



# Rundbrief zum Recht der Erneuerbaren Energien

## Was steckt im neuen EEG 2023?

Rechtsanwältin Lisa Jakob



Lisa Jakob ist bei Blanke Meier Evers in den Bereichen Vertragsrecht und Energierecht tätig.

Mit Beschluss vom 08. Juli 2022 hat der Deutsche Bundestag eine große Gesetzesnovelle im Bereich der Energiewirtschaft, das Erneuerbare-Energien-Gesetz 2023 (EEG 2023), verabschiedet. Die Änderungen sollen nach dem Willen der Bundesregierung dazu beitragen, die Geschwindigkeit beim Ausbau der erneuerbaren Energien zu verdreifachen. Zwei der wichtigsten Änderungen stellen wir Ihnen im Folgenden vor.

### Neue Ausbaupfade ab dem Jahr 2023

Dies sind zunächst die erweiterten Ausbaupfade. Bis 2028 werden die Ausschreibungsvolumina für die Windenergie deutlich erhöht. Für Windenergieanlagen an Land werden diese gemäß § 28 Abs. 2 EEG 2023 von lediglich 3.000 Megawatt

auf 12.840 Megawatt zu installierender Leistung im Jahr 2023 angehoben, was eine Vervierfachung des Ausschreibungsvolumens darstellt. Ab 2024 bis einschließlich 2028 sollen jährlich weitere 10.000 Megawatt zu installierender Leistung ausgeschrieben werden. Außerdem erhöht sich ab 2023 die Zahl der Gebotstermine für die EEG-Ausschreibungen von drei auf vier Termine pro Jahr.

Allerdings stellt sich die Frage der praktischen Umsetzbarkeit und Verwirklichung der engagierten Ausbauziele. So sind heute gerade einmal 0,8 % der Fläche Deutschlands für Windenergie an Land ausgewiesen, wobei derzeit faktisch nur 0,5 % der Flächen nutzbar sind. Für die Umsetzung dieses Ausbauziele sind daher weitere Maßnahmen getroffen worden, die es ermöglichen sollen, diese Ausbauziele zu erreichen.

So soll im gesamten Bundesgebiet durch das sog. „Wind-an-Land-Gesetz“ der Anteil der Flächen für Windkraftanlagen an Land bis 2032 schrittweise auf 2% angehoben werden. In den verschiedenen Bundesländern ist der Ausbau der Windenergie an Land sehr unterschiedlich vorangeschritten, insbesondere ist ein ausgeprägtes Nord-Süd-Gefälle zu beobachten. Dem soll mit dem sog. „Windenergieflächenbedarfsgesetz“ (WindBG) begegnet werden, das den Bundesländern ein verbindliches und individuelles Flächenziel setzt. Nach § 3 Abs. 3 WindBG haben die Bundesländer die Ausweisung dieser Flächen in zwei Etappen, nämlich bis zum 31. Dezember 2027 und bis zum 31. Dezember 2032, nachzuweisen. Zwar dürfen sie weiterhin über Mindestabstände entscheiden. Allerdings treten diese Abstandsregeln außer Kraft, sobald ein Bundesland sein Flächenziel nach dem Windenergieflächenbedarfsgesetz nicht erreicht.

Zudem besteht für kleine Windenergieanlagen an Land bis zu 1.000 Kilowatt installierter Leistung (statt der bisherigen 750

## Aktuelles

### Verlängerung der Geltungsdauer des Zuschlags

Der neue § 100 Abs. 15 EEG regelt einen Anspruch von Anlagenbetreibern gegenüber der BNetzA auf Verlängerung der Geltungsdauer ihres Zuschlags um einmalig sechs Monate, sofern der Zuschlag vor dem 29. Juli 2022 erteilt wurde und er zum Zeitpunkt der Antragstellung nicht erloschen ist. Ein formloser Antrag ohne weitere Begründung ist ausreichend.

