

**GUTACHTERLICHE ÄUßERUNG
RECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN FÜR EINE
ENERGIEVERSORGUNG AUF DER BASIS ERNEUERBARER
ENERGIEN IN KOMMUNALER VERANTWORTUNG**

im Auftrag von

Mehr Demokratie e.V.

Haus der Demokratie und Menschenrechte, Greifswalder Straße 4, 10405 Berlin

erstellt durch

Rechtsanwalt Fabio Longo

Rechtsanwalt Dr. Martin Altmann

von

BBH
Becker Büttner Held

Rechtsanwälte · Wirtschaftsprüfer · Steuerberater

Köpenicker Str. 9, 10997 Berlin

Tel. 030 / 611 28 40-0

Fax 030 / 611 28 40-99

E-mail: berlin@bbh-online.de

www.bbh-online.de

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	4
1. Konzept für eigenständige Energieversorgung der Städte und Gemeinden	4
2. Handlungsinstrumente der Kommunen	5
3. Ausbau der Eigenenergieerzeugung durch Stadt und Stadtwerke	6
4. Dezentrale Netzsteuerung durch Stadtwerke	7
B. Grundlagen der (örtlichen) Energieversorgung	7
I. Energiewirtschaft	7
1. Stromerzeugung	8
2. Energienetzbetrieb	8
a. Übertragungsnetze	8
b. Lokale Verteilnetze	8
c. Netzentgelte	9
d. Rahmenbedingungen für Stromnetze	9
3. Energiehandel / Endkundenversorgung	10
II. Netzbetrieb auf der Basis von Konzessionsverträgen	10
III. Örtliche Energieversorgung als kommunale Aufgabe	10
1. Zulässigkeit kommunaler wirtschaftlicher Betätigung im Energiebereich ¹²	
2. Vereinbarkeit kommunaler Energieversorgung mit dem Gemeindefirtschaftsrecht	13
3. Energiewirtschaftliche Regelungen	13
4. Unternehmensformen der kommunalen Wirtschaftstätigkeit	14
IV. Wertschöpfungspotenziale	16
1. Kommunalwirtschaftliche Vorteile einer eigenständigen Energieversorgung	16
2. Lokal wirksame Wertschöpfung durch Energieversorgung auf Basis erneuerbarer Energien	17
3. Nachhaltige Eigenerzeugung als Chance für Stadtwerke	18
C. Re-Kommunalisierung der Energieversorgung	19
I. Zur Rolle konzernangehöriger Regionalversorger	19
II. Übernahme der Energienetze in eigenen Stadtwerken	19
1. Die Auswahlkompetenz der Gemeinden	20
2. Umfang und Grenzen der Auswahlkompetenz	20
a. Beschränkung auf Verteilnetz und Eigentumserwerb am Netz	20
b. Sicherung des Auswahlverfahrens	21
c. Europarechtliche Vorgaben für das Auswahlrecht	22
3. Endschaftsklausel der Konzessionsverträge	22
a. Gesetzliche Regelung zur Bestimmung des Kaufpreises	22
4. Ablauf einer Netzübernahme	24
5. Modelle und Kooperationen zur Umsetzung von Netzübernahmen	26
a. Modell 1 „eigenständige Netzübernahme“	26
b. Modell 2 „Stadtwerke GmbH mit Partnerbeteiligung“	27
c. Modell 3 „Beteiligung Stadt an drittem Energieversorger“	27
6. Übergang der Versorgungsverhältnisse	28
III. Musterantrag Re-Kommunalisierung	28
D. Umgang mit bestehenden Stadtwerken	30
I. Ausbau erneuerbarer Energien	30

II. Einflussnahme auf Unternehmenspolitik	31
1. Eigenbetrieb	31
2. GmbH in 100%-igem kommunalen Eigentum	32
3. Kommunale Anteile an einem Stadtwerk	32
III. Verhinderung von Privatisierungen	32
E. Kommunales Konzept für Klimaschutz und Ausbau erneuerbarer Energien	33
I. Leitbild- und Grundsatzbeschlüsse	33
II. Solare Baupflichten	33
1. Einleitung	33
a. Solare Baupflichten im Überblick	33
b. Öffentliche Akzeptanz von solaren Baupflichten	34
c. Instrumente des öffentlichen Baurechts zur Einführung von solaren Baupflichten	34
aa. Rechtsgrundlagen im Baugesetzbuch (BauGB)	35
bb. Rechtsgrundlagen im Landesrecht	36
2. Solare Baupflicht nach § 9 Abs. 1 Nr. 23b BauGB	36
a. Zulässige städtebauliche Zielsetzung des Klima- und Ressourcenschutzes für die Nutzung erneuerbarer Energien	36
aa. Altes BauGB vor 2004	37
bb. Neues BauGB 2004	37
b. Rechtsgrundlage für eine solare Baupflicht	39
3. Solare Baupflicht nach § 81 Abs. 2 HBO	41
a. Rechtsgrundlagen des Bauordnungsrechts im Überblick	41
b. § 81 Abs. 2 HBO als Rechtsgrundlage für eine Solarsatzung	41
aa. Solaranlage als „bestimmte Heizungsart“	42
bb. Als „rationelle Verwendung von Energie“	42
cc. „Aus Gründen des Wohls der Allgemeinheit nach den örtlichen Verhältnissen geboten“	44
dd. Geltung für den Gebäudebestand	46
c. Besonderheiten des § 85 Abs. 2 SaarBO	47
III. Ausbau der Fern- bzw. Nahwärmeversorgung durch Anschluss- und Benutzungsregelungen	48
1. Überblick	49
2. Unterschiedliche Rechtsgrundlagen in den Ländern	50
3. Reichweite der Rechtsgrundlagen	51
4. Bewertung der Tragfähigkeit der Rechtsgrundlagen	53

Dieses Gutachten wurde auf der Grundlage des zwischen dem Auftraggeber und BBH bestehenden Mandatsvertrages erstellt. Es ist *ausschließlich* für den internen Gebrauch des Auftraggebers bestimmt. Eine Weitergabe des Gutachtens an Dritte oder eine – auch auszugsweise – Veröffentlichung, bedarf der vorherigen, schriftlichen Zustimmung von BBH. Für den Fall der Weitergabe wird darauf hingewiesen, dass die Haftungsbeschränkung des Mandatsvertrages auch gegenüber jedem Dritten gilt, dem das Gutachten zugänglich gemacht wird, und dass § 334 BGB anwendbar ist.

A. Einführung

1. Konzept für eigenständige Energieversorgung der Städte und Gemeinden

Dieses Gutachten berücksichtigt die wesentlichen Rechtsinstrumente zur Umsetzung eines Konzepts für die Verwirklichung einer eigenständigen Energieversorgung der Städte und Gemeinden auf der Basis erneuerbarer Energien. Folgende Handlungsschritte, für die dieses Gutachten die übergeordneten landes-, bundes- und europarechtlichen Rahmenbedingungen in Grundzügen erläutert, können von der Kommunalpolitik gegangen werden:

- **Re-Kommunalisierung** der örtlichen Energieversorgung durch **Übernahme der Strom- und Gasverteilnetze** in eigenen Stadtwerken bzw. in Kooperation mit einem anderen Energieversorgungsunternehmen (EVU) und mittelfristig die dezentrale Ausrichtung und Steuerung des Netzbetriebs,
- **Investitionen** in eigene Anlagen erneuerbarer Energien und Kraft-Wärme-Kopplung durch die Stadtwerke,
- im **Altbaubereich** die Ausweitung der effizienten Fernwärmeversorgung durch eine Erweiterung der Netze und einen Ausbau der Kraft-Wärme-Kopplungskapazitäten in neuen Blockheizkraftwerken (BHKW) der Stadtwerke und
- im **Neubaubereich** der verbindliche Einsatz erneuerbarer Energien und die Reduzierung des Energiebedarfs.

Durch die Umsetzung dieses Konzepts können die Städte und Gemeinden die Rahmenbedingungen schaffen, um bis zum Jahr 2020 mit erneuerbaren Energien ergänzt durch Anlagen der Kraft-Wärme-Kopplung die regionale Erzeugung der vor Ort benötigten Energie vollständig zu erreichen.

Wenn viele Städte und Gemeinden dieses Konzept ganz oder in Teilen umsetzen würden könnte so ein wichtiger Beitrag für eine zugleich dezentrale und Ressourcen schonende Energieerzeugung erreicht werden. Lokal erzeugte Energie aus erneuerbaren Energien – möglichst in Kraft-Wärme-Kopplung – könnte Schritt für Schritt Strom aus entfernt liegenden fossilen Großkraftwerken ersetzen. Dies hätte den Vorteil, dass die in zentralen Großkraftwerken regelmäßig ungenutzt verpuffende Abwärme der Stromerzeugung zur Gebäudeheizung oder sonst sinnvoll eingesetzt

werden könnte. Zugleich könnte so die bislang in den meisten deutschen Städten vorherrschende Wärmeerzeugung in kleinen Gas- oder Ölfeuerungsanlagen ersetzt werden.

2. Handlungsinstrumente der Kommunen

Die Städte und Gemeinden verfügen in ihren vielfältigen Tätigkeitsbereichen über verschiedene kommunalwirtschaftliche und rechtliche Instrumente, die sie für den Aufbau einer eigenständigen dezentralen Energieversorgung einsetzen können.

Der Spielraum für einen kommunalen **Instrumenten-Mix**, und damit für das wirksame Ineinandergreifen der einzelnen Instrumente, reicht von der wirtschaftlichen Betätigung im Energiemarkt durch Gründung eines kommunalen Energieversorgungsunternehmens über die Nutzung finanziell wirksamer Anreize bis hin zum Ordnungs- und Planungsrecht:

- **Re-Kommunalisierung:** Wegen des in der Verfassung verankerten Rechts zur kommunalen Aufgabenwahrnehmung der örtlichen Energieversorgung und der Zulässigkeit kommunaler Energieversorgung nach Gemeindefirtschaftsrecht haben Stadtwerke ein Recht, die Strom- und Gasverteilnetze in eigenen Stadtwerken bzw. in Kooperation mit einem anderen Energieversorgungsunternehmen (EVU) zu betreiben.
- **Investitionen:** Nutzung der gesetzlich gesicherten Anreize des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG) für neue EEG-Anlagen der Stadtwerke und des Kraft-Wärme-Kopplungs-Gesetzes (KWKG) für neue BHKW der Stadtwerke.
- **Altbaubereich:** Regelungen für den Anschluss an und die Benutzung von Nah- und Fernwärme aus neuen BHKW der Stadtwerke nach Gemeindeordnungen der Länder.
- **Neubaubereich:** Bebauungspläne, städtebauliche Verträge und örtliche Bauvorschriften für den verbindlichen Einsatz erneuerbarer Energien und die Reduzierung des Energiebedarfs nach dem Baugesetzbuch (BauGB) bzw. der Hessischen/Saarländischen Bauordnung (HBO).

Dieses Rechtsgutachten behandelt die kommunalen Kompetenzen zur Einwirkung auf die örtliche Energieversorgung. Inwieweit die Bürgerinnen und Bürger in den örtlichen Gemeinschaften durch Instrumente der direkten Demokratie diese Kompetenzen wahrnehmen können, ist nicht Gegenstand dieses Gutachtens.

3. Ausbau der Eigenenergieerzeugung durch Stadt und Stadtwerke

Der Vorteil eines eigenen Stadtwerks für den gezielten Ausbau der Eigenenergieerzeugung durch erneuerbare Energien und Kraft-Wärme-Kopplung wird besonders am Beispiel des effizienten Einsatzes von Biogas als Energieträger für Strom und Wärme in der Stadt deutlich. Gleiches könnte auch anhand der Planung und des Baus der investitionsintensiven Geothermiekraftwerken gesagt werden (Beispiel: Geothermiekraftwerk der Stadtwerke Landau). Anhand der **Biogaseinspeisung** soll **beispielhaft** die Möglichkeit des **wirksamen Ineinandergreifens der kommunalen Instrumente** aus wirtschaftlicher Betätigung, Nutzung von Anreizinstrumenten und Ordnungsrecht verdeutlicht werden. Von der Entscheidung, der Umsetzung des Projekts bis zum Management der Erzeugung und Verteilung ist eine Kommune vor allem auf kompetente Stadtwerke angewiesen. Dieses Beispiel soll auch zeigen, dass schon heute Konzepte der dezentralen Kraft-Wärme-Kopplung mit erneuerbaren Energieträgern kombiniert werden können:

- Stadtwerke kooperieren mit örtlichen Landwirten bzw. mit der Abfallentsorgung des Landkreises Kassel bzw. der Städte mit der Zuständigkeit für Abfall, um nachwachsende Rohstoffe (Nawaro) bzw. organische Abfälle zur Biogasgewinnung zu beschaffen.
- Stadtwerke betreiben die Biogasanlage sowie die Anlage zur Aufbereitung und Einspeisung des Biogases.
- Stadtwerke betreiben das örtliche Gasnetz, in das Biogas eingespeist wird, oder organisieren das Management der Durchleitung des Biogases durch das fremde Netz eines anderen Gasnetzbetreibers von der Biogasanlage bis zum BHKW in der Stadt.
- Stadtwerke betreiben ein wegen des Einsatzes von Biogas durch das EEG besonders gefördertes BHKW in Kraft-Wärme-Kopplung, z.B. in einer Altbausiedlung, um die dortigen Bürger verbrauchernah mit Strom und Nah- bzw. Fernwärme versorgen zu können.
- Stadtwerke bauen und betreiben ein neues Nah- bzw. Fernwärmenetz, an das die Häuser von Altbausiedlungen angeschlossen werden.
- Stadt organisiert durch Anschluss- und Benutzungsregelungen in der entsprechenden Altbausiedlung die Möglichkeit des wirtschaftlichen Betriebs der Fernwärmeversorgung.

Die Wirtschaftlichkeit neuer Biogasanlagen muss auch unter Berücksichtigung der im Gesetzgebungsverfahren befindlichen Novelle des EEG im Einzelfall genau geprüft werden muss. Ergänzend oder als Alternative zu Anlagen, die mit nachwachsenden Rohstoffen beschickt werden, kommen mit Bioabfällen beschickte Biogasanlagen in Betracht. Hier bieten sich Kooperationen der Städte und Gemeinden mit den Kreisen an, da diese als Träger der Abfallentsorgung über die Bioabfälle verfügen (in kreisfreien Städten liegt die Zuständigkeit für die Abfallentsorgung bei den Städten selbst).

4. Dezentrale Netzsteuerung durch Stadtwerke

Der Wert eines eigenständigen Stadtwerks liegt für die Städte und Gemeinden insbesondere darin begründet, dass sie nur mit diesem Einfluss auf die Umgestaltung der Verteilnetze hin zu einer dezentralen Energieversorgung nehmen können. Mit der Übernahme des Stromnetzbetriebs und der Gründung von Stadtwerken könnten die Städte und Gemeinden in eigener Verantwortung **beispielhafte Projekte zur Eigenversorgung ganzer Stadtteile mit Elektrizität** entwickeln, z. B. in Kooperation mit dem Institut für Solare Energieversorgungstechnik (ISET).

Heutige Verteilnetze sind fast ausschließlich auf den Strombezug von außen hin optimiert worden, weil weder die Regionaltöchter der großen Energiekonzerne noch die Mehrzahl der Stadtwerke eine nennenswerte dezentrale Energieproduktion aufgebaut haben. Die großen Energiekonzerne E.ON, RWE, Vattenfall und EnBW sind aus nachvollziehbaren betriebswirtschaftlichen Gründen auch nicht an einer dezentralen Energieproduktion interessiert, da sie die Auslastung ihrer zentralen Großkraftwerke (insbesondere Kohle und Kernkraft) behindern würde.

B. Grundlagen der (örtlichen) Energieversorgung

I. Energiewirtschaft

Zur Einführung soll ein kurzer Überblick über die aktuelle Entwicklung der Energiewirtschaft und des Energiewirtschaftsrechts, insbesondere im Bereich der Stromversorgung, gegeben werden.

Spätestens seit dem Energiewirtschaftsgesetz vom 13. Juli 2005 sind auch energierechtlich drei Bereiche zu trennen:

- Stromerzeugung,
- Energienetzbetrieb und

- Energiehandel („Vertrieb“).

1. Stromerzeugung

Auf dem Markt der Stromerzeugung besteht derzeit in Deutschland ein Oligopol von vier Erzeugern, die zusammen zwischen 80 % und 90 % der Stromerzeugungskapazitäten besitzen:

- E.ON,
- RWE,
- EnBW und
- Vattenfall Europe.

Kommunale Energieversorgungsunternehmen besitzen regelmäßig keine oder nur geringe Stromerzeugungskapazitäten. Sie müssen daher den für die Versorgung ihrer Kunden erforderlichen Strom einkaufen. Kommunale Energieversorger sind also gezwungen, Strom zu mit den Stromerzeugern vereinbarten Preisen zu erwerben. Diese Preise orientieren sich stark an den Preisen an der Strombörse EEX in Leipzig, da sich auch andere Stromerzeuger/-lieferanten außerhalb der vorgenannten „vier Großen“ an diesem Börsenpreis orientieren. Eine Alternative zum Stromkauf auf dem Markt stellt die Stromerzeugung in eigenen Kraftwerken dar. Die Stromerzeugungskosten haben einen Anteil von ca. 30-35 % am gesamten Strompreis.

