

**Einige rechtliche Rahmenbedingungen zur  
Umsetzung der kommunalen Energiekonzepte**

Vortrag auf dem 1. Veitshöchheimer Energieforum  
am 22.06.2012

von

**Johannes Bohl**

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

und

**Ralph Wüst**

Rechtsanwalt und Wirtschaftsmediator (StW)

**Johannes Bohl**

Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
Lehrbeauftragter an der FH Würzburg

**Jutta Kronewald M.A.**

Rechtsanwältin und  
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht

**Jörg R. Naumann**

Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

**Ralph Wüst**

Rechtsanwalt  
und Wirtschaftsmediator (StW)  
Lehrbeauftragter an der FH Würzburg

E-Mail: [info@ra-bohl.de](mailto:info@ra-bohl.de)

Internet: [www.ra-bohl.de](http://www.ra-bohl.de)

**Büro Würzburg:**

Franz-Ludwig-Straße 9  
97072 Würzburg

Telefon: +49 (931) 79645-0  
Telefax: +49 (931) 79645-99

**Zweigstelle Fulda:**

Dr.-Weinzierl-Straße 13  
36043 Fulda

Telefon: +49 (661) 9336303  
Telefax: +49 (661) 9336356

**Büro Schwabach**

Weißenburger Straße 1  
D-91126 Schwabach

Telefon: +49 (9122) 187472  
Telefax: +49 (931) 79645-99

## Gliederung

1.	Einleitung .....	3
2.	Energieverbrauch und kommunale Einflussmöglichkeiten .....	6
2.1	Eigene Liegenschaften .....	6
2.2	Ortsrecht .....	6
3.	Aufgabenbeschreibung für ein kommunales Energiekonzept .....	7
4.	Zuständigkeit der Kommunen für die Energieversorgung .....	8
4.1	Energieversorgung als Daseinsvorsorge .....	11
4.2	Steuerungsmöglichkeiten der Kommunen auf der Ebene des Energieverbrauchs .....	12
4.3	Steuerungsmöglichkeiten der Kommunen auf der Ebene der Energieerzeugung .....	13
4.3.1	Dachflächen-PV-Anlagen und Dachflächen-Sonnenkollektoren .....	13
4.3.2	PV-Freiflächenanlagen .....	13
4.3.3	Windkraftanlagen .....	14
4.3.4	Biomasse-Anlagen .....	15
4.4	Eigene wirtschaftliche Betätigung der Kommunen bei der Energieerzeugung .....	15
5.	Finanzierung der Umsetzung kommunaler Energiekonzepte .....	16
6.	Ausarbeitung kommunaler Energiekonzepte und Ergebnis .....	16

## 1. Einleitung

Die Energieversorgung in Deutschland ist aus historischen Gründen unterschiedlich strukturiert.

- Die Versorgung mit flüssigen und festen Brennstoffen (Heizöl und Kohle) erfolgt nach wie vor allein über die Privatwirtschaft. Der Brennstoffhandel beliefert unmittelbar den Endkunden unter den Regeln des Marktes (Preisbildung nach Angebot und Nachfrage).
- Die Versorgung mit Elektrizität erfolgte ursprünglich im Rahmen der allgemeinen Elektrifizierung Deutschlands über mit Versorgungsmonopolen ausgestattete private Elektrizitätsunternehmen. Diese errichteten sowohl die Leitungsnetze als auch die Kraftwerke, die in der Regel als Großkraftwerke die Versorgungssicherheit gewährleisteten (vor allem Wasser- und Kohlkraftwerke sowie Atomkraftwerke). Die Kommunen sind an der Elektrizitätsversorgung allenfalls als örtlicher Netzbetreiber in Verteilungsfunktion beteiligt. Der Strompreis unterlag der behördlichen Kontrolle.
- Die Versorgung mit Erdgas zur privaten Wärmeerzeugung (Heizung und Warmwasser) erfolgte historisch gewachsen über kommunale Leitungsnetze. Ein Anschluss- und Benutzungszwang besteht nicht. Die Kommunen traten als Einkäufer auf dem Gasmarkt auf, die Gaspreise für den Endkunden unterlagen der behördlichen Kontrolle.
- Die unmittelbare Wärmeversorgung über Fernwärmenetze ist nur räumlich beschränkt vorhanden und steht in privater oder kommunaler Hoheit. Das hängt vor allem davon ab, wo und unter wessen Trägerschaft Wärme als Nebenprodukt eines Kraftwerkes überhaupt zur Verfügung gestellt werden kann. Auch hier besteht kein Anschluss- und Benutzungszwang.

Diese historisch gewachsene Versorgungsstruktur hat sich in den letzten Jahren erheblich gewandelt. Seit der Liberalisierung der Strommärkte und insbesondere dem sog. „diskriminierungsfreiem Netzzugang“ durch die Novelle des Energiewirtschaftsgesetzes zum 29.04.1998 sowie mit der Einführung des Erneuerbaren Energiengesetz (EEG) zum 01.04.2000 ist es erstmals wirtschaftlich möglich geworden, dass jedermann in eigenen Kraftwerken Strom produziert und diesen auch an Netzbetreiber oder im Einzelfall sogar an Endkunden verkaufen kann. Die Marktliberalisierung einerseits sowie das Ziel des Klimaschutzes andererseits haben es so (jedenfalls in der Theorie) ermöglicht, dass der in einer Kommune verbrauchte Strom auch selbst vor Ort produziert wird.