Kilowatt) die Möglichkeit, eine Förderung unter dem EEG zu erhalten, ohne an den vorgeschriebenen Ausschreibungsterminen teilnehmen zu müssen.

### Eigenversorgung und EEG-Förderung?

Die Reform enthält auch Anreize, Strom selbst zu erzeugen und vor Ort im Rahmen der Eigenversorgung zu verbrauchen. Die Eigenversorgung stellte bisher einen Ausnahmefall im EEG dar. Nach § 27a EEG 2021 durften Anlagenbetreiber grundsätzlich in dem Zeitraum, in dem sie an Ausschreibungen teilnehmen und dadurch eine Förderung unter dem EEG in Anspruch nahmen, den erzeugten Strom nicht für die Eigenversorgung nutzen. Das wurde nun geändert und es ist jetzt auch für die Eigenversorgung möglich, die Förderung durch die Marktprämie zu erhalten. Hierdurch wird in finanzieller Hinsicht ein Anreiz zur Eigenversorgung geschaffen, denn auch vor dem Hintergrund der steigenden Strompreise kann die Unabhängigkeit von Energieversorgern zunehmend bedeutsamer werden.

Über die beiden vorgestellten Verbesserungen hinaus finden sich im EEG 2023 weitere zahlreiche Änderungen. Wir freuen uns darauf, Sie durch dieses schnelllebige Thema zu begleiten.

## Unsere Themen

- Was steckt im neuen EEG 2023?
- Das neue BNatSchG und die Windenergie – Wird alles einfacher?
- Die Störung der Geschäftsgrundlage in PPA – ein Klassiker neu aufgelegt
- Aktuelle Rechtsprechung



**Blanke Meier Evers**

Rechtsanwälte in Partnerschaft mbB

Rechtsanwälte in Partnerschaft mbB  
Stephanitorsbollwerk 1 (Haus LEE)  
28217 Bremen  
Tel.: +49 421 - 94946 - 0  
Fax: +49 421 - 94946 - 66

Große Johannisstraße 9 (Rathauscontor)  
20457 Hamburg  
Tel.: +49 40 / 43 21 87 60  
Fax: +49 40 / 43 21 87 611

## Das neue BNatSchG und die Windenergie – Wird alles einfacher?

Rechtsanwältin Dr. Mahand Vogt



Dr. Mahand Vogt ist bei Blanke Meier Evers in den Bereichen Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht und Energierecht tätig.

Vor dem Hintergrund von Klima- und Energiekrise, verschärft durch den Krieg in der Ukraine, möchte die Bundesregierung den Ausbau der Windenergie maßgeblich voranbringen. Zu den erarbeiteten Gesetzesnovellen gehören Änderungen des Bundesnaturschutzgesetzes (BNatSchG), u.a. Neuregelungen zum Repowering und die Ausweitung der artenschutzrechtlichen Ausnahme.

Eine zentrale Änderung findet sich in § 45b BNatSchG samt Anhang 1 (Listung der sogenannten „kollisionsgefährdeten“ Vogelarten samt Prüfbereichen und Nennung fachlich geeigneter Schutzmaßnahmen zur Senkung des Tötungsrisikos). Die Norm

bestimmt nun u.a. gesetzlich, wann in Abhängigkeit artspezifischer Abstände zwischen Brutstätte und geplanter Windenergieanlage von einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko auszugehen ist. Das Gesetz sieht drei Bereiche vor: Im Nahbereich ist ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko stets indiziert und eine Senkung des Risikos durch Maßnahmen nicht möglich. Im zentralen Prüfbereich gilt das Risiko als „in der Regel“ erhöht, hier genügt aber eine der Schutzmaßnahmen aus Anlage 1 zur Senkung unter die Signifikanzschwelle. Im erweiterten Prüfbereich gilt das Tötungsrisiko regelmäßig nicht als erhöht und es besteht auch keine Kartierungspflicht, es sei denn, die Aufenthaltswahrscheinlichkeit wäre dort deutlich erhöht und keine hinreichenden Schutzmaßnahmen möglich.

