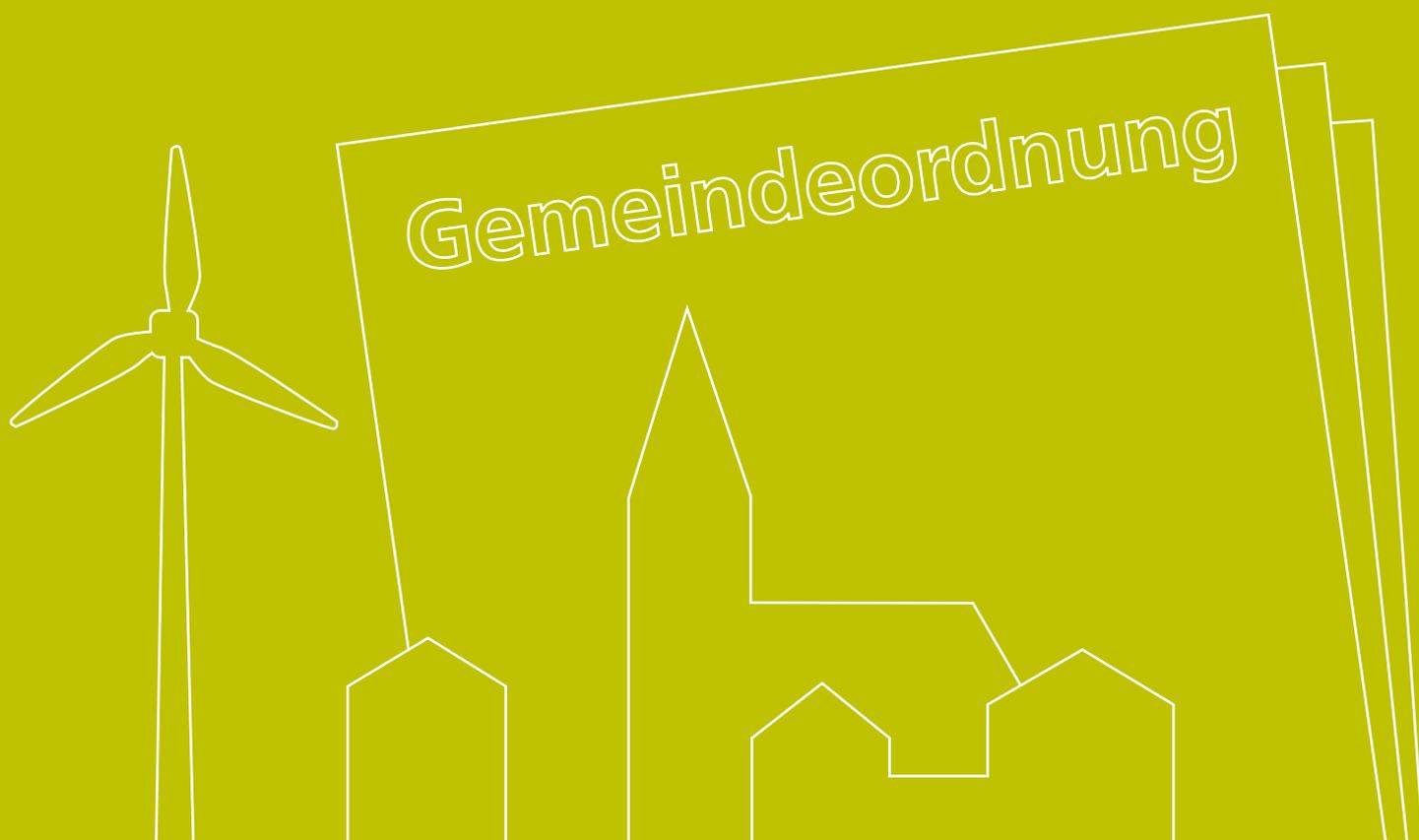




# Rechtliche Rahmenbedingungen für die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden

Ein Vergleich der kommunalwirtschaftsrechtlichen  
Regelungen in den Bundesländern



## Impressum

© FA Wind, August 2016 (2., aktualisierte Fassung)

### Herausgeber:

Fachagentur Windenergie an Land  
Fanny-Zobel-Straße 11 | 12435 Berlin

V.i.S.d.P.: Axel Tscherniak

Die Fachagentur zur Förderung eines natur- und umweltverträglichen Ausbaus der Windenergie an Land e.V. ist ein gemeinnütziger Verein. Er ist eingetragen beim Amtsgericht Charlottenburg, VR 32573 B

### Autorin:

Jenny Kirschey

### Zitiervorschlag:

FA Wind (2016): Rechtliche Rahmenbedingungen für die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden, Berlin

### Haftungsausschluss:

Die in diesem Hintergrundpapier enthaltenen Informationen, Hinweise und Empfehlungen sind nach bestem Wissen ausgesucht, zusammengestellt und ausgeführt. Dennoch wird keine Gewähr für die Aktualität, Richtigkeit und Vollständigkeit übernommen. Die Informationen, Hinweise und Empfehlungen dienen der allgemeinen Information und können eine Beratung im Einzelfall oder eine Rechtsberatung nicht ersetzen.

Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses  
des Deutschen Bundestages



## Inhalt

1.	Hintergrund .....	4
2.	Kommunalrechtliche Schranken .....	4
2.1	Allgemeines .....	4
2.2	Zweckgebundenheit und Örtlichkeitsgrundsatz .....	5
2.2.1	»Öffentlicher Zweck« .....	5
2.2.2	Örtlichkeitsgrundsatz .....	6
2.2.3	Zwischenfazit .....	7
2.3	Angemessenheit .....	7
2.4	Subsidiarität .....	8
2.5	Sonstige Voraussetzungen des Kommunalwirtschaftsrechts .....	8
3.	Weitere rechtliche Aspekte kommunaler Windenergieprojekte .....	8
3.1	Planungsrechtliche Sicherung .....	9
3.2	Vergaberecht .....	9
3.3	Strafrechtliche Risiken .....	9
4.	Zusammenfassung .....	9
5.	Tabellarische Übersicht der kommunalrechtlichen Regelungen in den Bundesländern .....	11
Baden-Württemberg .....		11
Bayern .....		12
Brandenburg .....		13
Hessen .....		14
Mecklenburg-Vorpommern .....		15
Niedersachsen .....		16
Nordrhein-Westfalen .....		17
Rheinland-Pfalz .....		18
Saarland .....		19
Sachsen .....		20
Sachsen-Anhalt .....		21
Schleswig-Holstein .....		22
Thüringen .....		23

## 1. Hintergrund

Die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen durch Betrieb eines oder Beteiligung an einem Windenergieprojekt gilt als eine Möglichkeit der Teilhabe und der kommunalen Wertschöpfung. Insbesondere für Gemeinden, in denen geeignete Flächen für die Windenergienutzung verfügbar sind, ist eine solche Beteiligung interessant. Neben möglichen Gewerbesteuererinnahmen und Einkünften aus Verkauf oder Verpachtung von Flächen können so weitere Mittel für den Gemeindehaushalt generiert werden. Eine regionale Wertschöpfung durch die Gemeinden gilt außerdem als ein sinnvolles Mittel der Akzeptanzförderung.

Für die Gemeinden gelten dabei besondere rechtliche Vorhaben, die sich von einer privaten Beteiligung der Bürger an Windenergieprojekten unterscheiden. Die wesentlichen Voraussetzungen ergeben sich aus dem Kommunalwirtschaftsrecht der Länder, welches das grundgesetzliche verankerte Recht auf kommunale Selbstverwaltung konkretisiert. Danach muss die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden grundsätzlich einem öffentlichen Zweck (Zweckgebundenheit) dienen, in einem angemessenen Verhältnis zu Leistungsfähigkeit und Bedarf der Gemeinde stehen (Angemessenheit) und die angestrebte Aufgabe besser als oder gleich gut erfüllen wie ein privater Akteur (Subsidiarität). Diese sogenannte Schrankentrias findet sich in unterschiedlicher Ausgestaltung in allen Gemeindeordnungen der Länder. Die rechtlichen Regelungen werden im Folgenden vergleichend dargestellt und erläutert. Anschließend wird auf weitere rechtliche Aspekte hingewiesen, die für Kommunen im Rahmen der wirtschaftlichen Betätigung relevant sein können, ohne dass diese im Folgenden weitergehend ausgeführt werden können.

