

21. Windenergietage

Die kommunale Beteiligung an Windenergieprojekten: Voraussetzungen und Gestaltungsoptionen

Bad Saarow, 14. November 2012

**Kanzlei Müller-Wrede & Partner
Leibnizstraße 53, 10629 Berlin**

Thema / Fragestellungen

- Eine Gemeinde beabsichtigt, unmittelbar oder mittelbar (über eine von ihr gehaltene Gesellschaft, z.B. Stadtwerk) einen Windpark zu erwerben bzw. sich hieran zu beteiligen

- Fragestellungen:
 - Ist der Erwerb / die Beteiligung grundsätzlich zulässig?
 - Welche Voraussetzungen müssen erfüllt werden?
 - Was ist aus zeitlicher Sicht zu beachten?

Eingeschränkte Zulässigkeit der kommunalwirtschaftlichen Betätigung

- Gemeinden ist eine wirtschaftliche Betätigung nur eingeschränkt erlaubt
- Begründung:
 - Schutz der Privatwirtschaft („Privat vor Staat“)
 - (weitgehende) Beschränkung des staatlichen Handelns auf Kernaufgaben
- Schranken ergeben sich im Wesentlichen aus den **Gemeindeordnungen** der einzelnen Bundesländer in unterschiedlicher Intensität
- Einschränkungen gelten auch für mittelbare Beteiligungen der Gemeinde, zum Teil jedoch abhängig von Beteiligungsquote

Voraussetzungen der kommunalen Beteiligung

- „Schrankentrias“
- Örtlichkeitsprinzip und Sonderregelungen für wirtschaftliche Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets
- Sonstige Voraussetzungen
- Prüfung der Vorgabenerfüllung durch die Kommunalaufsicht

„Schrankentrias“: Öffentlicher Zweck

- Jede gemeinwohlorientierte, im öffentlichen Interesse der Einwohner liegende Zielsetzung, mithin die Wahrnehmung einer sozial-, gemeinwohl- und damit einwohnernützigen Aufgabe
- Reine Gewinnerzielungsabsicht genügt nicht
 - Grundsatz: die Gemeinde finanziert sich aus Abgaben und nicht durch die Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb
- Auch übergeordnete Intentionen des öffentlichen Wohls (z.B. umweltpolitischer Natur) können den öffentlichen Zweck rechtfertigen
- Nach den Gemeindeordnungen der Bundesländer Sachsen-Anhalt, Mecklenburg-Vorpommern und NRW dient die Betätigung im Bereich der Stromversorgung bereits qua Gesetz einem öffentlichen Zweck; vgl. auch § 2 Abs. 2 BbgKVerf: Stromversorgung Aufgabe der örtlichen Gemeinschaft

„Schrankentrias“: Angemessenes Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde (und zum voraussichtlichen Bedarf)

- Schutz der Gemeinde vor Aktivitäten, die ihre Verwaltungs- und/oder Finanzkraft überfordern
- Problematisch insbesondere bei Gemeinden, die gezwungen sind, ein Haushaltssicherungskonzept aufzustellen
- Konkrete Bestimmung der finanziellen Verpflichtungen; Absicherung gegen Nachschusspflichten
- Wirtschaftliche Betätigung muss darüber hinaus im angemessenen Verhältnis zum voraussichtlichen Bedarf stehen (nicht erforderlich in NRW)

„Schrankentrias“: Subsidiarität

- Grundsatz des Vorranges der privaten Leistungserbringung
- Je nach Gemeindeordnung entweder echte oder unechte Subsidiarität
 - **Echte Subsidiarität:** Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde nur dann, wenn der Zweck nicht **ebenso gut** durch einen Privaten erfüllt werden kann
 - **Unechte Subsidiarität:** Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde dann, wenn der Zweck nicht **besser** durch einen Privaten erfüllt werden kann
- Die ganz überwiegende Anzahl der Gemeindeordnungen enthält mittlerweile eine „**unechte**“ Subsidiaritätsklausel (Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, NRW, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein)
und / oder
- **Ausnahmen** vom Subsidiaritätsgrundsatz im Bereich der **Energieversorgung** (Mecklenburg-Vorpommern, NRW, Sachsen-Anhalt, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz; allgemeiner in Baden-Württemberg, Bayern und Thüringen: Anwendung der Subsidiaritätsklausel nur außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge)