Diese Vorgaben haben aus Sicht von Windplanern Sonnen- und Schattenseiten, es bleibt daher abzuwarten, ob sie das Erreichen der engagierten Ausbauziele tatsächlich unterstützen können: Kritisch ist, dass – ohne transparente fachwissenschaftliche Begründung – gesetzlich verfestigt wird, was fachwissenschaftlich im Einzelnen noch strittig ist, nämlich ob bzw. inwieweit einzelne Arten kollisionsgefährdet sind. Es bleibt zudem unklar, ob und wann ggf. eine Anpassung der Prüfbereiche erfolgt. Überdies bedarf u.a. die wichtigste Stellenschraube zur Widerlegung eines erhöhten Risikos – die Habitatpotenzialanalyse – einer weiteren methodischen Ausgestaltung. Vor allem aber wird im Nahbereich

künftig eine Windplanung ausgeschlossen sein, obgleich dies im Einzelfall fachwissenschaftlich ggf. anders zu beurteilen ist. Positiv zu bewerten ist immerhin die Klarstellung, dass außerhalb des erweiterten Prüfbereichs kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko für die jeweilige Art besteht. Hier können also weder die Genehmigung versagt noch Schutzmaßnahmen verlangt werden.

Die Änderungen traten zum größten Teil im Juli 2022 in Kraft mit einer Übergangsregelung, die bis zum 1. Februar 2024 gilt. Auf Antrag des Vorhabenträgers kann bis dahin der Genehmigungsantrag schon nach den neuen Regelungen im BNatSchG geprüft werden.

Erst sieben Monate nach Gesetzesverkündung tritt die Regelung in Kraft, wonach Windenergieanlagen in Landschaftsschutzgebieten grundsätzlich zulässig sind, bis die Erreichung eines Flächenbeitragswertes für die Windenergie von 2% der Landesfläche entsprechend dem Windflächenbedarfsgesetz festgestellt wurde. Ausgenommen davon sind Natura 2000 Gebiete und UNESCO-Weltkultur- und Naturerbestätten. Sind die Flächenbeitragswerte eines Bundeslandes erreicht, dürfen die Anlagen in Landschaftsschutzgebieten errichtet werden, wenn sie sich in einem entsprechenden Windenergiegebiet befinden.

### Aktuelle Rechtsprechung

#### Moratorium drittschützend

*Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 16. Mai 2022 – 11 S 99/21*

In Brandenburg gilt das sogenannte Windkraftmoratorium, das vorsieht, dass für den Fall, dass die Windenergienutzungssteuerung der Regionalplanung aufgehoben wird und weitere Voraussetzungen vorliegen, eine vorläufige Unzulässigkeit der Windkraftnutzung eintritt. Im vorliegenden Fall war das anzunehmen; die Genehmigungsbehörde hatte dennoch einen Genehmigungsbescheid erteilt. Daraufhin legte die Standortgemeinde Widerspruch ein und suchte Eilrechtsschutz, der vor dem Oberverwaltungsgericht erfolgreich war. Aus Sicht des Gerichts könne sich die Gemeinde auf das Moratorium stützen, zwar schützt es nicht unmittelbar die Planungshoheit der Gemeinden, aber mittelbar würden die entsprechenden Beteiligungsrechte im Planungsverfahren geschützt, sodass dem Moratorium drittschützende Wirkung zukommt. Der Eil-

rechtsschutz war erfolgreich und der Vollzug der Genehmigung wurde ausgesetzt.

