



SACHSEN-ANHALT

Ministerium für
Inneres und Sport

Ministerium für Inneres und Sport des Landes Sachsen-Anhalt
Postfach 3563 • 39010 Magdeburg

An die
Landkreise, kreisfreien Städte,
Gemeinden und Verbandsgemeinden
im Land Sachsen-Anhalt

Nachrichtlich:
Städte- und Gemeindebund
Landkreistag

über Landesverwaltungsamt

**Handreichung für die Kommunen und Kommunalaufsichtsbehörden zur
Auslegung des § 128 Kommunalverfassungsgesetz (KVG LSA)
hinsichtlich der Erzeugung und Einspeisung regenerativer Energien**

28. November 2022

Zeichen:
32-10212-4/1/55167/2022

Bearbeitet von:
Christine Wölfer

Durchwahl:
(0391) 567- 5341

E-Mail:
Christine.Woelfer@mi.sachsen-
anhalt.de

Ihre Nachricht:

Im Hinblick auf die Energiewende, die Bewältigung der derzeitigen angespannten Energiesituation und den Klimaschutz liegt es im öffentlichen Interesse, erneuerbare Energien zu nutzen und hinsichtlich der Energieversorgung möglichst autark zu werden. Die Umsetzung dieser Ziele erfordert eine globale Sichtweise und lässt sich daher nicht immer auf das eigene Gemeindegebiet begrenzen. Dabei besteht ein Konfliktpotenzial zum dem Gemeindewirtschaftsrecht grundsätzlich innewohnenden Örtlichkeitsprinzip und dem Ausschluss der reinen Gewinnerzielungsabsicht als Zweck der Betätigung. Diese Grundsätze sind als Zulässigkeitsvoraussetzungen der wirtschaftlichen Betätigung in § 128 KVG LSA geregelt. Unter Berücksichtigung des Urteils des OVG LSA vom 7. Mai 2015, AZ: 4 L 163/14, soll diese Handreichung die Handlungsoptionen für Kommunen bei der Erzeugung und Einspeisung regenerativer Energien aufzeigen.

vom

I.

Im genannten Urteil trifft das OVG folgende Feststellungen: Der Betrieb eines Solarparks durch einen Landkreis ist keine Vermögensanlage, sondern eine wirtschaftliche Betätigung i.S.d. § 128 Kommunalverfassungsgesetz (KVG LSA). Die Erzeugung von erneuerbarem Strom ist im Grundsatz ein Bestandteil der Stromversorgung i.S.d. Kommunalrechts. Allerdings setzt das zwingend geltende Örtlichkeitsprinzip nach der maßgeblichen funktionsbezogenen Betrachtung zu einem bestimmten Anteil eine gezielte Versorgung von Abnehmern im Gebiet der betreibenden Kommune durch den erzeugten Strom

Halberstädter Str. 2/
am „Platz des 17. Juni“
39112 Magdeburg
Telefon (0391) 567-0
Telefax (0391) 567-5290
poststelle@mi.sachsen-anhalt.de
www.mi.sachsen-anhalt.de

Landeshauptkasse Sachsen-Anhalt
Deutsche Bundesbank
BIC MARKDEF1810
IBAN DE21 8100 0000 0081 0015 00

Sachsen-Anhalt
#moderndenken



voraus. Eine solche zielgerichtete Versorgung liegt nicht vor, wenn der erzeugte Solarstrom nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz in vollem Umfang in ein überörtliches Netz gegen Vergütung eingespeist wird. Der Betrieb einer derartigen Anlage, mit der allein der Zweck verfolgt wird, einen Gewinn zu erzielen, ist auch nicht von einem öffentlichen Zweck gedeckt.

II.

Soweit dem Urteil das Kommunalwirtschaftsrecht zugrunde liegt, besteht die Rechtslage nach wie vor. Allerdings haben sich die durch Bundesgesetz vorgegebenen energierechtlichen Rahmenbedingungen wesentlich weiterentwickelt. Diese geben Anlass zur Prüfung für einen Änderungsbedarf im KVG LSA, das derzeit evaluiert wird. Das Kommunalwirtschaftsrecht wird vor allem dahin gehend überprüft, ob eine Erweiterung der Bereiche zulässiger wirtschaftlicher Betätigung erforderlich ist.