Parallel zu Errichtung von Windparks oder großen Photovoltaikanlagen haben bisweilen Kommunen ihr entsprechendes Engagement in der Planung der Anlagen auch damit begründet, dass auf diesem Wege ein mehr oder weniger großer Teil in der Kommune verbrauchten Stroms nunmehr „selbst“ gedeckt werde. Es wurde bewusst mit dem Bild der in der elektrischen Versorgung „autarken“ Gemeinde gearbeitet.

In der Gesamtbilanz des Stromverbrauchs in einer Gemeinde mag in manchen Fällen eine vollständige Selbstversorgung erreicht worden sein, im physikalischen Sinne ist das gleichwohl regelmäßig nicht der Fall. Der Stromverbrauch ist erheblichen zeitlichen Schwankungen unterworfen, so dass selbstverständlich auch in solchen Gemeinden zeitweise „importiert“ werden muss und zu anderen Zeiten wiederum ein „Export“ erfolgt.

Für die Stromversorgung hat sich infolge der veränderten rechtlichen, technischen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen die Vision einer dezentral organisierten Versorgung eröffnet.

Die Vorausgesagte und bereits in Gang befindliche anthropogene Klimaerwärmung hat dazu geführt, dass der CO<sub>2</sub>-Ausstoß so weit wie möglich begrenzt werden muss. Gerade die hoch industrialisierten Länder weisen im Verhältnis zu ihren Einwohnern besonders hohen CO<sub>2</sub>-Ausstoß auf. Einen nicht unerheblichen Anteil am Gesamt-CO<sub>2</sub>-Ausstoß tragen die Elektrizitätserzeugung in Kohle- und Gaskraftwerken sowie die Wärmeversorgung der Haushalte bei. Auch der Straßenverkehr ist eine wichtige CO<sub>2</sub>-Quelle. Der seit vielen Jahren eingeleitete Umbau der Energieversorgung hin zu CO<sub>2</sub>-neutralen Energiequellen ist mit der sog. „Energiewende“ infolge der Fukushima-Reaktorkatastrophe nochmals intensiviert worden. Ziel ist es, die Elektrizitätsversorgung bis zum Jahre 2025 mindestens zu 35% aus erneuerbaren Energien zu decken.

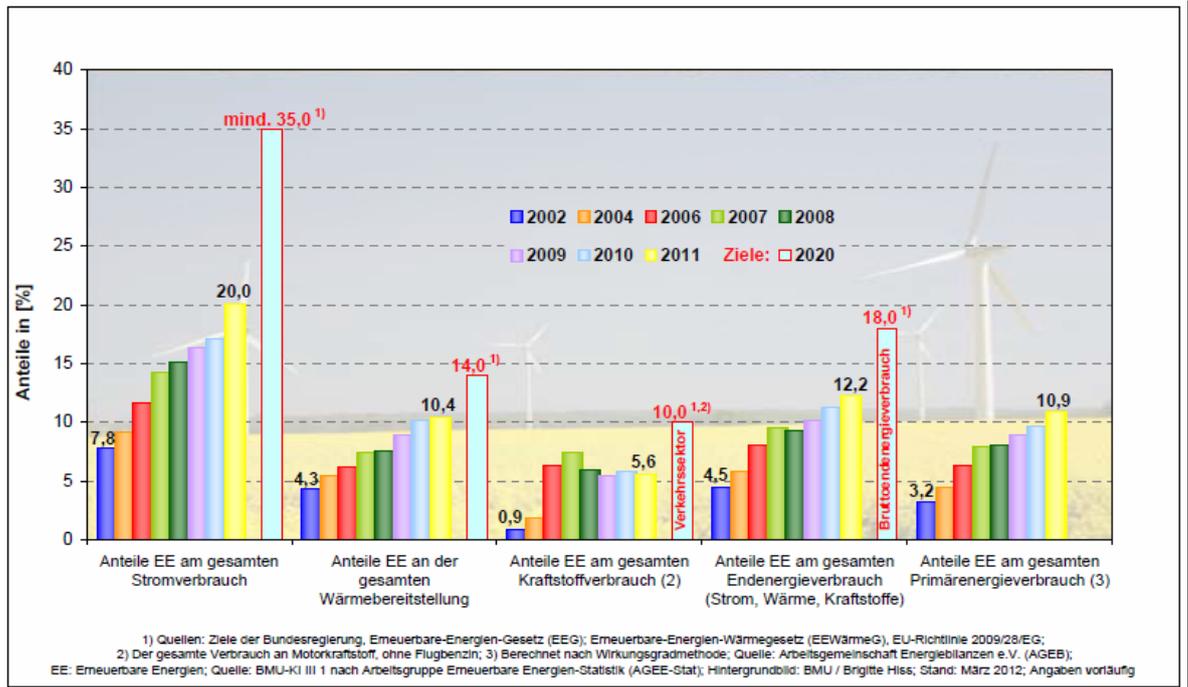


Abb. 1: Anteile erneuerbarer Energien an der Energiebereitstellung in Deutschland

