

# Gemeinden in der Energiewende

**Örtliche Energiepolitik – Vertreter  
örtlicher Interessen – Energieverbraucher –  
Energiewirtschaftliche Betätigung**

von

**Stefan Graf**

*Referent für Energiepolitik und -recht  
beim Bayerischen Gemeindetag*

**Dr. Franz Dirnberger**

*Referent für Baurecht und Ständiger Vertreter  
des Geschäftsführenden Präsidialmitglieds  
des Bayerischen Gemeindetags*

und

**Dr. Andreas Gaß**

*Referent für kommunales Wirtschaftsrecht  
beim Bayerischen Gemeindetag*

**mit einer Einleitung von Dr. Jürgen Busse**  
Geschäftsführendes Präsidialmitglied  
des Bayerischen Gemeindetags



**Kommunal- und Schul-Verlag · Wiesbaden**



**Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

© Copyright 2013 by Kommunal- und Schul-Verlag GmbH & Co. KG – Wiesbaden  
 Alle Rechte vorbehalten – Printed in Germany  
 Satz: Jung Crossmedia GmbH – Lahnau  
 Druck: CPI buchbücher.de  
 Umschlag: brunk-design · Frankfurt/Main

ISBN: 978-3-8293-0989-9

**Inhalt**

Vorwort . . . . .	13
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	17
Literaturverzeichnis . . . . .	23
<b>Einleitung</b>	
<b>Kommunale Grundpositionen zur Energiewende . . . . .</b>	<b>25</b>
<b>Kapitel 1</b>	
<b>Die Ziele der Energiewende . . . . .</b>	<b>31</b>
1. Ende 2022 wird die Stromerzeugung durch Atomkraft eingestellt . . . . .	31
1.1 Bayerisches Energiekonzept „Energie innovativ“ . . . . .	33
1.2 Eckpunktepapier der Bundesregierung zur Energiewende	33
2. Der Energiesektor soll spätestens 2050 kaum mehr CO <sub>2</sub> ausstoßen . . . . .	34
2.1 Mehrheit der Wissenschaftler: „Weiter so“ beim welt- weiten Treibhausgasausstoß hat katastrophale Folgen . . .	34
2.1.1 Erderwärmung nachgewiesen . . . . .	35
2.1.2 Hauptursache Treibhausgase „sehr wahrscheinlich“ . . .	36
2.1.3 Je nach zukünftigem Treibhausgasausstoß Erwärmung zwischen 1,8 und 4 Grad . . . . .	37
2.2 Das 2-Grad-Ziel und seine Konsequenzen für den weltweiten CO <sub>2</sub> -Ausstoß . . . . .	39
2.3 Stand des weltweiten CO <sub>2</sub> -Ausstoßes und der Klimaschutzbemühungen . . . . .	41
2.4 Die Klimaschutzziele und die Konsequenzen für den Energiesektor . . . . .	43
2.4.1 Die Klimaschutzziele Deutschlands (und der EU) . . . . .	43
2.4.2 Auswirkungen auf Energieverbrauch und -erzeugung . . .	44
2.4.3 Ziele für einzelne Energieformen und Verbrauchssektoren	48
<b>Kapitel 2</b>	
<b>Wo sich die Energiewende besonders auf den ländlichen Raum Bayerns auswirkt . . . . .</b>	<b>50</b>
1. Der Umbau der Stromversorgung findet hauptsächlich im ländlichen Raum statt . . . . .	50
1.1 Erzeugungsanlagen . . . . .	50
1.1.1 Photovoltaikanlagen . . . . .	51
1.1.2 Windkraftanlagen . . . . .	52
1.1.3 Biogasanlagen . . . . .	52
1.1.4 Wasserkraft . . . . .	56
1.1.5 Tiefengeothermie . . . . .	56

### 1.3 Entgelte für Einspeiseleitungen

#### 1.3.1 Einspeiser auf Leitungsverlegung im öffentlichen Straßengrund angewiesen

Nur Einspeiseanlagen mit einer Nennleistung bis zu 30 kW, also z. B. kleinere Dachphotovoltaikanlagen, haben einen Anspruch, über den Hausanschluss an das Netz der allgemeinen Versorgung angeschlossen zu werden. Allen anderen wird vom Netzbetreiber auf Anfrage ein Verknüpfungspunkt zugewiesen. Oftmals erfolgt der Anschluss auf der Mittelspannungsebene, sodass mit der Einspeiseleitung erst ein Transformator angefahren werden muss. Nicht selten befindet sich der zugewiesene Verknüpfungspunkt mehrere Kilometer von der Erzeugungsanlage entfernt.

