Göttinger Schriften zum Öffentlichen Recht

Ramon Sieven

Kommunale Energieerzeugung in der Energiewende

Kommunalrechtliche Problemstellungen und Gestaltungsoptionen am Beispiel der Elektrizitätserzeugung durch Erneuerbare Energien im Vergleich zur Privatwirtschaft

Universitätsverlag Göttingen

Ramon Sieven

Kommunale Energieerzeugung in der Energiewende

Dieses Werk ist lizenziert unter einer
Creative Commons
Namensnennung - Weitergabe unter gleichen Bedingungen
4.0 International Lizenz.

erschienen als Band 12 der Reihe „Göttinger Schriften zum Öffentlichen Recht“
im Universitätsverlag Göttingen 2019

Ramon Sieven

Kommunale Energieerzeugung in der Energiewende

Kommunalrechtliche Problemstellungen und Gestaltungsoptionen am Beispiel der Elektrizitätserzeugung durch Erneuerbare Energien im Vergleich zur Privatwirtschaft

Göttinger Schriften zum Öffentlichen Recht
Band 12

Universitätsverlag Göttingen
2019

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Herausgeber der Reihe „Göttinger Schriften zum Öffentlichen Recht"
Prof. Dr. Hans Michael Heinig, Prof. Dr. Dr. h.c. Werner Heun †,
Prof. Dr. Christine Langenfeld, Prof. Dr. Thomas Mann, Prof. Dr. José Martínez

Dissertation, eingereicht unter dem Titel:
„Die Kommunalwirtschaft in der Energiewende. Kommunalrechtliche Problemstellungen und Gestaltungsoptionen am Beispiel der Energieerzeugung unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Determinanten im Vergleich zur Privatwirtschaft"

Dieses Buch ist auch als freie Onlineversion über die Homepage des Verlags sowie über den Göttinger Universitätskatalog (GUK) bei der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek Göttingen (http://www.sub.uni-goettingen.de) erreichbar.
Es gelten die Lizenzbestimmungen der Onlineversion.

Satz und Layout: Ramon Sieven
Umschlaggestaltung: Jutta Pabst

© 2019 Universitätsverlag Göttingen
https://univerlag.uni-goettingen.de
ISBN: 978-3-86395-363-8
DOI: https://doi.org/10.17875/gup2019-1131
eISSN: 2512-6911

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2018 von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen als Dissertation angenommen. Sie entstand in den Jahren 2013–2015 und wurde Ende des Jahres 2018 aktualisiert.

Mein besonderer Dank gilt zunächst Herrn *Prof. Dr. Thomas Mann*, der mir den nötigen Freiraum für die Ausarbeitung meines Themas ermöglichte und mir in unserer Zusammenarbeit auf seine einzigartig humorvolle Art fachlich und persönlich stets ein ganz besonderer Gesprächspartner und Lehrer war. Zudem möchte ich mich bei Herrn *PD Dr. Alexander Thiele* für die äußerst zügige Erstellung des Zweitgutachtens und die hilfreichen Anmerkungen bedanken. Den Herausgebern der „Göttinger Schriften zum Öffentlichen Recht" danke ich für die Aufnahme der Arbeit in ihre Schriftenreihe.

Darüber hinaus bedanke ich mich herzlich bei der Kanzlei *bbt, von Boehmer, Borchert, Trittel* aus Hannover für die lehrreiche Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter während meiner Promotion. Mein Dank gilt zudem der *Friedrich-Ebert-Stiftung* für die finanzielle und ideelle Förderung.

Der zur nüchternen Prosa neigende Schreibstil eines Juristen verwehrt doch in aller Regelmäßigkeit die Übermittlung einer emotionalen Ebene. Dem Anlass entsprechend möchte ich hier dennoch versuchen diese Hürde zu überwinden, indem ich zuletzt meinen tiefsten Dank meinen Freunden und meiner Familie ausdrücken möchte. Ohne deren Geduld und liebevolle Unterstützung hätte diese Arbeit nicht entstehen können. Hervorheben möchte ich hierbei *Lena Richter*, die mir nicht nur täglichen Halt gegeben, sondern auch einen immensen fachlichen Beitrag zu dieser Arbeit geleistet hat. Mein bisheriger Lebensweg wäre ohne die bedingungslose Unterstützung meiner Eltern *Marina Raymann-Sieven* und *Dieter Sieven* weder möglich, noch vorstellbar gewesen, wofür ich unendlich dankbar bin. Schließlich widme ich diese Arbeit auch dem Andenken an meine Großeltern, deren maßgeblichen Beitrags zu meinem Werdegang mit diesem Buch gedacht werden soll.

Wallensen, im November 2018 Ramon Sieven

Inhaltsübersicht

Inhaltsübersicht V

Inhaltsverzeichnis XIII

Abkürzungsverzeichnis XXI

A. Einleitung und Untersuchungsgegenstand 1

B. Historische Entwicklung und Ausgangslage 5

C. Grundlagen der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden 9

I. Definitionen und Eingrenzung 9

II. Rechtsgrundlagen für die wirtschaftliche Betätigung 11

1) Unionsrechtlicher Rahmen 11

2) Verfassungsrechtlicher Rahmen kommunaler Wirtschaftstätigkeit 14

3) Kommunalrechtliche Grundlagen 15

III. Organisationsformen 17

1) Öffentlich-rechtliche Organisationsformen 17

2) Privatrechtliche Gesellschaften 22

3) Konzern und Holdinggesellschaften 25

D. Modelle kommunaler Energieerzeugung 31

I. Allgemeiner Überblick 31

II. On-shore-Windkraftanlagen in Form eines Windparks 33

1) Technische und empirische Einführung 33

2) Vorplanung und Planung: insbesondere Standortwahl und Bauleitplanung 34

3) Genehmigungsfähigkeit der Anlage 49

4) Projekt- und Vertragsmanagement 62

5) Finanzierung des Vorhabens 78

6) Kommunale Zuständigkeit 81

7) Errichtung und Betrieb: Wettbewerbsrechtliche Voraussetzungen 82

III. Zwischenergebnis 101

E. Kooperationsmodelle zur Projektrealisierung von Energieerzeugungsanlagen 103

I. Interkommunale Kooperation 104

1) Empirische und betriebswirtschaftliche Betrachtung 104

2) Gesellschaftsformen von Kooperationen 117

3) Rechtliche Grenzen der Kooperation 126

II. Kooperation mit Gemeindebürgern 143

1) Motive und Ziele der Kooperation mit Gemeindebürgern 144

2) Rechtliche Grundlagen und Besonderheiten 145

F. Kommunal- und verfassungsrechtliche Grenzen 149

I. Darstellung der kommunalrechtlichen Grenzen kommunaler Wirtschaftstätigkeit 150

1) Hintergründe und Zweck der kommunalrechtlichen Grenzen 150

2) Öffentlicher Zweck 153

3) Leistungsfähigkeit 156

4) Subsidiarität 157

5) Örtlichkeitsbezug 160

6) Demokratische Legitimation durch Ingerenzpflichten 165

7) Kommunalaufsicht 166

II. Bedeutung für die kommunale Energieerzeugung 167

1) Öffentlicher Zweck 167

2) Leistungsfähigkeit und Bedarf 169

3) Subsidiarität 169

4) Örtlichkeitsbezug 170

5) Demokratische Legitimation und Aufsicht 171

III. Vergleich mit der Privatwirtschaft 171

1) Darstellung privatwirtschaftlicher Energieerzeugung 172

2) Rechtliche und tatsächliche Vorteile kommunaler Energieerzeugung 177

3) Rechtliche und tatsächliche Nachteile kommunaler Energieerzeugung gegenüber Privaten 183

IV. Verfassungsrechtlicher Rahmen der Kommunalwirtschaft: Rechte, Pflichten und Grenzen 189

1) Verfassungsrechtliche Grundlagen der Kommunalwirtschaft 189

2) Verfassungsrechtliche Handlungspflichten der Kommunen 194
3) Möglichkeiten der Egalisierung der kommunalrechtlichen Grenzen 201
4) Zwischenergebnis 231
V. Expansion trotz vorhandener Grenzen – Verfassungsmäßige Auslegung kommunalrechtlicher Grenzen in der aktuellen Praxis? 232
1) Ausländische Wirtschaftstätigkeit im Sektor Energie 232
2) Kooperationen von Stadtwerken 234
3) Diskrepanz zwischen ratio der kommunalrechtlichen Beschränkungen, Verfassungsvorgaben und Praxis? 238
VI. Zielkonflikte mit europäischem Recht 240
VII. Ökonomische Betrachtung 241
VIII. Ergebnis 244

G. Eckpunkte für mögliche Gestaltungsoptionen 245
I. Einschätzungsprärogative der Kommunen 246
1) Rechtspraxis der Kommunalaufsicht 246
2) Gerichtspraxis 247
3) Problemstellung und Lösungsvorschläge 247
II. Örtlichkeitsprinzip 253
III. Öffentlicher Zweck 258
IV. Zusammenfassung 262

H. Zusammenfassung in Thesen 263
I. Abschnitte A. und B. 263
II. Abschnitt C. 263
III. Abschnitt D. 264
IV. Abschnitt E. 264
V. Abschnitt F. 265
VI. Abschnitt G. 266

Literaturverzeichnis 269

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht V

Inhaltsverzeichnis XIII

Abkürzungsverzeichnis XXI

A. Einleitung und Untersuchungsgegenstand 1

B. Historische Entwicklung und Ausgangslage 5

C. Grundlagen der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden 9

I. Definitionen und Eingrenzung 9

II. Rechtsgrundlagen für die wirtschaftliche Betätigung 11

1) Unionsrechtlicher Rahmen 11

a) Zulässigkeit kommunaler öffentlicher Unternehmen 12

b) Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse 13

2) Verfassungsrechtlicher Rahmen kommunaler Wirtschaftstätigkeit 14

3) Kommunalrechtliche Grundlagen 15

III. Organisationsformen 17

1) Öffentlich-rechtliche Organisationsformen 17

a) Regiebetrieb 17

b) Eigenbetrieb 18

c) Kommunale Anstalt öffentlichen Rechts 20

2) Privatrechtliche Gesellschaften 22

a) Gesellschaft mit beschränkter Haftung 23

b) Aktiengesellschaft 24

3) Konzern und Holdinggesellschaften 25

a) Konzern 26

b) Kommunale Holding-Gesellschaft 28

D. Modelle kommunaler Energieerzeugung 31

I. Allgemeiner Überblick 31

II. On-shore-Windkraftanlagen in Form eines Windparks 33

1) Technische und empirische Einführung 33
2) Vorplanung und Planung: insbesondere Standortwahl und Bauleitplanung 34
a) Kriterien für die Standortwahl 35
aa) Anforderungsprofil für Windverhältnisse 35
bb) Anforderungsprofil an Umgebung und Baugrund 36
cc) Netzzugang und Netzanschluss 37
dd) Betriebswirtschaftliche Überlegungen 39
ee) Umwelt- und Landschaftsfaktoren 39
ff) Nachbarinteressen 40
b) Bauplanungsrechtliche Steuerung und Standortsicherung durch die Gemeinde 41
aa) Raumordnung 41
bb) Raumordnungsverfahren 44
cc) Bauleitplanung 45
(1) Flächennutzungsplan 45
(2) Bebauungsplan 47
dd) Sicherung der Bauleitplanung 48
3) Genehmigungsfähigkeit der Anlage 49
a) Exkurs: Genehmigungsverfahren 49
b) Materiell-rechtliche Bestimmungen 51
aa) Bundesimmissionsschutzgesetz 51
bb) Weitere öffentlich-rechtliche Vorschriften im Sinne des § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG 53
(1) Bauplanungsrecht 53
(2) Bauordnungsrecht 54
(3) Natur- und Landschaftsschutz 56
(4) Straßenrecht 57
(5) Wasser- und Wasserstraßenrecht 58
(6) Waldrecht 58
(7) Sonstige öffentlich-rechtliche Bestimmungen 59
cc) Sonderfall: Repowering 59
4) Projekt- und Vertragsmanagement 62
a) Vertragsmanagement 62
aa) Vorvertraglicher Letter of Intent 62
bb) Projektdurchführung: Generalunternehmervertrag 62
cc) Zivilrechtliche Grundstückssicherung 64
b) Betriebswirtschaftliche Analysen 65
aa) Wirtschaftlichkeitsanalyse 65
bb) Einspeisevergütung nach EEG 67
cc) Besteuerung kommunaler Unternehmen 71

(1) Betrieb gewerblicher Art (BgA) ... 72
(2) Kapitalgesellschaften, insbesondere GmbH ... 74
(3) Besonderheiten ... 75
(a) Zusammenschlüsse ... 75
(b) Sonstige Unterschiede ... 77
5) Finanzierung des Vorhabens ... 78
a) Due Diligence ... 78
b) Finanzierungsmodelle ... 79
6) Kommunale Zuständigkeit ... 81
7) Errichtung und Betrieb: Wettbewerbsrechtliche Voraussetzungen ... 82
a) Vergaberecht ... 82
aa) Öffentlicher Auftraggeber ... 83
bb) Vergabegegenstand und Vergabeart ... 84
cc) Ausschreibungspflicht und Besonderheiten bei Windparks ... 85
dd) Verfahren ... 87
b) Europäisches Beihilfenrecht ... 89
aa) Tatbestand ... 89
bb) Ausnahmen ... 91
(1) Altmark-Trans-Rechtsprechung ... 91
(2) Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ... 92
(3) De-minimis Beihilfen ... 93
(4) Gewährträgerhaftung und kommunaler Querverbund ... 94
c) Unbundling ... 96
d) Zwischenergebnis ... 101
III. Zwischenergebnis ... 101

E. Kooperationsmodelle zur Projektrealisierung von Energieerzeugungsanlagen ... 103
I. Interkommunale Kooperation ... 104
1) Empirische und betriebswirtschaftliche Betrachtung ... 104
a) Einführung ... 104
b) Entwicklungen von Kooperationen auf dem Gebiet der Energieversorgung ... 105
c) Aktueller Stand der Kooperationen ... 107
d) Motive für die Kooperation ... 112
e) Art und Umfang der Kooperation ... 113
f) Vor- und Nachteile für Stadtwerke durch Kooperationen ... 116
2) Gesellschaftsformen von Kooperationen ... 117
a) Öffentlich-Rechtliche Ausgestaltung ... 118
aa) Zweckverband ... 118

bb) Zweckvereinbarung 119
cc) Gemeinsame kommunale Anstalt 119
b) Privatrechtliche Kooperationsformen 120
aa) Gemischt-wirtschaftliche Unternehmen 120
bb) Public Private Partnership 121
c) Kommunales Beteiligungsmanagement 122
3) Rechtliche Grenzen der Kooperation 126
a) Wettbewerbliche Beschränkungen: Fusionskontrolle 126
aa) Besonderheiten des Energiesektors 127
bb) Abgrenzung der Zuständigkeiten 129
cc) Nationale Fusionskontrolle 130
(1) Aufgreifkriterien 130
(a) Erfassung öffentlicher Unternehmen? 130
(b) Umsatzschwellen 131
(c) Zusammenschluss i.S.d. § 37 GWB 132
(d) Materielle Fusionskontrolle 135
aa) Marktabgrenzung 135
bb) Marktbeherrschende Stellung 137
(2) Verfahren 139
(3) Beispiele im kommunalen Energierecht 139
b) Unbundling bei Kooperationen 141
c) In-House Vergabe bei Kooperationen 142
II. Kooperation mit Gemeindebürgern 143
1) Motive und Ziele der Kooperation mit Gemeindebürgern 144
2) Rechtliche Grundlagen und Besonderheiten 145

F. Kommunal- und verfassungsrechtliche Grenzen 149
I. Darstellung der kommunalrechtlichen Grenzen kommunaler Wirtschaftstätigkeit 150
1) Hintergründe und Zweck der kommunalrechtlichen Grenzen 150
2) Öffentlicher Zweck 153
3) Leistungsfähigkeit 156
4) Subsidiarität 157
5) Örtlichkeitsbezug 160
6) Demokratische Legitimation durch Ingerenzpflichten 165
7) Kommunalaufsicht 166
II. Bedeutung für die kommunale Energieerzeugung 167
1) Öffentlicher Zweck 167
2) Leistungsfähigkeit und Bedarf 169

3) Subsidiarität ... 169
4) Örtlichkeitsbezug ... 170
5) Demokratische Legitimation und Aufsicht ... 171

III. Vergleich mit der Privatwirtschaft ... 171

1) Darstellung privatwirtschaftlicher Energieerzeugung ... 172
a) Struktur der Kraftwerkslandschaft in Deutschland ... 172
b) Strompreisbildung und „merit-order-Effekt" ... 174
c) Atomausstieg und Entflechtung der Übertragungsnetze ... 176
d) Zwischenergebnis ... 177

2) Rechtliche und tatsächliche Vorteile kommunaler Energieerzeugung ... 177
a) Einstandspflicht der Gemeinde für kommunale Unternehmen ... 178
b) Steuerliche Besonderheiten ... 179
c) Bauplanungshoheit ... 180

3) Rechtliche und tatsächliche Nachteile kommunaler Energieerzeugung gegenüber Privaten ... 183
a) Kommunale Schrankentrias ... 183
b) Vergaberecht ... 184
c) Beihilfenrecht ... 185
d) Ingerenzpflichten, Demokratische Entscheidungsprozesse und Flexibilität ... 186
e) Kommunalaufsicht ... 187
f) Zwischenergebnis ... 188

IV. Verfassungsrechtlicher Rahmen der Kommunalwirtschaft: Rechte, Pflichten und Grenzen ... 189

1) Verfassungsrechtliche Grundlagen der Kommunalwirtschaft ... 189
a) Wirtschaftsordnung des Grundgesetzes ... 189
b) Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 GG ... 191

2) Verfassungsrechtliche Handlungspflichten der Kommunen ... 194
a) Gewährleistungs- und Infrastrukturverantwortung ... 194
b) Finanzielle Ausstattung ... 197
c) Angemessene Kapitalausstattung: De facto Handlungspflicht des Gesetzgebers zur Umsetzung der Energiewende? ... 198
d) Pflicht zur Umsetzung bundespolitischer Ziele der Energiewende? ... 200

3) Möglichkeiten der Egalisierung der kommunalrechtlichen Grenzen ... 201
a) Verfassungsrechtliche Grundlagen der Beschränkungen kommunaler Wirtschaftstätigkeit ... 202
aa) Öffentlicher Zweck ... 202
(1) Gemeinwohl als Ausfluss des Rechtsstaatlichkeitsprinzips ... 202
(2) Gestaltungsmöglichkeiten ... 205

bb) Leistungsfähigkeit und Bedarf 208
cc) Subsidiarität 209
(1) Subsidiarität als allgemeines Verfassungsprinzip 210
(2) Subsidiarität als Ausfluss aus der privatistischen Wirtschafsordnung des Grundgesetzes 211
(3) Subsidiaritätsprinzip als Ausfluss aus der Gemeinwohlbindung 212
(4) Subsidiarität aus dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit 214
(5) Zulässigkeit einer strengen Subsidiaritätsklausel? 214
(6) Gestaltungsspielraum 215
dd) Demokratieprinzip und Ingerenzpflichten 220
ee) Örtlichkeitsprinzip 221
(1) Verfassungsrechtliche Vorgaben 221
(2) Verfassungsmäßigkeit von „Expansionsklauseln" am Beispiel von § 107a Abs. 3 GONRW 223
(a) Schutzwürdige Interessen der Zielkommune aus Art. 28 Abs. 2 GG 224
(b) Öffentliches Zweckerfordernis, Leistungsfähigkeit und Örtliche Radizierung 227
(aa) Öffentliches Zweckerfordernis und Leistungsfähigkeit 227
(bb) Örtliche Radizierung und Tätigkeit auf ausländischen Märkten 228
(cc) Rechtfertigungsansätze 229
(c) Demokratische Legitimation und Kompetenz des Landesgesetzgebers 230
(d) Zwischenergebnis 231
4) Zwischenergebnis 231
V. Expansion trotz vorhandener Grenzen – Verfassungsmäßige Auslegung kommunalrechtlicher Grenzen in der aktuellen Praxis? 232
1) Ausländische Wirtschaftstätigkeit im Sektor Energie 232
2) Kooperationen von Stadtwerken 234
3) Diskrepanz zwischen ratio der kommunalrechtlichen Beschränkungen, Verfassungsvorgaben und Praxis? 238
VI. Zielkonflikte mit europäischem Recht 240
VII. Ökonomische Betrachtung 241
VIII. Ergebnis 244

G. Eckpunkte für mögliche Gestaltungsoptionen 245
I. Einschätzungsprärogative der Kommunen 246

1) Rechtspraxis der Kommunalaufsicht 246
2) Gerichtspraxis 247
3) Problemstellung und Lösungsvorschläge 247
a) Antizipierte Selbstkontrolle der Gemeinde 247
b) Beurteilungsspielraum und Überprüfbarkeit 248
c) Rechtfertigung des Eingriffs in Art. 28 Abs. 2 GG durch das Rechtsstaatsprinzip? 251
d) Zwischenergebnis 253
II. Örtlichkeitsprinzip 253
III. Öffentlicher Zweck 258
IV. Zusammenfassung 262

H. Zusammenfassung in Thesen 263
I. Abschnitte A. und B. 263
II. Abschnitt C. 263
III. Abschnitt D. 264
IV. Abschnitt E. 264
V. Abschnitt F. 265
VI. Abschnitt G. 266

Literaturverzeichnis 269

Abkürzungsverzeichnis

Gesetze und Verordnungen

AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 1.12.2009 (ABl. EG Nr. C 115 vom 9.5.2008, S. 47), zuletzt geändert durch die Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Kroatien und die Anpassungen des Vertrags über die Europäische Union, des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (ABl. EU L 112/21 vom 24.4.2012)
AO	Abgabenordnung vom 1. Oktober 2002 (BGBl. I S. 3866; 2003 I S. 61), zuletzt geändert durch Artikel 6 des Gesetzes vom 18. Juli 2017 (BGBl. I S. 2745)
AusglMechV	Ausgleichsmechanismusverordnung vom 17. Februar 2015 (BGBl. I S. 146)
BauGB	Baugesetzbuch vom 23. September 2004 (BGBl. I S. 2414), zuletzt geändert durch Artikel 2 Absatz 3 des Gesetzes vom 20. Juli 2017 (BGBl. I S. 2808)
BayGO	Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern vom 22. August 1998 (GVBl 1998, S. 796), zuletzt geändert durch Art. 17a Abs. 2 des Gesetzes vom 13. Dezember 2016 (GVBl. S. 335)
Bay.KommZG	Bayrisches Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit vom 20. Juni 1994 (GVBl 1994, S. 555) zuletzt geändert durch Art. 9a Abs. 5 des Gesetzes vom 22. Dezember 2015 (GVBl. S. 458)
Bay.Verf	Verfassung des Freistaates Bayern vom 15. Dezember 1998, (GVBl. S. 991, 992) zuletzt geändert durch Gesetze vom 11. November 2013 (GVBl. S. 638, 639, 640, 641, 642)

BdbgKVerf	Kommunalverfassung des Landes Brandenburg vom 18. Dezember 2007 (GVBl.I/07, Nr. 19, S.286) zuletzt geändert durch Artikel 4 des Gesetzes vom 10. Juli 2014 (GVBl.I/14, Nr. 32)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S.738), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2513)
BHO	Bundeshaushaltsordnung vom 19. August 1969 (BGBl. I S. 1284), zuletzt geändert durch Artikel 8 Absatz 10 des Gesetzes vom 3. Dezember 2015 (BGBl. I S. 2178)
BImSchG	Bundes-Immissionsschutzgesetz vom 17. Mai 2013 (BGBl. I S. 1274), zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 18. Juli 2017 (BGBl. I S. 2771)
4. BImSchV	Vierte Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen) vom 02.05.2013, zuletzt geändert durch Bekanntmachung vom 31.5.2017 (BGBl. I S. 1440)
9. BImSchVO	Verordnung über das Genehmigungsverfahren vom 29. Mai 1992 (BGBl. I S. 1001), die zuletzt durch Artikel 5 der Verordnung vom 28. April 2015 (BGBl. I S. 670) geändert worden ist
BioAbfVO	Bioabfallverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 4. April 2013 (BGBl. I S. 658), die zuletzt durch Artikel 5 der Verordnung vom 5. Dezember 2013 (BGBl. I S. 4043) geändert worden ist
BiomasseVO	Biomasseverordnung vom 21. Juni 2001 (BGBl. I S. 1234), die zuletzt durch Artikel 12 des Gesetzes vom 21. Juli 2014 (BGBl. I S. 1066) geändert worden ist
BNatSchG	Bundesnaturschutzgesetz vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2542), zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 30. Juni 2017 (BGBl. I S. 2193)
BWaldG	Bundeswaldgesetz vom 2. Mai 1975 (BGBl. I S. 1037), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 17. Januar 2017 (BGBl. I S. 75)

EEG	Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 21. Juli 2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2532)
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970, 3621), zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 23. Juni 2017 (BGBl. I S. 1885)
EStG	Einkommensteuergesetz vom 8. Oktober 2009 (BGBl. I S. 3366, 3862), zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 18. Juli 2017 (BGBl. I S. 2730)
EUV	Vertrag über die Europäische Union vom 1.12.2009 (ABl. EG Nr. C 115 vom 9.5.2008, S. 13) zuletzt geändert durch die Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Kroatien und die Anpassungen des Vertrags über die Europäische Union, des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (ABl. EU L 112/21 vom 24.4.2012)
FStrG	Bundesfernstraßengesetz vom 6. August 1953 (BGBl. I S. 903), zuletzt geändert durch Artikel 2 Absatz 7 des Gesetzes vom 20. Juli 2017 (BGBl. I S. 2808)
GenG	Genossenschaftsgesetz vom 16. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2230), zuletzt geändert durch Artikel 8 des Gesetzes vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2541)
GewStG	Gewerbesteuergesetz vom 15. Oktober 2002 (BGBl. I S. 4167), zuletzt geändert durch Artikel 4 des Gesetzes vom 27. Juni 2017 (BGBl. I S. 2074)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 1001), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 13. Juli 2017 (BGBl. I S. 2347)
GkG NRW	Nordrhein-westfälisches Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit vom 1. Oktober 1979 (GV. NW. S. 621), zuletzt geändert durch Art. 1 ÄndG vom 3. 2. 2015 (GV. NRW. S. 204)

GO BW	Gemeindeordnung für Baden-Württemberg vom 24. Juli 2000 (GBl. S. 581, S. 698) zuletzt geändert durch Artikel 7 der Verordnung vom 23. Februar 2017 (GBl. S. 99, 100)
GO LSA	Gemeindeordnung für das Land Sachsen-Anhalt (Gemeindeordnung - GO LSA) zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 17. Juni 2014 (GVBl. LSA S. 288)
GO NRW	Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen vom 14. Juli 1994 (GV. NRW. S. 666), zuletzt geändert durch Gesetz vom 3. Februar 2015 (GV. NRW. S. 208)
GO SH	Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein vom 28. Februar 2003 (GVOBl. Schl.-H. S. 57) zuletzt gendert durch Art. 1 des Gesetzes vom 14.03.2017 (GVOBl. Schl.-H. S. S. 140)
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union (ABl. C 326 vom 26.10.2012, S. 391)
GrStG	Grundsteuergesetz vom 7. August 1973 (BGBl. I S. 965), das zuletzt durch Artikel 38 des Gesetzes vom 19.Dezember 2008 (BGBl. I S. 2794) geändert worden ist
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S.1750, 3245), zuletzt geändert durch Artikel 2 Absatz 3 des Gesetzes vom 18. Juli 2017 (BGBl. I S. 2739)
Hess.GO	Hessische Gemeindeordnung vom 7. März 2005 (GVBl. I S. 142) zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 15. September 2016 (GVBl. S. 167)
KAGB	Kapitalanlagegesetzbuch vom 4. Juli 2013 (BGBl. I S. 1981), zuletzt geändert durch Artikel 6 des Gesetzes vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2394)
KStG	Körperschaftsteuergesetz vom 15. Oktober 2002 (BGBl. I S. 4144), zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 18. Juli 2017 (BGBl. I S. 2730)
KSVG	Kommunalselbstverwaltungsgesetz vom 27. Juni 1997 (Amtsbl. S. 682) zuletzt geändert durch das Gesetz vom 15. Juni 2016 (Amtsbl. I S. 840)

KWG	Kreditwesengesetz vom 9. September 1998 (BGBl. I S. 2776), zuletzt geändert durch Artikel 14 Absatz 2 des Gesetzes vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2446)
KV M-V	Kommunalverfassung für das Land Mecklenburg-Vorpommern vom 13. Juli 2011 (GVOBl. M-V S. 777)
LuftVG	Luftverkehrsgesetz vom 1. August 1922 (RGBl. 1922 I S. 681), zuletzt geändert durch Artikel 2 Absatz 11 des Gesetzes vom 20. Juli 2017 (BGBl. I S. 2808)
NDSchG	Niedersächsisches Denkmalschutzgesetz vom 30. Mai 1978 (Nds. GVBl. S. 517), zuletzt geändert durch Art. 1 ÄndG vom 26. 5. 2011 (Nds. GVBl. S. 135)
Nds.EigBetrVO	Niedersächsische Eigenbetriebsverordnung (EigBetr-VO) vom 27. Januar 2011 (Nds. GVBl. S. 21)
Nds.LHO	Niedersächsische Landeshaushaltsordnung in der Fassung vom 30. April 2001 (Nds. GVBl. S. 276) zuletzt geändert durch Art. 10 HaushaltsbegleitG 2014 vom 16. Dezember 2013 (Nds. GVBl. S. 310)
NKomVG	Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz vom 17. Dezember 2010 (Nds. GVBl. S. 576) zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 02.03.2017 (Nds. GVBl. S. 48)
NKomZG	Niedersächsisches Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit vom 21. Dezember 2011 (Nds. GVBl. S. 493) zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 26.10.2016 (Nds. GVBl. S. 226)
NStrG	Niedersächsisches Straßengesetz vom 24. September 1980 (Nds. GVBl. S. 359) zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 02.03.2017 (Nds. GVBl. S. 48)
NTVergG	Niedersächsisches Gesetz zur Sicherung von Tariftreue und Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 31. Oktober 2013 (Nds. GVBl. S. 259)
Rh.-Pf.GO	Rheinland-pfälzische Gemeindeordnung vom 31. Januar 1994 (GVBl. S. 153), zuletzt geändert durch Artikel 7 des Gesetzes vom 02.03.2017 (GVBl. S. 21)

Rh.-Pf.Verf	Verfassung für Rheinland-Pfalz vom 18. Mai 1947 (VOBl. S. 209) zuletzt geändert durch Gesetz vom 08.05.2015 (GVBl. S. 35)
RMiBlIV	Reichsministerialblatt der inneren Verwaltung
ROG	Raumordnungsgesetz vom 22. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2986), zuletzt geändert durch Artikel 2 Absatz 14b des Gesetzes vom 20. Juli 2017 (BGBl. I S. 2808)
ROV	Raumordnungsverordnung vom 13. Dezember 1990 (BGBl. I S. 2766), zuletzt geändert durch Artikel 5 Absatz 35 des Gesetzes vom 24. Februar 2012 (BGBl. I S. 212)
SächsGO	Gemeindeordnung für den Freistaat Sachsen vom 3. März 2014 (SächsGVBl. S. 146) zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 13. Dezember 2016 (SächsGVBl. S. 652)
SchBerG	Schutzbereichgesetz vom 07.12.1956 (BGBl. III, Nr. 54-2), zuletzt geändert durch Artikel 11 des Gesetzes vom 13. Mai 2015 (BGBl. I S. 706)
SDLWind	Systemdienstleistungsverordnung vom 3. Juli 2009 (BGBl. I S. 1734), zuletzt geändert durch Artikel 10 des Gesetzes vom 13. Oktober 2016 (BGBl. I S. 2258)
SektVO	Sektorenverordnung vom 23. September 2009 (BGBl. I S. 3110), zuletzt geändert durch Artikel 9 des Gesetzes vom 18. Juli 2017 (BGBl. I S. 2745)
TA Lärm	Sechste Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Bundes-Immissionsschutzgesetz (Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm – TA Lärm) vom 26. August 1998 (GMBl Nr. 26/1998 S. 503) zuletzt geändert durch Verwaltungsvorschrift vom 01.06.2017 (BAnz AT 08.06.2017 B5)
TA Luft	Erste Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Bundes–Immissionsschutzgesetz (Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft – TA Luft) vom 24. Juli 2002
ThürGO	Thüringer Gemeinde- und Landkreisordnung vom 28. Januar 2003 (GVBl. S. 41) zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 24. April 2017 (GVBl. S. 91, 95)

TierNebVO	Tierische Nebenprodukte-Beseitigungsverordnung vom 27. Juli 2006 (BGBl. I S. 1735), zuletzt geändert durch Artikel 391 der Verordnung vom 31. August 2015 (BGBl. I S. 1474)
UStG	Umsatzsteuergesetz vom 21. Februar 2005 (BGBl. I S. 386), zuletzt geändert durch Artikel 11 Absatz 35 des Gesetzes vom 18. Juli 2017 (BGBl. I S. 2745)
VermAnlG	Vermögensanlagengesetz vom 6. Dezember 2011 (BGBl. I S. 2481), zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2446)
VOB/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A: Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen Fassung 2016 vom 1. Juli 2016 (BAnz AT 01.07.2016 B4)
VOF	Vergabeordnung für freiberufliche Dienstleistungen, Ausgabe 2009, vom 18. November 2009 (BAnz. Nr. 185a vom 8. Dezember 2009)
WaStrG	Bundeswasserstraßengesetz vom 2. April 1968 (BGBl. 1968 II S. 173), zuletzt geändert durch Artikel 2 Absatz 8 des Gesetzes vom 20. Juli 2017 (BGBl. I S. 2808)
ZustVO-Umwelt-Arbeitsschutz	Verordnung über Zuständigkeiten auf den Gebieten des Arbeitsschutz-, Immissionsschutz-, Sprengstoff-, Gentechnik- und Strahlenschutzrechts sowie in anderen Rechtsgebieten vom 27. Oktober 2009 (Nds. GVBl. 2009, 374) zuletzt geändert durch Verordnung vom 30.10.2015 (Nds. GVBl. S. 272)

Zeitschriften, Dokumente und Sammlungen

ABl.EU	Amtsblatt der Europäischen Union
AöR	Archiv öffentlichen Rechts
APuZ	Aus Politik und Zeitgeschehen
BauR	Zeitschrift für Baurecht
BayVbl.	Bayrische Verwaltungsblätter
BB	Betriebsberater
BFuP	Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGHZ	Entscheidungssammlung Bundesgerichtshof Zivilrecht
BSGE	Entscheidungssammlung Bundessozialgericht
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfGE	Entscheidungssammlung Bundesverfassungsgericht
BVerwGE	Entscheidungssammlung Bundesverwaltungsgericht
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EuR	Zeitschrift Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
GewArch	Gewerbearchiv
GmbHR	Zeitschrift für GmbH-Recht
IR	Infrastruktur und Recht
JA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KommJur	Zeitschrift für Kommunalrecht
LKV	Landkreisverwaltung

LT-Drs.	Landtags-Drucksache
NdsVBl.	Niedersächsische Verwaltungsblätter
NJW	Neue Juristische Wochenzeitschrift
NordÖR	Zeitschrift für Öffentliches Recht in Norddeutschland
NuR	Natur und Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungsreport
NWVBl.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht
ThürVBl.	Thüringische Verwaltungsblätter
VBlBW	Verwaltungsblätter Baden-Württemberg
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VR	Verwaltungsrundschau
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtlehrer
WM	Wertpapiermitteilungen
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb/Entscheidungen
ZfBR	Zeitschrift für nationales und internationales Baurecht
ZGR	Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
ZInsO	Zeitschrift für Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZNER	Zeitschrift für neues Energierecht
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht

Sonstiges

BDEW	Bundesverband Deutscher Energiewirtschaft
BgA	Betrieb gewerblicher Art
BGH	Bundesgerichtshof
BKartA	Bundeskartellamt
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
BMU	Bundesministerium für Umwelt, Natur Reaktorschutz und Bau
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
DGRV	Deutscher Genossenschafts- und Raiffeisenverband
Diss.	Dissertation
EuGH	Europäischer Gerichtshof
HKWP	Handbuch kommunale Wissenschaft und Praxis
HStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
i.E.	im Ergebnis
Kap.	Kapitel
Lfg.	Lieferung
MüKo	Münchener Kommentar
OVG	Oberverwaltungsgericht
OLG	Oberlandesgericht
PWC	PricewaterhouseCoopers
Rn.	Randnummer
Univ.	Universität
VfKE	Verbundnetz für kommunale Energie
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof

VkU	Verband kommunaler Unternehmen e.V.
Ziff.	Ziffer
zugl.	Zugleich

A. Einleitung und Untersuchungsgegenstand

Kaum ein Wirtschaftsbereich hat sich in den letzten 15 Jahren so fundamental verändert wie der Energiesektor. Dies betrifft sowohl die öffentlichen als auch die privat betriebenen Energieunternehmen, obgleich der Wandel auf zum Teil unterscheidenden Ursachen beruht. Beide Unternehmensarten haben eine bis auf die Ursprünge der Elektrizitätserzeugung zurückgehende Tradition[1], unterlagen seitdem jedoch unterschiedlichen Regularien. Denn trotz der absoluten Gleichförmigkeit von Elektrizität in Art und Güte, sind private und öffentliche (Energie-) unternehmen von verschiedenartiger Natur und werden in der Folge auch rechtlich jeweils gesondert behandelt. Der strengere regulatorische Maßstab ist freilich an die Unternehmen der öffentlichen Hand zu legen. Wie bei allem staatlichen Handeln, gilt auch in der wirtschaftlichen Betätigung „Das öffentliche Wohl soll das oberste Gesetz sein" *(Marcus Tullius Cicero)*.[2]

---

[1] *Pielow*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd. 2, § 54, Rn. 3 ff.; *Grünewald*, in: Danner/Theobald, Energierecht, GemEnW, Rn. 1 ff.; *Pielow*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 1, Einl. E EnWG, Rn. 366 ff.; *Wesener*, Energieversorgung und Energieversorgungskonzepte, S. 25 ff.

[2] *Cicero*, De legibus III, S. 3, 8.

Unter dieser auch kodifizierten Prämisse[3] müssen sich kommunale Energieversorger, in der Regel „Stadtwerke", den Herausforderungen gleich zweier gewichtiger Veränderungen stellen: der europäisch initiierten Liberalisierung des Energiemarktes und der national angefachten „Energiewende". Beides verlangt von privaten wie öffentlichen Energieunternehmen ein Umdenken in der Unternehmenspolitik und eine strategische Neuausrichtung. Kommunen sowie Stadtwerke unterliegen dabei neben der Beachtung des öffentlichen Gemeinwohls noch weiteren spezifischen Restriktionen, profitieren aber auch von Vorteilen im Vergleich zu privatwirtschaftlichen Energieunternehmen.

Um diese Veränderungen in Hinblick auf den status quo des sie betreffende Normengerüsts zu untersuchen, liegen die Schwerpunkte dieser Arbeit zum einen auf der Darstellung der Möglichkeiten kommunaler Energieerzeugung und den daraus abgeleiteten rechtlichen Besonderheiten im Vergleich zu privatwirtschaftlichen Erzeugertätigkeiten. Zum anderen sollen die kommunalrechtlichen Eigenheiten auf verfassungsrechtliche Determinanten hin untersucht und aktuelle Problemstellungen erarbeitet werden.

Die vorliegende Analyse beschränkt sich bei der komplexen und weitreichenden Thematik der Energiewende im Wesentlichen auf die Wertschöpfungsstufe der Energieerzeugung und hierbei auf den Bereich der Elektrizität. Aufgrund der aktuellen Entwicklung des Elektrizitätsmixes hin zu einer CO_2-neutralen Erzeugung, beschäftigt sich diese Arbeit mit dem Themenzuschnitt der Erneuerbaren Energien, wobei wiederum exemplarisch auf den zurzeit wichtigsten Energieträger Windkraft näher eingegangen wird. Im Fokus stehen dabei durch Kommunen bzw. deren Stadtwerke betriebene Anlagen. Neben der anlagenbezogenen Darstellung der Erzeugung wird ein besonderes Augenmerk auf den Betrieb in Kooperationen gelegt, der sich wiederum in die Unterpunkte „Interkommunale Kooperation" und „Bürgerwindparks" aufspaltet.

Durch die Analyse der Erzeugungs- und Kooperationsmöglichkeiten sollen die kommunalwirtschaftlichen Besonderheiten herausgearbeitet werden, um durch einen anschließenden Vergleich mit privatwirtschaftlicher Erzeugung zu erörtern, ob das Kommunalrecht den Anforderungen eines liberalisierten und von der Energiewende geprägten Energiemarktes standhält.

Im Anschluss an dieses Zwischenziel soll untersucht werden, inwieweit dem Gesetzgeber überhaupt ein verfassungsrechtlicher Spielraum hinsichtlich einer eventuellen Anpassung zusteht und welche verfassungsrechtlichen Positionen den Kommunen gebührt. Als weiteres Untersuchungsziel werden vorhandene Defizite

[3] Die Gemeinwohlbindung, welche sich aus der Verfassungsdeterminante des Gemeinwohls ergibt (siehe hierzu im Detail F.IV) 3) a) aa)), ist in den Kommunalverfassungsgesetzen aller Länder durch die öffentliche Zweckbindung aufgenommen, § 136 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 NKomVG, § 107 Abs. 1 Nr. 1 GO NRW, Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Bay.GO, § 102 Abs. 1 Nr. 1 GO BW, § 101 Abs. 1 Nr. 1 GO S-H, § 108 Abs. 1 Nr. 1 KVSG, § 94a Abs. 1 Nr. 1 Sächs.GO, § 121 Abs. 1 Nr. 1 Hess.GO, § 68 Abs. 2 Nr. 1 GO M-V, § 85 Abs. 1 Nr. 1 GO Rh.-Pf., § 128 Abs. 1 Nr. 1 GO LSA, § 91 Abs. 2 Nr. 1 BrdgKVerf § 71 Abs. 2 Nr. 1 Thür-GO.

des Kommunalrechts und der kommunalwirtschaftlichen Praxis aufgedeckt und hierfür Lösungsansätze entwickelt.

Diese Arbeit gliedert sich dabei in fünf aufeinander aufbauende Themenabschnitte:

Der erste Teil verschafft einen Überblick über die Begrifflichkeiten der Arbeit und führt über einen historischen Abriss in die Entwicklung und Ausgangslage der kommunalen Energiewirtschaft ein. Dem schließt sich eine kurze Einleitung in die rechtlichen Grundlagen kommunaler Wirtschaftstätigkeit auf supranationaler, nationaler und kommunaler Ebene an, die im Laufe der Arbeit an den jeweils relevanten Stellen vertieft werden. Eine ebenfalls nur knappe Beachtung finden die Rechtsformen kommunaler Unternehmen, deren Ausgestaltung, Vor- und Nachteile sowie damit zusammenhängende Meinungsstreitigkeiten in der kommunalrechtlichen Literatur zur Genüge diskutiert wurden.

Der anschließende zweite Teil befasst sich mit den Erzeugungsmöglichkeiten kommunaler Unternehmen, die an dem Beispiel eines Windparks dargestellt werden. Hierbei werden in erster Linie die rechtlichen Voraussetzungen, aber auch die projektbezogenen Überlegungen und betriebswirtschaftlichen sowie steuerlichen Möglichkeiten und Notwendigkeiten dargestellt, immer unter Fokussierung auf staatliche, d.h. in dieser Arbeit kommunale Besonderheiten. Die Ergebnisse dieses Teils stellen die erforderlichen Vorarbeiten für den späteren Vergleich sowie die Einordnung anhand der Verfassung dar.

Der dritte Teil der Arbeit steht im Zeichen der Kooperationen. Dieser Betriebsform wird ein besonderes Augenmerk zuteil, weil sich Stadtwerke zu einem großen Teil verschiedener Formen der Zusammenarbeit in den einzelnen Wertschöpfungsstufen bedienen und diese Praxis rechtliche Komplikationen nach sich zieht. Kooperationen bieten zudem eine der maßgeblichen Antworten auf die Liberalisierung des Energiemarktes, die das Ende der geschlossenen Versorgungsgebiete zur Folge hatte.[4] Neben der interkommunalen Kooperation ist auch die vertikale Kooperation mit privatwirtschaftlichen Energieversorgern und deren strategischen Stadtwerkebeteiligungen Gegenstand dieser Untersuchung. Die Kooperationsformen werden auf rechtliche Begrenzungen hin überprüft wobei insbesondere kommunale Spezifika herausgearbeitet werden. Eine eigene Form der Kooperation stellen die sogenannten „Bürgerwindparks“ dar, die eng mit der Kommune verbunden sind und aus diesem Grund Eingang in diese Arbeit gefunden haben.

---

[4] *Budäus*, Wettbewerbs- und Kooperationsstrategien, in: Schöneich (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Widder, S. 129 ff.; *PWC*, Kooperation von Stadtwerken – heute noch ein Erfolgsmodell? 2011; *VkU*, Stadtwerke der Zukunft II, Perspektiven kommunaler Kooperationen im Energiesektor, 2010.

Der Untersuchungsschwerpunkt dieser Arbeit findet sich im vierten Teil, welcher die zuvor erarbeiteten Ergebnisse zusammenführt und bewertet. Zunächst werden die kommunalwirtschaftlichen Grenzen untersucht und auf Grundlage dieser Ergebnisse und denen der vorangehenden drei Abschnitte ein tatsächlicher und rechtlicher Vergleich kommunaler und privater Energieversorger angestellt. Daran schließt sich eine Prüfung der generellen Stellung staatlicher Wirtschaftstätigkeit anhand der Verfassung an, sowie die Erörterung kommunaler Handlungspflichten. Ferner ist die Überprüfung der kommunalwirtschaftlichen Restriktionen auf ihre verfassungsrechtliche Verankerung und die Erarbeitung von Gestaltungsspielräumen für eventuelle legislative Adaptionen ein wesentlicher Gedanke dieser Arbeit. Auf der sich daraus ergebenden Grundlage werden Recht und Rechtswirklichkeit betrachtet, mögliche Diskrepanzen aufgezeigt und diese auf ihre Verfassungsmäßigkeit geprüft. Schließlich fügt sich diesen rechtlichen Betrachtungen eine ökonomische Ebene an

Der letzte Teil eröffnet einen Ausblick für die Weiterentwicklung kommunalwirtschaftlicher Normierungen. Für die zuvor festgestellten Problematiken werden Vorschläge zur Rechtsfortbildung unterbreitet. Bei all diesen Überlegungen soll ausdrücklich nicht Partei für oder gegen kommunale Wirtschaftstätigkeit ergriffen, sondern die Rechtslage erörtert und bewertet werden. Die Entscheidung über ein Für und Wider kommunaler Wirtschaftstätigkeit steht im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben allein dem Gesetzgeber zu. Die Präferenzen hinsichtlich kommunaler Wirtschaftstätigkeit sind mitunter parteipolitisch motiviert und damit für das Ergebnis dieser Arbeit von keiner Relevanz, auch wenn sich zumindest in der Ökonomie sicherlich eine auch heute noch gültige Tendenz erkennen lässt: „Keine zwei Naturen seien schwerer zu vereinbaren als die des Kaufmanns und die des Herrschers“ *(Adam Smith)*.[5]

[5] *Adam Smith*, The Wealth of Nations, V.2.8, S. 344.

B. Historische Entwicklung und Ausgangslage

Um zu verstehen, warum die Themenkomplexe „kommunale Energieerzeugung" und in der Folge „kommunales Energierecht" überhaupt existieren und warum Kommunen derart eng mit der Energieversorgung bzw. -erzeugung verbunden sind, bedarf es eines Blickes auf die Historie der Energieversorgung in Deutschland, die im Laufe der letzten 150 Jahre einer stetigen Wandlung unterlag.

Der Ausbau der Elektrizitätsversorgung begann in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts und wurde vor allem durch die Städte und in der Fläche durch die Landkreise vorangetrieben.[6] Hierbei ist anzumerken, dass die Initiative leitungsgebundener Energieversorgung zunächst von privaten Betreibern, meist der Elektroindustrie, ausging, die durch die Versorgung mit Elektrizität einen Markt für ihre elektrisch betriebenen Maschinen schaffen wollten.[7] Mit Einsetzen der Industrialisierung stiegen die qualitativen und quantitativen Anforderungen an die Energieversorgung, aber auch gleichzeitig deren Möglichkeiten. Da die zunächst beauf-

---

[6] Vgl. *Löwer*, Energieversorgung zwischen Staat Gemeinde und Wirtschaft, S. 35; *Henneke/Ritgen*, Kommunales Energierecht, S. 41; *Stern/Püttner*, Die Gemeindewirtschaft, S. 11; *Püttner*, Das Recht der kommunalen Energieversorgung, S. 13f.; *Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, Kap. C Rn. 23f.

[7] *Pielow*, Grundstrukturen der öffentlichen Versorgung, S. 575; *Gröner*, Die Ordnung der deutschen Elektrizitätswirtschaft, S. 47.

tragten Privaten den Versorgungsaufgaben nicht flächendeckend und zufriedenstellend nachkamen, nahm sich die öffentliche Hand dem Ausbau der leitungsgebundenen Gas- und Elektrizitätsversorgung erst in den Städten und dann in ländlichen Regionen an.[8] Daraus entwickelte sich eine Mischform zwischen privatwirtschaftlicher und kommunaler Versorgung, die bis heute besteht. Noch vor dem ersten Weltkrieg waren 38 % der Elektrizitätsversorgung kommunal, 36 % gemischt-wirtschaftlich und nur ein gutes Viertel privat organisiert und diese Versorgungsstruktur dabei sehr effektiv.[9]

Die Gründe für das wachsende kommunale Engagement sind vielfältig. Zum einen waren die Finanzmittel der Kommunen für den Aufbau einer flächendeckenden Energieversorgung unabdingbar und damit die Aufnahme kommunaler Wirtschaftstätigkeit nicht nur notwendig sondern auch erwünscht.[10] Für die Kommunen bedeutete die Stromerzeugung zudem die Aussicht auf eine neue Einnahmequelle durch den Stromverkauf und auf die Ansiedelung von Unternehmen mit hohem Strombedarf in ihrem Versorgungsgebiet.[11] Neben diesem finanziellen Aspekt spielte auch die Daseinsvorsorge eine Rolle, da sich die privatwirtschaftliche Elektrizitätsversorgung auf gewinnbringende Ballungszentren konzentrierte, wohingegen der wenig lukrative ländliche Raum von der Versorgung abgeschnitten war.[12] Aus rein tatsächlichen Gründen spielten als dritter Grund die Eigentumsverhältnisse am Straßen- und Wegenetz eine gewichtige Rolle. Dieses steht seit jeher im Eigentum der Kommunen, sodass die Netze auf kommunalem Grund verlegt werden mussten, was den Kommunen schon damals durch Konzessions- oder Pachtverträge Einfluss auf die gemeindliche Energieversorgung sicherte.[13] Als vierter Grund schließt sich der eigene Strombedarf der Kommunen für ihre Straßenbeleuchtung und Nahverkehrsversorgung an.[14]

Neben dieser kommunalen Expansion entwickelten sich zu Beginn des 20. Jahrhunderts sogenannte Überlandzentralen, die der kommunalen dezentralen Erzeugung Konkurrenz machten, was sich im Laufe der folgenden Jahrzehnte mit

---

[8] Vgl. *Stüer/Schmalenbach*, NWVBl. 2006, S.161 (161); *Wesener*, Energieversorgung und Energieversorgungskonzepte, S. 7.

[9] Das Deutsche Reich soll der englischen Stromversorgung durch seine (teil-)staatliche Vorgehensweise um gut 10 Jahre voraus gewesen sein, *Stern/Püttner*, Die Gemeindewirtschaft, S. 31; *Steckert*, Kommunalwirtschaft im Wettbewerb, S. 14.

[10] *Steckert*, Kommunalwirtschaft im Wettbewerb, S. 15.

[11] Vgl. *Henneke/Ritgen*, Kommunales Energierecht, S. 41.

[12] *Löwer*, Energieversorgung zwischen Staat Gemeinde und Wirtschaft, S. 38; *Püttner*, Das Recht der kommunalen Energieversorgung, S. 13 f.; *Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, Kap. C, Rn. 23.

[13] *Löwer*, Energieversorgung zwischen Staat Gemeinde und Wirtschaft, S. 36; *Pielow*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht Bd. 1, Einl. E EnWG, Rn. 366.

[14] *Ambrosius*, Zur Geschichte des kommunalen Querverbundes, in: Püttner, Der kommunale Querverbund, S. 24 f.; *Pielow*, Grundstrukturen der öffentlichen Versorgung, S. 578 f.

zunehmender Zentralisierung verstärkte.[15] Die beherrschende Stellung der kommunalen Energie*verteilung* blieb jedoch (bis heute) bestehen.[16] Seit der Einrichtung dieser konkurrierenden Systeme von privatwirtschaftlicher und kommunaler Energieversorgung dauert der Streit an, ob Kommunen als „geborene" Energieversorger kraft ihrer Eigentumsverhältnisse an den Wegen über ein vorrangiges Selbsteintrittsrecht in die Versorgung verfügen oder nicht.[17] Die Einführung kommunalwirtschaftlicher Grenzen in § 67 Deutsche Gemeindeordnung vom 30. Januar 1935[18] sollte diesen historisch gewachsenen Dualismus – auch in anderen Wirtschaftsbereichen – erstmals in geregelte Bahnen lenken, da die Wirtschaftstätigkeit der Kommunen immer größere Kreise gezogen und in nicht wenigen Kommunalhaushalten zu großen Problemen geführt hatte.[19]

In der jüngeren Entwicklung hat die kommunale Wirtschaftstätigkeit wieder stark zugenommen. Das Institut für Wirtschaftsforschung hat allein für den Zeitraum 2000 bis 2007 einen Anstieg des Umsatzes kommunaler Unternehmen von 131 Mrd. € auf 213 Mrd. € ausgemacht.[20] Im Bereich von Telekommunikationsdiensten über kommunale Wohnungsunternehmen oder Gartenbaubetriebe bis hin zu kommunalen Druckereien oder der Vermietung von Baumaschinen bei städtischen Bauhöfen, boomt der kommunale Wirtschaftssektor. Die jeweiligen Landesgesetzgeber haben mit unterschiedlich gearteten Lockerungen der Schranken für kommunale Wirtschaftstätigkeit diese Entwicklung unterstützt.[21] Dies gilt auch und gerade für den Bereich der Energieversorgung.

Nach einer Welle von Privatisierungen der kommunalen Energieversorgungsunternehmen in den letzten 20 Jahren[22], lässt sich nun zum einen im Zuge des erhöhten Bedarfs an Erneuerbaren Energien durch den Atomausstieg und die Energiewende und zum anderen durch die Wettbewerbseffekte der Energiemarktliberalisierung ein deutlicher Trend zur (Re-) Kommunalisierung der Energieversorgung beobachten.[23]

---

[15] *Löwer*, Energieversorgung zwischen Staat Gemeinde und Wirtschaft, S. 38 f.; *Henneke/Ritgen*, Kommunales Energierecht, S. 41.

[16] *Pielow*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht Bd. 1, Einl. E EnWG, Rn. 366.

[17] *Pielow*, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, S. 576; *Löwer*, Energieversorgung zwischen Staat, Wirtschaft und Gemeinden, S. 37.

[18] RGBl. I, 1935, S.49.

[19] Vgl. *Stern/Püttner*, Die Gemeindewirtschaft – Recht und Realität, S. 32.

[20] Das Institut für Wirtschaftsforschung hat allein für den Zeitraum 2000 bis 2007 einen Anstieg des Umsatzes kommunaler Unternehmen von 131 Mrd. € auf 213 Mrd. € ausgemacht, *Bardt/Fuest/Lichtblau*, Kommunale Unternehmen auf Expansionskurs, IW 2010, S. 1 f; siehe ebenfalls *VkU*, Geschäftsbericht 2012/2013, S. 13 f.;

[21] Vgl. beispielweise die Abschaffung der Subsidiaritätsklausel in § 91 BrdbgKVerf oder die Neuordnung der §§ 107, 107a GO NRW, § 101a GO S-H und § 136 Abs. 1 NKomVG.

[22] Vgl. *Wolff*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 5, Rn. 2; *Gerstelberger*, Zwei Jahrzehnte Privatisierung in deutschen Kommunen – Herausforderungen und Argumente für den Erhalt der Stadtwerke, 2009, S.1, http://library.fes.de/pdf-files/wiso/06374.pdf.

[23] Vgl. *Wolff*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 5, Rn. 2; umfassend *Bauer*, DÖV 2012, S. 329 ff.

Im Besonderen bei der Wertschöpfungsstufe der Energie*erzeugung* haben die Kommunen ihr Engagement deutlich erhöht.[24] Hierbei müssen sich die EVU aufgrund der EnWG-Novellen aus den Jahren 1998[25] und 2005[26] dem erhöhten Wettbewerbsdruck durch private Anbieter stellen. Vor allem die vier großen[27] deutschen Energieversorger hatten sich auf diesem Gebiet hervorgetan und haben trotz anhaltender Probleme gemeinsam weiterhin einen hohen Marktanteil.[28] Die Gemeinden treten damit in einen Wettbewerb, der über die Gebietsgrenzen der Kommunen hinausgeht und teilweise auch in den internationalen Markt führt.

Um wettbewerbsfähig zu bleiben, schließen sie sich mit anderen Betreibern in Form interkommunaler Unternehmen zusammen oder investieren vor Ort in die Erzeugung Erneuerbarer Energien.[29] Der Erfolg beruht dabei vermehrt auf Modellen, bei denen sich die Bürger vor Ort direkt beteiligen können und somit die Akzeptanz in der Bevölkerung für neue Bauvorhaben steigt.[30]

Aus den ehemals lokal agierenden kleinen Organisationseinheiten haben sich teilweise national und international bedeutende Unternehmenszusammenschlüsse gebildet. Zu nennen sind hier vor allem 8KU, die Thüga AG und die KOM 9 GmbH& Co. KG. Gesellschafter dieser Zusammenschlüsse sind dutzende Stadtwerke und kommunale Energieversorger aus ganz Deutschland. Diese Gesellschaften beteiligen sich wiederum an anderen Stadtwerken als Minderheits- oder Mehrheitsgesellschafter. An den Stadtwerken sind oftmals gleichzeitig private Energieerzeuger wie E.ON, RWE oder Vattenfall beteiligt, so dass ein weit vernetztes Geflecht aus kommunalen und privaten Stromerzeugern entsteht. Die kommunalen Energieversorgungsverbände haben in diesem eine Größe und Finanzkraft erreicht, die sie mit den privaten Versorgern konkurrieren lässt.[31] Gerade in Hinblick auf die großen Herausforderungen der Energiewende, die zumindest bei E.ON und RWE sichtbare Spuren, insbesondere in den Kraftwerkparks hinterlässt, nehmen kommunale Unternehmen eine immer wichtigere Stellung ein, wobei auch sie nicht unbeschadet durch die disruptiven Umwälzungen des Energiemarktes manövrieren.

---

[24] 66% der EVU im Jahre 2011 sind in der Energieerzeugung tätig geworden im Vergleich zu 46% im Jahre 2008; *PWC*, Kooperationen von Stadtwerken-heute noch ein Erfolgsmodell?, S. 2, 2011.

[25] Energiewirtschaftsgesetz vom 24. April 1998 (BGBl I S. 730).

[26] Energiewirtschaftsgesetz vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970, 3621).

[27] RWE, E.ON, EnBW (wobei EnBW ein staatliches Unternehmen ist) und Vattenfall.

[28] Bis zum Jahre 2008 vereinigten diese noch 80 % der Stromerzeugung in ihrer Hand, *BKartA*, Sektorenuntersuchung Stromerzeugung- und Großhandel, 2013, S.18.

[29] *Pielow*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd. 2, § 54, Rn. 5; *Henneke/Ritgen*, Kommunales Energierecht, S. 36 f.; *Grünewald*, in: Danner/Theobald, Energierecht, GemEnW, Rn. 8 ff.

[30] *Kneuper/v.Kaler*, IR 2011, S. 250 ff.; *Henneke/Ritgen*, Kommunales Energierecht, S. 53.

[31] So will beispielsweise der Kommunalverband 8KU bis zum Jahr 2020 10 Mrd. € in den Ausbau der Stromerzeugung investieren, *Spiegel-Online*, Neue Kraftwerke: Kommunen wollen Stromriesen ausbooten, Oktober 2011, http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/neue-kraftwerke-kommunen-wollen-stromriesen-ausbooten-a-792120.html.

C. Grundlagen der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden

I. Definitionen und Eingrenzung

Aufgrund der Weitläufigkeit des Bereiches Energie und der Komplexität der Thematik Energiewende bedarf es einer terminologischen Klärung sowie der Begrenzung der in dieser Arbeit behandelten Fragestellungen.

Untersuchungsgegenstand sind Kommunen und kommunale Unternehmen. Kommunen sind Gebietskörperschaften, denen über Art. 28 Abs. 2 GG das Recht auf Selbstverwaltung eingeräumt wird. Zu ihnen sind Gemeinden, Kreise und teils Bezirke zu zählen.[32] In dieser Arbeit steht ausschließlich die Gebietskörperschaft „Gemeinde" selbst im Fokus.

Die allgemeine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde wird in einigen Gemeindeordnungen legal definiert (s.u.), die Energieversorgung wird in den meisten Gemeindeordnungen explizit als wirtschaftliche Betätigung aufgeführt (vgl. § 136

[32] *Mehde,* in: Maunz/Dürig, Art. 28 Abs. 2 GG, Rn. 29.

Abs. 1 S. 2 Nr. 3 NKomVG[33]) und ist damit unproblematisch diesem Bereich zuzurechnen. Der Sammelbegriff der Daseinsvorsorge als übergeordnete Begriffsebene kann hingegen keine vernünftige rechtsstaatliche Eingrenzung geben, soll in dieser Arbeit aber die klassischen Versorgungsaufgaben der Kommune bündeln, ohne dass diesem Begriff dabei eine höhere rechtliche Relevanz zugedacht ist. Obwohl die Regelungen der jeweiligen Kommunalverfassungen der Länder so vielgestaltig sind, werden die kommunalen Normen in der Regel exemplarisch an der Niedersächsischen Kommunalverfassung abgebildet. Bei Vergleichen bzw. Abweichungen oder Besonderheiten werden auch andere landesrechtliche Regelungen herangezogen, insbesondere Bayern und Nordrhein-Westfalen als weitere große und oft auch regulatorisch abweichende Länder.

Bei der Energieversorgung ist ganz allgemein zwischen den Wertschöpfungsstufen der Energieerzeugung, des Energietransports, der Energieverteilung, dem Energiehandel und dem Energievertrieb zu unterscheiden.[34] In dieser Arbeit steht die Energieerzeugung und insbesondere die Stromerzeugung durch Erneuerbare Energien im Mittelpunkt. Die Definitionen richten sich hierbei nach den Legaldefinitionen der § 3 EnWG, § 3 EEG.

Die Energiewende ist hingegen ein nicht eindeutig definierbarer Begriff. Er geht auf die Studie „Energiewende – Wachstum und Wohlstand ohne Erdöl und Uran“ des Freiburger Öko-Instituts aus dem Jahre 1980 zurück. Der Begriff Energiewende bezeichnete hiernach den Umstieg der Energieversorgung von fossilen Brennstoffen und Uran auf erneuerbare, CO_2-freie Energieträger.[35] Heute wird darunter insbesondere der Weg zu einer vollständig nachhaltigen Energieerzeugung und der Reduktion der Treibhausgasimmissionen Deutschlands um 80% im Vergleich zu dem Basisjahr 1990 bis zum Jahre 2050 verstanden.[36] Im Sinne dieser Arbeit ist daher nicht nur die nach der Katastrophe von Fukushima durch die CDU/FDP Regierung ausgerufene Energiewende gemeint, sondern die Veränderung der Primärenergieerzeugung seit der Einführung des EEG. Unbestrittener Gipfel dieser Entwicklung ist aber sicherlich der endgültige Ausstieg aus der atomaren Stromerzeugung.

Schließlich befasst sich ein großer Teil dieser Arbeit mit Kooperationen von Kommunen und privaten EVU. Kooperationen im hier verwandten Sinne sind alle gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen mehrerer Körperschaften, seien es öffentlich-rechtliche, gemischt-wirtschaftliche oder private Unternehmen.

---

[33] § 107a GO NRW, Art. 87 Abs. 3 S.2 Bay.GO, § 101a GO S-H, § 85 Abs. 1 Nr. 3 GO Rh.-Pf., § 68 Abs. 3 Nr. 4 KV M-V, § 128 Abs. 2 KVG LSA, § 91 Abs. 5 BrdgKVerfG, § 94a Abs. 4 Sächs.GemO, § 71 Abs. 2 Nr. 4 Thür.GO, § 102 Abs. 7 GO BW.

[34] *Kühling/Rasbach/Busch*, Energierecht, S. 19.

[35] *Krause/Bossel/Müller-Reißmann*, Energiewende – Wachstum und Wohlstand ohne Erdöl und Uran.

[36] So auch die offizielle Definition der Bundesregierung: Energiewende: Definition & Ziele – die Übersicht, 2015, https://www.co2online.de/klima-schuetzen/energiewende/energiewende-definition-ziele-uebersicht/.

II. Rechtsgrundlagen für die wirtschaftliche Betätigung

Die Kommunen treten in langer Tradition wie ein „Unternehmer" am Markt auf.[37] Dieses Tätigwerden ist im Grundgesetz als eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft in Art. 28 Abs. 2 GG und den Kommunalverfassungen der Länder verankert. Durch den supranationalen Rechtsrahmen der Europäischen Union, ist eine weitere Normenebene hinzugekommen, in die sich das kommunale Wirtschaftsrecht einfügen muss. Nachfolgend wird die Zulässigkeit und der Stellenwert kommunaler Wirtschaftstätigkeit auf den jeweiligen Normebenen überblicksartig wiedergegeben.

1) Unionsrechtlicher Rahmen

Aufgrund des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts ist die verfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 GG nicht „europafest", also abweichenden Regelungen der Europäischen Union unterworfen.[38] Dennoch stehen der Marktteilnahme kommunaler EVU grundsätzlich keine europarechtlichen Hürden entgegen.[39]

Durch die Aufnahme der Energieversorgung in den europäischen Binnenmarkt[40], verlagerten sich Teile der Gesetzgebungskompetenz auf Unionsebene, deren Umsetzung in den Binnenmarktrichtlinien für Elektrizität[41] und Gas[42] und deren Novellierung in den Jahren 2003[43] und 2009[44] gipfelten. Die nationalen Gesetzgeber wurden so zur schrittweisen Öffnung der Energiemärkte und zur Beseitigung der seit 1935 in Deutschland bestehenden geschlossenen Versorgungsgebiete gezwungen.[45] Hierbei haben vor allem sekundärrechtliche Vorschriften maßgeblichen Einfluss auf die kommunale Energiewirtschaft in Deutschland. Doch auch das primäre Unionsrecht normiert den generellen Umgang mit öffentlichen Unternehmen aus unionsrechtlicher Sicht.

---

[37] Vgl. *Burgi*, Kommunalrecht, § 17, Rn.1; *Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtpraxis kommunaler Unternehmen, Kap C. Rn. 22 ff.

[38] Vgl. *Schoch*, in: Henneke, Kommunen und Europa, S. 11 ff.; *Ehlers*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. B, Rn. 2; *Papier*, DVBl. 2003, S. 686 (691).

[39] *Wolff*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 5, Rn. 116.

[40] Richtlinie 92/42/EWG, ABl.EG Nr. C 241 v. 25.09.1986; vgl. *Säcker*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Einl. A EnWG Rn. 9.

[41] Richtlinie 96/92/EG, ABl.EU Nr. L 27/20 v. 30.1.1997.

[42] Richtlinie 98/30/EG, ABl. EU Nr. L 204 S. 1 v. 22.06.1998.

[43] RL 2003/54 EG v. 26.03.2003 zur Aufhebung der RL 96/92/EG, ABl.EG 2003 L 176/37 bzw. RL 2003/55/EG v. 26.06.2003 zur Aufhebung der RL 98/30/EG, ABl.EG 2993 L 176/57.

[44] Richtlinie 2009/72/EG vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie (EG) 2003/54.

[45] *Säcker*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Einl. A EnWG Rn. 17 ff.; *Pielow*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd. 2, § 54, Rn. 9.

a) Zulässigkeit kommunaler öffentlicher Unternehmen

Die Europäische Union verpflichtet sich in Art. 3 Abs. 3 EUV bzw. Art. 119 AEUV zu einer in hohem Maße wettbewerbsfähigen offenen Marktwirtschaft. Kommunale Unternehmen setzen dem durch ihre Gemeinwohlverpflichtungen, ihre durch die Selbstverwaltungsgarantie gesicherte örtliche Gestaltungsfreiheit sowie ihre sozialpolitischen Direktiven gleich mehrere scheinbar unvereinbare Zielsetzungen entgegen.[46] Die Teilnahme staatlicher Unternehmen widerspricht dem Primat des wettbewerblichen Marktes aber nicht zwangsläufig, sofern auch sie sich an die dafür vorgesehenen Regeln halten.

Um den besonderen Bedürfnissen der öffentlichen Unternehmen im Rahmen des Unionsrechts Rechnung zu tragen, wurden die Art. 14 und 106 AEUV eingeführt. Art. 106 I AEUV ist dabei die unionsrechtliche Ausgangnorm für die öffentlichen Unternehmen. Ihre Existenz belegt, dass die Möglichkeit des Staates sich wirtschaftlich zu betätigen durch Unionsrecht nicht ausgeschlossen ist.[47] Zur Bestimmung des Begriffes des öffentlichen Unternehmens wird regelmäßig die Präzisierung der Transparenzrichtlinie der europäischen Union herangezogen, welche sich auf Art. 106 Abs. 3 AEUV stützt.[48] Sie kann als Sekundärrecht freilich keinen verbindlichen Auslegungsanspruch für Art. 106 Abs. 1 AEUV beanspruchen, soll an dieser Stelle jedoch zur begrifflichen Konkretisierung dienen. Hiernach ist ein öffentliches Unternehmen „jedes Unternehmen auf das die öffentliche Hand aufgrund Eigentums, finanzieller Beteiligungen, Satzung oder sonstiger Bestimmungen, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann".[49] Kommunen zählen zur öffentlichen Hand, somit fallen auch die kommunalen Energieversorgungsunternehmen unter den Begriff des öffentlichen Unternehmens i.S.d. Transparenzrichtlinie.[50] Die kommunale Wirtschaftstätigkeit ist demnach auf unionsrechtlicher Ebene erlaubt, sie gebietet den Nationalstaaten in Art. 106 AEUV aber auch durch die öffentlichen Unternehmen keine Maßnahmen zu ergreifen, die den Bestimmungen des AEUV widersprechen, im Besonderen gegen das Verbot der Wettbewerbsverzerrung verstoßen. Oberstes Ziel der unionsrechtlichen Wirtschaftsvorschriften ist die Gewährleistung eines freien Markts ohne Wettbewerbsverzerrungen. Dem trägt auch der aus Art. 106 AEUV abgeleitete Grundsatz der wettbewerblichen Gleichbehandlung privater und öffentlicher Unternehmen Rechnung.[51] Durch Art. 106 AEUV werden nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die öffentlichen Unternehmen selbst an die Normen des AEUV gebunden,

---

[46] Vgl. *Kluth*, in: Mann/Püttner, HKWP, § 39, Bd. 1, Rn. 3.

[47] EuGH, Urteil vom 23.10.1997, Rs. C- 159/94 Slg. 1997, I-5815, Rn. 44; *Geerlings*, NVWVBl. 2008, S. 95; *Wolff*, in: Schneider/Theobald, § 5, Rn. 117.

[48] Vgl. *Emmerich/Hoffmann*, in: Dauses, EU- Wirtschaftsrecht, H II 8 b, Rn. 86 m.w.N.

[49] Richtlinie 2000/52/EG, ABlEG Nr. L 193 v. 29.07.2000, S.75.

[50] *Wernicke*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Bd. 1, Art. 106 AEUV, Rn. 31.

[51] *Geerlings*, NWVBl. 2008, S. 90 (96f.); *Wolff*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 5, Rn. 120.

so dass dem Staat keine Möglichkeit bleibt sich durch privatrechtliche Organisationsformen den Verpflichtungen des Gemeinschaftsrechts zu entziehen.[52] Dies soll nicht nur die wettbewerbliche Gleichbehandlung von öffentlichen und privaten Unternehmen gewährleisten, sondern viel mehr ein Verbot der Besserstellung öffentlicher Unternehmen durchsetzen.[53]

b) Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

Eine komplette Gleichschaltung öffentlicher und privater Unternehmen bedeutet dies jedoch nicht. Durch Art. 14 und 106 Abs. 2 AEUV erfahren „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse" ausdrücklich eine gesonderte rechtliche Behandlung, die die Gewährleistung dieser Aufgaben sicherstellen soll. Diese Leistungen der Daseinsvorsorge stellen nach Aussage der Europäischen Kommission ein Schlüsselelement des europäischen Gesellschaftmodells dar.[54] Sie definiert diese als „marktbezogene oder nichtmarktbezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Behörden mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft werden".[55] Es liegt vor allem in der Verantwortung der staatlichen Stellen, die Aufgaben der Leistungen der Daseinsvorsorge und die Art und Weise ihrer Erfüllung auf den entsprechenden lokalen, regionalen oder nationalen Ebenen und in vollständiger Transparenz zu definieren.[56] Somit haben die jeweiligen Mitgliedstaaten einen weiten Entscheidungsspielraum, ob sie die Aufgaben der Daseinsvorsorge selbst durch staatliche Stellen organisieren oder der Privatwirtschaft übertragen. Unterstützt wird dies auch durch Art. 345 AEUV, der die eigentumsrechtliche Ausgestaltung von Unternehmen den Mitgliedstaaten zuordnet. Diese Gestaltungsfreiheit und die dahinterstehende Überlegung den Mitgliedstaaten die Entscheidung zu überlassen, welche Sektoren sie von den wettbewerbsrechtlichen Regelungen ausnimmt, wird nur durch eine Missbrauchskontrolle der Kommission eingeschränkt.[57] Die kommunale Energieversorgung wird nach allgemeiner Meinung als Dienst im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse angesehen.[58] Problematisch für den Anwendungsbereich des Art 106 Abs. 2 AEUV ist allerdings das notwendige Merkmal einer Betrauung, auf das unter später[59] gesondert eingegangen wird.

---

[52] Vgl. *Weiß*, DVBl. 2003, S. 564 (566).

[53] *Jung*, in: Calliess/Ruffert, Art 106 AEUV, Rn. 3.

[54] Mitteilung der Kommission, KOM (2000) 580 edg.

[55] Mitteilung der Kommission, KOM (1996) 443 endg., S.2. ausführlich dazu *Schnabel*, Öffentliche Unternehmen in der Europäischen Union, S. 49 f.

[56] Mitteilung der Kommission, KOM (2000) 580 edg.; EuGH, Urtel vom 23.10.1997, Rs. C-157/94, Slg. 1997, I-5699.

[57] Vgl. *Pitschas*, Kommunale Daseinsvorsorge im Europäischen Binnenmarkt, in: Pitschas/Ziekow, Kommunalwirtschaft im Europa der Regionen, S. 39 ff.

[58] Entscheidung der Kommission 93/126/EWG – Abl. 1993 L 50/14, Rn. 28; *Wernicke*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 106 AEUV, Rn. 46.

[59] Siehe Punkt D. II) 5) b) bb).

Die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben stehen der kommunalen Energieerzeugung somit grundsätzlich nicht entgegen. Die bestehenden kartell-, vergabe-, und beihilfenrechtlichen Schranken werden im Laufe dieser Arbeit vertieft behandelt.

2) Verfassungsrechtlicher Rahmen kommunaler Wirtschaftstätigkeit

Ebenso wie der AEUV gibt das Grundgesetz kein bestimmtes Wirtschaftssystem vor, sondern verhält sich wirtschaftspolitisch neutral.[60] Eine Entscheidung für oder gegen staatlich beherrschte Unternehmen enthält das Grundgesetz nicht, gleichwohl deren Existenz vorausgesetzt wird (vgl. Art. 87e III, 87f II GG). Von „Energieversorgung" spricht das Grundgesetz hingegen nicht. Die „Energiewirtschaft"[61] wird als Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG genannt, woraus sich eine grundsätzliche Gesetzgebungskompetenz der Länder ergibt. Gemäß Art. 72 Abs. 2 GG liegt diese jedoch wiederum beim Bund, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht.

Für die kommunalen Belange enthält das Grundgesetz mit Art. 28 Abs. 2 GG einen eigenen spezifischen Regelungskomplex. Gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG[62] muss den Gemeinden das Recht gewährleistet werden, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Diese Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden und Kreise erfasst grundsätzlich auch das Recht der erwerbswirtschaftlichen Betätigung und das Recht über die Organisationsform der unternehmerischen Erledigung bei den ihr obliegenden Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zu entscheiden.[63] Die kommunale Energieversorgung einschließlich der Erzeugung wird traditionell als ein Bereich der Daseinsvorsorge der Kommunen betrachtet und dementsprechend nahezu einhellig als örtliche Angelegenheit angesehen.[64] Zudem sprach das BVerfG bei der Energieversorgung von einem „Gemeinschaftsinteresse höchsten Ranges", dessen Sicherung für eine menschenwürdige Existenz der Bürger unumgänglich sei und sich mithin als öffentliche Aufgabe darstelle.[65] Diese Gewährleistungsverantwortung wird vor allem aus dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1 GG abgeleitet, welches u.a. den Auftrag enthält dem gesell-

[60] Hierzu ausführlich unter Punkt F. IV) 1) a).

[61] Umfassende Auflistung welche Bereiche unter den Begriff der Energiewirtschaft fallen, siehe: *Maunz*, in: Maunz/Dürig, Art. 74 GG, Rn. 144.

[62] Und den jeweiligen Bestimmungen der Landesverfassungen.

[63] *R. Mann*, DVBl. 2009, S. 817 (817); *Hellermann*, in: Epping/Hillgruber, Art. 28 GG, Rn. 40; *Wolff*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 5, Rn. 92.

[64] BVerwGE 98, 273 (275ff.); *Mehde*, in Maunz/Dürig, Art. 28 Abs. 2 GG, Rn. 93 *Pielow*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Einl.E. EnWG, Rn. 382f. m.w.N.

[65] BVerfGE 25, 1 (16); 91, 186 (202); 66, 248 (258); *Pielow*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Einl.E. EnWG, Rn. 325.

schaftlichen Standard entsprechende Lebensbedingungen herzustellen.[66] Das BVerfG hat jedoch ebenso der Überlegung die Energieversorgung als Teil des Kernbereichs kommunaler Selbstverwaltung anzusehen eine klare Absage erteilt.[67] Vielmehr handelt es sich um eine gemeinschaftliche Aufgabe von Bund, Ländern und Kommunen die Versorgung der Bevölkerung mit Strom und Gas flächendeckend sicherzustellen.[68] Dies können sie durch eigene Wirtschaftsunternehmen gewährleisten oder durch private Unternehmen erfüllen lassen.[69] Damit wird Gemeinden die Möglichkeit der kommunalen Energieversorgung als Teil der verfassungsrechtlich gesicherten Daseinsvorsorge aus Art. 28 Abs. 2 GG zugesprochen, eine exklusive Wahrnehmung durch kommunale Unternehmen wird jedoch nicht statuiert.[70]

Das deutsche Verfassungsrecht überlässt die Entscheidung über das Wirtschaften folglich grundsätzlich der kommunalen Selbstverwaltung.[71] Da dies aber nur im Rahmen bzw. nach Maßgabe der Gesetze garantiert ist, kann der (Landes-) Gesetzgeber die genauere Ausgestaltung der kommunalen Wirtschaftstätigkeit maßgeblich beeinflussen.[72]

Verfassungsrechtlich ist die kommunale Energiewirtschaftstätigkeit demnach in Art. 28 Abs. 2 GG verankert und wird durch die Gewährleistungsverantwortung des Staates bestärkt. Auf Grundrechte können sich die kommunalen EVU nicht berufen, da Kommunen zwar durch die Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG ein Abwehrrecht gegen Bund und Länder haben, sie aber trotzdem Teil der Staatsverwaltung sind und als Körperschaften öffentlichen Rechts nicht grundrechtsfähig, sondern vielmehr an Grundrechte gebunden sind.[73]

3) Kommunalrechtliche Grundlagen

Die Teilnahme eines öffentlichen Unternehmens am Wettbewerb bedarf einer gesetzlichen Grundlage.[74] Die Gesetzgebungskompetenz für die Gemeindeordnungen liegt bei den Ländern (Art. 30, 70 GG). Die jeweiligen Gemeindeordnungen der Länder greifen die verfassungsrechtlich vorgebildeten Möglichkeiten und

---

[66] *Krebs*, Rechtliche Grundlagen und Grenzen der kommunalen Elektrizitätserzeugung, S. 72; *Pielow*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Einl.E. EnWG, Rn. 325.

[67] BVerfGE 79, 127 (146f.); a.A. *Burgi*, Kommunalrecht, § 6 Rn. 36 ff.

[68] *Pielow*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Einl.E. EnWG, Rn. 325.

[69] *Tettinger*, DVBl. 1999, S. 679 ff.

[70] Vgl. *Pielow*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd. 2, § 54, Rn. 11f.; *Wolff*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 5, Rn. 92ff.

[71] *Ehlers*, in Wurzel/Schraml, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. B, Rn. 51.

[72] Vgl. *Ehlers*, in Wurzel/Schraml, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. B, Rn. 51.; *Wolff*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 5, Rn. 93.

[73] Grundlegend dazu BVerfGE 128, 226 ff.; vgl. BVerfGE 61, 82 (100ff.); *Held*, in: Held/Winkel/Wansleben, § 107 GO NRW S.10; *Burgi*, Kommunalrecht, § 17, Rn. 34.

[74] *Löwer*, Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und Wirtschaft, S. 234.

Grenzen auf und bilden sie weiter aus.[75] Ihren Ursprung haben sie allerdings in der einheitlichen Regelung der Deutschen Gemeindeordnung von 1935, namentlich § 67 DGO.

Auch heute beruhen die ländereigenen Gemeindeordnungen auf dem Gedanken dieses Paragraphen, indem sie in unterschiedlicher Art und Weise die dort normierte kommunalrechtliche Schrankentrias übernommen haben. Diese beinhaltet die Bindung an einen öffentlichen Zweck, an die Leistungsfähigkeit der Gemeinde und eine Subsidiaritätsklausel.

Die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen ist in allen Gemeindeordnungen der Bundesländer[76] verankert und teilweise legal definiert. Die genaue Definition ist hingegen nicht einheitlich bestimmbar. Mittlerweile wird in einzelnen Gemeindeordnungen in Anlehnung an die Ausführungsanweisung zu § 67 DGO[77] die wirtschaftliche Betätigung definiert. Beispielsweise ist gemäß § 107 Abs. 1 S. 3 GO NRW als wirtschaftliche Betätigung „der Betrieb von Unternehmen zu verstehen, die als Hersteller, Anbieter oder Verteiler von Gütern oder Dienstleistungen am Markt tätig werden, sofern die Leistung ihrer Art nach auch von einem Privaten mit der Absicht der Gewinnerzielung erbracht werden könnte".

Die wirtschaftliche Betätigung unterfällt der Schrankentrias mit Ausnahme kommunaler Pflichtaufgaben (oder teilweise auch als nichtwirtschaftliche Betätigung deklariert). Welche hierunter zu verstehen sind, ist in den einzelnen Ländern sehr unterschiedlich geregelt. In Niedersachsen[78] werden diese nicht wirtschaftlichen Unternehmen in § 136 Abs. 3 NKomVG in einem Negativkatalog bestimmt, in Bayern wurde die Unterscheidung seit 1998 ganz aufgegeben. Meist fallen darunter Einrichtungen des Bildungs- Kultur-, Erholungs-, Gesundheits- oder Sozialwesens, die nicht unmittelbar in Konkurrenz zur Privatwirtschaft treten und somit eine kommunalrechtliche Begrenzung entbehrlich machen.[79]

Die Energieversorgung ist wie bereits dargestellt nicht nur kommunalrechtlich zulässig, sondern teilweise sogar explizit durch eine Lockerung der kommunalrechtlichen Beschränkungen gefördert, worauf im Laufe dieser Arbeit näher eingegangen wird.

---

[75] Vgl. *Pielow*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Einl. E., Rn. 409; vgl. *Lange*, Kommunalrecht, Kap. 14, Rn. 65.

[76] §§ 136 ff. NKomVG, §§ 107 ff. GO NRW, Art. 86 ff. Bay. GO, §§ 102 ff. GO BW, §§ 121 ff. Hess. GO, §§ 71 ff. ThürGO, §§ 85 ff. GO Rh.-Pf., §§ 108 ff. KSVG, §§ 95 ff. Sächs.GO, §§ 100 ff. BrdgKVerf, §§ 68 ff. KV M-V, §§ 116 ff. GO LSA, §§ 101 ff. GO S-H.

[77] Vgl. RMiBliV S. 475 Runderlass des Reichs- und Preußischen Ministers des Inneren v. 22.3.1935; *Oebbecke*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd. 2, § 41, Rn. 8.

[78] Und auch in anderen Bundesländern, vgl. § 121 II Hess.GO, § 17 II GO NRW, § 85 III GO Rh.-Pf.

[79] *Geis*, Kommunalrecht, S. 180f.; *Burgi*, Kommunalrecht, § 17, Rn. 39.

III. Organisationsformen

Um sich wirtschaftlich betätigen zu können, obliegt es den Gemeinden Unternehmen zu gründen und diese zu unterhalten. Dafür wird ihnen gestattet, sich sowohl öffentlich-rechtlicher als auch privatrechtlicher Organisationsformen zu bedienen. Hinsichtlich der gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltung ihrer wirtschaftlichen Betätigung besteht eine Wahlfreiheit.[80] Dies gilt für den Staat im Allgemeinen und für die Gemeinden verstärkt durch den „Ausfluss der Eigenverantwortlichkeitsgarantie" aus Art. 28 Abs. 2 GG im Besonderen.[81]

1) Öffentlich-rechtliche Organisationsformen

Als öffentlich-rechtliche Organisationsformen stehen den Gemeinden der Regiebetrieb, der Eigenbetrieb und die kommunale Anstalt öffentlichen Rechts zur Verfügung.

a) Regiebetrieb

Bei der Organisationsform des Regiebetriebs handelt es sich um kein selbstständiges Unternehmen (vgl. § 136 Abs. 2 NKomVG).[82] Vielmehr ist für den Regiebetrieb kennzeichnend, dass er organisatorisch einen Teil der Kernverwaltung darstellt, somit keine eigene Rechtspersönlichkeit und auch kein eigenes rechtlich abgrenzbares Betriebsvermögen besitzt.[83] Dadurch ist zwar eine umfassende gemeindliche Einflussnahme gesichert, der Betrieb gestaltet sich aber derart unflexibel, dass er sich in der Praxis lediglich für Hilfsbetriebe wie Gärtnereien, Bauhöfe oder Reparaturbetriebe eignet.[84] Für Betriebe, die flexibel auf sich ändernde Marktsituationen reagieren und schnelle Entscheidungen treffen müssen, ist der Regiebetrieb nicht tauglich. Bei der Energieversorgung spielt der Regiebetrieb in der Praxis folgerichtig keine Rolle.

---

[80] Vgl. *Burgi*, Kommunalrecht, § 17, Rn. 73; *Mann*, Die öffentlich- rechtliche Gesellschaft, S. 39; *Stober*, NJW 1984, S. 449 (452).

[81] *Burgi*, Kommunalrecht, § 17, Rn. 73; *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, Rn. 19.

[82] *Erdmann*, in: Ipsen, § 136 NKomVG, Rn. 24; *Schneider*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. D, Rn. 46.

[83] *Schaefer*, Energiewirtschaftliche Betätigung der Kommunen, S.99; *Mann*, in: Tettinger/Erbguth/Mann, Besonderes Verwaltungsrecht, § 9, Rn. 305; *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, 15. Kap., Rn. 747.

[84] *Geis*, Kommunalrecht, S. 184; *Schneider*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. D, Rn. 46.

b) Eigenbetrieb

Relevanter bei kommunaler Energieversorgung, wenn auch immer seltener verwandt, ist der sogenannte Eigenbetrieb der Gemeinden.[85] Dieser steht außerhalb der eigenen Verwaltung und wird als Sondervermögen ohne eigene Rechtspersönlichkeit geführt (vgl. § 140 NKomVG).[86] Vom Organisationstypus her handelt es sich um eine nichtrechtsfähige öffentlich-rechtliche Anstalt.[87] Als Rechtsgrundlagen für die Errichtung eines Eigenbetriebs dienen neben den Gemeindeordnungen Eigenbetriebsverordnungen und Eigenbetriebssatzungen (vgl. § 140 Abs. 1 und 5 NKomVG und Nds. EigBetrVO).

In organisatorischer und finanzwirtschaftlicher Sicht ist er von der Gemeinde getrennt, seine Handlungen durch seine eigenen Organe werden jedoch mangels eigener Rechtspersönlichkeit ausschließlich der Trägergemeinde zugerechnet.[88]

Die finanzielle Eigenständigkeit wird durch eine eigenständige Finanzplanung, eigene Buchführung- und Rechnungslegung, eigene Kapitalausstattung und einer Sonderkasse des Eigenbetriebs gewährleistet.[89] Der Wirtschaftsplan wird unabhängig vom Gemeindehaushalt aufgestellt, nur die voraussichtlichen Gewinne und Verluste und die Eigenkapitaldeckung werden in den Haushaltsplan eingestellt.[90] Des Weiteren ist für den Eigenbetrieb eine Sonderrechnung nach der kaufmännischen doppelten Buchführung mit eigenem Jahresabschluss vorgesehen, wodurch eine erhöhte Transparenz über die Wirtschaftsführung des Betriebs geschaffen werden soll.[91]

Die Geschäftsführung des Eigenbetriebs übernimmt die Werks- oder Betriebsleitung, welche wiederum von dem Werks- oder Betriebsausschuss kontrolliert und beraten wird.[92] Der Betriebsleitung ist hierbei die weitgehend selbstständige Leitung des Betriebs eingeräumt, so dass eine unternehmerisch flexible und kaufmännische Betriebsführung ermöglicht wird.[93] Der Werksausschuss verkörpert innerhalb der Betriebsorganisation das demokratische Element, indem der politi-

---

[85] Die ehemaligen Stadtwerke-Eigenbetriebe gehen immer mehr in privatrechtliche Gesellschaften über. Vgl. *Menold/Herrlinger/Ernst Young (Hrsg.),* Stadtwerke im liberalisierten Energieversorgungsmarkt; *Fabry*, in: Fabry/Augsten, Unternehmen der öffentlichen Hand, Teil 1, Rn. 12.

[86] Dazu *Lange*, Die Beteiligung Privater an rechtsfähigen Anstalten des Öffentlichen Rechts, S. 40.

[87] *Schraffer*, Der kommunale Eigenbetrieb, S. 123; *Breuer*, in: VVDStRL 44 (1986), S. 211 (236f.); *Brüning*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd. 2, § 44 Rn. 25.

[88] *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, Rn. 741; *Brüning*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd. 2, § 44 Rn. 25f.; *Geis*, Kommunalrecht, S. 184.

[89] *Brüning*, in: Mann/Püttner, HKWP, § 44, Rn. 36; *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, Rn. 177f.

[90] Vgl. §§ 5 ff. Nds. EigBetrVO; dazu *Brüning*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 44 Rn. 41 f., *Mann*, Die öffentlich- rechtliche Gesellschaft, S. 518.

[91] Vgl. *Hellermann*, in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch Kommunaler Unternehmen, § 7, Rn. 59; *Erdmann*, in: Ipsen, § 140 NKomVG, Rn. 26 ff; *Mann*, Die öffentlich- rechtliche Gesellschaft, S. 518; näheres gem. § 140 Abs. 5 NKomVG in §§ 5 ff. Nds.EigBetrVO.

[92] Vgl. bspw. § 3 EigBetrVO Niedersachsen.

[93] *Brüning*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd. 2, § 44 Rn. 46ff.; *Schneider*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. D, Rn. 63.

sche Wille der Bürger durch die Ausschussangehörigkeit von Ratsmitgliedern und Bürgermeister unmittelbar gewährleistet wird.[94] Durch die Möglichkeit sachkundige Bürger als Mitglieder aufzunehmen, kann dem Betriebsausschuss zudem eine fachlich wertvolle beratende Funktion zukommen.[95] Neben der beratenden Funktion hat der Betriebsausschuss auch hinsichtlich der Grundsätze der Wirtschaftsführung, der Vermögensverwaltung und Rechnungslegung beschließende Funktion, sofern sich der Gemeinderat die Beschlüsse nicht selbst vorbehält.[96]

Trotz der betriebseigenen Organe, kommt dem Bürgermeister/Landrat eine wesentliche Stellung in der Organisation des Eigenbetriebs zu.[97] Diese nimmt er durch seine Informations- und Weisungsrechte gegenüber der Werksleitung wahr, ohne dabei jedoch in die laufenden Geschäfte oder die durch die Betriebssatzung eingeräumten Zuständigkeiten einzugreifen.[98]

Durch diese Kombination von eigenen und kommunalen Organen entsteht eine funktionelle Verflechtung in der Geschäftsführung und deren Kontrolle durch Werksleitung, Werksausschuss, Bürgermeister und Rat.[99] Gerade durch die betriebseigenen Organe, wie die vom Gemeinderat eingesetzte Werkleitung und der Werksausschuss, ist der Eigenbetrieb unabhängiger von politischen Entscheidungen des Gemeinderats und somit wesentlich flexibler als der Regiebetrieb.[100] Die Weisungs- und Informationsrechte des Bürgermeisters bzw. die Beschlussrechte des Rates sichern die demokratische Einflussnahme der Gemeinde ebenfalls.

Bei kommunalen Eigenbetrieben bietet sich die Gelegenheit, die gemeindeeigenen Betriebe in einem Querverbund zusammenzufassen um die Rationalisierung von Betriebsabläufen, steuerliche Vorteile, Saldierung von Gewinnen und Verlusten und weitere Vorteile zu erreichen, auf die im weiteren Verlauf dieser Arbeit noch eingegangen wird.

---

[94] *Hellermann*, in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 7, Rn. 56f.; *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, Kap. 15, Rn. 741.

[95] *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, Rn. 193; *Schneider*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. D, Rn. 81; *Mann*, Die öffentlich- rechtliche Gesellschaft, S. 105, 131 f.

[96] *Schraffer*, Der kommunale Eigenbetrieb, S. 43; *Mann*, Die öffentlich- rechtliche Gesellschaft, S. 105, 122.

[97] *Brüning*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd. 2, § 44 Rn. 59; *Schneider*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. D, Rn. 88; *Mann*, Die öffentlich- rechtliche Gesellschaft, S. 105, 123.

[98] *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, Rn. 191f.; *Brüning*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 44, Rn. 59; *Mann*, Die öffentlich- rechtliche Gesellschaft, S. 122 f.

[99] *Hellermann*, in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 7, Rn. 50; *Mann*, Die öffentlich- rechtliche Gesellschaft, S. 131 ff.

[100] Vgl. *Geis*, Kommunalrecht, S.185; *Schneider*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. D, Rn. 45.

c) *Kommunale Anstalt öffentlichen Rechts*[101]

Eine weitere Form des öffentlichen Unternehmens ist die kommunale Anstalt öffentlichen Rechts (kAöR).[102] Diese vergleichsweise neue Form des kommunalen Unternehmens hat seine Ursprünge in Berlin[103] und Bayern[104] in den Jahren 1994 bzw. 1995.[105] Die Besonderheit dieser Unternehmensform liegt in der eigenen Rechtspersönlichkeit, die einem öffentlich-rechtlichen Unternehmen bis dato unbekannt war. Sie soll die Lücke zwischen den Regie- und Eigenbetrieben auf der einen und der GmbH und der AG auf der anderen Seite schließen.[106] Die kAöR ist mit einem eigenen Stammkapital sowie eigenen Personal- und Sachmitteln ausgestattet, wird von einem Hoheitsträger gegründet und getragen, hat eine nicht mitgliedschaftlich strukturierte Organisation und dient der Erfüllung eines sachlich zusammenhängenden öffentlichen Zwecks.[107] Es handelt sich also um eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts, die selbstständig und im eigenen Namen gegenüber Dritten wirksame Rechtsgeschäfte vornehmen kann und wie die Kommune selbst Teil der mittelbaren Staatsverwaltung ist.[108]

Neben der Neugründung der kAöR, besteht gemäß § 141 Abs.1 NKomVG, ähnlich wie bei anderen Gemeindeordnungen[109], die Möglichkeit der Umwandlung von Eigenbetrieben sowie Kommunalgesellschaften in kommunale Anstalten öffentlichen Rechts.

Die kommunale Anstalt muss von einer Kommune getragen werden, eine Beteiligung Privater ist grundsätzlich nicht möglich.[110] Eine Beteiligung an anderen (auch privatrechtlichen) Gesellschaften und die Bildung von Holding-Strukturen

---

[101] Grundlegend zu diesem Abschnitt *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 297 ff.

[102] Die genaue Bezeichnung weicht in den einzelnen Bundesländern voneinander ab. In Bayern, Sachsen- Anhalt und Schleswig-Holstein heißt sie „Kommunalunternehmen", in Brandenburg sowie Niedersachsen „kommunale Anstalt", in Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz „Anstalt öffentlichen Rechts".

[103] Berliner Eigenbetriebsreformgesetz vom 9.7.1993 (GVBl., S.319); dazu: *Mann*, ZögU 19 (1996), S. 53 ff.

[104] Gesetz zur Änderung des Kommunalen Wirtschaftsrechts vom 26.7.1995, GVBl. S.376; dazu: *Mann*, NVwZ 1996, S. 557 f.

[105] In Niedersachsen wurde die Anstalt öffentlichen Rechts mit dem Gesetz zur Änderung des kommunalen Unternehmensrechts in Niedersachsen vom 27.01.2003, GVBl. S.35, eingeführt.

[106] *Erdmann*, NdsVBl. 2003, S. 261 (261); *Mann*, in: Tettinger/Erbguth/Mann, Besonderes Verwaltungsrecht, S.136; *Ipsen*, Niedersächsisches Kommunalrecht, S.258.

[107] Vgl. *Schraml*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 45 Rn. 5 f.; *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, S. 480; *Hogeweg*, Die kommunale Anstalt in Niedersachsen, S. 66 ff.

[108] Vgl. *Schraml*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. D, Rn. 122; *Gern*, Kommunalrecht, S. 481.

[109] Vgl. Art. 89 Bay. GO, § 114a GO NRW.

[110] *Schraml*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 45 Rn. 17ff.; ausführlich: *Thode/Peres*, BayVBl. 1999, S.6 (7ff.); zur Beteiligung als stiller Gesellschafter i.S.d. §§ 230ff. HGB: in Anlehnung an *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 353 f., 30 f.; *Hogeweg*, Die kommunale Anstalt in Niedersachsen, S. 162 ff.

kann hingegen durch entsprechende Satzungsvorgaben erreicht werden.[111] Die wirtschaftliche Eigenständigkeit und die damit einhergehenden weiten Entscheidungskompetenzen der Geschäftsführung bieten eine hohe unternehmerische Flexibilität, die den privatrechtlichen Gesellschaften nahe kommt.[112] Hinzu kommt die öffentliche Komponente, die die Möglichkeit zur Übertragung von Hoheitsbefugnissen, die Dienstherreneigenschaft sowie die steuerliche Gleichbehandlung mit dem Eigenbetrieb und die weiterhin bestehende kommunale Rechtsaufsicht über das Unternehmen umfasst.[113]

Die Übertragung von Aufgaben wird in Form der Satzung durch den Gemeinderat beschlossen (§ 143 I 1 NKomVG). Die Gestaltungsfreiheit hinsichtlich der genauen Ausformung der Satzung ist im Gegensatz zu den bundesgesetzlich festgelegten Strukturformen von AG und GmbH sehr weit und kann bspw. auch Weisungsrechte des Gemeinderates gegenüber der kAöR beinhalten.[114] Hinzuweisen ist hier auf die Möglichkeit zugunsten der kAöR einen Anschluss- und Benutzungszwang vorzuschreiben und darüber hinaus eigene Satzungen zu erlassen (§ 143 Abs. 1 S. 2 u. 3 NKomVG). Ein äußerst interessanter Aspekt ist die Frage der Haftung der Gemeinde für Verbindlichkeiten der kAöR. Während in Nordrhein-Westfalen (§ 114a Abs. 1 S. 1 GO NRW) und Bayern (Art. 89 Abs. 4 Bay. GO) die Gemeinde unbeschränkt für die Verbindlichkeiten der Anstalt haftet, wird eine Haftungsübernahme der Gemeinde in Niedersachsen (§ 144 Abs. 2 S. 2 NKomVG) ausdrücklich ausgeschlossen.[115]

Organe der kAöR sind der Vorstand und der Verwaltungsrat.[116] Der Vorstand leitet die Anstalt und vertritt sie nach außen. Der Verwaltungsrat setzt den Vorstand ein, überwacht ihn und entscheidet über grundlegende Handlungen der Anstalt.[117] Im Regelfall nimmt die Gemeinde über Vertreter im Verwaltungsrat mittelbar Einfluss auf die Geschäftstätigkeiten.

---

[111] *Erdmann*, in: Ipsen, § 141 NKomVG, Rn. 16; *Schraml*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. D, Rn. 140; *Schraml*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd. 2, § 45 Rn. 22.

[112] *Hogeweg*, Die kommunale Anstalt in Niedersachsen, S.283f.; *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 340 ff., 357 ff.

[113] *Erdmann*, NdsVBl. 2003, S. 261 (261); *Thode/Peres*, BayVBl. 1999, S.6 (7ff.); *Hogeweg*, Die kommunale Anstalt in Niedersachsen, S.283, *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 153 ff.

[114] Vgl. umfassend *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 365 ff.

[115] Die Trägerschaft einer Anstalt öffentlichen Rechts beinhaltet auch die sogenannte Anstaltslast, das heißt die Verpflichtung, die Anstalt zur Erfüllung ihrer Aufgaben instand zu halten. Bei öffentlichen Kreditinstituten (als Anstalten des öffentlichen Rechts organisiert) wird eine Gewährträgerhaftung praktiziert. Diese Institute sind nicht immer gesetzlich fixiert und es steht im Diskurs, ob sie notwendig bzw. in bestimmten Bereichen überhaupt erlaubt sind, siehe hierzu: *Burgi*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 8 II, Rn. 15.

[116] Vgl. § 145 I NKomVG.

[117] Vgl. § 145 Abs. 2 u. 3 NKomVG.

Die Wirtschaftsführung, das Rechnungswesen und deren Prüfung sind nach dem Vorbild der Kapitalgesellschaften nach dem HGB[118] zu führen, soweit sich nichts anderes aus der Satzung ergibt.[119] Im Gegensatz zu den Eigengesellschaften unterliegt die kAöR direkt der kommunalen Rechtsaufsicht.[120]

Mit der kAöR steht den Kommunen eine Unternehmensform zur Verfügung, die die „Freiheit" bei der Errichtung, Ausgestaltung und Leitung von privatrechtlichen Gesellschaftsformen mit der Steuerungs- und Einflussmöglichkeit der Gemeinde bei öffentlich- rechtlichen Gesellschaften vereint.[121] Sie stellt somit eine echte Alternative zu den immer noch mehrheitlich gewählten privatrechtlichen Gesellschaftsformen dar.

2) Privatrechtliche Gesellschaften

Neben der Errichtung öffentlich-rechtlicher Unternehmen, besteht für die Kommunen die Möglichkeit sich der Unternehmensformen juristischer Personen des Privatrechts zu bedienen.[122] Diese Option wird von den Kommunen am häufigsten genutzt, birgt jedoch auch einiges Konfliktpotential zwischen öffentlichem Recht und gesellschaftsrechtlichen Vorgaben.[123]

Die generelle Zulässigkeit dieser Gesellschaftsformen ist daher an bestimmte Voraussetzungen gekoppelt. Diese sollen zuvorderst den Einfluss der demokratisch legitimierten kommunalen Organe auf die Gesellschaften erhalten.[124] Die kommunalen Entscheidungsorgane haben dabei vor allem darauf hinzuwirken, dass der originäre öffentliche Zweck des Unternehmens im Vordergrund steht.[125] Alle Gemeindeordnungen kodifizieren expressis verbis unter welchen ausschließlichen Bedingungen eine privatrechtliche Kommunalgesellschaft gegründet werden darf. Wichtigstes Merkmal neben der Möglichkeit der Einflussnahme ist die Wahl einer Rechtsform, die eine Haftungsbegrenzung für die Kommune ermöglicht[126], weshalb eine OHG oder GbR keine Rechtsformalternative darstellt.

Die Umsetzung der landesrechtlichen Vorgaben gestaltet sich im Kollisionsfalle mit gesellschaftsrechtlichen Normen schwierig. Nach der vorherrschenden Auffassung wird dem Gedanken des Grundgesetzes gefolgt (Art. 31 GG „Bundesrecht bricht Landesrecht"), welches den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften,

---

118 §§ 242- 342 HGB für die Rechnungsführung, Abschlussprüfung des Jahresberichts §§ 316 ff. HGB.

119 Vgl. § 141 Abs. 2 i. V. m. § 137 NKomVG; dazu *Erdmann*, NdsVBl. 2003, S.161 (164).

120 *Erdmann*, NdsVBl. 2003, S.161 (164).

121 Dazu auch: *Lange*, Die Beteiligung Privater an rechtsfähigen Anstalten des öffentlichen Rechts, S. 346.

122 Vgl. Art. 86 Nr. 3 Bay.GO, § 108 ff. GO NRW, § 137 NKomVG.

123 Vgl. *Gern*, KommJur 2004, S. 1 (3); *Mann*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 46 Rn. 7.

124 *Geis*, Kommunalrecht, S.186; *Gern*, KommJur 2004, S. 1 (3); *Mann*, in: Tettinger/Erbguth/Mann, Besonderes Verwaltungsrecht, § 9, Rn. 309.

