

Kommunale Bürgerwindparks

Chancen und Risiken
aus rechtlicher Sicht



Dr. Sebastian Helmes

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht

24. Windenergietage 2015 | SPREEWIND GmbH | 11.11.2015 | Van der Valk Resort Linstow



Sterr-Kölln & Partner

- **Interdisziplinär:** Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Unternehmensberater (ca. 30 Berufsträger)
- **Überörtlich:** Berlin, Freiburg i.B., Paris
- **Spezialisiert:** Seit rund 20 Jahren mit Schwerpunkt auf den Erneuerbaren Energien.



Dr. Sebastian Helmes

- Rechtsanwalt (seit 2007) und Fachanwalt für Verwaltungsrecht (seit 2010)
- Leiter des Bereichs Öffentliches Recht (seit 2014)
- Standort Berlin
- Zuvor: sieben Jahre in einer auf Energie- und Umweltrecht spezialisierten Kanzlei (Counsel) und in der Rechtsabteilung eines Übertragungsnetzbetreibers
- Schwerpunkt in der Anlagenzulassung, u.a. Windenergie und Netzausbau
- umfassende Erfahrung bei der Durchführung komplexer Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsverfahren

EINFÜHRUNG – GUTE GRÜNDE FÜR KOMMUNALE WINDPARKS



Akzeptanzsteigerung

- Problem: Örtlicher Widerstand gegen Windenergieprojekte („NIMBY“)
- Lösung: Akzeptanzsteigerung durch
 - Kommunale Trägerschaft
 - Bürgerbeteiligung („natürlicher Partner“ sind die Kommunen)

Kommunale Wertschöpfung

- Finanzielle Beteiligung sorgt für „Gerechtigkeit“
- Beeinträchtigung und Nutzen kommen denselben Personen zugute

BAULEITPLANUNG (1)

– FESTSETZUNG



Ist die Ausweisung eines „**kommunalen** Bürgerwindparks“ in der kommunalen Bauleitplanung möglich?

- Frage 1: Festsetzung im **Flächennutzungsplan**?
 - Nur möglich, wenn es eine zulässige Ausweisung im Bebauungsplan wäre
- Frage 2: Festsetzung im **Bebauungsplan**?
 - Festsetzung nicht möglich, weil Festsetzungen abschließend geregelt, § 9 Abs. 1 BauGB.
- Frage 3: Festsetzung im **vorhabenbezogenen** Bebauungsplan?
 - Zwar größere Freiheiten als beim normalen Bebauungsplan („Festsetzungserfindungsrecht“)
 - Aber: nur städtebauliche Festsetzungen möglich

BAULEITPLANUNG (2)

– BODENRECHTLICHE RELEVANZ



- Festsetzung eines kommunalen Windparks fehlt die „bodenrechtliche Relevanz“ (OVG Schleswig, Urt. v. 04.04.2013 – 1 LB 7/12)
- Aus bodenrechtlicher Sicht irrelevant, wer wirtschaftlich Berechtigter der Windenergieanlagen ist.
- Zudem: Fall der gemeindlichen „Selbstbegünstigung“
 - Hat ein zusätzliches „Geschmäckle“
 - Aber auch planungsrechtlich relevant, weil Verfolgung ausschließlich fiskalischer Interessen die „Erforderlichkeit“ der Bauleitplanung entfallen lässt

BAULEITPLANUNG (3)

– STÄDTEBAULICHE VERTRÄGE



- Ausweg: Vertragliche Regelung?
- Vorschlag: städtebauliche Verträge?
- Kritik: bei fehlender „bodenrechtlicher Relevanz“ wäre städtebaulicher Vertrag unzulässig
- Analogie zu „Einheimischen-Modellen“?

BAULEITPLANUNG (4)

– FAZIT



- Bauleitplanung/Städtebaurecht ist das falsche Instrument, um **kommunale** Bürgerwindparks durchzusetzen
- Vertragliche Regelungen vorzuziehen
- Keine städtebaulichen Verträge
- Übertragbarkeit der „Einheimischen-Modelle“ noch offen



Kommunale EE-Projekte in der Rechtsprechung

- OVG Schleswig (Urt. v. 11.07.2013 – 2 LB 32/12):
Gemeindlicher Windpark **unzulässig**
- OVG Magdeburg (Urt. v. 07.05.2015 – 4 L 163/14):
PV-Freiflächenanlage eines Landkreises **unzulässig**

...jeweils Anlagen, die Strom in das überörtliche Netz einspeisen und nach EEG vergütet werden



Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden ist nur begrenzt möglich.