2. Energienetzbetrieb

Das deutsche Stromnetz ist in mehrere Spannungsebenen aufgeteilt.

a. Übertragungsnetze

Die **Höchst- und Hochspannungsnetze** („**Übertragungsnetze**“) dienen vor allem der Übertragung des Stroms von den Erzeugungsanlagen zu den regionalen und kommunalen Energieversorgungsunternehmen. An das Hochspannungsnetz sind auch einige große Industrieunternehmen oder Industrieparks angeschlossen, die den Strom auf dieser Spannung benötigen und mit eigenen Umspann- und Verteilungsanlagen (teilweise in so genannten „Objektnetzen“) weiter verteilen. Die Übertragungsnetze sind regelmäßig als Freileitungen ausgeführt und stehen zu großen Teilen auch auf privatem Grund. Sie befinden sich – regional aufgeteilt – im Eigentum von E.ON, RWE, EnBW und Vattenfall.

b. Lokale Verteilnetze

Die **Mittel- und Niederspannungsnetze** dienen der unmittelbaren Versorgung der Letztverbraucher. Größere Gewerbekunden und Industrieunternehmen sind an das Mittelspannungsnetz angeschlossen. Haushaltskunden sind an das Niederspannungsnetz angeschlossen. Die Mittel- und Niederspannungsnetze sind regelmäßig in den kommunalen Straßen und Wegen verlegt. Sie befinden sich im Eigentum des jeweiligen regionalen oder kommunalen Versorgers. Die regionalen Versorger mit den überwiegend ländlichen Verteilnetzen sind derzeit größtenteils im Eigentum der großen vier Energiekonzerne. Dies hat seinen Grund darin, dass nach der Liberalisierung der Strom- und Gasmärkte ein Konzentrationsprozess in der Energiewirtschaft eingesetzt hat. Begünstigt wurde dieser durch die sich verschlechternde Finanzausstattung der Kommunen um die Jahrhundertwende, weshalb viele Gemeinden und Kreise ihre Beteiligungen an Regionalversorgern weitgehend veräußert haben.

c. Netzentgelte

Für die Nutzung jeder Netzebene muss der Verbraucher einen Preis zahlen, der als mengenabhängige und **entfernungsunabhängige „Briefmarke“** ausgestaltet ist (in ct./kWh). Die regionalen und kommunalen Versorgungsunternehmen zahlen an den Übertragungsnetzbetreiber Netznutzungsentgelte für die Inanspruchnahme von dessen Netzen. Diese Kosten für das vorgelagerte Netz sowie ihre eigenen Netzkosten stellen die kommunalen Versorger den Verbrauchern in ihrem Gebiet als Netznutzungsentgelt in Rechnung. Die **Netznutzungsentgelte** haben einen **Anteil von ca. 30-35 % am Strompreis**.

d. Rahmenbedingungen für Stromnetze

Der Betrieb des örtlichen Energienetzes stellt ein so genanntes „natürliches Monopol“ dar, da der Aufbau von parallelen Netzen betriebswirtschaftlich regelmäßig nicht rentabel ist. Ein Wettbewerb der Netze existiert daher nicht. Durch das Energiewirtschaftsgesetz 2005 wurde daher die „Entflechtung“ des Netzbereichs von dem Bereich des Energiehandels vorgegeben, um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden. Weiterhin ist der Netzbetreiber verpflichtet, seine Netznutzungsentgelte von einer **Regulierungsbehörde** genehmigen zu lassen und dann gegenüber allen Netznutzern diskriminierungsfrei zur Anwendung zu bringen.

Zudem hat der Gesetzgeber einen „Wettbewerb um das Netz“ vorgegeben. Das Recht zur Nutzung der kommunalen Straßen für den Betrieb der Energieversorgungsnetze wird daher alle 20 Jahre neu vergeben. Dadurch kann es auch zu einem Wechsel des kommunalen Netzbetreibers kommen – durch neu zu gründende Stadtwerke.

3. Energiehandel / Endkundenversorgung

Die Endkundenversorgung (auch „**Vertrieb**“ genannt) ist die kaufmännische Abwicklung der Stromlieferung an die Endverbraucher. Der Endkundenversorger kauft den Strom über die Börse oder unmittelbar von einem Stromerzeuger ein und transportiert den Strom mittels Nutzung der vorstehend beschriebenen Energienetze zum Verbraucher. Regelmäßig schließt der Endkundenversorger mit dem Endverbraucher einen so genannten „integrierten“ Vertrag ab, in dem die Leistungen und Preise für Strombeschaffung/-erzeugung, Transport (Netze) und Vertrieb zusammengefasst sind. Der Energiehändler führt dann auch die Netznutzungsentgelte an den Netzbetreiber ab.

Die Endkundenversorgung ist vollständig liberalisiert. Jeder Kunde kann sich von dem Energiehandelsunternehmen seiner Wahl beliefern lassen. Die Vertriebskosten haben regelmäßig nur einen Anteil von ca. 5 % am Strompreis. Die nach Erzeugung, Netznutzung und Vertrieb verbleibenden ca. 35 % des Strompreises entfallen auf Steuern und Abgaben.

II. Netzbetrieb auf der Basis von Konzessionsverträgen

Der örtliche Netzbetrieb kann durch private Unternehmen, wie die Regionaltöchter der vier großen Energiekonzerne, nur wahrgenommen werden, wenn ihnen die Kommunen dazu mit dem Abschluss der Konzessionsverträge das Recht einräumen und das Eigentum an den Verteilnetzen verschaffen. Anfang der 90er Jahre hat der Gesetzgeber im Kartellrecht geregelt, dass solche Konzessionsverträge nicht über eine Höchstlaufzeit von 20 Jahren hinaus gehen dürfen. Dadurch ist sichergestellt, dass die Kommunen alle 20 Jahre neu über den Verteilnetzbetreiber entscheiden können. **Anfang des kommenden Jahrzehnts** steht nun in vielen Kommunen der **Neuabschluss der Konzessionsverträge** an. Dies bedeutet eine große Chance für eine Neuordnung des Energiemarkts.

III. Örtliche Energieversorgung als kommunale Aufgabe

Die wirtschaftliche Betätigung von kommunalen Gebietskörperschaften hat in Deutschland eine lange Tradition. Sie hat ihren Ursprung in der von Art. 28 Abs. 2 GG aufgenommenen Leitvorstellung, dass die Kommunen die Angelegenheiten der örtlichen **Daseinsvorsorge** selbst regeln und gestalten, soweit die betreffenden Kompetenzen nicht auf einer übergeordneten staatlichen Ebene angesiedelt sind.

Auf dieser Grundlage verbreitete sich in Deutschland seit Anfang des 20. Jahrhunderts die Praxis, Aufgaben der Errichtung und des Betrieb von Einrichtungen der ört-

lichen Infrastruktur (Verkehr, Versorgungsnetze für Energie), der Versorgung mit Strom, Gas und Wasser sowie der Entsorgung von Abfällen auf lokaler Ebene in kommunalen Bewirtschaftungsformen (Eigenbetrieben, Eigengesellschaften usw.) zu bewältigen. Häufig bildeten sie Stadt- und Gemeindewerke, in denen mehrere dieser Aufgaben zusammengefasst wurden.

Auch unter den veränderten Bedingungen der Liberalisierung des Energiemarkts ergibt die kommunalwirtschaftliche Betätigung für die Kommunen einen Sinn. Dies wird insbesondere daran deutlich, dass sich unternehmerisch ordentlich geführte kommunale Energieversorgungsunternehmen seit der Liberalisierung bis heute außerordentlich erfolgreich im Energiemarkt behaupten.

Für den Aufbau einer dezentralen Energieversorgung durch erneuerbare Energien kann es von vorteilhaft sein, wenn die Kommunen **Eigentümer des Leitungsnetzes für Strom** sind. Ist die Verteilung von Energie an die Verbraucher in der Hand eines der Verbundunternehmen, besteht ein Interessenkonflikt. Die Verbundunternehmen haben ein wirtschaftliches Interesse daran, ihren selbst erzeugten Strom aus zentralen Großkraftwerken über ihre regionalen Verteilerunternehmen – wie z.B. die E.ON Mitte AG – zu vertreiben. Solange die Verbundunternehmen – wie E.ON am hessischen Standort Staudinger – weiterhin in neue Großkraftwerke investieren, kann ihr Interesse nicht darin bestehen, dezentrale Stromerzeugungseinheiten aufzubauen, miteinander zu vernetzen und zu steuern.

Im Gegensatz zu den großen Verbundunternehmen haben viele Kommunen ein spezifisches **Interesse an der Förderung der lokalen bzw. regionalen Wertschöpfung** durch heimische erneuerbare Energien. Je mehr Energie dezentral vor Ort in den Kommunen erzeugt wird, desto höher ist die dortige Wertschöpfung sowie die Beschäftigungsmöglichkeiten und desto geringer ist der Kapitalabfluss für den Einkauf extern erzeugter Energie. Die Investitionsbedingungen für einen wirtschaftlichen Ausbau der kommunalen Eigenenergieerzeugungskapazitäten auf der Basis erneuerbarer Energien sind durch das Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) besonders günstig. Dabei muss es den Kommunen nicht notwendigerweise darauf ankommen, die dezentralen Kraftwerkskapazitäten selbst zu betreiben. Ihre Aufgabe kann auch darin bestehen, einen breit gestreuten Anlagenpark verschiedener Eigentümer miteinander zu vernetzen (z. B. PV-Anlagen auf den Dächern, Erdgas- und zunehmend biogasbetriebene Blockheizkraftwerke, kleine Wasserkraftwerke am örtlichen Fließgewässer, Windparks im Außenbereich etc.).

1. **Zulässigkeit kommunaler wirtschaftlicher Betätigung im Energiebereich**

Im Energiebereich sind viele Kommunen schon **traditionell** Anbieter von Energie bzw. Energiedienstleistungen (Strom, Gas, Wärme) und betreiben die örtlichen Energieverteilungsnetze, häufig in Mehrsparten-Stadtwerken (Strom, Gas, Wasser), aber auch in Einzelunternehmen für die jeweiligen Versorgungsarten. Durch diese Stellung kommunaler Energieversorgungsunternehmen im Bereich der Energieverteilung sind sie gegenwärtig wohl – neben einigen wenigen ausländischen Anbietern, die im deutschen Markt Fuß fassen wollen, was in den letzten Jahren aber nur teilweise von Erfolg gekrönt war – **wichtigsten Wettbewerber für die vier großen marktbeherrschenden Energiekonzerne** in Deutschland.

Im Bereich der Energieerzeugung ist die Bedeutung der kommunalen Energiewirtschaft durch die Etablierung der Verbundgesellschaften immer weiter zurückgedrängt worden. Die ursprünglichen Aufgaben der kommunalen Energiewirtschaft haben die großen Verbundunternehmen übernommen, die überwiegend in fossilen Großkraftwerken rund 80 % der Energieerzeugungskapazitäten in Deutschland bereitstellen.

Ettliche Städte und Gemeinden knüpfen jedoch auch im Bereich der **Energieerzeugung** an die Anfänge der durch Stadtwerke geprägten Energieversorgung gegen Ende des 19. Jahrhunderts an. Sie betreiben nicht nur selbst – durch ihre Stadtwerke – die örtlichen Leitungsnetze (Strom, Gas, Wasser (Abwasser und Frischwasser), Wärme), sondern betätigen sich zugleich vermehrt mit eigenen dezentralen Erzeugungsanlagen als Anbieter von Energieprodukten (Strom und Wärme). Sie verfolgen damit eine verfassungsrechtlich durch **Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG** gewährleistete Aufgabe der kommunalen Selbstverwaltung. Denn **die örtliche Energieversorgung gehört – mit ihren Segmenten Energieerzeugung, Energieverteilung und Energievertrieb – zu den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft**. Das Bundesverwaltungs- und das Bundesverfassungsgericht haben sich in diesem Sinne mehrfach eindeutig geäußert.

Der vom Gesetzgeber nicht anzutastende Kernbereich der kommunalen Kompetenz zur örtlichen Energieversorgung besteht unter anderem in der Entscheidungsfreiheit der Kommunen, ob sie Aufgaben der leitungsgebundenen Energieversorgung durch eigene Stadtwerke selbst wahrnehmen oder die betreffenden Aufgaben im Wege der Fremdversorgung allein privatwirtschaftlichen Energieversorgungsunternehmen überlassen. Auch die Befugnis, eigene Erzeugungsanlagen zu betreiben, zählt zu dem Kernbereich der örtlichen Daseinsvorsorge.

Nach verfassungs- wie europarechtlich weitgehend gesichertem Recht haben die Kommunen also weitreichende Möglichkeiten, sich auf örtlicher Ebene mit eigenen wirtschaftlichen Unternehmen in der Energieversorgung zu betätigen. Sie können die **Energieverteilnetze in eigener Regie führen, eigene Energieanlagen betreiben** und auswählen, welche **Produkte** sie beziehen (z. B. Atomstrom oder Wasserkraft) oder welche **Energiedienstleistungen** sie ihren Kunden anbieten (z. B. Sozialtarife). Sie können auch selbst Anlagen zur Nutzung von erneuerbaren Energien betreiben oder auf dem Einsatz von erneuerbaren Energien basierende Angebote entwickeln (Ökostrom). Darüber hinaus können sie begleitende **Beratungs- und Serviceangebote** erbringen (auch zur Energieeinsparung) sowie **eigene Förderprogramme** auflegen (z. B. für Solarwärmeanlagen oder Energieeffizienzmaßnahmen).

2. Vereinbarkeit kommunaler Energieversorgung mit dem Gemeindefirtschaftsrecht

Die kommunale Energieversorgung ist mit dem Gemeindefirtschaftsrecht der einzelnen Bundesländer grundsätzlich vereinbar. Die juristische Grundlage für die kommunale Wirtschaftstätigkeit findet sich z.B. in Hessen in § 121 der Hessischen Gemeindeordnung (HGO). Voraussetzung für die wirtschaftliche Betätigung ist danach, dass der verfolgte Zweck durch das Kommunalwirtschaftsunternehmen ebenso gut verfolgt werden kann als durch Private. Die Gemeindeordnungen in den anderen Bundesländern enthalten ähnliche Formulierungen. Die Abweichungen haben allein Auswirkungen auf die Reichweite der kommunalpolitischen Betätigung (ob z.B. die wirtschaftliche Betätigung über das Gemeindegebiet hinausreichen kann). Die auf das Gemeindegebiet bezogene wirtschaftliche Betätigung im Sektor der Energieversorgung (Strom, Gas, Wärme) ist in allen Bundesländern zulässig – und damit grundsätzlich auch der Netzzrückkauf durch kommunaleigene Stadtwerke.

Ohne weiteres zulässig sind auch Beratung oder Service, soweit diese in unmittelbaren Zusammenhang mit der Hauptleistung stehen. Als unproblematisch gilt auch die Aufnahme von untergeordneten wirtschaftlichen Tätigkeiten im Rahmen ihrer allgemeinen Verwaltung (z. B. der Betrieb von Photovoltaikanlagen an oder auf kommunalen Gebäuden oder die Vermietung von Dachflächen an Dritte zu entsprechenden Zwecken).

3. Energiewirtschaftliche Regelungen

Im deutschen Energiewirtschaftsrecht wurde die Monopolstellung der örtlichen Energieversorgungsunternehmen formell aufgehoben. Aufgrund von EU-Richtlinien zur Liberalisierung des Energiemarktes wurde das Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) insbesondere in den Jahren 1998 und 2005 grundlegend neu gefasst.

Danach müssen die kommunalen Energieversorgungsunternehmen **wettbewerblich** agieren. In ihrer Eigenschaft als Betreiber des örtlichen Versorgungsnetzes gilt das insofern ebenfalls, als sie nach Maßgabe der §§ 20 ff. EnWG dazu verpflichtet sind, Wettbewerbern die Netznutzung zu gestatten. Damit folgt das EnWG dem Modell des „Wettbewerbs im Netz“, denn der „Wettbewerb um das Netz“ findet wegen der Regeln der Konzessionsvergabe in der Regel nur alle 20 Jahre statt (vgl. § 46 EnWG). Diese wettbewerbsrechtliche Ausrichtung hat für die kommunale Energieversorgung zur Folge, dass die Verfügungsmacht über das „natürliche“ Monopol des örtlichen Leitungsnetzes in den Händen der Gemeinden verbleiben kann und die – für das Entstehen eines Wettbewerbs auf dem Energiemarkt bedeutsame – Nutzung dieser Netze für Zwecke der Energieversorgung diskriminierungsfrei (also etwa für das Anbieten von Strom an Endkunden) geöffnet ist.

Mit dem neuen Energiewirtschaftsgesetz werden auch die **Entgelte reguliert**, die ein **Netzbetreiber** von den Nutzern seines Netzes fordern darf. Bis zum 31.12.2008 sind Basis dieser Entgeltregulierung die Kosten, die bei einer effizienten Betriebsführung in Ansatz gebracht werden können. Von dieser effizienten Betriebsführung hängt entscheidend ab, welche Verdienstmöglichkeiten die Netzbetreiber haben. Netzentgelte stellen die Gegenleistung für die Gewährung des Netzzugangs dar. Die Berechnung der Entgelte erfolgt nach den Anforderungen des EnWG und der Netzentgeltverordnung für Strom. Die Netzentgelte sind von den Regulierungsbehörden nach Antragstellung durch die Energieversorgungsunternehmen vorab zu kontrollieren und zu genehmigen (§ 23a EnWG).

Für die Regulierung der Netzentgelte kleinerer Stadt- und Gemeindewerke sind die **Regulierungsbehörden der Länder zuständig**, zumeist in den Landeswirtschaftsministerien angesiedelt; größere Stadtwerke mit mehr als 100.000 Netzkunden sind der Regulierung der **Bundesnetzagentur** unterworfen.

Zu betonen ist im Übrigen, dass der gesamte Sektor der (direkten) **Wärmeversorgung (Fern- und Nahwärme)** nicht vom Geltungsbereich des EnWG erfasst ist. Weder das europäische noch das nationale Recht sehen bisher ausdrücklich vor, dass die Wärmeversorgung im Wettbewerb zu organisieren ist. Das eröffnet Möglichkeiten der Kommunen für eine effiziente und optimal ausgelastete örtliche Fernwärmeversorgung und damit ebenso für den wirtschaftlichen Betrieb von KWK-Anlagen.

4. Unternehmensformen der kommunalen Wirtschaftstätigkeit

Für kleinere und mittelgroße Stadtwerke ist neben dem Eigenbetrieb die **übliche Unternehmensform die Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)**. Ggf. kann auch über eine Personengesellschaft (GmbH & Co KG) nachge-

dacht werden. Voraussetzung dafür ist aber grundsätzlich, dass sich mehrere Gesellschafter an den Stadtwerken beteiligen. Die Gründung einer kommunaleigenen Aktiengesellschaft (AG) ist nur für größere Stadtwerke üblich.

