

13. Treffen des Landesnetzwerks „Energie & Kommune“



Zusammenfassung der Ergebnisse aus der anwaltlichen Stellungnahme und der anschließenden Fragen

von Rechtsanwalt Christoph Engel, Kanzlei Schweizer Legal

Vorbemerkung: Die Informationen aus der anwaltlichen Stellungnahme sowie die Beantwortung der Fragen sollen hilfreiche Hinweise sein und stellen keine formale Rechtsberatung dar. Ggf. ist für individuelle Fragen eine Rechtsberatung erforderlich.

Wesentliche Ergebnisse aus der anwaltlichen Stellungnahme von Rechtsanwalt Christoph Engel über die Rahmenbedingungen für kommunale Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien auf dem 13. Treffen des Landesnetzwerks „Energie & Kommune“ (17. März 2021):

- Die kommunalwirtschaftsrechtliche Zulässigkeit der Errichtung und des Betriebs von EE-Anlagen in Sachsen-Anhalt richtet sich im Wesentlichen nach § 128 Abs. 1 und 2 Kommunalverfassungsgesetz LSA. Dieser regelt die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen. Dazu gehören *wirtschaftliche Tätigkeiten am Markt*, die jedoch von der Vermögensverwaltung und dem fiskalischen Handeln abzugrenzen sind.
- Ob eine wirtschaftliche Betätigung geplant ist, muss im Einzelfall geprüft werden. Es ist beispielsweise bei einer Verpachtung von Dachflächen o.Ä. (Vermögensverwaltung) oder der Ausstattung von Schulen (fiskalisches Geschäft) nicht der Fall. Der Betrieb eines Solarparks zur Erwirtschaftung von Einnahmen hingegen wäre eine wirtschaftliche Betätigung.
- Wirtschaftliche Betätigung ist nur dann zulässig, wenn ein Bezug zu Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft besteht. Das setzt nach der Rechtsprechung des OVG Magdeburg und der Gesetzesbegründung voraus, dass jedenfalls in untergeordnetem Umfang auch eine Versorgung von Abnehmern innerhalb der Gemeinde stattfindet.
- Als Rechtsform für die wirtschaftliche Betätigung stehen den Kommunen der Eigenbetrieb, die Anstalt des öffentlichen Rechts und Rechtsformen des Privatrechts zur Verfügung. Für Tätigkeiten im Bereich der erneuerbaren Energien sind in erster Linie der Eigenbetrieb, die GmbH, GmbH & Co. KG sowie die (Bürgerenergie-) Genossenschaft relevant.
- Zur Finanzierung von EE-Projekten erlaubt das kommunale Haushaltsrecht grundsätzlich die Aufnahme von Krediten oder kreditähnlichen Rechtsgeschäften. Kreditähnliche Rechtsgeschäfte kommen insbesondere in Form von Contracting oder

13. Treffen des Landesnetzwerks „Energie & Kommune“

Zusammenfassung der Ergebnisse aus der anwaltlichen Stellungnahme und der anschließenden Fragen



von Rechtsanwalt Christoph Engel, Kanzlei Schweizer Legal

langfristigen Leasing-Geschäften in Betracht. Voraussetzung für die Zulässigkeit ist in jedem Fall die Wirtschaftlichkeit des Projektes.

