

**Würzburger Berichte zum
Umweltenergierecht**

**Die Sonderregelungen
für
Bürgerenergiegesellschaften
im EEG 2017**

Hintergrundpapier

erstellt von

Ilka Hoffmann

Entstanden im Rahmen des Forschungsvorhabens:

„Windenergierecht – Planung, Genehmigung und Förderung im Föderalismus“ (WindPlan – FKZ 03MAP307)

Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

26

02.05.2017

Zitiervorschlag: *Ilka Hoffmann*, Die Sonderregelungen für Bürgerenergiegesellschaften im EEG 2017, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 26 vom 2. Mai 2017.

Die Autorin dankt für zahlreiche Anregungen und Gespräche Thorsten Müller, Hartmut Kahl, Lea Simmel, Nils Wegner und Tim Schilderoth von der Stiftung Umweltenergierecht, Dr. Stefanie Bergmann sowie Kolleginnen und Kollegen v.a. auf der Rechtsanwenderseite für den produktiven Austausch und Hinweise zu einzelnen Rechtsfragen.

Stiftung Umweltenergierecht
Ludwigstraße 22
97070 Würzburg
Telefon +49 931 79 40 77-0
Telefax +49 931 79 40 77-29
E-Mail hoffmann@stiftung-umweltenergierecht.de
Internet www.stiftung-umweltenergierecht.de

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

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

Spendenkonto: Sparkasse Mainfranken Würzburg

IBAN DE16790500000046743183, BIC BYLADEM1SWU790

Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung und Überblick.....	1
I.	Die neue Definition von Bürgerenergiegesellschaften für Windenergieprojekte bis 18 MW	3
II.	Sonstige Anforderungen an die Gebote und Projektrealisierung von Bürgerenergiegesellschaften	4
III.	Sonderstellung von Bürgerenergiegesellschaften im Ausschreibungsverfahren.....	5
IV.	Sanktionen	6
B.	Wer ist Normadressat?	8
I.	Beschränkung auf Projekte mit maximal sechs Anlagen und maximal 18 MW im Jahr.....	10
1.	Größenbeschränkung für Bürgerenergieprojekte	10
2.	Beschränkung auf Beteiligung an nur einem Windenergieprojekt.....	10
II.	Die einzelnen Voraussetzungen der Bürgerenergiegesellschaft.....	12
1.	Zehn natürliche, stimmberechtigte Personen	12
2.	51 Prozent Stimmrechte bei natürlichen Personen mit Erstwohnsitz seit mind. 1 Jahr im Landkreis	13
a)	51 Prozent der Stimmrechte bei natürlichen Personen	13
b)	Stimmrechtsmehrheit bei lokal verankerten Einwohnern	14
aa)	Der Begriff „Hauptwohnsitz“	14
bb)	Voraussetzung des „Hauptwohnsitzes“ nach Melderecht	14
cc)	Formale Meldung ausreichend	15
dd)	Seit mindestens einem Jahr vor der Gebotsabgabe gemeldet.....	17
ee)	Geographische Bestimmung der lokalen Verankerung	17
3.	Kein Mitglied der Gesellschaft hält mehr als 10 Prozent der Stimmrechte	17
4.	Zu nachträglichen Veränderungen in der Zusammensetzung der Bürgerenergiegesellschaft	18
5.	Bürgerenergiegesellschaft als Dachzusammenschluss.....	19
6.	Ununterbrochene Bürgerenergieeigenschaft.....	20
7.	Umgehungsschutz	21
a)	Nichtvorliegen von Umgehungsgeschäften als Bestandteil der Eigenklärung.....	21

b)	Zustimmung der Bürgerenergiegesellschaft zu Vereinbarungen mit Dritten	22
aa)	Zustimmungserfordernis.....	23
bb)	Verbotsgesetz und Nichtigkeit.....	26
cc)	Verbotsgesetz	26
dd)	Nichtigkeit	27
ee)	Anforderungen an die Zustimmung.....	29
ff)	Zeitliche Geltung des Zustimmungserfordernisses	30
gg)	Vereinbarungen für die Zeit nach der Inbetriebnahme.....	31
C.	Sonstige Anforderungen für die Teilnahme am Ausschreibungsverfahren und den Förderanspruch.....	32
I.	Voraussetzungen für die Gebotsabgabe	32
1.	Anforderungen an das vorzulegende Windgutachten.....	32
2.	Angabe der geplanten Anlagenanzahl	33
3.	Flächensicherung	33
4.	Erstsicherheit	34
II.	Zuordnung des Zuschlags zum konkreten Standort	35
1.	Antragsfrist.....	35
2.	Zusätzliche allgemeine Angaben.....	36
3.	Standort muss im Landkreis bleiben.....	36
4.	Zweitsicherheit.....	37
III.	Beteiligung der Standortgemeinde.....	37
1.	Rein finanzielle Beteiligung	38
2.	Muss ein formales Angebot vorliegen?	38
3.	Welche Informationen müssen der Gemeinde vorliegen?.....	40
4.	Ist das Angebot wirtschaftlich annehmbar?	41
5.	Wie wirken sich Restriktionen des Gemeindewirtschaftsrechts aus?	42
6.	Länderklausel für weitergehende Maßnahmen und Regelungen zur Bürgerbeteiligung und Akzeptanzsteigerung	43
D.	Nachweisführung durch Eigenerklärungen	44
I.	Eigenerklärung bei Gebotsabgabe.....	44
II.	Eigenerklärung bei Antrag auf Zuordnung	45

III.	Eigenerklärung zwei Monate nach Ablauf der Haltefrist	45
IV.	Form der Eigenerklärung	45
V.	Ergänzende Vorlage von Nachweisen	46
E.	Sanktionierung von Verstößen und verspäteter Realisierung	48
I.	Wegfall des Einheitspreises	48
II.	Ausschluss von Geboten	49
III.	Ausschluss von Bietern	49
IV.	Pönale bei verspäteter Realisierung.....	50
V.	Verlust von Zuschlag und Zuordnung wegen Rechtswidrigkeit	52
	1. Rückfall auf den Gebotswert als Spezialregelung.....	53
	2. Relevanz des § 49 VwVfG	53
	3. Voraussetzungen einer Rücknahme nach § 48 VwVfG.....	54
	a) Bürgerenergieeigenschaft.....	59
	b) 12-Monatsregelung und 18 MW Maximum pro Gebotsverfahren	60
	c) Beteiligung der Standortgemeinde.....	61
	d) Vertrauensschutz und Projektfortschritt.....	61
	4. Teilrücknahme.....	61
F.	Zusammenfassung der aus den Voraussetzungen folgenden Erleichterungen und Folgen für Bürgerenergiegesellschaften.....	63
I.	Einheitspreis.....	63
II.	Keine BImSchG-Genehmigung für Gebotsabgabe erforderlich.....	64
	1. Flexibilität bei der Standortauswahl	64
	2. Verlängerte Realisierungsfrist.....	65
III.	Aufgeteilte Sicherheitsleistung.....	65
IV.	Geringeres Pönalenrisiko	66
G.	Drei Verfahrensoptionen für Bürgerenergiegesellschaften	67
I.	Voraussetzungen der §§ 36, 30	67
II.	Verweis auf § 36g	68
H.	Fazit.....	71
	Anhang: Gesetzestexte.....	VI

A. Einleitung und Überblick

Als Ergebnis einer intensiven und kontroversen Diskussion um die Einführung von Ausschreibungen und deren Auswirkungen auf die Akteursvielfalt hat der Gesetzgeber im EEG 2017 verschiedene Sonderregelungen für eigens definierte Bürgerenergiegesellschaften im Bereich der Windenergie an Land verankert. Die Sonderregelungen definieren mit dem neu geschaffenen Begriff der Bürgerenergiegesellschaft in § 3 Nr. 15¹ zum einen formal den Kreis der Normadressaten. Zum anderen werden durch § 36g Abs. 1 die Aktivitäten der Akteure und die Größe ihrer Windenergieprojekte beschränkt (dazu sogleich I. sowie ausführlich in B.). Neben der Eingrenzung der Zielgruppe enthält § 36g weitere Vorgaben (dazu sogleich II. sowie ausführlich in C.), die Bürgerenergiegesellschaften erfüllen müssen, wenn sie die spezifisch für sie vorgesehenen Rechtsfolgen (dazu sogleich III. sowie ausführlich in D.) in Anspruch nehmen wollen. Um eine missbräuchliche Inanspruchnahme dieser Rechtsfolgen zu verhindern, hat der Gesetzgeber verschiedene Vorkehrungen getroffen und Sanktionsmöglichkeiten in das EEG 2017 aufgenommen (dazu sogleich IV sowie ausführlich in E.).

Im Zuge des dreimonatigen Gesetzgebungsverfahrens – das mit der Veröffentlichung des ersten Referentenentwurfs des BMWi am 14. April 2016 eingeleitet und am 8. Juli 2016 mit Verabschiedung des EEG 2017 im Bundestag beendet wurde² – sind die Sonderregelungen für Bürgerenergiegesellschaften mehrfach modifiziert worden³. Maßgebliche Ergänzungen in Bezug auf § 36g wurden insbesondere erst gegen Ende des Verfahrens durch Beschlussempfehlung und Bericht des Bundestagsausschusses für Wirtschaft und Energie am 6. Juli 2016 eingebracht⁴ und in dieser Fassung am 8. Juli 2016 nach zweiter und dritter Lesung im Bundestag⁵ entsprechend verabschiedet. Kurze Zeit später wurde der § 36g mit dem Gesetz zur Änderung der Bestimmungen zur Stromerzeugung aus Kraft-Wärme-Kopplung (im Folgenden: KWKStrRÄndG) und zur Eigenversorgung vom 22. Dezember 2016⁶ erneut ergänzt, um missbräuchliche Inanspruchnahmen zu unterbinden. Auch in diesem Gesetzgebungsverfahren wurden maßgebliche Neuerungen erst ganz am Ende durch die Beschlussempfehlung

¹ Bei Paragraphen ohne Kennzeichnung handelt es sich um solche des EEG 2017.

² BT-Drs. 18/8860 und BT-Drs. 18/9096.

³ Im Einzelnen: Kabinettsbeschluss vom 08. Juni 2016, Stellungnahmeempfehlungen der zuständigen Bundesausschüsse an den Bundesrat vom 14. Juni 2016, Beratung zum Regierungsentwurf vom 9. Juni 2016 im Bundesrat am 17. Juni 2016, Erste Lesung im Bundestag 24. Juni 2016 (BT-Drs. 18/8860), öffentliche Anhörung der Sachverständigen zum Gesetzesentwurf am 4. Juli 2016 (BT-Drs. 18/8860).

⁴ BT-Drs. 18/9096.

⁵ BT-Drs. 18/8860 und BT-Drs. 18/9096.

⁶ Gesetz zur Änderung der Bestimmungen zur Stromerzeugung aus Kraft-Wärme-Kopplung und zur Eigenversorgung vom 22.12.2016 (BGBl. I S. 3106).

des Ausschusses für Wirtschaft und Energie am 14. Dezember 2016 in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht⁷.

Die besonderen Bestimmungen für Projekte von Bürgerenergiegesellschaften in § 36g sollen dazu dienen, die bestehende Akteursvielfalt bei der Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien zu erhalten. Was darunter zu verstehen ist, definiert das EEG nicht, obwohl der Erhalt der Akteursvielfalt als politischer Programmsatz⁸ bereits in das EEG 2014 (§ 2 Abs. 5 Satz 3)⁹ und fast wortgleich nunmehr auch in das EEG 2017 (§ 2 Abs. 3 Satz 2)¹⁰ aufgenommen wurde. Aus der Gesetzesbegründung geht jedoch hervor, dass die bisherige Zusammensetzung beibehalten und alle bislang maßgeblich an der Energiewende beteiligten Akteursgruppen auch weiterhin beteiligt sein sollen. Da es sich hierbei neben kleinen und mittleren Akteuren z. B. auch um große Elektrizitätsversorgungsunternehmen handelt, geht es bei Akteursvielfalt in erster Linie um den Erhalt der pluralen Struktur der Akteure¹¹.

Aus der Erkenntnis, dass die Teilnahme an Ausschreibungsverfahren für bestimmte Akteursgruppen eine größere Herausforderungen darstellt als für andere Marktteilnehmer¹², wurde vom Gesetzgeber zum einen ein einfaches und transparentes Ausschreibungsdesign gewählt, das auch auf die Herausforderungen kleinerer Akteure zugeschnitten ist¹³. Zum anderen wurden im Rahmen von § 36g besondere Teilnahmebedingungen geschaffen, die einer bestimmten Gruppe von Akteuren trotz der Umstellung auf Ausschreibungen weiterhin die Teilnahme am Markt ermöglichen sollen. Von deren Teilnahme am Markt verspricht sich der Gesetzgeber in erster Linie eine Akzeptanzsicherung, da er das Engagement einer Vielzahl verschiedener Personen und Unternehmen, darunter auch solche der Bürgerenergie, als maßgeblich für den bisherigen Ausbau der erneuerbaren Energien identifiziert hat¹⁴. Dabei wird insbesondere regional verankerten Bürgerenergiegesellschaften eine wesentliche Rolle für die notwendige Akzeptanz von neuen Windenergieanlagen an Land zugeschrieben, ohne die die Ausbauziele nicht zu erreichen seien¹⁵. Darüber hinaus sollen infolge einer möglichst hohen Teilnehmerzahl an den Ausschreibungen durch den Erhalt (auch) dieser Akteursgruppe mittelbar die Kosten für die Förderung durch entsprechende Knappheitssignale gesenkt

⁷ BT-Drs. 18/10668, S. 1.

⁸ Politische Programmsätze richten sich ausschließlich an den Gesetzgeber. Aufgrund ihrer allgemeinen Formulierung stellen sie weder Auslegungshilfen dar noch können daraus Ansprüche abgeleitet werden, vgl. K. Greb/M. Boewe, in: Beck'scher Online-Kommentar EEG 2014, § 2 Rn. 1; T. Müller, Ausschreibungen zur Förderung Erneuerbarer Energien, in: H. Degenhart/T. Schomerus (Hrsg.), EEG 2014 – Konsequenzen für die Finanzwirtschaft, 2016, S. 50 ff.

⁹ § 2 Abs. 5 Satz 3 EEG 2014 lautet: „Bei der Umstellung auf Ausschreibungen soll die Akteursvielfalt bei der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien erhalten bleiben.“

¹⁰ § 2 Abs. 3 Satz 2 lautet: „Dabei soll die Akteursvielfalt bei der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien erhalten bleiben.“

¹¹ Vgl. H. Kahl/M. Kahles/T. Müller, Anforderungen an den Erhalt der Akteursvielfalt im EEG bei der Umstellung auf Ausschreibungen, Würzburger Berichte zum Umweltenergie recht Nr. 9 vom 18.08.2014, S. 3.

¹² BT-Drs. 18/8860, S. 153, 212, 213.

¹³ BT-Drs. 18/8860, S. 4.

¹⁴ BT-Drs. 18/8860, S. 4, 152.

¹⁵ BT-Drs. 18/8860, S. 152, 212.

werden. Denn der Gesetzgeber geht davon aus, dass Akteursvielfalt den Wettbewerb erhöht und sich dadurch mittelbar kostenmindernd auswirkt¹⁶, so dass mit den Sonderregelungen in § 36g auch volkswirtschaftliche Zwecke verfolgt werden.

Dieses Papier möchte einen Überblick zu den Sondernormen für Bürgerenergiegesellschaften bieten und dient der rechtlichen Vertiefung der komplexen Voraussetzungen und vielschichtigen Anforderungen an Bürgerenergiegesellschaften. Neben der beschreibenden Darstellung werden im Papier einzelne Auslegungsfragen aufgeworfen, die sich in Bezug auf bestimmte Anforderungen, Verfahrensabläufe und Rechtsfolgen ergeben. Soweit im Gesetz auf die allgemein geltenden Ausschreibungsvorschriften Bezug genommen wird, werden diese zur Abgrenzung von den Sondernormen und zum Verständnis der Anforderungen an Bürgerenergiegesellschaften ebenfalls dargestellt. Dabei erhebt das vorliegende Papier keinen Anspruch auf Vollständigkeit oder eine abschließende und rechtssichere Bewertung der aufgeworfenen Fragen. Vielmehr möchte es die Regelungen in ihrem gesetzgeberischen Kontext vorstellen und für die Auslegung in ihrer künftigen praktischen Anwendung das Bewusstsein für sensible Sachverhaltskonstellationen schärfen.

I. Die neue Definition von Bürgerenergiegesellschaften für Windenergieprojekte bis 18 MW

Da die Sonderregelungen grundsätzlich nur sachlich beschränkt für bestimmte Konstellationen zur Anwendung kommen sollen, hat der Gesetzgeber eigens eine neue Definition für Bürgerenergiegesellschaften in § 3 Nr. 15 geschaffen. Diese sind lediglich ein spezifischer Unterfall des Phänomens Bürgerenergie. Obwohl es auch viele weitere Ausgestaltungsvarianten und Erscheinungsformen der Bürgerenergie gibt¹⁷, sind hier in jedem Fall die in § 3 Nr. 15 definierten Kriterien zu erfüllen, um die besonderen Rechtsfolgen in Anspruch nehmen zu können. Danach handelt es sich nur dann um eine Bürgerenergiegesellschaft, wenn sich

- mindestens 10 natürliche stimmberechtigte Personen zu einer Gesellschaft zusammenschließen¹⁸,
- mindestens 51% der Stimmrechte von natürlichen Personen gehalten werden, die mit Erstwohnsitz in dem Landkreis gemeldet sind, in dem die Anlagen errichtet werden sollen¹⁹, und
- keiner der Gesellschafter bzw. keines der Mitglieder mehr als 10 % der Stimmrechte an der Bürgerenergiegesellschaft hält²⁰.

¹⁶ BT-Drs. 18/8860, S. 147.

¹⁷ Vgl. I. Hoffmann, „Gibt es ein Recht der Bürgerenergie? – Zur rechtlichen Beurteilung von Vorschriften für Bürgerenergieprojekte“, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 22 vom 21.10.2016, S. 4 ff.

¹⁸ Dazu näher unter B. II. 1.

¹⁹ Dazu näher unter B. II. 2.

Welche Rechtsform diese Gesellschaft hat, ist unerheblich²¹. Die Voraussetzungen müssen allerdings ununterbrochen von der Gebotsabgabe bis zum Ende des zweiten Jahres nach der Inbetriebnahme vorliegen²², § 36g Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 lit. a), Abs. 3 Satz 4 Nr. 3 lit. a) und Abs. 5 Satz 4, um eine missbräuchliche Inanspruchnahme der Sonderregelungen zu verhindern. Vor diesem Hintergrund müssen Bürgerenergiegesellschaften zu unterschiedlichen Zeitpunkten im Ausschreibungsverfahren Eigenerklärungen abgeben und darin u. a. erklären, dass sie die Voraussetzungen einer Bürgerenergiegesellschaft ununterbrochen erfüllen und von ihnen keinerlei „Umgehungsgeschäfte“ abgeschlossen worden sind. Um den Abschluss solcher „Umgehungsgeschäfte“ zusätzlich zu erschweren, bedürfen Vereinbarungen einzelner Mitglieder oder Gesellschafter mit Dritten zusätzlich der Zustimmung der Bürgerenergiegesellschaft, § 36g Abs. 6.

Daneben hat der Gesetzgeber die Zielgruppe durch § 36g Abs. 1 weiter eingeschränkt, indem die Erleichterungen nur für Projekte einer bestimmten Größenordnung gelten und von den jeweiligen Akteuren nur begrenzt in Anspruch genommen werden können. Danach darf nicht nur die Gesellschaft, sondern auch keines ihrer Mitglieder innerhalb der letzten 12 Monate vor der Gebotsabgabe einen Zuschlag erhalten haben und in dem in Rede stehenden Gebotstermin mehr als insgesamt 18 MW bieten²³. In den Regelungsbereich des § 36g werden damit letztlich nur Bürgerenergiegesellschaften einbezogen, soweit sie und ihre Mitglieder innerhalb eines Jahres Gebote nur für einen oder mehrere Windparks mit maximal sechs Anlagen und einer Gesamtleistung von maximal 18 MW abgeben²⁴. Es wurde damit also eine zentrale Einschränkung der Reichweite der Bürgerenergiegesellschaften geschaffen, die sich so noch nicht unmittelbar aus der Legaldefinition des § 3 Nr. 15 ergibt.

Zusammenfassend lässt sich also festhalten, dass der Gesetzgeber hier nur diejenigen Windenergieprojekte in den Blick nimmt, die in ihrer Größe eher klein konfiguriert sind, die auf lokal verankerte Gesellschaften mit einem bestimmten Partizipationsniveau für natürliche Personen zurückgehen und keine zeitgleich projektierten Parallelvorhaben verfolgen.

II. Sonstige Anforderungen an die Gebote und Projektrealisierung von Bürgerenergiegesellschaften

Neben dem Vorliegen der Eigenschaft einer Bürgerenergiegesellschaft und der Größenbeschränkung (dazu zuvor unter I.) ist es erforderlich, dass bestimmte weitere Anforderungen eingehalten werden. Dabei handelt es sich insbesondere um folgende drei Aspekte:

²⁰ Dazu näher unter B. II. 3.

²¹ Dazu näher unter B.

²² Dazu näher unter B. II. 6.

²³ Dazu näher unter B. I. 2.

²⁴ Dazu näher unter B. I. 1.

Erstens bedarf es der Vorlage eines Windgutachtens über den zu erwartenden Stromertrag und Angaben zu der geplanten Anlagenanzahl, § 36 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2. Darüber hinaus müssen Bürgerenergiegesellschaften bei der Gebotsabgabe nachweisen, dass eine Flächensicherung für den geplanten Standort stattgefunden hat²⁵, § 36 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 lit. c).

Zweitens muss nach § 36g Abs. 3 Satz 2 innerhalb von zwei Monaten nach Erlangung der BImSchG-Genehmigung die Zuordnung dieser Genehmigung zu dem zuvor erteilten Zuschlag beantragt werden, so dass im Anschluss der Zuschlag sich auf diese Genehmigung beschränkt und damit das Projekt konkretisiert ist²⁶.

Drittens werden Bürgerenergiegesellschaften nach § 36g Abs. 3 Satz 4 Nr. 3 lit. b) verpflichtet, die Kommune, in der die Windenergieanlage errichtet werden soll, oder eine im einhundertprozentigen Eigentum der Gemeinde stehenden Gesellschaft mit 10 Prozent an der Bürgerenergiegesellschaft zu beteiligen bzw. zumindest eine solche finanzielle Beteiligung angeboten zu haben²⁷.

III. Sonderstellung von Bürgerenergiegesellschaften im Ausschreibungsverfahren

Windenergieprojekte bis 18 MW werden nicht – wie dies europarechtlich durchaus zulässig gewesen wäre²⁸ – vom Ausschreibungsverfahren insgesamt ausgenommen, ihnen werden aber bestimmte Ausnahmen innerhalb des auch für sie geltenden Ausschreibungserfordernisses gewährt²⁹. Diese Sonderregeln beziehen sich auf die Teilnahmevoraussetzungen für die Ausschreibungen, das Ausschreibungsergebnis und die Realisierungsphase:

Erstens reicht es für Bürgerenergiegesellschaften aus, wenn sie bei Gebotsabgabe anstelle der sonst erforderlichen Genehmigung nach §§ 10 oder 19 BImSchG³⁰ (im Folgenden auch BImSchG-Genehmigung) ein Windtragsgutachten und einen Flächensicherungsnachweis vorweisen³¹. Dadurch ist es möglich, weitgehend auf kostenintensive Vorplanungen zu verzichten, bevor nicht Klarheit über einen möglichen Förderanspruch besteht.

²⁵ BT-Drs. 18/8860, S. 213.

²⁶ Dazu näher unter C. II. 1.

²⁷ Dazu näher unter C. III.

²⁸ Vgl. H. Münchmeyer/H. Kahl, Der Bagatellvorbehalt bei Ausschreibungen für Windenergie in den Beihilfeleitlinien der Europäischen Kommission, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 10 vom 16.10.2014; I. Hoffmann, „Gibt es ein Recht der Bürgerenergie? – Zur rechtlichen Beurteilung von Vorschriften für Bürgerenergieprojekte“, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 22 vom 21.10.2016.

²⁹ BT-Drs. 18/8860, S. 153.

³⁰ Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (Bundes-Immissionsschutzgesetz - BImSchG) in der Fassung vom 17. Mai 2013 (BGBl. I S. 1274), zuletzt geändert durch Artikel 55 des Gesetzes vom 29. März 2017 (BGBl. I S. 626).

³¹ Dazu näher unter C. I. 1. und 2.

Zweitens müssen Bürgerenergiegesellschaften bei der Gebotsabgabe nur die Hälfte der üblichen Sicherheitsleistung leisten³².

Drittens gilt für Bürgerenergiegesellschaften ein partielles Einheitspreisverfahren, d. h. ihr im Ausschreibungsverfahren bezuschlagtes Projekt erhält unabhängig von der angegebenen Gebotshöhe grundsätzlich den höchsten noch bezuschlagten Gebotswert der jeweiligen Runde; für Bürgerenergiegesellschaften im sog. Netzausbauggebiet allerdings nur in der Höhe des höchsten im Netzausbauggebiets bezuschlagten Gebots der jeweiligen Runde³³. Dabei dürfte es sich um die wirtschaftlich wichtigste Erleichterung für Bürgerenergiegesellschaften handeln³⁴.

Viertens haben Bürgerenergiegesellschaften eine erhöhte Flexibilität bei der Realisierung ihrer Projekte. Zum einen sind sie nicht wie im Regelfall der Ausschreibungen auf den im Gebot angegebenen Standort beschränkt, sondern können die Anlagen an jedem beliebigen Standort innerhalb des Standortlandkreises errichten³⁵. Zum anderen wird die Realisierungsfrist bis zur Inbetriebnahme der Anlagen gegenüber dem Regelfall um 24 Monate verlängert³⁶.

IV. Sanktionen

Um sicherzustellen, dass die Anforderungen an und von Bürgerenergiegesellschaften auch eingehalten werden, sieht das EEG 2017 ergänzend zu den allgemeinen Vorgaben eine Reihe ergänzender Nachweispflichten, Nachprüfungsrechten und Sanktionsmöglichkeiten bei Verstößen vor.

Nachweise zu einzelnen Voraussetzungen müssen im Wesentlichen durch sogenannte Eigenenerklärungen erbracht werden³⁷. Dies gilt insbesondere für den Nachweis des Vorliegens der Bürgerenergiegesellschaft an sich, § 36g Abs. 1 Nr. 3. Nachweise in der Form der Eigenenerklärung zur Eigenschaft der Bürgerenergiegesellschaft sind nicht nur zur Gebotsabgabe, sondern auch anlässlich der Zuordnungsentscheidung der Bundesnetzagentur (§ 36g Abs. 3 Satz 4 Nr. 3) und zum Ende des zweiten auf die Inbetriebnahme folgenden Jahres zu erbringen (§ 36g Abs. 5 Satz 5), so dass hier eine höhere Kontrolldichte entsteht, als dies bei sonstigen Geboten der Fall ist. Die Bundesnetzagentur kann nach § 36g Abs. 4 geeignete Nach-

³² Dazu näher unter C. I. 4.

³³ Dazu näher unter E. I und F. I.

³⁴ Dazu näher unter E. I und F. I.

³⁵ Dazu näher unter C. II. 3.

³⁶ Dazu näher unter F. II. 2.

³⁷ Dazu näher unter D.

weise zur Überprüfung der Eigenerklärungen bei Gebotsabgabe und zum Antrag auf Zuordnung verlangen³⁸.

Für Bürgerenergiegesellschaften gelten neben den allgemeinen Sanktionen – Ausschluss von Geboten³⁹ und Bietern⁴⁰, Einbehalt von Pönalen sowie Wegfall der Förderberechtigung bei verspäteter Inbetriebnahme und Aufhebung des Zuschlags nach den Vorgaben des Verwaltungsverfahrensgesetzes – besondere Sanktionsmöglichkeiten. Teils erhalten die allgemeinen Regelungen auch eine zusätzliche Komponente.

Erstens entfällt nach § 36g Abs. 5 Satz 4 der partielle Einheitspreis, sobald die Voraussetzungen einer Bürgerenergiegesellschaft erstmalig nicht mehr vorliegen⁴¹. Die Projekte fallen dann auf den Wert zurück, den sie tatsächlich geboten haben.

Zweiten werden auch bei Bürgerenergiegesellschaften Pönalen nach § 55 bei verspäteter, nicht vollständiger oder gar nicht erfolgter Umsetzung der bezuschlagten Projekte fällig. Modifiziert sind dabei die Zeitpunkte, denn sie werden entsprechend der verlängerten Realisierungsfristen erst 24 Monate später als im Regelfall fällig⁴².

Drittens gewinnt die Möglichkeit der Bundesnetzagentur, nach Maßgabe der §§ 48 und 49 VwVfG⁴³ Verwaltungsakte – und als solche sind die Zuschläge im Gebotsverfahren und die Zuordnungsentscheidungen zu qualifizieren – zurückzunehmen oder zu widerrufen, an Bedeutung, weil durch die zusätzlichen Nachweiserfordernisse zusätzliche Fehlerquellen entstehen, die zu einer Aufhebung führen können⁴⁴.

³⁸ Dazu näher unter D.

³⁹ § 33.

⁴⁰ § 34.

⁴¹ Dazu näher unter E. I.

⁴² Dazu näher unter E. IV.

⁴³ Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) in der Fassung vom 23. Januar 2003 (BGBl. I S. 102), zuletzt geändert durch Artikel 20 des Gesetzes vom 18. Juli 2016 (BGBl. I S. 1679).

⁴⁴ Dazu näher unter E. V.

B. Wer ist Normadressat?

Gemäß § 36g Abs. 1 S. 1 gelten die besonderen Teilnahmebedingungen der Ausschreibung für Windenergieanlagen an Land ausschließlich für Bürgerenergiegesellschaften i. S. v. § 3 Nr. 15. Danach ist eine

*„[...] Bürgerenergiegesellschaft jede Gesellschaft,
a) die aus mindestens zehn natürlichen Personen als stimmberechtigten Mitgliedern oder stimmberechtigten Anteilseignern besteht,
b) bei der mindestens 51 Prozent der Stimmrechte bei natürlichen Personen liegen, die seit mindestens einem Jahr vor der Gebotsabgabe in der kreisfreien Stadt oder dem Landkreis, in der oder dem die geplante Windenergieanlage an Land errichtet werden soll, nach § 21 oder § 22 des Bundesmeldegesetzes mit ihrem Hauptwohnsitz gemeldet sind, und
c) bei der kein Mitglied oder Anteilseigner der Gesellschaft mehr als 10 Prozent der Stimmrechte an der Gesellschaft hält,
wobei es beim Zusammenschluss von mehreren juristischen Personen oder Personengesellschaften zu einer Gesellschaft ausreicht, wenn jedes der Mitglieder der Gesellschaft die Voraussetzungen nach den Buchstaben a bis c erfüllt, [...]“*

Durch die Bezugnahme auf § 3 Nr. 15 knüpft § 36g ausdrücklich an die zugleich eingeführte Legaldefinition an, so dass sämtliche Sondervorschriften auf die dort bestimmte Akteurskonstellation der Bürgerenergiegesellschaft beschränkt werden. Andere Erscheinungsformen aus dem vielfältigen Phänomen der Bürgerenergie sind nicht adressiert. Einzelne natürliche Personen ohne Einbindung in eine Gruppe kommen bereits begrifflich nicht als Adressat des § 36g in Betracht, da es sich bei einer Gesellschaft i. d. R. um den Zusammenschluss mehrerer Akteure handelt. Aber auch Gesellschaften mit zu wenigen Gesellschaftern oder einer anderweitigen Verteilung der Stimmrechte fallen aus dem Anwendungsbereich des § 3 Nr. 15 und damit aus dem des § 36g heraus.

Zudem sind die Sonderregelungen auf das Segment der Windenergieanlagen an Land begrenzt. Die Definition in § 3 Nr. 15 lit. b) setzt voraus, dass es sich um Windenergieanlagen an Land handelt. Bei einem Zusammenschluss von Bürgerenergieakteuren, die z. B. Solar- oder Biomasseprojekte umsetzen, handelt es sich daher nicht um eine Bürgerenergiegesellschaft im Sinne von § 3 Nr. 15. Ob zukünftig auch die Erzeugung von Strom aus anderen erneuerbaren Energiequellen Eingang in die Begriffsbestimmung findet, wird davon abhängen, inwieweit sich aktuelle Definition und Rechtsfolge bei der Umsetzung des in § 2 Abs. 3 Satz 2 postulierten Programmsatzes „Erhalt der Akteursvielfalt“ bewähren und die Notwendigkeit

einer Übertragung auf bzw. die Eignung der Definition für andere erneuerbare Energien gesehen wird⁴⁵.