Kommunen stehen neben der Bildung von öffentlich-rechtlichen Eigenbetrieben und zivilrechtlichen Eigengesellschaften in ihren unterschiedlichen gesellschaftsrechtlichen Rechtsformen auch Möglichkeiten der Bildung von Gemeinschaftsunternehmen mit anderen kommunalen Gebietskörperschaften oder mit privaten Dritten zur Verfügung.

Welche der Unternehmensform die jeweils günstigste ist, hängt grundsätzlich von den Umständen und den Zielsetzungen des Einzelfalls ab. Wesentliche Kriterien können sich insbesondere aus Unterschieden hinsichtlich der Möglichkeiten der Einflussnahme durch die gemeindlichen Organe, der Einbeziehung von Fremdkapital Dritter, der Kooperationsmöglichkeiten mit anderen kommunalen Gebietskörperschaften, der Buchhaltungs- und Haushaltsvorgaben, der Besteuerung und der Haftung ergeben.

Besonders zu beachten sind die Rahmenbedingungen, die das Europarecht für die Organisation kommunaler Unternehmen vorzeichnet. Erstens empfiehlt es sich nach dem „Altmark Trans“-Urteil des EuGH (2003) die unterschiedlichen Unternehmen der Kommunalwirtschaft (Elektrizität, Gas, Wasser und öffentliche Verkehrsleistungen) in einer **einheitlichen Stadtwerke-Gesellschaft** zusammenzufassen. Zweitens ist es nach dem Halle-Urteil des EuGH (2005) vorteilhaft, wenn Kommunen ihr kommunalwirtschaftliches Unternehmen zu 100 % im Eigentum halten:

- **Einheitliche Stadtwerke-Gesellschaft (Mehrpartenunternehmen):** Diese Unternehmensform ist vorteilhaft, weil sie den Ausgleich von Verlusten im Bereich der öffentlichen Verkehrsleistungen mit Gewinnen im Energiebereich ermöglicht (gilt sowohl für privatrechtlich (z. B. GmbH) als auch für öffentlich-rechtlich (Eigenbetrieb) organisierte Mehrpartenunternehmen). Denn bei dieser **Quersubventionierung** im einheitlichen Kommunalunternehmen handelt es sich nach der Gegenleistungstheorie des EuGH („Altmark Trans“-Urteil) um eine Gegenleistung zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen und damit um keine den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten der EU beeinträchtigende Beihilfe. Hier ist allerdings zu erwähnen, dass der Bundesfinanzhof (BFH) schon mehrfach die **Rechtmäßigkeit des steuerlichen Querverbands** in Frage gestellt hat, zuletzt in der Entscheidung „Bedburg-Hau“ vom 22.08.2007. Der steuerliche Querverbund ist zwar auch nach dieser Entscheidung zunächst einmal gesichert worden, weil das Bundesfinanzministerium

per Erlass vom 07.12.2007 entschieden hat, dass die Grundsätze des BFH-Urteils von den Finanzbehörden nicht als allgemein verbindlich anzuwenden sind. Problematisch ist allerdings, dass sich die Ansicht des BFH zur ständigen Rechtsprechung entwickeln kann und in weiteren Entscheidungen der steuerliche Querverbund erneut in Frage gestellt werden wird. Letztlich kann auf lange Sicht nur eine positive steuergesetzliche Regelung den steuerlichen Querverbund für kommunale Unternehmen sichern.

- **Kommunales Eigentum:** Eine 100 %-ige Eigentümerstellung der Stadt/Gemeinde im kommunalen Unternehmen ist aus vergaberechtlichen Gründen wegen des Vermeidens der Ausschreibungspflicht bei „In-house-Geschäften“ sinnvoll (dabei handelt es sich z. B. um die Vergabe von Energiedienstleistungen zur Versorgung der Abwasser-Tochter durch die Strom-Tochter des Kommunalunternehmens). Städte und Gemeinden sollten daher gut überlegen, ob sie an ihrem Stadtwerk einen privaten Partner beteiligen. Denn mit solchen privaten Beteiligungen – z.B. von E.ON, RWE, Vattenfall, EnBW – laufen Kommunen Gefahr, ihren umfassenden öffentlichen Auftrag zur Daseinsvorsorge nicht mehr aus einer Hand anbieten zu können. Für Kommunen, die bislang nicht mit einem eigenen Stadtwerk im Energiemarkt vertreten sind, kann es für einen ersten Einstieg aus personellen, kompetenziellen und organisatorischen Gründen dennoch sinnvoll sein, ein privates EVU am neu zu gründenden kommunalen Energieunternehmen zu beteiligen.

IV. Wertschöpfungspotenziale

1. Kommunalwirtschaftliche Vorteile einer eigenständigen Energieversorgung

Die Vorteile einer eigenen Strom- und Gasversorgung durch ein im kommunalen Eigentum befindliches Stadtwerk liegen vor allem in dem Gewinn einer effektiveren kommunalpolitischen Steuerung im Energiebereich. Die möglichen Rückwirkungen auf andere Felder der Kommunalpolitik sind enorm:

- Kommunal kontrollierte Stadtwerke haben die Möglichkeit der eigenen Preisgestaltung und des Umstiegs auf erneuerbare Energien.
- Der Vorteil der Ausschöpfung der maximal zulässigen Konzessionsabgabe bleibt erhalten.
- Zusätzliche Gewerbesteuererinnahmen wegen des Aufbaus der Stadtwerke als neues Unternehmen.

- Ansiedlung neuer Arbeits- und Ausbildungsplätze vor Ort, bei einem Strom- und Gas-Stadtwerk für die Größenordnung kleiner Städte 20-40 Beschäftigte; für ein reines Strom-Stadtwerk zirka 10-30 Beschäftigte (ohne Beschäftigungseffekte durch Eigenenergieproduktion und ohne Ausstrahleffekte auf das örtliche Handwerk).
- Erzielung von Synergieeffekten durch Personalübernahmen aus der Gemeinde.
- Weitere Synergieeffekte durch die Bildung eines Querverbundunternehmens aus den Bereichen Wasser, Abwasser, Energie und ggf. Bauhof, Schwimmbadbetrieb, Verkehr.
- Erlöse, die für Projekte der Allgemeinheit in den Städten und Gemeinden eingesetzt werden können und nicht mehr den Aktionären der großen Energiekonzerne zugute kommen.
- Vermehrte Vergabe von Aufträgen durch die Stadtwerke an örtliche Handwerksbetriebe, die dadurch neue Wertschöpfung und zusätzliche Arbeitsplätze schaffen können.
- Gestaltung einer eigenständigen lokalen Energiepolitik mit regionaler Ausstrahlung.
- Größere Gestaltungsspielräume und Optimierungspotentiale zwischen allgemeinen Bautätigkeiten der Stadt.
- Einbindung der Stadtwerke bei Unternehmensansiedelungen für eine flexible Gestaltung des Anschlusses an das Strom- und Gasnetz möglich.

2. Lokal wirksame Wertschöpfung durch Energieversorgung auf Basis erneuerbarer Energien

Durch die Ersetzung weit entfernt erzeugter Energie können große Potenziale heimischer Wertschöpfung und damit lokaler Beschäftigung geweckt werden; kommunal bestimmte Stadtwerke können mit der notwendigen Kompetenz ausgestattet werden und auf dieses strategische Ziel hin ausgerichtet werden.

Je konsequenter auf erneuerbare Energien in ihrer dezentralen Nutzungsform umgestiegen wird, desto größer ist der dadurch herbeigeführte Regionalisierungseffekt. Dies liegt daran, dass das Kapital aus eingesparten Energiekosten im lokalen/regionalen Wirtschaftskreislauf verbleibt, wodurch dauerhaft neue Arbeitsplätze

vor Ort entstehen. Der Vorteil der Nutzung dezentraler erneuerbarer Energien für die lokale/regionale Wertschöpfung ist systembedingt. Die Nutzung erneuerbarer Energien führt zur Umverteilung der Arbeit von Großunternehmen und ihren Standorten auf lokale Standorte und auf kleine/mittelständische Unternehmen, land- und forstwirtschaftliche Betriebe, zu Handwerkern und selbständigen Berufen für die vielfältigen Ingenieurs- und Planungsarbeiten für erneuerbare Energiesysteme. Der Biomasse produzierende Landwirt ersetzt die Arbeit der Öl- und Gasförderung in fernen Weltregionen. Genauso verhält es sich mit den Herstellern, Installateuren und Betreibern von Solaranlagen, die je nach Technologie (Solarstrom bzw. Solarwärme) entweder Strom aus Großkraftwerken bzw. Wärmeenergie aus Erdgas oder Heizöl ersetzen; außer Braun- und einen Teil der Steinkohle importiert Deutschland fast alle nicht erneuerbaren Energieträger aus fernen Weltregionen. Kommunen mit einem selbständig geführten Haushalt, die Gewerbesteuern erheben und an der Einkommenssteuer anteilig partizipieren, profitieren durch die Ansiedlung dezentraler erneuerbarer Kraftwerksprojekte und durch die dadurch entstehenden neuen Arbeitsplätze.

Zur Veranschaulichung der Wertschöpfungspotenziale können Kommunen die Ausgaben aller Verbraucher in ihrem Gebiet für importierte Energieträger berechnen. Diese Kapitalströme könnten durch die Umsetzung der hier beschriebenen kommunalen Energiekonzepte in die Region umgelenkt werden.

3. Nachhaltige Eigenerzeugung als Chance für Stadtwerke

Durch die Liberalisierung des Energiemarkts seit 1998 und insbesondere seit der Energierechtsreform von 2005 unterliegt der Betrieb der Strom- und Gasnetze einer starken Regulierung. Für viele Stadtwerke ist der Netzbetrieb bislang der zentrale Aufgabenbereich. Aufgrund der Regulierung sind jedoch die wirtschaftlichen Spielräume beim Netzbetrieb für die kommunalen Energieversorger erheblich eingeschränkt worden. Durch die von der Bundesnetzagentur und den Landesregulierungsbeörden durchgesetzte Kontrolle der Netznutzungsentgelte verschärft sich der wirtschaftliche Druck auf viele Stadtwerke. Dieser Regulierungsdruck wird sich durch die im Jahre 2009 beginnende Anreizregulierung noch erheblich erhöhen. Insbesondere für kleine Stadtwerke könnte sich teilweise die Frage nach der wirtschaftlichen Existenz stellen.

Unter diesen Rahmenbedingungen ist es für Stadtwerke nach unserer Einschätzung unerlässlich, dass sie sich andere Geschäftsfelder eröffnen, um am Markt auch weiterhin bestehen zu können. Die zentrale Möglichkeit hierfür bietet der Aufbau von Eigenerzeugungskapazitäten. Stadtwerke haben deshalb ein besonderes Eigeninte-

resse am Aufbau eigener dezentraler Erzeugungsanlagen, um damit auch ihre Existenz zu sichern. Während kommunale Energieversorger in der Vergangenheit im Wesentlichen für den Netzbetrieb verantwortlich waren, erfordern die neuen politischen und rechtlichen Rahmenbedingungen nunmehr, dass sich Kommunalversorger auch in der Eigenerzeugung engagieren. Durch die geänderten und für viele Stadtwerke erschwerten Rahmenbedingungen können sich jedoch auch große Chancen eröffnen. Dadurch kann die kommunale Energieversorgung zunehmend zur dezentralen und umweltfreundlichen Energieerzeugung beitragen.

C. Re-Kommunalisierung der Energieversorgung

I. Zur Rolle konzernangehöriger Regionalversorger

Nach dem weitgehenden Verkauf der kommunalen Anteile sind die regionalen Verteilunternehmen wie z. B. die E.ON Mitte AG in Nord- und Mittelhessen/Süd-niedersachsen von der Konzernmutter bestimmte Regionalversorger wie in diesem Fall der E.ON AG. Die E.ON AG bildet zusammen mit der RWE Energie AG ein behördlich (Bundeskartellamt) und gerichtlich (OLG Düsseldorf) bestätigtes Doppel-Monopol, sogenanntes Duopol auf dem bundesdeutschen Strommarkt. Diese Monopolstellung führt zu steigenden Energiepreisen, die weder durch zusätzliche Steuern und Abgaben, noch durch steigende Preise für Energieträger gerechtfertigt sind. Wichtigste Wettbewerber der großen vier Energiekonzerne E.ON, RWE sowie Vattenfall Europe und EnBW sind gegenwärtig die Stadtwerke.

Die Beziehungen zwischen den Kommunen und einigen Regionalversorgern haben sich in den vergangenen Jahren ohnehin verändert. Handelte es sich bei vielen Regionalversorgern zu Beginn des Jahrzehnts noch um gemischt-wirtschaftliche Unternehmen mit einer starken kommunalen Beteiligung, sind viele heute nahezu vollständig privatwirtschaftlich bestimmt (so insbesondere im E.ON Konzern). Aufgrund dieser **Entkommunalisierung** haben kommunale Anteilseigner keinen bestimmenden Einfluss mehr auf Standort- und Beschäftigungsentscheidungen der Regionalversorger und schon gar nicht auf deren Unternehmenspolitik im Energiebereich. Diesen Bedeutungsverlust können die Kommunen nur dann wieder aufheben, wenn sie ihre Entscheidungshoheit im Konzessionsvertragsrecht und im Recht der Netzübernahme nutzen.

II. Übernahme der Energienetze in eigenen Stadtwerken

Die Städte und Gemeinden haben mit dem Recht der Konzessionsvergabe ein Instrument in der Hand, gemeindliche Energiepolitik zu gestalten. Denn Kommunen können alle 20 Jahre frei entscheiden, wer der Betreiber der örtlichen Verteilnetze für

Strom und Gas ist. Sie können also insbesondere entscheiden, ob ein eigenes gemeindliches Unternehmen, ein sonstiges öffentliches Unternehmen, ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen oder ein privates Unternehmen das Strom- bzw. Gasverteilnetz in ihrem Gemeindegebiet erwirbt und betreibt.

1. Die Auswahlkompetenz der Gemeinden

Die heutige Rechtsordnung enthält besondere gesetzliche Regelungen für Wegenutzungsverträge „mit Gemeinden über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung gehören“ (§ 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG). Mit ihnen räumt die Gemeinde dem Unternehmen das Recht zur Wegenutzung gegen Entgelt ein. Diese Art von Wegenutzungsverträgen wird als Konzessionsvertrag bezeichnet – mit dem Entgelt der Konzessionsabgabe (§ 48 EnWG).

Der tatsächliche Ausgangspunkt für die starke Stellung der Gemeinden in Bezug auf die Kompetenz zur Auswahl des Betreibers der Energieverteilnetze ist das Eigentum der Gemeinden an den öffentlichen Straßen und Wegen. Da grundsätzlich jeder Abnehmer von Energie an das Straßennetz der Gemeinde angeschlossen ist, können die Verbraucher besonders gut über das Straßennetz erschlossen werden. Zur Nutzung des Straßenkörpers für die Verlegung von Energieverteilnetzen ist der Betreiber des Energieverteilnetzes auf die Gestattung des kommunalen Eigentümers angewiesen. Aus diesen tatsächlichen Machtverhältnissen ergibt sich die rechtliche Notwendigkeit des Abschlusses eines Konzessionsvertrages für die Wegenutzung.

2. Umfang und Grenzen der Auswahlkompetenz

Umfang und Grenzen der gemeindlichen Kompetenz, das örtliche Energieversorgungsunternehmen auszuwählen, sind in der heutigen Rechtsordnung wie folgt ausgestaltet:

a. Beschränkung auf Verteilnetz und Eigentumserwerb am Netz

Das heutige Energiewirtschaftsrecht beschränkt den **Inhalt des Konzessionsvertrags** darauf, das Unternehmen auszuwählen, das „für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören“ (§ 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG) zuständig ist. Dem so bestimmten **Netzbetreiber** obliegen kraft Gesetz der Anschluss von Kunden an sein Netz (§§ 17, 18 EnWG) und die Gewährung von Netzzugang zur Belieferung der Kunden (§ 20 EnWG).

Das von der Gemeinde ausgewählte Unternehmen erhält das **Eigentum** am konzessionierten Verteilnetz. Auslaufende Konzessionsverträge enthalten häufig in ihren **Endschaftsbestimmungen** häufig Erwerbsrechte zu Gunsten der konzessionierenden Gemeinde, die ggf. an das neu konzessionierte Unternehmen abgetreten werden. In Teilen der Literatur wird die Auffassung vertreten, der gesetzliche Anspruch aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG richte sich nur auf eine pachtweise Überlassung, nicht auf eine Übereignung des Verteilnetzes. Diese Auffassung kann bereits deshalb nicht überzeugen, weil sie dem bisher konzessionierten Unternehmen ein Ewigkeitsrecht einräumen würde, wie es mit der Einführung der gesetzlichen Höchstlaufzeit für Konzessionsverträge abgeschafft werden sollte.

Das OLG Frankfurt hat in einer aktuellen, nicht rechtskräftigen Entscheidung den **vertraglichen Anspruch** auf Eigentumsübertragung des Netzes an das neu konzessionierte Unternehmen **bestätigt**.

Das bisher konzessionierte Unternehmen erhält für die Überlassung des Verteilnetzes ein **Übernahmeentgelt (Kaufpreis)**. Dessen Höhe ist regelmäßig streitig. Dieser Streit ist zwischen dem abgebenden Unternehmen und dem übernehmenden Unternehmen auszutragen. Diese Auseinandersetzung darf die Netzübernahme aus Rechtsgründen nicht gefährden. Gleichzeitig führt die Regulierung der Netzentgelte zu tendenziell niedrigeren Übernahmeentgelten. Auf die konkreten rechtspraktischen Fragen bei Netzübernahmen wird in den **Abschnitten IV.-VII.** in diesem Kapitel ausführlich eingegangen.

b. Sicherung des Auswahlverfahrens

Das Energiewirtschaftsrecht enthält nur geringe Vorgaben für die Durchführung des Auswahlverfahrens.

