbst leistet.

4.1.5 Zwischenergebnis

Insgesamt sprechen erhebliche Gründe dafür, dass sich eine Gemeinde auch bei einer Personenidentität mit dem Anlagenbetreiber selbst Zuwendungen nach § 6 EEG 2023 machen darf. Zwar legt der Wortlaut des § 6 Abs. 1 Satz 1 EEG 2023 auf den ersten Blick eine Personenverschiedenheit von Gemeinde und Anlagenbetreiber nahe, und die Personenidentität ist nicht eindeutig als Regelfall vorgesehen. Zudem könnte man anzweifeln, ob bei Personenidentität überhaupt der nach § 6 EEG notwendige Vertragsschluss möglich ist. Andererseits wird eine Personenidentität von Gemeinde und Anlagenbetreiberin durch den Wortlaut gerade nicht explizit ausgeschlossen, und auch ein Vertragsschluss zwischen unterschiedlichen Rechtssubjekten ist nach § 6 EEG keine zwingende Voraussetzung für eine Zuwendung. Besonders stark dürfte aber vor allem der Sinn und Zweck des § 6 EEG 2023 – die Verbesserung der Akzeptanz von Windenergieanlagen – für die Zulässigkeit einer Zuwendung auch bei Personenidentität sprechen. Auch wettbewerbs- und strafrechtliche Aspekte schließen eine Zuwendung in diesen Konstellationen nach unserer Einschätzung nicht aus.

4.2 Beteiligung der Gemeinde an der Betreibergesellschaft der Windenergieanlage

Fraglich ist, ob die Zahlung einer Zuwendung nach § 6 EEG 2023 zulässig ist, wenn die Kommune an einer juristischen Person – vollständig oder teilweise beteiligt ist, die die Windenergieanlage betreibt. Dies betrifft Fälle, in denen die Kommune an einer – öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich basierten – Gesellschaft beteiligt ist, die eine Windenergieanlage betreibt (siehe zu den entsprechenden Rechtsformen unter Kapitel 3.3 und 3.4). Auch hier steht die Gemeinde in gewisser Weise auf beiden Seiten des nach § 6 Abs. 4 Satz 1 EEG 2023 zu schließenden schriftlichen Vertrags. Es besteht allerdings keine formale Personenidentität, da die Betreiberin der Windenergieanlage eine andere Rechtsperson ist, an der die Gemeinde nur beteiligt oder die in ihrem Eigentum – bspw. im Falle der AÖR – ist. Im Folgenden soll erörtert werden, welche Unterschiede sich bei der Bewertung im Vergleich zum Fall der Personenidentität zwischen Betreiber der Windenergieanlage und Kommune ergeben.

4.2.1 Auslegung des § 6 EEG 2023 nach dem Wortlaut

Der Wortlaut des § 6 Abs. 1 EEG 2023 lässt Zahlungen von Anlagenbetreibern an Gemeinden zu. Wie oben ausgeführt, könnte man daraus ableiten, dass der Gesetzgeber offenbar von zwei verschiedenen Akteuren ausging, namentlich der Gemeinde und dem Anlagenbetreiber.

In der Konstellation, dass die Gemeinde – allein oder gemeinsam mit anderen Akteuren – an der Betriebsgesellschaft beteiligt ist, besteht keine formale Personenidentität zwischen Kommune und Anlagenbetreiber (siehe dazu oben unter Kapitel 3.4). Aber auch wenn die Gemeinde einzige Gesellschafterin einer Betriebsgesellschaft ist, würde es sich bei dieser Betriebsgesellschaft um eine andere juristische Person als die Gemeinde als solche handeln.

In der vorliegenden Konstellation handelt es sich beim Anlagenbetreiber und bei der Gemeinde also um verschiedene juristische Personen. Bei unterschiedlichen juristischen Personen kann man wohl von der von § 6 Abs. 1 EEG 2023

vorausgesetzten Personenverschiedenheit ausgehen. Der Wortlaut lässt also Zahlungen von Betreibergesellschaften, an denen die Kommune beteiligt ist, zu und spricht nicht gegen die Zulässigkeit derartiger Zahlungen.