Allein in Bezug auf die Energieziele im Bereich der Elektrizitätsversorgung ist zu berücksichtigen:

- Der Gesamtstromverbrauch wird trotz aller Einsparungsbemühungen und Effizienzsteigerungen vermutlich nicht zurückgehen. Der Elektrifizierungsgrad der Gesellschaft z.B. infolge des weiteren Bedeutungsgewinns des Internet sowie immer neuer (elektrisch betriebener) Innovationstechnik wird zunehmen. Zugleich soll die Individualmobilität immer stärker auch von Elektromobilen bewältigt werden.
- Der steigende Anteil der erneuerbaren Energien an der Stromproduktion kann nur mit einem weiteren erheblichen Ausbau der einzelnen Sparten (Windkraft, Biomasse, Photovoltaik und Geothermie) erreicht werden. Der Ausbau der Wasserkraft ist hingegen schon aus wasserwirtschaftlichen und ökologischen Gründen kaum möglich. Die Offshore-Windkraftnutzung ist aus technischen und wirtschaftlichen Gründen noch auf längere Sicht nicht geeignet, eine wesentliche Säule der Elektrizitätsversorgung zu bilden. Kurz- und mittelfristig ist deshalb ein flächendeckender und zugleich dezentraler Ausbau an Erneuerbare-Energien-Kraftwerken erforderlich.

Kommunale Energiekonzepte sollen einen Betrag leisten, dass – jedenfalls unter dem Blickwinkel der örtlichen Gemeinschaft – der notwendige Ausbau und Umbau der Energieversorgung gelingen kann.

## 2. Energieverbrauch und kommunale Einflussmöglichkeiten

Die Versorgung mit Energie hängt insgesamt wesentlich vom Verbrauch ab. Deshalb steht an erster Stelle aller kommunalen Überlegungen die Frage nach einer Senkung des Energieverbrauchs, d.h. nach Möglichkeiten der Energieeinsparung.

### 2.1 Eigene Liegenschaften

Soweit die Kommune selbst Eigentümer von Liegenschaften ist oder diese z.B. als Mieter nutzt, hat sie es wie jeder andere private Eigentümer auch selbst in der Hand, welche Maßnahmen zur Energieeinsparung sie ergreift.

Soweit man der öffentlichen Hand eine Vorbildfunktion beimisst, ist dies rechtlich nicht vorgegeben.

### 2.2 Ortsrecht

Über das Ortsrecht kann eine Kommune nicht beliebig Vorgaben für Private zur Energieeinsparung machen. Regelungen des Ortsrechts setzen stets eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage voraus.

Aus den Festsetzungsmöglichkeiten des § 9 BauGB für Bebauungspläne haben nur wenige unmittelbaren Einfluss auf den Energieverbrauch bzw. die Energieeinsparung:

#### **§ 9 Abs. 1 Ziff. 12 BauGB**

*Festsetzung der Versorgungsflächen, einschließlich der Flächen für Anlagen und Einrichtungen zur dezentralen und zentralen Erzeugung, Verteilung, Nutzung oder Speicherung von Strom, Wärme oder Kälte aus erneuerbaren Energien oder Kraft-Wärme-Kopplung;*

#### **§ 9 Abs. 1 Ziff. 23 Buchst. b BauGB**

*Festsetzung der Gebiete in denen bei der Errichtung von Gebäuden oder bestimmten sonstigen baulichen Anlagen bestimmte bauliche und sonstige technische Maßnahmen für die Erzeugung, Nutzung oder Speicherung von Strom, Wärme oder Kälte*

*te aus erneuerbaren Energien oder Kraft-Wärme-Kopplung getroffen werden müssen;*

Darüber hinaus kann die Gemeinde durch Gestaltung und Festsetzungen im Bebauungsplan mittelbar auf den Energieverbrauch Einfluss nehmen, in dem z.B. die Lage der Gebäude so vorgegeben wird, dass sie energieoptimiert errichtet werden können (z.B. Südausrichtung, keine gegenseitigen Abschattungen etc.).

Über örtliche Bauvorschriften nach Art. 81 BayBO ergeben sich keine zusätzlichen Möglichkeiten, Vorgaben zur Energieeinsparung zu machen. Anders war dies noch nach Art. 91 Abs. 2 Ziff. 5 BayBO in der bis zum 31.12.2003 geltenden Fassung. Nach dieser Vorschrift waren z.B. Vorgaben zum Wärmeschutz möglich.

Energieeinsparungen sind ein Teil der Maßnahmen zur Reduzierung von CO<sub>2</sub>-Emissionen infolge des Einsatzes fossiler Energieträger. Damit dient die Energieeinsparung auch dem Ziel des Klimaschutzes. Inzwischen ist durch § 1 Abs. 5 Satz 2 BauGB geklärt, dass es zu den zulässigen Zielen der Bauleitplanung gehört, einen Beitrag zum (globalen) Klimaschutz zu leisten. Klimaschutz ist daher Gegenstand der Bauleitplanung, selbst wenn sich diese weder örtlich auswirkt noch dem konkreten Bebauungsplan ein nennenswerter Beitrag zum Klimaschutz aus globaler Sicht beizumessen ist.