Wie aus den Formulierungen in der Begriffsbestimmung hervorgeht, – das Gesetz spricht von „Mitgliedern“ und „Anteilseignern“, die Gesetzesbegründung auch von „Gesellschafter bzw. Mitglied“⁴⁶ – wird für Bürgerenergiegesellschaften keine spezifische Gesellschaftsform vorgegeben. Neben Genossenschaften⁴⁷, die in der Gesetzesbegründung ausdrücklich Erwähnung finden⁴⁸, können Bürgerenergiegesellschaften z. B. auch in gängigen Gesellschaftsformen der Bürgerenergie – Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)⁴⁹, Kommanditgesellschaft (KG)⁵⁰, GmbH & Co. KG⁵¹ oder Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (GbR)⁵² – aber auch in anderen Gesellschaftsformen wie der Aktiengesellschaft (AG)⁵³ auftreten. Der Terminus Mitglied ist daher als Oberbegriff für die verschiedenen Bezeichnungen der Anteilseigner der unterschiedlichen Gesellschaftsformen zu verstehen.

Unabhängig von der jeweiligen Organisationsform und den damit verbundenen gesellschaftsrechtlichen Anforderungen⁵⁴ müssen jedoch die Vorgaben in § 3 Nr. 15 lit. a) bis c) erfüllt werden. Die darin festgelegten Voraussetzungen gelten sowohl für Bürgerenergiegesellschaften, die sich ausschließlich aus „natürlichen“ Einzelpersonen oder aus natürlichen und juristischen Personen oder Personengesellschaften (Mischform) zusammensetzen als auch für Personengesellschaften und/oder juristische Personen, die sich unter dem „Dach“ Bürgerenergiegesellschaft nach § 3 Nr. 15 Satz 2, 2. Halbsatz zusammenschließen.

⁴⁵ Gemäß § 97 Abs. 1 Nr. 2 hat die Bundesregierung bis zum 30. Juni 2018 einen ersten Erfahrungsbericht vorzulegen, der insbesondere über die Erfahrungen mit Ausschreibungen auch vor dem Hintergrund des Ziels die Akteursvielfalt zu erhalten berichten soll.

⁴⁶ BT-Drs. 18/8860, S. 185.

⁴⁷ Die Formulierung „Mitglieder“ bezieht sich auf die Gesellschaftsform der eingetragenen Genossenschaft, die sich aus Mitgliedern (bis zur Genossenschaftsnovelle 2006 „Genossen“) zusammensetzt.

⁴⁸ BT-Drs. 18/8860, S. 185.

⁴⁹ Gesetzliche Vorgaben für diese Gesellschaftsform finden sich insbesondere im Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4123-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Artikel 8 des Gesetzes vom 10. Mai 2016 (BGBl. I S. 1142).

⁵⁰ Gesetzliche Vorgaben zur Kommanditgesellschaft finden sich u. a. im Handelsgesetzbuch (HGB) in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 5. Juli 2016 (BGBl. I S. 1578), insbesondere in § 161 bis 177a.

⁵¹ Gesetzliche Vorgaben für diese Gesellschaftsform finden sich insbesondere im GmbHG und HGB.

⁵² Gesetzliche Vorgaben zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts auch BGB-Gesellschaft finden sich insbesondere im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 24. Mai 2016 (BGBl. I S. 1190), § 705 bis § 740.

⁵³ Gesetzliche Vorgaben zur Aktiengesellschaft finden sich insbesondere im Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089), zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 10. Mai 2016 (BGBl. I S. 1142).

⁵⁴ Eine Auseinandersetzung mit einzelnen Gesellschaftsformen sowie möglichen Konstellationen, insbesondere den damit einhergehenden gesellschaftsrechtlichen Fragestellungen, kann im Rahmen dieses Papiers nicht erfolgen.

I. Beschränkung auf Projekte mit maximal sechs Anlagen und maximal 18 MW im Jahr

1. Größenbeschränkung für Bürgerenergieprojekte

Mit § 36g Abs. 1 wurde zusätzlich zu der Bürgerenergieeigenschaft in § 3 Nr. 15 eine Größenbeschränkung für Windenergieprojekte implementiert. Die vorgesehenen Sonderregeln gelten demzufolge nur für Gebote bis zu höchstens sechs Windenergieanlagen mit einer installierten Leistung von maximal 18 MW⁵⁵. Durch die Formulierung

„[...] können Gebote für bis zu sechs Windenergieanlagen [...] von insgesamt nicht mehr als 18 Megawatt [...] abgeben [...],“

wird zum einen deutlich, dass keiner der beiden Werte überschritten werden darf: Es dürfte sich also nicht etwa um fünf Windenergieanlagen mit einer installierten Leistung von jeweils 3,75 MW handeln. Zum anderen wird damit ausgeschlossen, dass eine Bürgerenergiegesellschaft ein Gebot größer als insgesamt 18 MW abgibt und dann nur für bestimmte Windenergieanlagen - also nur einen Teil des Windparks – die Sondernormen beansprucht.

Die Größenbeschränkung ist nochmals Tatbestandsmerkmal im Zuordnungsverfahren (Abs. 3 Satz 4). Danach ordnet die Bundesnetzagentur eine maximal *„zu installierenden Leistung von insgesamt nicht mehr als 18 Megawatt zu“*.

2. Beschränkung auf Beteiligung an nur einem Windenergieprojekt

§ 36g Abs. 1 Nr. 3 lit. b) enthält zusätzlich Restriktionen in Bezug auf anderweitige Zuschläge und anderweitig abgegebene Gebote. Die Vorschrift adressiert die Gesellschaft an sich, aber auch jedes stimmberechtigte Mitglied und dies sogar in der Rolle als stimmberechtigtes Mitglied einer anderen Gesellschaft. Nach lit. aa) dürfen die Vorgenannten innerhalb der letzten 12 Monaten vor Gebotsabgabe keinen Zuschlag für eine Windenergieanlage erhalten und laut lit. bb) zu dem Gebotstermin keine anderen Gebote abgegeben haben, die gemeinsam mit dem in Rede stehenden Gebot eine installierte Leistung von 18 MW übersteigen. Die Bürgerenergiegesellschaft muss bei der Gebotsabgabe im Rahmen der Eigenerklärung angeben, dass keiner der beiden Ausschlussgründe vorliegt⁵⁶.

Es stellt sich die Frage, ob sich die Begrenzung ausschließlich auf anderweitige Zuschläge und Gebote als Bürgerenergiegesellschaft oder allgemein auf alle anderen Zuschläge und Gebote bezieht. Immerhin hätte ein allgemeiner Ausschluss eine wesentlich umfangreichere Einschränkung zur Folge. Dem reinen Wortlaut nach zielt die Beschränkung auf sämtliche Zu-

⁵⁵ BT-Drs. 18/8860, S. 153.

⁵⁶ Dazu unter D.

schläge und Gebote ab, die im Rahmen einer anderen Gesellschaft, nicht nur einer anderen Bürgerenergiegesellschaft, erfolgt sind. Hätte der Gesetzgeber die Regelung lediglich auf Bürgerenergiegesellschaften beschränken wollen, wäre ihm dies durch eine begriffliche Spezifizierung möglich gewesen. Insoweit besteht der Zweck der Bestimmung wohl darin, dass niemand aus der Bürgerenergiegesellschaft, die die Sondervorschriften in Anspruch nimmt, bereits innerhalb eines bestimmten Zeitraums und Umfangs im Windenergiebereich tätig war bzw. ist. Im Ergebnis sind damit Personen oder Gesellschaften, die erst vor kurzem erfolgreich an einem Ausschreibungsverfahren teilgenommen haben oder die in demselben Gebotsverfahren mehrfach in erheblichem Umfang bieten wollen, ausgeschlossen.

Die Ausschlussgründe des § 36g Abs. 1 Nr. 3 lit. b) aa) (kein anderer Zuschlag) und bb) (keine Überschreitung der 18 MW durch ein weiteres Gebot) gelten nur für den Gebotstermin⁵⁷. Beteiligt sich z. B. ein stimmberechtigtes Mitglied einer Gesellschaft, die ebenfalls am in Rede stehenden Gebotstermin teilgenommen hat, erst nach Erhalt des Zuschlags an der Bürgerenergiegesellschaft, ist dies für die Voraussetzungen des § 36g Abs. 1 Nr. 3 lit. b) aa) und bb) unschädlich.

Die beiden Ausschlussgründe des Absatzes 1 Nr. 3 lit. b) gelten im Gegensatz zu einigen Voraussetzungen für die Bürgerenergieeigenschaft, wie der Mindestanzahl von 10 stimmberechtigten natürlichen Personen oder der 51 Prozent mit lokalem Bezug, aber für jedes einzelne Mitglied bzw. jeden einzelnen Gesellschafter der Bürgerenergiegesellschaft. Die Ausschlussgründe greifen demzufolge unabhängig von der Zusammensetzung der in Rede stehenden Bürgerenergiegesellschaft und der Anzahl ihrer Mitglieder und/oder Gesellschafter. Fällt einer von ihnen unter die Beschränkungen, entfällt eine Voraussetzung des § 36g für die gesamte Bürgerenergiegesellschaft.

In diesem Zusammenhang stellt sich u. a. – entsprechend dem „51 Prozent-Erfordernis“ in der Definition der Bürgerenergiegesellschaft in § 3 Nr. 15 lit. b) – die Frage, wie bei Zusammenschlüssen einer Vielzahl von Gesellschaftern und/oder Mitgliedern ein effektiver interner Kontrollmechanismus ausgestaltet werden kann und welche Folgen hier mit einem Verstoß verbunden sind. Denn anders als für die Absicherung des 51-Prozent-Erfordernisses bei der lokalen Verankerung kann von der Bürgerenergiegesellschaft hier kein „Puffer“ durch zusätzliche Mitglieder eingebaut werden, da hier bereits das Vorliegen eines einzigen Ausschlussgrundes die Voraussetzungen des § 36g entfallen lässt. Das heißt, Bürgerenergiegesellschaften sind gut beraten, einen Mechanismus vorzuhalten, der bis zur Gebotsabgabe sicherstellt, dass keines der Mitglieder einen der Ausschlussgründe erfüllt, da dieses einzelne Mitglied mit seinem Engagement in einem anderen erfolgreich bezuschlagten Windenergieprojekt die erfolgreiche Teilnahme der Bürgerenergiegesellschaft an der Gebotsrunde un-

⁵⁷ Die beiden Ausschlussgründe sind ausschließlich in Absatz 1 aufgeführt und es wird – anders als bei der Bürgerenergieeigenschaft nach § 3 Nr. 15 – auch nicht ihr ununterbrochenes Vorliegen bis zum Ende des zweiten auf die Inbetriebnahme folgenden Jahres verlangt. Darüber hinaus bezieht sich auch der Rückfall auf den Gebotspreis in Absatz 5 Satz 4 ausschließlich auf den Wegfall der Bürgerenergieeigenschaft.

möglich machen würde. Bildlich gesprochen verdirbt hier ein einziges „faules Ei“ wirklich den ganzen Brei.

Ein Verstoß gegen lit. aa) (anderer Zuschlag) ist allerdings erst in der zweiten Ausschreibungsrunde möglich, da in der ersten Ausschreibungsrunde mangels vorherigen Ausschreibungsverfahrens keine relevanten Zuschläge haben erfolgen können.

II. Die einzelnen Voraussetzungen der Bürgerenergiegesellschaft

1. Zehn natürliche, stimmberechtigte Personen

Nach § 3 Nr. 15 lit. a) ist Grundvoraussetzung und Kern einer Bürgerenergiegesellschaft, dass sie aus mindestens zehn natürlichen, stimmberechtigten Personen besteht, d. h. es müssen immer mindestens zehn Mitglieder der Gesellschaft natürliche Personen sein⁵⁸. In quantitativer Hinsicht fallen damit kleinere, aus bis zu neun Personen bestehende Gruppen nicht unter die Begriffsbestimmung, so dass im Ergebnis nur Personenzusammenschlüsse ab einer bestimmten Größenordnung erfasst sind. Eine Obergrenze ist hingegen nicht vorgesehen. Zudem stellt der Gesetzgeber bestimmte qualitative Anforderungen an die Zusammensetzung der Gesellschaft. Aus der Formulierung „natürliche“ Personen folgt, dass sich Bürgerenergiegesellschaften aus (mindestens zehn) natürlichen und damit rechtsfähigen Einzelpersonen zusammensetzen müssen.

In Hinblick auf die Mitbestimmungsmöglichkeiten ist erforderlich, dass mindestens zehn der natürlichen Personen auch stimmberechtigt sind. Dabei ist zwischen Stimmrechten und Geschäftsanteilen zu unterscheiden. Während sich Geschäftsanteile auf das Kapital einer Gesellschaft beziehen, erhalten Mitglieder oder Gesellschafter, die Geschäftsanteile halten, i. d. R. Stimmrechte, um sich an bestimmten Entscheidungen in Zusammenhang mit der Gesellschaft beteiligen zu können. Inwieweit sich die Anzahl der Stimmrechte in der Höhe der Kapitaleinlage widerspiegelt, richtet sich nach den gesetzlichen Bestimmungen zu der jeweiligen Gesellschaftsform und den konkreten vertraglichen Vereinbarungen im jeweiligen Einzelfall. Während z. B. bei der eingetragenen Genossenschaft jedes Mitglied nach § 43 Abs. 3 Satz 1 GenG⁵⁹ i. d. R.⁶⁰ unabhängig von der Höhe seiner Investition nach § 43 Abs. 3 Satz 1 GenG eine Stimme erhält, richtet sich z. B. der Stimmanteil bei Kapitalgesellschaften wie z. B. der GmbH i. d. R. nach der Höhe des jeweiligen Geschäftsanteils, § 47 Abs. 2 GmbHG⁶¹, oder bei Aktionären nach Wert bzw. Anzahl der Aktien, § 134 Abs. 1 AktG. Für

⁵⁸ BT-Drs. 18/8860, S. 153.

⁵⁹ § 43 Abs. 3 Satz 1 GenG lautet: „Jedes Mitglied hat eine Stimme.“

⁶⁰ Gemäß § 43 Abs. 3 Satz 2 GenG kann die Satzung unter bestimmten Voraussetzungen mehrere Stimmrechte, allerdings begrenzt auf maximal drei Stimmrechte (Nummer 1) vorsehen.

⁶¹ Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) in der Fassung vom 20. April 1892 (RGBl. S. 477); zuletzt geändert durch Artikel 8 vom 10. Mai 2016 (BGBl. I S. 1142).

Kommanditgesellschaften gelten die §§ 161 bis 177a HGB. Von den gesetzlichen Bestimmungen können im Rahmen der Gesellschaftsverträge bzw. Satzungen Abweichungen vereinbart werden. So handelt es sich z. B. bei den §§ 705 ff BGB (für Personengesellschaften, wie GbR, OHG, KG) um weitgehend dispositive Regelungen, die im Rahmen eines Gesellschaftsvertrages den Bedürfnissen der jeweiligen Gesellschaftsstruktur angepasst werden können⁶². Entscheidend ist an dieser Stelle jedoch – anders als im Vergleich zu § 3 Nr. 15 lit. b) (lokale Verankerung von 51 Prozent der stimmberechtigten Mitglieder)⁶³ – nicht der Umfang des Stimmrechts, sondern zunächst nur, dass ein solches überhaupt ausgeübt werden kann.

2. 51 Prozent Stimmrechte bei natürlichen Personen mit Erstwohnsitz seit mind. 1 Jahr im Landkreis

Neben der Mindestanzahl natürlicher Mitglieder in § 3 Nr. 15 lit. a) ist auch ein Beteiligungsquorum vorgesehen. § 3 Nr. 15 lit. b) sieht vor, dass mindestens 51 Prozent der Stimmrechte von natürlichen Personen gehalten werden. Dabei sind nur solche Personen zu berücksichtigen, die seit mindestens einem Jahr mit Hauptwohnsitz nach § 21 oder § 22 des Bundesmeldegesetzes (BMG)⁶⁴ in der kreisfreien Stadt oder dem Landkreis, in dem das Projekt umgesetzt werden soll, gemeldet sind⁶⁵. Damit wird zum einen eine bestimmte Größenordnung (dazu 1.) und zum anderen ein Kriterium für die lokale Verankerung (dazu 2.) vorgegeben. Für die verbleibenden 49 Prozent der Stimmrechte trifft der Gesetzgeber damit vorbehaltlich der Vorgaben des § 3 Nr. 15 lit. a) und c) keine näheren Vorgaben, so dass sie auch von juristischen Personen oder von natürlichen Personen mit einem abweichenden Wohnort gehalten werden können.

a) 51 Prozent der Stimmrechte bei natürlichen Personen

Die Mehrheit der Stimmrechte muss von natürlichen Personen gehalten werden. Im Umkehrschluss folgt daraus, dass juristischen Personen des Privatrechts wie des öffentlichen Rechts und Personengesellschaften zusammen nur die Minderheit der Stimmrechte zugeordnet sein darf. Maßgeblich sind alleine die Verhältnisse der Stimmrechte, nicht die der Gesellschaftsanteile, wenn und soweit sich Stimmrechte und Gesellschaftsanteile in ihrer Verteilung und Zuordnung nicht entsprechen. Mit dem Quorum ist sichergestellt, dass Bürger, nicht Unternehmen, die bestimmenden Akteure einer Bürgerenergiegesellschaft sind.

⁶² I. Saenger, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2015, S. 27 m. w. N.

⁶³ Dazu unter B. II. 2.

⁶⁴ Bundesmeldegesetz vom 3. Mai 2013 (BGBl. I S. 1084), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 11. Oktober 2016 (BGBl. I S. 2218).

⁶⁵ BT-Drs. 18/8860, S. 185.

b) Stimmrechtsmehrheit bei lokal verankerten Einwohnern

Diese, die Mehrheit der Stimmrechte innehabenden natürlichen Personen müssen zudem in dem Landkreis bzw. der kreisfreien Stadt des Anlagenstandorts lokal verankert sein. Diese Verankerung wird anhand der melderechtlichen Situation festgemacht (dazu unten aa) bis ee). Liegt zwar die Mehrheit der Stimmrechte in der Hand natürlicher Personen, die aber ihren Wohnsitz nicht vor Ort haben, liegt keine Bürgerenergiegesellschaft vor, selbst wenn sich die Gesellschaft ausschließlich aus Privatpersonen zusammensetzt. Aus der Gesetzesbegründung geht hervor, dass sich die Prozentangabe für die Ortsgebundenheit natürlicher Personen auf die Gesamtanzahl aller Stimmrechte bezieht⁶⁶. Erfüllt eine Gesellschaft lediglich die Mindestanforderung, indem sie z. B. nur aus zehn natürlichen Personen besteht, müssten mindestens sechs dieser natürlichen Einzelpersonen lokal verankert sein⁶⁷.

aa) Der Begriff „Hauptwohnsitz“

Für die Bestimmung der lokalen Verankerung einer natürlichen Person nimmt der Gesetzeswortlaut durch den Verweis auf die §§ 21 und 22 BMG Bezug auf das Melderecht. Allerdings wird im BMG nicht der Begriff „Wohnsitz“, sondern „Wohnung“ und in den §§ 21 und 22 BMG dementsprechend „Hauptwohnung“ verwendet⁶⁸. Bei dem Begriff „Wohnsitz“ handelt es sich um den privatrechtlichen Wohnsitzbegriff aus § 7 BGB⁶⁹. Er unterscheidet sich grundlegend vom melderechtlichen Wohnungsbegriff⁷⁰. Zwar wird auch in der Gesetzesbegründung durchgängig der Begriff „Wohnsitz“ verwendet⁷¹. Da sich der Gesetzeswortlaut jedoch durch den Normverweis eindeutig auf das BMG und damit das Melderecht bezieht und durch das Anknüpfen an kreisfreie Stadt und Landkreis eine regionale Verankerung der Gesellschaft⁷² und damit die notwendige Akzeptanz für den Ausbau der Windenergie sichergestellt werden soll⁷³, ist aufgrund des eindeutigen gesetzgeberischen Willens davon auszugehen, dass die Verwendung des Begriffs „Hauptwohnsitz“ in Kombination mit der Nennung der §§ 21 und 22 BMG eine redaktionelle Unschärfe darstellt. Der Gesetzgeber wollte sachlich augenscheinlich auf die Anforderungen abstellen, die für die Meldung einer „Hauptwohnung“ erforderlich sind.

bb) Voraussetzung des „Hauptwohnsitzes“ nach Melderecht

⁶⁶ BT-Drs. 18/8860; S. 185.

⁶⁷ Diese Folge ergibt sich aus dem Zusammenspiel aus lit. b) und lit c), da bei zehn Mitgliedern jedes genau 10 Prozent der Stimmrechte halten muss.

⁶⁸ So enthält die Meldebescheinigung nach § 18 Abs. 1 Nr. 7 BMG die *„derzeitigen Anschriften, gekennzeichnet nach Haupt- und Nebenwohnung“*. Des Weiteren regelt § 20 BMG den *„Begriff der Wohnung“*, § 21 BMG enthält Regelungen für *„mehrere Wohnungen“* und § 22 Vorgaben für die *„Bestimmung der Hauptwohnung“*.

⁶⁹ R. Belz, Bundemeldegesetz 2016, S 34.

⁷⁰ R. Belz, Bundemeldegesetz 2016, S. 34.

⁷¹ BT-Drs. 18/8860, S. 153, 185.

⁷² BT-Drs. 18/8860, S. 153.

⁷³ BT-Drs. 18/8860, S. 185.

Darüber hinaus stellt der Wortlaut der Norm ausschließlich auf die Meldung als Hauptwohnung ab,

„[...] nach § 21 oder § 22 des Bundesmeldegesetzes mit ihrem Hauptwohnsitz gemeldet sind, [...]“

obwohl die überwiegende Anzahl der Einwohner nur über eine einzige, die sog. „alleinige“ Wohnung verfügt⁷⁴. Die alleinige Wohnung als Regelfall spiegelt sich auch in der Systematik des BMG wider⁷⁵. Danach wird eine Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenwohnung erst erforderlich, wenn ein Einwohner mehrere Wohnungen hat⁷⁶. Entsprechend lautet der gemeldete Wohnungsstatus im Regelfall auch nur „alleinige“ (einzige) Wohnung und nur im Ausnahmefall mehrerer Wohnungen Hauptwohnung nebst Nebenwohnung(en). Der Regelfall der „alleinigen“ Wohnung ist jedoch im Verweis auf §§ 21 und 22 BMG in der Definition der „Bürgerenergiegesellschaft“ nicht vorgesehen. Allerdings enthält die Gesetzesbegründung eine entsprechende Differenzierung⁷⁷. Sie besagt, eine Bürgerenergiegesellschaft müsse aus

„[...] mindestens zehn stimmberechtigten natürlichen Personen bestehen [...], die nach §§ 17, 21 oder § 22 des Bundesmeldegesetzes als Wohnsitz und, sofern die natürlichen Personen mehrere Wohnsitze haben, als Hauptwohnsitz gemeldet worden sind, [...].“

Damit sollen nach dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers also nicht nur Personen mit mehreren Wohnungen erfasst sein, sondern es soll völlig ausreichen, wenn ein Wohnsitz vorliegt, der den Anforderungen einer Hauptwohnung genügt. Dafür ist es im Zweifelsfall erforderlich, dass der „Schwerpunkt der Lebensbeziehungen“⁷⁸ der Person in der Gemeinde liegt, in der sie wohnt und gemeldet ist. Nur mit dieser Auslegung wird dem Anliegen des Gesetzgebers ausreichend Rechnung getragen. Der Zweck der Vorschrift besteht darin, die lokale Verankerung der natürlichen Personen sicherzustellen und insbesondere „ortsansässige“ natürliche Personen den Kernbestandteil einer Bürgerenergiegesellschaft bilden zu lassen. Daher ist die Nichterwähnung der alleinigen Wohnung lediglich ein redaktionelles Versehen; es kommt selbstverständlich auch auf diese an.

cc) Formale Meldung ausreichend

Daran anschließend stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber das tatsächliche Vorliegen der materiellen Voraussetzungen einer Wohnung bzw. Hauptwohnung oder lediglich die formale

⁷⁴ Wenn auch – und diese Formulierung stammt aus der Gesetzesbegründung des Melderechtsrahmengesetzes (MRRG) von 1980 – die Zahl der Zweitwohnungen zunimmt.

⁷⁵ R. Belz, Bundesmeldegesetz 2016, Rn. 38.

⁷⁶ BMGVwV zu 22.1.1. zu Absatz 1 lautet: „Die Regelung setzt das Vorliegen mehrerer Wohnungen voraus. Welche von mehreren Wohnungen vorwiegend benutzt wird, ist alleine nach den tatsächlichen Aufenthaltszeiten zu beurteilen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. März 2002, Az. 6 C 12/01, NJW 2002, 2579).“

⁷⁷ BT-Drs. 18/8860, S. 185.

⁷⁸ Auf den Schwerpunkt der Lebensbeziehungen des Einwohners wird in § 22 Abs. 3 BMG abgestellt.

Registrierung im Melderegister nach § 2 BMG verlangt, die gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 12 BMG u. a. die derzeitigen Anschriften und frühere Anschriften im Zuständigkeitsbereich der Meldebehörde sowie Anschrift der letzten alleinigen Wohnung oder Hauptwohnung und der letzten Nebenwohnungen außerhalb des Zuständigkeitsbereichs der Meldebehörde enthält. Der Wortlaut des § 3 Nr. 15 lit. b), der fordert, dass

„[...] mindestens 51 Prozent der Stimmrechte bei natürlichen Personen liegen, die [...] in der kreisfreien Stadt oder dem Landkreis, [...] nach § 21 oder § 22 des Bundesmeldegesetzes mit ihrem Hauptwohnsitz gemeldet sind, [...]“,

nimmt durch die Benennung der §§ 21 und 22 BMG zwar Bezug auf spezielle melderechtliche Voraussetzungen. Es heißt dort aber nicht, dass die Voraussetzungen nach §§ 21 und 22 BMG erfüllt sein müssen, d. h. es sich auch tatsächlich um die vorwiegend benutzte Wohnung oder den Schwerpunkt der Lebensbeziehungen des Meldepflichtigen handeln muss⁷⁹. Vielmehr wird allein darauf abgestellt, ob derjenige „gemeldet“ ist. Damit beziehen sich diese Anforderungen allein auf den Inhalt der Registrierung im Melderegister. Demnach ist lediglich erforderlich, dass das Register der zuständigen Meldebehörde⁸⁰ für das Mitglied oder den Gesellschafter einer Bürgerenergiegesellschaft eine Eintragung der in Rede stehenden Wohnung als „alleinige“ oder als Hauptwohnung aufweist. Eine solche Auslegung unterstreicht auch die Formulierung in der Gesetzesbegründung⁸¹, wonach es ausreicht, dass die natürlichen Personen

„[...] mit ihrem Hauptwohnsitz gemeldet worden sind, [...]“.⁸²

Der Gesetzgeber stellt mithin auf die formale Registrierung ab. Damit überlässt er die dafür erforderlichen Voraussetzungen und damit auch das weitere Verfahren den zuständigen Meldebehörden, die Eintragungen in das Melderegister entsprechend den Bestimmungen des Melderechts vorzunehmen haben.

Die Einordnung als Hauptwohnung wie auch die Meldung als „alleinige“ Wohnung beruht dabei auf den Angaben des Meldepflichtigen, § 21 Abs. 4 Satz 1 und 2 BMG. Die Meldebehörde hat lediglich zu prüfen, ob die Angaben plausibel erscheinen, d. h. in sich glaubhaft und schlüssig sind⁸³. Liegen bezüglich gemeldeter Personen jedoch konkrete Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des Melderegisters vor, hat die Meldebehörde den Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln, § 6 Abs. 3 BMG, und das Melderegister entsprechend zu berichtigen, § 6 Abs. 1 BMG. Wurden falsche Angaben vom Meldepflichtigen

⁷⁹ Zu den einzelnen Voraussetzungen vgl. R. Belz, Bundesmeldegesetz 2016, Rn. 34ff.; A. de Vivie in: J. Breckwoldt, (Hg.), Melderechtskommentar 2016, zu §§ 21 und 22.

⁸⁰ Diese wird gemäß § 1 BMG durch das jeweilige Landesrecht bestimmt.

⁸¹ BT-Drs. 18/8860, S. 185.

⁸² Unterstreichen durch die Autorin.

⁸³ BVerwG, DVBl. 1992, 305, 307.

vorsätzlich oder fahrlässig abgegeben, dürfte es sich um eine Ordnungswidrigkeit im Sinne § 54 BMG handeln, die mit einem Bußgeld bis zu 50.000 Euro geahndet werden kann.

dd) Seit mindestens einem Jahr vor der Gebotsabgabe gemeldet

Darüber hinaus ist erforderlich, dass die Wohnung seit mindestens einem Jahr vor der Gebotsabgabe ununterbrochen als die alleinige Wohnung oder Hauptwohnung des stimmberechtigten Mitglieds oder Gesellschafters der Bürgerenergiegesellschaft gemeldet ist. Auch hier wird auf die formale Meldung und deren Dauer abgestellt.

Diese Voraussetzung soll gewährleisten, dass sich Bürgerenergiegesellschaften aus natürlichen Personen zusammensetzen, die schon seit längerem in der kreisfreien Stadt oder dem Landkreis leben und dadurch auch dort verankert sind. Gleichzeitig werden durch diese Frist kurzfristige Ummeldungen erschwert, die nur dazu dienen, das formale Erfordernis zu erfüllen, um die Sondervorschriften für Bürgerenergiegesellschaften in Anspruch nehmen zu können, ohne dass die jeweiligen Personen tatsächlich „ortsansässig“ sind. Solche Umgehungsstrategien würden die beabsichtigte Akzeptanzsicherung durch die lokale Verankerung untergraben.

ee) Geographische Bestimmung der lokalen Verankerung

Zudem kommt es darauf an, dass die Wohnung oder Hauptwohnung innerhalb der Grenzen der kreisfreien Stadt oder des Landkreises liegt, in dem das Windenergieprojekt umgesetzt werden soll. Der Gesetzgeber orientiert sich bei der Definition von Lokalität an den geographischen Verwaltungsgrenzen der Landkreise bzw. kreisfreien Städte. Die konkrete Entfernung von dem Standort des Windkraftprojekts und der Hauptwohnung ist hingegen nicht ausschlaggebend. Da diesbezüglich keinerlei Ausnahmen vorgesehen sind, können Bürgerinnen und Bürger, deren alleinige Wohnung oder Hauptwohnung nahe des Projekts gelegen ist, aber nicht mehr der kreisfreien Stadt oder dem benachbarten Landkreis zugeordnet wird, zwar als natürliche stimmberechtigte Personen an einer Bürgerenergiegesellschaft beteiligt sein. Ihr Stimmrecht zählt dann aber nicht zu den erforderlichen lokalen 51 Prozent.

3. Kein Mitglied der Gesellschaft hält mehr als 10 Prozent der Stimmrechte

Schließlich ist in lit. c) vorgesehen, dass kein Mitglied der Gesellschaft – unabhängig davon, ob es sich um eine natürliche oder juristische Person handelt – mehr als 10 Prozent der Stimmrechte halten darf. Bezogen auf eine Gesellschaft, die z. B. aus nur 10 natürlichen stimmberechtigten Personen besteht, dürfte keine dieser Personen mehr (könnte aber auch nicht weniger) als 10 Prozent der Stimmrechte halten. Mit der Begrenzung auf maximal 10 Prozent der Stimmrechte pro Mitglied der Gesellschaft soll die Konzentration von Stimmrechten in der Hand von wenigen großen Akteuren verhindert und eine breite Verteilung der

Stimmrechte gewährleistet werden⁸⁴. In der Kombination der Anforderungen nach lit. a) bis c) wird so sichergestellt, dass eine Gruppe lokal verankerter Einzelpersonen bestimmenden Einfluss⁸⁵ auf unternehmerische Entscheidungen der Gesellschaft nehmen und diese z. B. im Sinne einer regionalen Wertschöpfung steuern und – so das Ziel des Gesetzgebers – zur Akzeptanz beim Ausbau von Windenergie an Land beitragen kann.

Trotz dieser Begrenzung bleiben „Umgehungsmodelle“ in Hinblick auf eine Stimmrechtskonzentration denkbar. So könnte z. B. eine finanzstarke Einzelperson mit alleiniger Wohnung oder Hauptwohnung in dem Landkreis, als eine von 10 natürlichen Personen 10 Prozent der Stimmrechte halten und gleichzeitig die maximal möglichen 49 % Stimmrechte über juristische Personen halten. Dazu müsste diese Person etwa als alleinige Gesellschafterin von vier GmbHs mit einem Stimmrechtsanteil von jeweils 10 Prozent und einer GmbH mit einem Stimmrechtsanteil von neun Prozent an der Bürgerenergiegesellschaft beteiligt sein. Damit könnte eine Person direkt und indirekt mehr als 50 Prozent der Stimmrechte auf sich vereinigen. Ob in einer solchen Konstellation eine rechtlich sanktionswürdige Umgehung zu sehen ist, erscheint jedenfalls fraglich. Ausdrücklich ausgeschlossen oder sanktioniert ist dieser Fall im EEG 2017 nicht. Beispielsweise erfassen weder §§ 33 noch 34 diese Problematik⁸⁶. Eine solche Bürgergesellschaft widerspricht zwar der Intention des Gesetzgebers, scheint aber dennoch aufgrund der formalen Einhaltung der Tatbestandsmerkmale noch vom tatbestandlich fixierten Leitbild erfasst zu sein.

