



**vonBredow Valentin Herz**

Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

**Kurzgutachterliche Stellungnahme:**

**„Realisierung von Bürgerstromtarifen“**

erstellt für den

Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.

von Dr. Jörn Bringewat

Berlin, 23. Februar 2022

**Auftraggeber:**

Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.  
Rudi-Dutschke-Str. 17  
10969 Berlin

Ansprechpartner:  
Dr. Thomas Engelke  
Leiter Team Energie und Bauen  
Geschäftsbereich Verbraucherpolitik

Tel.: 030 258 00-265  
E-Mail: thomas.engelke@vzbv.de  
Internet: www.vzbv.de

**Auftragnehmer:**

von Bredow Valentin Herz  
Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB  
Littenstraße 105  
10179 Berlin

Ansprechpartner  
Dr. Jörn Bringewat  
Rechtsanwalt | Partner

Tel.: 030 8092482-20  
E-Mail: bringewat@vbrvh.de  
Internet: www.vbrvh.de

## Inhaltsverzeichnis

|   |    |
|---|----|
| Inhaltsverzeichnis .....  | 3  |
| A. Ergebniszusammenfassung .....  | 4  |
| B. Auftrag und Einführung.....  | 4  |
| C. Energiewirtschaftsrechtliche Einordnung von Bürgerstromtarifen .....                   | 6  |
| D. Hemmnisse bei der Vereinbarung von Beteiligungsmodellen – Kurze Bestandsaufnahme ..... | 9  |
| E. Identifizierung der praktischen und rechtlichen Problemstellung.....                   | 10 |
| F. Vorschlag zur Umsetzung und Ermöglichung sinnvoller Beteiligungsmodelle .....          | 11 |
| I. Hintergründe der Verwendung von Zuwendungsmitteln .....                                | 13 |
| II. Erreichbarkeit der Einwohner:Innen.....   | 13 |
| III. Rechtliche Einordnung entsprechender Vereinbarungen .....                            | 14 |
| G. Konkreter gesetzlicher Umsetzungsvorschlag .....                                       | 16 |

## A. Ergebniszusammenfassung

- U Ziel der Stellungnahme ist in diesem Zusammenhang, einen Diskussionsbeitrag und einen Vorschlag zur weiteren Verfolgung einer im kommunalen Fokus befindlichen Beteiligung von Einwohner:Innen im Umfeld von erneuerbaren Energieerzeugungsanlagen zu liefern. Hierbei ist zu überprüfen, ob „Bürgerstromtarife“ ein geeignetes und sinnvolles Instrument zur Zweckerreichung sind und welche möglichen Alternativen bestehen.
- U Es ist gesetzgeberisch für eine umfangreiche und rechtssichere Vereinbarungsfreiheit zwischen Gemeinden und Projektierungsunternehmen zu sorgen, damit in transparenter Weise Bürger- und Kommunalbeteiligungsmodelle in individueller Ausgestaltung umgesetzt werden können.
- U Dafür ist ein neuer § 338 StGB in das Strafgesetzbuch zu integrieren, der anhand der prägenden Rechtsprechung des Bundesgerichtshof Zuwendungsvereinbarungen zwischen Gemeinden und Projektierungsunternehmen für strafrechtlich zulässig erklärt, soweit sichergestellt ist, dass
  - die Zahlung von Zuwendungen nicht durch die Gemeinde oder Gemeindevertreter:Innen gefordert werden,
  - die Zuwendungen nur an die Gemeinden, nicht an einzelne Personen oder Amtsträger geleistet werden,
  - die Zahlungen nach Zeitpunkt, Höhe sowie Leistendem und Empfänger transparent sind,
  - die Verwendung für Zwecke der örtlichen Gemeinschaft sichergestellt ist.
- U Bürgerstromtarife sind als Mittel der Bürgerbeteiligung oder als Akzeptanzmodell höchstens sehr eingeschränkt geeignet, da u.a. nicht sichergestellt ist und auch nicht sichergestellt werden kann, dass die Einwohner:Innen einer Gemeinde das Angebot eines Bürgerstromtarif auch annehmen.
- U Daher ist erforderlich, dass zwischen Gemeinden und Projektierungsunternehmen individuelle Zuwendungsvereinbarungen geschlossen werden können

## B. Auftrag und Einführung

Im Zusammenhang mit anstehenden Gesetzesvorhaben auf Bundesebene besteht weiterhin das Erfordernis, die lokale Akzeptanz der Errichtung von erneuerbaren Erzeugungsanlagen zu adressieren und zu verbessern. Vor diesem Hintergrund werden auch immer wieder sogenannte „Bürgerstromtarife“ dis-

kutiert. In der Praxis sind „Bürgerstromtarife“ in verschiedenen Projekten hin und wieder einmal angeboten worden (vgl. bswp. <https://www.westfalenwind.de/strom-kaufen/buergerstrom/>, folgend „Beispiel Westfalenwind“).

Auch auf der gesetzgeberischen Ebene wird der Begriff genutzt. So hat der Begriff des „vergünstigten lokalen Stromtarifs“ Eingang gefunden in das sogenannte „Gesetz über die Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden an Windparks in Mecklenburg-Vorpommern“ (Bürger- und Gemeindebeteiligungsgesetz – BüGembeteilG M-V vom 18. Mai 2016, § 10 Absatz 1 Satz 1), wobei sich die Gesetzesbegründung nicht weiter inhaltlich mit diesem Begriff auseinandersetzt (vgl. LT-Drs. 6/4568).