125 *Mann*, in: Tettinger/Erbguth/Mann, Besonderes Verwaltungsrecht, § 9, Rn. 309; *Laux*, DÖV 1993, S. 523 ff.

126 Vgl. § 137 Abs. 1 Nr. 2 NKomVG; § 108 Abs.1 Nr. 3 GO NRW; Art. 92 Abs. 1 Nr. 3 Bay.GO.

als bundesgesetzliche Norm (Art. 74 Nr. 11 GG), den Vorrang gibt.[127] Um aber der Gefahr einer Normenkollision vorzubeugen, erschweren die Gemeindeordnungen durch ihren Anforderungskatalog von vornherein einige Gesellschaftsformen und Handlungsoptionen.[128]

Durch die Verwendung privatrechtlicher Organisationsformen bietet sich den Kommunen die Gelegenheit zur formellen Privatisierung ihrer Unternehmen. Die Errichtung einer privaten Gesellschaft kann durch die Beteiligung privater Dritter an dem Unternehmen in einem zweiten Schritt zu einer funktionellen Privatisierung von Gemeindeunternehmen führen.[129] Für diese Möglichkeit der Beteiligung bieten sich sowohl die GmbH durch private (Mit-) Gesellschafter, sowie die AG durch private Anteilseigner an.

a) Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Bei der GmbH handelt es sich um eine juristische Person (§ 13 Abs. 1 GmbHG), deren Organe sich aus dem Geschäftsführer (§ 6 GmbHG), dem (fakultativen oder selten obligatorischen) Aufsichtsrat (§ 52 GmbHG) und der Gesellschafterversammlung (§§ 45 ff. GmbHG) zusammensetzen. Grundsätzlich haftet nur das Vermögen der Gesellschaft für Verbindlichkeiten, nicht das der Gesellschafter (§ 13 Abs. 2 GmbHG). Die innere Ordnung der GmbH lässt sich in ihrer Unternehmensverfassung sehr variabel gestalten (vgl. § 45 Abs. 2 GmbHG) und an die spezifischen Bedürfnisse der Kommune, besonders in Hinblick auf Weisungsrechte des kommunalen Trägers, anpassen.[130] So können die Zuständigkeiten des Geschäftsführers, des obligatorischen Aufsichtsrats und nicht zuletzt der Gesellschafterversammlung, bis auf wenige Grundvoraussetzungen, in der Satzung bedarfsgerecht auf die Balance zwischen politisch-demokratischer Kontrolle und unternehmerischer Autonomie angepasst werden.[131] Der Einfluss der Gemeinde auf die Handlungen der Gesellschaft ist schon durch das originäre Grundgerüst

---

[127] *Burgi*, Kommunalrecht, § 17, Rn. 84; *Brenner*, AöR 127 (2002), S. 222 (234ff.) *Mann*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 46, Rn. 4 f.; hier auch weitere Verweise zu der abzulehnenden Lehre vom Verwaltungsgesellschaftsrecht, welche eine aus der Verfassung abgeleitete Überlagerung des Gesellschaftsrechts durch die öffentliche Zweckbindung und die Ingerenzpflichten der Kommunen befürwortet; differenzierend: *Becker*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. D. Rn. 247f.; kritisch: *Kämmerer*, Privatisierung, S. 232 ff. Weitere Ausführungen unten Punkt E. I) 2) b) aa) (3).

[128] Gemäß § 103 Abs. 2 GO BW, § 108 Abs. 4 GO NRW, § 87 Abs. 2 GO Rh-Pf. ist beispielsweise die verhältnismäßig schwerer zu kontrollierende AG subsidiär zu verwenden; vgl. allgemein *Kämmerer*, Privatisierung, S. 255.

[129] Vgl. zu den Privatisierungsbegriffen: *Burgi*, Kommunalrecht, § 17, Rn. 85ff. ausführlich *Kämmerer*, Privatisierung, S. 16 ff.

[130] *Hellermann*, in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch kommunale Unternehmen, § 7, Rn. 115; *Keßler*, GmbHR 2000, S. 71 (71); *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 189 ff., 197 ff., 214 ff.

[131] Beispielsweise kann die Vertretungsmacht des Geschäftsführers durch Gesellschaftsvertrag in Innenverhältnis beschränkt werden (§ 37 Abs. 1 GmbHG), auch ist der Geschäftsführer grundsätzlich. weisungsgebunden hinsichtlich der Beschlüsse der Gesellschafterversammlung; vgl. dazu: *Keßler*, GmbHR 2000, S. 71 (71).

der GmbH ausgeprägt, da die Geschäftsführung gegenüber der Gesellschafterversammlung weisungsgebunden ist und die Kommune meist Alleingesellschafterin bzw. Mehrheitseigentümerin der GmbH sein wird. Vertreten wird die Gemeinde durch ihren Bürgermeister bzw. weitere gewählte Vertreter des Rates.[132] Bei grundlegenden Entscheidungen über die Angelegenheiten des Unternehmens ist stets eine Entscheidung des Gemeinderats einzuholen, an deren Weisungen die kommunalen Vertreter in der Gesellschafterversammlung gebunden sind.[133] Ihre, zwar umstrittenen, Grenzen findet der politische Einfluss auf Weisungsrechte gegenüber den ratseigenen Aufsichtsratsmitgliedern[134] und der Geschäftsführung.[135]

Da es sich bei der GmbH um eine selbstständige Gesellschaft handelt und diese gerade kein unmittelbarer Teil des Gemeindehaushalts und der gemeindlichen Organisation ist, bieten sich gegenüber öffentlich-rechtlichen Gesellschaftsformen steuerliche, haushaltsrechtliche, finanzielle und auch personalpolitische Vorzüge.[136] Insbesondere die Personalgestaltung der GmbH bietet flexiblere Lösungswege, da sie nicht an das öffentliche Dienstrecht oder gar Beamtenrecht gebunden ist.[137] Ebenso ist die Beteiligung Privater an den Gesellschaften möglich, sodass sich externe Finanzierungsquellen und Kooperationsmöglichkeiten eröffnen.[138]

Die kommunal beherrschte GmbH oder Eigen-GmbH ist aufgrund dieser dargestellten Mischung aus kommunaler Einflussnahme und Steuerung einerseits und wirtschaftlich-unternehmerischen Handlungsspielraums andererseits die beliebteste Rechtsform für kommunale Wirtschaftsbetätigung und wird im Verlaufe dieser Arbeit als grundsätzliches Gesellschaftsmodell verwandt.[139]

b) Aktiengesellschaft

Die Aktiengesellschaft besitzt ein in Aktien zerlegtes Grundkapital (§ 1 Abs. 2 AktG) und bietet damit eine Kapitalsicherung für Gläubiger der AG. Die institutionellen Organe sind der Vorstand (§§ 76 ff. AktG), der Aufsichtsrat (§§ 95 ff.

---

132 Vgl. § 138 NKomVG; § 113 GO NRW; Art. 93 Bay. GO.

133 Vgl. § 58 Nr. 11 NKomVG; *Mann*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 46, Rn. 26, zu der Zulässigkeit proportional gespaltener Stimmabgabe, Rn. 28 ff. ebenso *Mann*, die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 199ff.

134 Ausführlich dazu *Mann*, Die Verwaltung 35 (2002), S. 463 ff..; *Brenner*, AöR 127 (2002), S. 222 (240ff.); a.A: *Keßler*, GmbHR 2000, S. 71 (77).

135 *Ries/Garbers*, KommJur 2004, S. 407 (408f.); *Keßler*, GmbHR 2000, S. 71 (78);

136 *Altmeppen*, NJW 2003, S. 2561 (2562); ausführlich *Wurzel/Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. K; kritisch dazu: *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 153 ff.

137 *Altmeppen*, NJW 2003, S. 2561 (2562); kritisch dazu: *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 153 ff.

138 Vgl. *Geis/Madeja*, JA 2013, S. 248 (252); *Hellermann*, in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch kommunale Unternehmen, § 7, Rn. 165 ff.

139 Gemäß *Fabry*, in: Fabry/Augsten, Unternehmen der öffentlichen Hand, Teil 1, Rn. 41 die am meisten genutzte privatrechtliche Organisationsform. Ebenso: *Altmeppen*, NJW 2003, S. 2561 (2561). Für den Energiebereich liegen zurzeit keine belastbaren Zahlen vor.

AktG) und die Hauptversammlung (§ 118 ff. AktG). Auch bei der Aktiengesellschaft handelt es sich um eine juristische Person (§ 1 Abs. 1 S. 1 AktG), bei der ausschließlich das Gesellschaftsvermögen und nicht die Aktionäre selbst haften (§ 1 Abs. 1 S. 2 AktG).

Allerdings ist die Aktiengesellschaft in mehreren Gemeindeordnungen nur subsidiär gegenüber den anderen Rechtsformen zu errichten.[140] Zweck dieser Regelung ist die Wahrung der Einflussmöglichkeiten der Gemeinde auf die Organe der Gesellschaft. Bei der Aktiengesellschaft, bei der die Aktionäre und die Gesellschaft viel unabhängiger voneinander zu betrachten sind als dies bei der GmbH und deren Gesellschafter der Fall ist, gestaltet sich dies weitaus schwieriger.[141] Wichtigstes Merkmal ist die weisungsunabhängige Führung der AG durch den Vorstand (vgl. § 76 Abs. 1 AktG). Die Aktiengesellschaft ist zudem aufgrund ihrer weitgehenden Satzungsstrenge (§ 23 Abs. 5 S. 1 AktG) im Vergleich zu der GmbH weniger flexibel.[142] Dem Umstand, dass die indisponiblen Regelungen des AktG durch das Landesrecht nicht modifiziert werden können und eine verstärkte Einflussnahme auch über eine entsprechende Anpassung der Gesellschaftssatzung nicht möglich ist, versucht der Landesgesetzgeber mit dem Nachrang der AG gegenüber anderen Gesellschaftsformen Rechnung zu tragen.[143] Eine Einflussnahme und damit die Erfüllung der aus dem Demokratieprinzip abgeleiteten Ingerenzpflichten der Gemeinde sind zudem überhaupt nur dann gewährleistet, wenn die Gemeinde eine Mehrheit der Aktien auf sich vereinigt oder Entsenderechte inne hat (vgl. § 101 Abs. 1 AktG) und so die Zusammensetzung des Aufsichtsrats bestimmt, welcher wiederum den Vorstand bestellt und entlässt. Eine direkte Einflussnahme auf die Arbeit des Vorstands ist trotz allem nicht möglich, allenfalls durch Veto-Rechte über § 111 Abs. 4 AktG.[144]

3) Konzern und Holdinggesellschaften

In der letzten Dekade hat die Anzahl kommunaler Unternehmen kontinuierlich zugenommen.[145] Die Intensität und der Umfang der wirtschaftlichen Betätigung variiert je nach Größe und wirtschaftspolitischer Grundausrichtung der Gemein-

---

[140] Vgl. § 108 Abs. 4 GO NRW; § 103 Abs. 2 GO BW; § 87 Abs. 2 GO Rh-Pf.

[141] Ausführlich dazu: *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 189 ff., 197 ff., 214 ff., siehe auch: *Becker*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. D, Rn. 413f.

[142] Vgl. *Schön*, Die Haftung kommunaler Aufsichtsratsmitglieder in Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung, S. 20.

[143] NRW LT-Drs. 12/3730 vom 25.02.1999, Gesetzesentwurf - Gesetz zur Modernisierung der Verwaltung in Nordrhein-Westfalen, S.109; *Geis*, Kommunalrecht, S.187; *Becker*, in Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. D., Rn. 424.

[144] Siehe hierzu: *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 210.

[145] So gibt es bundesweit allein zwischen den Jahren 2000 und 2007 einen Zuwachs an kommunalen Unternehmen von 10.909 auf 12.916 Unternehmen und damit eine Steigerung um 18,4 Prozent. *Bardt/Fuest/Lichtblau*, Kommunale Unternehmen auf Expansionskurs, S.1.

de. Der Betrieb von mehreren, sogar dutzenden[146] kommunalen Unternehmen stellt jedoch keine Besonderheit dar. Zur besseren Verwaltung und Steuerung dieser Gesellschaften haben die Kommunen die Möglichkeit die oben beschriebenen Unternehmensformen zusammenzuschließen. Zweck dieser Zusammenschlüsse sind Synergieeffekte, Steuerersparnisse und insbesondere die Möglichkeit Private und deren Kapital an den Gesellschaften zu beteiligen.[147]

a) Konzern

Als eine Variante wird den Kommunen die Möglichkeit gegeben eine Konzernstruktur zu bilden. Ein Konzern liegt vor, wenn ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der Leitung eines herrschenden Unternehmens zusammengefasst sind (vgl. § 18 Abs. 1 AktG).[148] Herrschende Unternehmen sind solche Rechtssubjekte, die maßgeblich an einer privatrechtlichen Gesellschaft beteiligt sind und aufgrund sonstiger wirtschaftlicher oder unternehmerischer Interessen außerhalb dieser Gesellschaft einen Konzernkonflikt[149] in sich verkörpern.[150] Der Begriff der abhängigen Unternehmen umfasst jene Unternehmen, die unter einem mittelbaren oder unmittelbaren Einfluss eines (herrschenden) Unternehmens stehen (§ 17 Abs. 1 AktG). Dies können sowohl eine GmbH als auch eine AG oder Personengesellschaften oder sogar kAöR[151] sein. Eine einheitliche Leitung von Unternehmen, und somit die Beherrschung eines Konzerns, wird nach der sogenannten „Vermutungskette" der §§ 17 Abs. 2, 18 Abs. 1 S. 3 AktG dann angenommen, wenn das herrschende Unternehmen in dem Mehrheitsbesitz der Anteile des anhängigen Unternehmens steht.[152] Die Grundlage des Konzerns kann dabei vertraglicher (§§ 291 ff. AktG), tatsächlicher oder faktischer (§§ 311 ff. AktG) Natur sein.[153]

---

146 Siehe das Beispiel der Stadt Wolfsburg mit allein 26 unmittelbaren Beteiligungen an Unternehmen und weiteren mittelbaren Beteiligungen (Beteiligungsbericht 2010, S. 5) oder die Stadt Hannover mit über 30 Gesellschaften (Beteiligungsbericht 2012, S.5).

147 *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, S. 487; *Koch*, DVBl. 1994, S. 667 (668); *Meinen*, Konzernrecht im kommunalen Bereich, S. 22 ff.; *Mann*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 46, Rn. 46 ff.

148 Die §§ 15 ff. AktG regeln die Verhältnisse verbundener Unternehmen und können so als „Allgemeiner Teil" des Konzernrechts auch für andere Rechtsformen herangezogen werden, vgl. *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 15 Rn. 2.

149 Dieser liegt vor, wenn ein Gesellschafter auch außerhalb der Gesellschaft eigene wirtschaftliche Interessen verfolgt, die zum Nachteil bei der Gesellschaft führen könne, vgl. BGHZ 69, 334 (338).

150 *Emmerich*, in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH- Konzernrecht, § 17 Rn. 5; *Siegels*, in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch kommunale Unternehmen, § 13, Rn. 14; *Mann*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 46 Rn. 48.

151 Für diese gibt es allerdings keine gesetzlichen Vorschriften, so dass die aktienrechtlichen Regelungen teilweise entsprechend angewandt werden, teils ein in Rechtsprechung und Wissenschaft eigenständig entwickeltes Konzernrecht angewandt wird. *Siegels*, in: Hoppe/Uechtritz, Handbuch kommunale Unternehmen, S. 427; *J.Vetter*, in: Schmidt/Lutter, § 17 AktG, Rn. 66ff; *Bezzenberger/Schuster*, ZGR 1996, S. 481 ff.

152 *Siegels*, in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch kommunale Unternehmen, § 13, Rn. 19.

153 *Fabry*, in: Fabry/Augsten, Unternehmen der öffentlichen Hand, Teil 1, Rn. 82.

Das Aktiengesetz selbst sieht nur in §§ 394 und 395 AktG einige Sonderreglungen für die Beteiligungen von Gebietskörperschaften vor. Nach der VEBA/ Gelsenberg-Entscheidung des BGH[154] und dem VW-Beschluss[155] werden die konzernrechtlichen Vorschriften nach höchstrichterlicher Rechtsprechung auch für die öffentliche Hand angewandt.[156] Bund, Länder und Gemeinden sind hiernach als herrschende Unternehmen in diesem Sinne anzusehen.[157]

Wie bereits erörtert, bietet das Aktienrecht der Gemeinde nur begrenzte Steuerungs- und Einflussmöglichkeiten. Mit Hilfe eines Konzerns lassen sich diese Nachteile durchbrechen, indem Beherrschungs- und Abführungsverträge (§ 291 Abs. 1 AktG) zwischen der Gemeinde als herrschendem Unternehmen und den jeweils abhängigen privatrechtlichen Gesellschaften geschlossen werden. Durch einen Beherrschungsvertrag wird der Vorstand der beherrschten Gesellschaft weisungsabhängig von der Leitung des herrschenden Unternehmens (§ 308 Abs. 1 S. 1 AktG), so dass die Gemeinde nun doch direkt Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft nehmen kann.[158] Wurde kein Beherrschungsvertrag geschlossen, so besteht die Möglichkeit, dass es sich um einen einfachen oder qualifizierten faktischen Konzern (§§ 311 ff. AktG) handelt, dessen Bestimmungen ähnlich der Vorschriften der §§ 291 ff. AktG versuchen den abhängigen Unternehmen Schutz gegen das herrschende Unternehmen zu gewähren.[159]

Ein großer Nachteil für das herrschende Unternehmen eines Konzerns ist jedoch die Konzernhaftung. Demgemäß übernimmt die Gemeinde als herrschendes Unternehmen für die von ihr abhängigen Unternehmen die volle Haftung und ist verpflichtet eventuelle Verluste auszugleichen (§ 302 Abs. 1 AktG). Dies konfligiert wiederum mit der von den Gemeindeordnungen vorgegeben Haftungsbeschränkung der Kommunen bei der Beteiligung an privatrechtlichen Gesellschaften.[160] Eine Unzulässigkeit des Konzerns lässt sich jedoch durch die Beachtung des telos dieser Vorgabe verhindern. Der gesetzliche Zweck der Beschränkungen beinhaltet den Ausgleich für die fehlende Einwirkungsmöglichkeit einer Gemeinde bei privatrechtlichen Gesellschaftsformen.[161] Durch die direkte Steuerungsmöglichkeit im Konzern können keine unabhängigen Entscheidungen der abhängigen Unternehmen getroffen werden, so dass Entscheidungen der abhängigen

---

[154] BGHZ 69, 334 ff.

[155] BGHZ 135, 107 ff.

[156] BGHZ 69, 334 (338); *Fabry*, in: Fabry/Augsten, Unternehmen der öffentlichen Hand, Teil 1, Rn. 86.

[157] *Keßler*, GmbHR 2001, S. 320 (322); BGHZ 135, 107 ff.; *Fabry*, in: Fabry/Augsten, Unternehmen der öffentlichen Hand, Teil 1, Rn. 86.

[158] Vgl. *Mann*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 46 Rn. 51f.

[159] Auf die weitläufigen Unterschiede und Besonderheiten kann im Rahmen dieser Dissertation nicht eingegangen werden. Zur genaueren Konstellation: *Mann*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd. 2, § 46, Rn. 62 ff.

[160] Vgl. § 108 Abs. 1 Nr. 3 GO NRW, § 107 Abs. 1 Nr. 2 NKomVG; dazu: *Mann*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 46 Rn. 55.

[161] *R.Schmidt*, ZGR 1996, S.345 (361); *Raiser*, ZGR 1996, S. 458 (471).

Unternehmen zu keinem unvorhersehbaren und unbeeinflussbaren Verlust führen können.[162] Es ist demnach sowohl dem Gebot der Steuerungsfähigkeit als im Ergebnis zumindest auch der Einflussnahme auf die Haftung Rechnung getragen. Die Errichtung eines Konzerns ist somit auch durch Kommunen als herrschendes Unternehmen zulässig.

Es kann jedoch abseits der Zulässigkeit von Beherrschungsverträgen hinterfragt werden, inwiefern die von der Gemeinde präferierten flexiblen privaten Gesellschaftsformen diese Flexibilität durch die nun direkte Einflussnahme der Gemeinde nicht auch schnell wieder verlieren.[163]

b) Kommunale Holding-Gesellschaft

Eine weitere Methode um die Einwirkungsmöglichkeiten der Gemeinde zu stärken ist die Gründung von sogenannten „Holding-Gesellschaften".[164] Durch diese Art des Zusammenschlusses wird versucht die Steuerungsmöglichkeiten des Konzerns bei gleichzeitiger Vermeidung der unbeschränkten Konzernhaftung (§ 302 AktG) und des Minderheitenschutzes zu erreichen, indem nicht die Kommune sondern die Holdinggesellschaft herrschendes Unternehmen ist.[165] Die Holdinggesellschaft soll in diesem Fall zwischen die juristische Person Gemeinde und die Gesellschaften installiert werden, damit sich die Gemeinde nur noch in der Holdinggesellschaft betätigt, also keinen Konzernkonflikt mehr in sich trägt und somit die Unternehmenseigenschaft im Sinne des Konzernrechts verliert und die Holdinggesellschaft Vertragspartner der Beherrschungsverträge der Beteiligungsunternehmen wird.[166]

Die Holding an sich ist nicht legal definiert oder an bestimmte Kriterien geknüpft.[167] Sie ist aber meist so aufgebaut, dass von der Kommune eine „Stadtwerke-Dachgesellschaft" in Form einer AG oder GmbH gegründet wird, welcher als ausschließliche Aufgabe die Verwaltung von abhängigen Tochtergesellschaften

---

[162] *Ehlers*, DVBl. 1997, S. 137 (140); *Schmidt*, ZGR 1996, S. 345 (361); *Raiser*, ZGR 1996, S. 458 (471); *Habersack*, ZGR 1996, S. 544 (558); zweifelnd *Mann*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 46 Rn. 57f.

[163] Vgl. dazu auch *Mann*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 46 Rn. 73.

[164] *Geis*, Kommunalrecht, S. 187; *Lange*, Die Beteiligung Privater an rechtsfähigen Anstalten des öffentlichen Rechts, S. 42; *Kämmerer*, Privatisierung, S. 259.

[165] *Siegels*, in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch kommunale Unternehmen, § 13, Rn. 57 ff.

[166] Vgl. *Becker*, in: Wurzel/Schraml/Becker Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. D, Rn. 579; *Siegels*, in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch kommunale Unternehmen, § 13, Rn. 60 ff. Die Tatsache, dass in einigen Bundesländern eine unbeschränkte Verlustübernahme auch bei mittelbaren Beteiligungen untersagt ist (vgl. § 108 Abs. 6 Ziff. a GO NRW; § 122 Abs. 1 Nr. 2 Hess.GO), lässt die Lösung einer zwischengeschalteten „Holding" wiederrum fraglich werden, hierzu *Mann*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 46 Rn. 60. Da es außerdem im Gegensatz zu natürlichen Personen bei Kommunen für die Unternehmenseigenschaft bereits ausreichend ist, dass die Kommune ein privatrechtliches Unternehmen beherrscht, ist die Umgehung durch eine zwischengeschaltete Holding-Gesellschaft fraglich, hierzu *Siegels*, in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch kommunale Unternehmen, § 13, Rn. 60 ff.

[167] Vgl. *Lange*, Die Beteiligung Privater an rechtsfähigen Anstalten des öffentlichen Rechts, S. 143.

zugedacht ist.[168] Den direkten Einfluss über die implementierten Tochtergesellschaften stellt die Dachgesellschaft durch entsprechende Weisungsrechte aus Beherrschungs- und Abführungsverträgen sicher.[169] Bei der generellen Wirtschaftstätigkeit sind die Tochtergesellschaften hingegen relativ frei. Doch auch hier treten folgerichtig die gemeinpolitischen Verpflichtungen der Gemeinde als Holding-Trägerin mit den wirtschaftlich-unternehmerischen Vorstelllungen der Tochterunternehmen in Konflikt. Zumal als signifikantes Merkmal der Holding-Modelle die Beteiligung Privater an den einzelnen Tochtergesellschaften hervorsticht und diese Interessen jenseits der Gemeinwohlverpflichtungen der Gemeinde verfolgen können.[170]

[168] *Lutter*, in: Lutter, Holding-Handbuch, S. 4.
[169] *Burgi*, Kommunalrecht, § 17, Rn. 77; *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, S. 486.
[170] Vgl. *Lange*, Die Beteiligung Privater an rechtsfähigen Anstalten des öffentlichen Rechts, S. 145 ff.

D. Modelle kommunaler Energieerzeugung

Nachdem im vorhergehenden Abschnitt die generellen Grundlagen kommunalen Wirtschaftshandelns dargestellt wurden, richtet sich dieser Abschnitt auf die konkreten Anforderungen der Energieerzeugung für Gemeinden. Exemplarisch wird die verbreitetste Erzeugungsform „Windpark“ umfassend dargestellt.

I. Allgemeiner Überblick

Energie aus umweltverträglichen Energieträgern nimmt einen immer größeren Stellenwert beim deutschen und europäischen Energiemix ein und stellt den gewichtigsten Grundpfeiler der bereits im Titel dieser Arbeit genannten „Energiewende“ dar. Diese politisch, gesellschaftlich sowie wohl langfristig auch ökonomisch angestrebte Entwicklung hat national wie supranational einen gesetzlichen Niederschlag gefunden. Gemeinschaftsrechtlich ergibt sich aus der RL 2009/28/EG das konkrete Ziel bis zum Jahre 2020 einen Anteil Erneuerbarer Energien an dem Gesamtenergieverbrauch in der EU von 20% zu erreichen, wobei sich Deutschland durch diese Richtlinie zu einem Anteil von 18% verpflichtet hat. Die deutsche Zielsetzung soll maßgeblich durch die Bestimmungen des EEG erreicht werden. Gemäß § 1 Abs. 2 EEG hat sich die Bundesregierung sogar zum

Ziel gesetzt im Jahre 2020 35% und bis zum Jahr 2050 80% Strom aus Erneuerbaren Energien zu gewinnen.

Regenerative Energie lässt sich aus Windkraft-, Wasserkraft-, Photovoltaik-, Biogas- und geothermischen Anlagen gewinnen. Durch die verschiedenen Gewinnungsmöglichkeiten der jeweiligen Anlagen in ganz unterschiedlichen Umweltmedien und Landschaftsteilen unterfallen die Erzeugungsanlagen auch unterschiedlichen Gesetzen und Voraussetzungen. Das Recht der Zulassung von Energieerzeugungsanlagen stellt dabei kein eigenständiges Rechtsgebiet dar, sondern setzt sich als Querschnittsmaterie aus Bereichen des Wirtschaftsverwaltungs-, des Umwelt- und des Baurechts zusammen.[171] Alle Erzeugungsformen haben gemein, dass ihr Bau und Betrieb in der Regel genehmigungsbedürftig ist. Auch die Kommune ist als Teil der vollziehenden Gewalt gemäß Art. 20 Abs. 3 GG an Recht und Gesetz gebunden, so dass sie diese Vorschriften zu beachten hat. Zentrale Normen für die Zulassung von Erzeugungsanlagen sind vor allem die Vorschriften des Baurechts, des Immissionsschutzrechts sowie des Naturschutzrechts. Darüber hinaus finden je nach konkretem Vorhaben weitere verwaltungsrechtliche Normen ihre Anwendung, die sich nach dem genauen Standort (nähe von Fernstraßen, Wald, Wohngebiete), der Größe der Anlage (Luftverkehrsrecht) und weiterer individueller Faktoren richten, so dass hier lediglich ein Überblick mit dazugehörigen vertiefenden Hinweisen realisiert werden soll.

Zusätzlich zu der genehmigungsrechtlichen Dimension ist bei dem Bau einer Energieanlage die planungsrechtliche Komponente zu bedenken. Energieerzeugungsanlagen sind komplexe Gewerke, die aufgrund ihres mitunter hohen Kostenaufwands und der Auswirkungen für Mensch und Umwelt einer intensiven Planung bedürfen. Neben die betriebswirtschaftlichen Überlegungen hinsichtlich des effektiven Bedarfs, der Kostenamortisierung und Investitionsmöglichkeiten, treten Belange des Natur-, des Umwelt-, des Landschaftsschutzes, Interessen der Eigentümer der benötigten Grundstücke, der Nachbarn, sowie weitere öffentliche und private Motive.[172] Aufgrund dieser Vielgestalt der Einwirkungen ist auch bei der Planung selbst zwischen verschiedenen Formen zu unterscheiden. Abgesehen von der anlagenbezogenen Fachplanung des Projektträgers ist von staatlicher Seite die gesamträumliche Planung zu beachten, die sich bei Erzeugungsanlagen in einer Vielzahl an Spezialgesetzen im Leitungsbau in den allgemeinen Raum- und Fachplanungsgesetzen niederschlägt.[173] Erzeugungsanlagen unterliegen in der Regel dem Bauplanungsrecht gemäß §§ 29 ff. BauGB und dem Anlagenzulassungsrecht

[171] *Büdenbender/von Heinegg/Rosin*, Energierecht I, Rn. 16; *Fehling*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 8, Rn. 4.

[172] *Hinsch*, in: Schulz, Handbuch Windenergie, S 337 ff.; *Hermes*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 7, Rn. 1.

[173] *Stenneken*, Planung und Genehmigung von Windkraftanlagen, S. 18 ff.; *Hermes*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 7, Rn. 1.

ohne weitere planerische Elemente.[174] Im Folgenden soll auf diese Aspekte am Beispiel eines Windparks detailliert eingegangen werden.

II. On-shore-Windkraftanlagen in Form eines Windparks

1) Technische und empirische Einführung

Spitzenreiter bei der Energieerzeugung aus Erneuerbaren Energien und auch bei der kommunalen Energieerzeugung sind Windkraftanlagen.[175]

Windkraftanlagen machen sich die kinetische Energie des Windes zu Nutze, die durch den Luftstrom, zwischen den durch Sonneneinstrahlung erzeugten unterschiedlichen Temperatur- und Luftdruckzonen entsteht.[176] Je stärker das Gefälle zwischen den Luftdruckzonen, desto schneller ist der Luftstrom und folglich umso höher die kinetisch nutzbare Energie. Diese Energie wird mit Hilfe eines Rotors zunächst in mechanische und dann unter Verwendung eines Generators in elektrische Energie umgewandelt.[177] Die Rotorblätter machen sich dabei, ähnlich wie Flugzeuge, den Auftrieb der Luft zu Nutze.[178] Die Leistungsfähigkeit der Anlagen hat sich in den letzten Jahren stetig gesteigert. Im Jahr 2016 wurden WEA mit einer durchschnittlichen Leistung von 2,83 MW und einer Nabenhöhe von durchschnittlich 127 m installiert.[179] Im Gegensatz zu den 1.652 WEA in Deutschland im Jahre 1993, stehen im gesamten Bundesgebiet mittlerweile (2016) bereits 27.270 WEA mit 45.910 MW installierter Leistung zur Verfügung.[180] Spitzenreiter, sowohl hinsichtlich der Anzahl der Anlagen als auch der MW-Leistung im bundesinternen Vergleich, ist dabei Niedersachsen mit 5.963 Anlagen und einer Nennleistung von 9.324 MW im Jahre 2016.[181] Durch die vergleichsweise lange Nutzung von WEA in Deutschland gibt es eine beträchtliche Zahl von An-

---

[174] *Hermes*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 7, Rn. 165 ff.

[175] Windenergie hatte 2016 an der Gesamtstromerzeugung einen Anteil von 14,2 % an der Nettostromerzeugung Deutschlands, Solar als zweitwichtigste Erzeugungsquelle hingegen nur 8, 1 %, *Fraunhofer ISE*, Jährlicher Anteil der Windenergie an der Stromerzeugung in Deutschland, 2017, https://www.energy-charts.de/ren_share_de.htm?year=all&source=wind-share&period=annual.

[176] Vgl. *Hofer*, in: Bartsch/Röhling/Salje/Scholz, Stromwirtschaft, Kap. 33, Rn. 1; *Kahle/Resthöf*, in: Resthöf, § 29 EEG, Rn. 10; ausführlich *Schlüter/Kaltschmitt*, in: Kaltschmitt, Erneuerbare Energien, S. 453 ff.

[177] *Kahle/Resthöf*, in: Resthöf, § 29 EEG, Rn. 10; *Gasch/Twele*, Windkraftanlagen, S. 50 ff.

[178] *Hentschel*, Umweltschutz bei Errichtung und Betrieb von Windkraftanlagen, S. 51; *Burgwinkel/Hilbert*, in: Frenz/Müggenborg, vor § 36 ff. EEG, Rn. 5.

[179] *Agentur für Erneuerbare Energien*, Föderal Erneuerbar, http://www.foederal-erneuerbar.de/landesinfo/bundesland/D/kategorie/wind/auswahl/180-installierte_leistun/#goto_180.

[180] *Bundesverband Windenergie*, Anzahl Windkraftanlagen Deutschland, https://www.wind-energie.de/infocenter/statistiken/deutschland/installierte-windenergieleistung-deutschland.

[181] *Bundesverband Windenergie,* Installierte Windenergieleistung in Deutschland, 2017, https://www.wind-energie.de/infocenter/statistiken/deutschland/installierte-windenergieleistung-deutschland.

lagen mit relativ geringer Leistung, bei denen eine technische Aufrüstung im Rahmen des sogenannten „Repowering“ angestrebt wird.

Ökologisch gesehen dienen die Windkraftanlagen durch den Verzicht auf fossile Brennstoffe in erster Linie der Vermeidung von CO_2-Gasen und anderer Schadstoffe. Neben den Erfolgen auf diesem Gebiet, sind Windkraftanlagen auch Nachteile immanent. Sie ziehen vor allem sichtbare Eingriffe in die Natur nach sich und sind daher in der Bevölkerung nicht unumstritten und lösen teils lokalen Widerstand aus.[182]

Um diesem Widerstand entgegenzutreten haben gerade Kommunen, durch ihre regional verwurzelten Mandatsträger, die bauplanerische Zuständigkeit und die bauplanerische Koordinierung, ein hohes Maß an Einfluss auf die Verwirklichung von solchen Bauunternehmen und deren Akzeptanz in der Bevölkerung. Da bei der Planung und Errichtung eines Windparks neben der Akzeptanz der Bevölkerung eine Vielzahl an weiteren Parametern zu beachten gilt, soll im Folgenden ein Abriss über die maßgeblichen Schritte für den Betrieb oder die Beteiligung an einer Windkraftanlage aufgezeigt werden.

Die Errichtung einer Windenergieanlage ist ein komplexes Zusammenspiel von finanzwirtschaftlichen, technischen, rechtlichen und auch gesellschaftlichen Faktoren, die bei der Projektrealisierung einer Anlage zusammengeführt und gesteuert werden müssen.[183] Der Projektablauf gliedert sich grob in die Abschnitte Vorplanung, Projektierung/Hauptplanung, Genehmigung, Finanzierung, Errichtung und Betrieb.[184] Diesen Abschnittszyklen sind die einzelnen Aufgaben wie Vertragsabschlüsse, Genehmigungsverfahren oder Finanzierung nicht immer trennscharf zuzuordnen. Es sollen dennoch die für kommunale WEA-Betreiber wichtigen Aspekte anhand dieses Projektablaufs dargestellt werden.

2) Vorplanung und Planung: insbesondere Standortwahl und Bauleitplanung

Bevor die Errichtung eines Windparks realisiert werden kann, bedarf es einer zwischen allen Partnern und Betroffenen abgestimmten Planung und Standortsuche. Kommunen als Anlagenbetreiber oder Gesellschafter der Betreibergesellschaft haben durch ihre Zuständigkeit für die Bauleitplanung einen großen Einfluss auf die Standortwahl von Windkraftanlagen. Sie können maßgeblich dazu beitragen, dass die Anlagen auf den betriebswirtschaftlich und technisch geeignetsten Flächen errichtet werden können.

---

[182] Vgl. *Hentschel*, Umweltschutz bei Errichtung und Betrieb von Windkraftanlagen, S. 71; *Zoellner/Schweizer-Ries/Rau*, Akzeptanz Erneuerbarer Energien, in: Müller, 20 Jahre Recht der Erneuerbaren Energien, S. 91 (100 f.).

[183] Vgl. *Posewang*, Rechnungslegungspolitik für Betreiber von Windkraftanlagen, S.68; *Hau*, Windkraftanlagen: Grundlagen, Technik, Einsatz, Wirtschaftlichkeit, S. 721.

[184] *Schubert*, in: Boewe/Meckert, Leitfaden Windenergie: Planung, Finanzierung und Realisierung von Onshore-Windenergieanlagen, S. 70; *Hau*, Windkraftanlagen: Grundlagen, Technik, Einsatz, Wirtschaftlichkeit, S. 773 ff.; *Gasch/Twele*, Windkraftanlagen, S. 505.

a) Kriterien für die Standortwahl

Für eine ökonomisch sinnvolle und zugleich rechtlich zulässige Standortbestimmung müssen verschiedene Faktoren beachtet werden. Die Anforderungen an den Standort ermitteln sich in einer ersten Prüfung (Screening) mit Hilfe von Zulassungskriterien in Hinblick auf Abstände auf rechtlich geschützte Interessen und Güter.[185] Das Bestreben des Betreibers, technisch die maximale Leistung zu gewinnen, läuft mit dem betriebswirtschaftlichen Ziel der Gewinnmaximierung parallel. Belange des Umweltschutzes, der Landschaftspflege und die Standpunkte und Ansichten der lokalen Bevölkerung auf der anderen Seite weichen davon zuweilen diametral ab. Auch hier ist es gerade die Aufgabe und Chance der Gemeinde als demokratisch legitimierte Vertretung der örtlichen Bevölkerung einerseits und als Planungsträger andererseits, die gegensätzlichen Interessen in Einklang zu bringen.

aa) Anforderungsprofil für Windverhältnisse

Maßgeblich für die Auswahl des Standorts sind in erster Linie die Windverhältnisse, namentlich die Windhöffigkeit.[186] Schon 10 % geringeres Windaufkommen bedeuten 30 % weniger Leistungsfähigkeit und damit 30 % Ertragsverlust.[187]

Besonders geeignet sind die Lagen an Nord- und Ostsee und dem dahinterliegenden Flachland, im Mittelgebirge und an den Alpen.[188] Da die Windgeschwindigkeit aber mit zunehmender Höhe ansteigt, sind größere Anlagen auch in vermeintlich windschwächeren Gebieten lukrativ.[189] Insbesondere auch durch die neuere Entwicklung von sogenannten Leichtlaufanlagen. Um die lokalen Windverhältnisse zu ermitteln, bedarf es eines Windprofils der Region, welches sich

---

[185] *Eipper*, in: Boewe/Meckert, Leitfaden Windenergie: Planung, Finanzierung und Realisierung von Onshore-Windenergieanlagen, S. 50.

[186] *Staab*, Erneuerbare Energien in Kommunen, S. 76; *Stenneken*, Planung und Genehmigung von Windkraftanlagen; S. 5, *Eipper*, in: Boewe/Meckert, Leitfaden Windenergie: Planung, Finanzierung und Realisierung von Onshore-Windenergieanlagen, S. 50; ausführlich *Hau*, Windkraftanlagen: Grundlagen, Technik, Einsatz, Wirtschaftlichkeit, S. 539 ff.

[187] Die Leistung einer Windkraftanlage hängt vor allem vom Radius des Rotors und von der Windgeschwindigkeit ab, weil der Radius bei der Leistungsberechnung ein Parameter zum Quadrat darstellt bzw. die Windgeschwindigkeit sogar mit der dritten Potenz in die Leistungsberechnung eingeht. Die Formel für die Berechnung lautet: $P = \frac{1}{2} \times \rho \times \pi \times R^2 \times v^3$. P = Leistung; R= Rotordurchmesser; v = Windgeschwindigkeit, ρ = Luftdurchsatz, hierzu: *Bundesverband Windenergie*, Energieumwandlung, https://www.windenergie.de/themen/technik/funktionsweise/energiewandlung.

[188] *Hofer*, in: Bartsch/Röhling/Salje/Scholz, Stromwirtschaft, Kap. 33, Rn. 3; *Büdenbender/Heintschel/von Heinegg/Rosin*, Energierecht I, S. 777.

[189] Für die Stromerzeugung wird als allgemein gültige Untergrenze eine durchschnittliche Mindestwindgeschwindigkeit von drei bis vier Metern/Sekunde benötigt, um wirtschaftlich sinnvoll zu arbeiten. Mit zunehmender Höhe steigt auch die Windgeschwindigkeit. So beträgt sie beispielsweise an der Nordsee, in zehn Metern Höhe gemessen, durchschnittlich sechs Meter/Sekunde, in 30 Metern Höhe sind es bereits 6,5 bis 7 Meter/Sekunde. Hierzu *Staab*, Erneuerbare Energien in Kommunen, S, 76; *Langreder/Bade*, in: Gasch/Twele, Windkraftanlagen, S. 128 ff.

zunächst aus einem Windatlas des betreffenden Bundeslands ergibt (sofern vorhanden).[190] Diese Darstellung der Windverhältnisse kann aber nur eine Einschätzung über die allgemeine Eignung bestimmter Gebiete leisten. Die Eignung der Windverhältnisse eines bestimmten Standorts hängt von noch weiteren Faktoren ab. Für die genaue Ermittlung der Windverhältnisse wird daher im Wege des sogenannten „Micrositing" ein lokales Profil erstellt.[191] Maßgeblich sind dabei neben der Windgeschwindigkeit auch die lokale Geländetopgraphie und die klimatischen Bedingungen, von denen Windturbulenzen und Luftströmungen abhängen.[192] Ferner müssen einzelne Baumgruppen und ähnliche größere Hindernisse für die Berechnung des Luftstroms beachtet werden.[193] Um eine repräsentative Windanalyse vorweisen zu können, sollten die Messungen über mehrere Jahre durchgeführt werden, um die teilweise starken Jahresschwankungen verlässlich zu einem Mittel rechnen zu können.[194] Aus diesen Daten wird eine Leistungskurve erstellt, welche für die erste betriebswirtschaftliche Ertragsanalyse des Windparks benutzt wird.[195]

bb) Anforderungsprofil an Umgebung und Baugrund

Ein weiterer wichtiger Entscheidungsfaktor ist die Bewertung der Umgebung und des Baugrunds. Für die Standfestigkeit ist naturgemäß das Fundament entscheidend, welches sich wiederum an die Gegebenheiten des Baugrundes anpassen muss. Ein Bodengutachten stellt dessen Tragfähigkeit fest.[196] Infrastrukturell müssen sowohl die Anfahrtswege für den Aufbau und die Wartung sichergestellt sein, sowie vor allem auch die Stromnetzkapazitäten.[197] Beim Ausbau des Wegenetzes, welches auch aus gut befestigten Feldwegen bestehen kann, besitzt die Gemeinde

---

190 Ein Überblick über die nutzbaren Gebiete in Deutschland *Bundesverband für Windenergie*, Potential der Windenergienutzung an Land, Mai 2011, http://www.wind-energie.de/sites/default/files/download/publication/studie-zum-potenzial-der-windenergienutzung-land/bwe_potenzialstudie_kurzfassung_2012-03.pdf.

191 Für die genaue Berechnung der Windverhältnisse stehen verschiedene Methoden und Systeme wie WAsP (Wind Atlas Analysis and Application Program) zur Verfügung, siehe dazu *Schwartz*, in: Böttcher, Handbuch Windenergie, S. 200 ff.

192 *Eipper*, in: Boewe/Meckert, Leitfaden Windenergie: Planung, Finanzierung und Realisierung von Onshore-Windenergieanlagen, S. 50; *Schlüter/Kaltschmitt*, in: Kaltschmitt/Streicher/Wiese, Erneuerbare Energien, S. 512; *Hau*, Windkraftanlagen, S.609 f.

193 *Glenz/Schulz/Chatzinerantzis*, in: Schulz, Handbuch Windenergie, S. 310; *Twele/Liersch*, in: Gasch/Twele, Windkraftanlagen, S. 507.

194 *Langreder/Bade*, in: Gasch/Twele, Windkraftanlagen, S. 149; *Schlüter/Kaltschmitt*, in: Kaltschmitt/Streicher/Wiese, Erneuerbare Energien, S. 511.

195 *Schwartz*, in: Böttcher, Handbuch Windenergie, S. 195; *Staab*, Erneuerbare Energien in Kommunen, S. 75; *Twele/Liersch*, in: Gasch/Twele, Windkraftanlagen, S. 506.

196 *Schulz/Rohrer*, in: Schulz, Handbuch Windenergie, S. 590; *Twele/Liersch*, in: Gasch/Twele, Windkraftanlagen, S. 508.

197 *Eipper*, in: Boewe/Meckert, Leitfaden Windenergie: Planung, Finanzierung und Realisierung von Onshore-Windenergieanlagen, S. 50; vgl. *Hermes*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 7, Rn. 81.

durch ihre Planaufstellungskompetenz und als Bauherrin für kommunale Verkehrswege (vgl. § 47 NStrG) wieder den Vorteil, selbst für das eigene Projekt aktiv werden zu können. Bei der Infrastrukturplanung ist zu beachten, dass Schwerlasttransporte zu den Bauflächen gelangen müssen, welche zudem während der Bauphase aufgrund des benötigten Baugeräts bedeutend mehr Platz bedürfen als der spätere fertig errichtete Turm.[198] Auch in Hinblick auf diesen temporär gesteigerten Flächenverbrauch bietet sich eine enge Zusammenarbeit zwischen Kommune und lokaler Landwirtschaft an.

Abstandsflächen sind bei der Standortwahl nicht nur in Bezug zu Anwohnern und deren Belangen zu sehen, sondern auch in Hinblick auf die Leistungsfähigkeit der einzelnen Anlagen, da jede WEA Turbulenzen verursacht, die sich auf die Windverhältnisse für die umstehenden Anlagen auswirken.[199] Um die Anlagen auf möglichst wenig Grundfläche unterbringen zu können, gleichzeitig aber die maximale Windausbeute zu erzielen, wird ein sogenanntes Windparklayout entworfen, bei dem die optimale Anordnung der einzelnen Anlagen errechnet wird.[200] In dieses Layout werden zudem die Leitungsführung zu den Trafo- und Übergabestationen und die Wegeerschließung als maßgebliche Kriterien miteinbezogen, um einen nach allen Aspekten geeigneten Standort zu erschließen.[201]

cc) Netzzugang und Netzanschluss

Auch Netzanschluss- und Zugangsmöglichkeiten sind in die Standortwahl miteinzubeziehen. Der Netzanschluss (§§ 17 ff. EnWG) und der Netzzugang (§§ 20 ff. EnWG) werden grundsätzlich über das Energiewirtschaftsgesetz und die StromNZV[202] geregelt. Die Energieerzeugungsanlagen haben mit einigen Ausnahmen grundsätzlich einen Rechtsanspruch auf Anschluss und Zugang zu den Energieversorgungsnetzen (vgl. §§ 17 Abs. 1, 20 Abs. 1 EnWG). Der Anschluss von Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien wird zusätzlich nach den Vorschriften des EEG geregelt und hat bei EEG-Anlagen unverzüglich und vorrangig vor fossilen Energieträgern zu erfolgen (vgl. §§ 8 Abs. 1, 11 Abs. 1 EEG). Es liegt ein Kontrahierungszwang für den Netzbetreiber vor.[203] Die Kosten für den Bau einer Leitung bis zum nächstgelegenen bzw. wirtschaftlich günstigsten Anschlusspunkt

---

198 *Eipper*, in: Boewe/Meckert, Leitfaden Windenergie: Planung, Finanzierung und Realisierung von Onshore-Windenergieanlagen, S. 54; *Hau*, Windkraftanlagen: Grundlagen, Technik, Einsatz, Wirtschaftlichkeit, S. 801.

199 *Schlüter/Kaltschmitt*, in: Kaltschmitt/Streicher/Wiese, Erneuerbare Energien, S. 512; *Eipper*, in: Boewe/Meckert, Leitfaden Windenergie: Planung, Finanzierung und Realisierung von Onshore-Windenergieanlagen, S. 51.

200 Vgl. *Staab*, Erneuerbare Energien in Kommunen, S. 75; *Schlüter/Kaltschmitt*, in: Kaltschmitt/Streicher/Wiese, Erneuerbare Energien, S. 512

201 *Schulz*, in: Schulz, Handbuch Windenergie, S. 67f.; *Twele/Liersch*, in: Gasch/Twele, Windkraftanlagen, S. 506.

202 Stromnetzzugangsverordnung vom 25. Juli 2005 (BGBl. I S. 2243), die zuletzt durch Artikel 5 der Verordnung vom 14. August 2013 (BGBl. I S. 3250) geändert worden ist.

203 *Salje*, EEG 2014, § 8, Rn. 2.

des Netzes der richtigen Spannungsebene hat der Anlagenbetreiber zu übernehmen (§ 16 Abs. 1 EEG). Hochproblematisch ist dabei die Bestimmung dieses Anschlusspunktes. Die §§ 8 ff. EEG regeln zwar detailliert die Pflichten des Anlagen- bzw. des Netzbetreibers. Dennoch ist die Bestimmung des Anschlusspunktes aufgrund möglicher hoher ökonomischer Kosten auf beiden Seiten je nach Bestimmung des Anschlusspunktes mitunter schwierig. Grundsätzlich richtet sich der Anschlusspunkt nach der Eignung der Spannungsebene und der geringsten Luftlinienentfernung zwischen Netz und EEG-Anlage. Für beide Parteien bestehen unter bestimmten Voraussetzungen abweichende Wahlmöglichkeiten des Netzanschlusspunktes in § 8 Abs. 2 und 3 EEG. Der Netzbetreiber ist zudem gemäß §§ 8 Abs. 4, 12 Abs. 1 EEG verpflichtet sein Netz in Hinblick auf die Einspeisung durch die neuen Anlagen in wirtschaftlich zumutbarer Weise anzupassen, sofern dieses technisch trotz Einspeisemanagements der EEG-Anlage (§ 14 Abs. 1 EEG) nicht in der Lage ist die Mehrkapazität aufzunehmen. Die generelle Anschlussverpflichtung des Netzbetreibers aus § 8 Abs. 1 EEG an dem nach Luftlinienentfernung kürzesten Anschlusspunkt entfällt nur dann, wenn sein Netz oder ein anderes Netz einen technisch und wirtschaftlich günstigeren Verknüpfungspunkt aufweisen. Dieser alternative Verknüpfungspunkt wird im Rahmen einer Gesamtabwägung ermittelt, bei der sowohl Netzanbindungskosten als auch potentielle Netzausbaukosten berücksichtigt werden.[204] Schon dieser kurze Überblick zeigt, dass beiden Parteien mit den Wahlmöglichkeiten, der wirtschaftlichen Zumutbarkeit, der Netzanbindungs- und Netzausbaukosten und der technisch und wirtschaftlichen günstigeren Alternative im Rahmen einer Gesamtabwägung eine Vielzahl unterschiedlich auslegbarer Parameter zur Bestimmung des Netzanschlusspunktes zur Verfügung stehen. Das Letztentscheidungsrecht über den Netzanschlusspunkt liegt gemäß § 8 Abs. 3 EEG beim Netzbetreiber[205], welcher unter Umständen jedoch die Mehrkosten des anderen Verknüpfungspunktes zu tragen hat (§ 16 Abs. 2 EEG). Trotz immer fortschreitender Konkretisierungsbemühungen von Gesetzgeber und Rechtsprechung wird dieses Feld auch in Zukunft einen gewissen Unsicherheitsfaktor bei der Planung darstellen.

Der Anschluss der Anlagen findet je nach Größe bzw. Leistungsfähigkeit des Windparks an das Hoch/Höchstspannungs-Mittelspannung oder Niedrigspannungsnetz statt.[206] Bei großen Einspeisemengen von über 20 MW kann es sich zudem als sinnvoll erweisen oder vom Netzbetreiber sogar gefordert werden,

[204] BT-Drs. 15/2864, S. 33 ff.; *Salje*, EEG 2014, § 8, Rn. 14; *Scholz*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, § 8 EEG, Rn. 32; siehe auch: BGH, Urteil vom 10.10.2012 - VIII ZR 362/11.

[205] *Salje*, EEG 2014, § 8, Rn. 26; *Scholz*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, § 8 EEG, Rn. 48.

[206] *Schäfermeier*, in: Resthöft/Schäfermeier, § 5 EEG, Rn. 18 f. m.w.N; *Hau*, Windkraftanlagen: Grundlagen, Technik, Einsatz, Wirtschaftlichkeit, S. 793.

eigene Umspannwerke zu errichten.[207] Kommunale Stadtwerke, die neben der Wertschöpfungsstufe der Energieerzeugung, mittelbar oder unmittelbar an Netzen auf dem Gemeindegebiet der Kommune beteiligt sind, haben die Möglichkeit das Netz für die Herausforderungen der dezentralen Energieeinspeisung zu rüsten und so gleichzeitig die Verwirklichung von Stromerzeugungsanlagen im Gemeindegebiet zu fördern. Hierfür bedarf es nicht unerheblicher finanzieller Anstrengungen. Langfristig wird neben dem gestiegenen Wert des Netzes jedoch auch der Standort der Gemeinde für die Energieproduktion attraktiver. Zwar ist der Ausbau des Netzes für den Anschluss von EEG-Anlagen gesetzlich bereits verpflichtend (§ 12 Abs. 1 EEG), eine bereits vorhandene Infrastruktur bietet möglichen Investoren jedoch ein hohes Maß an Sicherheit hinsichtlich möglicher Rechtsstreitigkeiten (§ 12 Abs. 3 EEG Netzausbau im Rahmen des Zumutbaren) oder Bauzeiten.

dd) Betriebswirtschaftliche Überlegungen

Aus betriebswirtschaftlicher Sicht sind der geschätzte mögliche Energieertrag und damit die zukünftige Vergütung der entscheidende Faktor für die Auswahl eines Standorts. Da die Preise aufgrund der EEG Regelungen je nach gewähltem Vergütungsmodell mehr oder minder sicher feststehen, ist hinsichtlich des späteren Ertrages vornehmlich die zu erzeugende Strommenge für die Ertragsberechnung offen. Eine erste Wirtschaftlichkeitsanalyse wird daher in Einbeziehung der Ertragsprognose, der Investitionskosten für die Anlage selbst und deren Transport, Netzanschluss, Zuwegung, Planung, Rechts- und Steuerberatung sowie der Betriebs- und Wartungskosten erstellt.[208] Betriebswirtschaftlich ausschlaggebend, hinsichtlich der Entscheidung für den Standort, ist zudem die Anzahl der geplanten WEA, da bei der Errichtung mehrerer Anlagen die Kosten für Baukräne, Netzanschluss, Verwaltung und Grundstücksflächen sinken.[209]

ee) Umwelt- und Landschaftsfaktoren

Aufgrund der durchschnittlichen Größe von mittlerweile 100-150 m Nabenhöhe haben WEA einen erheblichen Einfluss auf das Landschaftsbild. Die vielfach angemahnte sogenannte „Verspargelung der Landschaft“ durch Eingriffe in die Landschaftssilhouette und in Kulturlandschaften und Erholungsgebiete ist von der Genehmigungsbehörde im Hinblick auf § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB zu überprüfen und deren Vermeidung sollte daher bereits von dem Projektträger

[207] *Twele/Liersch*, in: Gasch/Twele, Windkraftanlagen, S. 506; *Glenz/Schulz/Chatzinerantzis*, in: Schulz, Handbuch Windenergie, S. 315.

[208] Vgl. *Schwartz*, in: Böttcher, Handbuch Windenergie, S. 195ff.; *Twele/Liersch*, in: Gasch/Twele, Windkraftanlagen, S. 516.

[209] *Hau*, Windkraftanlagen: Grundlagen, Technik, Einsatz, Wirtschaftlichkeit, S. 855 f.

antizipiert werden.[210] Um die Errichtung von WEA aber nicht von vornherein auszuschließen, bedarf es für ein Bauverbot eines besonders groben Eingriffs in eine ob ihrer Schönheit und Funktion besonders schutzwürdige Umgebung.[211] Eine Einordnung, wann diese Schwelle überschritten ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Die ausführlichen Vorgaben der Umwelteinwirkungen finden sich in den materiellen Genehmigungsvoraussetzungen im nächsten Kapitel.[212]

ff) Nachbarinteressen

In Hinblick auf die Nachbarinteressen sind die gesetzlichen Schutzvorschriften bezüglich Lärmimmissionen, Schattenwurf und weitere Sicherheitsvorgaben entscheidend.[213] Die einzuhaltenden Mindestabstände zu der umliegenden Wohnbebauung schränken geeignete Standorte in der dichtbesiedelten Bundesrepublik erheblich ein.[214] Des Weiteren sind die zu erwartenden Konflikte mit der einheimischen Bevölkerung ein nicht zu unterschätzender Faktor für die Standortplanung.[215] Langwierige und kostspielige Gerichts- und Schlichtungsverfahren können für einen privaten Kooperationspartner der Gemeinde, sowie auch den für

---

210 Vgl. *Jeromin*, BauR 2003, S. 820 (822); *Hentschel*, Umweltschutz bei Errichtung und Betrieb von Windkraftanlagen, S. 488.

211 BVerwG BauR 2004, S. 295 (295); VGH Mannheim NuR 2003, S. 103 (103); *Hentschel*, Umweltschutz bei Errichtung und Betrieb von Windkraftanlagen, S. 491.

212 Punkt D. II) 3).

213 Siehe dazu die nachfolgenden Ausführungen zu den materiellen Genehmigungsvoraussetzungen.

214 Die Winderlasse der Länder geben Abstandsempfehlungen zwischen 500 und 1000m heraus, *Bundesministerium für Umwelt- Naturschutz und Reaktorsicherheit*, Abstandsempfehlungen, http://www.bmu.de/fileadmin/bmu-import/files/pdfs/allgemein/application/pdf/abstandempfehlungen_bf.pdf; Dazu: *Deutsches Institut für Urbanistik GmbH*, Nutzung erneuerbarer Energien durch die Kommunen; S. 231. Insbesondere Bayern hat mit seinem „10-H-Gesetz", also des 10fachen Abstandes im Verhältnis zur Höhe der WEA einen unvergleichlich restriktiven Ansatz gewählt. Dieser wurde dennoch durch das bay. Landesverfassungsgericht bestätigt, Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs vom 9. Mai 2016 - Vf. 14-VII-14.
Das Bundesumweltamt hat ein theoretisches Potential von 13,8% der Fläche der BRD für WEA berechnen lassen, was nach Stand der Technik ein Potential für 1.190 GW installierter Leistung ergeben würde. Zum Vergleich: Die aktuelle installierte Stromerzeugungskapazität in Deutschland aller Energieträger liegt bei ca. 200 GW. Dennoch handelt es sich hier um eine theoretische Zahl, die weder Abstandsflächen noch anderweitige Nutzung und Sensitivitätserwägungen berücksichtigt hat. Je nach Gewichtung dieser Parameter fällt das Potential in der Folge auf bis zu 0,4% des bundesdeutschen Gebiets (2000m Entfernung von Wohngebieten als Abstandsparameter). Hierin zeigt sich, dass die dichtbesiedelte Bundesrepublik in der Theorie ein sehr hohes Windenergiepotential besitzt, dieses jedoch maßgeblich von der Vereinbarkeit mit dem Schutz bzw. den Interessen von Flora, Fauna und den Bürgern des Landes abhängt. *Bundesumweltamt*, Potentiale der Windenergie an Land, 2013, https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/378/publikationen/potenzial_der_windenergie.pdf.

215 *Henneke/Ritgen*, Kommunales Energierecht, S. 53; *Eipper*, in: Boewe/Meckert, Leitfaden Windenergie: Planung, Finanzierung und Realisierung von Onshore-Windenergieanlagen, S. 57.

Gemeinderat, abschreckend wirken. Hierfür stellen die Kommunikations- und Beteiligungsmöglichkeiten des unten in Abschnitt E. II) 2) noch darzustellenden Genossenschaftsmodells geldwerte und politische Vorteile dar.

b) Bauplanungsrechtliche Steuerung und Standortsicherung durch die Gemeinde

Mit der Gemeinde als Bauherrin bzw. Gesellschafterin ergeben sich bei der Realisierung eines Windparkprojekts bauplanungsrechtlich deutliche Abweichungen von einem rein privaten Bauvorhaben. Hinsichtlich der für die WEA entscheidenden staatlichen Planungsschritte ist zwischen der Landesplanung in Form der Raumordnung und der kommunalen Bauleitplanung zu unterscheiden.

aa) Raumordnung

Die Gemeinden sind für die Aufstellung der Bauleitpläne (§ 2 Abs. 1 S. 1 BauGB) im Rahmen ihrer Selbstverwaltungsaufgaben verantwortlich. Hierunter fallen gemäß § 1 Abs. 2 BauGB der Flächennutzungsplan und zu dessen Konkretisierung der Bebauungsplan. Gemäß § 1 Abs. 4 BauGB sind diese Bauleitpläne aus den Zielen der Raumordnung zu entwickeln. Dafür haben die Kommunen gemäß § 4 Abs. 1 S. 2 ROG die Raumordnungsprogramme, Landes- und Regionalpläne aus den bundesrechtlichen Vorgaben sowie auch die auf dem ROG aufbauenden Landesgesetze[216] bei ihrer eigenen Planung oder eigenen raumbedeutsamen Vorhaben zu beachten. Unter raumbedeutsame Vorhaben fallen im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 6 ROG Planungen einschließlich der Raumordnungspläne, Vorhaben und sonstige Maßnahmen, durch die Raum in Anspruch genommen oder die räumliche Entwicklung oder Funktion eines Gebietes beeinflusst wird, einschließlich des Einsatzes der hierfür vorgesehenen öffentlichen Finanzmittel. Die Einordnung, ob eine Maßnahme raumbedeutsam in diesem Sinne ist, bewertet sich nach den Umständen des Einzelfalls, generell sind WEA über 100m allein und Windparks allgemein eine raumbedeutsame Wirkung immanent.[217] Standorte werden zunächst durch einen überörtlichen Raumordnungsplan bei der gesamträumlichen Planung ausgewiesen. Für den Grad der Verbindlichkeit ist zwischen Zielen und Grundsätzen der Raumordnung zu unterscheiden, wobei Ziele gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG von den öffentlichen Stellen verbindlich zu beachten sind und Grundsätze gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 3 ROG in Abwägungs- und Ermessensentscheidungen einfließen müssen.[218] Die Energiewirtschaft findet als Raumordnungsgrundsatz ihre explizite Erwähnung in § 2 Abs. 2 Nr. 4 und Nr. 5 ROG. Im niedersächsischen

[216] Niedersächsisches Raumordnungsgesetz, vom 18. Juli 2012 (Nds. GVBl. S. 252), zuletzt geändert durch Artikel 4 des Gesetzes vom 2. März 2017 (Nds. GVBl. S. 53).

[217] Vgl. BT-Drs. 13/4978 vom 19.6.1996, Beschlussempfehlung und Bericht – Gesetz zur Änderung des Baugesetzbuches, S. 7; OVG Lüneburg, DVBl 2011, 1502; *Scheidler*, GewArch Beilage WiVerw Nr. 03/2011, S. 117 (122); *Gatz*, in: Hoppenberg/de Witt, Handbuch des öffentlichen Baurechts, Z V, Rn. 185f. m.w.N.

[218] *Scheidler*, GewArch Beilage WiVerw Nr. 03/2011, S. 117 (122); *Gatz*, in: Hoppenberg/de Witt, Handbuch des öffentlichen Baurechts, Z V, Rn. 188f.

Raumordnungsplan (LROP)[219] sind insbesondere auch die Erneuerbaren Energien Teil der Raumplanung. Gemäß 4.2.01 LROP sollen die Träger der Regionalplanung darauf hinwirken, dass unter Berücksichtigung der regionalen Gegebenheiten der Anteil einheimischer Energieträger und erneuerbarer Energien insbesondere der Windenergie, der Solarenergie, der Wasserkraft, der Geothermie sowie von Biomasse und Biogas raumverträglich ausgebaut wird.

Um die Grundsätze oder Ziele zu verankern, kann sich die Planaufstellungsbehörde gemäß § 8 Abs. 7 ROG der Festsetzung von Vorrang-, Vorbehalts- oder Eignungsgebieten bedienen, mit Hilfe derer Windenergieanlagen auf regionalplanerischer Ebene implementiert werden können.[220] Hierbei handelt es sich zumindest bei den Vorranggebieten um Ziele der Raumordnung, somit um landes- bzw. regionalplanerische Letztentscheidungen, an die sich die kommunalen Bauleitplanungen halten müssen.[221] Als Beispiel sind in Niedersachsen gemäß 4.2.04 LROP für die Nutzung von Windenergie geeignete raumbedeutsame Standorte zu sichern und unter Berücksichtigung der Repowering-Möglichkeiten in den Regionalen Raumordnungsprogrammen als Vorranggebiete oder Eignungsgebiete „Windenergienutzung" festzulegen. Eine Höhenbegrenzung *soll* in diesen Gebieten nicht festgelegt werden, was die Kommunen wiederum vor einen höheren Begründungsaufwand stellt, wenn sie von der intendierten Beschränkungsfreiheit des Landesgesetzgebers abweichen wollen.

Weiter ist zu beachten, dass Vorranggebiete nur innerhalb des ausgewiesenen Gebietes eine Zielwirkung entfalten, die umliegenden Gebiete jedoch nicht berührt.[222] Für die Ausweisung einer Konzentrationsfläche im Sinne des § 35 Abs. 3 Nr. 3 BauGB auf Grundlage eines Raumordnungsplanes bedarf es der Ausweisung eines Eignungsgebietes oder eines Vorranggebietes mit der Wirkung eines Eignungsgebietes gemäß § 8 Abs. 7 S. 2 ROG.[223]

---

[219] Verordnung über das Landes-Raumordnungsprogramm Niedersachsen (LROP-VO) in der Fassung vom 01.02.2017.

[220] Zu der Verbindlichkeit und den Ausschlusswirkungen der einzelnen Gebiete: *Scheidler*, GewArch Beilage WiVerw Nr. 03/2011, S. 117 (123 ff.); *Hermes*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 7, Rn. 83, *Gatz*, in: Hoppenberg/de Witt, Handbuch des öffentlichen Baurechts, Z V, Rn. 190f. m.w.N.

[221] *Erbguth*, DVBl. 1998, S. 209 (210); *Köck*, DVBl. 2012, S. 3 (7); *Henneke/Ritgen*, Kommunales Energierecht, S. 175; *Hermes*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 7, Rn. 83.

[222] *Scheidler*, GewArch Beilage WiVerw Nr. 03/2011, S. 117 (122); *Battis*, Öffentliches Baurecht und Raumordnungsrecht, Rn. 93. Beachte aber 4.2.05 S. 6 LROP, indem es heißt: Soweit in einem Teilraum raumbedeutsame Einzelanlagen für die Windenergienutzung außerhalb von Vorrang- und von Eignungsgebieten Windenergienutzung errichtet und deren Standorte für Repowering-Maßnahmen nicht raumverträglich sind, sollen im Einvernehmen mit den betroffenen Gemeinden, Grundeigentümern und Projektbetreibern in den Regionalen Raumordnungsprogrammen geeignete, zusätzliche Vorrang- oder Eignungsgebiete Windenergienutzung ausschließlich für Repowering-Maßnahmen festgelegt werden.

[223] *Frank*, in: Boewe/Meckert, Leitfaden Windenergie: Planung, Finanzierung und Realisierung von Onshore-Windenergieanlagen, S. 225; *Scheidler*, GewArch Beilage WiVerw Nr. 03/2011, S. 117 (122).

Eine Verbindlichkeit für private Bauträger lässt sich hingegen weder aus bundes- noch landesrechtlich Raumordnungsplänen ableiten. Allerdings sind die Ziele und Grundsätze der Raumordnung sowohl bei der Erstellung von Flächennutzungsplänen als auch Bebauungsplänen von den Kommunen zu beachten (§ 1 Abs. 6 BauGB) und entfalten demzufolge eine mittelbare Wirkung für private Bauvorhaben hinsichtlich Art, Standort und Größe einer Erzeugungsanlage. Kommunale Projekte sind gemäß § 4 Abs. 1 S. 2 ROG von vornherein an die Raumordnung gebunden. Für eine Bindungswirkung der Betreibergesellschaft von WEA genügt aus gesellschaftsrechtlicher Sicht eine mehrheitliche Beteiligung der Kommune an der Gesellschaft.[224] Hinzukommen muss allerdings die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, was bei kommunaler Energieerzeugung nach der Energiemarktliberalisierung nicht einheitlich beantwortet wird.[225] Inwieweit es sich um eine öffentliche Aufgabe handelt wird ausführlich unter Gliederungspunkt F) erörtert. Die unmittelbare Planungsträgereigenschaft i.S.d. ROG eines Energieversorgungsunternehmens als Teil der Wirtschaft ist an dieser Stelle jedoch zu verneinen.[226] Eine sonstige Bindung Privater ist nur über Planfeststellungs- oder Genehmigungsverfahren oder eine Raumordnungsklausel wie § 35 Abs. 3 S. 2 BauGB möglich.[227]

Die Gemeinden sind somit sowohl bei der Aufstellung der Bauleitpläne als auch unter Umständen als Vorhabenträger eines Windparks an die Vorgaben der Raumordnung gebunden. Obwohl den Gemeinden andererseits die „Feinsteuerung" der Raumordnungspläne und Regionalpläne durch das Aufstellen von Bauleitplänen obliegt, bindet das Raumordnungsrecht die Kommune zu einem gewissen Grad, da die Ausweisung einer Konzentrationsfläche für Windenergieanlagen außerhalb eines Eignungsgebietes in einem Regionalplan einen Verstoß gegen das Anpassungsgebot des § 1 Abs. 4 BauGB darstellt, der zur Nichtigkeit führt.[228] Gemeinden haben gemäß § 6 Abs. 2 ROG jedoch die Möglichkeit von den Zielen des Raumordnungsplanes bei vertretbaren Gesichtspunkten abzuweichen.[229]

Trotz aller Verbindlichkeit der Raumordnungspläne ist zudem zu beachten, dass für die Raumordnungsplanung in Niedersachsen nach Maßgabe des LROP die Landkreise und selbstständigen Städte verantwortlich sind und dass bei der Planaufstellung die betroffenen Kommunen und auch Nachbargemeinde beteiligt werden müssen (§ 3 ff. NROG). Werden die Gemeinden als öffentliche Stellen im

---

[224] *Hermes*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 7, Rn. 78.

[225] *Büdenbender/Heintschel/von Heinegg/Rosin*, Energierecht I, Rn. 306 m. w. N. Verneinend: *Hermes*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 7, Rn. 78; *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 417 m.w.N.

[226] *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 417 m.w.N.

[227] *Köck*, DVBl. 2012, S. 3 (7).

[228] OVG Münster BauR 2008, S. 643ff.; *Mitschang*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 5 BauGB, Rn. 35i; *Gatz*, in: Hoppenberg/de Witt, Handbuch des Öffentlichen Baurechts, Z V, Rn.11.

[229] Siehe weiterführend zum Zielabweichungsverfahren: *Dyong*, in: Cholewa/Dyong/von der Heide/Arenz, Raumordnung in Bund und Ländern, Bd. 1, § 6 ROG, Rn. 7 ff.

Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 5 ROG nicht beteiligt, so sind die Gemeinden an die Vorgaben des Raumordnungsplanes auch nicht gebunden.[230] Ferner ist gemäß § 1 Abs. 3 ROG bei der Aufstellung der Raumordnungspläne die Entwicklung, Ordnung und Sicherung der Teilräume zu berücksichtigen (Gegenstromprinzip). Wird dieses nicht beachtet, so führt es zur Nichtigkeit des aufgestellten Raumordnungszieles.[231] Eine Raumordnungsplanung, die deutlich an den Interessen der Kommunen vorbeigeht, ist somit nicht möglich.

bb) Raumordnungsverfahren

Da sich die Steuerungsfähigkeit der Vorgaben der Raumordnungspläne mangels allgemein verbindlicher Feststellungen nur sehr beschränkt durchsetzen lässt, kommt dem Raumordnungsverfahren gemäß § 15 ROG als „Verbindungsstufe" zwischen Raumordnungsplan und Zulassungsverfahren eine große Bedeutung zu.[232] Gemäß § 1 Nr. 1 RoV soll z. B. bei (Energieerzeugungs-) Anlagen im Außenbereich, die UVP-pflichtig sind und einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung bedürfen, ein solches Verfahren durchgeführt werden, um die Raumverträglichkeit des Vorhabens zu prüfen. Das Raumordnungsverfahren wird von der zuständigen Landesbehörde[233] geleitet und soll eine Abstimmung der gesamträumlichen Planung mit der konkreten Anlage erreichen.[234] Hierbei soll ein Ausgleich zwischen den Ansprüchen des energiewirtschaftlichen Vorhabenträgers mit den anderen öffentlichen oder privaten Betroffenen gefunden werden.[235] Die Bindungswirkung des Raumordnungsverfahrens richtet sich ausschließlich nach den oben genannten Grundsätzen des § 4 ROG. Diese Ergebnisse müssen von den zuständigen Genehmigungsbehörden jedoch im Rahmen der Genehmigungsverfahren in der Abwägung[236] und dem Ermessen berücksichtigt werden, so dass eine relative Bindungswirkung eintritt.[237]

---

230 BVerwGE 95, 123 (132); *Gatz*, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, S. 41.

231 *Peine*, Öffentliches Baurecht, Rn. 226,

232 Vgl. *Hermes*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 7, Rn. 92.; *Battis*, Öffentliches Baurecht und Raumordnungsrecht, Rn. 113.

233 Gemäß §§ 9 ff. Nds. ROG ist die Landesplanungsbehörde zuständig.

234 Vgl. *Hermes*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 7, Rn. 92; *Battis*, Öffentliches Baurecht und Raumordnungsrecht, Rn. 113.

235 *Steiner*, Der Bau von Versorgungsleitungen – Verfahrensrechtliche Voraussetzungen, in: Festschrift für Fritz Fabricius zum 70. Geburtstag, S. 277 f.

236 So z. B. in § 1 Abs. 5 und 6 BauGB.

237 *Wagner*, DVBl. 1991, S. 1231 (1232); *Hermes*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 7, Rn. 97.

cc) Bauleitplanung

(1) Flächennutzungsplan

Die Kommunen selbst haben die Möglichkeit den Standort von WEA durch die Aufstellung von Bauleiplänen zu steuern, sofern dessen Aufstellung im Sinne des § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB erforderlich ist. Relevant wird die Steuerung vor allem im Außenbereich unter Zuhilfenahme eines Flächennutzungsplanes. Hier sind Windenergieanlagen gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegiert. Diese Privilegierung wird durch § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB jedoch wieder eingeschränkt, in dem die Errichtung von Windenergieanlagen unzulässig ist, sofern an anderer Stelle in einem Flächennutzungsplan eine Konzentrationsfläche für Windparks ausgewiesen wurde.[238] Dadurch bietet der Flächennutzungsplan eine steuernde Funktion, die von den Kommunen als zuständige Planungsbehörde (§ 1 Abs. 3 BauGB) für eine gezielte Standortplanung des Windparks genutzt werden kann, indem sie zum einen Konzentrationsflächen für gewünschte Vorhaben ausweist und zum anderen eine großflächige „Streubebauung" vermeidet. Diese Konzentrationswirkung tritt nach wohl überwiegender Ansicht erst mit der Rechtsverbindlichkeit des Flächennutzungsplans ein.[239]

Um eine solche positive Ausschlussfunktion zu erreichen, bedarf es eines schlüssigen städtebaulichen Gesamtkonzepts, welches für den gesamten Außenbereich erarbeitet wird und bei dessen Ergebnis sich die dargestellten Flächen tatsächlich für die Nutzung von Windenergie eignen müssen.[240] Die Ausweisung von ungeeigneten Flächen im Sinne der sogenannten „Negativplanung" zur gänzlichen Vermeidung von WEA innerhalb des Gemeindegebiets ist nicht zulässig.[241] In Anbetracht der Tendenz einiger Gemeinden nur äußerst windschwache und damit unattraktive Flächen auszuweisen, um überhaupt keine WEA zulassen zu müssen, ist eine Möglichkeit der Überprüfung dieser Planaufstellung auch durchaus relevant.[242] Die Ausschlusswirkung ist zudem nicht absolut, denn nur „in der Regel" stehen öffentliche Belange der Errichtung einer WEA entgegen, so dass im Einzelfall geprüft werden kann, ob eine Anlage nicht doch auch außerhalb der Konzentrationszonen zulässig sein kann.[243] Um das Windparklayout zu determinieren, eröffnet § 5 Abs. 2 Nr. 2b) BauGB i. V. m. § 16 Abs. 1 BauNVO der Gemeinde

---

[238] Vgl. dazu: *Ecker*, VBlBW 2001, S. 173 (174); *Stollmann*, Öffentliches Baurecht, § 17, Rn. 29.

[239] BVerwG NVwZ 2003, S. 1261 (1261); OVG Lüneburg BauR 2003, S. 1579 (1579); offen gelassen BVerwG NVwZ 2010, 156ff; *Hinsch*, NVwZ 2007, S. 770 (771).

[240] BT-Drs. 13/4978, vom 19.6.1996, Beschlussempfehlung und Bericht – Gesetz zur Änderung des Baugesetzbuches, S. 7; *Mitschang*, ZfBR 2003, S. 431 (434).

[241] BVerwG DVBl. 1991, 445ff.; BVerwG ZNER 2003, S. 37, LS. 3.

[242] Siehe dazu exemplarisch BVerwGE 117, 287 ff.; OVG Lüneburg ZfBR 2002, S. 362 ff. OVG Münster BauR 2002, S.886 ff.; OVG Lüneburg NuR 2000, S.49ff.; *Rieger*, in: Schrödter, § 35 BauGB, Rn. 161; *Mitschang*, ZfBR 2003, S.431 (435); *Stüer*, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, Kap. C, Rn. 2674f.

[243] Zu den Kriterien der Zulässigkeit von WEA außerhalb der Konzentrationsflächen siehe grundlegend BVerwG ZNER 2003, S. 37ff.

die Möglichkeit Höhenbegrenzungen in den Flächennutzungsplan zu implementieren[244]; eine Begrenzung des Rotorradius ist hingegen bauplanerisch nicht möglich.[245]

Mit Hilfe dieser Steuerungsfunktion kann die Kommune als Projektträgerin auch darauf hinwirken, besonders lukrative Flächen für die Windenergienutzung auszuweisen. Allerdings setzen die überregionalen Ziele der Raumordnung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB den Kommunen auch hier Schranken hinsichtlich der Ausweisung von Flächen für WEA, wenn für sie andere Flächen als Ziel der Raumordnung zugewiesen sind. Zudem haben sie auch hier die materiellrechtlichen Vorgaben hinsichtlich der Abstandsflächen, den Lärmschutz und sonstige Restriktionen zu beachten.[246] Als Kernelement für eine rechtmäßige Aufstellung eines Bauleitplanes steht dabei die Abwägung der einzelnen Ziele und Belange der beteiligten Personen im Fokus.[247] Bei dieser Abwägung fällt den Gemeinden jedoch eine weite Einschätzungsprärogative zu, von der sie in ihrem Interesse Gebrauch machen kann.[248]

Sofern bereits Flächen für die Windenergieerzeugung ausgewiesen wurden und die zuständige Gemeinde sich für eine weitere Ausweisung in einem Flächennutzungsplan entscheidet, bleibt die bisherige Konzentrationszone nach der neuen Regelung des § 249 Abs. 1 BauGB rechtmäßig.[249]

Gemäß § 5 Abs. 2b BauGB hat die Kommune nun auch die Möglichkeit einen Teilflächennutzungsplan zu erstellen. Vorteil dieser Möglichkeit ist die vergleichsweise schnelle Planaufstellung, ohne das gesamte Gemeindegebiet neu beplanen zu müssen.[250] Auch das Bestehen eines Gesamtflächennutzungsplans verhindert das Aufstellen eines sachlichen Teilflächennutzungsplans nicht, da dieser sachlich ausschließlich hinsichtlich des Anwendungsbereichs des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB und räumlich ausschließlich in dem beplanten Teilstück wirkt.[251] Um eine weitere räumliche Wirkung zu erzielen, muss der Teilflächennutzungsplan räumlich über das gesamte Gemeindegebiet festgesetzt oder mehrere Teilflächennutzungspläne nebeneinander aufgestellt werden.[252] Den Gemeinden wird somit die Möglichkeit gegeben, die Ausschluss- und Steuerungswirkung einer Konzentrationszone im Sinne des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB zu erreichen, ohne bereits ein sonst notwendi-

---

244 *Gatz*, in: Hoopenberg/de Witt, Handbuch des öffentlichen Baurechts, Z V, Rn. 51.

245 OVG Lüneburg BauR 2011, S. 1140 (1140).

246 Siehe Hierzu den Punkt D. II) 3) b).

247 *Gatz*, Windenergieanlagen in Verwaltung und Gerichtspraxis, S. 43.

248 Vgl. *Stüer*, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, Kap. A, Rn. 263, *Finkelnburg/Ortloff/Kment*, Öffentliches Baurecht, Bd. I, § 5, Rn. 20.

249 Vgl. hierzu: *Fest*, NVwZ 2012, S. 1129 (1131).

250 *Mitschang*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 5 BauGB, Rn. 35h; *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 5 BauGB, Rn. 62a.

251 *Scheidler*, GewArch Beilage WiVerw Nr. 03/2011, S. 117 (141); *Kley*, Der Teilflächennutzungsplan, S. 94.

252 *Kley*, Der Teilflächennutzungsplan, S. 95; *Gatz*, Windenergieanlagen in Verwaltung und Gerichtspraxis, Rn. 78.

ges gesamträumliches Planungskonzept für das ganze Gemeindegebiet aufgestellt zu haben.[253]

(2) Bebauungsplan

Für die Feinsteuerung der zu bebauenden Flächen kann die Gemeinde Bebauungspläne aus dem Flächennutzungsplan entwickeln (§ 8 Abs. 2 BauGB). Windenergieanlagen können innerhalb eines Bebauungsplanes als Sondergebiet für Anlagen, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung erneuerbarer Energien, wie Wind- und Sonnenenergie dienen, gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1 BauGB i. V. m. § 11 Abs. 2 S. 2 BauNVO festgesetzt werden. Eine reine Beschränkung auf sog. „Bürgerwindparks" ist in der Bauleitplanung jedoch untersagt, ebenso wie die Festsetzung eines Gebietes, welches nur Windparks mit kommunaler Beteiligung zulässt.[254] Innerhalb dieses Gebietes können aber Festsetzungen hinsichtlich der Maximalhöhe (§ 16 Abs. 2 Nr. 4 BauNVO) oder des maximalen Flächenverbrauchs der Anlagen (§ 23 Abs. 1 S. 1 BauNVO) beschlossen werden, nicht jedoch eine Beschränkung der Anzahl der Anlagen.[255] Alternativ lassen sich „Sonder"-Bebauungspläne extra für Windkraftanlagen erstellen, deren praktischer Nutzen jedoch äußerst fraglich ist, zumal die Aufstellung eines Bebauungsplanes zur Feinsteuerung eine weitere Zeitverzögerung für die Projektrealisierung bedeutet.[256]

Für das in dieser Arbeit behandelte Modell der kommunalen Energieerzeugung (in Verbindung mit Bürgern oder privaten Energieversorgern als Gesellschaftern) bietet sich ein Vorhaben- und Erschließungsplan gemäß § 12 BauGB an. Hierbei übernimmt der Investor die städtebauliche Planung und verpflichtet sich durch öffentlich-rechtlichen Vertrag zu ihrer Verwirklichung in dem festgelegten Zeitraum nebst Übernahme der dafür anfallenden Kosten und des wirtschaftlichen Risikos.[257] Vorteil dieses Konzepts, neben der Kostenverteilung, ist die Möglichkeit von den Festsetzungsvorgaben des § 9 BauGB und der BauNVO abzuweichen (vgl. § 12 Abs. 3 S. 2 BauGB). Des Weiteren kann die planende Gemeinde bei der Aufstellung des Bebauungsplanes viel konkreter auf das Vorhaben eingehen, als bei einem sonst aufgestellten „Angebotsplan".[258] Das Zulassungsverfahren wird zwar weiterhin unabhängig von dem planungsrechtlichen Aspekt

---

[253] *Scheidler*, GewArch Beilage WiVerw Nr. 03/2011, S. 117 (142); *Gatz*, Windenergieanlagen in Verwaltung und Gerichtspraxis, Rn. 78.

[254] OVG Schleswig ZUR 2013, S. 551 (553); *Shrivani*, NVwZ 2014, S. 1185 (1189); *Berkemann*, NordÖR 2013, S. 497 (499).

[255] OVG Lüneburg BauR 2007, S. 329 ff.; OVG Koblenz DVBl. 2011, S. 504 (504); *Gatz*, Windenergieanlagen in Verwaltung und Gerichtspraxis, Rn. 161; *Scheidler*, GewArch Beilage WiVerw Nr. 03/2011, S. 117 (151).

[256] Hierzu: *Jeromin*, BauR 2003, S. 820 (825); *Frank*, in: Boewe/Meckert, Leitfaden Windenergie: Planung, Finanzierung und Realisierung von Onshore-Windenergieanlagen, S. 228, a.A: *Kruse/Legler*, ZUR 2012, S. 348 (350).

[257] *Mitschang*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 12 BauGB, Rn.3; *Krautzberger*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 12 BauGB, Rn. 2.

[258] *Kohls*, in: Danner/Theobald, Energierecht, Ziff. 130, Rn. 240ff.

durchgeführt, die Gemeinde hat unter Beteiligung der Träger öffentlicher Belange jedoch anzugeben, welche Anwendungsbereiche voraussichtlich berührt werden und einzuhalten sind, so dass sich durch die bessere Vorbereitung bei parallel laufenden Verfahren eine Zeitersparnis ergibt und die Antragsunterlagen zudem für beide Verfahren Verwendung finden.[259] Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit wird zudem durch einen solchen vorhabenbezogenen Bebauungsplan abschließend festgestellt (vgl. § 30 Abs. 2 BauGB).[260] Zu beachten ist allerdings, dass die planende Gemeinde nicht selbst Vorhabenträger sein kann.[261] Kommunale Gesellschaften, namentlich Stadtwerke, sind als Vorhabenträger hingegen zulässig.[262]

Als weitere Kooperationsmöglichkeit auf der planungsrechtlichen Ebene kommt der städtebauliche Vertrag im Sinne des § 11 BauGB in Betracht, welcher allerdings nur als Mittel der Kooperation zu verstehen ist und das Aufstellen eines „normalen" Bebauungsplanes nicht ersetzt.[263]

dd) Sicherung der Bauleitplanung

Bei aktuellen Bauvorhaben kann die Gemeinde für die Durchsetzung künftiger Konzentrationsflächen mit der Wirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 einen Antrag auf Zurückstellung bei der Genehmigungsbehörde gemäß § 15 Abs. 3 BauGB stellen.[264] Um ein solches Vorhaben nach den eigenen Vorstellungen zu „lenken" ist für die Gemeinde Eile geboten, denn eine Aussetzung des Zulassungsverfahrens ist für längstens zwei Jahre möglich (§ 15 Abs. 3 S. 3 BauGB). Eine generelle Aussage über die Mindestgröße und die Anzahl der dann im Flächennutzungsplan auszuweisenden Standorte kann nicht getroffen werden. Vielmehr hängt die Zulässigkeit von dem Verhältnis der ausgewiesenen Fläche zu der Größe der Gemeinde, der Windhöffigkeit und der generellen Struktur der durch den Flächennutzungsplan beplanten Fläche ab.[265]

---

[259] *Kohls*, in: Danner/Theobald, Energierecht, Ziff. 130, Rn. 241; *Krautzberger*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 12 BauGB, Rn. 18.

[260] *Mitschang*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 12 BauGB, Rn.6; *Kukk*, in: Schrödter, § 12 BauGB, Rn. 7.

[261] *Kukk*, in: Schrödter, § 12 BauGB, Rn. 13; *Reidt*, in: Gelzer/Bracher/Reidt, Bauplanungsrecht, Rn. 886; *Mitschang*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 12 BauGB, Rn.12; a.A.: *Birk*, Städtebauliche Verträge, S. 285.

[262] *Mitschang*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 12 BauGB, Rn.12; *Krautzberger*, in: Ernst/Ziekahn/Bielenberg, § 12 BauGB, Rn. 58.

[263] OVG Lüneburg DVBl 2012, 655; *Kümmel*, NZBau 2012, S. 491 (491).

[264] *Rieger*, in: Schrödter, § 35 BauGB, Rn.159; *Battis*, Öffentliches Baurecht und Raumordnungsrecht, Rn. 282.

[265] Vgl. BVerwGE 128, 382 (387); *Rieger*, in: Schrödter, § 35 BauGB, Rn. 161.

Bei einem Bebauungsplan kann zusätzlich zu den Regelungen des § 15 Abs. 3 BauGB eine Veränderungssperre gemäß § 14 Abs. 1 BauGB hinsichtlich der positiven Planung von Windenergieanlagen beschlossen werden.[266]

3) Genehmigungsfähigkeit der Anlage

Windkraftanlagen, so wie auch alle anderen Energieerzeugungsanlagen, bedürfen aufgrund der Berührungspunkte mit verschiedenen Umweltmedien, Anwohnern und Tieren einer Vielzahl von fachspezifischen Genehmigungen. Diese Genehmigungen bilden damit auch für die durch Art. 20 Abs. 3 i. V. m. 28 Abs. 1 GG an die Gesetze gebundenen Kommunen eine unabdingbare Voraussetzung für die Realisierung eines Windpark-Projektes. Ebenfalls sind die planungsrechtlichen Aspekte mit dem Genehmigungsverfahren in der Weise verknüpft, dass eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung eine bauplanungsrechtliche Zulässigkeit voraussetzt, welche wiederum die Steuerung durch Flächennutzungs- (§ 8 Abs. 2 oder § 35 Abs. 3 BauGB) und Raumordnungspläne (§ 1 Abs. 6 BauGB) einschließt und somit eine wegweisende Auswirkung auf die Standortsteuerung der Kommunen entfaltet.[267] Sowohl Bauleitplanung als auch deren Sicherung sind ohne die Genehmigungsfähigkeit einer dort verorteten Anlage somit nutzlos und daher explizit zu prüfen.

a) Exkurs: Genehmigungsverfahren

Die Genehmigungen von WEA werden nicht auf Ebene der Gemeinde, sondern zentralisiert bei den Landkreisen erteilt, Ziff. 8.1.a ZustVO Umwelt- und Arbeitsschutz. Gemeinden sind daher wie auch private Vorhabenträger von der Entscheidung einer institutionsverschiedenen Behörde abhängig.

Um Doppelprüfungen weitestgehend zu vermeiden und die Genehmigungsdauer zu verkürzen, entfalten einige Fachgenehmigungen eine Konzentrationswirkung.[268] Das bedeutet, dass das Anlagenzulassungsverfahren, soweit die Konzentrationswirkung reicht, bei einer einzigen statt vieler verschiedener Genehmigungsbehörden stattfindet.[269] Gerade bei Windkraftanlagen ist in den allermeisten Fällen eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung verpflichtend. Gemäß § 13 BImSchG schließt eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung alle weiteren öffentlich-rechtlichen Genehmigungen ein, „mit Ausnahme von Planfeststellungen, Zulassungen bergrechtlicher Betriebspläne, behördliche Entscheidungen auf Grund atomrechtlicher Vorschriften und wasserrechtlichen Erlaubnissen und

---

[266] OVG Lüneburg NuR 2003, S. 771, *Scheidler*, GewArch Beilage WiVerw Nr. 03/2011, S. 117 (152).

[267] Vgl. *Stenneken*, Planung und Genehmigung von Windkraftanlagen, S. 69; *Fehling*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 8, Rn. 35.

[268] *Fehling*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 8, Rn. 31; *Odendahl*, VerwArch 94 (2003), S. 222ff.

[269] Vgl. *Odendahl*, VerwArch 2003, S. 222 (224).

Bewilligungen nach § 8 in Verbindung mit § 10 des Wasserhaushaltsgesetzes". So ist insbesondere auf die immissionsschutzrechtliche Genehmigung einzugehen, bei der die materiell-rechtlichen Voraussetzungen weiterer betroffener Fachgesetze mitgeprüft werden.

Die für die immissionsschutzrechtliche Genehmigung zuständige Behörde richtet sich nach Ziff. 8 der Nds. ZustVO Umwelt-und Arbeitsschutz. Um den Ausbau der Windenergie weiter zu fördern und die Verfahren zu vereinheitlichen und zu beschleunigen, haben die zuständigen Ministerien der Bundesländer Windenergieerlasse ausgearbeitet, die verwaltungsinterne Konkretisierungen für Standorte, Verfahren und Ähnliches beinhalten.[270] In Niedersachsen wurde zum Zwecke der Verfahrensbeschleunigung zudem ein elektronisches Antragsverfahren für immissionsschutzrechtliche Genehmigungen gemäß § 10 Abs. 1 BImSchG, 9. BImSchV eingeführt.[271]

Bei Windkraftanlagen handelt es sich um ortsfeste technische Anlagen im Sinne des § 3 Abs. 5 Nr. 1 BImSchG. Bei Windfarmen ab 20 Anlagen und ab einer Höhe von 50m (und damit faktisch alle Neubauten[272]) bedürfen sie einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung gemäß § 10 BImSchG (vgl. Anlage 1 Nr. 1.6 4.BImSchV) und den vereinfachten Voraussetzungen des § 19 BImSchG bei weniger als 20 Anlagen. Aufgrund der Konzentrationswirkung des § 13 BImSchG ist eine weitere bauordnungsrechtliche Genehmigung ausgeschlossen. Ein weiterer Faktor für die Art des Genehmigungsverfahrens ist die Frage nach der UVP-Pflichtigkeit der Anlage. Es bedarf nämlich auch dann einer Genehmigung nach § 10 BImSchG, wenn die Anlage grundsätzlich im vereinfachten Verfahren nach § 19 BImSchG zu genehmigen ist, sie aber zusätzlich eine UVP-Prüfung benötigt (§ 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1c 4. BImSchV). Diese ergibt sich aus Anlage 1 Liste "UVP-pflichtige Vorhaben" des UVPG. Gemäß Nr. 1.6 Spalte 1 der Anlage 1 werden Windparks mit drei oder sechs Anlagen einzelfallbezogen bewertet und 6 bis 20 Anlagen einer allgemeinen Vorprüfung des Einzelfalls unterzogen (§ 3 c UVPG).

---

[270] Gemeinsamer Runderlass des Ministeriums für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein – Westfalen (Az. VIII2 - Winderlass) und des Ministeriums für Wirtschaft, Energie, Bauen, Wohnen und Verkehr des Landes Nordrhein-Westfalen (Az. X A 1 – 901.3/202) und der Staatskanzlei des Landes Nordrhein-Westfalen (Az. III B 4 – 30.55.03.01) Erlass für die Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen und Hinweise für die Zielsetzung und Anwendung (Windenergie-Erlass) vom 11.07.2011, MBl. NRW, Ausgabe 2011 Nr. 22 vom 8.9.2011 Seite 317 bis 340.

[271] *Gewerbeaufsicht Niedersachsen*, Genehmigungsverfahren nach Bundes-Immissionsschutzgesetz, http://www.gewerbeaufsicht.niedersachsen.de/portal/live.php?navigation_id=11353&article_id=52011&_psmand=37.

[272] Windenergieanlagen ab 750 kW haben bereits eine Nabenhöhe von 60m oder mehr, vgl. *Kahle/Resthöf*, in: Resthöf, § 29 EEG, Rn. 8; Durchschnittliche Bauhöhen 2016 liegen bei 127 m, *Agentur für Erneuerbare Energien*, Installierte Windenergieleistung in Deutschland, http://www.foederal-erneuerbar.de/landesinfo/bundesland/D/kategorie/wind/auswahl/180-installierte_leistun/#goto_180.

[272] *Bundesverband Windenergie*, Anzahl Windkraftanlagen Deutschland, 2017, https://www.wind-energie.de/infocenter/statistiken/deutschland/installierte-windenergieleistung-deutschland.

Eine Umweltverträglichkeitsprüfung hat das Ziel möglichst schon in der Planungsphase das Vorhaben einer ökologischen Untersuchung zu unterziehen, um festzustellen und zu bewerten welche Umweltbeeinträchtigungen das Vorhaben mit sich ziehen könnte und diese Erkenntnisse in die anschließenden Verwaltungsentscheidungen einfließen zu lassen.[273] Die Besonderheit an diesem Verfahren ist der früher umweltrechtlich untypische integrative Ansatz, bei dem versucht wird sämtliche Umwelteinwirkungen und Wechselwirkungen zu erfassen und diese gebündelt abzuwägen und zu bewerten.[274] Dafür werden die weiteren relevanten Behörden (§ 7 UVPG, § 11 der 9. BImSchV) und die Öffentlichkeit (§§ 9 f. UVPG, § 11a der 9. BImSchV) an dem Verfahren beteiligt. Die eigentliche Prüfung ist ein unselbständiger Bestandteil der jeweiligen verwaltungsbehördlichen Zulassungsverfahren[275] und gemäß § 2 Abs. 2 S. 1 UVPG und § 1 Abs. 2 S. 1 der 9.BImSchV in das immissionsschutzrechtliche Verfahren zu integrieren. Gemäß § 1 Abs. 2 der 9. BImSchV ist die Umweltverträglichkeitsprüfung dann nach den spezielleren Vorschriften der 9. BImSchV durchzuführen. Das genaue Verfahren wird in §§ 4 ff. der 9. BImSchV geregelt. Die Ergebnisse dieser Prüfung müssen bei den behördlichen Zulassungsverfahren in der Abwägung „berücksichtigt" werden (§ 20 Abs. 1 b S. 3 der 9. BImSchV bzw. § 12 UVPG). Die Ergebnisse haben daher keine verbindliche, aber eine indizierende Wirkung.[276]

b) Materiell-rechtliche Bestimmungen

aa) Bundesimmissionsschutzgesetz

Für eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung selbst muss die Anlage gemäß § 6 Abs. 1 BImSchG den Anforderungen des § 5 BImSchG und aller auf § 7 BImSchG erlassenen RVO entsprechen (Nr. 1) und darf weiteren öffentlich-rechtlichen Vorschriften und Belangen des Arbeitsschutzes (Nr. 2) nicht entgegenstehen.

Im Besonderen darf das Vorhaben gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 Nr.1 BImSchG keine schädlichen Umwelteinwirkungen i.S.d. § 3 Abs. 1 BImSchG hervorrufen. Die hiervor geschützten Rechtsgüter ergeben sich aus § 1 Abs. 1 BImSchG. Bei WEA kommen vor allem Geräusche, Licht- und Schattenwurf, sogenannte Disko-Effekte (Reflexion des Sonnenlichts durch die Rotorblätter), Vogel- und Fledermausschlag, Infraschallwellen und die Beeinträchtigung des Landschaftsbildes als Immissionen im Sinne des § 3 Abs. 2 BImSchG in Betracht.[277] Konkrete Grenz-

---

[273] BT-Drs. 11/1568 vom 21.12.1987, Unterrichtung – Umweltgutachten 1987, Tz.121 ff.; *Winkler*, in: Hoppe, Einl. UVPG, Rn. 2, *Kloepfer*, Umweltrecht, § 5, Rn. 495ff.

[274] Vgl. *Winkler*, in: Hoppe, Einleitung UVPG, Rn.7f.; *Erbguth/Schlacke*, Umweltrecht, § 5, Rn. 62.

[275] *Erbguth/Schlacke*, Umweltrecht, § 5, Rn. 66.

[276] *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht Bd. 4, § 20 9.BImSchV, Rn. 10.

[277] Vgl. *Ramtke*, Die Rechtsprobleme des Ausbaus der Windenergienutzung, S. 89; *Hentschel*, Umweltschutz bei Errichtung und Betrieb von Windkraftanlagen, S. 71ff. Ein interessanter Ansatz die

werte ergeben sich bspw. aus den auf Grundlage von § 48 BImSchG erlassenen Verwaltungsvorschriften TA Lärm und TA Luft, deren Vorgaben nach herrschender Meinung als normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften trotz verwaltungsinternen Charakters verbindliche Wirkung gegenüber Bürgern entfalten.[278] Bei WEA ist die TA Lärm als Maßstab für Rotorengeräusche von Bedeutung.[279] Für die Baugebiete werden gemäß Ziff. 6. 1 der TA Lärm Immissionsrichtwerte von 70 dB(A) in Industriegebieten, 65 dB(A) tags, 50 dB(A) nachts in Gewerbegebieten und 60 dB(A) tags, 45 dB(A) nachts in Kern-, Dorf und Mischgebieten angegeben. Die jeweiligen Abstandsflächen zu Wohngebäuden und die maximale dB-Zahl sind jedoch nach den Umständen des Einzelfalls zu bestimmen.[280] Neben den Lärmimmissionen sind vor allem Schattenwürfe und der daraus resultierende Disco-Effekt als ähnliche Umweltauswirkungen i.S.d. § 3 Abs. 2 BImSchG immer wieder Gegenstand von Widerständen in der Bevölkerung und folglich in Gerichtsverfahren.[281] Der Discoeffekt entfaltet durch die nun matte Beschichtung von neuen Anlagen aber kaum noch ein Problem.[282] Durch den von der Rotorbewegung verursachten periodischen Wechsel von Licht und Schatten hat der Schattenwurf jedoch weiterhin negative Auswirkungen auf betroffene Anwohner. So *kann* bereits eine Einwirkung des Schattenwurfs von 60 Minuten am Tag zu Stressreaktionen der Betroffenen führen.[283] Es ist daher in Form einer Auflage sicherzustellen, dass der Immissionsrichtwert für die astronomisch maximal mögliche Beschattungsdauer von 30 Stunden pro Kalenderjahr nicht überschritten wird und der Immissionsrichtwert die tägliche Beschattungsdauer von 30 Minuten nicht überschreitet.[284]

Nachteile der Errichtung von WEA durch die Verlegung von Erdkabeln statt Überlandleitungen zu kompensieren bei: *Weisensee*, NuR 2013, S. 789 ff.

[278] BVerwGE 55, 250 (256); *Fehling*, in Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 8, Rn. 92; *Koch*, in: Koch, Umweltrecht, § 4, Rn. 117.

[279] *Gatz*, in: Hoppenberg/de Witt, Handbuch des öffentlichen Baurechts, Z V, Rn. 76; *Fehling*, in Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 8, Rn. 96.

[280] Vgl. zu den jeweiligen Abständen OVG Lüneburg NVwZ 1999, S. 444 (445); OVG Koblenz NuR 2003, S. 768 (770). Hinsichtlich der Einflussfaktoren auf die Geräuschintensität der WEA umfassend *Hentschel*, Umweltschutz bei der Errichtung und dem Betrieb von Windenergieanlagen, S. 386 ff.

[281] VG Bayreuth Urteil vom 18. Dezember 2014 – B 2 K 14.839 –, juris; VG Ansbach Urteil vom 02. Juli 2014 – AN 11 K 14.00145 –, juris; VG München Urteil vom 16. Juli 2013 – M 1 K 13.2056 –, juris; VG Düsseldorf Urteil vom 28. Oktober 2010 – 11 K 2863/09 –, juris.

[282] Windkrafterlass NRW vom 04.11.2015, S. 27, https://www.umwelt.nrw.de/fileadmin/redaktion/PDFs/klima/Winderlass_Novelle_2015_Entwurf.pdf.

[283] *Pohl/Faul/Mausfeld*, Belästigung durch periodischen Schattenwurf von Windenergieanlagen, Laborpilotstudie, Mai 2000, http://wcms.uzi.uni-halle.de/download.php?down=27568&elem=1948015; auch: *Stüer*, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, Kap. C, Rn. 2722.

[284] *Länderausschuss für Immissionsschutz,* Hinweise zur Ermittlung und Beurteilung der optischen Immissionen von Windenergieanlagen vom 13.03.2003, S. 6.

Des Weiteren weist die Vorsorgepflicht des § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG eine Relevanz für die immissionsschutzrechtliche Genehmigung einer Windenergieanlage auf, die dem Betreiber vorgibt Maßnahmen auf dem Stand der Technik zu ergreifen, um schädliche Umwelteinwirkungen präventiv zu unterbinden, § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG. Ferner ergibt sich daraus die Pflicht die Anlage so zu erbauen, dass sie den Rückbaubestimmungen des § 5 Abs. 3 BImSchG entspricht, insbesondere das Anlagengrundstück so wiederherzustellen, wie es vor der Anlagenbenutzung war (§ 5 Abs. 3 Nr. 3 BImSchG).

bb) Weitere öffentlich-rechtliche Vorschriften im Sinne des § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG

(1) Bauplanungsrecht

Auch das Bauplanungsrecht ist als öffentlich-rechtliche Vorschrift im Sinne das § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG im Rahmen einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung zu prüfen. Bei kommunalen Projektträgern wird diese aufgrund der Planaufstellung durch die Kommunen in der Regel kein Problem darstellen. Dennoch ist es durchaus möglich, dass das Bauprojekt in seiner konkreten Ausgestaltung gegen bauplanungsrechtliche Vorgaben verstößt. Die Frage der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit der WEA, als bauliche Anlage im Sinne des § 29 BauGB, richtet sich danach, ob sie im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes (§ 30 BauGB), dem unbeplanten Innenbereich (§ 34 BauGB) oder dem Außenbereich (§ 35 BauGB) errichtet werden soll.

Wie bei der Aufstellung der Bauleitpläne bereits festgestellt, ist die Bebauung im Außenbereich besonders relevant. Trotz der Privilegierung ist bei der Zulassung im Außenbereich das Gebot der Rücksichtnahme als öffentlicher Belang zu beachten. Windkraftanlagen können auf bewohnte Nachbargrundstücke im Außenbereich eine optisch bedrängende Wirkung ausüben und somit unzulässig sein.[285] Auch die erwähnten Lärm- und Lichtimmissionen sind als schädliche Umwelteinwirkungen im Sinne des § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BauGB bei der Bauleitplanung zu beachten.[286] Ebenso wie die Belange des Natur- und Landschaftsschutzes, § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB und die weiteren in § 35 Abs. 3 S.1 BauGB aufgeführten öffentlichen Belange.[287]

Seltener wird eine WEA innerhalb eines qualifizierten Bebauungsplanes errichtet, welcher als Bauleitplan wiederum von den Gemeinden als Satzung aufgestellt wird (§ 1 Abs. 2 u. 3, § 10 Abs. 1 BauGB).