4. Zu nachträglichen Veränderungen in der Zusammensetzung der Bürgerenergiegesellschaft

Für alle drei Anforderungen – mindestens 10 natürliche Personen nach lit. a), 51 Prozent der Stimmrechte bei lokal verankerten natürlichen Personen nach lit. b) und maximaler Stimmrechtsanteil nach lit. c) – können sich durch nachträgliche Änderungen in der Zusammensetzung der Gesellschaft Probleme ergeben. Stirbt etwa eine von 10 natürlichen Personen, zieht eines der Mitglieder aus dem Landkreis weg, erbt ein bereits 10 Prozent der Stimmrechte haltendes Mitglied weitere stimmberechtigte Anteile der Bürgerenergiegesellschaft, so können eines oder mehrere Tatbestandsmerkmale des § 3 Nr. 15 nicht mehr erfüllt sein.

Ausnahmen sind für diese und vergleichbare Fälle (bislang) nicht vorgesehen, so dass durch Veränderungen in der Zusammensetzung der Gesellschaft, z. B. durch Umzug oder Ausscheiden eines vor Ort wohnenden oder dem Hinzukommen eines nicht vor Ort wohnenden Gesellschafters, die lokal verankerte Einzelpersonen ihre Stimmmehrheit verlieren und damit

⁸⁴ BT-Drs. 18/8860, S. 185.

⁸⁵ Inwieweit eine einfache Mehrheit für bestimmte Entscheidungen ausreicht, richtet sich nach den Satzungen/Gesellschaftsverträgen bzw. den entsprechenden gesetzlichen Vorgaben. Den damit verbundenen gesellschaftsrechtlichen Fragestellungen kann im Rahmen dieses Papiers nicht nachgegangen werden.

⁸⁶ Siehe zu §§ 33 und 34 unter E. II. und III.

die Voraussetzungen für das Bestehen einer Bürgerenergiegesellschaft entfallen können⁸⁷. Aus diesem Grund ist die Einhaltung dieser Anforderung – vom Zeitpunkt der Gebotsabgabe bis zum Ende des Überprüfungszeitraums zwei Jahre nach Inbetriebnahme – von erheblicher Bedeutung, bringt aber in der Umsetzung verschiedene Schwierigkeiten mit sich. Einerseits stellt sich bei der Gründung bzw. zum Zeitpunkt der Gebotsabgabe die Frage, wie sichergestellt werden kann, dass tatsächlich die Anforderungen eingehalten worden sind. Dies ist graduell schwieriger, je mehr stimmberechtigte Mitglieder die Gesellschaft hat. Auf der anderen Seite kann – wie oben dargestellt – gerade in Fällen, in denen sich eine Bürgerenergiegesellschaft nur aus wenigen natürlichen Personen (und zusätzlichen Gesellschaften) zusammensetzt, der Wegzug oder der Tod eines lokal verankerten Gesellschafters gravierende Folgen für das Stimmrechtsverhältnis haben⁸⁸.

5. Bürgerenergiegesellschaft als Dachzusammenschluss

Unter besonderen und in § 3 Nr. 15 2. Halbsatz genannten Voraussetzungen können auch Personengesellschaften und juristische Personen eine Bürgerenergiegesellschaft bilden, ohne dass die entstehende (Dach-)Bürgerenergiegesellschaft die Anforderungen nach lit. a) bis c) selbst erfüllen muss. Dies ist aber nur für den Fall eines Zusammenschlusses von „*mehreren juristischen Personen oder Personengesellschaften zu einer Gesellschaft*“ möglich, wenn jede einzelne der sich zusammenschließenden juristischen Personen oder Personengesellschaften jeweils für sich die Anforderungen an eine Bürgerenergiegesellschaft nach § 3 Nr. 15 lit. a) bis c) erfüllt⁸⁹. Damit wird letztlich keine Ausnahme von den materiellen Anforderungen statuiert, sondern lediglich eine Vereinfachung bei der Zusammenarbeit verschiedener Bürgerenergiegesellschaften bereitgehalten. Aufgrund dieser Vereinfachung ist innerhalb der „Dachgesellschaft“ z. B. die Stimmrechtsrechtsanzahl nicht auf 10 Prozent beschränkt. Es können sich bspw. zwei (Bürgerenergie-)Gesellschaften zusammenschließen und die Stimmrechte untereinander im Verhältnis 10 zu 90 Prozent aufteilen.

Erforderlich für die Gründung einer Gesellschaft i. S. d. 2. Halbsatzes ist, dass die sich zusammenschließenden juristischen Personen oder Personengesellschaften bereits zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses als Gesellschaften bestehen und nicht erst durch den Zusammenschluss gegründet werden und als diese Gesellschaften die Voraussetzungen nach § 3 Nr. 15 lit. a) bis c) erfüllen. Dies ergibt sich aus der Formulierung in lit. a) bis c):

⁸⁷ Dazu unter E.

⁸⁸ Zu den Folgen siehe unter E.

⁸⁹ BT-Drs. 18/8860, S. 185.

*„[...] wobei es beim Zusammenschluss von mehreren juristischen Personen oder Personengesellschaften zu einer Gesellschaft ausreicht, wenn jedes der Mitglieder der Gesellschaft die Voraussetzungen nach den Buchstaben a bis c erfüllt, [...]“.*⁹⁰

Im Übrigen gelten auch für die jeweiligen sich zusammenschließenden Gesellschaften in Bezug auf die Bürgerenergieeigenschaft die Voraussetzungen des § 36g (dazu unten).

Besonders komplex können sich die Konstellationen insoweit bei einer GmbH & Co. KG gestalten. Bei der GmbH & Co. KG handelt es sich um eine besondere Form der Kommanditgesellschaft, deren – zumeist alleiniger – Komplementär eine GmbH ist⁹¹. Unternehmensträgerin ist damit die Kommanditgesellschaft und nicht die GmbH⁹², so dass die Regelungen für Personengesellschaften (§§ 161 ff HGB und subsidiär OHG und GbR) zur Anwendung kommen⁹³. Welche Vorgaben in Bezug auf die Bürgerenergieeigenschaft für eine GmbH als Gesellschafterin einer GmbH & Co. KG gelten, hängt davon ab, ob die GmbH & Co. KG im Rahmen einer Umstrukturierung bestehender Gesellschaften entstanden ist oder als „neue“ Gesellschaft gegründet wurde. Wird z. B. eine OHG durch Rechtsformwechsel zu einer KG, der eine bestehende GmbH als Komplementärin beitrifft⁹⁴, schließen sich zwei bestehende Gesellschaften zu einer GmbH & Co. KG zusammen. In diesen Fällen kommt § 3 Nr. 15 2. Halbsatz zur Anwendung und sowohl die GmbH als auch die zuvor bestehende OHG, die in die KG eingelegt wird, müssen je für sich die Voraussetzungen des § 3 Nr. 15 erfüllen. Wird die GmbH & Co. KG durch Gesellschaftsvertrag zwischen einer bestehenden oder zugleich begründeten GmbH als Komplementärin und einzelnen Personen als Kommanditisten errichtet, schließen sich keine bereits bestehenden Gesellschaften zusammen, solange es sich bei den Kommanditisten ihrerseits nicht um Gesellschaften handelt, d. h. sich diese nicht bereits vor der Gründung der GmbH & Co. KG als GbR oder OHG zu einem bestimmten Zweck zusammengeschlossen haben. In letzterem Fall ist nur die GmbH & Co. KG als eine Personengesellschaft an § 3 Nr. 15 zu messen.

6. Ununterbrochene Bürgerenergieeigenschaft

Nach § 36g Abs. 5 Satz 4 muss die Gesellschaft von Gebotsabgabe bis Ende des zweiten auf die Inbetriebnahme folgenden Jahres ununterbrochen die Voraussetzungen einer Bürgerenergiegesellschaft nach § 3 Nr. 15 aufweisen, um in Höhe des Einheitspreises gefördert zu

⁹⁰ Unterstreichungen durch die Autorin.

⁹¹ I. Saenger, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 420 m. w. N.; S. Bergmann in: T. Heidel/A. Schall, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. 2015, § 177 Anhang: GmbH & Co. KG, Rn. 1; I. Saenger, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 420 m. w. N.

⁹² K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 1629.

⁹³ S. Bergmann in: T. Heidel/A. Schall, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. 2015, § 177 Anhang GmbH & Co. KG, Rn. 2.

⁹⁴ Weiterführend zur GmbH & Co. KG vgl. S. Bergmann in: T. Heidel/A. Schall, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. 2015, § 177 Anhang GmbH & Co. KG, Rn. 1 ff.

werden. Damit besteht für Bürgerenergiegesellschaften eine relative Haltefrist von zwei Jahren ab Inbetriebnahme der Anlage. Zudem wird durch die Anforderung der Durchgängigkeit klargestellt, dass Bürgerenergiegesellschaften den Vorteil des sog. Einheitspreises nur über den vollen Zahlungszeitraum von 20 Jahren erhalten, wenn sie von der Gebotsabgabe bis zum Ende des zweiten auf die Inbetriebnahme folgenden Jahres tatsächlich durchgehend die Anforderungen an Bürgerenergiegesellschaften nach § 3 Nr. 15 eingehalten haben⁹⁵. Dementsprechend müssen Bürgerenergiegesellschaften im Rahmen einer Eigenerklärung zu drei Zeitpunkten, bei der Gebotsabgabe, bei Beantragung der Zuordnung und schließlich nach Ablauf des zweiten auf die Inbetriebnahme folgenden Jahres nachweisen, dass sie die Anforderungen an eine Bürgerenergiegesellschaft erfüllen bzw. ununterbrochen erfüllt haben.

Diese Anforderung wurde erst durch das Gesetz zur Änderung der Bestimmungen zur Stromerzeugung aus Kraft-Wärme-Kopplung und zur Eigenversorgung vom 22. Dezember 2016 eingeführt, nachdem mit der Einführung des Einheitspreisverfahrens als zentralem wirtschaftlichen Vorteil für Bürgerenergiegesellschaften in Absatz 5 Satz 1 kurz vor Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens durch den Ausschuss für Wirtschaft und Energie⁹⁶, die missbräuchliche Inanspruchnahme von Privilegien für Bürgerenergiegesellschaften verstärkt Gegenstand energiepolitischer Diskussionen geworden war. Im Mittelpunkt stand u. a. die Frage, wie falsche Anreize zu strategischem Verhalten vermieden werden können.

Stellt sich heraus, dass die Anforderungen an eine Bürgerenergiegesellschaft entgegen der Angaben in der Eigenerklärung zum Gebotstermin und/oder bei Stellung des Zuordnungsantrags nicht vorgelegen haben, drohen abhängig von den Umständen des Einzelfalles unterschiedliche Sanktionen⁹⁷.

7. Umgehungsschutz

Um sicherzustellen, dass die Voraussetzungen des § 3 Nr. 15 tatsächlich erfüllt werden, hat der Gesetzgeber spezielle Vorkehrungen getroffen, die eine Umgehung verhindern sollen:

a) Nichtvorliegen von Umgehungsgeschäften als Bestandteil der Eigenerklärung

Zum einen müssen Bürgerenergiegesellschaften erklären, dass weder die Gesellschaft noch deren Mitglieder oder Anteilseigner weder vor der Gebotsabgabe⁹⁸ noch vor der Antragstellung, also vor der Erteilung und Zuordnung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung, Umgehungsverträge⁹⁹, sog. „Strohmanngeschäfte“, abgeschlossen haben. Im Einzelnen umfasst eine solche Erklärung die Aussage, dass zu keinem der benannten Zeitpunkte Verträge

⁹⁵ BT-Drs. 18/10668, S. 164.

⁹⁶ Ausschussdrucksache 18(9)914 vom 06.07.2016, S. 69.

⁹⁷ Dazu unter E.

⁹⁸ § 36g Abs. 1 Nr. 3a 2. Halbsatz.

⁹⁹ § 36g Abs. 3 Satz 4 Nr. 3a 2. Halbsatz.

über eine zukünftige Übertragung der Anteile oder Stimmrechte oder sonstige Absprachen zur Umgehung der Voraussetzungen nach § 3 Nr. 15 getroffen worden sind, die dazu führen, dass die Voraussetzungen nach § 3 Nr. 15 zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr erfüllt sind oder umgangen werden.

Eine entsprechende Erklärung ist – wie auch zu der ununterbrochen vorliegenden Anforderung einer Bürgerenergiegesellschaft – zum Gebotstermin, zum Antrag auf Zuordnung des Zuschlags als auch zum Ende des zweiten auf die Inbetriebnahme folgenden Jahres vorzulegen. Im Falle der Nichtvorlage oder Verspätung folgt je nach Verfahrensstand entweder der Ausschluss vom Zuschlagsverfahren¹⁰⁰ oder die Entwertung des Zuschlags nebst Pönale¹⁰¹. Oder der Zuschlag für den gesamten Förderzeitraum, d. h. ab Inbetriebnahme, fällt auf den Gebotswert zurück, wenn eine entsprechende Erklärung nicht innerhalb von zwei Monaten nach Ablauf des zweiten auf die Inbetriebnahme folgenden Jahres erbracht wird¹⁰².

In Fällen, in denen entsprechende Vereinbarungen getroffen worden sind, stehen der Bundesnetzagentur – je nach den Umständen des Einzelfalles – unterschiedliche Sanktionsmöglichkeiten zur Verfügung¹⁰³.

b) Zustimmung der Bürgerenergiegesellschaft zu Vereinbarungen mit Dritten

§ 36g Abs. 6 legt fest, welche Geschäfte einzelner Mitglieder oder Anteilseigner mit Dritten zustimmungsbedürftig sind (Satz 1) und in welchen Fällen die Bürgerenergiegesellschaft nicht zustimmen darf (Satz 2). Nach Absatz 6 Satz 1 bedürfen Vereinbarungen in Verträgen oder Absprachen von Mitgliedern oder Anteilseignern, die

- vor der Inbetriebnahme eingegangen worden sind (Nummer 1) und
- durch die Mitglieder oder Anteilseigner zur Übertragung der Anteile oder Stimmrechte nach der Inbetriebnahme oder zu einer Gewinnabführung nach der Inbetriebnahme verpflichtet werden (Nummer 2),

der Zustimmung der Bürgerenergiegesellschaft. Gleichzeitig bestimmt Satz 2, dass nicht zugestimmt werden darf, wenn durch die Vereinbarung die Anforderungen an eine Bürgerenergiegesellschaft nach der Inbetriebnahme nicht mehr erfüllt sind oder umgangen werden¹⁰⁴. Der Absatz 6 gehört zu einer Reihe von Regelungen, die Umgehungsmöglichkeiten in Hinblick auf die Voraussetzungen des § 3 Nr. 15 unterbinden und falsche Anreize zu strategischem Verhalten und den Abschluss von sog. Strohmanngeschäften oder Gewinnabführungsverträgen verhindern sollen¹⁰⁵. Er wurde erst mit dem Gesetz zur Änderung der Best-

¹⁰⁰ § 33 Abs. 1 Nr. 1.

¹⁰¹ § 35a Abs. 1 Nr. 3, § 55 Abs. 2 Satz 2, § 36g Abs. 3 Satz 3.

¹⁰² BT-Drs. 18/10668, S. 164.

¹⁰³ Dazu unter E.

¹⁰⁴ BT-Drs. 18/10668, S. 164.

¹⁰⁵ BT-Drs. 18/10668, S. 141.

immungen zur Stromerzeugung aus Kraft-Wärme-Kopplung und zur Eigenversorgung vom 22. Dezember 2016 eingeführt und im Rahmen dieses Gesetzgebungsverfahrens erst ganz am Ende durch die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie am 14. Dezember 2016 neu in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht¹⁰⁶. Bis auf die Klarstellung, dass unter die Vorschrift keine Verträge mit Banken oder anderen Kreditinstituten fallen, die nur der Finanzierung der Projekte dienen und eine entsprechende Übertragung im Fall des Kreditausfalls und eine reine Zinszahlung vorsehen,¹⁰⁷ sowie dem Hinweis, dass die Norm der Verhinderung von Umgehungsgeschäften und sog. Strohmannsgeschäften dient¹⁰⁸, enthält die Gesetzesbegründung zu Absatz 6 keine weiteren Ausführungen. Vor diesem Hintergrund lassen sich einige Fragen nur aus dem Gesamtzusammenhang der Regelungen zu Bürgerenergiegesellschaften beantworten bzw. es verbleibt eine gewisse Restunsicherheit, wie bestimmte Voraussetzungen zu verstehen sind.

aa) Zustimmungserfordernis

Dazu gehört u. a. die Frage, was mit der Formulierung „bedürfen der Zustimmung“ gemeint und intendiert ist. Zunächst ist festzustellen, dass der Begriff der Zustimmung im EEG zwar verwendet, aber nicht definiert wird. Daher stellt sich die Frage, ob auf die allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen in §§ 182 ff BGB zurückzugreifen ist. Der Zustimmungsbegriff wird nämlich ersichtlich ohne jede Einschränkung oder Erweiterung verwendet: Einerseits wird damit zwar nicht ausdrücklich auf § 182 BGB verwiesen; andererseits bestimmt Satz 1 aber auch nicht, ob und wie das Zustimmungserfordernis etwa im Gesellschaftsvertrag umgesetzt werden soll. Insbesondere fehlt – anders als bei Anwendung des § 182 BGB – eine Rechtsfolge für den Fall, dass die Zustimmung nicht erteilt worden ist. Vor diesem Hintergrund kommen, um den spärlichen Wortlaut sinnvoll mit Leben zu füllen, zwei Lesarten in Betracht:

Wäre für die Wirksamkeit von Vereinbarungen mit Dritten eine Zustimmung nach § 182 BGB erforderlich, würde das Geschäft unter den Vorbehalt der Zustimmung der Bürgerenergiegesellschaft gestellt, denn bei einer Zustimmung handelt es sich um eine Einverständniserklärung zu dem von einem anderen vorgenommenen Rechtsgeschäft. Sie ist damit Wirksamkeitsvoraussetzung für das Hauptgeschäft¹⁰⁹ und kann u. a. dazu dienen, Rechte oder rechtlich geschützte Interessen des Zustimmungsberechtigten, in dessen Sphäre das Rechtsgeschäft eingreift, zu schützen¹¹⁰. Insoweit wären Vereinbarungen, die durch Mitglieder oder Anteilseigner der Bürgerenergiegesellschaft zur Übertragung der Anteile oder Stimmrechte oder zu einer Gewinnabführung mit Dritten getroffen würden und die sich auf die Zusammensetzung und damit das Bestehen einer Bürgerenergiegesellschaft auswirken könnten,

¹⁰⁶ BT-Drs. 18/10668, S. 1.

¹⁰⁷ BT-Drs. 18/10668, S. 164.

¹⁰⁸ BT-Drs. 18/10668, S. 164.

¹⁰⁹ J. Ellenberger in: Palandt, BGB Kommentar, 76. Aufl. 2017, Einf v § 182, Rn. 3.

¹¹⁰ J. Ellenberger in: Palandt, BGB Kommentar, 76. Aufl. 2017, Einf v § 182, Rn. 5.

ohne (nachträgliche) Genehmigung oder (vorherige) Einwilligung der Bürgerenergiegesellschaft unwirksam bzw. zunächst schwebend unwirksam. Risikobehaftete Geschäfte mit Dritten könnten damit ohne Zustimmung der Bürgerenergiegesellschaft nicht wirksam abgeschlossen werden. Das Zustimmungserfordernis für die Wirksamkeit bestimmter Rechtsgeschäfte ist dem Gesellschaftsrecht nicht fremd. Für die GbR bzw. BGB-Gesellschaft als Grundform der Personengesellschaft gilt der Grundsatz, dass ein Gesellschafter über seine Mitgliedschaft oder einen Teil davon nur mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter verfügen kann¹¹¹ und dass die Übertragung erst mit Zustimmung des letzten Gesellschafters wirksam wird¹¹². Durch den Absatz 6 Satz 1 würde dieses Prinzip¹¹³ zum einen inhaltlich erweitert¹¹⁴ als auch auf andere Gesellschaftsformen übertragen¹¹⁵. Im Ergebnis hinge damit die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts, das von Mitgliedern oder Anteilseignern mit Dritten geschlossen wurde, von der Zustimmung der Bürgerenergiegesellschaft ab. Fehlt eine entsprechende Zustimmung und stellt sich zu einem späteren Zeitpunkt heraus, dass ein Mitglied oder Anteilseigner eine Vereinbarung getroffen hat, die zustimmungspflichtig gewesen wäre, könnte sich die Bürgerenergiegesellschaft auf die Unwirksamkeit der Vereinbarung berufen. Ob und inwieweit sie damit erfolgreich wäre, hängt jedoch von den Umständen des Einzelfalles ab. U. a. wird es darauf ankommen, ob und inwieweit die Vereinbarung mit einem Dritten in der Praxis bereits umgesetzt wurde, denn eine Zustimmung kann auch durch schlüssiges Handeln, wie z. B. einer Anerkennung des Rechtsgeschäfts erfolgen¹¹⁶. Für einen „Investor“, der z. B. mit einem „Strohmann“ vereinbart, dass dieser als Kommanditist im Rahmen einer GmbH & Co. KG tätig wird, weil er in dem Landkreis, in dem die Windenergieanlage errichtet werden soll, mit seiner Wohnung gemeldet ist und ihm die dafür notwendigen Geldmittel zur Verfügung stellt, besteht damit das Risiko, dass die mit dem „Strohmann“ getroffenen Vereinbarungen unwirksam sind und er im Zuge einer drohenden Rückabwicklung der Vertragsbeziehung z. B. auf Grundlage der §§ 812 ff BGB einen wirtschaftlichen Verlust erleidet¹¹⁷. Im Ergebnis würde durch die Anwendung des § 182 BGB der Abschluss von

¹¹¹ H. Sprau in: Palandt, BGB Kommentar, 76. Aufl. 2017, § 719, Rn. 6.

¹¹² H. Sprau in: Palandt, BGB Kommentar, 76. Aufl. 2017, § 719, Rn. 6a.

¹¹³ Von dem durch Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag bis zu einem bestimmten Grad abgewichen werden darf.

¹¹⁴ Z. B. erstreckt sich das Zustimmungserfordernis damit auch auf Abreden zur Gewinnabführung, die in dieser Form nicht von den §§ 705 BGB umfasst sind.

¹¹⁵ Zum einen gilt das Zustimmungserfordernis damit ohne weitere Voraussetzungen für GmbH & Co. KG als auch für Kapitalgesellschaften.

¹¹⁶ J. Ellenberger in: Palandt, BGB Kommentar, 76. Aufl. 2017, § 182, Rn. 3.

¹¹⁷ Die zivilrechtlichen Folgen eines „Strohmannsgeschäfts“ können vorliegend nicht im Einzelnen dargestellt werden, denn sie hängen maßgeblich von der Ausgestaltung des jeweiligen Einzelfalles und den damit korrespondierenden komplexen zivilrechtlichen Vorschriften ab. So kommt es z. B. darauf an, was die Parteien vereinbart haben und auf welche Weise ein „Investor“ ein solches Geschäft finanziert. Erhält z. B. der „Strohmann“ einen Geldbetrag, den er in Form eines Geschäftsanteils anlegt stellt sich die Frage, wie eine Rückabwicklung i. S. d. §§ 812 ff BGB auszusehen hat, wenn der Strohmann über den Geschäftsanteil mangels Zustimmung der Bürgerenergiegesellschaft nicht verfügen kann und sich beide Parteien bei Abschluss der Vereinbarung über die

Umgebungsgeschäften ohne Zustimmung der Bürgerenergiegesellschaft in erheblichem Maße erschwert.

Demgegenüber könnte Satz 1 aber auch bloß als Warnmechanismus für alle Mitglieder und Anteilseigner von Bürgerenergiegesellschaften verstanden werden, der zur Transparenz innerhalb der Bürgerenergiegesellschaft beiträgt und – etwa als bloße inhaltliche Vorgabe für die Gestaltung des Gesellschaftsvertrages – per se keine konstitutiven Auswirkung auf eine Vereinbarung mit Dritten hat. Auch ohne direkten Einfluss auf die Wirksamkeit der Vereinbarung wären die übrigen Mitglieder und Anteilseigner immerhin gewarnt, dass z. B. durch die Übertragung von Anteilen auf einen Dritten, der nicht im Landkreis gemeldet ist, die Voraussetzungen nach § 3 Nr. 15 nicht mehr erfüllt werden. So kann die Bürgerenergiegesellschaft zumindest die Abgabe einer wahrheitswidrigen Eigenerklärung vermeiden. Darüber hinaus kann die Gesellschaft ggf. Ansprüche aus der Verletzung des Gesellschaftsvertrages geltend machen. Verhindern könnte sie die Übertragung von Geschäftsanteilen oder ähnlichem jedoch nicht. Fehlt eine Zustimmung, weil das Geschäft ohne Kenntnis der Bürgerenergiegesellschaft vorgenommen wurde, und erfährt sie davon erst später, wird sie u. U. bereits eine wahrheitswidrige Eigenerklärung in Bezug auf das Vorliegen von § 3 Nr. 15 bzw. § 36g Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 lit. a) und Abs. 3 Satz 4 Nr. 3 lit. a) abgegeben haben. Je nach Zeitpunkt (Gebot, Zuordnungsentscheidung oder nach Ablauf der Haltefrist) greift entweder die Sonderregelung des § 36g Abs. 5 Satz 4 und die Bürgerenergiegesellschaft fällt auf den Gebotswert zurück oder es droht die Rücknahme des Gebots bzw. der Zuordnung nach § 48 VwVfG¹¹⁸. Bei dieser Leseart des Satzes 1 verbliebe ein erhebliches Risiko bei der Bürgerenergiegesellschaft bzw. deren Mitgliedern und Anteilseignern. Dem könnte zwar durch Haftungsregelungen im Gesellschaftsvertrag¹¹⁹ begegnet werden; in Anbetracht der hohen Investitionsbeträge bei der Umsetzung eines Windenergieprojekts und der für die Investitionsentscheidung relevanten Summen¹²⁰ drohen diese im Falle einer Insolvenz des „Strohmannes“ jedoch ins Leere zu gehen.

Im Ergebnis soll durch die Regelung verhindert werden, dass andere als die in § 3 Nr. 15 beschriebenen lokal verankerten Bürgerenergiegesellschaften von den Sondervorschriften in § 36g profitieren. Die Norm soll unterbinden, dass Bürgerenergiegesellschaften nur zum Schein gegründet und dadurch im Ergebnis Akteursvielfalt und Akzeptanz sowie dann mittelbar die Ausbauziele von Windenergie an Land gefährdet werden.

Grundsätzlich sind hier sicher beide Lesearten möglich und plausibel, wobei eine Anwendung des § 182 BGB stärker dazu geeignet wäre, Umgebungsgeschäfte am effektivsten zu verhindern, was im Sinne einer Missbrauchsvorbeugung bei der Nutzung der akteursvielfalts-

Umstände im Klaren waren. U. a. wird § 819 BGB, der eine verschärfte Haftung bei Kenntnis und bei Gesetzes- oder Sittenverstoß vorsieht sowie ggf. der Einwand der Entreicherung § 818 Abs. 3 BGB zu berücksichtigen sein.

¹¹⁸ Dazu unter E. V.

¹¹⁹ Zusätzlich zu den geltenden gesetzlichen Haftungsregelungen.

¹²⁰ Dabei geht es nicht nur um die Differenz zwischen Gebots- und Einheitspreis, sondern auch um den drohenden Wegfall der gesamten Förderung.

und akzeptanzsichernden Handlungsform Bürgerenergiegesellschaft wohl die Intention des Gesetzgebers war. Selbstverständlich sind Bürgerenergiegesellschaften nicht gehindert und wohl auch gut beraten, die Wirksamkeit von Geschäften mit Dritten vorsichtshalber auch immer im Gesellschaftsvertrag von der Zustimmung abhängig zu machen.

bb) Verbotsgesetz und Nichtigkeit

Des Weiteren ist zu klären, ob es sich bei Satz 2 um ein Verbotsgesetz i. S. v. § 134 BGB¹²¹ handelt und – wenn dies der Fall ist – eine Zustimmung der Bürgerenergiegesellschaft, die sich auf eine Übertragung der Anteile oder Stimmrechte bezieht, durch die nach der Inbetriebnahme die Voraussetzungen nach § 3 Nr. 15 nicht mehr erfüllt wären oder umgangen würden, nichtig ist. Wenn dem so wäre, könnte die Bürgerenergiegesellschaft also auch mit einer Zustimmung, die eigentlich gar nicht hätte erteilt werden dürfen, nichts falsch machen – jedenfalls soweit die Wirkung des Verbotsgesetzes zur Nichtigkeit der inkorrekten Zustimmung führt.

cc) Verbotsgesetz

Verbotsgesetze sind alle inländischen Rechtsnormen, die grundsätzlich mögliche rechtsgeschäftliche Regelungen wegen ihres Inhalts oder wegen der Umstände ihres Zustandekommens untersagen, d. h. das Rechtsgeschäft als solches missbilligen¹²². Während einige Gesetzestexte die Formulierung „verboten“ enthalten und damit eindeutig als Verbotsgesetz identifiziert werden können, muss in anderen Fällen durch Auslegung ermittelt werden, ob es sich um ein Verbotsgesetz handelt; dabei ist auf den Sinn und Zweck des Gesetzes abzustellen¹²³. Da der Wortlaut des Satzes 2 lediglich die Formulierung „*darf nicht*“ enthält, kommt es hier auf den Sinn und Zweck der Vorschrift an. Die Gesetzesbegründung zu Satz 2 enthält zu dieser Frage wenig. Sie geht kaum über den gesetzlichen Wortlaut hinaus:

„Diese Zustimmung nach Absatz 6 Satz 1 darf nach dem neuen Absatz 6 Satz 2 nicht erteilt werden, wenn die vertragliche Vereinbarung dazu führt, dass die Anforderungen an die Bürgerenergiegesellschaft nach der Inbetriebnahme nicht mehr erfüllt oder umgangen werden.“¹²⁴

Insoweit kann auch hier nur auf den Zweck des Absatzes 6 zurückgegriffen werden, den Missbrauch durch nur zum Schein gegründete Bürgerenergiegesellschaften zu unterbinden und die Erleichterungen des § 36g ausschließlich lokal verankerten Bürgerenergiegesellschaften vorzubehalten, damit im Ergebnis Akteursvielfalt und Akzeptanz gefördert und die

¹²¹ § 134 BGB lautet: „Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.“

¹²² R. Sack/M. Seibl in: Staudinger BGB Kommentar 2011, § 134 Rn. 30; J. Ellenberger in: Palandt, BGB Kommentar, 76. Aufl. 2017, § 134 Rn. 2 ff m. w. N.

¹²³ BGHZ 85, 39, 43.

¹²⁴ BT-Drs. 18/10668, S. 142.

Ausbauziele von Windenergie an Land erreicht werden. In diesem Sinne kommt auch dem Satz 2 erhebliche Bedeutung zu. Zwar dürften Fälle, in denen die Beteiligten die Zustimmung wider besseres Wissen erteilen, auch von strafrechtlicher Relevanz sein, wenn die Gesellschaft den Einheitspreis erhält. Dadurch wären jedoch die unmittelbaren zivilrechtlichen Folgen nicht geklärt und für zentrale Fragen käme es u. U. auf den Ausgang eines Strafverfahrens an. Aufgrund der Zielsetzung des Gesetzgebers und der hohen Bedeutung eines Verstoßes für das Fördersystem des EEG ist Satz 2 nicht nur als Warnhinweis oder Ausdruck der Missbilligung, sondern als Verbotsgesetz auszulegen.

dd) Nichtigkeit

Fraglich ist, welche Rechtsfolge mit einem Verstoß gegen Satz 2 verbunden ist, denn nach § 134 BGB führt die Zuwiderhandlung gegen eine Verbotsnorm nicht automatisch zur Nichtigkeit des verbotenen Rechtsgeschäfts. Voraussetzung ist vielmehr, dass sich aus dem Gesetz „*nichts anderes*“ ergibt. Insoweit enthält § 134 BGB einen Normzweckvorbehalt¹²⁵. Das bedeutet, dass immer zu prüfen ist, ob die Nichtigkeitssanktion des § 134 BGB dem Sinn und Zweck der verletzten Norm entspricht¹²⁶. Im Ergebnis ist damit stets die konkrete Verbotsnorm maßgeblich für die Nichtigkeitsfolge. Eine Auslegung ist nur dann entbehrlich, wenn in der Verbotsnorm bereits eine eigene Rechtsfolge für den Verstoß vorgesehen ist, denn in diesen Fällen bleibt für die Nichtigkeitsfolge aus § 134 BGB kein Raum. Da § 36g Abs. 6 jedoch keine eigene Rechtsfolge wie z. B. Unwirksamkeit oder Anfechtbarkeit enthält, kommt es auf den Sinn und Zweck des Satzes 2 an.

Im Rahmen der Auslegung wird grundsätzlich danach unterschieden, ob es sich um ein einseitiges oder ein beiderseitiges Verbotsgesetz handelt¹²⁷. Diese Unterscheidung ist im vorliegenden Fall erheblich, da es sich bei einer Zustimmung um eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung handelt¹²⁸, mit der Folge, dass die Kriterien für ein einseitiges Rechtsgeschäft zur Anwendung kommen. Während für beiderseitige Verbotsgesetze der Grundsatz gilt, dass ein Verstoß i. d. R. zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts führt¹²⁹, bleibt das verbotswidrige einseitige Geschäft i. d. R. gültig¹³⁰. Dabei handelt es sich jedoch nur um allgemeine Grundsätze, die nach Auffassung der Rechtsprechung einen Rückgriff auf den Sinn und Zweck nicht entbehrlich machen¹³¹. Für die Beantwortung der Frage, ob eine gegen das Ver-

¹²⁵ Weiterführend zur Entstehungsgeschichte des Normzweckvorbehalts und des Streitstands zu der Funktion von § 134 BGB *R. Sack/M. Seibl* in: Staudinger BGB Kommentar 2011, § 134 Rn. 57 ff m. w. N.