Aufgrund der Personenverschiedenheit bestehen auch keine Zweifel daran, dass eine Gemeinde mit ihrer eigenen Betriebsgesellschaft nach zivilrechtlichen Grundsätzen einen Vertrag schließen kann. Zwar untersagt § 181 BGB grundsätzlich, dass die Gemeinde als Gesellschafterin und Vertreterin der Betriebsgesellschaft einen Vertrag mit sich selbst schließt. Jedoch kann im Gesellschaftsvertrag eine Befreiung von diesem Verbot vorgesehen werden,³⁹ so dass sich diese Problematik lösen lässt.

4.2.2 Systematische Auslegung des § 6 EEG 2023 sowie Auslegung des § 6 EEG 2023 nach Sinn und Zweck

Zu erörtern ist, ob der Wortlaut des § 6 Abs. 1 EEG 2023 aus anderen Gründen so auszulegen ist, dass im Fall der Beteiligung der Gemeinde an einer Gesellschaft bei Zahlungen dieser Gesellschaft an die Kommune von einer – unzulässigen – Personenidentität auszugehen ist.

Aus den obigen Ausführungen zur Zulässigkeit der vollen bzw. formalen Personenidentität zwischen Betreiber und Gemeinde wurde deutlich, dass der Gesetzeszweck und die sonstigen gesetzlichen Rahmenbedingungen des § 6 EEG 2023 für die Zulässigkeit einer Personenidentität zwischen Anlagenbetreiber und Gemeinde sprechen, soweit man Vertragsschlüsse einer Kommune mit sich selbst nach zivilrechtlichen Grundsätzen für zulässig erachtet.

Im Hinblick auf die Betroffenheit sind bei einer eigenständigen juristischen Person die oben genannten Argumente, die gegen die Betroffenheit sprechen, noch schwächer, da die Gemeinde nicht direkt selbst die Errichtung der Anlage verursacht. Auch die Unzulässigkeit einer Doppelförderung lässt sich bei einer formalen Verschiedenheit zwischen Gemeinde und Anlagenbetreiber noch weniger begründen. Das ist insbesondere deshalb der Fall, da aufgrund der formalen Personenverschiedenheit zwischen Gemeinde und Anlagenbetreiber nicht einfach Mittel vom Haushalt an den Anlagenbetreiber verschoben werden können.

Aus der Gesetzssystematik oder dem Gesetzeszweck sind auch keine weiteren zwingenden rechtlichen Argumente aus § 6 EEG 2023 abzuleiten, wonach bei gesellschaftsrechtlichen Überschneidungen zwischen Gemeinde und Anlagenbetreiber die Zahlungen nach § 6 EEG 2023 nicht zulässig sein sollten. Insbesondere spricht der Gesetzeszweck Akzeptanzsteigerung für die Windenergie nicht für eine Unzulässigkeit der Zahlungen durch Gesellschaften, an denen die Kommune beteiligt ist.

4.2.3 Auswirkung der Beteiligungshöhe an der Betreibergesellschaft

Darüber hinaus soll erörtert werden, ob die rechtliche Bewertung davon abhängt, zu welchen Anteilen die Kommune an der Gesellschaft, die die Windenergieanlage betreibt, beteiligt ist.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Mitbestimmungsrechte der Kommune in der Gesellschaft bei einem geringeren Gesellschaftsanteil abnehmen. Je nach Art der Gesellschaft und der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags sind bestimmte Mehrheiten von Stimmen erforderlich, um Entscheidungen für die Gesellschaft treffen zu können. Sofern die Anteile der Kommune darunter liegen, kann die Kommune nicht eigenmächtig Entscheidungen für die Gesellschaft treffen. Insbesondere kann die Kommune dann nicht über die Errichtung der Anlage oder auch nicht über die Zahlung der Gemeindebeteiligung nach § 6 EEG 2023 entscheiden.