- Einnahmen aus PV-Anlagen o.Ä. sind nicht-steuerliche Einnahmen des kommunalen Haushalts. Sie haben grundsätzlich keine Auswirkung auf die Zuweisungen des Landes an die Kommune im Rahmen des kommunalen Finanzausgleichs.
- Es ist im Einzelfall denkbar, dass eine kommunale Tätigkeit im Bereich der erneuerbaren Energien der Körperschaftssteuer unterliegt. Das ist insbesondere davon abhängig, ob sie einen Betrieb gewerblicher Art darstellt; bei Handeln in privater Rechtsform tritt stets Körperschaftssteuerpflicht ein.
- Erzielt eine Gemeinde Einnahmen aus der Stromerzeugung und -lieferung an Dritte, fällt dafür regelmäßig Umsatzsteuer an.
- Für Strom aus erneuerbaren Energiequellen können Gemeinden nach dem EEG grundsätzlich eine Einspeisevergütung, eine Marktprämie nach dem Modell der Direktvermarktung oder eine Mieterstromvergütung erhalten. Welche Vergütungsform gewählt werden kann bzw. muss, ist abhängig u.a. von der Größe der Anlage und der Art der Nutzung.
- Grundsätzlich muss für Strom, der an Dritte geliefert wird oder den der Anlagenbetreiber selbst verbraucht, die EEG-Umlage abgeführt werden. Für den Eigenverbrauch bestehen hiervon allerdings Ausnahmen, insbesondere bei reinen Inselfösungen oder kleineren Anlagen (<30 kW für bis 30 MWh/a).
- Soweit eine Kommune Stromvertrieb realisiert, insbesondere solchen an Haushaltskunden oder an Mieterstromkunden, hat sie hierfür umfangreiche Verbraucherschützende Vorschriften einzuhalten.
- Die Vorschriften des Vergaberechts finden auch auf die Errichtung von EE-Anlagen durch Kommunen Anwendung. Die Verpachtung von Dachflächen ist indes kein vergabepflichtiges Beschaffungsgeschäft. Unter Umständen kann auch der Kauf von Strom aus EE-Anlagen eines Dritten ohne Ausschreibung erfolgen, wenn diese Anlagen sich in den Liegenschaften (Dachflächen) der Kommune befinden und der Dritte als einziger Lieferant ohne Netznutzung in Betracht kommt.

13. Treffen des Landesnetzwerks „Energie & Kommune“



Zusammenfassung der Ergebnisse aus der anwaltlichen Stellungnahme und der anschließenden Fragen

von Rechtsanwalt Christoph Engel, Kanzlei Schweizer Legal

Fragen der Teilnehmerinnen und Teilnehmer und zusammenfassende Antworten:

Frage:

Aber was ist mit den Energie-Anteilen, die aus einer solchen Anlage ins Netz eingespeist werden (müssen)? Dann bekomme ich als Kommune eine Vergütung und bin gewerblich tätig, oder?

Antwort:

Die Frage bezieht sich auf die kommunalrechtliche Zulässigkeit nach § 128 KVG LSA. Soweit ein Teil der Stromproduktion innerhalb der Gemeinde verbraucht wird, kann der Rest zur EEG-Vermarktung in das Netz eingespeist werden. Das führt zwar zu einer *wirtschaftlichen Betätigung* gemäß § 128 KVG, die jedoch nicht automatisch unzulässig ist. Ob eine gewerbliche Tätigkeit entsteht, ist im Wesentlichen eine Frage des Steuerrechts (Körperschaftsteuer), die von dem Ort der Erzeugung und des Verbrauchs unabhängig ist.

Frage:

Ist es rechtlich zulässig, dass eine Kommune die Direktversorgung aus einer von externen Dritten betriebenen PV-Anlage (z.B. Bürgerenergiegenossenschaft) auf kommunalen Dächern aufgrund eines bestehenden Energieliefervertrages mit einem Stadtwerk untersagt? Das Ergebnis ist eine 100%-Netzeinspeiseanlage, die in den überwiegenden Fällen aufgrund der geringen EEG-Vergütung nicht mehr wirtschaftlich darstellbar ist, sodass viele kommunale Solar- und Klimaschutzpotentiale nicht genutzt werden können. So gibt es wohl in der Fernwärmeversorgung den rechtlichen Passus, dass eine Eigenwärmeversorgung möglich sein muss, wenn die Wärme aus EE stammt.

Antwort:

Die Antwort ist stark von dem Inhalt des Stromliefervertrages abhängig. Die Untersagung wäre wohl nur denkbar, wenn der Stromliefervertrag ausdrücklich den Bezug von Strom aus anderen Quellen als dem Netz (Direktversorgung aus Dachanlagen) verbietet. Derartige Regelungen sind nach meiner Erfahrung eher unüblich und müssten im Detail auf ihre Wirksamkeit überprüft werden. Eine Übertragung von Regelungen aus dem Recht der Fernwärmeversorgung (§ 3 Satz 3 AVBFernwärmeV) auf den Stromsektor ist nicht ohne weiteres möglich.

Frage:

Bedeutet Eigenversorgung, dass die Kommunen/Schulen/kommunalen Betriebe Abnehmer sind oder wird auch die Belieferung z.B. eines örtlichen privaten Gewerbeparks oder eines privaten Unternehmens als örtliche Nutzung als zulässig betrachtet?