¹²⁶ Vgl. neuere Rechtsprechung des BGH, erläutert und m. w. N in *R. Sack/M. Seibl* in: Staudinger BGB Kommentar 2011, § 134 Rn. 61.

¹²⁷ *J. Ellenberger* in: Palandt, BGB Kommentar, 76. Aufl. 2017, Einf v § 134, Rn. 8.

¹²⁸ *J. Ellenberger* in: Palandt, BGB Kommentar, 76. Aufl. 2017, Einf v § 182, Rn. 3.

¹²⁹ Ständige Rechtsprechung, ausführlich dazu *R. Sack/M. Seibl* in: Staudinger BGB Kommentar 2011, § 134 Rn. 71.

¹³⁰ BGHZ 46, 26, 78, 271, 89, 373; st. Rspr. *J. Ellenberger* in: Palandt, BGB Kommentar, 76. Aufl. 2017, § 134 Rn. 9.

¹³¹ Vgl. *R. Sack/M. Seibl* in: Staudinger BGB Kommentar 2011, § 134 Rn. 57 ff m. w. N.

bot in Satz 2 erteilte Zustimmung nichtig ist, muss demnach trotz der Einseitigkeit der Zustimmung eine Abwägung erfolgen¹³². Bei der Abwägung ist z. B. zu berücksichtigen, ob es mit dem Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes unvereinbar wäre, die durch das Rechtsgeschäft getroffene rechtliche Regelung hinzunehmen und bestehenzulassen.

Auf dieser Grundlage hätte – im Falle, dass sie Kenntnis davon erlangte – zunächst die Bundesnetzagentur als für die Prüfung der Bürgerenergiegesellschafts-Eigenschaften zuständige Behörde abzuwägen, ob die verbotswidrige Zustimmung einer Bürgerenergiegesellschaft zu einem Geschäft, das zum Wegfall der Bürgerenergieeigenschaft führen würde, nichtig ist oder nicht. Dabei wird von ihr einzubeziehen sein, dass Absatz 6 dazu dienen soll, Umgehungsgeschäfte und sog. Strohmannesgeschäfte zu verhindern und dass durch die Nichtigkeit der Zustimmung ein Rechtsgeschäft, durch das die Voraussetzungen des § 3 Nr. 15 entfallen oder umgangen würden, in Zusammenspiel mit Satz 1 unwirksam bliebe. Im Ergebnis wäre es damit Mitgliedern oder Anteilseignern vor Inbetriebnahme weder mit (verbotswidriger) noch ohne Zustimmung der Bürgerenergiegesellschaft möglich, wirksam über Anteile oder Stimmrechte zu verfügen oder sich zu einer Gewinnabführung nach der Inbetriebnahme zu verpflichten, wenn dadurch nach der Inbetriebnahme die Voraussetzungen nach § 3 Nr. 15 entfielen oder umgangen würden. Durch Absatz 6 hätte der Gesetzgeber damit nicht nur eine strukturelle Absicherung gegen Verfügungen einzelner Mitglieder oder Anteilseigner geschaffen; zusätzlich würde das öffentliche Interesse an dem Bestand von Bürgerenergiegesellschaften bis zum Ende der Haltefrist verbunden mit einer 20-jährigen Förderung in Höhe des Einheitspreises durch Satz 2 geschützt. Insoweit würde die Nichtigkeitssanktion maßgeblich zur Verhinderung von Umgehungsgeschäften und sog. Strohmannesgeschäften beitragen, was dem Sinn und Zweck des Absatzes 6 entspricht und als gewichtiges Argument für die Anwendung der Nichtigkeitsfolge zu werten ist.

Käme die Bundesnetzagentur zu dem Ergebnis, dass die Zustimmung trotz Verbotswidrigkeit wirksam ist und damit auch die Vereinbarung mit Dritten Bestand hat, ist für die Rechtsfolge nach dem Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung zu differenzieren. Wurde bereits bei der Abgabe des Gebots eine wahrheitswidrige Erklärung abgegeben, weil die Vereinbarung schon vor Gebotsabgabe abgeschlossen wurde, muss die Bundesnetzagentur entscheiden, ob sie den Zuschlag aufgrund von Rechtswidrigkeit nach § 48 VwVfG zurücknimmt, da die Voraussetzungen für seine Erteilung nicht vorgelegen haben. Wurde die Vereinbarung nach Zuschlagserteilung aber vor dem Antrag auf Zuordnung getroffen, wäre die Erklärung, die nach § 36g Abs. 3 Satz 4 Nr. 3 lit. a) abgegeben wurde, wahrheitswidrig. Auch in diesem Fall stünde eine Rücknahme nach § 48 VwVfG im Raum, da dann die Voraussetzungen für eine Zuordnung nicht vorgelegen hätten¹³³.

Fraglich ist allerdings, welche Auswirkungen mit einer Vereinbarung, die nach dem Antrag auf Zuordnung getroffen wird, verbunden wären, denn im Rahmen der Eigenerklärung, die

¹³² R. Sack/M. Seibl in: Staudinger BGB Kommentar 2011, § 134 Rn. 57 ff m. w. N.

¹³³ Dazu unter E.

nach Absatz 5 Satz 5 nach Ablauf des zweiten auf die Inbetriebnahme folgenden Kalenderjahres abzugeben ist, müssen in Bezug auf Vereinbarungen, die mit Dritten geschlossen worden sind, keine Angaben gemacht werden:

„Bürgerenergiegesellschaften müssen gegenüber dem Netzbetreiber spätestens zwei Monate nach Ablauf der Frist nach Satz 4 durch Eigenerklärung nachweisen, dass die Gesellschaft von der Gebotsabgabe bis zum Ende des zweiten auf die Inbetriebnahme der Anlage folgenden Jahres ununterbrochen eine Bürgerenergiegesellschaft nach § 13 Nummer 15 war [...].

Da der Gesetzgeber Umgehungsgeschäfte im Gegensatz zu den Eigenerklärungen bei Gebotsabgabe und Stellung des Zuordnungsantrags nicht zum Bestandteil der „dritten“ Eigenerklärung gemacht hat, ist davon auszugehen, dass sie nicht erfasst sein und damit auch keine Auswirkungen haben sollen.

Die Entscheidung der Bundesnetzagentur zur Nichtigkeitsfolge aus Satz 2 wäre gerichtlich überprüfbar. Zu welchem Ergebnis eine gerichtliche Abwägung unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck des Satzes 2 käme, lässt sich nicht voraussagen. Bürgerenergiegesellschaften sollten sich also bei der Zustimmungsentscheidung nicht darauf verlassen, dass im Zweifel die Nichtigkeitsfolge des Verbotsgesetzes greift und sie – egal wie sie sich verhalten – nichts falsch machen können.

ee) Anforderungen an die Zustimmung

Absatz 6 enthält keinerlei nähere Vorgaben zum Zustimmungsverfahren. Zu klären ist deshalb, auf welche Weise und durch wen bzw. durch wie viele Mitglieder oder Anteilseigner der Bürgerenergiegesellschaft bestimmten Vereinbarungen in Verträgen oder Absprachen mit Dritten zugestimmt werden muss.

Zunächst ist festzustellen, dass der Wortlaut des Absatzes 6 – anders als z. B. bei der Beteiligung der Mitglieder oder Gesellschafter an anderen Windenergieprojekten in § 36g Abs. 1 Nr. 3 lit. b) – nicht auf die Stimmberechtigung abstellt und demzufolge auch die Zustimmung nicht stimmberechtigter Mitglieder oder Anteilseigner erforderlich sein könnte. Dagegen spricht jedoch, dass die Ausrichtung der Vorschriften nicht übereinstimmt: Während Absatz 1 sicherstellen soll, dass ortsansässige natürliche Personen mitbestimmen können, schafft das Zustimmungserfordernis in Absatz 6 in Bezug auf bestimmte Transaktionen mehr Transparenz und erschwert damit Umgehungs- und sog. Strohmangengeschäfte. Darüber hinaus könnte die Einführung eines Zustimmungserfordernisses für nicht stimmberechtigte Mitglieder und Anteilseigner als zusätzliche Pflicht bzw. zusätzliches Recht mit gesellschaftsrechtlichen Vorgaben kollidieren. Demzufolge ist davon auszugehen, dass sich die Zustimmungspflicht nur auf stimmberechtigte Mitglieder und Anteilseigner bezieht.

Mangels spezialgesetzlicher Regelungen in Absatz 6 ist für das Zustimmungsverfahren auf die Vorgaben des allgemeinen Zivilrechts bzw. des Gesellschaftsrechts zurückzugreifen. Die-

se können je nach den für die Gesellschaftsform geltenden gesetzlichen Bestimmungen und Gesellschaftsverträgen voneinander abweichen. Insoweit kommt es auf die Umstände des Einzelfalles an, die hier schlechterdings nicht abgebildet werden können. So sind z. B. der Eintritt und das Ausscheiden eines Gesellschafters bei Personengesellschaften, wie der GbR bzw. OHG oder KG¹³⁴, jeweils Änderungen des Gesellschaftsvertrages und bedürfen der Zustimmung aller Gesellschafter. Für die KG¹³⁵ gilt bspw. zunächst § 119 Abs. 1 i. V. m. § 161 Abs. 2 HGB, wonach Beschlüsse der Gesellschafter einstimmig zu fassen sind, sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes regelt. Es wird also darauf ankommen, welches Verfahren und welche Quoren der Gesellschaftsvertrag vorsieht.

ff) Zeitliche Geltung des Zustimmungserfordernisses

In Zusammenhang mit der zeitlichen Geltung des Zustimmungserfordernisses stellt sich die Frage, wie mit Vereinbarungen umzugehen ist, die vor Gründung der Bürgerenergiegesellschaft getroffen werden, da zu diesem Zeitpunkt noch keine Zustimmung der Bürgerenergiegesellschaft möglich ist. Denkbar wäre z. B., dass ein Investor ortsansässige natürliche Personen zu der Gründung einer Bürgerenergiegesellschaft veranlasst und in diesem Zuge mit ihnen bereits eine Vereinbarung im Sinne von Absatz 6 Satz 1 trifft, um sich später die entsprechenden Anteile an der Bürgerenergiegesellschaft übertragen zu lassen. Zwar ließe sich argumentieren, dass die Zustimmung in Form einer Genehmigung i. S. v. § 184 BGB dann spätestens bei der Gründung der Bürgerenergiegesellschaft nachgeholt werden muss. Eindeutig geregelt ist dies jedoch nicht.

Zum anderen ist zu klären, ob das Zustimmungserfordernis auch für Vereinbarungen zur Anwendung kommt, die nach der Antragstellung gemäß Absatz 3 (Zuordnungsantrag) getroffen werden. Zwar umfasst der Wortlaut des Absatzes 6 Satz 1 alle Vereinbarungen vor Inbetriebnahme. Die Eigenerklärung nach Absatz 5 Satz 5, die bis spätestens zwei Monate nach Ablauf der Haltefrist abzugeben ist, verlangt jedoch nur, dass die Gesellschaft von der Gebotsabgabe bis zum Ende des zweiten auf die Inbetriebnahme der Anlage folgenden Jahres ununterbrochen eine Bürgerenergiegesellschaft nach § 3 Nr. 15 war und nicht zusätzlich, wie noch bei der Antragstellung nach Absatz 3 Satz 4 Nummer 3 lit. a), dass auch keine Umgehungsgeschäfte vor Gebotsabgabe und Zuordnungsantrag geschlossen worden sind. Schließt z. B. ein ortsansässiger Anteilseigner zwischen Abgabe des Zuordnungsantrags und Ende der Haltefrist eine Vereinbarung mit einem nicht ortsansässigen Dritten¹³⁶, die vorsieht, dass er gegen Zahlung eines bestimmten Betrages ab Inbetriebnahme sämtliche Gewinne an den Dritten abführt, würden mangels Austausch der Gesellschafter die Voraussetzungen nach § 3 Nr. 15 zum Zeitpunkt der „dritten“ Eigenerklärung vorliegen. Da Umgehungsgeschäfte nach Absatz 5 Satz 5 nicht abgefragt werden, wären auch die Voraussetzungen für den Erhalt des

¹³⁴ Dazu gehört auch die GmbH & Co KG.

¹³⁵ Und damit auch die GmbH & Co KG.

¹³⁶ Und würde durch einen Gesellschafterwechsel die Bürgerenergieeigenschaft entfallen, weil dann nicht mehr 51 Prozent der natürlichen Personen in dem entsprechenden Landkreis mit ihrer Wohnung gemeldet sind.

Einheitspreises erfüllt. Damit würden Umgehungsgeschäfte, die nach Zuordnungsantrag gestellt werden im Verhältnis zu Ereignissen, die zum Wegfall der Bürgerenergieeigenschaft führen, privilegiert.

Würde das Zustimmungserfordernis auch für Vereinbarungen nach Stellung des Zuordnungsantrages gelten, könnte die Bürgerenergiegesellschaft diesem Umgehungsgeschäft sogar zustimmen, ohne dass die Voraussetzungen des § 3 Nr. 15 entfielen. Stimmt die Bürgerenergiegesellschaft nicht zu, kommt es darauf an, ob das Zustimmungserfordernis lediglich als spezialgesetzliche Regelung für den Gesellschaftsvertrag oder als Zustimmung i. S. v. § 182 BGB gelesen wird. Im ersten Fall stünde – je nach Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages – eine Vertragsverletzung im Raum. Wird davon ausgegangen, dass es für die Wirksamkeit der Vereinbarung einer Zustimmung der Bürgerenergiegesellschaft bedarf, wäre die Vereinbarung unwirksam. Dies gilt auch für Fälle, in denen es an einer Zustimmung fehlt, weil die Bürgerenergiegesellschaft vom Anteilseigner nicht über den Abschluss der Vereinbarung mit einem Dritten informiert wurde.

gg) Vereinbarungen für die Zeit nach der Inbetriebnahme

Fraglich bleibt in diesem Zusammenhang auch, auf welchen Zeitraum nach der Inbetriebnahme sich die zustimmungsbedürftigen Vereinbarungen beziehen. Absatz 6 Satz 1 Nummer 2 stellt nämlich zunächst einmal nur auf einen nicht näher bestimmten Zeitraum „nach der Inbetriebnahme“ ab, enthält aber keine zeitliche Begrenzung. Nach dem Wortlaut des Satzes 1 wären demnach auch Vereinbarungen betroffen, die eine Übertragung von Anteilen oder Stimmrechten oder eine Gewinnabführung z. B. sechs Jahre nach der Inbetriebnahme vorsehen. Gleichzeitig gilt aber die Haltefrist nach Absatz 5 Satz 4 lediglich bis Ende des zweiten auf die Inbetriebnahme der Anlage folgenden Jahres. Nach Ablauf der Haltefrist können demzufolge auch Übertragungen vorgenommen werden, die zum Wegfall der Bürgerenergieeigenschaft führen, während dem Wortlaut des Absatzes 6 Satz 1 Nummer 2 zufolge für Vereinbarungen desselben Inhalts, die vor der Inbetriebnahme geschlossen werden, das Zustimmungserfordernis gilt, obwohl mit der Vereinbarung dieselbe Wirkung verbunden ist.

Dabei handelt es sich jedoch nicht um einen Wertungswiderspruch, denn es geht weniger um das in der Zukunft liegende Ereignis als die anfänglich getroffene Vereinbarung. Ziel des Zustimmungserfordernisses ist, den Abschluss von Umgehungsgeschäften zu verhindern und damit gerade in der Anfangsphase bei der Planung sicherzustellen, dass durch die Privilegierungen tatsächlich lokal verankerte Bürgerinnen und Bürgern profitieren und die Akzeptanz für das Windenergieprojekt gesteigert wird. Auch eine Vereinbarung, die sich z. B. auf eine Übertragung der Gesellschaftsanteile weit nach Ablauf der Haltefrist richtet, könnte der Glaubwürdigkeit eines lokalen Projekts abträglich sein.

C. Sonstige Anforderungen für die Teilnahme am Ausschreibungsverfahren und den Förderanspruch

Für eine Teilnahme am Ausschreibungsverfahren müssen Bürgerenergiegesellschaften neben den adressatenbezogenen Voraussetzungen weitere in § 36g normierte Anforderungen erfüllen. Diese betreffen zum einen das Gebotsverfahren (dazu unter I.) als auch die Voraussetzungen für eine Zuordnungsentscheidung (wirksamer Zuschlag) (dazu unter II.), wobei für die Zuordnung die Beteiligung der Standortgemeinde eine besondere Rolle spielt (dazu unter III.).

I. Voraussetzungen für die Gebotsabgabe

Da sich der Gesetzgeber generell für die sog. „späte Ausschreibung“¹³⁷ entschieden hat, wonach nur möglichst fortgeschrittenen Projekten eine Teilnahme ermöglicht werden soll¹³⁸, haben auch Bürgerenergiegesellschaften eine bestimmte Projektreife nachzuweisen.

1. Anforderungen an das vorzulegende Windgutachten

§ 36g Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 sieht vor, dass Bürgerenergiegesellschaften mit dem Gebot anstelle der BImSchG-Genehmigung ein Windgutachten über den zu erwartenden Stromertrag für die geplanten Anlagen und dem Standort, auf dem die Windenergieanlagen geplant sind, vorlegen müssen, das den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht. Mit dieser Voraussetzung soll sichergestellt werden, dass das abgegebene Gebot ernsthaft und belastbar ist¹³⁹.

In § 36g Abs. 1 Satz 2 werden die Anforderungen an das Windgutachten und an die Akkreditierung der Gutachter näher bestimmt. Danach wird die Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik für die Erstellung des Gutachtens vermutet, wenn dabei die Technischen Richtlinien für Windenergieanlagen der „FGW e. V. – Fördergesellschaft Windenergie und andere Erneuerbare Energien“ eingehalten und das Gutachten von einer nach DIN EN ISO IEC 170254 für die Anwendung dieser Richtlinien akkreditierten Institution erstellt worden sind. Die allgemeine Formulierung bedeutet, dass die Akkreditierung nicht nur bei der nationalen Akkreditierungsstelle möglich ist, sondern eine Akkreditierung bei einer im Rah-

¹³⁷ Abgesehen von Bürgerenergiegesellschaften gilt deshalb, dass bei der Abgabe des Gebots bereits eine BImSchG-Genehmigung erteilt worden sein muss.

¹³⁸ BT-Drs. 18/8860, S. 148 ff.

¹³⁹ BT-Drs. 18/8860, S. 213.

men des Multilateralen Abkommens der European Cooperation for Accreditation anerkannten Stelle ausreicht¹⁴⁰.

2. Angabe der geplanten Anlagenanzahl

§ 36g Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 schreibt vor, dass bei Abgabe des Gebots ergänzend zu den Angaben nach § 30 und „abweichend von“¹⁴¹ § 36 Abs. 2 die Zahl der geplanten Anlagen zu benennen ist. Die Beschränkung auf Angaben zur Anlagenanzahl beruht darauf, dass mangels BImSchG-Genehmigung eine Benennung der in § 36 Abs. 2 verlangten Nummer der Genehmigung und ihrer Registrierung nicht erfolgen kann¹⁴². Im Ergebnis stellt die Vorschrift jedoch klar, dass auch Bürgerenergiegesellschaften im Gebotsverfahren die Vorgaben des § 30 zu beachten haben.

§ 30 enthält in erster Linie formale Anforderungen für die Abgabe von Geboten. In Absatz 1 ist aufgeführt, welche Angaben vom Bieter je nach Rechtsform in Bezug auf seine Identität, auf eine Kontaktperson und auf seinen Sitz zu machen sind. Darüber hinaus ist der Energieträger¹⁴³, der in Rede stehende Gebotstermin¹⁴⁴, die Gebotsmenge in Kilowatt ohne Nachkommastellen¹⁴⁵, der Gebotswert in Cent pro Kilowattstunde mit zwei Nachkommastellen (bei Windenergieanlagen an Land in Bezug auf den Referenzstandort nach Anlage 2 Nummer 4)¹⁴⁶, die Standorte der Anlagen, auf die sich das Gebot bezieht, mit Bundesland, Landkreis, Gemeinde, Gemarkung und Flurstücken¹⁴⁷ und der Übertragungsnetzbetreiber¹⁴⁸ anzugeben sind. Im Übrigen sieht § 30 Abs. 2 vor, dass an Ausschreibungsverfahren nur Gebote mit einer Mindestmenge von 750 Kilowatt teilnehmen können.

3. Flächensicherung

Darüber hinaus müssen Bürgerenergiegesellschaften bei der Gebotsabgabe nachweisen, dass eine Flächensicherung für den geplanten Standort stattgefunden hat¹⁴⁹, § 36 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 lit. d). Das Gesetz gibt hier zwei Möglichkeiten vor: Entweder die Bürgerenergie-

¹⁴⁰ BT-Drs. 18/8860, S. 213.

¹⁴¹ Die Formulierung „abweichend von“ wurde zur Klarstellung erst im Rahmen des Gesetzes zur Änderung der Bestimmungen zur Stromerzeugung aus Kraft-Wärme-Kopplung und zur Eigenversorgung vom 22.12.2016 (BGBl. I S. 3106) eingefügt.

¹⁴² BT-Drs. 18/10209, S. 107.

¹⁴³ § 30 Abs. 1 Nr. 2.

¹⁴⁴ § 30 Abs. 1 Nr. 3.

¹⁴⁵ § 30 Abs. 1 Nr. 4.

¹⁴⁶ § 30 Abs. 1 Nr. 5.

¹⁴⁷ § 30 Abs. 1 Nr. 6 1. Halbsatz.

¹⁴⁸ § 30 Abs. 1 Nr. 7.

¹⁴⁹ BT-Drs. 18/8860, S. 213.

gesellschaft ist selbst Eigentümerin der Fläche auf der die Windenergieanlagen an Land errichtet werden sollen, oder sie gibt das Gebot mit Zustimmung des Eigentümers der in Rede stehenden Fläche ab.

4. Erstsicherheit

Nach § 31 Abs. 1 müssen alle Bieter für ihre Gebote bis zum jeweiligen Gebotstermin eine Sicherheit leisten. Die Sicherheit dient dazu, die jeweiligen Forderungen der Übertragungsnetzbetreiber auf Pönalen nach § 55 zu sichern. Außerdem soll die Pflicht zur Leistung einer Sicherheit gewährleisten, dass an der Ausschreibung nur Bieter teilnehmen, die tatsächlich die Absicht haben, ein Projekt zu realisieren¹⁵⁰. Zwar müssen auch Bürgerenergiegesellschaften – wie in § 36a vorgesehen – ebenso wie alle anderen Akteure für jedes Kilowatt installierter Leistung eine Sicherheit in Höhe von 30 Euro erbringen. Sie können die Sicherheitsleistung jedoch in eine Erst- und eine Zweitsicherheit aufteilen. Anstatt zum Gebotstermin bereits den vollen Betrag zu entrichten, reicht es nach § 36g Abs. 2 für Bürgerenergiegesellschaften aus, wenn sie zum Gebotstermin eine Erstsicherheit in Höhe von 15 Euro pro Kilowatt erbringen und erst nach der Erteilung der BImSchG-Genehmigung die Zweitsicherheit für die genehmigten Anlagen bei der Bundesnetzagentur hinterlegen.

Gemäß § 31 Abs. 3 kann die Sicherheit in Form einer Bürgschaft oder als Zahlung eines Geldbetrags auf ein Verwahrkonto der Bundesnetzagentur geleistet werden¹⁵¹. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Bundesnetzagentur die Sicherheiten solange einbehalten darf, bis die Voraussetzungen zur Rückgabe oder zur Befriedigung der Übertragungsnetzbetreiber vorliegen¹⁵². Außerdem werden die auf die Verwahrkonten eingezahlten Beträge nicht verzinst¹⁵³.

Wählt die Bürgerenergiegesellschaft die Bürgschaftsoption, gelten die allgemeinen Vorgaben nach § 31 Abs. 3 Nr. 1, d. h. es muss sich um eine unwiderrufliche, unbedingte und unbefristete Bürgschaft auf erstes Anfordern handeln, die durch ein Kreditinstitut oder einen Kreditversicherer zugunsten des Übertragungsnetzbetreibers ausgestellt wurde. Außerdem muss eine entsprechende Bürgschaftserklärung an die Bundesnetzagentur übergeben worden sein. Weitere formale Anforderungen an die Bürgschaftserklärung und den Bürgen enthält § 31 Abs. 4. Entscheidet sich die Bürgerenergiegesellschaft die Sicherheitsleistung durch Zahlung eines Geldbetrages zu erbringen, hat sie den entsprechenden Betrag auf das Verwahrkonto der Bundesnetzagentur einzuzahlen.

¹⁵⁰ BT-Drs. 18/8860, S. 205.

¹⁵¹ § 31 Abs. 3.

¹⁵² § 31 Abs. 5 Satz 2.

¹⁵³ § 31 Abs. 5 Satz 3.

Zudem verlangt § 31 Abs. 2, dass bei der Leistung der Sicherheit das Gebot, auf das sich die Sicherheit bezieht, eindeutig bezeichnet wird¹⁵⁴, d.h. Bieter müssen darauf achten, dass die Sicherheit eindeutig dem Gebot zugeordnet werden kann.

II. Zuordnung des Zuschlags zum konkreten Standort

Hat eine Bürgerenergiegesellschaft im Gebotsverfahren einen Zuschlag nach Absatz 1 erhalten, bedarf es nach § 36g Abs. 3 zudem einer verbindlichen und dauerhaften Zuordnung des Zuschlags durch die Bundesnetzagentur, denn erst mit dieser Zuordnung liegt ein wirksamer Zuschlag im Sinne von § 22 Abs. 2 Satz 1 vor. Dies ergibt sich aus Absatz 3 Satz 5, der wiederum Voraussetzung für einen Zahlungsanspruch für den in der Anlage erzeugten Strom nach § 19 Abs. 1 ist.

Das zeitliche Auseinanderfallen des Zuschlags und der Zuordnung ist dem Umstand geschuldet, dass Bürgerenergiegesellschaften zum Zeitpunkt der Gebotsabgabe (noch) keine BImSchG-Genehmigung vorlegen müssen und dementsprechend bestimmte Parameter bei Gebotsabgabe noch nicht endgültig feststehen. Aus diesem Grund besteht auch die Möglichkeit, dass Gebot und BImSchG-Genehmigung voneinander abweichen, so dass eine verbindliche und dauerhafte Zuordnung zu einer Windenergieanlage erst nach Genehmigungserteilung erfolgen kann. Umfasst die BImSchG-Genehmigung mehr als die im Gebot genannte Gebotsmenge sieht Absatz 3 Satz 4 vor, dass die Zuordnung höchstens in der Höhe der Gebotsmenge des bezuschlagten Gebots erfolgen kann. Wird weniger als im Gebot bezuschlagt genehmigt, kommt § 36g Abs. 3 Satz 3 zur Anwendung; der Zuschlag erlischt und wird nach § 35a entwertet. Für den Fall, dass mehr als fünf Prozent des bezuschlagten Gebots entwertet werden, fällt eine Pönale in Höhe von 15 Euro pro entwertetem Kilowatt an¹⁵⁵.

Die Zuordnung ist bei der Bundesnetzagentur innerhalb einer bestimmten Frist zu beantragen (dazu unter 1.). Mit dem Antrag sind die Nachweise nach § 36 Abs. 2 zu erbringen (dazu unter 2.). Außerdem muss es sich um den im Gebot angegebenen Landkreis handeln (dazu unter 3.) und die Zweitsicherheit entrichtet worden sein (dazu unter 4.).

1. Antragsfrist

Gemäß § 36g Abs. 3 Satz 2 ist die Zuordnung des Zuschlags zu beantragen und der Antrag innerhalb von zwei Monaten nach Erteilung der BImSchG-Genehmigung bei der Bundesnetzagentur zu stellen. Bei dieser Frist handelt es sich – wie durch den Klammerzusatz deutlich wird – um eine sog. „materielle Ausschlussfrist“. Ausschluss- oder Präklusionsfristen bezeichnen eine Zeitspanne innerhalb derer die Geltendmachung eines Anspruchs möglich ist.

¹⁵⁴ § 31 Abs. 2.

¹⁵⁵ Dazu unter G. 1.

Nach Ablauf dieser Frist kann ein entsprechender Antrag nicht mehr wirksam gestellt oder vervollständigt werden, da ein eventueller Anspruch erloschen ist. Von der Einhaltung der Frist gibt es keine Ausnahmen, d. h. die Behörde – in diesem Fall die Bundesnetzagentur – soll weder die Frist verlängern noch eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewähren können¹⁵⁶.

Stellt eine Bürgerenergiegesellschaft innerhalb von zwei Monaten nach Erteilung der BIm-SchG-Genehmigung keinen Antrag und versäumt damit diese Frist, erlischt der erteilte Zuschlag gemäß § 36g Abs. 3 Satz 2 2. Alt. und der Zuschlag wird von der Bundesnetzagentur nach § 35a Abs. 1 Nr. 1 entwertet. Bei dieser Konstellation fällt übrigens auch nur eine reduzierte Pönale an¹⁵⁷. Anstatt der 30 Euro pro entwertetem Kilowatt beläuft sich die Pönale für Bürgerenergiegesellschaften nach § 55 Abs. 2 Satz 2 lediglich auf die Erstsicherheit (15 Euro pro Kilowatt) multipliziert mit der insgesamt entwerteten Gebotsmenge. Gibt eine Bürgerenergiegesellschaft z. B. ein Gebot für 15 Megawatt ab, werden aber anschließend nur 10 Megawatt genehmigt, beläuft sich die Pönale auf (15.000 Kilowatt – 10.000 Kilowatt) x 15 Euro/Kilowatt = 75.000 Euro¹⁵⁸.

2. Zusätzliche allgemeine Angaben

Ebenso wie von allen anderen Akteuren müssen auch von Bürgerenergiegesellschaften die in § 36 Abs. 2 geforderten Angaben vollständig vorgelegt werden. § 36 Abs. 2 ergänzt die Vorgaben des § 30, der im Rahmen der allgemeinen Ausschreibungsbedingungen in erster Linie formale Anforderungen für die Abgabe von Geboten enthält, so dass auch die jeweilige in Bezug genommene Regelung des § 30 zu berücksichtigen ist.

Nach § 36 Abs. 2 müssen im Gebot die Nummern, unter denen die von der Genehmigung nach dem BImSchG umfassten Anlagen an das Register gemeldet worden sind, oder eine Kopie der Meldung an das Register (Nummer 1), und das Aktenzeichen der Genehmigung sowie die Genehmigungsbehörde und deren Anschrift (Nummer 2), benannt werden. Diese sind ergänzend zu den „personenbezogenen“ Angaben vom Bieter in Bezug auf Identität, Kontaktperson und Sitz sowie zu den in § 30 Abs. 1 Nr. 2 bis 7 gelisteten Informationen im Antrag anzugeben¹⁵⁹.

3. Standort muss im Landkreis bleiben

Voraussetzung für die Zuordnung ist nach § 36g Abs. 3 Satz 4 Nr. 2 zudem, dass die Windenergieanlagen in dem Landkreis errichtet werden sollen, der auch in dem Gebot angegeben

¹⁵⁶ Vgl. zur materiellen Ausschlussfrist BVerwG, Urt. v. 10.12.2013, 8 C 24.12, Rn. 17.

¹⁵⁷ § 55 Abs. 2 Satz 2.

¹⁵⁸ BT-Drs. 18/8860, S. 235.

¹⁵⁹ Zu den einzelnen Anforderungen des § 30 siehe C. I. 2.

wurde. Entscheidend für den Vergleich sind dafür die Angaben in dem Gebot und die in der BlmSchG-Genehmigung festgelegten Koordinaten.

4. Zweitsicherheit

Gemäß § 36g Abs. 3 Satz 4 Nr. 4 ist von Bürgerenergiegesellschaften, die einen Zuschlag erhalten haben (und von denen im Zuge des Gebots die Erstsicherheit geleistet wurde¹⁶⁰), innerhalb von zwei Monaten nach Erteilung der BlmSchG-Genehmigung eine Zweitsicherheit zu entrichten. Ebenso wie die Höhe der Erstsicherheit bestimmt sich die Höhe der Zweitsicherheit aus der zu installierenden Leistung multipliziert mit 15 Euro pro Kilowatt, wobei die Zweitsicherheit niedriger ausfallen kann. Dies gilt für Fälle in denen sich die genehmigte Menge (BlmSchG-Genehmigung) unterhalb der im Gebot benannten und bezuschlagten zu installierenden Leistung bewegt.

Beläuft sich die Differenz auf über fünf Prozent, wird der Zuschlag in entsprechender Höhe entwertet und es fällt eine Strafzahlung in Höhe der geleisteten Erstsicherheit an¹⁶¹. Eine Zweitsicherheit wird für die entwerteten Mengen hingegen nicht fällig.