Schließlich kommt eine Errichtung einer WEA im unbeplanten Innenbereich gemäß § 34 BauGB in Betracht. Da sich die bauliche Anlage in das Ortsbild der

[285] OVG Münster DVBl. 2006, S. 1532 (1532).

[286] Vgl. hierzu die Grundsätze des OVG Lüneburg NVwZ 1999, S. 1358, treffend zusammengestellt bei: *Stüer*, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, Kap. C, Rn. 2719 ff.

[287] Siehe zum Verhältnis Baurecht/Naturschutzrecht oben Punkt D. II) 3) b) bb).

näheren Umgebung einfügen soll, wird eine Zulässigkeit einer WEA eher zu verneinen sein. Es sei denn es handelt sich um eine oben beschrieben untergeordnete (kleine) Nebenanlage i.S.d. § 14 Abs. 1 S. 1 BauNVO[288], bei der sich die Anlage zweckgebunden in die Eigenart der Siedlung einfügt.

(2) Bauordnungsrecht

Das Bauordnungsrecht dient der Sicherheit der baulichen Anlagen und ist der Gefahrenabwehr zugeordnet.[289] Windkraftanlagen fallen als mit dem Erdboden verbundene oder auf ihm ruhende, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen, unter den Begriff der baulichen Anlagen im Sinne der Landesbauordnungen[290] und sogar der eines Gebäudes im Sinne des § 2 Abs. 2 NBauO. Bauordnungsrechtlich besonders relevant sind die einzuhaltenden Abstandsflächen, die Stand- und Betriebssicherheit und der Verunstaltungsschutz bei der Errichtung von Windenergieanlagen.

Bei Abstandsflächen ist jeweils der höchste Punkt der baulichen Anlage zu ermitteln, um aus dieser Ziffer „H" die Mindestabstände nach den jeweiligen landesrechtlichen Bestimmungen zu berechnen.[291] Bei WEA als Bauwerke mit gebäudeähnlicher Wirkung[292] ist von dem höchsten Punkt der von dem Rotor bestrichenen Fläche als Berechnungspunkt auszugehen[293], teilweise haben die Bauordnungen der Länder aber spezielle Regelungen für die Abstandsflächen von WEA erlassen. Gemäß § 6 Abs. 10 S. 2 BauO NRW gilt beispielsweise: „Für Windenergieanlagen gelten die Absätze 4 bis 7 nicht. Bei diesen Anlagen bemisst sich die Tiefe der Abstandfläche nach der Hälfte ihrer größten Höhe. Die größte Höhe errechnet sich bei Anlagen mit Horizontalachse aus der Höhe der Rotorachse über der geometrischen Mitte des Mastes zuzüglich des Rotorradius. Die Abstandfläche ist ein Kreis um den geometrischen Mittelpunkt des Mastes."

Aus dieser Art der Berechnung kann sich für den Windparkbetreiber mitunter ein Problem ergeben, wenn es ihm nicht gelungen ist für die WEA eine Fläche der Größe zu pachten bzw. zu kaufen, auf der die Abstände zu den angrenzenden Grundstückflächen eingehalten werden können.[294] Gerade im Außenbereich ist der eigentliche Schutzzweck, der Schutz vor Beeinträchtigung der Belichtungs-Besonnungs- und Belüftungsverhältnissen von Gebäuden der bauordnungsrecht-

[288] *Büdenbender/Heintschel/von Heinegg/Rosin*, Energierecht, S. 784; *Gatz*, in: Hoppenberg/de Witt, Handbuch des öffentlichen Baurechts, Z V Rn. 165f.

[289] *Erbguth*, in: Tettinger/Erbguth/Mann, Besonderes Verwaltungsrecht, § 25, Rn. 870; *Finkelnburg/Ortloff/Otto*, Öffentliches Baurecht, S. 12.

[290] Vgl. § 2 Abs. 1 S. 1 NBauO; § 2 Abs. 1 S. 1 BauO NRW; Art. 2 Abs. 1 S. 1 Bay.BauO.

[291] *Gatz*, in: Hoppenberg/de Witt, Handbuch des öffentlichen Baurechts, Z V, Rn. 205.

[292] OVG Bautzen Beschluss vom 02. Februar 2007 – 1 BS 1/07 –, juris.

[293] OVG Greifswald NVwZ 2001, S. 454 (454); *Fehling*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 8, Rn. 181; *Gatz*, in: Hoppenberg/de Witt, Handbuch des öffentlichen Baurechts, Z V, Rn. 205.

[294] *Jeromin*, BauR 2003, S. 821 (827).

lichen Abstandsflächen, aber in Hinblick auf die umliegenden Agrarflächen und landwirtschaftlichen Zufahrtswege gar nicht berührt.[295] Neben der Möglichkeit der behördlichen Abweichung von den gesetzlich bestimmten Mindestabstandsflächen (§ 66 Abs. 1 S. 1 NBauO), besteht zudem die Möglichkeit, dass der Anlieger in eine nähere Bebauung einwilligt (vgl. § 68 Abs. 4 NBauO). Außerdem haben die bauordnungsrechtlichen Abstände zu Wohngebieten aufgrund der viel weiterreichenden Abstandsbestimmungen von Schattenwurf und Lärm wenig Relevanz.[296] In Hinblick auf die planungsrechtlichen Abstände (§ 9 Abs. 1 Nr. 2a BauGB i.V.m BauNVO) lässt sich hinzufügen, dass diese als Bundesrecht den bauordnungsrechtlichen Abständen vorgehen.[297]

Hinsichtlich des Schutzes vor Verunstaltung (§ 10 NBauO) ist bei Windenergieanlagen insbesondere der Schutz des Landschaftsbildes zu beachten. Beurteilungsmaßstab ist herbei das Empfinden jedes für ästhetische Eindrücke offenen Betrachters, also des gebildeten Durchschnittsmenschen.[298] Hierbei ist sowohl die Qualität und Eigenart der Landschaft sowie eine eventuelle „Vorbelastung" der Landschaft durch WEA zu beachten, ebenso wie die Tatsache, dass der Gesetzgeber grundsätzlich eine Privilegierung für WEA im Außenbereich vorgesehen hat.[299] Die Bewertung inwiefern eine oder mehrere WEA verunstaltend wirken, hängt daher von der Bewertung des Einzelfalls ab.[300] Es sei dabei darauf hinzuweisen, dass Gemeinden gemäß § 84 Abs. 3 NBauO zusätzlich zu dem allgemeinen Verunstaltungsverbot die Möglichkeit haben konkrete gestalterische Vorgaben an die örtliche Bebauung zu stellen und so, wenn auch bei WEA geringen, Einfluss auf die optische Gestaltung der Anlage nehmen können. An die Stand- und Betriebssicherheit von WEA sind hingegen, aufgrund der schwerwiegenden Havarie- und Unfallmöglichkeiten wie Eisbildung, abbrechende Rotorblätter, Brände durch Blitzeinschläge und Überhitzung, Auslaufen von Öl oder gar dem Umstürzen der gesamten WEA aufgrund von Konstruktionsfehlern, strenge Anforderungen zu stellen.[301] Die Pflicht zur Sorgfalt und dem Ergreifen der geeigneten Schutzmaßnahmen ergibt sich neben den landesbaurechtlichen Bestimmungen (§§ 12 ff. NBauO, insbesondere § 16 NBauO) aus § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG und dem Rücksichtnahmegebot[302] des § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BauGB. Um die dafür

---

[295] *Jeromin*, BauR 2003, S. 821 (827); ähnlich VGH München ZNER 2009, S. 317; *Gatz*, in: Hoppenberg/de Witt, Handbuch des öffentlichen Baurechts, Z V Rn. 206.

[296] *Jeromin*, BauR 2003, S. 821 (828).

[297] So auch: OVG Lüneburg, Beschl. v. 22.12.2014 – 1 MN 118/14, Rn. 80 ff.

[298] BVerwG, BauR 2002, 1052; *Wiechert*, in: Große-Suchsdorf, § 10 NBauO, Rn. 13.

[299] Vgl. OVG Weimar, Urt. v. 29.05.2007 – 1 KO 1054/03, VGH München, Urt. v. 1.10.2007 – 15B06/2356; *Hinsch*, in: Schulz, Handbuch Windenergie, S. 375.

[300] Siehe hierzu instruktiv: OVG Münster, BauR 2005, S. 836 ff.

[301] *Rectanus*, NVwZ 2009, S. 871 (872); *Fehling*, in Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 8, Rn. 177.

[302] Hierzu: BVerwG ZUR 2015, S. 184.

verlangte Sicherheit gewährleisten zu können werden die Rotorblätter und Triebstränge ständig überwacht sowie automatische Abschaltmechanismen installiert.[303]

Da Windenergieanlagen in aller Regel im Außenbereich errichtet werden und dieser möglichst zu schonen ist, unterliegen die Anlagen gemäß § 35 Abs. 5 S. 2 BauGB zudem einer Rückbauverpflichtung. Die Kosten liegen vor allem wegen der großen Betonfundamente für eine 2 MW Anlage bei ca. 30.000-60.000 EUR pro Rückbau.[304]

(3) Natur- und Landschaftsschutz

Die Grundflächennutzung und zum anderen die Veränderung von Landschaft und Natur durch den Bau einer Windenergieanlage stellen einen Eingriff in die Natur im Sinne des § 14 Abs. 1 BNatSchG dar.[305] Als Folge davon hat der Anlagenbetreiber Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen gemäß § 15 BNatSchG, (§§ 10, 12 NNatSchG) zu leisten, sofern diese Eingriffe unvermeidbar sind. Ausgeglichen ist eine Beeinträchtigung gemäß § 15 Abs. 2 S. 2 BNatSchG, wenn und sobald die beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushalts in gleichartiger Weise wiederhergestellt sind und das Landschaftsbild landschaftsgerecht wiederhergestellt oder neugestaltet ist. Ersetzt ist eine Beeinträchtigung gemäß § 15 Abs. 2 S. 3 BNatSchG, wenn und sobald die beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushalts in dem betroffenen Naturraum in gleichwertiger Weise hergestellt sind und das Landschaftsbild landschaftsgerecht neugestaltet ist. Art und Umfang der Kompensationsleistung legt die zuständige Behörde fest (§ 17 Abs. 1 - 3 BNatSchG, § 16 NNatSchG).[306] Sollte eine solche Naturalkompensation nicht möglich sein, hat der Verursacher ein Ersatzgeld zu zahlen (§ 15 Abs. 6 S. 1 BNatSchG). Als ultima ratio wird die Zulassung der WEA gemäß § 15 Abs. 5 BNatSchG untersagt. Bei WEA ist die Zahlung einer Ausgleichszahlung besonders praxisrelevant.[307] Zusätzlich zu der flächendeckenden Grundsicherung von Natur und Landschaft, sind bei der Standortwahl besonders schützenswerte Gebiete im Sinne der §§ 20 ff. BNatSchG zu beachten. Die Errichtung von Windenergieanlagen in diesem Gebieten ist mit Ausnahme der Befreiungsmöglichkeit des § 67 BNatSchG verboten.[308] Neben der Eingriffsregelung des § 14 BNatSchG und dem besonderen

---

[303] Ausführlich zu den Gefahren von WEA und deren Sicherheitsvorkehrungen: *Rectanus*, NVwZ 2009, S. 871ff.

[304] BT-Drs. 15/1417 vom 14.07.2003, Antwort Bundesregierung - Belastungen der öffentlichen Hand durch Insolvenzfälle bei Windenergieanlagenbetreibern, S. 2.

[305] Vgl. *Ramtke*, Die Rechtsprobleme des Ausbaus der Windenergie in Deutschland, S. 59; *Ogiermann*, Rechtsfragen bei der Errichtung von Windkraftanlagen, S. 144. Sowohl Niedersachsen, als auch NRW haben von der Abweichungskompetenz gem. Art. 72 Abs. 3 Nr. 2 GG Gebrauch gemacht und landesrechtliche Naturschutzregelungen erlassen. Privilegierungen hinsichtlich Windkraftanlagen sind hierbei allerdings nicht mehr vorgesehen.

[306] Vgl. auch: *Gellermann*, NVwZ 2010, S. 73 (76).

[307] So auch: OVG Lüneburg, Urt. v. 12.05.2011 – 1A11186/08, juris Rn. 53 ff.

[308] BVerwG BauR 2000, S. 1311 (1311); so auch: *Leidinger*, Energieanlagenrecht, S. 306, *Hentschel*, Umweltschutz bei Errichtung und Betrieb von Windenergieanlagen, S. 555.

Schutz der Landschaftsteile gemäß §§ 20 ff. BNatSchG, hat das BNatSchG den Artenschutz zum Ziel (vgl. §§ 37 ff. BNatSchG). Relevant wird dies bei WEA hauptsächlich im Hinblick auf die Verletzung und Tötung von Vögeln und Fledermäusen (§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG).[309] Zusätzlich nehmen kommerziell genutzte Flächen Lebens-, Fortpflanzungs- und Nahrungsräume von wild lebenden Tieren ein. Daher ist bei der Standortwahl einer WEA gerade auch die ansässige Fauna in die Planung miteinzubeziehen, um die materiell-rechtlichen Vorgaben des BNatSchG zu erfüllen.[310] Das Verhältnis der naturschutzrechtlichen Vorschriften zu den Vorgaben des BauGB wird in § 18 BNatSchG geregelt. So sind die baurechtlichen Vorgaben im Bereich von Bebauungsplänen und im unbeplanten Innenbereich vorrangig, im Außenbereich, § 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB, behalten die §§ 14-17 BNatSchG ihre Geltung gemäß § 18 Abs. 2 S. 2 BNatSchG. In den Fällen, in denen bei dem Bau einer WEA eine Baugenehmigung erforderlich ist, werden die naturschutzrechtlichen Belange von der Naturschutzbehörde im sogenannten „Huckepackverfahren" im Benehmen mit der Baubehörde geprüft, § 18 Abs. 4 BNatSchG.

(4) Straßenrecht

Bei der Standortwahl von Windenergieanlagen ist ferner die Anbaunähe zu Fern- und Kreisstraßen zu beachten. Das Bundesfernstraßengesetz (FStrG) verlangt grundsätzlich gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1 FStrG eine Mindestentfernung von 40 m von Bundesautobahnen und 20 m von Bundesstraßen. Die Anbaubeschränkungen zu Landes- oder Kreisstraßen variieren je nach Bundesland.[311] Die Ausweisung eines Windparks in Straßennähe in einem Bebauungsplan lässt die straßenrechtlichen Anbaubeschränkungen jedoch außer Acht, soweit die baurechtlichen Abstandsflächen eingehalten werden und der Bebauungsplan unter Mitwirkung der Straßenbaubehörde zu Stande gekommen ist (vgl. § 9 Abs. 7 FStrG, § 24 Abs. 6 NStrG). Sollte die Bebauung nach den genannten Grundsätzen unzulässig sein, eröffnet sich gemäß § 9 Abs. 8 FStrG, § 24 Abs. 7 NStrG die Möglichkeit die bauliche Anlage ausnahmsweise zuzulassen, sofern die Untersagung eine besondere Härte darstellt oder dem Wohl der Allgemeinheit dient. Auch wenn die WEA Strom für die Allgemeinheit liefert und dies auch noch aus einer gesellschaftlich und politisch gewollten emissionsfreien Energiequelle, ist die Notwendigkeit den

[309] Bspw. Unzulässigkeit einer Windenergieanlage im Außenbereich wegen Vogelschlags: OVG Rheinland-Pfalz, NVwZ-RR 2007, S. 309; Bay. VGH BayVwBl. 2009, S. 46 (48).

[310] Vgl. auch die Bestimmungen der FFH-Richtlinie über die Natura 2000 Gebiete, aus denen sich jedoch keine Ansprüche zu Gunsten Einzelner ableiten lassen, vgl. BVerwGE 128, 358 (358). Jedoch verbleibt die Möglichkeit einer Verbandsklage gemäß § 64 BNatSchG.

[311] In Niedersachsen ist eine Bebauung bis 20m an eine Landes- oder Kreisstraße gem. § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 NStrG generell verboten. Im Übrigen bedürfen bauliche Anlagen bis 40m Anbaunähe einer Genehmigung im Benehmen mit der Straßenbaubehörde gem. § 24 Abs. 2 NStrG und auch § 25 Abs. 1 Nr. 1 StrWG NRW.

Standort einer WEA gerade in Straßennähe zu platzieren nicht unbedingt ersichtlich.[312]

(5) Wasser- und Wasserstraßenrecht

Des Weiteren bedürfen Windkraftanlagen in der Nähe von Wasserstraßen einer schifffahrtspolizeilichen Genehmigung gemäß § 31 Abs. 1 Nr. 2 WaStrG, wenn durch die beabsichtigte Maßnahme eine Beeinträchtigung des für die Schifffahrt erforderlichen Zustandes der Bundeswasserstraße oder der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs zu erwarten ist.

Eine wasserrechtliche Genehmigung erfordert ein eigenes Verfahren, da die fachgesetzlichen Bestimmungen des Wasserrechts nicht von der Konzentrationswirkung des § 13 BImSchG erfasst sind. In Wasserschutzgebieten (§ 51 WHG) und Überschwemmungsgebieten (§ 78 WHG) ist eine Zulassung einer WEA in der Regel nicht möglich.[313] Ausnahmeregelungen können von der Behörde im Rahmen einer Abwägung getroffen werden.[314]

(6) Waldrecht

Die Errichtung von Windenergieanlagen in der Nähe von Wäldern muss den Vorgaben des BWaldG und der Gesetze der Länder[315] zum Schutz dieses Ökosystems gerecht werden. Der Zweck des Gesetzes ist es gemäß § 1 Nr. 1 BWaldG den Wald wegen seines wirtschaftlichen Nutzens (Nutzfunktion) und wegen seiner Bedeutung für die Umwelt, insbesondere für die dauernde Leistungsfähigkeit des Naturhaushaltes, das Klima, den Wasserhaushalt, die Reinhaltung der Luft, die Bodenfruchtbarkeit, das Landschaftsbild, die Agrar- und Infrastruktur und die Erholung der Bevölkerung (Schutz- und Erholungsfunktion) zu erhalten, erforderlichenfalls zu mehren und seine ordnungsgemäße Bewirtschaftung nachhaltig zu sichern. Windenergieanlagen in Waldgebieten können vor allem diese Schutz- und Erholungsfunktion durch ihre optische und akustische Präsenz stören und zudem durch die Rotorblätter und Infraschallwellen ein Risiko für die ansässigen Flugtiere darstellen.[316] Aufgrund dieser Eingriffe wird eine Waldumwandlungsgenehmigung (§ 5 Abs. 1 NWaldLG) erforderlich sein, die in der Regel zu einer Ersatzaufforstung führt gemäß § 8 Abs. 4 S. 1 NWaldLG oder zu einer Ersatzgeldzahlung gemäß § 8 Abs. 5 S. 1 NWaldLG.[317] Ausschlaggebend für die grund-

---

[312] Ähnlich auch *Stenneken*, Planung und Genehmigung von Windkraftanlagen, S.133.

[313] Vgl. *Czychowski/Reinhardt*, § 52 WHG, Rn. 21; *Hentschel*, Umweltschutz bei der Errichtung und dem Betrieb von Windenergieanlagen, S. 443.

[314] § 52 Abs. 1 S. 2 WHG; § 78 Abs. 3 WHG.

[315] Niedersächsisches Gesetz über den Wald und die Landschaftsordnung (NWaldLG) vom 21.03.2002 (Nds.GVBl. Nr.11/2002 S.112), zuletzt geändert durch Art. 16 des Gesetzes v. 13.10.2011 (Nds.GVBl. Nr.24/2011 S.353).

[316] Vgl. *Lietz*, UPR 2010, S. 54 (54).

[317] *Lietz*, UPR 2010, S. 54 (57f.); *Gatz*, in: Hoppenberg/de Witt, Handbuch des öffentlichen Baurechts, Z V, Rn. 222.

sätzliche Möglichkeit in reinen Waldgebieten Windenergieanlagen zu errichten sind die Vorgaben der Raumordnung, die die Möglichkeit vorsehen für bestimmte Gebiete Nutzungsarten auszuschließen bzw. mit Eignungs- und Vorbehaltsgebieten den (immissionsschutzrechtlichen) Genehmigungsbehörden den Ermessensspielraum stark zu verkürzen.[318]

(7) Sonstige öffentlich-rechtliche Bestimmungen

Innerhalb eines militärischen Schutzbereichs bedürfen Windkraftanlagen einer Genehmigung der Wehrbereichsverwaltung gemäß §§ 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und § 9 Abs. 2 und 3 SchBerG. Die Genehmigung darf gemäß § 3 Abs. 1 S. 2 SchBerG nur versagt werden, soweit es zur Erreichung der Zwecke des Schutzbereichs erforderlich ist. Die Anforderungen an die ungestörte Nutzung des Schutzbereichs hängen von der jeweiligen Verwendungsart ab.

Gemäß §§ 8 Abs. 1 und 10 Abs. 1 Nr. 4 NDSchG bedürfen WEA einer denkmalschutzrechtlichen Genehmigung, wenn sie in der Umgebung einer denkmalgeschützten Stätte das Erscheinungsbild des Baudenkmals beeinträchtigen.

Schließlich sind aufgrund der stetig ansteigenden Gesamthöhe der WEA bei deren Errichtung luftverkehrsrechtliche Bestimmungen zu berücksichtigen. Hierbei ist zwischen dem Bauschutzbereich in Flughafennähe §§ 12 ff. LuftVG und den Bereichen außerhalb zu unterscheiden. Gemäß § 14 Abs. 1 LuftVG sind Gebäude über 100m Höhe immer einer luftverkehrsrechtlichen Überprüfung zu unterziehen, die für Ihre Zustimmung die Grundsätze des § 29 Abs.1 S. 1 LuftVG hinzuzieht.[319]

cc) Sonderfall: Repowering

Das sogenannte Repowering stellt einen Sonderfall der Anlagenerrichtung dar. Repowering bedeutet den Ersatz kleinerer, schwächerer Anlagen durch moderne, leistungsstärkere.[320]

Trotz der Streichung der zusätzlichen Vergütungsförderungen des § 30 EEG a. F., verspricht das Repowering eine Effizienzsteigerung der Anlagen und entspannt zudem den Flächendruck, was bedeutet, dass auf dem Festland immer weniger rentable respektive genehmigungsrechtlich zulässige Flächen für die Errichtung von Windenergieanlagen zur Verfügung stehen.[321] Durch die neuen Anlagen sollen zudem vergangene Fehlentwicklungen hinsichtlich der Umwelteinwirkungen und der Belästigungen der Anwohner (Licht, Lärm, Befeuerung) vermin-

[318] Vgl. *Mitschang*, ZfBR 2003, S. 431 ff.

[319] Vgl. *Weiss*, NVwZ 2013, S. 14 (17); *Hentschel*, Umweltschutz bei der Errichtung und dem Betrieb von Windenergieanlagen, S. 443.

[320] Vgl. BT-Drs. 16/7119 vom 09.11.2007, Unterrichtung - EEG-Erfahrungsbericht 2007, S. 108; *Schumacher*, in: Schomerus/Degenhart, Repowering – Hindernisse und Lösungsmöglichkeiten, S. 14.

[321] BT-Drs. 16/7119 vom 09.11.2007, Unterrichtung - EEG-Erfahrungsbericht 2007, S. 19; *Burgwinkel/Hilbert*, in: Frenz/Müggenborg, vor §§ 36 ff. EEG, Rn. 37f.

dert werden sowie ein „Aufräumen der Landschaft“ bewirkt und durch mehr Volllaststunden eine höhere Netzstabilität erreicht werden.[322]

Viele Gemeinden sind daher bestrebt, Altanlagen außerhalb der mittlerweile ausgewiesenen Eignungsgebiete zu reduzieren und mit Hilfe des Repowerings rentablere Anlagen innerhalb dieser Eignungsgebiete auszubauen.[323] Außerhalb der Eignungsgebiete liegende WEA genießen dabei zwar Bestandsschutz, können im Wege des Repowering aber nicht ersetzt werden und müssen in der Konsequenz innerhalb der ausgewiesenen Eignungsgebiete neu errichtet werden.[324] In der konkreten Bauleitplanung stehen Kommunen jedoch vor dem Problem, dass sie überwiegend bereits Konzentrationszonen ausgewiesen haben, die neuen Anlagentypen innerhalb dieser Gebiete die genehmigungsrechtlichen Anforderungen aber nicht erfüllen. Hier spielen vor allem die größeren Nabenhöhen eine Rolle, die sich unter Umständen mit den (strengeren) Abstandregelungen zu Wohngebieten als inkompatibel erweisen[325], weswegen für das Repowering nunmehr neue, ausschließlich für Repowering geeignete Vorrang- oder Eignungsgebiete ausgewiesen werden sollen. Auf Ebene der Raumordnung hat das Repowering dementsprechend mittlerweile Einzug gehalten. Gemäß Ziff. 4.2.04. sollen für Repowering zusätzliche Vorrang- und Eignungsgebiete „Windenergienutzung“ ausgewiesen werden, sofern in den bisherigen Vorrang- oder Eignungsgebieten für Windenergienutzung Repowering Maßnahmen nicht durchführbar sind. Auf Ebene der Bauleitpläne stellt Repowering jedoch bisher keinen von einer „herkömmlichen Anlage“ unterscheidenden Begriff dar und wird demnach nach denselben Regeln wie bei einer Neuerrichtung bewertet.[326]

Es bieten sich auf bauleitplanerischer Ebene aber Festsetzungen der Kommune in einem „Bebauungsplan für das Repowering“ als Sondergebiet nach § 11 Abs. 2 BauNVO i.V.m § 9 Abs. 2 BauGB an, der zum einen als Festsetzung die Errichtung von neuen leistungsstärkeren Anlagen umfasst und zum anderen als Bedingung die Beseitigung von alten Anlagen anordnet.[327] Für diese Konstellation wurde § 249 Abs. 2 BauGB als Konkretisierung der „besonderen Fälle“ des § 9 Abs.2

---

322 Vgl. *Salje*, in: Salje, § 30 EEG, Rn.1; *Schumacher*, in: Schomerus/Degenhart, Repowering – Hindernisse und Lösungsmöglichkeiten, S. 15; *Leirsch*, in: Schomerus/Degenhart, Repowering – Hindernisse und Lösungsmöglichkeiten, S. 27; *Bundesverband Windenergie e.V.*, Repowering von Windenergieanlagen, S. 6, http://www.erneuerbare-energien-niedersachsen.de/downloads/bwe-repowering-broschuere.pdf.

323 Vgl. *Niedersberg*, NordÖR 2011, S. 75 (75); *Karpenstein/Rüppel*, ZNER 2010, S. 24 (31).

324 *Henneke/Ritgen*, Kommunales Energierecht, S.183; *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 249 BauGB, Rn. 13.

325 BT-Drs. 16/7119 vom 09.11.2007, Unterrichtung - EEG-Erfahrungsbericht 2007, S. 73; *Burgwinkel/Hilbert*, in: Frenz/Müggenborg, vor §§ 36 ff. EEG, Rn. 38.

326 Vgl. *Lutz*, in: Schomerus/Degenhart, Repowering – Hindernisse und Lösungsmöglichkeiten, S.81ff; zu möglichen Festsetzungen in Raumordnungs- und Bauleitplänen siehe: *Lutz*, Repowering-Steuerung aus planungsrechtlicher Perspektive, S. 69ff.; Vgl. *Scheidler*, in: Schrödter, § 5 BauGB, Rn. 137; *Gatz*, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, Rn. 497; OVG Lüneburg, Beschluss vom 24. Juli 2013 – 12 ME 37/13 –, juris.

327 Vgl. hierzu: *Söfker*, ZfBR 2008, S. 14, 16f.

BauGB eingeführt.[328] § 249 Abs. 2 BauGB dient als Rechtsgrundlage für die Bedingung[329] neue WEA in dem beplanten Gebiet nur zuzulassen, sofern andere alte Anlagen zurückgebaut werden. Die stillzulegenden Altanlagen können ihren Standort nach Satz 2 nicht nur außerhalb des Bebauungsplangebietes, sondern auch außerhalb der Gemeindegrenzen haben.[330] Diese Zulässigkeitsvoraussetzungen lassen sich erstmals auch auf der Ebene der Flächennutzungsplanung einsetzen.[331] Nach § 249 Abs. 2 S. 3 BauGB kann im Flächennutzungsplan eine Zulässigkeit von WEA in dem nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB ausgewiesenen Standorten an die Bedingung eines Rückbaus einer alten Anlage gekoppelt werden.[332]

Das Repowering ist aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten zudem äußerst rentabel. Eine Nabenhöhe von beispielsweise 140 m im Vergleich zu 100 m kann eine Steigerung der Stromerzeugung um 50 % bei einer Kostensteigerung von lediglich 10-15 % erwirken.[333] Die Gesamthöhenbeschränkungen von ausgewiesenen Konzentrationsflächen werden daher aus Wirtschaftlichkeitsgründen in Hinblick auf das Repowering überdacht.[334] Solche Änderungen der Festsetzungen der Bauleitpläne zwischen dem Planungsträger und dem Betreiber können in Form städtebaulicher Verträge geschlossen werden.[335] Das Repowering bedürfte aufgrund der vielfältigen Vorteile, die es auch den Anwohnern bietet einer neuen gesetzlichen Abwägung zwischen den Vor- und Nachteilen für die Nachbarn und die Anlagenbetreiber. So verlangen die neuen Nabenhöhen ab 100 m beispielsweise eine Farbkennzeichnung bzw. LED-Lichter (Teil 3 der LuftfHKennzVO)[336], die von den Anwohnern als deutlich angenehmer empfunden werden, als die bisher üblichen Xenon-Lichter.[337] Ebenso geht mit zunehmender Höhe und Größe der Rotorblätter eine höhere Laufruhe und langsamere Bewegung einher.[338]

---

328 BT- Drs. 17/6076 vom 06.06.2011, Gesetzesentwurf - Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der klimagerechten Entwicklung in den Städten und Gemeinden, S. 6; *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 249 BauGB, Rn. 13; *Gatz*, in: Hoppenberg/de Witt, Handbuch des öffentlichen Baurechts, Z V, Rn. 230.

329 In der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung in der Regel durch eine auflösende Bedingung im Sinne des § 36 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG umgesetzt, vgl. *Mitschang/Reidt*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 249 BauGB, Rn. 9.

330 Vgl. *Otto*, ZfBR Beil. 2012, S. 72 (72).

331 *Otto*, ZfBR Beil. 2012, S. 72 (72); *Gatz*, in: Hoppenberg/de Witt, Handbuch des öffentlichen Baurechts, Z V, Rn. 226.

332 *Kröninger*, in: Ferner/Kröninger/Aschke, § 249 BauGB, Rn.4; *Söfker*, ZfBR 2008, S. 14, (17).

333 Vgl. *Burgwinkel/Hilbert*, in: Frenz/Müggenborg, vor §§ 36 ff. EEG, Rn. 37f

334 BT-Drs. 16/7119 vom 09.11.2007, Unterrichtung - EEG-Erfahrungsbericht 2007, S. 82.

335 So das OVG Lüneburg Beschluss vom 24.07.2013 – 12 ME 37/13, -juris.

336 Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Kennzeichnung von Luftfahrthindernissen, vom 2. September 2004, (BAnz. S. 19937), zuletzt geändert am 26. 8. 2015 (BAnz AT 01.09.2015 B4).

337 Vgl. *Niedersberg*, NordÖR 2011, S. 75 (75).

338 *Bundesverband Windenergie e.V.*, Repowering von Windenergieanlagen, S. 6, http://www.erneuerbare-energien-niedersachsen.de/downloads/bwe-repowering-broschuere.pdf.

Im Ergebnis eröffnet das Repowering daher Vorteile, aufgrund derer die öffentlich-rechtlichen Vorgaben zumindest überdacht werden sollten.

4) Projekt- und Vertragsmanagement

Neben den Verfahrensschritten in der Bauleitplanung und der genehmigungsrechtlichen Vorgaben steht die konkrete Projektplanung, für die die Kommune oder die Stadtwerke verantwortlich sind.

a) Vertragsmanagement

aa) Vorvertraglicher Letter of Intent

Zu Beginn des Projekts sind die groben Rahmenbedingungen festzulegen und die Interessen der Beteiligten zu bestimmen. Dafür bietet sich ein sogenanntes „Letter of Intent" (LoI), als eine unverbindliche Absichtserklärung an.[339] Mit dem LoI werden im Vorfeld komplexer Vertragsverhandlungen die generelle Vertragsbereitschaft signalisiert und die wichtigsten Eckpunkte des Projekts aufgenommen.[340] Ebenso können die für die anschließenden Vertragsverhandlungen noch unklaren oder streitigen Punkte aufgenommen werden.[341] Der LoI ist unverbindlich, kann unter Umständen aber bereits eine Haftung aus culpa in contrahendo begründen[342] und ermöglicht zudem, den Inhalt durch Zustimmung aller Beteiligter zu einer „Vorfeldvereinbarung" umzuwandeln, mit der sich Verhandlungskosten, Informationspflichten oder Exklusivbindungen festlegen lassen.[343] Daran schließt sich gegebenenfalls ein Vorvertrag an, in welchem sich die Parteien während lang andauernder Verhandlungen vorab einigen einen darauffolgenden Hauptvertrag abzuschließen.[344]

bb) Projektdurchführung: Generalunternehmervertrag

Bei der Errichtung größerer Anlagen und Bauwerke wird im Allgemeinen ein Generalunternehmervertrag zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer geschlossen, welcher neben der Erbringung der eigenen Leistung auch die Koordination der Leistungen von Nach- und Subunternehmern umfasst.[345] Alleiniger Vertragspartner des Projektträgers ist der Generalunternehmer, welcher die nötigen Ver-

---

339 *Schubert*, in: Boewe/Meckert, Leitfaden Windenergie: Planung, Finanzierung und Realisierung von Onshore-Windenergieanlagen, S. 71; *Bork*, in: Staudinger, § 145 BGB, Rn. 14.

340 *Bork*, in: Staudinger, § 145 BGB, Rn. 14; *Busche*, in: MüKo, vor § 145 BGB, Rn. 58.

341 *Busche*, in: MüKo, vor § 145 BGB, Rn.58; vgl. *Wolf*, in: Soergel, vor § 145 BGB, Rn. 58.

342 Vgl. dazu ausführlich: *Bergjan*, ZIP 2004, S. 395 ff.

343 *Bork*, in: Staudinger, § 145 BGB, Rn. 14.

344 BGHZ 102, 384 (388); vgl. *Bork*, in: Staudinger, § 145 BGB, Rn. 50; zu no binding clauses als Abgrenzung zwischen Vorvertrag und letter of intent *Brinkmann*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, vor § 145 BGB, Rn. 39.

345 *Michaelsen*, in: Böttcher, Handbuch Windenergie, S. 100; zum Generalunternehmervertrag: BGH NJW 1978, S. 1054 f.

träge mit den weiteren Beteiligten schließt.[346] Der Generalunternehmervertrag wird nach wohl überwiegender Ansicht als Werkvertrag eingeordnet, da als Erfolg die Errichtung einer mangelfreien Anlage geschuldet wird.[347] Er kann neben dem werkvertraglichen Element je nach Ausgestaltung Elemente der Geschäftsbesorgung, eines Treuhandvertrages oder anderer schuldrechtlicher Verträge aufweisen.[348] Der Generalunternehmer kann dabei einzeln oder als Arbeitsgemeinschaft (ARGE) auftreten, welche im Innerverhältnis eine GbR darstellt und nach außen gemäß § 128 HGB analog haftet.[349]

Die Alternative, multilaterale Verträge (*Multicontracting*) mit den einzelnen Beteiligten zu schließen, erscheint für Kommunen oder Stadtwerke aus mehreren Aspekten nachteilig. Ein Generalunternehmer koordiniert den Einsatz der einzelnen Bauteile und sorgt dafür, dass die Schnittstellen zwischen den einzelnen Lieferungen zusammenpassen.[350] Aus Sicht einer Kommune oder einer kommunal beherrschten Gesellschaft sind zudem der haftungsrechtliche Aspekt und damit die Frage der Kalkulierbarkeit der Kosten von Relevanz. Der Generalunternehmer haftet gegenüber dem Projektträger sowohl für die Mängel der einzelnen Gewerke als auch die Koordination insgesamt.[351] Eine solche Risikoverteilung zu Lasten des Generalunternehmers ist zudem im Sinne der finanzierenden Bank, zumal der Generalunternehmer zumeist noch Sicherheiten für die Fertigstellung der Bauleistung zu stellen hat.[352] Selbstverständlich lässt er sich diese Verantwortung entsprechend entlohnen, die Haftungskomponente sowie das durch einen Spezialisten erworbene Know-how sind für kommunale Bauträger jedoch in die Entscheidung miteinzubeziehen und unter dem Eindruck der Kostenexplosion öffentlicher Bauvorhaben nicht zu vernachlässigen.

---

[346] *Kleine-Möller*, in: Kleine-Möller/Merl, Handbuch des privaten Baurechts, § 3, Rn. 50; *Peters/Jacoby*, in: Staudinger, Vorbem. zu §§ 631 ff. BGB, Rn. 81.

[347] BGHZ 164, 225 (228); BGHZ 61, 369 (371); *Peters/Jacoby*, in: Staudinger, Vorbem. zu §§ 631 ff. BGB, Rn. 105; *Kleinhenz*, Der Generalunternehmervertrag im Baurecht, S. 73; differenzierend *Busche*, in: MüKo, § 631 BGB, Rn. 226; a.A: als Werklieferungsvertrag: BGH NJW 2009, S. 2877 ff.; OLG Naumburg Urteil, v. 25.06.2009 – 1 U 14/06.

[348] *Kleinhenz*, Der Generalunternehmervertrag im Baurecht, S. 73; *Busche*, in: MüKo, § 631 BGB, Rn. 226.

[349] *Peters/Jacoby*, in: Staudinger, Vorbem. zu §§ 631 ff BGB, Rn.81; *Kleine-Möller*, in: Kleine-Möller/Merl, Handbuch des privaten Baurechts, § 3, Rn. 81.

[350] *Michaelsen*, in: Böttcher, Handbuch Windenergie, S. 102; *Schulz/Rohrer*, in: Handbuch Windenergie, S. 476.

[351] *Kleine-Möller*, in: Kleine-Möller/Merl, Handbuch des privaten Baurechts, § 3, Rn. Rn. 50; *Michaelsen*, in: Böttcher, Handbuch Windenergie, S. 102; *Peters/Jacoby*, in: Staudinger, Vorbem. zu §§ 631 ff. BGB, Rn. 105.

[352] Beispielsweise eine Erfüllungsbürgschaft in Höhe von üblicherweise 10% der Auftragssumme; *Michaelsen*, in: Böttcher, Handbuch Windenergie, S. 120; vgl. auch BGH WM 2011, S. 598 (601).

cc) Zivilrechtliche Grundstückssicherung

Bei der Errichtung eines Windparks ist, neben der Nutzungssicherung von Grundstücken für die eigentlichen WEA, auch die Sicherstellung der Grundstücksnutzung für die Anschlussleitungen, Zufahrtswege und Nebenbauten erforderlich.[353] Für die Sicherung der Grundstücksbenutzung kommen verschiedene zivilrechtliche Instrumente in Betracht. Neben dem Kauf der Grundstücke bieten sich verschiedene Pachtmodelle (mit dinglichem Sicherungsmittel) oder die Eintragung eines Erbbaurechts an. Im Gegensatz zum Nießbrauch lässt das Erbbaurecht die konkrete Nutzung des Grundstücks für die Errichtung und den Betrieb einer WEA zu, das notarielle Formerfordernis und die damit verbundenen Kosten für jedes einzelne Grundstück stellen hingegen einen Nachteil dar.[354]

Durchgesetzt haben sich daher Pachtverträge, die in der Regel durch ein dingliches Recht gesichert werden.[355] Besonders verbreitet ist der Abschluss eines Flächenpachtvertrages für das beplante Gebiet, wodurch nicht nur Zeit gespart wird, sondern auch eine gerechte Pachtzinsverteilung zwischen den einzelnen Grundstückseigentümern gesichert werden kann, was gerade für einen öffentlichen Bauträger ein gewichtiges Argument darstellt.[356]

Schuldrechtlich wird der Verpächter verpflichtet der Projektgesellschaft als Pächter das Grundstück zum Gebrauch und zur Fruchtziehung während der Pachtzeit gemäß § 581 Abs. 1 BGB zur Verfügung zu stellen.[357] Um hierbei neben der relativen auch eine absolute Wirkung zu erzielen, bedarf es der dinglichen Sicherung des Nutzungsrechts, z. B. durch eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit gemäß §§ 1090 ff. BGB, die wiederum bei Planungsbeginn durch eine Vormerkung gesichert wird.[358] Der maßgebliche (alleinige) Beweggrund der Grundstückseigentümer für eine Verpachtung liegt in der Erzielung eines möglichst hohen Pachtzinses, wobei das Fruchtziehungsrisiko des Pächters, namentlich die Höhe der Stromproduktion, in Form einer vereinbarten Umsatzpacht abgefangen werden kann.[359]

Sowohl die Pächter als auch die finanzierende Bank haben hingegen weitaus differenziertere Interessen. Problematisch ist diesbezüglich zunächst der Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Zu Beginn der Planung ist eine exakte Standortbestimmung und somit eine genaue Trassenverlegung der Leitungen und Wege auf-

---

[353] Vgl. *Jenne/Rabenschlag*, in: Böttcher, Handbuch Windenergie, S. 50.

[354] *Jenne/Rabenschlag*, in: Böttcher, Handbuch Windenergie, S. 50; vgl. auch allgemein *v. Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, S. 15 ff.

[355] *Reese/Schulz*, in: Schulz, Handbuch Windenergie, S. 438 f.; *Pilarsky-Grosch*, in: Boewe/Meckert, Leitfaden Windenergie: Planung, Finanzierung und Realisierung von Onshore-Windenergieanlagen, S. 205; *Jenne/Rabenschlag*, in: Böttcher, Handbuch Windenergie, S. 50.

[356] *Pilarsky-Grosch*, in: Boewe/Meckert, Leitfaden Windenergie: Planung, Finanzierung und Realisierung von Onshore-Windenergieanlagen, S. 205.

[357] *Jenne/Rabenschlag*, in: Böttcher, Handbuch Windenergie, S. 51.

[358] *Peters*, WM 2007, S. 2003 (2004); *Jenne/Rabenschlag*, in: Böttcher, Handbuch Windenergie, S. 51.

[359] *Harke*, in: Müko, § 581 BGB, Rn.8; *Weidenkaff*, in: Palandt, § 581 BGB, Rn. 10.

grund der noch ausstehenden Genehmigungen und der forcierten optimalen Windausrichtung nicht möglich. Trotzdem müssen für die Planungen die Nutzungsrechte der Grundstücke zumindest dem Grunde nach sichergestellt sein.[360] Demnach bedarf es hinschlich der genauen Nutzungsrechte einer gewissen Flexibilität der Verpächter. Diese kann beispielsweise durch eine Standortbestimmung unter Vorbehalt der behördlichen Genehmigung erreicht werden. Für die Laufzeit hingegen haben die Pächter ein großes Interesse daran, dass der Pachtvertrag nicht ohne weiteres kündbar ist, um ihre Investitionen zu schützen.[361] Der Verpächter wiederum hat zum Pachtende ein Anspruch Einhaltung der Rückbauverpflichtung, die idealerweise durch die Stellung einer Sicherheit zusätzlich abgesichert wird.[362] Das dem Verpächter gesetzlich zustehende Pächterpfandrecht gemäß § 592 BGB wird regelmäßig aber abgedungen, da sich die finanzierende Bank in aller Regel die WEA und deren Erträge hat als Sicherheit stellen lassen.[363] Ebenso muss der Pachtvertrag derart gestaltet sein, dass es sich bei der WEA um einen Scheinbestandteil im Sinne des § 95 Abs. 1 S. 1 BGB handelt, um den gesetzlichen Eigentumserwerb gemäß § 946 BGB zu verhindern.[364]

b) Betriebswirtschaftliche Analysen

Maßgeblich für jede Projektplanung und so auch für die Errichtung eines Windparks, ist die Frage nach der Wirtschaftlichkeit der geplanten Investition.

aa) Wirtschaftlichkeitsanalyse

Die öffentliche Hand und somit auch die Kommunen unterliegen dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit.[365] Ebenso ist die Errichtung und Unterhaltung kommunaler Unternehmen an der Leistungsfähigkeit der Gemeinde zu messen.[366] Die Wirtschaftlichkeitsanalyse ist dabei auf Bundesebene gemäß Nr. 2 der VV zu § 7 BHO[367] ein Mittel zur Ermittlung der Wirtschaftlichkeit eines Vorhabens. Für Kommunen wird sie mittlerweile in einigen Gemeindeordnungen verpflichtend im Rahmen der Projektierung vorgeschrieben[368] oder zumindest ein Markterkun-

---

[360] Vgl. *Pilarsky-Grosch*, in: Boewe/Meckert, Leitfaden Windenergie: Planung, Finanzierung und Realisierung von Onshore-Windenergieanlagen, S. 213.

[361] Vgl. dazu die Regelung des § 584a BGB

[362] Vgl. *Peters*, WM 2007, S. 2003 (2004); *Pilarsky-Grosch*, in: Boewe/Meckert, Leitfaden Windenergie: Planung, Finanzierung und Realisierung von Onshore-Windenergieanlagen, S. 213

[363] *Jenne/Rabenschlag*, in: Böttcher, Handbuch Windenergie, S. 55.

[364] Hierzu ausführlich: *Peters,* WM 2007, S. 2003 ff.; *Ellenberger*, in: Palandt, § 95 BGB, Rn. 3; Ebenso fallen die Anschlussleitungen unter § 95 Abs. 1 S. 2 BGB, *Ellenberger*, in: Palandt, § 95 BGB, Rn. 6.

[365] Z. B. § 110 Abs. 2 NKomVG; § 75 Abs. 1 GO NRW; Art. 61 Abs. 2 S. 1 Bay. GO.

[366] § 136 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 NKomVG; § 107 Abs. 1 Nr. 2 GO NRW; Art. 87 Abs. 1 S. Nr. 2 Bay. GO.

[367] VV aufgrund von § 5 BHO vom Bundesministerium für Finanzen erlassen. VV vom 14. März 2001 (GMBl 2001, S. 307) in der Fassung des BMF-Rundschreibens vom 20. Dezember 2016.

[368] § 92 Abs. 3 BrdbgKVerf; § 123 Abs. 1 GO LSA; § 92 Abs. 1 GO Rh.-Pf.

dungsverfahren.[369] Ohne positivrechtliche Ausgestaltung wird eine solche Analyse generell nicht verlangt, bei großen Investitionsvorhaben gemäß § 12 Nds. KomHKVO ist ein Wirtschaftlichkeitsvergleich wiederum allgemeingültig zwischen verschiedenen Investitionsmöglichkeiten durchzuführen. [370]

Trotz teils fehlender gesetzlicher Verpflichtung ist es auch für Kommunen sinnvoll bereits in der Planungsphase des Projektes eine Wirtschaftlichkeitsanalyse durchzuführen.[371] Hierfür gibt es verschiedene Ansätze.[372] Kern einer solchen Analyse sind aber auf der einen Seite immer die Ermittlung der zu erzielenden Erträge und auf der anderen Seite der zu veranschlagende Investitions- und Betriebsaufwand, aus denen sich im Ergebnis die Stromgestehungskosten pro kWh ergeben.[373]

Zu den üblichen Investitionsposten gehören regelmäßig die WEA selbst, der Transport und der Aufbau, das Fundament, die Zuwegung, der Netzanschluss, die Übergabestation, die Planungs- Rechts- und Steuerberatungskosten und sonstige unvorhergesehene Kosten.[374] Hinsichtlich der voraussichtlichen Investitionskosten lässt sich je nach Größe und Anzahl der Anlagen auf Erfahrungswerte zurückgreifen, die eine relativ genaue Kostenkalkulation zulassen.[375] Wohingegen die Kosten für die WEA selbst gut kalkulierbar sind, müssen die Kosten hinsichtlich des Netzanschlusses aufgrund variierender Entfernungen zum Anschlusspunkt oder der Notwendigkeit einer Umspannstation jeweils individuell berechnet werden, ebenso die geländeabhängigen Zufahrtswege zu den WEA.[376] Die Betriebskosten bestehen hauptsächlich aus möglichen Pachtaufwendungen, Versicherungen, Wartungs- und Instandhaltungskosten.[377] Auch die Finanzierung des Projekts stellt einen weiteren Faktor für die laufende Ausgabenseite dar. Hierbei ist nicht nur im Rahmen einer Fremdfinanzierung, sondern auch bei einer auf hohem

---

[369] § 107 Abs. 5 GONRW.

[370] OVG Lüneburg, Beschluss vom 11. September 2013 – 10 ME 87/12, 10 ME 88/12 –, juris.

[371] Nach einer Studie des Bundesrechnungshofes wurden in Jahre 2007 bei 85 % der 40.000 ausgewählten öffentlichen Investitionsvorhaben ab einem Auftragsvolumen von 50.000 € keine oder unzureichende Wirtschaftlichkeitsanalysen vorgenommen, http://archiv.dstgb.de/homepage/kommunalreport/archiv_2007/bundesrechnungshof_kritisiert_unzureichende_wirtschaftlichkeitsberechnungen/index.html.

[372] Statische oder Dynamische Berechnungsmethode; siehe *Andree*, Wirtschaftlichkeitsanalyse öffentlicher Investitionsprojekte, S. 149; *Hau*, Windkraftanlagen: Grundlagen, Technik, Einsatz, Wirtschaftlichkeit, S. 913 ff.

[373] *Gasch/Twele*, Windkraftanlagen, S. 518; *Hau*, Windkraftanlagen: Grundlagen, Technik, Einsatz, Wirtschaftlichkeit, S. 909.

[374] *Kaltschmitt*, Erneuerbare Energien, Systemtechnik, Wirtschaftlichkeit, Umweltaspekte, S. 527 ff.; *Gasch/Twele*, Windkraftanlagen, S. 516; *Hau*, Windkraftanlagen: Grundlagen, Technik, Einsatz, Wirtschaftlichkeit, S.886ff.

[375] *Gasch/Twele*, Windkraftanlagen, S. 516.

[376] Zu den durchschnittlichen Kostenanteilen der Anlage selbst, des Fundaments, der Zuwegung etc. siehe *Twele/Liersch*, in: Gasch/Twele Windkraftanlagen, S. 518.

[377] Vgl. *Kaltschmitt*, Erneuerbare Energien, Systemtechnik, Wirtschaftlichkeit, Umweltaspekte, S. 529 f.

kommunalem Eigenkapital basierten Finanzierung die Höhe der Verzinsung als kalkulatorischer Kostenbestandteil[378] als permanenter Kostenfaktor einzuberechnen.[379]

Auf der Einnahmeseite ergibt sich mit der (relativen[380]) Sicherheit der Einspeisevergütung über einen Zeitraum von 20 Jahren (vgl. §§ 19 Abs. 1 i. V. m. 25 EEG) eine energierechtliche Besonderheit. Abgesehen von eventuellen Ausfallzeiten, berechnen sich die Einnahmen somit ausschließlich nach der Windhöffigkeit des Standorts.

Als Kennzahl für die Wirtschaftlichkeit einer WEA stehen die Stromerzeugungskosten (Stromgestehungskosten) pro kWh im Vergleich zu der gesetzlich garantierten Vergütung bzw. den eventuell sogar darüberliegenden Marktpreisen.

Die Stromerzeugungskosten setzen sich aus den laufenden Kosten (Betriebskosten und Annuität), der mittleren Jahreswindgeschwindigkeit und der angelegten Amortisationszeit der für die Anlage eingesetzten Investitionen zusammen.[381] Die Differenz zwischen der pauschalen Einspeisevergütung und der Stromerzeugungskosten, stellt den Gewinn der Betreibergesellschaft pro kWh dar und ist im Ergebnis Grundlage der Wirtschaftlichkeitsanalyse.

bb) Einspeisevergütung nach EEG

Für die Bestimmung der zu erwartenden Wirtschaftlichkeit eines Projektes stellt der zukünftige Cash-Flow den absolut determinierenden Faktor dar. Die Vergütungsstruktur des EEG war für Bauherren, insbesondere aber auch Investoren aufgrund des garantierten Einkommens, der vergleichsweise hohen Rendite und dem geringen Ausfallsrisiko, von besonderer Attraktivität.

Die Vergütung beruhte auf regulatorisch festgesetzten Entgelten, was jedoch im Zuge der EEG-Reformen 2014 und 2017 in weiten Teilen marktliberalisiert wurde. Insbesondere die Neuerungen des EEG 2017 führen die Vergütung für Erneuerbare Energien weg von einem starren, administrativ festgelegten, hin zu einem marktwirtschaftlicheren Modell, um die volkswirtschaftlichen Gesamtkosten der Energiewende zu reduzieren.[382] Durch die teils deutlichen Abstufungen des EEG 2017 ist der Windparkbetreiber den Strompreisschwankungen dabei

---

[378] Siehe Ziff. 2.2.1.2 in der VV zu § 7 LHO, VV-LHO in der Fassung vom 11.11.2016, Nds. MBl. 1996, 1868.

[379] Zu Förderkrediten der KfW und deren Vorgaben hinsichtlich Eigenkapitalquote: *KfW*, Förderprodukte für Energie und Umwelt, https://www.kfw.de/inlandsfoerderung/Unternehmen/Energie-Umwelt/Erneuerbare-Energien/F%C3%B6rderratgeber/; dazu auch: *Twele/Liersch*, in: Gasch/Twele, Windkraftanlagen, S. 520.

[380] Die Höhe der Vergütung kann durch die neuen Vergütungsmodelle des EEG variieren, insbesondere durch das EEG 2017 neu eingeführte Ausschreibungsmodell (§§ 22, 36 ff. EEG).

[381] *Kahle/Resthöf*, in: Resthöf/Schäfermeier, § 29 EEG, Rn. 18; *Hau*, Windkraftanlagen: Grundlagen, Technik, Einsatz, Wirtschaftlichkeit, S. 913 f.

[382] Vgl. *Vollprecht/Altrock*, EnWZ 2016, 387 (388); vgl. *Schlacke/Kröger*, in Danner/Theobald, Energierecht, § 34 EEG, Rn. 2.

zwar nicht so sehr ausgesetzt wie die Betreiber von konventionellen Kraftwerken und hat daher weiterhin ein verhältnismäßig hohes Maß an Planungssicherheit. Insbesondere die Neugestaltung der Degression, die Marktprämie und die Pflicht zur Direktvermarktung nähern sich jedoch einem wettbewerblichen - und damit risikobehafteteren - Modell. Im Generellen sieht das EEG 2017 drei verschiedene Varianten vor: Die Marktprämie nach § 20 EEG, die Einspeisevergütung nach § 21 EEG und die sonstige Direktvermarktung nach § 21a EEG. Die feste, administrativ festgelegte Einspeisevergütung wird nur noch bei kleinen Anlagen unter 100 kW erteilt, wodurch der Bereich der Windenergieanlagen unter praktischen Gesichtspunkten nicht mehr erfasst ist. Die sonstige Direktvermarktung an der Börse nach § 21a EEG unterliegt keinen weitergehenden Regelungen und wird nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen frei betrieben. Den Hauptanwendungsfall der Vergütung stellt die Marktprämie dar, vgl. § 20 EEG. Auch hierbei wird der erzeugte Strom an der Börse gehandelt, der Betreiber erhält für eventuelle Mindereinnahmen jedoch einen Ausgleich durch die Marktprämie.[383] Die Marktprämie ergibt sich dabei aus der Differenz zwischen Börsenstrompreis und der Höhe des jeweils „anzulegenden Werts" gemäß § 36h EEG. Zweck dieser Regelung ist zweierlei: Zum einen findet die Vermarktung des Stroms zur Erlösmaximierung nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen statt, zum anderen verschiebt sich die Stromproduktion in die Zeiten hoher Nachfrage, womit das gesamte Versorgungssystem entlastet und ausgeglichen wird.[384]

Für die Inanspruchnahme der Marktprämie müssen sich alle neuen Windenergieanlagen mit einer Leistung über 750 kW dem Ausschreibungsverfahren nach §§ 22 - 35a EEG bzw. §§ 36 ff. EEG für Windenergieanlagen an Land, beteiligen. Primär steuert der Gesetzgeber dadurch die Menge der neu zugelassenen Anlagen. Neben den quantitativen Ausbauzielen ermittelt die BNetzA durch das Ausschreibungsverfahren auf Grundlage der Gebote auch den anzulegenden Wert der Marktprämie. Für Windenergieanlagen an Land errechnet sich dieser aufgrund des Zuschlagswertes für den Referenzstandort in Verrechnung mit dem Korrekturfaktor, der sich nach dem Standort der jeweiligen Anlage und deren Gütefaktor gemäß § 36h EEG ermittelt.[385] Um die einzelnen Gebote vergleichen zu können, und dabei die sich aus dem Standort der Anlage ergebende Wirtschaftlichkeit einzuberechnen, wird der konkrete Anlagenstandort durch die Faktoren des § 36h EEG ins Verhältnis zu dem Referenzstandort gesetzt, um den anzulegenden Wert für den Anlagenbetreiber zu ermitteln. Der Referenzstandort wird mit 6,5 m/s auf einer Höhe von 100 m definiert. Im Wege des Ausschreibungsverfahrens bieten

---

[383] Zur genauen Berechnung siehe: *BMWi*, Fragen und Antworten zum EEG 2017, https://www.bmwi.de/DE/Themen/Energie/Erneuerbare-Energien/faq-eeg-2017,did=773140.html

[384] *Wustlich/Müller*, ZNER 2011, S. 380, 388; *Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, S. 514; *Salje*, § 34 EEG, Rn. 2f.; zu dem System der Direktvermarktung ausführlich *Ekardt/Valentin*, Das neue Energierecht, S. 46ff.

[385] *Frenz*, RdE 2016, S. 433 (438); *Antonow*, NJ 2016, 372 (373).

die Anlagenbetreiber auf den "anzulegenden Wert" nach dessen Höhe sich dann die zu zahlende Marktprämie bestimmt.[386] Die Einführung des Ausschreibungsmodells birgt das Risiko, dass Entwickler den Zuschlag für ihr Projekt nicht erhalten oder nicht zu dem anvisierten Preis. Die Projekte müssen bereits einen gewissen Realisierungsgrad bei der Gebotsabgabe verwirklicht haben. Beispielsweise müssen sie eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung drei Wochen vor Angebotsabgabe vorweisen können, § 36 Abs. 1 Nr. 1 EEG. Daher ist dieser Methode ein erhebliches finanzielles Risiko für die Bauherren immanent. Gemäß §§ 28 ff. EEG 2017 wird, wie auch schon im EEG 2014, die jährliche Zubaumenge der Erneuerbaren Energie-Anlagen in absoluten Zahlen begrenzt. Diese beträgt im Jahr 2017 zum 1. Mai 800 MW, zum 1. August und 1. November jeweils 1.000 MW, in den Jahren 2018 und 2019 jeweils zum 1. der Monate Februar, Mai, August und Oktober 700 MW und ab dem Jahr 2020 zum 1. Februar jeweils 1.000 MW und zum 1. Juni und 1. Oktober jeweils 950 MW. Grund hierfür sind die überbordenden Kosten der Erneuerbaren Energien und der sich zudem nicht entschärfende merit-order-Effekt.[387] Gleichzeitig soll und muss auch der für 2050 zum Ziel gesetzte Anteil der Erneuerbaren Energien erreicht werden. Die neu gefasste Ausbausteuerung soll beide Ziele in schonender Abwägung miteinander ermöglichen. Die Netzausbaugebiete werden dabei durch Rechtsverordnung gemäß §§ 36c II, 88b EEG bestimmt und sollen insbesondere stark überlastete Übertragungsnetze vor unkontrolliertem Anlagenzubau schützen.[388]

Der neue § 36g EEG vereinfacht für Bürgerenergiegesellschaften (§ 3 Nr. 15 EEG) den Neubau von Windenergieanlagen deutlich. Neben erleichterter Genehmigungsverfahrensbedingungen, ergibt sich aus § 36g Abs. 5 EEG auch ein von § 3 Nr. 51 EEG abweichender Zuschlagswert, sprich der Wert des höchsten Gebotes und nicht des eigenen Gebots. Außerdem wird das Risiko des Wegfalls finanzieller Vorleistung gemindert, da Bürgerenergiegesellschaften noch keine bundesimmissionsschutzrechtliche Genehmigung und damit die dafür benötigten Leistungen vorweisen müssen. Ebenso ist das zu erbringende Sicherheitsvolumen gemäß § 36g Abs. 3 EEG geringer. Gemeinden oder deren 100 %-ige Tochtergesellschaften selber müssen zu mindestens 10 % an dem Projekt beteiligt sein. Ihnen muss eine solche Beteiligung zumindest angeboten werden.[389]

Trotz aller Neuerungen, sind die Netzbetreiber weiterhin verpflichtet die EEG-Anlagen unverzüglich (§ 8 Abs. 1 S. 1 EEG) anzuschließen und den Strom

---

[386] BR-Drs- 310/16 vom 09.06.2016, S. 253; *Frenz*, RdE 2016, S. 433 (438); *Antonow*, NJ 2016, 372 (373).

[387] Sieh dazu Punkt F. III) 1) b).

[388] Neben dem Kostenpunkt erweist sich auch die Aufnahme- und Anschlusskapazität der Netzbetreiber als entscheidendes Problem. Insbesondere der Anschluss der Offshore-Windparks stand und steht großen Problemen gegenüber. Der Gesetzgeber sah sich hierbei sogar genötigt die Anschlüsse und Verzögerungen äußerst kleinteilig zu regeln, um einen gewissen Grad an Rechtssicherheit zu gewähren, vgl. §§ 17a ff. EnWG.

[389] *Vollprecht/Altrock*, EnWZ 2016, S. 387 (390).

dieser Anlagen vorrangig (§ 11 Abs. 1 S. 1 EEG) abzunehmen. Die SDLWindV regelt dabei gemäß § 1 SDLWindV die technischen und betrieblichen Vorgaben für den Anschluss an die jeweiligen Spannungsebenen nach § 9 Abs. 6 EEG und die Anforderungen an den Systemdienstleistungs-Bonus gem. §66 Abs. 1 Nr. 8 EEG a.F.

Die besonderen Förderbestimmungen für WEA (an Land) ergeben sich bis zum Jahre 2018 aus § 46 EEG, der sowohl die Grundvergütung bei 4,66 Cent pro Kilowattstunde taxiert, als auch die Besonderheiten windschwacher Gebiete normiert. Anlagen in windschwachen Gebieten werden dabei durch das Referenzmodell des § 46 Abs. 2 EEG gestärkt, indem die erhöhte Anfangsvergütung bei Anlagen, die den durchschnittlichen Referenzertrag unterschreiten, verlängert wird. Alle EEG-Anlagen unterliegen weiterhin einer steten Degression (§ 46a EEG). Die degressive Ausgestaltung der Vergütung soll die im Zeitablauf sinkenden spezifischen Investitionskosten pro kWh im Recht der Einspeisevergütung des EEG berücksichtigen und so Investitionsanreize bei Neu- und Altanlagen setzen.[390] Der sogenannte „atmende Deckel" verstärkt diesen Effekt, durch den eine Reduzierung der Vergütung bei Überschreiten eines Netto-Zubau-Korridors und eine Absenkung bei Unterschreiten bewirkt wird. Ab dem Jahre 2019 richtet sich die Berechnung des anzulegenden Wertes nicht mehr nach dem zweistufigen Referenzmodell, sondern dem einstufigen gemäß § 46b EEG i.V.m. § 36h EEG. Hiernach ist der Zuschlagswert durch den Durchschnitt aus den Gebotswerten des jeweils höchsten noch bezuschlagten Gebots der Gebotstermine für Windenergieanlagen an Land im Vorvorjahr durch den Netzbetreiber zu ersetzen.

Kern des EEG ist weiterhin der sogenannte bundesweite Ausgleichsmechanismus, §§ 56 ff. EEG. Dieser funktioniert in fünf Stufen verkürzt folgendermaßen:[391] Der Netzbetreiber, der den eingespeisten Strom abnimmt, leitet diesen an den zuständigen Übertragungsnetzbetreiber weiter, wobei der Übertragungsnetzbetreiber die Zahlungen des Netzbetreibers an den Anlagenbetreiber kompensiert. Auf Bundesebene gleichen die vier Übertragungsnetzbetreiber die Kosten in ihren Regelzonen untereinander aus und vermarkten den Strom an der Strombörse nach Vorgaben des § 59 EEG i. V. m. der AusglMechV. Deckt der Erlös die entstandenen Kosten nicht, so können die Übertragungsnetzbetreiber die Differenz von den EVU verlangen, die den Strom an die Letztverbraucher liefern, welche die Mehrkosten als sogenannte EEG-Umlage an den Verbraucher in der Regel weitergeben.

Um die Ausgleichspflichten diskriminierungsfrei gestalten zu können und der BNetzA die Möglichkeit zur Kontrolle zu geben, hat das EEG in seinem fünften Teil Transparenzpflichten aufgeführt, die alle Beteiligten, also auch die Energieer-

[390] *Salje*, § 29 EEG, Rn. 1; *Reshöft*, in: Reshöft/Schäfermeier, § 20 EEG, Rn. 2 ff; *Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, S. 511.

[391] Zu dieser Darstellung: *Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, S. 515 ff.

zeuger treffen.[392] Maßgeblich sind die Angaben gemäß § 6 EEG, die den Standort, die installierte Leistung der Anlage, den Energieträger und die Kontaktdaten des Betreibers umfasst. Für Betreiber von Energieerzeugungsanlagen ergeben sich aus dem EEG somit reine Informationspflichten, um die genannten Vergütungsregelungen in Anspruch zu nehmen.

cc) Besteuerung kommunaler Unternehmen

Einen weiteren wichtigen Faktor bei der Planung und dem Betrieb eines Windparks, stellt die Besteuerung der Betreibergesellschaft und ihrer Gesellschafter dar. Die Kommunen selbst sind in der Erfüllung ihrer hoheitlichen Kernaufgaben nicht steuerpflichtig.[393] Errichten Kommunen hingegen Betriebe oder nehmen anderweitig am Wirtschaftsverkehr teil, müssen sie als reguläre Marktteilnehmer schon aus Gründen der Wettbewerbsgerechtigkeit einer Besteuerung unterfallen.[394] Sofern Kommunen in Form privatrechtlicher Gesellschaften wirtschaftlich tätig werden, gilt grundsätzlich auch die für diese Rechtsform übliche Besteuerung, also insbesondere die Anwendung der Körperschaftssteuer.[395] Das Steuersubjekt ist in diesem Fall auch nicht die Kommune, sondern das Unternehmen selbst.

Sofern die Marktteilnahme in öffentlich-rechtlicher Form geschieht, ist hinsichtlich der Pflicht und der Art der Besteuerung danach zu differenzieren, ob diese als Betrieb gewerblicher Art (BgA)[396], Hoheitsbetrieb oder reine Vermögensverwaltung eingestuft wird.[397] Hoheitsbetriebe dienen überwiegend der Ausübung der öffentlichen Gewalt und sind gemäß § 4 Abs. 5 S. 1 KStG nicht KStG-steuerpflichtig. Ebenso reine Vermögensverwaltungen gemäß § 14 S. 3 AO, worunter beispielsweise die reine Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft ohne Ein-

[392] Vgl. *Posser/Altenschmidt*, in: Frenz/Müggenborg, § 70 EEG, Rn. 1; *Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, S. 519.

[393] *Gay/Neudert*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. G, Rn. 7; *Meyer*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd. 2, § 49, Rn. 2.

[394] Vgl. Art. 13 MwStSystRL (Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom 28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem [ABl. Nr. L 347 S. 1], zuletzt geändert durch Art. 1 ÄndRL 2013/61/EU vom 17. 12. 2013 [ABl. Nr. L 353 S. 5]); EuGH, DB 2014, S. 1970; dazu auch *Meyer*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd. 2, § 49 Rn. 5.

[395] *Beinert/Kostic*, in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 11, Rn. 3; *Alvermann*, in: Streck, § 4 KStG, Rn. 6.

[396] Gemäß § 4 Abs. 1 KStG: „Betriebe gewerblicher Art von juristischen Personen des öffentlichen Rechts im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 6 sind vorbehaltlich des Absatzes 5 alle Einrichtungen, die einer nachhaltigen wirtschaftlichen Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen außerhalb der Land- und Forstwirtschaft dienen und die sich innerhalb der Gesamtbetätigung der juristischen Person wirtschaftlich herausheben. Die Absicht, Gewinn zu erzielen, und die Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr sind nicht erforderlich."

[397] *Alvermann*, in: Streck, KStG, § 4, Rn, 18 u. 40; *Beinert/Kosic*, in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 11, Rn. 19ff.

flussnahme auf die laufende Geschäftsführung fällt.[398] Werden Kommunen jedoch selbst wirtschaftlich tätig, handelt es sich gemäß § 4 KStG i. V. m. § 1 Abs. 1 Nr. 6 KStG um einen steuerpflichtigen BgA. Da die Kommunen nur in diesen Fällen steuerpflichtig sind, sind sie im Ergebnis lediglich „partiell steuerpflichtig".[399]

Allein aus diesem kurzen Abriss lässt sich erkennen, dass kommunale Unternehmen ein gewisses Potential haben, sich bei ihrer wirtschaftlichen Betätigung steuerliche Vorteile zu sichern. Bei dem Betrieb einer WEA wird es allerdings schwer zu begründen, warum es sich um keinen BgA handeln könnte[400], sofern der Windpark nicht sowieso von vorneherein durch eine privatrechtliche Gesellschaftsform betrieben wird. Beteiligt sich die Kommune an dem Projekt allein durch die Verpachtung ihrer Grundstücksflächen für den Windpark, handelt es sich um eine reine Vermögensverwaltung, die keine Körperschafts- und Gewerbesteuerpflicht auslöst, sofern keine weiteren Nebenleistungen der Gemeinde hinzukommen.[401]

In dieser Arbeit wird eine kommunale Gesellschaft bzw. kommunale Beteiligung vorausgesetzt, so dass es sich bei der Betreibergesellschaft steuerrechtlich um einen BgA oder eine privatrechtliche Gesellschaftsform handelt.

(1) Betrieb gewerblicher Art (BgA)

Betriebe gewerblicher Art (BgA) von juristischen Personen des öffentlichen Rechts im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 6 sind gemäß § 4 Abs. 1 u. 3 KStG alle Einrichtungen, die einer nachhaltigen wirtschaftlichen Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen außerhalb der Land- und Forstwirtschaft dienen und die sich innerhalb der Gesamtbetätigung der juristischen Person wirtschaftlich herausheben. Ein solcher Betrieb ist, unabhängig von der öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung, körperschaftssteuerpflichtig gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 6 KStG. Ein BgA hat, bis auf die Ausnahme der kAöR, keine eigene Rechtspersönlichkeit.[402] Das Steuersubjekt für die Körperschaftssteuer ist die Kommune selbst, sie wird dabei so behandelt als wäre sie im Verhältnis zum BgA Anteilseigner einer Kapitalgesellschaft.[403]

---

398 *Kessler/Fritz/Gastl*, BB 2001, S. 961 (963); *Beinert/Kosic*, in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 11, Rn. 41; *Augsten*, in: Fabry/Augsten, Unternehmen der öffentlichen Hand, Teil 5, Rn. 15.

399 *Meyer*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd. 2, § 49 Rn. 2; *Beinert/Kosic*, in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 11 Rn. 1f.

400 Vgl. § 4 Abs. 3 KStG nach dem es sich immer um einen BgA handelt, wenn die Kommune einen Betrieb zur Versorgung mit Gas, Wasser oder Elektrizität betreibt.

401 *Herden*, in: Boewe/Meckert, Leitfaden Windenergie: Planung, Finanzierung und Realisierung von Onshore-Windenergieanlagen, S. 102.

402 Vgl. *Gay/Neudert*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. G, Rn 39; *Hogeweg*, Die kommunale Anstalt öffentlichen Rechts in Niedersachsen, S. 175.

403 BFHE 170, 257 ff.; *Meyer*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 49 Rn. 52, *Augsten*, in: Fabry/Augsten, Unternehmen der öffentlichen Hand, Teil 5, Rn. 49.

Ausgangspunkt für die Festsetzung der Körperschaftsteuerpflicht ist die Ermittlung des erwirtschafteten Einkommens (vgl. § 7 Abs. 1 KStG). Zu ermitteln sind die Einkommen gemäß § 8 Abs. 1 KStG und nach dem Einkommensteuergesetz, im Besonderen nach §§ 4 Abs. 1, 5 EStG.[404] Grundlage für die Berechnung sind bei dem sogenannten „Betriebsvermögensvergleich" die zu führenden Bücher und Jahresabschlüsse, sofern diese gemäß §§ 140, 141 AO vorgeschrieben sind bzw. freiwillig geführt werden; ansonsten gilt die „Einnahme-Überschuss-Rechnung" gemäß § 4 Abs. 3 EStG.[405] Die Unternehmen unterliegen mit wenigen Ausnahmen den Grundsätzen der doppelten Buchführung („Doppik") gemäß §§ 238 ff. HGB. Bei den konkreten Fragen der Buchführung und der Gewinnermittlung ist zwischen den jeweiligen Rechtspersönlichkeiten der kommunalen Unternehmen zu unterscheiden.[406]

Sofern die Betreibergesellschaft der WEA eine Gewinnerzielungsabsicht hat, was regelmäßig der Fall sein wird, unterliegt sie zudem der Gewerbesteuer (§ 15 Abs. 2 GewStG). Bei dieser handelt es sich um eine kommunal erhobene Steuer, zu deren Erhebung die Kommunen mittlerweile verpflichtet sind.[407] Steuerschuldner ist der Unternehmer (vgl. § 5 Abs. 1 GewStG), unter Umständen also auch die Gemeinde selbst. Grundlage für die Besteuerung ist der Gewerbeertrag i.S.d. § 6 GewStG, der sich wiederum aus dem Gewinn (§ 7 Abs. 1 S. 1 GewStG) und den Hinzurechnungen der Inhalte des § 8 GewStG und den Kürzungen des § 9 GewStG ermittelt.

BgA sind zudem im Gegensatz zu anderen öffentlichen Einrichtungen gemäß § 3 Abs. 3 GrStG grundsteuerpflichtig, ebenso gemäß § 1 GrEStG grunderwerbsteuerpflichtig.

Eine Umsatzsteuerpflicht ergibt sich für die Kommune selbst aus § 2 Abs. 3 UStG; für Eigengesellschaften aus § 2 Abs. 1 UStG. Bei der reinen (Strom-) Belieferung von anderen BgA entfällt die Umsatzsteuerpflicht, bei der Belieferung der Kommune, als davon zu unterscheidendes Umsatzsteuersubjekt, bleibt sie hingegen bestehen.[408] Gerade für größere Investitionen genießen Kommunen dafür

---

[404] Einkommensteuergesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. Oktober 2009 (BGBl. I S. 3366, 3862), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 15. Juli 2013 (BGBl. I S. 2397) geändert worden ist.

[405] *Beinert/Kosic*, in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 11, Rn. 58; *Weber-Grellet*, in: Schmidt, § 5 EStG, Rn. 12ff.; *Rätke*, in: Klein, § 140 AO, Rn. 5; *Kessler/Fritz/Gastl*, BB 2001, S. 961 (962); Gemäß § 5 Eig BetrVO Nds. haben kommunale Eigenbetriebe in Niedersachsen ihre Wirtschaftsführungen und ihr Rechnungswesen nach den Grundsätzen der handelsrechtlichen Vorschriften zu führen.

[406] Dazu eingehend *Meyer*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 49 Rn. 1ff.

[407] Vgl. *Güroff*, in: Glanegger/Güroff, § 1 GewStG, Rn. 2; Die Untergrenze für den Hebesatz der Gemeinden liegt gemäß § 16 Abs. 4 S. 2 GewStG bei 200%. Trotz Gegenwehr der Kommunen hat das BVerfG diese Regelung aufgrund der Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit (Art. 72 II GG) als zulässig erachtet BVerfGE 125, 141. Die Taxierung des Hebesatzes oberhalb dieser Untergrenze bleibt natürlich weiterhin in der Selbstbestimmung der Gemeinden.

[408] *Herden*, in: Boewe/Meckert, Leitfaden Windenergie: Planung, Finanzierung und Realisierung von Onshore-Windenergieanlagen, S. 134.

aber auch die Vorteile des Vorsteuerabzugs.[409] Die Bemessungsgrundlage für die Erhebung der Umsatzsteuer ergibt sich aus dem Entgelt, welches der Empfänger der Leistung (in diesem Falle der Netzbetreiber) für die Leistung des BgA aufwendet.[410]

Die Pflicht zur Abgabe der Kapitalertragssteuer ergibt sich bei BgA aus § 20 Abs. 1 Nr. 10 EStG. Diese beträgt wie auch bei Kapitalgesellschaften 15 % und sichert seit der Gleichstellung durch die Unternehmenssteuerreform im Jahr 2001[411] eine steuerliche Gleichbehandlung zwischen Kapitalgesellschaften und BgA.[412] Die an die Kommune ausgeschütteten Gewinne des BgA sind folglich kapitalertragssteuerpflichtig. Alle Zahlungen zwischen BgA und Trägerkommune sind zudem schriftlich festzuhalten, um verdeckte Gewinnausschüttungen zu vermeiden, welche gemäß § 8 Abs. 3 S. 2 KStG nicht von dem zu versteuernden Einkommen des BgA abgezogen werden. Eine solche verdeckte Gewinnausschüttung liegt auch dann vor, wenn der BgA unentgeltliche Leistungen an einen anderen Hoheitsbetrieb der Kommune gewährt.[413]

(2) Kapitalgesellschaften, insbesondere GmbH

Wird die WEA durch eine GmbH betrieben, so trifft diese als eigenständige juristische Person die Steuerpflicht. Sie ist kraft Rechtsform körperschafts-, gewerbe- und umsatzsteuerpflichtig. Die Belastung der Körperschaftssteuer ist wie bereits geschildert identisch zu einem BgA und ergibt sich aus § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG und wird nach dem Einkommen berechnet.[414] Die private Gesellschaft unterliegt der Besteuerung nach Ertrag und Umsatz, welcher gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG die Umsatzsteuerpflicht auslöst. Allerdings steht auch ihr in der Regel der Vorsteuerabzug auf bezogene Lieferungen und Leistungen zu. Die Gewerbesteuerpflicht der GmbH ergibt sich gemäß § 2 Abs. 2 GewStG aus ihrer Eigenschaft als Kapitalgesellschaft, dies unabhängig von einer positiv festgestellten Gewinnerzielungsabsicht.[415] Wird der Windpark nicht von der Kommune selbst betrieben, sitzt die Betreiberfirma oft in einer anderen Gemeinde als dem Standort des Windparks.[416] Zur Ermittlung der Gewerbesteuerpflicht wird gemäß § 28 GewStG ein Zerle-

[409] § 15 UStG dazu: *Heidner*, in: Bunjes, § 15 UStG, Rn. 49; *Gay/Neudert*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. G, Rn. 141.

[410] Vgl. *Gay/Neudert*, in: Wurzel/Schraml, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. G, Rn. 136; *Korn*, in: Buntjes, § 10 KStG, Rn. 8 f.

[411] Steuersenkungsgesetz vom 23.10.2000, BStBl. I 2000, S. 1428; dazu: *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 164.

[412] BMF-Schreiben vom 11.09.2002, BStBl. I 2002.

[413] BFH, DStR 1997, S. 153 ff. dazu *Gay/Neudert*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. G, Rn. 106; *Alvermann*, in: Streck, § 4 KStG, Rn. 53f.

[414] Eine exemplarische Berechnung zur Ermittlung des zu versteuernden Einkommens einer GmbH, siehe: *Sievert*, in: Beck'sches Handbuch der GmbH § 11, Rn. 19.

[415] *Sievert*, in: Beck'sches Handbuch der GmbH, § 11, Rn. 156; *Mühlhäuser*, in: Münchner Anwaltshandbuch, GmbH-Recht, § 17, Rn. 17.

[416] *Weber/Hammler/Kleinschmidt*, BB 2012, S. 1836 (1836).

gungsmaßstab angelegt. Dieser berechnet sich grundsätzlich aus der Summe der Arbeitslöhne vor Ort (§ 29 GewStG). Da an dem Standort des Windparks in der Regel aber keine Arbeiter angestellt sein werden, wurde als Anreiz für die Kommunen ein besonderer Maßstab eingeführt, der den Gewerbesteuermessbetrag nur noch zu 30 % nach den Arbeitslöhnen und zu 70 % nach dem Anlagevermögen bemisst (§ 29 Abs. 1 Nr. 2 GewStG).[417]

Werden die Gewinne der GmbH an die Gesellschafter (Kommune) ausgeschüttet, so hat die GmbH einen Dividendenbetrag i.H.v. 25 % Kapitalertragssteuer einzubehalten (vgl. §§ 43 Abs. 1 Nr. 1, 43a Abs. 1 Nr. 1 EStG).

(3) Besonderheiten

Neben der generellen Besonderheit, dass bei öffentlichen Körperschaften zwischen BgA und hoheitlichen Betrieben unterschieden wird, lassen sich noch weitere Spezifika der kommunalen Besteuerung festmachen.

(a) Zusammenschlüsse

Gerade im Hinblick auf Kommunen, die eine ausgeprägte Wirtschaftstätigkeit vorhalten, lassen sich durch Zusammenschlüsse und Querverbünde steuerrechtliche Vorteile erreichen. Das steuerrechtliche Ziel eines solchen Zusammenschlusses liegt in der Verrechnung der Gewinne und Verluste verschiedener Unternehmen, um das Einkommen i.S.d § 7 KStG als Bemessungsgrundlage für Körperschaftssteuer bzw. den Gewinn als Grundlage für die Gewerbesteuer zu verringern.

Die Ermittlung des Einkommens und somit der Umfang der Steuerpflicht ist grundsätzlich für jeden BgA einzeln zu ermitteln, sofern die Ausnahme des § 4 Abs. 6 KStG nicht greift.[418] Diese Ausnahme könnte für Windparks gemäß § 4 Abs. 6 Nr. 3 i. V. m. § 4 Abs. 3 KStG durch den Zusammenschluss mehrerer Versorgungsbetriebe zu einem steuerlichen Querverbund greifen, bei dem die erwirtschafteten Gewinne mit den Ergebnissen dauerdefizitärer Betriebe verrechnet werden, um die Steuerpflicht zu verringern.[419] Zu beachten ist dabei aber, dass gemäß § 4 Abs. 6 S. 2 KStG keiner der Betriebe steuerlich als Hoheitsbetrieb eingestuft werden darf. Dies kann beispielsweise bei der Abwasserentsorgung oder der Hausmüllentsorgung der Fall sein, welche den Kommunen als Aufgabe gesetzlich[420] zugewiesen ist.[421] Ferner setzt das Zusammenfassen mehrerer BgA zu

[417] *Weber/Hammler/Kleinschmidt*, BB 2012, S. 1836 (1836).

[418] *Bolsenkötter*, in: Püttner, Querverbund, S. 113 ff.

[419] Im Rahmen des steuerlichen Querverbunds wird das Saldo der gesamten Betriebsergebnisse der zusammengefassten BgA als ein Einkommen angesehen; dazu *Gay/Neudert*, in: Wurzel/Schraml, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. G, Rn. 173 f.

[420] § 15 Abs. 1 KrW- AbfG; § 56 WHG.

[421] Hierbei ist jedoch keine einheitliche Aussage zu treffen. Die Abwasserbeseitigung kann durch landesrechtliche Regelungen so ausgestaltet werden, dass sie auf Unternehmen übertragen wer-

einem steuerlichen Querverbund die nicht unerheblichen Hürden voraus, dass es sich bei den Betrieben um gleichartige Betriebe oder Betriebe mit einer engen wechselseitigen technisch-wirtschaftlichen Verpflichtung oder einem Betrieb der Gas-, Wasser, Elektrizitäts- oder Wärmeversorgung oder der Verkehrs- Hafen- oder Flughafenbetrieben handelt (§ 4 Abs. 6 S. 1 Nrn.1-3 KStG). Diese Zusammenschlüsse können auch in Form eines sogenannten Kettenzusammenschlusses vorgenommen werden, bei dem bei einer Zusammenfassung eines bereits zusammengefassten BgA mit einem weiteren Betrieb aus einem anderen BgA die wechselseitige Beziehung nicht unter allen Betrieben, sondern nur unter jeweils zwei Betrieben verlangt wird.[422]

Energieerzeugung[423] stellt einen Versorgungsbetrieb im Sinne des § 4 Abs. 3 KStG dar. Die daraus resultierende Steuerpflicht wird in Hinblick auf die kommunale Versorgungsverantwortung im steuerlichen Querverbund abgemildert. Eine steuerliche Gesamtschau des klassischerweise defizitären ÖPNV (vgl. § 8 Abs. 7 S. 2 KStG) und der gewinnträchtigen Energieversorgung ist damit in Hinblick auf die Körperschaftssteuer anerkannt[424] und kann als indirekte Subvention der dauerdefizitären Leistungen der Kommune angesehen werden. Die Missbrauchsgrenze wird von den Finanzverwaltungen jedoch an der Stelle gezogen, an der der Zusammenschluss mehrerer BgA allein der Steuervermeidung dient.[425]

Ein Zusammenschluss von unterschiedlichen kommunalen Unternehmen in Form von Kapitalgesellschaften unterliegt diesen Beschränkungen aufgrund der Rechtsformwahlfreiheit nicht.[426] Hierfür bieten sich Konzern- oder Holdingstrukturen oder die Einrichtung eines Cashpools an.[427] Eine weitere Möglichkeit steuerliche Vorteile zu generieren bietet die Organschaft (vgl. §§ 14 ff. KStG). Auch die Organschaft hat das Ziel Einkünfte verschiedener Unternehmen untereinander zu verlagern.[428] Dafür werden Verlustausgleiche zwischen Mutter- und Tochterunternehmen vorgenommen, ohne den Gewinn des profitablen Unternehmens zu

---

den kann, so dass u.U. ein BgA entstehen kann; hierzu: *Meyer*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd. 2, § 49 Rn. 33f.

422 BFHE 88, 3; *Meyer*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd. 2, § 49 Rn. 108f.; *Augsten*, in: Fabry/Augsten, Unternehmen der öffentlichen Hand, Teil 5, Rn 92.

423 Gemäß BMF v. 12.11.2009, BStBl. 2009 II, 1301, Rn. 9 werden alle Wertschöpfungsstufen bei der Energieversorgung von dieser Regelung erfasst.

424 BFHE 89, 416; zu der Streitfrage, ob dies auch bei der Gewerbesteuer möglich ist, vgl. *Gay/Neudert*, in: Wurzel/Schraml, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. G, Rn. 192.

425 BFH, BStBl. III 56, 166; *Alvermann*, in: Streck, § 4 KStG, Rn. 44.

426 Vgl. *Gay/Neudert*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. G, Rn. 182; *Augsten*, in: Fabry/Augsten, Unternehmen der öffentlichen Hand, Teil 5, Rn. 178.

427 Vgl. zu kommunalen Konzernen: *Meinen*, Konzernrecht im kommunalen Bereich, insbesondere S. 181 ff.; zu den steuerlichen Möglichkeiten: *Kessler/Kröner/Köhler*, Konzernsteuerrecht, National – International, § 2 ff.

428 *Witt*, Die Konzernbesteuerung, S.6; *Frotscher*, Körperschaftssteuer, Gewerbesteuer, S. 92; *Alvermann*, in: Streck, § 4 KStG, Rn. 49.

besteuern.[429] Hierbei wird selbst die Gründung einer reinen Holding-GmbH als Organträger nicht als missbräuchliche Steuervermeidung i.S.d. § 42 AO oder vGA angesehen.[430]

(b) Sonstige Unterschiede

Weitere Unterschiede ergeben sich aus der Abzugsfähigkeit von Zinsaufwendungen und der Darlehensgewährung der Kommune gegenüber dem BgA.[431] Die Gewährung von Spenden und Zuschüssen wird im Vergleich zu privaten Marktteilnehmern weitestgehend gleich behandelt.[432]

Werden bei einer GmbH die GmbH-Anteile nicht von der Kommune selbst gehalten, sondern von einem ihrer BgA, so fällt auf ausgeschüttete Gewinne unter den Voraussetzungen des § 8b KStG keine Körperschaftssteuer an.[433] Zweck dieser Regelung ist jedoch nicht die Besserstellung von öffentlichen Unternehmen, sondern deren Gleichstellung. Auch bei Kapitalgesellschaften soll eine Doppelbesteuerung vermieden werden, indem erst die letzte Ausschüttung an eine natürliche Person, in einer Kette von Gewinnausschüttungen, besteuert werden soll.[434] Aus steuerlicher Sicht ist es im Ergebnis für die Kommune am günstigsten, wenn die Anteile an der Betreiber-GmbH durch einen ihrer BgA gehalten werden, so dass 95 % des an den BgA ausgeschütteten Gewinns steuerfrei bleiben.[435] Sofern der BgA diese Erträge dann wiederum an die Kommune weiterleiten will, fallen aber auch hier 25 % Kapitalertragssteuer an, so dass sich im Vergleich zu privaten Marktteilnehmern kein Unterschied ergibt. Ein steuerlicher Vorteil ergibt sich daher nur dann, wenn der BgA die Ausschüttung der GmbH einbehält und anderweitig verwendet. Gerade im steuerlichen Querverbund ergeben sich aber wiederum Möglichkeiten die Kapitalertragssteuer möglichst gering zu halten, insbesondere dadurch, dass Gewinne von BgA nicht belastet werden, die eine bestimmte Größenordnung nicht überschreiten.[436]

Trotz des Primats der Entflechtung[437] in der Energiebranche, sind Versorger oftmals in den Bereichen Energieerzeugung und Energieverteilung gleichzeitig tätig. Daher ist die steuerliche Behandlung einer an die Kommune gezahlten Kon-

---

429 Weiter dazu: *Gay/Neudert*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. G, Rn. 253f.

430 BFH BStBl. II 07, 961; *Alvermann*, in: Streck, § 4 KStG, Rn. 27.

431 *Meyer*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 49 Rn. 64 ff.

432 *Alvermann*, in: Streck, § 4 KStG, Rn.52; *Meyer*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd. 2, § 49 Rn. 80 f.

433 *Herden*, in: Boewe/Meckert, Leitfaden Windenergie: Planung, Finanzierung und Realisierung von Onshore-Windenergieanlagen, S. 107.

434 Vgl. *Binnewies*, in: Streck, § 8b KStG, Rn. 2.

435 § 8b Abs. 5 KStG; dazu: *Herden*, in: Boewe/Meckert, Leitfaden Windenergie: Planung, Finanzierung und Realisierung von Onshore-Windenergieanlagen, S. 108; *Mühlhäuser*, in: Münchener Anwaltshandbuch, GmbH-Recht, § 17, Rn. 46.

436 Dazu zusammenfassend *Gay/Neudert*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. G, Rn. 246 ff.

437 Siehe die Ausführungen zu den Entflechtungsvorgaben Punkt D. II) 7) c).

zessionsabgabe für die Nutzung der öffentlichen Straßennetze für die Verlegung von Strom- Gas- und Wasserleitungen von Bedeutung. Diese Konzessionsabgaben lassen sich grundsätzlich als Betriebsausgaben von dem zu versteuernden Einkommen abziehen.[438] Dies wird allerdings dann eingeschränkt, wenn die Kommune als Empfänger der Konzessionsabgabe selbst an dem Versorgungsbetrieb beteiligt ist.[439] Um zu verhindern, dass das Versorgungsunternehmen der Kommune daher einen Vorteil gewährt, den sie einem Dritten in dieser Form nicht gewähren würde (unverhältnismäßig hohe Konzessionsabgabe), wird der Abzug der Konzessionsabgaben unter dem Gesichtspunkt der verdeckten Gewinnausschüttung gemäß § 8 Abs. 3 KStG überprüft.[440] Um eine solche verdeckte Gewinnausschüttung zu vermeiden, ist ein Mindestgewinn von 1,5 % des Sachanlagevermögens vorausgesetzt, um einen angemessenen handelsrechtlichen Gewinn zu garantieren; ebenso dürfen die Höchstsätze der Konzessionsabgaben nicht überschritten werden.[441]

Im Ergebnis unterliegt die Besteuerung von kommunalen Unternehmen aufgrund der Daseinsverantwortung der Gemeinden somit teils anderen Maßstäben. Auf der anderen Seite lässt sich ein gesetzgeberisches Bemühen erkennen, die Besteuerung aufgrund der sich ausweitenden wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden immer weiter an die Besteuerung privater Unternehmen anzugleichen. Die immer noch häufigste Gesellschaftsform GmbH bietet kaum steuerrechtliche Vorteile, vielmehr wäre ein Betrieb in Form der kAöR steuerlich vorteilhaft.[442]

5) Finanzierung des Vorhabens

a) Due Diligence

Die Finanzierung eines Windparks stellt eine komplexe Aufgabe dar. Zu Beginn solch großer Projekte führen daher Banken, Sponsoren oder auch die Betreiber eine sogenannte *Due Diligence* durch. Das bedeutet konkret, dass sich der Betreiber vor Beginn des Projekts und auch die Bank vor der Zusage der Finanzierung ein Bild über die Risiken des zu finanzierenden Windparkprojekts erstellen lassen.[443] Dabei schließt die finanzierende Bank zusammen mit der Projektgesellschaft ein

---

438 *Alvermann*, in: Streck, KStG, § 4, Rn. 60; *Frotscher*, Körperschaftssteuer, Gewerbesteuer, S.72 m.w.N.

439 *Meyer*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 49 Rn. 74; *Gay/Neudert*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. G, Rn. 108 f.

440 *Frotscher*, Körperschaftssteuer, Gewerbesteuer, S. 72 m.w.N.

441 BMF v. 27.09.2002 – IV A 2-S 2744-5/02, BStBl. 2002 I, 940; a.A: *Meyer*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 49 Rn. 76 nachdem aus Gründen der Gleichbehandlung auf einen Fremdvergleich mit anderen Versorgern abgestellt werden sollte, um eine marktgerechte Gleichbehandlung zu erreichen.

442 So schon *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 163 ff.

443 *Beisel*, in: Beisel/Andreas, Beck'sches Mandatshandbuch Due Diligence, § 1, Rn. 11; *Jenne/Rabenschlag*, in: Böttcher, Handbuch Windenergie, S. 47.

Term Sheet ab, welches die grobe Struktur des geplanten Projekts umreißt.[444] Nach der Durchführung der Due Diligence Prüfung durch einen meist externen Berater, wird gemeinsam auf Grundlage der ermittelten Erfolgsaussichten über die Fortführung des Projekts und die Bedingungen der Finanzierung verhandelt. Die Legal Due Diligence hat dabei, im Gegensatz zu einer umfassenderen Due Diligence vor einer Unternehmensübernahme, die Aufgabe festzustellen, ob die Projektgesellschaft Inhaberin sämtlicher für den Betrieb und die Errichtung der WEA nötigen Rechte ist, um diese als Sicherheit an die Bank abzutreten.[445] Eine umfassendere Due Diligence könnte bei Windenergieanlagen für externe Investoren von Relevanz sein.

b) Finanzierungsmodelle

Die Investitionskosten für ein Megawatt produzierten Stroms durch WEA liegen bei ca. 800.000–1.000.000 EUR.[446] Für einen kommunalen Windpark werden daher insgesamt Kosten im zweistelligen Millionenbereich anfallen. Ohne Fremdfinanzierung oder wirtschaftliche Partner, ist ein solches Projekt für eine Kommune nur selten durchführbar. Daher stellen sich bei der Finanzierung folgende Fragen: Wie hoch soll (muss) der Eigenkapitalanteil im Vergleich zur Fremdfinanzierung sein, welche Kreditinstitute bzw. Beteiligungsmöglichkeiten kommen in Frage und welche Art der Finanzierung stellt die sinnvollste dar?

Selbst wenn der Kommune die Finanzierung des Projektes durch Eigenkapital möglich wäre, kann eine zumindest teilweise Kreditfinanzierung die Eigenkapitalverzinsung erhöhen (Leverage-Effekt).[447] Wenn die Rendite eines Windparks also eine höhere Gesamtrendite erzielt als die Darlehenszinsen bei der Bank betragen, so ist der Einsatz von Fremdfinanzmitteln anzuraten.[448]

WEA-Projekte werden meist durch Projektfinanzierungen finanziert. Der Darlehensnehmer ist eine eigens gegründete Projektgesellschaft, ein sogenanntes Special Purpose Vehicle (SPV).[449] Der Darlehensgeber wiederum erhält seine Zins- und Darlehensrückzahlungen aus dem zu erwartenden Cash-Flow, der durch den

---

[444] *Jenne/Rabenschlag*, in: Böttcher, Handbuch Windenergie, S. 49.

[445] *Jenne/Rabenschlag*, in: Böttcher, Handbuch Windenergie, S. 50; vgl. *Beisel*, in: Beisel/Andreas, Beck'sches Mandatshandbuch Due Diligence, § 1, Rn. 51; *Andreas*, in: Beisel/Andreas, Beck'sches Mandatshandbuch Due Diligence, § 12, Rn. 1ff.

[446] *Deutsche Windguard,* Kostensituation der Windenergie an Land in Deutschland, 2015, https://www.wind-energie.de/sites/default/files/download/publication/kostensituation-der-windenergie-land-deutschland-update/20151214_kostensituation_der_windenergie_an_land_in_deutschland_update.pdf.

[447] Der Leverage-Effekt (Hebeleffekt) besagt, dass die Aufnahme eines Darlehens für die Eigenkapitalrendite des Betreibers einen positiven Effekt erwirken kann, wenn der Darlehenszinssatz unter der Gesamtrendite der Unternehmung liegt; *Staab*, Erneuerbare Energien in Kommunen, S. 82; *Andree*, Wirtschaftlichkeitsanalyse öffentlicher Investitionsprojekte, S. 212.

[448] Vgl. *Staab*, Erneuerbare Energien in Kommunen, S. 83.

[449] Im Folgenden siehe dazu: *Distler/Sedlacek*, in: Schulz, Handbuch Windenergie, S. 729 ff; *Staab*, Erneuerbare Energien in Kommunen, S. 82 ff.

Betrieb der Anlage generiert wird (cash-flow-related-lending). Auf die Bonität des Darlehensnehmers wie beim (balance-sheet-related-lending) kommt es daher nicht an, ein Rückgriff auf die hinter dem SPV stehenden Sponsoren ist zudem in der Regel ausgeschlossen. Die Rückzahlung des Darlehens und der Zinsschuld wird ausschließlich aus dem Ertrag der Anlage generiert. Das hat den Vorteil, dass sich zum einen über das SPV mehrere Sponsoren als Eigenkapitalgeber und Banken sowie Förderbanken wie die KfW als Projektfinanzierer beteiligen können und sich die Banken aufgrund der Abhängigkeit von dem zukünftigen Ertrag genau mit der Wirtschaftlichkeit des Projektes auseinandersetzen müssen und das Projekt somit neben dem Projektträger auch von der Finanzierungsseite gründlich durchleuchtet wird. Zum anderen bietet sich der Vorteil ein Projekt ohne umfangreiche eigene Sicherungsmittel zu finanzieren, wobei die Finanzierer als Nachteil insbesondere das Fertigstellungsrisiko trifft. Wenn das Projekt aber fertiggestellt ist, erhält die Finanzierungsseite ein Sicherheitenpaket, das neben der Verpfändung der Gesellschafteranteile, einer Globalzession, der dinglichen Sicherung, oder einer Sicherungsübereignung auch Direktverträge enthalten kann, die den Banken die Möglichkeit geben in die wesentlichen Vertragsverhältnisse einzutreten.[450]

Neben der Projektfinanzierung bieten sich noch sogenannte PPP-Modelle[451], Mezzanine Finanzierungsformen und verschiedene Arten des Contracting an.[452]

Bei mezzaninen Finanzierungen handelt es sich um Finanzierungsmodelle, die sich je nach Ziel von Kapitalgeber und Kapitalnehmer in unterschiedlicher Intensität hinsichtlich des Anteils von Eigen- oder Fremdkapital ausgestalten lassen.[453] Im Allgemeinen sind mezzanine Finanzierungsformen eine Mischung aus Eigenkapital- und Fremdkapitalfunktionen.[454] Zu den eigenkapitalnahen Formen gehören stille Beteiligungen oder Genussrechte, zu den fremdkapitalnahen Formen gehören nachrangige Darlehen.[455] Vorteile einer solchen mezzaninen Finanzierung sind die flexiblen Ausgestaltungsmöglichkeiten, die Stärkung des Eigenkapitals, ohne weitere Stimmrechte ausgeben zu müssen oder eine steuerliche Optimierung.[456]

Der quantitative Bedarf der Fremdmittel bestimmt sich neben dem generellen Kapitalbedarf für die Realisierung eines solchen Vorhabens, maßgeblich nach der

---

450 Hierzu: *Minuth/Stiller*, NZBau 2009, S. 574f.

451 Zu Finanzierungsvorteilen bei PPP-Modelle siehe Punkt E) II) 2) b) bb).

452 *Staab*, Erneuerbare Energien in Kommunen, S. 97.

453 Vgl. *Nohtse*, Programm-Mezzanine-Finanzierungen deutscher Unternehmen: Eine Analyse kapitalstrukturtheoretischer Fragestellungen, S. 16.

454 *Lühn*, Genussrechte : Grundlagen, Einsatzmöglichkeiten, Bilanzierung und Besteuerung, S. 25.

455 *Staab*, Erneuerbare Energien in Kommunen, S. 97; *Lühn*, Genussrechte: Grundlagen, Einsatzmöglichkeiten, Bilanzierung und Besteuerung, S. 25.

456 Zu der einzelnen steuerrechtlichen, bilanziellen und betriebswirtschaftlichen Ausgestaltung, siehe z.B: *Lühn*, Genussrechte : Grundlagen, Einsatzmöglichkeiten, Bilanzierung und Besteuerung, Kurzzusammenfassung: *Staab*, Erneuerbare Energien in Kommunen, S. 97f.

Rechtsform der Betreibergesellschaft.[457] So ist bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder Aktiengesellschaft gesetzlich eine Eigenkapitaleinlage von mindestens 25.000 EUR bzw. 50.000 EUR vorgeschrieben. Aber auch Eigenbetriebe haben gemäß § 6 Abs. 1 u. 2 Nds. EigBtrVO ein Stammkapital vorzuhalten, welches sowohl angemessen in Hinblick auf den Zweck und Umfang des Betriebes als auch im Verhältnis zum Fremdkapital sein muss.

Die grundlegenden Parameter der Projektfinanzierung sind die Fixierung der Darlehensrückzahlung auf dem zukünftigen Cash-Flow, der Schutz der Investoren (außerhalb des Eigenkapitals) und die Risikoallokation.[458] Alleine aufgrund der meist begrenzten Möglichkeiten des Gemeindehaushalts ist der Rückgriff auf Fremdkapital unumgänglich. Zwar ist die Bonität der Gemeinden in der Regel sehr hoch, so dass Darlehen auch durch Bürgschaften abgesichert werden können, der Rückgriff auf die durch das EEG garantierte Vergütung des eingespeisten Stroms bietet hierzu aber eine mindestens ebenso sichere Alternative, so dass die Projektfinanzierung in der Regel für Kreditgeber wie -nehmer günstiger ist.

6) Kommunale Zuständigkeit

Bei solchen Bauvorhaben stellt sich schließlich die Frage nach der kommunalen Zuständigkeit für die Planung, die Vertragsabschlüsse und den Betrieb. Unabhängig davon, dass je nach konkreter Ausgestaltung des Projekts, namentlich der Art der Beteiligung und der gesellschaftsrechtlichen Ausformung, projektbezogene Unterschiede auftreten, gibt es doch wesentliche verallgemeinerungsfähige Gemeinsamkeiten bei der kommunalen Zuständigkeit.

Richtungsweisend ist dabei die grundsätzliche Entscheidung über die Art der wirtschaftlichen Betätigung. Der Windpark kann durch die (gemeindeeigenen) Stadtwerke betrieben werden, die Kommune selbst oder durch eine private Trägergesellschaft, an der die Kommune lediglich als Gesellschafter beteiligt ist.

Grundsätzlich ist für Entscheidungen, die die Errichtung, Gründung, Übernahme, wesentliche Erweiterung, teilweise oder vollständige Veräußerung, Aufhebung oder Auflösung von Unternehmen, von kommunalen Anstalten und von Einrichtungen im Rahmen des Wirtschaftsrechts betreffen, der Gemeinderat zuständig.[459] Bei einem von der Kommune selbst betriebenen Windpark, verbleibt dem Rat der größte Gestaltungsspielraum. Die Einflussnahme ist auch bei einer Beteiligung an einer Betreibergesellschaft oder den eigenen Stadtwerken durchaus gegeben. Das operative Geschäft ist dabei trotz Einflussnahme durch die Gesellschafterversammlung zugunsten der Geschäftsführung der Gesellschaften jedoch verengt, weil die Geschäftsführung trotz Weisungsrechten der Gesellschafterversammlung (§ 37 GmbHG) das tägliche Geschäft bestimmt und bei einer reinen Beteiligung Interessen anderer Gesellschafter konträr laufen können.

---

[457] Vgl. *Hau*, Windkraftanlagen: Grundlagen, Technik, Einsatz, Wirtschaftlichkeit, S. 911 f.
[458] *Burdack-Debes*, in: Boewe/Meckert, Leitfaden Windenergie, S. 143f.
[459] Vgl. § 58 Abs. 1 Nr. 11 NKomVG; § 41 Abs. 1 Ziff. k) - m) GO NRW; Art. 29, 30 Bay.GO.

