

WEISSLEDER.EWER

Rechtsanwälte ■ Partnerschaft mbB

**Sicherung der Wertschöpfung aus Solar-Freiflächenanlagen für die Region
(Teil 2: Finanzielle und wirtschaftliche Beteiligung)**

RA Dr. Tobias Thienel, LL.M. (Edinburgh)

Heide, 25.10.2021

Teil 2: Finanzielle und wirtschaftliche Beteiligung

- Gewerbesteuer
- Zahlung des Vorhabenträgers an die Gemeinde (§ 6 EEG 2021)
- Zuwendungen / Spenden (Sponsoring-Rahmenverträge)
- Vergünstigter Stromtarif durch Vorhabenträger
- Kommunale Beteiligungen
- Anhang: Vertragsgestaltung nach § 6 EEG 2021

Gewerbesteuer

- Gewerbesteuer fällt für die Gemeinde an der **Betriebsstätte** eines Gewerbebetriebs an (§ 2 Abs. 1 GewStG). Sie wird auf den **Gewerbeertrag** erhoben (§ 6 GewStG).
- **Zerlegung** bei mehreren Betriebsstätten (§ 29 Abs. 1 Nr. 2 GewStG); zu 90% nach dem Anteil an der gesamten installierten Leistung; zu 10% nach Löhnen (bis inkl. 2023 gilt 90/10 nur für Neuanlagen).
- Nur **geringer Ertrag** zu erwarten.

Zahlung des Vorhabenträgers an die Gemeinde (§ 6 EEG 2021)

- Betreiber von Freiflächenanlagen „dürfen den Gemeinden, die von der Errichtung ihrer Anlage betroffen sind, Beträge durch **einseitige Zuwendungen ohne Gegenleistung** anbieten“.
- Gilt auch für **PPA-Anlagen!** (**P**ower **P**urchase **A**greement, Anlagen mit langfristigen Stromlieferverträgen; bei diesen wird die Zuwendung nicht vom Netzbetreiber erstattet)
(BT-Drucks. 19/31009, S. 30, 31)
- Gesetz in Kraft getreten am 27.07.2021, aber erst nach der Genehmigung der EU-Kommission anwendbar (§ 105 Abs. 5 EEG 2021); die Genehmigung steht noch aus.

Zahlung des Vorhabenträgers an die Gemeinde (§ 6 EEG 2021)

- „Betroffen“ sind nur die **Standortgemeinden**
(vgl. BT-Drucks. 19/31009, S. 30)
- Bei Anlagen über Gemeindegrenzen ist Aufteilung nach den Flächenanteilen zulässig (§ 6 Abs. 3 Satz 4, Abs. 2 Satz 4 EEG 2021).
- Bis 0,2 ct/kWh eingespeiste Strommenge; **nicht höher**
(vgl. BT-Drucks. 19/23482, S. 112 f.; 19/31009, S. 29)
- **Aber:** Erhöhung ist in Aussicht (Ampelkoalition)

Zahlung des Vorhabenträgers an die Gemeinde (§ 6 EEG 2021)

- Verträge und Leistungen nach § 6 EEG 2021 gelten gemäß § 6 Abs. 4 Satz 2 EEG 2021 ausdrücklich „nicht als Vorteil im Sinn der §§ 331 bis 334 des Strafgesetzbuchs“; d.h. **keine Strafbarkeit** wegen Korruptionsdelikten.

- **Aber nur in den Grenzen des § 6 EEG 2021!!**
 - Keine höheren Beträge als 0,2 ct/kWh
 - **Vorsicht:** Keine Gegenleistung der Gemeinde!
(Baur/Lehnert/Vollprecht, ZNER 2021, S. 341 ff.)

Zahlung des Vorhabenträgers an die Gemeinde (§ 6 EEG 2021)

- Vertragsschluss auch schon vor Genehmigung der Anlage zulässig, aber **nicht vor dem (Satzungs-) Beschluss über den B-Plan** (§ 6 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 EEG 2021)
 - Nicht gleichzeitig mit dem städtebaulichen Vertrag!
 - **Problem:** Der Vorhabenträger braucht die Gemeinde dann nicht mehr.
 - **Hintergrund:** § 6 EEG 2021 gewährt keinen Anspruch der Gemeinde, sondern eine Option des Vorhabenträgers.
 - **(Teil-) Lösung:** Unverbindliche **Absichtserklärung** vor der Beschlussfassung über den B-Plan; *kein Vorvertrag*.