13. Treffen des Landesnetzwerks „Energie & Kommune“



Zusammenfassung der Ergebnisse aus der anwaltlichen Stellungnahme und der anschließenden Fragen

von Rechtsanwalt Christoph Engel, Kanzlei Schweizer Legal

Antwort:

Eigenversorgung im Sinne des EEG bedeutet rechtliche Personenidentität zwischen dem Stromerzeuger und -verbraucher. Eine Weitergabe des Stroms an Dritte, auch wenn es sich dabei um kommunale Tochterunternehmen handeln sollte, wäre keine Eigenversorgung mehr. Bei der Frage der Zulässigkeit nach § 128 Abs. 1 KVG kommt es indes nur darauf an, dass es sich um eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft handelt. Das ist auch dann erfüllt, wenn private Gewerbeparks o.Ä. versorgt werden, solange diese innerhalb der Gemeindegrenzen liegen.

Frage:

Wie ist die Versorgung privater Haushalte im Rahmen der Daseinsvorsorge einzuordnen?

Antwort:

Die Energieversorgung von Gemeindeeinwohnern ist Bestandteil der Daseinsvorsorge und damit unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten eine der Aufgaben der Gemeinde. Das KVG Sachsen-Anhalt steht dem nicht entgegen. Eine verfassungsrechtliche Argumentation dahingehend, dass auch die überörtliche Energieversorgung als Daseinsvorsorge zulässig sein muss oder dass die Beschränkungen des § 128 KVG LSA den verfassungsrechtlichen Bereich der Daseinsvorsorge unzulässig beschränken, muss allerdings berücksichtigen, dass ein liberalisierter Markt für Stromversorgung existiert.

Frage:

Verbuchung als nichtsteuerliche Einnahme: betrifft das nur die Einnahmen aus der Substitution Stromeinkauf oder nur die Vermarktung von Überschüssen oder beides?

Antwort:

Das ist eine Frage der kommunalen Rechnungslegung. Der Zahlungseingang aus dem Verkauf von (Überschuss-)Strom dürfte auf jeden Fall eine Einnahme sein; werden lediglich die Kosten für den Stromeinkauf reduziert, indem ein Teil des Verbrauchs selbst erzeugt wird, handelt es sich um eine Reduzierung von Kosten, nicht um Einnahmen.

Frage:

Darf das Netz genutzt werden, um eigene Objekte zu versorgen?

Antwort:

Grundsätzlich darf das allgemeine Verteilungsnetz genutzt werden, um eigene (oder fremde, örtliche) Verbrauchsstellen zu versorgen. Die Netznutzung kann allerdings Auswirkungen auf die Frage haben, ob die EEG-Umlage für den eigenverbrauchten Strom anfällt. Eine Eigenversorgung setzt nach § 3 Nr. 19 EEG 2021 voraus, dass ein unmittelbarer räumlicher Zusammenhang zwischen der Stromerzeugungsanlage und dem Verbrauch besteht und der Strom nicht durch ein Netz durchgeleitet wird. Das ist grundsätzlich unabhängig davon, ob für den (restlichen) Strom eine Vergütung nach dem EEG in Anspruch genommen wird oder nicht.

13. Treffen des Landesnetzwerks „Energie & Kommune“



Zusammenfassung der Ergebnisse aus der anwaltlichen Stellungnahme und der anschließenden Fragen

von Rechtsanwalt Christoph Engel, Kanzlei Schweizer Legal

Frage:

§4 eines Bundesgesetzes (Gebäudeenergiegesetz) beschreibt die Vorbildfunktion der öffentlichen Hand. Da heißt es, wenn die öffentliche Hand Nichtwohngebäude neu baut oder grundlegend saniert, muss geprüft werden, ob und in welchem Umfang Erträge durch die Errichtung einer im unmittelbaren räumlichen Zusammenhang mit dem Gebäude stehenden Anlage zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie oder durch solarthermische Anlagen erzielt und genutzt werden können. Nach dem eben Gehörten ist die Prüfung ja scheinbar recht einfach: „Geht nicht, weil z.B. Steuerrecht da quer schießt“. Ist aber ja nicht im Sinne des Erfinders!

Antwort:

Das Steuerrecht enthält – genauso wenig wie das Kommunalrecht oder andere Rechtsgebiete – einen Ausschlussstatbestand für die Nutzung erneuerbarer Energien durch die Kommune. Die nach dem Gebäudeenergiegesetz vorgesehene Prüfung kann und muss daher bei den entsprechenden Bau -oder Sanierungsprojekten durchgeführt werden. Zu welchem Ergebnis sie im Einzelfall kommt, ist von den technischen und wirtschaftlichen Bedingungen im Einzelfall abhängig und wird nicht durch das Gesetz vorgegeben.