## 2. Kommunalrechtliche Schranken

### 2.1 Allgemeines

Eine wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden ist grundsätzlich möglich. Dies gilt insbesondere im Rahmen der verfassungsrechtlich zu gewährleistenden kommunalen Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 Grundgesetz (GG). Die wesentlichen Beschränkungen ergeben sich aus den kommunalwirtschaftsrechtlichen Regelungen in den Gemeindeordnungen der Länder. Die Vorschriften dienen dem Schutz des kommunalen Haushalts vor Überforderung und Zweckentfremdung einerseits und dem Schutz privater Unternehmer vor Konkurrenz durch die öffentliche Hand andererseits. Das Kommunalwirtschaftsrecht der Länder unterscheidet sich in Einzelheiten. Diese können jedoch große Auswirkungen auf die Möglichkeiten der kommunalen Betätigung im Bereich der Windenergieerzeugung haben. Zahlreiche Länder haben gerade zur Förderung kommunaler Energieprojekte die Vorschriften angepasst und Ausnahmetatbestände eingefügt, die den Kommunen die Realisierung kommunaler Windenergievorhaben erleichtern. In einigen Bundesländern stehen Gesetzänderungen an, welche die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden im Rahmen der Energieerzeugung betreffen.<sup>1</sup> Ferner bieten manche Vorschriften einen Auslegungsspielraum, so dass die Praxis der wirtschaftlichen Betätigung in den Bundesländern stark voneinander abweichen kann.

Die Regelungen gelten für den Betrieb, die Erweiterung oder die Beteiligung an einem wirtschaftlichen Unternehmen ungeachtet von dessen Rechtsform. Der Verkauf oder die Verpachtung von gemeindeeigenen Flächen gilt allerdings nicht als eigenständige wirtschaftliche Tätigkeit und ist von den hier dargestellten Beschränkungen des Kommunalwirtschaftsrechts nicht betroffen.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> So plant beispielsweise die schleswig-holsteinische Landesregierung die Handlungsmöglichkeiten der Gemeinden zu erweitern; vgl. Pressemitteilung des Ministerium für Inneres und Bundesangelegenheiten vom 10. Juni 2016; verfügbar unter [http://www.schleswig-holstein.de/DE/Landesregierung/IV/Presse/PI/2016/160610\\_im\\_gemeindewirtschaftsrecht.html](http://www.schleswig-holstein.de/DE/Landesregierung/IV/Presse/PI/2016/160610_im_gemeindewirtschaftsrecht.html) (Abruf am 1. Juli 2016).

<sup>2</sup> Zu beachten sind hier jedoch mögliche vergaberechtliche Vorgaben; siehe dazu Krohn/Schneider/Strauch, Die Bereitstellung kommunaler Flächen für die Windenergienutzung, Hintergrundpapier im Auftrag der Fachagentur Windenergie an Land, Mai 2016, verfügbar unter: [http://www.fachagentur-windenergie.de/fileadmin/files/Veroeffentlichungen/FA\\_Wind\\_Hintergrundpapier\\_Bereitstellung\\_kommunaler\\_Flaechen\\_fuer\\_die\\_Windenergienutzung\\_2016-05-26.pdf](http://www.fachagentur-windenergie.de/fileadmin/files/Veroeffentlichungen/FA_Wind_Hintergrundpapier_Bereitstellung_kommunaler_Flaechen_fuer_die_Windenergienutzung_2016-05-26.pdf) (Abruf am 1. Juli 2016).

## 2.2 Zweckgebundenheit und Örtlichkeitsgrundsatz

### 2.2.1 »Öffentlicher Zweck«

Jedes staatliche Handeln muss dem Gemeinwohl, einem »öffentlichen Zweck« dienen. Dies ist in allen Gemeindeordnungen vorausgesetzt. Welche Tätigkeiten einem öffentlichen Zweck dienen, ist hingegen nicht gesetzlich definiert. In Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Sachsen und Sachsen-Anhalt legen die entsprechenden Vorschriften ausdrücklich fest, dass die wirtschaftliche Betätigung im Rahmen der Energieversorgung einem öffentlichen Zweck dient. Im Übrigen handelt sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der einer inhaltlichen Ausfüllung bedarf.<sup>3</sup>

Unstreitig ist, dass Tätigkeiten, die ausschließlich zur Erzielung von Gewinnen betrieben werden, keinem öffentlichen Zweck dienen. Einige Gemeindeordnungen legen dies ausdrücklich fest.<sup>4</sup> Ebenso unstreitig ist, dass neben einem öffentlichen Zweck auch Gewinne erzielt werden dürfen, ohne dass dies den öffentlichen Zweck in Frage stellt. Viele Gemeindeordnungen setzen vielmehr voraus, dass kommunale Unternehmen auch wirtschaftlich betrieben werden und Gewinne erzielen müssen.<sup>5</sup> Bei der Frage, ob eine Tätigkeit durch den angestrebten öffentlichen Zweck gerechtfertigt ist, steht der Gemeinde eine beschränkt überprüfbare Einschätzungsprärogative zu, da diese Einschätzung planerische und prognostische Elemente enthält.<sup>6</sup>

Bei diesem Kriterium zeigt sich das Spannungsfeld zwischen den kommunalwirtschaftsrechtlichen Beschränkungen und dem politischen Wunsch zur Förderung kommunaler Energieprojekte: die erstrebte kommunale Wertschöpfung ergibt sich insbesondere aus der Erzielung von Gewinnen. Der Zweck des Unternehmens muss jedoch darüber hinausgehen. Die Sicherung einer umweltverträglichen und/oder kostengünstigen Energieversorgung bzw. der Beitrag zur Versorgungssicherheit wird regelmäßig als öffentlicher Zweck anerkannt.<sup>7</sup> Überwiegend wird ferner angenommen, dass die Energieversorgung einschließlich der Energieerzeugung Bestandteil der öffentlichen Daseinsvorsorge ist.

Problematisch ist jedoch die Frage, ob und inwieweit der öffentliche Zweck voraussetzt, dass der erzeugte Strom unmittelbar innerhalb des Gemeindegebiets direkt vermarktet werden muss. Das OVG Schleswig kam im Urteil vom 11. Juli 2013 zu dem Ergebnis, dass ein öffentlicher Zweck gegeben sei, »solange und soweit tatsächlich eine ausschließliche oder zumindest deutlich vordergründige Vermarktung des erzeugten Windstroms unmittelbar an die Gemeindeeinwohner im klägerischen Gemeindegebiet erfolgt«.<sup>8</sup> Ebenso ging das OVG Magdeburg in einem Urteil vom 7. Mai 2015 davon aus, dass die vollständige Einspeisung in das überörtliche Netz zum Zwecke der Vergütung nach dem EEG eine reine Gewinnerzielungsabsicht darstellt.<sup>9</sup> In dem dort entschiedenen Fall ging es um eine von einer Gemeinde betriebene Photovoltaik-Anlage. Diese Rechtsprechung wurde in der Literatur kritisiert.<sup>10</sup> Zudem wird die Frage der Direktvermarktung im Gemeindegebiet überwiegend im Rahmen des Örtlichkeitserfordernisses diskutiert (siehe dazu nachfolgend 2.2.2). Diese Zuordnung ist maßgeblich, da viele Gemeindeordnungen eine Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets unter bestimmten Voraussetzungen gestatten. In der Praxis sind Gemeinden freilich gehalten, sich an der Rechtsprechung des für sie zuständigen Oberverwaltungsgerichtes zu orientieren. Der sachsen-anhaltinische Gesetzgeber hatte zwischenzeitlich das Kommunalwirtschaftsrecht angepasst und explizit festgeschrieben, dass die Stromversorgung auch außerhalb des Gemeindegebietes einem öffentlichen Zweck dient.<sup>11</sup>

An einem öffentlichen Zweck könnte es ferner fehlen, wenn der erzeugte Strom nicht der Versorgung der allgemeinen Bevölkerung, sondern beispielsweise einem Betrieb dient, welcher selbst keinen öffentlichen Zweck verfolgt. Vorsicht ist auch geboten, wenn das Unternehmen weitere Geschäftsbereiche

<sup>3</sup> OVG Schleswig, Urteil vom 11.07.2013 – 2 LB 32/12 NordÖR 2013, 528.