Überdies sah der Referentenentwurf zum EEG 2021 (Bearbeitungsstand 14. September 2020) in der damaligen Fassung des § 36k einen solchen Bürgerstromtarif vor. In der damals vorgesehenen Fassung des § 36k (Finanzielle Beteiligung der Kommunen und Bürgerstromtarife) Absatz 3 hieß es:

*„Wenn und solange der Anlagenbetreiber oder ein von ihm beauftragter Dritter je Windenergieanlage mit mindestens 80 Einwohnern der Standortgemeinde einen Stromliefervertrag mit einem Bürgerstromtarif nach § 42b des Energiewirtschaftsgesetzes abgeschlossen hat, verringert sich der nach Absatz 2 zu leistende Betrag auf 0,1 Cent pro Kilowattstunde. Sofern der Betreiber mindestens einen, aber weniger als 80 Verträge abgeschlossen hat, ist Satz 1 mit der Maßgabe anzuwenden, dass sich der zu leistende Betrag um die Anzahl der weniger als 80 geschlossenen Verträge multipliziert mit 100 Euro erhöht. Für die Berechnungen nach diesem Absatz ist die Zahl der Verträge maßgeblich, die in dem der Zahlung vorangegangenen Kalenderjahr mindestens sieben Monate Bestand hatten; für das Inbetriebnahmejahr sind die Verträge maßgeblich, die am 31. Dezember des Inbetriebnahmejahres wirksam sind.“*

In der Begründung des Referentenentwurfes heißt es:

*„Um einen zusätzlichen Anreiz zu schaffen, vergünstigte Stromtarife mit den Anwohnern abzuschließen, führt der Abschluss von mindestens 80 Bürgerstromverträgen nach § 36k Absatz 3 EEG 2021 dazu, dass der an die Gemeinde zu zahlende Betrag um 0,1 Cent/kWh verringert wird. Hierdurch soll eine weitergehende Bürgerbeteiligung sichergestellt werden. Da vom bloßen Angebot eines vergünstigten Stromtarifes keine gleichwertige akzeptanzsteigernde Wirkung zu erwarten wäre, wird für die Verringerung*

*der Zuwendungen an den tatsächlichen Abschluss der Verträge angeknüpft. Sofern die Anzahl der Verträge trotz des Angebots nicht erreicht wird, ist eine Staffelung der Zahlungen vorgesehen: je nicht abgeschlossenem Vertrag sind in diesem Fall 100 Euro mehr zu zahlen.*

*Mit dieser Regelung reduziert sich das finanzielle Risiko der Anlagenbetreiber, da maximal 8.000 Euro zu zahlen sind.“*

Zum damaligen Zeitpunkt sah der EEG 2021-Entwurf noch eine verpflichtende Kommunalabgabe vor.

§ 42b Absatz 2 des EnWG-Referentenentwurfs sah vor:

*„Ein Liefervertrag nach Absatz 1 muss den gesamten leitungsgebundenen Elektrizitätsbedarf eines Letztverbrauchers umfassen und dies auch für die Zeiten vorsehen, in denen kein Strom aus der Windenergieanlage an Land geliefert werden kann. Der für die Belieferung nach Satz 1 zu zahlende Preis darf 90 Prozent des in dem jeweiligen Netzgebiet geltenden Grundversorgertarifs auf Basis des Grund- und Arbeitspreises für Haushaltskunden nicht übersteigen. Wird der Höchstpreis nach Satz 2 überschritten, erfolgt eine Herabsetzung auf den Preis, der diesem Höchstpreis entspricht.“*

Der Idee nach richtet sich ein Bürgerstromtarif in allen denkbaren und diskutierten Ausprägungen und im allgemeinen Sprachverständnis an die in dem jeweiligen Umfeld einer jeweiligen Energieerzeugungsanlage lokalisierten Einwohner:Innen. Diese sollen durch einen Stromtarif, der durch den Betreiber der jeweiligen Erzeugungsanlage „quersubventioniert“ wird, in ihren Strombezugskosten entlastet werden (vgl. Ortlieb: EEG 2021 – Nach der Novelle ist vor der Novelle, EWeRK 2021, 78, vgl. auch das oben zitierte „Beispiel Westfalenwind“). Dabei zielt ein solches Modell nicht auf physikalische „Direktleitungstromlieferungen“ zwischen Erzeugungsanlage und Haushaltskunden oder im Rahmen einer örtlich eingrenzbarer Kundenanlage im Sinne des § 3 Nummer 24 EnWG, sondern auf die Einrichtung eines besonderen Stromtarifs und damit die energiewirtschaftlich übliche (bilanzielle) Belieferung von Haushaltskunden über das Netz der allgemeinen Versorgung (vgl. §§ 41, 41b EnWG) durch einen Energielieferanten im Sinne des § 3 Nummer 15c EnWG.

Ziel der Stellungnahme ist in diesem Zusammenhang, einen Diskussionsbeitrag zu weiteren Verfolgung einer im kommunalen Fokus befindlichen Beteiligung von Einwohner:Innen im Umfeld von erneuerbaren Energieerzeugungsanlagen zu liefern. Hierbei ist zu überprüfen, ob „Bürgerstromtarife“ ein geeignetes und sinnvolles Instrument zur Zweckerreichung sind und welche möglichen Alternativen bestehen.

### **C. Energiewirtschaftsrechtliche Einordnung von Bürgerstromtarifen**

Bürgerstromtarife, auch in dem Begriffsverständnis aus dem unter A. skizzierten Referentenentwurf zur Änderung von EEG und EnWG, unterscheiden sich in ihrer Gestaltung nicht von üblichen Stromtarifen, die von Energielieferanten im Sinne des EnWG angeboten werden (folgend nur „EVU“). Zur Erlaubnis der Aufnahme der Strombelieferung von Haushaltskunden regelt § 5 EnWG:

*„Energieversorgungsunternehmen, die Haushaltskunden mit Energie beliefern, müssen die Aufnahme und Beendigung der Tätigkeit sowie Änderungen ihrer Firma bei der Regulierungsbehörde unverzüglich anzeigen [...]. Mit der Anzeige der Aufnahme der Tätigkeit ist das Vorliegen der personellen, technischen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sowie der Zuverlässigkeit der Geschäftsleitung darzulegen. [...]“*

Neben der Anzeige der Strombelieferung ist damit für die Strombelieferung von Haushaltskunden als wesentliches technisches Ausstattungsmerkmal bspw. der Zugriff auf entsprechende Kundendatenbankverarbeitungsprogramme und insbesondere die Möglichkeiten der Teilnahme an der energiewirtschaftlichen Marktkommunikation (vgl. zum Ganzen Britz/Hellermann/Hermes/Hermes, 3. Aufl. 2015, EnWG § 5 Rn. 23 ff.).