Grundsätzlich ist das Risiko, dass trotz formeller Personenverschiedenheit eine Unzulässigkeit der Zuwendung nach § 6 EEG 2023 anzunehmen ist, nach unserer Einschätzung praktisch ausgeschlossen, wenn die Gemeinde keinerlei Einflussmöglichkeiten auf die Entscheidungen der Gesellschaft hat. Denn dann bestehen auch keine Anhaltspunkte für eine wirtschaftliche Identität. Auch das Risiko, dass die Gemeinde nicht als betroffen gilt (siehe dazu oben Kapitel 4.1.2), dürfte kaum bestehen. Insoweit ist bei einer geringen Beteiligung der Kommune an einer Gesellschaft, die einen Windpark betreibt, das Risiko der Unvereinbarkeit mit den Vorgaben des § 6 EEG 2023 nahezu auszuschließen. Ganz

³⁹ Schubert, in: MüKoBGB, BGB, 9. Aufl. 2021, § 181, Rn. 85.

generell wird man annehmen können, dass die Wahrscheinlichkeit der Unvereinbarkeit von Zahlungen der Betreibergesellschaft an die Gemeinde umso mehr sinkt, je geringer die Beteiligung der Gemeinde an der Betreibergesellschaft ist. Da allerdings im Falle der Personenverschiedenheit generell sehr starke Argumente dafür sprechen, dass Zahlungen der Betreibergesellschaft an die Gemeinde nicht im Widerspruch zu § 6 EEG stehen, dürfte der Unterschied in der rechtlichen Bewertung bei einer geringen Beteiligung ohne die Möglichkeit der direkten Einflussnahme der Kommune nur sehr gering ausfallen.

4.2.4 Zusammenfassung

Wenn eine Betreibergesellschaft, an der die Kommune beteiligt ist, eine Windenergieanlage betreibt und Zahlungen an die Kommune nach § 6 EEG 2023 leistet, sind nach unserer Einschätzung keine wesentlichen rechtlichen Argumente erkennbar, die gegen die Zulässigkeit solcher Zahlungen sprechen. Sofern die Kommune an der Gesellschaft nur eine Minderheitsbeteiligung hat und allein keine eigenen Entscheidungen in der Gesellschaft treffen kann, wird das Risiko einer abweichenden rechtlichen Bewertung noch geringer. Aufgrund des ohnehin schon geringen Risikos dürfte hier kein wesentlicher Unterschied zum Fall einer Mehrheitsbeteiligung der Kommune bestehen.

5 Praktische Auswirkungen auf die Umsetzung des § 6 EEG 2023

5.1 Auswirkungen auf die weiteren betroffenen Gemeinden

Wie dargestellt gehen wir davon aus, dass Zuwendungen an Gemeinden auch dann zulässig sind, wenn eine Gemeinde selbst Anlagenbetreiberin ist. Auswirkungen auf die Umsetzung des § 6 EEG sehen wir daher nicht. Sofern eine Gemeinde jedoch entgegen unserer rechtlichen Einschätzung eine finanzielle Zuwendung nach § 6 EEG 2023 an sich selbst dennoch für unzulässig hält oder diese Zahlung an sich selbst nicht leisten möchte, stellt sich die Frage, wie sich dies auf eine etwaige Beteiligung der anderen betroffenen Gemeinden auswirken würde.

Für den Fall, dass eine betroffene Gemeinde freiwillig eine Zahlung ausschlägt, enthält § 6 Abs. 2 Satz 6 und 7 EEG 2023 eine Regelung:

„Lehnen eine oder mehrere Gemeinden oder Landkreise eine Zahlung ab, kann der auf die ablehnenden Gemeinden oder Landkreise entfallende Betrag auf die Gemeinden oder Landkreise verteilt werden, die einer Zahlung zugestimmt haben. Im Fall des Satzes 6 erfolgt die Aufteilung des Betrags auf die Gemeinden oder Landkreise, die einer Zahlung zugestimmt haben, anhand des Verhältnisses der Anteile der Gemeindegebiete oder gemeindefreien Gebiete an der Gesamtfläche des Umkreises im Bundesgebiet zueinander.“

Mangels spezieller Regelungen erscheint es naheliegend, auch dann entsprechend vorzugehen, wenn einer Gemeinde eine finanzielle Beteiligung nicht angeboten werden dürfte.