<sup>4</sup> Z.B. Art 87 Abs. 1 Satz 2 GO (Bayern), § 91 Abs. 2 Nr. 1 BbgKVerf, u.a.

<sup>5</sup> So u.a. § 103 Abs. 3 GemO BW, § 121 Abs. 8 HGO.

<sup>6</sup> OVG Schleswig, Urteil vom 11.07.2013 – 2 LB 32/12, NordÖR 2013, 528 (533).

<sup>7</sup> Siehe dazu Wolff in Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage 2013, § 5 Rn. 21f.

<sup>8</sup> OVG Schleswig, Urteil vom 11.07.2013 – 2 LB 32/12, NordÖR 2013, 528 (533).

<sup>9</sup> OVG Magdeburg, Urteil vom 07.05.2015 – 4 L 163/14, Rn. 52.

<sup>10</sup> U.a. in einer Besprechung zum Urteil es OVG Magdeburg: Schwintowski, EWeRK 2/2016, 123 mit Ausführungen zu den physikalisch-technischen Annahmen des Gerichts; mit zahlreichen Hinweisen auf das OVG Schleswig: Shirvani, Rückenwind für kommunale Bürgerwindparks?, NVwZ 2014, 1185.

<sup>11</sup> Vgl. § 128 Abs. 3 KVG LSA.

umfasst, die im Zusammenhang mit der Energieerzeugung stehen, aber selbst nicht einem öffentlichen Zweck dienen. Solche sog. Annextätigkeiten sind nur in einem sehr engen Rahmen zulässig.

### 2.2.2 Örtlichkeitsgrundsatz

Die verfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung umfasst grundsätzlich nur das eigene Gemeindegebiet. Das sog. Örtlichkeitsprinzip kommt darin zum Ausdruck, dass viele Gemeindeordnungen Voraussetzungen vorsehen, unter denen eine Tätigkeit außerhalb des Gemeindegebietes ausnahmsweise zulässig ist. Inzwischen gestattet das Kommunalverfassungsrecht in den meisten Bundesländern eine überörtliche Betätigung. Regelmäßig wird dafür vorausgesetzt, dass die Interessen der betroffenen Gemeinde gewahrt sind.

So lautet beispielsweise Art. 87 Abs. 2 BayGO:

»Die Gemeinde darf mit ihren Unternehmen außerhalb des Gemeindegebiets nur tätig werden, wenn dafür die Voraussetzungen des Absatzes 1<sup>12</sup> vorliegen und die berechtigten Interessen der betroffenen kommunalen Gebietskörperschaften gewahrt sind. Bei der Versorgung mit Strom und Gas gelten nur die Interessen als berechtigt, die nach den Vorschriften des Energiewirtschaftsgesetzes eine Einschränkung des Wettbewerbs zulassen.«

In § 94a Abs. 5 SächsGO ist geregelt:

»Die Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets in den Bereichen der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung dient einem öffentlichen Zweck und ist zulässig, wenn sie nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht.«

§ 94a Abs. 5 SächsGO verdrängt § 94a Abs. 1 SächsGO und fingiert (mit Ausnahme der Leistungsfähigkeitsprüfung) das Vorliegen der darin enthaltenen Voraussetzungen für die genannten Wirtschaftsbereiche.<sup>13</sup>

Ähnliche Ausnahmen gelten auch in Baden-Württemberg, Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern<sup>14</sup>, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen. Teilweise ist – mit Genehmigung der kommunalen Aufsichtsbehörde – sogar eine Tätigkeit im Ausland zulässig.

Dagegen lässt das derzeit geltende Niedersächsische Kommunalverfassungsgesetz keine außergebietliche Tätigkeit zu. In § 136 Abs. 1 Satz 1 NKomVG heißt es lediglich:

»Die Kommunen dürfen sich zur Erledigung ihrer Angelegenheiten wirtschaftlich betätigen.«

Die Beschränkung auf »ihre« Angelegenheiten setzt einen direkten Bezug zur örtlichen Gemeinschaft voraus. Nach Auffassung der Niedersächsischen Landesregierung bezieht sich der Örtlichkeitsgrundsatz auch bei der Vermarktung der erzeugten Energie und nicht (nur) auf den Standort der Anlage, so dass zwischen der örtlichen Gemeinschaft ein spezielles Abnahmeverhältnis bestehen muss.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> Absatz 1 lautet »Die Gemeinde darf ein Unternehmen im Sinn von Art. 86 nur errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern, wenn 1. ein öffentlicher Zweck das Unternehmen erfordert, insbesondere wenn die Gemeinde mit ihm gesetzliche Verpflichtungen oder ihre Aufgaben gemäß Art. 83 Abs. 1 der Verfassung und Art. 57 dieses Gesetzes erfüllen will, 2. das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht, 3. die dem Unternehmen zu übertragenden Aufgaben für die Wahrnehmung außerhalb der allgemeinen Verwaltung geeignet sind, 4. bei einem Tätigwerden außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge der Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann. Alle Tätigkeiten oder Tätigkeitsbereiche, mit denen die Gemeinde oder ihre Unternehmen an dem vom Wettbewerb beherrschten Wirtschaftsleben teilnehmen, um Gewinn zu erzielen, entsprechen keinem öffentlichen Zweck.« Soweit Unternehmen entgegen Satz 2 vor dem 1. September 1998 errichtet oder übernommen wurden, dürfen sie weitergeführt, jedoch nicht erweitert werden.«

<sup>13</sup> Vgl. Brüggem/Gös in Brüggem/Geiert/Nolden (2015), SächsGemO, § 94a Rn. 39 ff.

<sup>14</sup> § 68 Abs. 3 Nr. 4 KV M-V nimmt die dort genannten Einrichtungen von den Voraussetzungen an Unternehmen nach § 68 Abs. 2 Nr. 1 KV M-V aus; vgl. Darsow (2014), in: Schweriner Kommentierung der Kommunalverfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern, § 68 Rn.4.

<sup>15</sup> So auch die Auffassung der Niedersächsischen Landesregierung entsprechend einer Antwort auf eine Kleine schriftliche Anfrage vom 09.12.2014, Niedersächsischer Landtag, Drucksache 17/2602.

Entsprechend hat das OVG Magdeburg auf Grundlage der mittlerweile außer Kraft getretenen GO LSA neben dem öffentlichen Zweck auch den Örtlichkeitsbezug abgelehnt, wenn der durch ein kommunales Unternehmen erzeugte Strom ausschließlich in das überörtliche Netz eingespeist wird und nach allgemeinen Regeln des EEG vergütet wird.<sup>16</sup> Die damals geltende Vorschrift des § 116 GO LSA besagte:

»Die Gemeinde darf sich in Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft [...] wirtschaftlich betätigen, wenn

1. ein öffentlicher Zweck die Betätigung rechtfertigt,

[...]

Betätigungen in den Bereichen der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung, [...] dienen einem öffentlichen Zweck und sind unter der Voraussetzung des Absatzes 1 Satz 1 Nr. 2 zulässig. [...]«

Die betroffenen Vorschriften der sachsen-anhaltinischen Gemeindeordnung (GO LSA) wurden zum 1. Juli 2014 außer Kraft gesetzt und durch das Kommunalverfassungsgesetz (KVG LSA) vom 17. Juni 2014 ersetzt. § 128 Abs. 3 KVG LSA sieht nunmehr eine Ausnahme vom Örtlichkeitsprinzip im Rahmen der Stromversorgung vor.