Der Markt ist im Bereich der Energieerzeugung und der Energieversorgung, historisch gewachsen, vielfach getrennt. Unternehmen, die Erzeugungsanlagen projektieren, realisieren und betreiben, (folgend nur „Projektierungsunternehmen“) sind zu einem großen Teil und grundsätzlich nicht gleichzeitig EVU, so dass bei den Projektierungsunternehmen technische und personelle Ausstattungen für die Energieversorgung nicht vorhanden sind. Abweichungen dieses Grundsatzes bilden integrierte EVU, die auch eigene Projektierung betreiben (wie beispielsweise Naturstrom, Green Planet Energy oder EnBW und Westfalenwind). Letztere Beispielunternehmen können Bürgerstromtarife mit gewissem Aufwand in ihre vorhandenen Prozesse integrieren. Projektierungsunternehmen müssen sich im Übrigen für die Umsetzung von Bürgerstromtarifen jedoch stets Partner suchen, wenn diese keine „Versorgungssparte“ im Sinne eines EVU errichten wollen. Der Aufwand für Projektierungsunternehmen, die nach § 5 EnWG geforderten Voraussetzungen zu schaffen, erscheint für das Angebot nur vereinzelter, höchstens mäßig erfolgreicher (vgl. dazu sogleich) Bürgerstromtarife als nicht angemessen.

Damit auf Seiten der Haushaltskunden die Teilnahme an einem Bürgerstromtarifangebot erfolgen kann, ist erforderlich, dass die von dem Bürgerstromtarifangebot angesprochenen Haushalte aktiv die dafür notwendigen Wechselprozesse vollziehen. Dies ist die notwendige Folge des Artikel 4 der Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie (Richtlinie 2012/27/EU), der die freie Energieversorgerwahl vorgibt. Daraus folgt, dass einzelnen Haushaltskunden die Wahl ihres Energieversorgers auch nicht aufgedrängt werden darf. Die Wahl des Energieversorgers obliegt damit allein den jeweiligen Anschlussnutzer. Dieser muss unter Angabe seiner Marktlokations-ID / Zählernummer initiativ auf den Anbieter eines jeweiligen Bürgerstromtarifes, wie bei jedem anderen „normalen“ Versorgerwechsel auch, zukommen, um den Versorgerwechsel vorzunehmen bzw. die Versorgung seiner Abnahmestelle über den Bürgerstromtarif zu ermöglichen. Ein Projektierungsunternehmen hat also demnach abseits allgemeiner Vertriebsmaßnahmen keinen Einfluss darauf, ob das Angebot eines Bürgerstromtarifs wirklich angenommen wird.

Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass die im Rahmen von Bürgerstromtarifen (bilanziell) an Haushaltskunden verkaufte Energie, jedenfalls aus durch das EEG geförderten Erzeugungsanlagen, in der Regel keine Rückführbarkeit auf die jeweilige von dem Anlagenbetreiber errichtete Erzeugungsanlage ermöglicht (vgl. § 80 EEG 2021; Doppelvermarktungsverbot). Denkbar ist zwar die Nutzung von Regionalnachweisen gem. § 79a EEG, wobei dies auch nur ein „Etikett“ des gelieferten Stroms darstellt. Auch aus der in Tarifangeboten und Abrechnungen vorgesehenen Stromkennzeichnung gem. § 42 EnWG ergibt sich nicht, in welchem Umfang (bilanziell) in einer Erzeugungsanlage erzeugter Strom tatsächlich im Rahmen eines Bürgerstromtarifs an der jeweiligen Abnahmestelle verbraucht wird.

Im Rahmen des Angebots eines Bürgerstromtarifes wird in der Regel ein allgemeiner Tarif, ggf. leicht individualisiert in der Zusammensetzung des Strommix, eines EVU angeboten, der dann durch den Betreiber der jeweiligen örtlichen Erzeugungsanlage subventioniert wird und damit günstiger gegenüber dem Regeltarif des EVU ausfällt. Ein besonderer Zusammenhang mit der örtlich errichteten Erzeugungsanlage besteht allerdings weder der Sache nach noch im Rahmen der physikalischen Zuordnung des Stroms. Zusätzlich ist erkennbar, dass das Wechselverhalten deutscher Haushalte im Zusammenhang mit ihrer Stromversorgung und der Auswahl ihres EVU weiterhin nicht als positiv zu bewerten ist. Auch wenn eine Erhöhung der Wechselwilligkeit der deutschen Haushalte festzustellen ist, sind weiterhin ca. 50 % nicht wechselbereit (vgl. <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/155532/umfrage/versorger-wechsel-der-haushalte-in-der-stromversorgung-seit-2005/>). 25 % sind noch in der Grundversorgung (vgl. [https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Mediathek/Monitoringberichte/Monitoringbericht\\_Energie2021.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Mediathek/Monitoringberichte/Monitoringbericht_Energie2021.pdf?__blob=publicationFile&v=3) , Seite 266). Schließlich ist nicht ausgeschlossen, dass von Wechselwilligen auf einschlägigen Wechselportalen Stromtarife gefunden werden können, die sich als günstiger darstellen, als ein angebotener Bürgerstromtarif. Dies führt dazu, dass Bürgerstromtarifen ein vertrieblicher Nachteil anhaftet und sich dieser Umstand sogar negativ auswirken kann, da entsprechende Stromverbraucher diese Information so wahrnehmen, dass ein Projektierungsunternehmen „doppelt“ verdienen soll – durch den Stromverkauf des erzeugten Stroms und durch Angebot eines Stromtarifs. Die dahinterliegenden energiewirtschaftlichen Umstände erscheinen vielfach für Bürger:Innen, die nicht im Bereich der Energiebranche arbeiten, zu kompliziert.