Betätigung muss der „**Schrankentrias**“ genügen:

- **Öffentlicher Zweck**
- **Angemessenheit**
- **Subsidiarität**



„Schrankentrias“

- **Öffentlicher Zweck**
 - „jeder Gemeinwohlbelang, der im Aufgabenbereich der Gemeinde liegt“
- **Angemessenheit**
 - Tätigkeit muss „im angemessenen Verhältnis zur gemeindlichen Leistungsfähigkeit und zum innergemeindlichen Bedarf“ stehen
- **Subsidiarität**
 - Tätigkeit ist unzulässig, wenn Privater die Aufgabe ebenso gut (qualifizierte Subsidiarität) oder besser (einfache Subsidiarität) erbringen kann



Laut OVG Schleswig und OVG Magdeburg fehlt es bereits am öffentlichen Zweck

- Arg.: Aufgabenbereich der Gemeinde auf die örtliche Bevölkerung begrenzt
- Strom, der ins Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist und nach EEG vergütet wird, kommt nicht der örtlichen Bevölkerung zugute



Argumentation der Rechtsprechung **angreifbar**

- weil „schematische“ Übertragung tradierter Maßstäbe auf die Stromerzeugung
- Unklar, wie Örtlichkeitsbezug überhaupt hergestellt werden kann:
 - Physikalische Belieferung erforderlich?
Nur bei isolierten Netzstrukturen möglich (Unterschied zu Wärme- und Trinkwasser)
 - Bilanzielle Belieferung („kommunaler Bürgerstrom“) als Ausweg?
 - Geltung auch für Stadtwerke?
Wird teilweise Wegen „Grundversorgerstatus“ verneint, zweifelhaft

GEMEINDEWIRTSCHAFTSRECHT (5)

- UNTERSCHIEDE IN DEN BUNDESLÄNDERN



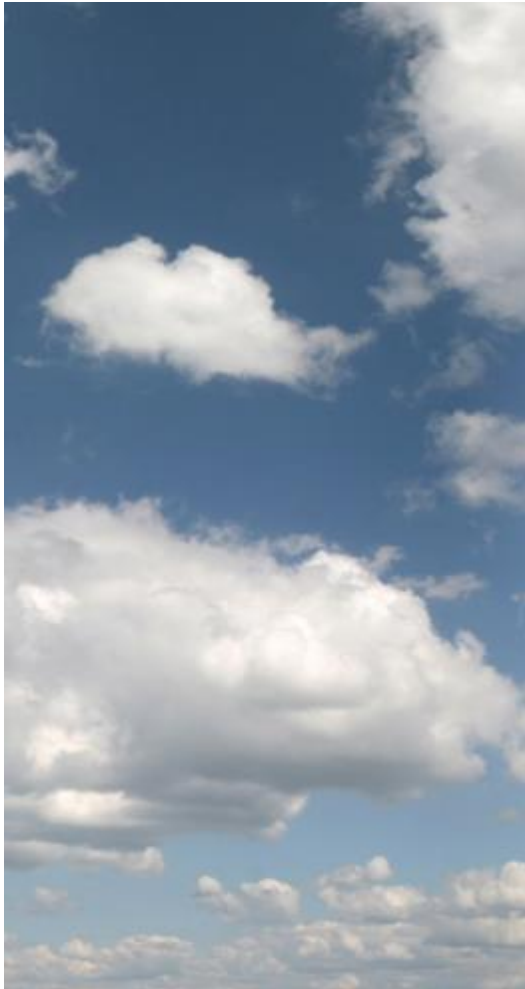
Unterschiedliche (**Sonder-**)Regelungen für EE-Anlagen:

- Fiktion eines **öffentlichen Zwecks**
 - z.B. 107a Abs. 1 GO NRW; § 128 Abs. 2 KVG LSA
 - Problem: keine ausdrückliche Befreiung vom Örtlichkeitsgebot (so i.E. OVG Magdeburg)
- Befreiung von der **Subsidiaritätsklausel**
 - Z.B. § 121 Abs. 1a HGO; § 87 Abs. 1 GO RP
 - Problem: hilft nicht über das Örtlichkeitsgebot hinweg

Außerdem: Stark divergierende **Entscheidungspraxis** der Kommunalaufsicht!



- Wird Kommune zum öffentlichen Auftraggeber?
- Grundsätzlich ja, wenn sie die Anlage selbst errichtet (Bauleistung)
- Schwellenwert für europaweite Ausschreibung regelmäßig überschritten
- „Kommanditisten-Modell“ als Ausweg?
 - 1. Schritt: Verpachtung kommunaler Flächen an Investor zum Marktpreis (ohne Bauverpflichtung o.ä.)
 - nicht ausschreibungspflichtig
 - 2. Schritt: Kommune erwirbt Kommanditistenanteile der (inzwischen gegründeten) Betriebsgesellschaft
 - nicht ausschreibungspflichtig



- Bauleitplanung ist das falsche Instrument, um **kommunale** Windparks zu ermöglichen
- Vertragliche Gestaltung – analog „Einheimischen-Modellen“ – noch offen
- Gemeindewirtschaftsrecht: nach der Rechtsprechung problematisch bei Einspeisung in das allgemeine Netz und EEG-Tarifen (je nach Bundesland)
- Vergaberechtlich grundsätzlich ausschreibungspflichtig (je nach Ausgestaltung)



BERLIN

An der Kieler Brücke 25
10115 Berlin
Tel. +49 30 28876180
Fax +49 30 288761890
kontakt@sterr-koelln.com

FREIBURG

Emmy-Noether-Str. 2
79110 Freiburg
Tel. +49 761 490540
Fax +49 761 493468
kontakt@sterr-koelln.com

PARIS

8 rue de Hanovre
75008 Paris
Tél. +33 1 53534670
Fax +33 1 53534689
contact@sterr-koelln.com

| RECHTSANWÄLTE
| WIRTSCHAFTSPRÜFER
| STEUERBERATER