Da eine Einlegung in Privatgrundstücke nur auf Basis ausgehandelter Vereinbarungen möglich ist (keine Enteignungsmöglichkeit), werden die Einspeiseleitungen im Regelfall im öffentlichen Grund, bzw. wegen der erforderlichen Trassen im öffentlichen Straßengrund verlegt.

Da der Gemeingebrauch nur kurzfristig während der Verlegearbeiten (bzw. für Reparaturarbeiten) beeinträchtigt wird, handelt es sich hierbei um eine Sondernutzung nach bürgerlichem Recht (Art. 22 Abs. 2 BayStrWG). Eine solche Sondernutzung bedarf der Gestattung des jeweils zuständigen Straßenbaulastträgers. Soweit es sich um Straßen und Wege in gemeindlicher Baulast handelt, ist daher vor der Einlegung die Gestattung der Gemeinde einzuholen und ein entsprechender Vertrag abzuschließen, in dem das Benutzungsverhältnis näher geregelt wird. Bei nicht ausgebauten öffentlichen Feld- und Waldwegen in der Baulast der Beteiligten (Art. 54 Abs. 1 Satz 2 BayStrWG) ist die Gestattung des Wegeeigentümers erforderlich.

#### 1.3.2 Einlegung von Einspeiseleitungen kann im Regelfall durch die Gemeinde nicht verweigert werden

Zwar hat der Einspeiser keinen Einlegeanspruch nach § 46 Abs. 1 EnWG (die Einspeiseleitung dient nicht unmittelbar der Letztverbraucherversorgung), doch hat der BGH (Urt. vom 11. 11. 2008) entschieden, dass ein Abschlusszwang aus wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten (§§ 19, 20 Abs. 1 GWB) wegen einer Monopolstellung bzw. Marktbeherrschung der Gemeinde besteht, soweit der Einspeiser faktisch auf den öffentlichen Straßengrund angewiesen ist:

Die Gemeinde habe eine „marktbeherrschende Stellung, weil für die Verlegung von Versorgungsleitungen in Hinblick auf die ansonsten damit verbundenen Nutzungseinschränkungen in erster Linie öffentliche Wegegrundstücke in Betracht kommen“. Die Weigerung, die Verlegung des Stromkabels in dem fraglichen Wegegrundstück zu gestatten, „kann ein Missbrauch nach § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB oder eine unbillige Behinderung oder Diskriminierung nach § 20 Abs. 1 GWB sein“.

Deshalb wird die Gemeinde die Einlegung in aller Regel nur bei Vorliegen wichtiger straßenfachlicher Gründe (z. B. Kapazitätsgrenze im Straßengrund

ist erreicht) oder im Fall eines nicht angemessenen Angebots verweigern können.

#### Mustergestattungsvertrag des Bayerischen Gemeindetags

Der Bayerische Gemeindetag stellt seinen Mitgliedern ein Muster eines Gestattungsvertrags zur Verfügung (veröffentlicht in der Mitgliederzeitung des Bayerischen Gemeindetags, Jahrgang 2010, Heft 5, S. 166ff.)

Wichtige vertragliche Regelungen:

- Laufzeitregelung für Gestattung
- Verpflichtung zur Dokumentation
- Vorgaben zur Leitungsverlegung
- Folgepflicht und Folgekosten
- Endschaftsregelung
- Gestattungsentgelt (siehe unten)

#### 1.3.3 Gestattungsentgelt in welcher Höhe?

Die „Gretchenfrage“ ist freilich, ob und wenn ja, in welcher Höhe die Gemeinde ein Entgelt als Ausgleich für die Beeinträchtigung des Straßengrunds fordern kann:

Gesichert ist, dass die Konzessionsabgabenverordnung (KAV) mit ihren Höchstsätzen auf die Einspeiseleitungen nicht direkt anwendbar ist. Wie schon oben angesprochen, fehlt es an einer Letztverbraucherbelieferung (BGH, Urt. vom 11. 11. 2008).