Bürgerstromtarife sind als besondere Tarife nicht von den für alle anderen Tarife geltenden Ablagen und Umlagen befreit. Eine Privilegierung von Bürgerstromtarifen de lege ferenda mit Blick auf die geltenden Strompreisbestandteile dürfte auch an grundsätzlichen rechtlichen Erwägungen scheitern, insbesondere dem Gleichbehandlungsgebot, da sich Bürgerstromtarife – wie dargestellt – gerade nicht von sonstigen Tarifen unterscheiden. Die aktuelle Fassung der kommunalen Beteiligung in § 6 EEG 2021 hat

den ursprünglich angedachten Ansatz der Bürgerstromtarife in § 36k Referentenentwurf 2020 nicht umgesetzt. Hier wird lediglich die Möglichkeit des Angebots einer kommunale Beteiligungsmöglichkeit durch Projektierungsunternehmen adressiert.

#### **D. Hemmnisse bei der Vereinbarung von Beteiligungsmodellen – Kurze Bestandsaufnahme**

Bürgerstromtarife oder sonstige Bürger- /Kommunalbeteiligungsmodelle können von Projektierungsunternehmen freiwillig angeboten werden. In der Praxis werden die Umsetzung der jeweiligen Modelle allerdings häufig von Gemeinden gewünscht und nachgefragt und sollen zwischen Projektierungsunternehmen und Gemeinden vertraglich festgelegt werden. Vereinzelt werden entsprechende Modelle auch in Flächennutzungsverträgen mit privaten Grundstückseigentümern vereinbart. Während letzteres unproblematisch ist, führen Vereinbarungen mit Gemeinden zu verschiedenen rechtlichen Bedenken.

Hinsichtlich der Vereinbarung zwischen Projektierungsunternehmen und kommunalen Gebietskörperschaften ist festzustellen, dass entsprechende Vereinbarungen dem Risiko der Unwirksamkeit aufgrund strafrechtlicher Relevanz unterliegen können. Dies hängt damit zusammen, dass Verträge mit der öffentlichen Hand gemäß § 11 Absatz 2 BauGB sowie den § 56 VwVfG hierbei in einem Sachzusammenhang zwischen Leistung und Zahlung stehen müssen und Zahlungsverpflichtungen der Projektierungsunternehmen an die Gemeinde oder Dritte sowie ebenfalls wirtschaftlich in entsprechender oder ähnlicher Weise wirkende Maßnahmenvereinbarungen einer zulässigerweise vereinbarungsfähigen Gegenleistung gegenüberstehen müssen und nicht Gegenleistungen vereinbart werden, die allerdings nicht mit Zahlungspflichten verbunden werden dürfen (unzulässiger „Ausverkauf von Hoheitsrechten“ oder wenn auf die Leistung ein Anspruch besteht, vgl. Bonk/Neumann, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, Rn. 31 ff.) oder gegen gesetzliche Verbote verstoßen (bspw. § 1 Absatz 3 Satz 2 BauGB). Im Zusammenhang mit Vereinbarungen, die – wie es § 6 EEG derzeit vorsieht – „einseitige Zahlungsverpflichtungen ohne Gegenleistungen“ beinhalten, können ggf. zuvor genannte Aspekte der unzulässigen Kopplung noch überwunden werden, es besteht aufgrund dieser Umstände aber das greifbare Risiko, dass von den Akteuren Korruptionsstraftaten der §§ 331 ff. StGB verwirklicht werden.

Aus strafrechtlicher Sicht liegt hier nämlich stets nahe, dass ein Tatbestand der §§ 331, 333 StGB verwirklicht wird (Vorteilsannahme, -gewährung). Bei diesen Tatbeständen ist wesentlicher Kernpunkt die sog. „Unrechtsvereinbarung“ als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal zwischen Vorhabenträger und Amtsträger. Für eine solche Unrechtsvereinbarung reicht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) die Gewährung eines Vorteils „zur allgemeinen Klimapflege“ aus (vgl. BGH, Urteil vom 14. Oktober 2008 – 1 StR 260/08 –, BGHSt 53, 6-22, Rn. 32; BGH, Urteil vom 21. Juni 2007 – 4 StR 69/07 –, Rn. 17

ff., juris). Vereinbarungen dieser Art unterliegen daher sämtlich einem nicht unerheblichen strafrechtlichen Risiko. Aus diesem Grund und in diesem Rahmen sieht § 6 EEG eine – je nach Lesart – Fiktion oder Vermutung vor, dass Vereinbarungen mit kommunalen Gebietskörperschaften, die sich im gesetzlichen Rahmen des § 6 EEG bewegen, nicht als tatbestandsmäßiger Vorteil im Sinne der §§ 333 ff. StGB angesehen werden können. Im Bereich der Freiflächenphotovoltaikanlagen legt der Gesetzgeber allerdings den zulässigen Zeitpunkt des Abschlusses einer verbindlichen Abrede auf den recht späten Zeitpunkt des Satzungsbeschlusses des für die Zulassung der Freiflächenphotovoltaikanlage erforderlichen Bebauungsplans – mit dem offensichtlich Grund, jeglichen Einfluss der gemeindlichen Entscheidungsfindung vom Einfluss der Erwartung (verbindlicher) Geldzahlungen durch ein Projektierungsunternehmen freizuhalten. Bürgerstromtarife werden nicht adressiert.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass sich die Verpflichtung eines Projektierungsunternehmens gegenüber einer Gemeinde, einen Bürgerstromtarif anzubieten, auch nicht von sonstigen „Begünstigungsvereinbarungen“, unterscheidet, denn hier verspricht das Projektierungsunternehmen gegenüber Gemeinden, näher bestimmten Dritten, in der Regel allen Einwohner:Innen einer Gemeinde, einen geldwerten Vorteil zu verschaffen, den diese durch Wahrnehmung des Bürgerstromtarifs „abrufen“ können. Auch Vereinbarungen zwischen Projektierungsunternehmen und einer Gemeinde, Geldleistungen an eine „gemeinnützige Stiftung“ abzuführen, wie es nicht selten im Markt geschieht, ändern an diesem rechtlichen Schicksal nichts. Denn jedenfalls in dem Moment, indem mit dieser Verpflichtungsvereinbarung zwischen Projektierungsunternehmen und einer Gemeinde eine Unrechtsvereinbarung besteht, gilt nach §§ 331, 333 StGB auch der Vorteil an einen Dritten als tatbestandsmäßig.