Die **Stadt ist verpflichtet**, das **Vertragsende** eines Konzessionsvertrags spätestens zwei Jahre und frühestens drei Jahre vor Auslaufen im Bundesanzeiger oder im Elektronischen Bundesanzeiger **bekannt zu machen** (§ 46 Abs. 3 Sätze 1 und 2 EnWG). Auf diese Weise sind die interessierten Fachkreise informiert und können ihr Interesse am Konzessionserwerb bei der Gemeinde bekunden. Der Weg einer Umgehung dieses Auswahlverfahrens durch vorzeitige Verlängerung des Konzessionsvertrags wurde ausdrücklich verschlossen (§ 46 Abs. 3 Sätze 3 und 4 EnWG). Hat es **mehrere Bewerber** gegeben, so ist die Gemeinde zudem verpflichtet, ihre Entscheidung „unter Angabe der maßgeblichen Gründe“ **öffentlich bekannt zu machen** (§ 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG).

Die Absicht dieser gesetzlichen Vorgaben liegt darin, das Auswahlverfahren zu einem echten Wettbewerb um die Konzession werden zu lassen. Dieser Wettbewerb ist stets durch ein heimliches, intransparentes Vorgehen der Partner des auslaufenden Konzessionsvertrags bedroht.

Bei der Führung von Stadtwerken als **Eigenbetrieb**, sind die Besonderheiten bei der Konzessionsvergabe an Eigenbetriebe zu beachten. Die Vorschriften über Konzessionsverträge sollen auch „für Eigenbetriebe der Gemeinden entsprechende Anwendung“ finden (§ 46 Abs. 4 EnWG). Das heißt nicht, dass zwischen der Stadt und ihrem Eigenbetrieb ein Konzessionsvertrag zu schließen wäre. Da die Gemeinde und ihr Eigenbetrieb ein und dieselbe juristische Person bilden, kann zwischen ihnen ein Vertrag nicht bestehen. Vielmehr richtet sich die Konzessionierung des Eigenbetriebs nach dem jeweiligen Gemeinderecht; in der Regel wird keine Satzung erforderlich sein, sondern ein einfacher Beschluss der Stadtverordnetenversammlung genügen. Die „entsprechende“ Anwendung bedeutet, dass auch die Konzessionierung des Eigenbetriebs zu befristen ist (auf 20 Jahre) und auch das Auslaufen dieser Befristung bekannt zu machen ist (zwei Jahre vor Auslaufen des Konzessionsvertrags). Rechtlich gesehen hätte es die Gemeinde ohnehin in der Hand, ihrem Eigenbetrieb jederzeit die Konzession zu entziehen.

c. **Europarechtliche Vorgaben für das Auswahlrecht**

Das Europarecht verlangt keine Privatisierung der örtlichen Energieversorgung und steht auch einer Re-Kommunalisierung nicht entgegen. Die für Lieferungen und Leistungen geltenden europäischen Vergaberichtlinien sind auf den Abschluss von Konzessionsverträgen nicht anzuwenden, da es sich im Sprachgebrauch des Europarechts um eine Dienstleistungskonzession handelt.

3. **Endschafftsklausel der Konzessionsverträge**

a. **Gesetzliche Regelung zur Bestimmung des Kaufpreises**

Die gesetzliche Regelung in § 46 Abs. 2 EnWG bestimmt lapidar, dass der bisherige Netzbetreiber die Versorgungsanlagen gegen Zahlung einer „**wirtschaftlich angemessenen Vergütung**“ abgeben muss. Damit hat der Gesetzgeber die Kaufpreisbestimmung lediglich mit unbestimmten Rechtsbegriffen geregelt, die einer Anwendung auf den konkreten Fall bedürfen und keine konkrete Festlegung auf ein bestimmtes Bewertungsverfahren beinhalten.

„Endschafftsklausel“ der Konzessionsverträge - Bestimmung des Kaufpreises

Die Bestimmung des Kaufpreises für die Versorgungsanlagen ist seit vielen Jahren umstritten. Die Festlegung des Kaufpreises kann entweder durch eine Bewertung des mit dem Netzbetrieb zu erzielenden Ertrages (**Ertragswertverfahren**) oder durch eine Bewertung der Substanz der zu übertragenden Anlagen (**Substanzwertverfahren**, häufig: **Sachzeitwertverfahren**, alternativ: „**kalkulatorischer Restwert**“) erfolgen.

Üblicherweise wurde in den Endschaftsbestimmungen der Konzessionsverträge der so genannte Sachzeitwert vereinbart. Zur Netzbewertung gibt es eine Grundsatzentscheidung des BGH (Fall „**Kaufering**“) von 1999. Danach ist der vom abgebenden Netzbetreiber verlangte Kaufpreis kartellrechtlich dann unzulässig, wenn er „nicht unerheblich“ über dem objektiven Ertragswert liegt (BGHZ 143, 128, 143).

Der Sachzeitwert (unterhalb der Schranke des objektiven Ertragswertes) darf nach der Grundsatzentscheidung des BGH im Fall „Lippstadt“ zudem nur zugrunde gelegt werden, wenn es der bisherige und der neue Konzessionsinhaber vereinbart haben. Nicht ausreichend ist, dass eine Vereinbarung des Sachzeitwerts allein im Konzessionsvertrag zwischen der Stadt und dem bisherigen Konzessionsinhaber erfolgt.

Ermittlung des Werts der Versorgungsanlagen (Kaufpreis)

Nach der Kaufering-Entscheidung des BGH darf der **Sachzeitwert** der Versorgungsanlagen nur dann zur Grundlage des Kaufpreises gemacht werden, wenn er **nicht erheblich über dem Ertragswert** liegt. Das heißt, dass der Sachzeitwert nach oben durch den Ertragswert begrenzt wird. Der Ertragswert wiederum ist nach objektiven Kriterien festzulegen. Der Ertragswert wird also nicht aus der Sicht des konkreten Übernahmeinteressenten, sondern nach „objektiven, für alle denkbaren Erwerber geltenden Kriterien“ ermittelt (BGHZ 143, 128, 157). Ob der konkrete Übernahmeinteressent Synergieeffekte, etwa aus dem gleichzeitigen Betrieb einer Wasser- oder Gasversorgung erzielen kann, spielt damit bei der Ertragswertberechnung grundsätzlich keine Rolle. Allerdings wird diese – richtige – Rechtsauffassung zumeist von den abgebenden Netzbetreibern bestritten, weil jeder „objektive“ Übernehmer diese Vorteile durch entsprechende Verträge mit dem Gas- und Wasserversorger auch nutzen würde. Da zu erwarten ist, dass sich die letztere Rechtsauffassung nicht durchsetzen wird, besteht für die Stadtwerke der Vorteil, da gerade kommunale Energieversorgungsunternehmen Synergieeffekte über ihre verschiedenen Sparten hinweg erzielen können.

Durch die Entflechtung des Energievertriebes vom Netzbetrieb durch das EnWG 2005 kann nur noch der **aus dem Netzbetrieb erzielbare Erlös Grundlage des Ertragswertes** und damit des Kaufpreises sein. Denn die Kunden verbleiben bei einem

Wechsel des Netzbetreibers grundsätzlich bei ihrem bisherigen Energielieferanten. Deshalb können Erlöse aus dem Energievertrieb mit den Kunden, die in der jeweiligen Kommune verdient werden, bei der Ermittlung des Ertragswertes keine Rolle mehr spielen.

Da der Ertrag des Geschäftsbereichs Netzbetrieb zukünftig nur noch aus den einzunehmenden Netzentgelten besteht, muss zwingend der **Ertragswert** der Netze in einer **Abhängigkeit zu den für das Versorgungsnetz genehmigungsfähigen Netzentgelten** stehen. Die Strom- und Gasnetzentgeltverordnungen bestimmen, welche Kosten der Netzbetreiber bei der Ermittlung der Netzentgelte ansetzen darf. Dies gilt insbesondere für die Kosten des Sachanlagevermögens – also der Energieversorgungsnetze.

Eine Gerichtsentscheidung zur Bewertung von Netzübernahmen nach Inkrafttreten der Netzentgeltregulierung mit dem EnWG 2005 steht noch aus. Erste Verfahren dazu sind jedoch anhängig. Das Landgericht Dortmund wird demnächst voraussichtlich entscheiden, dass der bisherige Netzbetreiber zur Herausgabe der kalkulatorischen Restwerte der Versorgungsanlagen verpflichtet ist. Das stellt einen wichtigen Zwischenschritt zur Ermittlung des Ertragswertes nach den Netzentgeltverordnungen dar.

Sollte zur Festlegung des Kaufpreises für die Strom- und Gasverteilnetze ein **gerichtliches Verfahren** notwendig werden, liegt die Darlegungs- und Beweislast für die Angemessenheit des Kaufpreises bei dem abgebenden Netzbetreiber, also zu meist bei einem Regionalversorger der vier großen Energiekonzerne. Das gilt auch dann, wenn neu gegründete Stadtwerke den geforderten Kaufpreis zunächst in voller Höhe zahlen, um in den Besitz der Versorgungsanlagen zu kommen, die Zahlung aber unter den Vorbehalt einer Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Kaufpreishöhe stellen. Es gilt dann die Grundregel der Beweislast des Gläubigers für den Rechtsgrund der Leistung.

4. Ablauf einer Netzübernahme

Nachfolgend soll kurz der typische Ablauf einer Netzübernahme einschließlich der Gestaltung des weiteren Netzbetriebs geschildert werden. Neben einer **rechtlichen Begleitung dieser Verhandlungen** empfiehlt sich die **Hinzuziehung eines energiewirtschaftlichen Beratungsunternehmens**, das über Erfahrungen mit Netzübernahmen und –bewertungen verfügt. Der folgende Ablauf einer Netzübernahme gilt sowohl für Stadtwerke als Kapitalgesellschaften (GmbH, AG) als auch für Stadtwerke als Eigenbetrieb:

- Bekanntgabe zum Auslaufen des Konzessionsvertrages (zwei Jahre vorher - § 46 Abs. 3 EnWG) mit Bestimmung einer Bewerbungsfrist (regelmäßig drei Monate)
- Bewertung der Bewerbungen durch die Stadt – Aufnahme und Abschluss von Verhandlungsgesprächen mit den Bewerbern
- Entscheidung der Stadt für einen neuen Netzbetreiber
- Öffentliche Bekanntgabe der maßgeblichen Gründe für die Entscheidung (§ 46 Abs. 3 EnWG)
- Aufnahme der Übernahmeverhandlungen mit dem bisherigen Netzbetreiber, insbesondere über:
 - Entflechtungskonzept
 - Umfang der übergehenden Anlagen
 - Abstimmung des Kaufvertrags
 - Kaufpreis (inklusive Abstimmung Sachzeitwert)
- Abschluss der Verhandlungen / Unterzeichnung Kaufvertrag
- Aufnahme/Übernahme Netzbetrieb durch neuen Netzbetreiber
- Gegebenenfalls: Rückforderung eines überhöhten Kaufpreises

Dabei ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der bisherige Netzbetreiber kein Interesse an einer (zeitnahen) Erfüllung seiner Verpflichtung zur Übergabe der Netze hat. Erfahrungsgemäß verfolgt er das strategische Ziel, die Netzübernahme zu verhindern oder zumindest nachhaltig zu verzögern, damit er die Netze selbst weiter betreiben kann.

Verhandlungen über eine Netzübernahme können daher durchaus zwischen Beginn und Abschluss einen **Zeitraum von mehr als einem Jahr** in Anspruch nehmen.

Zentrales Element der **Verhinderungs- und Verzögerungsstrategie** ist erfahrungsgemäß das Fordern eines überhöhten Kaufpreises. Ein gerichtliches Klageverfahren auf Feststellung der „wirtschaftlich angemessenen Vergütung“ würde voraussichtlich über mehrere Instanzen geführt und damit drei oder mehr Jahre dauern, in denen der bisherige Netzbetreiber das Netz weiter betreiben würde. Um dieser Strategie entgegenzuwirken, empfiehlt sich ein Kauf unter Rückforderungsvorbehalt (so genannter

„**Vorbehaltskauf**“). Dadurch erhält der neue Netzbetreiber sofort das Eigentum an den Versorgungsanlagen und kann den Netzbetrieb aufnehmen. Andererseits muss er die Differenz zwischen dem von ihm als angemessen angesehen Kaufpreis und dem geforderten Kaufpreis bis zum Abschluss des Rückforderungsprozesses vorfinanzieren.

Aus dieser **Vorfinanzierung** ergibt sich allerdings auch eine **wirtschaftliche Chance**, weil der bisherige Netzbetreiber den zurückzufordernden Kaufpreisanteil verzinsen muss, ab Prozessbeginn mit 8 % über dem Basiszinssatz. Weiterhin kann das Risiko dadurch reduziert werden, dass zumindest der Sachzeitwert einvernehmlich ausgehandelt wird. Dabei ergibt sich erfahrungsgemäß bereits eine erhebliche Reduzierung der ursprünglichen Kaufpreisforderung. Dann muss anschließend nur noch die Differenz zum Ertragswert eingeklagt werden.

Üblicherweise wird der Rückforderungsvorbehalt mit einer Frist von zwei bis drei Jahren verbunden, innerhalb der er ausgeübt werden muss.

Weiterhin ist es gut vorstellbar, dass die derzeit strittigen Rechtsfragen zur Kaufpreisbewertung in den nächsten Jahren gerichtlich geklärt werden, weshalb sich eigene Gerichtsprozesse der Kommunen vermieden werden könnten.

5. Modelle und Kooperationen zur Umsetzung von Netzübernahmen

Bei der Umsetzung von Netzübernahmen im Rahmen einer Re-Kommunalisierung kommen verschiedene Modelle in Betracht, die nachfolgend kurz dargestellt werden sollen. Dabei müssen insbesondere die folgenden Erfordernisse berücksichtigt werden:

- Finanzierungsaufwand für den Netzkaufpreis
- Technische und kaufmännische Betriebsführung des Netzes
- Energiewirtschaftliche Kompetenz

Zu jedem Modell sind diverse Abwandlungen vorstellbar, so dass die Aufzählung weder in Bezug auf die Anzahl noch auf die Ausgestaltung der Modelle abschließend sein kann.

a. Modell 1 „eigenständige Netzübernahme“

Kommunen können das Netz vollständig und **ohne Mitwirkung anderer Unternehmen** durch ihr eigenes Stadtwerke übernehmen. Dann müssten sie auch die Finanzierung alleine übernehmen. Um die Aufgaben der technischen und der kaufmänni-

schen Betriebsführung zu bewältigen, muss entweder rechtzeitig kompetentes Personal rekrutiert oder für einen gewissen Übergangszeitraum ein Betriebsführungsvertrag mit einem dafür qualifizierten Unternehmen abgeschlossen werden. Geeignet für eine übergangsweise (oder auch dauerhafte) Kooperation insbesondere kommunaleigene Unternehmen, da diese eher ähnliche Interessen wie das neu zu gründende Stadtwerke verfolgen. Eine weitere Lösung für die Personalproblematik kann darin bestehen, ggf. Mitarbeiter des bisherigen Netzbetreibers zu übernehmen. Das hat den Vorteil, dass die Eigenheiten der übernommenen Netze bekannt wären.

Vorteil dieses ersten Modells ist die **vollständige Entscheidungsfreiheit** der Städte und Gemeinden bzgl. Geschäftsmodell und Ergebnisverwendung. Nachteilig ist das spiegelbildlich höhere Risiko.

Für dieses Modell eignet sich sowohl die Gründung einer zu 100 % im kommunalen Eigentum befindlichen **Stadtwerke GmbH** als auch die Übernahme des Netzes durch den kommunalen Eigenbetrieb.

b. Modell 2 „Stadtwerke GmbH mit Partnerbeteiligung“

Kommunen könnten an der Re-Kommunalisierung einen **Kooperationspartner beteiligen**. Bei diesem Kooperationspartner sollte es sich idealerweise um ein **kommunales Energieversorgungsunternehmen** handeln, das in der Lage ist, die technische und kaufmännische Betriebsführung der Versorgungsnetze durchzuführen. Weiterhin sollte/könnte dieser Kooperationspartner einen Teil der Finanzierungskosten für die Netzübernahme tragen. Möglicherweise wäre der Kooperationspartner auch in der Lage, die Netzübernahmeverhandlungen kompetent zu begleiten und auch dort Risiken zu übernehmen (Vorfinanzierung des Sachzeitwertanteils im Kaufpreis, Übernahme des Prozessrisikos). Weiterhin könnte der Partner auch eine Kampagne zur „Eroberung“ der Vertriebskunden unterstützen, die nach neuem Recht nicht mehr automatisch auf den neuen Netzbetreiber übergehen (siehe dazu unten 6.).

Zur Umsetzung dieses Modells müssten die **Stadtwerke** als eine juristische Person des Zivilrechts **geführt werden**, an welcher der Partner anschließend Anteile erwirbt. Grundsätzlich ist es für die Kommune dabei natürlich ratsam, eine Mehrheitsbeteiligung an dem Gemeinschaftsunternehmen zu halten. Als Rechtsform ist eine **GmbH**, aber auch eine Personengesellschaft in Form einer **GmbH & Co KG** denkbar.

c. Modell 3 „Beteiligung Stadt an drittem Energieversorger“

Eine Abwandlung des zweiten Modells stellt die Möglichkeit dar, dass die Konzession für die Netze an ein anderes kommunales Energieversorgungsunternehmen vergeben wird, an dem sich die Kommune anschließend gesellschaftsrechtlich beteiligt. Dadurch würde die Erforderlichkeit zur Gründung eines eigenen Strom- und Gas-Stadtwerks entfallen und regelmäßig auch das Risiko der Kommunen minimiert.

6. Übergang der Versorgungsverhältnisse

Aufgrund der im neuen EnWG vorgeschriebenen Entflechtung von Energienetz und Energiehandel („**Vertrieb**“) gehen die **Kunden** nicht automatisch auf den neuen Verteilnetzbetreiber (hier: die neu zu gründenden Stadtwerke) über. Die Chancen zur Gewinnung von Kunden sind für Stadtwerke jedoch sehr groß, wie Erfahrungen aus anderen kommunalen Netzübernahmen verdeutlichen. Denn es hat sich gezeigt, dass es Stadtwerken als örtlich ansässiger Energieversorger regelmäßig hervorragend gelingt, die Kunden im eigenen Netzgebiet zu akquirieren. Das liegt insbesondere daran, dass sich die Kunden mit einem kommunalen Energieversorgungsunternehmen identifizieren können, faktisch eine größere Kundennähe gegeben ist und – ganz wichtig – die kritische Stimmung gegenüber den großen Energieversorgungsunternehmen die Wechselwilligkeit potentieller Kunden deutlich verstärkt.

