

Kein öffentlicher Zweck?

Zwei Gerichte urteilen: Kommunale Erneuerbare-Energien-Projekte sind rechtswidrig, weil sie gegen das Örtlichkeitsprinzip im Gemeindefirtschaftsrecht verstoßen. Diese Rechtsprechung ist allerdings wenig überzeugend – und es gibt Auswege.

Es ist erklärter politischer Wille vieler Städte, Gemeinden und Landkreise, die Energiewende selbst in die Hand zu nehmen und mit eigenen Projekten den Umstieg auf erneuerbare Energien zu fördern. Dabei gilt es allerdings, die Restriktionen des Gemeindefirtschaftsrechts zu beachten, denn nicht alles was privatwirtschaftlich unproblematisch möglich ist, ist auch den Kommunen erlaubt.

Nach dem Oberverwaltungsgericht Schleswig hat nun auch das Oberverwaltungsgericht Magdeburg ein kommunales Erneuerbare-Energien-Projekt wegen eines vermeintlichen Verstoßes gegen das Gemeindefirtschaftsrecht als rechtswidrig eingestuft: Ein Landkreis darf eine Photovoltaik-Freiflächenanlage, deren Strom in das allgemeine Netz eingespeist und nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) vergütet wird, nicht betreiben, entschieden die Magdeburger Richter (Urteil vom 7. Mai 2015, AZ 4 L 163/14). Damit schlossen sie sich der Recht-

sprechung des Oberverwaltungsgerichts Schleswig an, das bereits im Hinblick auf einen städtischen Windpark zu demselben Ergebnis gekommen war (Urteil vom 11. Juli 2013, AZ 2 LB 32/12).

Schrankentrias greift

Weil der Betrieb eines Solarparks nach Auffassung des Gerichts eine wirtschaftliche Betätigung ist, greifen hier die Bindungen des Gemeindefirtschaftsrechts – und damit vor allem die so genannte Schrankentrias. Danach ist die wirtschaftliche Betätigung nur dann zulässig, wenn sie erstens einem öffentlichen Zweck dient, zweitens in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Kommune sowie zum Bedarf steht und drittens kein privates Unternehmen die Aufgabe besser erfüllen könnte. Bereits die erste Voraussetzung sah das Gericht als nicht erfüllt an: Hierfür müsse eine gezielte Versorgung von Abnehmern im Gemeinde- oder Kreisgebiet erfolgen (Örtlichkeits-

prinzip). Dies wiederum sei dann nicht der Fall, wenn der erzeugte Strom gegen EEG-Vergütung in vollem Umfang in ein überörtliches Netz eingespeist wird.

Diese Rechtsprechung ist nicht nur im Ergebnis wenig überzeugend, sondern auch argumentativ angreifbar. So erscheint es widersinnig, kommunalen Erneuerbare-Energien-Projekten einen Vorwurf daraus zu machen, bei der Stromvermarktung exakt den Weg eingeschlagen zu haben, der als gesetzlicher Normalfall vorgesehen ist. Dass die Erzeugung von Strom physikalisch und wirtschaftlich – und auch energiewirtschaftsrechtlich – besonderen Maßgaben unterliegt, wäre deswegen ein Grund für ein neues Verständnis des Örtlichkeitsprinzips. Was im Hinblick auf die Entsorgungswirtschaft (keine Müllabfuhr außerhalb des Gemeindegebiets) sinnvoll ist, lässt sich nicht schematisch auf die Erzeugung von Strom übertragen.