## **E. Identifizierung der praktischen und rechtlichen Problemstellung**

In der Praxis wird von vielen Projektierungsunternehmen berichtet, dass von Gemeinden konkrete Beteiligungsmodelle und insbesondere Bürgerstromtarife nachgefragt oder gefordert werden, ohne dass sich die kommunalen Vertreter:Innen mit obig skizzierten Umständen und Schwierigkeiten auseinandergesetzt hätten oder sich diesen bewusst zu sein. Dies stellt Projektierungsunternehmen vor die Aufgabe, mit diesen Umständen zu arbeiten und sich teilweise in (straf-)rechtlich gefährliche Vereinbarungen mit Gemeinden zu begeben, um einerseits die Gemeinden zufriedenzustellen und andererseits ihren eigenen Überzeugungen bei der Unterstützung der örtlichen Gemeinschaft gerecht zu werden. Insbesondere im Zusammenhang mit Bürgerstromtarifen ist häufig zu beobachten, dass Gemeindevertreter:Innen diesen Begriff missverstehen als eine vom Projektierungsunternehmen „irgendwie“ zu organisierende Stromlieferung aus der geplanten Erzeugungsanlage an örtliche Haushalte. Wird tatsächlich ein Bürgerstromtarif durch eine Kooperation des Projektierungsunternehmens mit einem EVU umgesetzt, muss dieser Tarif allerdings vertrieblich (s. oben) in der örtlichen Gemeinschaft beworben werden

und die Einwohner:Innen überzeugt werden, die entsprechenden Wechselprozesse ihrer Stromversorgung durchzuführen und zu durchlaufen. Der tatsächliche Akzeptanzgewinn fällt aufgrund der unter C. beschriebenen Umstände gleichwohl nach aller Erfahrung der Projektierungsunternehmen gering aus, auch deswegen, da viele der adressierten Einwohner:Innen den Bürgerstromtarif nicht nutzen.

Projektierungsunternehmen sind in der Regel sehr offen, Beteiligungsmodelle anzubieten. Dabei wäre in der Abwicklung die einfachste Variante, entsprechend der wirtschaftlichen Erwartung des jeweiligen Projekts erlösabhängige oder fixe Summen an kommunale Gebietskörperschaften zu zahlen. Zwar knüpft auch die aktuelle Regelung des § 6 EEG an diesen Ansatz an, bringt aber verschiedentliche praktische Probleme mit sich:

- 🕒 Gemeinden sehen den Zahlungsbetrag in Höhe von 0,2 Cent / eingespeister kWh als „gesetzt“ an, unabhängig von wirtschaftlichen Erwartungen. Dies belastet wirtschaftlich schwierige Projekte zusätzlich (insbesondere derzeit relevant bei Freiflächenphotovoltaikanlagen).
- 🕒 Bei wirtschaftlich guten Projekten stellt die Grenze des 0,2 Cent eine nicht nachvollziehbare Grenze dar.
- 🕒 Weitere Beteiligungsmodelle, insbesondere der mittelbaren oder unmittelbaren Beteiligung der Einwohner:Innen sind nicht umfasst.
- 🕒 Es bleibt unklar, weshalb § 6 EEG eine Rückforderungsoption gezahlter Beträge an Gemeinden für EEG-geförderte Projekte vorsieht, da so die Allgemeinheit der Stromverbraucher durch die Wälzung dieser Zahlungen in die EEG-Umlage weiter belastet wird.

Rechtlich bleiben daher Unsicherheiten im Zusammenhang mit den zulässigen Inhalten entsprechender Vereinbarungen zwischen Projektierungsunternehmen und kommunalen Gebietskörperschaften. Auch ist die steuerliche Behandlung von Zahlungen an kommunale Gebietskörperschaften und Rückzahlungen von Netzbetreibern nicht abschließend geklärt. Im Zusammenhang mit Freiflächenphotovoltaikanlagen führt die Anknüpfung des späten Termins der zulässigen Abrede zu weiteren Unsicherheiten und Risiken.

## **F. Vorschlag zur Umsetzung und Ermöglichung sinnvoller Beteiligungsmodelle**

Erneuerbare Energieerzeugungsanlagen nehmen je nach Umfang in nicht unbeträchtlichem Ausmaß Flächen in Gemeinden in Anspruch, in der Regel im planungsrechtlichen Außenbereich oder auf Flächen, die bis zur Aufstellung eines Bebauungsplans dem Außenbereich zuzuordnen waren. Der Außenbereich soll allerdings nach dem gesetzgeberischen Willen (auch) der Erholung der Allgemeinheit dienen, so

dass er von nicht ausdrücklich dort vorgesehenen Vorhaben freibleiben soll. Für die Errichtung von erneuerbare Energieerzeugungsanlagen in Außenbereichslagen ist, wenn wie bspw. für Freiflächenphotovoltaikanlagen keine gesetzgeberische Privilegierungsentscheidung besteht, der konkrete städtebauliche Wille von Gemeinden erforderlich, der dann durch die Aufstellung eines Bebauungsplanes umgesetzt wird. Windenergieanlagen sind zwar im Außenbereich privilegierte Vorhaben, haben allerdings aufgrund ihrer Ausmaße und ihrer Funktionsweise beträchtliche städtebauliche Bedeutung und verändern nachhaltig die örtliche Situation. Insoweit wird ein Teil des Außenbereiches seinen der Allgemeinheit und insbesondere der örtlichen Gemeinschaft dienenden Funktionen entzogen.