Gemeinden in Niedersachsen können aufgrund des Örtlichkeitsgrundsatzes nur solche Windenergievorhaben umsetzen, die zur direkten Stromversorgung ihrer Bewohner dienen. Gemäß der Koalitionsvereinbarung 2013-2018 ist eine Änderung des Kommunalverfassungsrechts geplant, welche die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen erleichtern soll.<sup>17</sup>

### 2.2.3 Zwischenfazit

Zusammenfassend wird deutlich, dass die Frage, ob und inwieweit man eine innergemeindlichen Direktvermarktung für erforderlich hält, um den öffentlichen Zweck und den Örtlichkeitsbezug zu begründen, maßgeblich die Möglichkeiten der Gemeinden zu einer wirtschaftlichen Betätigung vorgibt. Inzwischen haben die meisten Landesgesetzgeber ihre Gemeindeordnungen angepasst. In Niedersachsen ist eine solche Änderung geplant. Die Beschränkung auf eine lokale Energieversorgung wird somit voraussichtlich nicht mehr notwendig sein.

## 2.3 Angemessenheit

Allen Gemeindeordnungen gemein ist die Forderung, dass die wirtschaftliche Betätigung in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit und zum voraussichtlichen Bedarf der Gemeinde stehen muss. Der Leistungsfähigkeitsbezug soll vernünftigerweise die öffentlichen Kassen vor finanzieller Überforderung schützen. Der Bezug zum voraussichtlichen Bedarf der Gemeinde ist eng verknüpft mit dem Leistungsfähigkeitsbezug. So sollen keine kommunalen Unternehmen geschaffen werden, für die kein Bedarf besteht. In Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Sachsen und Sachsen-Anhalt müssen energiewirtschaftliche Betätigungen<sup>18</sup> lediglich in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde stehen und können über den Bedarf hinausgehen.

Bei der Beurteilung der Angemessenheit trifft die Gemeinde eine Prognoseentscheidung.<sup>19</sup> Dadurch hat die Gemeinde eine Einschätzungsprärogative, so dass die Feststellung der Angemessenheit nur einer beschränkten gerichtlichen Überprüfbarkeit unterliegt.

In der Praxis findet diese Voraussetzung bislang wenig Beachtung.<sup>20</sup> Dementsprechend lassen sich in Literatur und Rechtsprechung bislang keine festen Kriterien ausmachen, anhand derer die Angemessenheit zu ermitteln ist. In seinem Urteil vom 11. Juli 2013 gab das OVG Schleswig an, dass für das Merkmal des voraussichtlichen Bedarfs zu prüfen sei, »ob das wirtschaftliche Unternehmen so gestaltet ist, dass Umfang und Ausmaß dem gegenwärtigen und in naher Zukunft zu befriedigenden Bedarf im

<sup>16</sup> So das zuvor genannte Urteil des OVG Magdeburg, Urteil vom 07.05.2015 – 4 L 163/14, Rn. 42 und 54.

<sup>17</sup> Koalitionsvereinbarung zwischen der SPD und Bündnis 90/Die Grünen, S. 19 f.

<sup>18</sup> In Rheinland-Pfalz nur die Erzeugung von erneuerbaren Energien.

<sup>19</sup> Vgl. Grünewald in Danner/Theobald, Energierecht, 85. EL Juni 2015, Einführung in das Kommunalwirtschaftsrecht, Rn. 28.

<sup>20</sup> Wolff in Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage 2013, § 5 Rn. 35; so auch Rautenberg, Gemischte Gesellschaften und Gemeindefirtschaftsrecht, KommJur 2007, 1 (2).

örtlichen Versorgungsgebiet entsprechen« und stellte dabei auf den Strombedarf der betroffenen Gemeinde ab.<sup>21</sup> In dem Urteil sah der Senat das Kriterium als nicht erfüllt, da die Gemeinde keine Angaben zum voraussichtlichen Bedarf machen konnte. Berücksichtigt man, dass es Gemeinden in den meisten Bundesländern gestattet ist, überörtlich tätig zu werden, erscheint das Abstellen auf den örtlichen Strombedarf nicht sachgerecht.

Im eigenen Interesse sollten Kommunen sorgfältig abschätzen, ob sie fachlich und wirtschaftlich in der Lage sind, ein Vorhaben ohne Gefährdung des kommunalen Haushalts durchzuführen.

## 2.4 Subsidiarität

Viele Gemeindeordnungen sehen vor, dass eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde unzulässig ist, wenn deren Zweck ebenso gut (»strenge Subsidiarität«) oder besser (»milde Subsidiarität«) durch Private erreicht werden kann. Diese Voraussetzung kann die Möglichkeiten der energiewirtschaftlichen Betätigung stark einschränken. Viele Gemeindeordnungen nehmen daher die Energieerzeugung von der Subsidiaritätsklausel aus. In Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen ist die Energieerzeugung ganz oder teilweise von dem Subsidiaritätserfordernis ausgenommen.

Das Kommunalselfverwaltungsgesetz des Saarlandes enthält eine strenge Subsidiaritätsklausel, in Sachsen und Schleswig-Holstein gelten milde Subsidiaritätsanforderungen. Die Brandenburgische Kommunalverfassung sieht vor, dass eine wirtschaftliche Betätigung grundsätzlich nicht zulässig ist, wenn sie durch einen Privaten wirtschaftlicher durchgeführt werden könnte, bietet jedoch der Gemeinde die Möglichkeit, begründet davon abzuweichen (§91 Abs. 3 BbgKVerf).

Muss ein Subsidiaritätserfordernis erfüllt werden, sind Güte und Wirtschaftlichkeit des kommunalen Vorhabens gegenüber vergleichbaren Dritten zu prüfen.<sup>22</sup>

Die Subsidiaritätsklausel dient ebenfalls dem Schutz der Kommune vor unnötiger wirtschaftlicher Betätigung und Risiken für den kommunalen Haushalt.<sup>23</sup> Ferner bezweckt sie Schutz der Privatwirtschaft vor Konkurrenz durch die öffentliche Hand. Sofern und soweit sich aus Gesetz oder der Gesetzesbegründung ergibt, dass die Vorschriften drittschützenden Charakter haben sollen, können Mitbewerber gerichtlich gegen etwaige Verstöße gegen das Subsidiaritätserfordernis vorgehen.

## 2.5 Sonstige Voraussetzungen des Kommunalwirtschaftsrechts

Im Übrigen enthalten die Gemeindeordnungen Vorgaben zur Ausgestaltung der kommunalen Betätigung. Hierbei können die Gemeinden zwischen Eigenbetrieben, Betrieben in öffentlich-rechtlicher Form oder in privater Rechtsform wählen. Die Wahl einer Aktiengesellschaft ist in der Regel unzulässig. Bei Unternehmen in privater Rechtsform ist die Einflussnahme und Kontrolle innerhalb des Unternehmens durch die Gemeindevertretung in dem Gesellschaftervertrag oder der Satzung sicherzustellen. Hiermit soll die Wahrung des öffentlichen Zwecks sichergestellt werden. Dies gilt freilich nur, soweit die Gemeinde hinreichend Anteile am Unternehmen hält, um Einfluss nehmen zu können. Ferner sind die finanziellen Verpflichtungen und die Haftung der Gemeinde zu begrenzen. Dies dient der Umsetzung des Leistungsfähigkeitsbezugs.

## 3. Weitere rechtliche Aspekte kommunaler Windenergieprojekte

Gemeinden sind im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit grundsätzlich an die Regeln gebunden, welche auch für private Unternehmen gelten. So müssen etwa die allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Regelungen beachtet werden. Wird eine finanzielle Bürgerbeteiligung angeboten, sind unter Umständen kapitalmarktrechtliche Pflichten zu beachten. Hier ist insbesondere die Prospektspflicht zu nennen.<sup>24</sup>

Im Folgenden sollen lediglich Rechtsbereiche angesprochen werden, welche die Tätigkeit von Gemeinden von solchen privater Unternehmer unterscheiden.