Insoweit erscheint problematisch, dass Anlagenbetreiber – wenn sie sich für die Zahlung einer Zuwendung nach § 6 EEG 2023 entscheiden – gem. § 6 Abs. 2 Satz 4 EEG 2023 allen betroffenen Gemeinden eine Zahlung anbieten müssen. Dürfte einer betroffenen Gemeinde von vornherein keine Zahlung angeboten werden, könnte dies dafür sprechen, dass Zuwendungen nach § 6 EEG 2023 in solchen Fällen insgesamt unzulässig sind. Der Anlagenbetreiber könnte die Pflicht nach § 6 Abs. 2 Satz 4 EEG 2023 nämlich von vornherein nicht erfüllen.

Diese Argumentation erscheint aber nicht überzeugend. § 6 Abs. 2 Satz 4 EEG 2023 soll eine Gleichbehandlung der betroffenen Gemeinden sicherstellen. Dies kann aber nicht dort gelten, wo eine Gleichbehandlung aus rechtlichen Gründen gar nicht möglich ist. Ohnehin wird die Gemeinde, die selbst Anlagenbetreiberin ist und sich selbst keine Zuwendung anbieten dürfte, nicht übergangen. Die Gemeinde weiß in dieser Konstellation, dass sie sich selbst keine Zuwendung anbieten wird, und entschließt sich gleichwohl, anderen betroffenen Gemeinden eine Zuwendung zu zahlen.

Zudem kennt § 6 EEG 2023 ausdrücklich Konstellationen, in denen betroffenen Gemeinden keine Zuwendung angeboten werden darf. Bei Betroffenheit mehrerer Gemeinden ist die angebotene Zahlung gem. § 6 Abs. 2 Satz 5 EEG 2023 anhand des Anteils ihres jeweiligen Gemeindegebiets an der Fläche des Umkreises der Anlage im Bundesgebiet aufzuteilen. Die Beschränkung auf das Bundesgebiet macht deutlich, dass auch Gemeinden außerhalb des Bundesgebiets betroffen sein können, aber von vornherein nicht beteiligt werden dürfen und auch bei dem Angebot der Zahlung nicht zu berücksichtigen sind. Auch in solchen Konstellationen ist eine Beteiligung der übrigen Gemeinden weiterhin zulässig, auch wenn die Beteiligung der Gemeinden außerhalb des Bundesgebiets ausgeschlossen ist.

Insgesamt gehen wir davon aus, dass die übrigen Gemeinden auch dann beteiligt werden dürfen, wenn die Gemeinde, die zugleich Anlagenbetreiberin ist, keine Zuwendung an sich selbst machen dürfte. Mangels spezialgesetzlicher Regelungen ist eine Vorgehensweise entsprechend § 6 Abs. 2 Satz 6 und 7 EEG 2023 empfehlenswert.

5.2 Auswirkungen der vorgefundenen Ergebnisse auf die praktische Umsetzung

Aufgrund der vorgefundenen Ergebnisse ist es der rechtssicherste Weg, eine finanzielle Beteiligung der Gemeinde, die gleichzeitig betroffen und Betreiberin ist, nur in denjenigen Fällen vorzunehmen, in denen diese Gemeinde die Windenergieanlage nicht vollständig alleine betreibt, so dass keine eins zu eins Personenidentität besteht. Unserer Einschätzung nach besteht allenfalls bei einer formalen Personenidentität (siehe hierzu 4.1, nämlich Regiebetrieb oder Eigenbetrieb) ein nennenswertes Risiko, dass ein Gericht oder eine Behörde die Auffassung vertritt, eine Zuwendung an die Gemeinde sei nicht zulässig. Selbst wenn man mit einer engen Auffassung aufgrund des Wortlauts von § 6 EEG 2023 nämlich eine formale Personenverschiedenheit zwischen Betreiber und Gemeinde verlangen würde, wäre diese sprachlich und faktisch gegeben, wenn die Kommune nur an einer Gesellschaft beteiligt ist, die die Anlagen betreibt.