Angesichts dessen ist offen, ob die Rechtsprechung dauerhaft Bestand haben wird. Gleichwohl gilt es, die derzeitige Rechtsprechung zur Kenntnis zu nehmen – anstatt sie schlicht zu ignorieren. Auch wenn man noch nicht von gefestigter Rechtsprechung ausgehen kann, markiert die Magdeburger Entscheidung doch eine neue Stufe in der gemeindefirtschaftsrechtlichen Bewertung kommunaler Erzeugungsprojekte. Denn nun sind es bereits zwei Oberverwaltungsgerichte, die es für eine Verletzung des Örtlichkeitsprinzips halten,



Der Autor: Dr. Sebastian Helmes

Dr. Sebastian Helmes ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht im Berliner Büro der interdisziplinären Sozietät Sterr-Kölln & Partner, die auf erneuerbare Energien und kommunale Energieversorgung spezialisiert ist. Helmes ist Ansprechpartner für alle Fragen des öffentlichen Rechts und des Energiewirtschaftsrechts.

wenn eine Kommune eine Anlage zur Erzeugung erneuerbarer Energien betreibt, die den Strom in das allgemeine Netz einspeist und nach EEG vergütet wird. Auf der anderen Seite gibt es soweit ersichtlich keine verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen, in denen die gegenteilige Auffassung vertreten worden wäre. Deswegen müssen kommunale Projekte frühzeitig und umfassend auf ihre Vereinbarkeiten mit den Vorgaben des Gemeindegewirtschaftsrechts überprüft werden. Die beiden Urteile bedeuten aber keineswegs den Todesstoß für alle kommunalen Erneuerbare-Energien-Projekte. Vielmehr kommt es auf den Einzelfall an.

Kontakt zu Aufsichtsbehörden

Generell ist zu empfehlen, frühzeitig den Kontakt zu den Kommunalaufsichtsbehörden zu suchen, denn der aufsichtsbehördliche Umgang mit kommunalen Energieprojekten unterscheidet sich in den einzelnen Bundesländern erheblich. Dies liegt unter anderem daran, dass das Gemeindegewirtschaftsrecht Landesrecht ist, wenngleich wiederum das Örtlichkeitsprinzip grundsätzlich in allen Bundesländern gilt. Mehrere Länder halten ausdrückliche Privilegierungen für erneuerbare Energien bereit, weswegen das entsprechende kommunale Engagement dort regelmäßig zulässig sein wird. Zwingend ist dieser Schluss aber nicht: Auch in Sachsen-Anhalt existiert eine solche Privilegierung – was die Magdeburger Richter aber nicht davon abgehalten hat, den Solarpark des Landkreises als unzulässig einzustufen.

Derzeit werden kommunale Gestaltungsspielräume vor allem auf gesellschaftsrechtlicher Ebene dis-

kutiert. Gewarnt sei aber vor allzu simplen Rezepten. Die bloße Einschaltung eines Stadtwerks vermag ein gemeindegewirtschaftsrechtlich unzulässiges Projekt nicht zu legalisieren, denn auch für kommunale Stadtwerke gelten die Grenzen des Gemeindegewirtschaftsrechts. Auch gemeindliche Partnerschaften mit privaten Investoren, also bloße kommunale Beteiligungen, führen nicht automatisch zum Wegfall der gemeindegewirtschaftsrechtlichen Regeln.

Direkte Vermarktung

Kommunen, die ganz sicher gehen möchten, sollten unmittelbar dort ansetzen, wo die Rechtsprechung das Problem ausgemacht hat: beim Örtlichkeitsprinzip. Die Gerichte haben moniert, dass erzeugte Energie ausschließlich in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist und nach den allgemeinen Maßgaben des EEG durch den Netzbetreiber vergütet werden sollte. Kommunen, die den Bedenken der Rechtsprechung Rechnung tragen möchten, sollten für ihre Erzeugungsanlagen deswegen direkte Vermarktungsmodelle außerhalb des EEG (beispielsweise als Regionalstrom) prüfen. Wird der erzeugte Strom außerhalb des EEG vermarktet, und richtet sich das Angebot ausschließlich – oder zumindest weit überwiegend – an die Gemeindebürger, so wäre den Bedenken der Rechtsprechung Genüge getan. Solche Modelle können wirtschaftlich interessant sein und stoßen erfahrungsgemäß auf großes Interesse in der Bevölkerung. Allerdings muss sichergestellt sein, dass das gewählte Vermarktungsmodell wirklich den Vorgaben der derzeitigen Rechtsprechung genügt. Auch hier steckt der Teufel im Detail. ■