Aus dem Landesstraf- und Verordnungsgesetz (LStVG) ergeben sich für die Kommunen keine unmittelbar auf den Energieverbrauch wirkenden Befugnisse oder Ermächtigungsgrundlagen.

### **3. Aufgabenbeschreibung für ein kommunales Energiekonzept**

Ein kommunales Energiekonzept kann verschiedene Motive haben. Davon abhängig ist, welche Ziele verfolgt werden können und welche Regelungs- und Steuerungsmöglichkeiten bestehen.

Die wichtigsten denkbaren Motive für ein kommunales Energiekonzept sind:

- Durchsetzung einer möglichst sparsamen Verwendung von Energie im Gemeindegebiet

- Durchsetzung eines weitgehenden Einsatzes regenerativer Energien im Gemeindegebiet
- Wirtschaftliche Partizipation der Kommune und/oder ihrer Bürger an den Gewinnaussichten bei der Erzeugung und/oder Vermarktung der Energie
- Steuerung der Standorte für Anlagen zur regenerativen Energieerzeugung im Ausgleich zu gegenläufigen Interessen

#### **4. Zuständigkeit der Kommunen für die Energieversorgung**

Infolge des allseitigen Wirkungskreises nach Art. 6 GO ist grundsätzlich von einer Zuständigkeit der Gemeinden für Fragen der örtlichen Gemeinschaft (Art. 83 Abs. 1 Bayer. Verfassung) auszugehen.

##### ***Art. 83 Abs. 1 Bayer. Verfassung***

*In den eigenen Wirkungskreis der Gemeinden (Artikel 11 Absatz 2) fallen insbesondere die Verwaltung des Gemeindevermögens und der Gemeindebetriebe; der örtliche Verkehr nebst Straßen- und Wegebau; die Versorgung der Bevölkerung mit Wasser, Licht, Gas und elektrischer Kraft; Einrichtungen zur Sicherung der Ernährung; Ortsplanung, Wohnungsbau und Wohnungsaufsicht; örtliche Polizei, Feuerchutz; örtliche Kulturpflege; Volks- und Berufsschulwesen und Erwachsenenbildung; Vormundschaftswesen und Wohlfahrtspflege; örtliches Gesundheitswesen; Ehe- und Mütterberatung sowie Säuglingspflege; Schulhygiene und körperliche Erziehung der Jugend; öffentliche Bäder; Totenbestattung; Erhaltung ortsgerichtlicher Denkmäler und Bauten.*

Daraus folgt grundsätzlich auch die Kompetenz zur Befassung mit der Organisation und Durchführung der örtlichen Energieversorgung. Deshalb dürfen Gemeinden in diesem Zusammenhang Ortsrecht nach Art. 23 Abs. 1 GO setzen.

##### ***Art. 23 Satz 1 GO***

*Die Gemeinden können zur Regelung ihrer Angelegenheiten Satzungen erlassen.*

Konkrete Inhaltsvorgaben für solche Satzungen gibt die Bayer. Gemeindeordnung nicht. In Art. 24 Abs. 1 GO werden lediglich beispielhaft typische gemeindliche Satzungen im eigenen Wirkungskreis aufgeführt. Für die kommunale Energieversorgung ist dabei die Fernwärme ausdrücklich erwähnt.

**Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 GO**

*In den Satzungen können die Gemeinden insbesondere [...]*

3. *für Grundstücke, die einer neuen Bebauung zugeführt werden, und in Sanierungsgebieten den Anschluß an Einrichtungen zur Versorgung mit Fernwärme und deren Benutzung zur Pflicht machen, sofern der Anschluß aus besonderen städtebaulichen Gründen oder zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen im Sinn des Bundes-Immissionsschutzgesetzes notwendig ist; ausgenommen sind Grundstücke mit emissionsfreien Heizeinrichtungen,*

Auch wenn es prinzipiell denkbar ist, dass eine Gemeinde Satzungen mit anderem für die Energieversorgung oder den Energieverbrauch relevanten Inhalt erlässt, stehen solche Regelungen jedoch nicht im Belieben der Gemeinde. Die Gemeinde hat bei einem solchen „Regelungsfindungsrecht“ die umfangreichen rechtlichen Grenzen zu beachten. Diese können hier nur angerissen werden:

- Vorrang der Bundes- und Landesgesetze
- Grundrechte der verpflichteten Bürger
- Willkürverbot
- Verhältnismäßigkeitsprinzip
- Beschränkung auf Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft

Beispiele:

- Durch Satzung kann eine Gemeinde keine Verpflichtung zu Wärmedämmmaßnahmen schaffen, die über die Vorgaben der Energieeinsparverordnung hinausgeht. Zum einen geht hier die bundesrechtliche Regelung vor. Zum anderen ist fraglich, ob es sich hierbei um eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft handelt.
- Durch Satzung kann die Gemeinde keine Verpflichtung der Gemeindebürger zum Bezug ausschließlich von sog. „EEG-Strom“ aus einer von der Gemeinde betriebenen Photovoltaikanlage schaffen. Dies widerspricht zum einen der bundesrechtlichen Regelung des Energiewirtschaftsgesetzes, welches die freie Wahl des Stromlieferanten gewährt. Zum anderen auch hier wiederum fraglich, ob es sich noch um eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft handelt.