III. Beteiligung der Standortgemeinde

Eine weitere Voraussetzung für die Zuordnungsentscheidung – ebenfalls erst durch den Ausschuss für Wirtschaft und Energie eingebracht¹⁶² – ist die finanzielle Einbindung der Gemeinde, in der die Windenergieanlage errichtet werden soll, gemäß § 36g Abs. 3 Satz 4 lit. b). Danach müssen Bürgerenergiegesellschaften die Gemeinde, oder eine Gesellschaft, an der diese Gemeinde zu 100 Prozent beteiligt ist, mit 10 Prozent finanziell beteiligen oder ihr wenigstens eine solche Beteiligung anbieten. Eine entsprechende Erklärung ist von den Bürgerenergiegesellschaften im Rahmen der Eigenerklärung zum Zuordnungsantrag nach Abs. 3 Nr. 3 lit. b) gegenüber der Bundesnetzagentur abzugeben¹⁶³. Indem den Standortgemeinden die Möglichkeit geboten wird, von der Ansiedlung von Windenergieanlagen vor Ort materiell zu profitieren, soll die lokale Akzeptanz für den Ausbau von Windenergieanlagen zusätzlich gesteigert werden¹⁶⁴.

¹⁶⁰ Dazu unter C. I. 4.

¹⁶¹ Dazu unter E. IV.

¹⁶² Ausschussdrucksache 18(9)914 vom 06.07.2016, S. 68.

¹⁶³ Dazu unter D II.

¹⁶⁴ Ausschussdrucksache 18(9)914 vom 06.07.2016, S. 392.

1. Rein finanzielle Beteiligung

Anders als in der Definition der Bürgerenergiegesellschaft in § 3 Nr. 15, bei der es auf die Verteilung der Stimmrechte und die daraus resultierenden Mitbestimmungsmöglichkeiten ankommt, reicht es an dieser Stelle aus, dass die Gemeinde oder Gesellschaft, an der diese Gemeinde zu 100 Prozent beteiligt ist,

„[...] eine finanzielle Beteiligung von 10 Prozent an der Bürgerenergiegesellschaft hält oder der entsprechenden Gemeinde [...] eine finanzielle Beteiligung von 10 Prozent an der Bürgerenergiegesellschaft angeboten worden ist, [...]“.

Erforderlich ist mithin nicht, dass die Gemeinde an der Bürgerenergiegesellschaft auch 10 Prozent der Stimmrechte hält. Vielmehr wird bei der Gemeindebeteiligung nur auf die finanzielle Beteiligung ohne entsprechende Stimmberechtigung abgestellt, da ansonsten diese Anforderung dazu führen würde, dass Genossenschaften sie kaum erfüllen könnten¹⁶⁵. Denn nach dem in § 43 Abs. 3 Satz 1 GenG¹⁶⁶ verankerten genossenschaftlichen Demokratieprinzip¹⁶⁷ erhält jedes Genossenschaftsmitglied unabhängig von der Höhe seines Genossenschaftsanteils grundsätzlich¹⁶⁸ nur eine Stimme.

2. Muss ein formales Angebot vorliegen?

Es gibt zwei Möglichkeiten, die Voraussetzung in § 36g Abs. 3 Satz 4 lit. b) zu erfüllen: Entweder dokumentiert die Bürgerenergiegesellschaft im Rahmen der Eigenerklärung, dass die jeweilige Standortgemeinde oder Gesellschaft, an der die Gemeinde zu 100 Prozent beteiligt ist, mit 10 Prozent finanziell beteiligt ist, oder sie dokumentiert, dass die Bürgerenergiegesellschaft der Gemeinde oder ihrer Gesellschaft – wenn auch am Ende erfolglos – eine entsprechende Beteiligung angeboten hat.

Unproblematisch ist die Konstellation, in der zum Zeitpunkt des Antrags auf Zuordnung bereits eine Beteiligung im Umfang von 10 Prozent besteht. Allerdings stellt sich für den Fall, in dem sich die Gemeinde nur in einem geringeren Umfang oder gar nicht beteiligt hat, die Frage, welche Anforderungen eine Bürgerenergiegesellschaft erfüllen muss, um gleichwohl alles Erforderliche für die Erfüllung der Voraussetzung des § 36g Abs. 3 Satz 4 Nr. 3 lit. b) getan zu

¹⁶⁵ Ausschussdrucksache 18(9)914 vom 06.07.2016, S. 392.

¹⁶⁶ Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (Genossenschaftsgesetz – GenG) in der Fassung vom 16. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2230) zuletzt geändert durch Art. 10 des Gesetzes vom 10. Mai 2016 (BGBl. I S. 1142).

¹⁶⁷ Vgl. A. Gaß in: G. Wurzel/A. Schraml/R. Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen 2015, C 197; J. Bringewat, Windenergie aus kommunaler Hand – Erwiderung auf ZUR 2012, 248, ZUR 2013, S.82, 88; weiterführend zur Genossenschaft A. Althanns, Genossenschaftliche Modelle bei der Realisierung von Anlagen der Erneuerbaren Energien, ZfER-Beil. 2012, S. 36 ff.

¹⁶⁸ Nach § 43 Abs. 3 Satz 2 GenG kann in der Satzung einer Genossenschaft die Gewährung von Mehrstimmrechten bis zu maximal drei Stimmen pro Genossenschaftsmitglied vorgesehen werden.

haben. Das EEG selbst enthält keine spezialgesetzlichen Vorgaben zur Ausgestaltung eines solchen Angebots, sondern fordert lediglich, dass

„ [...] eine finanzielle Beteiligung von 10 Prozent an der Bürgerenergiegesellschaft angeboten worden ist, [...]“.

Damit unterliegt das Angebot an die Gemeinde keinen besonderen Anforderungen hinsichtlich Form und Inhalt¹⁶⁹, so dass auf die allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen zurückgegriffen werden kann, um es näher zu qualifizieren.

Zu klären ist dabei zunächst, ob mit der im EEG verwendeten Formulierung „angeboten“ ein Antrag im Sinne von § 145 BGB gemeint ist. Zwar enthält der Wortlaut des § 145 BGB nicht den Begriff „Angebot“, jedoch wird der Begriff „Antrag“¹⁷⁰ mit „Angebot“ oder „Offerte“ gleichgesetzt¹⁷¹, so dass die Formulierung „angeboten“ im EEG als Verweis auf § 145 BGB interpretiert werden könnte. Mangels eindeutiger Bezugnahme auf § 145 BGB könnte jedoch auch weniger als ein Antrag nach § 145 BGB ausreichen. Würden die Anforderungen des § 145 BGB gelten, müsste das Angebot an die Gemeinde bereits alle notwendigen Bestandteile (*essentialia negotii*) für einen Vertragsabschluss enthalten und mithin so konkret sein, dass die Gemeinde nur noch zuzustimmen bräuchte¹⁷².

Im Ergebnis wird es bei der Frage, ob es auch ausreichen kann, wenn eine Bürgerenergiegesellschaft der Gemeinde ein Angebot unterbreitet, das nicht alle notwendigen Bestandteile für eine „sofortige“ Annahme enthält, auf die Umstände des Einzelfalles ankommen. Soll z. B. der Fall erfasst sein, in dem die Gemeinde ihr Desinteresse schon im Vorfeld deutlich gemacht hat, etwa durch einen Vorratsbeschluss des Gemeinderats, der eine derartige Investition unmissverständlich ausschließt? Sicher wäre dann die Ausarbeitung und Vorlage eines Angebots im Sinne des § 145 BGB eine reine „Förmelei“, die nicht gefordert werden kann. Feststehen dürfte aber, dass die Gemeinde jedenfalls ernsthaft angetragen werden muss, dass eine finanzielle Beteiligung in Höhe von 10 Prozent möglich ist und bei Bedarf auch ein entsprechend aussagekräftiges Angebot vorgelegt werden wird. Denn der Sinn und Zweck der Vorschrift, die eine Beteiligung der Gemeinde anstrebt, aber ein bloßes Anbieten ausreichen lässt, legt nahe, dass die Bürgerenergiegesellschaft der Gemeinde in konstruktiver Weise eine ernsthafte Möglichkeit zur Beteiligung einräumt. Da das Gesetz außerdem ausdrücklich Bürgerenergiegesellschaften und nicht den Gemeinden eine Handlungspflicht auferlegt, dürfte es nicht ausreichen, wenn die Bürgerenergiegesellschaft ihrerseits die Gemeinde zur Abgabe eines Angebots auffordert. Auch in Hinblick auf eine annähernde Gleichwertigkeit in Bezug auf die erste Alternative, die voraussetzt, dass die Gemeinde bereits einen 10-prozentigen Anteil hält, wird wenigstens eine weitgehende Konkretisierung

¹⁶⁹ Ausschussdrucksache 18(9)914 vom 06.07.2016, S. 392.

¹⁷⁰ § 145 BGB lautet: „*Bindung an den Antrag. Wer einem andren die Schließung eines Vertrags anträgt, ist an den Antrag gebunden, es sei denn, dass er die Gebundenheit ausgeschlossen hat.*“

¹⁷¹ J. Ellenberger in: Palandt, BGB Kommentar, 76. Auflage 2017, § 145 Rn. 1.

¹⁷² Vgl. J. Ellenberger in: Palandt, BGB Kommentar, 76. Auflage 2017, § 145 Rn. 1.

und ein Rechtsbindungswille erforderlich sein. Die bloße Aufforderung zur Abgabe eines Angebots („*invitatio ad offerendum*“)¹⁷³ an die Gemeinde, dürfte daher wohl noch nicht ausreichen, denn eine Aufforderung zur Abgabe eines Angebots zeichnet sich im Gegensatz zu einem Angebot nach § 145 BGB gerade durch das Fehlen des Rechtsbindungswillens aus¹⁷⁴.

Zusammenfassend ist festzuhalten: Kommt durch das Angebot der Bürgerenergiegesellschaft an die Gemeinde ein Rechtsbindungswille zum Ausdruck ist je eher vom Vorliegen eines Angebots i. S. d. § 36g Abs. 3 Nr.3 lit. b) auszugehen, je mehr wesentliche Bestandteile eines Angebots i. S. v. § 145 BGB enthalten sind. Will eine Bürgerenergiegesellschaft sicher gehen, dass sie die Anforderungen des § 36g Abs. 3 Nr.3 lit. b) auf alle Fälle erfüllt, sollte sie ein Angebot abgeben, dass in jeder Hinsicht den Voraussetzungen des § 145 BGB entspricht. Entbehrlich sein dürfte ein formal ausgearbeitetes Angebot dann, wenn die Gemeinde von vornherein deutlich gemacht hat, kein Interesse an einer Beteiligung zu haben; dann wäre das Beharren auf einem Angebot eine reine „Förmelei“. In diesen Fällen sind Bürgerenergiegesellschaften gut beraten, das mangelnde Interesse der Gemeinde zu dokumentieren und sich dieses ggf. sogar schriftlich vom Bürgermeister bestätigen zu lassen.

3. Welche Informationen müssen der Gemeinde vorliegen?

Auch werden der Gemeinde alle für eine Entscheidung erheblichen Informationen vorgelegt werden müssen, um sie überhaupt in die Lage zu versetzen, ein Angebot zu prüfen. Maßgeblich dürfte auf jeden Fall der Gesellschaftsvertrag bzw. die Satzung sein. Als Maßstab dafür, welche weiteren Informationen Bürgerenergiegesellschaften den Gemeinden zur Verfügung zu stellen haben, könnte u. a. auf die allgemeinen Regelungen für Kapitalanlagen zurückgegriffen werden. Z. B. könnten als Grundlage Kapitalanlageprospekte bzw. Unterlagen¹⁷⁵, die den einzelnen Gesellschaftern oder Mitgliedern bei Gründung der Bürgerenergiegesellschaft für ihre Investitionsentscheidung vorgelegen haben, herangezogen werden. In anderen partizipationsfördernden Gesetzes, wie etwa in § 7 Abs. 2 Satz 2 Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetz (BüGembeteilG)¹⁷⁶ des Landes Mecklenburg-Vorpommern ist für die Offerte bspw. vorgesehen, dass ein gemäß § 13 des Vermögensanlagegesetzes zu erstellendes Vermögensanlagen-Informationsblatt beigelegt werden muss.

¹⁷³ Zur „*invitatio ad offerendum*“ vgl. J. Ellenberger in: Palandt, BGB Kommentar, 76. Auflage 2017, § 145 Rn. 2.

¹⁷⁴ J. Ellenberger in: Palandt, BGB Kommentar, 76. Auflage 2017, § 145 Rn. 2.

¹⁷⁵ Soweit für Genossenschaften Ausnahmen von der Prospektspflicht nach §§ 2 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 1 a VermAnlG gelten sollten, bleibt nur der Rückgriff auf die vorliegenden Informationen bei der Gründung der Bürgerenergiegesellschaft.

¹⁷⁶ Gesetz über die Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden an Windparks in Mecklenburg-Vorpommern (Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetz - BüGembeteilG M-V) vom 18. Mai 2016GVBl. M-V 2016, S. 258.

Fehlt es an den entsprechenden Unterlagen, etwa weil es sich nicht um eine klassische Publikumsgesellschaft¹⁷⁷ handelt, lässt sich nur anhand der konkreten Umstände beurteilen, ob die Bürgerenergiegesellschaft alles Erforderliche getan hat, um die Gemeinde hinreichend über entscheidungserhebliche Faktoren zu informieren. Im Zweifel kann es sich hier empfehlen, geeignete Unterlagen eigens für diesen Zweck erst noch zusammenzustellen. Ratsam ist auch, dass sich die Bürgerenergiegesellschaft – jedenfalls, wenn zum Gebotszeitpunkt noch keine BImSchG-Genehmigung vorliegt und es für das Finanzierungskonzept auf die BImSchG-Genehmigung ankommt – schon vor dem Erhalt der Genehmigung mit der Standortgemeinde in Verbindung setzt und ggf. auf Grundlage der bis dahin vorhandenen Informationen Vertragsverhandlungen aufnimmt, denn nach Erhalt der Genehmigung bleibt für die Abgabe eines Angebots nur eine Zeitspanne von zwei Monaten, die gegebenenfalls zu knapp ist, um zu einem Abschluss zu kommen oder der Gemeinde die reale Chance nimmt, ihre Entscheidung mit der gebotenen Sorgfalt zu treffen.

4. Ist das Angebot wirtschaftlich annehmbar?

Zu berücksichtigen ist zusätzlich, dass das Angebot für die Gemeinde auch wirtschaftlich annehmbar sein muss, um es als ernsthaft und konstruktiv qualifizieren zu können. Werden der Gemeinde etwa mit der Absicht, dass sie bereits aus diesem Grund nicht annehmen wird, bewusst evident schlechte Konditionen unterbreitet, so dürften die Voraussetzung des § 36 Abs. 3 Nr.3 lit. b) nicht erfüllt sein. Insoweit werden sich die Konditionen an dem messen lassen müssen, was angemessen und auf dem Markt üblich ist. Eine konkrete Schwelle, wann diese Angemessenheitsgrenze überschritten ist, wird sich abstrakt schwerlich bestimmen lassen. Möglich wäre jedoch, dass sich die Bürgerenergiegesellschaft – wie der Landesgesetzgeber in Mecklenburg-Vorpommern in § 6 des BüGembeteilG – an den Vorgaben für die Sach-¹⁷⁸ und Ertragswertverfahren¹⁷⁹ orientiert. Jedenfalls sollten Bürgerenergiegesellschaften ihr Angebot aber auf diesen Aspekt hin prüfen, da sie sonst Gefahr laufen, dass die

¹⁷⁷ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die „Publikums-KG“ dadurch gekennzeichnet, dass sie eine unbestimmte Vielzahl kapitalistisch beteiligter Kommanditisten (Anlagegesellschafter) anwirbt, die untereinander und zu den eigentlichen Unternehmensgesellschaftern in keiner persönlichen oder sonstigen Beziehung stehen.

¹⁷⁸ § 6 Abs. 3 Satz 1 BüGembeteilG lautet: „Bei der Ermittlung des Werts der Vermögensgegenstände der Gesellschaft ist das Sachwertverfahren gemäß IDW S10 („Grundsätze zur Bewertung von Immobilien“ vom 14. August 2013, Fachnachrichten-Institut der Deutschen Wirtschaftsprüfer - FN-IDW - Heft 11/2013, S. 503 ff.) in Verbindung mit der Verordnung über die Grundsätze für die Ermittlung der Verkehrswerte von Grundstücken vom 19. Mai 2010, BGBl. I S. 639 (nachfolgend ImmoWertV genannt) und in Verbindung mit der Richtlinie zur Ermittlung des Sachwertes (Sachwertrichtlinie vom 5. September 2012, veröffentlicht im BAnz AT 18. Oktober 2012 B 1) anzuwenden.“

¹⁷⁹ § 6 Abs. 4 Satz 1 BüGembeteilG lautet: „Zum Vergleich ist der Wert der Gesellschaft nach dem Ertragswertverfahren gemäß IDW S1 („Grundsätze zur Durchführung von Unternehmensbewertungen“ - IDW S1 in der Fassung von 2008), Fachnachrichten-Institut der Deutschen Wirtschaftsprüfer (FN-IDW Heft 7/2008, S. 271 ff.) in der jeweils gültigen Fassung zu ermitteln.“

Bundesnetzagentur ein Angebot nicht als hinreichend i. S. v. § 36 Abs. 3 Nr.3 lit. b) bewertet, obwohl formal die Voraussetzungen eines Angebots nach § 145 BGB vorliegen.

5. Wie wirken sich Restriktionen des Gemeindewirtschaftsrechts aus?

Unabhängig von Inhalt und Form des Angebots, besteht für die Gemeinden nach Erhalt des Angebots die Möglichkeit, Änderungswünsche und im Zuge von Vertragsverhandlungen einzelne vom Angebot abweichende Konditionen einzubringen. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, welche Folgen damit verbunden sind, wenn sich die Gemeinde trotz eines entsprechenden Angebots der Bürgerenergiegesellschaft nicht beteiligt.

Einer Beteiligung könnten u. U. Restriktionen des Gemeindewirtschaftsrechts entgegenstehen. In Zusammenhang mit der Erzeugung von erneuerbaren Energien und dem Betrieb entsprechender Anlagen durch Kommunen wurden insbesondere der öffentliche Zweck und das Örtlichkeitsprinzip in Fällen diskutiert, in denen keine kommunale Versorgung, sondern ausschließlich eine Einspeisung des Stroms in das Netz der allgemeinen Versorgung vorgesehen war¹⁸⁰. Da inzwischen jedoch die Gemeindeordnungen durch die Landesgesetzgeber überwiegend angepasst worden sind, dürfte das Erfordernis der lokalen Energieversorgung kaum noch eine Rolle spielen¹⁸¹. Im Bereich des Gemeindewirtschaftsrechts wird zudem diskutiert, ob und wie eine „angemessene Einflussnahme“ bei einer Beteiligung von Gemeinden an Genossenschaften sichergestellt werden kann. Ausgehend davon, dass die Angemessenheit bei Kapitalgesellschaften dadurch gewährleistet wird, dass sich die wirtschaftlichen Anteile in der Anzahl der Stimmrechte spiegeln, kann das in § 43 Abs. 3 GenG verankerte genossenschaftliche Demokratieprinzip¹⁸², wonach jedes Mitglied unabhängig vom geleisteten Anteil über eine Stimme verfügt, zu einem Ungleichgewicht führen.

Für die Frage, welche Folgen für die Bürgerenergiegesellschaft mit dem Scheitern einer Gemeindebeteiligung verbunden sind, kommt es im Ergebnis nur darauf an, ob die Bürgerenergiegesellschaft der Gemeinde konstruktiv ein ernsthaftes und in wirtschaftlicher Hinsicht angemessenes Angebot gemacht hat. Hat sie das, hat sie ihre Verpflichtungen in Hinblick auf die Voraussetzungen des § 36 Abs. 3 Nr.3 lit. b) erfüllt, so dass Faktoren, die außerhalb ihres

¹⁸⁰ Vgl. OVG Schleswig, Urt. V. 11. Juli 2013, 2 LB 32/12; OVG Magdeburg, Urt. V. 7. Mai 2015, 4 L 163/14; dazu auch S. Helmes, Erneuerbare Energien in kommunaler Hand - Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen, ew 2016, S. 26 f.; ausführlich zum öffentlichen Zweck der gemeindlichen Windenergiegewinnung B. Kümper, A. Milstein, „Vergesellschaftung des Windes“? – Ausgewählte Rechtsfragen sog. Bürgerwindparks in kommunaler Hand, ZfBR 2013, S. 742, 743ff.

¹⁸¹ Überblick bei J. Kirschey, Fachagentur Windenergie an Land, Rechtliche Rahmenbedingungen für die wirtschaftliche Tätigkeit von Gemeinden.

¹⁸² Vgl. A. Gaß in: G. Wurzel/A. Schraml/R. Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen 2015, C 197; J. Bringewat, Windenergie aus kommunaler Hand – Erwiderung auf ZUR 2012, 248, ZUR 2013, S.82, 88; weiterführend zur Genossenschaft A. Althanns, Genossenschaftliche Modelle bei der Realisierung von Anlagen der Erneuerbaren Energien, ZfER-Beil. 2012, S. 36 ff.

Einflussbereichs liegen, wie z. B. Einschränkungen durch das Gemeindewirtschaftsrecht, unschädlich sind.

Insgesamt empfiehlt sich für Bürgerenergiegesellschaften, das Angebot und die ggf. darauf folgenden Vertragsverhandlungen sorgfältig zu dokumentieren. Dies dient zum einen der Beweissicherung. Zum anderen der Erfüllung ihrer Nachweispflicht gegenüber der Bundesnetzagentur gemäß Absatz 4, wonach Bürgerenergiegesellschaften der Bundesnetzagentur zur Überprüfung der Eigenerklärungen auf Verlangen geeignete Nachweise vorlegen müssen. Denn nur so kann letztlich sichergestellt werden, dass das Vorliegen der Voraussetzungen überprüft werden kann¹⁸³.

6. Länderklausel für weitergehende Maßnahmen und Regelungen zur Bürgerbeteiligung und Akzeptanzsteigerung

Darüber hinaus werden durch eine „Länderklausel“ in § 36g Abs. 7 die Bundesländer ermächtigt, weitergehende Regelungen zur Bürgerbeteiligung und zur Steigerung der Akzeptanz für den Bau von neuen Windenergieanlagen zu schaffen.

Der Gesetzgeber stellt damit klar, dass die Länder über die Regelungen in § 36g hinaus die Möglichkeit haben, durch Maßnahmen oder Regelungen zur Bürgerbeteiligung an Windenergieprojekten die Akteursvielfalt und die Akzeptanz beim Ausbau der erneuerbaren Energien zu stärken, soweit sie die Ausschreibung nicht unmittelbar betreffen und nicht gegen das Kumulierungsverbot nach § 80a verstoßen¹⁸⁴. Danach dürfen Investitionszuschüsse durch den Bund, das Land oder ein Kreditinstitut, an dem der Bund oder das Land beteiligt sind, neben einer Zahlung nach dem EEG nur gewährt werden, soweit die Gesamtsumme der Zahlungen zuzüglich der Erlöse aus der Veräußerung der in der Anlage erzeugten Energie die Erzeugungskosten dieser Energie nicht überschreiten.

¹⁸³ BT-Drs. 18/8860, S. 214.

¹⁸⁴ Ausschussdrucksache 18(9)914 vom 06.07.2016, S. 392.

D. Nachweisführung durch Eigenerklärungen

Bestimmte Voraussetzungen haben Bürgerenergiegesellschaften in Gestalt einer Eigenerklärung zu bestimmten Zeitpunkten nachzuweisen. Eigenerklärungen sind – außer in dem Fall, in dem die Bürgerenergiegesellschaft die BImSchG-Genehmigung bereits bei der Gebotsabgabe vorlegt – zu drei Zeitpunkten abzugeben. Die erste Eigenerklärung wird bei der Gebotsabgabe, Absatz 1 Nummer 3, die zweite bei Abgabe des Antrags auf Zuordnung, Absatz 3 Satz 4 Nummer 3, und die dritte schließlich spätestens zwei Monate nach Ende des zweiten auf die Inbetriebnahme der Anlage folgenden Jahres fällig, Absatz 5 Satz 5.

I. Eigenerklärung bei Gebotsabgabe

Die erste Eigenerklärung ist mit dem Gebot abzugeben, § 36g Abs. 1 Nr. 3 lit. a). Sie muss Angaben darüber enthalten, dass

- der Bieter zum Zeitpunkt der Gebotsabgabe eine Bürgerenergiegesellschaft i. S. v. § 3 Nr. 15, (lit. a) ist,
- weder die Gesellschaft noch deren Mitglieder oder Anteilseigner vor der Gebotsabgabe Verträge zur Übertragung ihrer Anteile oder Stimmrechte nach der Gebotsabgabe geschlossen oder sonstige Absprachen zur Umgehung der Voraussetzungen nach § 3 Nr. 15 nach der Gebotsabgabe getroffen haben, soweit die vereinbarte Übertragung oder die sonstigen Absprachen dazu führen, dass nach der Gebotsabgabe die Voraussetzungen nach § 3 Nr. 15 nicht mehr erfüllt sind oder umgangen werden, (lit. a),
- weder die Gesellschaft, noch ein stimmberechtigtes Mitglied selbst oder als stimmberechtigtes Mitglied einer anderen Gesellschaft in den letzten 12 Monaten vor der Gebotsabgabe einen Zuschlag für eine Windenergieanlage erhalten hat, (lit. b) aa),
- weder die Gesellschaft, noch ein stimmberechtigtes Mitglied selbst oder als stimmberechtigtes Mitglied einer anderen Gesellschaft zu dem Gebotstermin weitere Gebote abgegeben hat, die gemeinsam mit dem in Rede stehenden Gebot eine installierte Leistung von 18 MW übersteigen, (lit. b) bb), und
- die Gesellschaft Eigentümerin der Fläche ist, auf der die Windenergieanlagen an Land errichtet werden sollen, oder das Gebot mit Zustimmung des Eigentümers dieser Fläche abgibt, (lit. c).

II. Eigenerklärung bei Antrag auf Zuordnung

In der Eigenerklärung, die mit dem Antrag auf Zuordnung eingereicht werden muss, ist nach § 36g Abs. 3 Satz 4 Nr. 3 zu erklären, dass

- der Bieter von der Gebotsabgabe bis zur Antragstellung ununterbrochen eine Bürgerenergiegesellschaft i. S. v. § 3 Nr. 15 war, (lit. a)
- weder die Gesellschaft noch deren Mitglieder oder Anteilseigner vor der Gebotsabgabe Verträge zur Übertragung ihrer Anteile oder Stimmrechte nach der Gebotsabgabe geschlossen oder sonstige Absprachen zur Umgehung der Voraussetzungen nach § 3 Nr. 15 nach der Gebotsabgabe getroffen haben, soweit die vereinbarte Übertragung oder die sonstigen Absprachen dazu führen, dass nach der Gebotsabgabe die Voraussetzungen nach § 3 Nr. 15 nicht mehr erfüllt sind oder umgangen werden, (lit. a), und
- die Bürgerenergiegesellschaft die Standortgemeinde oder die Gesellschaft, an der diese Gemeinde zu 100 Prozent beteiligt ist, mit 10 Prozent finanziell beteiligt hat oder ihr zumindest ein entsprechendes Angebot gemacht worden ist.

III. Eigenerklärung zwei Monate nach Ablauf der Haltefrist

Die dritte und letzte Eigenerklärung muss nach Absatz 5 Satz 5 ausschließlich beinhalten, dass

- die Gesellschaft von der Gebotsabgabe bis zum Ende des zweiten auf die Inbetriebnahme der Anlage folgenden Jahres ununterbrochen eine Bürgerenergiegesellschaft nach § 13 Nr. 15 war oder wenn ein Fall des Satz 4 vorliegt, bis wann die Anforderungen erfüllt waren.

Für diese Eigenerklärung gilt eine Frist. Die Bürgerenergiegesellschaft muss die Eigenerklärung gemäß Absatz 5 Satz 5 bis spätestens zwei Monate nach Ablauf der Frist nach Satz 4, also bis Ende des zweiten auf die Inbetriebnahme der Anlage folgenden Jahres, gegenüber dem Netzbetreiber abgegeben haben. Lässt die Bürgerenergiegesellschaft diese Frist untätig verstreichen, fällt sie vom Einheitspreis auf den Gebotspreis zurück, Absatz 5 Satz 6. Insoweit ist die Einhaltung dieser Frist von erheblicher Bedeutung.

IV. Form der Eigenerklärung

Anforderungen an die Form der Eigenerklärung beinhaltet § 36g nicht. Zwar enthält die Begründung in der BT-Drs. 18/10209 auf Seite 107 den Begriff „eidesstattliche Erklärung“. Da es sich hierbei aber lediglich um eine einmalige und nicht näher ausgeführte Formulierung handelt, dürfte davon auszugehen sein, dass vom Gesetz keine formelle Erklärung an Eides

statt gefordert wird. Insoweit bleibt es dabei, dass sich aus dem Gesetz keine besonderen Anforderungen an die Form der Eigenerklärung entnehmen lassen. Die Bundesnetzagentur kann als die für das Ausschreibungsverfahren zuständige Bundesbehörde¹⁸⁵ jedoch gemäß § 30a auch Formatvorgaben für das Ausschreibungsverfahren festlegen¹⁸⁶. Die Bundesnetzagentur hat ein entsprechendes Formular für das Ausschreibungsverfahren bereitgestellt¹⁸⁷.

V. Ergänzende Vorlage von Nachweisen

Zwar reicht es aus, dass bei der Gebotsabgabe und dem Antrag auf Zuordnung das Vorliegen der in Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 und Absatz 3 Satz 4 Nummer 3 benannten Voraussetzungen, wie z. B. die Bürgerenergieeigenschaft, die Sicherheitsleistung oder das Angebot an die Gemeinde im Rahmen der Eigenerklärung bestätigt wird. Insoweit wird deren Vorliegen vom Antragsteller zunächst nur behauptet. Die Bundesnetzagentur kann jedoch verlangen, dass die Bürgerenergiegesellschaft ihr geeignete Nachweise zur Überprüfung der Eigenerklärungen nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 und Absatz 3 Satz 4 Nummer 3 vorlegt. Auf diese Weise soll sichergestellt werden, dass die Bundesnetzagentur das Vorliegen der Voraussetzungen auch überprüfen kann¹⁸⁸. Für das Gebot bezieht sich die Nachweispflicht damit auf die Eigenschaft Bürgerenergiegesellschaft¹⁸⁹, die eingeschränkte Beteiligung an anderen Windenergieprojekten¹⁹⁰ und die Flächensicherung¹⁹¹.

In Bezug auf den Inhalt der Eigenerklärung, die mit dem Antrag auf Zuordnung eingereicht werden muss, kann die Bundesnetzagentur – wie auch bei der Eigenerklärung zum Gebot – entsprechende Nachweise für die Eigenschaft der Bürgerenergiegesellschaft verlangen¹⁹². Des Weiteren kann sie Nachweise dafür einfordern, dass die Bürgerenergiegesellschaft der Gemeinde in der die Windenergieanlage errichtet werden soll oder die Gesellschaft, an der diese Gemeinde zu 100 Prozent beteiligt ist, ein Angebot über ein 10-prozentige Beteiligung gemacht hat¹⁹³. Geeignet und deshalb vorzulegen dürfte an dieser Stelle das schriftliche Angebot selbst sein. Schließlich kann die Bundesnetzagentur verlangen, dass die Bürgerenergiegesellschaft belegt, dass sie die Zweitsicherheit erbracht hat¹⁹⁴.

¹⁸⁵ Gemäß § 22 Abs. 1 ist die Bundesnetzagentur für das Ausschreibungsverfahren zuständig.

¹⁸⁶ BT-Drs. 18/8860, S. 213.

¹⁸⁷ Abrufbar unter: https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen_Institutionen/ErneuerbareEnergien/EEG_Ausschreibungen_2017/Onshore/Formular_Buergerenergiegesellschaft_Onshore.pdf?__blob=publicationFile&v=2

¹⁸⁸ BT-Drs. 18/8860, S. 214.

¹⁸⁹ Dazu unter B. II.

¹⁹⁰ Dazu unter B I.

¹⁹¹ Dazu unter C. I. 3.

¹⁹² Dazu unter B. II.

¹⁹³ Dazu unter C. III.

¹⁹⁴ Dazu unter C. II. 4.

Einen Verweis auf die in Absatz 5 Satz 5 vorgesehene Eigenerklärung darüber, dass die Gesellschaft von der Gebotsabgabe bis zum Ende des zweiten auf die Inbetriebnahme der Anlage folgenden Jahres ununterbrochen eine Bürgerenergiegesellschaft nach § 3 Nr. 15 war oder wenn ein Fall des Satzes 4 (Vorlage der BImSchG-Genehmigung bereits bei Gebotsabgabe) vorliegt, bis wann die Anforderungen erfüllt waren, enthält Absatz 4 hingegen nicht.

E. Sanktionierung von Verstößen und verspäteter Realisierung

Verstöße gegen die Anforderungen des Ausschreibungsverfahrens werden auf unterschiedliche Weise sanktioniert. Für Bürgerenergiegesellschaften kommt dabei ein Sonderfall zur Anwendung (dazu unter I.). Ansonsten gelten auch für Bürgerenergiegesellschaften die allgemeinen Sanktionsnormen, die sich an alle Teilnehmer des Ausschreibungsverfahrens richten, wenn auch z. T. nur in modifizierter Form (dazu unter II., III., IV.).