Praxisrelevant ist an dieser Stelle die Rolle der Gemeindeverwaltung. Die Vorbereitung und Planung, sowie die Durchführung in Detailfragen wird maßgeblich in den Kompetenzbereich der Gemeindeverwaltung fallen, so dass auch die Gemeindevertretung angehalten ist, sich während des gesamten Prozesses mit der Gründung, Beteiligung und Umgestaltung des kommunalen Unternehmens zu befassen. Da wichtige Entscheidungen und Vertragsverhandlungen mit Wirtschaftspartnern bereits während des Planungsprozesses getroffen werden, sollten die demokratisch legitimierten Vertreter der Gemeinde schon im Vorhinein Teil dieser Prozesse werden, um am Ende nicht ihre Entscheidungsmöglichkeit lediglich auf Annahme oder Ablehnung des gesamten Konzepts zu reduzieren. Überdies wird gerade in kleineren Gemeinden eine Hinzuziehung eines externen Steuerberaters, Rechtsanwalts oder Unternehmensberaters unumgänglich sein bzw. sogar verlangt.[460]

Als weitere zuständige Organe bzw. Institutionen kommen dem Bürgermeister und der Kommunalaufsicht Kompetenzen zu. Dem Bürgermeister obliegt die zivilrechtliche Vertretung der Gemeinde, insbesondere bei Vertragsschlüssen.[461] Nach der Entscheidung des Gemeinderates und der Unterschrift des Bürgermeisters sind die Beschlüsse über die Gründung, Umwandlung oder Änderung der Beteiligungsverhältnisse eines kommunalen Unternehmens in der Regel der Kommunalaufsicht vorzulegen.[462]

7) Errichtung und Betrieb: Wettbewerbsrechtliche Voraussetzungen

Von einer rechtlichen Perspektive sind vor der Errichtung und insbesondere dem Betrieb eines kommunal betriebenen Windparks vor allem wettbewerbsrechtliche Gesichtspunkte zu beachten.

a) Vergaberecht

Kommunen sind als öffentlich-rechtliche Körperschaften ab Aufträgen einer bestimmten Größe verpflichtet für die Beschaffung von Bau-, Liefer- und Dienstleistungen ein Vergabeverfahren durchzuführen. In dieser Arbeit kann, ob der Komplexität des Themas, nur überblicksartig auf die Besonderheiten der Vergabe bei Windenergieanlagen eingegangen werden.

Das deutsche Vergaberecht ist dabei in ein nationales und ein europaweites Vergabeverfahren zweigeteilt. Unterhalb der Schwellenwerte richtet sich das nationale Vergabeverfahren nach dem Recht der Haushaltsordnungen und der Vergabeverordnungen, oberhalb der Schwellenwerte wird ein europaweites Verfahren

---

[460] § 109 Brdbg.KVerf.; § 124 GO LSA; vgl. dazu *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, Rn. 462.

[461] § 86 Abs. 2 NKomVG; § 63 Abs. 1 GO NRW; Art. 38 Abs. 1 Bay. GO.

[462] Vgl. *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, Rn. 465ff.; vgl. § 152 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 NKomVG.

nach den in nationales Recht transferierten Vergaberichtlinien durchgeführt.[463] Kern aller Vergaben ist dabei ein diskriminierungsfreies, wettbewerbliches und transparentes Verfahren.

aa) Öffentlicher Auftraggeber

Maßgeblich für die Frage, ob die Errichtung eines Windparks eines Vergabeverfahrens bedarf, ist zuvorderst die Feststellung des sachlichen und persönlichen Anwendungsbereichs des Vergaberechts.

Um den persönlichen Anwendungsbereich zu eröffnen, muss es sich bei dem Betreiber um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 99 GWB handeln. Entscheidend ist daher, wer genau den Auftrag für Errichtung und Betrieb des Windparks erteilt bzw. erteilen wird. Sofern die Gemeinde in Form eines Regie- oder Eigenbetriebes den Windpark betreiben will und die Aufträge für Errichtung und Betrieb vergibt, handelt es sich um einen Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 1 GWB. Auch kommunal beherrschte Stadtwerksgesellschaften mbH sind trotz ihrer privatrechtlichen Ausgestaltung „öffentliche Auftraggeber" im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB, sofern diese nichtgewerblicher Art sind und im Allgemeininteresse handeln, was bei der Energieversorgung als Teil der Daseinsvorsorge in der Regel anzunehmen sein wird.[464] Bei der Errichtung und auch dem Betrieb des Windparks, fügt sich die Besonderheit an, dass diese Tätigkeiten unmittelbar im Zusammenhang mit dem Feld der Energieversorgung stehen.[465] Hierbei handelt es sich vergaberechtlich um eine sogenannten Sektorentätigkeit im Sinne des § 102 Abs. 2 Nr. 2 GWB. Eine kommunal beherrschte Stadtwerke GmbH[466] oder eine andere kommunal beherrschte privatrechtliche Betreibergesellschaft erfüllen zweifelsfrei die Voraussetzungen eines „Sektorenauftraggebers" und eines „öffentlichen Unternehmens" im Sinne des § 100 Abs. 1 Nr. 2 GWB. Sollte es sich sowohl um einen öffentlichen Auftraggeber als auch um einen Sektorenauftraggeber handeln, so ist die Sektorenauftraggeberschaft vorrangig und gilt als Privilegierung, da hier die vergaberechtlichen Vorgaben für eine Ausschreibung keine Anwendung finden.[467] Die Vergabe der Leistungen richtet sich daher nach dem Sektorenvergaberecht und damit der SektVO.

---

[463] Vgl. *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 480; *Diederichsen/Renner*, in: Schmidt/Wollenschläger, Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 279.

[464] Vgl. *Meininger/Kayser*, in: Fabry/Augsten, Unternehmen der öffentlichen Hand, Teil 9, Rn. 47; *Schröder*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. H, Rn. 106.

[465] *Pünder*, in: Pünder/Schellenberg, § 98 GWB, Rn. 70; vgl. auch Anhang zu § 98 Nr.4 GWB, BGBl. I 2013, 1799.

[466] Kommunale Versorgungsunternehmen sind gemäß Anhang III zur Richtlinie 2004/19/EG ausdrücklich öffentliche Auftraggeber im Sinne des GWB.

[467] EuGH, Urteil vom 10.04.2008 - Rs. C-393/06, Slg. 2008, I-2339; BT-Drs. 16/10117 vom 13.08.2008, Gesetzesentwurf - Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, S. 17; *Noch*, Vergaberecht kompakt, Teil B, Rn. 173; *Schröder*, in: Wurzel/Schraml/Becker,

Für die Anwendbarkeit der SektVO muss der Auftrag im Zusammenhang mit der Sektorentätigkeit stehen und der Auftraggeber seine Tätigkeit in diesem Sektor ausüben, § 1 SektVO. Dies ist bei der Errichtung und dem Betrieb eines Windparks durch ein Stadtwerk oder eine eigens dafür gegründete Betreibergesellschaft unzweifelhaft der Fall; andernfalls würde sich die Vergabe nach der VgV richten.[468] Unternehmen gelten bereits dann als von der öffentlichen Hand beherrscht und damit als öffentliche Sektorenauftraggeber, wenn die staatlichen Behörden unmittelbar oder mittelbar die Mehrheit des gezeichneten Kapitals des Unternehmens besitzen, über die Mehrheit der Anteile und der damit verbundenen Stimmrechte verfügen oder die Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsgremium des Unternehmens stellen, § 100 Abs. 3 GWB.

Der Anwendungsbereich der SektVO wird verneint, wenn die Kommune den Windpark als Baukonzession errichten lässt oder für den Betrieb eine Dienstleistungskonzession vergibt,[469] wovon hier aber nicht ausgegangen wird.

bb) Vergabegegenstand und Vergabeart

Die Vergabe richtet sich neben der Person des Auftraggebers nach der Art der auszuschreibenden Leistung. Die Errichtung und der Betrieb eines Windparks bestehen wie in den obigen Kapiteln dargestellt aus einer Vielzahl von benötigten Leistungen. Zu bedenken sind die Planungs- und Beratungsleistungen, der Bau und die Lieferung der Anlage, deren Errichtung, der Bau der Fundamente und der Zuwegung und sonstiger Infrastruktur und schließlich der kaufmännische und technische Betrieb der Anlage.[470] Neben der getrennten Ausschreibung kann der Auftraggeber diese gebündelt für einen Generalunternehmer[471] ausschreiben oder an einen Generalübernehmer übergeben.[472] Der Generalunternehmer führt den Auftrag in Teilen selbst aus und vergibt zugleich Bauleistungen an Nachunternehmer, der Generalübernehmer koordiniert lediglich die Vergabe an Nachunternehmer und ist an der Umsetzung des eigentlichen Auftrages nicht beteiligt.[473] Eine Gesamtvergabe ist aber eher die Ausnahme. Der Gesetzgeber geht in § 97

Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. H, Rn. 108; *Pünder*, in: Pünder/Schellenberg, § 98 GWB, Rn. 64.

[468] *Greb*, in: Boewe/Meckert, Leitfaden Windenergie: Planung, Finanzierung und Realisierung von Onshore-Windenergieanlagen, S. 262; *Schröder*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. H, Rn. 108.

[469] Vgl. § 1 Abs. 3 SektVO.

[470] Vgl. hierzu *Greb*, in: Boewe/Meckert, Leitfaden Windenergie: Planung, Finanzierung und Realisierung von Onshore-Windenergieanlagen, S. 264f.

[471] Siehe oben Punkt D. II) 4) a) bb).

[472] *Tomerius*, in: Pünder/Schellenberg, § 6 VOB/A, Rn. 29; *Leinemann*, Das neue Vergaberecht, Rn. 502.

[473] Die vormalige Grenze von 30 % Eigenleistung des Generalunternehmers ist bei Ausschreibungen oberhalb der EU-Schwelle nicht mehr zulässig, vgl. OLG Frankfurt, Beschluss. v. 2.3.2007 (11 Verg 14/06); *Noch*, Vergaberecht kompakt, Teil B, Rn. 202; *Tomerius*, in: Pünder/Schellenberg, § 5 VOB/A, Rn.26.

Abs. 4 GWB zur Förderung des Mittelstandes von der Vergabe durch Teil- oder Fachlose aus, sofern wirtschaftliche oder technische Gründe nicht eine Gesamtvergabe erfordern, § 97 Abs. 4 S. 3 GWB. Mittlerweile wird dem Auftraggeber jedoch zugestanden die auszuschreibende Leistung nach seinen Vorstellungen zu bestimmen, also die Leistung hinreichend begründet auch als Gesamtpaket zu definieren.[474] Im Bereich der Sektorentätigkeit sind Bewerber- und Bietergemeinschaften aus mehreren Einzelunternehmen gemäß § 50 Abs. 2 SektVO von vorneherein zulässig.

Bei der getrennten Vergabe sind die Planungs- und Projektsteuerungsaufträge nach der VOF und die Bauleistungen[475] gemäß § 99 Abs. 3 GWB nach der VOB/A zu vergeben. Die privat gestaltete Betriebsführung des Windparks ist grundsätzlich als Dienstleistung gemäß der VOL/A auszuschreiben (vgl. § 1 VOL/A). Von einer Ausschreibung könnte jedoch durch das „Konzernprivileg" gemäß § 138 Abs. 1 Nr. 1 GWB abgesehen werden. Dies gilt, sofern das Unternehmen, welches mit der Betriebsführung beauftragt werden soll mit dem Auftraggeber verbunden ist und dieser selbst Sektorenauftraggeber ist.[476] Ferner muss dieses Unternehmen „hauptsächlich" (80 % des Umsatzes der letzten drei Jahre) für den Sektorenauftraggeber tätig sein, darf also nicht frei am Markt auftreten und somit als wirtschaftlich unselbstständig gelten.[477] Einer Vergabe bedarf es freilich auch dann nicht, wenn die kaufmännische und technische Betriebsführung durch das Stadtwerk selbst gewährleistet werden kann.[478]

cc) Ausschreibungspflicht und Besonderheiten bei Windparks

Die europarechtlichen Schwellenwerte im Bereich der Bau- Dienstleistungs- und Lieferaufträge legen fest, ob eine europaweite Ausschreibung nach den Vorschriften des GWB erfolgen muss oder eine Ausschreibung nach nationalen haushaltsrechtlichen Maßstäben ausreichend ist.[479] Bei einem kommunalen Windpark, richten sich die Schwellenwerte gemäß § 106 Abs. 2 Nr. 2 GWB, § 2 Abs. 2 Nr. 1 VgV, § 1 Abs. 1 SektVO nach Artikel 15 der Richtlinie 2014/25/EU in der jeweils geltenden Fassung[480]. Diese liegen bei Bauaufträgen bei 5.000.000 EUR und

---

474 OLG Celle NZBau 2010, S. 715 (716).

475 Zu der Einbeziehung von Grundstücksverkäufen mit bestimmter „Bauverpflichtung" in den Bauauftrag: OLG Düsseldorf, NZBau 2007, 530; EuGH NZBau 2010, S. 321 (321); *Greb*, in: Boewe/Meckert, Leitfaden Windenergie: Planung, Finanzierung und Realisierung von Onshore-Windenergieanlagen, S. 266.

476 OLG Frankfurt BauR 2012, 553; *Weyand*, § 100b GWB, Rn. 21: *Antweiler*, in: Ziekow/Völlink, § 100b GWB, Rn 20.

477 *Antweiler*, in: Ziekow/Völlink, § 100b GWB, Rn 20; *Greb*, VergabeR 2009, S 140 (141).

478 Vgl. *Greb*, in: Boewe/Meckert, Leitfaden Windenergie: Planung, Finanzierung und Realisierung von Onshore-Windenergieanlagen, S. 268.

479 *Meininger/Mayser*, in: Fabry/Augsten, Unternehmen der öffentlichen Hand, Teil 9, Rn. 5f.; *Schröder*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. H, Rn. 148f.

480 Richtlinie 2014/25/EU vom 28.03.2014, ABl. EU L94/243.

bei Liefer- und Dienstleitungen bei 400.000 EUR[481], die bei den hier als Maßstab genommenen Projekten in der Regel überschritten werden, so dass eine europaweite Ausschreibung verpflichtend sein wird.[482] Der Schwellenwert bestimmt sich dabei aus dem Gesamtvolumen des Auftrags (vgl. § 2 SektVO).

Des Weiteren finden sich auch Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht. Relevant für den Bau und Betrieb eines Windparks ist das oben genannte Konzernprivileg als besondere kodifizierte Form der Inhouse-Vergabe.[483] Zu beachten ist dabei die Umsatzschwelle des § 138 Abs. 3 GWB, welche verlangt, dass 80 % des Umsatzes im Lieferungs- Dienst- oder Baubereich der letzten drei Jahre mit dem verbundenen Unternehmen erzielt worden sein muss.

Eine weitere Freistellung vom Vergaberecht kann gemäß § 3 SektVO dann erreicht werden, wenn die Sektorentätigkeit auf Märkten ausgeübt wird, die unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt sind. In dieser Wettbewerbssituation bedarf es des ordnungspolitischen Eingriffs des Vergaberechts nicht mehr.[484] Über die Freistellung der Tätigkeit entscheidet die Europäische Kommission auf Antrag des BMWi, eines Auftraggebers oder eines Verbandes der Auftraggeber (vgl. § 3 Abs. 3 u. 4 SektVO). Die Freistellungen betreffen immer nur eine bestimmte Tätigkeit, sowie die Wertschöpfungsstufe „Erzeugung" im Sektorenfeld der Energie.[485] Die Kommission hat sich mit dem Bereich der Energieerzeugung beispielsweise in der Tschechischen Republik befasst, wobei die tschechische Behauptung einer Wettbewerbssituation zu den deutschen Versorgern aufgrund des hohen Exports tschechischen Stroms nach Deutschland von der Kommission abgelehnt wurde.[486] Für Österreich wurde hingegen eine Wettbewerbssituation im Bereich der Stromerzeugung bejaht, da hier die drei größten Stromerzeuger zusammen nur auf einen Gesamtanteil von 52,2 % kamen und 25 % des Nettostrombedarfs importiert werden muss.[487] Neben dem Kriterium des Nettostromerzeugungsanteils der drei größten Stromerzeuger des Landes, hat die Kommission das Wechselverhalten der Groß- und Privatkunden bewertet, sowie die Frage, ob der nationale Strommarkt einen funktionierenden Ausgleichsmarkt hat.[488] Auf dem deutschen Markt haben

---

481 Aktuelle Werte durch die Verordnung (EU) 1251/2011 der Kommission vom 30.11.2011; ABl. EU L 319/43 vom 02.12.2011.

482 Vgl. *Greb*, in: Boewe/Meckert, Leitfaden Windenergie: Planung, Finanzierung und Realisierung von Onshore-Windenergieanlagen, S. 269.

483 Vgl. *Antweiler*, in: Ziekow/Völlink, § 100b GWB, Rn. 20; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Beihilfe- und Vergaberecht, Rn. 2273.

484 BR-Drucks. 522/09 vom 25.09.2009, Begründung zu § 3 SektVO, S. 39.

485 *Sudbrock*, in: Eschenbruch/Opitz, § 3 SektVO, Rn. 6; vgl. *Zeiss*, in: Heiermann/Zeiss, Praxiskommentar Vergaberecht, § 3 SektVO, Rn. 29f.

486 Entscheidung der Kommission, 2009/47/EG, ABl. L 19 vom 23.1.2009, S. 57, siehe dazu *Rosenkötter/Plantinko*, NZBau 2010, S. 78 (81).

487 Entscheidung der Kommission, 2008/585/EG vom 7. Juli 2008, ABl. EU L188, S. 28ff.; dazu *Rosenkötter/Plantinko*, NZBau 2010, S. 78 (81).

488 *Rosenkötter/Plantinko*, NZBau 2010, S. 78 (81); *Zeiss*, in: Heiermann/Zeiss, Praxiskommentar Vergaberecht, § 3 SektVO, Rn. 29f.

die vier größten Stromerzeuger E.ON, RWE, Vattenfall und EnBW immer noch einen hohen Marktanteil. Dieser ist in den letzten Jahren jedoch zurückgegangen, so dass der deutsche Markt als „mäßig konzentriert" eingestuft werden kann.[489] Jedoch ist das Wechselverhalten der Verbraucher kaum ausgeprägt, so dass mittelfristig nicht von einer Freistellung ausgegangen wurde.[490] Durch den Atomausstieg und der damit einhergehenden drastischen Änderungen des Energiemarktes – ausgelöst durch die Energiewende – hat die Kommission im Jahre 2012 nunmehr dennoch beschlossen, dass die konventionelle Stromerzeugung und der Stromgroßhandel dem Wettbewerb ausgesetzt sind und demzufolge unter den Anwendungsbereich des § 3 SektVO fallen.[491] Da die Erzeugung von EEG-Strom jedoch durch die Mindestvergütung unabhängig von Börsenpreis und Nachfrage ist (trotz der Möglichkeit der Direktvermarktung), stellen diese Anlagen den Teil eines regulierten Systems dar, infolgedessen hierbei kein offener Wettbewerb festgestellt werden konnte und somit die Befreiung gemäß § 3 SektVO nicht greift.[492] Im Ergebnis ist für Windparks daher ein Sektorenvergabeverfahren durchzuführen.

dd) Verfahren

Im Bereich der Sektorentätigkeit kann der Auftraggeber das Vergabeverfahren im Gegensatz zum sonst üblichen Stufenverhältnis frei wählen (§ 13 Abs. 1 SektVO). Ihm steht das offene, nichtoffene oder das Verhandlungsverfahren zur Wahl (§ 141 Abs. 1 GWB). Unter Umständen kann bei dem Verhandlungsverfahren sogar auf eine öffentliche Bekanntmachung verzichtet werden (vgl. § 13 Abs. 2 SektVO). Gegebenenfalls kann auch eine freihändige Vergabe in Betracht kommen. Dies allerdings nur, wenn der Vergabegegenstand nicht eindeutig bestimmbar ist, die Planung für das Windparkprojekt beispielsweise noch aussteht und ausgeschrieben werden muss.[493]

Bei dem öffentlichen Verfahren werden gemäß § 119 Abs. 2 GWB eine unbegrenzte Anzahl von Unternehmen zur Abgabe eines Angebots aufgefordert. Dieses Verfahren ist mit strengen Veröffentlichungsgeboten und starren Fristen besonders formalisiert.[494] Dadurch wird die Einhaltung der Gleichbehandlungs- und Transparenzmaxime allerdings auch am besten sichergestellt.[495] Das nicht offene Verfahren fordert aus dem Bewerberkreis nur eine beschränkte Anzahl an Unter-

---

489 Beschluss der Kommission, 2012/218/EU vom 24.04.2012, Abl. EU L114/21, Rz. 33.

490 *Sudbrock*, in: Eschenbruch/Opitz, § 3 SektVO, Rn. 59ff.; *Rosenkötter/Plantinko*, NZBau 2010, S. 78 (82).

491 Beschluss der Kommission, 2012/218/EU vom 24.04.2012, Abl. EU L114/21, Rz. 41f.

492 Beschluss der Kommission, 2012/218/EU vom 24.04.2012, Abl. EU L114/21, Rz. 36 ff.

493 *Greb*, in: Boewe/Meckert, Leitfaden Windenergie: Planung, Finanzierung und Realisierung von Onshore-Windenergieanlagen, S. 272.

494 Vgl. *Schröder*, in: Wurzel/Schraml, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. H, Rn. 117; *Antweiler*, in: Ziekow/Völlink, § 101 GWB, Rn. 13.

495 *Wichmann*, in: Eschenbruch/Opitz, § 6 SektVO, Rn.17; ähnlich *Pünder*, in: Pünder/Schellenberg, § 101 GWB, Rn. 19.

nehmen zur Angebotsabgabe auf (§ 119 Abs. 3 GWB). Nach der öffentlichen Aufforderung zur Wettbewerbsteilnahme, wählt der Auftraggeber die geeignetsten Bieter für das eigentliche Verfahren aus.[496]

Im Rahmen des Verhandlungsverfahrens werden hingegen nur ausgewählte Unternehmen zur Teilnahme aufgefordert (§ 119 Abs. 5 GWB). Der Gestaltungsspielraum ist aufgrund geringer formaler Anforderung besonders groß.[497] Der Leistungsgegenstand muss noch nicht in allen Einzelheiten beschrieben sein und auch die Angebote können noch während der Verhandlungen abgeändert werden.[498] Den Zuschlag erhält derjenige, der am Ende der Verhandlungsrunden verblieben ist und das passendste Angebot vorlegen kann. Trotz aller formalen Freiheiten muss der diskriminierungsfreie, gleiche Wettbewerb auch hier gewährleistet sein.[499]

Bei dem Kernstück des Vergabeverfahrens, der Leistungsbeschreibung (§ 28 SektVO), gilt der Grundsatz der Chancengleichheit und Produktneutralität.[500] Zwar hat die Vergabestelle eine Dispositionsfreiheit hinsichtlich der Leistungsbeschreibung[501], diese muss jedoch so allgemein ausgeschrieben werden, dass weder eine bestimmte Produktion, Marke oder Herkunft bevorzugt wird.[502] Ebenso sind die Bewertung und die daraus folgende Zuschlagserteilung an vorher eindeutig festgelegten detaillierten und neutralen Kriterien zu messen. Die Gebote der Wirtschaftlichkeit, Leistungsfähigkeit, Eignung, etc. stellen die typischen Bewertungskriterien dar.[503]

Ein Verstoß gegen die oben genannten Vorgaben können von unterlegenen Bietern vor den jeweiligen Vergabekammern der Länder in jeder Phase des Verfahrens gerügt werden. Solche Rügen sind gerade bei komplexen Verfahren mit hohem Auftragswert keine Seltenheit. Kommunen sind bei Ausschreibungen dieser Größenordnungen daher gut beraten sich bei der Vergabe von Fachberatern unterstützen zu lassen.

---

496 *Pünder*, in: Pünder/Schellenberg, § 101 GWB, Rn. 41; *Schröder*, in: Wurzel/Schraml, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. H, Rn. 119.

497 Vgl. *Schröder*, in: Wurzel/Schraml, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. H, Rn. 120; Beispiele bei *Horn*, in: Heiermann/Zeiss, Praxiskommentar Vergaberecht, § 101 GWB, Rn. 62.

498 OLG Celle VergabeR 2002, S. 299.

499 OLG Celle VergabeR 2002, S. 299.

500 Vgl. *Horn*, in: Heiermann/Zeiss, Praxiskommentar Vergaberecht, § 7 SektVO, Rn. 11; *Bernhardt*, in: Ziekow/Völlink, § 7 VOL/A, Rn. 5.

501 *Noch*, Vergaberecht kompakt, Teil B, Rn. 296; *Wolters*, in: Eschenbruch/Opitz, § 7 SektVO, Rn. 17.

502 *Pöhlker*, in: Erlenkämper/Zimmermann, Rechtshandbuch für die kommunale Praxis, § 10, Rn. 137.

503 Vgl. *Pöhlker*, in: Erlenkämper/Zimmermann, Rechtshandbuch für die kommunale Praxis, § 10, Rn. 39 ff.; *Wolters*, in: Eschenbruch/Opitz, § 7 SektVO, Rn. 30 mit weiteren Beispielen.

b) Europäisches Beihilfenrecht

Kommunale Unternehmen haben zwar den Vorteil, dass ihre Trägerkommune aufgrund ihrer eigenen Insolvenzunfähigkeit[504] eine bessere finanzielle Absicherung hat als privatwirtschaftliche Marktteilnehmer, die Geldflüsse der Kommune sind dafür jedoch auch in Form des europäischen Beihilfeverbots (Art. 107 AEUV) reglementiert. Der Sinn und Zweck dieses Beihilfeverbots in Art. 107 AEUV liegt in der Verhinderung möglicher Wettbewerbsverzerrungen durch staatliche Subventionen an private oder öffentliche Unternehmen.[505]

aa) Tatbestand

Der Beihilfenbegriff ist mit der Formulierung „Beihilfen gleich welcher Art" dabei sehr weit gefasst. Erfasst ist mit Ausnahme der in Art. 107 Abs. 2 u. 3 AEUV gelisteten Fälle, jeder wirtschaftliche Vorteil, den eine staatliche Stelle Unternehmen ohne angemessene Gegenleistung zuteilwerden lässt.[506] Eine nicht angemessene Gegenleistung liegt vor, wenn die Leistung den sogenannten „Private-Investor-Test" nicht besteht.[507] Durch diesen Test wird ermittelt, ob ein marktwirtschaftlich handelnder Marktteilnehmer so gehandelt hätte, wie dies die staatliche Stelle getan hat.[508] Sofern die Leistung diesem marktwirtschaftlichen Handeln nicht entspricht, liegt eine verbotene Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV vor.

Die Leistung muss zudem aus staatlichen Mitteln erbracht werden, wovon auch kommunale Mittel erfasst sind.[509] Diese Mittel stellen die Gewährung jeden geldwerten Vorteils dar und können beispielsweise in Form von Darlehen, direkten Zahlungen, Bürgschaften, Steuerermäßigungen oder durch den Verkauf von Gesellschaftsanteilen vorliegen.[510] Davon sind neben direkten staatlichen Transfers Mittel erfasst, die kommunale Unternehmen selbst gewähren, sofern sie unter beherrschendem Einfluss der Kommune stehen und die Zuwendungen der

---

504 § 13 Abs. 1 Nrn. 1 u. 2 InsO; Art. 77 Bay. GO; § 128 Abs. 2 GO NRW.

505 *Haucap/Schwalbe,* in: Montag/Säcker, MüKo, Beihilfen- und Vergaberecht, Einl. Rn. 25.

506 *Wolff*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 5, Rn. 128; *Kleine/Sühnel*, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, Kap. 1, Rn. 103; *von Wallenberg/Schütte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 107 AEUV, Rn. 27 ff.

507 *Kleine/Sühnel*, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, Kap. 1, Rn. 105 ff.; *Wolff*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 5, Rn. 128.

508 EuGH, Urteil vom 21. März 1991- C-303/88, Slg. 1991, I-1433; *Kleine/Sühnel*, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, Kap. 1, Rn. 107.

509 EuGH, Rs. 248/84, Slg. 1987, 4013 Rn. 17; *Schröder*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap H, Rn. 208.

510 *Wolff*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 5, Rn. 128; *Schröder*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. H, Rn. 210; *Kleine/Sühnel*, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, Kap. 1, Rn. 89 ff.

Kommune zuzurechnen sind.[511] Die Zuwendung muss zudem einem bestimmten Unternehmen oder Unternehmenszweig zukommen und somit einen selektiven Charakter aufweisen.[512] Der Beihilfetatbestand des Art. 107 AEUV setzt ferner eine gemeinschaftsweite Beeinträchtigung oder Verfälschung des Wettbewerbs voraus. Ausgehend von der „Philip-Morris-Rechtsprechung" des EuGH liegt bereits dann eine Wettbewerbsverfälschung vor, wenn eine Maßnahme die Belastungen des begünstigten Unternehmens so mindert, dass es seine Stellung gegenüber den mit ihm im Wettbewerb stehenden Unternehmen stärkt.[513]

Das Tatbestandsmerkmal der gemeinschaftsweiten Beeinträchtigung gilt es für kommunale Stadtwerke ob ihrer sehr unterschiedlichen Größenordnungen näher zu beleuchten. Kommunale Energieversorger, die ihren Strom überregional oder grenzüberschreitend vertreiben, fallen in der Regel trotz des lokalen Bezuges unter den Tatbestand des Art. 107 AEUV.[514] Auch bei rein lokal agierenden Unternehmen ist die Anwendung des Beihilfenverbots nicht per se ausgeschlossen.[515] Eine grenzüberschreitende Tätigkeit ist nämlich gar nicht notwendig, um den Tatbestand des Art. 107 AEUV zu erfüllen, vielmehr eine grenzüberschreitende Wirkung. Schon das Erstarken der lokalen Wirtschaft durch die Zuwendungen vor Ort, erschwert es potentiellen EU-Mitbewerbern in Konkurrenz zu den lokalen Anbietern zu treten, was nach Ansicht des EuGH bereits die Niederlassungsfreiheit des Mitbewerbers einschränkt.[516] Eine „Spürbarkeit" dieser Wettbewerbsbeeinträchtigung ist nicht verlangt.[517] Ebenfalls konnte bisher kein Schwellenwert hinsichtlich Prozentsatz oder Höhe der Beihilfe festgelegt werden.[518] Eine grenzüberschreitende Wirkung kann daher schnell angenommen werden, wobei die genaue Bestimmung einzelfallbezogen bleibt.

Begünstigtes Unternehmen im Sinne des Art. 107 AEUV sind alle Formen von Unternehmen. Ob die empfangenden Unternehmen öffentlich-rechtlich oder

---

511 EuGH, Urteil vom 16. Mai 2002 – C-482/99, Slg. 2002, I-4397; EuGH, Urteil vom 14.10.1987, Rs. 248/84, Slg. 1987, 4013, Rn. 17; *Götz/Martinez Soria*, in: Dauses, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, H.III. Rn. 56; *Sonder*, KommJur 2013, S. 121 (126).

512 *Schröder*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. H, Rn. 208; *von Wallenberg/Schütte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 107 AEUV, Rn. 41.

513 EuGH, Urteil vom 17.09.1980, Rs. 730/79, Slg. 1980, 2762, Rn. 11; *Soltész*, in: Müko Beihilfen und Vergaberecht, Art. 107 AEUV, Rn. 409.

514 Vgl. *Schröder*, in: Wurzel/Schraml, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. H, Rn. 216.

515 *Heinrich*, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, Kap. 1, Rn. 266; EuGH, Rs. C-71/04, Slg 2004, I-3679.

516 *Pielow*, RdE 2004, S. 44 (44); ähnlich: EuG v. 11.06.2009 – T-189/03, Slg 2009, II-1831.

517 EuGH, Urteil vom 03.03.2005, Rs. C-172/03, Slg 2005, I-1627, Rn. 31.

518 EuGH NVwZ 2003, S. 1101; *Elicker*, in: Erlenkämper/Zimmermann, Rechtshandbuch für die kommunale Praxis, S.402.

privatrechtlich sind, ist dabei nicht relevant.[519] Dem Unternehmensbegriff unterfallen auch Gemeinden selbst sowie ihre Eigenbetriebe.[520]

bb) Ausnahmen

(1) Altmark-Trans-Rechtsprechung

Von dem Beihilfetatbestand des Art. 107 AEUV gibt es einige geschriebene und ungeschriebene Ausnahmen. Nach den Kriterien der „Altmark-Trans-Rechtsprechung" des EuGH liegt eine Beihilfe im Sinne des Art. 107 AEUV dann nicht vor, wenn sich der Vorteil, der dem betreffenden Unternehmen gewährt wird, als Ausgleich für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Aufgaben darstellt und diese Unternehmen im Ergebnis gar keinen wirtschaftlichen Vorteil erhalten.[521] Eine untersagungspflichtige Beihilfe ist zu verneinen, wenn das begünstigte Unternehmen mit der Erfüllung klar definierter gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut ist, die Ausgleichsparameter zuvor objektiv und transparent feststehen, der Ausgleich nicht über den zur Deckung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen erforderlichen Umfang hinausgeht und die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage der Kosten bestimmt wurde, die ein durchschnittliches gut geführtes und mit angemessenen Produktionsmitteln ausgestattetes Unternehmen hätte.[522] Die Betrauung muss "im Wege eines oder mehrerer Verwaltungs- oder Rechtsakte erfolgen"[523] und eine klare gemeinwirtschaftliche Verpflichtung beinhalten. Die Betrauung wird in der Praxis durch das sogenannte „Zuwendungsmodell", bei dem sie in Form mehrerer Verwaltungsakte vorgenommen wird, oder durch das „Münchener Modell", bei dem sie durch einen Rats- und einen dazu korrespondierenden Gesellschafterbeschluss vorgenommen wird.[524] Liegen die vier genannten Voraussetzungen vor, handelt es sich nicht um eine Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV und die Notifizierungspflicht gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV entfällt. Für die Energieerzeugung kommt eine solche Ausnahme nicht in Betracht. Die Energieerzeugung ist zwar ein Teil der Energieversorgung und als Teil der Daseinsvorsorge anerkannt[525], es ist aber unter Beachtung des Liberalisierungsprozesses nicht ersichtlich, dass die Energieerzeugung durch staatliche bzw. kommunale Unternehmen erbracht werden muss. Eine

[519] EuGH, Urteil vom 15. März 1994 – C-387/92 –, Slg. 1994, I-877; *Bungenberg*, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, S. 111.

[520] EuGH, Urteil vom 22.03.2977, Rs. 78/76, Slg. 1977, 595, Rn. 21; *Götz/Martinez Soria*, in: Dauses, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, H.III. Rn.65.

[521] EuGH, Urteil vom 24. Juli 2003 – C-280/00 –, Slg. 2003, I-7747.

[522] EuGH, Urteil vom 24. Juli 2003 – C-280/00 –, Leitsatz 2, Slg. 2003, I-7747; *Schröder*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. H, Rn. 212.

[523] Beschluss der Kommission, 2005/C 297/04, ABl. EU Nr. C 297/4, Tz.12.

[524] *Duschner/Lang-Hefferle/Scharpf*, BayVBl. 2010, S. 364 ff.; *Sonder*, KommJur 2013, S. 121 (127).

[525] Kommission 93/126/EWG – Abl. 1993 L 50/14, Rn. 28; *Wernicke*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 106 AEUV, Rn. 46.

rechtmäßige Betrauung eines Erzeugungsunternehmens mit einem gemeinwirtschaftlichen Zweck ist nicht möglich, da die Erzeugung von Energie unter Berücksichtigung der Marktsituation keine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung darstellt, die staatliche Unterstützung erfordert.[526] Des Weiteren ist eine Abgrenzung wann eine Binnenmarktrelevanz vorliegt in der Praxis sehr schwer exakt zu bestimmen.[527] Die Entscheidungen der Kommission lassen hier auf keine klare Linie schließen.[528]

(2) Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

Liegen die Voraussetzungen der „Altmark-Trans-Rechtsprechung" nicht vor, liegt zwar eine tatbestandliche Beihilfe vor, diese könnte aber aufgrund der Bereichsausnahme des Art. 106 Abs. 2 AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar sein. Die „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse" gemäß Art. 106 Abs. 2 AEUV bilden als „Schlüsselelement des europäischen Gesellschaftmodells" eine Ausnahme von der sonst durch Wettbewerb und Liberalisierung geprägten Doktrin des europäischen Rechts und sind durch die Funktionsgarantie gemeinwirtschaftlicher Dienste in Art. 14 AEUV und Art 36 GRC weiter aufgewertet.[529] Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind gegeben, wenn wirtschaftliche Tätigkeiten vorliegen, die von den Mitgliedstaaten oder der Gemeinschaft mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden und für die das Kriterium gilt, dass sie im Interesse der Allgemeinheit erbracht werden.[530] Das Konzept der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse umfasst daher insbesondere bestimmte Leistungen der großen netzgebundenen Wirtschaftszweige wie des Verkehrswesens, der Postdienste, des Energiesektors und der Telekommunikation. Die Kommission hat die Grundversorgung mit Strom schon zuvor als Dienstleitung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse anerkannt.[531] Diese Unternehmen müssen von dem Staat oder seinen Untergliederungen mit der Aufgabe aber wiederum betraut werden[532], was konsequenterweise

[526] Vgl. BT-Drs. 13/7247 vom 23.03.1997, Gesetzesentwurf – Entwurf zur Neureglung des Energiewirtschaftsgesetzes, S. 37.

[527] Siehe: *Pielow*, RdE 2004, S. 44 (45f.); *Wolff*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 5, Rn. 130. Gegen die Annahme einer Betrauung kommunaler Energieversorger im Sinne des Art. 106 Abs. 2 AEUV auch BT-Drs. 13/7247 vom 23.03.1997, Gesetzesentwurf – Entwurf zur Neureglung des Energiewirtschaftsgesetzes, S. 37.

[528] Siehe dazu: *Heinrich*, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, Kap. 1, Rn. 268 ff.

[529] Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa (2001), ABl. 2001 C 17/4, S. 1; *Wernicke*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 106 AEUV, Rn. 39; *Mann*, ZögU 2005, S. 175 (175).

[530] Kommission, „Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse", KOM (2003) 270.

[531] Kommission 93/126/EWG – Abl. 1993 L 50/14, Rn. 28; *Wernicke*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 106 AEUV, Rn. 46.

[532] Problematisch ist hierbei, wann eine solche Betrauung vorliegt. Der EuG sieht hierfür einen aktiven Akt öffentlicher Gewalt vor, um die Gemeinwohlbindung des Unternehmens durch den Mitgliedsstaat sicherzustellen. EuG, Urteil vom 27.02.1997 – T-106/95, Slg. II 1997, 229 (281), hierzu instruktiv: *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 34; siehe auch: *Sandmann*,

auch hier abgelehnt werden muss. Gleiches gilt für den sogenannten DAWI-Freistellungsbeschluss der Kommission, der im Zuge des „Almunia-Pakets" die Notifizierungspflicht einer tatbestandlichen Beihilfe auf dem Gebiet der Dienstleistungen in allgemeinem wirtschaftlichen Interesse entfallen ließ.[533]

(3) De-minimis Beihilfen

Eine weitere Ausnahme stellen die sogenannten de-minis-Beihilfen dar. Durch die De-Minimis-Verordnung[534] werden geringe Beihilfen von dem Beihilfeverbot ausgenommen. Beispielsweise Zuwendungen bis 500.000 EUR über den Zeitraum von drei Steuerjahren (Art. 2 Abs. 2 VO) sofern die weiteren Anforderungen des Art. 2 VO erfüllt sind. Für den Sonderfall der Kommunalbürgschaften wird die Zulässigkeitsgrenze bei 3,75 Mio. EUR pro Unternehmen gezogen (Art. 2 Abs. 4 Ziff. VO). Die Kommission hat für Kommunalbürgschaften mit der sogenannten „Bürgschaftsmitteilung" ein Regelwerk für die Anforderungen kommunaler Sicherungsmittel aufgestellt.[535] Kommunen dürfen hiernach Bürgschaften nur vergeben, wenn sich das Unternehmen in finanziellen Schwierigkeiten befindet, die Bürgschaft einen Höchstbetrag und eine Höchstlaufzeit hat, sie maximal 80 % des Darlehens abdeckt und das Unternehmen für die Bürgschaft ein marktübliches Entgelt zahlt.[536]

Zulässig können Beihilfen auch dann sein, wenn sie nach erfolgter Notifizierung von der Kommission genehmigt wurden (Art. 108 Abs. 3 AEUV). Die Europäische Kommission entscheidet dann über die Zulässigkeit der Beihilfe bzw. die Möglichkeit der Freistellung und legt mögliche Ausgleichszahlungen fest.[537]

Kommunale Unternehmen im Spannungsfeld von Daseinsvorsorge und europäischem Wettbewerbsrecht, S. 102; *Wernicke*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 106 AEUV, Rn. 48.

[533] Beschluss der Kommission vom 20. Dezember 2011, 11.01.2012 – ABl. EU L7/3.

[534] Verordnung (EU) Nr. 360/2012 der Kommission vom 25. April 2012 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis -Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, Abl.EU L 114/8.

[535] *Sonder*, KommJur 2013, S.121 (127); ABl.EU 2008, C 155/02, S. 10.

[536] Ziff. 3.2 Bürgschaftsmitteilung; *Götz/Martinez Soria*, in: Dauses, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, H.III. Rn. 91.

[537] *Werner*, in: Müko Beihilfen- und Vergaberecht, Art. 108 AEUV, Rn. 19 ff.

(4) Gewährträgerhaftung und kommunaler Querverbund

Nicht von dem Beihilfeverbot erfasst sind jedenfalls Förderungen für erneuerbare Energien und KWK-Energie aufgrund ihrer gemeinwirtschaftlichen Bedeutung.[538] Umstritten sind hingegen die Einordnung der kommunalen Gewährträgerhaftung und des kommunalen Querverbunds.

Die kommunale Gewährträgerhaftung beschreibt die subsidiäre Haftung der Kommune für Verbindlichkeiten einer rechtsfähigen Anstalt gegenüber Dritten.[539] Die Frage der beihilfenrechtlichen Konformität der kommunalen Gewährträgerhaftung ist nicht abschließend entschieden.[540] Es ist aber fraglich, ob der überwiegende Betrieb der kommunalen EVU in der Rechtsform der GmbH oder der AG das Problem der Gewährträgerhaftung aufgrund der gesetzlichen Haftungsbeschränkung nicht obsolet werden lässt.[541] In Niedersachsen ist zudem eine Gewährträgerhaftung bei der kAöR ausgeschlossen.[542] Die Gewährträgerhaftung bei öffentlichen Kreditanstalten und Sparkassen wurden von Teilen der Literatur als selektive Begünstigung aus staatlichen Mitteln eingestuft und somit unter den Tatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV subsumiert.[543] Daraufhin haben sich die Bundesrepublik Deutschland und die Kommission auf Kompromisse verständigt, die die Gewährträgerhaftung im Bereich der Landesbanken und nunmehr auch der Sparkassen abgeschafft haben.[544] Inwiefern dies jedoch für die Vorteile, die kommunale Unternehmen aufgrund der Insolvenzunfähigkeit ihrer Trägerkommune[545] haben, generell gilt, ist offen. Es bleiben die de facto Vorteile der günstigen Refinanzierung aufgrund der hohen Bonität, was einen geldwerten Vorteil, sprich eine Begünstigungswirkung erzeugt. De jure liegt bei Eigengesellschaften jedoch keine Einstandspflicht vor. Aufgrund dessen verliert auch das Argument des Vertrauens des Rechtsverkehrs in die Absicherung kommunaler Gesellschaften durch die Gemeinde an Gewicht[546], da die Gemeinden eben gerade die Wahl haben – wie jeder private Gesellschafter auch – ob sie die Gesellschaft weiter

---

538 EuGH, Urteil vom 13.03.2001- C-379/98, Slg. 2001, I-2099 hinsichtlich der Zulässigkeit der EEG-Umlage und Abnahmepflicht. Allerdings hat das Europäische Gericht zwischenzeitlich anders entschieden. EuG, Urt. v. 10.05.2016, Az. T-47/15, wonach es sich bei der Einspeisevergütung sowie den Ausnahmen der EEG-Umlage um eine Beihilfe im Sinne des Art. 107 AEUV handelt. Hiergegen hat die Bundesregierung Rechtsmittel beim EuGH eingelegt.

539 Vgl. *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 111.

540 *Wolff*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 5, Rn. 131 ff.

541 Dafür: *Wolff*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 5, Rn. 132; dagegen mit guten Argumenten: *Ehlers*, DVBl. 1998, S. 497 (507).

542 § 144 Abs. 1 NKomVG.

543 *Birnstiel/Heinrich*, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilferecht, Kap. 1, Rn. 856.

544 Kommission vom 27.03.2002 – E 10/2000, KOM (2002) 1286 nach einer Wettbewerbsbeschwerde der Europäischen Bankenvereinigung wurde am 17.06.2001 die „Verständigung über Anstaltslast und Gewährträgerhaftung" zwischen dem damaligen Wettbewerbskommissar Monti und der Bundesregierung geschlossen.

545 § 12 Abs. 1 Nrn.1 u. 2 InsO.

546 a.A. *Ehlers*, DVBl. 1998, S. 497 (507).

stützen wollen oder nicht. Das Beispiel der Insolvenz der Stadtwerke Gera[547] zeigt, dass von der Möglichkeit einer Insolvenz sogar bei einem Stadtwerk mittlerweile Gebrauch gemacht wird. Hinzu kommt, dass Gemeinden hinsichtlich der Finanzierung ihrer Gesellschaften dem Reglement der Kommunalaufsicht unterliegen und Zahlungen unter Umständen sogar eine unionsrechtswidrige Beihilfe darstellen können.

Weiterhin relevant ist die Frage, ob der steuerliche Querverbund als unionsrechtswidrige Beihilfe zu qualifizieren ist. Bei dieser Reduzierung der Steuerlast stellt sich die Frage, ob es sich um eine (indirekte) Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV handelt. Denn auch der Steuereinnahmeverlust wird der Verwendung staatlicher Mittel in Form von Steuererhebungen gleich gesetzt und kann einen Vorteil im Sinne des Art. 107 AEUV generieren.[548]

Auf nationaler Ebene wurde die kommunale Quersubventionierung im Jahressteuergesetz 2009[549] aufgenommen. Die Finanzverwaltung hält die kommunale Quersubventionierung weiterhin für zulässig, weil die Kodifizierung des Querverbundes (§ 8 Abs. 7 KStG) im Jahres-steuergesetz 2009 lediglich eine Fortschreibung des bisherigen Rechtszustandes darstelle, welcher bereits vor dem Beitritt der Bundesrepublik zur EWG vorgelegen habe und es sich somit um eine zulässige „Bestandsbeihilfe“ handele.[550] Ferner ist den steuerlich verbundenen Unternehmen untersagt, mehr als den geforderten Verlustausgleich zu verschieben, wobei die Verluste explizit durch die Erbringung besonderer Dienste entstanden sein mussten, was in einer transparenten Rechnungslegung darzulegen ist.[551]

Ob sich die Quersubventionierung generell als europarechtskonform darstellt ist dabei aber trotzdem weiter offen.[552] Die Gefahr der Europarechtswidrigkeit des steuerlichen Querverbunds unter Beihilfegesichtspunkten insgesamt erkennt trotz des Festhaltens an der bisherigen Praxis auch die nationale Finanzverwaltung.[553] Das FG Köln und das FG Dresden haben ihrerseits die Quersubventionierung eines dauerdefizitären Parkhauses bzw. eines Freizeitparks mit den Gewinnen der jeweiligen Stadtwerke als zulässig erachtet.[554] Der BFH hätte in letzterem Fall aufgrund eingelegter Revision die Möglichkeit der Stellungnahme gehabt, kurz vor der Verhandlung wurde die Revision jedoch zurückgenommen.[555]

---

547 *Die Welt*, Ein Viertel der deutschen Stadtwerke steht vor der Pleite, 2016, https://www.welt.de/wirtschaft/article152480955/Dutzende-deutsche-Stadtwerke-stehen-vor-der-Pleite.html.

548 *Wolff*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 5, Rn. 134; Mitteilung der Kommission 98/C 384/03 vom 1012.1998, ABlEG Nr. C 384, S.4.

549 BGBl. I 2008, S. 2794 ff.

550 BMF-Schreiben vom 17.11.2009; *Westermann/Zemke*, KommJur 2013, S. 1 (2).

551 *Weitemeyer*, FR 2009, S. 1 (13).

552 Zweifelnd: *Wolff*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 5, Rn. 135; offen lassend: *Westermann/Zemke*, KommJur 2013, S. 1 ff. zustimmend: *Weitemeyer*, FR 2009, S. 1 (15).

553 BMF-Schreiben vom 17.11.2009; *Westermann/Zemke*, KommJur 2013, S. 1 (2).

554 FG Köln, Urteil v. 09.03.2010 – 13 K 3181/05; FG Sachsen, Urteil v. 09.12.2010 – 1 K 184/07.

555 BFH, I R 58/11.

c) Unbundling

Die schrittweise Liberalisierung des Energiemarktes hat durch die Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinien 2003[556] und 2009[557] bzw. die Gasbinnenmarktrichtlinien 2003[558] und 2009[559] mit der Entflechtung der Energieversorgungsunternehmen in ihrer Binnenstruktur ein weiteres Maß an Intensität hinzugewonnen. Private wie auch kommunale Energieversorger hatten neben dem Netzbetrieb auch die Wertschöpfungsstufen der Erzeugung oder des Vertriebs bedient. Die diese vertikal integrierten Unternehmen betreffenden Entflechtungsbestimmungen sollen die engen Verbindungen zwischen den Wertschöpfungsstufen stückweise auflösen und dabei einen weiteren Schritt zu einem diskriminierungsfreien und transparenten Netzzugang zu angemessenen Preisen darstellen.[560] Die deutsche Umsetzung der europäischen Richtlinien findet sich in den §§ 6-10e EnWG. Hierbei ist sowohl zwischen den verschiedenen Netzebenen (Transport- und Verteilernetzbetreiber) als auch den Entflechtungstatbeständen zu unterscheiden. Während die Verteilernetzbetreiber die buchhalterische, rechtliche, informatorische und operationelle Entflechtung erfüllen müssen, sind die Transportnetzbetreiber verpflichtet, neben der informatorischen und buchhalterischen Entflechtung, die eigentumsrechtliche Entflechtung nach dem ISO oder ITO-Modell umzusetzen, §§ 6 ff. EnWG. Das Ziel der Entflechtungsvorschriften für Verteilernetzbetreiber liegt nicht darin, vollkommen selbstständige Netzgesellschaften zu erzwingen, sondern sicherzustellen, dass der Netzbetrieb möglichst diskriminierungsfrei ausgestaltet und ausgeübt wird und Quersubventionierungen zwischen den verschiedenen Wertschöpfungsstufen verhindert werden.[561] Auch bei Transportnetzbetreibern bietet sich aufgrund der §§ 9-10e EnWG die Möglichkeit auf eine totale eigentumsrechtliche Trennung gemäß § 8 EnWG zu verzichten.

Kommunale Energie*erzeuger* sind von der Entflechtung insofern betroffen, als dass kommunale Stadtwerke neben der Wertschöpfungsstufe der Erzeugung oft-

---

556 Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.06.2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG, ABl.EU L 176/37.

557 Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG ABl. EU Nr. L 211 vom 14/08/2009 S. 0055 – 0093.

558 Richtlinie 2003/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30/EG, ABl. EU L 176/57.

559 Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/; ABl. EU Nr. L 211 vom 14/08/2009 S. 0094 – 0136.

560 Vgl. Erwägungsgrund 2 und 8 EltrRL 2003; § 6 Abs. 1 EnWG; dazu *de Wyl/Finke*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 4, Rn.2.

561 *Tödtmann/Setz*, in: Baur/Pritzsche/Simon, Unbundling in der Energiewirtschaft, Kap. 3, Rn. 151f.; *de Wyl/Finke*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 4, Rn. 37.

mals auch die Konzession für die gemeindeeigenen (Verteiler-) Netze erworben haben.[562]

Entscheidend für ein kommunales EVU ist daher die Frage, ob die Entflechtungsregeln trotz der Wahrnehmung der Energieerzeugung und des Netzbetriebs Anwendung finden. Adressaten der Normen im EnWG sind zunächst vertikal integrierte EVU im Sinne des § 3 Nr. 38 EnWG. Gemäß § 109 Abs. 1 EnWG gilt das EnWG auch für Unternehmen, die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen. Sofern mehrere Wertschöpfungsstufen innerhalb eines Unternehmens angesiedelt sind, ist eine Verflechtung der verschiedenen Wertschöpfungsstufen vergleichsweise leicht zu ermitteln. Anders stellt sich die Lage jedoch, wenn eine Gruppe von Unternehmen als „vertikal integriertes Unternehmen" in Frage kommt. Gemäß Art. 3 Abs. 2 EU-Fusionskontrollenverordnung[563] liegt ein solcher Unternehmensverbund vor, wenn ein oder mehrere Unternehmen der Gruppe auf andere Unternehmen der Gruppe einen bestimmten Einfluss durch Mehrheitsbeteiligungen oder Minderheitsbeteiligungen mit Zusatzrechten ausüben können.[564] Gerade aus Beteiligungen zwischen 25,1 % und 49,9 % kann sich ein bestimmender Einfluss in diesem Sinne ergeben, wobei in Ausnahmefällen auch eine geringere Beteiligung ausreichen kann.[565] Bei kommunalen Unternehmen ist hierbei der Blick auf die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages bzw. die Veto- und Mitbestimmungsrechte der Gemeindevertreter und der Gemeindeorgane zu richten. Nicht nur aufgrund der gesetzlichen Vorgaben des Kommunalverfassungsrechts[566] drängen die Vertreter der kommunalen Unternehmen bei der Errichtung der Gesellschaft und dem damit einhergehenden Beschluss des Gesellschaftsvertrags oder der Satzung auf ein möglichst umfassendes Mitsprache- und Kontrollrecht der Gemeindeorgane. Somit können gerade kommunale Stadtwerke unter diesen Tatbestand und folglich unter die Entflechtungsbestimmungen fallen.

Ein Vorteil für kommunale EVU ist die de-minimis-Klausel des § 7 Abs. 2 EnWG, die Verteilernetzbetreiber mit einem Kundenstamm unter 100.000 Kunden von der rechtlichen und operationellen Entflechtung ausnimmt. Aufgrund der teilweise geringen Größe ihres Liefergebiets können kommunale Stadtwerke diesen Entflechtungsvorschriften daher entgehen und sowohl die Konzession an dem gemeindeeigenen Verteilernetz erwerben als auch Energieerzeugung betreiben. Neben dem Vorteil gewisser Synergieeffekte können die vergleichsweise kleinen Stadtwerke sich somit mehrere Standbeine in der Energieversorgung auf-

---

562 Vgl. *Henneke/Ritgen*, Kommunales Energierecht, S.127; *Marnich*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. J, Rn. 8.

563 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates v. 20.01.2004, Abl. EU Nr. L 24, S.1.

564 *Mussaeus/Rausch/Bolde*, in: Pricewaterhouse Coopers AG, Entflechtung und Regulierung in der deutschen Energiewirtschaft, S. 19.

565 Vgl. *Hoffmann*, in: Dauses, Handbuch des EU Wirtschaftsrechts, H I, § 2, Rn. 175f.; *Mussaeus/Rausch/Bolde*, in: Pricewaterhouse Coopers AG, Entflechtung und Regulierung in der deutschen Energiewirtschaft, S. 19.

566 Beispielsweise § 137 Abs. 1 Nr. 6 NKomVG.

bauen. Ein Problem ergibt sich jedoch bei der Kundenberechnung. Sofern bei den genannten Stadtwerken ein Vorlieferant mit einer Minderheitsbeteiligung mit bestimmendem Einfluss beteiligt ist, werden dem Stadtwerk dessen Kunden zugerechnet.[567] So ist bei der Inanspruchnahme der de-minimis-Regelung darauf zu achten, dass es sich bei dem vermeintlich kleinen Stadtwerk um kein Unternehmen im Konzernverbund im Sinne des § 3 Nr. 38 EnWG handelt. Ferner stellt sich das Problem, ob die Entflechtungsvorgaben die Kommune dazu zwingen den steuerlichen Querverbund aufzugeben.[568] Um den rechtlichen Entflechtungsvorgaben zu entsprechen, bietet sich hierfür als Lösung die Gründung einer Netzbetreibergesellschaft als Tochtergesellschaft an, welcher das Netz der Stadtwerkegesellschaft verpachtet wird: Die Netzpachterlöse gehen dann an das kommunale EVU, welches die Erträge an die kommunale Holding weiterleitet, die die Gewinne dann im Querverbund mit dem ÖPNV und anderen defizitären Gesellschaften verrechnet.[569]

Aus dem oben genannten Problem der Mitbestimmungsrechte des Rates ergibt sich ein Anschlussproblem, das sich bei kommunalen Unternehmen in Hinblick auf die Entflechtungsvorschriften in der Regel stellen wird. Insbesondere die informationelle und die operationelle Entflechtung stehen in einem Spannungsverhältnis zu den Vorgaben des Kommunalverfassungsrechts. Die informatorische Entflechtungsbestimmung des § 6a Abs. 1 EnWG verpflichtet den Netzbetreiber zum vertraulichen Umgang mit wirtschaftlich sensiblen Informationen, die er im Rahmen seiner Geschäftstätigkeit erlangt hat. Auch EVU, die unter die de-minimis-Klausel fallen, sind von der informatorischen Entflechtung nicht ausgenommen. Im Generellen ist das Verhältnis zwischen gesellschaftsrechtlicher Auskunftspflicht (§§ 51a GmbHG und § 90 AktG) und energierechtlicher Vertraulichkeitspflicht (§ 6a EnWG) zugunsten des Entflechtungstatbestandes aufgelöst worden. Als lex posterior specialis werden die Auskunftsrechte von Aufsichtsrat und Gesellschafter in unbundlingkonformer Weise teleologisch reduziert, was in der praktischen Umsetzung eine anonymisierte Datenweitergabe an beide Organe bedeutet.[570] Eine solche Einschränkung der Informationsrechte der Gesellschafter bzw. der kommunalen Vertreter des Aufsichtsrates widerspricht grundsätzlich den kommunalrechtlich ausgestalteten Verfassungsdirektiven der Ingerenz, für welche ein umfangreicher Informationsstand vorausgesetzt wird. Demzufolge hat das AktG in § 394 Abs. 1 AktG eine Regelung aufgenommen, wonach Aufsichtsratsmitglieder, die auf Veranlassung einer Gebietskörperschaft in den Aufsichtsrat entsandt worden „hinsichtlich der Berichte, die sie der Gebietskörperschaft zu

567 *Mussaeus/Rausch/Bolde*, in: Pricewaterhouse Coopers AG, Entflechtung und Regulierung in der deutschen Energiewirtschaft, S. 22.

568 *Klauer*, in: Baur/Pritzsche/Simon, Unbundling in der Energiewirtschaft, Kap. 4, Rn. 78.

569 *Klauer*, in: Baur/Pritzsche/Simon, Unbundling in der Energiewirtschaft, Kap. 4, Rn. 81 f.

570 *Säcker/Schönborn*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, § 6a EnWG, Rn 52; *Will*, DVBl. 2006, S. 1278 (1285); *Klauer*, in: Baur/Pritsche/Simon, Unbundling in der Energiewirtschaft, Kap. 4, Rn. 50.

erstatten haben, keiner Verschwiegenheitspflicht unterliegen." Mit Ausnahme von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen (§ 394 Abs. 1 S. 2 AktG) kann die Berichtspflicht bestehen bleiben. Auch § 6 a Abs. 1 EnWG selbst spricht von einer Vertraulichkeitspflicht „unbeschadet gesetzlicher Verpflichtungen zur Offenbarung von Informationen". Hierunter lässt sich eine Vielzahl von Verpflichtungen subsumieren, die jedoch alle einer normativen Grundlage bedürfen.[571] Auf der anderen Seite enthalten die Kommunalverfassungen wiederum eine Beschränkung der Unterrichtungspflicht soweit diese unter ein gesetzliches Verbot fällt, vgl. § 138 Abs. 4 S. 3 NKomVG als auch gemäß § 113 Abs. 5 S. 2 GO NRW. Somit handelt es sich i.E. vorliegend um eine Kollision von Ausnahmetatbeständen, welche sich daher leichter auslegen lassen, als die zuvor geführte Diskussion um das generelle Verhältnis von Gesellschaftsrecht zu Kommunalverfassungsrecht. Dem telos der Entflechtungsvorschriften folgend, sind wettbewerbssensible Informationen, die unter den Anwendungsbereich des § 6a EnWG fallen vertraulich zu behandeln, wenn diese nicht unmittelbar für die Ausübung der Ingerenzpflichten der kommunalen Vertreter benötigt werden. Dies korreliert sowohl mit dem Sinn und Zweck des § 138 Abs. 4 S. 3 NKomVG als auch dem Zweck der Entflechtungsvorschriften, Wettbewerbsvorteile durch Informationsweitergabe innerhalb von vertikal integrierten EVU zu beschränken. Handelt es sich hingegen um Informationen, die für die verfassungsrechtlichen Einwirkungspflichten des kommunalen Gesellschafters von entscheidender Bedeutung sind, so muss die Ausnahme des § 6a EnWG bzw. des § 394 Abs. 1 AktG greifen. Die Zuordnung dieser Informationen wird anhand von internen Richtlinien im Einzelfall zu entscheiden sein.

Die operationelle Entflechtung gemäß § 7a EnWG verpflichtet den Netzbetreiber zur Sicherstellung einer von dem übrigen EVU unabhängigen Leitung des Netzbetriebs. Zum einen mutet diese Vorgabe generell als schwer durchführbar an, wenn man bedenkt, dass es in kleinen vertikal integrierten EVU organisatorisch kaum möglich sein wird, die verschiedenen Wertschöpfungsstufen personell derart zu trennen, dass Erkenntnisse der jeweiligen Geschäftsbereiche nicht untereinander ausgetauscht werden.[572] Hinzu kommt, dass die privatrechtlich ausgestalteten kommunalen Unternehmen verpflichtend die Letztentscheidungskompetenz bei grundlegenden Fragen den Kommunen oder ihrer Vertreter übertragen müssen, so dass auch der Bereich der Geschäftsführung mittelbar unter kommunalem Einfluss steht.[573] Auch die von der Gemeinde entsandten Vertreter in den Gesellschaftsversammlungen sind an die Weisungen des Rates gebunden.[574] Eine solche

[571] *Knauff*, in: Kment, § 6a EnWG, Rn. 12.

[572] Vgl. zu den Möglichkeiten der Organisation der getrennten Datenverarbeitung und des Personals: *Tödtmann/Setz*, in: Baur/Pritzsche/Simon, Unbundling in der Energiewirtschaft, S. 92 ff. Zu der generellen Konformität des kommunalen Wirtschaftsrechts mit den Entflechtungsvorschriften am Beispiel NRW: *Roth*, unbundlingkonforme Netzorganisation, S. 150 ff.

[573] Vgl. § 137 Abs. 1 Nr. 7 NKomVG.

[574] § 138 Abs. 1 S. 2 NKomVG; § 113 Abs. 1 S. 2 GO NRW.

Weisungsgebundenheit widerspricht eindeutig der operationellen Entflechtung.[575] Umgekehrt beeinträchtigt das Unbundling die aus der Verfassung abgeleiteten und durch kommunale Ingerenzpflichten ausgestalteten Anforderungen an das Demokratieprinzip.[576]

Gerade bei Kommunen, die ihre Unternehmen in Holding- oder Konzernstrukturen organisiert haben, wird bei Aufsichtsratsmitgliedern der verschiedenen Untergesellschaften in der Regel zudem eine Personenidentität vorliegen, die mitunter sogar im Gesellschaftsvertrag vorgegeben ist. Eine operationelle Entflechtung ist daher auch mangels vorhandener Ratsmitglieder schwer umzusetzen.

So stellt sich neben dem Problem, dass der Rat alle grundlegenden Entscheidungen treffen muss und er hierfür möglichst umfangreiche Informationen einholen kann und zudem mit Weisungsrechten ausgestattet ist, das Problem, dass die Vertreter des Rates personenidentisch in den jeweiligen Aufsichtsräten der Energiegesellschaften sitzen. Auch hier stellt sich die Frage der Kollision spezialgesellschaftsrechtlicher Anforderungen des EnWG und kommunalverfassungsrechtlicher Direktiven. So wie der Gedanke eines Verwaltungsgesellschaftsrechtes keine Anwendung finden kann, ist auch eine kommunalverfassungskonforme Auslegung des EnWG zu versagen. Der Rechtsanwender würde sich mit einer Auslegung des EnWG nach den verfassungsrechtlichen Strukturdirektiven für kommunale EVU auch hier über den Gesetzgeber stellen, dem diese Problematik aufgrund der Vielzahl kommunaler EVU bekannt gewesen sein muss und er dennoch keine Ausnahmeregelung geschaffen hat.[577] Kommunen haben sich in der Folge bei der Ausgestaltung der Einflussnahme personell den Anforderungen des § 7a EnWG zu beugen und eine Personenidentität bei den einflussnehmenden Ratsvertretern zu verhindern. Im Ergebnis sind diese Restriktionen aber weniger einschneidend als dies auf den ersten Blick scheint. Zwar ist das Weisungsrecht gegenüber dem GmbH-Geschäftsführer eingeschränkt, soweit es den „Netzbetrieb" betrifft. Dennoch verbleiben grundsätzliche Einwirkungsmöglichkeiten der Kommune auf die Unternehmensleitung wie der Erwerb oder die Veräußerung von Unternehmen, die Änderung von Unternehmensverträgen, die Feststellung von Jahresabschlüssen etc. (vgl. § 108 Abs. 4 GO NRW) den Gesellschafter vorbehalten. Diese grundlegenden Steuerungsmöglichkeiten betreffen gerade nicht den Betrieb des Netzes im Sinne des § 7a EnWG. Demnach schränken die Entflechtungsvorschriften die Steuerungsmöglichkeiten der Kommune zwar ein, aber nicht in dem Maße, dass die kommunalrechtlichen Anforderungen an die Einflussnahme auf kommunale Unternehmen in Form des Privatrechts nicht mehr gegeben sind.[578]

---

575 So auch: *Roth*, unbundlingkonforme Netzorganisation, S. 157; *Will*, DVBl. 2006, S. 1778 ff.

576 Hierzu ausführlich *Kreibich*, Kommunale Strom- und Gasverteilernetzbetreiber zwischen Entflechtungsgebot und Zusammenschlusskontrolle, S. 180 ff. m.w.N.

577 Vgl. dazu zum Verhältnis des Kommunalverfassungsrechts zum Gesellschaftsrecht: *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 279 ff.

578 So im Ergebnis auch *Will*, DVBl. 2006, S. 1278 (1285 ff.).

Die generell schwer umzusetzenden Vorschriften der Entflechtung in der Energiewirtschaft, sind bei kommunalen Unternehmen demnach noch mit zusätzlichen, wenn auch lösbaren, Schwierigkeiten konfrontiert.

d) Zwischenergebnis

Die Errichtung und der Betrieb einer Windkraftanlage fallen unter das Sektorenvergaberecht und sind folglich einem Vergabeverfahren zu unterziehen. Die Entflechtungsvorschriften weisen gerade in Hinblick auf die kommunalen Ingerenzpflichten praktische Probleme auf. Der Widerspruch zwischen kommunalrechtlichen Steuerungs- und Informationsvorgaben und energiewirtschaftlich forcierter informatorischer und personeller Trennung der Wertschöpfungsstufen, lässt sich nicht ohne weiteres überwinden.

III. Zwischenergebnis

Kommunale Energieerzeugungsanlagen haben technisch und finanziell dieselben Anforderungen wie privat betriebene Anlagen auch. Hinsichtlich des Rechtsrahmens gibt es jedoch signifikante Unterschiede, die sich in jeder Phase der Projektrealisierung bemerkbar machen, sei es bei den Gesellschaftsformen, bei der Planung und Genehmigung, den betriebswirtschaftlichen Aspekten, insbesondere der Steuer oder den zusätzlichen Vergabe- und Beihilfevorschriften. Diese vorstehend herausgearbeiteten Unterschiede werden unter Punkt E) und F) einen Vergleich mit der Privatwirtschaft bzw. einer verfassungsrechtlichen Bewertung unterzogen.

E. Kooperationsmodelle zur Projektrealisierung von Energieerzeugungsanlagen

Die Kooperation zur Realisierung eines Projekts zwischen verschiedenen Akteuren stellt eine weitere mögliche Reaktion auf die Umwälzungen des Energiemarktes dar. Neben fiskalischen, finanziellen und verwaltungspolitischen Synergieeffekten, kann eine Kooperation wesentlich zu einer höheren Akzeptanz aller Beteiligten für das geplante Projekt beitragen. Im folgenden Abschnitt werden die Kooperationsmöglichkeiten zwischen den Kommunen in Form von Kooperationen von Stadtwerken und anderen Energieversorgungsträgern behandelt, sowie die Zusammenarbeit innerhalb einer Gemeinde zwischen der Kommune und ihren Einwohnern.

I. Interkommunale Kooperation

1) Empirische und betriebswirtschaftliche Betrachtung

a) Einführung

Der Energiemarkt ist durch Liberalisierung und nicht zuletzt durch die Neuerungen der Energiewende einem stetig wachsenden Wettbewerb ausgesetzt.[579] Als Reaktion darauf hat sich eine Vielzahl von lokalen Stadtwerken zusammengeschlossen. Die Art und Intensität der Kooperation reicht von dem reinen Austausch von Informationen bis zu einer gesellschaftsrechtlichen Verschmelzung oder der gemeinsamen Beteiligung an weiteren Gesellschaften.

Um das vertikale sowie horizontale Geflecht der Energieversorgungsunternehmen zu verstehen, soll ein kurzer Überblick über die grundsätzliche Aufteilung die verschachtelten Konstruktionen entflechten.

Im Bereich der Energie-(Erzeugung) spaltet sich der Energiemarkt in drei Unternehmensgruppen: die überregionalen Verbundunternehmen, die regionalen Stromversorgungsunternehmen und die lokalen Verteilerunternehmen.[580] Die verschiedenen Wertschöpfungsstufen der Energieversorgung – Erzeugung, Transport, Verteilung, Vertrieb, Handel – sind davon wiederum unabhängig zu betrachten.[581] Innerhalb dieser Wertschöpfungsstufen finden sich abermals verschiedene Marktsegmente, Teilmärkte und Produktformen.[582] Die „Großen Vier" Verbundunternehmen betätigen sich auf allen Stufen der Wertschöpfung mittelbar oder unmittelbar, wohingegen die Regionalunternehmen hauptsächlich die Verteilung und die Stadtwerke den Vertrieb und die Erzeugung vor Ort übernehmen.[583] Es ist somit bei der folgenden Betrachtung immer zwischen den unterschiedlichen „Unternehmensstufen" und/oder den verschiedenen Wertschöpfungsstufen zu differenzieren. Bei der Untersuchung der Kooperationen kommt die Unterscheidung zwischen horizontaler Kooperation innerhalb derselben Wirtschaftsstufe oder vertikaler Kooperation in mehreren Stufen hinzu. Ein einheitlicher Kooperationsbegriff besteht nicht. Der Definitionsansatz von *Theurl* bezeichnet eine Kooperation als „intensive, nicht auf einmalige Transaktionen angelegte, freiwillige

---

579 Inwieweit sich die Wettbewerbssituation tatsächlich verbessert hat, ist umstritten. Hierzu: *Schöneich*, in: Bohne/Jansen, Strategien von Stadtwerken im liberalisierten Strommarkt, S.13 ff.; siehe auch: *Tagesspiegel*, Privatkunden sind die Verlierer des freien Strommarktes, 2013, http://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/15-jahre-liberalisierung-privatkunden-sind-die-verlierer-des-freien-strommarktes/7671640.html.

580 Vgl. *Lafrenz*, Vertikale strategische Minderheitsbeteiligungen als Gegenstand der Kartellverbote in Europa, S. 27f.; *Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, S. 17.

581 *Kühling/Rasbach/Busch,* Energierecht, S. 19; *Theobald/Theobald*, Energiewirtschaftsrecht, S. 5.

582 Siehe hierzu de Übersicht bei: *Leprich*, Das EEG als Nukleus einer neuen Energiewirtschaftsordnung, in: Müller, 20 Jahre Recht der Erneuerbaren Energien, S. 815 (821).

583 *Theobald/Theobald*, Energiewirtschaftsrecht, S. 5; *Kühling/Rasbach/Busch*, Energierecht, S. 20; *Theobald*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 1, Rn. 16.

Verbindung mit anderen rechtlich selbstständig bleibenden Unternehmen, die einzelne Unternehmensaktivitäten betreffen, um einzelne Unternehmensziele besser zu erreichen als in alternativen Organisationsformen".[584] Dieser soll der vorliegenden Arbeit zu Grunde gelegt werden.

b) Entwicklungen von Kooperationen auf dem Gebiet der Energieversorgung

Vor der Liberalisierung der Energiemärkte spielte die Kooperation von Stadtwerken untereinander abseits von Lobbyinteressen und Informationsaustausch keine große Rolle.[585] Kapitalbeteiligungen der großen Verbundunternehmen an Stadtwerken waren jedoch bereits verbreitet.[586]

Nach der ersten Liberalisierung schlossen sich die Stadtwerke zunächst zu Stromeinkaufspools und Stromhandelsgesellschaften wie der Trianel European Energy Trading GmbH oder Südweststrom[587] zusammen, wohingegen nach der zweiten Liberalisierungswelle 2005 bereits Netzbetriebskooperationen gebildet wurden, um Synergieeffekte zu erzielen.[588] Im Bereich der Energieerzeugung stellen Liberalisierung und EEG-Förderung eine Triebfeder für kommunale Kooperationen dar, wo vorher allenfalls Kooperationen bei Kraftwerksbauten eingegangen wurden.[589]

Vor der Liberalisierung hatten die Kommunen innerhalb ihrer Gebietskörperschaft durch Demarkationsverträge und ausschließliche Wegerechte in Konzessionsverträgen ein regionales Gebietsmonopol, die sogenannten „natürlichen Monopolbereiche", die von dem allgemeinen Kartellverbot ausgenommen waren.[590] Das führte mangels Wettbewerbs dazu, dass eine effiziente und nachfrageorientierte Arbeitsweise wenig Verbreitung fand und kommunale Zuschüsse aus Steuergeldern üblich waren.[591] Der Fokus lag auf den städtischen und politischen Be-

---

584 *Theurl*, Die Kooperation von Unternehmen, Die Facetten der Dynamik, in: Ahlert, Handbuch für Franchising und Kooperation, S. 73; *Sander*, Kooperationen in der Energiewirtschaft, S. 41.

585 *Blumenthal-Barby/Doms*, IR 2009, S. 252 (252); *Wilmert*, Kooperationen und Beteiligungen als eine Antwort auf den Liberalisierungsprozess I, in: Schöneich, Festschrift für Gerhard Widder, S. 303; *Bühring*, Kooperationen und Beteiligungen als eine Antwort auf den Liberalisierungsprozess II, in: Schöneich, Festschrift für Gerhard Widder, S. 320.

586 BT-Drs. 13/7425 vom 25.11.1997, Beschlussempfehlung – Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsgesetzes, S. 10.

587 Beide Gesellschaften wurden im Jahr 1999 gegründet, ein Jahr nach der Liberalisierung der Energiemärkte.

588 *Blumenthal-Barby/Doms*, IR 2009, S. 252 (252).

589 So haben die Stadtwerke einen Zuwachs von 20 % von 2008 bis 2011 im Bereich der Energieerzeugung verzeichnet, *PWC*, Kooperationen von Stadtwerken – heute noch ein Erfolgsmodell?, S. 2.

590 BT-Drs. 13/7425, vom 25.11.1997, Beschlussempfehlung – Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsgesetzes, S.11; *Wilmert*, Kooperationen und Beteiligungen als eine Antwort auf den Liberalisierungsprozess I, in: Schöneich, Festschrift für Gerhard Widder, Stadtwerke, S. 303.

591 *Budäus*, Wettbewerbs- und Kooperationsstrategien von Stadtwerken, in: Schöneich, Festschrift für Gerhard Widder, S. 129; zum Effizienzvergleich private und kommunale Wirtschaftstätigkeit:

langen und weniger auf der Wettbewerbsfähigkeit oder Zukunftsperspektive des Unternehmens.[592] Der nunmehr durch die Liberalisierung aufkommende Wettbewerb sollte zu niedrigeren Energiepreisen, höherer Effizienz und Umweltverträglichkeit bei gleichbleibender Versorgungssicherheit führen.[593]

In der Konsequenz aus diesen durchaus als drastisch zu bezeichnenden Veränderungen in der kapitalintensiven Strom- und Gaswirtschaft stehen die Kommunen und deren Stadtwerke vor der Wahl zwischen Rückzug und Verdrängungswettbewerb.[594]

Entscheidet sich die Kommune die Energieversorgung vor Ort (weiterhin) selbst mitzugestalten, eröffnen sich im Wesentlichen drei Handlungsmöglichkeiten: Zum einen kann sie ihr Stadtwerk allein betreiben und sich entweder auf den lokalen Markt konzentrieren, versuchen zu expandieren oder sich zu spezialisieren.[595] Zum anderen eröffnet sich den Gemeinden die Möglichkeit sich mit anderen Kommunen in Form einer interkommunalen Kooperation zusammenzuschließen.[596] Schließlich können Kommunen mit einem großen Energieversorgerverbund eine vertikale Integration eingehen. Diese schließt eine horizontale Kooperation zwischen Kommunen nicht aus, ergänzt einen solchen Verbund jedoch durch die Beteiligung eines Regionalversorgers oder großen Verbundunternehmens.

Auch in Bezug auf die (noch) marktbeherrschende Stellung von RWE, E.ON, EnBW und Vattenfall lohnt ein kurzer Blick zurück, um den status quo der Oligopole in der Energieerzeugung nachzuvollziehen. Schon vor der Liberalisierung war der Markt weitestgehend unter acht großen Verbundunternehmen aufgeteilt. Gerade auf der mittleren Ebene der Regionalverteiler gab es jedoch weitaus mehr Unternehmen. Auf dieser Versorgungsstufe hat sich die Zahl der Anbieter zwischen 1997 und 2002 von 80 auf 40 halbiert und liegt aktuell bei nur noch 30 Ver-

---

Monopolkommission, Hauptgutachten XX, Kapitel V, Kommunale Wirtschaftstätigkeit und der Trend zur Rekommunalisierung, S. 456 m.w.N.

[592] *Bühring*, Kooperationen und Beteiligungen als eine Antwort auf den Liberalisierungsprozess II, in: Schöneich, Festschrift für Gerhard Widder, S. 320; *Budäus*, Wettbewerbs- und Kooperationsstrategien von Stadtwerken, in: Schöneich, Festschrift für Gerhard Widder, S. 132; siehe hierzu auch *Stern/Püttner*, Die Gemeindewirtschaft, S. 102ff.

[593] BT-Drs. 13/7425 vom 25.11.1997, Beschlussempfehlung – Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsgesetzes, S. 12.

[594] *Theobald*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 1, Rn. 19; *Budäus*, Wettbewerbs- und Kooperationsstrategien von Stadtwerken, in: Schöneich, Festschrift für Gerhard Widder, S. 133; *Henneke/Ritgen*, Kommunales Energierecht, S. 46f.

[595] So zum Beispiel die Stadtwerke Flensburg GmbH, die sich als überregionaler Ökostromanbieter postieren und gleichzeitig eine 100%ige Tochtergesellschaft der Stadt Flensburg sind. Im Allgemeinen *Wilmert*, Kooperationen und Beteiligungen al seine Antwort auf den Liberalisierungsprozess I, in: Schöneich, Festschrift für Gerhard Widder, S. 304.

[596] Die Stadtwerke Weserbergland sind beispielsweise ein reiner Zusammenschluss von Kommunen aus der Region. Stadtwerke Weserbergland, Unternehmensstruktur, https://www.stadtwerke-weserbergland.de/unternehmen/ueberuns.html.

sorgern.[597] Aus den ehemals acht großen Verbundunternehmen RWE, Preussen Elektra, VEAG, EnBW, Bayernwerk, VEW, HEW und Bewag sind im gleichen Zeitraum die „Großen Vier" E.ON, RWE, Vattenfall Europe und EnBW entstanden.[598] Der neu aufgekommene Wettbewerb und Preisdruck hat sich bei den privaten Anbietern somit sichtlich niedergeschlagen und Konsolidierungskurse innerhalb des Unternehmens und in Verbindung mit anderen Unternehmen in Form von Fusionen angestoßen.[599] Im Bereich der konventionellen Stromerzeugung haben E.ON und RWE bzw. deren neu gegründete Tochterunternehmen Uniper und Innogy[600] noch immer eine herausgehobene Marktstellung und stehen zugleich kaum im Wettbewerb zueinander.[601] Diese Marktmacht steht jedoch auf äußerst tönernen Füßen, gerade unter Beachtung der Umstrukturierung von RWE und E.ON, des Stromhandelspreises und des sich ändernden Energiemixes.

c) Aktueller Stand der Kooperationen[602]

Im Januar 2015 waren laut Statistischem Bundesamt insgesamt 1315 Unternehmen mit mehr als 20 Mitarbeitern im Bereich der Energieversorgung tätig.[603] Neben den vier großen Verbundunternehmen gibt es ungefähr 30 Regionalversorger und ca. 900 Stadtwerke und diverse private Kleinanbieter.[604] Es betätigten sich ungefähr 300 Unternehmen im Bereich der Stromerzeugung, 920 als Stromnetzbe-

---

597 *Schlemmermeier/Schorsch*, Verflechtung zwischen den Marktstufen im deutschen Energierecht, in: Schwintowski: Strategische Allianzen – Netznutzung – Vergaberecht auf den Energiemärkten, S. 59; *Theobald*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 1, Rn. 16.

598 *Schlemmermeier/Schorsch*, Verflechtung zwischen den Marktstufen im deutschen Energierecht, in: Schwintowski: Strategische Allianzen – Netznutzung – Vergaberecht auf den Energiemärkten, S. 59.

599 Vgl. *Wilmert*, Kooperationen und Beteiligungen als eine Antwort auf den Liberalisierungsprozess I, in: Schöneich, Festschrift für Gerhard Widder, S. 304 ff.; *Sander*, Kooperationen in der Energiewirtschaft, S. 20 ff.; *Schlemmermeier/Schorsch*, Verflechtung zwischen den Marktstufen im deutschen Energierecht, in: Schwintowski: Strategische Allianzen – Netznutzung – Vergaberecht auf den Energiemärkten, S. 56 f.

600 Die großen Vier vereinen 2015 noch 62 % der Stromerzeugung auf sich, wobei RWE mit 21 % vor E.ON mit 15% und EnBW und Vattenfall (13%) noch einen Vorsprung hat, *Monopolkommission*, Sondergutachten 71, Energie 2015: Ein wettbewerbliches Marktdesign für die Energiewende, S. 34. Mittlerweile haben E.ON und RWE ihre konventionellen Stromerzeugungskapazitäten in neu gegründete Tochterunternehmen ausgegliedert. E.ON hält an Uniper 47% (April 2016), RWE an Innogy 77% (April 2017). *Börse Frankfurt*, Innogy SE, http://www.boerse-frankfurt.de/aktien/ipo-detail/DE000A2AADD2 und *Uniper*, Aktionärsstruktur, https://ir.uniper.energy/websites/uniper/German/1400/aktionaersstruktur.html.

601 BGHZ 178, 285 (296).

602 Die Daten über die Anzahl der gesamten Unternehmen in der Energiebranche variieren je nach Maßstab und Zählweise. Mit Hilfe der Zahlen sollen in erster Linie die Entwicklung in den jeweiligen Sektoren dargestellt werden.

603 *Statistisches Bundesamt*, Energie- und Wasserversorgung, https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Wirtschaftsbereiche/Energie/BeschaeftigteUmsatzInvestitionen/Tabellen/BetriebsergebnisseWirtschaftszweige.html.

604 *BDEW*, Energiedaten, http://www.bdew.de/internet.nsf/id/DE_Energiedaten.

treiber, 140 als Stromhändler und rund 1170 als Stromlieferanten für Endverbraucher.[605] Von den Stadtwerken betätigen sich 60 % in der Erzeugung und ca. 90 % im Vertrieb.[606]

Ausgehend von der empirischen Analyse von *Sander* hinsichtlich der Kooperationen von Stadtwerken, sind noch 53 % der von ihm erfassten 820 Stadtwerke im Bereich der Energieversorgung vollständig in kommunalem Besitz und die restlichen 47 % haben Minderheitsbeteiligungen verkauft, bei denen in der Mehrzahl der Fälle die Sperrminorität von 25 % überschritten wurde.[607] Bei Stadtwerken handelt es sich bei fast 80 % um kleine oder mittlere Unternehmen mit einem Umsatz bis zu 50 Mio. Euro.[608] Von diesen 820 Stadtwerken befanden sich 33,2 % in einer Kooperation, 16,6 % in zwei Kooperationen, 12,9 % in drei bis fünf Kooperationen, 4,3 % in mehr als fünf Kooperationen und 33 % in keiner Kooperation.[609] Die Kooperations*bedürftigkeit* nimmt dabei mit abnehmender Größe zu, da die wettbewerbsrelevante kritische Größe für die jeweiligen Stufen der Wertschöpfungskette von kleineren und mittleren Unternehmen sonst nicht erreicht werden kann.[610] Die Kooperations*häufigkeit* aufgrund des großen Planungs- und Managementaufwandes solcher Kooperationen steigt jedoch nicht.[611]

In dem in dieser Arbeit hervorgehobenen Teil der Energieerzeugung, entfielen bei Stadtwerken von insgesamt 12.281 MW produzierten Stroms 12,4 % auf Erneuerbare Energien, 28 % auf Kondensationskraftwerke und 59,6 % auf Kraft-Wärme-Kopplung mit deutlich steigender Tendenz der Erneuerbaren Energien.[612] Bei der Energieerzeugung aus Kraftwerkskooperationen und Beteiligungen wurde insgesamt 8.152 MW produziert, wobei hier nur 9,8 % auf Erneuerbare Energien fielen, 71,0 % auf Kondensationskraftwerke und 19,2 % auf KWK-Kraftwerke.[613] Die Tendenz der in Kooperation erzeugten Energie ist dabei steigend, im Vergleich zu den 8.152 MW im Jahr 2013 lag die in Kooperation erzeugte Energiemenge 2010 nur bei 4.760 MW.[614] Des Weiteren zeigt sich, dass neben der gemeinsamen Investition in Großkraftwerke[615] auch bei den erneuerbaren Energien

---

605 *BDEW*, Wettbewerb 2012, S. 31; http://www.bdew.de/internet.nsf/id/broschuere-wettbewerb-2012-de, Addition nicht möglich, da viele der Unternehmen in mehreren Sparten und auf mehreren Wertschöpfungsstufen tätig sind und somit mehrfach erfasst wurden; teilweise gerundet.

606 *Sander*, Kooperationen in der Energiewirtschaft, S.46 ff.

607 *Sander*, Kooperationen in der Energiewirtschaft, S. 76.

608 *Schmieder*, Benchmarking der Energieversorger in Deutschland, S. 5, http://www.f08.fh-koeln.de/fakultaet/ifp/forschung/forschungsfelder/01036/index.html; *Sander*, Kooperationen in der Energiewirtschaft, S. 75.

609 *Sander*, Kooperationen in der Energiewirtschaft, S. 76.

610 *Kommission*, KMU und Kooperationen, 2003, S. 30ff; *Sander*, Kooperationen in der Energiewirtschaft, S.77.

611 *Sander*, Kooperationen in der Energiewirtschaft, S.77;

612 *VkU*, Zahlen, Daten, Fakten 2013, S. 8.

613 *VkU*, Zahlen, Daten, Fakten 2013, S. 8.

614 *VkU*, Zahlen, Daten, Fakten 2010, S. 15.

615 Beispielsweise betreiben die Stadtwerke Hannover zusammen mit VW und Continental ein eigenes Großkraftwerk oder die Trianel Gruppe Gas- sowie Steinkohlekraftwerke.

Kooperationen zwischen den einzelnen Stadtwerken und/oder privaten Investoren eine wachsende Bedeutung zukommt. Gerade bei den größten Stadtwerken bilden über die Hälfte Kooperationen, um Strom aus Erneuerbaren Energien zu erzeugen.[616]

Trotz dieser Entwicklung sind die Stadtwerke selten in der Lage ihren Strombedarf durch die Eigenproduktion vollständig zu decken, so dass die Kooperation bei der Energiebeschaffung weiterhin den größten Anteil stellt.[617] Dieser Kooperationsanteil fällt im Falle der Beteiligung eines Minderheitsgesellschafters jedoch deutlich geringer aus, was durchaus auf eine gewisse Abhängigkeit von dem Minderheitsgesellschafter mit zumeist eigenen Erzeugungskapazitäten schließen lässt.[618]

In der horizontalen Kooperation der Stadtwerke zeichnet sich das Bild der Kooperation sehr unterschiedlich und stark abhängig von der Art der Kooperation. Im Bereich der „strategischen Partnerschaft" beteiligen sich Stadtwerke wechselseitig aneinander.[619] Bei anderen Kooperationspaaren beteiligen sich größere Stadtwerke an kleineren oder mehrere Stadtwerke schließen sich in einem großen Verbund zusammen.[620] Entscheidend ist dabei die Intensität bzw. Art der Verbindung. Die stärkste Verflechtung ist die Fusion in Form der Zusammenlegung bzw. der Beteiligung an der Eigentümerstellung. Kooperationen können sich aber auch nur auf Teilbereiche der Geschäftsfelder beziehen oder projektbezogen vereinbart werden, ohne dass die Eigentümerstellung der Stadtwerke berührt wird.[621] Weiterhin ist entscheidend, um welche Art des Stadtwerks es sich handelt. Stadtwerke mit Minderheitsgesellschafter kooperieren auch meist mit ihresgleichen, ebenso wie Stadtwerke ohne Minderheitsgesellschafter meist nur mit Stadtwerken kooperieren, die ebenfalls keinen Minderheitsgesellschafter haben.[622] Stadtwerke, die ein (großes) kommunales Stadtwerk als Minderheitsgesellschafter ihr Eigen nennen, durchbrechen diese Trennung.[623] Hinsichtlich der Quantität ist festzustellen, dass im Bereich der Energieerzeugung die überwiegende Mehrheit der Kooperationen nur aus wenigen Beteiligten besteht, wohin gegen bei der Beschaffung und Sup-

---

616 *Sander*, Kooperationen in der Energiewirtschaft, S. 83.

617 *PWC*, Kooperation von Stadtwerken noch immer ein Erfolgsmodell?, S. 2; *Sander*, Kooperationen in der Energiewirtschaft S. 81; *Gussone/Theobald*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 6, Rn. 308; *VkU*, Stadtwerke der Zukunft II, Kooperationen, S. 10.

618 Vgl. *Sander*, Kooperationen in der Energiewirtschaft, S.84.

619 *Wilmert*, Kooperationen und Beteiligungen als eine Antwort auf den Liberalisierungsprozess I, in: Schöneich, Festschrift für Gerhard Widder, S. 309.

620 *Sander*, Kooperationen in der Energiewirtschaft, S. 27 ff.

621 *Sander*, Kooperationen in der Energiewirtschaft, S. 27 ff.; *Wilmert*, Kooperationen und Beteiligungen als eine Antwort auf den Liberalisierungsprozess I, in: Schöneich, FS Widder, Stadtwerke, S. 308.

622 *Sander*, Kooperationen in der Energiewirtschaft, S. 86.

623 *Sander*, Kooperationen in der Energiewirtschaft, S. 87.

port-Leistungen überwiegend große Kooperationen aufgrund der *economies of scale* vorliegen.[624]

Den Verbund mit den größten Stadtwerken Deutschlands stellt die 8KU GmbH, die jedoch nur eine Kooperation zur Interessenvertretung der acht größten deutschen Stadtwerke darstellt. Die Thüga AG bzw. Holding GmbH & Co. KG aA[625] hingegen hält selbst Anteile an weiteren Stadtwerken und anderen Energieversorgungsunternehmen. Wiederum an der Thüga Holding GmbH & Co. KG aA ist der Stadtwerkezusammenschluss KOM9 GmbH & Co. KG zu 38,4 % beteiligt. Auch die Regionalversorgungsunternehmen, an denen die „großen Vier" Mehrheitsbeteiligungen halten, besitzen wiederum Beteiligungen an den lokalen EVU.[626] Zudem sind E.ON, RWE, EnBW und Vattenfall trotz größerer Verkäufe weiterhin Anteilseigner an einer Vielzahl von Stadtwerken.[627] Die generelle Beteiligungsquote von Minderheitsgesellschaftern bei Stadtwerken lag im Jahre 2011 sogar bei ca. 50 %.[628] EWE zum Beispiel, Deutschlands fünftgrößter Stromkonzern, ist mit 64% in kommunalem Anteilseigentum, die EnBW ist aber als strategischer Partner und Minderheitsgesellschafter mit 6 % beteiligt. Bei RWE und EnBW schließt sich die Besonderheit an, dass Stadtwerke ihrerseits große Anteile an den beiden Energieversorgern zeichnen.[629] Vattenfall steht zudem komplett im Eigentum des schwedischen Staates und auch bei E.ON gibt es zumindest eine kleine Beteiligung der öffentlichen Hand durch den Freistaat Bayern.[630] RWE und

---

[624] *Sander*, Kooperationen in der Energiewirtschaft, S. 90.

[625] Ehemalige E.ON Holding Gesellschaft, in der Eon seine 120 Stadtwerksbeteiligungen gebündelt hatte. Auch als Reaktion auf das Eschwege Urteil des BGH (BGHZ 178, 285 ff.) hat E.ON diese Beteiligung an ein Konsortium bestehend aus den hannoverschen Stadtwerken, den Frankfurter Stadtwerken, den Nürnberger Stadtwerken und dem Stadtwerksverbund KOM9 GmbH & Co. KG am 22. 10.2009 verkauft.

[626] Siehe z.B: *Lafrenz*, Vertikale strategische Minderheitsbeteiligungen als Gegenstand der Kartellverbote in Europa, S. 30.

[627] Zu den jeweiligen Beteiligungsverhältnissen: *E.ON*, E.ON auf einen Blick, http://www.eon-einkauf.com/de/basisinformationen/konzernbeteiligungsverzeichnis.html; *RWE*, Geschäftsbericht 2016, https://www.rwe.com/web/cms/mediablob/de/3688518/data/2957158/7/rwe/investor-relations/berichte/2016/RWE-Geschaeftsbericht-2016.pdf; *EnBW AG*, Wesentliche Beteiligungen, http://www.enbw.com/unternehmen/konzern/geschaeftsfelder/wesentliche-beteiligungen/index.html; *Vattenfall*, Beteiligungsverhältnisse des deutschen Vattenfall Konzerns, 2014, http://corporate.vattenfall.de/PageFiles/30571/2014-01-22_Aktualisierung%20Management%20Angaben.pdf.

[628] *Sander*, Kooperationen in der Energiewirtschaft, S. 79.

[629] An der RWE AG hält ein Konsortium aus Kommunen und Sparkassen (Verband der kommunalen RWE-Aktionäre GmbH (VKA)) 25% des gezeichneten Kapitals (http://www.vka-rwe.de/index.php?id=3615). An EnBW hält der Zweckverband Oberschwäbische Elektrizitätswerke 46,55 %, eine Eigengesellschaft des Landes Baden-Württemberg (Neckarpri-Beteiligungsgesellschaft mbH) hält weitere 45,1 % (http://www.oew-energie.de/Pages/unternehmen/eigentumsverhaeltnisse.php).

[630] Vgl. *Handelsblatt,* Bayern erwägt Verkauf von Eon-Beteiligung, 2018, https://www.handelsblatt.com/unternehmen/energie/ankuendigung-von-soeder-bayern-

E.ON besitzen neben den Stadtwerksbeteiligungen auch Minder- oder Mehrheitsbeteiligungen an Trägergesellschaften dezentraler Energieerzeugungsanlagen.[631] Mehrheitsbeteiligungen der großen Energieerzeuger liegen meist bei Regionalversorgern vor, bei Stadtwerken wird sich in aller Regel auf Minderheitsbeteiligungen beschränkt.[632] In den Gesellschafterstrukturen der Regionalversorger lässt sich jedoch auch eine Beteiligung von „unten" feststellen. Kommunen halten vermehrt Anteile an den Regionalversorgern ihrer Region, um sich mangels eigener Erzeugungskapazitäten im Bereich der Energiebeschaffung strategisch zu positionieren.[633]

Die Energieerzeuger haben sich also nicht nur horizontal eine marktbeherrschende Stellung erarbeitet, sondern sich auch vertikal durch die Beteiligungen an Stadtwerken gegen den nach der Liberalisierung zumindest theoretisch offenen Wettbewerb um die Netze abgesichert.[634] Die kommunalen Energieversorger stellen dabei ein lohnendes Objekt dar. Der Umsatz der Verbandsmitglieder des VKU lag im Jahr 2016 bei 115 Mrd. EUR, dabei entfielen 83 Mrd. EUR auf den Bereich der Energie.[635] Bereits jetzt werden 29% des in Deutschland erzeugten Stroms durch öffentliche Anbieter (ohne EnBW) erzeugt.[636] E.ON hat dazu im Vergleich ca. 38 Mrd. EUR Umsatz erwirtschaftet.[637] Eine signifikante Ausweitung der Anteilsverkäufe an private Investoren ist zukünftig jedoch nicht zu erwarten. Dem Trend der Rekommunalisierung folgend haben nur wenige Kommunen die Absicht weitere Anteile ihrer Stadtwerke zu verkaufen.[638]

---

erwaegt-verkauf-von-eon-beteiligung/20862680.html?ticket=ST-2152564-5HHvl44bFamdagGWiqNe-ap2.

631 Bspw. Bioerdgas Hallertau GmbH 64,1 %, Windpark Mutzschen OHG 77,77 %, Windpark Naundorf OHG 66,66 %, E.ON; Konzernbeteiligungsverzeichnis, http://www.eon-einkauf.com/de/basisinformationen/konzernbeteiligungsverzeichnis.html.

632 Die am meisten verbreitetste Beteiligungshöhe bei Stadtwerken liegt bei 25 %; *Lafrenz*, Vertikale strategische Minderheitsbeteiligungen als Gegenstand der Kartellverbote in Europa, S. 51.

633 *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, Rn. 483. So sind beispielsweise bei EWE die Städte und Landkreise der Weser-Ems-Elbe-Region die Hauptanteilseigner. EnBW hält mit 26 % als strategischer Partner eine Sperrminorität: *EWE*, Anteilseigner, http://www.ewe.com/de/investor-relations/daten-und-fakten/anteilseigner.php; *ARD*,E.ON stößt weitere Beteiligungen ab, http://boerse.ard.de/aktien/eon-stoesst-weitere-beteiligung-ab100.html.

634 *Klaue*, ZNER 2007, S. 263 (264).

635 *VkU*, Geschäftsbericht 2016.

636 *Monopolkommission*, Sondergutachten 71, Energie 2015: Ein wettbewerbliches Marktdesign für die Energiewende, S. 34.

637 *VkU*, Umsatz privater Energiekonzerne und VkU-Mitglieder, http://de.statista.com/statistik/daten/studie/154859/umfrage/umsatz-privater-energiekonzerne-und-vku-mitglieder-in-2007/.

638 *Sander*, Kooperationen in der Energiewirtschaft, S. 30.

d) Motive für die Kooperation

Weder die Problemstellungen der Kommunen, noch die sich daraus ergebenden Motive für Kooperationen sind bei jedem Stadtwerk gleich. Häufig haben kommunale EVU jedoch mit finanziellen Engpässen der Kommune, steigendem Wettbewerbsdruck, dem demografischen Wandel – gerade im ländlichen Bereich – und dem Bedarf an Innovationen zu kämpfen.[639]

Als zentrale Motive zur Kooperation ergeben sich daraus die Nutzung von Synergie- und Kostensenkungseffekten und der Ausbau der Marktstellung.[640] Die Synergieeffekte sollen sich insbesondere bei dem gemeinsamen Stromeinkauf, IT und weitere Shared Services bezahlt machen und nicht zuletzt die Bündelung von Marktmacht durch die Reduzierung von konkurrierenden Anbietern.[641] Des Weiteren wollen Stadtwerke auf das Know-how der größeren Unternehmen zugreifen und nicht zuletzt mit dessen Hilfe ihre „intransparenten und verkrusteten" Strukturen aufbrechen und reformieren.[642] Insbesondere kleine oder neu gegründete Stadtwerke profitieren von der Expertise der großen Unternehmen hinsichtlich der Steuerung und Führung von Versorgungunternehmen.[643] Neben den Synergie- und Lerneffekten können im Rahmen einer Kooperation zudem die hohen Investitionsmittel leichter aufgebracht werden, ohne sich des Kapitalmarktes bedienen zu müssen.[644]

Auf der horizontalen Ebene sind die bessere Verhandlungsposition gegenüber Lieferanten, der Austausch in technischen Fragen sowie der gemeinsame Materialeinkauf ein weiteres Motiv für Kooperationen.[645] Gerade bei Neuerungen im Be-

---

639 *Weidemann*, in: Franke/Weidemann, NKomZG, Einführung, Rn. 2; *Fecht/v.Leliwa*, IR 2012, S. 257 (259).

640 *Praetorius*, IR 2009, S. 242 (243); *Bartel*, Wettbewerbsprobleme auf dem deutschen Energiemarkt durch Unternehmenszusammenschlüsse, S. 217; *Schlemmermeier/Schorsch*, Verflechtung zwischen den Marktstufen im deutschen Energierecht, in: Schwintowski: Strategische Allianzen – Netznutzung – Vergaberecht auf den Energiemärkten, S. 58; *Barnekow*, Strategien kommunaler Energieversorger unter volatilen Marktbedingungen, S. 118; *Moraing*, Neue Kooperationsstrategien der Stadtwerke, in: Burgi, Energiepartnerschaften zwischen privaten Versorgungsunternehmen, Stadtwerken und Kommunen, S.122; *Sander*, Kooperationen in der Energiewirtschaft, S.28.

641 *Schlemmermeier/Schorsch*, Verflechtung zwischen den Marktstufen im deutschen Energierecht, in: Schwintowski: Strategische Allianzen – Netznutzung – Vergaberecht auf den Energiemärkten, S. 58; *Barnekow*, Strategien kommunaler Energieversorger unter volatilen Marktbedingungen, S. 118; *Moraing*, Neue Kooperationsstrategien der Stadtwerke, in: Burgi, Energiepartnerschaften zwischen privaten Versorgungsunternehmen, Stadtwerken und Kommunen, S. 122; *Sander*, Kooperationen in der Energiewirtschaft, S. 28.

642 *Bühring*, Kooperationen und Beteiligungen als eine Antwort auf den Liberalisierungsprozess II, in: Schöneich, Festschrift für Gerhard Widder, S. 322.

643 *Damm*, Vor- und Nachteile von privaten Gesellschaftern bei kommunalen Stadtwerken, in: Bohne/Jansen, Strategien von Stadtwerken im liberalisierten Strommarkt, S. 63; *Schlemmermeier/Schorsch*, Verflechtung zwischen den Marktstufen im deutschen Energierecht, in: Schwintowski: Strategische Allianzen – Netznutzung – Vergaberecht auf den Energiemärkten, S. 58.

644 *Barnekow*, Strategien kommunaler Energieversorger unter volatilen Marktbedingungen, S. 117.

645 *Theobald*, Wettbewerb zwischen Entflechtung und Verflechtung im Strommarkt, in: Bohne/Jansen, Strategien von Stadtwerken im liberalisierten Strommarkt, S. 41.

reich der Energieversorgung werden häufig Kooperationen eingegangen, um möglichst schnell die benötigten Kompetenzen aufzubauen.[646] Hierbei nimmt insbesondere der Bereich der Energiedienstleistungen und des smart Meterings einen immer größeren Stellenwert ein.[647]

Die Motive der Verbundunternehmen sind ebenfalls vielfältig. Als zentral erweist sich auch hier das Interesse am Ausbau der eigenen Marktposition.[648] Daher handelt es sich bei den Minderheitsbeteiligungen an den Stadtwerken nicht um reine Finanzanlagen, sondern auch um die Wahrnehmung strategischer Interessen und den Einfluss auf den lokalen Markt des Stadtwerks. Hierbei hat der Minderheitsgesellschafter die Möglichkeit, die Mitgesellschafter (vertraglich) davon abzubringen bei dem Investor Kunden abzuwerben bzw. in den Wettbewerb zu dem Minderheitsgesellschafter zu treten oder sich hinsichtlich der Akquise potentieller Neukunden untereinander abzusprechen.[649] Im Zusammenhang mit den Absatzmärkten der kommunalen EVU haben die mit ihnen vertikal zusammengeschlossenen großen Verbundunternehmen zudem den Vorteil des Ressourcenrückflusses. Das bedeutet, dass die beteiligte Gesellschaft als Vorlieferant an der Stromlieferung verdient und zusätzlich an dem Gewinnrückfluss aus der Beteiligung an dem Stadtwerk – zumal es ihm durch diesen Doppeleffekt möglich ist, dem Stadtwerk den Strom besonders günstig anzubieten, um Konkurrenten aus dem Wettbewerb zu verdrängen.[650] Ferner stellen der Informationsvorsprung vor anderen Mitbewerbern, Marktsynergien, Kostensenkungen, Partizipation an dem meist positiven Image der Stadtwerke bei der lokalen Bevölkerung und die gemeinsame Verwirklichung von Infrastrukturprojekten Motive für eine Kooperation dar.[651]

e) Art und Umfang der Kooperation

Kooperationen sind in verschiedenen Formen und Intensitäten denkbar und auf den jeweiligen Wirtschaftsstufen – unabhängig von den Stufen der Wertschöpfungskette – horizontal, vertikal oder auch diagonal möglich. Die Wertschöpfungsstufe ist in diesem Zusammenhang nur für das Kooperationsgebiet maßgeblich, nicht für die Intensität. Die Frage der Intensität und Verbindlichkeit einer Kooperation erfährt seine entscheidende Bedeutung bei der sich anschließende

---

646 *Praetorius*, IR 2009, S. 242 (243); *VkU*, Stadtwerke der Zukunft II, Kooperationen, S. 10.

647 *VkU*, Stadtwerke der Zukunft II, Kooperationen, S. 7.