Die **Akquise** von Energiekunden müsste auch nicht zwingend mit Beginn der Netzübernahme erfolgen. Die neu gegründeten Stadtwerke könnten sich auch zunächst darauf beschränken, die Netze zu betreiben und von den Netzkunden die **Netzentgelte** zu erheben.

III. Musterantrag Re-Kommunalisierung

Zur Festlegung der übergeordneten Ziele für eine Re-Kommunalisierung empfehlen wir, einen Beschluss über einen Grundsatzantrag zum Neuabschluss der Konzessionsverträge von der Stadtverordnetenversammlung/dem Stadtrat zu fordern. Damit könnte ein Verfahren eingeleitet werden, das eine ergebnisoffene Debatte über die Frage der Netzübernahme ermöglicht. Wir schlagen folgenden Antragsentwurf vor:

„Die Stadtverordnetenversammlung/der Stadtrat möge beschließen:

Der im Jahr 2011 für die Strom- und Gasnetze anstehende Neuabschluss der Konzessionsverträge soll für eine ergebnisoffene Debatte über die Zukunft der örtlichen Energieversorgung in unserer Stadt/Gemeinde genutzt werden. Hierbei verfolgen wir folgende übergeordnete Ziele, die bei der Konzessionsvergabe Beachtung finden sollen:

- Steigerung der Unabhängigkeit von Importenergieträgern sowie Schutz des Klimas
- Ausbau dezentraler erneuerbarer Energien und effizienter dezentraler Anlagen der Kraft-Wärme-Kopplung
- Anwendung von Regeltechnologien für den dezentralen Betrieb der Stromnetze
- Erhaltung und Schaffung von Arbeitsplätzen durch neue Wertschöpfung

Um diese Ziele zu erreichen, wird der Magistrat/der Bürgermeister beauftragt, die wirtschaftlichen Grundlagen für den Neuabschluss der Konzessionsverträge zu untersuchen. Dazu soll der Magistrat/der Bürgermeister Schritt für Schritt folgende Maßnahmen ergreifen:

- Auswahl eines energiewirtschaftlichen Beratungsbüros, das auf die wirtschaftliche Bewertung von Elektrizitäts- und Gasverteilnetzen spezialisiert ist
- Vorbereitung eines Antrags auf Datenabfrage beim bisherigen Netzbetreiber in Abstimmung mit dem ausgewählten energiewirtschaftlichen Beratungsbüro
- Einreichung der Anträge auf Datenabfrage beim bisherigen Netzbetreiber mit Fristsetzung für die Übermittlung der Daten
- Bewertung der Datenabfrage und des Wertes der Energieverteilnetze durch das energiewirtschaftliche Beratungsbüro
- Verhandlungen mit Kommunen und Stadtwerken aus der näheren Umgebung über mögliche Kooperations- und Beteiligungsmodelle
- Bekanntgabe des Auslaufens der Konzessionsverträge für das Strom- und Gasnetz am xx.yy.zzzz im elektronischen Bundesanzeiger und Festlegung einer dreimonatigen Frist für Bewerbungen um den Netzbetrieb
- Vorlage einer Beschlussempfehlung an die Stadtverordnetenversammlung/den Stadtrat über eine Grundsatzentscheidung einer Bewerbung der Stadt bzw. der Stadtwerke
- Bestandsaufnahme der Bewerbung/en und bei mehreren Bewerbern Vorbereitung einer Begründung für die Entscheidung der Konzessionsvergabe

- Vorlage einer Entscheidungsempfehlung an die Stadtverordnetenversammlung/den Stadtrat zur Übernahme des Stromnetzes durch die Stadt bzw. Stadtwerke oder zur Vergabe der Konzessionsverträge an einen anderen Netzbetreiber
- Aufnahme des Strom- und Gasnetzbetriebs durch den ausgewählten Netzbetreiber“

D. Umgang mit bestehenden Stadtwerken

I. Ausbau erneuerbarer Energien

Speziell für die Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien können Kommunen und kommunale Wirtschaftsunternehmen nach Maßgabe des **Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG)** die Abnahme und Vergütung ihres Stroms beanspruchen. Eine sehr gute Voraussetzung für ein erfolgreiches Engagement der Städte und Gemeinden beim Ausbau erneuerbarer Energien ist die Existenz eines Stadtwerks.

- **Größere EEG-Strom-Projekte** (etwa zur Nutzung von Windenergie, Biomasse, Geothermie oder großen Photovoltaik-Anlagen) lassen sich nur durch ein „echtes“ wirtschaftliches Unternehmen umsetzen, praktisch also entweder durch Stadtwerke oder durch ein anderes kommunales Unternehmen, welches eine EE-Strom-Anlage betreiben kann. Die Stadtwerke konzentrierten sich in den vergangenen Jahren zumeist in erster Linie darauf, ihre bestehenden Versorgungsanlagen im entstehenden Wettbewerb zu unterhalten und zu optimieren. Der Umstand, dass die Investition in EE-Anlagen gerade auch hinsichtlich der Konsolidierung der Marktposition der Stadtwerke Vorteile mit sich bringen kann, wird erst seit Kurzem von einigen Stadtwerken in seiner Bedeutung erkannt. Für neue Investitionen der Stadtwerke wird in den kommenden Jahren voraussichtlich die besondere Vergütung für auf Erdgasqualität aufbereitetes und in KWK-Anlagen verstromtes Biogas einen wichtigen Beitrag leisten. Die Stadtwerke Aachen haben bereits ein derartiges Biogas-Projekt mit der regionalen Landwirtschaft durchgeführt. Denn die neuen Durchleitungsregelungen für aufbereitetes Biogas ermöglichen es, Biogas im ländlichen Raum zu produzieren, durch das allgemeine Gasnetz in besiedelte Gebiete zu leiten und dort in KWK-Anlagen (BHKW) effizient zu verstromen. Diese Regelungen für die Netzeinspeisung von Biogas sollen mit dem in Meseberg beschlossenen Klimaschutzprogramm der Bundesregierung noch attraktiver gestaltet werden.

- Der eigenständige Betrieb **kleinerer Projekte für den Einsatz erneuerbarer Energien**, wie z. B. Photovoltaik-Anlagen auf öffentlichen Einrichtungen, ist in der Regel für die Stadt/Stadtwerke wirtschaftlich sinnvoller als die Dachflächen Dritten zur Nutzung zur Verfügung zu stellen. Auch an PV-Anlagen der Stadtwerke können Bürger beteiligt werden, z. B. durch Fondsmodelle. Letzterer Weg erscheint nur dann sinnvoll, wenn die Gemeinde selbst nicht über die nötigen Investitionsmittel verfügt. Hier kommt wiederum der besondere Vorteil eines privatrechtlich als GmbH organisierten Stadtwerks zum Tragen, das sich für rentable Investitionen ohne Beschränkungen der Kommunalaufsicht auf dem freien Kapitalmarkt Kredite besorgen kann.

Die Kommunen sind frei darin, mit ihren Einrichtungen von den Vergütungen des EEG für die Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien Gebrauch zu machen. Sie können ihre Grundstücke und Gebäude hierfür auch Dritten gegen Entgelt zur Verfügung stellen. Es ist jedoch **sinnvoll**, die vorhandenen städtischen Einrichtungen und die dazugehörigen **Dachflächen** durch kommunaleigene Unternehmen, z.B. für Photovoltaik-Anlagen, zu **nutzen**, um selbst von der Wertschöpfung einen Nutzen zu haben.

Da eine umfassende Novelle des KWKG für das Jahr 2008 angekündigt ist, können derzeit die künftigen Rahmenbedingungen für einen wirtschaftlichen Ausbau von Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen nicht seriös eingeschätzt werden.

II. Einflussnahme auf Unternehmenspolitik

Die Ziele des Klima- und Ressourcenschutzes kann die Kommune besonders effektiv vor allem bei Stadtwerken durchsetzen, die als Eigenbetrieb (1.) oder auch als zu 100 % im kommunalen Eigentum befindliche GmbH (2.) geführt werden. Schwieriger ist die Verfolgung dieses Ziels bei Stadtwerken von Seiten der Kommunalpolitik zu beeinflussen, das der Kommune nur anteilig gehört (3.).

1. Eigenbetrieb

Das allgemeine Unternehmensziel des Ausbaus der Eigenenergieerzeugung durch Anlagen erneuerbarer Energien und der Kraft-Wärme-Kopplung könnte die Stadtverordnetenversammlung / der Stadtrat in der **Eigenbetriebssatzung** verankern. Auf Grundsatzentscheidungen der Geschäftsführung des Eigenbetriebs kann über die Vertreter aus der Kommunalpolitik in der **Betriebskommission** eingewirkt werden (die Betriebskommission ist ein mit dem Aufsichtsrat einer privatrechtlichen Gesellschaft vergleichbares Kontrollgremium).

2. GmbH in 100%-igem kommunalen Eigentum

Kommunen, deren Stadtwerke GmbH sich zu 100% in kommunalem Eigentum befindet, können im **Gesellschaftsvertrag** die oben genannte Zielbestimmung verankern. Auf Grundsatzentscheidungen der Geschäftsführung der Stadtwerke GmbH können die Vertreter aus der Kommunalpolitik im **Aufsichtsrat** Einfluss nehmen.

3. Kommunale Anteile an einem Stadtwerk

Kommunen, die ein Stadtwerk gemeinsam mit einem beteiligten Partner führen, haben geringere Einflussmöglichkeiten auf die grundsätzliche Unternehmenspolitik der Geschäftsführung. Je nach Ausgestaltung der die Stadtwerke tragenden Gesellschaft muss ein **Konsortialvertrag** unter Beteiligung des Partners geändert werden, um eine strategische Ausrichtung der Stadtwerke z.B. auf den nachhaltigen Ausbau dezentraler erneuerbarer Energien zu organisieren. Für den Erfolg kommt es im Wesentlichen auf den Verhandlungsspielraum und das Verhandlungsgeschick der Kommunalverwaltung an. Im Rahmen der im jeweiligen Gesellschaftsvertrag geregelten Befugnisse des **Aufsichtsrats** können die darin vertretenen Kommunalpolitiker Einfluss auf die Geschäftsführung ausüben, was allerdings ihre Mehrheit und einen weitgehend parteiübergreifenden Handlungswillen voraussetzt.

Allgemein ist für die **kommunalen Vertreter in Aufsichtsräten** festzuhalten, dass diese nicht an Beschlüsse der Stadtverordnetenversammlung / des Stadtrats gebunden sind. Deshalb ist der kommunale Einfluss durch den Aufsichtsrat auf die Geschäftsführung durch formale demokratische Prozesse nicht steuerbar. Die Bürgerschaft ist daher darauf angewiesen, über die sonstigen demokratischen Rechte Öffentlichkeit für ihre Anliegen herzustellen und so ggf. Einfluss auf strategische Unternehmensentscheidungen zu gewinnen.

III. Verhinderung von Privatisierungen

Privatisierungen von Stadtwerken bzw. die Veräußerung der Energienetze können nicht durch Maßnahmen der Kommunalpolitik dauerhaft unterbunden werden; es existiert kein Ewigkeitsrecht für den Bestand eines kommunalen Unternehmens. Es ist daher erforderlich, jeweils Mehrheiten für den Bestand der Stadtwerke und die Erhaltung des Eigentums am kommunalen Vermögen zu organisieren.

Die Unternehmensform des (öffentlich-rechtlichen) Eigenbetriebs bietet sicherlich einen relativ gesehen größeren Schutz als privat-rechtliche Gesellschaftsformen. Das liegt daran, dass beim Eigenbetrieb zunächst die Eigenbetriebssatzung geändert

bzw. aufgehoben werden muss, um darauf hin ein ganz neues Unternehmen zu gründen, an dem die Kommune erst Anteile veräußern kann.

E. Kommunales Konzept für Klimaschutz und Ausbau erneuerbarer Energien

I. Leitbild- und Grundsatzbeschlüsse

Die Städte und Gemeinden sind als Träger der kommunalen Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 GG grundsätzlich dazu befugt, Leitbild- und Grundsatzbeschlüsse über kommunale Konzepte für den Klimaschutz und den Ausbau erneuerbarer Energien zu verabschieden (z.B. den Beschluss für eine 100%-Erneuerbare-Energien-Stadt).

Rechtlich teilweise problematisch sind allein die Maßnahmen zur effektiven Umsetzung solcher Leitbilder und Konzepte. Im Folgenden sollen die Maßnahmen für den verbindlichen Einsatz erneuerbarer Energien und für Anschluss- und Benutzungsregelungen an Nah- bzw. Fernwärmenetze auf ihre Rechtmäßigkeit hin untersucht werden.

II. Solare Baupflichten

1. Einleitung

a. Solare Baupflichten im Überblick

Baupflichten für Solaranlagen setzen sich als Konzept im Rahmen des solaren Städtebaus und der staatlichen Klimaschutz- und Energiepolitik in Europa immer mehr durch. Schon in den 80er Jahren des 20. Jahrhunderts hat der Staat Israel zur Sicherung der eigenen Energieunabhängigkeit beim Neubau von Gebäuden eine Baupflicht für solarthermische Anlagen eingeführt, was dazu geführt hat, dass heute wie selbstverständlich fast jedes Haus in Israel mit solarthermischer Wärme versorgt wird. In Europa ist Barcelona die Vorreiterin für das Konzept der Baupflichten für solarthermische Anlagen. Die rechtlich mit einer Satzung vergleichbare „ordenanza solar“ regelt die Solarthermiepflicht für das gesamte Stadtgebiet. In Deutschland hat erstmalig die Stadt Vellmar (Hessen) das Konzept in veränderter Weise eingeführt. Im Baugebiet „Auf dem Osterberg“ hat sie die Bauherren verpflichtet, einen städtebaulichen Vertrag abzuschließen, wenn sie ein Grundstück in dem betreffenden Baugebiet erwerben. In diesem städtebaulichen Vertrag ist die Pflicht zum Einbau einer solarthermischen Anlage geregelt. Das Land Hamburg hat in mehreren Baugebieten zu Anfang des neuen Jahrhunderts eine Solarthermiepflicht über das Landesklimaschutzgesetz in den Bebauungsplänen verankert. In Deutschland gibt es allerdings keine Stadt, die vergleichbar mit Barcelona eine Solarpflicht für alle Neubauten

im Stadtgebiet eingeführt hat. Dies könnte sich bald ändern, da die Stadt Marburg den Entwurf für eine Solarsatzung erarbeitet hat, der im Frühsommer 2008 von der Stadtverordnetenversammlung verabschiedet werden soll.

Im Bereich der Landesgesetzgebung ist in Baden-Württemberg im November 2007 ein Gesetz zur Nutzung erneuerbarer Wärmeenergie verabschiedet worden, das eine Nutzungspflicht für Wärmeenergie aus erneuerbaren Energien vorsieht. Auf Bundesebene hat die Bundesregierung einen Gesetzentwurf für ein Erneuerbare-Energien-Wärme-Gesetz (EEWärmeG) beschlossen, der gegenwärtig dem Bundestag zur Beratung vorliegt.

Da diese Gesetze allerdings nur Mindestvorgaben für den Einsatz erneuerbarer Wärmeenergien beinhalten und sich jedenfalls das Bundesgesetz ausschließlich auf Neubauten bezieht, verbleibt den Kommunen ein eigener Spielraum für solare Baupflichten.

b. Öffentliche Akzeptanz von solaren Baupflichten

In der Öffentlichkeit werden Klimaschutzmaßnahmen wegen der gesteigerten Aufmerksamkeit durch das Gutachten des Weltklimarats zum Fortschreiten des Klimawandels wesentlich wohlwollender behandelt als noch vor dem Jahr 2007. In der Planungspraxis hat sich das Vellmarer Modell zur solaren Baupflicht bereits als ein Erfolg herausgestellt, weil es erstens von der öffentlichen Meinung und von den betroffenen Grundstückseigentümern breit akzeptiert wird, und es zweitens nicht zu einer Zurückhaltung von Investitionen in dem Solarbaugelände gekommen ist. Die breite Akzeptanz unter den Bauwilligen hat eine Studie der Universität Kassel im Auftrag der EU-Kommission bestätigt (Arbeitsgruppe Sozial- und Innovationspsychologie (Hg.), Solarthermie in Vellmar - Osterberg, Befragung zur Akzeptanz eines städtebaulichen Vertrages zum Klima- und Umweltschutz bei privaten Bauherren und Bewohnern, Zwischenbericht, 2006, S. 14 ff.).

c. Instrumente des öffentlichen Baurechts zur Einführung von solaren Baupflichten

Das Baugesetzbuch des Bundes sowie die hessische und die saarländische Bauordnung stellen den Kommunen Instrumente für ordnungsrechtliche Maßnahmen zum Einsatz erneuerbarer Energien zur Verfügung. Hier werden die Instrumentarien für verbindliche Bestimmungen der Kommunen überblicksartig vorgestellt:

aa. Rechtsgrundlagen im Baugesetzbuch (BauGB)

Das Baugesetzbuch des Bundes regelt das gesamte Bodenrecht auf der Grundlage von Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG. Das sog. Städtebaurecht bietet den Kommunen im Rahmen der verbindlichen bzw. kooperativen Bauleitplanung durch Bebauungspläne bzw. städtebauliche Verträge folgende Möglichkeiten für den Einsatz erneuerbarer Energien:

- Die Festsetzungsmöglichkeiten im Bebauungsplan nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 BauGB schaffen Spielräume für den kommunalen Plangeber zur Strukturierung einer Siedlung nach den Grundsätzen der solaren Bauleitplanung, insbesondere zur Ausrichtung der Gebäudehauptfassade in Richtung Süden sowie zur Regelung einer energiesparenden kompakten Bauweise.
- § 9 Abs. 1 Nr. 23a BauGB ermöglicht den Kommunen, die Verwendung bestimmter luftverunreinigender Stoffe bei der Energieerzeugung über den Bebauungsplan zu untersagen, z. B. das Verbot zur Verbrennung von Braunkohle zu Heizungszwecken.
- § 9 Abs. 1 Nr. 23b BauGB ermöglicht die positive Festsetzung von erneuerbaren Energieträgern zur Strom- und Wärmeproduktion an neu zu errichtenden Gebäuden im Bebauungsplan.
- § 9 Abs. 1 Nr. 24 BauGB eröffnet die Möglichkeit, bauliche Vorkehrungen für den Wärmeschutz im Bebauungsplan festzulegen.
- § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 BauGB eröffnet dem kommunalen Plangeber die Möglichkeit zum Abschluss städtebaulicher Verträge, welche die Nutzung von Solaranlagen für die Wärme-, Kälte- und Elektrizitätsversorgung vorgeben.