#### Entschädigungsanspruch bei Direktvermarktung

*Bundesgerichtshof, Urteil vom 28. Juni 2022, XIII ZR 41/21*

In dieser Entscheidung befasste sich der Bundesgerichtshof mit der Frage, ob sich im Falle einer Direktvermarktung eines Anlagenbetreibers ein Entschädigungsanspruch aus § 15 Abs. 1 S. 1 EEG 2017 allein nach der entgangenen Marktprämie gemäß §§ 19 und 20 EEG 2017 berechne. Der Netzbetreiber schaltete die Anlagen mehrfach im Zuge von Maßnahmen zum Einspeisemanagement ab. Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass sich der Entschädigungsanspruch nicht allein nach der entgangenen Marktprämie bemesse, sondern auch die Vergütung zu ersetzen ist, die der Anlagenbetreiber ohne die Maßnahmen zum Einspeisemanagement von seinem Vertragspartner erhalten hätte. Dieser Anspruch ist zudem nicht durch das Vorliegen von Negativpreisen beeinflusst, da ein privatrechtlicher Vermarktungsvertrag hiervon nicht berührt wird.

#### Vorprüfung fehlerhaft

*Oberverwaltungsgericht Lüneburg, Beschluss vom 2. August 2022 – 12 MS 88/22*

Diese Entscheidung zeigt noch einmal die Brisanz, die der Verzicht auf eine Umweltverträglichkeitsprüfung im Genehmigungsverfahren haben kann. Vorliegend ist das Oberverwaltungsgericht davon ausgegangen, dass wegen der für die Zuwegung notwendigen Zerstörung von Wallhecken erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen des Vorhabens vorlagen, die eine Umweltverträglichkeitsprüfung erforderlich gemacht hätten. Da das Verfahren aber ohne diese Prüfung erfolgte, war der Eilantrag erfolgreich und die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs wurde wiederhergestellt.

#### Photovoltaik auf Kranstellfläche für WEA: Kein Ersatzgeld!

*Oberverwaltungsgericht Münster, Urteil vom 13. Juli 2022 – 8 D 241/21*

Das Oberverwaltungsgericht hat eine Nebenbestimmung für die Genehmigung einer Photovoltaikanlage zur Ersatzgeldzahlung aufgehoben und dabei festge-

# Die Störung der Geschäftsgrundlage in PPA – ein Klassiker neu aufgelegt

Rechtsanwalt Rainer Heidorn



“

Rainer Heidorn ist bei Blanke Meier Evers als Partner für die Bereiche Vertragsrecht, Gesellschaftsrecht und Energierecht zuständig.

Grünstromlieferverträge oder Power Purchase Agreements (PPA) etablieren sich immer stärker im deutschen Markt für erneuerbare Energien. Die Gründe sind vielfältig. Post-EEG-Anlagen steht ohnehin nur die Übergangsförderung oder die sonstige Direktvermarktung über PPA als Vermarktungsweg zur Verfügung. Entwickler von Photovoltaikprojekten bieten PPA die Möglichkeit, Projekte mit einer Einspeiseleistung oberhalb der förderfähigen Grenzen zu realisieren. Teilweise sind langfristige PPA auch für industrielle Abnehmer angesichts des unsicheren Preisumfelds interessant.

Die hohen Marktpreise spiegeln sich auch bei mehrjährigen PPA wider. Da ein Wech-

”

sel zwischen geförderter und sonstiger Vermarktung problemlos möglich ist, gehen auch Bestandsprojekte verstärkt Stromlieferverträge zu festen Preisen ein.

Allerdings führt gerade das disruptive Marktgeschehen dazu, dass Regelungen in den Stromlieferverträgen mehr Bedeutung erlangen, denen in der Vergangenheit möglicherweise weniger Aufmerksamkeit geschenkt wurde. Dies sind insbesondere die Regelungen zur Störung der Geschäftsgrundlage und einem Recht auf Vertragsanpassung z.B. bei Änderungen des Rechts- und Regulierungsrahmens. Verträge mit einer festen Laufzeit und ohne ein ordentliches Kündigungsrecht sind bis zum vereinbarten Vertragsende zu erfüllen auch wenn sich wirtschaftliche Umstände geändert haben. Die Konditionen können nach der gesetzlichen Regelung des § 313 BGB regelmäßig nur dann von einer Partei angepasst werden, wenn die Geschäftsgrundlage gestört oder entfallen ist.