648 *Bartel*, Wettbewerbsprobleme auf dem deutschen Energiemarkt durch Unternehmenszusammenschlüsse, S. 223; *Schlemmermeier/Schorsch*, Verflechtung zwischen den Marktstufen im deutschen Energierecht, in: Schwintowski: Strategische Allianzen – Netznutzung – Vergaberecht auf den Energiemärkten, S. 58.

649 *Klaue*, ZNER 2007, S. 263 (265); *Klaue/Schwintowski*, Strategische Minderheitsbeteiligungen in der deutschen Energiewirtschaft, S. 19.

650 BGHZ 136, 268 (282); *Becker*, Auswirkungen vertikaler Stadtwerksbeteiligungen von Verbundunternehmen, in: Bohne/Jansen, S. 74.

651 *Becker*, Auswirkungen vertikaler Stadtwerksbeteiligungen von Verbundunternehmen, in: Bohne/Jansen, S. 74; *Praetorius*, IR 2009, S. 242 (243); zu dem Markenkern der Stadtwerke *Hoffmann/Albrecht*, NVwZ 2013, S. 896 (899).

Frage der kommunalrechtlichen Zulässigkeit. Zudem ist die Verbindlichkeit ein wichtiger Indikator für den Erfolg einer Kooperation.[652]

Die einzelnen Kooperationsformen sind nicht immer trennscharf abzugrenzen. Im Wesentlichen lässt sich aber zwischen einfachen Netzwerken, schuldrechtlichen Vereinbarungen, öffentlich-rechtlichen Einrichtungen oder gesellschaftsrechtlichen Kooperationen in Form von Fusionen, Holding-Modellen, Beteiligungen oder Equity Joint Ventures unterscheiden.[653]

Die stärkste Kooperation ist die Änderung der Eigentumsstruktur durch den vertikalen oder horizontalen Verkauf von Anteilen oder die Fusion mit anderen Stadtwerken.[654] Fusionen kommen im Verhältnis jedoch relativ selten vor und verlieren weiter an Bedeutung.[655] Der Kauf bzw. Verkauf von Anteilen gewinnt dagegen verstärkt an Bedeutung.[656] Der Käuferkreis dieser Anteile erschöpft sich dabei zunächst aus privaten Energieversorgern oder Regionalversorgern.[657] Mittlerweile sind neben den privaten Investoren aber auch große Stadtwerke wie die Kölner RheinEnergie, Enercity aus Hannover, EWE aus Oldenburg oder N-Energie aus Nürnberg als „strategische Partner" im Geschäft.[658] Bei der Beteiligung handelt es sich um Kapitalbeteiligungen an der jeweiligen Gesellschaft, wobei lediglich in der strategischen Höhe zu unterscheiden ist. Bei einer Aktiengesellschaft liegt ab 25 % eine Sperrminorität vor, bei über 50 % eine einfache Majorität und bei über 75 % der Anteile eine völlige Beherrschung des Unternehmens.[659] Bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung richten sich die Befugnisse der einzelnen Gesellschafter sehr stark nach dem jeweiligen Gesellschaftsvertrag.[660] Entscheidend ist daher, welche Interessen beide Seiten verfolgen bzw. welche Ziele auch vertraglich festgehalten wurden. Eine Beteiligung an einem Unternehmen kann mit einer Kooperationsbereitschaft einhergehen; dies ist aber nicht zwingend der Fall.[661]

---

652 *Bühring*, Kooperationen und Beteiligungen als eine Antwort auf den Liberalisierungsprozess II, in: Schöneich, FS Widder, Stadtwerke, S. 330.

653 Vgl. *Morschett*, in: Zentes/Swodoba/Morschett, Kooperationen, Allianzen, Netzwerke, S. 384; *Moraing*, Neue Kooperationsstrategien der Stadtwerke, in: Burgi, Energiepartnerschaften zwischen privaten Versorgungsunternehmen, Stadtwerken und Kommunen, S. 123.

654 Im Jahre 2007 haben 13 % der vom VkU befragten Stadtwerke mit anderen Stadtwerken fusioniert, 2009 waren es lediglich 3 %. Ebenso werden auch zukünftig nur noch marginale Fusionspotentiale gesehen, *VkU*, Stadtwerke der Zukunft II, Kooperationen, S. 6; vgl. *Sander*, Kooperationen in der Energiewirtschaft, S. 27.

655 *VkU*, Stadtwerke der Zukunft II, Kooperationen, S. 7.

656 *VkU*, Stadtwerke der Zukunft II, Kooperationen, S. 7.

657 Vgl. *Sander*, Kooperationen in der Energiewirtschaft, S. 31.

658 *Sander*, Kooperationen in der Energiewirtschaft, S. 28.

659 Vgl. *Wilmert*, Kooperationen und Beteiligungen als seine Antwort auf den Liberalisierungsprozess I, in: Schöneich, Festschrift für Gerhard Widder, S. 309.

660 Zu den Möglichkeiten bei kommunalen GmbHs umfassend *Mann*, VWBl.BW 2010, S. 7 (8f.); *Mann* die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 183ff.

661 Vgl. *Morschett*, in: Zentes/Swodoba/Morschett, Kooperationen, Allianzen, Netzwerke, S. 385; *Sander*, Kooperationen in der Energiewirtschaft, S. 44.

Eine weitere Möglichkeit ist auch eine Form der Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft, hierbei wird von den Partnern aber ein komplett neues Unternehmen gegründet, auf das koordinative Aufgaben oder ganze Geschäftszweige übertragen werden (Joint Venture).[662] In diesem Zusammenhang bieten sich sogenannte Poolgesellschaften[663] mit einem gewissen Grad an Selbstständigkeit an, um kartellrechtlichen Bedenken gerade im Bereich des Vertriebs entgegenzusteuern.[664] Joint Ventures stellen mit über der Hälfte der vom VKU festgestellten Kooperationen die am meisten verwandte Kooperationsform dar.[665] Aufgrund ihrer gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltung im Vergleich zu rein schuldrechtlichen Vereinbarungen ermöglichen sie eine höhere Verbindlichkeit und langfristige Planungssicherheit.[666] Der Vorteil der Flexibilität ist hingegen bei den vertraglichen Kooperationen zu verorten.[667] Die klassische Form der interkommunalen Zusammenarbeit in Form eines Zweckverbandes wird nur in seltenen Fällen errichtet.[668] Weiter verbreitet ist der Zusammenschluss in Netzwerken.[669] Diese schwächste Art der Kooperation stellt in der Regel den bloßen Zusammenschluss zur gemeinsamen Interessenvertretung oder zum gemeinsamen Informationsaustausch dar.

Ferner bietet sich die bereichsspezifische Kooperation an, die eine „stand-alone-Strategie" des Stadtwerks weiterhin ermöglichen kann.[670] Gerade die Bereiche IT-Services, Marketing, Messwesen, Abrechnungen etc. werden von den Stadtwerken abgegeben und in Servicegesellschaften oder Shared-Services-Gesellschaften ausgegründet.[671] Ebenfalls bieten sich in diesen Bereichen diagonale Kooperationen mit branchenfremden Unternehmen an.[672]

Neben den „strategischen Partnern" haben sich auch Kapitalgesellschaften als reine Finanzierer wie die HSH Nordbank mit dem H/H Stadtwerkefond (mittlerweile Gelsenwasser; ein Energieversorger, der zu fast 100 % in der Hand kommunaler Stadtwerke ist) an kommunalen Energieversorgern beteiligt.[673]

Die Art der Kooperation richtet sich nach der Struktur des Unternehmens und der angestrebten positiven Kooperationseffekte. Hierbei hat die Betriebswirt-

---

662 *Gussone/Theobald*, in: Schneider/Theobald Recht der Energiewirtschaft, § 6, Rn. 326; *VkU*, Stadtwerke der Zukunft II, Kooperationen, S. 7.

663 Eine Gesellschaft, die Aufgaben der kooperierenden EVU gebündelt übernimmt „poolt" und für diese ausführt.

664 Vgl. dazu weiterführend: *Salje*, in: Bartsch/Röhling/ders./Scholz, Stromwirtschaft, § 70, Rn. 20ff.

665 *VkU*, Stadtwerke der Zukunft II, Kooperationen, S. 7.

666 *Moraing*, Neue Kooperationsstrategien der Stadtwerke, in: Burgi, Energiepartnerschaften zwischen privaten Versorgungsunternehmen, Stadtwerken und Kommunen, S.124.

667 *Moraing*, Neue Kooperationsstrategien der Stadtwerke, in: Burgi, Energiepartnerschaften zwischen privaten Versorgungsunternehmen, Stadtwerken und Kommunen, S.124.

668 *VkU*, Stadtwerke der Zukunft II, Kooperationen, S. 7.

669 *VkU*, Stadtwerke der Zukunft II, Kooperationen, S. 7.

670 Vgl. *Sander*, Kooperationen in der Energiewirtschaft, S. 33.

671 *VkU*, Stadtwerke der Zukunft II, Kooperationen, S. 10; *Sander*, Kooperationen in der Energiewirtschaft, S. 43.

672 Vgl. *VkU*, Stadtwerke der Zukunft II, Kooperationen, S. 11.

673 *Sander*, Kooperationen in der Energiewirtschaft, S. 27

schaftslehre diverse Modelle entwickelt, um die Vereinbarkeit von Kooperationsarten mit dem eigenen Unternehmensaufbau zu prüfen.[674] Aus rechtlicher Sicht lässt sich in Bezug auf die Art der Kooperation zusammenfassend feststellen, dass für die weitere Untersuchung vornehmlich die gesellschaftsrechtlichen Kooperationen in Form von Mehrheits- und Minderheitsbeteiligungen sowohl auf vertikaler als auch auf horizontaler Ebene, Fusionen und die Gründung von Joint Ventures entscheidend sind.

f) Vor- und Nachteile für Stadtwerke durch Kooperationen

Im Bereich der horizontalen Kooperation schlagen sich die oben genannten Motive weitestgehend deckungsgleich auch mit den Vorteilen von Kooperationen nieder. Gerade im Bereich der Energieerzeugung kann eine Kooperation mit anderen Stadtwerken zudem die Selbstständigkeit kommunaler Versorger bewahren. Der von *Budäus* angeführte Vergleich zu der Abhängigkeit von Stadtwerken ohne Erzeugungskapazität von der Absatz- und Preispolitik der großen Erzeuger zu der von Tankstellenbetreibern ist nicht von der Hand zu weisen.[675]

Ein Nachteil jeder Kooperation ist der Verlust der alleinigen Entscheidungsfreiheit sowie die Erschwerung des Entscheidungsfindungsprozesses durch die Erhöhung der involvierten Entscheidungsträger und damit der Steigerung von Partikularinteressen. Bei überregionalen Kooperationen mit einer Vielzahl an Teilnehmern kann zudem der regionale Bezug verloren gehen. Der Verkauf von Gesellschaftsanteilen hat für Kommunen jedoch den Vorteil der kurzfristigen Realisierung von finanziellen Mitteln für Lücken im kommunalen Haushalt.

Bei vertikalen Kooperationen eröffnen sich aufgrund der Unterschiedlichkeit der Kooperationspartner weitere potentielle Konfliktfelder. Diese entstehenden Zielkonflikte zwischen den vornehmlich an Rendite ausgerichteten neuen Gesellschaftern und den (zumindest originär) kommunal orientierten Stadtwerken wurden in der Vielzahl unterschätzt.[676] Ein Verbund mit einem großen national und international agierenden Konzern hat den entscheidenden Nachteil, dass sich lokale Interessen und Ziele gegen überregionale Interessen und Renditeerwartungen des Verbundunternehmens durchsetzen müssen.[677] Hierbei ist beispielsweise fraglich, ob die Unterhaltung der lokalen Infrastruktur und deren Ausbau den

---

[674] Siehe hierzu: *Gerybadze*, in: Zentes/Soboda/Morschett, Kooperationen, Allianzen und Netzwerke, S. 467ff.

[675] *Budäus*, Wettbewerbs- und Kooperationsstrategien von Stadtwerken, in: Schöneich, Festschrift für Gerhard Widder, S. 142.

[676] *Bühring*, Kooperationen und Beteiligungen als eine Antwort auf den Liberalisierungsprozess II, in: Schöneich, Festschrift für Gerhard Widder, S. 322.

[677] Zum Beispiel der Stadtwerke Leipzig gegenüber RWE als Minderheitsgesellschafter: *Damm*, Vor- und Nachteile von privaten Gesellschaftern bei kommunalen Stadtwerken, in: Bohne/Jansen, Strategien von Stadtwerken im liberalisierten Strommarkt, S.61.

Zielvorstellungen des überregionalen Partners entsprechen.[678] Es entsteht die Gefahr einer gewissen Entregionalisierung, die sich auch in Hinblick auf die Einflussnahme und Steuerung durch die Gemeinde als problematisch darstellt.[679] Die lokale Verwurzelung der Stadtwerke ist aber nicht nur rechtlich geboten, sondern auch aus Marketinggesichtspunkten gewachsener Kern jeden Stadtwerks.[680] Neben der Schaffung von Arbeitsplätzen in den Stadtwerken selbst, werden zudem örtliche Infrastrukturaufträge häufig an lokale Unternehmen vergeben.[681] Ohne Beteiligungen privater Gesellschafter sind außerdem regelmäßige Gewinnausschüttungen zur Sanierung der maroden Kommunalhaushalte und klimapolitische Steuerungen leichter umsetzbar.[682] Des Weiteren hat ein Minderheitsgesellschafter kein Interesse an dem meist defizitären ÖPNV der Stadt. Der Energiebereich wird daher aus einem vormals gemeinsamen kommunalen Querverbund herausgelöst und ein neues Energieunternehmen gegründet, an dem sich der Minderheitsgesellschafter dann beteiligt.[683] In einer steuerlichen Gesamtbetrachtung stellt dies einen Verlust für die Kommune dar.

Doch trotz der aufgezeigten Auswahl an negativen Effekten wurden und werden Stadtwerksanteile verkauft. Zu den oben bereits genannten Motiven der Stadtwerke, die sich konsequenterweise mit den Vorteilen decken, generiert sich der Vorteil, dass das wirtschaftliche Risiko nicht mehr alleine durch die Kommune getragen wird und die Einflüsse des Kapitalgebers in die Betriebsführung – variierend nach Anteilshöhe und Verlässlichkeit des Partners – vergleichsweise gering sind.[684] Ferner können Liquiditäts- und Ressourcenengpässe durch einen finanziell starken Partner bei Investitionen und Innovationen überwunden werden.

2) Gesellschaftsformen von Kooperationen

Interkommunale Kooperation ist sowohl in privatrechtlichen als auch öffentlich-rechtlichen Gesellschaftsformen möglich.[685]

---

[678] *Bühring*, Kooperationen und Beteiligungen als eine Antwort auf den Liberalisierungsprozess II, in: Schöneich, Festschrift für Gerhard Widder, S. 324.

[679] *Budäus*, Wettbewerbs- und Kooperationsstrategien von Stadtwerken, in: Schöneich, Festschrift für Gerhard Widder, S. 142.

[680] Siehe dazu *Hoffmann/Albrecht*, NVwZ 2013, S. 894 (899).

[681] *Bühring*, Kooperationen und Beteiligungen als eine Antwort auf den Liberalisierungsprozess II, in: Schöneich, Festschrift für Gerhard Widder, S. 324.

[682] *Damm*, Vor- und Nachteile von privaten Gesellschaftern bei kommunalen Stadtwerken, in: Bohne/Jansen, Strategien von Stadtwerken im liberalisierten Strommarkt, S. 63.

[683] *Sander*, Kooperationen in der Energiewirtschaft, S. 28.

[684] *Damm*, Vor- und Nachteile von privaten Gesellschaftern bei kommunalen Stadtwerken, in: Bohne/Jansen, Strategien von Stadtwerken im liberalisierten Strommarkt, S.63.

[685] Vgl. § 1 Abs. 2 NKomZG, § 1 Abs. 3 GkG NRW; Art. 1 Abs. 1 S. 3 Bay. KommZG.

a) Öffentlich-Rechtliche Ausgestaltung

Für die interkommunale Zusammenarbeit bieten sich mit dem Zweckverband, der Zweckvereinbarung und der gemeinsamen kommunalen Anstalt im Wesentlichen[686] drei Formen der öffentlich-rechtlichen Zusammenarbeit an. Die öffentlich-rechtliche Kooperation ist in den jeweiligen Kommunalverfassungsgesetzen und Gesetzen über die kommunale Zusammenarbeit der Länder geregelt. Im Bereich der Energieversorgung sind diese öffentlich-rechtlichen Kooperationen jedoch nur sehr selten vorhanden.[687] Der Schwerpunkt der Untersuchung liegt daher nach einem kursorischen Überblick über die öffentlich-rechtlichen Möglichkeiten auf den privatrechtlichen Gesellschaftsformen.

aa) Zweckverband

Der Zweckverband ist eine Körperschaft öffentlichen Rechts (vgl. § 8 Abs. 1 S.1 NKomZG), deren genaue Ausgestaltung sich nach den jeweiligen Landesgesetzen über die kommunale Zusammenarbeit und die jeweilige Verbandssatzung bemisst.[688] Es handelt sich um einen Zusammenschluss von kommunalen Gebietskörperschaften, deren Zielsetzung sich in der gemeinsamen Erledigung von öffentlichen Aufgaben wiederspiegelt (vgl. § 7 Abs. 1 S. 1 NKomZG). An Organen bedient sich der Zweckverband der Verbandsversammlung als Hauptorgan und des Verbandsvorstehers (Verbandsgeschäftsführer) als leitendem Organ (vgl. § 9 NKomZG). Der Zweckverband bekommt die gemeinsam zu erfüllenden Aufgaben von den Mitgliedern übertragen und wird somit eigenständiger Aufgabenträger und kann die daraus erwachsenden Rechte und Pflichten auch und gerade gegen seine eigenen Mitglieder durchsetzen.[689] Ferner genießt er Satzungsautonomie und hat die Personalhoheit über seine Mitarbeiter.[690]

Für den Zweckverband ist ab einer bestimmten Größe die Einrichtung eines Werksausschusses zwingend, ebenso ist die Bestellung des Verbandsvorstehers aus dem Kreis der Hauptverwaltungsbeamten der Verbandsmitglieder vorzunehmen.[691] Bei der Gründung eines Zweckverbandes sind eine Vielzahl von Genehmigungs- und Gründungsschritten zu beachten.[692] Der Zweckverband stellt sich daher gerade gegenüber der GmbH als die weniger flexible und damit auch für

---

[686] Zu den weiteren möglichen Zusammenschlüssen: *Müller*, Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht, S. 25 ff.

[687] In Niedersachsen waren im Jahr 2001 beispielsweise nur zwei Zweckverbände von 135 Verbänden im Bereich der Energieversorgung tätig; *Weidemann*, in: Franke/Weidemann, NKomZG, Einführung, Rn. 10

[688] *Schmidt*, Kommunale Kooperation, S. 27, 105 ff, 206 ff.; *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 115.

[689] *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, Rn. 367f.; *Hellermann*, in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 7, Rn. 156f.

[690] *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, Rn. 367f.

[691] *Ehlers*, DVBl. 1997, S. 137 (140); *Hellermann*, in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 7, Rn. 150f.

[692] *Pitschas/Schoppa*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 43 Rn. 85.

Kapitalgeber weniger attraktive Rechtsform dar.[693] Wohl auch aufgrund dieser geringen Flexibilität wird der Zweckverband für die interkommunale Zusammenarbeit im Bereich der Energieversorgung kaum errichtet.

bb) Zweckvereinbarung

Gemäß § 5 Abs. 1 NKomZG[694] können Kommunen durch Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages vereinbaren, dass eine der beteiligten Kommunen einzelne Aufgaben der anderen beteiligten Kommunen übernimmt oder für diese durchführt (Zweckvereinbarung). Im Unterschied zum Zweckverband wird durch eine solche Vereinbarung kein neuer eigenständiger Rechtsträger geschaffen.[695] Da jedoch auch hier gesetzliche Zuständigkeiten zumindest partiell umverteilt werden und diese Umverteilung eine Außenwirkung erzielt, wird die Vereinbarung als genehmigungsbedürftiger Rechtssetzungsakt qualifiziert.[696] Die Vereinbarung ist daher durch die jeweiligen Kommunalgremien schriftlich zu schließen und von der Kommunalaufsicht zu genehmigen.[697] Sie kann derart gestaltet sein, dass entweder eine Kommune die Kompetenz der übertragenden Kommune qua Vereinbarung übernimmt oder eine Kommune sich durch die Vereinbarung verpflichtet den anderen beteiligten Kommunen die Mitbenutzung der von ihr betriebenen Einrichtung zu gestatten oder die Kommunen sich zu einer gemeinsamen Erledigung der Aufgabe verpflichten.[698] Ebenso wie beim Zweckverband, können sich auch juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts an Zweckvereinbarungen beteiligen.[699]

cc) Gemeinsame kommunale Anstalt

Kommunen können eine gemeinsame kommunale Anstalt gründen oder sich an einer bestehenden als weiterer Träger beteiligen.[700] Zu der „herkömmlichen" kommunalen Anstalt ergeben sich bei der gemeinsamen kommunalen Anstalt bis auf die unterschiedlichen Trägergemeinden keine nennenswerten Unterschiede.

---

[693] *Ehlers*, DVBl. 1997, S. 137 (140); *Wurzel/Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. K, Rn. 26; *Hellermann*, in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 7, Rn. 149; a.A. *Schmidt*, Kommunale Kooperation, S.134 ff.; *Unruh*, DÖV 1997, S. 651 ff.

[694] Vgl. auch Art. 7 Bay.KommZG; § 23 GkGNRW.

[695] *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, S. 603; *Hellermann*, in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 7, Rn. 142 f.

[696] *Müller*, Interkommunale Kooperation und Vergaberecht, S. 17; *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, S. 602.

[697] *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, S. 602.

[698] *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, Rn. 358; *Müller*, Interkommunale Kooperation und Vergaberecht, S. 18; *Schmidt*, Kommunale Kooperation, S. 26.

[699] Vgl. §§ 5 Abs. 2, 7 Abs. 3 NKomZG.

[700] § 3 NKomZG.

b) Privatrechtliche Kooperationsformen

Im Gegensatz zu den öffentlich-rechtlichen Kooperationsformen können die privatrechtlichen Ausprägungen sowohl von den Kommunen als auch von den Stadtwerken (mit Zustimmung der Trägergemeinde) gegründet werden.

Als privatrechtliche Kooperationsformen bieten sich alle schon unter Punkt C) III) genannten Rechtsformen an. Sowohl eine GmbH (& Co. KG) als auch eine AG (in Holding- und Konzernstrukturen) stellen taugliche Gesellschaftsformen für eine interkommunale Kooperation dar. An dieser Stelle soll ergänzend auf einige Besonderheiten der Kooperation bzw. Beteiligung bei privatrechtlichen Unternehmen eingegangen werden.

aa) Gemischt-wirtschaftliche Unternehmen

Bei gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen, an denen sowohl öffentlich-rechtliche als auch private Anteilseigner beteiligt sind, werden aufgrund der Zwitterstellung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht einige Rechtsfragen aufgeworfen. Die vormals umstrittene Frage der Grundrechtsbindung gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen ist durch die „Fraport-Entscheidung" des Bundesverfassungsgerichts[701] nunmehr abschließend geklärt: Unternehmen, auf die die öffentliche Hand einen beherrschenden Einfluss ausübt, unterliegen der Grundrechtsbindung.[702] Aufgrund der bereits angesprochenen kommunalrechtlichen Ingerenzpflichten wird dieser beherrschende Einfluss bei der Mehrzahl der Unternehmen mit kommunaler Beteiligung angenommen werden können und somit auch eine Grundrechtsbindung. Eine weitere Problematik gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen eröffnet sich im Vergaberecht bei sogenannten „In-House-Geschäften". Hierbei stellt sich die Frage, ob ein gemischt-wirtschaftliches Unternehmen eine vom Hoheitsträger getrennte Person darstellt, die unter das Vergaberecht fällt oder ob es ihm zugerechnet wird.[703] Grundsätzlich richtet sich die Möglichkeit einer Auftragsvergabe an einen personenverschiedenen öffentlichen Auftragnehmer nach den Kriterien der Teckal-Rechtsprechung des EuGH, wonach (1) die beauftragende Gebietskörperschaft über die Auftrag nehmende Person die Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen ausüben können muss und (2) die Verrichtung der Tätigkeit dieser Person im Wesentliche für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaft, die ihre Anteile innehat vorgenommen werden muss.[704] Seit dem EuGH-Urteil „Stadt Halle" werden gemischt-wirtschaftliche Unternehmen auch mit noch so kleiner privater Beteiligung als nicht mehr unter der Kontrolle des öffentlichen Auftraggebers angesehen und damit, das erste Kriterium der Teckal-Rechtsprechung verneinend, als nicht mehr

[701] BVerfGE 128, 226.
[702] BVerfGE 128, 226, 1. Leitsatz.
[703] Vgl. *Pitschas/Schoppa*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd. 2, § 43 Rn. 43f.; *Leder*, DÖV 2008, S. 173 (177).
[704] EuGH, Urteil, vom 18.11.1999, Rs. C 107/98 (Teckal), Slg. 1999, I-8121.

In-House-fähig klassifiziert.[705] So kommt es bei gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen auch *nicht mehr* auf die bis dato gültige Beteiligungsschwelle von 10% und das zweite Kriterium der Aufgabenerfüllung „im Wesentlichen für die eigene Gebietskörperschaft" an.[706] Das größte Problem gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen zeigt sich jedoch bei den Einwirkungsmöglichkeiten kommunaler Mandatsträger, was ob seines herausragenden Stellenwertes unter Punkt F) V) 2) noch einmal vertiefend aufgenommen wird.

bb) Public Private Partnership

Das quantitative Wachstum der kommunalen Unternehmen und die vielgestaltigen Beteiligungen bedürfen zuweilen, aufgrund der angespannten Haushaltslage vieler Kommunen, einer Finanzierung durch externe Geldgeber. Hierbei kommen klassischerweise zunächst Kreditinstitute in Betracht. Den Kommunen steht allerdings auch die Möglichkeit offen mit privaten Unternehmen zusammenzuarbeiten. Dies gibt ihnen nicht nur die Möglichkeit finanzielle Mittel zu akquirieren, sondern darüber hinaus die Aussicht sich die Expertise sowie die Arbeitskraft dieser Unternehmen nutzbar zu machen.[707]

Die Form der Zusammenarbeit zwischen Öffentlichen und Privaten wird als Public Private Partnership bezeichnet (PPP). Dabei ist die PPP oder ÖPP[708] kein klar definierter Rechtsbegriff an den sich klare Voraussetzungen und Rechtsfolgen knüpfen lassen.[709] Er wird bisher als Sammelbegriff für die unterschiedlichen Kooperationen von Hoheitsträgern mit privaten Wirtschaftsunternehmen verwendet.[710] Verallgemeinerungsfähige Kennzeichen sind eine langfristig, vertraglich geregelte Zusammenarbeit zwischen Hoheitsträger und privatem Wirtschaftssubjekt zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben.[711]

Die PPP tritt in unterschiedlichen Formen auf, ist aber meist der funktionellen Privatisierung zuzuordnen.[712] Sie kann als Erwerber-, Leasing-, Miet-, Inhaber-, Contracting-, Gesellschafts- oder Konzessionsmodell verwandt werden.[713] Dabei

---

[705] EuGH, Urteil vom 11.01.2005, Rs. C- 26/03, Slg. 2005, I – 1 Rn. 50ff.

[706] EuGH, Urteil vom 11.01.2005, Rs. C- 26/03, Slg. 2005, I – 1 Rn. 50ff; EuGH, Urteil vom 19.04.2007, Rs. C- 295/05, Slg. 2007, I-2999 Rn. 63; *Storbeck*, Grenzüberschreitende kommunale Zusammenarbeit, S. 292.

[707] *Schliesky*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd. 2, § 47 Rn. 5; *Fleckenstein*, DVBl. 2006, S. 75 (76).

[708] Deutsch: „Öffentlich Private Partnerschaft".

[709] *Mann*, in: Spannowsky, Festschrift für Günter Püttner, S. 110; *Ziekow/Windoffer*, Public Private Partnership, S. 25; *Schliesky*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 47 Rn. 6

[710] *Winterhoff*, Die rechtlichen Möglichkeiten und Grenzen der Public Private Partnership im Strafvollzug, in: Grote u.a., Festschrift für Christian Starck, S. 463; *Alfen/Fischer*, in: Weber/Schäfer/Hausmann, Handbuch Public Private Partnership, S. 3.

[711] *Alfen/Fischer*, in: Weber/Schäfer/Hausmann, Praxishandbuch Public Private Partnership, S. 3; *Mann*, in: Spannowsky, Festschrift für Günter Püttner, S. 110 m.w.N.

[712] *Tettinger*, NWVBl. 2005, S. 1 (2).

[713] *Schliesky*, in: Mann/Püttner, HKWP Bd. 2, § 47, Rn. 7f.; *Tettinger*, NWVBl. 2005, S. 1 (3); *Mann*, in: Spannowsky, Festschrift für Günter Püttner, S. 122; *Bonk*, DVBl. 2004, S. 141 (144).

teilen sich die Partner je nach individuellem Modell die Teilleistungen des Projektlebenszyklus wie Planung, Finanzierung, Bau oder Betrieb und insbesondere das damit verbundene Risiko.[714] Bei einer Zusammenarbeit in Form der PPP ist wie bei jeder Kooperation von Privaten und Kommunen der Einfluss der Gemeinde in angemessenem Umfang zur ihrem Risiko sicherzustellen.[715] Im Vorhinein müssen zudem gemäß der Bestimmungen einiger Gemeindeordnungen Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen hinsichtlich des Erfolges der Zusammenarbeit oder der gänzlichen Aufgabenübertragung an Private angestellt werden.[716]

Auch die Energieversorgung als Teilbereich der staatlichen Daseinsvorsorge stellt eine öffentliche Aufgabe dar, die bereits in Form von PPP wahrgenommen wird.[717] Wobei hierbei zu bedenken ist, dass zwar die Sicherstellung der Energieversorgung eine staatliche Aufgabe ist, die Kommunen jedoch nicht die staatliche Pflichtaufgabe haben dies selbst durchzuführen, weswegen PPP an dieser Stelle als Kooperationsmöglichkeit nur eine untergeordnete Rolle spielt.

c) Kommunales Beteiligungsmanagement

In diesem Kapitel wurde bisher aufgezeigt, dass horizontale sowie vertikale Verflechtungen und Beteiligungen den Regelfall im Bereich der kommunalen Energiewirtschaft darstellen. Die Beteiligung an bzw. die Gründung von privatrechtlichen Unternehmen bedeutet immer auch eine Ausgliederung aus der originären Kommunalverwaltung und eine Entfernung von der dortigen Verwaltungssteuerung.[718] Daraus entsteht ein Spannungsverhältnis zwischen der privatrechtlichen Verselbstständigung von Aufgaben und der Kontrolle und Steuerung durch die öffentliche Hand.[719] Das kommunale Beteiligungsmanagement soll genau diese Kontrolle und damit die öffentliche Zweckbindung gewährleisten.[720] Zu dessen Sicherstellung bedient sich das Beteiligungsmanagement der Mittel der Überwachung, Steuerung und Abstimmung der kommunalen Ziele mit den Unternehmensleitungen, sowie der Koordinierung aller Unternehmen, an denen die Kommunen beteiligt sind.[721] Die Bedeutung des Beteiligungsmanagements ist dabei unter anderem wegen der Zunahme der Kooperation mit strategischen Partnern und dem damit einhergehenden Kontrollverlust, der Einführung des Gesetzes zur

---

[714] *Alfen/Fischer*, in: Weber/Schäfer/Hausmann, Praxishandbuch Public Private Partnership, S. 4.

[715] Vgl. *Ziekow/Windoffer*, NZBau 2005, S. 665 (669).

[716] Art. 61 Abs. 2 Bay. GO; § 100 Abs. 3 GO BW; vgl. *Schliesky*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 47 Rn. 20.

[717] Vgl. *Ziekow/Windoffer*, NZBau 2005; S. 665 (665); *Schliesky*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd. 2, § 47 Rn. 6.

[718] Vgl. *Schwarting*, BFuP 2004, S. 342 (343); *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 90 f.

[719] *Ade*, in: Ade, Kommunales Beteiligungsmanagement, S. 93; *Huffmann*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd. 2, § 51 Rn.4.

[720] *Huffmann*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 51 Rn. 7; *Weiblen*, in: Fabry/Augsten, Unternehmen der öffentlichen Hand, Teil 8, Rn. 16 f.; *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 251 f.

[721] *Ade*, in: Ade, Kommunales Beteiligungsmanagement, S. 27; *Hille*, Grundlagen des kommunalen Beteiligungsmanagements, S. 6 f.

Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich[722] sowie der Einführung der Doppik, die eine konzernweite Bilanzlegung ermöglicht, in den letzten Jahren stets gestiegen.[723]

Die rechtliche Ausgestaltung bzw. Verpflichtung zur Einrichtung des Beteiligungsmanagements wird in den Bundesländern unterschiedlich geregelt. Einige Gemeindeordnungen schreiben eine eigens eingerichtete Verwaltungsstelle vor,[724] andere verordnen der Kommunalverwaltung nur einen Aufgabenkatalog zur Konkretisierung der kommunalrechtlichen Ingerenzpflicht,[725] wieder andere setzen auf eine stärkere Einbindung des Rates.[726] Die Frage, wie diesen Pflichten und Zielen beigekommen wird, liegt dabei in der Organisationshoheit der Kommune.[727] Eine standardisierte Organisationsform gibt es nicht; vielmehr ist die konkrete Ausgestaltung von der Quantität des Beteiligungsportfolios und der bereits vorhandenen Verwaltungsstruktur abhängig.[728] Hierbei sind in der Praxis sowohl verwaltungsinterne zentrale und dezentrale Lösungen, als auch eigens gegründete Beteiligungsmanagementgesellschaften geschaffen worden.[729]

Für eine grobe Gesamtschau lässt sich das Beteiligungsmanagement in die Beteiligungsverwaltung, das Controlling, das Berichtswesen und die Betreuung der Vertreter in den Organen der Beteiligungsunternehmen gliedern.[730] Die Beteiligungsverwaltung hat die Aufgabe die Informationen und wichtige Unterlagen der Unternehmensbeteiligungen zu erfassen, zu ordnen und zu dokumentieren, Fristen zu überwachen, Grundsätze und Leitlinien der Beteiligungspolitik festzulegen, den Beteiligungsbericht zu erstellen und Gesellschafts- und Ratsbeschlüsse vorzubereiten.[731] Sie ist „die Abteilung oder Einheit, die die Verwaltungsleitung und die Entscheidungsträger/innen in ihrer Steuerungsverantwortung unterstützt und eine Überwachung und Unterstützung der Beteiligungen unter den einheitlichen fachlichen, wirtschaftlichen und organisatorischen Gesichtspunkten sichert. Inhaltliche Aufgabe der Beteiligungsverwaltung sind das strategische und operative Beteili-

---

722 Gesetzes zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich vom 27.04.1998, BGBl. I S. 786.

723 Vgl. *Schwarting*, BFuP 2004, S.342 (343).

724 § 118 Abs. 5 GO-LSA.

725 Bspw. § 150 NKomVG; § 91 GO Rh.-Pf., in dem explizit mittelbare Beteiligungen an Unternehmen in Privatrechtsform geregelt sind.

726 Vgl. §§ 112 Abs. 2, 113 Abs.2 GO NRW.

727 *Huffmann*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 51 Rn. 23; *Hille*, Grundlagen des kommunalen Beteiligungsmanagements, S. 108.

728 Vgl. *Schwarting*, BFuP 2004, S.342 (349); *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 251 f.

729 Diese teilweise wiederrum in Form von privatrechtlichen Gesellschaften; *Huffmann*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd. 2, § 51 Rn. 114f.; *Schwarting*, BFuP 2004, S. 342 (350); *Weiblen*, in: Fabry/Augsten, Unternehmen der öffentlichen Hand, Teil 8, Rn. 4ff.

730 Vgl. *Ade*, in: Ade, Kommunales Beteiligungsmanagement, S. 27ff.; *Huffmann*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 51 Rn. 10ff.; *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 251 f.

731 *Ade*, in: Ade, Kommunales Beteiligungsmanagement, S. 27; *Huffmann*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2 § 51 Rn. 64.

gungscontrolling und die Mandatsbetreuung".[732] Als Instrumente stehen der Beteiligungsverwaltung unter anderem die zentrale Katenverwaltung, die Beteiligungsrichtlinien als Leitfaden sowie die Bilanzpolitik durch die Ausgabe von Bilanzierungszielen zur Verfügung.[733]

Das Controlling weist erhebliche Ähnlichkeit zu dem eines privaten Unternehmens auf. Dafür lassen sich die Aufgabenbereiche in das strategische Controlling, welches die kommunalpolitischen Ziele festsetzt und das operative Controlling, das die täglichen betriebswirtschaftlichen Aufgaben umsetzt, aufteilen.[734]

Die Beteiligungspolitik der Kommune ist maßgeblich für die Entscheidung über die tatsächliche Beteiligungsstruktur.[735] Die Wahl der Rechtsform, die Höhe der Beteiligung und die Gestaltung des Einflusses auf die Geschäftsführung der Unternehmen sind dabei für die Steuerungsfähigkeit der Beteiligungen ausschlaggebend. Hierbei ist gerade bei der Rechtsformwahl sicherzustellen, dass mit dieser Rechtsform die von der Kommune ausgearbeiteten Leitlinien zur Beteiligungspolitik auch umsetzbar sind.[736] Eine Unterscheidung, ob es sich bei den zu koordinierenden Unternehmen um öffentlich-rechtliche Gesellschaftsformen handelt oder diese privatrechtlich ausgestaltet sind, ist dabei wenig zweckmäßig, so dass auch öffentlich-rechtliche Gesellschaften einbezogen werden (sollten).[737]

Eine weitere wichtige Aufgabe des Beteiligungsmanagements stellt die Auswahl und die Betreuung der kommunalen Vertreter in den Kontrollorganen der Unternehmen dar. Die Entsendung der kommunalen Vertreter in die Überwachungs- und Entscheidungsorgane der privatrechtlich organisierten Unternehmen offeriert das wirkungsvollste Instrument für die Erreichung der genannten Ziele. Um den „angemessenen" Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen ausüben zu können, wird neben der Einflussnahme in der Gesellschafterversammlung zusätzlich auch bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung ein Aufsichtsrat errichtet und die kommunalpolitischen Zielsetzungen in den Gesellschafsverträgen verankert.[738] Bei der Entsendung kommunaler Aufsichtsratsmitglieder ist jedoch umstritten, ob das kommunale Aufsichtsratsmitglied weisungsgebunden ist und der Verschwiegenheitspflicht unterliegt.[739] Nach hier vertretener Ansicht ist eine solche Annahme abzulehnen. Einer Weisungsgebundenheit kommunaler

---

[732] *Deutscher Städtetag*, Städtische Wirtschaft – Hinweise für die Steuerung und Kontrolle städtischer Beteiligungen; *Schwarting*, BFuP 2004, S. 342 (345).

[733] *Weiblen*, in: Fabry/Augsten, Unternehmen der öffentlichen Hand, Teil 8, Rn. 60ff.; *Huffmann*, in: HKWP, Bd.2, § 51 Rn. 93 ff.

[734] *Deutscher Städtetag*, Städtische Wirtschaft – Hinweise für die Steuerung und Kontrolle städtischer Beteiligungen, S. 8; Kritisch zu dieser Unterscheidung: *Schwarting*, BFuP 2004, S. 342 (345).

[735] *Ade*, in: Ade, Kommunales Beteiligungsmanagement, S. 28.

[736] *Huffmann*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 51 Rn. 68.

[737] *Schwarting*, BFuP 2004, S. 342 (352).

[738] *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 183 ff; *Becker*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. D, Rn. 387.

[739] Ausführlich dazu *Mann*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd. 2, § 46 Rn. 32 ff.; *Brenner*, AöR 127 (2002), S. 222 (240 ff.); a.A: *Keßler*, GmbHR 2000, S.71 (77).

Aufsichtsratsmitglieder kann aufgrund gesellschaftsrechtlich entgegenstehender Normen nicht zugestimmt werden. Ein imperatives Mandat ist weder aus aktienrechtlicher Sicht, noch bei obligatorischen Aufsichtsräten nach dem GmbHG zulässig, da Aufsichtsratsmitglieder allein dem Unternehmensinteresse verpflichtet sind.[740] Die Unabhängigkeit der Aufsichtsräte und die Verpflichtung zum Gesellschaftswohl sind in Rechtsprechung und Literatur anerkannt.[741] Auch bei Kommunen kann hier aufgrund des zu beachtenden Gesellschaftsrechts nichts anderes gelten. Der Ableitung eines „Verwaltungsgesellschaftsrechts" aus der Überlegung einer verfassungskonformen Auslegung des Gesellschaftsrechts, kann nicht gefolgt werden, da eine solche Auslegung weder rechtlichen Halt findet noch notwendig erscheint.[742] Ein derartiges „Rosinenpicken" der Gemeinden, die versuchen die Vorteile der privatrechtlichen Gesellschaftsformen mit den verfassungsrechtlichen Einwirkungspflichten zu vereinbaren, ist kein hinreichender Grund das Gesellschaftsrecht durch Verfassungserwägungen zu überlagern und kann daher auch nicht durch einen Verweis auf höherrangige Verfassungsdirektiven im Bereich der kommunalen Unternehmen konstruiert werden. Nicht ohne Grund steht den Kommunen ein System öffentlich-rechtlicher Gesellschaftsformen[743] mit einem austarierten Pflichten- und Möglichkeitenkatalog zur Verfügung, deren Erweiterung durch die „einfache" Lösung[744] einer Adaption der privaten Gesellschaftsformen an die öffentlich-rechtlichen Bedürfnisse zu versagen ist. Eine verfassungsmäßige Auslegung des Gesellschaftsrechts scheitert nach hier vertretener Ansicht daher bereits an einer Regelungslücke, da den Kommunen andere Möglichkeiten zur Verfügung stehen und diese Konstellation dem Gesetzgeber seit Anfang an bekannt ist und er sich für ein System der Einwirkungs- und Informationsrechte in Form der jeweiligen kommunalverfassungsrechtlichen Regelungen entschieden hat, dem Folge zu leisten ist.[745] Eine Weisungsabhängigkeit kommunaler Aufsichtsratsmitglieder ist höchstens bei einem fakultativen Aufsichtsrat

---

[740] Vgl. allgemein Präambel Deutscher Corporate Governance Kodex; *Müller*, in Beck'sches Handbuch der GmbH, § 6, Rn. 33; differenzierend *Becker*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. D, Rn. 389 und *Mann*, in: Gedächtnisschrift Tettinger, S. 295 (306 ff.) bei fakultativen Aufsichtsräten, ausgehend von der Dispositionsmöglichkeit des § 52 Abs. 1 GmbHG von §§ 116 i.V.m. § 93 Abs. 1 und 2 AktG durch Gesellschaftsvertrag abzuweichen.

[741] OVG NRW NVwZ 2007, S, 609 ff.; *Oebbecke*, in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 9, Rn. 46.

[742] Hierzu ausführlich *Mann*, Die Verwaltung 35 (2002), S. 463 ff.

[743] Demgemäß haben einige Kommunalverfassungen öffentlich-rechtlichen Gesellschaftsformen auch einen gewissen Vorrang eingeräumt: vgl. § 69 Abs. 1 Nr. 2 KV M-V, § 148 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 NKomVG, § 102 Abs. 1 Nr. 1 GO S-H.

[744] Vgl. *Ossenbühl*, ZGR 1995, S. 504 (512f.).

[745] So zwar differenzierend aber im Ergebnis auch *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 281.

möglich und auch dann nur, wenn die Weisungsgebundenheit im Gesellschaftsvertrag verankert wurde.[746]

Schließlich ist den Kommunen[747], unabhängig von der Ausgestaltung des Beteiligungsmanagements gemein, dass sie einen jährlichen Beteiligungsbericht erstellen müssen, der die kapitalmäßigen mittelbaren und unmittelbaren Beteiligungen an Unternehmen in Privatrechtsform auflistet.[748] Der gesetzlich vorgeschriebene Umfang des Berichts variiert wiederum je nach Bundesland.[749]

Welche Form des Beteiligungsmanagements die Kommune einrichtet, steht ihr im Rahmen der landesrechtlichen Vorschriften - wie bereits erwähnt - offen. Eine institutionalisierte, zentrale Beteiligungsverwaltung bietet sicherlich den Vorteil, zentral alle relevanten Informationen der kommunalen Beteiligungen zusammenzuführen und auszuwerten.[750] Aber auch ihr sind Schwachstellen immanent. Zuvorderst ist auf das Problem der behördeninternen Hierarchie hinzuweisen, in deren Folge nachrangige Mitarbeiter der Beteiligungsverwaltung über vorgesetzte Personen die Aufsicht zu führen haben. Ebenfalls ist die Frage zu beantworten auf welche Zielvorgaben die Mitarbeiter die Beteiligungen zu prüfen haben, um nicht „Anwälte der Vorstellungen des jeweiligen Unternehmensmanagements" zu werden, sondern die Interessen der Kommunen zu wahren.[751] Auch wenn diese Problematik nicht kongruent ist, bieten sich aus dem Bereich der Privatwirtschaft der Bereich der Compliance durchaus als Feld an, aus welchem sich gesammelte Erfahrungen übertragen lassen.

3) Rechtliche Grenzen der Kooperation

a) Wettbewerbliche Beschränkungen: Fusionskontrolle

Kooperationen, Allianzen und Zusammenschlüsse bedeuten bei all den Vorteilen, die sich für die Unternehmen selbst ergeben, auch immer eine Reduktion der Anzahl unabhängiger Anbieter und damit eine Gefährdung des Wettbewerbs. Aus diesem Grund ist das Wettbewerbs- und Fusionskontrollrecht bei Kooperationen von besonderer Bedeutung. Das Kartellrecht hat dafür im Wesentlichen drei Kontrollinstrumente: Die Missbrauchsaufsicht, die bei der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens eingreift, das Kartellverbot und die Fusionskontrolle.[752] Adressaten der Missbrauchskontrolle in der Energiewirtschaft bleiben in erster

---

[746] *Pauly/Schüler*, DÖV 2012, S. 339 (342); *Held/Kotzea*, in: Held/Winkel/Wansleben, §108 GO NRW, Ziff. 7.1.

[747] Mit Ausnahme von Schleswig-Holstein.

[748] § 151 NKomVG; § 117 GO NRW; Art. 94 Abs. 3 Bay. GO; *Strobel*, DÖV 2004, S. 477 (477).

[749] *Strobel*, DÖV 2004, S. 477 (477).

[750] Siehe im Detail: *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 253.

[751] Vgl. *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 253.

[752] *Lange/Pries*, Einführung in das europäische und deutsche Kartellrecht, S. 19; *Bechtold*, in: Bechtold, Einführung GWB, Rn. 44 ff.

Linie E.ON und RWE (u. U. auch Vattenfall und EnBW).[753] Untersucht werden sollen in diesem Abschnitt die wettbewerbsrechtlichen Beschränkungen für kommunale Energiekooperationen und die für die Kommunen relevanten Aspekte der vertikalen Kooperation. Kartellverbote sind im Bezug zu kommunalen Kooperationen, ebenso wie die Missbrauchsaufsicht, dabei wenig betroffen[754], so dass der Schwerpunkt auf der Zusammenschlusskontrolle liegt.

aa) Besonderheiten des Energiesektors

Der fehlende Wettbewerb im Strom- und Gasbereich wurde über Jahrzehnte im Rahmen der sogenannten „Besonderheitenlehre" durch die „natürliche Monopole" gerechtfertigt und in §§ 103, 103 a GWB a. F.[755] kodifiziert.[756] Erst die europäisch initiierte Liberalisierungswelle ab 1998 brach diese Monopole auf und öffnete die Energiewirtschaft komplett für das Wettbewerbsrecht. Aufgrund dieser relativ späten Liberalisierung der europäischen wie nationalen Strommärkte, ist auch die Praxis des Wettbewerbsrechts und Rechts der Fusionskontrolle in diesem Bereich vergleichsweise neu.[757]

Zusätzlich zu dieser Entwicklung bietet der Energiesektor wettbewerbliche Besonderheiten aufgrund der physischen Beschaffenheit von Strom, die zumindest im Bereich der leitungsgebundenen Stromübertragung und Stromverteilung weiterhin Monopole entstehen lässt.[758] Die Leitungsgebundenheit des Stroms, welche der Stromlieferung zwischen Erzeuger und Verbraucher verschiedene Netze und damit Netzbetreiber dazwischenschaltet, führt dazu, dass dem Stromerzeuger oder Händler außer der Durchleitung des produzierten Stroms durch die vorhandene Infrastruktur keine alternative Liefermöglichkeit offen steht. Aufgrund der verschiedenen Netz- und Spannungsebenen entsteht eine lange Lieferkette, welche in der Konsequenz eine kosten- und damit preistreibende Wirkung entfaltet.[759] Auch um diese Kosten zu reduzieren, entstehen vertikal integrierte Unternehmen. Dabei kommt allerdings erschwerend hinzu, dass, aufgrund von der Bundesnetzagentur festgelegter Netzentgelte, der finanzielle Spielraum im Bereich der Netzwirtschaft stark eingeschränkt ist.[760]

---

[753] *BKartA*, Sektorenuntersuchung Stromerzeugung- und Großhandel, S. 5 ff.

[754] Siehe zu der Bereichsausnahme für kleine und mittlere Unternehmen vom Kartellverbot dazu umfassend *Dittrich*, Horizontale Rationalisierungskooperationen kleiner und mittelständischer Unternehmen, S. 194 ff.

[755] Siehe zuletzt §§ 103, 103a GWB in der Fassung vor der 6. Novelle des GWB vom 26.8.1998.

[756] *BKartA*, Sektorenuntersuchung Stromerzeugung- und Großhandel, S.3; *Gussone/Theobald*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 6, Rn. 7.

[757] *Schwintowski*, ZNER 2000, S. 93 (93); *Gussone/Theobald*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 6, Rn. 8.

[758] *Gussone/Theobald*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 6, Rn. 9f.

[759] *HSing*, Rechtliche Zulässigkeit und Handlungsvorhaben gemischt-wirtschaftliche Unternehmen mit kommunaler Beteiligung im Bereich der Energieversorgung, S. 216.

[760] Vgl. *Bruhn*, in: Danner/Theobald, Energierecht, Vorb. § 35 GWB, Rn. 31ff.

Die weitestgehend fehlenden Speichermöglichkeiten und die lediglich vereinzelte Verbindung der jeweiligen nationalen Stromnetze an Grenzkuppelstellen schränken zudem einen europaweiten Energiehandel ein.[761] Die fehlende (rentable) Speicherbarkeit von Strom geriert das Problem, dass sich nur die Menge an Strom einspeisen lässt, die auch tatsächlich verbraucht wird, so dass die Stromerzeugung nicht nach autonom gestalteten Produktionsplänen betrieben werden kann und Marktergebnis und Endkundenstufe durch das Verhalten der Erzeuger bestimmt werden.[762] Ferner handelt es sich bei Strom um ein homogenes Produkt, welches aufgrund gleichbleibender physischer Eigenschaften keine Innovationsmöglichkeiten und Dynamik hervorbringt und fast ausschließlich über den Preis in Wettbewerb tritt.[763] Strom wird betriebswirtschaftlich zudem als sogenanntes „Low-Interest-Produkt" angesehen, welches dem Verbraucher erst bei einem Ausfall auffällt und in der Konsequenz nur ein geringes Wechsel- und damit Wettbewerbspotential aufweist.[764]

Der Markt, auf dem ein nationaler oder europaweiter Wettbewerb stattfindet, ist im Bereich der Stromversorgung aufgrund der Netzstruktur und der vor der Liberalisierung gewachsenen Strukturen daher erst im Entstehen.[765] Das von der Kommission verabschiedete „Winterpaket" nimmt sich dieser Problematik als einem der vier Schwerpunkte an und forciert damit ein neues, europaweites Strommarktdesign.[766] Dieser grenzüberschreitende, europaweite Liberalisierungsprozess führt neben dem forcierten Wettbewerb (vorübergehend) zu einer Konzentration der Marktmacht bei einigen wenigen Wettbewerbern, welche ihre Wettbewerbsfähigkeit unter den verschärften Wettbewerbsbedingungen steigern müssen.[767] Trotz einiger Fortschritte hat die Diversifizierung des europäischen Energiebinnenmarktes daher gerade im Bereich der Stromerzeugung weiterhin ein großes Steigerungspotential.[768] Der deutsche Energieerzeugungsmarkt hat sich nach der Liberalisierung sogar verdichtet und entzerrt sich nun langsam im Zuge der Energiewende. E.ON, RWE, Vattenfall und EnBW hatten vor dem Atomausstieg 2011 immer noch über 80 % Anteil an der Stromerzeugung.[769] Auch wenn

---

[761] *BKartA*, Beschluss v. 15.06.2010 - B8-62/06, S. 26; *BKartA*, Beschluss v. 06.07.2009 – B8 – 96/08.

[762] *Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, S. 14;
BKartA, Sektorenuntersuchung Stromerzeugung- und Großhandel, S.3.

[763] *BKartA*, Beschluss v. 15.05.2010 - B8-62/06, S. 26; *Gussone/Theobald*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 6, Rn. 11.

[764] BT-Drs. 15/1510 vom 01.09.2003, Unterrichtung - Bericht über die energiewirtschaftlichen und wettbewerblichen Wirkungen der Verbändevereinbarungen (Monitoring-Bericht), S. 17.

[765] *Sanden*, EuZW 2004, S. 620 (623); *Gussone/Theobald*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 6, Rn. 274.

[766] Mitteilug der Europäischen Kommission, Saubere Energie für alle Europäer, 30.11.2016 KOM (2016) 860 edg.

[767] *Sanden*, EuZW 2004, S.620 (620).

[768] Kommission, KOM (2009) 115 edg. S. 2.

[769] *BKartA*, Sektorenuntersuchung Stromerzeugung- und Großhandel, S. 18.

jeder Anbieter für sich jeweils unter 40 % lag, so hatte jeder doch eine marktbeherrschende Stellung, weil der einzelne Anbieter unverzichtbar war, um die Gesamtnachfrage zu befriedigen.[770]

bb) Abgrenzung der Zuständigkeiten

Die Fusions- und Zusammenschlusskontrolle hat eine nationale und eine europäische Dimension. Die nationale Zusammenschlusskontrolle wird in den §§ 35 ff. GWB geregelt und wird durch das Bundeskartellamt durchgeführt. Soweit die Fusionskontrolle als Unternehmenszusammenschluss von gemeinschaftsweiter Bedeutung (Art. 1 u. 21 FKVO) unter die FKVO[771] fällt, unterliegt sie dem ausschließlichen Zuständigkeitsbereich der europäischen Kommission (§ 35 Abs. 3 GWB). Im Energierecht schließt sich die Besonderheit an, dass das EnWG eigene Kontrollen und Aufsichtsinstanzen vorsieht. Grundsätzlich bleiben die Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden durch das EnWG unberührt (vgl. § 111 Abs. 1 S. 2 EnWG). Allerdings ist hierbei zu differenzieren: Gemäß § 111 Abs. 2 EnWG i.V.m § 1 S. 2 StromNZV sind die §§ 19, 20, 29 GWB im Bereich der Regulierung des Netzbetriebes nicht anzuwenden. Im Bereich der Netzregulierung und der Netzentgelte (§ 111 Abs. 3 EnWG) sind die Regelungen des EnWG somit abschließend. Die Wertschöpfungsstufen Vertrieb und Erzeugung unterfallen hingegen (mit wenigen Ausnahmen) als „Wettbewerbsbereiche" der Zuständigkeit der Bundes- und Landeskartellbehörden.[772] Die Zusammenschlusskontrolle unterliegt damit den Kartellbehörden, wobei zwischen Kartellbehörden und Bundesnetzagentur diverse Abstimmungsmöglichkeiten und Pflichten vorgesehen sind (§ 58 EnWG).

Eine für die Zuständigkeit der Kommission erforderliche gemeinschaftsweite Bedeutung liegt vor, wenn die betroffenen Unternehmen oberhalb der Umsatzschwelle des Art. 1 Abs. 2 FKVO liegen. Die gemeinschaftsrechtliche Bedeutung wird daher rein quantitativ bestimmt.[773] Die Umsatzschwellen liegen bei entweder einem weltweiten Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen von mehr als 5 Mrd. EUR oder einem gemeinschaftsweiten Umsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen von jeweils mehr als 250 Mio. EUR. Dies gilt gemäß Art. 1 Abs. 2 S. 2 FKVO nicht, wenn die beteiligten Unternehmen jeweils mehr als zwei Drittel ihres Umsatzes in ein und demselben Mitgliedsstaat erzielen. Damit sollen alle strukturellen Veränderungen erfasst werden, deren Auswirkungen die Grenzen eines Mitgliedsstaates überschreiten und solche von der Kontrolle ausgeschlossen

[770] *BKartA*, Sektorenuntersuchung Stromerzeugung- und Großhandel, S. 96.ff.; *Gussone/Theobald*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 6, Rn. 131.

[771] Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („FKVO") Abl.EU L 24/1.

[772] Siehe dazu: *Kühling/Rasbach/Busch*, Energierecht, S.190 ff; *Schex*, in: Kment, § 111 EnWG, Rn.6.

[773] *Zenke/Neveling/Lokau*, Konzentration in der Energiewirtschaft, S.73.

werden, die rein inländische Transaktionen zum Gegenstand haben.[774] Bei Kooperationen kommunaler EVU ist die europäische Fusionskontrolle daher mit wenigen Ausnahmen von weitaus geringerer Bedeutung als die nationale[775], so dass sich in dieser Arbeit auf die nationale Zusammenschlusskontrolle beschränkt werden kann.

cc) Nationale Fusionskontrolle

Für den Anwendungsbereich der nationalen Fusionskontrolle müssen von den beteiligten Unternehmen die Umsatzschwellen des § 35 Abs. 1 Nrn. 1 u. 2 GWB überschritten sein und ein Zusammenschluss im Sinne des § 37 GWB vorliegen. Ferner sieht das GWB von diesen Tatbeständen Freistellungen vor.

(1) Aufgreifkriterien

(a) Erfassung öffentlicher Unternehmen?

Zunächst müssen die kommunalen Energieversorger von diesen Regelungen erfasst sein. Gemäß § 1 GWB werden von den kartellrechtlichen Vorschriften alle Unternehmen bzw. unternehmerischen Tätigkeiten umfasst, unter die gemäß § 130 Abs. 1 S. 1 GWB auch solche Unternehmen fallen, die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen. Hierbei ist jedoch zu unterscheiden, ob die Unternehmen ihre Leistungen in privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Form erbringen. Von privatrechtlichen Handlungen wird ausgegangen, wenn die Kommune mit ihren wirtschaftlichen Handlungen im Wettbewerb mit anderen Unternehmen tätig wird und keine öffentlich-rechtlichen Sonderregelungen eingreifen.[776] Dies gilt sogar, wenn die öffentlich-rechtliche Körperschaft selbst wirtschaftlich tätig wird.[777] Von den kartellrechtlichen Vorschriften sind mangels Ausnahmen im GWB auch Unternehmen der kommunalen Daseinsvorsorge betroffen.[778] Kommunale Energieversorger unterliegen daher unabhängig von ihrer Rechtsform dem deutschen Kartellrecht.

Hiergegen führte die Aschaffenburger Versorgungs-GmbH vor dem BKartA an, dass eine erfolgreiche wirtschaftliche Tätigkeit der Kommune erforderlich sei, um die kommunalen Finanzen zu stärken und die Gemeindeordnungen der Länder eine gleichberechtigte Teilnahme am Wettbewerb teilweise verhindern wür-

[774] Erwägungsgrund 8 zur FKVO; *Bechtholf/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 1 FKVO, Rn. 3; *Gussone/Theobald*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 6, Rn. 21.

[775] So auch *Säcker*, ZNER 2005, S. 170 (171); *Kreibich*, Kommunale Strom- und Gasverteilernetzbetreiber zwischen Entflechtungsgebot und Zusammenschlusskontrolle, S.272.

[776] BGH NJW 1989, S. 3010 (3011); *Naendrup*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Handbuch der kommunalen Praxis, Kap. I, Rn. 6.

[777] BGH NJW 1980, S. 941 (942).

[778] *BKartA*, Beschluss v. 22.07.2004, Az. B8 – 40200-Fa-27/04; *Gussone/Theobald*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 6, Rn. 266.

den.[779] Das BKartA hat die Ausnahme kommunaler Unternehmen von der Fusionskontrolle jedoch zurückgewiesen. Eine mögliche Wettbewerbsbenachteiligung durch das Gemeindewirtschaftsrecht wird zwar nicht ganz ausgeschlossen, die von der Aschaffenburger Versorgungs-GmbH angeführten fiskalischen Interessen und eventuelle Benachteiligungen durch landesrechtliche Bestimmungen berühren die Anwendbarkeit des Kartellrechts allerdings nach zutreffender Einschätzung des BKartA nicht.[780] Das GWB sieht keine Ausnahmen für kommunale Unternehmen hinsichtlich der Fusionskontrolle vor. Außerdem haben auch die privaten Wettbewerbsteilnehmer keine Möglichkeit den Markteintritt eines kommunalen Wettbewerbers aufgrund der Besonderheiten als Unternehmen der öffentlichen Hand zu verhindern.[781] Vielmehr stehen dem privaten Mitbewerber die wettbewerbsrechtlichen Ansprüche gegen das kommunale Unternehmen so zu wie gegen jeden anderen Marktteilnehmer auch.[782]

Eventuelle Nachteile kommunaler Unternehmen sind insoweit auf landesrechtlicher Ebene zu regeln, deren Ausgestaltung Kern dieser Arbeit ist.

(b) Umsatzschwellen

Gemäß § 35 Abs. 1 GWB müssen die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr zusammen mehr als 500 Mio. EUR Umsatz erwirtschaftet haben und gemäß Abs. 2 eines der beteiligten Unternehmen 25 Mio. EUR und ein anderes beteiligtes Unternehmen mehr als 5 Mio. EUR Umsatz erzielt haben. Unternehmerisch in diesem Sinne ist jede Betätigung im geschäftlichen Verkehr, die sich auf Waren oder gewerbliche Tätigkeiten erstreckt.[783] Dies können sowohl Handelsgesellschaften, als u. U. auch natürlich Personen und öffentlich-rechtliche Körperschaften sein.[784] Hinzu kommen die Verbundklausel gemäß § 36 Abs. 2 S. 1 GWB nach der ein abhängiges und ein herrschendes Unternehmen im Sinne des § 17 AktG und Konzernunternehmen im Sinne von § 18 AktG als einheitliches Unternehmen anzusehen sind. Ergänzend normiert die sogenannte „Mehrmütterklausel" des § 36 Abs. 2 S. 2 GWB, dass eine mehrfache Beherrschung desselben Unternehmens möglich ist, sofern die Unternehmen zusammenwirken und dabei einen beherrschenden Einfluss ausüben.[785] Allerdings sind in § 35 Abs. 2 GWB mit der Anschluss- und Bagatellmarktklausel gerade für kleine und mittelständi-

[779] *BKartA*, Beschluss vom 22.07.2004, Az. B8 40200-Fa-27-04.

[780] *BKartA*, Beschluss v. 22.07.2004, Az. B8 – 40200-Fa-27/04; *Gussone/Theobald*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 6, Rn. 266; a.A. *Brede*, ZögU 2003, S. 176 ff.

[781] BGHZ 159, 343 (347f.); *Leder*, DÖV 2008, S. 173 (177).

[782] BGHZ 159, 343 (353).

[783] BGHZ 175, 333 (337); *Mestmäcker/Veelken*, in: Mestmäcker/Immenga, § 36 GWB, Rn. 4; *Kallfaß*, in: Langen/Bunte, § 35 GWB, Rn. 11.

[784] *Bechtold*, in: Bechtold, § 35 GWB, Rn. 25f.; *Kallfaß*, in: Langen/Bunte, § 35 GWB, Rn. 14; *Wessely*, in: Müko, § 35 GWB, Rn. 8; *Schütz*, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, § 35 GWB, Rn. 4.

[785] Vgl. *Bunte*, Kartellrecht, S. 364; *Bauer*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, § 36 GWB, Rn. 196.

sche Unternehmen, die nicht im Konzernverbund sind, Ausnahmen von der Zusammenschlusskontrolle vorgesehen.

Die Rechnungslegung der Umsatzschwellen richtet sich dabei gemäß § 38 Abs. 1 GWB nach § 277 HGB. Mehr als drei Viertel der Stadtwerke haben einen Umsatzerlös über 10 Mio. EUR und über ein Drittel einen Umsatz von über 50 Mio. EUR, so dass die Schwellenwerte des § 35 Abs. 1 GWB auch im Bereich der horizontalen Kooperation kartellrechtlich relevante Zusammenschlüsse stattfinden können.[786]

(c) Zusammenschluss i.S.d. § 37 GWB

Vermögenserwerb, Kontrollerwerb, Anteilserwerb, Erwerb von wettbewerblich erheblichem Einfluss sowie die Verstärkung einer bereits bestehenden Unternehmensverbindung stellen die Zusammenschlusstatbestände des § 37 Abs. 1 GWB dar.

Für den Vermögenserwerb im Sinne der Nr. 1 muss ein wesentlicher Teil des Vermögens des anderen Unternehmens erworben werden. Als Vermögen werden dabei jeder Vermögensgegenstand und jedes geldwerte Gut inklusive aller absoluten und relativen Rechte beziffert.[787] Der wesentliche Teil wird dabei qualitativ bestimmt. Das bedeutet, dass der erworbene Unternehmensteil wesentlich ist, wenn er „qualitativ geeignet ist, die Stellung des Erwerbers auf dem relevanten Markt zu stärken".[788] Im Energierecht ist hierbei an den Wechsel des Konzessionsinhabers des örtlichen Verteilernetzes gemäß § 46 Abs. 2 EnWG zu denken.[789] Häufig unterliegt die Vergabe der Konzession der Gemeinde aber nicht der Zusammenschlusskontrolle, da der Erwerber der Konzession aufgrund von Unbundling-Vorschriften nicht gleichzeitig die Endverbraucher mit Strom versorgt und somit weder die Marktstellung des Versorgers noch die des Netzbetreibers wesentlich gestärkt wird.[790] Etwas anderes kann sich nur ergeben, wenn beide Teilnehmer in einem Gemeinschaftsunternehmen organisiert sind und dessen Marktstellung durch den Konzessionserwerb gestärkt wird.

Die Kontrolle im Sinne der Nr. 2 wird gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 GWB durch Rechte, Verträge oder andere Mittel begründet, die einzeln oder zusammen unter Berücksichtigung aller tatsächlichen und rechtlichen Umstände die Möglichkeit gewähren, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unterneh-

---

[786] Vgl. *Sander*, Kooperationen in der Energiewirtschaft, S.87; *BMC*, Umsätze der 375 größten kommunalen Energieversorger, http://www.bmc-stadtwerke.de/images/downloads/Unternehmen.pdf.

[787] *Schütz*, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, § 37, Rn. 13; *Bach*, in: MüKo, § 37 GWB, Rn. 8; *Bechtold*, in: Bechtold, § 37 GWB, Rn. 7.

[788] BGH WuW/E 2783, 2785; *Bach*, in: MüKo, § 37 GWB, Rn. 27; *Schütz*, in: Kölner Kommentar, § 37 GWB, Rn. 21ff.

[789] *Gussone/Theobald*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 6, Rn. 165; *Röhlng*, in: Bartsch/Röhling/Salje/Scholz, Stromwirtschaft, § 24, Rn. 6.

[790] *Röhlng*, in: Bartsch/Röhling/Salje/Scholz, Stromwirtschaft, § 24, Rn. 6.

mens auszuüben. Dies erfolgt insbesondere durch Eigentums- oder Nutzungsrechte an einer Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des Unternehmens oder Rechte oder Verträge, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren. Maßgeblich ist dabei, bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des anderen Unternehmens auszuüben.[791]

Ein Anteilserwerb im Sinne der Nr. 3 liegt vor, wenn ein Unternehmen an einem anderen Unternehmen Anteile erwirbt, die entweder 25 % oder 50 % der Anteile überschreiten.[792] Die Art des Erwerbs spielt dabei keine Rolle, sofern das Vollrecht erworben wird.[793] Der Anteilserwerb stellt mit Abstand die häufigste Art des Zusammenschlusses in der Energiewirtschaft dar.[794] Die Schwellenwerte von 25 % bzw. 50 % sind formal zu betrachten, sie beschreiben also unabhängig von der tatsächlichen Einwirkungsmöglichkeit einen Zusammenschlusstatbestand.[795] Schon der minimale Hinzuerwerb von 0,01 % auf 25 % von vorherigen 24,99 % reicht für die Annahme eines Zusammenschlusses in diesem Sinne aus.[796] Von Bedeutung bei der Energiewirtschaft ist § 37 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 GWB, der die sogenannten Gemeinschaftsunternehmen behandelt. Sobald mehrere Unternehmen gleichzeitig oder nacheinander Anteile in Höhe von 25 oder 50 % an einem Unternehmen erwerben, so gilt dies als fiktiver Zusammenschluss für die erwerbenden Muttergesellschaften.[797] Somit liegen ein vertikaler Zusammenschluss zwischen dem Anteile abgebenden Unternehmen und den erwerbenden Unternehmen, sowie gleichzeitig ein fiktiver horizontaler Zusammenschluss zwischen den beiden erwerbenden Unternehmen vor.[798] Gerade in Hinblick auf die vertikalen Verflechtungen der Verbundunternehmen ist dies regelmäßig bedeutend, wobei herausgehoben werden muss, dass die Stadtwerke in aller Regel höchstens einen großen strategischen Partner als Anteilseigner zulassen. Weitere Beteiligungen etwa von Regionalversorgern überschreiten die Schwelle von mindestens 25 % regelmäßig nicht.

Der „wettbewerblich[..] erhebliche Einfluss" im Sinne des § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB wird zum Prüfungsgegenstand, wenn die konkreteren Nrn. 2 und 3 nicht

---

791 *Riesenkampff/Lehr*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, § 37 GWB, Rn. 9; *Bechtold*, in: Bechtold, § 37 GWB, Rn. 10; *Emmerich*, Kartellrecht, S. 294.

792 *Bunte*, Kartellrecht, S. 365; *Emmerich*, Kartellrecht, S. 295, 297; *Riesenkampff/Lehr*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, § 37 GWB, Rn. 20.

793 *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, § 37 GWB, Rn. 49; *Bach*, in: Müko, § 37 GWB, Rn. 58.

794 *Emmerich*, Kartellrecht, S. 293; *Richter*, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, § 19, Rn. 106.

795 BGH WuW/ E 2013, 2015 „Gelsenwasser"; *Bechtold*, in: Bechtold, § 37 GWB. Rn. 26.

796 BGH WuW/ E 2013, 2015 „Gelsenwasser".

797 *Lange/Pries*, Einführung in das europäische und deutsche Kartellrecht, S. 225; *Schütz*, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, § 37 GWB; Rn. 56ff; *Richter*, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, § 19, Rn. 113.

798 *Bechtold*, in: Bechtold, § 37 GWB, Rn. 32; *Schütz*, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, § 37 GWB; Rn. 56ff; *Richter*, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, § 19, Rn. 113.

eingreifen und fungiert demzufolge als Auffangklausel.[799] Gedacht war dieser Tatbestand für die sogenannten „24,9 %-Fälle", um Umgehungstatbestände zu erfassen.[800] Quantitative Merkmale spielen in diesem Zusammenhang keine Rolle, es kommt allein auf den wettbewerblichen Einfluss an und darauf, ob ein wettbewerbsrelevanter Minderheitsanteil erreicht wird.[801] Auch Kooperationsabreden, Vetorechte, Einfluss durch und auf den Aufsichtsrat, Rücksichtnahme auf den Minderheitsgesellschafter bei strategischen Entscheidungen und damit der Verlust der Entscheidungsautonomie oder andere Verflechtungen stellen sogenannte „Plusfaktoren" dar, die eine Minderheitsbeteiligung wettbewerbsrelevant werden lassen.[802] Im Energiebereich stellen diese Erwägungen einen häufigen Prüfungspunkt des BKartA dar, gerade weil eine Einflussnahme des energieerzeugenden Anteilseigners auf die Energiebeschaffung des Anteile abgebenden Versorgers vermutet wird und eine solche regelmäßig auch vorliegt.[803] Bei der Entscheidung Gazprom/VNG wurde ein solch wettbewerblich erheblicher Einfluss bei einer Beteiligung i.H.v. 10,52 % von Gazprom an VNG angenommen, weil bereits die Wintershall Holding GmbH an der VNG beteiligt war und diese beiden bereits eine langjährige strategische Partnerschaft vereinte.[804] Dies obwohl Gazprom 1,88 % der Stimmrechte und einen Aufsichtsratssitz als Kompensation abgeben wollte.

Gerade bei Stadtwerken sind strategische Minderheitsbeteiligungen von oder unter 25 % jedoch der Normalfall.[805] Trotz dieser quantitativ geringen Beteiligung obliegen den Erwerbern faktische sowie rechtliche Möglichkeiten zur Einflussnahme auf Entscheidungen der abgebenden Unternehmen. Die rechtlichen Einflussmöglichkeiten können sich dabei aus dem Gesellschaftsrecht oder dem Gesellschaftsvertrag ergeben.[806] Als kodifizierte Rechte sind Informationsrechte,

---

799 *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, § 37 GWB, Rn. 86; *Bach*, in: Müko, § 37 GWB Rn. 102.

800 BT-Drs. 11/4610 vom 30.05.1989, Gesetzesentwurf – Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 18; BGHZ 82, 1 ff.; *Bunte*, Kartellrecht, S. 367; *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, § 37 GWB, Rn. 87.

801 *Säcker/Boesche*, BB 2001, S. 2329 (2333).

802 OLG Düsseldorf WuW/E DE-R, 2462 (2464); *Kreibich*, Kommunale Strom-und Gasverteilernetzbetreiber zwischen Entflechtungsgebot und Zusammenschlusskontrolle, S. 362; *Mestmäcker/Veelken*, in: Immenga/Mestmäcker, § 37 GWB, Rn. 97; *Bach*, in: MüKo, § 37 GWB, Rn. 120; *Bechtold*, in: Bechtold, § 37 GWB, Rn. 44.

803 *Gussone/Theobald*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 6, Rn. 168; z. B. *BKartA*, Beschluss v. 31.01.2012, Az. 116/11 Gazprom/VNG.

804 *Gussone/Theobald*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 6, Rn. 169; z. B. *BKartA*, Beschluss v. 31.01.2012, Az. 116/11 Gazprom/VNG.

805 Siehe Punkt E. I) 1) c).

806 Umfassend *Kreibich*, Kommunale Strom- und Gasverteilernetzbetreiber zwischen Entflechtungsgebot und Zusammenschlusskontrolle, S. 220 ff.; *Lafrenz*, Vertikale strategische Minderheitsbeteiligungen als Gegenstand des Kartellverbots in Europa, S. 88.

Prüfungsrechte, das Einberufen von Hauptversammlungen etc. zu nennen.[807] Durch den weiten Spielraum in einem GmbH-Gesellschaftsvertrag lassen sich bei dieser Gesellschaftsform innerhalb der rechtlichen Planken des GmbHG zudem diverse Rechte des Minderheitsgesellschafters festlegen. Im Ergebnis werden die rechtlichen Einflussmöglichkeiten im Vergleich zu den faktischen limitiert sein.[808] Die Einflussnahme durch Aufsichtsräte, die Informationsweitergabe über Preise von Konkurrenzanbietern oder das grundlegende Bedürfnis nach einem harmonischen Verhältnis mit dem Minderheitsgesellschafter, wird in der Regel ausreichen, um einen Bezugsvertrag zwischen Minderheitsgesellschafter und Stadtwerk zu Stande kommen zu lassen.[809] Sofern diese Unternehmensgeflechte den Wettbewerb im Ergebnis so beeinträchtigen, dass die Unternehmen nicht unabhängig am Markt auftreten können, sind diese Beteiligungen zu untersagen.[810]

Des Weiteren liegt im Energiesektor häufig der Zusammenschlusstatbestand des § 37 Abs. 2 GWB vor. Hiernach liegt ein Zusammenschluss vor, wenn die beteiligten Unternehmen bereits vorher zusammengeschlossen waren und der neue Zusammenschluss die bestehende Unternehmensverbindung wesentlich verstärkt. Eine wesentliche Verstärkung wird angenommen, wenn der Erwerber neue Rechte und Einflussmöglichkeiten erhält.[811]

(d) Materielle Fusionskontrolle

aa) Marktabgrenzung

Um das Eingriffskriterium der marktbeherrschenden Stellung bestimmen zu können, muss zunächst der relevante Markt eingegrenzt werden. Dieser wird räumlich, sachlich, zeitlich und funktional bestimmt.[812]

Der sachlich relevante Markt wird in der Rechtsprechung nach der sogenannten funktionalen Austauschbarkeit festgelegt (Bedarfsmarktkonzept): Es werden alle Güter und Produkte in den Markt einbezogen, die der Verbraucher aufgrund ihrer Eigenschaften für gleichwertig und damit für austauschbar hält.[813] Strom als homogenes Gut ist für eine solche Unterteilung jedoch nicht geeignet.[814] Aus Sicht des BKartA wird der Energiemarkt aufgrund der besonderen Eigenschaften

---

807 *Lafrenz,* Vertikale strategische Minderheitsbeteiligungen als Gegenstand des Kartellverbots in Europa, S. 88.

808 *Lafrenz,* Vertikale strategische Minderheitsbeteiligungen als Gegenstand des Kartellverbots in Europa, S. 90.

809 *BKartA,* WuW/E, 2713, 2720 „Stromversorgung Aggertal"; BGH NJW 1998, S. 2444 (2448f.); *Säcker/Boesche*, BB 2001, S. 2329 (2335); *Lafrenz,* Vertikale strategische Minderheitsbeteiligungen als Gegenstand des Kartellverbots in Europa, S. 91.

810 BR-Drucks.123/89 vom 10.03.1989, Gesetzesentwurf - Fünftes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 52.

811 Vgl. *BKartA,* WuW/E 1289 (1291f.); *Bunte*, Kartellrecht, S. 364f.

812 *Kling/Thomas*, Kartellrecht, S. 327 ff.; *Emmerich*, Kartellrecht, S. 139 ff.

813 EuGH v. 31.3.1998 - Rs. C-68/94; Rs. C-30/95, Slg. 1998, I-1375; BGHZ 101, 100 (103).

814 *Röhling*, in: Bartsch/Röhling/Salje/Scholz, Stromwirtschaft, § 24, Rn. 34.

des Stroms in Deutschland daher in die Teilmärkte der Erzeugungsstufe, Distributionsstufe und Letztverbraucherstufe aufgeteilt.[815] „Die Erzeugungsstufe umfasst alle Energieversorgungsunternehmen, die über eigene Erzeugungskapazitäten verfügen. Hierzu zählen die vier großen Energieunternehmen E.ON, RWE, EnBW und Vattenfall sowie alle sonstigen Unternehmen – beispielsweise Stadtwerke oder unabhängige Kraftwerksbetreiber –, die über eigene Erzeugungskapazitäten verfügen".[816] Für die abschließende wettbewerbliche Beurteilung sind diese drei Stufen jedoch wieder im Zusammenspiel zu betrachten.[817] Sachlich werden für den Markt der Energieerzeugung alle Unternehmen mit Stromerzeugungskapazitäten für den Erstabsatz von Strom sowie Stromimporte erfasst.[818] Ausgenommen davon sind aus Sicht des BKartA die Erzeugung von EEG-Strom und Regelenergie, da diese bislang nicht wettbewerblich vermarktet werden.[819] Durch die nun fortschreitende nachfrageorienteierte Vermarktung von EEG-Strom, könnte sich diese Bewertung ändern; zudem stellt die EEG-Energieerzeugung nur einen Teilbereich der Tätigkeit der Stadtwerke dar, so dass die kartellrechtlichen Vorgaben dennoch zu prüfen sind.

Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten und nachfragen, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet (Homogenitätsprüfung).[820] In der Stromwirtschaft ist der räumliche Erstabsatzmarkt bei Großkunden (RLM-Kunden) bundesweit und erstreckt sich mangels Engpassstellen an den Grenzen nunmehr auch auf Österreich.[821] Die technischen Möglichkeiten deutschlandweiter Elektrizitätslieferungen werden von Stromanbietern sowie den RLM-Kunden in einem Umfang genutzt, der eine deutschlandweite Ausgestaltung von Angebot und Nachfrage belegt und somit gegen eine engere räumliche Marktabgrenzung spricht.[822] Für die Kleinabnehmer (SLP-Kunden) beschränkt sich der räumlich relevante Markt auf das Netzgebiet, in dem ein Unternehmer gemäß § 36 Abs. 2 EnWG als alleiniger Grundversorger bestimmt ist.[823] Dies sind in der Regel lokale Stadtwerke.

---

815 *BKartA*, Beschluss v. 08.12.2011 – B8 – 94/11, Rn. 23; *BKartA*, Beschluss v. 06.07.2009 –B8-96/08, S. 21.

816 *BKartA*, Beschluss v. 06.07.2009 –B8-96/08, S. 21.

817 *BKartA*, Beschluss v. 06.07.2009 –B8-96/08, S. 22.

818 *BKartA*, Beschluss v. 30.04.2009 - B8-109/09, S.10.

819 *BKartA*, Sektorenuntersuchung Stromerzeugung und- großhandel, S.6.

820 *Hacker*, in: Schröter/Jacob/Klotz/Mederer, Art. 2 FKVO, Rn. 71; *Kling/Thomas*, Kartellrecht, S. 337.

821 *BKartA*, Beschluss v. 30.01.2012 – B8 – 116/11, Rn. 141; *Gussone/Theobald*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 6, Rn. 197.

822 *BKartA*, Beschluss v. 8.12. 2011 - B8-94/11, Rn. 37.

823 *BKartA*, Beschluss v. 08.12.2011 – B8-94/11, Rn. 39; *Gussone/Theobald*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 6, Rn. 199.

Eine zeitliche Abgrenzung des relevanten Marktes ist nur selten erforderlich. Sie liegt insbesondere dann vor, wenn Märkte über bestimmte Zeiträume kurzfristig neu entstehen und dann wieder erlöschen,[824] was bei der Zusammenschlusskontrolle bei Strommärkten (bisher) von keiner Relevanz ist.

bb) Marktbeherrschende Stellung

Sofern ein solcher Zusammenschluss im Sinne des § 37 GWB festgestellt wird, hat das BKartA den Zusammenschluss zu untersagen, wenn eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des § 19 Abs. 2 u. 3 GWB zu befürchten ist (§ 36 Abs. 1 GWB). Gemäß § 18 Abs.1 GWB ist ein Unternehmen marktbeherrschend, soweit es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt ohne Wettbewerber ist, keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat. Der Missbrauch dieser marktbeherrschenden Stellung wird in den Katalogen des § 19 Abs. 2 u. 3 GWB weiter konkretisiert. Dies gilt nicht nur für die Beherrschung durch einen einzelnen Wettbewerbsteilnehmer, sondern auch für die Beherrschung eines Oligopols. Diese vom BKartA mehrfach angenommene und weiterhin bestätigte Oligopol-Stellung der „großen Vier“[825] im Bereich der Energieerzeugung, ist im Hinblick auf den Anteilskauf bei Stadtwerken vor allem unter dem Tatbestandsmerkmal der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu untersuchen. Die marktbeherrschende Stellung muss bei zumindest einem der beteiligten Unternehmen vorliegen;[826] dies wird im Falle eines vertikalen Zusammenschlusses mit einem Stadtwerk eines der vier Oligopolunternehmen sein. Eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung wird angenommen, wenn „die Veränderung der die Mitmacht bestimmenden Größen dergestalt, dass die Macht auf einem bestimmten Markt neutralisierende Wirkung des Wettbewerbs im Wege der Änderung von markt- und unternehmensbezogenen Strukturen in noch höherem Maße eingeschränkt wird, als dies schon vor dem Zusammenschluss der Fall war“.[827] Die Zielvorgabe liegt hierbei in dem Schutz des noch vorhandenen Wettbewerbs und der unabhängigen Stromerzeuger.[828] Auf den Energiemärkten, im Besonderen der Erzeugungsstufe, sind hierbei sehr strenge Maßstäbe anzulegen, um die bereits

[824] *Kling/Thomas*, Kartellrecht, S. 339.

[825] *BKartA*, Sektorenuntersuchung Stromerzeugung und –Großhandel, S.6; *BKartA*, Beschluss v. 26.02.2002 – B8 – 149/01 „E.ON/Bergemann“ Rn. 63; *BKartA*, Beschluss v. 12.03.2003 – B8 – Fa – 21/03 „E.ON/Stadtwerke Eschwege“, IV.1.2; BGHZ 178, 285ff.

[826] *Paschke*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, § 36 GWB, Rn. 16.

[827] *BKartA*, Beschluss v. 26.02.2002 – B – 149/01 „E.ON/Bergemann“; BGH WuW/E, 2795, 3804 "Pinneberger Tageblatt"; *Paschke*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, § 36 GWB, Rn. 16.

[828] BGH NJW 1982, S. 337 (340); *Paschke*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, § 36 GWB, Rn. 17.

fortgeschrittene Konzentration nicht weiter zu verfestigen.[829] Die strategischen Partnerschaften zwischen Verbundunternehmen, Regionalversorgern und Stadtwerken sind dabei von besonderem Interesse. Infolge einer Minderheitsbeteiligung an einem Stadtwerk durch eine vorgelagerten Lieferanten oder Erzeuger entsteht eine Abhängigkeit des Stadtwerks, welche die marktbeherrschende Stellung des erwerbenden Unternehmens durch die Sicherung des Absatzmarktes weiter verstärkt.[830] Lieferverträge mit vergleichbar guten Konditionen wie die der Mitbewerber, werden von den Stadtwerken im Zweifel mit dem Minderheitsgesellschafter geschlossen.[831] Ebenso nimmt das BKartA eine erhebliche Einflussnahme der von dem Verbundunternehmen entsandten Gremienvertreter an.[832] Die (Minderheits-) Beteiligungen an Stadtwerken werden von dem BKartA dabei als Gesamtstrategie der Oligopolisten betrachtet und in einer „wettbewerblichen Gesamtentwicklung" bewertet.[833] Sicherlich sind kommunale Stromerzeugungskooperationen aus kartellrechtlicher Sicht dabei begrüßenswert. Ein starkes, wenn auch regionales, Gegengewicht zu den großen Verbundunternehmen stellt zweifelsfrei eine Belebung des Wettbewerbs dar. Konsequenterweise müsste das BKartA horizontalen Zusammenschlüssen auf der Ebene der Kommunalversorger unter dem Aspekt der „wettbewerblichen Gesamtentwicklung" daher dem Grunde nach wohlwollend gegenüberstehen. Analog lässt sich dies den Entscheidungen des BKartA/der EG-Kommission bei den Zusammenschlüssen der heutigen Oligopolunternehmen entnehmen, bei denen Marktgegengewichte zu den jeweiligen Marktführern die Hauptargumente für die Erlaubnis weiterer Fusionen waren.[834]

Bei Vorliegen der formellen Zusammenschlusstatbestände wird eine marktbeherrschende Stellung angenommen, die beteiligten Unternehmen haben jedoch die Möglichkeit darzulegen, dass der Zusammenschluss Verbesserungen des Wettbewerbs hervorruft (Abs. 1 S. 2 Nr. 1) oder die sogenannte Bagatellmarktklausel des Abs. 1 S. 2 Nr. 2 greift.[835] Das BKartA hat schließlich eine Prognoseentscheidung hinsichtlich der Entwicklung des zukünftigen Wettbewerbs mit oder ohne den gegenständlichen Zusammenschluss abzugeben.[836] Die zeitliche Prognose hin-

---

829 *Säcker/Boesche*, BB 2001, S. 2337.

830 *BKartA*, Beschluss v. 11.10.2000 –B8 – 109/00, Rn. 20; BGH WuW/E DE-R 24, 30; *Säcker/Boesche*, BB 2001, S. 2336; *Paschke*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, § 36 GWB, Rn.17.

831 *BKartA*, Beschluss v. 26.02.2002 – B – 149/01 „E.ON/Bergemann", Rn. 43.

832 *BKartA*, Beschluss v. 22.07.2004 –B8 – 40200 – Fa 27/04 „Mainova", Rn.42; a.A: *Paschke*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, § 36 GWB, Rn.25.

833 *BKartA*, Beschluss v. 20.11.2003 – B8 – 4000 – Fa84/03 „E.ON/SWL", Rn. 45; *Paschke*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, § 36 GWB, Rn. 33.

834 *BKartA*, Beschluss v. 03.07.00 – B8 U – 309/99 – „RWE/VEW; Kommission, WuW/E EU-V 509, Entscheidung v. 13.06.00, IV/M.1673 – BEVA/VIAG.

835 *Emmerich*, Kartellrecht, S. 289; *Lange/Pries*, Einführung in das europäische und deutsche Kartellrecht, S.140.

836 *Schütz*, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, § 36 GWB, Rn.171f; *Becker/Knebel*, in: Müko, § 36 GWB, Rn. 26.

sichtlich der Gründung oder des Ausbaus einer marktbeherrschenden Stellung ist einzelfallbezogen, betrifft in der Regel aber einen Zeitraum von drei bis fünf Jahren.[837] Hierbei muss gemäß § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GWB zwischen den Vor- und Nachteilen eines Zusammenschlusses abgewogen werden. Sollte eine Verschlechterung prognostiziert werden, muss der Zusammenschluss die erwartete Verschlechterung der Wettbewerbs- bzw. Marktsituation kausal hervorrufen.[838] Dafür muss zumindest eine Mitursächlichkeit vorliegen.[839]

(2) Verfahren

Liegt ein Zusammenschluss im oben genannten Sinne vor, so hat dies der Anteilsveräußerer beim BKartA anzumelden und sich der präventiven Zusammenschlusskontrolle des § 39 Abs. 1 GWB zu unterziehen.

Das BKartA prüft zunächst die Erforderlichkeit eines Prüfungsverfahrens und leitet die Zusammenschlusskontrolle dann ggf. im Hauptverfahren ein, worüber der Antragssteller nach Monatsfrist informiert wird.[840] Dieses ist nach spätestens vier Monaten zu beenden, ansonsten tritt eine Genehmigungsfiktion ein (vgl. § 40 Abs. 2 S. 2 GWB).

Um ein Zusammenschlussverbot zu verhindern, eröffnet § 40 Abs. 3 GWB den beteiligten Unternehmen die Möglichkeit gegenüber dem BKartA Zusagen hinsichtlich der Verbesserung des Wettbewerbs abzugeben. Dem BKartA wird seinerseits ermöglicht eine Freigabe unter Auflagen zu erteilen. Gegen die Entscheidung des BKartA können die beteiligten Unternehmen gemäß § 63 GWB beim OLG Düsseldorf Beschwerde einlegen. Ferner sieht § 42 GWB vor, dass der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie einen vom BKartA untersagten Zusammenschluss nachträglich genehmigen kann.

(3) Beispiele im kommunalen Energierecht

Das BKartA hat sich seit dem Beginn der Liberalisierung sehr häufig mit vertikalen Verflechtungsbestrebungen der Verbundunternehmen oder auch Regionalversorgern mit kommunalen Stadtwerken beschäftigt. Horizontale Kooperationen haben seltener die kartellrechtlichen Vorschriften berührt.

Für die Wertschöpfungsstufe der Energieerzeugung sind die Zusammenschlüsse „RWE AG/enviaM Mitteldeutsche Energie AG/RWE Rheinland Westfalen Netz AG/RWE RWN Beteiligungsgesellschaft Mitte mbH/Stadtwerke Lingen GmbH/Stadtwerke Radevormwald GmbH/Stadt Plauen/Stadt Lingen/Stadt Radevormwald“[841] und „RWE/Stadtwerke Unna“[842] exemplarisch zu nennen. Der

[837] BGH WuW/E DE-R 3695; *Becker/Knebel*, in: Müko, § 36 GWB, Rn. 26; *Kallfaß*, in: Lagen/Bunte, § 36 GWB, Rn. 48.
[838] BGH WuW/E 1655, 1660.
[839] BGHZ 115, 354 (361).
[840] *Lange/Pries*, Einführung in das europäische und deutsche Kartellrecht, S.234.
[841] *BKartA*, Beschluss v. 30.04.2010 – B8 – 109/09.

Zusammenschluss RWE/Stadtwerke Unna wurde trotz einer Beteiligung der RWE von 24 % ohne Auflagen genehmigt. Die Besonderheit liegt darin, dass RWE bereits seit den neunziger Jahren eine befristete Beteiligung an den Stadtwerken Unna besaß, welche nun entfristet werden sollte. Hierbei handelt es sich eigentlich um eine klassische vertikale Einflussnahme und damit um eine Wettbewerbsgefährdung. Aufgrund der bisherigen Erfahrungen im Beschaffungsmanagement, konnte das BKartA aber feststellen, dass sich trotz der Beteiligung der RWE, der Energiebezug grundsätzlich anhand der allgemeinen Marktentwicklung orientiert hat und RWE als Energielieferant nicht bevorzugt wurde.[843]

Auch bei dem Zusammenschluss „RWE/enviaM […]" hat das BKartA eine Freigabe erteilt, allerdings unter Zuhilfenahme von Nebenbestimmungen. Bei diesem Zusammenschluss beabsichtigte RWE über diverse unmittelbare und mittelbare Beteiligungen seinen Einfluss auf die zu gründende „Energieversorgung Plauen GmbH" sowie deren Gesellschafter auszubauen. Das BKartA hat diesen Beteiligungen zugestimmt, soweit ein Tochterunternehmen von RWE (enviaM) seinen Anteil an einem Stadtwerkegesellschafter (EVH) der „Energieversorgung Plauen GmbH" an einen Mitbewerber verkauft, der nicht mit RWE verbunden ist.[844] Durch die Veräußerung des Anteils von enviaM an EVH sollte der vertikale Einfluss von RWE im Bereich des Energiebezugs gebrochen werden.[845] Diese 30-%ige Beteiligung hatte insoweit maßgebliche Auswirkungen auf den Strombezug, als dass für den Abschluss eines Bezugsvertrages eine 75-%ige Mehrheit bei der Gesellschafterversammlung der EVH benötigt wurde.[846]

Auf horizontaler Ebene hat sich das BKartA mit dem geplanten Zusammenschluss Mainova AG/Aschaffenburger Stadtwerke befasst.[847] Dieser ist in mehrerlei Hinsicht interessant, insbesondere da das BKartA den Zusammenschluss untersagt hat. Sowohl die Mainova als auch die AVG sind kommunal beherrschte Unternehmen. Das BKartA hat in dieser Entscheidung ausdrücklich klargestellt, dass kommunale Unternehmen sich weder auf ihre Aufgabe der Daseinsvorsorge, noch auf die vermeintlich erschwerten Bedingungen durch die kommunalrechtlichen Sondervorschriften berufen können, um der Zusammenschlusskontrolle zu entgehen.[848] Der Zusammenschluss wurde trotz der vorgesehenen niedrigen Beteiligung der Mainova in Höhe von 17,5 % untersagt. Das BKartA führte dazu aus, dass sich

> *„der Wettbewerbsbezug der dargelegten ‚Einflussmöglichkeit' der Mainova daraus ergibt, dass Mainova und AVG zum Teil in gleichen, zum Teil in vor- und nachgelagerten (Gas-) märkten tätig sind. Die Möglichkeit, über die Beteiligung an der AVG*

[842] *BKartA*, Beschluss v. 08.12.2011 – B8 – 94/11.
[843] *BKartA*, Beschluss v. 08.12.2011 – B8 – 94/11, Rn. 88.
[844] *BKartA*, Beschluss v. 30.04.2010 – B8 – 109/09, S. 2.
[845] *BKartA*, Beschluss v. 30.04.2010 – B8 – 109/09, S.32.
[846] *BKartA*, Beschluss v. 30.04.2010 – B8 – 109/09, S.32.
[847] *BKartA*, Beschluss v. 22.07.2004 – B8 – 27/04.
[848] *BKartA*, Beschluss v. 22.07.2004 – B8 – 27/04.

> *ihre Gasvorlieferantenposition bei der AVG dauerhaft abzusichern und die Erreichung eines wettbewerbslosen Zustandes bei der Belieferung von Letztverbrauchern liegt im unternehmerischen Interesse der Mainova und ist als Beleg für die wettbewerbliche Relevanz des erlangten erheblichen Einflusses der Mainova auf die AVG zu wer ten.*'[849]

In diesem Falle wurde ein Zusammenschluss also trotz verhältnismäßig geringer Beteiligung wegen der Einflussnahmemöglichkeiten des Minderheitsgesellschafters, der räumlichen Nähe beider Versorgungsgebiete und den dadurch abnehmenden Wettbewerb untersagt.

Aus den exemplarisch ausgewählten drei Beispielen lässt sich erkennen, dass das BKartA nicht nach starren Beteiligungsgrenzen, sondern vielmehr nach der Gesamtschau aller Faktoren und der Umstände des Einzelfalls entscheidet.

b) Unbundling bei Kooperationen

Bei kooperativer Zusammenarbeit stellt sich zudem die Frage, wie sich diese Verzahnung auf das energiewettbewerbsrechtliche Entflechtungsgebot auswirkt.

Zunächst eröffnet die energiewirtschaftsrechtlich gebotene Trennung der Sparten vielfältige Kooperations*möglichkeiten* auf gesellschaftsrechtlicher Ebene.[850] Denn da die Verteilernetze aufgrund der rechtlichen Trennung von den übrigen Wertschöpfungsstufen in eine eigene Gesellschaft ausgelagert werden mussten, eröffnet sich außenstehenden Partnern die Möglichkeit sich an diesen Tochtergesellschaften zu beteiligen, ohne sich mit dem Gesamtunternehmen zu verbinden.[851] Außerdem bieten Kooperationen die Möglichkeit die Schwester- und Tochterunternehmen eines aufgespaltenen vertikal integrierten Unternehmens durch vertragliche Kooperation zu steuern und gleichzeitig die Entflechtungsvorgaben erfüllen zu können.[852] Rechtliches Unbundling umfasst dabei nur die Trennung hinsichtlich der Rechtsform.[853] Die schuldrechtlichen Kooperations-, Betriebsführungs- oder Pachtvereinbarungen berühren die Unbundling-Vorschriften hingegen nicht.[854] Ebenso ist eine Kooperation mit sektorenfremden Tätigkeiten wie Wasser, Abwasser, ÖPNV und Telekommunikation unbundlingkonform.[855] Hierbei wird jedoch auch das Problem der rechtlichen Entflechtung deutlich, da die bloße Ausgliederung in eine andere Gesellschaft die Unabhängigkeit der Gesellschaft kaum garantieren kann. Daher ist auch hierbei die operationelle Entflechtung zu beachten, wonach den in Tochter- und Schwestergesellschaften aus-

---

[849] *BKartA*, Beschluss v. 22.07.2004 – B8 – 27/04.
[850] *Klauer*, in: Baur/Pritzsche/Simon, Unbundling in der Energiewirtschaft, S. 128.
[851] *Klauer*, in: Baur/Pritzsche/Simon, Unbundling in der Energiewirtschaft, S. 128.
[852] *Tödtmann/Setz*, in: Baur/Pritzsche/Simon, Unbundling in der Energiewirtschaft, S. 74.
[853] *De Wyl/Finke*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 4, Rn. 102.
[854] *Tödtmann/Setz*, in: Baur/Pritzsche/Simon, Unbundling in der Energiewirtschaft, S. 74.
[855] BT-Drs. 15/3917 vom 14.10.2004, Gesetzesentwurf - Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts, S. 51.

gegliederten Verteilernetzbetreibern Unabhängigkeit und Entscheidungsfreiheit im Sinne des § 7a EnWG gewährleistet werden muss. Sofern die rechtliche und operationelle Selbstständigkeit der Netzbetreibergesellschaft gewährleistet wird, handelt es sich dann nicht mehr um ein vertikal integriertes Unternehmen im Sinne des § 3 Nr. 38 EnWG.[856]

Entflechtungsspezifische *Probleme* können sich bei Kapitalbeteiligungen ergeben, wenn über die Konzernklausel des § 7 Abs. 2 EnWG Kunden der kooperierenden Gesellschaft dem EVU hinzugerechnet werden und somit die 100.000 Kunden-Grenze überschritten wird.[857] Als Lösungen bieten sich hierfür arbeitsteilige Kooperationen mit anderen Stadtwerken an, wonach jedes Stadtwerk jeweils nur eine Wertschöpfungsstufe bedient.[858]

c) In-House Vergabe bei Kooperationen

Bei Kooperationen von kommunalen Energieunternehmen stellt sich aus vergaberechtlicher Sicht insbesondere die Frage, ob „In-House-Vergaben" auch im Rahmen interkommunaler Zusammenarbeit möglich sind. Denn auch wenn öffentliche Einrichtungen untereinander kooperieren, können diese Verträge im Einzelfall einen öffentlichen Auftrag darstellen und mithin dem Vergaberecht unterfallen.[859] Grundlegend für die Bewertung der In-House-Vergabe sind – wie bereits dargelegt – die Kriterien der „Teckal" und der „Stadt Halle" Entscheidungen des EuGH. In Bezug auf öffentlich-öffentliche Partnerschaften ist das Urteil „Stadtreinigung Hamburg" des EuGH weiter konkretisierend.[860] Bei diesem Sachverhalt hat der EuGH – entgegen der Auffassung der Kommission – eine interne Vergabe eines Auftrags über Abfallentsorgungsleistungen von vier Landkreisen an die Stadtbeteiligung Hamburg AöR als rechtmäßig angesehen, obwohl die vier Landkreise daran nicht beteiligt sind.[861] Als Begründung führte der EuGH an, dass es öffentlichen Stellen freistehe sich bei der Erfüllung ihrer im Allgemeininteresse stehenden Aufgaben der Dienste anderer öffentlicher Stellen zu bedienen.[862] „Eine öffentliche Stelle kann nämlich ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben entweder mit ihren eigenen Mitteln oder in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen erfüllen, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden, die nicht zu ihren Dienststellen gehören".[863] Die Voraussetzungen

---

[856] *Tödtmann/Setz*, in: Baur/Pritzsche/Simon, Unbundling in der Energiewirtschaft, S. 74.

[857] Vgl. *Knauff*, in: Kment, § 7 EnWG, Rn. 9; *Tödtmann/Setz*, in: Baur/Pritzsche/Simon, Unbundling in der Energiewirtschaft, S. 74.

[858] *Tödtmann/Setz*, in: Baur/Pritzsche/Simon, Unbundling in der Energiewirtschaft, S. 74.

[859] EuGH NVwZ 2005, S. 431 (432).

[860] EuGH, Urteil vom 09.06.2009, Rs. C- 480/06, Slg. 2009, I-4747; *Hertwig*, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, S. 63.

[861] EuGH, Urteil vom 09.06.2009, Rs. C- 480/06, Slg. 2009, I-4747, Rn. 41 ff.; *Hertwig*, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, S. 63.

[862] EuGH, Urteil vom 09.06.2009, Rs. C- 480/06, Slg. 2009, I-4747, Rn. 45.

[863] EuGH, Urteil vom 09.06.2009, Rs.C- 480/06, Slg. 2009, I-4747, Rn. 45.

seien lediglich, dass die Kooperation der Erfüllung im allgemeinen Interesse liegender Aufgaben dient, die Kooperation die Wahrnehmung dieser Aufgaben darstellt und kein Privater an der Kooperation beteiligt ist.[864]

Eingeschränkt bzw. konkretisiert wurde diese Rechtsprechung durch die Urteile vom 19.12.2012[865] und 13.06.2013[866]. Im ersten Fall beauftragte ein öffentliches Krankenhaus in der norditalienischen Stadt Lecce eine Universität mit der Beratung der Erdbebensicherheit des Krankenhauses, wobei die Universität externe Berater anstellen durfte. Hier hat der EuGH entschieden, dass es sich bei dieser Aufgabe um keine gemeinsame öffentliche Aufgabe gehandelt hat, da beide Einrichtungen zu dieser Aufgabe nicht verpflichtet seien.[867] Des Weiteren könnte durch diese Konstellation das externe private Unternehmen bevorzugt werden, das die Universität als externen Berater einstellen darf.[868] Im zweiten Fall hat der EuGH eine gemeinsame öffentliche Aufgabe im Hinblick auf die Reinigung von Schulgebäuden eines Kreises durch eine ihrer Gemeinden im Wege einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung mit den gleichen Gründen abgelehnt. Festzuhalten ist daher, dass eine In-House-Vergabe bei interkommunaler Kooperation nur dann möglich ist, wenn es sich um *eine gemeinsame öffentliche Aufgabe zum Allgemeinwohl* handelt. Eine schlichte öffentliche Aufgabe ist für die Vergaberechtsfreiheit nicht ausreichend. Ferner dürfen Private auch nicht durch externe Auftragsvergabe in die Leistung miteinbezogen werden, weil dies die beauftragten privaten Auftragnehmer gegenüber anderen Wettbewerbern bevorteilen würde. Ob der Auftrag nur kostendeckend vergeben wird, ist dabei unerheblich; eine Entgeltlichkeit im Sinne des Art. 1 Abs. 2 Buchst. a RL 2004/18 liegt unabhängig davon vor.[869]

II. Kooperation mit Gemeindebürgern

Neben der Kooperation mit anderen kommunalen oder privaten EVU haben die Gemeinden für die Realisierung von Energieerzeugungsprojekten in den letzten Jahren auch auf die Unterstützung der lokalen Bevölkerung gesetzt.[870] Diese – im Falle von WEA – sogenannten „Bürgerwindparks" haben auch in der juristischen Literatur bereits vielfach Beachtung gefunden.[871] In Hinblick auf den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit – den Erzeugungsmöglichkeiten von Kommunen

---

[864] Vgl. *von dem Busche*, IR 2009, S. 295 (298).

[865] EuGH NVwZ 2013, S. 710 ff.

[866] EuGH NVwZ 2013, 931 ff.

[867] EuGH NVwZ 2013, 710 (711); *Schwabe*, IBR 2013, S. 163.

[868] EuGH NVwZ 2013, 710 (711); *Schwabe*, IBR 2013, S. 163.

[869] EuGH NVwZ 2013, 931 (932).