Im Hinblick auf die Betreiberstellung kann dies dafür sprechen, dass Windenergieanlagen nicht von der Kommune selbständig und alleine im Sinne einer Personenidentität von Kommune und Anlagenbetreiberin (vgl. unter 4.1) betrieben werden, sondern von einer eigenständigen Betreibergesellschaft, an der die Kommune beteiligt ist. Dies dürfte ohnehin die Regel sein, wenn die Windenergieanlage nicht von einem Regie- oder Eigenbetrieb der Kommune betrieben wird.

Gleichwohl sind auch keine zwingenden Gründe dafür ersichtlich, dass eine Gemeinde, die eine Windenergieanlage vollständig alleine betreibt, also eine formale Personenidentität besteht, sich selbst keine Zuwendungen nach § 6 EEG 2023 machen darf. In diesen Konstellationen erscheint allerdings die Wahrscheinlichkeit etwas höher, dass unter Verweis auf die fehlende formale Personenverschiedenheit doch auch eine andere Auffassung vertreten werden könnte. Da in diesen Fällen eine gewisse Ungewissheit bestehen bleibt, sollten Gemeinden, die sich in einer solchen Konstellation für eine Zuwendung entscheiden, auch über die möglichen Konsequenzen nachdenken, wenn sich die Zuwendung im Nachhinein bei einer gerichtlichen Überprüfung als unzulässig herausstellen sollte.

Bei finanziell nach dem EEG geförderten Anlagen hat der Anlagenbetreiber unter den Voraussetzungen des § 6 Abs. 5 EEG 2023 die Möglichkeit, sich die Zuwendungen vom Netzbetreiber erstatten zu lassen. Falls der Netzbetreiber die Zuwendungen für unzulässig hält, könnte er voraussichtlich die Erstattung verweigern. Wenn der Netzbetreiber nicht von der Zulässigkeit der Zahlung überzeugt werden kann, müsste der Erstattungsanspruch dann gerichtlich geltend gemacht werden. Das Gericht hätte sodann auch zu klären, ob die Zahlung der Zuwendung den Anforderungen des § 6 EEG 2023 entsprach. Hiermit würde eine gewisse Recht Klarheit über die hier auszulegende Fragestellung geschaffen.

Sollte die Zuwendung von einem mit der Sache befassten Gericht rechtskräftig als unzulässig eingestuft werden, müsste der Netzbetreiber die geleisteten Erstattungen von der Gemeinde zurückfordern. Jedenfalls wenn ein entsprechendes Verfahren anhängig sein sollte, empfiehlt es sich aus Sicht der Gemeinden, dies bei der Haushaltsplanung zu berücksichtigen.

Solange eine Personenverschiedenheit von Anlagenbetreiberin und Gemeinde gewährleistet ist und die Gemeinde lediglich an der Betreibergesellschaft beteiligt ist (siehe hierzu 4.2), erscheinen die beschriebenen Risiken jedoch äußerst gering. Dann sind nach der vorliegenden Auffassung keine überzeugenden Argumente erkennbar, warum sich eine Gemeinde in diesen Konstellationen selbst nicht nach § 6 EEG 2023 beteiligen dürfte.

Impressum

© FA Wind, April 2024

Herausgegeben von

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

www.fachagentur-windenergie.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

Benedikt Doms (BBH)

Jochen Gerber (BBH)

Dr. Wieland Lehnert, LL.M. (BBH)

Redaktion

Kathrina Baur (FA Wind)

Zitiervorschlag

FA Wind (2024), § 6 EEG 2023 bei kommunalem Betrieb von Windenergieanlagen - Rechtsformen und Auswirkungen auf die Beteiligung

Haftungshinweis

Dieses Hintergrundpapier 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 Gutachten 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 Gutachten kann unter keinem Gesichtspunkt die eigene individuelle Bewertung und die individuelle Rechtsberatung im Einzelfall ersetzen. Zu vielen der in diesem Gutachten zu berücksichtigenden Rechtsfragen ist – soweit ersichtlich – keine Rechtsprechung ergangen, so dass die Aussagen mit Rechtsunsicherheiten behaftet sind.

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