Problematisch ist, ob eine Gemeinde in bestimmten Fällen Vorgaben für die private Nutzung von erneuerbarer Energien machen kann. Hierzu ein Beispiel:

Über eine baurechtliche Gestaltungssatzung ist denkbar, dass (z.B. um Belange des Denkmalschutzes zu unterstützen) in Teilen des Gemeindegebietes die Installation von Dachflächen-Photovoltaikanlagen oder Dachflächen-Sonnenkollektoren verboten wird.

***Art. 81 Abs. 1 BayBO***

*Die Gemeinden können durch Satzung im eigenen Wirkungskreis örtliche Bauvorschriften erlassen*

- 1. über besondere Anforderungen an die äußere Gestaltung baulicher Anlagen zur Erhaltung und Gestaltung von Ortsbildern,*

Regelungsgrund muss dabei die Erhaltung und Gestaltung des Ortsbildes sein. Eine solche Regelung hat zur Folge, dass in dem von einer solchen Gestaltungssatzung erfassten Gemeindegebiet die dortigen Grundeigentümer die wirtschaftlichen und ökologischen Möglichkeiten solcher Anlagen nicht nutzen können.

Um diesen Bürger gleichwohl einen Zugang zu diesen Anlagen zu verschaffen, wird bisweilen überlegt, ob die Gemeinde stattdessen eine „Bürgersolaranlage“ erstellt. Hier wiederum ist zu diskutieren, ob den Bürgern lediglich eine privilegierte Beteiligungsmöglichkeit an einer solchen Anlage eingeräumt wird oder diese sogar zu einer Beteiligung verpflichtet werden können.

Richtigerweise hängt die Zulässigkeit einer Ortsgestaltungssatzung, die Dachflächen-PV-Anlagen oder Dachflächen-Sonnenkollektoren ausschließt, nicht von der ersatzweisen Zurverfügungstellung einer Bürgersolaranlage ab. Die Rechtfertigung der Satzung folgt allein aus den (in der Regel denkmalschützerischen) Belangen des Ortsbildes.

Freiwillig ist es der Gemeinde möglich, eine Bürgersolaranlage zu errichten mit privilegierter Beteiligungsmöglichkeit gerade solcher Bürger, die durch Ortsgestaltungssatzung keine eigene Anlage errichten können. Eine Beteiligungspflicht kann aber nicht geschaffen werden, denn hier dürfte der für einen solchen Eingriff in die Privatautonomie nötige rechtfertigende Grund fehlen. Aus Art. 24 Abs. 1 Ziff. 2 GO folgt, dass ein solcher Anschluss- und Benutzungszwang für öffentliche Einrichtungen einer besonderen Rechtfertigung (z.B. Gründe des öffentlichen Wohls, Hygiene etc.) bedarf. Dies ist aber für einen „Beteiligungszwang“ an einer Bürgersolaranlage nicht gegeben.

#### 4.1 Energieversorgung als Daseinsvorsorge

Die Versorgung der Gemeindebürger mit Energie ist grundsätzlich der kommunalen Daseinsvorsorge zuzuordnen (vgl. auch Art. 83 Abs. 1 Bayer. Verfassung). Daseinsvorsorge ist dabei als Sicherstellung der örtlichen Grundbedürfnisse zu verstehen. In hiesigen Regionen gehörte heute zum Grundbedürfnis die Verfügbarkeit von Elektrizität und Wärme.

Die Daseinsvorsorge ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der sich unter Geltung des Grundgesetzes gewandelt hat. Es geht insoweit um eine Vorsorge und Grundsicherung, die infolge der gewährleisteten individuellen Freiheiten der Bürger einen subsidiären Charakter hat. Die kommunale Daseinsvorsorge tritt dort zurück, wo privatwirtschaftliche Versorgung gewährleistet ist. So ist die Telekommunikationsinfrastruktur z.B. auf privatwirtschaftlicher Basis gewährleistet. Gleiches gilt traditionell für die Brennstoffversorgung mit Heizöl und Kohle.

Um über die Pflicht der Gemeinde zur Daseinsvorsorge neue kommunale Energieversorgungsstrukturen zu schaffen und mit einem Anschluss- und Benutzungszwang auszustatten, bedürfte es der Feststellung, dass die Privatwirtschaft die Grundbedürfnisse nicht mehr erfüllen kann. Solches wird zwar bei der ländlichen Netzanbindung an schnelle Datenleitungen diskutiert, kann aber für den Bereich der Energieversorgung wohl ausgeschlossen werden.