<sup>21</sup> OVG Schleswig, Urteil vom 11.07.2013 – 2 LB 32/12, NordÖR 2013, 528 (534).

<sup>22</sup> Hierzu siehe Wolff in Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage 2013, § 5 Rn. 43 ff.

<sup>23</sup> Vgl. OVG Magdeburg, Urteil vom 29.10.2008 – 4 L 146/05.

<sup>24</sup> Hierzu siehe v. Kaler/Kneuper, Erneuerbare Energien und Bürgerbeteiligung, NVwZ 2012, 791.

### 3.1 Planungsrechtliche Sicherung

Kommunen, die sich in einem Windenergievorhaben wirtschaftlich betätigen wollen, stellt sich die Frage, ob und inwieweit sie das Vorhaben planungsrechtlich sichern können. Hierbei muss sich die Gemeinde bewusst machen, dass sie als mögliche Betreiberin eines Windparks und als Planungsträgerin verschiedene unabhängige Rollen einnimmt. Neben den Interessen des eigenen Vorhabens müssen andere berechnete Interessen und öffentliche Belange gleichsam berücksichtigt werden. Die planende Funktion darf nicht missbraucht werden, um private Mitbewerber abzustrafen oder das eigene Vorhaben in unzulässiger Weise zu bevorzugen.

So hat beispielsweise das OVG Schleswig geurteilt, dass es nach § 9 Abs. 1 BauGB nicht zulässig ist, den Betreiber einer Windenergieanlage planerisch festzulegen, um so zu erreichen, dass dort nur der Bürgerwindpark betrieben werden darf.<sup>25</sup> Ebenso wenig dürfen im Rahmen der Flächennutzungsplanung Flächen nur deshalb ausgeschlossen werden, weil deren Eigentümer nicht bereit war, diese einem kommunalen Bürgerwindpark zur Verfügung zu stellen.<sup>26</sup> Für die Flächensicherung im Rahmen von gemeindlichen Bebauungsplänen wird neben der Aufstellung eines vorhabenbezogenen Bebauungsplanes die Ausweisung eines Sondergebiets nach § 11 Baunutzungsverordnung (BauNVO) vorgeschlagen.<sup>27</sup>

### 3.2 Vergaberecht

Wie bei anderen Aufträgen müssen die Kommunen auch im Rahmen von energiewirtschaftlicher Betätigung vergaberechtliche Vorgaben beachten. Ist die Kommune selbst Betreiber eines Windparks, muss vor der Vergabe von Aufträgen an Dritte geprüft werden, ob und welche vergaberechtlichen Vorschriften gelten. Ebenso muss die Gemeinde vor der Vergabe von Aufträgen an eigene Unternehmen bzw. solchen, an denen sie beteiligt ist, prüfen, ob ein Vergabeverfahren durchzuführen ist.

### 3.3 Strafrechtliche Risiken

Im Zusammenhang mit kommunaler Wertschöpfung werden gelegentlich strafrechtliche Risiken für die beteiligten Personen diskutiert.<sup>28</sup> Der Blick fällt hierbei auf die §§ 331 ff. StGB, welche Vorteilsnahme und -gewährung, Bestechlichkeit und Bestechung unter Strafe stellen. Problematisch sind insbesondere die Fälle, in denen die Gemeinde selbst nicht wirtschaftlich an dem Vorhaben beteiligt ist und die finanzielle Wertschöpfung anderweitig erfolgt – etwa durch Investitionen oder Spenden des privaten Vorhabenträgers, die keinen direkten Bezug zur Energieerzeugung haben. Die Gewinnerzielung im Rahmen der eigenen wirtschaftlichen Betätigung ist in dieser Hinsicht unproblematisch. Die Entscheidungsträger müssen hier freilich die allgemeinen Vorschriften des Wirtschaftsstrafrechts beachten, welche auch bei jeder anderen wirtschaftlichen Betätigung einschlägig sind.

## 4. Zusammenfassung

Die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden begegnet vielfach rechtlichen Hürden. Wesentliche Einschränkungen ergeben sich durch das Kommunalwirtschaftsrecht, in welchem eine vorrangig auf Gewinnerzielung ausgerichtete Betätigung der Gemeinden regelmäßig nicht zulässig ist. Für den Bereich der Energieversorgung enthalten die entsprechenden landesrechtlichen Regelungen jedoch zahlreiche Ausnahmen. Durch die unterschiedliche Ausgestaltung der Gemeindeordnungen der Länder divergieren die Möglichkeiten der Gemeinden, eigene Windparkprojekte umzusetzen, in den einzelnen Bundesländern stark. Viele Bundesländer haben in den vergangenen Jahren die Vorschriften ihrer Gemeindeordnungen angepasst, um die Beteiligung von Kommunen zu vereinfachen. Die Entwicklung geht dahin, dass Gemeinden vermehrt die Möglichkeit gegeben werden soll, sich im Rahmen der Erzeugung erneuerbarer Energie wirtschaftlich zu betätigen.

---

<sup>25</sup> OVG Schleswig, Urteil vom 04.04.2013 – 1 LB 7/12, zweiter Leitsatz: »Festlegungen, die den Betreiber einer Windkraftanlage (»Bürgerwindpark«) regeln, sind keine zulässigen Festsetzungen i. S.v. § 9 Abs. 1 BauGB.«

<sup>26</sup> OVG Schleswig, Urteil vom 19.02.2015 – 1 KN 1/14.

<sup>27</sup> Hierzu ausführlich mit Hinweise zu den rechtlichen Folgen: Kruse/Legler, Windparks in kommunaler Regie: Ist das rechtlich möglich?, ZUR 2012, 348.

<sup>28</sup> Ausführlich hierzu: Krug/Rathgeber, Strafrechtliche Risiken bei kommunaler Wertschöpfung durch Windenergieanlagen, KommJur 2014, 47.

Ein wesentlicher Aspekt ist die Frage, ob das Kommunalwirtschaftsrecht eine überörtliche Tätigkeit zulässt. Dies betrifft nicht nur den Standort der Windenergieanlagen, sondern insbesondere die Frage, ob kommunale Unternehmen den erzeugten Strom in das überörtliche Netz einspeisen dürfen. So ist es für manche Gemeinden möglich, sich fernab des Gemeindegebiets an einem Vorhaben zu beteiligen, während andere Gemeinden sich lediglich an solchen Windenergieprojekten beteiligen können, die der Energieversorgung der örtlichen Bevölkerung dienen. Die Beurteilung der Angemessenheit enthält prognostische Elemente. Hier besteht ein Beurteilungsspielraum der Gemeinden und der kommunalen Aufsichtsbehörden, der nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar ist. In einigen Bundesländern besteht eine strenge Subsidiarität gegenüber der privatwirtschaftlichen Tätigkeit, die jedoch (mit Ausnahme des Saarlandes) im Bereich der Energieversorgung keine Anwendung findet.

## 5. Tabellarische Übersicht der kommunalrechtlichen Regelungen in den Bundesländern<sup>29</sup>

### Baden-Württemberg

Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung		§§ 102 bis 108 GemO BW
Voraussetzungen für die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung	Öffentlicher Zweck	§ 102 Abs. 1 GemO BW
	Angemessenes Verhältnis zur Leistungsfähigkeit und zum voraussichtlichen Bedarf	»das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht«
	Subsidiarität	Ausnahme in der kommunalen Daseinsvorsorge Im Übrigen strenge Subsidiarität
	Örtlichkeitsbezug	§ 102 Abs. 7 GemO BW überörtliche Tätigkeit zulässig Interessen der betroffenen Gemeinde müssen gewahrt sein
	Angaben zum Drittschutz	---
	Weitere Voraussetzungen	---
<b>Regelungen zur Wahl und Ausgestaltung der Rechtsform</b>		§§ 102a bis 103a GemO BW <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ u.a. Aktiengesellschaften nur ausnahmsweise zulässig</li> <li>▪ Einflussnahmemöglichkeit ist vertraglich sicherzustellen</li> </ul>

<sup>29</sup> Hier werden nur die Regelungen der 13 Flächenländer dargestellt. Berlin, Bremen (mit Ausnahme der Stadt Bremerhaven) und Hamburg verfügen nicht über entsprechende Regelungen.

Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung		Art. 86 bis 96 BayGO
<b>Voraussetzungen für die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung</b>	Öffentlicher Zweck	Art. 87 Abs. 1 Satz 2 BayGO, reine Gewinnerzielungsabsicht schließt öffentlichen Zweck aus
	Angemessenes Verhältnis zur Leistungsfähigkeit und zum voraussichtlichen Bedarf	Art. 87 Abs. 1 Nr. 2 BayGO
	Subsidiarität	Art. 87 Abs. 1 Nr. 4 BayGO, Ausnahme in der kommunalen Daseinsvorsorge
	Örtlichkeitsbezug	Art. 87 Abs. 2 und 3 BayGO »(2) Die Gemeinde darf mit ihren Unternehmen außerhalb des Gemeindegebiets nur tätig werden, wenn dafür die Voraussetzungen des Absatzes 1 vorliegen und die berechtigten Interessen der betroffenen kommunalen Gebietskörperschaften gewahrt sind. Bei der Versorgung mit Strom und Gas gelten nur die Interessen als berechtigt, die nach den Vorschriften des Energiewirtschaftsgesetzes eine Einschränkung des Wettbewerbs zulassen. (3) [...] Absatz 2 gilt entsprechend, wenn sich die Gemeinde an einem auch außerhalb ihres Gebiets tätigen Unternehmen in einem Ausmaß beteiligt, das den auf das Gemeindegebiet entfallenden Anteil an den Leistungen des Unternehmens erheblich übersteigt.«
	Angaben zum Drittschutz	---
	Weitere Voraussetzungen	---
<b>Regelungen zur Wahl und Ausgestaltung der Rechtsform</b>		Art. 86, Art. 92, 93 BayGO <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Eigenbetriebe, öffentlich-rechtliche Form, privat-rechtliche Form (Art. 86 BayGO)</li> <li>▪ Einflussnahme muss vertraglich sichergestellt sein (Art. 92 Abs. 1 Nr. 2 BayGO)</li> <li>▪ Begrenzung der Haftung auf einen der Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag (Art. 92 Abs. 1 Nr. 3 BayGO)</li> </ul>

Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung §§ 91-100 BbgKVerf		
<b>Voraussetzungen für die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung</b>	Öffentlicher Zweck	§ 91 Abs. 2 Nr. 1 BbgKVerf, keine reine Gewinnerzielungsabsicht
	Angemessenes Verhältnis zur Leistungsfähigkeit und zum voraussichtlichen Bedarf	§ 91 Abs. 2 Nr. 2 BbgKVerf
	Subsidiarität	§ 91 Abs. 3 BbgKVerf: »Die Gemeinde hat im Interesse einer sparsamen Haushaltsführung dafür zu sorgen, dass Leistungen, die von privaten Anbietern <b>wirtschaftlicher</b> erbracht werden können, diesen Anbietern übertragen werden. Dazu sind Angebote einzuholen oder Vergleichsberechnungen vorzunehmen, die der Gemeindevertretung oder in den Fällen des § 50 Absatz 2 dem Hauptausschuss vorzulegen sind. Die Sätze 1 und 2 gelten nicht, wenn die Gemeindevertretung oder in den Fällen des § 50 Absatz 2 der Hauptausschuss eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde im öffentlichen Interesse für erforderlich hält; die Entscheidung ist zu begründen.«
	Örtlichkeitsbezug	§ 91 Abs. 4 Nr. 1 BbgKVerf, nicht erforderlich für u.a. Energieversorgung § 91 Abs. 4 Satz 2 BbgKVerf, im Ausland nur unter den genannten Voraussetzungen
	Angaben zum Drittschutz	§ 91 Abs. 1 Satz 2 BbgKVerf: Regelungen sind ausdrücklich nicht drittschützend
	Weitere Voraussetzungen	Annexstätigkeiten sind in § 91 Abs. 5 BbgKVerf geregelt
	<b>Regelungen zur Wahl und Ausgestaltung der Rechtsform</b>	§§ 93-96 BbgKVerf Kommunale Unternehmen, Anstalten des öffentlichen Rechts, Unternehmen in privater Rechtsform <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Aktiengesellschaften nur ausnahmsweise (§ 96 Abs. 4 BbgKVerf)</li> <li>▪ Möglichkeit zur Einflussnahme ist vertraglich sicherzustellen, sofern die Kommune genug Anteile hat, um Einfluss auszuüben (§ 96 Abs. 1 BbgKVerf)</li> </ul>

Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung §§ 121 bis 127b HGO		
<b>Voraussetzungen für die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung</b>	Öffentlicher Zweck	§ 121 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HGO
	Angemessenes Verhältnis zur Leistungsfähigkeit und zum voraussichtlichen Bedarf	§ 121 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGO
	Subsidiarität	§ 121 Abs. 1 Nr. 3 HGO, aber Ausnahme für erneuerbare Energien: § 121 Abs. 1a HGO
	Örtlichkeitsbezug	§ 121 Abs. 5 HGO, zulässig, wenn die Interessen der betroffenen kommunalen Gebietskörperschaft gewahrt sind, bei Energieerzeugung aus Erneuerbaren Energie beachte § 121 Abs. 1a HGO (siehe weitere Voraussetzungen)
	Angaben zum Drittschutz	drittschützend gemäß § 121 Abs. 1b HGO
	Weitere Voraussetzungen	§ 121 Abs. 1a HGO »Abweichend von Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Abs. 5 Nr. 1 und § 122 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 dürfen Gemeinden sich ausschließlich auf dem Gebiet der Erzeugung, Speicherung und Einspeisung und des Vertriebs von Strom, Wärme und Gas aus erneuerbaren Energien sowie der Verteilung von elektrischer und thermischer Energie bis zum Hausanschluss wirtschaftlich betätigen, wenn die Betätigung innerhalb des Gemeindegebietes oder im regionalen Umfeld in den Formen interkommunaler Zusammenarbeit erfolgt. Die wirtschaftliche Beteiligung der Einwohner soll ermöglicht werden. [...]« § 121 Abs. 4 HGO: Annex Tätigkeiten zulässig
<b>Regelungen zur Wahl und Ausgestaltung der Rechtsform</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ §§ 122-127 HGO</li> <li>▪ Haftungsbegrenzung (§ 122 Abs. 1 Nr. 2 HGO)</li> <li>▪ Einflussnahme (§ 122 Abs. 1 Nr. 3 HGO)</li> <li>▪ Aktiengesellschaft nur ausnahmsweise (§ 122 Abs. 3 HGO)</li> </ul>	
<b>Sonstiges</b>	<p>§ 121 Abs. 8 HGO</p> <p>Wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinde sind so zu führen, dass sie einen Überschuss für den Haushalt der Gemeinde abwerfen, soweit dies mit der Erfüllung des öffentlichen Zwecks in Einklang zu bringen ist. Die Erträge jedes Unternehmens sollen mindestens so hoch sein, dass</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. alle Aufwendungen und kalkulatorischen Kosten gedeckt werden,</li> <li>2. die Zuführungen zum Eigenkapital (Rücklagen) ermöglicht werden, die zur Erhaltung des Vermögens des Unternehmens sowie zu seiner technischen und wirtschaftlichen Fortentwicklung notwendig sind und</li> </ol>	