Frage:

§ 108 / 138 GWB mit eigenem Stadtwerk wäre zulässig? (Inhouse)

Antwort:

Eine Beauftragung des eigenen Stadtwerkes durch eine Kommune als ausschreibungsfreies In-House-Geschäft ist zulässig, wenn die Voraussetzungen des § 108 GWB vorliegen (insbesondere 80 % des Umsatzes werden mit Kommune erzielt). Eine Inanspruchnahme des Konzernprivilegs nach § 138 Abs. 1 GWB setzt voraus, dass das Stadtwerk als Sektorenauftraggeber den Auftrag an ein verbundenes Unternehmen (bzw. die Kommune) vergibt. Auch in diesem Fall gilt die 80 %-Schwelle für den Umsatz des beauftragten Unternehmens, § 138 Abs. 3 GWB.

Frage:

Wir haben in unserer Gemeinde eine Fläche von 12 ha. Wäre es möglich ein eigenes Stadtwerk zu gründen, die komplette Versorgung der kommunalen Gebäude und die Straßenbeleuchtung abzudecken und dann den Rest der Stromerzeugung zu verkaufen?

Antwort:

Aus rechtlicher Sicht sprechen keine grundsätzlichen Bedenken gegen ein derartiges Vorhaben. Die Einzelheiten (Rechtsform des Stadtwerks, Gründung, Finanzierung, etc.) müssen im Einzelnen geprüft werden.

13. Treffen des Landesnetzwerks „Energie & Kommune“



Zusammenfassung der Ergebnisse aus der anwaltlichen Stellungnahme und der anschließenden Fragen

von Rechtsanwalt Christoph Engel, Kanzlei Schweizer Legal

Frage:

Wie sind in dem Zusammenhang Daseinsvorsorge - Eigenversorgung die EU-rechtlichen Rahmenbedingungen zu bewerten? Erneuerbare-Energien-Richtlinie der EU

Antwort:

Die Erneuerbare Energien Richtlinie der EU enthält sowohl (allgemeine) Regelungen zur Eigenversorgung als auch zu den sog. Erneuerbare Energie-Gemeinschaften, die sich selbst mit Energie versorgen. Inwieweit diese Regelungen mit dem EEG 2021 vollständig und erfolgsversprechend umgesetzt worden sind, ist noch nicht absehbar. Eine hervorgehobene Rolle der Daseinsvorsorge (im hergebrachten, deutschen Sinn) durch die Kommunen ist darin jedoch nicht vorgesehen.

Frage:

Mal vom Ende hergedacht: Was wäre im aktuellen Rechtsrahmen die unkomplizierteste Konstellation für ein kommunales Engagement in Sachen PV-Anlagen? Auf welche Art von PV-Projekten sollten wir uns bei knappen Ressourcen konzentrieren?

Antwort:

Die derzeit aus rechtlicher Sicht unkomplizierteste Form des kommunalen Engagements dürfte im Bereich der (reinen) Eigenversorgung von kommunalen Gebäuden durch PV-Aufdachanlagen bestehen.

Frage:

Reichen die jetzigen Regelungen im Gesetz, damit die Kommunen in Zukunft ohne Zögern eine eigene Wind-, Solar- oder Biogasanlage betreiben und damit auch Einnahmen generieren können?

Antwort:

Die Regelungen stehen jedenfalls einem Engagement im Bereich der erneuerbaren Energien nicht entgegen, soweit ein Teil der Stromerzeugung selbst oder zumindest vor Ort innerhalb der Gemeinde verbraucht wird. Die Generierung von Einnahmen ist Kommunen nicht untersagt.

Frage:

Wenn ja, sind damit alle EE-Anlagen erfasst - egal, ob zur Stromerzeugung oder zur Wärmeenergieerzeugung?

Antwort:

Das Kommunalrecht (§ 128 Abs. 2 KVG LSA) behandelt die Bereiche der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung gleich.

13. Treffen des Landesnetzwerks „Energie & Kommune“



Zusammenfassung der Ergebnisse aus der anwaltlichen Stellungnahme und der anschließenden Fragen

von Rechtsanwalt Christoph Engel, Kanzlei Schweizer Legal

Frage:

Könnten mit der jetzigen rechtlichen Regelung auch Speicher und andere Infrastrukturen (z.B. Nahwärmenetze), die die EE-Anlagen unterstützen, betrieben werden?