Da der Abschluss **städtebaulicher Verträge** für Instrumente der direkten Demokratie nicht geeignet ist, wird dieses Instrument im Folgenden **nicht** weiter behandelt. Darüber hinaus ist zu beachten, dass sich das Instrument des städtebaulichen Vertrags nur dann effektiv zur Einführung eines Solarstandards eignet, wenn die Kommune entweder im Eigentum der Grundstücke ist oder zusätzlich mit Instrumenten der verbindlichen Bauleitplanung eine Grundlage für die solare Baupflicht schafft.

Für die **positive Festsetzung solarer Baupflichten** ist auf der Grundlage des Bundesrechts im Folgenden **allein die Festsetzungsmöglichkeit nach § 9 Abs. 1 Nr. 23b BauGB von Interesse**; die übrigen Rechtsgrundlagen kommen für den verbindlichen Einsatz erneuerbarer Energien allenfalls mittelbar als Begleitbestimmungen in Betracht.

bb. Rechtsgrundlagen im Landesrecht

- § 81 Abs. 2 Var. 2 Hessische Bauordnung (HBO) schafft die Rechtsgrundlage für die Vorgabe bestimmter Heizungsarten zur rationellen Verwendung von Energie.
- § 85 Abs. 2 Var. 2 Saarländische Bauordnung (SaarBO) schafft die Rechtsgrundlage für die Vorgabe bestimmter Energie- oder Heizungsarten zur sparsamen Verwendung von Energie.

In den Bauordnungen der übrigen Bundesländer sind solche Rechtsgrundlagen für energiebezogene Maßnahmen der Städte und Gemeinden nicht enthalten. Daher besteht lediglich in Hessen und im Saarland die Möglichkeit für die Kommunen zur Nutzung dieses bauordnungsrechtlichen Instruments.

2. Solare Baupflicht nach § 9 Abs. 1 Nr. 23b BauGB

Zunächst soll die allgemeine Zulässigkeit klima- und ressourcenschützender Festsetzungen für den Einsatz erneuerbarer Energien erörtert werden (1.). In einem zweiten Schritt wird die konkrete Rechtsgrundlage des § 9 Abs. 1 Nr. 23b BauGB daraufhin geprüft, ob und inwieweit sie sich für die Festsetzung einer solaren Baupflicht eignet (2.).

a. Zulässige städtebauliche Zielsetzung des Klima- und Ressourcenschutzes für die Nutzung erneuerbarer Energien

Wie jede Festsetzung eines Bebauungsplans muss auch eine solare Baupflicht „aus städtebaulichen Gründen“ (§ 9 Abs. 1 BauGB) gerechtfertigt sein. Dazu wird vorausgesetzt, dass die mit § 9 Abs. 1 Nr. 23b BauGB beabsichtigte Maßnahme der solaren Baupflicht eine städtebauliche Zielsetzung verfolgt.

Der Klima- und Ressourcenschutz durch den Einsatz erneuerbarer Energien ist eine städtebauliche Zielsetzung, was spätestens seit der grundlegenden Überarbeitung des Baugesetzbuches im Jahr 2004 (EAG Bau) nicht mehr ernsthaft bestritten werden kann. Weil das vorher geltende öffentliche Baurecht des Bundes noch heute Wirkungen zeigt, soll hier kurz auf die früheren Konfliktlinien eingegangen werden. Dadurch sind die nach dem heutigen Recht bedeutenden Fragen zur Zulässigkeit solarer Pflichten in der Bauleitplanung besser nachvollziehbar.

aa. Altes BauGB vor 2004

Die Rechtsprechung zum BauGB vor dem Jahr 2004 hat bereits zurückhaltende Konzepte für einen klimaschonenden Städtebau unterbunden, z. B. das für ein Baugebiet erlassene Verwendungsverbot luftverunreinigender Stoffe. Nach dieser Auffassung dienen Vorschriften des Städtebaurechts dem bodenrechtlich zu begründenden und durch Bauleitplanung zu fördernden Immissionsschutz auf örtlicher Ebene. Das Ziel der Kommune, mit dem Bebauungsplan umweltfreundlichen Energieträgern Vorrang einzuräumen, habe keinen bodenrechtlichen Bezug zu den besonderen Gegebenheiten des planerfassten Gebiets. Nach dieser Ansicht erlaubten weder das Bundesbaurecht vor noch nach 1998 Festsetzungen zum „allgemeinen Klimaschutz“ in Bebauungsplänen.

Der Standpunkt, Klima- und Ressourcenschutz seien generell kein Gegenstand des Städtebaurechts, war nach der hier vertretenen Auffassung schon unter der Geltung des Baugesetzbuches aus dem Jahr 1998 nicht zu rechtfertigen. Denn in § 1 Abs. 5 Nr. 7 BauGB 1998 hieß es bereits, dass „die Belange des Umweltschutzes, auch durch die Nutzung erneuerbarer Energien, (...) sowie das Klima“ zu den Grundsätzen einer „nachhaltigen städtebaulichen Entwicklung“ zählen.

Außerdem ist der bodenrechtliche Bezug klimaschützender Festsetzungen evident. Die kommunale Beplanung von Flächen verursacht mittelbar die Emission von Klimagasen durch den Energieverbrauch in den neuen Häusern. Deshalb liegt in der bodenrechtlichen Entscheidung die Rechtfertigung, die negativen globalen Auswirkungen der örtlichen bodenrechtlichen Planung zu begrenzen. Es ist danach keine verantwortliche Stadtplanung, die Natur lokal auszubeuten und in einer Art Kirchturmpolitik die Augen vor den globalen Auswirkungen der lokalen Entscheidungen zu verschließen. Diese Auffassung setzte sich allerdings in der Planungspraxis unter der Geltung des Baugesetzbuches von 1998 nicht durch.

bb. Neues BauGB 2004

Auf der Grundlage der Novelle des BauGB aus dem Jahr 2004 ist nun die pauschal ablehnende Rechtsauffassung, der Klima- und Ressourcenschutz durch den Einsatz erneuerbarer Energien entziehe sich dem baugesetzlichen Programm der städtebaulichen Ziele, nicht länger vertretbar. Der Gesetzgeber hat das Baugesetzbuch nämlich hinsichtlich der Ziele und Rechtsgrundlagen für eine nachhaltige städtebauliche Entwicklung weiter präzisiert: Die Bauleitpläne sollen nach heutigem gesetzlichen Auftrag explizit „auch in Verantwortung für den allgemeinen Klimaschutz“ entwickelt werden (§ 1 Abs. 5 S. 2 BauGB 2004). Umweltschutzelange sollen – ähnlich wie im

BauGB 1998 – auch in Bezug auf die Nutzung erneuerbarer Energien berücksichtigt werden (§ 1 Abs. 6 Nr. 7f BauGB 2004).

Eine abschließende Einigkeit besteht unter Juristen über diese Weiterung des städtebaulichen Programms zwar noch nicht. Doch es kann nicht übersehen werden, dass die neu eingeführte Bestimmung des § 9 Abs. 1 Nr. 23b BauGB, nach der es den Gemeinden gestattet ist, in Bebauungsplänen Festsetzungen über bauliche Maßnahmen zur Nutzung von erneuerbaren Energien zu treffen, ihre Funktion verlieren würde, wenn diese nicht auch aus Klimaschutzgründen getroffen werden dürften. Rein örtliche Luftreinhaltungsprobleme können die Forderung nach Nutzung erneuerbarer Energien nicht rechtfertigen, da es auch andere Arten der Energienutzung gibt, die vor Ort nur zu einer sehr geringen Luftbelastung führen (insbesondere Fernwärme und Erdgas). Die vorgetragenen Zweifel an den klimapolitischen Weiterungen der Baurechtsnovelle 2004 können nicht überzeugen, weshalb Kommunen durchaus vorgehen können.

Nach der heute geltenden Fassung des BauGB ist der Klima- und Ressourcenschutz zwar nach wie vor kein selbständiges und schon gar kein generell vorrangiges Ziel der Bauleitplanung. Soweit es städtebaulich veranlasst ist, hat die Bauleitplanung allerdings ihren ebenenspezifischen Beitrag auch zum globalen Klima- und Ressourcenschutz zu leisten. Die Kommunen werden ihrem Teil der Verantwortung dadurch gerecht, dass sie die durch eigene Bebauungsplanung mit verursachten Treibhausgasemissionen durch geeignete Gegenmaßnahmen mindern, etwa durch den Einsatz erneuerbarer Energien. Die städtebauliche Veranlassung bezieht sich auf den mit der Einräumung von Bodennutzungsmöglichkeiten örtlich hervorgerufenen fossilen Energieverbrauch. Von Städten und Gemeinden eingeführte solare Baupflichten müssen sich im Bereich der Bebauungsplanung für Siedlungsgebiete also auf die Deckung des Energiebedarfs der Gebäude bzw. der Siedlung mit erneuerbaren Energien im jeweiligen Plangebiet beziehen. Unzulässig wäre es, Festsetzungen zu treffen, die außerhalb eines Bezuges zum Energiebedarf der Gebäude stehen. Dies würde schon den kompetenziellen Beschränkungen aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG zuwiderlaufen, wonach ein Bezug der kommunalen Maßnahme zu den Belangen der örtlichen Gemeinschaft gegeben sein muss. Rein allgemeinpolitische Aktivitäten sind den Gemeinden nicht gestattet. Allerdings ist es unschädlich, wenn örtlich relevante Maßnahmen mit einem Bezug zur Gemeinde *auch* im Interesse der allgemeinen Politik des Bundes und der Länder sind, was bei Maßnahmen des kommunalen Klimaschutzes regelmäßig der Fall ist.

b. Rechtsgrundlage für eine solare Baupflicht

Für die konkrete Umsetzung ihrer planerischen Vorstellungen städtebaulicher Art bedarf die Kommune über die allgemeinen Ziel- und Aufgabenzuweisungen des § 1 BauGB hinaus einer speziellen Rechtsgrundlage. In dem detaillierten Katalog der nach § 9 BauGB in Bebauungsplänen zulässigen Festsetzungen befindet sich seit 2004 unter anderem eine spezielle Vorschrift über Festsetzungen zum Einsatz von erneuerbaren Energien. Nach § 9 Abs. 1 Nr. 23b BauGB können im Bebauungsplan „aus städtebaulichen Gründen“ festgesetzt werden:

„Gebiete, in denen bei der Errichtung von Gebäuden bestimmte bauliche Maßnahmen für den Einsatz erneuerbarer Energien wie insbesondere Solarenergie getroffen werden müssen“.

Für die Praxis empfiehlt sich ein kombinierter Gebrauch von § 9 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 23b BauGB. Denn für den effektiven Einsatz der Solarenergie sollte der Plangeber den Grundstückseigentümern nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 BauGB Spielräume für eine südorientierte Bauweise schaffen.

Im Hinblick speziell auf § 9 Abs. 1 Nr. 23b BauGB stellt sich die zentrale Frage, was genau unter „baulichen Maßnahmen für den Einsatz erneuerbarer Energien“ zu verstehen ist. Von ihrem begrifflichen Gehalt her bezeichnet die Formel alle Vorkehrungen *baulicher Art*, welche die Errichtung oder Anbringung bestimmter Anlagen zur Nutzung von erneuerbaren Energien entweder direkt vorsehen oder deren Nutzung vorbereiten, erleichtern, begünstigen oder begleiten.

Da seit Einführung der Bestimmung erst ein relativ kurzer Zeitraum vergangen ist, bestehen hinsichtlich mancher Einzelheiten zur Auslegung der Vorschrift noch gewisse Unsicherheiten. Eindeutig dürfte jedoch sein, dass den Gemeinden mit § 9 Abs. 1 Nr. 23b BauGB ermöglicht werden soll, bei Gebäuden insbesondere den Einbau von Solaranlagen zur Wärmenutzung und zur Stromerzeugung zu verlangen. Abwegig erscheint demgegenüber die in einer Literaturäußerung vertretene Ansicht, es seien nur Festsetzungen für vorbereitende Maßnahmen zum Einsatz für regenerative Energien (z.B. hinsichtlich der Gebäudeausrichtung oder der Leitungsinstallati- onen) zulässig, nicht für den Einbau des Energieaggregats. Eine derart restriktive Auslegung wäre sinn- und zweckwidrig. Sie unterstellt dem Gesetzgeber, er habe den Gemeinden zur Umsetzung der städtebaulichen Aufgaben des Klima- und Ressourcenschutzes sowie der Nutzung erneuerbarer Energien in § 1 Abs. 5, 6 Nr. 7a, f und Nr. 8f BauGB keine effektiv wirksamen Instrumente in die Hand geben wollen. Solare Baupflichten könnten daher im Rahmen der Aufstellung von Bebauungsplä-

nen sowohl in Bezug auf solarthermische als auch in Bezug auf Solarstromanlagen auf § 9 Abs. 1 Nr. 23b BauGB gestützt werden.

Der Gebrauch des § 9 Abs. 1 Nr. 23b BauGB ist allerdings nur unter bestimmten Voraussetzungen rechtmäßig:

- § 9 Abs. 1 Nr. 23b BauGB schränkt den Anwendungsbereich der Rechtsgrundlage durch die Bestimmung „bei der Errichtung von Gebäuden“ sachlich auf den Einsatz erneuerbarer Energien an Gebäuden ein, die im Geltungsbereich des Bebauungsplans **neu** errichtet werden. Vorgaben für eine solare Baupflicht im Gebäudebestand können nicht auf § 9 Abs. 1 Nr. 23b BauGB gestützt werden. Darüber hinaus sind Festsetzungen ausgeschlossen, die den Einsatz erneuerbarer Energien auf einem Grundstück vorschreiben, auf dem gar kein Gebäude errichtet wird und das keinerlei Bezug zur Errichtung eines Gebäudes aufweist. Unzulässig wäre etwa eine Vorschrift in einem Bebauungsplan, die den Eigentümer eines Grundstücks dazu verpflichten würde, eine Freiflächen-Photovoltaik-Anlage zu errichten.
- Darüber hinaus wird der sachliche Anwendungsbereich dadurch eingeschränkt, dass nur „bauliche“ Maßnahmen für den Einsatz erneuerbarer Energien vorgeschrieben werden dürfen. Die Einschränkung auf „bauliche“ Maßnahmen bedeutet nicht, dass die Kommunen im Bebauungsplan die genaue bauliche Ausführung, z.B. eines Solarkollektors, vorschreiben müssten. Es ist ihr aber umgekehrt auch nicht untersagt, im Sinne der gesetzlichen Ziele insoweit bestimmte Leistungsanforderungen für die Anlagen vorzugeben oder einen Mindestanteil für den technisch zu ermöglichenden Einsatz von erneuerbarer Energien zu fordern. Dies kann sie z.B. mit Hilfe solarer Deckungsraten für die Warmwasserbereitung oder unter Bezugnahme auf bestimmte technische Leistungsmerkmale umsetzen. Um die eigentlich selbstverständliche tatsächliche Nutzung der erneuerbaren Energien in der baulich vorgeschriebenen Anlage durchzusetzen, kann die Kommune auf der Grundlage des § 9 Abs. 1 Nr. 23a BauGB ein Verwendungsverbot für fossile Energieträger in Höhe der von der Anlage erneuerbarer Energien produzierten Energiemenge vorschreiben. Die konzeptionelle Überlegung des Magistrats hinsichtlich einer konkreten Flächenvorgabe für die Größe eines Solarkollektors bzw. einer Photovoltaik-Anlage begegnet keinen Bedenken. Denn in einer solchen Flächenvorgabe ist im eigentlichen Sinne die Vorgabe einer in das Bauvorhaben zu integrierenden „baulichen Maßnahme“ zu sehen.

3. Solare Baupflicht nach § 81 Abs. 2 HBO

a. Rechtsgrundlagen des Bauordnungsrechts im Überblick

Rechtsgrundlagen für energiebezogene Vorschriften der Kommunen im Bauordnungsrecht haben lediglich der hessische und saarländische Landesgesetzgeber geschaffen. Die Bauordnungen der übrigen Bundesländer stellen – mit Ausnahme des Sonderfalls Stadtstaat Hamburg – keine Rechtsgrundlagen für Maßnahmen des Klima- und Ressourcenschutzes bereit.

Die Landesgesetzgeber in Hessen und im Saarland haben den Kommunen zur Beachtung des selbstverständlich auch im Bereich des Bauordnungsrecht geltenden Staatsziels Umweltschutz (Art. 20a GG) besondere Rechtsgrundlagen zur Verfügung gestellt. Diese müssen von diesen daher auch in bestimmtem Umfang Gebrauch machen können. Der Gesetzeswortlaut der Rechtsgrundlagen des § 81 HBO bzw. des § 85 SaarBO bezieht sich auf mögliche Festsetzungen für die „rationelle“ (HBO) bzw. „sparsame“ (SaarBO) „Verwendung von Energien“. Ob auch Solaranlagen zur Solarwärme- und Solarstromerzeugung als rationelle bzw. sparsame Energietechniken aufzufassen sind, bedarf der eingehenden Begründung. Ebenso müssen die Tatbestandsmerkmale „aus Gründen des Wohls der Allgemeinheit“ und „nach den örtlichen Verhältnissen geboten“ umfassend ausgelegt werden.