I. Wegfall des Einheitspreises

Die wirtschaftlich wichtigste Erleichterung für Bürgerenergiegesellschaften dürfte vermutlich der Einheitspreis sein¹⁹⁵. Parallel zur Verschärfung der Anforderungen an Bürgerenergiegesellschaften durch das Gesetz zur Änderung der Bestimmungen zur Stromerzeugung aus Kraft-Wärme-Kopplung und zur Eigenversorgung vom 22. Dezember 2016 wurden in § 36g Abs. 5 Satz 4 die Voraussetzungen bestimmt, unter denen die Bürgerenergiegesellschaft vom Einheitspreis auf den Gebotspreis zurückfällt. Durch den Rückfall auf den Gebotspreis soll das wirtschaftliche Risiko minimiert werden, wenn der Bürgerenergiegesellschaft ein Fehler unterläuft. Zuvor war unklar, ob für eine nur vermeintliche Bürgerenergiegesellschaft, oder eine solche Gesellschaft, die nach Gebotsabgabe aber vor der Zuordnungsentscheidung durch selbst zu verantwortende oder unverschuldete Umstände nicht mehr die Voraussetzungen an eine Bürgerenergiegesellschaft erfüllt hätte, der Vergütungsanspruch vollständig entfallen würde.

Mit der Neuregelung in Absatz 5 Satz 4 fällt die Bürgerenergiegesellschaft ab dem Zeitpunkt auf den Gebotspreis zurück, ab dem sie die Anforderungen nach § 3 Nr. 15¹⁹⁶ nicht mehr ununterbrochen erfüllt. Dasselbe gilt für Fälle, in denen Bürgerenergiegesellschaften einen entsprechenden Nachweis nicht spätestens zwei Monate nach Erhalt der BImSchG-Genehmigung mit dem Antrag auf Zuordnung bei der Bundesnetzagentur vorlegen, Absatz 5 Satz 6¹⁹⁷. Weitere Konsequenzen sind mit dem Wegfall nach Inbetriebnahme der Anlage nicht verbunden; die Sanktion des § 36g Abs. 5 Satz 4 ist insoweit abschließend¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Dazu unter F. I.

¹⁹⁶ Dazu unter B. II.

¹⁹⁷ Dazu unter C. II. 1.

¹⁹⁸ BT-Drs. 18/10668, S. 164.

II. Ausschluss von Geboten

Bei bestimmten Verstößen gegen Anforderungen im Gebotsverfahren ist nach § 33 der Ausschluss des jeweiligen Gebots vorgesehen. Absatz 1 Satz 1 benennt Konstellationen in denen der Ausschluss durch die Bundesnetzagentur zwingend zu erfolgen hat¹⁹⁹. Dies ist z. B. nach Nummer 1 dann der Fall, wenn die Anforderungen und Formatvorgaben für Gebote nach den §§ 30 und 30a nicht vollständig eingehalten wurden. § 30 enthält in erster Linie formale Anforderungen in Bezug auf den Bieter und das geplante Projekt²⁰⁰.

Nach § 30a Abs. 1 darf die Bundesnetzagentur für Ausschreibungsverfahren Formatvorgaben machen, denen die Gebote entsprechen müssen. Die Bundesnetzagentur hält neben allgemeinen Formatvorlagen für alle Bieter, die am Ausschreibungsverfahren teilnehmen, eine Formatvorlage mit verpflichtenden Zusatzangaben für Bürgerenergiegesellschaften vor²⁰¹. Darin werden die Bürgerenergieeigenschaft i. S. v. § 3 Nr. 15, „Umgehungsgeschäfte“, Beteiligungen an anderen Windenergieprojekten sowie die Flächensicherung abgefragt. Zusätzlich enthält die Formatvorlage eine Erklärung zur Beteiligung der Standortgemeinde für Bürgerenergiegesellschaften, die von der „Mischvariante“ nach § 36g Abs. 5 Satz 3 (Vorlage der BImSchG-Genehmigung bei Gebotsabgabe) Gebrauch machen²⁰². Werden die darin enthaltenen Vorgaben von Bürgerenergiegesellschaften nicht erfüllt, indem z. B. eine geforderte Erklärung nicht abgegeben wird, führt dies zum Ausschluss des Gebots.

Zwingende Ausschlussgründe sind weiterhin die verspätete oder nicht vollständige Leistung der Sicherheit, Nummer 3, wobei für Bürgerenergiegesellschaften auf die reduzierte Sicherheit nach § 36g Abs. 2 abgestellt wird. In § 33 Abs. 2 sind weitere Verstöße benannt, die zu einem Ausschluss des Gebots führen können. Hier steht der Bundesnetzagentur ein Ermessen zu²⁰³. Ein Ausschlussgrund kann z. B. darin liegen, dass der Bieter keine Anlage auf dem in dem Gebot angegebenen Standort plant, Nummer 1.

III. Ausschluss von Bietern

Darüber hinaus kann die Bundesnetzagentur nicht nur einzelne Gebote, sondern auch Bieter und deren Gebote nach § 34 vom Zuschlagsverfahren ausschließen, wenn z. B. der begründete Verdacht besteht, dass ein Bieter in der jeweils laufenden oder in anderen, vorangegangenen Ausschreibungen vorsätzlich oder grob fahrlässig Gebote unter falschen Angaben

¹⁹⁹ Abweichend von dieser Systematik sieht Absatz 1 Satz 2 für die Bundesnetzagentur ein Ermessen vor, wenn bis zum Gebotstermin dem Gebot die Sicherheit oder die Gebühr nicht eindeutig zugeordnet werden können.

²⁰⁰ Dazu unter G. I.

²⁰¹ Abrufbar unter: https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen_Institutionen/ErneuerbareEnergien/EEG_Ausschreibungen_2017/Onshore/Formular_Buergerenergiegesellschaft_Onshore.pdf?__blob=publicationFile&v=2

²⁰² Dazu unter G.

²⁰³ Vgl. BT-Drs. 18/8860, S. 2017.

oder unter Vorlage falscher Nachweise abgegeben hat, Nummer 1. Danach könnte auch der Ausschluss einer Bürgerenergiegesellschaft in Betracht kommen, wenn von ihr z. B. im Rahmen der Eigenerklärung falsche Angaben gemacht wurden. Hier wird sich jedoch die Frage stellen, welcher Bieter zu adressieren ist, wenn es sich nicht um dieselbe Bürgerenergiegesellschaft handelt, sondern es nur um einzelne Gesellschafter oder Mitglieder geht, die in vorangegangenen Ausschreibungsverfahren falsche Angaben gemacht haben. Dasselbe gilt für die übrigen, in den Nummern 2 bis 3 aufgeführten Gründe. Der Ausschluss von Bietern steht im Ermessen der Bundesnetzagentur, von der – angesichts der erheblichen Folgen für die Betroffenen – alle Umstände umfassend zu berücksichtigen sind.

IV. Pönale bei verspäteter Realisierung

Bürgerenergiegesellschaften droht – wie allen anderen Akteuren auch – eine Strafzahlung in steigender Höhe, wenn die Windenergieanlage verspätet in Betrieb genommen oder das Projekt nur anteilig umgesetzt wird. Zweck der Pönale nach § 55 ist, dass die ausgeschriebenen Mengen auch tatsächlich realisiert und die Ausbauziele für erneuerbare Energien erreicht werden²⁰⁴. Da Bürgerenergiegesellschaften davon nicht ausgenommen sind, folgt auch die Struktur der Sonderregelungen für Bürgerenergiegesellschaften in § 55 Abs. 2 denselben Grundsätzen und unterteilt sich in dieselben Fallgruppen wie die allgemeinen Festlegungen in Absatz 1²⁰⁵. Beide Vorgaben sehen in den jeweiligen Nummern 1 Pönalen für den Fall vor, dass mehr als fünf Prozent des bezuschlagten Gebots nach § 35a entwertet wird. Die Bundesnetzagentur entwertet Zuschläge, wenn die den Geboten zugrundeliegenden Projekte endgültig nicht realisiert werden. Anhand der Entwertung und deren Dokumentation kann die Bundesnetzagentur einen zeitnahen Überblick über die Nichtrealisierung von Projekten erhalten und frühzeitig erkennen, inwieweit von den angestrebten Ausbauzielen abgewichen wird²⁰⁶. Nach § 35a Abs. 1 Nr. 1 erlischt der Zuschlag und wird entwertet, wenn nach Ablauf der Realisierungsfrist weniger als 95 Prozent des bezuschlagten Projekts umgesetzt worden sind. Die Bagatellgrenze von fünf Prozent nicht realisierter Gebotsmenge ist vorgesehen, damit kleinere „Reste“ der bezuschlagten Gebotsmenge nicht zu einer Pönale führen²⁰⁷.

Die Höhe der Pönale setzt sich auch für Bürgerenergiegesellschaften aus der Gebotsmenge des bezuschlagten Gebots²⁰⁸ und dem Grad der Verspätung zusammen²⁰⁹. Ein entscheidender Unterschied für Bürgerenergiegesellschaften besteht jedoch in der verlängerten Frist für

²⁰⁴ BT-Drs. 18/8860, S. 205.

²⁰⁵ BT-Drs. 18/8860, S. 235.

²⁰⁶ BT-Drs. 18/8860, S. 208.

²⁰⁷ BT-Drs. 18/8860, S. 235.

²⁰⁸ § 55 Abs. 1 Satz 2.

²⁰⁹ BT-Drs. 18/8860, S. 212.

die Inbetriebnahme der Anlagen. § 55 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 verlängert – abweichend von § 55 Abs. 1 Nr. 2 – die Frist bis zum Eintritt einer Strafzahlung wegen Verspätung um 24 Monate. 10 Euro pro entwertetem Kilowatt werden erst bei einer verspäteten Inbetriebnahme von mehr als 48 Monaten²¹⁰, bzw. 20 Euro pro Kilowatt von mehr als 50 Monaten²¹¹ und 30 Euro pro Kilowatt bei mehr als 52 Monaten fällig²¹². Im Vergleich zu den allgemeinen Vorschriften verlängert sich damit für Bürgerenergiegesellschaften die Frist von Zuschlag bis zur Inbetriebnahme um zwei Jahre und der Zuschlag entfällt erst nach insgesamt viereinhalb anstatt nach zweieinhalb Jahren²¹³.

Neben der Fristverlängerung enthält § 55 Abs. 2 Satz 2 eine weitere Sonderregelung für Bürgerenergiegesellschaften, wonach sich die Pönale reduziert, wenn der Zuschlag aus den in § 36g Abs. 3 Satz 3 benannten Gründen erloschen ist. Dieser lautet:

„Der Zuschlag erlischt soweit keine Zuordnung innerhalb der verlängerten Frist nach Satz 1 erfolgt, die Zuordnung nicht innerhalb der Frist nach Satz 2 beantragt oder der Antrag abgelehnt worden ist.“

Die Regelung ist in erster Linie dem Umstand geschuldet, dass für Bürgerenergiegesellschaften das Risiko besteht, dass ihnen keine immissionsschutzrechtliche Genehmigung innerhalb dieser Frist erteilt oder der Antrag auf Zuordnung von der Bundesnetzagentur abgelehnt wird und der Zuschlag aus diesen Gründen erlischt. Die reduzierte Pönale gilt aber auch für Fälle, in denen eine Bürgerenergiegesellschaft die Zuordnung bei der Bundesnetzagentur nicht innerhalb der vorgesehenen zwei Monate beantragt hat und der Zuschlag aus diesem Grund entwertet wird. Anstatt der 30 Euro pro entwertetem Kilowatt beläuft sich die Pönale für Bürgerenergiegesellschaften nach § 55 Abs. 2 Satz 2 lediglich auf die Erstsicherheit (15 Euro pro Kilowatt) multipliziert mit der insgesamt entwerteten Gebotsmenge. Gibt eine Bürgerenergiegesellschaft z. B. ein Gebot für 15 Megawatt ab, werden aber anschließend nur 10 Megawatt genehmigt, beläuft sich die Pönale auf (15.000 Kilowatt – 10.000 Kilowatt) x 15 Euro/Kilowatt = 75.000 Euro²¹⁴. Damit trägt zwar die Bürgerenergiegesellschaft das Risiko, dass die von ihr im Gebotsverfahren angegebene Gebotsmenge auch genehmigt wird. Sie muss also im eigenen Interesse ein mengenmäßig realistisches Gebot abgeben. Gleichzeitig wird das wirtschaftliche Risiko durch die Begrenzung auf 15 Euro pro gebotenem Kilowatt verringerte Pönale um die Hälfte reduziert.

Im Zuge des Gesetzes zur Änderung der Bestimmungen zur Stromerzeugung aus Kraft-Wärme-Kopplung und zur Eigenversorgung vom 22. Dezember 2016 wurde durch eine Änderung der Formulierung ein redaktioneller Fehler beseitigt und klargestellt, dass Bürgerener-

²¹⁰ § 55 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1.

²¹¹ § 55 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2.

²¹² § 55 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3.

²¹³ BT-Drs. 18/8860, S. 154.

²¹⁴ BT-Drs. 18/8860, S. 235.

gieesellschaften, die frühzeitig vor der Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung ein Gebot abgeben und eine Sicherheit von 15 Euro pro Kilowatt hinterlegt haben, nur eine verminderte Pönale in Höhe von 15 Euro zahlen müssen, wenn sie keine Genehmigung für das geplante Projekt erhalten. Zuvor war unklar, ob nach dem Gesetzeswortlaut Bürgerenergiegesellschaften überhaupt eine Strafe zahlen müssen oder ob die Pönale 30 Euro pro Kilowatt beträgt²¹⁵.

V. Verlust von Zuschlag und Zuordnung wegen Rechtswidrigkeit

Neben den im EEG geregelten Sanktionen stehen auch die allgemeinen verwaltungsverfahrensrechtlichen Handlungsmöglichkeiten zur Verfügung. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus § 35a Abs. 1 Nr. 3, der lautet:

„(1) Die Bundesnetzagentur entwertet einen Zuschlag,

[...]

3. soweit die Bundesnetzagentur den Zuschlag nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz zurücknimmt oder widerruft

[...].“

Danach können Zuschläge von der Bundesnetzagentur zurückgenommen oder widerrufen werden. Unter den Begriff Zuschlag dürfte bei Bürgerenergiegesellschaften auch die Zuordnungsentscheidung fallen, da hier erst durch die Zuordnung der Zuschlag Wirksamkeit erlangt²¹⁶; die Zuordnung könnte insofern auch als verbindlicher Zuschlag bezeichnet werden.

Sowohl bei Zuschlägen als auch bei Zuordnungen handelt es sich als behördliche Einzelregelungen mit Außenwirkung jeweils um Verwaltungsakte im Sinne von § 35 Satz 1 VwVfG²¹⁷, die demnach auch als solche – soweit im EEG nicht spezialgesetzlich etwas anderes geregelt ist – nach den Voraussetzungen der §§ 48, 49 VwVfG zurück genommen oder widerrufen werden können²¹⁸. Im Anschluss an eine Rücknahme oder einen Widerruf entwertet die Bundesnetzagentur den Zuschlag, mit der Folge, dass keine Zahlungsansprüche mehr bestehen²¹⁹.

²¹⁵ BT-Drs. 18/10209, S. 109.

²¹⁶ Vgl. § 36g Abs. 3 Satz 5: „Erst mit der Zuordnungsentscheidung liegt ein wirksamer Zuschlag im Sinn von § 22 Abs. 2 Satz 1 vor.“

²¹⁷ § 35 Satz 1 VwVfG lautet: „Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist.“

²¹⁸ Gemäß § 1 Abs. 1 VwVfG kommt das Gesetz nur zur Anwendung, soweit nicht Rechtsvorschriften des Bundes inhaltsgleiche oder entgegenstehende Bestimmungen enthalten.

²¹⁹ Nach § 22 Abs. 2 besteht ein Anspruch auf Förderung nach § 19 nur solange und soweit ein von der Bundesnetzagentur erteilter Zuschlag wirksam ist.

1. Rückfall auf den Gebotswert als Spezialregelung

Allerdings enthält § 36g Absatz 5 Satz 4 eine Spezialregelung in Hinblick auf die Rechtsfolge für diejenigen Fälle, in denen die Bürgerenergieeigenschaft im Sinne des § 3 Nr. 15 nicht ununterbrochen bis Ende des zweiten auf die Inbetriebnahme folgenden Jahres erfüllt ist. Nach dieser Vorschrift fällt die Bürgerenergiegesellschaft ab dem Zeitpunkt, ab dem die Anforderungen erstmals nicht mehr erfüllt sind, auf den Gebotswert zurück²²⁰. Zwar ist dem Gesetzeswortlaut nicht ausdrücklich zu entnehmen, in welchem Zeitfenster diese Regelung greift; der Zeitraum wird jedoch in der Gesetzesbegründung²²¹ wie folgt konkretisiert:

„Sofern zwischen der Antragstellung nach § 36g Absatz 3 [= Antrag auf Zuordnung] und dem Ende des zweiten Jahres nach der Inbetriebnahme die Voraussetzungen für Bürgerenergiegesellschaften wegfallen, wird der Zuschlag nicht nach den §§ 48, 49 VwVfG von der BNetzA zurückgenommen. Die Sanktion des § 36g Absatz 5 Satz 4 ist insofern abschließend.“²²²

Demzufolge kommen die §§ 48, 49 VwVfG nach der Stellung des Antrags auf Zuordnung nicht mehr zur Anwendung, sondern werden von der Spezialregelung verdrängt, so dass über die Spezialregelung hinausgehende Folgen mit dem Wegfall der Voraussetzungen nicht verbunden sind, solange die Bürgerenergiegesellschaft bis zum Antrag auf Zuordnung wahrheitsgemäße Angaben gemacht hat. Zu beachten ist aber, dass es sich hierbei ausschließlich um eine Spezialregelung zur Bürgerenergieeigenschaft im Sinne des § 3 Nr. 15 handelt, die nicht auf den Wegfall anderer Voraussetzungen des § 36g übertragen werden kann.

2. Relevanz des § 49 VwVfG

Während § 48 VwVfG die Rücknahme von rechtswidrigen Verwaltungsakten regelt (dazu sogleich), enthält § 49 VwVfG die Voraussetzungen, unter denen rechtmäßige Verwaltungsakte widerrufen werden können. Der Widerruf rechtmäßiger begünstigender Verwaltungsakte wie Zuschläge oder Zuordnungen ist demnach nur unter den engen Grenzen der besonderen, in den Absätzen 2 und 3 abschließend aufgezählten Widerrufsgründen des § 49 VwVfG möglich.

Da jedoch nur wenige Fallkonstellationen vorstellbar sind, in denen er zur Anwendung kommen könnte, wird er für Bürgerenergiegesellschaften voraussichtlich von untergeordneter Bedeutung sein. In Betracht käme ein Widerruf z. B., wenn die Bürgerenergieeigenschaft zwar zum Gebotstermin noch vorgelegen hat, aber nach dem Zuschlag und vor dem Antrag

²²⁰ § 36g Abs 5 Satz 4 lautet: „Sofern eine Bürgerenergiegesellschaft die Anforderungen nach § 3 Nummer 15 nicht ununterbrochen bis Ende des zweiten auf die Inbetriebnahme der Anlage folgenden Jahres erfüllt, ist ab dem Zeitpunkt, ab dem die Anforderungen erstmals nicht mehr erfüllt sind, abweichend von den Sätzen 1 bis 3 der Zuschlagswert der Gebotswert.“

²²¹ BT-Drs. 18/10668, S. 142.

²²² Ergänzung in Klammern durch Autorin.

auf Zuordnung entfallen ist. Dann wäre der Zuschlag rechtmäßig erteilt worden. Die Gesellschaft könnte mangels Bürgerenergieeigenschaft aber keinen Antrag auf Zuordnung stellen, wenn sie in ihrer Eigenerklärung keine wahrheitswidrigen Angaben machen will. In diesen Fällen stellt sich die Frage, wie mit dem Zuschlag zu verfahren ist. Etwa, ob er entwertet und deswegen von der Bundesnetzagentur widerrufen wird, oder ob es für eine Entwertung ausreicht, dass der Zuschlag entweder aufgrund der Regelung in § 35a Abs. 1 Nr. 1 nach Ablauf der Realisierungsfrist erlischt oder nach Nummer 4 durch Zeitablauf oder auf sonstige Weise seine Wirksamkeit verliert. Da ohne Zuordnungsentscheidung kein Anspruch auf Förderung besteht²²³ ist das Schicksal einzelner Zuschläge eine vorwiegend verwaltungspraktische Frage, die in erster Linie von der Bundesnetzagentur zu adressieren ist. Durch die Entwertung sollen alle nichtrealisierten Projekte erfasst werden, um frühzeitig Abweichungen von der Erreichung der angestrebten Ausbauziele zu erkennen²²⁴. Fällt die Bürgerenergieeigenschaft hingegen erst nach Abgabe des Zuordnungsantrags weg, greift die Sonderregelung des Absatzes 3 Satz 4 und für die Anwendung des § 49 VwVfG bleibt ausweislich der oben zitierten Gesetzesbegründung ohnehin kein Raum.

3. Voraussetzungen einer Rücknahme nach § 48 VwVfG

Bei § 48 VwVfG, der aufgrund der Fehleranfälligkeit bei der Nachweisführung für Bürgerenergiegesellschaften vor allem relevant sein dürfte, handelt es sich um eine komplexe Vorschrift. Voraussetzung für eine Rücknahme ist zunächst, dass es sich um einen rechtswidrigen Verwaltungsakt handelt. Rechtswidrig ist ein Verwaltungsakt, wenn er fehlerhaft ist, wobei Rechtswidrigkeit einen Verstoß gegen geltende Rechtsnormen voraussetzt²²⁵ und die Fehlerhaftigkeit schon zum Zeitpunkt des Erlasses gegeben sein muss²²⁶. Entscheidend ist demnach in Bezug auf Bürgerenergiegesellschaften, ob zum Zeitpunkt des Zuschlags oder der Zuordnungsentscheidung die Voraussetzungen nach § 3 Nr. 15 und die weiteren Anforderungen § 36g vorgelegen haben und ob die Angaben in den Eigenerklärungen den Tatsachen entsprechen.

Von zentraler Bedeutung ist, dass die Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte aufgrund der Formulierung „kann“ in § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG in das Ermessen der zuständigen Behörde gestellt wird. Die Behörde muss also in jedem Einzelfall ihr Ermessen ausüben und eine individuelle Entscheidung treffen. Maßgeblich für die Ermessensabwägung ist dabei die Schutzwürdigkeit des Vertrauens des Begünstigten: Der Schutz des Vertrauens auf den Be-

²²³ Vgl. § 36g Abs. 3 Satz 5.

²²⁴ BT-Drs. 18/8860, S. 208.

²²⁵ Vgl. M. Müller in: Huck/Müller, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, § 48 Rn. 6.

²²⁶ M. Sachs in Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Aufl. 2014, § 48 Rn. 49; M. Müller in: Huck/Müller, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, § 48 Rn. 6.

stand des Rechts und auch des Verwaltungshandelns gehört zu den wesentlichen Elementen des Rechtsstaatsprinzips und der Freiheitsgrundrechte²²⁷.

Bei den Anforderungen an eine Rücknahme unterscheidet § 48 VwVfG zudem zwischen belastenden (Abs. 1 Satz 1) und begünstigenden Verwaltungsakten (Abs. 1 Satz 2). Die Rücknahme eines begünstigenden Verwaltungsaktes ist im Gegensatz zu der Rücknahme eines belastenden Verwaltungsaktes für den Bürger i. d. R. mit negativen Folgen verbunden. Für die Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte kommen deshalb ergänzend zu den allgemeinen Bestimmungen in § 48 Abs. 1 Satz 2 VwVfG die Voraussetzungen der Absätze 2 bis 4 VwVfG zur Anwendung²²⁸. Danach erfordern Einschränkungen begünstigender Verwaltungsakte stets eine Abwägung zwischen den Bestandsinteressen des Begünstigten und dem Interesse der Allgemeinheit an der Aufhebung der rechtswidrigen Begünstigung²²⁹. Im Rahmen dieses Papiers liegt der Fokus naturgemäß auf begünstigenden rechtswidrigen Verwaltungsakten, da es sich bei Zuschlägen und Zuordnungsentscheidungen in aller Regel nicht um belastende, sondern um begünstigende Verwaltungsakte handelt²³⁰.

In diesem Zusammenhang nennt § 48 Absatz 2 Satz 3 Nummer 1 bis 3 VwVfG drei Ausschlussstatbestände²³¹, in denen sich der Begünstigte gerade nicht auf Vertrauensschutz berufen kann²³². Dies ist der Fall, wenn der Begünstigte:

„[...]

1. den Verwaltungsakt durch arglistige Täuschung, Drohung oder Bestechung erwirkt hat;
2. den Verwaltungsakt durch Angaben erwirkt hat, die in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig waren;
3. die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte.“

²²⁷ A. Voßkuhle/A. Kaufhold, Grundwissen – Öffentliches Recht: Vertrauensschutz, JuS 2011, S. 794.

²²⁸ Begünstigende Verwaltungsakte unterteilt das VwVfG in zwei Gruppen: Erstere enthält Verwaltungsakte die eine Geld- oder Sachleistung oder die Grundlage für solche Leistungen darstellen (§ 48 Abs. 2 VwVfG). Der zweiten Gruppe gehören alle sonstigen begünstigenden Verwaltungsakte an (§ 48 Abs. 3 VwVfG). Diese Unterscheidung ist für die Rechtsfolgen relevant, denn während Verwaltungsakte der ersten Gruppe nicht zurückgenommen werden können, wenn das Vertrauen des Begünstigten schutzwürdig ist, kann bei Verwaltungsakten der zweiten Kategorie das enttäuschte Vertrauen des Begünstigten durch Ausgleich der Vermögenseinbußen entschädigt und der Verwaltungsakt zurück genommen werden. Weiterführend M. Müller in: Huck/Müller, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, § 48 Rn. 5.

²²⁹ M. Martini, Die Aufhebung von Verwaltungsakten nach § 48 VwVfG – Vertrauensschutz bei der Rücknahme (§§ 48 II, III), JA 2016, 830, 831.

²³⁰ Fälle, in denen der Zuschlag weniger umfasst als im Gebot vorgesehen war und insoweit trotz der Begünstigung auch einen belastenden Charakter aufweist, sollen hier ausgeklammert bleiben.

²³¹ Bei den Nummern 1 bis 3 in Absatz 2 Satz 3 handelt es sich um negative Regelbeispiele, d. h. die Aufzählung ist nicht abschließend.

²³² M. Müller in: Huck/Müller, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, § 48 Rn. 32.

Liegt einer der drei Ausschlussgründe vor, schließt das zwar die Notwendigkeit einer Abwägung nach Satz 1 aus. Allerdings bleibt das Ermessen („kann“) unberührt und damit ist auch die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes nicht zwingend²³³. Insoweit gilt selbst bei missbräuchlich erlangten Verwaltungsakten und fehlendem Vertrauensschutz, dass die Behörde bei der Ermessensausübung die Verhältnismäßigkeit zu wahren hat und auf die Rücknahme verzichten kann²³⁴. Allerdings wird beim Vorliegen der Ausschlussgründe nur in seltenen Fällen von der Rücknahme abgesehen werden, da in diesen Fällen das Ermessen der Behörde intendiert ist²³⁵. Insoweit kommt es auch beim Vorliegen der Ausschlussgründe auf die Umstände des Einzelfalles an und ob diese außergewöhnlich sind²³⁶. Die Behörde wird im Grundsatz auch hier das Interesse des Begünstigten am Bestand des Verwaltungsaktes gegenüber dem öffentlichen Interesse an seiner Rücknahme zu berücksichtigen haben, wobei hier die Zumutbarkeit der Rücknahme für den Betroffenen im konkreten Einzelfall ins Gewicht fällt²³⁷. Hierzu gehören – wie bereits aus dem Wortlaut des § 48 Abs. 2 Satz 2 VwVfG, der lautet

„Das Vertrauen ist in der Regel schutzwürdig, wenn der Begünstigte gewährte Leistungen verbraucht oder eine Vermögensdisposition getroffen hat, die er nicht mehr oder nur unter unzumutbaren Nachteilen rückgängig machen kann.“

hervorgeht – Vermögensdispositionen, die der Begünstigte im Vertrauen auf den Bestand des Verwaltungsaktes getroffen hat.

Von der Bundesnetzagentur ist demzufolge bei der Entscheidung über eine Rücknahme zunächst zu prüfen, ob eines der drei negativen Regelbeispiele erfüllt ist. Je nach Ausgestaltung des Einzelfalles kann ein rechtswidriger Zuschlag oder eine rechtswidrige Zuordnungsentcheidung etwa durch arglistige Täuschung, Drohung oder Bestechung (Nr. 1) erwirkt worden sein. Arglist liegt vor, wenn die vorsätzliche Irreführung darauf gerichtet ist, auf den Erklärungswillen der Behörde einzuwirken²³⁸. Nr. 1 greift allerdings nur, wenn sich der Begünstigte auch an der Handlung beteiligt hat. Dazu zählen sowohl Anstiftung als auch Beihilfe²³⁹.

Weniger kriminelle Energie ist bei Nummer. 2 im Spiel, wenn der Verwaltungsakt durch falsche oder unvollständige Angaben erwirkt wird, wobei dafür nicht erforderlich ist, dass die fehlerhaften Angaben schuldhaft gemacht worden sind, bzw. der Begünstigte die Fehlerhaftigkeit der Angaben kannte oder hätte kennen müssen²⁴⁰. Im Verhältnis zu der Nummer 1 ist

²³³ M. Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 8. Aufl. 2014, § 48 Rn. 79.

²³⁴ BVerfGE 119, 17, 22f = NVwZ 2004, 487, 488.

²³⁵ M. Müller in: Huck/Müller, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2. Aufl. 2016, § 48 Rn. 68.

²³⁶ Vgl. J. Müller in: der/Ronellenfitsch Beck'scher onlinekommentar, § 48, Rn. 81.

²³⁷ J. Müller in: der/Ronellenfitsch Beck'scher onlinekommentar, § 48, Rn. 38.

²³⁸ M. Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 48, Rn. 152.

²³⁹ M. Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 48, Rn. 151.

²⁴⁰ J. Müller in: der/Ronellenfitsch Beck'scher onlinekommentar, § 48, Rn. 78; M. Müller in: Huck/Müller, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2. Aufl. 2016, § 48 Rn. 34; M. Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 48, Rn. 156.

hier der Ausschluss des Vertrauensschutzes weniger leicht zu rechtfertigen, weil dem Begünstigten nicht ohne weiteres ein unredliches Verhalten vorgeworfen werden kann²⁴¹. Voraussetzung ist weiterhin, dass ein Erwirken des Verwaltungsaktes in Form von zielgerichtetem Handeln stattgefunden hat und die Ursache für die Falschangabe in den Verantwortungsbereich des Begünstigten fällt²⁴². Nur in besonderen Ausnahmefällen dürfte die Anwendung der Nummer 2 als unzulässige Rechtsausübung (Rechtsgedanke „Treu und Glauben“ nach § 242 BGB) angesehen werden können, wenn der Begünstigte ein Höchstmaß an Sorgfalt hat walten lassen, indem er z. B. Auskünfte bei der zuständigen Behörde eingeholt hat und aus diesem Grund der Fehler nicht mehr in seinen Verantwortungsbereich, sondern in den Verantwortungsbereich der Behörde fällt²⁴³. Schutzwürdiges Vertrauen wurde vom EuGH in Zusammenhang mit Nummer 2 ausnahmsweise für ein Unternehmen angenommen, das auf die Angaben eines Dritten vertraut hat, die es nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand hätte kontrollieren können und auf die es berechtigt vertraut hat²⁴⁴.

Schutzwürdiges Vertrauen ist schließlich auch nach Nummer 3 ausgeschlossen, wenn der Begünstigte von der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes – hier also des Zuschlags oder der Zuordnung – wusste oder hätte wissen müssen. In diesen Fällen kommt es – wie dem Wortlaut der Nr. 3 zu entnehmen ist – nicht auf die Handlung bzw. den Handelnden, sondern auf die Kenntnis bzw. das sog. Kennenmüssen an. Die Umstände, die zur Rechtswidrigkeit führen, fallen also in die Sphäre des Dritten oder der Behörde selbst.

Da es sich bei Bürgerenergiegesellschaften als den Begünstigten von Zuschlägen und Zuordnungen²⁴⁵ um juristische Personen oder Personengesellschaften handelt²⁴⁶, werden sie durch ihre vertretungsberechtigten Organe oder Gesellschafter vertreten²⁴⁷. Eine Genossenschaft wird z. B. durch ihren Vorstand²⁴⁸, eine GmbH durch einen oder mehrere Geschäftsführer²⁴⁹ und eine KG durch ihre persönlich haftenden Komplementäre²⁵⁰ vertreten. Aus diesem Grund können hier Handelnde bzw. Wissensträger und Begünstigte typischerweise auseinanderfallen. In diesen Fällen gelten grundsätzlich die Rechtsgedanken aus §§ 123 Abs.

²⁴¹ J. Müller in: der/Ronellenfitsch Beck'scher onlinekommentar, § 48, Rn. 74.

²⁴² M. Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 48, Rn. 156, 157; M. Müller in: Huck/Müller, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, § 48 Rn. 34.