Die Einlegung wäre dann nicht entgeltfähig, wenn zugunsten des Einspeisers enteignet werden könnte. Für diesen Fall wären lediglich Entschädigungszahlungen zulässig. Hiergegen spricht jedoch, dass es sich um eine Enteignung zu Gunsten eines Privaten handeln würde und in Hinblick auf die „Boxberg-Entscheidung“ des BVerfG (– 1 BvR 851/87 –) die energiewirtschaftliche Erforderlichkeit sehr eng auszulegen ist. Nach Auffassung des OLG Thüringen (Urt. vom 3. 3. 2010) bedürfte es hierfür einer konkreten Versorgungslücke oder konkreten Gefahr für die Versorgungssicherheit. Deshalb hat das Gericht eine vorzeitige Besitzeinweisung für u. a. ein 20 kV-Mittelspannungserdkabel zum Anschluss von acht Windkraftanlagen abgelehnt. Anders sah das der Bayerische VGH, allerdings nur in einem Beschluss und vor dem ausführlichen Urteil des OLG: Hier wurde eine vorzeitige Besitzeinweisung zugunsten eines 20 kV-Erdkabels (ca. ein Kilometer Erdtrasse) für ein Blockheizkraftwerk (BHKW) für rechtmäßig befunden. Konsequenz wäre, dass das wirtschaftliche Interesse des Einspeisers außer Acht zu bleiben hätte. Im konkreten Fall wurde eine Entschädigungszahlung i. H. v. fünf Euro pro laufendem Meter für angemessen angesehen.

Die herrschende Meinung sieht ein Entgelt für zulässig an. Bei der Bemessung ist die öffentliche Hand stets an das Gleichbehandlungsgebot und den Angemessenheitsgrundsatz gebunden. Gerade die Gleichbehandlung erweist sich

in der Praxis oftmals als schwierig, da Bürgeranlagen nicht selten ohne Entgeltzahlung die Einlegung gestattet wurde. Hier bietet sich an, die getroffene Entgeltregelung nachträglich auch auf bereits geschlossene Vereinbarungen zu erstrecken. Hinsichtlich der Angemessenheit geben die Grundsätze, die für die Bemessung des Entgelts für eine öffentlich-rechtliche Sondernutzung gelten, wertvolle Hinweise: Die Maßstäbe sind hiernach zum einen Art, Umfang und Dauer der Benutzung und andererseits das wirtschaftliche Interesse des Benutzers. Es erscheint eine Ankoppelung des Entgelts an die Leitungslänge als besonders geeignet. Dies legt auch eine Äußerung des Bundeskartellamts, allerdings zur Fernwärme, nahe:

*„Das Bundeskartellamt erachtet die Netzlänge grundsätzlich als den sachgerechtesten Anknüpfungspunkt für die Gestattung der Wegenutzung, da die netzlängenbezogene Entgeltbemessung am ehesten die Leistung der Kommune (Bereitstellung kommunaler Wege über eine bestimmte Distanz) widerspiegelt.“ (Abschlussbericht Sektorenuntersuchung Fernwärme, August 2012, S. 110, Randnummer 282.)*

Als Bemessungsgröße für das wirtschaftliche Interesse des Nutzers bietet sich die (jährliche) Einspeisevergütung an. Die zu klärende Frage ist freilich, welcher prozentuale Anteil in Konkretisierung des Grundsatzes der Angemessenheit anzusetzen ist. Auch wenn die Konzessionsabgabenverordnung (KAV) nicht direkt anwendbar ist, liefert sie hierfür doch Anhaltspunkte. Die KAV unterscheidet nach Gemeindegröße, Tarife und Kundengruppen. Die Abgabe wird jeweils dem Kunden beaufschlagt. Der niedrigste Höchstsatz (Sondervertragskunden Strom) liegt bei 0,11 Cent pro kWh. Bezieht man diesen Satz auf das Netznutzungsentgelt (ca. 4 – 7 Cent), liegt der Satz zumindest bei etwa 1,5% der Erträge, stellt man auf den Bruttostrompreis ab (Annahme: 25 Cent pro kWh) sind dies immer noch ca. 0,45%. Allerdings wird die KA vom Netzbetreiber beaufschlagt, d. h. der Kunde entrichtet die KA zusätzlich zu den anderen Preisbestandteilen.