Die Frage der Rechtmäßigkeit einer Solarsatzung wird anhand der Rechtsgrundlage im hessischen Recht untersucht. Im Anschluss werden kurz die Besonderheiten der saarländischen Rechtsgrundlage betrachtet.

b. § 81 Abs. 2 HBO als Rechtsgrundlage für eine Solarsatzung

Die Rechtsgrundlage zum Erlass einer Solarsatzung in hessischen Städten und Gemeinden lautet:

„Die Gemeinden können ferner durch Satzung bestimmen, dass im Gemeindegebiet oder in Teilen davon ... bestimmte Heizungsarten vorgeschrieben werden, wenn dies nach den örtlichen Verhältnissen ... aus Gründen des Wohls der Allgemeinheit zur rationellen Verwendung von Energie geboten ist; danach vorgeschriebene Heizungsarten dürfen keine höheren Umweltbelastungen und keinen höheren Primärenergieverbrauch verursachen als ausgeschlossene Arten.“ (§ 81 Abs. 2 Var. 2 HBO).

Es soll nun geprüft werden, ob die unbestimmten Rechtsbegriffe des § 81 Abs. 2 HBO als Rechtsgrundlage für eine Solarsatzung auszulegen sind.

aa. Solaranlage als „bestimmte Heizungsart“

Solarthermische Anlagen sind eine „bestimmte Heizungsart“, weil sie entweder nur zur Warmwasserbereitung im Sinne des § 14 Energieeinsparverordnung (EnEV) oder zusätzlich zur Heizungsunterstützung im Sinne des § 13 EnEV verwendet werden; die Begriffsbestimmung des § 2 Nr. 6 EnEV für „erneuerbare Energien“ setzt schlicht voraus, dass in Gebäuden gewonnene solare Strahlungsenergie zu Zwecken der „Heizung“ und der „Warmwasserbereitung“ eingesetzt wird.

Solarstromanlagen hingegen sind keine „bestimmte Heizungsart“, sofern der mit solarer Strahlungsenergie erzeugte Strom nach den Vorgaben des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG) in das allgemeine Elektrizitätsnetz eingespeist wird. Denn nach § 1 Abs. 2 EEG ist es der Zweck dieses Gesetzes, den Anteil der erneuerbaren Energien an der Stromversorgung (nicht an der Wärmeversorgung) zu erhöhen.

bb. Als „rationelle Verwendung von Energie“

Solarthermische Anlagen erfüllen die Tatbestandsvoraussetzung der „rationellen Verwendung von Energie“. Zur Auslegung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs kann auf § 1 Hessisches Energiegesetz (HEnG) zurückgegriffen werden. Danach ist sie als eine „gesamtwirtschaftlich preiswürdige und sichere Erzeugung und Verwendung von Energie“ aufzufassen (§ 1 Abs. 1 S. 2 HEnG). Eine Vermutung zur Einbeziehung solarthermischer Anlagen in den Rechtsbegriff der rationellen Verwendung von Energie enthält ihre Aufnahme in die auf Grundlage des Hessischen Energiegesetzes erlassenen Förderrichtlinien (Nr. 7.3 und 7.4). Da der Bund mittlerweile in seinem Marktanreizprogramm solarthermische Anlagen fördert, ist das Land Hessen durch Änderung der Richtlinien aus der Förderung solarthermischer Anlagen ausgestiegen. Wegen dieses rein formalen Grundes der Beendigung der Förderung ist nicht davon auszugehen, dass das Land solarthermische Anlagen nicht mehr als rationelle Verwendung von Energie versteht.

Der Einsatz solarthermischer Anlagen ist auch **gesamtwirtschaftlich preiswürdig**. Der Begriff der gesamtwirtschaftlichen Preiswürdigkeit bedeutet, dass die Einsparung von Energie mit einem „vertretbaren Zusatzbedarf an Arbeit und Kapital“ zu verwirklichen ist und die Maßnahmen insbesondere „wirtschaftlich vertretbar“ und „sozial akzeptabel“ sind.

Der Einsatz der Solarthermie ist **wirtschaftlich vertretbar**. Unter dem Blickwinkel der gesamtwirtschaftlichen Preiswürdigkeit ist es für die wirtschaftliche Vertretbarkeit einer solaren Baupflicht nicht erforderlich, dass sich die privaten Investitionen in eine Solaranlage während ihrer erwarteten Betriebsdauer von 20 Jahren amortisieren.

Eine solche Amortisation kann sowieso nicht vorhergesagt werden, da sie abhängig vom jeweiligen Preis des solar ersetzten fossilen Energieträgers ist. Die gegenwärtigen und für die Zukunft erwarteten hohen Energiepreise für die bevorzugten Heizenergieträger Erdgas und Heizöl führen schon heute dazu, dass sich abhängig von der technischen Ausführung und der konkreten Auslegung einer solarthermischen Anlage die Investitionskosten durch die eingesparten fossilen Energiekosten potentiell rechnen können. Für das Kriterium der wirtschaftlichen Vertretbarkeit ist es allerdings nicht maßgeblich, ob bei einer rein betriebswirtschaftlichen Betrachtung eine Amortisation möglich ist. Denn durch die gesamtwirtschaftliche Betrachtung kommt es über das Kriterium der wirtschaftlichen Amortisation hinaus auf weitere volkswirtschaftlich relevante Faktoren an, die in die Betrachtung der Preiswürdigkeit einfließen. Weil eine Solaranlage weit mehr Nutzenergie von der Sonne erntet als zur Herstellung der Solaranlage erforderlich ist, leistet eine solare Baupflicht durch die Einsparung nicht erneuerbarer Primärenergieträger einen erheblichen Beitrag zum Klima- und Ressourcenschutz. Volkswirtschaftlich relevante Kosten durch Luftverunreinigungen und Klimaschäden, die sich bereits heute im Gesundheits-, Forst- und Bausektor niederschlagen, werden durch den Ausbau der Solarenergie in Kommunen deutlich vermindert.

Nach der Einfügung des Art. 20a GG in die deutsche Rechtsordnung hat das Verursacherprinzip in das dem Umweltschutz dienende einfache Recht Einzug gehalten. Deshalb muss die Vermeidung externer Kosten durch den Einsatz der Solarenergie in die Bewertung der gesamtwirtschaftlichen Preiswürdigkeit mit einbezogen werden. Da in jedem Fall nur ein geringer Zusatzbedarf an Arbeit und Kapital erforderlich ist, um eine solare Baupflicht zu erfüllen, ist die Voraussetzung der wirtschaftlichen Vertretbarkeit gegeben.

Als weiteres Kriterium der gesamtwirtschaftlichen Preiswürdigkeit ist die solare Baupflicht auch **sozial akzeptabel**. Denn die geringfügigen Mehrkosten für den Einbau einer solarthermischen Anlage fallen vor dem Hintergrund der Gesamtinvestitionen beim Hausbau und bei wesentlichen Renovierungsarbeiten nicht besonders ins Gewicht. Sie stellen zwar zunächst eine Belastung für die Bauwilligen dar. Da sich die Investitionskosten aber entweder amortisieren oder nur geringfügig unter der Amortisationsgrenze bleiben, kommen über einen längeren Zeitraum betrachtet keine bzw. nur geringe zusätzliche Kosten auf die Bauwilligen zu. Zudem vermittelt die solare Baupflicht einen veritablen wirtschaftlichen Vorteil für die Bauherren. Da von Energieexperten erwartet wird, dass das Preisniveau der fossilen Energieträger wegen ihrer Knappheit nicht mehr deutlich sinken, sondern eher weiter ansteigen wird, ist der Einbau einer solarthermischen Anlage als eine Investition zur Vorsorge vor künftigen Energiekostenbelastungen aufzufassen. Nach dem Aufbringen der Investitions-

kosten für die solarthermische Anlage, entstehen kaum Folgekosten, da der Energieträger Solarstrahlung kostenlos ist. Durch die geringeren Baufolgekosten können die Baukredite zudem von den Bauherren besser bedient werden. Angesichts des geringen Kostenanteils beim Hausbau in Höhe von ca. 1 % und der wirtschaftlichen Vorsorge durch die Solarenergienutzung sind die Investitionskosten bei einer solaren Baupflicht „sozial akzeptabel“.

Damit ist die solare Baupflicht eine gesamtwirtschaftlich preiswürdige Methode zur Energieerzeugung und infolgedessen eine „rationelle Verwendung von Energie“ gemäß § 81 Abs. 2 Var. 2 HBO. Aus verfassungsrechtlichen Gründen der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in die Eigentums- und Baufreiheit des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG sollten die Vorgaben zur solaren Baupflicht allerdings so gestaltet werden, dass sich die durch die Regelung hervorgerufenen Kosten für die Gebäudeeigentümer möglichst rechnen können; garantiert werden muss eine Amortisation wie bereits ausgeführt nicht. Hierzu sollten bei der Vorgabe einer pauschalen Mindestgröße für die Solaranlagen je Einheit Bruttogeschossfläche Ausnahmen und Befreiungen vorgesehen werden, die etwa eine Rücksichtnahme auf besondere Wohnverhältnisse oder ein Ausweichen auf den Einsatz von Solarstromanlagen gestatten. Bei Bestandsgebäuden ist insbesondere darauf zu achten, dass die Satzung eine Unverträglichkeit des Einsatzes der Solarenergie mit der Gestaltung bzw. der Ausrichtung des Daches berücksichtigt, z.B. falls keine ausreichende Dachfläche von Südost bis Südwest gegeben ist. Sollte die Umsetzung der solaren Baupflicht, z. B. wegen der gleichzeitigen Beachtung von Anforderungen des Denkmalschutzes, eine unzumutbare Kostenbelastung verursachen, ist aus Gründen des Grundrechts der Eigentumsfreiheit erforderlich, entweder einen Rechtsanspruch auf finanziellen Ausgleich der Belastungsspitze einzuführen oder Ausnahmen und Befreiungen von der solaren Baupflicht zuzulassen.

cc. „Aus Gründen des Wohls der Allgemeinheit nach den örtlichen Verhältnissen geboten“

Eine solare Baupflicht ist auf der Grundlage des § 81 Abs. 2 HBO aus Gründen des Wohls der Allgemeinheit nach den örtlichen Verhältnissen geboten, wenn sie dem Klima- und Ressourcenschutz dient und gleichzeitig die örtlichen Verhältnisse der Energieversorgung gestaltet.

Der Tatbestand des § 81 Abs. 2 Var. 2 HBO findet eine Weiterung durch das Merkmal „aus Gründen des Wohls der Allgemeinheit“ und gleichzeitig eine räumliche Einschränkung durch das Tatbestandsmerkmal „nach den örtlichen Verhältnissen geboten“. Die Weiterung ergibt sich daraus, dass bei der Auslegung des unbestimmten

Rechtsbegriffs des Allgemeinwohls neben den anderen objektiv rechtlich wirkenden Verfassungsbestimmungen auch Art. 20a GG zu berücksichtigen ist. Das Allgemeinwohl ist durch die Verankerung des Umweltstaatsprinzips im Hinblick auf die natürlichen Lebensgrundlagen in Verantwortung auch für die künftigen Generationen zu berücksichtigen. Der Einsatz erneuerbarer Energien trägt zur Verminderung des Ausstoßes von Treibhausgasen und zur Schonung der Ressourcen bei und reduziert den Ausstoß weiterer Luftschadstoffe. Durch diese Sicherung von Energiereserven und des Beitrags zur Verstärkung des Klimaschutzes können Kommunen für künftige Generationen sicherstellen, eigenverantwortlich über die Verwendung von Ressourcen zu entscheiden, und dazu beitragen, für diese Generationen bisher nicht absehbare Folgen des Klimawandels zu vermindern. Durch die Vermeidung des Ausstoßes sonstiger Schadstoffe tragen erneuerbare Energien auch zur Abmilderung des Waldsterbens, zur Luftreinhaltung und damit zu einer bereits gegenwärtigen Verbesserung der Lebensgrundlagen des Menschen bei. Denn die solar hergestellte Wärmeenergie vermeidet die Verbrennung von Heizöl bzw. Erdgas, wodurch der Schadstoffausstoß verringert wird. Demnach dient eine solare Baupflicht dem Wohl der Allgemeinheit in Bezug auf künftige Generationen wie auch hinsichtlich der heute lebenden Einwohner einer Kommune.

Neben dem Allgemeinwohlbezug muss eine solare Baupflicht nach § 81 Abs. 2 Var. 2 HBO allerdings auch nach den örtlichen Verhältnissen geboten sein. Der Landesgesetzgeber hat keine räumliche Weiterung des Anwendungsbereichs auf den globalen Klimaschutz vorgenommen. Der hessische Landesgesetzgeber bestimmt ausdrücklich, dass der örtliche Bezug einer Maßnahme für die rationelle Verwendung von Energie gegeben sein muss. Die Wirkung des Art. 20a GG auf den Tatbestand des § 81 Abs. 2 Var. 2 HBO geht nicht so weit, dass dieser Ortsbezug aufgrund der Allgemeinwohlverpflichtung für eine globale Zukunftsverantwortung einfach hinweggedacht werden könnte. Es ist für die Gemeinden daher unerlässlich, Maßnahmen der rationellen Verwendung von Energie in einem örtlichen Zusammenhang zu begründen. Neben der auf die örtliche Verursachung von Treibhausgasen abstellenden Sichtweise ergibt sich der örtliche Zusammenhang des Einsatzes erneuerbarer Energien zur rationellen Verwendung von Energie auch daraus, dass die dezentrale Erzeugung von Energie aus heimischen erneuerbaren Energieträgern für die Steigerung der lokalen Wertschöpfung sorgt und damit die mittelständische Wirtschaft, das Handwerk und die Schaffung von Arbeitsplätzen vor Ort fördert. Die Steigerung der dezentralen Energieversorgung ermöglicht es insbesondere Handwerksbetrieben, Installation und Wartung neuer Solaranlagen zu übernehmen, was eine Stärkung ihres Umsatzes und einen Ausbau an Arbeitsplätzen bewirkt. Eine solare Baupflicht führt darüber hinaus zur Steigerung der inländischen Technologieproduktion, da die

Solaranlagen überwiegend in Deutschland hergestellt werden. Gesamtwirtschaftlich betrachtet fließt wegen des Rückgangs von Energieeinfuhren und der gleichzeitigen Investition in heimische erneuerbare Energien weniger Kapital aus der Kommune ab und bleibt damit dem örtlichen bzw. regionalen Wirtschaftskreislauf erhalten.

Es ist jedenfalls ein falsches Verständnis von der kommunalen Aufgabe des rationellen Einsatzes von Energie, dass diese nur dann umgesetzt werden dürfte, wenn sich solche Maßnahmen auf das lokale Emissionsniveau von Luftschadstoffen auswirken würde. Solche kleinklimatischen Auswirkungen auf die Situation der Luftreinhaltung vor Ort können sicherlich auch die Gebotenheit nach den örtlichen Verhältnissen herstellen. Eine Beschränkung allein auf den lokalen Immissionsschutz ist allerdings nicht gerechtfertigt. Die Gebotenheit einer solaren Baupflicht kann sich auch aus anderen örtlichen Zusammenhängen ergeben; etwa aus dem Belang der künftigen Energiesicherheit der Kommune bei knapper werdenden fossilen Energieressourcen durch deren Ersetzung im Wege des Umstiegs auf heimische erneuerbare Energien. Denn die Lebensqualität in der jeweiligen Raumbegrenzung einer Kommune hängt stark von der sicheren Energiebereitstellung ab, die durch heimische Ressourcen, die sich dauernd erneuern, nachhaltig gewährleistet werden kann. Aus diesen Gründen ist allerdings der Ortsbezug einer solaren Baupflicht nur dann gegeben, wenn die Solarenergie zur Deckung des Energiebedarfs von Gebäuden in der jeweiligen Gemeinde vorgesehen wird.

Es gibt allerdings nach wie vor Stimmen, die das kommunale Ziel der Einsparung von Energie nicht als ausreichenden örtlichen Belang ansehen. Es sollte deutlich werden, dass es juristisch fundierte Argumente dafür gibt, dass eine solare Baupflicht mit dem Merkmal „nach den örtlichen Verhältnissen geboten“ in Einklang steht. Nicht verkannt werden darf allerdings, dass sich Gegenpositionen – wie etwa die rein immissionsschutzrechtliche Sichtweise – bei gerichtlichen Streitigkeiten durchsetzen könnten.

dd. Geltung für den Gebäudebestand

Der Anwendungsbereich der bauordnungsrechtlichen Rechtsgrundlage geht über den § 9 Abs. 1 Nr. 23b BauGB hinaus: Zum einen können sich örtliche Bauvorschriften im verfassungsrechtlich zulässigen Rahmen auch auf die energetische Behandlung des *Gebäudebestands* beziehen und sind nicht nur auf neu zu errichtende Gebäude beschränkt. Die Norm des § 81 Abs. 2 Var. 2 HBO adressiert jedenfalls nicht den Neubaubereich, sondern ermöglicht anders als § 9 Abs. 1 Nr. 23b BauGB besondere energetische Vorgaben für Gebäude im Allgemeinen.

Da das Bauordnungsrecht generell unabhängig vom Bau neuer Gebäude Anforderungen an alle Gebäude gleichermaßen formuliert, hätte eine Beschränkung auf den Neubaubereich ausdrücklich im Gesetz erfolgen müssen. Da dies unterblieben ist, wird auch der Gebäudebestand vom Tatbestand des § 81 Abs. 2 Var. 2 HBO erfasst.

Besonderheiten gelten für Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums, die subjektive Rechte der Eigentümer entziehen oder mindern, die sie aufgrund der geltenden Rechtslage erworben hatten. Da im bisher geltenden Recht eine solare Baupflicht nicht vorgesehen war und die Gebäudeeigentümer im Gebäudebestand ihre Dachflächen nicht zu Zwecken der Energiegewinnung bereitstellen mussten, würde eine Solarsatzung insofern die geltende Rechtslage ändern. Solche Inhalts- und Schrankenbestimmungen sind nur dann als verfassungsmäßig anzusehen, wenn sie Übergangs- und Ausnahmebestimmungen enthalten. Diese Anforderung kann damit erfüllt werden, dass Bestandsgebäude nicht generell von der Solarpflicht nach Erlass der Satzung betroffen werden, sondern nur solche Bestandsgebäude in den Anwendungsbereich der Satzung fallen, die eine wesentliche Baumaßnahme an ihrem Bestandsgebäude vornehmen. Bei der baulichen Änderung an Gebäuden muss zudem eine Sachnähe zur Energieversorgung bzw. zur Solarenergiegewinnung stehen.