²⁴³ BVerwG Urteil vom 24. Juli 2014, 3 C 23.13, Rn. 33 m. w. N.

²⁴⁴ BVerwG Urteil vom 24. Juli 2014, 3 C 23.13, Rn. 33 m. w. N.

²⁴⁵ Nach § 30 Abs. 1 Nr. 1 gilt die im Gebot angegebene rechtsfähige Personengesellschaft oder juristische Person als Bieter.

²⁴⁶ So verlangt es § 3 Nr. 15. Siehe dazu B.

²⁴⁷ Bei der Abgabe des Gebots ist die natürliche Person zu benennen, die zur Vertretung der juristischen Person für alle Handlungen nach diesem Gesetz bevollmächtigt ist (Bevollmächtigter), § 30 Abs. 1 Nr. 1 lit. b).

²⁴⁸ § 24 GenG.

²⁴⁹ § 35 GmbHG.

²⁵⁰ Nach § 125 HGB in Verbindung mit § 161 HGB ist jeder Komplementär zur Vertretung der Gesellschaft alleine befugt.

2, 278, 831 BGB²⁵¹. Danach sind Angaben, Handlungen sowie die Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis von Vertretern dem Begünstigten grundsätzlich zuzurechnen²⁵². Demzufolge entfällt der Vertrauensschutz auch, wenn nicht der Begünstigte selbst, sondern sein Vertreter die Tatbestandsvoraussetzungen der negativen Regelbeispiele in den Nummer 1 bis 3 erfüllt²⁵³.

Im Gegensatz dazu werden Angaben, Handlungen sowie die Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis von Dritten dem Begünstigten grundsätzlich nicht zugerechnet²⁵⁴. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob eine Tatbestandserfüllung der Ausschlussgründe durch Mitglieder oder Gesellschafter der Bürgerenergiegesellschaft als der Begünstigten zuzurechnen ist. Sofern z. B. falsche oder unvollständige Angaben eines Mitglieds oder Gesellschafters von der Bürgerenergiegesellschaft übernommen werden und aus diesem Grund die Vertreter der Bürgerenergiegesellschaft gegenüber der Bundesnetzagentur falsche Angaben machen, ist bereits der Ausschlussgrund der Nummer 2 verwirklicht. Relevant ist die Zuordnung aber für den Fall, dass ein Mitglied oder Gesellschafter nach Nummer 1 betrügt oder besticht oder von der Rechtswidrigkeit im Sinne der Nummer 3 Kenntnis hat. Zum einen könnte argumentiert werden, dass ein die Gesellschaft begünstigender Verwaltungsakt grundsätzlich auch für die „einfachen“ Mitglieder oder Gesellschafter von Vorteil ist und sie deshalb wie Begünstigte zu behandeln sind. Allerdings genügt es nicht, lediglich von der begünstigenden Wirkung des Verwaltungsaktes mittelbar faktisch betroffen zu sein, um Begünstigter i. S. d. § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG zu sein. Als Begünstigter gilt nur, wer zusätzlich Adressat des Verwaltungsaktes ist²⁵⁵. Ein Mitglied oder Gesellschafter ist demzufolge nicht Begünstigter, so dass der Gesellschaft sein Wissen nicht schon wegen der „Nähe“ zur Gesellschaft zugerechnet werden kann. Für eine Zurechnung ist vielmehr eine besondere Rolle des Mitglieds oder Gesellschafters – bspw. durch Weisung – erforderlich, da es sich sonst mangels organschaftlicher Zurechnung um „fremde“ Kenntnis handelt²⁵⁶. Ist jemand nicht zur Vertretung bestimmt oder anderweitig gewollt in den Außenverkehr eingebunden, wird sein Wissen in der Regel der Gesellschaft nicht zugerechnet²⁵⁷. Demzufolge sind Mitglieder oder Gesellschafter im Regelfall wie Dritte zu behandeln, da sie im Innenverhältnis nicht zur Vertretung ermächtigt wurden und auch nur indirekt begünstigt werden. Dieser Grundsatz ist

²⁵¹ M. Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 48, Rn. 151, 155, 164.

²⁵² M. Müller in: Huck/Müller, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, § 48 Rn. 48; M. Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 48, Rn. 151, 155, 164.

²⁵³ M. Müller in: Huck/Müller, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, § 48 Rn. 34.

²⁵⁴ M. Müller in: Huck/Müller, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, § 48 Rn. 36, 48; M. Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 48, Rn. 151, 155, 164.

²⁵⁵ J. Müller in: der/Ronellenfisch Beck'scher onlinekommentar, § 48, Rn. 28.

²⁵⁶ K. Schmidt in Münchener Kommentar zum HGB, 4. Aufl. 2016, § 125 Rn. 13.

²⁵⁷ U. Noack/F. Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG Kommentar, 21. Auflage 2017, § 35 Rn. 147-151, Rn. 473; H. Ellers, Die Zurechnung von Gesellschafterwissen an die GmbH - insbesondere beim gutgläubigen Erwerb eines Sacheinlagegegenstandes, GmbHR 2004, 934.

entsprechend auch auf die Erfüllung der Nummer 1 durch Mitglieder oder Gesellschafter der Bürgerenergiegesellschaft übertragbar.

Für die Frage der Rücknahme von rechtswidrigen Verwaltungsakten sind insbesondere die durch Eigenerklärung nachzuweisenden Voraussetzungen der Bürgerenergieeigenschaft nach § 3 Nr. 15, das 12-Monatskriterium nach § 36g Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 lit. b) aa), die Gesamtgebotsmenge von 18 MW pro Gebotsdurchgang nach § 36g Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 lit. b) bb) und das Angebot an Gemeinden nach § 36g Abs. 3 Satz 4 Nr. 3 lit. b) von Relevanz.

a) Bürgerenergieeigenschaft

Die Rechtswidrigkeit eines Zuschlags oder einer Zuordnungsentscheidung kann z. B. daraus resultieren, dass die Voraussetzungen einer Bürgerenergiegesellschaft nach § 3 Nr. 15 zum Zeitpunkt des Zuschlags oder zum Antrag auf Zuordnung nicht (ununterbrochen) erfüllt waren. Täuscht z. B. der Geschäftsführer einer Bürgerenergiegesellschaft bei der Abgabe der Eigenerklärung im Rahmen des Gebots arglistig über das Vorliegen der Bürgerenergieeigenschaft, wären die Voraussetzung des § 48 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 VwVfG erfüllt und das Vertrauen der Bürgerenergiegesellschaft wäre, da der Geschäftsführer als Vertreter gehandelt hat, nicht schutzwürdig.

Beinhaltet die Eigenerklärung bei der Abgabe des Antrags auf Zuordnung falsche Angaben, weil z. B. ein für die Bürgerenergieeigenschaft relevanter Gesellschafter nach Gebotsabgabe verstorben oder verzogen ist und der Vorstand einer Bürgerenergiegenossenschaft davon keine Kenntnis hatte, wäre die Zuordnungsentscheidung rechtswidrig und es käme § 48 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 VwVfG in Betracht, denn hier hätte ein Vertreter der Bürgerenergiegesellschaft aufgrund interner Fehlinformationen Falschangaben gemacht, die grundsätzlich der Bürgerenergiegesellschaft als Begünstigter zuzurechnen sind. Da in solchen Konstellationen eine Rücknahme aufgrund von § 48 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 VwVfG nur in ganz besonderen Ausnahmefällen entfällt, wird es für die Bewertung, ob es sich um einen solchen Ausnahmefall handelt oder ob trotz des Vorliegens eines Ausschlussgrundes der in Rede stehende Verwaltungsakt (Zuschlag und/oder Zuordnung) zurückgenommen wird, auf die Umstände des Einzelfalles ankommen. Dabei wird unter anderem eine Rolle spielen, ob die Bürgerenergiegesellschaft bzw. das sie vertretende Organ alles ihm Mögliche getan hat, um fehlerhafte Angaben zu vermeiden. Zentral stellt sich dann die Frage, welche internen Kontrollmechanismen implementiert und welche organisatorischen Vorkehrungen getroffen wurden, um Änderungen zu erkennen und Falschangaben zur Bürgerenergieeigenschaft zu verhindern: Wie und wie oft werden z. B. die Angaben von Mitgliedern kontrolliert, die mitteilen, in dem in Rede stehenden Landkreis gemeldet zu sein? Enthält der Gesellschaftsvertrag bzw. die Satzung Regelungen, die Falschangaben sanktionieren? Ist diese Sanktion ausreichend, um eine tatsächliche Wirkung zu entfalten oder handelt es sich nur um eine pro-forma-Klausel? Bürgerenergiegesellschaften sind hier sicher gut beraten, für den Fall der Fälle eine stichhaltige und gut unterfütterte Argumentation vorzuhalten sowie Funktionsweise und Ergebnisse ih-

rer diesbezüglichen Kontrollmechanismen gut zu dokumentieren. So können sie im Zweifel darlegen, dass die fehlerhafte Angabe ein einzelnes aus der Reihe fallendes Versehen war, dass trotz aller Vorkehrungen nicht vermeidbar war. Der schiere Fakt, dass es trotz dieser Vorkehrungen dennoch einen „Ausreißer“ gegeben hat, dürfte ihre grundsätzliche Effektivität allein nicht entfallen lassen. Ein Maßstab, der den Nachweis der Effektivität des Kontrollmechanismus nur dann als erbracht ansieht, wenn er auch faktisch eine 100-prozentige Sicherheit vor Falschangaben gewährleistet, dürfte insoweit zu streng sein. Wäre dem so, würde sich auch schlicht die Frage nicht stellen, da es dann nie falsche Angaben geben könnte.

Macht ein Mitglied oder ein Gesellschafter gegenüber der Bürgerenergiegesellschaft bzw. gegenüber ihren Organen bewusst falsche Angaben z. B. zur gemeldeten Wohnung und finden diese Falschangaben Eingang in die Eigenerklärung, stellt sich die Frage, ob dies der Bürgerenergiegesellschaft zuzurechnen ist. Entscheidend ist dafür zunächst, ob der Begünstigten auch die Handlungen eines Gesellschafters zuzurechnen sind. Da ein Gesellschafter im Innenverhältnis nicht ohne weiteres zur Vertretung ermächtigt worden sein dürfte und auch nur indirekt begünstigt ist, wird er als „Dritter“ einzustufen sein, dessen Handlungen und vor allem dessen Kenntnis der Bürgerenergiegesellschaft nicht zuzurechnen sind, so dass nicht bereits durch seine Kenntnis die Voraussetzungen der Nummer 3 erfüllt werden. Insoweit verbleibt es – jedenfalls, wenn die Vertreter der Bürgerenergiegesellschaft nichts von den Falschangaben wussten und auch nichts darüber hätten wissen können – bei den Voraussetzungen der Nummer 2 mit den insoweit vorzuhaltenden Kontrollmechanismen.

b) 12-Monatsregelung und 18 MW Maximum pro Gebotsverfahren

Ein rechtswidriger Zuschlag²⁵⁸ und die Verwirklichung eines Ausschlussgrundes kommt darüber hinaus in Betracht, wenn eines der Mitglieder der Bürgerenergiegesellschaft in den vorangegangenen 12 Monaten im Rahmen einer anderen Gesellschaft einen Zuschlag erhalten hat, in der Eigenerklärung aber angegeben wurde, dass dies nicht der Fall sei. Dazu kann es etwa kommen, wenn das Mitglied dies bei der Abfrage im Kreis der Gesellschafter verheimlicht hat und die Vertreter der Bürgerenergiegesellschaft dementsprechend gegenüber der Bundesnetzagentur bei der Gebotsabgabe falsche Angaben i. S. v. § 48 Abs. 2 Satz 3 Nummer 2 VwVfG gemacht haben. Da es – wie oben erläutert – für das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen der Nummer 2 keines Verschuldens des Begünstigten bzw. seines Vertreters bedarf und nur in besonderen Ausnahmefällen der Fehler nicht in den Verantwortungsbereich der Bürgerenergiegesellschaft fällt, dürfte auch hier in der Regel der Ausschlussgrund des § 48 Abs. 2 Satz 3 VwVfG verwirklicht sein. Insoweit kommt es auch hier darauf an, ob die Bürgerenergiegesellschaft alles ihr Mögliche unternommen hat, um auch Falschangaben zur Beteiligung an anderen Windenergieprojekten zu verhindern. In diesem Zusammenhang

²⁵⁸ Dies gilt nicht für die Zuordnungsentscheidung, da bei dem Antrag auf Zuordnung nach § 36g Abs. 3 die Beteiligung an anderen Windenergieprojekten nicht abgefragt wird.

wird darauf verwiesen, dass die Bundesnetzagentur sich ausdrücklich vorbehält, eine Mitgliederliste anzufordern²⁵⁹ und von Bietern mit Zuschlag eine Liste der stimmberechtigten Mitglieder abfragt.

c) Beteiligung der Standortgemeinde

Dieselben Kriterien gelten für Fälle, in denen sich herausstellt, dass der betroffenen Gemeinde kein Angebot im Sinne des Absatzes 3 Satz 4 lit. b) unterbreitet wurde, obwohl die Eigenerklärung gegenteilige Angaben enthält. Dabei ist davon auszugehen, dass die Vertreter bzw. Organe der Bürgerenergiegesellschaft für das Angebot verantwortlich sind. Insoweit dürfte sich hier nicht die Frage stellen, wie sich das Handeln oder die Kenntnis von Mitgliedern oder Gesellschaftern auswirkt. Vielmehr werden Fehler, die von den vertretungsberechtigten Organen gemacht werden, stets der Bürgerenergiegesellschaft zugerechnet werden.

d) Vertrauensschutz und Projektfortschritt

Festzuhalten bleibt, dass die Bundesnetzagentur für jeden Einzelfall eine Verhältnismäßigkeitsprüfung anstellen muss, die insbesondere auch die Folgen der Rücknahme des Zuschlags oder der Zuordnungsentscheidung für die begünstigte Bürgerenergiegesellschaft berücksichtigt. Insoweit fällt auch ins Gewicht, wie weit die Umsetzung des Windenergieprojektes fortgeschritten ist und welche Vermögensdispositionen von der Bürgerenergiegesellschaft bereits (unumkehrbar) getroffen worden sind. Soweit kein Ausschluss des Bieters nach § 34 erfolgt, kann dabei sicher auch berücksichtigt werden, dass sich die Bürgerenergiegesellschaft mit dem Vorhaben ggf. in einer der folgenden Ausschreibungsrunden beteiligen kann. Der Projektfortschritt und die Unumkehrbarkeit einer Vermögensdisposition allein vermitteln also nicht zwingend einen Mindestschutz vor einer Rücknahme.

4. Teilrücknahme

In diesem Zusammenhang stellt sich zudem die Frage, ob ggf. eine Teilrücknahme des Zuschlags oder der Zuordnung in Betracht kommt. Darauf lässt zumindest der Wortlaut in § 35a Abs. 1 Nr. 3 schließen, wonach ein Zuschlag von der Bundesnetzagentur entwertet wird

[...]

*3. soweit die Bundesnetzagentur den Zuschlag nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz zurücknimmt oder widerruft [...]*²⁶⁰

²⁵⁹ Abrufbar unter: https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetundGas/Unternehmen_Institutionen/ErneuerbareEnergien/Ausschreibungen/Wind_Onshore/Buergerenergiegesellschaften/Buergerenergiegesell_node.html

²⁶⁰ Unterstreichung durch Autorin.

Ob sich die Rücknahme nur auf einen Teil des Verwaltungsaktes erstrecken kann, hängt davon ab, ob der Verwaltungsakt teilbar ist²⁶¹. Eine Teilrücknahme könnte z. B. stattfinden, wenn die Umsetzung eines Windenergieprojekts nicht in dem Umfang erfolgt, wie er im Gebot angegeben und bezuschlagt wurde. Die Folgen der Nichtrealisierung sind jedoch bereits in § 35a Nr. 1 geregelt, so dass für diese Fälle kein Raum für eine Teilrücknahme verbleibt.

²⁶¹ M. Sachs in Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 8. Aufl. 2014, § 48 Rn. 100.

F. Zusammenfassung der aus den Voraussetzungen folgenden Erleichterungen und Folgen für Bürgerenergiegesellschaften

I. Einheitspreis

§ 36g Abs. 5 Satz 1 enthält für Bürgerenergiegesellschaften eine Privilegierung hinsichtlich der Förderhöhe, die erst gegen Ende des Gesetzgebungsverfahrens durch den Ausschuss für Wirtschaft und Energie eingebracht wurde²⁶². Anders als für alle sonstigen erfolgreichen Gebote gilt für Bürgerenergiegesellschaften nicht die „pay-as-bid“-Preisregel (Gebotspreisverfahren)²⁶³, sondern das sog. Einheitspreisverfahren²⁶⁴. Unabhängig von ihrer eigenen Gebotshöhe erhalten alle Bürgerenergiegesellschaften einer Gebotsrunde aufgrund dieser Regelung den höchsten bezuschlagten Gebotswert der Runde, sofern ihre Gebote in der entsprechenden Ausschreibung einen Zuschlag erhalten haben²⁶⁵. Sie bekommen demnach mehr als sie geboten haben und damit ggf. auch eine höhere Rendite als die für die Gebotsabgabe kalkulierte.

Für Windenergieanlagen von Bürgerenergiegesellschaften, die im sog. Netzausbaubereich nach § 36c errichtet werden sollen, kommt in Bezug auf die Förderhöhe eine Sonderregelung zur Anwendung. Nach § 36c Abs. 4 Satz 2 werden die Zuschläge im Netzausbaubereich auf 58 Prozent des durchschnittlichen Zubaus der Jahre 2013 bis 2015 begrenzt (902 MW). Übersteigen die abgegebenen Gebote den für das Netzausbaubereich vorgesehenen Zubau von 902 MW, erhalten alle bezuschlagten Gebote von Bürgerenergiegesellschaften nach § 36g Abs. 5 Satz 2 nur den Gebotswert des höchsten im Netzausbaubereich bezuschlagten Gebots. Mit dieser nachträglichen Korrektur²⁶⁶ sollen die Sonderregeln für Bürgerenergiegesellschaften mit den Regelungen zum sog. Netzausbaubereich besser abgestimmt und falsche Anreize zu strategischem Verhalten verhindert werden²⁶⁷. Damit wird – bezogen auf drei Ausschreibungsrunden in 2017²⁶⁸ und danach jeweils vier Ausschreibungsrunden in 2018 und 2019²⁶⁹ – eine erhebliche Verknappung betrieben, so dass ein höherer Wettbewerb entsteht. Durch die Beschränkung des Einheitspreises auf das höchste Gebot im Netzausbaubereich

²⁶² Ausschussdrucksache 18(9)914 vom 06.07.2016, S. 69.

²⁶³ § 3 Nr. 15.

²⁶⁴ Gemäß § 22 wird die Höhe der Marktprämie durch Ausschreibung bestimmt; ein Zahlungsanspruch besteht nur bei einem erteilten Zuschlag durch die Bundesnetzagentur.

²⁶⁵ BT-Drs. 18(9)914 vom 06.07.2016, S. 392.

²⁶⁶ Diese Regelung wurde erst durch das Gesetz zur Änderung der Bestimmungen zur Stromerzeugung aus Kraft-Wärme-Kopplung und zur Eigenversorgung vom 22. Dezember 2016 eingeführt.

²⁶⁷ BT-Drs. 18/10668, S. 163.

²⁶⁸ § 28 Abs. 1 Nr. 1.

²⁶⁹ § 28 Abs. 1 Nr. 2.

biet kann jedes Gebot im Netzausbaubereich selbst den Grenzpreis setzen. Dadurch soll der Anreiz, ein Gebot in der Höhe der wahren Kosten zu bieten, erhalten bleiben²⁷⁰.

II. Keine BImSchG-Genehmigung für Gebotsabgabe erforderlich

§ 36g Abs. 1 enthält für Bürgerenergiegesellschaften eine Privilegierung in Hinblick auf die Vorlage der BImSchG-Genehmigung. Abweichend von § 36 Abs. 1, wonach für die Teilnahme am Gebotsverfahren jeweils drei Wochen vor dem Gebotstermin die BImSchG-Genehmigung erteilt (Nummer 1) und die Anlage als genehmigt an das Register gemeldet (Nummer 2) worden sein muss, reicht für Bürgerenergiegesellschaften, dass sie im Gebotsverfahren ein Windgutachten vorlegen und die Flächensicherung nachweisen und erst zu einem späteren Zeitpunkt die entsprechende BImSchG-Genehmigung einreichen.

Durch diese Ausnahme soll die für lokal verankerte Bürgerenergiegesellschaften vergleichsweise hohe Schwelle der kostenintensiven BImSchG-Genehmigung beseitigt werden²⁷¹. Sie sollen Gebote auch ohne BImSchG-Genehmigung abgeben können, so dass sie frühzeitig hinreichende Investitionssicherheit erhalten, um Kosten für die Entwicklung der Projekte vor Ort bei den Bürgern einzusammeln²⁷².

1. Flexibilität bei der Standortauswahl

Da Bürgerenergiegesellschaften bei der Gebotsabgabe noch keine BImSchG-Genehmigung vorlegen müssen in der die endgültigen Koordinaten der Anlagen aufgeführt sind, ist mit dieser Erleichterung gleichzeitig eine größere Flexibilität bei der Standortauswahl für die Windenergieanlagen verbunden. Der Zuschlag für Bürgerenergieprojekte bezieht sich zunächst nur auf den Landkreis, für den das Gebot abgegeben wurde (Satz 1, erster Halbsatz)²⁷³ und enthält im Gegensatz zu § 36 zunächst keine feste Standortbindung.

Bürgerenergiegesellschaften können ihre Anlagen demzufolge im gesamten Landkreis realisieren, müssen sich dann aber gemäß § 36g Abs. 3 Satz 2 innerhalb von zwei Monaten nach Erhalt der BImSchG-Genehmigung mit dem Zuordnungsantrag festlegen.

„Damit erhalten sie eine Flexibilität, falls z. B. aus naturschutzrechtlichen Gründen die Genehmigung an einem anderen Standort als den ursprünglich im Landkreis geplanten Standort realisiert wird.“²⁷⁴

²⁷⁰ BT-Drs. 18/10668, S. 164.

²⁷¹ BT-Drs. 18/8860, S. 212.

²⁷² BT-Drs. 18/8860, S. 213.

²⁷³ BT-Drs. 18/8860, S. 213.

²⁷⁴ BT-Drs. 18/8860, S. 213.

2. Verlängerte Realisierungsfrist

Mit der Gebotsabgabe ohne BImSchG-Genehmigung ist zusätzlich eine Fristverlängerung (Abs. 3 Satz 1 2. Halbsatz) und damit eine Erleichterung für die Projektumsetzung verbunden. Abweichend von § 36e Abs. 1, wonach der Zuschlag i. d. R. erlischt, wenn die Windenergieanlage nicht 30 Monate nach Erteilung des Zuschlags in Betrieb genommen wurde, wird die Realisierungsfrist um 24 Monate auf insgesamt 54 Monate verlängert. Ausschlaggebender Zeitpunkt für die Berechnung der Frist ist die Bekanntgabe des ursprünglichen Zuschlags und nicht die Zuordnungsentscheidung der Bundesnetzagentur²⁷⁵. Bürgerenergiegesellschaften haben demzufolge 24 Monate mehr als andere Akteure, um die Anlagen in Betrieb zu nehmen.

Sofern die Genehmigung beklagt wird, kann sich diese 54 Monate-Frist nach § 36e Abs. 2 auch entsprechend verlängern²⁷⁶. Die Frist wird von der Bundesnetzagentur auf Antrag und Nachweis der in Absatz 2 Nummer 1 und 2 genannten Voraussetzungen einmalig verlängert, wenn gegen die BImSchG-Genehmigung nach der Erteilung des Zuschlags ein Rechtsbehelf Dritter rechtshängig geworden (Nummer 1) und die sofortige Vollziehbarkeit der Genehmigung nach Nummer 1 durch die zuständige Behörde oder gerichtlich angeordnet worden ist (Nummer 2). Dabei liegt die Dauer der Verlängerung im Ermessen der Bundesnetzagentur²⁷⁷.

III. Aufgeteilte Sicherheitsleistung

Bürgerenergiegesellschaften können die in § 36a festgesetzte Sicherheitsleistung in Höhe von 30 Euro pro Kilowatt in zwei Raten in Form einer Erst- und einer Zweitsicherheit erbringen, § 36g Abs. 2²⁷⁸. In Nummer 1 der Vorschrift ist vorgesehen, dass die erste Rate in Höhe von 15 Euro pro Kilowatt bei der Gebotsabgabe zu entrichten ist. Vorausgesetzt das Projekt erhält einen Zuschlag, wird die zweite Rate dann nach Nummer 2 innerhalb von zwei Monaten nach der Erteilung der Genehmigung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz fällig. Gemäß Nummer 2 bestimmt sich die Höhe der Zweitsicherheit aus der zu installierenden Leistung der genehmigten Anlagen multipliziert mit ebenfalls 15 Euro pro Kilowattstunde²⁷⁹. Im Übrigen gelten für die Erbringung der Sicherheitsleistung die allgemeinen Regelungen in §§ 31 und 36a²⁸⁰. Mit dieser Ausnahmeregelung werden die finanziellen Risiken für Bürger-

²⁷⁵ BT-Drs. 18/8860, S. 213.

²⁷⁶ BT-Drs. 18/8860, S. 214.

²⁷⁷ BT-Drs. 18/8860, S. 212.

²⁷⁸ Dazu unter C I. und II.

²⁷⁹ § 36g Abs. 2 Nr. 2.

²⁸⁰ Dazu unter C I und II.

energiegesellschaften reduziert, weil sie zu dem Zeitpunkt der Gebotsabgabe nur eine abgesenkte Präqualifikation erfüllen müssen²⁸¹.

IV. Geringeres Pönalenrisiko

Als Folge der oben genannten Erleichterungen, der späteren Vorlage der BImSchG-Genehmigung sowie der damit verbundenen verlängerten Realisierungsfrist und der gesplitteten Sicherheitsleistung, sowie um das Pönalenrisiko zu senken²⁸², erhalten Bürgerenergiegesellschaften auch in Bezug auf die in § 55 vorgesehene Pönale eine Erleichterung.

Im Unterschied zu anderen Bietern wird für Bürgerenergiegesellschaften nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 die Frist bis zum Eintritt einer Strafbzahlung wegen Verspätung – parallel zur verlängerten Frist für die Inbetriebnahme der Anlagen nach § 36g Abs. 3 Satz 1 – um 24 Monate verlängert. Im Vergleich zu den allgemeinen Vorschriften verlängert sich damit für Bürgerenergiegesellschaften die Frist von Zuschlag bis zur Inbetriebnahme um zwei Jahre und der Zuschlag entfällt erst nach insgesamt viereinhalb anstatt nach zweieinhalb Jahren²⁸³.

Zusätzlich reduziert sich das wirtschaftliche Risiko durch die auf die Hälfte festgesetzte Pönale, wenn der Zuschlag aus den in § 36g Abs. 3 Satz 3 benannten Gründen erloschen ist. Damit wird dem Risiko der Bürgerenergiegesellschaften Rechnung getragen, dass die BImSchG-Genehmigung nicht oder nicht in dem Umfang des Gebots ausfällt und der Zuschlag (in erheblichem Umfang) entwertet wird. Die reduzierte Pönale kommt aber auch zur Anwendung, wenn die Zuordnung bei der Bundesnetzagentur nicht innerhalb der vorgesehenen zwei Monate beantragt wurde. Die Pönale beläuft sich für Bürgerenergiegesellschaften nach § 55 Abs. 2 Satz 2 dann lediglich auf die Erstsicherheit (15 Euro pro Kilowatt) multipliziert mit der insgesamt entwerteten Gebotsmenge²⁸⁴.

²⁸¹ BT-Drs. 18/8860, S. 213.

²⁸² BT-Drs. 18/8860, S. 153.

²⁸³ Dazu unter E. IV.

²⁸⁴ Dazu unter E. IV.

G. Drei Verfahrensoptionen für Bürgerenergiegesellschaften

§ 36g Abs. 1 räumt Bürgerenergiegesellschaften eine Wahlmöglichkeit („können“) zwischen den allgemein geltenden Bestimmungen des § 36 und den Sonderregelungen für Bürgerenergiegesellschaften nach § 36g ein. Wie alle anderen Akteure auch, können Bürgerenergiegesellschaften entweder unter den Bedingungen des § 36 bieten und müssen dann die damit verbundenen Voraussetzungen erfüllen ohne sich auf die Sonderregelungen für Bürgerenergiegesellschaften berufen zu können. Oder sie entscheiden sich, die Erleichterungen für Bürgerenergiegesellschaften in Anspruch zu nehmen, müssen dann aber auch die besonderen Anforderungen des § 36g einhalten²⁸⁵.

Von dieser „Entweder-oder-Regelung“ enthält das Gesetz jedoch eine Ausnahme in Form einer „Mischvariante“. Dies ergibt sich aus § 36g Abs. 5 Satz 3, der lautet:

„Wenn eine Bürgerenergiegesellschaft ihr Gebot nicht nach Absatz 1, sondern erst nach der Erteilung der Genehmigung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz abgibt, sind die Sätze 1 und 2 für den Zuschlagswert dieses Gebots entsprechend anzuwenden, wenn die Anforderungen nach § 36 und nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 3, Absatz 3 Satz 4 Nummer 3 Buchstabe b und Absatz 4 erfüllt sind.“

Diese Regelung wurde erst gegen Ende des Gesetzgebungsverfahrens verbunden mit dem Einheitspreisprivileg durch den Ausschuss für Wirtschaft eingefügt²⁸⁶. Danach erhalten alle Gebote von Bürgerenergiegesellschaften, unabhängig davon, ob sie die Anforderungen nach § 36g oder § 36 erfüllen, einen Zuschlagswert, der dem Gebotswert des höchsten bezuschlagten Gebots in dieser Runde entspricht, sofern ihre Gebote in dieser Ausschreibung einen Zuschlag erhalten haben²⁸⁷. Entscheidet sich eine Bürgerenergiegesellschaft die BImSchG-Genehmigung bereits bei Gebotsabgabe vorzulegen, kann sie den Einheitspreis beanspruchen, wenn sie zusätzlich zu den allgemeinen Anforderungen nach § 36 die in Satz 3 benannten Voraussetzungen erfüllt. Die Optionsmöglichkeit des § 36g Abs. 5 Satz 3 bezieht sich ausschließlich auf die Anwendbarkeit des Einheitspreises.

I. Voraussetzungen der §§ 36, 30

Um unter die Einheitspreisregelung zu fallen, müssen Bürgerenergiegesellschaften zunächst die Voraussetzung von § 36 erfüllen. § 36 wiederum ergänzt die Vorgaben des § 30, der im Rahmen der allgemeinen Ausschreibungsbedingungen in erster Linie formale Anforderungen

²⁸⁵ BT-Drs. 18/8860, S. 213.

²⁸⁶ Ausschussdrucksache 18(9)914 vom 06.07.2016, S. 69.

²⁸⁷ Ausschussdrucksache 18(9)914 vom 06.07.2016, S. 392.

für die Abgabe von Geboten enthält. Insoweit haben Bürgerenergiegesellschaften nicht nur die Voraussetzungen des § 36, sondern gleichzeitig auch die Vorgaben des § 30 zu beachten.

§ 30 Abs. 1 benennt, welche „personenbezogenen“ Angaben vom Bieter in Bezug auf Identität, Kontaktperson und Sitz zu machen sind. Nach Absatz 1 Nummern 2 bis 7 sind Energieträger, der in Rede stehende Gebotstermin, die Gebotsmenge in Kilowatt ohne Nachkommastellen, der Gebotswert in Cent pro Kilowattstunde mit zwei Nachkommastellen (bei Windenergieanlagen an Land in Bezug auf den Referenzstandort nach Anlage 2 Nummer 4), die Standorte der Anlagen, auf die sich das Gebot bezieht, mit Bundesland, Landkreis, Gemeinde, Gemarkung und Flurstücken und der Übertragungsnetzbetreiber anzugeben. Absatz 2 enthält eine Bagatellgrenze. Danach können am Ausschreibungsverfahren nur Gebote mit einer Mindestmenge von 750 Megawatt teilnehmen.

Neben dem Vorliegen einer BImSchG-Genehmigung ist nach Absatz 1 Nummer 2 erforderlich, dass die Anlage mit den erforderlichen Daten drei Wochen vor dem Gebotstermin als genehmigt an das Register gemeldet worden sind. Außerdem müssen im Gebot die Nummern, unter denen die von der Genehmigung nach dem BImSchG umfassten Anlagen an das Register gemeldet worden sind, oder eine Kopie der Meldung an das Register, Absatz 2 Nummer 1, und das Aktenzeichen der Genehmigung sowie die Genehmigungsbehörde und deren Anschrift, Absatz 2 Nummer 2, benannt werden. Absatz 3 Nummer 1 verlangt, dass die Bieter ihrer Gebotsabgabe eine Eigenerklärung darüber beifügen, dass die Genehmigung nach dem BImSchG auch auf sie ausgestellt worden ist, oder – sollte dies nicht der Fall sein – die Erklärung des Inhabers der entsprechenden Genehmigung beifügen, dass der Bieter das Gebot mit Zustimmung des Genehmigungsinhabers abgegeben hat. Darüber hinaus ist durch Eigenerklärung des Inhabers der Genehmigung nachzuweisen, dass kein wirksamer Zuschlag aus früheren Ausschreibungen für Anlagen besteht, für die das Gebot abgegeben worden ist, Nummer 2.