Die Geschäftsgrundlage eines Vertrages sind solche Umstände, die aus Sicht beider Parteien Grundlage des Vertrages geworden sind, ohne dass sie selbst im Vertrag geregelt wurden. Alle Umstände, die von den Parteien zum Beispiel im Wege einer Risikoverteilung behandelt wurden, können nicht mehr Vertragsgrundlage sein und daher auch kein Anpassungsverlangen nach § 313 BGB begründen. Daher enthalten

die meisten PPA Regelungen, nach denen regulatorische Änderungen, die sich wirtschaftlich auf das Gleichgewicht des Vertrages auswirken, ein Anpassungsverlangen begründen.

Üblicherweise sehen die Verträge einen Anpassungsmechanismus vor, ggf. verbunden mit einem Kündigungsrecht, falls eine Einigung scheitert. Von Bedeutung kann dies insbesondere vor dem Hintergrund der diskutierten Strompreisbremse sein. Je nach Ausgestaltung kann eine solche Regelung zur Abschöpfung von Gewinnen eine erhebliche Belastung für eine oder beide Parteien sein. Bei längerfristigen Verträgen zu Festpreisen können diese Risiken die Wirtschaftlichkeit des Vertrages für jede Seite erheblich beeinflussen.

Ob und welche Risiken tatsächlich einen Anspruch auf Vertragsanpassung begründen, müssen am Ende die Parteien nach kommerziellen Erwägungen bestimmen. Fahrlässig wäre es aber, diesen Aspekten bei Vertragsverhandlungen keine Beachtung zu schenken.

stellt, dass die Errichtung einer Photovoltaikanlage auf der Kranstellfläche einer Windenergieanlage keinen Eingriff in Natur und Landschaft bedeutet, denn dieser sei bereits mit der Zulassung der Windenergieanlage abschließend erfolgt und Raum für einen weiteren erheblichen Eingriff stelle die Errichtung von Photovoltaikmodulen nicht dar.

Der Betreiber konnte so das gezahlte Ersatzgeld zurückfordern.

## Höhenbeschränkung im Flächennutzungsplan

Verwaltungsgericht Braunschweig, Urteil vom 11. Mai 2022 – 2 A 100/19

Eine häufige Problematik bei der Windkraftplanung bilden alte Flächennutzungspläne, die Höhenbeschränkungen für Windenergieanlagen vorsehen, die sich technisch überholt haben. In dieser erfreulichen Entscheidung hat das Verwaltungsgericht festgestellt, dass sich die entsprechende Darstellung des Flächennutzungsplans gegen die Zulassung höherer Anlagen nicht durchsetzen kann. Im Rahmen der bei der Zulassung not-

wendigen Abwägung überwiegen die Interessen der Betreiberin im Hinblick auf die Ziele der Energiesicherung und des Klimaschutzes. Der Betreiberklage gegen die Ablehnung des Genehmigungsantrages wurde stattgegeben.

## Bekanntmachung fehlerhaft

Oberverwaltungsgericht Münster, Beschluss vom 11. August 2022 – 22 A 1492/20

Die fehlerhafte Bekanntmachung eines die Windenergienutzung steuernden Flächennutzungsplans stellt einen Ewigkeitsfehler dar, sodass auch sehr alte Pläne insoweit unwirksam sein können. Das Oberverwaltungsgericht hat in der Entscheidung den Antrag auf Zulassung der Berufung zurückgewiesen und noch einmal herausgearbeitet, dass für eine ordnungsgemäße Bekanntmachung für die Information der Öffentlichkeit nicht nur ersichtlich sein muss, dass der Flächennutzungsplan für das gesamte Gemeindegebiet gilt, sondern darüber hinaus erkennbar sein muss, dass sich aus der Planung auch eine rechtsverbindliche und unmittelbare Ausschlusswirkung für

Windenergieanlagen außerhalb der dargestellten Flächen ergibt.