Zahlung des Vorhabenträgers an die Gemeinde (§ 6 EEG 2021)

Modellrechnung

- PV-Freiflächenanlage 40 ha, 40 MW
- Vorhabenträger rechnen mit ca. 1050 Std. Volllastäquivalent

→ 42.000 MWh = 42.000.000 kWh pro Jahr

→ bei 0,2 ct/kWh **84.000 € pro Jahr**

Zuwendungen / Spenden (Sponsoring-Rahmenverträge)

- Von den Projektierern wird u.a. geworben mit
 - **Spenden an Vereine, Feuerwehr o.ä.**
 - **Spenden direkt an die Gemeinde (z.B. 500 €/ha)**

- **Problem: §§ 331 ff. StGB**

Zuwendungen / Spenden (Sponsoring-Rahmenverträge)

- **§ 331 Abs. 1 StGB, Vorteilsannahme:** „Ein Amtsträger [...], der **für die Dienstausübung** einen Vorteil für sich oder einen Dritten fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“
- **§ 332 StGB, Bestechlichkeit:** Vorteil nicht nur für Dienstausübung, sondern für eine bestimmte **Diensthandlung**
- **§§ 333, 334 StGB, Vorteilsgewährung und Bestechung:** spiegelbildliche Strafbarkeit des Vorhabenträgers

Zuwendungen / Spenden (Sponsoring-Rahmenverträge)

- Der Tatbestand ist auch erfüllt, wenn nicht der Täter, sondern nur ein **Dritter** einen Vorteil erhält; Dritter kann sogar die Gemeinde selbst sein.
(vgl. BGH, Urteil vom 26.05.2011 – 3 StR 492/10 –, wistra 2011, S. 1203, 1207)
- **Verknüpfung** der Zuwendung mit einer Dienstausbübung oder Diensthandlung (sog. „Unrechtsvereinbarung“)?
- Planung für das Vorhaben des Vorhabenträgers ist an sich eine Dienstausbübung oder gar Diensthandlung. Dass der Vorteil ggf. erst nachträglich zustande kommt, ändert nichts.
- **Erhebliches Risiko der Strafbarkeit;** bei jeder Zuwendung außerhalb des § 6 EEG 2021 kann eine „Unrechtsvereinbarung“ angenommen werden.

Zuwendungen / Spenden (Sponsoring-Rahmenverträge)

- **2. Variante:** nicht der Vorhabenträger spendet, sondern die von ihm begünstigten **Landeigentümer** (Verpächter)
- Faktischer Unterschied: Die Landeigentümer profitieren nur **mittelbar** von der Dienstausübung oder -handlung der Gemeinde (B-Plan).
- Die Strafbarkeit nach §§ 331 ff. StGB setzt aber nicht voraus, dass der Vorteilsgeber seinerseits einen unmittelbaren – oder überhaupt einen – Vorteil erhält. Diese Variante **ändert also nichts** am Risiko der Strafbarkeit.

Zuwendungen / Spenden (Sponsoring-Rahmenverträge)

- **3. Variante:** Zuwendung erfolgt an / in eine **Stiftung** (wird so in der Windkraftbranche teilweise praktiziert)
- Die Stiftung kann – nicht anders als die Gemeinde, ein Verein oder die Feuerwehr – ein „**Dritter**“ sein, der als Vorteilsempfänger nach §§ 331 ff. StGB ausreicht.
- **Der Vergleich mit der Windkraftbranche passt nicht.** Windkraftanlagen sind schon nach § 35 BauGB (mit Regionalplan) zulässig; sie sind nicht erst **wegen eines B-Plans** zulässig. Deshalb gibt es dort i.d.R. keine innere Verknüpfung der Spenden (usw.) mit einer **Dienstausübung / -handlung** der Gemeinde (eben dem B-Plan). Vgl. auch § 6 Abs. 4 Satz 1 EEG 2021, wo nur bei PV die Beschlussfassung über einen B-Plan geschützt wird.

Vergünstigter Stromtarif durch Vorhabenträger

- Vorhabenträger bietet (über verbundenes Unternehmen) vergünstigten Stromtarif für Gemeindebevölkerung (z.B. „Dörpsstrom“)
- Vorteil für Dritte ist gegeben; **„Unrechtsvereinbarung“?**
- Auch hier **erhebliches Risiko der Strafbarkeit** gemäß §§ 331 ff. StGB

Direkte oder indirekte kommunale Beteiligungen

- Gemeinde beteiligt sich – insbesondere als Kommanditistin in einer GmbH & Co. KG – an der Solarparkgesellschaft
- Allgemeine Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung und der Beteiligung an Gesellschaften aus §§ 101, 101a, 102 GO
 - Angemessenes Verhältnis zur eigenen Leistungsfähigkeit, keine Überforderung
- § 102 GO: Wichtiges Interesse an der Beteiligung an einer privatrechtlichen Gesellschaft, in der Regel gegeben

Anhang: Vertragsgestaltung nach § 6 EEG 2021

- Vertragsschluss bekanntlich erst nach dem Satzungsbeschluss über den B-Plan, deshalb **nicht** mit dem städtebaulichen Vertrag
- Eigenständiges Vertragswerk, **keinerlei Gegenleistung** der Gemeinde
→ nur **einseitig verpflichtender Vertrag**, kein gegenseitiger Vertrag
- Auch bei **PPA-Anlagen!**
- Freiflächenanlage über Gemeindegrenze: Aufteilung nach Flächenanteilen möglich, aber Trennung der Anlagen und Verträge wäre wohl einfacher. Ansiedlung an der Grenze u.U. ohnehin nicht sehr empfehlenswert (§ 2 Abs. 2 BauGB).