Als Entgeltmodell wird vorgeschlagen, zunächst einen absoluten Höchstsatz, z. B. 1% der Einspeisevergütung, festzulegen. In einem zweiten Schritt ist dann ein Staffelungsmodell zu entwerfen:  
z. B. Kreuzungen 0,1% jährlich  
Längsverlegungen je angefangene 100 m 0,05% jährlich  
max. 1% (Höchstsatz gilt als Gesamthöchstsatz, also Gestattungsentgelte für andere öffentliche Wege sind mit zu berücksichtigen)

#### 1.4 Einnahmen aus der Verpachtung kommunaler Liegenschaften

Die im Windenergiegeschäft tätigen Projektanten können von der Standortentwicklung und kurzfristigen Weiterveräußerung der Projektrechte erhebliche Renditen erwarten, die zum Teil bei einer Eigenkapitalverzinsung von

20–30% liegen.<sup>2</sup> Die Renditen der späteren Betreiber der Anlagen liegen in einer Größenordnung von 7%. Bei Standorten ab einer Windhöffigkeit von ca. 5,25 m/sec auf ca. 100m Höhe können daher durchaus lukrative Pachteinahmen in einer Größenordnung von 20 000 Euro pro Maschine pro Jahr erzielt werden. Im Nachfolgenden soll der Frage näher nachgegangen werden, wie die öffentliche Hand bei der Auswahl eines Pächters für Windenergieflächen vorgehen sollte.

#### 1.4.1 Vermeidung der verfahrensrechtlichen Vorgaben für Baukonzessionen

Die Verpachtung kommunaler Grundstücke kann einen vergaberechtpflichtigen Vorgang darstellen. Ausgangspunkt dieser Diskussion ist die sogenannte Ahlhorn-Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (Urt. vom 13. 6. 2007 – VII-Verg 2/07 –). Das OLG Bremen hatte speziell für Grundstücksverpachtungen für die Errichtung von Windenergieanlagen mit Beschl. vom 13. 3. 2008 entschieden, dass es sich dabei in bestimmten Konstellationen um eine Baukonzession (§ 22 EG VOB/A, § 99 Abs. 6 GWB) handeln kann.

Sollte es sich bei der Verpachtung von Flächen für Windenergieanlagen tatsächlich um eine Baukonzession handeln, müsste die Flächenvergabe durch die Gemeinde im förmlichen Vergabeverfahren nach VOB/A erfolgen.

Der Europäische Gerichtshof hat in letzter Zeit<sup>3</sup> einige Leitplanken zur Begrenzung des Anwendungsbereiches des Vergaberechtes in Bezug auf Grundstücksveräußerungen der öffentlichen Hand herausgearbeitet.

Eine Baukonzession im Sinne des Vergaberechtes ist im Lichte der neueren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nur dann anzunehmen, wenn die öffentliche Hand zum einen **ein unmittelbares wirtschaftliches Eigeninteresse** an der Errichtung des Bauwerks hat. Dies kann der Fall sein, wenn die Gemeinde Pächterlöse aus dem Betrieb der Windenergieanlagen erzielen möchte. Über die Pächterlöse partizipiert der Verpächter unmittelbar am Betrieb der Windenergieanlage, da die Pacht üblicherweise als Bruchteil der Einspeiseerlöse ausgestaltet ist. Für die Annahme einer Baukonzession im Sinne des Vergaberechtes ist indessen nicht erforderlich, dass die öffentliche Hand selbst ein Entgelt für die Errichtung der Windenergieanlage bezahlt. Die Besonderheit der Baukonzession gegenüber dem Bauauftrag besteht gerade darin, dass dem Pächter das befristete Recht auf Nutzung der baulichen Anlage eingeräumt wird, um damit die Anlage selbst zu refinanzieren (§ 22 EG VOB/A, § 99 Abs. 6 GWB).

Weitere Voraussetzung einer Baukonzession ist aber, dass sich der Verpächter **Sanktionsmöglichkeiten** für den Fall **vorbehält**, dass der Pächter nicht binnen

<sup>2</sup> Die Ausführungen der Erl. 1.4 sind dem Artikel von RA Dr. Max Reicherzer, Sozietät Becker Büttner Held, München in der Verbandszeitschrift des Bayerischen Gemeindetags Heft 1/2013, S. 6ff. entnommen, der auch die Auffassung des Gemeindetags wiedergibt.

<sup>3</sup> EuGH, Entscheidung vom 25. 3. 2010 – C 451/08 –, NZBau 2010 S. 321.