[870] So wurden z. B. im Jahre 2008 43, 2009 94, 2010 111, 2011 167 und 2012 150 Energiegenossenschaften gegründet; *DGRV*, Energiegenossenschaften - Umfrage Frühjahr 2013, S. 5, https://www.dgrv.de/webde.nsf/7d5e59ec98e72442c1256e5200432395/dd9db514b5bce595c1257bb200263bbb/$FILE/Umfrageergebnisse%20Energiegenossenschaften.pdf.

[871] *Zenke/Dessau*, KommJur 2013, S. 288 ff.; *Shirvani*, NVwZ 2014, S. 1185 ff.; *Kneuper/v.Kaler*, NVwZ 2012, S. 791ff.; *Kümper/Milstein*, ZfBR 2013, S. 742 ff.; *Berkemann*, NordÖR 2013, S. 497ff.

in der Energiewende – soll das Thema „Bürgerwindparks" nur in Hinblick auf Grundlagen und notwendige Erkenntnisgewinne für den unter Punkt F. ausgearbeiteten Schwerpunkt der Arbeit angesprochen werden, ob seiner Aktualität aber auch nicht gänzlich unerwähnt bleiben.

1) Motive und Ziele der Kooperation mit Gemeindebürgern

Wie bei anderen Kooperationen und Beteiligungen auch, hat die Einbindung der Bürger in Erneuerbare-Energien-Projekte eine zuvorderst monetäre Zielsetzung. Geschätzte Kosten der Energiewende von 550–1.500 Mrd. EUR bis zum Jahre 2050 indizieren einen hohen Kapitalbedarf auf Seiten der EVU.[872] Einen Teil dieses Kapitals versuchen die Projektbetreiber daher neben den oben genannten Finanzierungsmöglichkeiten durch (Kapital-) Beteiligungen der lokal ansässigen Bevölkerung zu akquirieren.

Zu diesem finanziellen Gesichtspunkt gesellt sich bei „Bürgerwindparks" jedoch noch ein entscheidender weiterer Aspekt. Störfaktoren wie Lärmbelästigung, Beeinträchtigung des Landschaftsbildes und der heimischen Fauna, Schattenwürfe, Infraschallwellenbelastung und diverse weiterer Negativaspekte von WEA, führen dazu, dass die Akzeptanz der Bevölkerung für WEA in ihrer Gemeinde erst einmal als gering zu bewerten ist und sogar auf aktive Ablehnung stößt.[873] Obwohl die Energiewende grundsätzlich von der Mehrheit der Bevölkerung befürwortet wird, stößt die Realisierung vor Ort regelmäßig auf Widerstand (sogenannter „Not-in-my-backyard"-Effekt).[874]

Kapitalbeteiligungen der ortsansässigen Bevölkerung versuchen diesem Widerstand gleich in mehreren Punkten entgegenzutreten. Zum einen haben Bürger als Gesellschafter natürlich ein veritables Interesse daran, dass die Anlagen eine möglichst hohe Rendite abwerfen, sprich störungsfrei und möglichst kostengünstig ans Netz gehen können. Des Weiteren werden die Bürger in die Planungen hinsichtlich der Höhe, des Standorts oder der Anzahl der Anlagen eingebunden.[875] Je nach gesellschaftsrechtlicher Ausgestaltung des Betreibermodells haben sie dahingehend selbst Stimmrechte und können die genaue Ausgestaltung des Windparks aktiv mitbestimmen. So ist anerkannt, dass „Bürgerwindparks" auf eine höhere Akzeptanz in der lokalen Bevölkerung stoßen, weil die Wertschöpfung vor Ort

---

[872] *BMWi*, Die Energiewende in Deutschland 2012, S. 13; *Zenke/Dessau*, KommJur 2013, S. 288 (288). *Fraunhofer ISE*, Was kostet die Energiewende, 2015, https://www.ise.fraunhofer.de/de/presse-und-medien/presseinformationen/2015/was-kostet-die-energiewende-wege-zur-transformation-des-deutschen-energiesystems-bis-2050.html.

[873] *Zenke/Dessau*, KommJur 2013, S. 288 (288); *Die Zeit*, Ein realer Kampf gegen Windmühlen, Januar 2011, http://www.zeit.de/politik/deutschland/2011-11/windkraft-protest-schleswig-holstein; Eine überregionale Plattform gegen Windkraft, auf der sich dutzende lokale Gruppen treffen und austauschen: http://www.windkraftgegner.de/.

[874] *Kneuper/v.Kaler*, IR 2012, S. 250.

[875] Vgl. *Shirvani*, NVwZ 2014, S. 1185 (1185); *Meckert*, in: Boewe/Meckert, Leitfaden Windenergie: Planung, Finanzierung und Realisierung von Onshore-Windenergieanlagen, S.185.

bleibt und auch Bürger, die nicht als Gesellschafter teilnehmen, sich mit dem Projekt eher identifizieren können.[876] Kritisch zu hinterfragen ist allerdings, ob originäre Gegner eines Windparks durch den Vorteil der lokalen Wertschöpfung von ihrem Widerstand abgebracht werden können. Die generelle akzeptanzsteigernde Erkenntnis, dass die Kommune und ihre Bürger von dem Windpark unmittelbar und nicht nur über eine geringe Beteiligung der Gewerbesteuer profitieren (vgl. § 29 Abs. 1 Nr. 2 GewStG), wird im Vergleich zu von einer Vermögensgesellschaft betriebenen Anlagen aber nicht wegzudiskutieren sein. Zumal lokale Projektbetreiber andererseits neben dem Renditestreben auch ein anderes Verhältnis zu Rücksichtnahmepflichten aufweisen werden.

2) Rechtliche Grundlagen und Besonderheiten

Trotz der verhältnismäßig jungen Geschichte von kommunalen Bürgerwindparks haben sich bereits diverse Beteiligungsmodelle herausentwickelt, deren Ausgestaltung sich im Einzelfall nach der Interessenlage der Gesellschafter richtet. Kommunen oder deren Stadtwerke haben andere Anforderungen an die Merkmale einer Betreibergesellschaft als überregionale private Investoren. Unterscheiden lassen sich die Modelle verallgemeinert danach, ob die Bürger nur als Kapitalgeber oder auch als Gesellschafter eingebunden werden.

Bei Kapitalbeteiligungen haben sich als klassisches Mittel der Fremdfinanzierung das Darlehen gemäß §§ 488 ff. BGB[877], Inhaberschuldverschreibungen (Anleihen)[878] und Genussrechte[879] als Investitionsmöglichkeit etabliert. Als Gesell-

[876] *Henneke/Ritgen,* Kommunales Energierecht, S. 88; *Shirvani*, NVwZ 2014, S. 1185 (1185); *Berkemann*, Nord-ÖR 2013, S. 497 (498).

[877] Siehe hierzu weiterführend: *Zenke/Dessau*, KommJur 2013, S. 288 (288) m.w.N. für Beispiele in der Praxis; *Kneuper/v. Kaler*, IR 2012, S. 250 (252); *Meckert*, in: Boewe/Meckert, Leitfaden Windenergie: Planung, Finanzierung und Realisierung von Onshore-Windenergieanlagen, S.198.

[878] Deren Rückzahlungsanspruch ergibt sich aus dem verbrieften Leistungsversprechen des Schuldners gemäß § 793 Abs. 1 BGB. Inhalt dieser Inhaberschuldverschreibung kann neben dem Rückzahlungsanspruch sowohl ein fester als auch variabler Zins sein. *Zenke/Dessau*, KommJur 2013, S. 288 (289); *Habersack*, in: Müko, § 793 BGB, Rn. 34; *Sprau*, in: Palandt, § 793 BGB,Rn. 2.

[879] Diese sind trotz über 140-jährigen Bestehens gesetzlich nicht definiert. Nach jedoch übereinstimmender Definition stellt ein Genussrecht einen Ertrag dar, mit dem schuldrechtliche Ansprüche vermögensrechtlicher Art gegen die Gesellschaft begründet werden, welche den Vermögensrechten der Gesellschafter angenähert oder gleichgestellt sein können. Der Genussrechteinhaber erhält keine Mitgliedschaftsrechte in der Gesellschaft, er überlässt der Gesellschaft Kapital und erhält dafür einen gewinnbezogenen Zinssatz (v. *Alvensleben*, in: Häger/Elkemann-Reusch, Mezzanine Finanzierungsinstrumente, S. 211). Problematisch ist hierbei die mögliche Verlustbeteiligung der Bürger, bei der Verluste mit dem Genusskapital des Rechteinhabers verrechnet werden. Diese Haftungsrisiken machen Genussrechte für kommunale Energieprojekte eher unattraktiv, da eine Verlustbeteiligung der Bürger von den lokalen Mandatsträgern nicht gewollt sein wird (*Zenke/Dessau*, KommJur 2013, S. 288 (289); *V. Kaler/Kneuper*, NVwZ 2012, S. 791. Hierbei sei auch an die Prokon Insolvenz zu denken. Prokon hatte zuvor Genussscheine für Windparks an viele kleine Investoren in einer Gesamthöhe von 1,4 Mrd. € ausgegeben (WirtschaftsWoche, Zweistelliger Millionenverlust in 2016 und Stopp aller Windprojekte in Polen, 2016, http://www.wiwo.de/unternehmen/energie/ex-pleitefirma-

schaftsformen für „Bürgerwindparks“ haben sich in der Praxis vor allem die GmbH & Co. KG und die Genossenschaft oder eine Kombination von beiden herausgebildet.[880] Die GmbH & Co. KG ist eine Mischform zwischen Kapital und Personengesellschaft. Die GmbH ist dabei der haftende Komplementär innerhalb der Kommanditgesellschaft.[881] Allein der Komplementär ist in der KG zur Führung der Geschäfte berechtigt (vgl. § 164 HGB). Aufgrund dessen können die Gesellschafter der GmbH, also das Stadtwerk, die Kommune oder die Projektgesellschaft, die alleinige Geschäftsführung ausüben.[882] Die Bürger beteiligen sich am Eigenkapital der GmbH & Co. KG als Kommanditisten.[883]

Die zweite weit verbreitete Gesellschaftsform für eine Bürgerbeteiligung an Energieerzeugungsprojekten ist die eingetragene Genossenschaft. In Deutschland sind ca. 650 Energiegenossenschaften mit über 136.000 Mitgliedern registriert.[884] Nach dem sogenannten Identitätsprinzip stehen Genossenschaften in erster Linie (aber nicht ausschließlich) in einer Marktbeziehung zu ihren Mitgliedern und nicht zu beliebigen anderen Markteilnehmer, wie dies bei Kapitalgesellschaften der Fall ist.[885] Die Genossenschaftsmitglieder sind also Förderer des gemeinschaftlichen Zwecks und Kunden zugleich.[886] Der Förderauftrag bei Energiegenossenschaften kann die Weiterleitung günstigen Stroms an seine Mitglieder, aktive Beiträge zum Klimaschutz oder eine ökologische Kapitalanlage darstellen.[887] Die lokale Bindung der Genossenschaft kann dadurch verstärkt werden, dass in der Satzung festgeschrieben wird, dass nur Personen mit Ortsbezug Mitglieder der Genossenschaft werden können (§ 8 Abs. 1 Nr. 2 GenG). Die Haftung der einzelnen Mitglieder ist auf das Genossenschaftsvermögen beschränkt (§ 2 GenG). Zwar ist der Grundgedanke der Genossenschaft die Förderung der ideellen oder wirtschaftlichen Interessen der Mitglieder, eine reine auf Rendite abzielende Kapitalanlage ist jedoch auch möglich (§ 8 Abs. 2 GenG).[888] Bei Energiegenossenschaften sind die

prokon-zweistelliger-millionenverlust-in-2016-und-stopp-aller-windprojekte-in-polen-/19339728.html).

[880] *Zenke/Dessau*, KommJur 2013, S. 288 (289); *Kneuper/v. Kaler*, IR 2012, S. 250 (251).

[881] *Binz/Sorg*, die GmbH & Co. KG, S. 1; *Erle/Ring*, in: Beck`sches Handbuch der GmbH, § 1, Rn. 20.

[882] *V. Kaler/Kneuper*, NVwZ 2012, S. 791 (792); *Zenke/Dessau*, KommJur 2013, S. 288 (290).

[883] *Berkemann*, NordÖR 2013, S. 497 (498); *Zenke/Dessau*, KommJur 2013, S. 288 (290). Dies bietet den Bürger-Gesellschaftern zudem den Vorteil, dass sie nur bis zur Höhe ihrer Einlage haften (vgl. § 171 Abs. 1 HGB).

[884] *DGRV*, Energiegenossenschaften – Umfrage Frühjahr 2013, S. 5.

[885] *Geschwandter*, Genossenschaftsrecht, S. 54; *Fandrich*, in: Pöhlmann/Fandrich/Bloehs, § 1 GenG, Rn. 5ff.

[886] *Beuthien*, § 1 GenG, Rn. 2; *Geschwandter*, Genossenschaftsrecht, S. 54.

[887] Vgl. *Althanns*, ZfBR Sonderausgabe 2012, S. 36 (38).

[888] Vgl. *Meckert*, in: Boewe/Meckert, Leitfaden Windenergie: Planung, Finanzierung und Realisierung von Onshore-Windenergieanlagen, S. 194.

Anteile in ihrer Höhe dabei regelmäßig so ausgestaltet, dass die meisten Bürger einen Anteil erwerben können.[889]

Als Hybrid-Lösung kann sich eine Genossenschaft als Gesellschafter eines lokalen Energieprojektes als Kommanditist in eine GmbH & Co. KG einbringen.[890] Dies zieht eine bessere Steuerungsfähigkeit des Stadtwerks[891] und eine flexiblere Ausgestaltung der Gesellschaft nach sich. Auf der anderen Seite führt es jedoch zu einem erheblichen Verlust an Einflussnahme durch die Bürger,[892] die als Mitglieder einer Genossenschaft, die lediglich Kommanditist ist, kaum Mitspracherechte haben.

Eine rechtliche Besonderheit für Bürgerwindparks abseits der gesellschaftsrechtlichen Fragestellung ergibt sich aus der EEG-2017-Novelle. Bei den EEG-Ausschreibeverfahren haben Bürgerenergiegesellschaften im Sinne des § 3 Nr. 15 EEG insbesondere Erleichterungen bei dem Erfordernis der Vorlage einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung und der Hinterlegung der erforderlichen Sicherheit (§ 36g EEG). Auch bei kommunalrechtlichen Anforderungen hat Schleswig-Holstein durch die Schaffung des § 105 GO S-H eine Sondervorschrift für die Beteiligung der Kommune an Genossenschaften geschaffen, die in Schleswig-Holstein oft Energiegenossenschaften darstellen.[893] Ebenso gibt § 121 Abs. 1 a S. 2 Hess.GO vor, dass die Beteiligung der Bürger an Gesellschaften im Bereich der Energie u.a. ermöglicht werden soll.

Von Interesse ist des Weiteren die Bewertung der In-House-Fähigkeit einer Bürgerenergiegesellschaft. Wie bereits dargestellt richtet sich diese in Hinblick auf eine zu vergebende Leistung nach dem Kontrollkriterium und dem Wesentlichkeitskriterium. Das Kontrollkriterium wird bei einer Genossenschaft aufgrund des

---

[889] Bei der Norddeutschen Energiegenossenschaft eG liegt der Mindestanteil beispielsweise bei 250 €, http://www.n-eg.de/mitglied_werden/; s. dazu *Kneuper/v. Kaler*, IR 2012, S. 250 (251).

[890] *Strieder*, in: Beck'sches Handbuch der Genossenschaft, § 2, Rn. 51; *Kneuper/v.Kaler*, IR 2012, S. 250 (252).

[891] Eine gezielte Steuerung durch große Kapitalgeber ist bei einer reinen Genossenschaft schwierig. Denn bei Genossenschaften werden die Stimmrechte nicht nach Kapital, sondern in Form des „ein-Mitglied-eine-Stimme-Prinzips" nach „Köpfen bemessen (*Althanns*, ZfBR 2012 Sonderausgabe, S. 36 (37); *Fandrich*, in: Pöhlman/Fandrich/Bloehs, § 43 GenG, Rn. 30). Eine wichtige Distinktion liegt bei den Kontroll- und Auskunftsrechten in Hinblick auf kommunale Ingerenzpflichten zudem darin, dass ein Genossenschaftsmitglied nur in der Generalversammlung Auskunft vom Vorstand einholen kann, wohingegen dem GmbH Gesellschafter diese Möglichkeit jederzeit zusteht (*Geschwandtner*, Genossenschaftsrecht, S. 73.). Zudem sind Genossenschaftsanteile im Gegensatz zu GmbH-Anteilen nicht frei veräußerbar und daher hinsichtlich der Gesellschafterstruktur wesentlich unflexibler. Ebenso ist die Satzungsstrenge der eG im Vergleich zur GmbH insbesondere in Hinblick auf die Vorgaben des § 137 NKomVG hinderlich.

[892] Als Vorteil der Genossenschaft lässt sich sonst grundsätzlich die demokratische Struktur der Genossenschaft anführen sowie die gleichberechtigten Mitglieder mit einer persönlich starken Bindung, welche zudem einem geringen Haftungsrisiko ausgesetzt sind (*Glenk*, Genossenschaftsrecht, S.41; vgl. dazu auch *Geschwandter*, Genossenschaftsrecht, S. 49f.).

[893] *Agentur für Erneuerbare Energien*, Föderal Erneuerbar, https://www.foederal-erneuerbar.de/landesinfo/bundesland/SH/kategorie/wirtschaft/auswahl/483-anzahl_energiegenoss/#goto_483.

„ein-Kopf-eine-Stimme“ Prinzips nicht zu erreichen sein. Im Gegensatz dazu kann bei einer GmbH & Co.KG mit der Kommune oder einem kommunal beherrschten Stadtwerk als Komplementär eine Kontrolle in diesem Sinne durchaus angenommen werden.[894] Bei reinen Kapitalbeteiligungen stellt sich dieses Problem nicht. In wieweit die Einspeisung des Stroms in das lokale Netz wesentlich der Kommune zugutekommt ist im Einzelfall zu prüfen.[895] Sonstige rechtliche Besonderheiten ergeben sich vor allem bei kapitalanlagerechtlichen Fragen.[896]

[894] v.*Kaler/Kneuper*, NVwZ 2012, S. 791 (794).

[895] Zu den weiteren Fragestellungen hinsichtlich des Wesentlichkeitskriteriums: *v.Kaler/Kneuper*, NVwZ 2012, S. 791 (794).

[896] Hierzu: *Zenke/Dessau*, KommJur 2013, S. 288 (291); *Olbing*, in: Streck, § 22 KstG, Rn. 5 ff.; *Althanns*, ZfBR 2012 Sonderausgabe, S. 36 (39 ff.)

F. Kommunal- und verfassungsrechtliche Grenzen

Als nächstes Kapitel dieser Arbeit sollen die kommunal- und verfassungsrechtlichen Besonderheiten kommunaler Energieerzeugungsprojekte untersucht werden. Das Ziel dieser Analyse ist die Beantwortung der Frage, ob das Kommunalrecht den rasanten Veränderungen der Energiewirtschaft gewachsen ist und ob sich eventuelle Malusse angleichen lassen. Konkret ausgedrückt, welche Unterschiede sich im Vergleich zu privatwirtschaftlichen Energieerzeugern ergeben, welche Divergenzen zwischen (verfassungsrechtlichen) Vorgaben und Rechtswirklichkeit bereits jetzt bestehen und welche Strukturdirektiven des Grundgesetzes kommunalwirtschaftliche Grenzen determinieren.

Hierbei sollen zunächst die kommunalrechtlichen Grenzen und ihre aktuelle Anwendung auf kommunale Energieerzeugungsprojekte dargestellt werden. Es folgt die Gegenüberstellung der kommunalen Besonderheiten auf Grundlage der in den zuvor erarbeiteten Erzeugungs- und Kooperationsprojekten herausgearbeiteten Ergebnisse der energiewirtschaftlichen Betätigung der Privatwirtschaft. Daran schließt sich eine umfassende Betrachtung der sich daraus ergebenden Unterschiede hinsichtlich des verfassungsrechtlichen Rahmens, der ratio der kommunalrechtlichen Grenzen, eventueller Zielkonflikte mit europäischen Vorgaben und der verfassungsgemäßen Auslegung der Grenzen an, um nach einer ökonomischen Analyse zu einer Bewertung des Rechtsrahmens der Kommunalwirtschaft

zu gelangen. In einem abschließenden Schritt wird ein Ausblick für eine mögliche Anpassung der Normen für die Kommunalwirtschaft skizziert.

I. Darstellung der kommunalrechtlichen Grenzen kommunaler Wirtschaftstätigkeit

Die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen ist in allen Gemeindeordnungen der Länder auf unterschiedliche Weise Beschränkungen unterworfen. Gemein ist allen Gemeindeordnungen als Vorbild die sogenannte „Schrankentrias" des kommunalen Wirtschaftsrechts, die auf § 67 der Gemeindeordnung von 1935 basiert. Diese Schranken haben sich mit der Zeit je nach Bundesland und dessen Stellenwert der kommunalen Wirtschaft ausdifferenziert.

Normadressat der kommunalrechtlichen Schranken ist ausschließlich die Kommune, nicht deren Unternehmen.[897] Der Anwendungsbereich erstreckt sich zudem nur auf wirtschaftliche Tätigkeiten, von denen qua Gesetz bereits diverse Tätigkeitsfelder ausgenommen sind.[898] Auch die Frage in welchen konkreten Fällen die Schrankentrias anzuwenden ist, unterscheidet sich je nach Bundesland. In den meisten Bundesländern haben Kommunen die nachfolgend dargestellte Schrankentrias zu beachten, wenn sie Unternehmen errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern.[899] Andere Bundesländer wie Nordrhein-Westfalen oder Hessen verzichten auf eine bestimmte Organisationshandlung oder einen bestimmten Zeitpunkt und stellen auf die wirtschaftliche Betätigung schlechthin ab.[900] Adressat bleibt aber weiterhin die Kommune selbst. Im Folgenden sollen die einfachgesetzlichen Ausformungen dargestellt und die derzeitige Ansicht zu ihrer Auslegung dargestellt werden.

1) Hintergründe und Zweck der kommunalrechtlichen Grenzen

Für das Verständnis der kommunalrechtlichen Grenzen soll ein kurzer Blick auf die Intention des Gesetzgebers bei der Gesetzgebung geworfen und zuvor der eigentliche Stellenwert dieser Intention und der politischen Absichten betrachtet werden.

Wenn staatliches Handeln abstrakt und vereinfacht dargestellt wird, so beginnt es mit dem vorausschauenden Planen und Erkunden eines Handlungsbedarfs, führt dann weiter zu einer Entscheidung, über den Entscheidungsvollzug bis hin

---

[897] Vgl. § 136 Abs. 1 NKomVG; § 107 Abs. 1 GO NRW; Art. 87 Abs. 1 Bay. GO.

[898] So in der Regel Einrichtungen des Bildungs- Sozial- und Gesundheitswesens, von Kunst- und Sportstätten, vgl. § 136 Abs. 3 NKomVG, § 102 Abs. 4 GO BW, § 68 Abs. 3 KV M-V, § 121 Abs. 2 Hess. GO, § 107 Abs. 2 GO NRW, § 85 Abs. 4 GO Rh.-Pf., § 108 Abs. 2 KVSG, § 94a Abs. 3 SächsGO, § 101 Abs.4 GO S-H.

[899] § 136 Abs. 1 NKomVG; Art. 87 Abs. 1 Bay. GO; § 102 Abs. 1 GO BW; § 71 Abs. 1 ThürKO.

[900] § 107 Abs. 1 GO NRW, § 121 Abs. 1 Hess.GO; *Nierhaus*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 40 Rn. 8.

zur Kontrolle.[901] Diese Schematik lässt sich auch auf die Gesetzgebung übertragen. So beruhen Gesetzgebungen grundsätzlich auf dem Ablauf Problemimpuls, Problemdefinition, Entwurf von Zielvorstellungen, Entwurf von Regelungsalternativen und Nachkontrolle.[902] Der Ausgangspunkt ist demnach in der Regel das Auftreten eines tatsächlichen Problems bzw. dem Erkennen von Handlungsbedarf.[903] Die verschiedenen politischen Ansichten stellen den Wettbewerb um die zur Verfügung stehenden Lösungsalternativen des Problems dar.[904]

Der genaue Hintergrund eines solchen Gesetzgebungsverfahrens kann dabei vielfältig sein. Gesetzeszwecke haben keinen numerus clausus, lassen sich jedoch in einige Obergruppen einordnen. Eine zunehmend häufige Verwendung findet die steuernde Gesetzgebung, die maßgeblich zur Gesellschaftsgestaltung eingesetzt wird.[905] Ferner werden aus der Verfassung abgeleitete Schutzpflichten in Gesetzen konkretisiert, beispielsweise zum Schutz von Bevölkerungsgruppen oder zur Reglementierung von technischen Neuerungen und den davon ausgehenden Gefahren.[906] Der Zweck vieler Gesetze liegt in der Ordnung diametraler Interessenstränge, bei denen sich meist über- und untergeordnete Personengruppen gegenüber stehen.[907] Zwar lässt sich bei den Akteuren Privatwirtschaft und Kommunen im Bereich der Wirtschaftstätigkeit keine Über- bzw. Unterordnung festmachen, die erste Kodifizierung der kommunalen Vorschriften im Jahre 1935 wurde jedoch deswegen vorgenommen, um auf eine Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Stellung kommunaler Wirtschaftstätigkeit im Vergleich zu privatwirtschaftlichem Handeln zu reagieren. Ihnen ist demnach eine Steuerungswirkung immanent.

Die Schutzzwecke kommunalwirtschaftlicher Grenzen dienen in der Folge sowohl privaten Wirtschaftsteilnehmern als auch den Kommunen und ihren Einwohnern. Diese Schutzzwecke werden durch die verschiedenen Zielsetzungen der kommunalen Grenzziehungen verwirklicht (s.u.). Trotz der ganz unterschiedlichen Restriktionen wurde die kommunale Wirtschaftstätigkeit immer auch als notwendig angesehen, um den Anforderungen der Daseinsvorsorge gerecht zu werden[908], was sich auch heute an den vielfach verwendeten Bereichsausnahmen für Tätigkeiten der Daseinsvorsorge im Rahmen der Schrankentrias verdeutlicht.

---

901 *P.Kirchhof*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts V, § 99, Rn. 136.

902 *Smeddinck*, Gesetzgebungsmethodik und Gesetzestypen, in: Kluth/Krings, Gesetzgebung, Rn. 14.

903 *F.Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts V, § 102, Rn. 10.

904 *Smeddinck*, Gesetzgebungsmethodik und Gesetzestypen, in: Kluth/Krings, Gesetzgebung, Rn. 13.

905 *Schneider*, Gesetzgebung, Rn. 1; *Smeddinck*, Gesetzgebungsmethodik und Gesetzestypen, in: Kluth/Krings, Gesetzgebung, Rn. 10; *Kluth*, Begriff und Erscheinungsformen der Gesetzgebung, in: Kluth/Krings, Gesetzgebung, § 1, Rn. 6.

906 So zum Beispiel bei Hochrisikoanlagen wie Kernkraftwerken oder dem Datenschutz im Internet, siehe dazu *Kluth*, Begriff und Erscheinungsformen der Gesetzgebung, in: Kluth/Krings, Gesetzgebung, § 1, Rn. 6.

907 *Kluth*, Begriff und Erscheinungsformen der Gesetzgebung, in: Kluth/Krings, Gesetzgebung, § 1, Rn. 6.

908 Vgl. *Wefelmeier*, in: Blum u.a., § 136 NKomVG, Rn.1; *Winkel*, NWVBl. 2008, S. 285 (285).

Bei der 1935 eingeführten reichsweiten Gemeindeordnung lag der Zweck in wirtschaftspolitischer Hinsicht nicht darin, die private Wirtschaft zu maßregeln, sondern den kommunalen Expansionsdrang einzudämmen und die Relikte der in der Weltwirtschaftskrise notwendig gewordenen Verstaatlichungen wieder loszuwerden.[909] Hinter diesen Erwägungen steckte auch ein Effizienzgedanke, der eine kommunale Wirtschaftstätigkeit als unzulässig ansah, wenn „[…] die betreffende Aufgabe besser und wirtschaftlicher bereits durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann und ist ein anderer zur Erfüllung der Aufgabe bereit, so bleibt für die gemeindliche Betätigung grundsätzlich kein Raum".[910] Diese klare Entscheidung zugunsten der Privatwirtschaft[911] in Form der Subsidiaritätsklausel wurde zu bundesrepublikanischen Zeiten mehrfach in Frage gestellt und zum Vorteil der kommunalen Unternehmen verschoben. Neben den politischen Grundüberzeugungen entscheidet sicherlich auch der „Zeitgeist" – stehen Privatisierungen oder Rekommunalisierungen gerade hoch im Kurs – und die sich verändernden Märkte über eine Anpassung der kommunalrechtlichen Vorschriften. So sind die gemeinschaftsrechtlich forcierten Liberalisierungen vieler Märkte und insbesondere des Energiemarktes eine Herausforderungen für kommunale Unternehmen, denen sich einige Landesgesetzgeber mit dem Ziel angenommen haben, die Wettbewerbsfähigkeit der kommunalen Unternehmen weiterhin zu gewährleisten und zu verbessern.[912] In den jüngeren Novellen etlicher Gemeindeordnungen wurden, gerade im Bereich der Energieversorgung, auch ganz gezielt Regelungen aufgenommen, die kommunale Wirtschaftstätigkeiten fördern sollten.[913] Dadurch soll eine Benachteiligung kommunaler Unternehmen gegenüber der Privatwirtschaft im Energiesektor abgebaut und so ein kommunales Gegengewicht zu den oligopolartigen Strukturen der privaten EVU ermöglicht werden.[914] Bei dieser Zielrichtung spielten sicherlich auch Wirtschaftlichkeitserwägungen eine große Rolle, die die angeschlagene Finanzkraft der Kommunen im lukrativen Bereich

---

[909] *Surén/Loschelder*, Die Deutsche Gemeindeordnung, Bd. 2, S. 88; *Püttner*, Das Recht der kommunalen Energieversorgung, S. 14; *Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, Kap. C Rn. 33.

[910] *Surén/Loschelder*, Die Deutsche Gemeindeordnung, Bd. 2, S. 89.

[911] In der amtlichen Begründung zu § 67 DGO heißt es: „Es kann einer Gemeinde nie erlaubt sein, zu wirtschaften, wenn ihr einziges Ziel dabei das der Gewinnerzielung ist. (…) Die Gemeinden sind in erster Linie Träger der öffentlichen Verwaltung." Trotzdem wird in der amtlichen Begründung weiter auf die Zwecksetzung des § 72 DGO verwiesen, der sehr wohl die Erwirtschaftung eines Ertrages für den Haushalt der Gemeinde vorsieht. Aus *Surén/Loschelder*, Die Deutsche Gemeindeordnung, Bd. 2, S. 89.

[912] Zu der Neuregelung des § 107 GO NRW, LT-Drs. 15/27 vom 07.07.2010, Gesetzesentwurf zur Revitalisierung des Gemeindewirtschaftsrechts, S. 1; *Attendorn*, KommJur 2010, S. 361 (362); *Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. C Rn. 45.

[913] So bspw. die Neufassung der § 107a GO NRW; § 85 GO Rh-Pf.; § 121 Abs. 1a Hess.GO und § 136 Abs. 1 S. 3-8 NKomVG.

[914] NRW, LT-Drs. 15/27 vom 07.07.2010, Gesetzesentwurf zur Revitalisierung des Gemeindewirtschaftsrechts, S. 2.

der Energieversorgung wieder verbessern sollte.[915] So sind zu den originären Zwecken der Begrenzung kommunaler Wirtschaftstätigkeit Förderzwecke hinzugetreten, die der kommunalen Wirtschaft in Reaktion auf die sich verändernden Rahmenbedingungen alte Hemmnisse abbauen und neue Impulse geben sollen.

2) Öffentlicher Zweck

Der Kerngedanke der kommunalen Wirtschaftstätigkeit liegt in der Erfüllung eines öffentlichen Zwecks.[916] Die Erfüllung dieses öffentlichen Zwecks durch die Errichtung eines Unternehmens mit gemeinwirtschaftlichem Charakter stellt die grundsätzliche Legitimation kommunaler Wirtschaftstätigkeit dar und steht rechtsdogmatisch stets über dem Ziel der Ertragserzielung.[917] Folglich findet sich die öffentliche Zweckbindung auch in jede Kommunalverfassung eingegliedert. Der „öffentliche Zweck" ist dabei ein unbestimmter Rechtsbegriff, dessen genaue Auslegung umstritten ist.[918]

Gemein ist sämtlichen Auslegungen jedoch, dass die Wirtschaftstätigkeit einem öffentlichen Zweck dient, wenn sie eine Gemeinwohlorientierung aufweist und den Einwohnern der Gemeinde zu Gute kommt, sprich der Ertrag der Leistung unmittelbar dem Wohl der örtlichen Bevölkerung, der Gemeinde und dem Gemeinwohl dient.[919] Diese Gemeinwohlorientierung lässt sich dabei auch aus der in Art. 28 Abs. 2 GG umschrieben Aufgabenstellung ableiten.[920] Welche Aufgaben der Gemeinde konkret zugewiesen sind und welche Tätigkeiten dem Gemeinwohl dienen, lässt sich jedoch weder der Verfassung noch der einfachgesetzlichen Regelungen entnehmen. Der Aufgabenbereich kann daher sehr weit interpretiert werden. Der öffentliche Zweck beschränkt sich keinesfalls auf Tätigkeiten der klassischen gemeindlichen „Daseinsvorsorge".[921] Zumal hier nochmals anzumerken ist, dass der Begriff der Daseinsvorsorge sich einer eindeutigen Bestimmbarkeit entzieht.[922] Neben den klassischen Versorgungsfeldern der Daseinsvorsorge wie Gas,

---

915 Vgl. *Lange*, Kommunalrecht, Kap. 14, Rn. 111; *Wefelmeier*, in: Blum u.a., § 136 NKomVG, Rn. 2.

916 *Geerlings*, NWVBl. 2008, S. 90 (91); *Stern*, BayVBl. 1962, S. 129 (130); *Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. C, Rn. 100.

917 *Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. C, Rn. 100; *Ehlers*, DVBl. 1998, S. 497 (498); *Lange*, Kommunalrecht, Kap. 14, Rn. 75.

918 Ausführungen zu den einzelnen Ansichten und Meinungsständen bei *Ipsen*, Niedersächsisches Kommunalrecht, Rn. 649; *Heilshorn*, VerwArch 96 (2005), S. 88 (97); *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, S. 465; *Hösch*, DÖV 2000, S. 393 (400f.); *Geis*, Kommunalrecht, S.190f.; *Erdmann*, in: Ipsen, § 136 NKomVG, Rn.7.

919 BVerwGE 39, 329 (334); BVerfGE 79, 179 ff.; OVG NRW NWVBl. 2005, S. 68; *Geerlings*, NWVBl. 2008, S. 90 (91); *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, Rn. 727; *Britz*, NVwZ 2001, S. 380 (382); *Erdmann*, in: Ipsen, § 136 NKomVG, Rn. 11.

920 BVerfGE 79, 179ff; *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, S.465; *Ehlers*, DVBl. 1998, S. 497 (498); *Ipsen*, Niedersächsisches Kommunalrecht, Rn. 649.

921 BVerwGE 39, 329 (333).

922 Siehe *Hsing*, Rechtliche Zulässigkeit und Handlungsvorgaben gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen mit kommunaler Beteiligung im Bereich der Energieversorgung, S. 70f. m.w. N; *Püttner*, DÖV 1990, S. 461 (464).

Elektrizität und Wasser[923], kommen weitere Unternehmensfelder wie die örtliche Infrastruktur, der soziale Wohnungsbau oder Wirtschafts- und Arbeitsmarktförderung hinzu.[924] Es ist mithin im Einzelfall zu bewerten, ob die Übernahme einer wirtschaftlichen Tätigkeit bei einer Kommune zu der Erfüllung kommunaler Aufgaben und damit eines öffentlichen Zwecks führt.[925] So sind die konkreten Bedürfnisse der lokalen Bevölkerung sowie der örtlichen Infrastruktur bei der Beantwortung dieser Frage mit einzubeziehen.

Zudem steht der betroffenen Kommune nach verbreiteter Ansicht selbst eine weite Einschätzungsprärogative hinsichtlich der Bestimmung dieser Aufgaben zu.[926] Im Ergebnis wird die Bestimmung des öffentlichen Zwecks daher auch durch kommunalpolitische Zweckmäßigkeitserwägungen festgelegt.[927]

Es existiert jedoch eine fast allgemeingültige, aber zuletzt wieder mehrfach angezweifelte[928], Grenze dieser weiten Zweckbestimmung: Ein Unternehmen entspricht dann von vorneherein nicht dem Erfordernis des öffentlichen Zwecks, wenn es einzig mit der Absicht der Gewinnerzielung errichtet wurde.[929] Zwar dient die Unterstützung des Gemeindehaushalts zweifelsfrei dem Gemeinwohl, dies alleine ist aber nach fast übereinstimmender Ansicht nicht ausreichend, um einen öffentlichen Zweck anzunehmen.[930] Die wirtschaftliche Tätigkeit muss vielmehr direkt und nicht lediglich mittelbar durch die Generierung von Finanzmitteln der Förderung bzw. Erfüllung eines öffentlichen Zwecks dienen.[931]

---

[923] Beispielsweise in § 136 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 NKomVG enumerativ als Aufgabe der Kommune aufgelistet oder in § 85 Abs. 1 S. 2 GO Rh.-Pf. Wird explizit auf die Art der Energieerzeugung eingegangen: „Die Errichtung, Übernahme oder wesentliche Erweiterung eines wirtschaftlichen Unternehmens im Bereich Energieversorgung wird stets durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt und ist abweichend von Satz 1 Nr. 2 zulässig, wenn das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht. Satz 2 gilt nicht für die künftige Beteiligung eines wirtschaftlichen Unternehmens der Gemeinde an Anlagen zur Energieerzeugung aus fossilen Energieträgern und Kernbrennstoffen. Davon ausgenommen sind erdgasbasierte Kraftwerke als hocheffiziente GuD-Anlagen, im Rahmen der Kraft-Wärme-Kopplung (KWK) oder als Erzeuger von Regel- und Ausgleichsenergie für einen stabilen Betrieb des elektrischen Netzes."

[924] *Lange*, Kommunalrecht, Kap.14, Rn. 78; *Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. C, Rn. 104.

[925] Vgl. *Erdmann*, in: Ipsen, § 136 NKomVG, Rn. 8.

[926] BVerwGE 39, 329 (334); OVG Münster NVwZ 2008, S. 1031 (1035); *Lange*, Kommunalrecht, Kap. 14, Rn. 81; *Erdmann*, in: Ipsen, § 136 NKomVG, Rn. 7.

[927] *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, Rn. 414.

[928] *Cremer*, DÖV 2003, S. 921 ff.; differenzierend *Franz*, Gewinnerzielung durch kommunale Daseinsvorsorge.

[929] BVerwGE 39, 329 (334); OVG Münster, NVwZ 2003, S. 1520 (1523); *Oebbecke*, in: Mann/Püttner, HKWP Bd. 2; § 41, Rn. 29; *Jarass*, DVBl. 2006; 1 (4f.); *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 (133f.); a.A. *Cremer*, DÖV 2003, S. 921 ff.

[930] *Geerlings*, NWVBl. 2008, S. 90 (91); *Geis*, Kommunalrecht, S. 190f.; *Jarass*, DVBl. 2006, S. 1 (4); *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, Rn. 413; *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 (133f.).

[931] Siehe weiterführend zu der Abgrenzung der *economies of scale* und der Gemeinwohlbindung Punkt G) III).

Je nach Bundesland wird der öffentliche Zweck durch Zusätze bedingt oder durch Negativkriterien abgegrenzt. So verlangte beispielsweise § 107 Abs. 1 Nr. 3 GO NRW einen *dringenden* öffentlichen Zweck. Diese Bedingung wurde nach der Wiedereinführung 2007 mittlerweile jedoch wieder zurückgenommen.[932] In wieweit dies überhaupt eine Verschärfung gegenüber anderen Gemeindeordnungen ohne dieses Merkmal darstellte, darf bezweifelt werden.[933] Dafür muss der öffentliche Zweck in Nordrhein-Westfalen den öffentlichen Zweck im Vergleich zu den meisten anderen Gemeindeordnungen „erfordern".[934] In Schleswig-Holstein muss die Erfüllung des öffentlichen Zwecks gemäß § 101 Abs. 1 Nr. 1 GO S-H im Vordergrund stehen. Die Gemeindeordnungen der Länder Bayern, Brandenburg und des Saarlands negieren das Vorliegen eines öffentlichen Zwecks, sofern die reine Gewinnerzielung verfolgt wird.[935] Das Saarland beschreitet zudem einen Sonderweg hinsichtlich Kooperationen mit privaten Unternehmen, nachdem das Kooperationsunternehmen nur in dem Anteil einem öffentlichen Zweck folgen muss, indem die Gemeinde daran beteiligt ist (§ 108 Abs. 3 S. 2 KSVG). Der saarländische Gesetzgeber hat die Problematik gemischt-wirtschaftlicher Kooperationen zwar erkannt und versucht diese zu regeln, das Ergebnis dieser Kodifizierung kann jedoch angezweifelt werden und soll unter Punkt F) V) 2) einer verfassungsrechtlichen Kontrolle unterzogen werden.

Mittlerweile gehen einige Gemeindeordnungen dazu über Bereichsausnahmen zu implementieren bzw. Wirtschaftsgebieten qua definitionem einen öffentlichen Zweck zuzuschreiben. Die Beispiel NRW weist abermals eine besonders liberale Normierung auf, wonach die Energieversorgung gemäß § 107 a GO NRW immer einem öffentlichen Zweck dient, sofern sie mit der Leistungsfähigkeit der Gemeinde zu vereinbaren ist. Auf die Bereichsausnahmen für energiewirtschaftliche Unternehmen wird unter Punkt F. II. 1) dezidiert eingegangen. Erkennen lassen sich bei diesen Verschärfungen bzw. Abmilderungen der Grenzen für die Kommunalwirtschaft verallgemeinerungsfähig die Manifestation der verschiedenen politischen Ansichten bzw. die Änderung der äußeren Rahmenbedingungen.[936] Im

---

[932] Gesetz zur Revitalisierung des Gemeindewirtschaftsrechts, vom 21. Dezember 2010 - GV NRW S. 688.

[933] OLG Düsseldorf, Beschluss v. 13.08.2008, VII-Verg 42/07, Rn. 35ff; *Stüer/Schmalenbach*, NWVBl. 2006, S. 161 (165); *Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. C, Rn. 101.

[934] Ebenso Art. 87 Bay.GO.

[935] Art. 87 Abs. 1 S. 2 Bay. GO; § 91 Abs. 2 Nr. 1 GO Brandenburg; § 108 Abs. 3 S. 3 KSVG Saarland.

[936] So zum Beispiel die Abschaffung des Merkmales „dringend" in der GO NRW 1999 zur Zeit der Privatisierungswellen. Die Wiedereinführung 2007 und die Abschaffung 2010, um die Gemeinwirtschaft nach der Finanzkrise wieder zu stärken. Weiter ist deutlich eine weitaus restriktivere Haltung der neuen Bundesländer in Hinblick auf die Zulässigkeit und die Voraussetzungen wirtschaftlicher Betätigung gegenüber den Regelungen in den alten Bundesländern auszumachen. So zum Beispiel § 68 Abs. 2 Nr. 3 GO M-V mit einer starren Subsidiaritätsklausel oder § 71 ThürKO, bei der jede wirtschaftliche Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets einer gesonderten Genehmigung bedarf; ganz im Gegensatz zu § 107a Abs. 3 GO NRW.

Ergebnis lässt sich konstatieren, dass das Primat der öffentlichen Zweckbindung nirgendwo angezweifelt wird, die konkrete Normierung und Interpretation dessen erreicht hingegen teils Dimensionen, die eine Bestimmung und somit rechtssichere Einordnung deutlich erschweren.

3) Leistungsfähigkeit

Als weitere Voraussetzung aller Gemeindeordnungen dient die Bedingung ein kommunales Unternehmen nur im Rahmen der Leistungsfähigkeit der Gemeinde zu errichten und den Bedarf der Gemeinde zu beachten.[937] Die Gemeinde hat das geplante Vorhaben unter den Gesichtspunkten der Zukunftsperspektive der Kommune, ihrer langfristigen finanziellen Leistungsfähigkeit und der Folgekosten des Projekts zu prüfen.[938] Der Zweck sowohl der Leistungsfähigkeits- als auch der Bedarfsprüfung liegt darin, die Kommune vor Aktivitäten zu bewahren, die ihre Finanzkraft übersteigt oder für den lokalen Markt überdimensioniert ist.[939] Auch hierbei steht den Kommunen ein weiter Beurteilungsspielraum zu, der nur aufgrund offensichtlicher Fehlentscheidungen oder Ermittlungsdefizite als rechtswidrig eingestuft werden kann.[940] Die genauen Anforderungen an eine solche Prüfung präzisieren die meisten Gemeindeordnungen nicht. § 107 Abs. 5 GO NRW und § 108 Abs. 5 GO SH machen eine Ausnahme und verlangen explizit eine Marktanalyse, die die Chancen und Risiken einer wirtschaftlichen Betätigung offenlegt. Aber auch schon im Hinblick auf die Pflicht zur wirtschaftlichen und sparsamen Haushaltsführung[941], sind Investitionen auf ihre Rentabilität hin zu überprüfen.[942]

Bei Beteiligungen an anderen Unternehmen ohne mehrheitlichen Einfluss auf die Geschäftsführung besteht naturgemäß ein höheres Risiko einen Verlust verbuchen zu müssen. Durch die gesellschaftsrechtlichen Haftungsbegrenzungen der Gesellschafter sowohl bei AG als auch bei der GmbH, lässt sich dieses Verlustrisiko jedoch kalkulieren.

Das Merkmal der Leistungsfähigkeit war interessanterweise in der Praxis nur von sehr untergeordneter Relevanz.[943] In Hinblick auf die chronische Finanznot

---

[937] Ausnahme NRW, das den voraussichtlichen Bedarf nicht als Kriterium aufgenommen hat, vgl. § 107 Abs.1 Nr. 2 GO NRW. Aber auch Niedersachsen hat mittlerweile für EEG-Anlagen das Erfordernis des „voraussichtlichen Bedarfs gestrichen", § 136 Abs. 1 S. 7 NKomVG.

[938] *Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. C, Rn. 128; *Wefelmeier*, in: Blum, § 136 NKomVG, Rn. 34.

[939] *Stüer/Schmalenbach*, NWVBl. 2005, S. 161 (166); *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, Rn. 415; *Ronellenfitsch*, in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch kommunaler Unternehmen, § 4, Rn. 13; *Meßmer*, in Fabry/Augsten, Unternehmen der öffentlichen Hand, Teil 2, Rn. 37.

[940] *Erdmann*, in: Ipsen, § 136 NKomVG, Rn. 15; *Ehlers*, DVBl. 1998, S. 497 (503).

[941] Vgl. § 110 Abs. 2 NKomVG; § 75 Abs. 1 S. 2 GO NRW; Art. 61 Abs. 2 S. 1 Bay. GO.

[942] *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, Rn. 415; *Lange*, Kommunalrecht, Kap. 14, Rn. 106.

[943] Vgl. *Burgi*, Kommunalrecht, § 17, Rn. 45; *Ehlers*, DVBl. 1998, S. 497 (503).

einiger Kommunen sind langfristige Investitionen unter diesem Aspekt jedoch schwieriger geworden.[944]

4) Subsidiarität

Dritter Baustein der Schrankentrias ist das Subsidiaritätserfordernis. Dieses hat sich im Laufe der Zeit teils deutlich von der „Urform" aus § 67 Abs. 1 Nr. 3 DGO entfernt. Grundsätzlich enthält die Subsidiaritätsklausel die Aussage, dass die wirtschaftliche Betätigung nur dann zugelassen ist, wenn sie nicht auch (besser oder wirtschaftlicher) durch einen privaten Dritten erfüllt werden könnte. Von diesem Grundgedanken ausgehend, haben sich viele Konkretisierungen und Ausnahmen entwickelt, bis hin zur kompletten Abschaffung.[945] Trotz vieler verschiedener Ausnahmeregelungen, lassen sich mit der sogenannten Funktionssperre[946] und der „echten" oder auch „strengen" Subsidiaritätsklausel[947] zwei Grundrichtungen unterscheiden.[948] Die Funktionssperre lässt wirtschaftliche Betätigung der Kommunen zu, sofern private Dritte den Zweck nicht „besser oder wirtschaftlicher" erreichen können. Entsprechend der echten Subsidiaritätsklausel ist eine wirtschaftliche Betätigung der Kommune nicht zulässig, wenn ein privater Dritter den Zweck nicht „ebenso gut oder besser" fördern könnte. Nach der rein grammatikalischen Auslegung stellt die echte Subsidiaritätsklausel im Vergleich zu der Funktionssperre demzufolge eine Vorrangstellung für private Unternehmen gegenüber kommunalen Unternehmen dar. Das bedeutet im Ergebnis aber nicht, dass in den betroffenen Bundesländern die Kommunalwirtschaft tatsächlich hinter der Privatwirtschaft eingeordnet wird.

Zum einen haben die meisten Subsidiaritätsklauseln Bereichsausnahmen, zum anderen wird auch hier den Kommunen selbst eine weite Einschätzungsprärogative hinsichtlich der Bewertung der Tatbestandsmerkmale eingeräumt.[949] Solche Ausnahmeregelungen finden sich in vielen Bundesländern gerade für den Energiesektor. So sind in den Ländern Hessen, Schleswig-Holstein, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und Thüringen von der Subsidiaritätsklausel die Energieversorgung[950] und in Bayern und Baden-Württemberg[951] die Daseinsvorsorge ausgenommen. Im Gegenzug haben in einigen Bundesländern Gemeinden, die von der Bereichsausnahme profitieren, vor der Errichtung eines Energieversorgungsun-

---

944 *Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, Kap. C, Rn. 129.

945 So zum Beispiel in § 100 BrbgKVerf.

946 § 94 a Abs. 1 Nr. 3 Sächs.GO; § 101 Abs. 1 Nr. 3 GO S-H.

947 § 121 Abs. 1 Nr. 3 Hess.GO; § 136 Abs. 1 Nr. 3 NKomVG; Art. 87 Abs. 1 Nr. 4 Bay. GO; § 102 Abs.1 Nr. 3 GO BW; § 85 Abs. 1 Nr. 3 GO Rh-Pf; § 108 Abs. 1 Nr. 3 KSVG; § 116 Abs. 1 Nr. 3 GO LSA; § 71 Thür. GO; § 68 Abs. 2 Nr. 3 GO M-V.

948 *Jungkamp*, NVwZ 2010, S. 546 (547); *Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. C, Rn. 132; *Erdmann*, in: § 136 NKomVG, Rn. 16; *Burgi*, Kommunalrecht, § 17, Rn. 46.

949 *Ehlers*, DVBl. 1998, S. 497 (502); *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 (137);

950 § 85 Abs. 1 Nr. 3 GO Rh.-Pf; § 71 Abs. 2 Nr. 4 Thür.GO; § 101a GO S-H; § 107a GO NRW.

951 Art. 87 Abs. 1 Nr. 4 Bay. GO; § 102 Abs. 1 Nr. 3 GO BW.

ternehmens ein Markterkundungsverfahren durchzuführen, das die Gründungsabsicht der Gemeinde öffentlich macht und das Vorhaben mit potentiellen privaten Interessenten vergleicht.[952] In Sachsen-Anhalt gibt es nur eine Teilausnahme.[953] Keine Ausnahmen gibt es im Saarland, Sachsen und Mecklenburg-Vorpommern.[954] Dies galt bisher auch für Niedersachsen. Seit der Novellierung des NKomVG im November 2016, wurden die kommunalrechtlichen Grenzen für die wirtschaftliche Betätigung aber stark gelockert, was unter anderem den Wegfall des Subsidiaritätserfordernisses für energiewirtschaftliche Unternehmen beinhaltet.[955] Bei den Bereichsausnahmen der Subsidiaritätsbestimmungen lässt sich feststellen, dass gerade die Energieversorgung und teilweise auch explizit die Erzeugung einen hohen Regelungsgrad aufweisen. Bei der Energieerzeugung wird partiell sogar noch weiterführend zwischen Erneuerbaren Energien, fossilen Brennstoffe und der Beteiligung an Gaskraftwerken differenziert.[956] Das zeigt zum einen den Stellenwert der Energieversorgung für Kommunen und zum anderen, dass die meisten Landesgesetzgeber ein kommunales Engagement für wünschenswert erachten und sich den Veränderungen durch den liberalisierten Energiemarkt schon zu einem gewissen Grad angepasst haben.

Aber selbst in den Ländern ohne Ausnahmeregelung haben die Gemeinden aufgrund der sehr weiten Einschätzungsprärogative die grundsätzliche Möglichkeit sich in diesen Bereichen zu engagieren. Mit welcher Gewichtung Kriterien wie Versorgungssicherheit, Dauerhaftigkeit, ökologische Kompetenz und Wirtschaftlichkeit bewertet werden, obliegt aufgrund der besseren Kenntnis der örtlichen

---

952 § 71 Abs. 2 Nr. 4 GO Thür.; § 102 Bas. 2 GO BW; § 107 Abs. 5 GO NRW; dazu *Grünewald*, in: Danner/Theobald, Energierecht, GemEnW, Rn. 30.

953 § 116 Abs. 2 S. 2 GO LSA.

954 § 108 GO SH; § 94a Abs. 1 Nr. 3 Sächs. GO; § 68 GO M-V.

955 § 136 Abs. 1 S. 4 NKomVG.

956 Gemäß § 121 Abs. 1a HGO „dürfen Gemeinden sich ausschließlich auf dem Gebiet der Erzeugung, Speicherung und Einspeisung erneuerbarer Energien sowie der Verteilung von hieraus gewonnener thermischer Energie wirtschaftlich betätigen, wenn die Betätigung innerhalb des Gemeindegebietes oder im regionalen Umfeld in den Formen interkommunaler Zusammenarbeit und unter Beteiligung privater Dritter erfolgt. Die Beteiligung der Gemeinden soll dabei einen Anteil von 50 Prozent nicht übersteigen. Die wirtschaftliche Beteiligung der Einwohner soll ermöglicht werden. Ist trotz einer Markterkundung die geforderte Beteiligung privater Dritter und Einwohner nicht zu erreichen, kann die Gemeinde ihren Anteil an der neuen Gesellschaft entsprechend steigern. Die Ergebnisse der Markterkundung sind der Aufsicht vorzulegen. Die wirtschaftliche Betätigung nach dieser Vorschrift ist in besonderer Weise dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit zu unterwerfen. Die wirtschaftlichen Ergebnisse dieser Betätigung sind einmal jährlich der Gemeindevertretung vorzulegen.“ Gemäß § 136 Abs. 1 S. 7 NKomVG wird eine Ausnahme von der Bedarfsvoraussetzung des § 136 Abs. 1 Nr. 2 b) NKomVG gemacht: Hier sind „Wirtschaftliche Betätigungen der Kommune zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien zu dem in § 1 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes genannten Zweck sind abweichend von den Sätzen 1 bis 4 auch zulässig, wenn nur die Voraussetzungen des Satzes 2 Nr. 2 Buchst. a vorliegen.

Gegebenheiten nämlich der Kommune.[957] Trotzdem unterzieht die Rechtsaufsicht die geplante wirtschaftliche Tätigkeit einer Wirtschaftlichkeitskontrolle, um das qualitative Element des „besser als" zu überprüfen.[958] Um eine Genehmigung zu erhalten, stehen die Kommunen in Ländern ohne Bereichsausnahme daher vor einem weitaus höheren Begründungsaufwand für die Rechtsaufsicht und eine eventuelle gerichtliche Überprüfung, so dass die Betätigung im Bereich der Energieversorgung zumindest erschwert wird und vor allem mehr Zeit in Anspruch nimmt. Im Ergebnis kann die Rechtsaufsicht das Vorhaben der Kommune aber nur ablehnen, wenn es als völlig unvertretbar erscheint. Zweckmäßigkeitsüberlegungen kann sie nicht anstellen, wobei die Grenzen der Aufsichtskontrolle bei der Wirtschaftlichkeitskontrolle verschwimmen können.[959]

Die Schutzrichtung der Subsidiaritätsklausel zielt auf die Bewahrung einer sparsamen Haushaltsführung ab, wobei teilweise auch der Schutz der Privatwirtschaft als gesetzgeberische Intention angenommen wird.[960] Die Frage des Drittschutzes kommunaler Schranken wird an dieser Stelle nicht abermals diskutiert.[961] In Niedersachsen war dieser Streit aufgrund der Einführung des § 136 Abs. 1 S. 3 NKomVG a.F,[962] durch eine gesetzgeberische Entscheidung zu Gunsten der Privatwirtschaft beigelegt. Diese Drittschutzmöglichkeit wurde durch die abermalige Novellierung des § 136 NKomVG im November 2016[963] wieder entfernt, was auf den gesetzgeberischen Willen schließen lässt, dass er die Drittschutzmöglichkeit gegen kommunale Unternehmen aufgrund des § 136 Abs. 1 Nr. 3 NKomVG nicht mehr bestehen soll. Für kommunale Energieunternehmen stellt sich diese Problematik aufgrund der Bereichsausnahme des § 136 Abs. 1 S. 3 NKomVG ohnehin nicht.

Auch die Reichweite der Klausel ist in Hinblick auf sogenannte „Annextätigkeiten" nicht ganz eindeutig.[964] Einige Gemeindeordnungen haben diese bereits in ihren Normenkatalog aufgenommen[965], andere beziehen sich nur auf die Daseinsvorsorge oder die Energieversorgung. Gerade eine klare Einordnung von Annextätigkeiten im Rahmen der Daseinsvorsorge ist aufgrund der Unbestimmtheit des Begriffs aber mit Schwierigkeiten verbunden.[966]

---

957 *Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. C, Rn. 136; *Erdmann*, in: Ipsen, § 136 NKomVG, Rn. 17.

958 *Ruffert*, VerwArch 92 (2001), S. 27 (45).

959 *Ruffert*, VerwArch 92 (2001), S. 27 (46); *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 (137).

960 *Geiger/Aßmann*, DVBl. 2012, S. 1276 (1280); *Wolff*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 5, Rn. 75f.; Streitstand bei *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 (137ff.).

961 Siehe stattdessen: *Schink* NVwZ 2002, S. 129 (137ff.) m.w.N.

962 NKomVG in der Fassung vom 17.12.2010, Nds. GVBl. 2010, 576.

963 NKomVG zuletzt geändert am 02.03.2017, Nds. GVBl. 2017, 48.

964 *Stüer/Schmalenbach*, NWVBl. 2006, S. 162 (166); *Wefelmeier*, in: Blum u.a., § 136 NKomVG, Rn. 20.

965 § 108 Abs. 3 GO S-H.; § 116 Abs. 2 GO LSA; § 91 Abs. 5 BdbgKVerf.

966 Siehe zu den Annextätigkeiten Punkt F. II) 1) und G) III).

5) Örtlichkeitsbezug

Der Örtlichkeitsbezug kommunaler Wirtschaftstätigkeit leitet sich aus der Verbandskompetenz des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG ab, welche den Gemeinden das Recht zuweist „alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln". Er ist nicht Teil der klassischen „Schrankentrias", wird in einigen Gemeindeordnungen jedoch als Negativabgrenzung aufgeführt,[967] in anderen als Voraussetzung für wirtschaftliche Betätigung ausdrücklich auf die örtliche Gemeinschaft Bezug genommen.[968] Aber auch in Bundesländern, in denen die Gemeindeordnung nicht explizit auf den Ortsbezug eingeht, leitet sich der Gebietsbezug aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG, den Zwecksetzungen der Kommunalunternehmen oder den Gebietsbezügen aus den allgemeinen Teilen der Gemeindeordnungen her.[969]

Unter den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft sind nach der Rechtsprechung des BVerfG „diejenigen Bedürfnisse und Interessen zu verstehen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben".[970] Als örtlich wird eine Angelegenheit angesehen, wenn sie das Zusammenleben der Einwohner der Gemeinde betrifft und den Interessen und Bedürfnissen dieser dient.[971] Der Anknüpfungspunkt zur Bestimmung der örtlichen Gemeinschaft kann nach Sinn und Zweck seiner Interpretation dabei also sowohl räumlich als auch bei den Gemeindeeinwohnern gesetzt werden.[972] Die Frage, wann eine Tätigkeit den Bedürfnissen der Einwohner zu Gute kommt, ist wiederrum nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen und beschreibt keinen fest umrissenen Aufgabenkreis.[973] Die Entwicklung ist vielmehr dynamisch und passt sich gesellschaftlichen und technischen Neuerungen und Veränderungen an.[974] Grundsätzlich können darunter alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft fallen, die gesetzlich nicht anderen Aufgabenträgern zugewiesen sind.[975]

Hochumstritten und kontrovers diskutiert ist in diesem Rahmen die Zulässigkeit kommunaler Wirtschaftstätigkeit außerhalb des Gemeindegebiets (extra muros).[976]

---

967 Z. B.: § 107 Abs. 3 GO NRW; Art. 87 Abs. 2 BayGO; § 102 Abs. 7 GO BW.

968 § 100 Abs. 2 BdbgKVerf.; § 116 GO LSA.

969 Hierzu umfassend: *Wenzel*, Das Örtlichkeitsprinzip im europäischen Binnenmarkt, S. 60 m.w.N.

970 BVerfGE 79, 127 (151); BVerfGE 8, 122 (134).

971 BVerfGE 79, 117 (128); *Brosius-Gersdorf*, AöR 130 (2005), S. 393 (404).

972 So auch *Brosuis-Gersdorf*, AöR 130 (2005), S. 392 (405).

973 *Albrecht*, Der verfassungsrechtlich geschützte Wirkungskreis der Gemeinden in der Energieversorgung, in: Held/Theobald, Kommunale Wirtschaft im 21. Jahrhundert, S. 57 (63).

974 *Albrecht*, Der verfassungsrechtlich geschützte Wirkungskreis der Gemeinden in der Energieversorgung, in: Held/Theobald, Kommunale Wirtschaft im 21. Jahrhundert, S. 57 (63).

975 Vgl. *Schmidt-Aßmann*, Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung, in: Badura/Dreier, Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht Bd. 2, S. 803 (810).

976 *Knauff*, VR 2005, S. 145 ff.; *Burgi*, Kommunalrecht, § 17, Rn. 47 ff.; *Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. C, Rn. 165; *Brosius-*

Dieses Problem hat sich durch die Liberalisierung der Energiemärkte noch verschärft. Durch den schrittweisen Liberalisierungsprozess ist der Wettbewerb auf den heimischen Energiemärkten der Kommunen angelangt. Verliert ein Stadtwerk in einer Ausschreibung seinen Heimatmarkt, kann ihm die Erschließung neuer Märkte aufgrund des Örtlichkeitsprinzips verwehrt sein.[977] Auch wenn sie ihre angestammten Absatzmärkte behalten, stehen sie dort unter einem vorher unbekannten Wettbewerbsdruck. Neben der Konkurrenz um die Netze besteht innerhalb der Netze ein Wettbewerb um jeden einzelnen Kunden. So haben auch Stadtwerke durch die Öffnung der Märkte Kunden verloren und werden dies auch zukünftig.[978] Um sich diesem Wettbewerb zu stellen, müssen sie sich an der Effizienz, der Rendite und der Kostenstruktur der Konkurrenz orientieren. Oft sind die nötigen Optimierungen nur durch Synergieeffekte zu erreichen, die durch Kooperationen oder eben Wachstum auf anderen Märkten zu generieren sind.[979] Des Weiteren wurde der Markt durch die Liberalisierung nicht nur geöffnet, sondern auch einer einheitlichen Regulierung unterworfen, die die Gewinnmargen zusätzlich drückt.[980]

Aber auch andere „klassische" kommunale Bereiche neben der Energieversorgung haben sich neuen Herausforderungen zu stellen. So eröffnen sich beispielsweise auf dem Gebiet der Abfallentsorgung durch gewerbliche Sammlung für Mitbewerber ehemals geschlossene kommunale Märkte. Hier besteht die Gefahr, dass Kommunen den lukrativen Teil der Abfallentsorgung an private Wettbewerber verlieren und zusätzlich den unrentablen Part aufgrund der Gewährleistungsverantwortung weiter durchführen müssen und so betriebswirtschaftlich noch größeren Belastungen ausgesetzt sind.[981] Ähnliches gilt für den Bereich der Wasserversorgung.[982] Für die kommunalen Unternehmen ist die Frage, inwieweit sie an das Örtlichkeitsprinzip gebunden sind, daher von enormer Bedeutung.

Die Konfliktlinien dieses Diskurses verlaufen auf mehreren Ebenen. Anerkannt ist mittlerweile nahezu einhellig, dass der Gewährleistungsbereich des Art. 28 Abs. 2 GG nur die „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" betrifft und keine Grundlage für darüber hinaus gehendes wirtschaftliches Handeln bietet.[983]

Gersdorf, AöR 130 (2005), S. 393 ff.; *Attendorn/Schweitzer*, NWVBl. 2013, S. 13 ff.; *Geiger/Aßmann*, DVBl. 2012, S. 1276 ff.; *Becker*, DÖV 2000, S. 1032 ff.

977 *Knauff*, VR 2005, S. 145 (145).

978 Vgl. *Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. C, Rn. 167.

979 *Attendorn/Schweitzer*, NWVBl. 2013, S. 13 (14); *Albrecht*, Der verfassungsrechtlich geschützte Wirkungskreis der Gemeinden in der Energieversorgung, in: Held/Theobald, Kommunale Wirtschaft im 21. Jahrhundert, S. 57 (60).

980 *Attendorn/Schweitzer*, NWVBl. 2013, S. 13 (14).

981 BVerwG NVwZ 2009, S. 1292 ff., *Schomerus*, in: Versteyl/Mann/Schomerus, § 17 KrWG, Rn. 46 ff.

982 Vgl. *Schmidt*, LKV 2008, S. 193 ff.

983 *Brosius-Gersdorf*, AöR 130 (2005), S. 392 (405); *Heilshorn*, VerwArch 96 (2005), S. 88 (93); *Knauff*, VR 2005, S 145 (156); *Geiger/Aßmann*, DVBl. 2012, S. 1276 (1278); *Gern*, NJW 2002, S. 2593

Hoch umstritten ist aber zum einen, ob dieser Gewährleistungsbereich auch gleichzeitig eine Grenze für die Tätigkeit extra muros zieht und zum anderen, ob davon nur hoheitliche Tätigkeiten oder auch die Gemeindewirtschaft erfasst sind und Art. 28 Abs. 2 GG in der Konsequenz eine wirtschaftliche Tätigkeit, die nicht die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft betrifft, versagt.

Nach der wohl herrschenden Ansicht beschränkt die Zuständigkeit der Gemeinden für die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft gemäß Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG auch gleichzeitig ihr darüber hinausgehendes Handeln.[984] Dies wird zum einen daraus abgeleitet, dass die Kommune auch nur für dieses Gebiet eine zugewiesene Kompetenz habe und zum anderen bei Überschreiten der Gebietsgrenze in die Kompetenzen der Nachbargemeinden eingegriffen werde.[985] Eine Unterscheidung zwischen wirtschaftlichem und hoheitlichem Handeln wird nicht vorgenommen. Eine andere Ansicht sieht in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG eine Kompetenzzuweisung, jedoch keine Schranke hinsichtlich der Ausweitung wirtschaftlicher Betätigung, sondern höchstens hoheitlicher Handlungen.[986] Hiernach setze nur hoheitliches Handeln eine Abgrenzung hinsichtlich der Zuständigkeiten der jeweiligen Gebietskörperschaften voraus, nicht aber die wirtschaftliche Tätigkeit von Kommunen im Wettbewerb mit anderen Unternehmen.[987] Diesen kann ein Tätigwerden auf dem Gemeindegebiet nicht untersagt werden, genauso wenig wie Gemeinden die Aufnahme des Wettbewerbs außerhalb ihrer Grenzen.[988] Wirtschaftliche Betätigung sei im Gegensatz zu Verwaltung gerade auf Wettbewerb aus, welcher durch Bindung an das Örtlichkeitsprinzip verhindert würde.[989] Eine Beschränkung durch das Örtlichkeitsprinzip würde damit die systematischen Unterschiede zwischen Wirtschaftstätigkeit und hoheitlichem Handeln, die auch bei der Unterscheidung hoheitlichen Handelns von Verwaltungsprivatrecht anerkannt sind, unterlaufen.[990] Letzterer Ansicht ist aus mehreren Gründen nicht zuzustimmen.

Der Gewährleistungsgehalt des Art. 28 Abs. 2 GG beschränkt sich auf die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft. Die hoheitlichen Aufgaben auf dem Gemeindegebiet wurden den Kommunen durch den Verfassungsgesetzgeber zugewiesen und sind zweifelsfrei durch die Selbstverwaltungsgarantie „als Angele-

(2595); *Attendorn/Schweitzer*, NWVBl. 2013, S. 13 (15); *Ehlers*, Gutachten E zum 64. Deutschen Juristentag, E 96.

984 *Britz*, NVwZ 2001, S. 380 (385); *Löwer*, NWVBl. 2000, S. 241 (244); *F.W. Held*, NWVBl. 2000, S. 201 (202).

985 Vgl. *Stüer/Schmalenbach*, NWVBl. 2006, S. 161 (168); *Britz*, NVwZ 2001, S. 380 (385).

986 *Moraing*, WiVerw 1998, S. 233 (243); *Wittig*, VR 2002, S. 90 (91).

987 *Wieland*, NWVBl. 2000, S 246 (248); *Moraing*, WiVerw 1998, S. 233 (244).

988 So auch *Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. C, Rn. 172.

989 *Wenzl*, das Örtlichkeitsprinzip im europäischen Binnenmarkt, S. 36; *Wieland*, NWVBl. 2000, S. 246 (248).

990 Vgl. *Wieland*, NWVBl. 2000, S. 246 (248).

genheiten der örtlichen Gemeinschaft" des Art. 28 Abs. 2 GG geschützt.[991] Die wirtschaftliche Betätigung fällt vergleichbar unter diesen Schutz bzw. unter diese Aufgabenzuweisung, und erfährt im Umkehrschluss auch dessen Kompetenzschranke.[992] Hierfür spricht, dass einer Kompetenzzuweisung auch immer eine Grenze obliegt und staatliches Handeln, egal in welcher Form, einer Legitimation durch das Grundgesetz bedarf.[993] Eine Trennung von wirtschaftlicher Tätigkeit und Verwaltung findet nicht (mehr) statt.[994] Auch eine wirtschaftlich handelnde Verwaltung bleibt aus verfassungsrechtlicher Sicht ein Teil der Verwaltung.[995] Dieser Grundlage sind Grenzen immanent, auf die sich bisweilen auch Nachbargemeinden berufen können müssen, um ihre eigene Kompetenz wahrnehmen zu können.

Als Teil der Staatsverwaltung bekommen Kommunen im Gegensatz zu Bund und Ländern Aufgaben nur zugewiesen und können selbst keine neuen schaffen.[996] Art. 28 Abs. 2 S.1 GG weist lediglich die Kompetenz für das Gemeindegebiet zu und zieht in der Folge mangels weiterer Kompetenz der expandierenden Kommune eine Grenze für alle darüber hinausgehenden Tätigkeiten.[997] Die „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" verschaffen der Gemeinde also Kompetenz und Schranke zugleich. Auf der Grundlage des reinen Verfassungsrechts ist den Kommunen eine überörtliche wirtschaftliche Tätigkeit somit untersagt.

Für die Praxis ist dieser Streit jedoch eher akademischer Natur. Im Ergebnis bedeutet dies nämlich nicht, dass eine überörtliche Wirtschaftstätigkeit generell ausgeschlossen ist. Auch bei der restriktiven Ansicht, die kommunales Wirtschaften unter die Kompetenzschranke des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG fallen lässt, wird eine Wirtschaftstätigkeit als zulässig erachtet, wenn sie in einem sachlichen Bezug zu der Daseinsvorsorge im eigenen Gemeindegebiet steht.[998] Die wirtschaftliche Tätigkeit fällt dann ggf. nur nicht mehr unter den Schutz des Art. 28 Abs. 2 GG.[999] Sie ist dennoch zulässig. Begründet wird die Zulässigkeit entweder durch die Annahme einer Annextätigkeit[1000] der Gemeinde oder die Möglichkeit des

---

991 *Schwarz*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, Art. 28 GG, Rn. 168ff.; *Attendorn/Schweitzer*, NWVBl. 2013, S. 11 (16).

992 Zustimmend: *Heilshorn*, VerwArch 96 (2005), S. 88 (91); *Pielow*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Einl. E, Rn. 443.

993 BVerfGE 79, 127 (150); *Brosius-Gersdorf*, AöR 130 (2005), S. 392 (407); *Wenzl*, Das Örtlichkeitsprinzip im europäischen Binnenmarkt, S. 36.

994 *Mann*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 46 Rn. 3; *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, Rn. 229.

995 *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 (135); *Wenzl*, Das Örtlichkeitsprinzip im europäischen Binnenmarkt, S. 38; *Grawert*, Zuständigkeitsgrenzen der Kommunalwirtschaft, in: FS Blümel, S. 119 (129).

996 Vgl. *Nierhaus/Engels*, in: Sachs, Art. 28 GG, Rn. 34; ähnlich: *Britz*, NVwZ 2001, S. 380 (385).

997 *Britz*, NVwZ 2001, S. 380 (386); *Schink*, NVwZ 2002; S. 129 (133); *Knauff*, VR 2005, S. 145 (146); *Attendorn/Schweitzer*, NWVBl. 2013, S. 11 (16).

998 *Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. C, Rn. 178; ablehnend: *Becker*, DÖV 2000, S. 1032 ff.

999 BVerfG DVBl. 1989, S. 300 (300); *Geiger/Aßmann*, DVBl. 2012, S. 1276 (1281).

1000 Deren Grenzziehung wiederum problematisch und teils ausufernd ist. Dazu *Grooterhorst/Törnig*, DÖV 2004, S. 685 (690).

Landesgesetzgebers eine solche einfachgesetzliche Ermächtigung im Rahmen des Gesetzesvorbehalts von Art. 28 Abs. 2 GG zu erschaffen.[1001] Diese Ermächtigung ist zum einen aufgrund der fehlenden Grundlage der exportierenden Gemeinde und zum anderen aufgrund des Eingriffs in die Selbstverwaltungsgarantie der anderen Gemeinde notwendig.[1002] Dieser Möglichkeit der gebietsübergreifenden wirtschaftlichen Betätigung sind bis auf Sachsen alle anderen Bundesländer mit unterschiedlichen Beschränkungen nachgegangen.[1003] Die einfachgesetzliche Lockerung des Örtlichkeitsprinzips eröffnet den Kommunen neue Spielräume, da auch die kommunalen Entscheidungsträger aufgrund der einfachgesetzlichen Legitimation einer überörtlichen Tätigkeit der kommunalen Unternehmen offener gegenüberstehen. Aber auch Kommunen in Ländern ohne eine solche Lockerung haben nach der Rechtsprechung des *OLG Düsseldorf* die Möglichkeit sich überörtlich zu engagieren, sofern sie sich günstig auf die örtliche Gemeinschaft der Heimatgemeinde auswirkt.[1004] Auch in diesem Kontext wird das Örtlichkeitsprinzip nicht rein geographisch, sondern institutionell betrachtet, indem festgestellt wird, ob die Wertschöpfung innerhalb oder außerhalb des Gemeindegebiets erfolgt, was den grundsätzlichen Streit über die Zulässigkeit überörtlicher wirtschaftlicher Betätigung von vorneherein etwas entschärft.[1005] Nichtsdestotrotz haben die Vorgaben der Verfassung einen entscheidenden Einfluss auf die Verfassungsmäßigkeit dieser Expansionsklauseln, deren Prüfung unten[1006] exemplarisch nachgegangen wird.

Auch kommunale Beteiligungen bedürfen keines durchgängigen räumlichen, sondern lediglich eines kaskadenartigen Bezugs zum Gemeindegebiet und den lokalen Aufgaben auf jeder Stufe der mittelbaren Beteiligung der Kommune.[1007] Tätigkeiten, die entweder die örtliche Kapazität auslasten oder die Rentabilität steigern, werden in der praktischen Anwendung als zulässig angesehen, sofern sie der örtlichen Tätigkeit zumindest mittelbar dienen.[1008] Eine reine Abschöpfung der außerörtlich erwirtschafteten Gewinne reicht jedoch auch bei der weitesten

---

[1001] *Ehlers*, DVBl. 1998, S. 497 (504); *Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. C, Rn. 174; *Brosius- Gersdorf*, AöR 130 (2005), S. 392 (416); kritisch zu der Fassung in NRW *Attendorn/Schweitzer*, NWVBl. 2013, S. 11 (16).

[1002] *Brosius- Gersdorf*, AöR 130 (2005), S. 392 (416); für eine sehr restriktive Zulässigkeit solcher landesrechtlicher Ermächtigungen *Heilshorn*, VerwArch 96 (2005), S. 88 (98).

[1003] Vgl. *Geiger/Aßmann*, DVBl. 2012, S. 1276 (1281) und die Übersicht bei *Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. C, Rn. 51ff.

[1004] OLG Düsseldorf NVwZ 2000, S. 714 (715).

[1005] Vgl. OLG Düsseldorf NVwZ 2000, S. 714 (715); *Moraing*, Der Gemeindehaushalt 1998, S. 223 (228); *Cronauge*, Der Gemeindehaushalt 1998, S. 131 (134).

[1006] Punkt F. IV) 3) a) ee) (2)

[1007] *Brüning*, DVBl. 2004, S. 1451 (1453). Hierbei ist aber zu beachten, dass eine Beteiligung an einem privaten Unternehmen, das keinerlei Bezug zur örtlichen Gemeinschaft aufweisen kann, als unzulässig einzustufen ist, siehe hierzu VG Leipzig LKV 2001, S. 327 ff.

[1008] *Geiger/Aßmann*, DVBl. 2012, S. 1276 (1279); *Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. C, Rn. 178f.

Auffassung nicht aus.[1009] Auch eine überörtliche Betätigung ist den Kommunalverfassungen folgend nicht schrankenlos möglich[1010]. Die berechtigten Interessen der Zielgemeinden müssen weiterhin gewahrt bleiben.[1011] Ein Eingriff, der dem Entzug der Aufgabenwahrnehmung gleichkommt, ist in jedem Fall abzulehnen, darunterliegende Eingriffe sind durch Abwägung im Einzelfall zu bestimmen.[1012] Für die Energiewirtschaft wurden mittlerweile Sondervorschriften eingeführt. So sind beispielsweise in den Ländern Bayern, Nordrhein-Westfalen oder Baden-Württemberg nur diejenigen Interessen als berechtigt anzusehen, die nach den Regelungen des EnWG eine Wettbewerbsbeschränkung zulassen.[1013] Andere sehen auch außerhalb der Energieversorgung nur Interessen innerhalb der bundesgesetzlichen Vorgaben zur Einschränkung des Wettbewerbs als berechtigt an.[1014]

Im Ergebnis ist anzumerken, dass die landesrechtlichen Öffnungsklauseln das Örtlichkeitsprinzip stark durchlöchert haben und selbst in Bundesländern, in denen dies nicht geschehen ist, theoretischer Ansatz und praktische Umsetzungen teils stark divergieren.

6) Demokratische Legitimation durch Ingerenzpflichten

Die kommunale Selbstverwaltung erhält ihre Legitimation auch aufgrund der Wahlen der Entscheidungsträger durch die örtliche Bevölkerung.[1015] Diese demokratische Legitimation muss sich ununterbrochen in allem Handeln der Kommune wiederfinden lassen, auch bei der wirtschaftlichen Betätigung.[1016] Um dieser Vorgabe gerecht zu werden, müssen die Kommunen ihre Steuerungs-, Kontroll- und Einflussmöglichkeiten auf die kommunalen Unternehmen in Privatrechtsform sicherstellen.[1017] Dazu wurden in den jeweiligen Gemeindeordnungen verschiedene Einwirkungsmittel kodifiziert, die bereits durch das Beteiligungsmanagement der Kommunen dargestellt wurde.

Eine besondere Schwierigkeit in Hinblick auf die Aufrechterhaltung der demokratischen Legitimation ergibt sich bei Kooperationen mit privatwirtschaftlichen Unternehmen, an denen die Gemeinde eine Beteiligung hält. Die meisten Gemeindeordnungen haben dahingehend eine ausdifferenzierte Regelung für

---

1009 *Ruffert*, VerwArch 91 (2001), S. 27 (35); *Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. C, Rn. 177ff.

1010 Mit Ausnahme von Brandenburg, wo gemäß § 91 Abs. 4 Nr. 1 BdbgKVerf die Versorgung mit Elektrizität, Gas und Fernwärme außerhalb des Gemeindegebiets generell erlaubt ist.

1011 Vgl. § 107a Abs. 3 S. 1 GO NRW; Art. 87 Abs. 2 S. 1 BayGO; *Kühling*, NJW 2001, S. 177 (179).

1012 *Kühling*, NJW 2001, S. 177 (179); *Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. C, Rn. 182.

1013 Art. 87 Abs. 2 S. 2 BayGO; § 107a Abs. 3 S. 2 GO NRW; § 102 Abs. 7 S. 2 GO BW.

1014 § 136 Abs. 1 S. 6 NKomVG; § 116 Abs. 3 S. 3 GO LSA; § 191 Abs. 2 S. 2 GO S-H.

1015 Vgl. *Mann*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 46 Rn. 3.

1016 *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S.149; *Mann*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 46 Rn. 3.

1017 Dies durch die Aufsichtsgremien der GmbH oder AG wie bereits unter Punkt E. I) 2) b) cc) „Beteiligungsmanagement“ beschrieben.

Beteiligungen an anderen Gesellschaften geschaffen. Auch Unterbeteiligungen und mittelbare Beteiligungen erfahren in vielen Kommunalverfassungen eine explizite rechtliche Ausgestaltung.[1018] Ein wichtiges Mittel dieser Einflussrechte ist insbesondere die Sicherung der Letztentscheidung der Gesellschafterversammlungen bei grundlegenden Unternehmensentscheidungen und die Aufstellung von Wirtschaftsplänen, um eine finanzielle Planungssicherheit zu erreichen. Anzumerken ist aber, dass es sich hierbei um Vorgaben handelt für Gesellschaften, an denen – verallgemeinert ausgedrückt – die öffentliche Hand mehr als 50 % der Anteile auf sich vereinen kann.[1019] Minderheitsbeteiligungen finden hingegen keine Erwähnung. [1020]

7) Kommunalaufsicht

Die Kommunen unterliegen aufgrund ihrer „Zwitterstellung" als Teil des gestuften Staatsaufbaus einerseits und der kommunalen Selbstverwaltung andererseits einer weiteren Restriktion. Als Teil der Staatsverwaltung ist die Kommune den übergeordneten Stellen, namentlich der Fach- und Rechtsaufsicht, Rechenschaft schuldig und muss ihr wirtschaftliches Handeln in der Regel genehmigen lassen. Die Kommunalaufsicht bildet im Staatsaufbau das Korrelat zu den dezentralisierten Gemeinden.[1021] Ihr kommt eine Garantiefunktion in Hinblick auf die Einhaltung der staatlichen Ordnung und Gesetze auf Kommunalebene zu.[1022] Die Einschränkung des Art. 28 Abs. 2 GG „im Rahmen der Gesetze" stellt das Gegenstück zu dem Kompetenzverlust der einheitlichen Staatsgewalt an die Gemeinden dar.[1023] Durch die Überwachung der Einhaltung des Gesetzesrahmens ist die Kommunalaufsicht damit das Instrument zur Überwachung der „Einheit der Staatsgewalt".[1024]

Die staatlichen Kontrollinstanzen der Gemeinden teilen sich in die Kommunal- und die Fachaufsicht auf.[1025] Die Kommunalaufsicht überprüft bei kommunalem Handeln im eigenen Wirkungskreis die Einhaltung der Gesetze. Zweckmäßigkeitserwägungen dürfen nicht angestellt werden. Die Fachaufsicht hingegen prüft sowohl die Rechtmäßigkeit kommunalen Handelns als auch die Zweckmäßigkeit der Vorhaben.

[1018] Vgl. exemplarisch § 122 Hess.GO; § 112 KSVG.

[1019] Vgl. § 108 Abs. 2 u. 3 GO NRW; § 102 Abs. 3 u. 4 GO S-H.

[1020] Siehe zu den Anforderungen und der allgemeinen Zulässigkeit von Minderheitsbeteiligungen von Gemeinden an privaten Unternehmen Punkt F. V) 2) und F. IV) 3) a) dd).

[1021] BVerfGE 6, 104 (118); 8, 122 (137); *Brüning*, DVBl. 2010, S. 553 (553).

[1022] *Brüning*, DVBl. 2010, S. 553 (554).

[1023] *Pfeiffer*, ThürVBl. 2007, S. 201 (207); *Ipsen*, Niedersächsisches Kommunalrecht, Rn. 821.

[1024] *Pfeiffer*, ThürVBl. 2007, S. 201 (208); *Lange*, Kommunalrecht, Kap. 17, Rn. 17.

[1025] § 170 Abs. 1 NKomVG; § 119 GO NRW wo begrifflich zwischen der „allgemeinen Aufsicht" für den eigenen Wirkungskreis und der „Sonderaufsicht" für den übertragenen Wirkungskreis unterscheiden wird; Art. 109 Abs. 1 Bay. GO (Rechtsaufsicht für den eigenen Wirkungskreis) Art. 109 Abs. 2 Bay. GO (Fachaufsicht für den übertragenen Wirkungskreis).

Wirtschaftliches Handeln der Kommune fällt in den eigenen Wirkungskreis und ist somit der Rechtsaufsicht vorzulegen.[1026] Diese darf zwar keine Zweckmäßigkeitsüberlegungen im eigentlichen Sinne anstellen, die von ihr zu prüfenden gesetzlichen Vorgaben der Schrankentrias oder der Ingerenzpflichten verlangen aber in Form von Wirtschaftlichkeitsprüfungen und Prognoseentscheidungen durchaus eine derartige Prüfung der Materie, die die Grenzen zur Zweckmäßigkeitsprüfung überschreiten kann. Ein besonders scharfes Schwert ist in diesem Zusammenhang die Prüfung des Gemeindehaushalts. Zwar liegt die Finanzhoheit bei den Gemeinden und gehört zu dem verfassungsrechtlich garantierten Kernbereich, sie haben aber auch den Haushalt im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen aufzustellen.[1027] Aufgrund dieser Bestimmungen unterliegt die Haushaltsplanung diverser Genehmigungs- und Zustimmungsvorbehalte durch die staatlichen Aufsichtsbehörden.[1028] Überbelastungen des Haushalts durch kommunale Wirtschaftstätigkeit kann dadurch mittelbar eingegrenzt werden.

Für die Durchsetzung ihrer Prüfungsergebnisse haben die Kontrollgremien neben der Versagung der Genehmigung die Möglichkeit der Beanstandung, der Ersatzvornahme oder der Bestellung von Beauftragten, ferner sind wirtschaftliche Tätigkeiten der Kommune in der Regel anzeigepflichtig.[1029]

II. Bedeutung für die kommunale Energieerzeugung

Nach der Darstellung der magis minusve klar gezogenen Begrenzungen kommunalen Wirtschaftens, stellt sich die anschließende Frage, welche Auswirkungen diese aktuell für die kommunale Energieerzeugung hat.

1) Öffentlicher Zweck

Die Begründung eines öffentlichen Zwecks bei der Errichtung einer Energieerzeugungsanlage ist verhältnismäßig unproblematisch. Die Versorgung der Gemeinde mit Strom stellt eine gemeinwohlorientierte Tätigkeit und mithin einen öffentlichen Zweck dar.[1030] Sowohl die flächendeckende Versorgungssicherheit als auch einwohnerfreundliche Preisbildung, Beteiligung der Bürger an der Stromerzeugung durch „Bürgerwindparks“ oder Umweltverträglichkeit lässt sich unter das

---

[1026] Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft fallen in den eigenen Wirkungskreis. Da dies oben für die wirtschaftliche Betätigung angenommen wurde, fällt diese konsequenterweise auch in den eigenen Wirkungskreis, vgl. *Wansleben*, in: Held/Winkel/Wansleben, § 2 GO NRW, S. 1; *Ipsen*, Niedersächsisches Kommunalrecht, S. 90.

[1027] BVerfGE 83, 363 (382f.)

[1028] *Brüning/Vogelgesang*, Die Kommunalaufsicht, S. 28; so zum Beispiel in: § 75 Abs. 4 S. 1 u. Abs. 5 GO NRW; § 110 Abs. 6 u. 8 NKomVG; Art. 65 Abs. 2 Bay. GO.

[1029] Vgl. §§ 173 174, 175 NKomVG.

[1030] BVerfGE 66, 248 (258); *Löwer*, Energieversorgung, S. 236; *Britz*, Örtliche Energieversorgung nach nationalem und europäischen Recht, S. 73; *Wolff*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 5, Rn. 21; *Geiger/Aßmann*, DVBl. 2012, S. 1276 (1278).

Erfordernis des legitimen Zwecks subsumieren.[1031] Auch die dieser Arbeit immanente Frage der Umsetzung der Energiewende kann einen solchen öffentlichen Zweck begründen.[1032] Die Sicherstellung der Versorgung der Bevölkerung mit Energie liegt im unbedingten öffentlichen Interesse[1033], ebenso wie die umweltverträgliche und kostenorientierte Umsetzung, so dass auch bei der Erzeugung regenerativer Energie von einem öffentlichen Interesse im Sinne der Schrankentrias ausgegangen werden kann. Dieser allgemeinen Meinung hat sich in einigen Bundesländern auch der Gesetzgeber angenommen, so dass nunmehr in den Ländern Niedersachsen (§ 136 Abs. 1 S. 4 NKomVG), Rheinland-Pfalz (§ 85 Abs. 1 S. 2 GO Rh-Pf.), Sachsen-Anhalt (§ 116 Abs. 2 S. 1 GO LSA), Mecklenburg-Vorpommern (§ 68 Abs. 3 Nr. 4 GO M-V), Schleswig-Holstein (§ 101a GO S-H) und Nordrhein-Westfalen (§ 107 a Abs. 1 GO NRW) die Energieversorgung qua Gesetz als öffentlicher Zweck festgeschrieben wurde bzw. das Zweckerfordernis komplett entfällt (§ 136 Abs. 1 S. 7 NKomVG). Auch die Beteiligung an der Erzeugung regenerativer Energien selbst wird explizit in § 85 Abs. 1 S. 3 u. Abs. 2a GO Rh.-Pf. qua definitionem als zulässiger öffentlicher Zweck angesehen. Wobei hierbei in erster Linie Beteiligungen außerhalb des Gemeindegebiets legalisiert werden, vom Vorliegen eines öffentlichen Zwecks für Errichtungen innerhalb des Gemeindegebiets somit von vorneherein ausgegangen wird. Gleiches gilt für Sachsen. (§ 94a Abs. 5 Sächs. GO).

Bei den Annextätigkeiten, die Stadtwerke als Servicepaket in ihr Repertoire aufnehmen, kommen im Energiebereich vor allem Contracting, Installations- und Beratungsleistungen, Energiemanagement sowie das Zähler- und Messwesen in Betracht[1034]. Sofern nicht bereits in vielen Bundesländern gesetzlich erlaubt[1035], stellen solche Annextätigkeiten kein Zulässigkeitsproblem dar, sofern sie die Tätigkeit des Unternehmens nicht „wesentlich" erweitern.[1036] Kommunalrechtlich ist das öffentliche Zweckerfordernis bei der Energieerzeugung demnach in der aktuellen Rechtspraxis erfüllt.

1031 *Kruse/Legler*, ZUR 2012, S. 348 (353); *Köhler*, Bay. VBl. 2000, S. 1 (6); *Wolff*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 5, Rn. 21; differenzierend *Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. C, Rn. 108 wonach der öffentliche Zweck nur dann als gegeben angenommen wird, wenn der erzeugte Strom auch maßgeblich den Gemeindeeinwohnern zu Gute kommt, OVG Schleswig, Urteil v. 17.03.2013 - 2 LB 32/10.

1032 Änderungsantrag der Fraktionen der CDU und der FDP zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU und der FDP für ein Gesetz zur Änderung der Hessischen Gemeindeordnung und anderer Gesetze in der Fassung der Beschlussempfehlung des Innenausschusses LT-Drs. 18/4653 vom 04.11.2011 zu 18/403, S. 2; siehe auch *Wolff*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 5, Rn. 21; im Ergebnis auch *Kruse/Legler*, ZUR 2012, S. 348 (353).

1033 BVerfGE 66, 248 (258).

1034 *Köhler*, BayVBl 2000, S. 1 (4); *Wolff*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 5, Rn. 26.

1035 So in: § 121 Abs. 4 Hess. GO; § 108 Abs. 3 GO SH; 91 Abs. 5 BdbgKVerf.; § 107 a Abs. 2 GO NRW.

1036 *Wolff*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 5, Rn. 26.

2) Leistungsfähigkeit und Bedarf

Durch die gesellschaftsrechtlichen Haftungsbeschränkungen der Betreibergesellschaftsformen ist die Haftung, zumal meist die Nachschusspflicht vertraglich ausgeschlossen wird, mit der Leistungsfähigkeit der Kommune zu vereinbaren.[1037] Trotz dieser Haftungsbeschränkung muss das Investitionskapital zunächst einmal durch die Kommune aufgebracht werden. Dieses kann wie bereits dargelegt je nach Größe des Windparks oder der Erzeugungsanlage generell mehrere Millionen Euro betragen.[1038] Hierbei ist eine Prognoseentscheidung hinsichtlich der Investitions- und Folgekosten aufzustellen.[1039] Das Ergebnis dieser Berechnung muss mit der Haushaltslage im Einklang stehen, die von der Kommunalaufsicht dahingehend überprüft wird.[1040]

Die Bedarfsklausel soll eine Überkapazität kommunaler Unternehmen vermeiden. Wobei bei dem Erzeugnis „Strom" aufgrund seiner physikalischen Eigenschaft und der Tatsache, dass die elektrische Energie in ein bundesweites Netz eingespeist wird, das Merkmal des Bedarfs in den Hintergrund treten kann. Die Gemeindeordnungen in Niedersachen[1041] und Sachsen-Anhalt[1042], haben die Erzeugung regenerativer Energien von diesem Erfordernis daher bereits ausgenommen.

3) Subsidiarität

Die Erfüllung der Anforderungen an das Subsidiaritätsgebot, im Besonderen bei echten Subsidiaritätsklauseln ohne Bereichsausnahme, ist hingegen schwerer zu begründen. Hinsichtlich des der Subsidiaritätsklausel immanenten Vergleichs zwischen der Gemeinde und einem privaten Dritten, lässt sich bei der Erzeugung erneuerbarer Energien festhalten, dass die zu erzielende Vergütung kaum als Kriterium gelten kann, weil, mit Ausnahme der Direktvermarktung, der Strompreis durch die gesetzliche Vergütung des EEG feststeht.[1043] Zudem sind die Einflussmöglichkeiten auf den Erzeugungsbetrieb gering und die Eigenschaft des Produktes Strom konstant, so dass sich ein genereller Qualitätsunterschied zwischen kommunal betriebenen Energieanlagen und privaten nicht erkennen lässt.[1044] Die wichtigen Entscheidungskriterien sind daher die Wirtschaftlichkeit und die Güte

---

1037 *Kruse/Legler*, ZUR 2012, S. 348 (355); *Hsing*, Rechtliche Zulässigkeit und Handlungsvorhaben gemischt-wirtschaftliche Unternehmen mit kommunaler Beteiligung im Bereich der Energieversorgung, S. 155.

1038 Siehe Punkt D. II) 5).

1039 *Meßmer*, in: Fabry/Augsten, Unternehmen der öffentlichen Hand, Teil 2, Rn. 37.

1040 *Ruffert*, VerwArch 92 (2001), S. 27 (43); *Wolff*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 5, Rn. 35.

1041 § 136 Abs. 1 S. 7 NKomVG.

1042 § 116 Abs. 3 S. 1 GO LSA.

1043 Vgl. *Kruse/Legler*, ZUR 2012, S. 348 (355).

1044 So auch: *Kruse/Legler*, ZUR 2012, S. 348 (355); *Wolff*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 5, Rn. 44; ähnlich: *Pielow*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Einl. E., Rn. 362f.

der Leistung, wobei bei Güte aufgrund der gleichbleibenden Qualität des Produkts Strom selbst vor allem Nachhaltigkeit und Zuverlässigkeit relevant sind.[1045] Der pauschalen Auffassung der Ineffizienz staatlichen Wirtschaftens kann im Bereich der Energieversorgung aus mehreren Gründen nicht zugestimmt werden. Zum einen sind die Kommunen schon durch die Vorgaben der jeweiligen Kommunalverfassungen an Wirtschaftlichkeitsprüfungen, Marktanalysen, Gebote zur Eigenkapitalverzinsung und weitere betriebswirtschaftliche Instrumente gebunden.[1046] Zum anderen haben Stadtwerke Jahrzehnte lange Erfahrung im Bereich der Energieversorgung.[1047] Außerdem bedienen auch sie sich derselben Anbieter bei der Errichtung wie Private auch, so dass hierbei keine Unterschiede entstehen. Bei einer Prognose, die die reinen Kosten gegenrechnet, sind bei einem kommunalen Projekt oder einem „Bürgerwindpark" Nebenkosten für Rechtsstreitigkeiten, Gutachten und Zeitverzögerungen geringer als bei „ortsfremden" privaten Investoren.[1048] Während des Betriebs sind wie erwähnt kaum Einflussmöglichkeiten zu erkennen. Zu Gute zu halten ist zumindest großen privaten Anbietern, dass sie allein aufgrund ihrer Größe höhere Synergieeffekte bei Wartung, Beschaffung oder Vertriebsstruktur generieren und im Ergebnis so zu einem wirtschaftlicheren Betrieb gelangen können. Die Versorgungssicherheit hingegen wird aufgrund des geringeren betriebswirtschaftlichen Drucks eher den kommunalen Betrieben zugesprochen, womit kommunale Betreiber ein gewichtiges Argument für sich verbuchen können.[1049] Ebenso können Umweltgesichtsunkte und das Erreichen von staatlichen (gesetzlichen[1050]) Zielen zur Umsetzung der Energiewende als Argumente angeführt werden.[1051] Je nach Einschätzung der jeweiligen Kommunalaufsicht, lassen sich kommunale Erzeugungsprojekte gerade mit der Argumentation nachhaltiger, lokaler und verbraucherfreundlicher im Ergebnis daher auch begründen.

4) Örtlichkeitsbezug

Da die überörtliche Betätigung der kommunalen Energiewirtschaft mit Ausnahme von Sachsen in allen Bundesländern in den Kommunalverfassungen geregelt wur-

---

[1045] Rh.-Pf. VerfGH NVwZ 2000, S. 801 (803); *Dünchheim/Schöne*, DVBl. 2009, S. 146 (151); *Wolff*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 5, Rn. 43f.

[1046] § 121 Abs. 1 a Hess. GO; § 107 Abs. 5 GO NRW; § 85 Abs. 3 GO Rh.-Pf.

[1047] So zum Beispiel die Stadtwerke Hameln mit 150-jährigem Bestehen.

[1048] Ähnlich *Kruse/Legler*, ZUR 2012, S. 348 (355). Hier wird allerdings angenommen, dass Bürgerwindparks generell auf positive Resonanz stoßen, was aufgrund der unterschiedlichen Regionalstrukturen nicht zutreffend ist. Ebenso ist nicht ersichtlich, dass die Kapitalbeschaffung bei Bürgerwindparks, der privater Investoren überlegen ist.

[1049] So zumindest der Rh.-Pf.VerfGH NVwZ 2000, S. 801 (803); ebenso *Wolff*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 5, Rn. 44; zweifelnd: *Pielow*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Einl. E., Rn. 363.

[1050] So zum Beispiel § 1 EnWG; § 1 EEG.

[1051] *Wolff*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 5, Rn. 44; vgl. *Henneke/Ritgen*, Kommunales Energierecht, S. 142.

de, ergeben sich einfachgesetzlich in diesen Ländern kaum Probleme bei der überörtlichen energiewirtschaftlichen Betätigung. Im Gegenteil wird der Energieversorgung in Sachsen-Anhalt (§ 116 Abs. 3 S. 1 GOLSA) und Mecklenburg-Vorpommern (§ 68 Abs. 2 S. 3 KV M-V) bei der überörtlichen Betätigung sogar explizit der öffentliche Zweck zuerkannt. In Hessen findet sich die ausdifferenzierteste Regelung in Form des § 121 Abs. 1a HGO, nachdem die 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." Eine generelle überörtliche Betätigung ist gemäß § 121 Abs. 5 HGO auch hier erlaubt, sie unterliegt jedoch den in Abs. 1a gezeigten Bedingungen.

Im Ergebnis hat die kommunale Energiewirtschaft von allen kommunalen Wirtschaftstätigkeiten, sowohl aufgrund des Liberalisierungsdrucks, als auch der physikalischen Besonderheiten des Produkts Strom und der Leitungsgebundenheit, einfachgesetzlich die ausgedehntesten Möglichkeiten sich überörtlich zu betätigen.

5) Demokratische Legitimation und Aufsicht

Bei der demokratischen Legitimation unterscheiden sich kommunale Energieversorger nicht von anderen kommunalen Unternehmen.[1052]

Die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen weisen in Hinblick auf die Energiewirtschaft hingegen einige Differenzierung auf. So stehen in Thüringen überörtliche wirtschaftliche Betätigungen unter einem Genehmigungsvorbehalt; Überörtliche Vorhaben der Energiewirtschaft sind hingegen nur anzeigepflichtig.[1053] Ebenso hat Nordrhein-Westfalen in § 107 a GO NRW weitere energiewirtschaftliche Besonderheiten für die Aufsichtsbehörden normiert. Daneben legen auch die meisten anderen Gemeindeordnungen neben den generellen Prüfpflichten weitere energiewirtschaftsspezifische Kontrollpflichten und Rechte für die Rechtsaufsichten fest.[1054]

III. Vergleich mit der Privatwirtschaft

Nachdem die Besonderheiten der Energieerzeugung durch kommunale Stadtwerke und Gesellschaften mit Gemeinden oder Gemeindebürgern als Gesellschaftern dargestellt wurden, sollen diese zu rein privatwirtschaftlich geführten Erzeugungsunternehmen in Vergleich gesetzt werden. Dieser Vergleich dient zum einen der Aufarbeitung der Unterschiede und Gemeinsamkeiten im Bereich der Energieer-

[1052] Zu der zusätzlichen Problematik des informatorischen Unbundlings siehe bereits oben Punkt D. I) 7) c).

[1053] § 75 Abs. 5 S. 3 Thür.GO.

[1054] So zum Beispiel in § 121 Abs. 1a Hess. GO; § 91 Abs. 4 Bdbg.KVerf.

zeugung und zum anderen der Vorüberlegung für die Frage der Anpassungsmöglichkeiten kommunalwirtschaftlicher Normen und der Ausarbeitung des verfassungsrechtlichen Gestaltungsspielraums. Denn durch die Privatwirtschaft als vergleichbare Bezugsgröße lassen sich die kommunalwirtschaftlichen Bestimmungen weitaus differenzierter betrachten als dies eine reine Verfassungsmäßigkeitskontrolle erreichen könnte. Zudem lässt sich erst durch das Erkennen von Vor- und Nachteilen ein eventueller Handlungsbedarf herausfinden.

In einem ersten Schritt wird die privatwirtschaftliche Energieerzeugung kurz dargestellt. Dem folgt eine Gegenüberstellung der Vor- und Nachteile der Kommunalwirtschaft, um schließlich ein Ergebnis der tatsächlichen und rechtlichen Unterschiede herauszuarbeiten.

1) Darstellung privatwirtschaftlicher Energieerzeugung

a) Struktur der Kraftwerkslandschaft in Deutschland

Nach dem Höhepunkt der Oligopolbildung in der Energieerzeugung im ersten Jahrzehnt dieses Jahrhunderts verlieren die „Großen Vier“ kontinuierlich ihre Marktanteile sowohl bei Erzeugung als auch in anderen Wertschöpfungsstufen. Nachdem sich noch im Jahre 2008 über 80 % der Stromerzeugungskapazitäten[1055] auf diese Unternehmen verteilt hat, lag die Erzeugungsquote im Jahr 2015 nur noch bei 42 %.[1056] Grund dafür sind, neben dem Ausstieg aus der Atomenergie nach der erneuten Novelle des AtG[1057], der Ausbau der Erneuerbaren Energien, der Ausbau des Stromaustausches in Westeuropa und der kartellrechtlich verordnete Verkauf von Kraftwerkskapazitäten der E.ON SE.[1058] Im europäischen Vergleich weist Deutschland eine relativ hohe Diversifizierung des Marktes auf. In Frankreich lag der Marktanteil des größten Energieerzeugers in 2012 bei 87 %, in Griechenland bei 82 % und in Belgien bei 79 %, wohingegen in Deutschland RWE mit 24 % mit einem vergleichsweise niedrigen Anteil an der Spitze stand.[1059] Die Netto-Stromerzeugungskapazität 2017 von 200,85 GW befindet sich mittlerweile in den Händen von mehreren hundert unabhängigen Stromerzeugern.[1060] Diese privaten Betreibergesellschaften haben Finanzinstitute, Versicherungen,

---

[1055] *BKartA*, Sektorenuntersuchung Stromerzeugung- und Großhandel, S.18.

[1056] *Monopolkommission*, Sondergutachten 71, Energie 2015: Ein wettbewerbliches Marktdesign für die Energiewende, S.34.

[1057] Atomgesetz. v. 31.07.2011 BGBl. I S. 1704.

[1058] *BDEW*, Wettbewerb 2012, S. 32.

[1059] *BDEW*, Wettbewerb 2012, S. 34.