Antwort:

Grundsätzlich ja, unter den oben dargestellten Voraussetzungen.

Frage:

Welche Hemmschuhe behindern den wirtschaftlichen Betrieb von EE-Anlagen und ihrer unterstützenden Infrastruktur durch Kommunen? Welche Restriktionen gibt es?

Antwort:

Die Frage zielt neben rechtlichen insbesondere auch auf wirtschaftliche Hemmnisse, die stark von den finanziellen Voraussetzungen des Anlagenbetreibers, der Anlagenart- und -größe und dem Zweck des Anlagenbetriebs abhängen. Aus rechtlicher Sicht dürften regelmäßig die Komplexität der Förderbestimmungen des EEG, die Anforderungen an das Messkonzept und der Aufwand durch Melde- und Informationspflichten für Anlagenbetreiber als Hemmnisse auftreten.

Frage:

Kann eine Kommune auch dann in EE-Anlagen und ihre unterstützende Infrastruktur investieren, wenn sich diese Kommune in der Konsolidierung befindet?

Antwort:

Grundsätzlich hindert eine Haushaltskonsolidierung nach § 100 Abs. 3-5 KVG LSA eine Kommune nicht daran, eine wirtschaftliche Betätigung nach § 128 KVG LSA aufzunehmen.

Frage:

Ist es möglich, dass eine Kommune, die sich in Konsolidierung befindet, für EE-Anlagen und ihre unterstützende Infrastruktur Kredite aufnimmt, wenn sich die Investition durch den Energieverkauf finanziell amortisiert? Wenn ja, nach wie vielen Jahren muss die Amortisation vollzogen sein?

Antwort:

Das ist grundsätzlich möglich. Auch Kommunen, die verpflichtet sind, ein Haushaltskonsolidierungskonzept zu erstellen, können Kredite für Investitionen unter den Voraussetzungen des § 108 KVG LSA aufnehmen. Voraussetzung ist, dass die beabsichtigte Kreditaufnahme mit den finanziellen Spielräumen im Rahmen der mittelfristigen Finanzplanung der Gemeinde oder des Gemeindeverbandes im Einklang steht. Eine feste Vorgabe zu dem Amortisationszeitraum besteht – soweit ersichtlich – nicht. Grundsätzlich können langfristig nutzbare Investitionsgüter auch langfristig finanziert werden; die Laufzeit

13. Treffen des Landesnetzwerks „Energie & Kommune“



Zusammenfassung der Ergebnisse aus der anwaltlichen Stellungnahme und der anschließenden Fragen

von Rechtsanwalt Christoph Engel, Kanzlei Schweizer Legal

des Kredites darf die voraussichtliche Nutzungsdauer der finanzierten Anlage jedoch in keinem Fall überschreiten.

Frage:

Die vorhergehende Frage kann ebenso gestellt werden für Kommunen, die nicht in der Konsolidierung sind - wie sieht es bei diesen aus?

Antwort:

Auf die Antwort zu der vorhergehenden Frage wird verwiesen.

Frage:

Welche „verbundenen Dienstleistungen“ sind im Passus von Thüringen gemeint - z.B. Vermarktung oder Abrechnung?

Antwort:

Zu den Annex Tätigkeiten („verbundene Dienstleistungen“) werden im Energiebereich üblicherweise Energie(einspeise)beratung, Contractingangebote und Ähnliches gezählt. Stromvermarktung und -abrechnung für selbst erzeugten Strom sind nach unserem Verständnis Bestandteile der (zulässigen) Energieversorgung selbst. Eine Stromvermarktung und -abrechnung für Dritte (Anlagenbetreiber) wäre wohl problematisch (Vgl. dazu VG Meiningen, Urt. v. 17. März 2015, 2 K 174/13). Voraussetzung ist in jedem Fall, dass die Annex Tätigkeit im Vergleich zu der Haupttätigkeit nur eine untergeordnete Bedeutung einnimmt, § 71 Abs. 2 Nr. 4 ThürKO.

Kontakt:

Schweizer Legal
Rechtsanwalt Christoph Engel
Dircksenstraße 41
10178 Berlin

Tel.: (030) 34 64 96 270

E-Mail: christoph.engel@schweizerlegal.de