II. Verweis auf § 36g

Darüber hinaus nimmt die Vorschrift Bezug auf Absatz 1 Satz 1 Nummer 3, Absatz 3 Satz 4 Nummer 3 lit. b) und Absatz 4. Dabei handelt es sich um Teile der Sonderregelungen des § 36g. Nach diesen Vorschriften gilt für das Gebotsverfahren ergänzend zu den oben benannten Anforderungen aus §§ 30 und 36, dass Bürgerenergiegesellschaften bei Gebotsabgabe – wie üblich – eine Eigenerklärung gemäß § 36g Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 abgeben müssen, in der erklärt wird, dass

- der Bieter zum Zeitpunkt der Gebotsabgabe eine Bürgerenergiegesellschaft i. S. v. § 3 Nr. 15 ist²⁸⁸,

²⁸⁸ Dazu unter B. und D.

- weder die Gesellschaft noch deren Mitglieder oder Anteilseigner vor der Gebotsabgabe Verträge zur Übertragung ihrer Anteile oder Stimmrechte nach der Gebotsabgabe geschlossen oder sonstige Absprachen zur Umgehung der Voraussetzungen nach § 3 Nr. 15 nach der Gebotsabgabe getroffen haben, soweit die vereinbarte Übertragung oder die sonstigen Absprachen dazu führen, dass nach der Gebotsabgabe die Voraussetzungen nach § 3 Nr. 15 nicht mehr erfüllt sind oder umgangen werden²⁸⁹,
- weder die Gesellschaft, noch ein stimmberechtigtes Mitglied selbst oder als stimmberechtigtes Mitglied einer anderen Gesellschaft in den letzten 12 Monaten vor der Gebotsabgabe einen Zuschlag für eine Windenergieanlage erhalten, noch zu diesem Gebotstermin insgesamt mehr als 18 MW geboten hat²⁹⁰ und
- dass die notwendige Flächensicherung betrieben wurde²⁹¹.

§ 36g Abs. 5 Satz 3 enthält darüber hinaus einen Verweis auf Absatz 3 Satz 4 Nummer 3 lit. b). Dieser sieht vor, dass die Bürgerenergiegesellschaft per Eigenerklärung nachweisen muss, dass sich die Standortgemeinde oder die Gesellschaft, an der diese Gemeinde zu 100 Prozent beteiligt ist, mit 10 Prozent finanziell beteiligt hat oder ihr zumindest ein entsprechendes Angebot gemacht wurde²⁹². Da sich der Verweis in Absatz 3 Satz 4 Nr. 3 lit. b) lediglich auf die Vorgabe der Gemeindebeteiligung und nicht auf die für die Antragstellung benannte Frist in Absatz 3 Satz 2 bezieht, enthält die Option „Mischvariante“ keine eindeutige Vorgabe, zu welchem Zeitpunkt die Eigenerklärung zur Gemeindebeteiligung vorgelegt werden muss. Da ein Antrag auf Zuordnung, dessen Voraussetzungen in Absatz 3 geregelt sind, nicht (mehr) gestellt werden muss, wenn die BImSchG-Genehmigung bereits mit dem Gebot vorgelegen hat, kann an die Frist für den Antrag auf Zuordnung jedenfalls nicht angeknüpft werden. Insoweit spricht vieles dafür, dass die Angaben zur Gemeindebeteiligung ebenfalls schon mit der Eigenerklärung bei Gebotsabgabe einzureichen sind²⁹³.

Da § 36g Abs. 5 Satz 3 keine spezielle Regelung zur Wirksamkeit des Zuschlags (wie in Absatz 3 Satz 5) enthält und auch nicht darauf verweist, gelten für die Wirksamkeit des Zuschlags die allgemeinen Regelungen. Danach ist der Zuschlag, der auf das Gebot folgt, bereits ein wirksamer Zuschlag im Sinne von § 22 Abs. 2 Satz 1 und bildet die Grundlage für einen Zahlungsanspruch für den in der Anlage erzeugten Strom nach § 19 Abs. 1.

Ebenfalls nicht ausdrücklich in Absatz 5 Satz 3 bestimmt ist, ob und in welcher Höhe eine Sicherheitsleistung zu erbringen ist. Zwar wird in § 36g Abs. 5 Satz 3 auf § 36 verwiesen. Die Sicherheitsleistung ist aber nicht in § 36, sondern in den §§ 31 und 36a geregelt. Auch aus

²⁸⁹ Dazu unter B. II. 6. und D.

²⁹⁰ Dazu unter B. I. D.

²⁹¹ Dazu unter C. I. 3. D.

²⁹² Dazu unter C. III. D.

²⁹³ Die Formatvorlage der Bundesnetzagentur mit verpflichtenden Zusatzangaben für Bürgerenergiegesellschaften enthält eine Erklärung zur Gemeindebeteiligung für Bürgerenergiegesellschaften, die schon bei der Gebotsabgabe eine BImSchG-Genehmigung vorlegen, vorgesehen. Dazu unter E. II.

den Vorschriften, auf die Absatz 5 Satz 3 verweist, lässt sich dazu nichts entnehmen. Allerdings bedarf es auch keines Verweises, denn es handelt sich gerade nicht um ein Gebot nach Absatz 1, wonach durch die Aufteilung der Sicherheitsleistung gerade dem Umstand Rechnung getragen werden soll, dass zum Gebotstermin die BImSchG-Genehmigung noch nicht vorgelegen hat. Insoweit ist davon auszugehen, dass Bürgerenergiegesellschaften, die mit BImSchG-Genehmigung bieten – wie alle anderen Bieter auch – die Sicherheitsleistung nach §§ 31, 36a in gesamter Höhe zum Gebotstermin zu erbringen haben. Dies gilt neben der geteilten Sicherheitsleistung auch für alle anderen Erleichterungen für Bürgerenergiegesellschaften, die – wie z. B. Standortwahl im Landkreis und verlängerte Realisierungsfrist – aus der späteren Vorlage der BImSchG-Genehmigung resultieren.

Mit dem Verweis auf Absatz 4 wird die Befugnis der Bundesnetzagentur angepasst. Absatz 4 verpflichtet die Bürgerenergiegesellschaft der Bundesnetzagentur auf Verlangen geeignete Nachweise zur Überprüfung der Eigenerklärungen nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 und Absatz 3 Satz 4 Nummer 3 vorzulegen. Indem Absatz 4 in der Verweiskette in Absatz 5 Satz 3 ausdrücklich benannt wird, bekommt die Bundesnetzagentur auch in Verfahren, in denen die BImSchG-Genehmigung bereits bei der Gebotsabgabe vorgelegt wurde und für das z. T. die allgemeinen Regelungen der §§ 30, 36 gelten, es aber entscheidend auf die Bürgerenergieeigenschaft der Gesellschaft ankommt, die Befugnis, geeignete Nachweise zur Überprüfung der Eigenerklärung zu verlangen.

H. Fazit

Bei § 36g handelt es sich um ein Angebot. Bürgerenergiegesellschaften können das Ausschreibungsverfahren für Windenergie an Land nach Maßgabe der Sonderregelungen in vollem Umfang oder nur in Form der „Mischvariante“ (Vorlage der BImSchG-Genehmigung schon bei Gebotsabgabe) durchlaufen; sie können aber auch darauf verzichten und wie alle anderen Akteure regulär am Ausschreibungsverfahren teilnehmen.

Wollen Bürgerenergiegesellschaften die mit den Sonderregelungen verbundenen Erleichterungen in Anspruch nehmen, müssen sie die in § 36g normierten Voraussetzungen und damit auch die in § 3 Nr. 15 definierten Anforderungen erfüllen, die eine Bürgerenergiegesellschaft ausmachen.

Eine zentrale Herausforderung besteht darin, die Anforderungen an eine Bürgerenergiegesellschaft in der Praxis umzusetzen und deren Einhaltung über den Zeitraum der Haltefrist (bis Ablauf des zweiten auf die Inbetriebnahme folgenden Jahres) sicherzustellen. § 36g gibt vor, dass Bürgerenergiegesellschaften im Rahmen einer Eigenerklärung zu drei Zeitpunkten, nämlich bei der Gebotsabgabe, bei Beantragung der Zuordnung und schließlich nach Ablauf des zweiten auf die Inbetriebnahme folgenden Jahres, nachweisen müssen, dass sie die Anforderungen an eine Bürgerenergiegesellschaft erfüllen bzw. ununterbrochen erfüllt haben.

Werden die Voraussetzungen einer Bürgerenergiegesellschaft nach § 3 Nr. 15 nicht ununterbrochen bis zum Ablauf der Haltefrist erfüllt, droht nach § 36g Abs. 5 Satz 4 der Rückfall auf den Gebotspreis. Diese Rechtsfolge gilt allerdings nur für Fälle, in denen die Bürgerenergieeigenschaft nach dem Antrag auf Zuordnung (und damit nach Abgabe der zweiten Eigenerklärung) entfällt. Ab diesem Zeitpunkt ist § 36g Abs. 5 Satz 4 als spezialgesetzliche Regelung abschließend, d. h. die Zuordnung kann von der Bundesnetzagentur nicht nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 48, 49 VwVfG zurückgenommen bzw. widerrufen werden. Damit behält die Bürgerenergiegesellschaft den wirksamen Zuschlag samt Zuordnung, fällt aber ab dem Zeitpunkt des Wegfalls der Bürgerenergieeigenschaft auf den Gebotswert zurück. Aus diesem Grund sollte bei Gebotsabgabe vorsorglich immer darauf geachtet werden, dass der Gebotswert auch tatsächlich auskömmlich kalkuliert ist.

Lagen die Voraussetzungen bereits bei der Gebotsabgabe nicht vor, kann die Bundesnetzagentur den in diesen Fällen rechtswidrigen Zuschlag nach § 48 VwVfG zurücknehmen. Zwar steht die Rücknahme gemäß § 48 VwVfG durch die Formulierung „kann“ im Ermessen der zuständigen Behörde. Da aber z. B. durch Falschangaben zur Bürgerenergieeigenschaft, die auf fehlerhaften Angaben der einzelnen Mitglieder oder Anteilseigner beruhen und die im Rahmen der Eigenerklärung von den Vertretern bzw. Organen der Bürgerenergiegesellschaft an die Bundesnetzagentur weitergegeben werden, i. d. R. ein Ausschlussgrund i. S. v. § 48 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 VwVfG (falsche oder unvollständige Angaben) verwirklicht sein dürfte, steht der Vertrauensschutz in Bezug auf den Bestand des rechtswidrigen Zuschlags in Frage.

Es ist demzufolge umso wichtiger, dass Bürgerenergiegesellschaften dafür Sorge tragen, dass die komplexen Voraussetzungen des § 3 Nr. 15 tatsächlich erfüllt werden. Denn eine ausreichende Vorsorge kann es der Bundesnetzagentur erleichtern eine Entscheidung zu treffen, nach der der Zuschlag nicht zurückgenommen wird.

Besonders risikofähig ist dabei das Erfordernis einer lokalen Verankerung in § 3 Nr. 15 lit. b), wonach mindestens 51 Prozent der Stimmrechte von natürlichen Personen gehalten werden müssen, die seit mindestens einem Jahr mit ihrer alleinigen Wohnung oder ihrer Hauptwohnung in der kreisfreien Stadt oder dem Landkreis, in dem das Projekt umgesetzt werden soll, gemeldet sind. Zwar knüpft der Gesetzgeber dabei nur an die formale Registrierung im Melderegister an, so dass eine Meldung, die nicht den Tatsachen entspricht, keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Rechtmäßigkeit des Zuschlags oder der Zuordnung hat. Das Melderegister kann jedoch – ggf. auch rückwirkend – berichtigt werden, so dass damit die formale Meldung als Voraussetzung entfällt. Doch auch andere Fälle sind denkbar: Verstirbt z. B. einer der ortsansässigen Gesellschafter und erbt ein bereits 10 Prozent der Stimmrechte haltendes Mitglied weitere stimmberechtigte Anteile der Bürgerenergiegesellschaft, können eines oder sogar mehrere Tatbestandsmerkmale des § 3 Nr. 15 nicht mehr erfüllt sein.

Um solche Situationen zu verhindern und dem Rückfall auf den Gebotspreis oder gar der Gefahr einer Rücknahme nach § 48 VwVfG vorzubeugen, sollte bei der Gründung einer Bürgerenergiegesellschaft in Hinblick auf die Anzahl von Mitgliedern oder Anteilseignern sowie deren Ortsansässigkeit ein „Puffer“ eingebaut und interne Mechanismen zur regelmäßigen Verifizierung der Angaben der Mitglieder verankert werden. Darüber hinaus bietet es sich an, in den Gesellschaftsvertrag bzw. die Satzung Regelungen aufzunehmen, die Falschangaben effektiv sanktionieren, also nicht nur auf dem Papier existieren. Sämtliche Maßnahmen die getroffen wurden, um die Verwirklichung vertrauensausschließender Regelbeispiele nach § 48 Abs. 2 Satz 3 VwVfG zu verhindern, können bei der Ermessensausübung der Bundesnetzagentur positiv ins Gewicht fallen. Insoweit sollten Bürgerenergiegesellschaften diesbezügliche Kontrollmechanismen gut dokumentieren, denn so können sie im Zweifel darlegen, dass die fehlerhafte Angabe eines Einzelnen trotz aller Vorkehrungen nicht vermeidbar war.

Um sicherzustellen, dass die Anforderungen an eine Bürgerenergiegesellschaft nicht durch sog. „Strohmannsgeschäfte“ umgangen werden, umfasst die Erklärung bei Gebotsabgabe nach § 36g Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 lit. a) und bei der Stellung des Zuordnungsantrags nach § 36g Abs. 3 Satz 4 Nr. 3 lit. a) zusätzlich die Aussage, dass keine Verträge über eine zukünftige Übertragung der Anteile oder Stimmrechte oder sonstige Absprachen zur Umgehung der Voraussetzungen nach § 3 Nr. 15 getroffen worden sind, die zu einem späteren Wegfall der Bürgerenergieeigenschaft führen. In diesem Zusammenhang hat der Gesetzgeber in § 36g Abs. 6 ein Zustimmungserfordernis und für bestimmte Fälle ein Zustimmungsverbot bei entsprechenden Vereinbarungen mit Dritten verankert. In Bezug auf die Formulierung „Zustimmung“ bleibt jedoch offen, ob es sich um eine Zustimmung i. S. d. §§ 182 ff BGB mit der Folge handelt, dass eine fehlende Zustimmung der Bürgerenergiegesellschaft zur Unwirksam-

keit des Geschäfts mit einem Dritten führt. Dann wären solche Geschäfte unwirksam und die Bürgerenergieeigenschaft könnte ohne Zustimmung der Bürgerenergiegesellschaft gar nicht entfallen. Alternativ könnte es sich lediglich um eine interne Vorgabe für das Verhältnis der Gesellschafter untereinander handeln. Zwar sprechen die stärkeren Argumente für erstere Leseart, da die Anwendung der §§ 184 BGB besser dazu geeignet wäre, Umgehungsgeschäfte am effektivsten zu verhindern; darauf verlassen können sich Bürgerenergiegesellschaften jedoch nicht. Auch kann nicht mit Sicherheit davon ausgegangen werden, dass es sich bei § 36g Abs. 6 Satz 2 um ein Verbotsgesetz i. S. v. § 134 BGB handelt, das zur Nichtigkeit des Geschäfts mit Dritten führt. Wäre dies der Fall, wäre eine Zustimmung der Bürgerenergiegesellschaft, die sich auf eine Übertragung der Anteile oder Stimmrechte bezieht und durch die nach der Inbetriebnahme die Voraussetzungen nach § 3 Nr. 15 nicht mehr erfüllt wären oder umgangen würden, ebenfalls unwirksam. Bürgerenergiegesellschaften sollten sich also bei der Zustimmungsentscheidung nicht darauf verlassen, dass im Zweifel die Nichtigkeitsfolge des Verbotsgesetzes greift und sie – egal wie sie sich verhalten – nichts falsch machen können.

Nur für den Gebotstermin relevant ist die Beschränkung für Beteiligungen an anderen Windenergieprojekten. Liegt zum Gebotstermin bei einem einzigen stimmberechtigten Mitglied oder Anteilseigner einer der Ausschlussgründe des § 36g Abs. 1 Nr. 3 lit. b) (kein anderer Zuschlag, nach aa) oder eine Überschreitung der 18 MW durch ein weiteres Gebot, nach bb) vor, ist der Zuschlag rechtswidrig und die Bundesnetzagentur kann ihn mit der Folge zurücknehmen, dass der Förderanspruch (auch für die Vergangenheit, wenn das Projekt schon realisiert worden ist) entfällt. Da diesem erheblichen Risiko nicht durch einen „Puffer“ entgegengewirkt werden kann, ist es an dieser Stelle umso wichtiger, dass Bürgerenergiegesellschaften einen effektiven internen Kontrollmechanismus verankern, denn bildlich gesprochen verdirbt hier ein einziges „faules Ei“ wirklich den ganzen Brei.

Bürgerenergiegesellschaften müssen die jeweilige Standortgemeinde (oder eine Gesellschaft, an der die Gemeinde zu 100 Prozent beteiligt ist) mit 10 Prozent finanziell beteiligen oder ihr wenigstens eine solche Beteiligung angeboten haben. Wird die BImSchG-Genehmigung bereits mit dem Gebot vorgelegt, muss die Gemeindebeteiligung bereits vor Abgabe des Gebots erfolgen. Entscheidet sich die Bürgerenergiegesellschaft, das Gebot ohne BImSchG-Genehmigung abzugeben, muss die Gemeinde spätestens zum Zeitpunkt des Zuordnungsantrags beteiligt oder ihr ein Angebot gemacht worden sein. Unklar bleibt, was unter „angeboten“ zu verstehen ist und damit auch, welche Anforderungen an ein Angebot gestellt werden. Nach der „strengsten“ Auslegung müsste ein Angebot so konkret ausgestaltet sein, dass die Gemeinde nur noch zuzustimmen bräuchte, § 145 BGB. Da eine solche Auslegung nicht geeignet ist, alle in Betracht kommenden Fälle (z. B. Vorratsbeschluss des Gemeinderats, der derartige Investitionen unmissverständlich ausschließt) abzudecken, wird es auch hier auf eine Einzelfallbetrachtung ankommen. Je konkreter das Angebot ist, d. h. je mehr wesentliche Bestandteile eines Angebots i. S. v. § 145 BGB es enthält, je eher dürften auch die Voraussetzungen des § 36g Abs. 3 Nr. 3 lit. b) erfüllt sein. Dabei könnte auch erfor-

derlich sein, dass die Gemeinde hinreichend z. B. durch ein gemäß § 13 Vermögensanlagen-gesetz zu erstellendes Informationsblatt²⁹⁴, ausreichend informiert wird und das Angebot auch wirtschaftlich annehmbar ist. Einen Maßstab dafür könnten z. B. – wie in § 6 BüGembeteilG – die Vorgaben für die Sach- und Ertragswertverfahren bilden. In jedem Fall empfiehlt es sich für Bürgerenergiegesellschaften das Angebot und die gesamte übrige Korrespondenz zu Nachweiszwecken sorgfältig zu dokumentieren.

Die benannten Anforderungen gelten auch für Bürgerenergiegesellschaften, die sich für die „Mischvariante“ entscheiden, denn in § 36g Abs. 5 Satz 3 wird ausdrücklich auf die Eigenerklärung zum Gebot und auf die Vorgaben zur Gemeindebeteiligung verwiesen. Allerdings wird der Zeitpunkt für die Angaben zur Gemeindebeteiligung darin nicht ausdrücklich bestimmt. Viel spricht jedoch dafür, dass die Gemeindebeteiligung bereits mit dem Gebot nachgewiesen werden muss. Bürgerenergiegesellschaften sollten deshalb vorsorglich eine Gemeindebeteiligung rechtzeitig genug in die Wege leiten.

Ob und wie sich die Sonderregelungen des EEG 2017 für Bürgerenergiegesellschaften bewähren, wird sich nach den ersten Gebotsrunden zeigen. Für einen routinierten und rechtssicheren Umgang mit den Vorschriften muss sich in Bezug auf viele Fragen erst noch ein konkreter Maßstab herausbilden, der handlungsleitend sein kann. Eine besondere Verantwortung wird hier in der Praxis zunächst der Bundesnetzagentur zukommen, die beurteilen muss, wann ein bestimmtes Kriterium erfüllt ist und wann nicht. Das vorliegende Hintergrundpapier kann nur ein erster Schritt sein, das Bewusstsein für die sensiblen und vielgestaltigen Sachverhaltskonstellationen bei Bürgerenergiegesellschaften zu schärfen.

²⁹⁴ Wie nach § 7 Abs. 2 BüGembeteilG erforderlich.

Anhang: Gesetzestexte

§ 3 Nr. 15

„[...] Bürgerenergiegesellschaft jede Gesellschaft,

a) die aus mindestens zehn natürlichen Personen als stimmberechtigten Mitgliedern oder stimmberechtigten Anteilseignern besteht,

b) bei der mindestens 51 Prozent der Stimmrechte bei natürlichen Personen liegen, die seit mindestens einem Jahr vor der Gebotsabgabe in der kreisfreien Stadt oder dem Landkreis, in der oder dem die geplante Windenergieanlage an Land errichtet werden soll, nach § 21 oder § 22 des Bundesmeldegesetzes mit ihrem Hauptwohnsitz gemeldet sind, und

c) bei der kein Mitglied oder Anteilseigner der Gesellschaft mehr als 10 Prozent der Stimmrechte an der Gesellschaft hält,

wobei es beim Zusammenschluss von mehreren juristischen Personen oder Personengesellschaften zu einer Gesellschaft ausreicht, wenn jedes der Mitglieder der Gesellschaft die Voraussetzungen nach den Buchstaben a bis c erfüllt, [...]“

§ 36g Besondere Ausschreibungsbestimmungen für Bürgerenergiegesellschaften

(1) Bürgerenergiegesellschaften können Gebote für bis zu sechs Windenergieanlagen an Land mit einer zu installierenden Leistung von insgesamt nicht mehr als 18 Megawatt abweichend von § 36 Absatz 1 bereits vor der Erteilung der Genehmigung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz abgeben, wenn

1. das Gebot ein Gutachten über den zu erwartenden Stromertrag für die geplanten Anlagen enthält, das den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht,

2. in dem Gebot in Ergänzung zu den Angaben nach § 30 und abweichend von § 36 Absatz 2 die Anzahl der an dem Standort geplanten Anlagen angegeben wird,

3. in dem Gebot durch Eigenerklärung nachgewiesen wird, dass

a) die Gesellschaft zum Zeitpunkt der Gebotsabgabe eine Bürgerenergiegesellschaft ist und die Gesellschaft und deren Mitglieder oder Anteilseigner vor der Gebotsabgabe keine Verträge zur Übertragung ihrer Anteile oder Stimmrechte nach der Gebotsabgabe geschlossen oder sonstige Absprachen zur Umgehung der Voraussetzungen nach § 3 Nummer 15 nach der Gebotsabgabe getroffen haben, soweit die vereinbarte Übertragung oder die sonstigen Absprachen dazu führen, dass nach der Gebotsabgabe die Voraussetzungen nach § 3 Nummer 15 nicht mehr erfüllt sind oder umgangen werden,

b) weder die Gesellschaft noch eines ihrer stimmberechtigten Mitglieder selbst oder als stimmberechtigtes Mitglied einer anderen Gesellschaft

aa) in den zwölf Monaten, die der Gebotsabgabe vorangegangen sind, einen Zuschlag für eine Windenergieanlage an Land erhalten hat und

bb) zu dem Gebotstermin andere Gebote abgegeben hat, die gemeinsam mit dem Gebot eine installierte Leistung von 18 Megawatt übersteigen, und

c) die Gesellschaft Eigentümerin der Fläche ist, auf der die Windenergieanlagen an Land errichtet werden sollen, oder das Gebot mit Zustimmung des Eigentümers dieser Fläche abgibt.

Es wird vermutet, dass die allgemein anerkannten Regeln der Technik nach Satz 1 Nummer 1 eingehalten worden sind, wenn die Technischen Richtlinien für Windenergieanlagen der „FGW e. V. – Fördergesellschaft Windenergie und andere Erneuerbare Energien“³ eingehalten und das Gutachten von einer nach DIN EN ISO IEC 17025⁴ für die Anwendung dieser Richtlinien akkreditierten Institution erstellt worden sind.

(2) Bei Geboten nach Absatz 1 unterteilt sich die Sicherheit nach den §§ 31 und 36a in

1. eine Erstsicherheit in Höhe von 15 Euro pro Kilowatt zu installierender Leistung, die bei Gebotsabgabe zu entrichten ist, und

2. eine Zweitsicherheit, die im Fall eines Zuschlags innerhalb von zwei Monaten nach der Erteilung der Genehmigung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz zusätzlich zur Erstsicherheit zu entrichten ist; diese Zweitsicherheit bestimmt sich aus der zu installierenden Leistung der genehmigten Anlagen multipliziert mit 15 Euro pro Kilowatt zu installierender Leistung.

(3) Der Zuschlag, der auf ein Gebot nach Absatz 1 erteilt wird, ist an den in dem Gebot angegebenen Landkreis als Standort gebunden, und die Frist nach § 36e Absatz 1 verlängert sich für diesen Zuschlag um 24 Monate.

Die Bürgerenergiegesellschaft muss innerhalb von zwei Monaten nach der Erteilung der Genehmigung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz (materielle Ausschlussfrist) bei der Bundesnetzagentur die Zuordnung des Zuschlags zu den genehmigten Windenergieanlagen an Land beantragen.

Der Zuschlag erlischt, soweit keine Zuordnung innerhalb der verlängerten Frist nach Satz 1 erfolgt, die Zuordnung nicht innerhalb der Frist nach Satz 2 beantragt oder der Antrag abgelehnt worden ist.

Die Bundesnetzagentur ordnet den Zuschlag auf den Antrag nach Satz 2 bis zu sechs Windenergieanlagen an Land mit einer zu installierenden Leistung von insge-

samt nicht mehr als 18 Megawatt, höchstens jedoch in der Höhe der Gebotsmenge des bezuschlagten Gebots, verbindlich und dauerhaft zu, wenn

1. der Antrag nach Satz 2 die Angaben nach § 36 Absatz 2 enthält,
2. die Windenergieanlagen in dem Landkreis errichtet werden sollen, der in dem Gebot angegeben ist,
3. durch Eigenerklärung nachgewiesen wird, dass
 - a) die Gesellschaft von der Gebotsabgabe bis zur Antragstellung ununterbrochen eine Bürgerenergiegesellschaft war und die Gesellschaft und deren Mitglieder oder Anteilseigner vor der Antragstellung keine Verträge zur Übertragung ihrer Anteile oder Stimmrechte nach der Antragstellung geschlossen oder sonstige Absprachen zur Umgehung der Voraussetzungen nach § 3 Nummer 15 getroffen haben, soweit die vereinbarte Übertragung oder die sonstigen Absprachen dazu führen, dass nach der Antragstellung die Voraussetzungen nach § 3 Nummer 15 nicht mehr erfüllt sind oder umgangen werden, und
 - b) die Gemeinde, in der die geplanten Windenergieanlagen errichtet werden sollen, oder eine Gesellschaft, an der diese Gemeinde zu 100 Prozent beteiligt ist, eine finanzielle Beteiligung von 10 Prozent an der Bürgerenergiegesellschaft hält oder der entsprechenden Gemeinde oder einer Gesellschaft, an der diese Gemeinde zu 100 Prozent beteiligt ist, eine finanzielle Beteiligung von 10 Prozent an der Bürgerenergiegesellschaft angeboten worden ist, und
4. die Zweitsicherheit nach Absatz 2 geleistet worden ist.

Erst mit der Zuordnungsentscheidung liegt ein wirksamer Zuschlag im Sinn von § 22 Absatz 2 Satz 1 vor. Ab dem Tag der Zuordnungsentscheidung ist § 36f anzuwenden.

(4) Die Bürgerenergiegesellschaft muss der Bundesnetzagentur auf Verlangen geeignete Nachweise zur Überprüfung der Eigenerklärungen nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 und Absatz 3 Satz 4 Nummer 3 vorlegen.

(5) Der Zuschlagswert ist für alle bezuschlagten Gebote von Bürgerenergiegesellschaften abweichend von § 3 Nummer 51 der Gebotswert des höchsten noch bezuschlagten Gebots desselben Gebotstermins.

Sofern Gebote nach § 36c Absatz 5 Satz 2 für Windenergieanlagen an Land, die im Netzausbaubereich errichtet werden sollen, nicht berücksichtigt worden sind, ist der Zuschlagswert abweichend von Satz 1 für alle bezuschlagten Gebote von Bürgerenergiegesellschaften für Windenergieanlagen an Land im Netzausbaubereich der Gebotswert des höchsten noch im Netzausbaubereich bezuschlagten Gebots.

Wenn eine Bürgerenergiegesellschaft ihr Gebot nicht nach Absatz 1, sondern erst nach der Erteilung der Genehmigung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz abgibt, sind die Sätze 1 und 2 für den Zuschlagswert dieses Gebots entsprechend anzuwenden, wenn die Anforderungen nach § 36 und nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 3, Absatz 3 Satz 4 Nummer 3 Buchstabe b und Absatz 4 erfüllt sind.

Sofern eine Bürgerenergiegesellschaft die Anforderungen nach § 3 Nummer 15 nicht ununterbrochen bis Ende des zweiten auf die Inbetriebnahme der Anlage folgenden Jahres erfüllt, ist ab dem Zeitpunkt, ab dem die Anforderungen erstmals nicht mehr erfüllt sind, abweichend von den Sätzen 1 bis 3 der Zuschlagswert der Gebotswert.

Bürgerenergiegesellschaften müssen gegenüber dem Netzbetreiber spätestens zwei Monate nach Ablauf der Frist nach Satz 4 durch Eigenerklärung nachweisen, dass die Gesellschaft von der Gebotsabgabe bis zum Ende des zweiten auf die Inbetriebnahme der Anlage folgenden Jahres ununterbrochen eine Bürgerenergiegesellschaft nach § 13 Nummer 15 war oder wenn ein Fall des Satz 4 vorliegt, bis wann die Anforderungen erfüllt waren.

Abweichend von den Sätzen 1 bis 4 ist der Zuschlagswert der Gebotswert, wenn die Bürgerenergiegesellschaft nicht fristgemäß den Nachweis nach Satz 5 vorlegt.

(6) Verträge oder sonstige Absprachen von Mitgliedern oder Anteilseignern der Bürgerenergiegesellschaften bedürfen der Zustimmung der Bürgerenergiegesellschaft, wenn sie

1. vor der Inbetriebnahme eingegangen worden sind, und
2. die Mitglieder oder Anteilseigner zur Übertragung der Anteile oder der Stimmrechte nach der Inbetriebnahme oder zu einer Gewinnabführung nach der Inbetriebnahme verpflichtet.

Die Zustimmung darf nicht erteilt werden, soweit die vereinbarte Übertragung der Anteile oder Stimmrechte dazu führen würde, dass nach der Inbetriebnahme die Voraussetzungen nach § 3 Nummer 15 nicht mehr erfüllt wären oder umgangen würden.

(7) Die Länder können weitergehende Regelungen zur Bürgerbeteiligung und zur Steigerung der Akzeptanz für den Bau von neuen Anlagen erlassen, sofern § 80a nicht beeinträchtigt ist.

§ 55 Pönalen

(2) Bei Geboten für Windenergieanlagen an Land nach § 36g Absatz 1 müssen Bieter abweichend von Absatz 1 an den verantwortlichen Übertragungsnetzbetreiber eine Pönale leisten,

1. soweit mehr als 5 Prozent der Gebotsmenge eines bezuschlagten Gebots für eine Windenergieanlage an Land nach § 35a entwertet werden oder

2. wenn die Windenergieanlage an Land mehr als 48 Monate nach der öffentlichen Bekanntgabe des Zuschlags in Betrieb genommen worden ist.

Wenn und soweit ein Zuschlag, der auf ein Gebot nach § 36g Absatz 1 erteilt worden ist, nach § 35a entwertet wird, weil der Zuschlag nach § 36g Absatz 3 Satz 3 erloschen ist, berechnet sich die Höhe der Pönale nach Satz 1 Nummer 1 aus der entwerteten Gebotsmenge multipliziert mit 15 Euro pro Kilowatt. Im Übrigen berechnet sich die Höhe der Pönale nach Satz 1 aus der Gebotsmenge des bezuschlagten Gebots

- 1. abzüglich der vor dem 48. auf die öffentliche Bekanntgabe des Zuschlags folgenden Monats in Betrieb genommenen Anlagenleistung multipliziert mit 10 Euro pro Kilowatt,*
- 2. abzüglich der vor dem 50. auf die öffentliche Bekanntgabe des Zuschlags folgenden Monats in Betrieb genommenen Anlagenleistung multipliziert mit 20 Euro pro Kilowatt*
- 3. abzüglich der vor dem 52. auf die öffentliche Bekanntgabe des Zuschlags folgenden Monats in Betrieb genommenen Anlagenleistung multipliziert mit 30 Euro pro Kilowatt.*