Mit der Errichtung von erneuerbare Energieerzeugungsanlagen wird ein wichtiger Beitrag zur klimaneutralen Stromerzeugung und zur Versorgungssicherheit der Allgemeinheit geleistet. Gleichzeitig verfolgen Projektierungsunternehmen private wirtschaftliche Interessen. Diese durch den Betrieb von erneuerbare Energieerzeugungsanlagen verfolgten Zwecke des Klimaschutzes, der Versorgungssicherheit und der privaten Wertschöpfung gehen allerdings unmittelbar zu Lasten der Menschen, in deren Umfeld die erneuerbare Energieerzeugungsanlagen verwirklicht werden. Die Natur und Landschaft, die in erster Linie jenen Menschen zugutekommt, die dort wohnen, wird demnach für externe Zwecke genutzt. Dieser Umstand bewog 2018 die Stiftung Umweltenergie recht, die rechtliche Möglichkeit der Einführung einer (verpflichtenden) „Außenbereichsabgabe“ zu prüfen (vgl. Kahl/Wegener, Kommunale Teilhabe an der lokalen Wertschöpfung der Windenergie: Das Instrument einer Außenbereichsabgabe; [https://stiftung-umweltenergierecht.de/wp-content/uploads/2018/06/Stiftung\\_Umweltenergierecht\\_WueStuedien\\_09\\_Au%C3%9Fenbereichsabgabe.pdf](https://stiftung-umweltenergierecht.de/wp-content/uploads/2018/06/Stiftung_Umweltenergierecht_WueStuedien_09_Au%C3%9Fenbereichsabgabe.pdf)). Die in diesem Rahmen identifizierten (finanz-)verfassungsrechtlichen Schwierigkeiten dürften ein wesentlicher Grund gewesen, dass der Ansatz politisch nicht weiter verfolgt wurde.

Während mit Blick auf in Ballungsgebieten übliche Vereinbarungen von „Kostenumlagen“ zwischen Immobilienprojektierern und Städten, die im Wesentlichen mit „infrastrukturellen Folgebelastrungen“ gerechtfertigt werden (vgl. die in der **Anlage** beigefügte frei verfügbare Vereinbarung einer Kostenumlage in erheblicher Höhe zwischen der Stadt Bremen und einem Projektierungsunternehmen, Ziffer 4 und 5 [https://sd.bremische-buergerschaft.de/sdnetrim/UGhVM0hpd2NXNFdFcExjZcwEYGoOsOmiQHD34iIV-GwqUMixwe02wZK\\_Wx2lG0kVu/Teil\\_B\\_Loi\\_Tabakquartier\\_Anlagen.pdf](https://sd.bremische-buergerschaft.de/sdnetrim/UGhVM0hpd2NXNFdFcExjZcwEYGoOsOmiQHD34iIV-GwqUMixwe02wZK_Wx2lG0kVu/Teil_B_Loi_Tabakquartier_Anlagen.pdf)), wird politisch seit über einem Jahrzehnt kein Ansatz gefunden, wirtschaftliche Vereinbarungen zwischen Projektierungsunternehmen im erneuerbaren Sektor und Gemeinden aus rechtlichen Grauzonen zu begleiten. Gerade dieser Umstand ist bedauerenswert, da auf diese Weise in strukturschwachen Gemeinden, deren Gebiet häufig gut für die Errichtung und den Betrieb von erneuerbare Energieerzeugungsanlagen geeignet sind, für kommunale Wertschöpfung und wichtige Investitionen mit dem Ziel der örtlichen Gemeinschaft zu dienen, gesorgt werden könnte.

In diesem Rahmen ist denkbar, Vereinbarungen zwischen Projektierungsunternehmen und kommunalen Gebietskörperschaften zuzulassen, die Zahlungen aus den Erlösen von erneuerbare Energieerzeugungsanlagen an Gemeinden zulassen und gleichzeitig eine zweckgebundene Verwendung der vereinnahmten Beträge regeln – nicht zuletzt, um die so vereinnahmten Beträge nicht lediglich der Haushaltsanierung zuzuführen, sondern sicherzustellen, dass diese Beträge so verwendet werden, dass sie der örtlichen Gemeinschaft dienen und damit jedenfalls der Sache nach die allgemeindienliche Nutzung des Gemeindegebietes zu kompensieren. Insoweit ist der Gedanke der „Außenbereichsabgabe“ durchaus richtig und kann aufgegriffen werden, ohne daraus eine Abgabepflicht zu konstruieren. Im Einzelnen:

### **I. Hintergründe der Verwendung von Zuwendungsmitteln**

Die sinnvolle Verwendung von Wirtschaftsmitteln ist regelmäßig von individuellen Erfordernissen einer Gemeinde und den Charakteristika der örtlichen Gemeinschaft sowie des Gemeindegebietes und seiner infrastrukturellen Ausstattung abhängig. Soweit die Einwohner:Innen unmittelbar begünstigt werden sollen, spielt auch eine Rolle, inwieweit die jeweilige Erzeugungsanlage tatsächlich auf den „Gemeingebrauch“ des Außenbereichs bzw. des für das Vorhaben überplante Gemeindegebiet wirkt oder die Bedarfslage ist. Der örtlichen Gemeinschaft dienende Verwendungen umfassen nach diesem Gedanken beispielsweise: Modernisierung der Feuerwehr; Unterstützung von öffentlichen oder gemeinnützigen Einrichtungen; Verbesserung der gemeindlichen Infrastruktur einschließlich der Anbindungen; Verbesserung des Landschaftsbildes oder des Naturhaushaltes; Investitionen in Nahversorgung. Auch ist in diesem Rahmen denkbar, den Gemeinden aus den Beträgen vertraglich die Aufgabe der Bildung eines Bürgergeldtopfes aufzuerlegen. Hinsichtlich dieses Bürgergeldtopfes stehen den Einwohner:Innen der betroffenen Gemeinden Auszahlungsansprüche zu. Um den Verwaltungsapparat nicht zu überlasten, können Projektierungsunternehmen die entsprechende Verteilung unterstützen. Ein positiver Aspekt der Verteilung von Zuwendungen aus den Gewinnen eines Vorhabens an die örtliche Gemeinschaft oder die Gemeinschaft der Einwohner:Innen ist die Abkopplung des Zuwendungserfolgs von Flächenzugriff. So stellt sich die Realität der Projektierung nicht selten so dar, dass die für die Errichtung von erneuerbaren Erzeugungsanlagen notwendigen Flächen in der Hand weniger oder einzelner Personen liegen und alleine als „Grundstücksmiete“ begünstigt sind. Etabliert sich eine Zuwendungspraxis an die örtliche Gemeinschaft insgesamt erfolgt so auch eine Umverteilung der wirtschaftlichen Erfolge – was vor dem Hintergrund des oben skizzierten Außenbereichsnutzungsaspekts, der die örtliche Gemeinschaft insgesamt belastet, strukturell sehr gerecht wäre.