## Kampfmittelbelastung?

Oberverwaltungsgericht Schleswig, Beschluss vom 25. April 2022 – 5 MB 9/22

In dieser von Blanke Meier Evers erstrittenen Entscheidung hat das Oberverwaltungsgericht festgehalten, dass die vom Nachbarn für seinen Eilantrag herangezogene persönliche Gefährdung durch eine Kampfmittelbelastung der Bauflächen der angefochtenen Windenergieanlagen nicht trägt. Eine entsprechende Prüfung muss im Genehmigungsverfahren ohne Weiteres nicht vorgenommen werden, denn die entsprechende Kampfmittelverordnung statuiert für die Errichtung und den Betrieb von baulichen Anlagen keine vorherige behördliche Zulassung. Auch praktisch war eine Gefährdung der Nachbarschaft ausgeschlossen, weil es keine Hinweise auf eine tatsächliche Kampfmittelbelastung gab. Der Eilantrag blieb erfolglos.



## Kompetente Partner für erneuerbare Energien

Wir beraten Hersteller, Projektierungsunternehmen, Initiatoren, Finanziierer, Kommunen und Betreiber von Projekten zur Erzeugung erneuerbarer Energien in allen rechtlichen Fragestellungen. Rechtsanwälte der Kanzlei Blanke Meier Evers sind seit 1991 im Bereich der erneuerbaren Energien beratend tätig.

Besondere Expertise besteht unter anderem im Gesellschafts- und Steuerrecht, der Vertragsgestaltung, der Konzeption

von Beteiligungsgesellschaften, der Projektfinanzierung sowie im gesamten Bau-, Planungs- und Einspeiserecht. Wir begleiten darüber hinaus international tätige Unternehmen bei Investitionen in Deutschland und Europa.

Bei Blanke Meier Evers arbeiten zurzeit 25 Rechtsanwälte, von denen sich 15 schwerpunktmäßig mit den Rechtsproblemen im Bereich der erneuerbaren Energien befassen.



- **Dr. Klaus Meier**  
*Vertragsgestaltung, Projektfinanzierung, Recht der Erneuerbaren Energien*
- **Dr. Volker Besch**  
*Gesellschaftsrecht, Produkthaftungsrecht, Prospekthaftungsrecht*
- **Rainer Heidorn**  
*Vertragsrecht, Energierecht, Gesellschaftsrecht*
- **Dr. Andreas Hinsch**  
*Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht, Energierecht*
- **Dr. Thomas Heineke, LL.M.**  
*Vertragsrecht, Energierecht, Gesellschaftsrecht*
- **Dr. Jochen Rotstegge**  
*Gesellschaftsrecht, Vertragsgestaltung*
- **Lars Wenzel**  
*Vertragsgestaltung, Energierecht*
- **Dr. Mahand Vogt**  
*Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht, Energierecht*
- **Benjamin Zietlow**  
*Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht, Energierecht*
- **Ann-Christin Luga**  
*Vertragsrecht, Allgemeines Zivilrecht und Compliance*
- **Dr. Fritz Hänsel**  
*Bankrecht, Insolvenzrecht, Unternehmensanierung*
- **Daniel Ihme**  
*Vertragsgestaltung, Energierecht*
- **Lisa Jakob**  
*Vertragsrecht, Energierecht*

### Verlag und Herausgeber:

Blanke Meier Evers – Rechtsanwälte in Partnerschaft mbB

Stephanitorsbollwerk 1 (Haus LEE)  
28217 Bremen  
Tel: +49 421 - 94 94 6 - 0  
Fax: +49 421 - 94 94 6 - 66  
info@bme-law.de  
www.bme-law.de

Große Johannisstraße 9 (Rathauscontor)  
20457 Hamburg  
Tel.: +49 40 / 43 21 87 60  
Fax: +49 40 / 43 21 87 611

### Redaktion:

Rechtsanwalt Dr. Andreas Hinsch

Layout und DTP:  
Stefanie Schürle