Sonderregelung gemäß § 121 der Hessischen Gemeindeordnung

- Keine Subsidiarität im Bereich der Erneuerbaren Energien, aber **Bürgerbeteiligung** grundsätzlich erforderlich!

„Abweichend von Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 [Subsidiarität] dürfen Gemeinden sich ausschließlich auf dem Gebiet der Erzeugung, Speicherung und Einspeisung erneuerbarer Energien [...] wirtschaftlich betätigen, wenn die Betätigung innerhalb des Gemeindegebietes oder im regionalen Umfeld in den Formen interkommunaler Zusammenarbeit und unter Beteiligung privater Dritter erfolgt. Die Beteiligung der Gemeinden soll dabei einen Anteil von 50 % nicht übersteigen. Die wirtschaftliche Beteiligung der Einwohner soll ermöglicht werden. Ist trotz einer Markterkundung die geforderte Beteiligung privater Dritter und Einwohner nicht zu erreichen, kann die Gemeinde ihren Anteil an der neuen Gesellschaft entsprechend steigern.“

Örtlichkeitsprinzip und Sonderregelungen für wirtschaftliche Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets

- Grundsatz: Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde begrenzt auf das Gemeindegebiet
- Begründung: Territorialprinzip gemäß Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG
- Gemeindeordnungen sehen jedoch regelmäßig Sonderregelungen für überörtliche Betätigung vor
 - Üblicherweise sind die Interessen der betroffenen Gemeinde zu wahren
- Vgl. jedoch z.B. Sonderregelung in § 91 Abs. 4 Nr. 1 BbgKVerf: Versorgung mit Elektrizität vom Örtlichkeitsprinzip ausgenommen!

Sonstige Voraussetzungen

➤ **Rechtsformwahl**

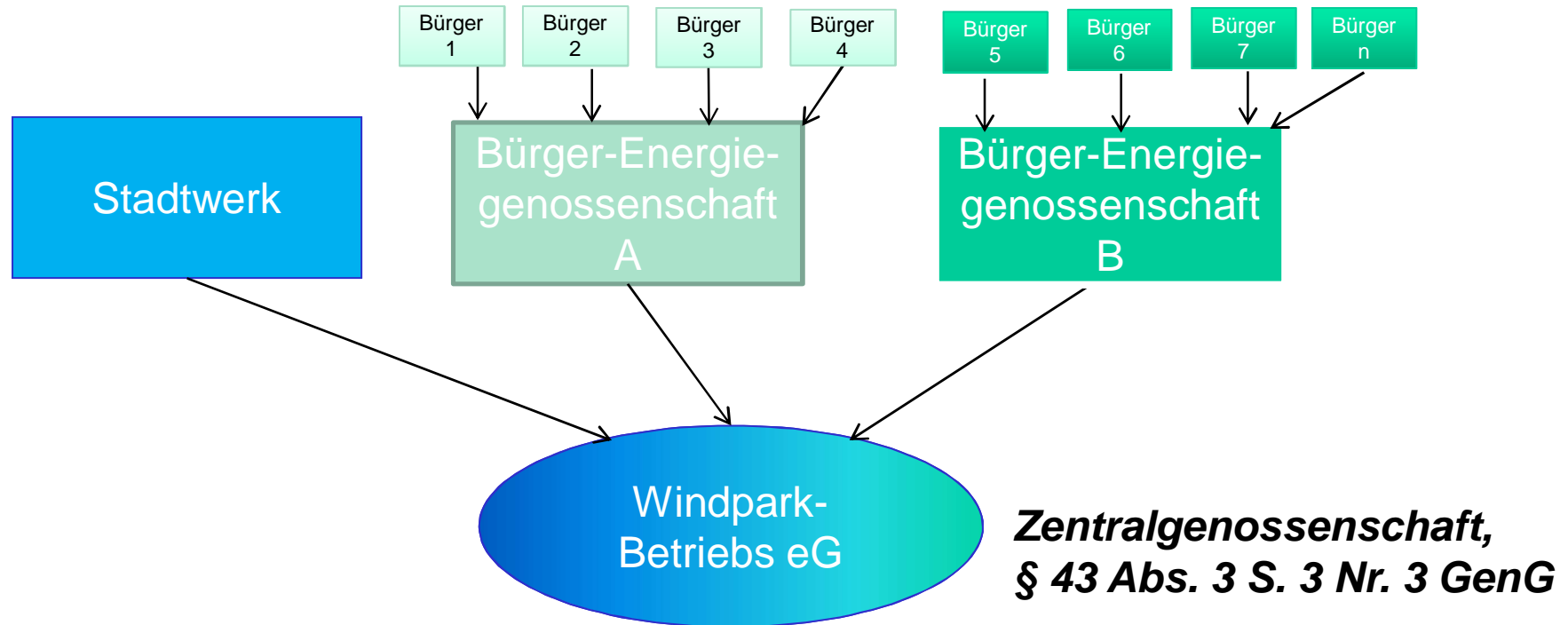
- Nur Rechtsformen zulässig, die die Haftung der Gemeinde auf einen bestimmten Betrag begrenzen (also z.B. GmbH, KG, Genossenschaft bei Ausschluss der Nachschusspflicht gemäß § 105 GenG, nicht aber GbR oder OHG)
- Aktiengesellschaft z.T. nur subsidiär zulässig