### **II. Umsetzung und Erreichbarkeit der Einwohner:Innen**

Vor dem Hintergrund der zuvor skizzierten Individualität der Umstände eines Vorhabens und der gemeindlichen Bedarfslage ist erforderlich, gesetzliche und rechtliche Regelungen, die Zuwendungsver-

einbarungen ermöglichen, ausreichend variabel zu halten. Es muss je nach Einzelfall möglich sein, wirtschaftliche Mittel für örtliche Projekte zu verwenden, als auch die Einwohner:Innen selbst zu erreichen (in letzterem Sinne sollen auch Bürgerstromtarife wirken). Bürgerstromtarife erreichen allerdings aus oben referierten Gründen nicht die Ziele, die mit einem freien Vereinbarungsdesign ermöglicht werden. Problemlos können auch Verwendungszwecke, solche die der örtlichen Gemeinschaft insgesamt und solche, die den Einwohner:Innen unmittelbar dienen, verbunden werden. Denkbar sind im Zusammenhang mit Bürgertöpfen auch unmittelbare Geldauszahlungen an Einwohner:Innen, so dass deren wirtschaftlicher Vorteil nicht von dem vorherigen zwingenden Wechsel des Stromversorgers einhergeht. Projektierungsunternehmen können bei der Verteilung unterstützen, das geltende Recht sieht insoweit durch Datenschutzvereinbarungen und technische Mittel des Datenschutzes ausreichend Möglichkeiten vor, von den Gemeinden weiterzugebende Einwohnerdaten nachhaltig zu schützen. Damit sich die Umsetzung einer solchen Zuwendungspraxis etabliert, kann der Vorgang auch durch ein Papier aus der Ministerialebene des Bundes (oder der Länder) unterstützt werden, in dem "best-practice"-Beispiele genannt werden. An einer variablen Regelung ist aber unabhängig von einer solchen Ideenspende besonders vorteilhaft, dass Projektierungsunternehmen im örtlichen Umfeld ihres Vorhabens gemeinsam mit einer Gemeinde genau auf die örtlichen Bedürfnisse zugeschnittene Modelle entwickeln können. Das führt zwangsläufig dazu, dass sich die Projektierungsunternehmen deutlich mehr mit der örtlichen Situation ihrer Vorhaben auseinandersetzen müssen und eine größere „Nähe“ zu ihren Vorhabenstandorten entwickeln. Insofern wird an dieser Stelle auch ein „Ideenmarkt“ gefördert.

### **III. Rechtliche Einordnung entsprechender Vereinbarungen**

Während im Bereich der o.g. Immobilienprojektentwicklung die Übernahme von Kosten für gemeindliche Einrichtungen (bspw. „Luxusinfrastruktur“ – diesen Begriff hat die Rechtsprechung für *„Erschließungen, die über das hinausgehen, was durch die Erfordernisse der Bebauung und des Verkehrs im Erschließungsgebiet veranlasst ist“*, vgl. statt vieler Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 05. April 2019 – 15 A 744/18 –, juris, geprägt (wie und ob in solchen Vereinbarungen überhaupt noch ein nötiger Sachzusammenhang zwischen Zahlung und Gegenleistung begründet werden kann, ist stark umstritten) – und sonstige Einrichtungen sowie hohe Zahlungen an Gemeinde) üblich und anerkannt ist, werden im Bereich der Projekte der erneuerbaren Energie, bei denen großes Verwendungspotential für solche Zahlungen besteht, jegliche „Zuwendungsvereinbarungen“ als unzulässig eingestuft (scheinbar mit Ausnahme der o.g. offensichtlichen Umgehungsvereinbarungen über das Vehikel von „Bürgerstromtarifen“ oder den Versuchen der Einrichtung gemeinnütziger Vereine und Stiftungen, für die das Verdikt der (straf-)rechtlichen Unzulässigkeit in identischer Weise wirkt – was allerdings in der Praxis vielfach übersehen wird).

Bereits in der geltenden Rechtslage ist allerdings durchaus fraglich, ob reine Zuwendungsvereinbarungen – in Frage kommen hier in erster Linie einseitige Selbstverpflichtungen der Projektierungsunternehmen – überhaupt unzulässig sind. Aus dem gleichen Grund sieht auch § 6 EEG eine Vereinbarung über eine gegenleistungsfreie Zuwendung vor, wobei hier wohl auch in Frage zu stellen ist, ob in einer zweiseitigen öffentlichen-rechtlichen Vereinbarung, wie sie § 6 EEG fordert, auf das Merkmal eines Konnexes vollständig verzichtet werden kann. Die Gesetzesbegründung will Vereinbarungen nach § 6 EEG als „privatrechtlichen Vertrag“ einordnen (vgl. S. 119 des Referentenentwurfs). Im Ergebnis wird es allerdings auf die exakte Zuordnung nicht ankommen, da auch im Verwaltungsrecht einseitig verpflichtende Vereinbarungen grundsätzlich zulässig sind (vgl. Schoch/Schneider/Rozek, 1. EL August 2021, VwVfG § 54 Rn. 85).