Die Elektrizitätsversorgung gehört zur Grundsicherung und damit zur Daseinsvorsorge. Aus diesem Grunde ist es einer Kommune auch erlaubt, selbst ein Stromverteilungsnetz zu errichten und zu unterhalten sowie den Strom für ein solches Netz ggf. in eigenen Kraftwerken zu erzeugen. Eine Gemeinde darf als Betreiber eines Energieversorgungsnetzes im Sinne des § 11 EnWG auftreten. Sie ist dann im Netzgebiet verpflichtet, das Netz leistungsfähig und sicher zu unterhalten und der Letztverbraucher hat einen Rechtsanspruch auf Anschluss und Versorgung (§ 17 EnWG). Diese Regelungen gelten im Übrigen für Gasversorgungsnetze gleichermaßen.

Sofern die Gemeinde selbst den Betrieb der o.g. Versorgungsnetze für Elektrizität und Gas übernehmen will, stehen ihr kommunalrechtlich mehrere Alternativen zur Verfügung. In Betracht kommen grundsätzlich

- der Regiebetrieb (als reine Unterabteilung der Verwaltung),
- der Eigenbetrieb (Art. 88 GO, Sondervermögen ohne eigene Rechtspersönlichkeit),
- die Anstalt des öffentlichen Rechts (Art. 89 Abs. 1 GO) oder

- die privatrechtliche Form (Art. 89 Abs. 2a GmbH oder AG).

Welche Rechtsform für den kommunalen Versorgungsbetrieb sinnvoller Weise zu wählen ist, hängt von verschiedenen Faktoren ab. Regiebetriebe haben keinen vom Gemeindehaushalt gesonderten Haushalt. Eigenbetriebe werden über einen gesonderten Haushalt geführt. Beide unterliegen dem kameralistischen System der Buchführung und Kreditwirtschaft. Das gilt auch für Anstalten des öffentlichen Rechts. Die Organisationsform der privatrechtlichen Kapitalgesellschaft eröffnet die Nutzung der privatrechtlichen Bilanzierungs- und Kreditmöglichkeiten. Die Wahl der Rechtsform hat nur noch bei der Abwasserentsorgung Einfluss auf die Umsatzsteuerpflicht. Für die Versorgung mit Wasser, Gas, Elektrizität und Wärme gilt bei jeder Rechtsform die Umsatzsteuerpflicht (§ 2 Abs. 3 UStG i.V. mit § 4 Abs. 3 KStG).

#### **4.2 Steuerungsmöglichkeiten der Kommunen auf der Ebene des Energieverbrauchs**

Auf Energieverbrauch und Art der Energieversorgung kann eine Kommune inzwischen insbesondere über die Festsetzungen nach § 9 Abs. 1 Ziff. 23 Buchst. b BauGB Einfluss nehmen. Die Rechtsfragen des sog. „Marburger Modelles“ oder der „Freiburger Solarsatzung“ sind damit wohl überholt.

##### **§ 9 Abs. 1 Ziff. 23 Buchst. b BauGB**

*Festsetzung der Gebiete in denen bei der Errichtung von Gebäuden oder bestimmten sonstigen baulichen Anlagen bestimmte bauliche und sonstige technische Maßnahmen für die Erzeugung, Nutzung oder Speicherung von Strom, Wärme oder Kälte aus erneuerbaren Energien oder Kraft-Wärme-Kopplung getroffen werden müssen;*

In einem Bebauungsplan kann daher z.B. vorgegeben werden, dass bestimmte Heizungsformen unter Einsatz regenerativer Energien und/oder Kraft-Wärme-Kopplung eingesetzt werden müssen. Ebenso können Warmwasseraufbereitungen durch Sonnenkollektoren und der Einsatz von PV-Dachflächenanlagen vorgeschrieben werden. Sogar die Verpflichtung zur Errichtung sog. „Passivhäuser“, d.h. ohne externen Energiebedarf, ist denkbar.

Zwar können auch bereits bebaute Gebiete nachträglich mit entsprechenden Festsetzungen überplant werden. Da bestehende Gebäude (jedenfalls bei genehmigungskonformer Errichtung) Bestandsschutz genießen, ist die Durchsetzungskraft solcher nachträglicher Überplanungen gering.

### **4.3 Steuerungsmöglichkeiten der Kommunen auf der Ebene der Energieerzeugung**

Auf der Ebene der Energieerzeugung kann eine Gemeinde vielfach Einfluss nehmen. Sie kann z.B. selbst Kraftwerke errichten und betreiben und damit (in Konkurrenz mit anderen Stromanbietern) z.B. Strom und Fernwärme insbesondere auch aus erneuerbaren Energien anbieten.

Von besonderer praktischer Bedeutung ist die Frage, ob und wie eine Gemeinde auf die Standorte für Anlagen zur Erzeugung von Strom und Wärme aus erneuerbaren Energien Einfluss nehmen kann. Dies ist Gegenstand zahlreicher Rechtsstreitigkeiten. Dazu ein kurzer Überblick:

#### **4.3.1 Dachflächen-PV-Anlagen und Dachflächen-Sonnenkollektoren**

Auf die Errichtung von Dachflächen-PV-Anlagen und Dachflächen-Sonnenkollektoren kann die Gemeinde zum einen (positiv) über die Festsetzungen in Bebauungsplänen nach § 9 Abs. 1 Ziff. 23 Buchst. b BauGB, zum anderen (negativ) über eine Gestaltungssatzung nach Art. 81 Abs. 1 Ziff. 1 BayBO Einfluss nehmen (s.o.).