Eine sinnvolle Einschränkung des Anwendungsbereichs einer solaren Baupflicht könnte dahin gehen, dass die Solarsatzung bei Bestandsgebäuden nur dann greift, wenn Decken, Dächer und Dachschrägen neu gebaut oder umgebaut werden. Jedenfalls sind zur verfassungskonformen Ausgestaltung der Solarsatzung im Bereich des Gebäudebestands solche Regelungen zur Anknüpfung der Solarpflicht an energetisch relevante Baumaßnahmen der Gebäudeeigentümer erforderlich. So kann auch erwogen werden, die solare Baupflicht beim Austausch der alten gegen eine neue Heizungsanlage in Bestandsgebäuden greifen zu lassen.

c. Besonderheiten des § 85 Abs. 2 SaarBO

- Anders als die auf „Heizungsarten“ beschränkte Rechtsgrundlage für hessische Kommunen (§ 81 Abs. 2 HBO) ermöglicht die saarländische Rechtsgrundlage die Vorgabe „bestimmter Energie- und Heizungsarten“ (§ 85 Abs. 2 Nr. 1 SaarBO).
- Anders als das auf die „rationelle Verwendung von Energie“ Bezug nehmende hessische Recht, sieht das saarländische Recht die „sparsame Verwendung von Energie“ vor.

Den saarländischen Kommunen eröffnet sich über die Vorgabe von Heizungsarten hinaus ein Spielraum ggf. auch für die Vorgabe von Anlagen der Stromerzeugung. Solarstromanlagen führen allerdings nicht unmittelbar zu einer sparsameren Verwendung von Energie, da erst im entfernt liegenden Großkraftwerk der Einsatz von Primärenergieträgern eingespart wird, sofern diese Kraftwerke bedarfsorientiert betrieben werden. Es bedarf daher einer schlüssigen Begründung für „Solarstromsatzungen“ in saarländischen Kommunen.

Die „sparsame Verwendung von Energie“ ist mit der „rationellen Verwendung von Energie“ durchaus vergleichbar. Jedenfalls hätte eine „Solarwärmesatzung“ unmittelbar die sparsame Verwendung der üblichen Heizenergieträger Erdgas und Heizöl zur Folge, weil mit der Solarwärme je nach Auslegung der Anlage und je nach Bauweise des Gebäudes der Verbrauch dieser Energieträger ganz oder teilweise vermieden werden kann. Dass auch nach saarländischem Recht der Einsatz erneuerbarer Energien gewollt ist, macht § 3 Abs. 1 Nr. 4 SaarBO deutlich. Nach der saarländischen bauordnungsrechtlichen Generalklausel sind die baulichen Anlagen so anzuordnen und zu errichten, dass sie „Möglichkeiten zum sparsamen Umgang mit ... Energie, zur Gewinnung erneuerbarer Energien ... nutzen“.

III. Ausbau der Fern- bzw. Nahwärmeversorgung durch Anschluss- und Benutzungsregelungen

Ein besonders effizienter Einsatz von Energie, insbesondere im Altbaubereich, erfolgt durch die Fernwärmeversorgung aus Anlagen der Kraft-Wärme-Kopplung. Um Fernwärmenetze wirtschaftlich betreiben zu können, ist die Anschlussdichte der Häuser ein entscheidendes Kriterium. Deshalb ist es für einen weiteren Ausbau der Fernwärmeversorgung ratsam, zumutbare Regelungen für den verpflichtenden Anschluss und die Benutzung der Fernwärme an den bestehenden und ggf. neu zu planenden Leitungen zu erlassen. Anschluss- und Benutzungsregelungen für Fernwärme müssten durch Ausnahme-, Befreiungs- und Übergangsregelungen so ausgestaltet werden, dass Anlieger durch sie nicht unzumutbar belastet und dass die Ziele des Klima- und Ressourcenschutzes nicht konterkariert würden:

- Für gerade erst getätigte Investitionen in neue Heizungsanlagen in Einzelhäusern sollten großzügige Übergangsregelungen gelten.
- Für besonders anspruchsvolle Konzepte von Solarhäusern, die weitgehend ohne Fremdenergie von außen auskommen, sollten Befreiungen zugelassen werden.

1. Überblick

Die Gemeindeordnungen eröffnen den Kommunen Möglichkeiten, für die Grundstücke ihres Territoriums bei Vorliegen eines öffentlichen Bedürfnisses durch Satzung einen Anschluss- und Benutzungszwang an die Einrichtungen der Wasserver- und Abwasserentsorgung, der Versorgung mit Fernwärme und der Entsorgung von Abfällen anzuordnen. Der Anschluss- und Benutzungszwang ist ein verbreitetes und häufig zwingend erforderliches Mittel um sicherzustellen, dass die Gemeinde im Interesse der lokalen Daseinsvorsorge ein sich **wirtschaftlich selbst tragendes System der Ver- bzw. Entsorgung** in den betreffenden Bereichen aufbauen und aufrechterhalten kann.

Soweit die betreffenden Dienstleistungen liberalisiert worden sind (wie die Elektrizitätsversorgung), spielt der Anschluss- und Benutzungszwang keine Rolle mehr. Der Wärmebereich in der Energiewirtschaft ist nicht liberalisiert worden, weshalb das Instrument der Anschluss- und Benutzungsregeln zur Verfügung steht.

Für anspruchsvolle Zielsetzungen des Klimaschutzes spielt der Aufbau von Nahwärmenetzen eine zentrale Rolle, weil so **erneuerbare Energien**, z. B. Biogas in Kraft-Wärme-Kopplung, **für die Versorgung ganzer Altbaugebiete auch im Gebäudebestand** effektiv zum Einsatz kommen können. Deshalb erscheint es wichtig, auf kommunaler Ebene frühzeitig in die Planung von netzgebundenen Wärmeversorgungsstrukturen einzusteigen. Neben erdgasbetriebenen Blockheizkraftwerken können je nach den örtlichen Verhältnissen die Tiefengeothermie, Biomasse-Heizkraftwerke oder größere Solarwärmeparks zur Wärmebelieferung des Nah- bzw. Fernwärmenetzes genutzt werden.

Die klassischen Mittel der **Bauleitplanung** bieten für sich genommen keine ausreichende Basis für die Planung von Nahwärmenetzen, insbesondere nicht im Wohnungsbestand. Sie ermöglichen zwar die Festlegung von Standorten für größere Energieerzeugungsanlagen aller Art, wie z. B. für ein Blockheizkraftwerk, sowie von Trassen für die notwendigen Transport- und Versorgungsleitungen. Für den jeweiligen Investor verbleibt jedoch ein enormes wirtschaftliches Risiko, da nicht nur die Anlage zu errichten ist, sondern auch das notwendige Leitungsnetz refinanziert werden muss. Dieses Risiko lässt sich unter baurechtlicher Perspektive nur wesentlich abmildern, wenn im Einzelfall die Möglichkeit besteht, mit dem Investor eines (neuen) Baugebiets einen umfassenden **städtebaulichen Vertrag** zu schließen, mit dem auch die Art der Wärmeversorgung für das Gebiet verbindlich geregelt wird (auf Grundlage des § 11 BauGB). Außerhalb dieses für die strategische Energieplanung sicher besonders interessanten Sonderfalles gibt das Baurecht derzeit keine Spiel-

räume her, um klar zu bestimmen, dass bestimmte Gebäude an ein Wärmeversorgungsnetz anzuschließen sind.

Diese Lücke kann grundsätzlich durch einen **Anschluss- und Benutzungszwang** geschlossen werden. Die Gemeindeordnungen der Länder (GO) sehen – mit Ausnahme Brandenburgs (§ 15 GO Brandenburg) – ausdrücklich die Möglichkeit der Festlegung eines Anschluss- und Benutzungszwanges für Anlagen der Fernwärmeversorgung vor. Die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür sind nicht ganz deckungsgleich formuliert, laufen aber zumeist darauf hinaus, dass ein „öffentliches Bedürfnis“ oder ein „dringendes öffentliches Bedürfnis“ für eine Nah- bzw. Fernwärme vorliegen muss.

2. Unterschiedliche Rechtsgrundlagen in den Ländern

Ausschließlich ein „**öffentliches Bedürfnis**“ sehen folgende Gemeindeordnungen als Rechtfertigungsgrund für Anschluss- und Benutzungsregelungen vor (die Thüringer Kommunalordnung [KO] ist auch zu dieser Gruppe zu zählen; anstelle des öffentlichen Bedürfnisses ist von Gründen des „**öffentlichen Wohls**“ als einem entsprechend anzuwendenden Rechtsbegriff die Rede):

- Nordrhein-Westfalen: § 9 S. 1 GO.
- Rheinland-Pfalz: § 26 Abs. 1 GO.
- Saarland: § 22 Abs. 1 GO.
- Hessen: § 19 Abs. 2 GO.
- Thüringen: § 20 Abs. 2 Nr. 2 KO.

Ausschließlich ein „**dringendes öffentliches Bedürfnis**“ sehen folgende Gemeindeordnungen als Rechtfertigungsgrund für Anschluss- und Benutzungsregelungen vor:

- Niedersachsen: § 8 Nr. 2 GO.
- Sachsen-Anhalt: § 8 Nr. 2 GO.
- Mecklenburg-Vorpommern: § 15 Abs. 1 GO.

Einige Gemeindeordnungen enthalten **konkretere Formulierungen** für die in Betracht kommenden Gründe:

- Bayern: Art. 24 Abs. 1 Nr. 3 GO sieht allein für Neubauten und Bauten in Sanierungsgebieten Anschluss- und Benutzungsregelungen aus folgenden Gründen vor: „aus besonderen städtebaulichen Gründen oder zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen im Sinn des Bundes-Immissionsschutzgesetzes notwendig“.
- Sachsen: § 14 Abs. 1 GO führt neben dem „öffentlichen Bedürfnis“ den „Umweltschutz“ auf.
- Schleswig-Holstein: § 17 Abs. 2 S. 1 GO führt neben dem „dringenden öffentlichen Bedürfnisses“ den „Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen“ auf.
- Baden-Württemberg: § 11 Abs. 1 S. 1 GO geht am weitesten von allen Gemeindeordnungen und führt neben dem „öffentlichen Bedürfnis“ den „Schutz der natürlichen Grundlagen des Lebens einschließlich des Klima- und Ressourcenschutzes“ auf.

3. Reichweite der Rechtsgrundlagen

Die Auffassungen in Rechtsprechung und Literatur zur Reichweite dieser Vorschriften sind nicht ganz einheitlich. Übereinstimmend wird einerseits davon ausgegangen, dass rein wirtschaftliche Erwägungen nicht ausreichen und dass eine Berufung auf die jeweilige Rechtsgrundlage andererseits grundsätzlich möglich ist, sofern sich die Gemeinde Vorteile im Hinblick auf die Luftreinhaltung im Gemeindegebiet verspricht (wegen der Begrenzung auf den „Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen“ so ausdrücklich das bayerische Gemeinderecht).

Strittig ist aber, ob sich die Gemeinde übergreifende Ziele des Klimaschutzes zueigen machen darf. In der Rechtsliteratur finden sich einige beachtliche Stimmen, die eine Bezugnahme auf Ziele des übergemeindlichen Klimaschutzes für zulässig erachten. Es gibt aber auch gewichtige Gegenstimmen, die sich im Wesentlichen auf das Argument stützen, die Gemeinden seien durch Art. 28 Abs. 2 GG an das sog. Örtlichkeitsprinzip gebunden und daher daran gehindert, übergemeindliche Interessen zu verfolgen. Auf Grundlage dieser Position urteilte der VGH Baden-Württemberg im März 2004 zur früheren Fassung des § 11 GO, dass die Anordnung eines Anschluss- und Benutzungszwanges unter Berufung auf übergemeindliche Ziele des Klimaschutzes auf Grundlage der Baden-Württembergischen Gemeindeordnung nicht zulässig sei. Das BVerwG bestätigte diese Entscheidung.

Anders liegt es in Schleswig-Holstein und nun auch in Baden-Württemberg wegen einer im Jahr 2005 eingetretenen Gesetzesänderung. Das OVG Schleswig-Holstein

hat im Jahr 2002 für das schleswig-holsteinische Kommunalrecht ausdrücklich geklärt, dass sich die Gemeinden zur Rechtfertigung des in dem Anschluss- und Benutzungszwang liegenden Eingriffs in die Grundrechte der Marktbeteiligten auch auf Erwägungen des gemeindeübergreifenden Klimaschutzes berufen können. Zwar hob das Bundesverwaltungsgericht diese Entscheidung formell auf. Die Aufhebung erfolgte jedoch nicht wegen der Verfolgung von Zielen des Klimaschutzes durch den Anschluss- und Benutzungszwang, sondern – im Gegenteil – deshalb, weil eine klimaschützende Regelungsabsicht aus dem Text der konkret zu prüfenden Anschluss- und Benutzungssatzung nicht ersichtlich war. An der grundsätzlichen Möglichkeit der Berufung auf allgemeine Klimaschutzgründe erhob das Gericht keine Zweifel, sondern erkannte dies als eine Frage, die allein der Gesetzgebungskompetenz des Landesrechts unterstellt sei.

Mit einer neuerlichen Entscheidung im Januar 2006 hat das Bundesverwaltungsgericht nunmehr ausdrücklich klargestellt, dass es den **Ländern** durch Art. 28 Abs. 2 GG **nicht untersagt ist**, den Gemeinden die Befugnis zu erteilen, einen Anschluss- und Benutzungszwang unter Berufung auf **übergemeindliche Ziele des Klimaschutzes** anzuordnen. Eröffnet die jeweils maßgebende Gemeindeordnung eine solche Möglichkeit ausdrücklich, so stehen der Gemeinde demnach insofern weitreichende Handlungsspielräume zu. In der Mehrzahl der Bundesländer jedoch, deren Kommunalgesetze entsprechende ausdrückliche Klauseln nicht enthalten, besteht in dieser Hinsicht keine rechtliche Sicherheit.

Nach Einführung des **Staatsziels Umweltschutz** in die Verfassung (Art. 20a GG) dürfte der Klima- und Ressourcenschutz nach heutiger Rechtslage allerdings als ein „öffentliches Bedürfnis“ aufgefasst werden. Art. 20a GG enthält neben den übrigen natürlichen Lebensgrundlagen auch das Klima und die Ressourcen als Schutzgut. Es kommt nun jeweils auf die Gerichte an, in welchen Bundesländern auch der Klima- und Ressourcenschutz als „öffentliches Bedürfnis“ aufgefasst wird.

In Hessen und im Saarland wird das Risiko der Rechtmäßigkeit einer Satzung über den Anschluss- und Benutzungszwang dadurch abgeschwächt, dass im hessischen und im saarländischen Landesrecht die Besonderheit einer **ergänzenden bauordnungsrechtlichen Rechtsgrundlage** für die Festsetzung „bestimmter Heizungsarten“ gegeben ist. Durch **§ 81 Abs. 2 HBO** und **§ 85 Abs. 2 SaarBO** wird klargestellt, dass der Anschluss- und Benutzungszwang für „bestimmte Heizungsarten“ ausdrücklich „zur rationellen Verwendung von Energie“ vorgeschrieben werden darf.

Der Bundesgesetzgeber plant mittlerweile, im Erneuerbare-Wärme-Gesetz eine Ermächtigung für die Gemeinden zu schaffen, wonach diese einen Anschluss- und Be-

nutzungszwang für die Nah- und Fernwärmeversorgung auch zum Zwecke des Klimaschutzes einführen können. Der Bundesrat hat allerdings die Verfassungsmäßigkeit einer solchen Bestimmung angezweifelt, da der Bundesgesetzgeber im Verhältnis zu den Ländern keine Kompetenz zur Regelung einer solchen Kompetenz habe.

4. Bewertung der Tragfähigkeit der Rechtsgrundlagen

Das Risiko, dass Satzungen für einen Anschluss- und Benutzungszwang bei Berufung auf den Klima- und Ressourcenschutz für unzulässig erklärt werden, ist mit abnehmender Tendenz in folgender Reihenfolge gegeben:

- **Brandenburg:** wegen fehlender Rechtsgrundlage **definitiv unzulässig**.
- **Bayern:** wegen der Einschränkung der Rechtfertigungsgründe auf den „Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen“ ist eine solche Satzung **wahrscheinlich unzulässig** – außer wenn durch die Satzung tatsächlich die Luftqualität im Ort verbessert werden kann.
- **Niedersachsen, Sachsen-Anhalt, Mecklenburg-Vorpommern:** wegen der Notwendigkeit eines „dringenden öffentlichen Bedürfnisses“ ist die Satzung **möglicherweise unzulässig**.
- **Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Thüringen:** wegen des Rechtfertigungsgrundes des „öffentlichen Bedürfnisses“ stehen die **Chancen für eine Zulässigkeit** der Satzung **nicht schlecht**.
- **Saarland, Hessen:** wegen der ergänzenden bauordnungsrechtlichen Rechtsgrundlage bestehen **gute Chancen für eine Zulässigkeit** der Satzung.
- **Schleswig-Holstein und Sachsen:** wegen des Rechtfertigungsgrundes des „Schutzes der natürlichen Grundlagen des Lebens“ bzw. des „Umweltschutzes“ bestehen auch hier **gute Chancen für eine Zulässigkeit**.
- **Baden-Württemberg:** wegen der ausdrücklichen Bezugnahme auf den Klima- und Ressourcenschutz ist die **Zulässigkeit sicher**, sofern die sonstigen rechtstaatlichen Bedingungen für die Rechtmäßigkeit einer Satzung beachtet werden.

Berlin, 21.04.2008

Fabio Longo
Rechtsanwalt

Dr. Martin Altmann
Rechtsanwalt