Unabhängig von Fragen eines erforderlichen Sachzusammenhangs und damit der generellen Zulässigkeit von Zuwendungsvereinbarungen ist allerdings fraglich, ob in einseitigen Zuwendungsversprechen überhaupt strafrechtliche Risiken gesehen werden können. Denn in der o.g. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs finden sich auch deutlich Hinweise darauf, wann eine Strafbarkeit solcher Vereinbarungen mangels Unrechtsvereinbarung nicht vorliegt. Gegen eine Unrechtsvereinbarung sprechen demnach folgende Indizien: Fehlende Heimlichkeit, keine Nähe zwischen Vorhabenträger und Amtsträger, Mittelverwendung außerhalb der persönlichen Sphäre der Amtsträger, vgl. BGH, Urteil vom 14. Oktober 2008 – 1 StR 260/08 –, BGHSt 53, 6-22, Rn. 32; BGH, Urteil vom 21. Juni 2007 – 4 StR 69/07 –, Rn. 17 ff., juris). Würde gesetzgeberisch eine Regelung vorgesehen, die die Indizienrechtsprechung des Bundesgerichtshofs „bedient“ (insb. volle Transparenz; allgemeindienliche Mittelverwendung als Zweckbestimmung) bestehen keine gesetzgeberische oder rechtstaatliche Bedenken, entsprechende Vereinbarungen generell zuzulassen.

Ergänzend besteht die Möglichkeit für die Akteure, zu ihrer (aber eigentlich nicht nötigen) Absicherung entsprechende Vereinbarungen mit einem Zustimmungsvorbehalt der Kommunalaufsicht versehen, um den Strafbarkeitsausschluss der § 331, 333 Absatz 3 StGB zu begründen. Die Kommunalaufsicht ist „zuständige Behörde“ im Sinne der genannten Vorschriften (vgl. Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, § 331 Rn. 63).

Um die örtlich notwendigen und sinnvollen Varianten einer Bürger- oder Kommunalbeteiligung an erneuerbaren Projekten den Akteuren zu überlassen, ist im o.g. Rahmen eine umfangreiche Vereinbarungsfreiheit erforderlich. Den Akteuren muss die Gelegenheit gegeben werden, entsprechende Vereinbarungen frei von Strafbarkeitsrisiken vorzusehen.

## G. Konkreter gesetzlicher Umsetzungsvorschlag

Der derzeit freie § 338 StGB ist mit folgendem Wortlaut einzufügen (angelehnt an das Vorbild des § 337 StGB):

### § 338 StGB – Kommunale Zuwendungsvereinbarungen

*<sup>1</sup>Schließt ein Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter eine Vereinbarung ab oder wirkt an deren Zustandekommen mit, aufgrund derer eine natürliche oder juristische Person oder eine Personenvereinigung Zahlungsverpflichtungen eingeht, liegt darin kein Vorteil im Sinne der § 331 und § 333, wenn die Vereinbarungen der Zahlungsverpflichtungen vorsehen, dass Zahlungen an haushaltsfähige kommunale Gebietskörperschaften erfolgen müssen und der Abschluss der Vereinbarung vom Amtsträger oder vom für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten nicht gefordert wurde. <sup>2</sup>In entsprechenden Vereinbarungen ist vorzusehen, dass Zeitpunkt und Höhe von Zahlungen sowie Leistender und Empfänger öffentlich von jedermann eingesehen werden können. <sup>3</sup>Es ist zulässig, in einer Vereinbarung nach Satz 1 für die Verwendung der geleisteten Zahlungen durch die kommunale Gebietskörperschaften eine Zweckbindungspflicht vorzusehen, wonach die Zahlungen der jeweiligen örtlichen Gemeinschaft der kommunalen Gebietskörperschaft dienen oder zu gleichen Teilen an die Einwohner der kommunalen Gebietskörperschaft ausgekehrt werden müssen.*

Mit einer solchen Regelung wird abschließend und rechtssicher geklärt, dass Zahlungsvereinbarungen, die sich im genannten Rahmen bewegen, zwischen Gemeinden und Projektierungsunternehmen strafrechtlich stets neutral sind. Mit dieser Regelung bestehen umfangreiche Möglichkeiten, dass zwischen Gemeinden und Projektierungsunternehmen vereinbart wird, in welcher Weise Bürgerbeteiligungsmodelle umgesetzt werden sollen, ohne dass von vornherein eine Festlegung auf ein – ggf. nicht sinnvolles – Bürgerstromtarifmodell notwendig ist.

Ergänzende Regelungen dazu, dass entsprechende Vereinbarungen von Zahlungsverpflichtungen zwischen Gemeinden und Projektierungsunternehmen nicht mit konkreten Amtshandlungen auf der Gegenseite (der Seite der Gemeinde) verknüpft werden dürfen, sind nicht erforderlich, da die Unzulässigkeit jener Regelungen bereits aus § 56 VwVfG und § 11 Absatz 2 BauGB (und ggf. § 1 Absatz 3 Satz 2 BauGB) folgt.

Auch wenn eine zulässige Vereinbarung im Sinne des § 338 StGB n.F. abgeschlossen wurde, darf eine Gemeinde diese wirtschaftlichen Aspekte selbstverständlich nicht außerhalb der fachgesetzlich vorgeschriebenen Abarbeitung ihrer Aufgaben, insbesondere bei der Aufstellung von Bauleitplänen, in die

Entscheidungsfindung einstellen. Hält sich die Gemeinde nicht daran, besteht das Risiko der Rechtswidrigkeit und Unwirksamkeit der entsprechenden Planungen oder sonstigen Maßnahmen der Gemeinde.

Dr. Jörn Bringewat  
Rechtsanwalt | Partner