#### **4.3.2 PV-Freiflächenanlagen**

PV-Freiflächenanlagen sind nicht nach § 35 Abs. 1 BauGB privilegiert, d.h. sie sind im Außenbereich grundsätzlich nicht zulässig. Sie sind auch nach § 32 EEG nur dann „vergütungsfähig“ im Sinne des gesetzlich garantierten Stromabnahmepreises, wenn sie auf Grundlage eines Bebauungsplans errichtet werden. Die Gemeinden steuern daher über Bebauungspläne ob, wo und wie viele PV-Freiflächenanlagen sie zulassen wollen. Das erfolgt in der Praxis zweckmäßig über das Instrument des vorhabenbezogenen Bebauungsplans nach § 12 BauGB.

Umstritten ist, ob Gemeinden hierbei durch das sog. „Siedlungsanbindungsziel“ des Landesentwicklungsplans beschränkt werden. Diese Auffassung vertritt zwar nach wie vor die Oberste Baubehörde, dies ist aber abzulehnen. Von daher ist auch die Forderung nach einem kommunalen Flächen- und Standortkonzept für diese Anlagen nicht aus dem „Siedlungsanbindungsziel“ zu begründen. Gleichwohl ist ein solches Konzept sinnvoll, unterliegt doch die Standortauswahl für eine Bauleitplanung wegen § 1a BauGB richtigerweise der Alternativenprüfung. Eine Gemeinde sollte daher eigentlich begründen können, warum eine bestimmte Fläche für die Bauleitplanung gewählt wurde.

In Bayern sind – obwohl die Zahl der PV-Freiflächenanlagen im fränkischen Bereich im bundesweiten Vergleich nach wie vor am höchsten ist – bislang Standortvorgaben für PV-Freiflächenanlagen durch die Regionalplanung noch nicht erfolgt. Solches wäre aber z.B. im Wege von sog. „Vorranggebieten“ möglich. Die Neigung dazu ist aber gering, da nach bayerischer Rechtsicht eine überörtliche Bedeutung von PV-Freiflächenanlagen erst ab einer Flächengröße von 10 ha angenommen wird.

#### **4.3.3 Windkraftanlagen**

Windkraftanlagen sind nach § 35 Abs. 1 Ziff. 5 BauGB privilegiert. Sie können daher überall im Außenbereich errichtet werden, sofern keine öffentlichen Belange entgegenstehen.

Gemeinden können auf die Standorte für Windkraftanlagen durch die Bauleitplanung, insbesondere durch sog. die Darstellung sog. „Konzentrationszonen“ nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB im Flächennutzungsplan Einfluss nehmen. Das hat zur Folge, dass dann Windkraftanlagen nur noch innerhalb dieser Konzentrationszonen errichtet werden dürfen. Aus Gründen des Schutzes des Landschaftsbildes und zum Schutz der Wohnbevölkerung vor Lärmimmissionen besteht auf kommunaler Ebene in der Regel ein sehr hohes Interesse an der Standortsteuerung.

Diese Form der Standortsteuerung ist jedoch in zweifacher Hinsicht Grenzen unterworfen:

- Soweit im Regionalplan sog. „Vorranggebiete“ (ggf. mit Ausschlusswirkung im übrigen Gebiet) festgelegt sind, ist die nach § 1 Abs. 4 BauGB hieran zwingend gebunden. Eine etwaige andere Bauleitplanung ist an diese Flächenvorgaben anzupassen.
- Die Darstellung von Konzentrationszonen im Flächennutzungsplan erfordert ein schlüssiges Standortkonzept, das unter Berücksichtigung von Tabu- und Restriktionen in ord-

nungsgemäßer Abwägung zustande gekommen ist und der Windkraftnutzung in angemessenem Umfang substantiellen Raum lässt.

#### 4.3.4 Biomasse-Anlagen

Auch Biomasseanlagen sind – jedenfalls die in Bayern bislang weit überwiegend angestrebten Größenordnungen – sind nach § 35 Abs. 1 Ziff. 6 BauGB privilegiert. Eine Standortsteuerung über den Flächennutzungsplan mittels Konzentrationszonen nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ist hier jedoch schwierig, denn die Standorte müssten dann nach wie vor den räumlich-funktionalen Zusammenhang zum landwirtschaftlichen „herrschenden“ Betrieb wahren.

Die strukturellen Probleme der Biomasseanlagen liegen bislang jedoch im Schwerpunkt mehr in der Veränderung der Flächenbewirtschaftung durch den hierdurch notwendig werdenden massenhaften Maisanbau. Eine hierauf gerichtete Planung ist aber der kommunalen Bauleitplanung entzogen.

Soweit eine Gemeinde von bauleitplanerischen Steuerungsinstrumenten Gebrauch macht, unterscheidet sich die Rechtslage aber nicht prinzipiell von derjenigen bei Windkraftanlagen.