1.

Im neuen Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG 2021) wurde zum 29. Juli 2022 § 2 grundlegend geändert und hat nunmehr ausschließlich die besondere Bedeutung der erneuerbaren Energien zum Inhalt. Die vorige Fassung regelte die Grundsätze des Gesetzes, wonach insbesondere nach den Absätzen 1 und 2 Strom aus erneuerbaren Energien und aus Grubengas in das Elektrizitätsversorgungssystem integriert und zum Zweck der Marktintegration direkt vermarktet werden sollte. Die Bedeutung dieser Betätigung ist damit seit dem Urteil erheblich aufgewertet worden. Dem Wortlaut der neuen Vorschrift nach liegen die Errichtung und der Betrieb von Anlagen sowie den dazugehörigen Nebenanlagen im überragenden öffentlichen Interesse und dienen der öffentlichen Sicherheit.

Das Urteil des OVG LSA betraf einen sehr speziellen Fall, nämlich einen Landkreis, zu dessen Aufgaben – wie vom Gericht ausdrücklich festgestellt – nicht die Energieversorgung gehört (RdNr. 44 ff., Juris). Zudem handelte es sich nicht um eine (anteilige) Beteiligung, sondern um die Errichtung und den Betrieb einer Photovoltaikanlage in einem Solarpark durch den Landkreis auf in seinem Eigentum stehenden Grundstücken.

Auch hat das Gericht den Umweltschutz, der allerdings erst im Laufe des Verfahrens vom Landkreis als Zweck der Betätigung nachgeschoben wurde, nicht als öffentlichen Zweck ausgeschlossen (RdNr. 52, Juris), so dass insbesondere vor dem Hintergrund der aktuellen energiewirtschaftlichen Zielstellungen der öffentliche Zweck weit ausgelegt werden kann.

2.

Rechtliche Einschränkungen ergeben sich weiterhin aus dem Örtlichkeitsprinzip. Das geänderte EEG 2021 mit den Zielrichtungen Versorgungssicherheit und Klimaschutz und die aktuelle

Versorgungssituation geben jedoch Anlass, das Örtlichkeitsprinzips auch angesichts der technisch vorgegebenen Einspeisung des erzeugten Stroms in ein überörtliches Netz über die einzelne Gemeinde hinaus neu zu bewerten.

Vor diesem Hintergrund wird es für vertretbar erachtet, die Zulässigkeitsvorschriften des § 128 KVG LSA weit auszulegen. Im öffentlich-rechtlichen Sektor gilt für jede wirtschaftliche Betätigung der Grundsatz, dass das öffentliche Gemeinwohl gewissermaßen als Richtschnur dienen soll. Einer wirtschaftlichen Betätigung mit ausschließlicher Gewinnerzielungsabsicht kann kein öffentlicher Zweck zugestanden werden und sie ist weiterhin als unzulässig zu bewerten.

2.1

Bei den Stadtwerken als Energieversorger wird die Einspeisung im Zusammenhang mit der Versorgung betrachtet und für zulässig erachtet, da lediglich technische Gegebenheiten eine Nutzung des konkret erzeugten Stroms für die eigenen erbrachten Versorgungsleistungen ausschließen. Die ausschließliche Beschränkung auf Stadtwerke würde aber zu kurz greifen. In Sachsen-Anhalt gibt es relativ wenig Stadtwerke, dafür eine Vielzahl von Gemeinden, die bei restriktiver Betrachtung von der Erzeugung und Vermarktung regenerativer Energien ausgeschlossen wären.

Deshalb wird es als vertretbar betrachtet, dass Gemeinden, die grundsätzlich den Versorgungsauftrag haben, auch in Bezug auf das Örtlichkeitsprinzip als Erzeuger und Einspeiser regenerativer Energien agieren können. Dies schließt auch die Beteiligung an Unternehmen zur Erzeugung regenerativer Energien (beispielsweise Windparks als Bürgergesellschaften) ein.