[1060] *Fraunhofer Institut ISE*, Netto-Stromerzeugungskapazität Deutschlands, *https://www.energy-charts.de/power_inst_de.htm*, S. 32; *BKartA*, Kraftwerksliste 2014; http://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetundGas/Unternehmen_Institutionen/Versorgungssicherheit/Erzeugungskapazitaeten/Kraftwerksliste/kraftwerksliste-node.html.

Privatinvestoren, zu denen viele Landwirte zählen, oder Gewerbetreibende, die ihren eignen Strombedarf decken wollen, als Gesellschafter.[1061]

Ungefähr 106,76 GW der installierten Leistung entfallen auf Erneuerbare Energieträger. Trotz des Ausbaus Erneuerbarer Energien blieb der Anteil der kommunalen Stromerzeugung im Jahr 2016 bei 12,6 % nunmehr über Jahre nahezu konstant ohne nennenswerte Zugewinne.[1062] Zwar haben auch kommunale Betreiber in Anlagen zur Erzeugung regenerativer Energien investiert, der Großteil entfiel aber auf private und gewerbliche Anbieter.[1063] Die Mehrzahl der Kraftwerksblöcke, ebenso wie der Erneuerbare-Energien-Anlagen ist in den Händen der Privatwirtschaft.[1064] So hatte E.ON (Uniper) im Jahre 2014 als Deutschlands größter Energie*versorger* 106 Wasserkraftwerke mit 1778 MW Leistung, vier Atomkraftwerke mit 5445 MW Leistung, zwei Braunkohlekraftwerk mit 900 MW Leistung, 11 Steinkohlekraftwerke mit 5169 MW Leistung, 8 Gaskraftwerke mit 3977 MW Leistung, zwei Ölkraftwerke mit 722 MW Leistung und 2200 MW aus Erneuerbaren Energien in Deutschland.[1065] RWE als größter Strom*erzeuger* hatte im Jahre 2014 eine installierte Nettoleistung von 8 Braunkohlekraftwerke mit 10,2 GW Leistung, 7 Steinkohlekraftwerke mit 7 GW installierter Leistung, 3 Kernkraftwerke mit ca. 3 GW installierter Leistung 9 Erdgaskraftwerke mit ca5 GW installierter Leistung und 1,2 GW aus Erneuerbaren Energien.[1066] Der vergleichsweise niedrige Anteil Erneuerbarer Energien bei den beiden größten Stromerzeugern zeigt, unter Beachtung der Klimaziele der Bundesregierung, den hohen Investitionsbedarf der klassischen Oligopolunternehmen. Auf diese Neuerungen können die großen Unternehmen nur bedingt reagieren, da die Großkraftwerke aufgrund der hohen Investitionskosten eine lange Planlaufzeit haben. Die Kraftwerksausbauplanung betrachtet für Investitionskosten einen Zeitraum von 10–30 Jahren und berechneten Laufzeiten von 40–50 Jahren, so dass die Kraftwerkparks sich den volatilen Markbedingungen kaum anpassen können.[1067] Dieser Wandel

---

1061 vgl. *Meckert*, in: Boewe/Meckert, Leitfaden Windenergie: Planung, Finanzierung und Realisierung von Onshore-Windenergieanlagen, S. 181 f.

1062 Der im VkU organisierten Unternehmen, http://www.vku.de/energie/energieerzeugung/kommunale-kraftwerkskapazitaeten/aktuelle-ergebnisse-der-vku-erzeugungsabfrage-2013.html.

1063 Ebenda.

1064 Ebenda; ebenso: http://de.statista.com/statistik/daten/studie/164228/umfrage/erneuerbare-energien-nach-eigentuemergruppen/

1065 *E.ON*, Kraftwerke, http://www.eon-schafft-transparenz.de/kraftwerke/; *E.ON* in Deutschland, abzurufen unter https://www.eon.com/de/nachhaltigkeit/regionale-aktivitaeten/deutschland.html.

1066 *RWE*, Strom- und Wärmeerzeugung, https://www.rwe.com/web/cms/de/1391638/rwe/ueber-rwe/geschaeftsaktivitaeten/strom-und-waermeerzeugung/.

1067 Vgl. *Curtius*, in: Bartsch/Röhling/Salje/Scholz, Stromwirtschaft, § 38, Rn. 58; *Deutsche Energieagentur GmbH*, Kurzanalyse der Kraftwerks- und Netzplanung in Deutschland bis 2020 (mit Ausblick auf 2030)),

trifft sicherlich sowohl kommunale als auch privatwirtschaftliche Energieerzeuger. Durch die sehr viel größeren konventionellen Kraftwerkparks der privatwirtschaftlichen Unternehmen – 70% der konventionellen Kraftwerke sind in privatwirtschaftlicher Hand, nur 29% sind in kommunaler Hand, zumal diese zumeist mit KWK-Technologie ausgestattet sind – [1068] trifft der Wandel in der Stromerzeugung die Privatwirtschaft ungleich härter. Der Bau dieser Kraftwerke wurde vor der Liberalisierung und der Förderung Erneuerbarer Energien massiv politisch gefördert.[1069] Ziel war die maximale Auslastung von Großkraftwerken, um niedrige Strompreise für die Industrie zu gewährleisten.[1070] Dies ging über Jahrzehnte zu Lasten der dezentralen Energieversorgung, die nun eine Renaissance erfährt.

Ob dieses eindeutigen Übergewichts der Privatwirtschaft bei konventioneller Energieerzeugung, werden private Erzeuger von Geschehnissen und Reglementierungen in diesem Gebiet auch stärker betroffen als die staatliche respektive kommunale Energiewirtschaft. Rechtliche Sonderreglungen der Privatwirtschaft im Vergleich zur Kommunalwirtschaft gibt es nicht. Lediglich Regelungen, die Private aufgrund der Struktur der Energiewirtschaft mehr oder ausschließlich treffen.

b) Strompreisbildung und „merit-order-Effekt"

Gleiches gilt für die Strompreisentwicklung. Die Energiewirtschaft steht nicht nur wegen des hohen Investitionsbedarfs vor großen Herausforderungen. Auch bereits bestehende Entwicklungen bereiten den großen Versorgern finanzielle Probleme.

Der Stromgroßhandelspreis liegt auf einem historischen Tief. Die Kosten für Strom im Day-ahead-Handel auf dem Spot-Markt[1071], sind in den letzten Jahren von knapp 10 ct/kWh im Januar 2008 auf 3,75 ct/kWh im Januar 2014 auf 3,5 ct/kWh im Juli 2017 gefallen.[1072] Ein Hauptgrund für den Preisverfall ist der maßgeblich durch die EEG-gestützte Erzeugung Erneuerbarer Energien verschärfte

http://www.dena.de/fileadmin/user_upload/Projekte/Energiesysteme/Dokumente/Kurzanalyse_KuN-Planung_D_2020_2030_kurz.pdf.

[1068] Vgl. *Bundesetzagentur*, Kraftwerksliste 2017; *Monopolkommission*, Energie 2015: Ein wettbewerbliches Marktdesign für die Energiewende, S. 34

[1069] Diese Energiepolitik wurde mit einer Vielzahl von Gesetzen flankiert wie dem „Verstromungsgesetz, dem AtG und dem Erlass des BMWi vom 21.07.1964, dass Kraftwerke unter 300 MW Leistung nicht mehr genehmigt werden sollen; *Leprich*, Das EEG als Nukleus einer neuen Energiewirtschaftsordnung, in: Müller, 20 Jahre Recht der Erneuerbaren Energien, S. 816 ff.

[1070] *Leprich*, Das EEG als Nukleus einer neuen Energiewirtschaftsordnung, in: Müller, 20 Jahre Recht der Erneuerbaren Energien, S. 816.

[1071] Die Funktionsweise und Preisbildung des Terminmarktes werden hier ausgeklammert, wobei auch die Preise auf dem Terminmarkt im gleich Zeitraum von knapp 10ct/kWh auf unter 4 ct7kWh gefallen sind; [1071] *IWR*, Strompreise für Verbraucher steigen – Börsen- Strompreise sinken auf Rekordtief, http://www.iwr-institut.de/de/presse/presseinfos-energiewende/strompreise-fuer-verbraucher-steigen-boersen-strompreise-sinken-auf-rekordtiefs.

[1072] *IWR*, Strompreise für Verbraucher steigen – Börsen- Strompreise sinken auf Rekordtief.

„Merit-Order-Effekt". Der „Merit-Order-Effekt" beschreibt die Einflüsse, die die vorrangige Einspeisung von EEG-Strom auf die Strom-Großhandelspreise hat.[1073] Die Großhandelspreise werden in Deutschland größtenteils an der EEX in Leipzig und der EPEX in Paris festgelegt, wobei hier zwischen „Spot-Markt" und „Terminmarkt" unterschieden wird.[1074]

Jeder Kraftwerksbetreiber gibt an der Strombörse auf dem Spot-Markt ein Gebot für jede Stunde des nächsten Tages ab, das aus Leistung und Preis besteht (Day-ahead-Markt).[1075] Aus allen Geboten des Tages erstellt die Strombörse eine Liste, die nach Kosten in aufsteigender Reihenfolge sortiert ist, die „Merit-Order".[1076] Beginnend mit dem Kraftwerk mit dem niedrigsten Kostenfaktor verteilt die Börse die Zuschläge bis der voraussichtliche Bedarf gedeckt ist. Die Kosten dieses Grenzkraftwerks bestimmen mit einem Risikozuschlag einheitlich den Strompreis für alle verteilten Zuschläge.[1077] Paradoxerweise haben die weit umweltfreundlicheren Gaskraftwerke zwar geringere Investitionskosten als Kohlekraftwerke, jedoch höhere Grenzkosten, so dass sie oft am oberen Ende der „Merit-Order" stehen bzw. standen.[1078] Da Strom nicht in großen Mengen speicherbar ist, müssen diese Erzeuger ihre Stromerzeugung drosseln oder ganz aussetzen, so

---

1073 *BMU*, Erneuerbare Energien in Zahlen, S. 44. Der „Merit-order-Effekt" beschreibt ursprünglich allgemein die Verdrängung teurerer Kraftwerke durch günstigere am Markt, Streng genommen verschärft der EEG-Strom den „Merit-order-Effekt" nicht, sondern durchbricht ihn aufgrund der gesetzlich verordneten vorrangigen Einspeisung. Nach betriebswirtschaftlichen Maßstäben wären die Grenzkosten für Strom aus EEG-Anlagen in der Regel höher, als die aus konventionellen Kraftwerken, siehe *Lindner*, Die juristische Bestimmung des Marktpreises für Strom, S. 19.

1074 Strom wird noch an weiteren Handelsplätzen gehandelt, der vereinfachten Darstellung halber, wird sich in dieser Darstellung auf einen Handelsplatz beschränkt und lediglich der day-ahead-Markt auf dem Spot-Markt betrachtet, der dem physikalischen Geschehen von Angebot und Nachfrage am nächsten kommt, so auch *Bode*, Effekte des EEG auf die Energiepreise, in: Müller, 20 Jahre Recht der Erneuerbaren Energien, S. 863.

1075 *Machate*, in: Bartsch/Röhling/Salje/Scholz, Stromwirtschaft, § 39, Rn. 6f.; *Bode*, Effekte des EEG auf die Energiepreise, in: Müller, 20 Jahre Recht der Erneuerbaren Energien, S. 863.

1076 *Bode*, Effekte des EEG auf die Energiepreise, in: Müller, 20 Jahre Recht der Erneuerbaren Energien, S. 863; *Lindner*, Die juristische Bestimmung des Marktpreises für Strom, S. 19.

1077 *Lindner*, Die juristische Bestimmung des Marktpreises für Strom, S. 19; *Curtius*, in: Bartsch/Röhling/Salje/Scholz, Stromwirtschaft, § 38, Rn. 26 f.

1078 Vgl. *Bode*, Effekte des EEG auf die Energiepreise, in: Müller, 20 Jahre Recht der Erneuerbaren Energien, S. 863. Obwohl die Gaspreisbildung klassischerweise aufgrund der schlechteren Transportmöglichkeiten als bei Öl eher regional stattfindet (der europäische Gaspreis (Ölpreisbindung) unterscheidet sich stark von dem im Nahen Osten, in Fernost oder Amerika, vgl. die Entwicklung bei Energy Comment, Gaspreise 2015/2016, http://www.energycomment.de/wp-content/uploads/2015/12/Gaspreistudie-Gr%C3%BCne-Bukold.pdf) beginnt sich diese Preisbildung durch den Ausbau des LNG-Handels zu internationalisieren. Gleichzeitig fäll durch die Fracking-Revolution in den USA der Gaspreis weltweit, weswegen Gas im Vergleich zu Kohle immer wettbewerbsfähiger wird und in den USA zu einer massiven Schließungswelle von Kohlekraftwerken geführt hat. Siehe hierzu: U.S. Energy Information Agency, What is U.S. electricity generation by energy source? https://www.eia.gov/tools/faqs/faq.php?id=427&t=3.

dass die Kraftwerkskapazitäten über das Jahr selten ausgelastet und in der Folge unrentabel sind.[1079]

Zusätzlich verschärft sich der Preisdruck an den Strombörsen durch die Einspeisung Erneuerbarer Energien. Aufgrund der gesetzlich verordneten vorrangigen EEG-Strom-Einspeisung sinkt die generelle Stromnachfrage an der Börse, so dass die teuersten bisher eingesetzten Kraftwerke ihren Strom nicht gewinnbringend verkaufen können.[1080] Folglich sinkt der Börsenpreis, wovon die energieintensiven Unternehmen im Sinne des § 64 EEG am meisten profitieren, da sie die steigenden Kosten des EEG-Stroms kaum mitfinanzieren und zusätzlich auf niedrigere Großhandelspreise zugreifen können.[1081] Im Jahr 2011 betrug der durch EEG-Strom ausgelöste „Merit-Order-Effekt" 0,9 ct/kWh und kostete die Energieerzeuger insgesamt 4,6 Mrd. EUR.[1082]

c) Atomausstieg und Entflechtung der Übertragungsnetze

Als wesentlicher regulatorischer Einschnitt in die Energiewirtschaft ist zuvorderst sicherlich der nun erneute Ausstieg aus der Atomenergie zu nennen.[1083] Sämtliche sich noch am Netz befindlichen acht Atomkraftwerke stehen im Eigentum von E.ON, RWE und EnBW.[1084] EnBW und RWE haben zwar eine Beteiligung von Stadtwerkekonsortien, die kommunale Energiewirtschaft wird durch diesen Ausstieg aber nicht direkt betroffen. Die Abschaltung bis spätestens zum Jahre 2022 bedeutet für alle drei Versorger finanzielle Einbußen. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass die Investitionskosten der KKW bereits abgeschrieben sind und sich die Betreiber aufgrund des ersten Atomkonsenses aus dem Jahr 2000 auf das Ende der Atomenergie einstellen konnten.[1085] Der Verlust betrifft damit weniger die Investitionskosten, sondern vielmehr die Laufzeit der Abschöpfung von Gewinnmargen.[1086]

Eine weitere regulatorische Maßnahme, die nur die „großen Vier" EVU betrifft, ist die eigentumsrechtliche Entflechtung der Übertragungsnetze. Zwar ist in der deutschen Umsetzung dem „ITO-Modell" der Vorzug gegeben worden[1087], das auf eine eigentumsrechtliche Trennung verzichtet, im Ergebnis haben aber alle EVU ihre Übertragungsnetze verkauft. E.ON hat sein Übertragungsnetz, auch auf

---

1079 *Machate*, in: Bartsch/Röhling/Salje/Scholz, Stromwirtschaft, § 39, Rn. 6f.; vgl. auch aktuell *WDR*, Energiewende, http://www1.wdr.de/studio/essen/themadestages/energiewende442.html.

1080 *BMU*, Erneuerbare Energien in Zahlen, S. 44.

1081 Ebenda.

1082 Ebenda.

1083 Siehe hierzu *Mann/Sieven*, VerwArch 106 (2015), S. 184 ff.

1084 Vgl. *Bundesnetzagentur*, Kraftwerksliste 2017.

1085 Zu der Bewertung des Atomausstiegs aus verfassungsrechtlicher Sicht und zur Einordnung in das Gesamtkonzept Energiewende siehe *Mann/Sieven*, VerwArch 106 (2015), S. 184 ff.

1086 Vgl. zu den Folgen *Mann/Sieven*, VerwArch 106 (2015), S. 184 ff.

1087 Siehe dazu oben Punkt D. II) 7) c).

Druck der EU-Kommission und der Kartellbehörden[1088], an die niederländische Tennet GmbH verkauft. Vattenfall hat sein Netz an den australischen Fonds Industry Funds Management (IFM) und dem belgischen Netzbetreiber Elia übereignet.[1089] Auch RWE hat sein Netz in die Amprion GmbH ausgelagert, an der RWE nur noch 25, 1 % hält, die restlichen Anteile entfallen auf ein Konglomerat aus Finanzinvestoren.[1090] Einzig TransnetBW ist die 100-%ige Tochtergesellschaft der (staatlichen) EnBW AG[1091]. Die anderen Stufen und Regelungen des Unbundling treffen kommunale wie auch privatwirtschaftliche EVU gleichermaßen, wobei die de-minmis-Regelung (§§ 7 Abs. 2, 8 Abs. 2 EnWG) vornehmlich kommunalen Stadtwerken zu Gute kommt.

d) Zwischenergebnis

Im Ergebnis lässt sich daher konstatieren, dass private Energieversorger aufgrund der Struktur ihrer Erzeugungskapazitäten mit den Auswirkungen der Energiewende in größerem Umfang zu kämpfen haben, als kommunale Unternehmen mit einem höheren Anteil an Erneuerbaren Energien. Neben diesen tatsächlichen Belastungen ergeben sich hingegen keine spezifischen rechtlichen Normierungen für privatwirtschaftliche Unternehmen. Gesonderte Regelungen, weist nur die kommunale Energiewirtschaft auf, welche in Vor- und Nachteile im Vergleich zu privaten Erzeugern aufgegliedert werden sollen.

2) Rechtliche und tatsächliche Vorteile kommunaler Energieerzeugung

Im Folgenden soll nunmehr untersucht werden, welche rechtlichen Vorteile ein kommunales EVU gegenüber einem privatwirtschaftlichen in Anspruch nehmen kann und ob diese Vorteile sich auch wirklich niederschlagen, bzw. ob es tatsächliche Vorteile kommunaler EVU gibt, die gar nicht normiert sind. Im Fokus steht, nach wie vor die Energieerzeugung. Stadtwerke mit weiteren Wertschöpfungsstufen sind damit jedoch meist untrennbar verbunden und finden daher zusätzlich Beachtung. Inwieweit sich Vorgaben als Vor- oder Nachteil qualifizieren lässt, kann im Einzelfall zu divergierenden Ergebnissen führen. Vorliegend findet eine Bewertung der kommunalen Besonderheiten aus dem Blickwinkel eines am Markt tätigen Energieerzeugers statt.

1088 E.ON, November 2009, http://www.eon.com/de/presse/news/pressemitteilungen/2009/11/10/e-dot-on-verkauft-hoechstspannungsnetz.html.

1089 *Rp-Online*, Vattenfall verkauft deutsches Übertragungsnetz, März 2010, http://www.rp-online.de/wirtschaft/unternehmen/vattenfall-verkauft-deutsches-uebertragungsnetz-aid-1.2323069.

1090 *BDEW*, Wettbewerb 2012, S. 49.

1091 *TransnetBW*, März 2012, http://www.transnetbw.de/de/presse/pressemitteilungen/pressemitteilung?id=18.

a) Einstandspflicht der Gemeinde für kommunale Unternehmen

Als ein entscheidender Vorteil kommunaler Wirtschaftsunternehmen gilt die Einstandspflicht der Gemeinden bzw. des Landes bei finanziellen Schwierigkeiten des Unternehmens. Diese Einstandspflicht hängt jedoch von der Rechtsform der Unternehmen ab. Privatrechtliche Organisationsformen, die die Mehrzahl der kommunalen Unternehmen stellen, sind ganz unabhängig von der Art des Gesellschafters insolvenzfähig im Sinne des § 11 InsO. Lediglich bei den Kommunen selbst ist die Insolvenzfähigkeit aufgrund der Regelung des § 12 Abs. 1 Nr. 2 InsO ausgeschlossen. Rein gesellschaftsrechtlich bzw. insolvenzrechtlich trifft die Kommunen daher keine Einstandspflicht. Eine solche Einstandspflicht bzw. Gewährträgerhaftung ergibt sich auch nicht aus öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen. Obwohl Teile der Literatur mit unterschiedlichen Begründungsansätzen[1092] eine Insolvenzabwendungspflicht bejahen, hat das OLG Celle in einer grundlegenden Entscheidung eine solche Pflicht abgelehnt.[1093] Die Gemeinde habe nicht mehr und nicht weniger Rechte als jedes andere Privatrechtssubjekt.[1094] Das ist auch daher konsequent, weil sonst die Insolvenzunfähigkeit der Gemeinde als Ausnahmetatbestand auf alle Unternehmen ausgedehnt würde, an denen Gemeinden beteiligt sind.[1095] Des Weiteren unterliefe eine solche Insolvenzabwendungspflicht im Ergebnis auch die Bestimmungen zur Haftungsbegrenzung der Kommunen bei der Errichtung kommunaler Gesellschaften in Privatrechtsform. Eine verschärfte Insolvenzabwendungspflicht würde bei einem Gesellschafter, der selbst insolvenzunfähig ist, bedeuten, dass er die Gesellschaft in jedem Krisenfalle vor der Zahlungsunfähigkeit schützen müsse. Das widerspricht sowohl den Grundsätzen der Kommunalwirtschaft als auch den Grundsätzen der kommunalen Haushaltsführung (vgl. § 110 Abs. 1 u. 2 NKomVG) und ist demnach abzulehnen. Etwas anderes gilt für die Pflichtaufgaben der Kommune, unter die die Energieerzeugung als freiwillig übernommen wirtschaftliche Betätigung nicht fällt. Eine Ausnahme ergäbe sich nur in dem unwahrscheinlichen Falle eines Eingreifens der Gewährleistungsverantwortung der Gemeinde, sprich, wenn die Versorgung durch Private nicht sichergestellt werden kann. Bei der Erfüllung freiwillig übernommener Aufgaben, kann die Kommune grundsätzlich innerhalb ihrer Gestaltungsfreiheit entscheiden, ob sie die Insolvenz der Gesellschaft abwenden will oder nicht.[1096] Im Falle der Unterstützung der Gesellschaft hat sie sich wiederrum an die Vorgaben des Europäischen Beihilfeverbots zu halten, von denen im Be-

[1092] Siehe *Ehricke*, IR 2008, S. 248 (250 f.) mit der Darstellung der jeweiligen Ansätze.
[1093] OLG Celle NVwZ-RR 2000, S. 754 ff.
[1094] OLG Celle NVwZ-RR 2000, S. 754 (755).
[1095] Vgl. *Ehricke*, IR 2008, S. 248 (251).
[1096] OLG Celle NVwZ-RR 2000, S. 754 (755f.); *Wurzel/Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. K, Rn. 54 u. 64; *Oebbecke*, in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch kommunale Unternehmen, § 9, Rn. 73.

reich der Energiewirtschaft als Ausnahme lediglich die Grundversorger gemäß §§ 36, 38 EnWG nicht betroffen sind.[1097]

Richtig ist allerdings, dass der hinter der Gesellschaft stehende Gesellschafter, namentlich die Gemeinde, nicht insolvenzfähig ist. Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG unterliegen alle Gliederungen der Bundesrepublik zudem einer aus dem Bundesstaatsprinzip abgeleiteten solidarischen Einstandspflicht, so dass es zu einer Zahlungsunfähigkeit der Kommune auch gar nicht kommen kann, da im Notfall die übergeordnete staatliche Ebene Verbindlichkeiten bedienen wird.[1098] Kommunen fällt es in der Konsequenz wesentlich leichter Fremdmittel zu akquirieren und diese, unter der Bedingung einer Genehmigung der Kommunalaufsicht (vgl. § 120 Abs. 2 NKomVG), der Finanzausstattung ihrer Unternehmen zukommen zu lassen. Da auch die Kreditinstitute aufgrund diverser gesetzlicher Vergünstigungen von der Vergabe von Kommunalkrediten profitieren[1099], sind die Zinsen für diese Kredite vergleichsweise niedrig.[1100] Als Einschränkung von diesem Vorteil ist zu beachten, dass die Kreditaufnahme grundsätzlich als subsidiäres und nachrangiges Finanzierungsinstrument angelegt ist, welche diversen Anforderungen unterworfen ist.[1101]

b) Steuerliche Besonderheiten

Ebenso könnte sich ein monetärer Vorteil aus den steuerlichen Besonderheiten der kommunalen Unternehmen ergeben. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass kommunale Energieerzeugungsunternehmen in Privatrechtsform steuerlich genauso behandelt werden wie privatwirtschaftliche. Des Weiteren gilt die Befreiung von Ertrags- und Umsatzsteuer gemäß §§ 1 Abs. 1, Nr. 6, 4 Abs. 5 KStG und gemäß § 2 Abs. 3 UStG nur für Hoheitsbetriebe, worunter Gesellschaften zur Erzeugung Erneuerbarer Energien wie oben gezeigt nicht fallen. Sofern eine Betreibergesellschaft nicht in Form einer Kapitalgesellschaft gegründet wird, kann eine Kommune unmittelbar den Vorteil des steuerlichen Querverbunds nutzen und bei der Stromlieferung an einen anderen BgA den Wegfall der Umsatzsteuer.[1102] Allerdings haben auch privatwirtschaftliche Unternehmen durch Holding-

---

1097 *Ehricke*, IR 2008, S. 248 (253); siehe zum Beihilfeverbot oben Punkt D. II) 7) b).

1098 BVerfGE 1, 117 (131); 72, 330 (384 ff.); *Faber*, in: Henneke/Pünder/Waldhoff, Recht der Kommunalfinanzen, S. 698.

1099 Nach den jeweiligen Ausnahmen der §§ 13-21 KWG sind Kommunalkredite von Großkreditgrenzen und Meldepflichten befreit. Ebenso müssen Kommunalkredite aufgrund des nicht vorhandenen Ausfallsrisikos nicht mit Eigenkapital unterlegt werden. Diese sogenannte „Nullgewichtung" bleibt in der SolvV (§ 25 Abs. 1 Nr. 2 SolvV, bzw. der CRR und CRD IV Verordnung) trotz Basel III bestehen; *Faber*, in: Henneke/Pünder/Waldhoff, Recht der Kommunalfinanzen, S. 698; ausführlich zu den Auswirkungen von Basel III und den Unterschieden der Kreditfinanzierung von Kommunen und kommunalen Gesellschaften *Kropf*, ZInsO 2012, S. 1667 (1671).

1100 *Walter*, Der Gemeindehaushalt 2004, S. 1 (1).

1101 Vgl. *Rose*, Kommunale Finanzwirtschaft Niedersachsen, S. 150 ff.

1102 Dazu siehe oben Punkt D. II) 4) b) cc) (3).

Dachgesellschaften, Konzerne, Cash-Pooling oder ähnliche gesellschaftsrechtliche Konstrukte Gewinne und Verluste einzelner Gesellschaften zu verrechnen. Sofern ein kommunales Unternehmen keine hoheitliche Tätigkeit ausübt, ergeben sich außerhalb des steuerlichen Querverbunds keine steuerlichen Besonderheiten für kommunale Unternehmen. In der Gesamtschau ist möglicherweise die Gewerbesteuer als ein mittelbarer Vorteil auszumachen. Zwar sind kommunale BgA und Kapitalgesellschaften gewerbesteuerpflichtig gemäß § 2 GewStG, diese Steuer fließt jedoch zu 100 % der jeweiligen Kommune zu (§ 1 GewStG), so dass der Ertrag im Ergebnis wieder dem Gesellschafter zufließt und dessen Gewinn über Umwege gesteigert wird. Ob dies als *unmittelbarer* Wettbewerbsvorteil zu werten ist, kann offen bleiben, jedoch erhält der kommunale Gesellschafter durch den Steuerertrag und die Gewinnausschüttung unbestritten gleich zwei finanzielle Vorteile durch die Errichtung einer kommunal beherrschten Erzeugungsanlage.

c) Bauplanungshoheit

Aus bauplanungsrechtlicher Sicht und in Hinblick auf die Auswahl des Standorts und dessen Sicherung ist die Gemeinde aufgrund der Planungshoheit gemäß § 1 Abs. 3 BauGB grundsätzlich im Vorteil gegenüber privaten Projektbetreibern. Die Planungsmöglichkeiten der Gemeinde unterliegen jedoch einer Vielzahl von Auflagen und Geboten, so dass die tatsächliche Planungskompetenz von WEA nicht unerheblich eingeschränkt werden kann. Denn trotz der Bauplanungshoheit der Gemeinde, ergeben sich vor allem aus dem Anpassungsgebot des § 1 Abs. 4 BauGB und den städtebaulichen Vorgaben der Absätze 5 und 6 Restriktionen, die die Planungshoheit der Gemeinde beschränken.[1103] Die Aufstellung von Raumordnungsplänen und die damit einhergehenden Zielfestsetzungen, determinieren die Entscheidungsprozesse der kommunalen Entscheidungsträger. Da die Ziele der Raumordnung für die planende Kommune nach § 3 Nr. 2 ROG verbindlich sind, verengt sich der Spielraum der Gemeinde. Ein Bauleitplan, der der Anpassungspflicht des Absatzes 4 und somit der „materiellen Konkordanz" zwischen Raumordnungsplan und Bauleitplan nicht nachkommt, ist zudem nichtig.[1104] Allerdings ist auch zu beachten, dass die Ziele der Raumordnung häufig sehr abstrakt formuliert worden sind, und der Gemeinde innerhalb des Gesamtgebildes Raumplanung die angestammte Aufgabe der Feinsteuerung obliegt.[1105] Das Anpassungsgebot beinhaltet mithin, dass zwar die Korridore der Raumordnungsplanung eingehalten werden, die Gemeinde innerhalb dieser ihre Wahlmöglichkeiten aber voll entfalten kann.[1106] So sehr den Kommunen ein gewisser Gestaltungsspielraum zugestanden wird, so sehr ist dennoch den raumordnungsrechtlichen

[1103] Dazu oben Punkt D. II) 2) b).

[1104] BVerwG ZfBR 2007, S. 683 (684); *Krautzberger*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 1 BauGB, Rn. 42.

[1105] *Dirnberger*, in: Spannowsky/Uechtritz, § 1 BauGB, Rn. 68; *Henneke/Ritgen*, Kommunales Energierecht, S. 174.

[1106] BVerwG NVwZ 2003, S. 742 (743f.); *Dirnberger*, in: Spannowsky/Uechtritz, § 1 BauGB, Rn. 68.

Grenzziehungen Beachtung zu schenken. Dementsprechend wertete beispielsweise das OVG Schleswig einen Flächennutzungsplan, der eine durch den Raumordnungsplan ausgewiesene Fläche für WEA von 130 ha auf 12 ha verkleinert hat, als Verstoß gegen das Anpassungsgebot.[1107]

Aber auch die städtebaulichen Gebote des § 1 BauGB lassen der Gemeinde Raum für eigene Erwägungen. Die Planungsleitlinien des Absatzes 5 stellen „Soll-Vorschriften" dar, die lediglich die zu beachtenden Grundsätze der Bauleitplanung zusammenfasst.[1108] Die Gebote des Abs. 6 beinhalten unbestimmte Rechtsbegriffe, denen jedoch keine kommunale Einschätzungsprärogative hinsichtlich der Auslegung der Planungsdirektiven immanent ist.[1109] Zusätzlich zu diesen materiellen Beurteilungs- und Ermessensspielräumen, ist auch die übergeordnete Pflicht der Gemeinden einen Bebauungsplan aufzustellen aufgrund des Planungsermessens lediglich als abstrakt anzusehen (§ 1 Abs. 3 BauGB). Das Planungsermessen der Gemeinde verdichtet sich nur unter bestimmten Voraussetzungen zu einer Planungspflicht.[1110] Sie liegt nur dann vor, wenn eine Planaufstellung im öffentlichen Interesse steht, d.h. wenn „qualifizierte städtebauliche Gründe von besonderem Gewicht vorliegen".[1111] Sollte eine Planungspflicht schließlich festgestellt werden, ist diese durch die Kommunalaufsicht auch durchsetzbar.[1112] Private können einen Anspruch auf Aufstellung eines Bebauungsplans gegen die Gemeinde hingegen nicht geltend machen und auch nicht durch Vertrag begründen (§ 1 Abs. 3 S. 2 BauGB). Auf der anderen Seite kann auch die Gemeinde nicht ohne weiteres Bauleitpläne für eigene Erzeugungsprojekte aufstellen. Sie können Bauleitpläne nur aufstellen, wenn und soweit sie erforderlich sind (§ 1 Abs. 3 BauGB). Hierbei steht ihnen zwar der erhebliche Planungsspielraum zur Verfügung, ebenso ist den Kommunen aber eine „planerische Zurückhaltung" in Hinblick auf die Erforderlichkeit auferlegt.[1113] Eine Planung, die rein privaten Interessen dient, ist nicht erforderlich im Sinne des § 1 Abs. 3 BauGB.[1114] Die Bauleitplanung ist stets im Interesse des Allgemeinwohls durchzuführen, d.h. die Entscheidungsträger müssen sich vom Interesse der städtebaulichen Entwicklung und Ordnung leiten lassen.[1115] So wird auch eine Planung, die allein im Interesse eines kommunal betrie-

---

1107 OVG Schleswig, BauR 2013, 1491.

1108 Vgl. *Krautzberger*, in Battis/Krautzberger/Löhr, § 1 BauGB, Rn. 44; *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, § 1 BauGB, Rn. 107h; vgl. *Stüer*, in: Hoppenberg/de Witt, Handbuch des öffentlichen Baurechts, B, Rn. 897f.

1109 *Dirnberger*, in: Spannowsky/Uechtritz, § 1 BauGB, Rn. 81.

1110 BVerwG DVBl. 2004, S. 239 (241); *Dirnberger*, in: Spannowsky/Uechtritz, § 1 BauGB, Rn. 45; vgl. *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, § 1 BauGB, Rn. 39a.

1111 BVerwG DVBl. 2004, S. 239 (241); *Dirnberger*, in: Spannowsky/Uechtritz, § 1 BauGB, Rn. 45.

1112 BVerwGE 119, 25 (25); *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, § 1 BauGB, Rn. 42.

1113 *Krautzberger*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 1 BauGB, Rn. 30; *Schrödter/Wahlhäuser*, in: Schrödter, § 1 BauGB, Rn. 40 ff.

1114 VGH Mannheim NuR 1996, 36 (36); *Schrödter/Wahlhäuser*, in: Schrödter, § 1 BauGB, Rn. 44.

1115 BVerwG NVwZ – RR 1997, S. 213 (213); *Dirnberger*, in: Spannowsky/Uechtritz, § 1 BauGB, Rn. 49.

benen Stadtwerks steht, nicht erforderlich in diesem Sinne sein. Ebenso ist der Gemeinde die Aufstellung eines Bebauungsplanes, der einen Windpark mit kommunaler oder Bürgerbeteiligung verlangt, unzulässig. [1116]

Die Planungshoheit obliegt der Gemeinde auch im Bereich der Flächennutzungspläne, bei denen Gebiete für Windanlagen im Rahmen der Gesetze nach den Vorstellungen der Gemeinde ausgewiesen werden können was zur Folge hat, dass WEA-Planungen an anderer Stelle im Gemeindegebiet als öffentlicher Belang gemäß § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB entgegenstehen. Hierbei kann gemäß § 5 Abs. 2 Nr. 2b) BauGB i. V. m. Anlage 1 Teil 7 PlanZV bereits eine konkrete Standortsteuerung für einzelne WEA vorgenommen werden, soweit die Gemeinde ein belastbares städtebauliches Konzept vorweist.[1117] Zusätzlich zu der Planungshoheit, bedarf jede ordnungsrechtliche Baugenehmigung der gemeindlichen Zustimmung gemäß § 36 BauGB, wobei sich die Versagensgründe der Gemeinde dabei auf bauplanungsrechtliche Verstöße der §§ 31, 33, 34, 35 BauGB beschränkt, deren Überprüfung ihr aber in vollem Umfang zusteht.[1118]

Auch für die Sicherung solcher Standorte stehen der Gemeinde mit dem gemeindlichen Vorkaufsrecht des § 25 S. 1 Nr. 1 BauGB und der Veränderungssperre gemäß § 14 BauGB Instrumente zur Verfügung.[1119]

Das Vorkaufsrecht gemäß § 25 S. 1 Nr. 1 BauGB muss durch Satzung beschlossen werden und dem Wohle der Allgemeinheit dienen, dessen Vorliegen bei kommunaler Energieerzeugung schlüssig begründbar ist.[1120] Allerdings bedarf es hierfür der Aufstellung eines rechtskräftigen Bebauungsplanes, was einen zusätzlichen Aufwand darstellt, dessen Beschluss aber auch für die Veränderungssperre des § 14 BauGB eine unumgängliche Voraussetzung ist.

Zusammenfassend hat die Gemeinde im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben sowohl einen Spielraum hinsichtlich der bauplanungsrechtlichen Gestaltung ihres Hoheitsgebiets als auch die Möglichkeit private Vorhaben im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben zu verhindern, so dass der Gemeinde im Ergebnis, unter besonderer Berücksichtigung des Beurteilungs- und Ermessensspielraums, gegenüber Privaten diverse rechtliche Vorteile bei der Standortauswahl- und Sicherung – gerade für standortabhängige Erzeugungsanlagen – zustehen. Auch ist es unter Berücksichtigung der Eigentümerstruktur aller Stadtwerke nicht weit hergeholt, davon auszugehen, dass Energieerzeugungsanlagen in der Hand von Stadtwerken von der kommunalen Planungshoheit mittelbar profitieren können. Die Verwirkli-

---

[1116] Dieses Instrument wurde unter Punkt D) II) 2) b) cc) (2) bereits als unpraktikabel abgelehnt. Ebenso Urteil des OVG Schleswig BauR 2013, 1491; *Bringewat*, ZUR 2013, S. 535 (537), der die Einbeziehung gesellschaftsrechtlicher Bedingungen die Gemeinde oder Bürger als Gesellschafter in den Windpark aufzunehmen als zu recht bauplanungsrechtlich unzulässig angesehen hat.

[1117] Vgl. *Bringewat*, ZUR 2013, S. 535 (538).

[1118] BVerwG NVwZ 2011, S. 61 (61 Ls.2); BVerwG NVwZ 2010, 1561 (1561 Ls.3).

[1119] Vgl. *Kruse/Legler*, ZUR 2012, S. 348 (353).

[1120] *Schrödter*, in: Schrödter, § 25 BauGB, Rn. 4; *Grziwotz*, in: Spannowsky/Uechtritz, § 25 BauGB, Rn. 4.

chung der Ingerenzpflichten bei kommunalen Stadtwerken führt zu einer Personenidentität kommunaler Entscheidungsträger und der Aufsichtsratsmitglieder, die mit einer stadtwerkefreundlichen Bauleitplanung das Unternehmenswohl fördern ohne dabei zwangsläufig gegen kommunalrechtliche Bestimmungen zu verstoßen. Unter dem Gesichtspunkt der Personenidentität ist zumindest naheliegend, dass ein Planungsverfahren zur Aufstellung von Bauleitplänen für ein Erzeugungsprojekt kommunaler Stadtwerke, eine vergleichsweise hohe Priorität bei der Erfüllung kommunaler Aufgaben einnehmen wird.

3) Rechtliche und tatsächliche Nachteile kommunaler Energieerzeugung gegenüber Privaten

Davon ausgehend, dass kommunale Betreibergesellschaften von Erzeugungsanlagen in privatrechtlicher Form betrieben werden, wird in diesem Kapitel nicht auf die Besonderheiten des Rechts der öffentlich Beschäftigten eingegangen.

a) Kommunale Schrankentrias

Die kommunale Schrankentrias ist die spezifischste Grenze der Gemeindewirtschaft. Sie setzt der grundsätzlich erlaubten kommunalen Wirtschaftstätigkeit in einem System von staatlicher Daseinsvorsorge und Marktwirtschaft Grenzen, die versuchen den Interessenausgleich zwischen kommunaler Wirtschaftstätigkeit und Interessen der Privatwirtschaft zu finden.

Wie bereits ausgearbeitet, bietet der öffentliche Zweck in der momentanen Rechtspraxis für kommunale Energieerzeugungsprojekte keine Beschränkung. Ebenso setzt das Merkmal der Leistungsfähigkeit im Vergleich zur Privatwirtschaft keine Grenze, die ein vernünftig handelnder privater Unternehmer in Hinblick auf seine finanzielle Situation nicht auch beachten würde. Echte Hindernisse und Nachteile können den Kommunen im Bereich der Energieerzeugung das Subsidiaritätserfordernis und das Örtlichkeitsprinzip bereiten. Das Subsidiaritätserfordernis ist zwar überwindbar[1121], bedarf dafür aber eines erhöhten Begründungsaufwandes. Die Regelungen des Örtlichkeitsprinzips bestechen in den Gemeindeordnungen der Bundesländer in erster Linie durch ihre Unterschiedlichkeit. Aber selbst bei § 107a GO NRW als einer der liberalsten Regelungen, unterliegt die Aufnahme energiewirtschaftlicher Betätigung auf ausländischen Märkten einem Genehmigungsvorbehalt (§ 107a Abs. 3 S. 3 GO NRW). Die Zulässigkeit, sprich Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung wird stark angezweifelt, so dass selbst im Falle der Zulässigkeit eine Ausnahmegenehmigung in sehr engen Grenzen zu erteilen sein wird.[1122] Die generelle überörtliche Betätigung unterliegt hingegen nur dem Vorbehalt der Leistungsfähigkeit und den Vorgaben des EnWG sowie der Pflicht zur Information des Rates und der Selbstverwaltungsorganisati-

---

[1121] Siehe oben Punkt F. I) 4).

[1122] *Attendorn/Schweitzer*, NWVBl. 2013, S. 13 ff.; *Held*, in: Held/Winkel/Wansleben, § 107a GO NRW, Ziff. 5.2 m.w.N. Siehe ausführlich dazu Punkt F. IV) 3) a) ee) (2).

onen von Handwerk, Handel und Industrie, so dass hierbei nur geringe Beeinträchtigungen gegenüber der Privatwirtschaft angenommen werden können. In den weiteren Kommunalverfassungen wird als Bedingung für überörtliche Tätigkeit vor allem die Beachtung der berechtigten (energiewirtschaftlichen) Interessen der betroffenen kommunalen Gebietskörperschaften aufgestellt.

Im Ergebnis lässt sich feststellen, dass die jeweiligen Landesgesetzgeber ihren Kommunen bei der Ausgestaltung der Schrankentrias in wesentlichem Umfang entgegengekommen sind und sich die Nachteile außer in Sachsen, auf einen erhöhten Begründungs-, Überzeugungs- und Zeitaufwand beschränken.

b) Vergaberecht

Die europarechtlich geprägten Vorschriften des Vergabe- und Beihilfenrechts sind eine weitere Reglementierung öffentlicher Wirtschaftstätigkeit. Das Vergaberecht nimmt dabei im Vergleich zur Privatwirtschaft eine besondere Stellung ein, da nur „öffentliche Auftraggeber" Normadressaten sind, wohingegen das Beihilfenrecht sowohl für Begünstigungen für öffentliche als auch private Unternehmen einschlägig ist.

Kommunen oder kommunal beherrschte Stadtwerke müssen als Sektorenauftraggeber ein Vergabeverfahren durchführen, sofern sie eine neue Energieerzeugungsanlage errichten oder erweitern wollen.[1123] Diese Vergabeverfahren, wenn sie auch aus guten Gründen durchgeführt werden müssen, erlegen kommunalen Unternehmen eine gleich mehrfache Belastung auf. So kosten diese Verfahren aus Sicht der Unternehmen in erster Linie Zeit und Geld. Nach einem Gutachten des *BMWi* aus dem Jahre 2007 kosten europaweite Vergabeverfahren allein für die Behörde als Vergabestelle durchschnittlich über 90 Arbeitsstunden.[1124] Hierbei sind die fachlichen Konsultationen von Ingenieuren, betriebswirtschaftlichen Projektbegleitern und Rechtsberatern, die bei großen Bauprojekten unerlässlich sind, noch nicht mit eingerechnet. Hinzu kommen die häufigen Folgeprozesse unterlegener Bieter, die die Vergabe weiter verzögern (vgl. § 155 ff. GWB). Diese Prozesse sind zudem ein weiterer Kostenfaktor, der zu dem ohnehin schon nicht unerheblichen finanziellen Aufwand einer rechtmäßigen Vergabe hinzukommt. Die planmäßigen Kosten betragen allein auf der Seite der öffentlichen Auftraggeber jährlich rund 8,8 Mrd. EUR.[1125] Die größten Posten, sowohl bei dem Kosten- als auch dem Zeitfaktor, stellen dabei die Aufstellung der Leistungsverzeichnisse und die anschließenden Angebotsbewertungen dar.[1126] Hinzu kommen lange Verhandlungen sowohl während des Vergabeverfahrens als auch danach. Nicht selten

[1123] Siehe dazu oben Punkt D. II) 7) a).

[1124] *BMWi*, Kostenmessung der Prozesse öffentlicher Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge aus Sicht der Wirtschaft und der öffentlichen Auftraggeber, 2008, S. 8.

[1125] *BMWi*, Kostenmessung der Prozesse öffentlicher Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge aus Sicht der Wirtschaft und der öffentlichen Auftraggeber, 2008, S. 8.

[1126] *BMWi*, Kostenmessung der Prozesse öffentlicher Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge aus Sicht der Wirtschaft und der öffentlichen Auftraggeber, 2008, S. 9.

stimmen die Bieterangaben auf die Leistungsverzeichnisse mit den späteren tatsächlichen Leistungen nicht überein, was zu erheblichen Verzögerungen und finanziellen Belastungen führt.

Gerade im Bereich der Energieversorgung kann das Vergaberecht die kommunale Wirtschaftstätigkeit erheblich erschweren. Im Wege der Rekommunalisierung lokaler Energieversorgung stehen Kommunen trotz Eigentümerschaft vor dem Problem, dass das örtliche Verteilernetz nach den Grundsätzen des § 46 EnWG diskriminierungsfrei ausgeschrieben werden muss. Eine Neugründung eines Stadtwerks auf Grundlage der Netzkonzession ist somit nicht mehr ohne weiteres möglich, da der Zuschlag an das lokale Stadtwerk, trotz geschickter Aufstellung und Gewichtung von Wertungskriterien, nicht vorweg sichergestellt werden kann.[1127] Ebenso stellt eine Entscheidung der *VK Münster* klar, dass die Beteiligung eines Privaten an dem neu zu gründenden Stadtwerk einer weiteren Ausschreibung bedarf, was für die Kommune bedeutet, dass sich das Gründungsverfahren noch weiter in die Länge zieht.[1128]

c) Beihilfenrecht

Ebenso schränkt das europäische Beihilfenrecht die Handlungsfreiheit des Gesellschafters Gemeinde ein. Wie bereits erwähnt, werden von Art. 107 AEUV sowohl Zuwendungen an öffentliche und private Unternehmen erfasst, bei kommunalen Unternehmen kommt aber erschwerend hinzu, dass die Gemeinde Gesellschafter der Unternehmen ist und Gesellschafterzuwendungen hier durch das Beihilfenverbot einer weiteren Kontrolle unterliegen. Unter diese Zuwendungen fallen sämtliche direkte Zahlungen sowie Forderungserlasse oder steuerliche Vergünstigungen, die jeweils den Anforderungen des „Private-Investor-Test" genügen müssen.[1129] Da kommunale Energieerzeuger in der Regel schon mangels Betrauung[1130] nicht unter die Kriterien der „Altmark-Trans-Rechtsprechung" fallen und keine Bereichsausnahme im Sinne des Art. 106 Abs. 2 AEUV vorliegt, sind die Vorgaben der Art. 107 AEUV ff. feste Beschränkungen. Direkte Beihilfen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV benötigen kommunale Energieerzeugungsanlagen aufgrund der regelmäßigen Erzielung von Überschüssen nicht. Die Zahlungsströme der Kommune sind in der Regel wie die eines privaten Gesellschafters. In der Gesamtbetrachtung kommunaler Wirtschaftstätigkeit können die beihilferechtlichen Regelungen gleichwohl einen Nachteil für die Kommune darstellen. Insbesondere die noch immer ungeklärte Rechtslage um die Rechtmäßigkeit von Quersubventionierungen hat den Gestaltungsspielraum der Stadtwerke und der

---

[1127] VK Münster, Beschluss v. 8.6.2012 – VK 6/12 „Münsterland Netzgesellschaft"; dazu: *Byok/Graef/Faasch*, NZBau 2012, S. 556 ff.

[1128] VK Münster, Beschluss v. 8.6.2012 – VK 6/12 „Münsterland Netzgesellschaft"; dazu: *Byok/Graef/Faasch*, NZBau 2012, S. 559.

[1129] Siehe dazu oben Punkt D. II) 7) b).

[1130] Vgl. BT-Drs. 13/7247 vom 23.03.1997, Gesetzesentwurf – Entwurf zur Neureglung des Energiewirtschaftsgesetzes, S. 37.

kommunalen Gesellschafter eingeengt.[1131] Zwar erwirtschaften die Erzeugungsanlagen grundsätzlich finanzielle Überschüsse, diese werden jedoch häufig innerhalb des steuerlichen Querverbundes der Kommune mit Verlusten defizitärer Betriebe der Daseinsvorsorge wie ÖPNV, Kulturstätten der Schwimmbäder verrechnet, so dass sich die Steuerlast insgesamt verringert. Sollte dies als unionsrechtswidrige Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV qualifiziert werden, entstünde eine höhere Steuerlast bei den Energieversorgungsunternehmen, die im Ergebnis dazu führen würden, dass die Kommune als Gesellschafter der EVU und der ÖPNV-Unternehmen einer höheren finanziellen Belastung unterläge.

Sowohl das europäische Beihilfenverbot als auch die Vorgaben des Vergaberechts erschweren den Kommunen daher die wirtschaftliche Betätigung, zwingen sie aber zugleich zu mehr Transparenz, wettbewerblichem Denken und Effizienz.[1132]

d) Ingerenzpflichten, Demokratische Entscheidungsprozesse und Flexibilität

Aus Sicht des kommunalen Unternehmens stellen Ingerenzpflichten und die vorgelagerten demokratischen Entscheidungsprozesse Hemmnisse für die unternehmensinterne Entscheidungsfindung dar.

Denn neben den auch in der Privatwirtschaft gesetzten Akteuren Gesellschafterversammlung und Aufsichtsrat, hat die Unternehmensleitung mit dem Gemeinderat einen weiteren Beteiligten, dessen Zustimmung es sich zu erarbeiten gilt. Die Vertreter in den Gesellschafterversammlungen kommunaler Unternehmen sind an die Weisungen des Rates gebunden.[1133] Das bedeutet, dass neben der unternehmensinternen Entscheidungsfindung eine weitere Konsensfindung in der kommunalen Vertretung benötigt wird. Aufgrund der gleichzeitigen Pflicht zur Beachtung des Unternehmensinteresses sind die kommunalen Vertreter dergestalt an das Interesse des Unternehmens gebunden, dass eine treuwidrige Stimmabgabe nach herrschender Ansicht nichtig ist.[1134] Bei der GmbH sind Weisungsrechte der entsandten Vertreter hingegen aufgrund der Dispositivität der §§ 46 bis 51 GmbHG leichter durchzusetzen.[1135] Eine weisungswidrige Stimmabgabe hingegen berührt die Wirksamkeit in der Gesellschafter- oder Hauptversammlung nicht, da es sich bei der Weisung lediglich um das Verhältnis der Kommune zum Vertreter

---

[1131] *Kluth*, Grenzen der Kommunalwirtschaft aus rechtswissenschaftlicher Sicht, in: Haug/Rosenfeld, Neue Grenzen städtischer Wirtschaftstätigkeit: Ausweitung versus Abbau, S. 54; zum Streitstand oben Punkt E. II) 5) b) bb).

[1132] So auch: *Kluth*, Grenzen der Kommunalwirtschaft aus rechtswissenschaftlicher Sicht, in: Haug/Rosenfeld, Neue Grenzen städtischer Wirtschaftstätigkeit: Ausweitung versus Abbau, S. 54.

[1133] § 138 Abs. 1 S. 2 NKomVG; § 113 Abs. 1 S. 2 GO NRW; Art. 93 Abs. 2 S. 3 Bay. GO.

[1134] OVG Münster NVwZ 2007, S. 609 (609); *Wefelmeier*, in: Blum u.a., § 138 NKomVG, Rn. 13 m.w.N.

[1135] Vgl. *Mann*, VBlBW 2010, S. 7 (11).

und nicht der Kommune zur Gesellschaft handelt.[1136] Zur Vermeidung eines solchen Zielkonfliktes ist es sinnvoll, den Gesellschaftszweck, der das öffentliche Interesse beinhaltet, als Unternehmensgegenstand gemäß §§ 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG, 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG festzuschreiben.[1137] Das Verbot der proporzgerechten Stimmrechtsspaltung macht eine mehrheitliche Beschlussfassung unumgänglich.[1138]

Auch durch die Kommunen entsandte Mitglieder des Aufsichtsrats unterliegen oft Weisungen des Rates.[1139] Im Gegensatz zur Hautversammlung ist die Kommune hier aber nicht selbst Mitglied[1140], sondern muss natürliche Personen als gewählte Vertreter entsenden, so dass das Weisungsrecht des Gemeinderates auch unmittelbar das Verhältnis zwischen der Gemeinde und der Gesellschaft selbst betrifft.[1141]

e) Kommunalaufsicht

Auch wenn der Kommune die beschriebenen weiten Beurteilungsspielräume zustehen, hat die Kommunalaufsicht einen Einfluss auf kommunale Wirtschaftstätigkeit. Das Aufsichtsinstrumentarium der Kommunalaufsicht ist bei allen grundlegenden Maßnahmen kommunalwirtschaftlichen Handelns zu beachten.[1142] Der präventive Charakter dieser Aufsichtsmittel begründet die Pflicht der Kommunalaufsicht *vor* der Durchführung der jeweiligen Maßnahme des kommunalen Unternehmens eine rechtliche Überprüfung vorzunehmen. Diese präventiven Prüfpflichten stellen ein ungleich wirksameres Instrument zur Beachtung von Normen dar, als allgemeine Rechtssätze ohne direkte präventive Überprüfungsinstanz.[1143] Ausgehend von einer rechtmäßigen Überprüfung bedarf es für die Einhaltung der kommunalwirtschaftlichen Vorgaben nämlich keiner gesonderten gerichtlichen Geltendmachung durch einen Konkurrenten. Problematisch ist die Tatsache, dass eine solche Überprüfung Zeit in Anspruch nimmt, was das kommunale Vorhaben generell verzögern und privaten Konkurrenten Vorteile ver-

---

1136 *Strobel*, DVBl. 2005, S. 77 (79); *Wefelmeier*, in: Blum u.a., § 138 NKomVG, Rn. 13.

1137 *Mann*, VBlBW 2010, S. 7 (13). Obwohl § 96a Sächs.GO den verpflichtenden Inhalt eines Gesellschaftsvertrages regelt, wurde die Implementierung eines öffentlichen Zwecks als Unternehmensgegenstand nicht aufgenommen.

1138 Bei der GmbH wird diese überwiegend gesellschaftsrechtlich abgelehnt. Bei der AG wird das Stimmensplitting gesellschaftsrechtlich überwiegend als zulässig erachtet, dafür kommunalrechtlich als unzulässig, da die Kommune ihre Ingerenzpflichten nicht ausüben kann, weil die Gefahr besteht, dass sie bei der Abstimmung im Ergebnis in der Minderheit ist. *Mann*, Die öffentlichrechtliche Gesellschaft, S. 199ff.; *Mann*, VBlBW 2010, S. 7 (13); *Wefelmeier*, in: Blum u.a., § 138 NKomVG, Rn. 19.

1139 Zu der Weisungsgebundenheit kommunaler Aufsichtsratsvertreter siehe oben Punkt E. I) 2) b) cc).

1140 Vgl. § 100 Abs. 1 S. 1 AktG.

1141 *Strobel*, DVBl. 2005, S. 77 (79).

1142 Siehe dazu oben Punkt F. I) 7).

1143 Wie diese beispielsweise bei anderen ordnungsrechtlichen Vorgaben aus dem BImSchG oder den Landesbauordnungen auch für private Unternehmen gilt.

schaffen kann. Dies, indem der für beide relevante Markt vorher beliefert oder die kommunale Idee sogar übernommen und aufgrund der Zeitverzögerung durch den Privaten umgesetzt wird.

Es lässt sich daher feststellen, dass die kommunalwirtschaftlichen Vorschriften durch die Kommunalaufsicht als präventive Überprüfungsinstanz einer besonders strengen Kontrolle unterliegen, die hinsichtlich ihrer zumindest theoretisch hohen Wirksamkeit sicherlich nicht zu beanstanden ist, aus Sicht des kommunalen Unternehmens aber einen Wettbewerbsnachteil gegenüber privaten Unternehmern darstellt. Auf der anderen Seite ist die nachträgliche gerichtliche Überprüfung kommunalrechtlicher Beschränkungen durch Dritte nicht ohne weiteres durchführbar[1144], was die Bedeutung der kommunalaufsichtlichen Überprüfung ein wenig relativiert.

f) Zwischenergebnis

Als Ergebnis des Vergleichs zwischen Kommunal- und Privatwirtschaft ist nicht nach der gerechteren Marktchance einer der Unternehmensgruppen gefragt, sondern nach der Rechtmäßigkeit der offenkundigen Ungleichbehandlung. Dafür wurden in diesem Kapitel die Vor- und Nachteile beider Gruppen dargestellt, ohne diese hinsichtlich ihrer Rechtmäßigkeit oder Tauglichkeit zu bewerten, was im Anschluss elaboriert werden soll.

Es lässt sich zusammenfassend feststellen, dass es erhebliche gesetzliche Unterschiede zwischen beiden Gruppen gibt, welche in der tatsächlichen Umsetzung an vielen Stellen jedoch weit weniger divergieren, als dies auf dem Papier zunächst scheint. Einen entscheidenden Anteil an der Annäherung kommt der Liberalisierung des Energiemarktes zuteil, die zum einen die Landesgesetzgeber gezwungen hat die kommunalwirtschaftlichen Vorgaben anzugleichen und zum anderen den Spielraum für wettbewerbsverzerrende Maßnahmen stark eingeschränkt hat. In anderen Wirtschaftsbereichen, gerade in Bereichen klassischer hoheitlicher Aufgaben wie Abfallentsorgung, treten die Unterschiede deutlicher zu Tage.

Trotz der Gemeinsamkeiten gibt es speziell im Bereich des Vergaberechts, des Örtlichkeitsprinzips, der Subsidiaritätsklausel, der Insolvenzfähigkeit und der Ingerenzpflichten teils deutliche Unterschiede zwischen den beiden Wirtschaftsgruppen.

[1144] Zum Streitstand der drittschützenden Wirkung kommunalrechtlicher Grenzen: Rh-Pf.VerfGH NVwZ 2000, 802 (804); *Lange*, Kommunalrecht, S. 876f.; umfassend *Wendt*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 42.

IV. Verfassungsrechtlicher Rahmen der Kommunalwirtschaft: Rechte, Pflichten und Grenzen

Im vorhergehenden Kapitel wurden die Unterschiede kommunaler zu privater Wirtschaftstätigkeit herausgearbeitet. Nunmehr sollen die rechtlichen Regelungen, die diese Unterschiede maßgeblich hervorbringen, auf ihre verfassungsrechtlichen Grundlagen hin überprüft und vor diesem Hintergrund herausgearbeitet werden, welche möglichen Gestaltungsspielräume sich im Rahmen der aus der Verfassung abgeleiteten Rechte, Pflichten und Grenzen kommunaler Wirtschaftstätigkeit ausmachen lassen. Daran schließt sich die Überprüfung der tatsächlichen Auslegungspraxis der Normen auf ihre Verfassungsmäßigkeit auf Grundlage von Beispielen an. Für eine Rechtsweiterentwicklung werden schließlich Zielkonflikte mit europäischen Regelungen aufgenommen und die kommunalwirtschaftliche Sonderstellung einer kurzen ökonomischen Analyse unterzogen.

1) Verfassungsrechtliche Grundlagen der Kommunalwirtschaft

Um eine generelle Einordnung der staatlichen bzw. kommunalen Wirtschaft vornehmen zu können, ist zunächst auf die Wirtschaftsordnung des Grundgesetzes und die Grundlagen der Kommunalwirtschaft einzugehen.

a) Wirtschaftsordnung des Grundgesetzes

Das Grundgesetz verhält sich hinsichtlich der Wirtschaftsverfassung neutral; schon sehr früh hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass das Grundgesetz kein bestimmtes Wirtschaftssystem vorgibt.[1145] Vielmehr stellt die Neutralität der Verfassung einen Ausdruck eines freiheitlichen Demokratieverständnisses dar, die es der jeweiligen Mehrheit ermöglicht wirtschaftspolitische Entscheidungen anzupassen und zu relativieren.[1146] Innerhalb des Rahmens der einschlägigen ökonomisch geprägten Grundrechte bleibt dem Gesetzgeber damit Raum für eigene Regelungen und Vorgaben.[1147] Die einfachgesetzlichen Entscheidungen über die Wirtschaftsordnung speisen sich bis heute aus den zwei großen Grundlinien der Verfassung, namentlich der „Wirtschaftsfreiheit des Einzelnen" gemäß der Artikel 2, 12 und 14 GG einerseits und der Sozialbindung des Eigentums und dem Sozialstaatsprinzip andererseits.[1148] Diese grundrechtlichen Mindestvorgaben ermöglichen eine Wirtschaftsordnung, die durch das Markt- und Wettbewerbssystem bestimmt wird und nur dann staatliche Interventionen verlangt, wenn das beschriebene Marktprinzip nicht funktioniert oder sich die wirtschaftliche Macht

---

[1145] BVerfGE 4, 7 (17f.); 50, 290 (338); anders hingegen die Weimarer Reichsverfassung, die in Art. 151 ff. WRV die Wirtschaftsverfassungsordnung vorgegeben hat. Zu den Gründen der Zurückhaltung der Mitglieder des Parlamentarischen Rates: *Maurer*, Staatsrecht I, § 8, Rn. 62ff.

[1146] *Krüger*, DVBl. 1951, S. 361 ff.; vgl. auch *Maurer*, Staatsrecht I, § 8, Rn. 87.

[1147] BVerfGE 50, 290 (338); *Maurer*, Staatsrecht I, § 8, Rn. 87; *R.Scholz*, in: Handbuch des Staatsrechts VIII, § 175, Rn. 23.

[1148] *Kröll*s, Grundgesetz und kapitalistische Marktwirtschaft, S. 5; *Maurer*, Staatsrecht I, § 8, Rn. 88.

zum Nachteil der potentiell schwächeren Wirtschaftsteilnehmer wendet.[1149] Im Rahmen der grundrechtlich geschützten Berufs- und Gewerbefreiheit, der Garantie des Produktiveigentums und der Generalfreiheitsrechten des Art. 2 GG hat sich daher trotz der prinzipiellen Offenheit des Wirtschaftssystems weitestgehend eine (soziale) marktwirtschaftliche Ordnung etabliert.[1150] Doch auch in Anbetracht dieser Entwicklung ist weder die Ausgestaltung dieses Systems durch die Verfassung hin zu einer liberalen oder eher sozialen Marktwirtschaft determiniert, noch sind Konkurrenzsysteme einer sozialistischen Wirtschaftsordnung ausgeschlossen.[1151] Auf gemeinschafsrechtlicher Ebene wurde das Bekenntnis zur „sozialen Marktwirtschaft" zwar expressis verbis in Art. 3 Abs. 3 EUV kodifiziert. Daraus lassen sich aber keine unmittelbaren festen Grenzziehungen für das grundgesetzliche Wirtschaftssystem ableiten, vielmehr bleiben diese neben den Vorgaben der Europäischen Wirtschaftsverfassung bestehen.[1152] Wie die jeweiligen Mitgliedsstaaten „soziale Marktwirtschaft" interpretieren, bleibt ihnen im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregelungen weiterhin selbst überlassen.[1153] Wobei auch hier beachtet werden sollte, dass bereits sowohl die gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregelungen als auch die genannten grundgesetzlichen Wirtschaftsgrundrechte einen gewissen freiheitlichen Rechtsrahmen für Marktteilnehmer garantiert haben.

Die Errichtung öffentlicher, sprich meist kommunaler Unternehmen, wird aufgrund der wirtschaftspolitischen Offenheit der Verfassung weder ausdrücklich verlangt noch untersagt. Ein Verbot lässt sich schon deswegen nicht konstruieren, weil das Grundgesetz beispielsweise in Art. 87 e Abs. 3, 143 a ff. GG selbst von staatlich geführten Unternehmen ausgeht. Auf der anderen Seite wird der Staat auch nicht unmittelbar zur wirtschaftlichen Betätigung verpflichtet. Er ist als Marktteilnehmer zwar mittelbar durch die Daseinsvorsorge in bestimmten Bereichen gefordert, diese kann aber auch durch Private Unternehmen unter staatlicher Beaufsichtigung gewährleistet werden.[1154] Im Ergebnis lässt sich daher eine wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes konstatieren, welches öffentliche Unternehmen als zulässig erachtet, aber nicht ausdrücklich verlangt.

[1149] *Maurer*, Staatsrecht I, § 8, Rn. 88.

[1150] *R.Scholz*, Koalitionsfreiheit, in: Handbuch des Staatsrechts VIII, § 175, Rn. 24; *Püttner*, DVBl. 2010, S. 1189 (1190); *R.Scholz*, Grenzen staatlicher Aktivität unter der grundgesetzlichen Wirtschaftsverfassung, in: Duwendag, Der Staatssektor in der sozialen Marktwirtschaft, S. 113 (116).

[1151] BVerfGE 4, 7 (18); *Jarass*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, § 3, Rn. 2; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Art. 12 GG, Rn. 2; *Huster/Rux*, in: Epping/Hillgruber, Art. 20 GG, Rn. 215.1.

[1152] *Papier*, APuZ 13/2007, S. 3 (3); *Jungbluth*, EuR 2010, S. 471 (473 f.).

[1153] Die europäische Wirtschaftsverfassung stellt sich vielmehr als offen dar und formuliert Zielvorstellungen für die Mitgliedsstaaten, wobei die Einführung der „sozialen" Marktwirtschaft mehr als Systementscheidung hin zu einer sozialeren Komponente des Wettbewerbsprinzips gewertet werden kann vgl. *Terhechte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 3 EUV, Rn. 47.

[1154] *Püttner*, DVBl. 2010, S. 1189 (1190).

b) Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 GG

Die in der Verfassung verbrieften Rechte und Grundlagen kommunaler Wirtschaftstätigkeit leiten sich wie bereits festgestellt aus der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG ab. Gemeinden, sowie kommunal beherrschte Unternehmen, sind zwar Teil des Staates und damit nicht nur nicht grundrechtsberechtigt, sondern vielmehr grundrechtsgebunden (Art. 1 Abs. 3 GG).[1155] Kommunen sind aber nicht nur Teil der Staatsverwaltung, genauer ein Teil der Bundesländer, sondern auch eine eigene gesellschaftliche Organisationseinheit, die durch demokratische Wahlen eine eigene Legitimationsbasis für ihre Selbstverwaltungsaufgaben besitzt.[1156] Ihnen wird durch Art. 28 Abs. 2 GG und den jeweiligen korrespondierenden Regelungen der Landesverfassungen die Selbstverwaltung garantiert, welche grundrechtsähnlich eine Art Abwehrrecht gegen Maßnahmen der Länder und des Bundes darstellt.

Art. 28 Abs. 2 GG enthält eine Rechtssubjektsgarantie, also die Garantie des Bestandes von Gemeinden als Gebietskörperschaften und eine institutionelle Garantie der Gemeindlichen Selbstverwaltung, die die eigenverantwortliche Regelungsbefugnis gewährleistet.[1157] Dieses objektive Selbstverwaltungsrecht bietet den Kommunen eine Mindestgarantie gemeindlicher Selbstverwaltung.[1158] Das Selbstverwaltungsrecht erstreckt sich auf die „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft", welche nach der Formulierung des BVerfG „diejenigen Bedürfnisse und Interessen sind, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben […] also gerade den Gemeindeeinwohnern als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen betreffen".[1159]

Unproblematisch ist die Einordnung der Energie*verteilung* als „örtliche Angelegenheit" und damit als Teil des von Art. 28 Abs. 2 GG geschützten kommunalen Selbstverwaltungsrechts.[1160] Das kommunale Straßen- und Wegenetz war von Anfang an die räumliche Grundlage für den Bau und den Betrieb von Energieleitungen.[1161] Die Frage, ob die Energie*erzeugung* auch als örtliche Angelegenheit und damit als von Art. 28 Abs. 2 GG erfasst anzusehen ist, wird hingegen nicht einheitlich beantwortet. Nach einer etwas älteren Sichtweise gehören nur die Gewährleistung der Energieversorgung und die Energieverteilung zu dem traditionell

---

1155 BVerfGE 26, 228 (244); 31, 314 (321 f.) 61, 82 (103).

1156 Vgl. *Lange*, Kommunalrecht, Kap. 2, Rn. 66 ff.; *Mehde*, in: Maunz/Dürig, Art. 28 GG, Rn. 11 f.

1157 *Tettinger*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd. 1, § 11 Rn. 4; *Nierhaus/Engels*, in: Sachs, Art. 28 GG, Rn. 41; *Stern*, das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, S. 409; *Schwarz*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, Art. 28 GG, Rn. 156.

1158 *Britz*, NVwZ 2001, S. 380 (385); *Tettinger*, Mann/Püttner, HKWP, Bd. 1, § 11 Rn. 1; *Lange*, Kommunalrecht, Kap. 1, Rn. 5.

1159 BVerfGE 8, 122 (134); 79, 127 (151f.); 83, 363 (382).

1160 BVerwGE 98, 273 (275); *Pielow*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Einl. E, Rn. 398.

1161 *Pielow*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Einl. E, Rn. 366; *Püttner*, Das Recht der kommunalen Energieversorgung, S. 14.

gewachsenen Aufgabenbestand der Gemeinden, nicht aber die Erzeugung, die von den Gemeinden historisch kaum wahrgenommen wurde.[1162] Dieser Ansicht wird richtigerweise entgegengehalten, dass historisch gewachsene Aufgaben lediglich als Indiz gewertet werden können und dass sich die Frage welche Aufgabe als überörtlich bzw. örtlich zu bewerten gilt, einem steten Wandel unterliegt.[1163] Zudem hatten Kommunen zu Beginn der Elektrifizierung sehr wohl einen nicht unerheblichen Anteil an der Stromerzeugung, der sich erst in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts zu Gunsten der mehrheitlich privat geführten Großkraftwerke verringert hat.[1164] Die nun notwendige bzw. politisch gewollte Dezentralisation der Stromerzeugung zur Umsetzung der Energiewende, bedarf auch ganz grundsätzlich einer Neubewertung der Strukturen der Energieerzeugung und damit auch der kommunalen Aufgaben, zumal die Gemeinden sogar eine Gewährleistungsverantwortung treffen könnte, sollte die Erzeugungskapazität des privaten Sektors während des Umbaus der Primärenergieerzeugung in Deutschland nicht ausreichend sein.[1165] Des Weiteren wird der Erzeugung der notwendige örtliche Bezug und den Gemeinden die Verfügungsbefugnis über die Primärenergien abgesprochen.[1166] Dieses Problem dürfte sich im Bereich der regenerative Energieträger überholt haben, da Kommunen nun in der Lage sind aus Wind, Sonne und Biomasse eigenverantwortlich und wirtschaftlich Energie zu erzeugen. Das Argument, dass Kommunen ohne den Anschluss an das überregionale Netz allein durch ihre Erzeugungskapazitäten in der Regel keine stabile Versorgung gewährleisten können, bleibt hingegen bestehen.[1167] Jedoch gestaltet sich dieses Argument im Allgemeinen als zu eng und für den Energiesektor im Speziellen aufgrund der Nichtberücksichtigung der Funktionsweise der Stromnetze und des Stromerzeugungssystems als sehr praxisfern. Eine Tätigkeit kann nicht nur dann als örtliche Angelegenheit angesehen werden, wenn sie durch die Gemeinde völlig autonom durchgeführt werden kann.[1168] Unter der Anlegung eines strengen Autonomiemaßstabes würde sich hier die Frage stellen, welche Maßnahmen die Kommune überhaupt vollkommen autonom umsetzen kann. Die Vorgaben des

---

[1162] *Löwer*, DVBl. 1991, S. 132 (141); *Dehmer*, Energieversorgungskonzepte, S. 205.

[1163] *Britz*, Örtliche Energieversorgung, S. 70; im Ergebnis auch *Wolff*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 5, Rn. 92.

[1164] Siehe oben Punkt B).

[1165] Vgl. *Pielow*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Einl. E, Rn. 387; *Bringewat*, ZUR 2013, S. 82 (87); *vgl. Franzius, ZUR 2018, S. 11 (13) m.w.*N; *Henneke/Ritgen*, Kommunales Energierecht, S. 79.

[1166] *Löwer*, DVBl. 1991, S. 132 (141); *Wesener*, Energieversorgung und Energieversorgungskonzepte, S. 169.

[1167] *Löwer*, DVBl. 1991, S. 132 (141).

[1168] *Britz*, Örtliche Energieversorgung, S. 70; *Albrecht*, Der verfassungsrechtlich geschützte Wirkungskreis der Kommunen, in: Held/Theobald, Kommunale Wirtschaft im 21. Jahrhundert, S. 57 (75).

BVerfG sehen eine solche enge Sichtweise nicht vor[1169], zumal es im Bereich der Energieversorgung schlichtweg zu kurz gedacht ist, eine rein räumliche Komponente als Maßstab zu nehmen. Zwar ist es zugegebenermaßen schwer, aufgrund der physischen Eigenschaft von Strom, den örtlichen Bezug zwischen erzeugter Strommenge und tatsächlicher Stromabnahme herzustellen. Darauf kann es aber allein auch nicht ankommen. Es ist vielmehr darauf abzustellen, wem die Energieerzeugung zu Gute kommt. Wenn in erster Linie oder zumindest auch das örtliche Energiebedürfnis befriedigt wird, so ist von einem ausreichenden örtlichen Bezug auszugehen.[1170] Sofern die Erzeugungstätigkeit ausschließlich auf die Versorgung anderer Gebiete ausgelegt ist, wird ein Örtlichkeitsbezug hingegen schwer zu begründen sein. Im Regelfall werden kommunale Erzeugungstätigkeiten – zumal oft im Auftrag oder in Kooperation mit dem lokalen Stadtwerk – aber zumindest *auch* die örtliche Gemeinde versorgen, womit die Kommunen auch bei der Energieerzeugung eigenverantwortlich auf Grundlage des Art. 28 Abs. 2 GG tätig werden können.

Dieser Selbstverwaltungsgarantie wohnt der Grundsatz der Allzuständigkeit der Kommunen innerhalb ihres eigenen Wirkungskreises inne.[1171] Das bedeutet, dass die Kommunen für Tätigkeiten in diesem Bereich grundsätzlich alles eigenverantwortlich regeln können ohne dafür einer gesonderten Ermächtigungsgrundlage zu bedürfen.[1172] Zum eigenen Wirkungskreis gehören die sogenannten Gemeindehoheiten in Form der Gebiets-, Organisation-, Personal-, Finanz-, Planungs-, Rechtssetzungs-, und Abgabenhoheit und die Gewährleistung der Daseinsvorsorge.[1173] Unstreitig ist auch die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden umfasst.[1174] Die Art und Weise der Aufgabenerledigung ist jedoch nicht schrankenlos. Aufgaben der Selbstverwaltungsgarantie darf die Gemeinde nur im Rahmen der Gesetze ausüben (Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG). Der Bundes- und Landesgesetzgeber hat demnach das Recht, die Befugnisse der Kommunen auf einfachgesetzlichem Weg zu beschränken und zu reglementieren. Um das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden in ihrem eigenen Wirkungskreis zu schützen, hat sich in der Rechtsprechung ein unantastbarer „Kernbereich" der gemeindlichen

---

1169 Ähnlich zu der allgemeinen Deutung der Vorgaben des BVerfG *Lange*, Kommunalrecht, Kap.1, Rn. 19 f.

1170 *Britz*, Örtliche Energieversorgung, S. 70; vgl. *Henneke/Ritgen*, Kommunales Energierecht, S. 84; *Templin*, VerwArch 100 (2009), S. 529 (539).

1171 *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 (133); *Nierhaus/Engels*, in: Sachs, Art. 28 GG; Rn. 52; *Tettinger*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.1, § 11 Rn. 6 ff.; *Schwarz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 28 GG, Rn. 168.

1172 *Nierhaus/Engels*, in: Sachs, Art. 28 GG; Rn. 52; *Tettinger*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.1, § 11 Rn. 6 ff.

1173 *Tettinger*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.1, § 11 Rn. 5; *Nierhaus/Engels*, in: Sachs, Art. 28 GG, Rn. 53.

1174 *Mehde*, in: Maunz/Dürig, Art. 28 GG, Rn. 92; *Scharpf*, GewArch 2005, S. 1 (2) m.w.N.

Selbstverwaltung in der Funktion der „Schranken-Schranken" herausgebildet.[1175] Die Bestimmung dieses Kernbereichs ist nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung nach einem historischen Verständnis zu ermitteln und enthält die Aufgaben, die zu dem herkömmlichen Bild der gemeindlichen Selbstverwaltung gehören.[1176] Regelungen, die diesen Kernbereich verletzen, verstoßen gegen das Recht auf kommunale Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 GG und sind demnach verfassungswidrig. Regelungen, die nur in den Randbereich der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie eingreifen, sind grundsätzlich zulässig, sofern der Eingriff verhältnismäßig ist.[1177]

Wie bereits am Anfang dieser Ausarbeitungen festgestellt, fällt nur die Möglichkeit sich überhaupt wirtschaftlich zu betätigen in den Kernbereich kommunaler Selbstverwaltungsgarantie, nicht aber die Ausübung der einzelnen Sachaufgaben.[1178] Die gesetzliche Beschränkung durch die kommunalwirtschaftlichen Grenzen ist mithin grundsätzlich möglich, muss aber aufgrund anderer Erwägungen gerechtfertigt sein.

Diese Erwägungen könnten sich wiederrum aus verfassungsrechtlichen Pflichten ergeben, die im Folgenden daher untersucht werden sollen.

2) Verfassungsrechtliche Handlungspflichten der Kommunen

Nachdem sich vorstehend mit den Rechten und Grundlagen beschäftigt wurde, werden in dem nun folgenden Abschnitt die Pflichten der Kommunen skizziert und hierbei ein besonderer Schwerpunkt auf die wirtschaftliche Betätigung und die Energieversorgung gelegt.

a) Gewährleistungs- und Infrastrukturverantwortung

Unmittelbare Staatsaufgaben aus dem Grundgesetz herzuleiten ist aufgrund der Zurückhaltung bei wirtschafts- und sozialpolitischen Inhalten eine schwierige Aufgabe.[1179] Gleiches gilt für verfassungsunmittelbare Aufgaben der Kommunen. Aus Art. 28 Abs. 2 GG einen Katalog verfassungsunmittelbarer Pflichtaufgaben der Gemeinden zu konstruieren stößt daher auf berechtigte Bedenken.[1180]

In Bezug auf wirtschaftliche Betätigung treffen den Staat daher in erster Linie auch keine Staats- oder Pflichtaufgaben, sondern vielmehr eine Gewährleistungs-

---

1175 Siehe zu den anderen Ansichten umfassend: *Kühne*, Zur Kernbereichsermittlung bei der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie, in: Festschrift für Heiko Faber, Die Gemeinde, S. 35 ff.

1176 BVerfGE 79, 127 ff.

1177 *Lange*, Kommunalrecht, Kap. 1, Rn. 103; *Kühne*, Zur Kernbereichsermittlung bei der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie, in: Festschrift für Heiko Faber, Die Gemeinde, S. 44 f.

1178 Siehe oben Punkt C. II) 2). Ebenso *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 (133) m.w.N. auch zur Gegenmeinung.

1179 *Rüfner*, in: Isensee/Kirchhof, HStR IV, § 96, Rn. 16.

1180 So auch *Stepanek*, Verfassungsunmittelbare Pflichtaufgaben der Gemeinden.

bzw. Infrastrukturverantwortung.[1181] Die Gewährsleitungsverantwortung begründet die generelle Pflicht des Staates das Gemeinwohl sicherzustellen.[1182] Im Rahmen der Daseinsvorsorge sowie der Infrastrukturverantwortung ist dabei auch die Energieversorgung erfasst.[1183] Als normativer Rückgriff bleiben dafür mangels positiver Erwähnung nur das Sozialstaatsprinzip, die grundrechtlichen Schutzpflichten des Staates und die ressourcen- und klimaschützenden Anforderungen aus den Staatszielbestimmungen des Art. 20a GG.[1184] Ebenfalls ließe sich aus den grundgesetzlichen Kompetenzvorschriften als ius cogens eine Aufgabenerledigungspflicht ableiten, die jedoch auch nicht über den Bereich der Gewährleistungsverantwortung hinausgeht.[1185] Bei den Schutzpflichten ist hierbei insbesondere auf Art. 1 Abs. 1 GG zurückzugreifen, der dem Staat die Aufgabe zuweist eine menschenwürdige Existenz für jedermann im Rahmen der Daseinsvorsorge zu gewährleisten.[1186] Das Bundesverfassungsgericht hat dafür bei der Entscheidung über die Einführung des Kohlepfennigs die eindeutige Formel ausgegeben, dass das „Interesse an der Energieversorgung heute so allgemein ist wie das Interesse am täglichen Brot".[1187] Sowohl die Wirtschaft als auch das Funktionieren der staatlichen Einrichtungen sowie das Überleben der Bevölkerung hängen von einer sicheren Energieversorgung ab.[1188] Um eine menschenwürdige Existenz sicherzustellen, ist der Staat der Garant für eine sichere, umweltverträgliche Energieversorgung zu bezahlbaren Preisen.[1189] Bei dieser Aufgabenerfüllung handelt es sich, wie bereits festgestellt, um eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft im Sinne des Art. 28 Abs. 2 GG, die damit innerhalb der staatlichen Aufgabenverteilung den Gemeinden zugewiesen ist.

Trotzdem ist der Staat bzw. sind die Kommunen nicht verpflichtet die Energieversorgung vor Ort selbst zu betreiben. Die Erfüllung dieser Aufgabe können sie vielmehr (privaten) Dritten überlassen.[1190] Einfachgesetzlich – aus dem EnWG – lässt sich nicht einmal eine Letztverantwortung der Kommunen für eine

---

1181 BVerfGE 32, 1 (16); 66, 248 (258); *Pielow*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 54 Rn. 10; *Hermes*, Infrastrukturverantwortung, S. 334ff.; *Osterloh*, VVDStRL 54 (1995), S. 204 (208).

1182 *Britz*, Die Verwaltung 37 (2004), S. 145 (149).

1183 *Röhl*, in: Schoch, Besonderes Verwaltungsrecht, 1. Kap, Rn. 171; *Pielow*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 54 Rn. 12; *Henneke/Ritgen*, Kommunales Energierecht, S. 77; *Hermes*, Infrastrukturverantwortung, S. 93.

1184 *Pielow*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 54 Rn.11; *Britz*, Die Verwaltung 37 (2004), S. 145 (149); *Schiller*, Staatliche Gewährleistungsverantwortung und die Sicherstellung von Anschluss und Versorgung im Bereich der Energiewirtschaft, S. 106 ff.

1185 BVerfGE 32, 245 (156); *Brosius-Gersdorf*, AöR 130 (2005), S. 393 (420).

1186 BVerfGE 66, 248 (258); *Rüfner*, in: Isensee/Kirchhof, HStR IV, § 96, Rn. 21.

1187 BVerfGE 91, 186 (206).

1188 *Schmidt-Preuß*, in: Isensee/Kirchhof, HStR IV, § 93, Rn.1; *Pielow*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 54 Rn. 10.

1189 BVerfGE 66, 248 (258); *Schmidt-Preuß*, in: Isensee/Kirchhof, HStR IV, § 93, Rn. 2.

1190 BVerfGE 107, 59 (93f.); *Albrecht*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 9, Rn. 16 f.; *Pielow*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 54 Rn. 10.

flächendeckende sichere Energieversorgung ableiten.[1191] Die Grundversorgung der Gemeinde übernimmt gemäß § 36 Abs. 2 EnWG derjenige Versorger mit dem größten Endkundenstamm. Erst wenn gar kein Unternehmen die Energieversorgung des Gemeindegebiets übernimmt, greift für die Kommune die aus Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 2 GG abgeleitete Verantwortung diese Aufgabe selbst zu übernehmen.[1192] Als vorgelagerte Stufe der Gewährleistungsverantwortung nehmen Kommunen ihre Verantwortung für die Sicherstellung der Energieversorgung schon direkt durch die Standortplanung von Netzen und Erzeugungsanlagen im Rahmen der Bauleitplanung wahr[1193], als verbindliche Umsetzung der überörtlichen fachlichen Bedarfsplanung bzw. zur Umsetzung eigener Erzeugungsvorhaben. Ebenfalls kommen sie dieser Verantwortung durch die Zurverfügungstellung von öffentlichen Flächen für Energieversorgungsvorhaben nach.[1194] Die teilweise erforderliche Enteignung privater Grundstücke unterliegt in der Regel jedoch der Landeskompetenz.[1195]

Neben der Energieversorgung haben die Kommunen für weitere Bereiche der Daseinsvorsorge die Gewährleistungsverantwortung. Trotz der Konturenarmut dieser Definition lässt sich nach dem heutigen Verständnis darin die „Gesamtheit der Leistungen zur Befriedigung der Bedürfnisse der Bürger für eine dem jeweiligen Lebensstandard entsprechende Lebensführung" verstehen.[1196] Darunter fallen insbesondere Versorgungsleistungen mit Wasser und Energie, die Entsorgung von Abwasser, der Betrieb von Verkehrsunternehmen und nichtwirtschaftliche Tätigkeiten wie kulturelle Veranstaltungen oder der Betrieb von Schulen, Kindergärten und Museen.[1197] Zumindest für den Bereich der Versorgungsleistungen lässt sich wie bei der Energieversorgung, eine Gewährleistungsverantwortung der Kommune für eine flächendeckende, sichere und qualitative Versorgung ausmachen.[1198]

1191 *Britz*, Die Verwaltung 37 (2004), S. 145 (158) m.w.N; *Pielow*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Einl. E, Rn. 382 ff.

1192 Im Ergebnis auch *Schiller*, Staatliche Gewährleistungsverantwortung und die Sicherstellung von Anschluss und Versorgung im Bereich der Energiewirtschaft, S. 392 ff.

1193 Vgl. § 1 Abs. 6 Nr. 8 e) BauGB.

1194 Hierzu umfassend *Hermes*, Infrastrukturverantwortung, S. 433 ff.

1195 § 45 Abs. 3 EnWG i. V. m. den jeweiligen landesrechtlichen Ordnungen.

1196 *Burgi*, Vertikale Kompetenzabgrenzung in der EU und materiell-rechtliche Kompetenzausübungsschranken nationaler Daseinsvorsorge, in: Henneke, Verantwortungsteilung zwischen Kommunen, Länder, Bund und Europäischer Union, S. 90 (105 f.); *Sandmann*, Kommunale Unternehmen im Spannungsfeld von Daseinsvorsorge und europäischen Wettbewerbsrecht, S. 56.

1197 *Sandmann*, Kommunale Unternehmen im Spannungsfeld von Daseinsvorsorge und europäischen Wettbewerbsrecht, S.54; *Stern*, Die Reform des gemeindlichen Wirtschaftsrechts in Nordrhein – Westfalen im Lichte der verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie, in: Festschrift für Detlef Merten, S. 293 (296).

1198 *Sandmann*, kommunale Unternehmen im Spannungsfeld von Daseinsvorsorge und europäischen Wettbewerbsrecht, S. 56 ff.

b) Finanzielle Ausstattung

Des Weiteren haben die Gemeinden außerhalb der Daseinsvorsorge Pflichtaufgaben zu erfüllen, die zwar nicht alle unmittelbar aus der Verfassung abzuleiten sind[1199], denen aber einfachgesetzliche Zuweisungen zugrunde liegen. Diese durch Bundes- oder Landesgesetz zugewiesenen Zuständigkeiten lassen in der Regel Kosten für die Kommune entstehen. Die korrelierenden finanziellen Zuwendungen der übergeordneten Körperschaften und der Kommunale Finanzausgleich decken diesen Bedarf nicht immer ab[1200], zumal zu diesen übertragenen Aufgaben auch originäre Aufgaben und freiwillige Leistungen hinzuzurechnen sind, die aus dem allgemeinen Kommunalhaushalt aufzubringen sind.

Gemäß § 110 Abs. 1 NKomVG und der vergleichbaren landesrechtlichen Kommunalnormen sind Kommunen aber verpflichtet „den Haushalt so zu planen und zu führen, dass die stetige Erfüllung ihrer Aufgaben gesichert ist". Die Gemeinde kann die Erfüllung der Pflichtaufgaben nicht mit dem Vorbringen fehlender finanzieller Möglichkeiten ablehnen.[1201] Gemäß §§ 1, 16 StWG haben die Gemeinden zudem die Pflicht bei ihrer Haushaltsplanung Maßnahmen einzuplanen, die zu der Stabilität des Preisniveaus, einem hohen Beschäftigungsstand und außenwirtschaftlichem Gleichgewicht bei stetigem und angemessenem Wirtschaftswachstum beitragen. Ebenso „soll" der Haushalt gemäß § 110 Abs. 4 NKomVG jedes Haushaltsjahr ausgeglichen sein. Das bedeutet, dass auf einer Seite ein Kanon von zu erfüllenden Aufgaben steht, die bis zu einem gewissen Grad unter Beachtung der Gewährleistungsverantwortung reduziert werden können, und auf der anderen Seite die Kommune für die Finanzierung dieser Aufgaben zu sorgen hat und dabei hinsichtlich der Fremdfinanzierungsmöglichkeiten strenger Reglementierung entgegensieht.[1202] Die Kommunen haben aufgrund der Pflichtigkeit dieser Aufgaben und der Pflicht zu einem ausgeglichenen Haushalt somit nicht nur das Recht auf eine angemessene Kapitalausstattung (Art. 28 Abs. 2 S. 3 GG), sondern auch die Pflicht für eine eben solche zu sorgen, da sie sonst gegen die Haushaltsgrundsätze (s. u.) und die Pflicht zur Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben verstoßen würden.

[1199] Art 28 Abs. 2 GG enthält keinen umfassenden Pflichtenkatalog. Die Bestimmung verfassungsunmittelbarer Pflichten für Kommunen stößt generell auf Bedenken, vgl. *Stepanek*, Verfassungsunmittelbare Pflichtaufgaben der Gemeinden. Aus Art. 28 Abs. 2 GG hat sich jedoch ein historisch gewachsener Aufgabenkreis herausgebildet, dessen Erfüllung mittelbar Pflichten nach sich zieht.

[1200] Vertiefend zu dem berücksichtigungsfähigen Finanzbedarf der Kommunen und der sich daraus ergebenden Probleme *Hidien*, Die Berücksichtigung der Finanzkraft und des Finanzbedarfs der Gemeinden (Gemeindeverbände) im Finanzausgleich nach Art. 107 Abs. 2 Satz 1 Grundgesetz, S. 142 ff. u. 241 f.

[1201] OVG Lüneburg, Beschluss v. 05.03.1997 – Gk 1997/62.

[1202] Vgl. §§ 111, 120 NKomVG.

c) Angemessene Kapitalausstattung: De facto Handlungspflicht des Gesetzgebers zur Umsetzung der Energiewende?

Aus Art. 28 Abs. 2 S. 3 GG wird zum Teil gefolgert, dass dem Landesgesetzgeber die Pflicht erwächst, die eigenwirtschaftliche Betätigung der Kommunen auszuweiten, um diesem Erfordernis gerecht zu werden.[1203] Eine einfachgesetzliche Stütze findet diese Ansicht in § 16 Abs. 2 StWG[1204], welcher besagt, dass die Länder durch geeignete Maßnahme darauf hinzuwirken haben, dass die Haushaltswirtschaft der Gemeinden und Gemeindeverbände den konjunkturpolitischen Erfordernissen entspricht. Darunter ließen sich auch Maßnahmen zur Steigerung der kommunalen Wirtschaftstätigkeit fassen.

Ohne sich mit der Berechtigung dieser Forderung in abstrakter Hinsicht zu widmen, sei an dieser Stelle ein konkreter Gedanke angeführt, der sich aufgrund der tatsächlichen Entwicklung der Kommunen mit einer möglichen Rechtsfortentwicklung(-spflicht) beschäftigt:

Energieerzeugungsprojekte sind aufgrund von Abstandflächenregelungen und weiteren Genehmigungstatbeständen mit wenigen Ausnahmen auf ländliche Gebiete beschränkt. Gleichzeitig erleben ländliche Regionen aufgrund zunehmender Urbanisierung und des demografischen Wandels einen massiven Bevölkerungsschwund.[1205] Trotzdem sind die Kommunen verpflichtet die Erfüllung ihrer Aufgaben zu sichern und einen ausgeglichenen Haushalt vorzulegen (§ 110 Abs. 1 u. 4 NKomVG). Im Jahr 2014 lag der kommunale Schuldenstand insgesamt bei ca. 131 Mrd. EUR, sowie der im Verantwortungsbereich der Kommunen liegende Investitionsstau bei ca. 700 Mrd. EUR[1206], so dass der haushaltspolitische Spielraum durch die Schuldenlast bereits jetzt stark eingeschränkt ist. Durch die prognostizierte weiter sinkende Bevölkerungszahl brechen zudem sowohl die Beteiligung der Steuereinnahmen aus der Einkommenssteuer als auch Grund- und Gewerbesteuern weg.[1207] Ebenfalls erfahren Ver- und Entsorgungssysteme erhebliche Rentabilitätseinbußen, weil trotz einer Verringerung der Beitragszahler, Wasser-, Abwasser-, Strom- und Gasleitungen weiterhin in nahezu gleichem Umfang vor-

---

[1203] *Stern*, Die Reform des gemeindlichen Wirtschaftsrechts in Nordrhein-Westfalen im Lichte der verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie, in: FS für Detlef Merten, S. 293 (296); *Nierhaus*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 40 Rn. 30.

[1204] Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft vom 8. Juni 1967 (BGBl. I S. 582), das zuletzt durch Artikel 135 der Verordnung vom 31. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2407) geändert worden ist.

[1205] *Institut der deutschen Wirtschaft*, Die Zukunft des ländlichen Raums, Industrie- und Fachkräfteversorgung, 2009, S 14; Bertelsmann Stiftung, Migration und demografischer Wandel, 2012, S. 11 ff.

[1206] *Hasch/Weber/Weiß*, Zukunftsfähige Kommunalfinanzen, FES 2013, S. 10; *Bovenschulte/Hickel/Sieling*, FES 2013, Ein Fonds zur Tilgung der Altschulden der Länder und Kommunen – den Finanzförderalismus solidarisch und nachhaltig gestalten, S. 1.

[1207] Siehe zum kommunalen Steuerrecht oben Punkt D. II) 4) b) cc); für einen prozentualen Überblick: *Hasch/Weber/Weiß*, Zukunftsfähige Kommunalfinanzen, FES 2013, S. 27

gehalten werden müssen.[1208] Entsprechendes gilt für das öffentliche Straßennetz und den ÖPNV. Das bedeutet, dass die Einnahmeseite der ländlichen Gemeinden wesentlich stärker zurückgehen wird als die Ausgabenseite. In den meisten ländlichen Kommunen ließe sich die Ausgabenseite nur durch die Aufgabe der Grundversorgung ganzer Gemeindeflächen reduzieren, was sich in Hinblick auf die Gewährleistungsverantwortung der Art 20 Abs. 1, 28 Abs. 2 GG als problematisch erweisen wird. Um weiterhin eine den Grundsätzen des Sozialstaatsprinzips und der Daseinsvorsorge gerechte Versorgung aufrecht zu erhalten, müssen demnach auf der Einnahmeseite neue Möglichkeiten geschaffen werden. Es ist daher überlegenswert, ob den Landesgesetzgeber, in Hinblick auf die Gewährleistungsverantwortung der Kommunen und deren finanzieller Ausstattung zur Aufgabenerfüllung, nicht tatsächlich die Pflicht trifft den Kommunen eine ausgeweitete (sektorale) wirtschaftliche Betätigung zu gestatten. Alternativ würde ein verstärkter kommunaler Finanzausgleich die Finanzprobleme besonders stark betroffener Kommunen lindern, dies ist aufgrund des sehr komplexen Ausgleichssystems[1209] und den politischen Widerständen voraussichtlich kaum durchsetzbar. Ebenfalls wäre eine Übertragung von finanzintensiven Aufgaben an den Bund oder die Länder möglich, wie die Grundsicherung gemäß §§ 6 ff. SGB II, aber auch diese Aufgabenhochzonung hat hohe politische Hürden.

Die Ausweitung kommunaler Energieerzeugungstätigkeit als besonders rentablen Posten erscheint daher unter dem Gesichtspunkt der Durchsetzungsfähigkeit sowie unter Beachtung der umwelt- und energiepolitischen Zielsetzungen am geeignetsten. Bau und Betrieb von Erzeugungsanlagen lassen sich zwar auch rein privatwirtschaftlich umsetzen. Die Akzeptanz in der Kommune und deren Bevölkerung ist aber ungleich geringer, wenn sie nicht selbst an den Anlagen beteiligt sind.[1210] Ebenso würde das angesprochene Finanzierungsproblem der ländlichen Gemeinde durch die zu erwartenden Gewerbesteuern mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht annähernd so effektiv bekämpft wie bei eigenwirtschaftlicher Betätigung.

Ferner spricht eine weitere verfassungsrechtliche Vorgabe für die Stärkung kommunaler Erzeugungsmöglichkeit in Eigenregie. Wenn die Ziele der Energiewende und des § 1 EEG ernst genommen werden, ergibt sich für deren Umsetzung ein erhöhter Flächenverbrauch. Eine weitere Auswirkung der fortschreitenden Urbanisierung ist der wachsende Energiebedarf der Städte. So lange ausschließlich die bisher erforschten Erzeugungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen – und neue Erzeugungsarten haben einen langen Vorlauf bis zur Funktionalität

---

[1208] Auch wenn die Kommunen diese Aufgaben vollständig privatisieren, erleiden sie aufgrund der dann ebenfalls degressiven Konzessionsabgaben einen finanziellen Verlust.

[1209] Siehe nur die passende Zusammenfassung bei *Hidien*, Die Berücksichtigung der Finanzkraft und des Finanzbedarfs der Gemeinden (Gemeindeverbände) im Finanzausgleich nach Art. 107 Abs. 2 Satz 1 Grundgesetz, S. 249 f.

[1210] Siehe oben Punkt E. II) 1).

und Rentabilität[1211] – werden Städte aufgrund der fehlenden Fläche nicht in der Lage sein sich autonom mit Energie zu versorgen. Demzufolge muss die Ansiedelung der Erzeugungskapazitäten in der Masse in ländlichen Regionen stattfinden. Da diese Erzeugungsanlagen zwingend zu bauen sind, werden Kommunen mittelfristig wenige Möglichkeiten haben sich gegen gesetzliche Vorgaben zu wehren, die einen Ausbau bauplanungs- und umweltrechtlich weiter forcieren. Wenn die benötigten Flächen demnach qua gesetzlicher Bestimmungen weiter an Quantität gewinnen, könnte dies als weiterer Eingriff in die aus Art. 28 Abs. 2 GG abgeleitete Bauplanungshoheit und die Selbstverwaltungsgarantie angesehen und je nach Umfang problematisch hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung werden. Wird den Kommunen die Erzeugung jedoch selbst erleichtert, so ist auch der beschriebene Eingriff als milder zu klassifizieren.

Diesen Überlegungen liegen rein tatsächliche Faktoren zugrunde, deren Berücksichtigung und Gestaltung dem Recht aber immanent sind. Den durch die verändernde Bevölkerungsstruktur wechselnden Rahmenbedingungen ländlicher Kommunen bei gleichbleibendem Aufgabenbestand muss aus gesetzgeberischer Sicht Rechnung getragen werden, um den Kommunen zum einen die Selbstverwaltungsgarantie erhalten zu können und ihnen zum anderen das Recht auf aufgabenangemessene Finanzausstattung zu gewährleisten. Eine denkbare Lösungsmöglichkeit wäre die hier angedachte Ausweitung der Rechte im Energiesektor. Deren Umsetzung trifft jedoch auf verfassungsimmanente Probleme, denen im weiteren Verlauf[1212] nachgegangen wird, so dass einem möglichen gesetzgeberischen Handlungsauftrag auch verfassungsrechtliche Bedenken gegenüberstehen, die es in einer Abwägung zu bewerten gilt.

d) Pflicht zur Umsetzung bundespolitischer Ziele der Energiewende?

Des Weiteren stellt sich die umgekehrte Frage, ob und inwieweit Kommunen verpflichtet sind, die von der Bundesregierung ausgerufene „Energiewende“ umzusetzen. An bereits erwähnten einfachgesetzlichen Verpflichtungen zur Energieeffizienz bei öffentlichen Neubauten lässt sich eine solche direkte Verpflichtung festmachen.[1213] Ebenfalls an umweltrechtlichen Parametern beispielsweise bei der Netzkonzessionsvergabe oder ganz generell in Vergabeverfahren.[1214] Eine Verpflichtung zum Betrieb von Erzeugungsanlagen Erneuerbarer Energien, die über

---

[1211] Vgl. die bemerkenswerte Studie des Imperial Colleges London zur benötigten Zeitspanne einer neuen Energietechnologie von der Idee bis zur Marktreife, welche im Schnitt zwischen 20 und 40 Jahren liegt. UK Energy Research Centre ‚Innovation timelines from invention to maturity', http://www.ukerc.ac.uk/programmes/technology-and-policy-assessment/innovation-timelines-from-invention-to-maturity-a-review-of-the-evidence-on-the-time-taken-for-new-technologies-to-reach-widespread-commercialisation.html.

[1212] Punkt F. IV) 3) a) aa) und G. III).

[1213] §§ 3 ff. EEWärmeG; Umfassend zu der Pflichtigkeit der öffentlichen Hand *Kahl/Schmidtchen*, Kommunaler Klimaschutz durch Erneuerbare Energien, S. 22 ff.

[1214] Vgl. § 97 Abs. 4 GWB; § 10 NTVergG.

die Zielbestimmungen des § 1 EnWG hinausgehen, lässt sich für Gemeinden oder kommunale Stadtwerke einfachgesetzlich nicht ausmachen. Auch das Gesetzespaket zur Umsetzung der „Energiewende" enthält eine solche Verpflichtung oder Zuweisung im Bereich der Erzeugung nicht. Eine Verpflichtung der Gemeinden und ihrer Unternehmen zur Energieerzeugung aus Erneuerbaren Energien könnte sich höchstens aus den Staatzielbestimmungen des Art. 20 a GG ergeben. Gemäß Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG sind auch die Kommunen als Teil des Staates Adressaten dieser Leitlinien. Allerdings ist der primäre Adressat des Art. 20a GG der Gesetzgeber.[1215] Eine konkrete Handlungspflicht für die Exekutive lässt sich daraus nicht ableiten.[1216] Vielmehr wäre es Aufgabe des Gesetzgebers kommunale Energieerzeugungsprojekte auf solche mit erneuerbaren Energien zu beschränken. Inwieweit dies jedoch mit dem kommunalen Selbstverwaltungsrecht vereinbar wäre und ob der Landesgesetzgeber überhaupt die Kompetenz dafür innehätte, darf bezweifelt werden und wird an dieser Stelle offengelassen. Eine Pflicht zur Energieerzeugung aus Erneuerbaren Energien ergibt sich für die Gemeinden und ihre Unternehmen daher nicht. Eine solche ließe sich möglichweise mit der zuvor erwähnten Erleichterung und Förderung kommunaler Energieerzeugung umsetzen.

3) Möglichkeiten der Egalisierung der kommunalrechtlichen Grenzen

Wo im vorhergehenden Abschnitt die kommunalen verfassungsmäßigen Rechte und Pflichten in Bezug auf die Wirtschaftstätigkeit dargestellt wurden, soll für eine Gesetzesanpassung nun herausgearbeitet werden, inwieweit sich auch die kommunalwirtschaftlichen Schranken und Verpflichtungen direkt aus der Verfassung ableiten lassen.

In der Literatur – vornehmlich von Vertretern der Kommunalwirtschaft[1217] – werden zunehmend Stimmen laut, die die spezifischen Grenzen der Kommunalwirtschaft unter dem Eindruck steigenden Wettbewerbsdrucks und fortschreitender Liberalisierung für nicht mehr hinnehmbar halten. Aus Sicht der Kommunen und ihrer Unternehmen ist dies gerade unter den herausgearbeiteten Nachteilen für kommunale Unternehmen und der sich ändernden Marktlage durchaus verständlich. Jenseits der zu beachtenden Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers und dessen politischen Willen stellt sich jedoch die Frage, ob ein Wegfall spezifischer kommunalrechtlicher Grenzen überhaupt möglich wäre bzw. welchen verfassungsrechtlichen Vorgaben der Landesgesetzgeber bei potentiellen Änderungsvorhaben gegenübersteht. Art. 28 Abs. 2 GG gewährt den Kommunen ein Recht zur Selbstverwaltung, gleichzeitig begrenzt er dieses Recht auf die Angelegenhei-

---

1215 *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Art. 20a GG, Rn. 46; *Epiney*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, Art. 20a GG, Rn. 89.

1216 *Epiney*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, Art. 20a GG, Rn. 89; a.A. *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, § 20a GG, Rn. 19.

1217 *Reck*, IR 2009, S. 98ff.; *Marnich*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. J, Rn. 1ff.; *Henneke*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. A, Rn. 7ff.

ten der örtlichen Gemeinschaft. Es ergeben sich also schon hieraus nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten und Grenzen. Neben dieser kommunalspezifischen Normierung, unterliegen Kommunen als Teil des Staates zudem der Vorgaben der Grundrechte und den grundlegenden staatsrechtlichen Verpflichtungen des Art. 20 GG. So lässt sich bereits hier erkennen, dass der Gesetzgeber bei einer potentiell gewünschten rechtlichen Gleichstellung von kommunaler und privater Wirtschaft vor diversen Hürden steht.