#### 4.4 Eigene wirtschaftliche Betätigung der Kommunen bei der Energieerzeugung

Über den Versorgungsbereich hinaus ist – gleich in welcher Rechtsform – Gemeinden eine wirtschaftliche Betätigung jedoch nicht nach Belieben erlaubt. Sie unterliegt vielmehr den Regelungen und Beschränkungen des Art. 87 Abs. 1 GO.

***Art. 87 Abs. 1 GO (Allgemeine Zulässigkeit von Unternehmen und Beteiligungen)***

*Die Gemeinde darf ein Unternehmen im Sinn von Art. 86 nur errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern, wenn*

- 1. ein öffentlicher Zweck das Unternehmen erfordert, insbesondere wenn die Gemeinde mit ihm gesetzliche Verpflichtungen oder ihre Aufgaben gemäß Art. 83 Abs. 1 der Verfassung und Art. 57 dieses Gesetzes erfüllen will,*

2. *das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht,*
3. *die dem Unternehmen zu übertragenden Aufgaben für die Wahrnehmung außerhalb der allgemeinen Verwaltung geeignet sind,*
4. *bei einem Tätigwerden außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge der Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann.*

Die Errichtung eigener Anlagen zur Erzeugung regenerativer Energien (insbesondere eigene Windkraft- oder PV-Freiflächenanlage), deren Strom dann (ggf. nach den Regeln des EEG) frei vermarktet oder in einem eigenen gemeindlichen Elektrizitätsversorgungsnetz vertrieben wird, ist danach grundsätzlich möglich. Ebenso ist es möglich, dass die Gemeinde privaten Dritten erlaubt, sich an solchen Anlagen zu beteiligen (wenn eine dazu geeignete Rechtsform gewählt wird (z.B. GmbH & Co. KG, wenn die Gemeinde die Stellung der Komplementär-GmbH übernimmt). Ebenso wird es als zulässig erachtet, dass dabei den Gemeindebürgern eine privilegierte Beteiligung eingeräumt wird.

## **5. Finanzierung der Umsetzung kommunaler Energiekonzepte**

Die Bayer. Staatsregierung strebt finanzielle Förderprogramme für Kommunen bei Ausarbeitung und Umsetzung kommunaler Energiekonzepte an mit dem Ziel, die sog. „Energie- wende“ auf kommunaler Ebene zu beschleunigen und die „energieautarke“ Kommune zu erreichen.<sup>1</sup>

Ob eine Gemeinde auch eigene finanzielle Fördermaßnahmen für Private ergreifen darf, ist fraglich. Grundsätzlich ist einer Kommune die freie Subventionierung privater Tätigkeiten schon haushaltsrechtlich nicht erlaubt. Im Bereich kommunaler Versorgungsanlagen unterliegt sie dem Kommunalabgabenrecht und damit der Pflicht zur Kostendeckung und der Verhältnismäßigkeit.

## **6. Ausarbeitung kommunaler Energiekonzepte und Ergebnis**

Kommunen sind bei der Ausarbeitung eines kommunalen Energiekonzeptes sehr frei.

- Wenn Sie sich lediglich auf Vorgaben für die Nutzung eigener Immobilien beschränken und (über eine Vorbildfunktion) im Übrigen nur eine Beratung und Empfehlung an die Gemeindeglieder abgeben, ergeben sich weder rechtliche Grenzen noch Beschränkungen.
- Die Gemeinden können die Bürger über die Möglichkeiten des Energiesparens und des Einsatzes erneuerbarer Energien sowie etwaige finanzielle Förderungen aufklären und beraten.
- Will die Gemeinde sich selbst wirtschaftlich als Versorger oder Erzeuger von Energie betätigen, so handelt sie in einem vor allem durch das Energiewirtschaftsgesetz und das Kommunalrecht vorgegeben Rahmen.
- Soweit die Gemeinde ihre Bürger zur Nutzung erneuerbarer Energien verpflichten will, hat sie hierzu jedenfalls über die Bauleitplanung Steuerungsmöglichkeiten.
- Will die Gemeinde Umfang und Standorte für Anlagen der Erneuerbare Energien steuern, steht ihr hierzu ebenfalls die Instrumente der Bauleitplanung zur Verfügung. Aufgrund der teilweise schwierigen rechtlichen Rahmenbedingungen bedarf dies aber einer sehr sorgfältigen planerischen und verfahrensrechtlichen Vorgehensweise.
- Kommunale Energiekonzepte können für die konkretisierende Bauleitplanung inhaltliche Vorentscheidungen treffen. Das setzt aber voraus, dass diese Konzepte jedenfalls auch auf eine städtebauliche Steuerung abzielen und insoweit Ergebnis einer umfassenden und ordnungsgemäßen Abwägung sind (vgl. § 1 Abs. 6 Ziff. 11 BauGB). Genügt ein kommunales Energiekonzept dieser Anforderung nicht, ist von einer einfachen „Umsetzung“ in der Bauleitplanung abzuraten. Dann sind die mit der Bauleitplanung verfolgten Ziele der „Energiebewirtschaftung“ jeweils selbständig zu erarbeiten.

Würzburg, 25.05.2012

---

<sup>1</sup> [http://www.klimaktiv.de/article271\\_13294.html](http://www.klimaktiv.de/article271_13294.html)