2.2

Die wirtschaftliche Betätigung von Landkreisen zur Erzeugung und Einspeisung regenerativer Energien im Sinne von § 128 KVG LSA ist im Hinblick auf das besagte Urteil des OVG LSA und dessen Bindungswirkung ausgeschlossen. Dennoch ist die Erzeugung und Einspeisung regenerativer Energien in gewissem Umfang nicht im Rahmen des § 128 KVG LSA zu beurteilen und auch für Landkreise zulässig.

Dies betrifft zum einen die Erzeugung regenerativer Energien beispielsweise in Form von Solaranlagen auf Dachflächen kommunaler Immobilien, bei der der Erhalt und die Nutzung vorhandener Vermögenswerte im Vordergrund steht. Dieser Sachverhalt wurde im Urteil des OVG LSA deutlich von der Errichtung und dem Betrieb der (Boden)Solaranlage abgegrenzt und als Vermögensverwaltung beurteilt (RdNr. 29, Juris). Insoweit sind die Vorschriften des kommunalen Wirtschaftsrechts nicht einschlägig. Eine derartige Nutzung ist daher auch den Landkreisen eröffnet, unabhängig davon, ob der Strom eigengenutzt oder eingespeist wird.

Um von der Erzeugung erneuerbarer Energien profitieren zu können und diese zu fördern, wird zum anderen die Beteiligung an Unternehmen zur Erzeugung regenerativer Energien, insbesondere Bürgergesellschaften, auch für Landkreise bis zu einer Anteilshöhe von 20 % pauschal als zulässig erachtet und insoweit als Anteilserwerb mit dem Zweck einer Finanzanlage oder aus Klimaschutzgründen interpretiert.

Diese Grenze orientiert sich an der handelsrechtlichen Definition in § 271 Handelsgesetzbuch (Beteiligungen. Verbundene Unternehmen), wonach Beteiligungen Anteile an anderen Unternehmen sind, die bestimmt sind, dem eigenen Geschäftsbetrieb durch Herstellung einer dauernden Verbindung zu jenen Unternehmen zu dienen. Dabei ist es unerheblich, ob die Anteile in Wertpapieren verbrieft sind oder nicht. Eine Beteiligung wird vermutet, wenn die Anteile an einem Unternehmen insgesamt den fünften Teil des Nennkapitals dieses Unternehmens oder, falls ein Nennkapital nicht vorhanden ist, den fünften Teil der Summe aller Kapitalanteile an diesem Unternehmen überschreiten. Im Zweifel liegt eine Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft vor, wenn ein maßgeblicher Einfluss ausgeübt wird. Ein solcher wird grundsätzlich ab dieser Quote unterstellt. Dies entspricht auch den doppelten Bilanzierungsgrundsätzen. Diese Vermutung kann ggf. mit objektiven Beweisen entkräftet werden.

In begründeten Einzelfällen kann auch bei Überschreitung dieser Grenze die Annahme einer Beteiligung im Sinne von § 128 KVG LSA gegenüber der zuständigen Kommunalaufsichtsbehörde widerlegt werden.

III.

Diese Verfahrensweise bezieht sich ausdrücklich auf den diesem Erlass zugrundeliegenden Tatbestand der Erzeugung und Einspeisung erneuerbarer Energien und ist nicht auf anderweitige Beteiligungen übertragbar. Die Grenze zwischen Beteiligungen im Sinne einer wirtschaftlichen Betätigung und einer Finanzanlage ist gesetzlich nicht klar definiert und regelmäßig im Einzelfall zu beurteilen.

Ein kommunalaufsichtliches Einschreiten sollte sich unter Berücksichtigung des jeweiligen Einzelfalls grundsätzlich auf kommunalwirtschaftliche Aktivitäten beschränken, die den aufgezeigten Rahmen übersteigen.

Im Auftrag



Mietzner