Anhang: Vertragsgestaltung nach § 6 EEG 2021

- Bedingung der beihilfenrechtlichen **Genehmigung der EU-Kommission**; wohl bald nicht mehr erforderlich
 - In der unverbindlichen Absichtserklärung des Vorhabenträgers vor der Beschlussfassung über den B-Plan: *„wenn und soweit § 6 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 EEG 2021 anwendbar wird“* [wohl entbehrlich]
 - Im Vertrag: *„Dieser Vertrag wird nur verbindlich, wenn und soweit § 6 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 EEG 2021 gemäß § 105 Abs. 5 EEG 2021 anwendbar wird. Für den Fall, dass die Genehmigung der Europäischen Kommission nur eingeschränkt erteilt wird und dies die Anwendung dieses Vertrags beeinträchtigt, verpflichten sich die Parteien, diesen Vertrag anzupassen. Soweit die Obergrenze des Betrags pro kWh reduziert wird, gilt der danach zulässige Höchstbetrag als vereinbart.* [Wenn 0,2 ct/kWh vereinbart sind]
- Weitere aufschiebende Bedingung durch **Bestandskraft der Genehmigung?** Wohl unnötig wegen Zahlung für *Einspeisung*; Bestandskraft wäre auch nicht der beste Bezugspunkt.

Anhang: Vertragsgestaltung nach § 6 EEG 2021

§ 1

Der Vorhabenträger beabsichtigt, in der Gemeinde auf dem Flurstück A der Flur B der Gemarkung C eine Photovoltaik-Freiflächenanlage mit einer vorgesehenen Nennleistung von X zu betreiben.

§ 2

Der Vorhabenträger zahlt der Gemeinde als einseitige Zuwendung ohne Gegenleistung Beträge von insgesamt 0,2 Cent pro Kilowattstunde für die tatsächlich aus der Freiflächenanlage eingespeiste Strommenge.

[Eng orientiert an § 6 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 EEG 2021]

Anhang: Vertragsgestaltung nach § 6 EEG 2021

„Die Beträge nach § 2 werden für die vorausgegangenen 12 Monate zum 17. November jedes Jahres fällig.“

- Jeweils am 15. eines Monats erhält der Betreiber einer EEG-Anlage Abschläge.
- Bei Zahlung zu diesem Zeitpunkt dürfte die Gemeinde den Zahlungseingang noch in ihren Haushalt für das Folgejahr einstellen können.
- Der Betreiber einer EEG-Anlage erhält jeweils im März seine Zahlungen für das Vorjahr erstattet. Bei Zahlung gegen Ende des Jahres ergibt sich kein langer Vorauszahlungszeitraum.

Anhang: Vertragsgestaltung nach § 6 EEG 2021

- Wechsel von Vorhabenträger zu Betreiber ist zu erwarten:
„Der Vorhabenträger verpflichtet sich, im Fall der Übertragung des Eigentums an oder des Betriebs der Freiflächenanlage alle Pflichten aus diesem Vertrag auf den Übernehmenden in einem dreiseitigen schriftlichen Vertrag mit dem Übernehmenden und der Gemeinde zu übertragen.“
- **Auch nützlich für späteren Betreiberwechsel:**
„Der Vorhabenträger wird auch diese Pflicht zur Weiterübertragung der vertraglichen Pflichten übertragen.“

Anhang: Vertragsgestaltung nach § 6 EEG 2021

- Ende des Vertrags mit Ende der EEG-Förderung (20 Jahre, § 25 Abs. 1 EEG 2021)?
- Kann angemessen sein, *wenn es sich um eine EEG-Anlage handelt*. Nach dem Ende der Förderung könnte aber ein Betrieb als PPA-Anlage folgen (wohl unwahrscheinlich). In diesem Fall wären die Beträge neu auszuhandeln.
- *„Die Zahlungsverpflichtung nach § 2 erlischt, sobald die Förderung nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz endet. Wenn ein weiterer Betrieb der Freiflächenanlage stattfinden soll, werden die Parteien in neue Verhandlungen eintreten.“*

Anhang: Vertragsgestaltung nach § 6 EEG 2021

- „Dieser Vertrag wird von der Gemeinde ortsüblich bekanntgemacht.“
- Für eine solche **Transparenz** hat sich schon der Gesetzesentwurf der Bundesregierung ausgesprochen.
(vgl. BT-Drucks. 19/23482, S. 113; 19/31009, S. 29)
- Als Voraussetzung der Wirksamkeit des Vertrags sollte dies nicht gestaltet werden.
- Transparenz möglichst auch über Verwendung der Mittel.



WEISSLEDER.EWER

Rechtsanwälte ■ Partnerschaft mbB

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Ihre Referenten:

RA Rainer Bökel (Teil 1)

RA Dr. Tobias Thienel, LL.M. (Edinburgh) (Teil 2)

Walkerdamm 4 – 6 ■ 24103 Kiel ■ Telefon (0431) 9 74 36-0 ■ Telefax (0431) 9 74 36-36
boekel@weissleder-ewer.de ■ thienel@weissleder-ewer.de ■ www.weissleder-ewer.de