➤ Z.T. Einholung einer Marktanalyse und/oder Stellungnahme der örtlichen IHK / Handwerkskammer erforderlich

➤ **Anforderungen** der Gemeindeordnungen **an den Gesellschaftsvertrag** von privaten Unternehmens mit kommunaler Beteiligung (bei Mehrheitsbeteiligungen verpflichtend), z.B.

- Bildung eines Aufsichtsrates und Entsendungsrecht
- Sicherstellung eines **angemessenen Einflusses** der Gemeinde
- Prüfungsrechte für Rechnungsprüfungsbehörde

Zulässigkeit von Bürger-Energiegenossenschaften mit Beteiligung der Gemeinde?



Vorteil: Bei entsprechender Satzungsregelung stehen den Mitgliedern Stimmrechte in Höhe ihrer jeweiligen Beteiligungshöhe zu. Hierdurch wird der kommunalen Beteiligungsgesellschaft (Stadtwerk) die Abbildung eines „angemessenen Einflusses“ ermöglicht.

Beteiligung des Gemeinderates und der Kommunalaufsicht

- Vor Beteiligung der Gemeinde ist ein Ratsbeschluss erforderlich
- Zudem: Anzeige der Entscheidung der Gemeinde (= Ratsbeschluss) bei der zuständigen Kommunalaufsicht
 - Prüfungszeitraum der Kommunalaufsicht je nach Gemeindeordnung unterschiedlich (überwiegend: 6 Wochen)

Zusammenfassung / Empfehlung

- Vorgaben der einschlägigen Gemeindeordnung sind vorab zu prüfen
- Frühzeitige und laufende Abstimmung mit der Kommunalaufsicht zu empfehlen
- Vorgaben an den Gesellschaftsvertrag (insbesondere bei der Begründung von Joint Ventures) sind zu berücksichtigen
- Ratsbeschluss und Freigabe durch die Kommunalaufsicht sind im Zeitplan zu berücksichtigen
- Kein Vollzug des Beteiligungserwerbs vor Freigabe

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

**Haben Sie Fragen? Sprechen Sie mich auch
gerne nach dem Vortrag an!**

RA Dominik Hanus

hanus@mwp-berlin.de