	<p>3. eine marktübliche Verzinsung des Eigenkapitals erzielt wird.</p> <p>Lieferungen und Leistungen von anderen Unternehmen und Verwaltungszweigen der Gemeinde an das Unternehmen sowie Lieferungen und Leistungen des Unternehmens an andere Unternehmen und Verwaltungszweige der Gemeinde sind kostendeckend zu vergüten.</p>
--	--

**Mecklenburg-Vorpommern**

Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung		§§ 68-77 KV M-V
<b>Voraussetzungen für die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung</b>	Öffentlicher Zweck	§ 68 Abs. 3 Nr. 4 KV M-V: „Einrichtungen zur Erzeugung von Energie, insbesondere erneuerbarer Art [...]“ sind von der Prüfung der Schrankentrias ausgenommen; im Übrigen gilt für Unternehmen § 68 Abs. 2 Nr. 1 KV M-V
	Angemessenes Verhältnis zur Leistungsfähigkeit und zum voraussichtlichen Bedarf	§ 68 Abs. 3 Nr. 4 KV M-V, nur Leistungsfähigkeit für Einrichtungen zur Energieerzeugung
	Subsidiarität	Bei Einrichtungen zur Energieerzeugung nicht erforderlich
	Örtlichkeitsbezug	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Bei Einrichtungen zur Energieerzeugung nicht erforderlich;</li> <li>▪ Auch im Übrigen Ausnahme für die Stromversorgung nach § 68 Abs. 2 Satz 2 KV M-V: »[...] Die wirtschaftliche Betätigung in den Bereichen der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung dient auch bei Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets einem öffentlichen Zweck.«</li> </ul>
	Angaben zum Drittschutz	---
	Weitere Voraussetzungen	---
<b>Regelungen zur Wahl und Ausgestaltung der Rechtsform</b>		§ 69 Abs. 1 Nr. 2 KV M-V: für Einrichtungen nach § 68 Abs. 3 Nr. 4 KV M-V ist ein wichtiges Interesse an der Privatrechtsform nachzuweisen und in einem Bericht darzulegen
<b>Sonstiges</b>		<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Einrichtungen zur Stromerzeugung sind nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu führen (§ 68 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 und Satz 2 KV M-V)</li> <li>▪ Sollen Ertrag abwerfen (§ 75 Abs. 1 KV M-V)</li> </ul>

Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung		§§ 136-152 NKomVG
Voraussetzungen für die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung	Öffentlicher Zweck	§ 136 Abs. 1 Nr. 1 NKomVG
	Angemessenes Verhältnis zur Leistungsfähigkeit und zum voraussichtlichen Bedarf	§ 136 Abs. 1 Nr. 2 NKomVG
	Subsidiarität	§ 136 Abs. 1 Nr. 3 NKomVG, Ausnahme für die Energieversorgung
	Örtlichkeitsbezug	§ 136 Abs. 1 Satz 1 NKomVG »zur Erledigung <b>ihrer</b> Angelegenheiten«, keine Ausnahmen
	Angaben zum Drittschutz	nur Subsidiaritätsvorschrift (§ 136 Abs. 1 Satz 3 NKomVG)
	Weitere Voraussetzungen	Annexstätigkeiten sind in § 91 Abs. 5 NKomVG geregelt
<b>Regelungen zur Wahl und Ausgestaltung der Rechtsform</b>		<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Als Eigenbetriebe, Eigengesellschaften, kommunale Anstalten des öffentlichen Rechts (§ 136 Abs. 2 NKomVG)</li> <li>▪ Haftungsbegrenzung (§ 137 Abs. 1 Nr. 2 NKomVG), Einzahlbegrenzung (§ 137 Abs. 1 Nr. 3 NKomVG), Verlustbegrenzung (§ 137 Abs. 1 Nr. 4 NKomVG)</li> <li>▪ Einflussnahme (§ 137 Abs. 1 Nr. 6, 7, 8 NKomVG)</li> </ul>

Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung		§§ 107-115 GO NRW
<b>Voraussetzungen für die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung</b>	Öffentlicher Zweck	Allgemein § 107 Abs. 1 Nr. 1 GO NRW, hier durch § 107a Abs. 1 GO NRW verdrängt »Die wirtschaftliche Betätigung in den Bereichen der Strom-[...]versorgung dient einem öffentlichen Zweck und ist zulässig, wenn [...]«
	Angemessenes Verhältnis zur Leistungsfähigkeit und zum voraussichtlichen Bedarf	§ 107 Abs. 1 Nr. 2 GO NRW, nur Leistungsfähigkeit
	Subsidiarität	§ 107 Abs. 1 Nr. 3 GO NRW, aber Spezialregelung des § 107a GO NRW sieht im Bereich der Stromversorgung kein Subsidiaritätserfordernis vor
	Örtlichkeitsbezug	§ 107 Abs. 1 GO NRW »Die Gemeinde darf sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben wirtschaftlich betätigen, [...]«  § 107a Abs. 3 GO NRW außerhalb des Gemeindegebietes, wenn Interessen der betroffenen Gebietskörperschaft gewahrt sind, im Ausland mit Genehmigung
	Angaben zum Drittschutz	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Belange kleiner Unternehmen bei Annex Tätigkeiten zur energiewirtschaftlichen Betätigung sind zu berücksichtigen (§ 107a Abs. 3 Satz 2 GO NRW)</li> </ul>
	Weitere Voraussetzungen	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Annex Tätigkeiten nach § 107a Abs. 2 GO NRW</li> <li>▪ Unterrichtung des Gemeinderates vor Aufnahme einer solchen Betätigung (§ 107a Abs. 4 GO NRW)</li> </ul>
<b>Regelungen zur Wahl und Ausgestaltung der Rechtsform</b>		---

Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung		§§ 85-92 GemO
<b>Voraussetzungen für die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung</b>	Öffentlicher Zweck	§ 85 Abs. 1 Nr. 1, Satz 2, GemO »Die Errichtung, Übernahme oder wesentliche Erweiterung eines wirtschaftlichen Unternehmens im Bereich Energieversorgung wird stets durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt [...]«
	Angemessenes Verhältnis zur Leistungsfähigkeit und zum voraussichtlichen Bedarf	§ 85 Abs. 1 Nr. 2 GemO i.V.m. Abs. 1 Satz 2 GemO, nur Leistungsbezug, Bedarf unerheblich bei Versorgung mit erneuerbaren Energien
	Subsidiarität	Nicht bei Energieversorgung (§ 85 Abs. 1 Nr. 3 GemO)
	Örtlichkeitsbezug	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Tätigkeit außerhalb des Gemeindegebiets zulässig gemäß § 85 Abs. 2 GemO</li> <li>▪ Beteiligung an Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien auch im Ausland zulässig, aber genehmigungsbedürftig (§ 85 Abs. 2a GemO)</li> </ul>
	Angaben zum Drittschutz	---
	Weitere Voraussetzungen	---
<b>Regelungen zur Wahl und Ausgestaltung der Rechtsform</b>		§§ 86-88 GemO <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Eigenbetriebe (§ 86), Anstalten (§§ 86a, b GemO), Unternehmen in Privatrechtsform (§§ 87, 88 GemO)</li> <li>▪ Einflussnahmemöglichkeit (§ 87 Abs. 1 Nr. 3), Haftungs-, Einzahl- und Verlustbegrenzung (§ 87 Abs. 1 Nr. 4, 5, 6 GemO)</li> <li>▪ Aktiengesellschaft nur subsidiär (§ 87 Abs. 2 GemO)</li> </ul>
<b>Sonstiges</b>		<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Unternehmen sollen Erträge abwerfen, so dass nach Deckung der Kosten und Rücklagenbildung mind. Gewinne in Höhe der marktüblichen Verzinsung des Eigenkapitals erzielt werden (§ 85 Abs. 3 GemO)</li> </ul>

Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung §§ 108-118 KSVG		
<b>Voraussetzungen für die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung</b>	Öffentlicher Zweck	§ 108 Abs. 1 Nr. 1 KSVG, keine ausschließliche Gewinnerzielung (§ 108 Abs. 3 Satz 3 KSVG)
	Angemessenes Verhältnis zur Leistungsfähigkeit und zum voraussichtlichen Bedarf	§ 108 Abs. 1 Nr. 2 KSVG
	Subsidiarität	§ 108 Abs. 1 Nr. 3 KSVG »[...] der öffentliche Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt wird oder erfüllt werden kann.«
	Örtlichkeitsbezug	§ 108 Abs. 4 KSVG, zulässig, wenn betroffene Gebietskörperschaft nicht aus berechtigtem Interesse widerspricht
	Angaben zum Drittschutz	---
	Weitere Voraussetzungen	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Marktanalysen, Bewertung der Chancen und Risiken und Auswirkungen auf private Wettbewerber sind zu erheben (§ 108 Abs. 5 KSVG)</li> </ul>
<b>Regelungen zur Wahl und Ausgestaltung der Rechtsform</b>	§§ 109-115 KSVG <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Eigenbetriebe (§ 109 KSVG)</li> <li>▪ Unternehmen in Privatrechtsform nur bei wichtigem Interesse (§ 110 Abs. 1 Nr. 1 KSVG)</li> <li>▪ Haftungsbegrenzung (§ 110 Abs. 1 Nr. 2 KSVG)</li> <li>▪ Überwachungs- und Einflussnahmemöglichkeit (§ 110 Abs. 1 Nr. 3, 4 KSVG)</li> </ul>	
<b>Sonstiges</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Nachhaltigkeit und Gewinnerzielung, soweit die Erreichung des öffentlichen Zwecks dadurch nicht beeinträchtigt wird (§ 116 KSVG)</li> </ul>	

Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung		§§ 94a-102 SächsGemO
<b>Voraussetzungen für die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung</b>	Öffentlicher Zweck	§ 94a Abs. 5 SächsGemO »Die Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets in den Bereichen der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung dient einem öffentlichen Zweck [...]. «
	Angemessenes Verhältnis zur Leistungsfähigkeit und zum voraussichtlichen Bedarf	§ 94a Abs. 5 SächsGemO, nur Leistungsfähigkeit: »Die Betätigung [...] in den Bereichen der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung [...] ist zulässig, wenn sie nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht.«
	Subsidiarität	§ 94a Abs. 1 Nr. 3 SächsGemO; entfällt im Rahmen der Stromversorgung nach § 94
	Örtlichkeitsbezug	§ 94 Abs. 5 SächsGemO »Die Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets in den Bereichen der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung [...] ist zulässig, [...]«
	Angaben zum Drittschutz	---
	Weitere Voraussetzungen	---
<b>Regelungen zur Wahl und Ausgestaltung der Rechtsform</b>	§§ 95-99 SächsGemO <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Eigenbetriebe, Rechtsformen des privaten Rechts (§ 95 Abs. 1 SächsGemO)</li> <li>▪ Inhalt des Gesellschaftsvertrags (§ 96a SächsGemO)</li> </ul>	
<b>Sonstiges</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Gewinnerzielung (§ 94a Abs. 4 SächsGemO)</li> </ul>	

Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung §§ 128-135 KVG LSA		
<b>Voraussetzungen für die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung</b>	Öffentlicher Zweck	§ 128 Abs. 1 Nr. 1 KVG LSA <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Stromversorgung ausdrücklich öffentlicher Zweck (§ 128 Abs. 2 KVG LSA)</li> </ul>
	Angemessenes Verhältnis zur Leistungsfähigkeit und zum voraussichtlichen Bedarf	§ 128 Abs. 1 Nr. 2 KVG LSA
	Subsidiarität	§ 128 Abs. 1 Nr. 3 KVG LSA, aber gemäß § 128 Abs. 2 KVG LSA müssen Betätigungen im Bereich der Stromversorgung die Voraussetzung nicht erfüllen
	Örtlichkeitsbezug	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Stromversorgung privilegiert nach § 128 Abs. 4 KVG LSA</li> <li>▪ Tätigkeiten im Ausland bedürfen der Genehmigung (§ 128 Abs. 5 KVG LSA)</li> </ul>
	Angaben zum Drittschutz	---
	Weitere Voraussetzungen	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Annex Tätigkeiten nach § 128 Abs. 2 Satz 2 KVG LSA</li> </ul>
<b>Regelungen zur Wahl und Ausgestaltung der Rechtsform</b>	§§ 129-131 KVG LSA <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Haftungsbeschränkung (§ 129 Abs. 4 KVG LSA)</li> <li>▪ Einflussnahme (§ 129 Abs. 1 Nr. 2, 3 KVG LSA)</li> </ul>	

Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung		§§ 101-109 GO
<b>Voraussetzungen für die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung</b>	Öffentlicher Zweck	§ 101 Abs. 1 Nr. 1 GO
	Angemessenes Verhältnis zur Leistungsfähigkeit und zum voraussichtlichen Bedarf	§ 101 Abs. 1 Nr. 2 GO
	Subsidiarität	§ 101 Abs. 1 Nr. 3 GO »der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erfüllt werden kann.«
	Örtlichkeitsbezug	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Interessen der betroffenen Gebietskörperschaft sind zu wahren (§ 101 Abs. 2 GO)</li> <li>▪ Bei Tätigkeiten außerhalb Schleswig-Holsteins sind Interessen des Landes zu beachten (§ 101 Abs. 3 GO)</li> </ul>
	Angaben zum Drittschutz	---
	Weitere Voraussetzungen	---
<b>Regelungen zur Wahl und Ausgestaltung der Rechtsform</b>	§§ 102-106a GO	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ U.a. Haftungsbegrenzung (§ 102 Abs. 1 Nr. 2 GO)</li> <li>▪ Einflussnahmemöglichkeit (§ 102 Abs. 1 Nr. 3, 4 GO)</li> </ul>
<b>Sonstiges</b>		<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit (§ 101 Abs. 4 Satz 2 GO)</li> <li>▪ Wirtschaftlichkeit, Rücklagenbildung und Jahresgewinn mindestens entsprechend der marktüblichen Verzinsung des Eigenkapitals (§ 107 GO)</li> </ul>

## Thüringen

Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung		§§ 71-77 ThürKO
<b>Voraussetzungen für die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung</b>	Öffentlicher Zweck	§ 71 Abs. 2 Nr. 1 ThürKO
	Angemessenes Verhältnis zur Leistungsfähigkeit und zum voraussichtlichen Bedarf	§ 71 Abs. 2 Nr. 2 ThürKO
	Subsidiarität	Ausnahme für kommunale Daseinsvorsorge, ausdrücklich auch der Erzeugung erneuerbarer Energien (§ 71 Abs. 2 Nr. 4 Satz 2 ThürKO)
	Örtlichkeitsbezug	§ 71 Abs. 5 ThürKO, außerhalb des Gemeindegebiets müssen die berechtigten Interessen der betroffenen kommunalen Gebietskörperschaften gewahrt sein
	Angaben zum Drittschutz	---
	Weitere Voraussetzungen	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Annex Tätigkeiten nach § 71 Abs. 2 Nr. 4 Satz 2 ThürKO</li> </ul>
<b>Regelungen zur Wahl und Ausgestaltung der Rechtsform</b>		§§ 71, 73-76c ThürKO <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Eigenbetriebe, kommunale Anstalten des öffentlichen Rechts, Rechtsformen des Privatrechts (§ 71 Abs. 1 ThürKO)</li> <li>▪ Einflussnahmemöglichkeit muss sichergestellt sein (§ 73 Abs. 1 Nr. 2, Satz 2 ThürKO)</li> <li>▪ Haftungsbegrenzung (§ 73 Abs. 1 Nr. 5 ThürKO)</li> </ul>

**Fachagentur Windenergie an Land e.V.**

Fanny-Zobel-Straße 11 | 12435 Berlin  
T +49 30 64 494 60 - 60 | F +49 30 64 494 60 - 61  
post@fa-wind.de | [www.fachagentur-windenergie.de](http://www.fachagentur-windenergie.de)