Es soll im Folgenden daher erarbeitet werden, inwieweit die kommunale Schrankentrias und weitere einschlägige kommunalspezifische Vorschriften durch Verfassungsrecht determiniert sind und ob sich aufgrund eines möglichen verfassungsrechtlichen „Pflichtenkorsetts" kommunalwirtschaftliche Grenzen überhaupt abschaffen lassen bzw. inwieweit diese abänderbar sind. Diese Überlegungen sollen die kommunale Wirtschaftstätigkeit im Allgemeinen und die Energieerzeugung auf Gemeindeebene im Besonderen berücksichtigen. Das Vergabe- sowie Beihilfenrecht als weitere Unterschiede zu privaten Unternehmen sind zum einen nicht kommunalspezifisch und zum anderen gemeinschaftsrechtlich initiiert und finden daher an dieser Stelle keine Berücksichtigung.

a) Verfassungsrechtliche Grundlagen der Beschränkungen kommunaler Wirtschaftstätigkeit

aa) Öffentlicher Zweck

(1) Gemeinwohl als Ausfluss des Rechtsstaatlichkeitsprinzips

Auch wenn die Bindung an einen öffentlichen Zweck in der Praxis eine relativ geringe Hürde darstellt, handelt es sich doch um eine Beschränkung kommunaler Wirtschaftstätigkeit. Gegen diese Beschränkung lässt sich sicherlich vorbringen, dass sich die Wirtschaftsordnung des Grundgesetzes neutral zeigt und kommunale Unternehmen durch die Zweckbindung gegenüber privaten Unternehmen hinsichtlich der Betätigungsfelder, insbesondere des Verbots der wirtschaftlichen Betätigung zur reinen Gewinnerzielung, benachteiligt werden. Allerdings speist sich der Gedanke der Bindung an einen öffentlichen Zweck nicht nur aus der kommunalwirtschaftlichen Schrankentrias, sondern direkt aus dem Rechtsstaatsprinzip und der daraus abgeleiteten Verpflichtung der Gemeinwohlorientierung staatlichen Handelns.[1218] Das *bonum commune* bildet dabei seit jeher die Grundlage aller Staatlichkeit.[1219] Die Förderung dieses übergeordneten Zwecks stellt das Staatsziel schlechthin dar.[1220] Ihm zu dienen ist die Legitimationsgrundlage jeden staatlichen Handelns, so auch der staatlichen Wirtschaftstätigkeit, die das Feld

[1218] Vgl. *Mann*, Möglichkeiten und Grenzen kommunaler Wirtschaftstätigkeit, in: Ipsen, Unternehmen Kommune? S. 54; *Püttner*, DVBl. 2010, S. 1189 (1190); *Ruffert*, VerwArch 91 (2001), S. 27 (39); *Wefelmeier*, in: Blum u.a., § 136 NKomVG, Rn. 25.

[1219] *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof, HStR IV, § 71, Rn.1.

[1220] *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof, HStR IV, § 71, Rn. 2.

originärer staatlicher Aufgaben am weitesten verlässt.[1221] Ohne dieses zugegebenermaßen konturenarme Ziel fehlt staatlichem Handeln, trotz des Primats der Allzuständigkeit des Staates, die Grundlage. Es verkommt zu einem Selbstzweck,[1222] der mangels Legitimation seinen Eingriff in die freiheitliche Sphäre der Bürger nicht mehr rechtfertigen kann. Die Gemeinwohlbezogenheit, ebenso wie die Grundrechte, setzen dem Staatshandeln also Grenzen, deren Überschreitung zur Unzulässigkeit führt.[1223] Eine normative Verortung dieses Prinzips lässt sich in der Verfassung streng genommen kaum festmachen, da es sich um ein objektives Gebot handelt, welches als Leitbild für die gesamte Ordnung der Verfassung fungiert und damit nicht an singulären Normierungen im Verfassungstext fixiert werden kann.[1224] Sofern die Gemeinwohlbindung staatlichen Handelns dennoch konkret in die Verfassung eingeordnet wird, dient in der Regel das ebenfalls allgemeingültige Rechtsstaatsprinzip gemäß Art. 20 Abs. 3 GG als Ankerpunkt.[1225] An diese Grundsätze und Prinzipien werden gemäß des Homogenitätsgebots aus Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG auch die Kommunen als Teile der Exekutivgewalt der Länder gebunden.[1226]

Aufgrund der Gemeinwohlbindung muss staatliches und kommunales Handeln daher immer die Erfüllung bestimmter, der Allgemeinheit dienenden Ziele verkörpern.[1227] Demzufolge kann wirtschaftliche Betätigung an sich das Erfordernis des öffentlichen Zwecks nicht erfüllen, da es einer gemeinwohlorientierten Aufgabe bedarf, die nicht in der wirtschaftlichen Handlung selbst, sondern dem Ergebnis dieses Handelns liegen muss.[1228] Hierbei hat es sich um ein Sachziel zu handeln, welches unmittelbar der Allgemeinheit – bei Kommunen der lokalen Bevölkerung – zu Gute kommt.[1229] Die kommunale Wirtschaftstätigkeit zur reinen Einnahmeerzielung würde dieser „dienenden Funktion", also der Wahrnehmung einer Funktion im öffentlichen Allgemeininteresse nicht gerecht werden.[1230] Die mittelbare Drittnützigkeit der Einnahmeerzielung ist dabei nicht ausreichend. Sie gäbe dem Staat ein Mehr an Freiheit, das er aufgrund der genannten Bindungen an

---

1221 *Löwer*, VVDStRL 60 (2001), S. 416 (420).

1222 *Löwer*, VVDStRL 60 (2001), S. 416 (418); *Jarass*, DÖV 2002, S. 489 (489).

1223 *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof, HStR IV, § 71, Rn. 12; *Löwer*, VVDStRL 60 (2001), S. 416 (418).

1224 Vgl. *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof, HStR IV, § 71, Rn. 13; *Fuchs*, Gemeinwohl und Demokratieprinzip, in: Schuppert/Neidhardt, Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, S. 87.

1225 Siehe exemplarisch: *Jarass*, DÖV 2002, S. 489 (489); *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 80f; *Ronellenfitsch*, in: Isensee/Kirchhof, HStR IV, § 98, Rn. 40.

1226 *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 88; *Schulz*, Bay.VBl. 1998, S. 249 (250f.); *Mann*, Möglichkeiten und Grenzen kommunaler Wirtschaftstätigkeit, in: Ipsen, Unternehmen Kommune? S. 45 (55).

1227 *Mann*, Möglichkeiten und Grenzen kommunaler Wirtschaftstätigkeit, in: Ipsen, Unternehmen Kommune? S. 45 (54).

1228 BVerfGE 61, 82 (107); *Löwer*, VVDStRL 60 (2001), S. 416 (418).

1229 *Grawert*, Zuständigkeitsgrenzen in der Kommunalwirtschaft, in: FS Blümel, S. 119 (126).

1230 *Grawert*, Zuständigkeitsgrenzen in der Kommunalwirtschaft, in: FS Blümel, S. 119 (125).

das Gemeinwohl und die Grundrechte nicht hat.[1231] Staatliches Eigentum unterliegt keinem grundrechtlichen Schutz. Art. 14 GG schützt das Eigentum Privater nicht das Privateigentum.[1232] Wirtschaftliche Handlungen des Staates sind demnach nicht durch die Grundrechte geschützt und legitimiert wie bei natürlichen oder privatrechtlichen juristischen Personen. Staatliche Wirtschaftstätigkeit ist nur durch seine Aufgabennützigkeit, nicht durch seine Ertragskraft legitimiert, was sich auch in dem Umstand widerspiegelt, dass die für die Errichtung staatlicher Unternehmen verwandten Steuermittel „dem Staat zur Verwendung für das allgemeine Wohl anvertraut" wurden und nicht „als Wagniskapital für die Generierung weiterer Einkünfte" in Form von Eigenkapital.[1233] Um den Verwendungszweck der Steuermittel dennoch legitimieren zu können, bedarf es im Ergebnis daher zumindest eines Gemeinwohlbezugs des errichteten Unternehmens.

Der Gemeinwohlbezug hat aufgrund seiner legitimierenden Wirkung auch ein rechtfertigendes Element. Staatliche Handlungen, somit auch wirtschaftliche Betätigungen, weisen immer auch eine Grundrechtsrelevanz auf.[1234] Die wirtschaftlichen Tätigkeiten des Staates stellen keinen gezielten hoheitlichen Eingriff dar, aufgrund der Konkurrenzsituation entsteht bei den wirtschaftsrelevanten Grundrechten Privater (Art. 2, 12, 14 GG) jedoch eine faktische Beeinträchtigung.[1235] Die Tatsache, dass die Rechtsprechung in Fällen staatlichen Verdrängungswettbewerbes oder Monopolbildung eine Ausnahme des Prinzips freier ökonomischer Konkurrenz macht, zeigt abseits der Diskussion über den generellen Grundrechtsmaßstab staatlicher Wirtschaftstätigkeit aber, dass öffentliche Wirtschaftstätigkeit in die Grundrechte privater Marktteilnehmer zumindest eingreifen (kann).[1236] Demzufolge bedarf es für die Grundrechtskompatibilität staatlicher Marktteilnahme auch einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung für diese, wenn auch nur faktischen, Eingriffe.[1237] Das Gemeinwohl bzw. wie bei der Grundrechtsprüfung des Art. 12 GG verlangt „vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls", liefern hierbei den geeigneten Rechtfertigungsgrund.[1238] Trotz der angesprochenen Konturenarmut dieses Begriffs, lässt sich damit zumindest feststellen, dass öffentlichen Unternehmen, die keinen öffentlichen Zweck verfolgen und im

---

[1231] *Löwer*, VVDStRL 60 (2001), S. 416 (420); *Ehlers*, Die Möglichkeiten und Grenzen kommunaler Wirtschaftsbetätigung, in: Ipsen, Kommunalwirtschaft im Umbruch, S. 10 (16); a.A. *Jarass*, DÖV 2002, S. 489 (490f.).

[1232] BVerfGE 61, 82 (105 f.)

[1233] BVerfGE 44, 125 (143); *Löwer*, VVDStRL 60 (2001), S. 416 (421).

[1234] *Mann*, Die öffentlich- rechtliche Gesellschaft, S. 93.

[1235] BVerwGE 89, 281 (283); *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 93. Siehe für die Literaturhinweise zu dem Streit über den Rechtsschutz Privater gegen kommunale Wirtschaftstätigkeit Punkt F. I) 4).

[1236] Vgl. zu den Aussagen der Rechtsprechung BVerwGE 17, 306 (314); 39, 329 (337); VGH Mannheim DÖV 1995, S. 120.

[1237] *Isensee*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 54 (1995), S. 303 (305); *Löwer*, VVDStRL 60 (2001), S. 416 (426); *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 96.

[1238] Dazu *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 96.

Umkehrschluss dem reinen erwerbswirtschaftlichen Gewinnstreben nachgehen, keinen Rechtfertigungsgrund für ihre faktischen Grundrechtseingriffe zusteht, so dass eine Notwendigkeit eines öffentlichen Zwecks auch aus diesem Grund verfassungsrechtlich determiniert ist.

Die öffentliche Zweckbindung ist den vorstehenden Ausführungen folgend nicht nur eine einfachgesetzliche Schranke, sondern ein sich direkt aus der Verfassung ergebender allgemeingültiger Grundsatz für staatliches Handeln.[1239] Aufgrund dessen ist die Beachtung der öffentlichen Zweckbindung als inhärenter Verfassungsgrundsatz dringend geboten.

(2) Gestaltungsmöglichkeiten

Die einzelnen Ausformungen und Zusätze des öffentlichen Zweckerfordernisses in den jeweiligen Kommunalverfassungen zeigen bereits jetzt einen relativ weiten Auslegungsspielraum des Landesgesetzgebers auf. Grundsätzlich verlangen die Kommunalverfassungen, dass der öffentliche Zweck die Errichtung, Übernahme oder Erweiterung „rechtfertigt"[1240]. In Bayern[1241] und Nordrhein-Westfalen[1242] muss der öffentliche Zweck die Errichtung „erfordern". Hierzu wird teilweise die Meinung vertreten, dass eine kommunale Wirtschaftstätigkeit nur dann angezeigt ist, wenn ein privater Markt nicht aufgebaut werden kann oder dieser unzureichende Marktergebnisse in dem Bereich der Kommune liefert.[1243] Eine solche vorweggenommene Subsidiarität ist dem Zweckerfordernis jedoch nicht zuzuschreiben. Vielmehr bedeutet „erforderlich" in diesem Sinne, dass „die wirtschaftliche Betätigung für den öffentlichen Zweck objektiv erforderlich im Sinne von vernünftiger Weise geboten ist".[1244] Diese sprachlichen Abweichungen einzelner Bundesländer drücken also in erster Linie den Stellenwert aus, den die Landesgesetzgeber dem öffentlichen Zweckerfordernis zumessen, im Ergebnis unterscheiden sich die Anforderungen an die Unternehmen aber kaum.[1245] In den Ländern Niedersachsen[1246] Rheinland-Pfalz[1247], Sachsen-Anhalt[1248], Schleswig-Holstein[1249],

---

1239 *Löwer*, VVDStRL 60 (2001), S. 416 (426); *Mann*, Möglichkeiten und Grenzen kommunaler Wirtschaftstätigkeit, in: Ipsen, Unternehmen Kommune? S. 45 (54); *Schulz*, BayVBl. 1998, S. 449 (450f.).

1240 § 85 Abs. 1 Nr. 1 GO Rh.-Pf.; § 71 Abs. 2 Nr. 1 Thür.GO; § 116 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GO LSA; § 94a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SächsGO; § 102 Abs. 1 Nr. 1 GO BW; § 68 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 KV M-V; § 108 Abs. 1 Nr. 1 KVSG; § 101 Abs. 1 Nr. 1 GO SH; § 136 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 NKomVG; § 121 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Hess.GO; § 100 Abs. 2 Nr. 1 BdbgKVerf.

1241 Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Bay.GO.

1242 § 107 Abs. 1 S 1 Nr. 1 GO NRW

1243 *Hösch*, DÖV 2000, S. 393 (400); *di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Art. 2 GG, Rn. 120.

1244 OVG Münster NVwZ 2005, S. 198; *Held*, in: Held/Winkler/Wansleben, § 107 GO NRW, Rn. 3.1.2.2.

1245 Vgl. *Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. C Rn. 102.

1246 § 136 Abs. 1 S. 4 NKomVG.

1247 § 85 Abs. 1 S. 2 GO Rh.-Pf.

1248 § 116 Abs. 2 S. 2 GO LSA.

Mecklenburg-Vorpommern[1250] und Nordrhein-Westfalen[1251] dient die Versorgung der Bevölkerung mit Energie beispielsweise qua Gesetz einem öffentlichen Zweck. Im Gegensatz zu den vorherigen Abweichungen berühren diese Regelungen die verfassungsrechtlichen Vorgaben, da hier durch Gesetz dem öffentlichen Zweck eine Inhaltsbestimmung gegeben wird. Allerdings sind sowohl die Energieversorgung als auch die anderen Tätigkeiten, die klassischerweise zur Daseinsvorsorge gehören als verfassungskonform einzustufen, da diese alle dem Grunde nach dem verfassungsmäßigen Ziel des Gemeinwohls dienen. Impliziert diese Normierung jedoch, dass alle Tätigkeiten aus diesem Bereich – egal in welcher tatsächlichen Ausformung, auch zur reinen Gewinnerzielung – einem öffentlichen Zweck dienen, so hielte diese Vorschrift den verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht stand.[1252] Ebenso ist ein Verfassungsverstoß anzunehmen, wenn der Landesgesetzgeber eine über die Daseinsvorsorge hinausgehende Tätigkeit als per se durch das öffentliche Zweckerfordernis gedeckt definiert. Als interessanter Ansatz kann die Neufassung des § 136 Abs. 1 S. 7 NKomVG betrachtet werden, wonach ein öffentliches Zweckerfordernis für die Erzeugung von Strom aus EEG-Anlagen nicht mehr gefordert wird, sondern eine wirtschaftliche Tätigkeit dann zulässig ist, wenn sie der Leistungsfähigkeit der Gemeinde entspricht und die Zwecke des § 1 EEG erfüllt. Die Förderung der Ziele des § 1 EEG (Klima- und Umweltschutz sowie nachhaltige Entwicklung der Energieversorgung) stellt somit qua Gesetz den öffentlichen Zweck dar. Ziel der Regelung ist allein die verbesserte Umsetzung der Energiewende.[1253] Die wirtschaftliche Betätigung muss daher auch nicht mehr unmittelbar dem Interesse der Einwohner der Gemeinde dienen.[1254] Die Förderung der Energiewende soll als öffentlicher Zweck ausreichen und ist in der Konsequenz auch überörtlich möglich.[1255] Die Umsetzung der Energiewende und damit die Förderung einer nachhaltigen Energieerzeugung stellt den primären öffentlichen Zweck dar, der vor die Gewinnerzielungsabsicht der Anlagenbetreiber tritt. Qua definitionem wird hier isoliert ein anerkannter öffentlicher Zweck festgeschrieben, dem allerdings die Gewinnerzielung immanent ist. Eine *reine* Gewinnerzielungsabsicht soll danach aber nicht vorliegen.

In Hinblick auf die Überörtlichkeit der Erzeugungsmöglichkeiten wäre es, wie unten ausgeführt,[1256] zudem grundsätzlich auch nicht tauglich Energieerzeugungs-

---

1249 § 101a GO S-H.

1250 § 68 Abs. 2 S. 2 KV M-V.

1251 § 107a Abs. 1 GO NRW.

1252 Ebenso: *Held*, in: Held/Winkel/Wansleben, vor §§ 107 ff. GO NRW, Rn. 3.3.3. Demgemäß haben mehrere Landesgesetzgeber nunmehr positivrechtlich eine reine Gewinnerzielung als Erreichung des öffentlichen Zwecks ausgeschlossen (Art. 87 Abs. 1 S. 2 Bay-GO; § 108 Abs. 3 S. 3 KVSG; § 128 Abs. 1 S. 2 GO LSA).

1253 Nds.LT-Drs. 17/5423, 50.

1254 So im Verständnis auch, *Klaß* in: Dietlein/Mehde BeckOK, Kommunalrecht Niedersachsen, § 136 NKomVG, Rn. 59.

1255 Nds.LT-Drs. 17/5423, 19.

1256 F. V) 1).

anlagen auf das Gemeindegebiet zu beschränken. Inwiefern der Verzicht auf die *Belange* der Einwohner der Kommune selbst allerdings dem Erfordernis der örtlichen Radizierung entspricht, wird im Detail an geeigneter Stelle nachgegangen.[1257]

Im Ergebnis lässt sich zusammenfassen, dass der Landesgesetzgeber bei der Ausgestaltung des öffentlichen Zweckerfordernisses durchaus Spielraum besitzt. Er hat jedoch stets die Gemeinwohlbindung zu beachten, was ein Nichtbeachten des öffentlichen Zweckerfordernisses gänzlich ausschließt. Aber innerhalb dieser recht extensiv zu verstehenden Grenzen haben die Kommunen ihrerseits einen weitreichenden Beurteilungsspielraum, zu dem das Bundesverwaltungsgericht ausgeführt hat: „Im Grunde handelt es sich um eine Frage sachgerechter Kommunalpolitik, die – wie jedes sinnvolle wirtschaftliche Handeln – in starkem Maße von Zweckmäßigkeitsüberlegungen bestimmt wird".[1258] Die einzelnen Ausformungen der jeweiligen Kommunalverfassungen haben daher in der Umsetzung eine relativ geringe Bedeutung.

Versuche, das Erfordernis des öffentlichen Zwecks zwar weiterhin in den Kommunalverfassungen zu belassen, diesen aber durch eine „wettbewerbsaffine" Definition auszuhöhlen, sind aus verfassungsrechtlicher Sicht umfassend abzulehnen.[1259] Die Argumentation, dass anerkanntermaßen auch die Schaffung von Arbeitsplätzen, die Erzielung von Einnahmen für die Gemeindekasse und die Wettbewerbsbeeinflussung durch eigene Teilnahme öffentlichen Zwecken dienen kann, geht in ihrer isolierten Betrachtung fehl. Sicherlich können diese Aspekte, ebenso wie die Energieversorgung generell, einem öffentlichen Zweck dienen, hierbei ist jedoch der eigentliche Ursprung des Zweckgebots nicht außer Acht zulassen. Unbestritten handelt es sich bei der öffentlichen Zweckbindung um eine Ausformung des Grundsatzes, dass alles staatliche Handeln einer Grundlage bedarf und alles staatliche Handeln dem Gemeinwohl zu dienen verpflichtet ist. Wenn aber rein erwerbswirtschaftliche Zielsetzungen wie die Maximierung von Einkünften oder Schaffung von Arbeitsplätzen ausreichen, um dem öffentlichen Zweck gerecht zu werden, ist eine Unterscheidung zwischen staatlichem Handeln und privatwirtschaftlichem Handeln nicht mehr erkennbar und schlichtweg inexistent. Eine Diskussion über die Bestimmung des öffentlichen Zwecks ist in der Praxis von untergeordneter Relevanz, da sich in den Gesellschaftsverträgen und Satzungen stets der Bezug zu der Gemeinde und deren Versorgung finden wird, was ebenso unzweifelhaft wie der angesprochene Bezug zu Art. 20 GG, einen öffentlichen Zweck darstellt. An dieser Stelle soll darauf hingewiesen werden, dass die Tendenz, das öffentliche Zweckerfordernis auszuhöhlen immer auch einen Verlust an Legitimation bedeutet und dass durch eine so fortschreitende Egalisierung privater wie öffentlicher Wirtschaftstätigkeit die Grundlage staatlicher Wirt-

[1257] Am Beispiel des § 107a GO NRW unter Punkt F. IV) 3) a) ee) (2).

[1258] BVerwGE 39, 329 (334).

[1259] So bei *Burgi*, Sektorenspezifische Modernisierung des kommunalen Wirtschaftsrechts in Nordrhein-Westfalen: Ein neuer Ordnungsrahmen für die „energiewirtschaftliche Betätigung", S. 41 f.

schaftstätigkeit untergraben wird. Wie bereits festgestellt, stellt die öffentliche Zweckbindung nicht nur eine Beschränkung, sondern auch einen Rechtfertigungsgrund öffentlicher Wirtschaftstätigkeit dar. Eine Erosion dieses Arguments bedeutet daher im Umkehrschluss auch eine Schwächung der Stellung staatlicher Wirtschaftstätigkeit im verfassungsrechtlichen Gesamtgefüge, was sicherlich nicht das Ziel kommunalfreundlicher Politik sein kann.

bb) Leistungsfähigkeit und Bedarf

Unmittelbar lassen sich in der Verfassung keine Normierungen finden, die Gemeinden zur Beachtung der Leistungsfähigkeit und des Bedarfs anhalten. Mittelbar hingegen findet die Leistungsfähigkeit der jeweiligen Kommune ihren Widerhall im grundgesetzlichen Gebot der Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns.[1260] Hierbei handelt es sich um eine haushaltsrechtliche Begrenzung unternehmerischer Tätigkeit.[1261] Ein weitere haushaltsrechtliche Ableitung eröffnet sich aus den Prinzipien der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit aus den jeweiligen Gemeindeordnungen[1262], die sich wiederrum aus dem Verfassungsgrundsatz der Wirtschaftlichkeit der korrespondierenden Landesverfassungen ableiten lassen und für alle drei Gewalten bindend sind.[1263] Anzumerken ist aber, dass Leistungsfähigkeit mit dem Bedeutungszweck von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit nicht deckungsgleich ist. Leistungsfähigkeit beinhaltet in erster Linie den Schutz der kommunalen Finanzen vor Überforderung.[1264] Bei der Anforderung von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit handelt es sich vielmehr um die übergeordneten verfassungsrechtlich bestimmten Maxime staatlicher Haushaltsführung.[1265] Es lässt sich aber trotz der zunächst nicht deckungsgleichen Gesetzeszwecke eine Konnexität zwischen beiden Geboten erkennen. Leistungsfähigkeit setzt eine wirtschaftliche (und sparsame) Wirtschaftstätigkeit mit Blick auf Einnahmemöglichkeiten, Ausgaben und Risiken voraus, um die Kommunen vor Überforderung zu schützen. Das bedeutet, dass die Leistungsfähigkeit auch Ausdruck der dargelegten Verfassungsgrundsätze ist und sie hierdurch zusätzlich zu dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit einen verfassungsrechtlichen Bezug aufweist.

Da die Kommunen im Ergebnis in Hinblick auf Leistungsfähigkeit und Bedarf jedoch durch die Verfassung nicht unmittelbar adressiert werden, sondern unmit-

---

[1260] *Held*, in: Held/Winkler/Wansleben, § 107 GO NRW, Rn. 3.1.2.3

[1261] *Hösch*, DÖV 2000, S. 393 (402); *Wefelmeier*, in: Blum u.a., § 136 NKomVG, Rn. 33.

[1262] Z. B. § 110 Nr. 2 NKomVG; § 75 Abs. 1 GO NRW; Art. 61 Abs. 2 S. 1 Bay.GO.

[1263] Z. B. Art. 70 Abs. 1 Nds.Verf; außerdem BSGE 56, S. 197 (198); *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, Rn. 415; *Gröpl*, in: Gröpl, § 7 BHO/LHO, Rn. 15. Zu dem verfassungsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebot auf Bundesebene umfassend *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie und Wirtschaftlichkeitsprinzip, S. 408 ff.

[1264] *Wefelmeier*, in: Blum u.a., § 136 NKomVG, Rn. 33; *Erdmann*, in: Ipsen, § 136 NKomVG, Rn. 15; *Geis*, Kommunalrecht, S. 191.

[1265] *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie und Wirtschaftlichkeitsprinzip, S 425 ff.

telbar nur einfachgesetzlich zur Beachtung der Leistungsfähigkeit angehalten sind und den Kommunen das Recht auf eigenverantwortliche Finanzausstattung in Art. 28 Abs. 2 S. 3 GG verfassungsrechtlich garantiert ist, wird die Schwelle zur Rechtswidrigkeit nach überwiegender Ansicht erst dann überschritten, wenn das kommunale Handeln „mit den Grundsätzen wirtschaftlichen Handelns schlechthin unvereinbar ist".[1266]

Aufgrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben für staatliche Haushaltsführung im Allgemeinen steht dieser Grundsatz nach hier vertretener Ansicht ebenso wie die Bedarfsgrenze aber nicht zur Disposition, was auch nach allgemeiner Meinung nicht angezweifelt wird.[1267] Durch die sehr weiten Vorgaben, ist jedoch ein ebenso weiter Gestaltungsspielraum eröffnet.

cc) Subsidiarität

Beim Subsidiaritätsprinzip eröffnen sich hingegen ganz grundlegende Verfassungsfragen. Denn wie bereits erarbeitet, sieht die Grundkonzeption des Grundgesetzes eine wirtschaftspolitische Neutralität vor und bevorzugt weder private noch staatliche Wirtschaftstätigkeit. Gerade in Niedersachsen beinhaltete die Subsidiaritätsklausel jedoch eine klare Entscheidung zu Gunsten der Privatwirtschaft, welche mittlerweile wieder zurückgenommen wurde (s.o.). Eine solche Vorrangigkeit privater Wirtschaftstätigkeit findet sich bereits in § 67 Abs. 1 Nr. 3 DGO. Die einstige Begründung für die Einführung des § 67 Abs. 1 Nr. 3 DGO war dabei rein wirtschaftspolitischer Natur. Ziel war es dem Expansionsdrang der Kommunen eine Schranke zu setzen.[1268] Diese Begründung wird nach wie vor auch für aktuelle Verschärfungen der Subsidiaritätsklausel angeführt[1269], womit zwar die gesetzgeberischen Intentionen eindeutig sind, dies aber keine Auskunft über mögliche verfassungsrechtliche Bezüge gibt. Da sich aus der Verfassung hinsichtlich des grundsätzlichen Verhältnisses zwischen privatem und öffentlichem Wirtschaftssektor generell keine Aussage entnehmen lässt, käme hinsichtlich der möglichen verfassungsrechtlichen Determinierung des Subsidiaritätsprinzips nur ein Bezug auf andere Verfassungsgrundsätze oder eine Kumulation dieser in Betracht.

[1266] OVG Münster DÖV 2001, S. 611 (612); *Gröpl*, in: Isensee/Kirchhof, HStR V, § 121, Rn. 34.

[1267] Vgl. *Ehlers*, DVBl. 1998, S. 498 (503); *Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, Kap. C Rn. 127f.; *Geis*, Kommunalrecht, S. 191.

[1268] *Surén/Loschelder*, Die Deutsche Gemeindeordnung, Bd. 2, S. 88; *Püttner*, Das Recht der kommunalen Energieversorgung, S. 14; *Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, Kap. C, Rn. 134; *Henneke*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. A, Rn. 11.

[1269] *Innenminister Niedersachsen*, Nds. Landtag, 15, Wahlperiode, Protokoll 73. Plenarsitzung am 09.11.2007, S. 8337.

(1) Subsidiarität als allgemeines Verfassungsprinzip

Als eine zunächst naheliegend erscheinende Lösung käme das Subsidiaritätsprinzip selbst als allgemeines Verfassungsprinzip in Betracht, dessen Existenz auch kontrovers diskutiert wird.[1270] Einige Stimmen in der Literatur begründen den Subsidiaritätsgrundsatz staatlichen Handelns mit überkommenen naturrechtlichen Grundsätzen[1271], andere bilden auf der Suche nach positivrechtlichen Anknüpfungspunkten in der Verfassung eine Gesamtanalogie aus verschiedenen Grundrechten wie Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 5 Abs. 3, 6, 9 Abs. 1-3 und 19 Abs. 3 GG, der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie und den Bestimmungen über die föderativen Verhältnisse zwischen Bund und Ländern.[1272] Wieder andere sehen die Grundlage des Subsidiaritätsprinzips in der Statuierung der Menschenwürde und der zentralen Stellung des Menschen in der Verfassung und dem sich daraus ergebenden Nachrang des Staates bzw. staatlichen Handelns.[1273]

Im Ergebnis ist die Annahme eines Subsidiaritätsprinzips als allgemeiner Verfassungsgrundsatz im Ganzen abzulehnen. Gegen die Annahme einer verfassungsrechtlichen Verankerung sprechen vor allem historische Gründe: Der Subsidiaritätsgrundsatz hat gleich zweimal keinen Einzug in die Verfassung gehalten, obwohl dessen Einführung zur Diskussion stand. Sowohl bei dem Herrenchiemseer Verfassungskonvent[1274] als auch bei der Änderung des Art. 23 GG als Umsetzung des Maastricht-Vertrages, wurde der Subsidiaritätsgrundsatz nicht als allgemeines Verfassungsprinzip aufgenommen.[1275] Der zweifelsohne in Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG enthaltene Subsidiaritätsgrundsatz bindet ausschließlich die Weiterentwicklung der Europäischen Union an das Subsidiaritätsprinzip und begrenzt ihre Kompetenzbegründungsbefugnisse.[1276] Weder aus dem Wortlaut noch der systematischen Stellung lässt sich aus dieser Normierung des Subsidiaritätsgrundsatzes ein allgemeines Verfassungsprinzip ableiten. Ganz im Gegenteil verfestigt

---

1270 Ebenso: *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 25; *Herzog*, Der Staat 2 (1963), S. 399 (422); *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Art. 23 GG, Rn. 99; *Schmidt-Jortzig*, Subsidiaritätsprinzip und Kommunalordnung, S. 17; a.A. *Zippelius/Würtenberger*, Dt. Staatsrecht, § 10, Rn. 36; *Oppermann*, JuS 1996, S. 569 ff.; Eine Übersicht über den Meinungsstand in *Schmidt-Jortzig*, Subsidiaritätsprinzip und Kommunalordnung, S. 7 Fn. 10 u 11.

1271 *Kalkbrenner*, Die rechtliche Verbindlichkeit des Subsidiaritätsprinzips, in: Festschrift für Günther Küchenhoff, S. 514 (527); *Süsterhenn*, Das Subsidiaritätsprinzip als Grundlage der vertikalen Gewaltenteilung, in: Festschrift für Hans Nawiasky, S. 141 (145).

1272 *Zippelius/Würtenberger*, Dt. Staatsrecht, § 10 Rn. 36; *Kalkbrenner*, Die rechtliche Verbindlichkeit des Subsidiaritätsprinzips, in: FS: Küchenhoff, S. 515 (529); den Ansatz der Gesamtschau der Verfassung als Grundlage verfolgend auch *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 106 ff.

1273 *Wertenbruch*, Menschenwürde, S. 202; *Oppermann*, JuS 1996, S. 569 (570); *Möller*, Subsidiaritätsprinzip und kommunale Selbstverwaltung, S. 83; kritisch dazu *Schmidt-Jortzig*, Subsidiaritätsprinzip und Kommunalordnung, S. 10 ff.

1274 *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 143 f.; *Herzog*, Der Staat 2 (1963), S. 399 (412); *Maunz*, Dt. Staatsrecht, 12. Auflage, S. 68.

1275 *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 27; a.A. *Oppermann*, JuS 1996, S. 569 (572).

1276 *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Art. 23 GG, Rn. 99 f.

eine positivrechtliche Aufnahme des Subsidiaritätsgrundsatzes in das Grundgesetz in Bezug auf nur eine konkrete Kompetenzbeziehung die Ansicht, dass dem Grundgesetz ein allgemeiner Grundsatz dieses Prinzips nicht immanent ist. Vergleichbar hierzu sind die Kompetenzordnungen zwischen Bund, Land und Kommunen zu verstehen, die den aus zeitgeschichtlichen politischen Umständen gewachsenen Staatsaufbau widerspiegeln und sich eben nicht aus dem Gedanken eines übergeordneten Subsidiaritätsprinzips ableiten.[1277] Schließlich spricht gegen die Annahme eines überpositiven Naturrechts die Direktive des Bundesverfassungsgerichts, welches aus Gründen der Rechtssicherheit solche übergeordneten Rechtsgrundsätze nur restriktiv verwendet und hinsichtlich des Subsidiaritätsgrundsatzes eine solche Ausnahme gerade nicht hat erkennen lassen.[1278] Im Ergebnis ist der Annahme eines verfassungsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips somit eine Absage zu erteilen.

Zudem wäre ein verfassungsimmanentes Subsidiaritätsprinzip, ob seiner fehlenden Prägnanz auch gar nicht tauglich die staatliche Wirtschaftstätigkeit einzudämmen.[1279]

(2) Subsidiarität als Ausfluss aus der privatistischen Wirtschafsordnung des Grundgesetzes

Ein weiterer Ansatz statuiert zwar keine generelle staatliche Subsidiarität, sieht aber eine Pflicht zur Zurückhaltung staatlicher Wirtschaftstätigkeit. Diese Stimmen in der Literatur erkennen zwar die Neutralität des Grundgesetzes hinsichtlich der Wirtschaftsordnung an, sehen in der Subsidiaritätsklausel aber das Gebot zu kommunaler Zurückhaltung als Ausfluss der „privatistischen Wirtschaft", welche sich aus den Art. 2, 12 und 14 GG abzeichnet.[1280] Dieses Gebot der Zurückhaltung findet in der Verfassung keinen Halt. Es ist richtig, dass für die kommunale und die private Wirtschaft unterschiedliche Voraussetzungen bestehen. Kommunen bedürfen einer auf die Willensbildung des Volkes gestützte Legitimation für ihren gesamten Aufgabenkanon, so auch die wirtschaftliche Betätigung. Das freiheitliche Handeln Privater unterliegt im Gegensatz dazu ganz anderen grundrechtlich fundierten Funktionsgesetzen.[1281] Diese Vorgaben treffen aber keine Aussage über ein Subordinationsverhältnis der Marktteilnehmer, wenn beide die jeweiligen Voraussetzungen für die Marktteilnahme erfüllen. Die Ansicht einer „privatistischen Wirtschaftsordnung" ist mit den unter Punkt F. IV. 1) a) genannten Gründen, die eine wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes belegen, abzu-

[1277] Siehe dazu *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 27 m.w.N.

[1278] Offen lassend: BVerfGE 10, 59 (83); 58, 233 (253); verneinend: BVerwGE 23, 304 (306 f.).

[1279] *Ronellenfitsch*, in: Isensee/Kirchhof, HStR IV, § 98, Rn. 34; *Herzog*, Der Staat 2 (1963), S. 339 (411 ff.); *Mann*, Die öffentlich- rechtliche Gesellschaft, S. 28.

[1280] *Thieme*, Kommunalrechtliche Grenzen wirtschaftlicher Tätigkeiten der kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften, in: Biernat u.a., Grundfragen des Verwaltungsrechts und der Privatisierung, S. 336 (337).

[1281] Vgl. *Brosius-Gersdorf*, AöR 130 (2005), S. 393 (434).

lehnen.[1282] Die Ansicht einer verfassungsrechtlich determinierten Marktwirtschaft scheint im Ergebnis mehr durch die Kraft des Faktischen als durch Anhaltspunkte in der Verfassung begründet zu sein.

(3) Subsidiaritätsprinzip als Ausfluss aus der Gemeinwohlbindung

Als weiterer Ansatz soll sich aus der Gemeinwohlbindung gleichzeitig ein Subsidiaritätsgebot für den Staat ergeben, deren Zusammenspiel einige Stimmen in der Literatur eine enge Verbindung zugeschreiben.[1283] Das Subsidiaritätsprinzip folge dabei aus dem Gemeinwohlprinzip und der Grundrechtsbindung kommunalen Handelns.[1284] Dieser Ansatz beruht auf der staatstheoretischen Grundlage, dass das Subsidiaritätsprinzip als Regulativ mit dem Gemeinwohl korreliert, indem es dieses im Verhältnis zu partikularen Personenwerten begrenzt und umgekehrt.[1285] Auch wenn man diesen Gedankengang unberührt lässt, kann daraus dennoch keine Subsidiarität staatlicher Wirtschaftstätigkeit abgeleitet werden. Es ist zwar richtig, dass das Gemeinwohl den Rechtfertigungsgrund für staatliches Handeln darstellt und dem Gedanken des Subsidiaritätsprinzips folgend staatliche Wirtschaftstätigkeit und die damit einhergehenden Grundrechtseingriffe nur dann zulässig sind, wenn überwiegende Gründe des Gemeinwohls dies zulassen.[1286] In diesem Sinne besteht eine Verbindung beider Prinzipien. Trotz gewisser Ähnlichkeit wohnen Ihnen aber unterschiedliche Schutzzwecke inne. Das öffentliche Zweckerfordernis bestimmt positiv die Bedingungen staatlichen Handelns und erfasst negativ dessen Ausschlusstatbestände. Das Verhältnis privater zu staatlicher Tätigkeit wird dadurch nicht erfasst. Es handelt sich vielmehr um eine Legitimationsgrundlage staatlicher Tätigkeit, die eine (wirtschaftliche) Tätigkeit Privater auf dem gleichen Gebiet nicht ausschließt und umgekehrt. Staatliche Wirtschaftstätigkeit kann mit privaten Mitbewerbern in einem Feld der öffentlichen Aufgabenerfüllung agieren und gleichzeitig weiterhin einem öffentlichen Zweck dienen. Das öffentliche Zweckgebot ist kompetenzbegründend und regelt nicht die Zuweisung einzelner Kompetenzen zwischen öffentlicher und privater Tätigkeit. Genau dies ist dem Subsidiaritätsprinzip aber immanent. Hiernach soll im Falle einer beabsichtigten Marktteilnahme eines kommunalen und eines privaten Unternehmens dasjenige Unternehmen den öffentlichen Zweck wahrnehmen, welches diesen besser erfüllen kann. Diese Regelung ist einfachgesetzlich nachzu-

---

1282 Ebenso *F.W. Held*, WiVerw 1998, S. 264 (270); *Mann*, Die öffentlich - rechtliche Gesellschaft, S. 23 f.

1283 *Hösch*, DÖV 2000, S. 398 (403); *F.W. Held*, WiVerw 1998, S. 264 (286f.); diese Verbindung erkennt auch *Neutz*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, 2. Aufl., Kap. C Rn. 126, lehnt eine daraus zu folgernde Subsidiarität richtigerweise aber ab. Zu den rechtsphilosophischen Ansätzen zwischen Gemeinwohl und Subsidiarität als gegenseitige Regulatoren: *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 31 f.

1284 *F.W. Held*, NWVBl. 2000, S. 201 (203); *Hösch*, DÖV 2000, S. 398 (403).

1285 Vgl. *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 31.

1286 Vgl. *Ronellenfitsch*, in: Isensee/Kirchhof, HStR IV, § 98, Rn. 34.

vollziehen, leitet sich aufgrund der verschiedenen Schutzzwecke jedoch nicht aus der Verfassung ab.

Ebenfalls lässt sich der Verfassung nicht entnehmen, dass der Staat nur dann wirtschaftlich tätig werden darf, wenn die Gesellschaft das benötigte Angebot nicht selbst bereitstellen kann.[1287] Abermals wird hier wieder a priori von einer generellen Vorrangstellung privater Wirtschaftstätigkeit ausgegangen, die die Verfassung nicht hergibt. Da sich diese eben nicht aus dem Gemeinwohl herleiten lässt und auch nicht aus den Grundrechten oder sonstigen Regelungen der Verfassung, ist die Argumentation, dass der öffentliche Zweck wegfällt sobald ein Privater diesen gleichgut erfüllen kann, ein Zirkelschluss.

Schließlich ist auch bei einer besseren Aufgabenerfüllung durch Private auf den legitimatorischen Zweck der Gemeinwohlbindung zu verweisen. Ein Subsidiaritätsgebot wäre an dieser Stelle überhaupt nicht notwendig. Denn eine staatliche Tätigkeit, die eine bessere Erfüllung des öffentlichen Zwecks durch private Dritte verhindert, kann dem Gemeinwohl gar nicht dienen. Sie verlöre in diesem Fall ihre *Legitimation*. Hieraus lässt sich aber in erster Linie wieder eine legitimatorische Grundlage für staatliche Tätigkeit ableiten. Eine Subsidiarität staatlicher (Wirtschafts-) Tätigkeit ist als Ausfluss des Gemeinwohls nur in dem Bereich zu bejahen, in dem staatliche Wirtschaftstätigkeit der Allgemeinheit nicht mehr dienlich ist und eine gemeinwohldienliche Erfüllung durch Dritte verhindert. Hierbei handelt es sich aber nicht um die Anerkennung einer Subsidiarität, sondern die Beantwortung der Frage, ob dem Gemeinwohl gedient wird oder nicht. Eine solche Grenze festzulegen erweist sich zudem als äußerst schwierig, da sich die Gemeinwohldienlichkeit nicht nur an messbaren Wirtschaftlichkeitsgrundsätzen festmachen lässt.[1288]

Der Gemeinwohlbezug kommunaler Wirtschaftstätigkeit entfällt daher nicht, wenn private Dritte diesen genauso gut erfüllen können. Aus dem Gemeinwohlprinzip ließe sich im Falle der Bessererfüllung durch Private lediglich eine sehr hohe Subsidiaritätsschwelle festmachen, die einer gesonderten Kodifikation aber nicht bedarf, da diese bereits im Wesen des Gemeinwohlprinzips und damit der öffentlichen Zweckbindung enthalten ist. Ein eigener Subsidiaritätsgrundsatz ließe sich nur in Verbindung mit dem öffentlichen Zweckerfordernis herleiten, wenn dieser Grundsatz schon als durch die Verfassung vorgegeben angesehen würde.[1289] Wenn dies richtigerweise aber verneint wird, lässt sich aus der verfassungsrechtlichen öffentlichen Zweckbindung kein selbstständiger Subsidiaritätsgrundsatz ableiten. Möglich wäre höchstens eine Verschärfung der Anwendung der öffentlichen Zweckbindung im Falle eines Wegfalls der Subsidiaritätsklausel.

[1287] So aber *F.W. Held*, NWVBl. 2000, S. 201 (203).

[1288] Selbst die Kommunalverfassungen der Länder geben bei der Wirtschaftsführung der Unternehmen vor, dass sie „einen Ertrag für den Haushalt der Gemeinde abwerfen [sollen], soweit dadurch die Erfüllung des öffentlichen Zwecks nicht beeinträchtigt wird.“ (§ 109 Abs. 1 S. 2 GO NRW; § 85 Abs. 3 Hs.2 GO Rh.-Pf.; § 94a Abs. 4 Hs.2 Sächs.GO).

[1289] So *Hösch*, DÖV 2000, S. 398 (403).

(4) Subsidiarität aus dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit

Eine letzte Möglichkeit ist die verfassungsrechtliche Ableitung aus den weiteren (Neben-) Schutzzwecken der Subsidiaritätsklausel wie dem Schutz vor Überforderung der Kommune[1290] und der sparsamen Haushaltsführung.[1291] Obwohl der Schutz der Kommunen vor (finanzieller) Überforderung bereits durch das Gebot der Leistungsfähigkeit aufgegriffen wird, fließt dieser Verfassungsgrundsatz auch in die Subsidiaritätsklausel mit ein.[1292] Ausweislich der Gesetzesbegründungen hat die Subsidiaritätsklausel jedoch den primären Zweck der Begrenzung kommunaler Wirtschaftstätigkeit im Verhältnis zu privaten Dritten.[1293] Der Schutz der Kommune (vor sich selbst) ist ein weiterer in der Subsidiaritätsklausel enthaltener Grundsatz, der aber nachrangig zu verstehen ist und überdies bereits in dem Gebot der Leistungsfähigkeit vollständig enthalten ist. Dieser Grundsatz reicht daher ebenfalls nicht aus, um die verfassungsrechtliche Notwendigkeit einer Subsidiaritätsklausel zu begründen.

(5) Zulässigkeit einer strengen Subsidiaritätsklausel?

An dieser Stelle sei noch die entgegensetze Fragestellung aufgeworfen: Inwieweit ist die Begrenzung der Gemeindewirtschaft durch das Subsidiaritätsgebot in Hinblick auf Art. 28 Abs. 2 GG zulässig? Schließlich handelt es sich hierbei um eine Beschränkung der gemeindlichen Allzuständigkeit.

Grundlegend für die Beantwortung dieser Fragestellung ist ein Urteil des rheinland-pfälzischen Verfassungsgerichtshofs aus dem Jahr 2000.[1294] Rheinland-pfälzische Kommunen klagten gegen die Einführung einer echten Subsidiaritätsklausel, die nach ihrem Dafürhalten das Selbstverwaltungsrecht der Kommunen gemäß Art. 28 Abs. 2 GG bzw. Art. 49 RhPfVerf. verletzt. Der Verfassungsgerichtshof hat diesen Bedenken eine Absage erteilt. Es handele sich bei der Neufassung von § 85 Abs. 1 Nr. 3 Rh.-Pf. GO zwar um einen Eingriff in die verfassungsrechtlich geschützte Selbstverwaltungsgarantie, der aber als rechtmäßig zu qualifizieren sei. Aufgaben der Daseinsvorsorge seien zwar dem Kernbereich kommunaler Selbstverwaltung zuzuordnen, dieser Bereich habe trotz der Einführung der strengen Subsidiaritätsklausel aber Bestand. Die Bedingung, dass ein privater Dritter die Aufgaben ebenso gut und ebenso wirtschaftlich erfüllen kann, beinhaltet die Kriterien der Wirtschaftlichkeit und der Güte der Leistung.[1295] Wo sich die Wirtschaftlichkeit verhältnismäßig objektiv wird ermitteln lassen, ist die

---

1290 *Rh-Pf.VerfGH* DVBl. 2000, S. 992 (996).

1291 So z. B. in § 91 Abs. 3 S. 1 BdbgKVerf.

1292 *Rh-Pf.VerfGH* DVBl. 2000, S. 992 (996); *Nierhaus*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 40 Rn. 34.

1293 Z. B. LT-Drs. Rh.Pf. 13/2306 Amtliche Begründung zu § 85 GemO, S. 29; Für Niedersachsen Innenminister Niedersachsen, Nds. Landtag, 15, Wahlperiode, Protokoll 73. Plenarsitzung am 09.11.2007, S. 8337; *Wefelmeier*, in: Blum u.a., § 136 NKomVG, Rn. 36 m.w.N.

1294 *Rh-Pf.VerfGH* NVwZ 2000, S. 801 ff.

1295 Rh-Pf.VerfGH NVwZ 2000, S. 801 (803); *Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. C Rn. 144.

Güte der Leistung an auslegungsbedürftige Parameter wie Dauerhaftigkeit, Nachhaltig und Zuverlässigkeit gekoppelt.[1296] Bei diesen Kriterien hat die Gemeinde einen weiten Beurteilungsspielraum, der auch von der Gerichtsbarkeit nicht durch eigene Erwägungen ersetzt werden kann, so dass den Kommunen nach Ansicht des Verfassungsgerichtshofs aufgrund des weiten Beurteilungsspielraums die dem Kernbereich zugeordnete Aufgabenerfüllung durch die neue Subsidiaritätsklausel nicht verwehrt wird. Ein Eingriff in den Randbereich des von Art. 28 Abs. 2 GG geschützten Bereichs wurde durch den Verfassungsgerichtshof hingegen bejaht, dieser aber als verhältnismäßig betrachtet.[1297] Art. 28 Abs. 2 GG beinhalte zwar in erster Linie ein Aufgabenverteilungsprinzip zwischen der Gemeinde und höherrangigen Staatsebenen, das bedeute aber nicht, dass der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Verhältnisses der Kommune zu Privaten frei von verfassungsrechtlichen Bindungen sei. Eingriffe seien nur durch Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt, wobei wiederum der Landesgesetzgeber einen weiten Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Bestimmung von sachgerechten Erwägungen innehabe.[1298] Der Schutz der Privatwirtschaft sowie der Schutz der Kommunen vor unvertretbaren wirtschaftlichen Risiken wurden durch das Gericht als legitime Zwecke angesehen.[1299] Ebenso wurde die Neufassung des § 85 Abs. 1 Nr. 3 Rh.-Pf. GO als von sachgerechten Erwägungen getragen und geeignet eingeordnet, um die benannten Ziele zu erreichen.[1300] Diese sind auch nicht unverhältnismäßig, da die Kommunen dadurch nicht komplett aus dem Wettbewerb gedrängt werden.[1301]

Die einfachgesetzlichen Subsidiaritätsklauseln halten einer verfassungsrechtlichen Überprüfung an Art. 28 Abs. 2 GG somit stand. Die durchgeführte Untersuchung zeigt auf der anderen Seite ebenso, dass es sich bei diesen Subsidiaritätsklauseln auch um keine verfassungsrechtlich determinierten Regelungen, sondern um eine legitime politische Entscheidung zu Gunsten der Privatwirtschaft handelt.

(6) Gestaltungsspielraum

Aufgrund des relativ schwachen Bezugs der Subsidiaritätsklauseln zur Verfassung, sind an dieser Stelle mögliche Grenzziehungen und Gestaltungsspielräume interessant.

Das Land Brandenburg hat bereits ein Extrem verwirklicht, indem es die Subsidiaritätsklausel zumindest in der klassischen Form aus der Kommunalverfassung

---

[1296] Rh-Pf.VerfGH NVwZ 2000, S. 801 (803); *Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. C Rn. 148; *Lange*, Kommunalrecht, Kap. 14, Rn. 110.

[1297] Rh-Pf.VerfGH NVwZ 2000, S. 801 (804).

[1298] Rh-Pf.VerfGH NVwZ 2000, S. 801 (804).

[1299] Rh-Pf.VerfGH NVwZ 2000, S. 801 (804).

[1300] Rh-Pf.VerfGH NVwZ 2000, S. 801 (804).

[1301] Rh-Pf.VerfGH NVwZ 2000, S. 801 (804); *Nierhaus*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 40, Rn. 33.

gestrichen hat.[1302] In § 91 Abs. 3 S. 1 BdgKVerf wird jedoch Bezug darauf genommen, dass Leistungen, die durch Private wirtschaftlicher erbracht werden, diesen auch übertragen werden sollen. Diese Regelung beinhaltet trotz veränderten Wortlauts eine gewisse Subsidiaritätsregelung kommunaler Wirtschaftstätigkeit.[1303] Sowohl die Formulierung als auch die Intention des Gesetzgebers[1304] unterscheiden sich aber von den sonst verwandten Subsidiaritätsregelungen. Zum einen handelt es sich hierbei allein aufgrund der weicheren Formulierungen „die Gemeinde hat dafür zu sorgen" um eine andere Art der Aufgabenteilung zwischen Gemeinde und Privaten. Die Gemeinde hat hierbei qua Gesetz die Entscheidungsgewalt über die Frage kommunaler oder privater Aufgabenerledigung zugewiesen bekommen.[1305] Sicherlich wird sich hierbei im Ergebnis keine signifikante Abweichung zu dem grundsätzlich eingeräumten Beurteilungsspielraum der Kommunen ergeben, trotzdem wertet der Landesgesetzgeber durch die gesetzliche Zuweisung die Stellung der Kommunen eindeutig auf. Zum anderen liegt der Schutzzweck ausweislich des Gesetzestextes in der Wahrung der sparsamen Haushaltsführung. Es wird also nicht auf eine generelle Subordination gegenüber privaten Anbietern abgestellt, sondern korrespondierend zu § 91 Abs. 1 BdbgKVerf allein der Schutz der Gemeinden vor finanzieller Überforderung bezweckt.[1306] Diese ausdrückliche Erwähnung des auf die kommunale Haushaltswirtschaft gerichteten Gesetzeszweckes dürfte überdies ein subjektives Recht und damit die Möglichkeit eines Drittschutzes für Private ausschließen.[1307] Dieser kategorische Ausschluss des Rechtsschutzes Privater könnte jedoch ein verfassungsrechtliches Problem nach sich ziehen. Gerade in Hinblick auf § 93 Abs. 3 S. 3 BdbgKVerf, der der Gemeinde das Recht gibt auch dann wirtschaftlich tätig zu werden, wenn sie zwar unwirtschaftlicher ist, sie ein Tätigwerden aber für erforderlich hält, könnte der Landesgesetzgeber den Kommunen einen zu großen Entscheidungsspielraum ohne Überprüfungsmöglichkeit zugestanden haben. An dieser Stelle ist ein Rekurs zu der bereits angesprochenen Verbindung zwischen öffentlichem Zweck und Subsidiarität zu nehmen. Eine unwirtschaftlichere Zweckerfüllung durch die Kommune bedeutet noch kein gemeinschädliches Verhal-

[1302] Zumindest war es das Ziel des Gesetzgebers diese aus der Kommunalordnung zu streichen, was aufgrund der Regelungen des § 91 Abs. 3 BdbgKVerf im Ergebnis nicht ganz gelungen ist, Brandenburg LT-Drs. 5/3023 vom 01.04.2011, Gesetzesentwurf zur Stärkung der kommunalen Daseinsvorsorge, S. 15.

[1303] So auch *Pogoda*, LKV 2012, S. 159 (160).

[1304] Noch in der vorhergehenden Novellierung am 18.12.2007 wurde die Subsidiaritätsklausel in ihrer strengen Form als „Privatisierungshilfe" belassen, vgl. Brandenburg LT-Drs. 4/5056 vom 31.08.2007, Gesetzesentwurf - Gesetz zur Reform der Kommunalverfassung und zur Einführung der Direktwahl der Landräte sowie zur Änderung sonstiger kommunalrechtlicher Vorschriften (Kommunalrechtsreformgesetz -KommRRefG), S. 122.

[1305] Brandenburg LT-Drs. 5/3023, S. 16.

[1306] Was sich dann auch wieder mit der eigentlichen Intention des Gesetzgebers deckt die Subsidiaritätsklausel abzuschaffen, vgl. LT-Drs. 5/3023, S. 15.

[1307] So auch Brandenburg LT.-Drs. 5/3023, S. 12.

ten.[1308] Die Erfüllung des öffentlichen Zwecks beinhaltet neben der Wirtschaftlichkeit auch Parameter wie die Güte, Nachhaltigkeit, soziale Preisgestaltung oder Umweltverträglichkeit der Leistung.[1309] Wenn die Gemeinde diese Kriterien bei unwirtschaftlicherer Tätigkeit aus ihrer Sicht besser bedient, fördert sie weiter das Gemeinwohl und ist folglich verfassungsrechtlich legitimiert. Erst wenn die Tätigkeit der Gemeinde dem *öffentlichen Zweck* im Vergleich zur Privaten zuwiderläuft, entfällt die Legitimation durch das Gemeinwohl und eine Verfassungswidrigkeit ist indiziert. § 93 Abs. 3 S. 3 BbgKVerf. stellt aber gerade nur auf die Wirtschaftlichkeit der Erfüllung ab, so dass die Norm mit der hier vertretenen Auslegung weiterhin verfassungsgemäß ist. Dies unter der Prämisse, dass eine Schlechterfüllung des öffentlichen Zwecks und einer daraus folgenden gemeinschädlichen Tätigkeit die verfassungsrechtliche Legitimation der kommunalen Wirtschaftstätigkeit entfällt.

An dieser, zugegebenermaßen schwer zu definierenden Schwelle, ist auch ganz allgemein eine Grenze zwischen verfassungsrechtlich zulässiger und verfassungswidriger Subsidiarität zu ziehen. Zusammenfassend entfällt durch eine unwirtschaftlichere Aufgabenerledigung der Kommunen der öffentliche Zweck nicht und einhergehend auch nicht die verfassungsrechtliche Legitimation durch das Gemeinwohl. Wenn die Zweckerfüllung im Ganzen durch die Kommune jedoch schlechter erbracht wird als durch Private, entfällt die verfassungsrechtliche Legitimation durch das Gemeinwohl und die kommunale Wirtschaftstätigkeit entzieht sich einer Grundlage. Aufgrund dessen ist auch der teilweise vertretenen Meinung, dass die Ausnahmen der Subsidiaritätsklauseln im Bereich der Daseinsvorsorge[1310] verfassungswidrig seien[1311], entgegenzutreten. Da eine verfassungsrechtliche Subsidiarität nicht geboten ist, sind die fast in jeder Gemeindeordnung verankerten Ausnahmen für Tätigkeiten der Daseinsvorsorge verfassungsrechtlich unbedenklich. Den Bezug zum Gemeinwohl festigen die Gemeindeordnungen, indem sie eine Ausnahme machen, wenn die Bereiche der kommunalen Daseinsvorsorge betroffen sind.[1312] Eine Grenze ist erst bei der gemeinschädlichen Handlung und damit dem Wegfall der Legitimationsgrundlage zu ziehen. Diese Problematik ist aber grundsätzlich bereits bei der öffentlichen Zweckbindung zu thematisieren und nicht im Bereich einer Subsidiaritätsklausel, so dass eine restlose Streichung einfachgesetzlicher Subsidiaritätsklauseln verfassungsrechtlich unbedenklich wäre und diese auch nicht durch übergeordnetes Verfassungsrecht ersetzt würden. Die fehlende Überprüfbarkeit der öffentlichen Zweckbindung aufgrund der Einschät-

---

1308 So aber *Ehlers*, NWVBl. 2000, S. 1 (4).

1309 *Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. C Rn. 108; *Zabel*, in: Bennemann u.a., § 121 Hess.GO, Rn. 20.

1310 § 136 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 NKomVG, § 107 a GONRW; Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 Bay. GO.

1311 *Ehlers*, NWVBl. 2000, S. 1 (4); a.A: *Wolff*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 5, Rn. 40.

1312 Vgl. § 107a Abs. 1 GONRW; § 136 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 NKomVG; dazu *Wolff*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 5, Rn. 41.

zungsprärogative der Gemeinden und die Regelung des § 91 Abs. 3 S. 3 BbgKVerf sind jedoch auch aus verfassungsrechtlicher Sicht bedenklich. Hierzu folgen unter Abschnitt G) III) weitere Ausführungen.

Wie bereits festgestellt, eröffnet die wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes in die andere Richtung blickend die Möglichkeit eine strenge oder echte Subsidiaritätsklausel einzuführen. Ein komplettes Verbot staatlicher Wirtschaftstätigkeit wäre mit Ausnahme kommunaler Tätigkeit und der in der Verfassung statuierten Ausnahmen theoretisch sogar denkbar. Dies würde jedoch mit der staatlichen Gewährleistungspflicht konfligieren, die dem Staat eine Auffangfunktion in Hinblick auf die Aufgabenerfüllung zuweist[1313], so dass diese Überlegung wohl wenig praktische Relevanz hat. Bezugnehmend auf die kommunale Selbstverwaltungsgarantie würde ein komplettes Verbot kommunaler Wirtschaftstätigkeit den überkommenen Tätigkeitsbereich der Gemeinden in ihrem Kernbereich verletzen. Ein striktes Verbot historisch gewachsener Aufgaben wäre verfassungswidrig. Eine sektorale Verbotsregelung wäre hingegen nicht per se verboten. So wie in allen Bundesländern den Kommunen der Betrieb von Banken zum Schutz vor den besonderen Risiken des Bankgeschäfts verboten ist[1314], ließen sich unter Umständen aufgrund überragender anderer Schutzwecke auch weitere Wirtschaftsbereiche ausschließen. Eine Aufzählung hypothetischer Verbotsmöglichkeiten verbietet sich an dieser Stelle aufgrund der Vielgestaltigkeit möglicher Sachverhalte und der alleinigen Kompetenz des Gesetzgebers. Sicher lässt sich aber sagen, dass ein Verbot der Betätigung im Bereich der Energieversorgung als einem der historisch gewachsenen Aufgabe der Daseinsvorsorge hingegen einen massiven Eingriff bedeuten würde, der kaum zu rechtfertigen wäre.

Näherungsweise ließe sich diese Erkenntnis auch auf die Einführung einer noch strengeren Subsidiaritätsklausel übertragen. Die Rechtsprechung hat deutlich gemacht, dass den Kommunen auch im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung ein ausreichender den Kernbereich des Selbstverwaltungsrechts wahrender Handlungsspielraum verbleiben muss.[1315] Dies gilt insbesondere für den Bereich der Daseinsvorsorge, wobei davon kein festgeschriebener Aufgabenkatalog umfasst ist.[1316] Ebenso ist den Kommunen aus Art. 28 Abs. 2 Satz 3 GG das Recht auf aufgabengerechte Finanzausstattung garantiert, welches ebenfalls gemeindewirt-

---

1313 *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof, HStR IV, § 71, Rn. 123; *Heintzen*, VVDStRL 62 (2003), S. 220 (237ff.).

1314 *Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, Kap. C Rn. 80; *Wefelmeier*, in: Blum u.a., § 136 NKomVG, Rn. 84.

1315 Rh.-PfVerfGH NVwZ 2000, S. 801 ff.; SächsVerfGH LKV 2005, 499 (500).

1316 BVerfGE 11, 266 (274); 79, 127 (152); Rh.-PfVerfGH DVBl. 2000, S. 992 f.; *Stern/Püttner*, Die Gemeindewirtschaft, Recht und Realität, S. 143; *Stern*, Die Reform des gemeindlichen Wirtschaftsrechts in Nordrhein-Westfalen im Lichte der verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie, in: Festschrift für Detlef Merten, S. 293 (295); *Schwarz*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, Art. 28 GG, Rn. 207f.

schaftliche Tätigkeiten als Einnahmequelle einschließt.[1317] Der dafür notwendige Handlungsspielraum sei noch gewahrt, wenn der Gemeinde die wirtschaftliche Tätigkeit erlaubt sei, sofern sie die Aufgabe besser als der private Mitbewerber erfülle, da sie so nicht komplett aus dem Wettbewerb gedrängt würde.[1318] Entscheidend ist an dieser Stelle die ausdrückliche Bekräftigung des Beurteilungsspielraums der Kommunen. Ohne eine Einschätzungsprärogative träfe die Kommunen eine strenge Subsidiaritätsklausel mit noch höherer Intensität, was eine wirtschaftliche Betätigung in angemessenem Umfang im Ergebnis erschweren würde und daher eines erhöhten Rechtfertigungsaufwands bedürfte. Denn ohne das Zugeständnis des eigenen Beurteilungsspielraums, wird es für Gemeinden ungleich schwerer darzulegen[1319], warum sie den öffentlichen Zweck besser erfüllen können. Das liegt zu einem wesentlichen Teil daran, dass die Kommunen durch ihren Beurteilungsspielraum auch die Kriterien für einen Vergleich nach eigenen Zweckmäßigkeitserwägungen gewichten können.[1320] Dieses Recht wird den Gemeinden nach wohl vorherrschender Ansicht einerseits deswegen zuerkannt, weil nur sie über die notwendigen Kenntnisse über die örtliche Wirtschaftsverhältnisse verfügen[1321], es leitet sich andererseits aber auch aus der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG, genauer der Allzuständigkeit der Kommunen für die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, ab.[1322] Ein Versagen des Beurteilungsspielraums würde demnach auch aufgrund des Schutzes des Art. 28 Abs. 2 GG einen stärkeren Eingriff in das kommunale Selbstverwaltungsrecht bedeuten. Diese Argumentationslinie ist bei einer Neubestimmung des kommunalen Beurteilungsspielraums zu beachten.[1323]

Ebenso würde eine derart gestaltete Subsidiaritätsklausel, die den Kommunen nur die unwirtschaftlichen Aufgabenbereiche überließe, sowohl den wirtschaftlichen Handlungsspielraum als auch die Garantie aufgabenangemessener Finanzausstattung aus Art. 28 Abs. 2 GG verletzen.[1324] Eine solch restriktive Bestimmung würde eine Querfinanzierung defizitärer aber notwendiger kommunaler

---

1317 *Nierhaus*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd. 2, § 40 Rn. 30; *Stern*, Die Reform des gemeindlichen Wirtschaftsrechts in Nordrhein-Westfalen im Lichte der verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie, in: Festschrift für Detlef Merten, S. 293 (296).

1318 Rh.-PfVerfGH NVwZ 2000, S. 801 (804).

1319 Die Darlegungslast für eine bessere Zweckerfüllung trifft die Kommunen aber schon nach der jetzigen Regelung; *Wefelmeier*, in: Blum u.a., § 136 NKomVG, Rn. 42; *Erdmann*, in: Ipsen, § 136 NKomVG, Rn. 17.

1320 *Wefelmeier*, in: Blum u.a., § 136 NKomVG, Rn. 42.

1321 Niedersachsen LT-Drs. 15/1680 vom 15.02.2005, Entwurf – Gesetz zur Neuordnung des Gemeindehaushaltsrechts und zur Änderung gemeindewirtschaftlicher Vorschriften, S. 38; *Ehlers*, DVBl. 1998, S. 497 (502); *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 (137).

1322 So hinsichtlich der Vergabe von Verteilernetzen: *Theobald*, in: Danner/Theobald, Energierecht, § 46 EnWG, Rn. 120.

1323 Siehe Punkt G. III).

1324 Vgl. *Stern*, Die Reform des gemeindlichen Wirtschaftsrechts in Nordrhein-Westfalen im Lichte der verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie, in: Festschrift für Detlef Merten, S. 293 (294).

Einrichtungen unmöglich machen, was ebenfalls die Aufgabenwahrnehmung der Gemeinden unzulässig verkürzt.[1325]

dd) Demokratieprinzip und Ingerenzpflichten

Die kommunalrechtlich ausgeprägten Ingerenzpflichten in Form von Steuerungs- und Einflussmechanismen haben ihre verfassungsrechtliche Verortung im Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG sowie dem Rechtsstaatsprinzip gemäß Art. 20 Abs. 3 GG[1326] und trifft dem Homogenitätsprinzip des Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG folgend auch die Kommunen. Den Anforderungen des Demokratieprinzips entsprechend muss alles staatliche Handeln zumindest mittelbar auf das Volk als Staatsträger zurückzuführen sein (Legitimationssubjekt).[1327] Ein solches Legitimationsbedürfnis gilt neben der hoheitlichen Tätigkeit auch für die wirtschaftliche Betätigung des Staates „als staatlichem Handeln mit Entscheidungscharakter".[1328] Dies gilt zudem unabhängig von der gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltung des konkreten kommunalen Unternehmens als legitimationsbedürftigem Objekt.[1329]

Die Einflussnahme des Staatsvolks lässt sich nach staatsrechtlicher Auffassung durch verschiedene Ebenen umsetzen: Hierbei ist zwischen der institutionellen und funktionellen, organisatorisch-personellen und sachlich-inhaltlichen demokratischen Legitimation zu unterscheiden.[1330] Die institutionelle demokratische Wirkung leitet sich aus der Institutionalisierung der drei Staatsgewalten durch den Verfassungsgeber ab.[1331] Die funktionelle Legitimation betrifft dabei die Ausgestaltung der staatlichen Hoheit durch die Zuweisung von Funktionen.[1332] Die organisatorisch-personelle Legitimation wird durch die Wahrnehmung der staatlichen Aufgabe durch einen in Wahlen legitimierten und so unmittelbar auf den Volkswillen rückführbaren Amtsträger bewirkt.[1333] Sachlich-inhaltlich legitimiert ist das Handeln des Amtswalters, wenn es mit den von einem mit personell-organisatorisch legitimierten Amtsträgern besetzten Parlament erlassenen Geset-

---

1325 Rh.-PfVerfGH NVwZ 2000, 801ff.; *Stern*, Die Reform des gemeindlichen Wirtschaftsrechts in Nordrhein-Westfalen im Lichte der verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie, in: Festschrift für Detlef Merten, S. 293 (294); *Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. C, Rn. 145.

1326 Siehe hierzu: *Spannowsky*, ZGR 1996, S. 400 (413); *Huffmann*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 51 Rn. 17; vgl. *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 85.

1327 Umfassend *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof, HStR II, § 24 Rn. 11.

1328 BVerfGE 83, 66 (73); 93, 37 (68); 107, 59 (87).

1329 BVerfGE 83, 60 (74); *Schmidt-Aßmann*, AöR 116 (1991), S. 329 (346); *Sommermann*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, Art. 20 GG, Rn. 146.

1330 Diese Aufzählung nach *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof, HStR II, § 24.

1331 *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof, HStR II, § 24 Rn. 15.

1332 *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen in Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip, S. 29; *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof, HStR II, § 24 Rn. 11.

1333 BVerfGE 119, 331 (336); *Jaestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 267ff.; *Sommermann*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, Art. 20 GG, Rn. 164.

zesvorgaben im Einklang steht.[1334] Diese verschiedenen Legitimationsebenen müssen dabei zusammenwirken.[1335]

Bei kommunalen Unternehmen bedeutet dies konkret, dass die exekutiven Amtsträger somit in persona Einfluss auf den Betrieb des Unternehmens nehmen müssen und sie eine Verantwortung für die Einhaltung des gesetzlichen Rahmens tragen.[1336] Dabei müssen sie zwar nicht jede Entscheidung selber fällen, aber in allen wichtigen Fragen eine Letztentscheidungskompetenz innehaben und für diese Verantwortung tragen.[1337] Im Gegensatz zu sonstigen staatlichen Organen und Amtswaltern, muss diese Legitimation sich gemäß Art 28 Abs. 2 S. 1 GG auch unmittelbar personell ableiten lassen.[1338]

Diese aus dem Demokratieprinzip abgeleiteten Pflichten sind indisponibel und bei der Errichtung und dem Betrieb jeden Unternehmens zu beachten. Die genaue Ausgestaltung der Wahrnehmung dieser Pflichten ergibt sich nicht aus der Verfassung und bleibt dem Landesgesetzgeber überlassen; die ununterbrochene Legitimationskette ist dabei aber zwingend und mit effektiven Mitteln einzuhalten.[1339]

ee) Örtlichkeitsprinzip

(1) Verfassungsrechtliche Vorgaben

Die Frage der Zulässigkeit überörtlicher Wirtschaftstätigkeit ist wohl eine der umstrittensten im Bereich des kommunalen Wirtschaftsrechts, insbesondere bei der Energieversorgung und den damit zusammenhängenden Expansionsklauseln.

Verfassungsrechtlich eindeutig ist die Kompetenzzuweisung des Art. 28 Abs. 2 GG insoweit, als dass die Gemeinde alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft – sprich auf ihrem Hoheitsgebiet – eigenverantwortlich regeln kann. Hinsichtlich der Frage der Zulässigkeit überörtlicher Betätigung gemäß Art. 28 Abs. 2 GG kann nach oben verwiesen werden.[1340] Neben der Feststellung, dass Art. 28 Abs. 2 GG sowohl eine kompetenzzuweisende als auch kompetenzbegrenzende Verfassungsnorm ist, sollen an dieser Stelle weitere Einflüsse bzw. Grenzziehungen der Verfassung hinsichtlich überörtlicher Betätigung geprüft werden.

1334 *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof, HStR II, § 24, Rn. 21; *Becker*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 50 Rn. 40.

1335 *Jaestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 281ff.; *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof, HStR II, § 24, Rn. 23.

1336 Vgl. *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 67.

1337 *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 67; *Huffmann*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 51 Rn. 17.

1338 BVerfGE 77, 1 (40); 83, 60 (72); 93, 37 (67).

1339 *Spannowsky*, ZGR 1996, S. 400 (424ff.); vgl. auch *Sommermann*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, Art. 20 GG, Rn. 165; *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 67.

1340 Siehe oben Punkt F. I) 5).

Insbesondere das Demokratieprinzip könnte der wirtschaftlichen Betätigung extra muros eine verfassungsrechtliche Grenze ziehen.[1341] Die grundlegende Prämisse, dass alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht, gilt gemäß Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG auch für die Gemeinden. Kommunen unterliegen somit den gleichen legitimatorischen Anforderungen wie auch die sonstigen Träger unmittelbarer Staatsgewalt.[1342] Die demokratische Legitimation der Gemeinden beruht dabei zu einem wesentlichen Teil auf den Gemeindeeinwohnern und leitet sich nur sekundär aus der Verbindung zu übergeordneten weisungsbefugten staatlichen Stellen ab.[1343] Die in dem vorhergehenden Abschnitt genannten Legitimationsanforderungen, sind demnach auch bei der Tätigkeit extra muros von Relevanz.

Für die „exportierende" Gemeinde macht es aus legitimatorischer Sicht keinen Unterschied, ob die Unternehmung auf ihrem eigenen Hoheitsgebiet oder einem anderen ausgeführt wird, solange die maßgebliche Einflussnahme auf das Unternehmen gewährleistet bleibt.[1344] Entscheidend ist ausschließlich die Möglichkeit der Steuerung des Unternehmens und die Aufrechterhaltung der Legitimationskette[1345], unabhängig von dem Standort der Unternehmung. Durch Kommunalwahlen sind die Gemeinderatsmitglieder als Vertreter der Kommune in den Aufsichtsräten der Unternehmen organisatorisch-personell demokratisch legitimiert.[1346] Diese Legitimation bleibt auch aufrechterhalten, wenn sich die Unternehmen ihren Geschäftsbereich über die Gemeindegrenzen hinweg ausdehnen. Anders hingegen könnte es sich für die „importierende" Gemeinde verhalten, da sie eben gerade keinen direkten Einfluss auf die Handlungen der Unternehmung hat. Aber auch die importierende Gemeinde ist in der Lage eine Legitimationskette aufrecht zu erhalten, sofern sie die Entscheidungsgewalt über das „ob" der wirtschaftlichen Betätigung in ihrer Gemeinde durch fremde Gemeinden in Form von ausdrücklichen Beschlüssen, dem Einkauf der Leistung oder der schlichten Duldung der invasiven Tätigkeit der exportierenden Kommune behält.[1347] Diese Entscheidungen der legitimierten Vertreter der Kommune lassen sich auf den Souverän der importierenden Gemeinde zurückführen, so dass eine ununterbrochene demokratische Legitimation gewährleistet ist. Ein Legitimationsdefizit besteht nur im Verhältnis der exportierenden zu der importierenden Gemeinde, da die exportierende

---

1341 *Nierhaus*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd. 1, § 40 Rn. 44; *Löwer*, VVDStRL 60 (2001), S. 416 (437f.); *Mann*, JZ 2002, S. 819 (825).

1342 *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof, HStR II, § 24, Rn. 32; *Brosius-Gersdorf*, AöR 130 (2005), S. 393 (423).

1343 *Heilshorn*, VerwArch 96 (2005), S. 88 (94); *Schmidt-Aßmann*, AöR 116 (1991), S. 329 (359f.); *Löwer*, VVDStRL 60 (2001), S. 416 (437).

1344 *Brosius-Gersdorf*, AöR 130 (2005), S. 393 (429f.); skeptisch *Heilshorn*, VerwArch 96 (2005), S. 88 (95).

1345 Vgl. *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof, HStR II, § 24, Rn. 16; vgl. *Herzog*, Allgemeine Staatslehre, S. 210.

1346 Vgl. *Attendorn/Schweitzer*, NWVBl. 2013, S. 13 (16); *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof, HStR II, § 24, Rn. 16.

1347 *Brosius-Gersdorf*, AöR 130 (2005), S. 393 (435).

Gemeinde keinerlei direkte legitimationsbegründende Verbindungen zu dem Gemeindevolk der Zielgemeinde aufweisen kann.[1348] Weder in organisatorisch-personeller, noch in sachlich-inhaltlicher Hinsicht lassen sich zwischen den kommunalen Entscheidungsträgern der exportierenden Gemeinde direkte Zurechnungs- und Verantwortungszusammenhänge zu der Bevölkerung der importierenden Gemeinde herstellen, so dass eine legitimierende Verbindung ausbleibt.[1349] Als – bundesstaatlich gesehen – „Teilvolk" des Staatsvolks der Bundesrepublik, kann das Gemeindevolk seine Vertreter durch Wahlen auch nur in Bezug auf sich selbst, nicht aber auf Bürger außerhalb des Gemeindegebiets legitimieren.[1350] Dieses eindeutig vorhandene Demokratiedefizit führt aber nicht unweigerlich zur Verfassungswidrigkeit überörtlicher Wirtschaftsbetätigung. Eine Vielzahl von Verfassungsgütern wie beispielsweise die fehlende Leistungsfähigkeit der Zielkommune oder Gemeinwohlbelange können dieses Defizit im Einzelfall ausgleichen.[1351] So wie auch die Entscheidung der demokratisch legitimierten Vertreter der Zielgemeinde mit ihrer Zustimmung zu der Betätigung der exportierenden Gemeinde die Legitimationskette zumindest zwischen sich und ihrem Gemeindevolk wiederherstellen.[1352] Ohne eine solche Zustimmung oder eine interkommunale Absprache, müssten dann auch hier andere Güter von Verfassungsrang zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung herangezogen werden. Ein die überörtliche wirtschaftliche Betätigung gestattendes Landesgesetz hat aufgrund der weiterhin fehlenden Einflussnahme des betroffenen Gemeindevolks hingegen keine legitimierende Wirkung.[1353]

(2) Verfassungsmäßigkeit von „Expansionsklauseln" am Beispiel von § 107a Abs. 3 GONRW

Daher schließt sich unter diesem Aspekt sowie der Begrenzungen des Art. 28 Abs. 2 GG die Fragestellung an, ob eine Landesregelung wie exemplarisch § 107a Abs. 3 GONRW[1354] mit den hier aufgestellten Grundsätzen vereinbar ist. Als eine der

---

[1348] *Brosius-Gersdorf*, AöR 130 (2005), S 293 (432); *Heilsborn*, VerwArch 96 (2005), S. 88 (92); *Attendorn/Schweitzer*, NWVBl. 2013, S. 13 (16).

[1349] *Brosius-Gersdorf*, AöR 130 (2005), S 293 (432).

[1350] *Brosius-Gersdorf*, AöR 130 (2005), S 293 (432); *Nierhaus*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 40 Rn. 44; *Löwer*, VVDStRL 60 (2001), S. 416 (437).

[1351] *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof, HStR II, § 24, Rn. 87; *Brosius-Gersdorf*, AöR 130 (2005), S. 393 (437).

[1352] Zu der mittelbar legitimierenden Wirkung einer solchen Zustimmung auch für die exportierende Gemeinde unter Punkt G. II) mehr.

[1353] *Heilsborn*, VerwArch 96 (2005), S. 88 (95); im Ergebnis differenziert auch *Nierhaus/Engels*, in: Sachs, Art. 28 GG Rn. 49.

[1354] „Die Aufnahme einer überörtlichen energiewirtschaftlichen Betätigung ist zulässig, wenn die Voraussetzung des Absatzes 1 vorliegt 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. Die Aufnahme einer energiewirtschaftlichen Betäti-

extensivsten Regelungen gestattet § 107a Abs. 3 GONRW den Kommunen eine überörtliche Tätigkeit im Bereich der Energieversorgung, bis hin zu Tätigkeiten auf ausländischen Märkten.[1355] Eine örtliche Beschränkung lässt sich hieran nur noch schwerlich ausmachen. Wie bereits festgestellt, ist eine überörtliche Betätigung zwar nicht per se verboten. Sie ist aber auch nicht mehr von der Verbandskompetenz des Art. 28 Abs. 2 GG erfasst, sondern bedarf einer einfachgesetzlichen Ermächtigung.[1356] An dieser Stelle wird die Frage aufgeworfen, ob diese einfachgesetzlichen Grundlagen des Landesgesetzgebers mit den Vorgaben der Verfassung vereinbar sind. Die ausschlaggebenden Problemfelder zeigen sich in erster Linie bei dem zumindest mittelbar geforderten Örtlichkeitsbezug, den durch Art. 28 Abs. 2 GG geschützten Belangen der Zielkommunen, der Frage der demokratischen Legitimation und dem öffentlichen Zweck.

(a) Schutzwürdige Interessen der Zielkommune aus Art. 28 Abs. 2 GG

Zunächst könnte in der Öffnungsklausel ein verfassungswidriger Eingriff in die Selbstverwaltungsgarantie der Zielkommune liegen. Denn Art. 28 Abs. 2 GG ist sowohl kompetenzbegründend als auch kompetenzbegrenzend.[1357] Die Allzuständigkeit einer Gemeinde endet an der Grenze ihres Hoheitsgebiets, da auf deren anderer Seite die Kompetenz der Nachbargemeinde beginnt, die ebenfalls von Art. 28 Abs. 2 GG in ihrem Selbstverwaltungsrecht geschützt ist. Der Landesgesetzgeber hat diese Problematik erkannt und eine entsprechende Rücksichtnahmeregelung aufgenommen. Nach § 107 a Abs. 3 S. 1 GONRW ebenso wie § 107 Abs. 3 S. 1 GONRW ist die überörtliche (energiewirtschaftliche) Betätigung nur zulässig, wenn die berechtigten Interessen der betroffenen kommunalen Gebietskörperschaften gewahrt sind. Den verfassungsrechtlich garantierten Schutzinteressen der Zielkommune wird dadurch grundsätzlich Rechnung getragen. Als berech-

gung auf ausländischen Märkten ist zulässig, wenn die Voraussetzung des Absatzes 1 vorliegt. Die Aufnahme einer solchen Betätigung bedarf der Genehmigung“
Expansionsregelungen, insbesondere für die Energieversorgung, befinden sich mittlerweile in fast allen Kommunalverfassungen. Zu den einzelnen Ausführungen siehe bereits die Aufstellung unter Punkt F. I) 5).

[1355] Diesem Beispiel sind nach langer Zurückhaltung nunmehr in verschiedenen Ausformungen die Länder Niedersachsen (§§ 136 Abs. 1 S. 5 NKomVG); Bayern (Art. 87 Abs. 2 Bay.GO); Baden-Württemberg (§ 102 Abs. 7 GO BW); Saarland (§ 108 Abs. 4 KVSG); Rheinland-Pfalz (§ 85 Abs. 2 GO Rh-Pf.); Thüringen (§ 71 Abs. 5 Thür. GO); Sachsen (§ 94a Abs. 5 Sächs.GO); Brandenburg (§ 91 Abs. 4 BrdgKVerf.); Mecklenburg-Vorpommern (§ 68 Abs. 2 S. 2 GO M-V); Schleswig-Holstein (§ 101 Abs. 2, 101a GO S-H) Hessen (§ 121 Abs. 1a Hess.GO) und Sachsen-Anhalt § 128 Abs. 3 GO LSA). Das Beispiel Nordrhein-Westfalen sei an dieser Stelle aufgrund seiner ausdifferenzierten Regelung und des klaren Auslandsbezugs als geeignetes Beispiel herangezogen. Auf rechtliche Besonderheiten der anderen Kommunalverfassungen wird im Rahmen der Prüfung an geeigneter Stelle eingegangen.

[1356] *Burgi*, in: Dietlein/Burgi/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, S. 264; *Held*, in: Held/Winkel/Wansleben, § 107 GO NRW, Ziff. 3.3.2; *Henneke/Ritgen*, Kommunales Energierecht, S. 89.

[1357] Siehe oben Punkt F. I) 5).

tigte Interessen gelten im Bereich der Energiewirtschaft gemäß Satz 2 jedoch nur solche, die nach den Vorschriften des Energiewirtschaftsgesetzes eine Einschränkung des Wettbewerbs zulassen. Eine solche Regelung erscheint vor dem Hintergrund der Liberalisierung der Energiemärkte nur folgerichtig, verschärft aber die verfassungsrechtliche Problematik, da nunmehr auch ein Tätigwerden gegen den Willen der betroffenen Gemeinden möglich ist.[1358] Die ursprüngliche Intention, den aus Art. 28 Abs. 2 GG abgeleiteten horizontalen Schutz der betroffenen Kommunen gegen die expansive Kommune in die Kommunalverfassung aufzunehmen, wird damit zugunsten der Anpassung an die liberalisierten Energiemärkte durchlöchert.[1359] In der Konsequenz werden Kommunen somit auf eine Stufe mit privaten Konkurrenten gestellt und die Belange des Art. 28 Abs. 2 GG vollkommen außer Acht gelassen. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist diese Egalisierung der kommunalen und privaten Marktteilnehmer problematisch. Denn trotz gleicher Betätigungsfelder sind kommunale und private Unternehmen nicht gleich.[1360] Die Ausnahme, dass nur solche Interessen als berechtigt anzusehen sind, die nach den Vorschriften des Energiewirtschaftsgesetzes eine Beschränkung des Wettbewerbs zulassen, egalisiert diese Unterscheidung aber weitestgehend. Die schon mehrfach dargestellten Besonderheiten kommunaler Unternehmen verlieren im Verhältnis zu der betroffenen Kommune ihre Bedeutung. Sie binden lediglich die expandierende Kommune hinsichtlich ihrer eigenen Legitimation an das öffentliche Zweckerfordernis etc., nehmen aber keine Rücksicht auf die Belange der Zielkommune. Eine solche Rücksichtnahme ist trotz der Liberalisierung des Energiesektors jedoch geboten. Art. 28 Abs. 2 GG beinhaltet ein sowohl vertikales wie auch horizontales Aufgabenverteilungsprinzip, welches auch auf die wirtschaftliche Betätigung anzuwenden ist.[1361] Dieses Aufgabenverteilungsprinzip weist eine grundsätzlich dezentrale Aufgabenzuweisung aus, die den Entzug einer Aufgabe der Kommune mit relevantem örtlichen Charakter nur aus Gründen des Allgemeininteresses gestattet.[1362] Daraus ergibt sich für die Zielkommune eine Art Abwehrrecht gegen ein nicht einvernehmliches Eindringen der exportierenden Gemeinde in das Hoheitsgebiet und das damit einhergehende Selbstverwaltungsrecht der Zielgemeinde.[1363] Eine Aufgabenwahrnehmung der einen Kommune auf dem Hoheitsgebiet der anderen Kommune ist daher nicht ohne weiteres möglich. Ebenfalls spricht das Verbot der Doppelverwaltung gegen eine parallele Aufga-

---

1358 *Held*, in: Held/Winkel/Wansleben, § 107 GO NRW, Ziff. 3.3.1; vgl. *Nierhaus/Engels*, in: Sachs, Art. 28 GG, Rn. 49.

1359 Vgl. hierzu *Kühling*, NJW 2001, S. 177 (180); *Wolff*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 5, Rn. 47.

1360 *Brosius-Gersdorf*, AöR 130 (2005), S. 392 (434).

1361 Siehe bereits Punkt F. IV) 1) b).

1362 BVerfGE 1, 67 (175); 76, 107 (118); 79, 127 (146 ff.); *Brosius-Gersdorf*, AöR 130 (2005), S. 392 (419).

1363 Vgl. *Britz*, NVwZ 2001, S. 380 (385); *Knauff*, VR 2005, S. 145 (147); *Gern*, NJW 2002, S. 2593 (2595); a.A: *Geiger/Aßmann*, DVBl. 2012, S. 1276 (1281).

benwahrnehmung.[1364] Ein sich daraus ergebender „ruinöser Wettbewerb" der Kommunen auf ein und demselben Hoheitsgebiet würde eine Verletzung des Selbstverwaltungsrechts der Zielkommune bedeuten.[1365] Ein solcher Wettbewerb darf auch nicht unter dem Deckmantel privatrechtlich ausgestalteter kommunaler Unternehmen, namentlich einer Stadtwerke GmbH, stattfinden.[1366] Sowohl die Selbstverwaltungsgarantie als auch das kommunale Aufgabenverteilungsprinzip werden durch die Egalisierung der Unterschiede zwischen staatlichen und privaten Unternehmen faktisch nicht mehr berücksichtigt.[1367] Dies stellt einen Eingriff in die kommunale Selbstverwaltungsgarantie der Zielkommune dar. Der Kernbereich des Art. 28 Abs. 2 GG bietet dabei einen unverletzlichen Schutz, der im Bereich der Wirtschaftstätigkeit aber selten zum Tragen kommen wird. Außerhalb dieses Kernbereichs sind einfachgesetzliche Eingriffe, wie die hier besprochene Öffnungsklausel zulässig („im Rahmen der Gesetze"), soweit sie verhältnismäßig sind.[1368] Mangels der expliziten Berücksichtigung der kommunalen Interessen außerhalb der Regelungen des Energiewirtschaftsgesetzes, sind aus der Norm des § 107a Abs. 3 GONRW mit Ausnahme der Beachtung des Wettbewerbsprinzips keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich, die den Eingriff als verhältnismäßig erscheinen lassen können. Die fehlende Rücksichtnahmepflicht der expandierenden Gemeinde durch die Gleichstellung von kommunalen mit privaten Mitbewerbern in § 107a Abs. 3 GONRW verletzt daher den Schutzgehalt des Art. 28 Abs. 2 GG in nicht gerechtfertigter Weise.

Kooperationen zwischen beiden Kommunen würden den Mangel an Selbstbestimmung der betroffenen Kommune aufgrund der ausgeprägteren Mitbestimmung abmildern und somit auch dem verfassungsrechtlichen Gebot der Verhältnismäßigkeit und der Aufgabenverteilung gerecht werden.[1369] Das Gleiche gilt für eine Zustimmung der betroffenen Kommune, die aber (bisher) nicht unbedingt erforderlich ist.[1370] Auf dem Gebiet der interkommunalen Zusammenarbeit ließe sich der Eingriff in das Selbstverwaltungsrecht der Zielkommune verfassungskonform rechtfertigen. Wird die Öffnungsklausel nicht hinsichtlich der Mitbestimmungs- und Rücksichtnahmerechte der Zielkommune verfassungskonform ausgelegt oder ergeben sich in dem konkreten Fall keine Rechtfertigungsgründe von derartigem Gewicht, dass sie gegenüber der Selbstverwaltungsgarantie Vorrang

---

1364 OVG Münster DVBl. 1982, S. 504 (505); *Becker*, DÖV 2000, S. 1032 (1039) m.w.N.

1365 *Held*, in: Held/Winkel/Wansleben, § 107 GONRW, Ziff. 3.3.2; *Brosius-Gersdorf*, AöR 130 (2005), S. 392 (401).

1366 BVerfGE 12, 205 (246).

1367 *Becker*, DÖV 2000, S. 1032 (1038); *Knauff*, VR 2005, S. 145 (146f.); *Attendorn/Schweitzer*, NWVBl. 2013, S. 13 (16).

1368 So zu der gleichen Fragestellung auch *Becker*, DÖV 2000, S. 1032 (1036).

1369 *Gern*, NJW 2002, S. 2593 (2597); *Becker*, DÖV 2000, S. 1032 (1038).

1370 Hierzu: *Lange*, Kommunalrecht, Kap. 14, Rn. 96f. m.w.N. zu beiden Ansichten. Der schleswig-holsteinische Landesgesetzgeber hat mittlerweile ein *Einvernehmen* mit der betroffenen Gemeinde gefordert (§ 101 a Abs. 2 S. 2 GO S-H.) erst bei dem Scheitern eines einvernehmlichen Ergebnisses wird die Kommunalaufsicht *unterrichtet* (§ 101 Abs. 2 S. 3 GO S-H).

beanspruchen können, ist die Anwendung von § 107a Abs. 3 GONRW nicht verfassungsgemäß.[1371]

Bezweifelt werden darf allerdings die Ansicht, dass die Entscheidung einer Kommune die Versorgungsleistung der Privatwirtschaft zu überlassen aufgrund der Einschätzungsprärogative der Gemeinde ebenso schützenswert ist.[1372] Die strukturpolitische Selbstbestimmung der Gemeinde ist unzweifelhaft von Art. 28 Abs. 2 GG erfasst, nur sind in diesem Fall andere Maßstäbe anzulegen. Eine durch eine andere Kommune angebotene Versorgungsleistung würde in erster Linie in Konkurrenz zu den privaten Anbietern treten. Es würde zwar auch in die Entscheidung der betroffenen Kommune eingegriffen die private Wirtschaft zu bevorzugen, dies ist in Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht der Zielgemeinde aber ein weit geringerer Eingriff und durch die wettbewerblichen Direktiven zu rechtfertigen. Auch hierbei ist diesmal in umgekehrter Argumentationsrichtung eine Gleichstellung von Gemeinde und Privatwirtschaft zu verneinen. Bei diesen peripheren Eingriffen hat das Wettbewerbsprinzip Vorrang gegenüber dem Selbstbestimmungsrecht der Gemeinde, so dass sich die privaten Anbieter der Zielkommune im Wettbewerb gegen die expandierende Kommune stellen müssen.

Im Ergebnis wird aufgrund der vagen Vorgaben des § 107a Abs. 3 GONRW eine Einzelfallentscheidung unter Abwägung der jeweiligen Interessen und Verfassungsgüter zu treffen sein. Die Kommunen dürfen sich nicht unbegründet eines unliebsamen Konkurrenten entledigen, sie haben gegen einen kommunalen Wettbewerber aber eben auch mehr Rechte als gegen einen privaten, weil beide trotz gleicher Tätigkeit nach den hier aufgestellten Verfassungsgrundsätzen *nicht* gleich sind.

(b) Öffentliches Zweckerfordernis, Leistungsfähigkeit und Örtliche Radizierung

Ferner könnte § 107a Abs. 3 GONRW dem öffentlichen Zweckerfordernis sowie der örtlichen Radizierung zuwiderlaufen. Ob der geringen Unterschiede der Rechtfertigungsgründe, werden die Erfordernisse der örtlichen Radizierung, der Leistungsfähigkeit und der Befolgung des öffentlichen Zwecks an dieser Stelle zusammen angesprochen.

(aa) Öffentliches Zweckerfordernis und Leistungsfähigkeit

Durch die Bindung an die Vorgaben des § 107 Abs. 1 GONRW ist nunmehr klargestellt, dass sowohl die öffentliche Zweckbindung als auch die Leistungsfähigkeit gewahrt sein müssen, wodurch zwei gewichtige verfassungsrechtliche Vorgaben eingehalten werden. Problematisch ist allerdings die ebenfalls vorhandene Bindung des § 107 a Abs. 3 GONRW an den Absatz 1 dieser Norm, der der Betätigung in den Bereichen der Strom-, Gas- und Wasserversorgung qua Gesetz einen

[1371] Im Ergebnis auch *Brosius-Gersdorf*, AöR 130 (2005), S. 392 (422).
[1372] A.A. *Becker*, DÖV 2000, S. 1032 (1038f.)

öffentlichen Zweck zuspricht, sofern die Leistungsfähigkeit der Gemeinde gewahrt ist. Für die örtliche Betätigung sind hier - wie oben angesprochen[1373] - bereits Zweifel angebracht.[1374] Bei der überörtlichen Betätigung ist die Begründung einer Gemeinwohlbindung in Abgrenzung zu bloßer Gewinnerzielung noch einmal ungleich schwerer. Eine pauschale sektorenspezifische Positivlistung verwehrt die sorgfältige Feststellung des öffentlichen Zwecks im Einzelfall, was das Gebot des Gemeinwohlbezugs weiter entwertet.[1375] Die nordrhein-westfälische Landesregierung begründete den Schritt auch die überörtliche Energieversorgungstätigkeit qua definitonem einem öffentlichen Zweck zuzuordnen damit, dass „die elementare Bedeutung einer gesicherten Versorgung mit Strom, Gas und Wärme zu angemessenen Preisen (…) nicht nur für die Einwohner nordrhein-westfälischer Gemeinden, sondern auch für die Einwohner der Gemeinden anderer Länder und Staaten bestehe"[1376]. Es ist unbestritten, dass die Energieversorgung der Bevölkerung einem öffentlichen Zweck und dem Gemeinwohl dient, trotzdem verkennt der Gesetzgeber an dieser Stelle den Bezugspunkt der Zwecksetzung. Abgestellt wird auf die jeweilige wirtschaftliche Betätigung und damit auf das einzelne Unternehmen. Dies lässt sich auch schon grammatikalisch an dem Anknüpfungspunkt des Gesetzes festmachen, dass die Schrankentrias auf die „Unternehmen" bezieht.[1377] Es ist daher zu prüfen, ob dieses seine Tätigkeit einem öffentlichen Zweck widmet oder nicht. Dass die generelle Betätigung im Feld der Energieversorgung einem öffentlichen Zweck dient, mag hierbei als Indiz dienen, sie ersetzt hingegen nicht die Prüfung, ob das Unternehmen diese Tätigkeit zur reinen Gewinnerzielung oder auch gemeinwohldienlichen Zwecken aufnimmt. Eine durch Gesetz zugewiesene öffentliche Zweckbestimmung genügt dem verfassungsrechtlichen Gemeinwohlerfordernis daher nicht. Trotz des eindeutigen Wortlauts „wirtschaftliche Betätigung in den Bereichen Strom […] dient einem öffentlichen Zweck" kann es sich bei § 107a Abs. 1 GO NRW nach richtiger Ansicht daher nur um eine Vermutungswirkung handeln, die der Kommunalaufsicht eine Prüfung des Gesellschaftszwecks gemäß § 115 GONRW nicht verwehrt.[1378] Unter Zugrundelegung dieser Ansicht, ist das öffentliche Zweckerfordernis von § 107a Abs. 3 GO NRW gewahrt, das Erfordernis der Leistungsfähigkeit in jedem Fall.

(bb) Örtliche Radizierung und Tätigkeit auf ausländischen Märkten

Ebenfalls stellt sich die Frage nach der Einhaltung des Erfordernisses der örtlichen Radizierung. Die Expansionsklauseln zielen ja gerade nicht auf eine Tätigkeit

---

1373 Siehe Punkt F. IV) 3) a) aa)

1374 Vgl. hierzu: *Schwartz*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, Art. 28 GG, Rn. 216ff.; *Lange*, Kommunalrecht, Kap. 14 Rn. 89.

1375 Ebenso *Schwartz*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, Art. 28 GG, Rn. 224.

1376 NRW LT-Drs. 15/867 vom 13.12.2010, Beschlussempfehlung und Bericht – Gesetz zur Revitalisierung des Gemeindewirtschaftsrechts, S. 13.

1377 *Lange*, Kommunalrecht, Kap. 14 Rn. 89.

1378 Vgl. *Held*, in: Held/Winkel/Wansleben, § 107 a GO NRW, Ziff. 2.

auf dem heimischen Markt ab, sondern ermöglichen sogar gegenteilig eine außerhalb des Hoheitsgebietes liegende wirtschaftliche Aktivität. Die Frage nach der Zulässigkeit ausländischer Unternehmensgründungen oder Beteiligungen betritt dabei eine weitere Dimension des örtlichen Zusammenhangs. Ausländischen Investitionen stehen die Belange der Zielkommunen zwar nicht entgegen, womit das größte verfassungsrechtliche Hemmnis wegfällt. Durch die einfachgesetzliche Regelung wird den Kommunen auch eine Grundlage ihrer ausländischen Tätigkeit zur Verfügung gestellt, da die ausländische Wirtschaftstätigkeit offensichtlich nicht von dem Schutzbereich des Art. 28 Abs. 2 GG geschützt ist. Sowohl der inländischen als auch der ausländischen überörtlichen Betätigung ist aber gemein, dass die Aktivitäten nicht innerhalb des Hoheitsgebiets stattfinden. Dies muss dem Örtlichkeitsprinzip aufgrund der institutionellen Interpretation jedoch nicht entgegenstehen.[1379] Anknüpfungspunkt der örtlichen Radizierung kann auch hier nur das Wohl der Einwohner, nicht der territoriale Gebietsbezug sein. Die Rechtmäßigkeit des jeweiligen Projekts ist folglich auf dieses Merkmal hin zu prüfen, was die Regelung des § 107 a Abs. 3 GONRW in Bezug auf die örtliche Radizierung und die ausländischen Tätigkeiten in seiner jetzigen Fassung als verfassungsgemäß erachten lässt. Die Rechtmäßigkeit des jeweiligen Projekts hängt also von der konkreten Rechtfertigung ab.

(cc) Rechtfertigungsansätze

Als Begründung für die Förderung des Wohls der Einwohner durch die Aufnahme einer extraterritorialen Wirtschaftsaktivität werden in der Regel Rentabilitätsgesichtspunkte angeführt. Um eine örtliche Radizierung und einen öffentlichen Zweck darzulegen, verweisen Stadtwerke insbesondere auf die *economies of scale* und den daraus resultierenden Nutzen für die Einwohner der Stammgemeinde.[1380] Durch Wachstum entwickeln sich die Preise insgesamt verbraucherfreundlicher, die Versorgungssicherheit vor Ort kann besser gewährleistet werden, weil die Position des Unternehmens am Markt stabiler ist und die Möglichkeit regenerative Energieträger an profitablen Standorten zu errichten größer wird.[1381] Betriebswirtschaftlich ist diese Aussage unzweifelhaft richtig, es stellt sich nur die Frage, inwieweit dies noch dem öffentlichen Zweckerfordernis und dem Gebot der örtlichen Zurechnung entspricht. Gerade bei ausländischen Tätigkeiten ist umso mehr fraglich, inwieweit damit ein öffentlicher Zweck verfolgt wird bzw. wie begründet wird, dass diese Tätigkeit nicht auf die bloße Gewinnerzielung gerichtet ist.[1382] Überspitzt ließe sich durch die Einführung der Expansionsklauseln eine Analogie

---

1379 *Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, Kap. C, Rn. 179; *Wolff*, DÖV 2011, S. 721 (722); *Henneke/Ritgen*, Kommunales Energierecht, S. 90.

1380 *Becker*, DÖV 2000, S. 1032 (1036).

1381 Vgl. *Wolff*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 5, Rn. 47; *Pielow*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht Einl. E., Rn. 439f.; *Geiger/Aßmann*, DVBl. 2012, S. 1276 (1279); zweifelnd OLG Hamm NJW 1998, S. 3504; *Ehlers*, NWVBl. 2000, S. 1 (6).

1382 *Nierhaus*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 40 Rn. 47; vgl. *Wolff*, DÖV 2011, S. 721 (724f.).

zu der vom Bundesgerichtshof im Rahmen des § 138 BGB entwickelten *Vertragsbruchtheorie* ziehen, indem durch die Schaffung der Rechtsgrundlage die Kommunen und deren Stadtwerke dazu verführt werden, das öffentliche Zweckerfordernis und den Örtlichkeitsbezug mit der Begründung der *economies of scale* zu umgehen. Diese gesamte Problemstellung offenbart das grundlegende Dilemma der Frage der Zulässigkeit und der Grenzen kommunaler Energieerzeugung. In wieweit werden die verfassungsrechtlichen Bindungen kommunaler Wirtschaftstätigkeit durch die Länder bei der Gesetzgebung und die Kommunen bei der Umsetzung überhaupt noch wahrgenommen? Und stehen diese Vorgaben mit der Marktrealität in Einklang? Auf diesen Themenkomplex und die dazugehörige Einschätzung wird unter dem Punkt F) V) noch gesondert eingegangen. An dieser Stelle lässt sich jedoch das Ergebnis festhalten, dass die überörtliche Betätigung nach den anerkannten Auslegungsgrundsätzen, die eine Rentabilitätssteigerung der gemeinwohldienlichen Unternehmen vor Ort ausreichen lassen[1383], den Ansprüchen der örtlichen Radizierung und der Zweckbindung genügen.

(c) Demokratische Legitimation und Kompetenz des Landesgesetzgebers

In Hinblick auf die demokratische Legitimation entfällt bei einer ausländischen Tätigkeit der Legitimationsmangel zwischen der ortsansässigen Bevölkerung und der exportierenden Gemeinde, wodurch nur die Einwirkungs- und Steuerungsmöglichkeit der Vertreter der expandierenden Gemeinde auf das Unternehmen sichergestellt werden muss, um den Anforderungen der demokratischen Legitimation gerecht zu werden. Die fehlende demokratische Legitimation zwischen der exportierenden Gemeinde und dem Gemeindevolk der importierenden Gemeinde wird versucht durch die Rücksichtahme auf die Interessen der Zielgemeinde auszugleichen, was wie oben bereits erwähnt kaum Auswirkungen hat. Ansonsten ist auf die generellen Ausführungen über das Demokratiedefizit überörtlicher Betätigung zu verweisen. Durch § 107a Abs. 3 GONRW ergeben sich keine Besonderheiten.

Bei der vorstehenden Diskussion ist schließlich nicht zu vergessen, dass eine Kompetenzerweiterung der Gemeinden durch Landesgesetz nicht auf Tätigkeiten über die Landesgrenze hinaus übertragbar ist.[1384] Landesgesetze haben nur innerhalb ihres Hoheitsgebiets Geltung und können über diese Grenze hinaus keine Wirkung entfalten und damit ihren Kommunen auch keine einfachgesetzliche Grundlage für extraterritoriale wirtschaftliche Aktivitäten bieten. Für eine interföderale Ermächtigung bedürfte es einer Absprache zwischen den jeweiligen Bundesländern.

[1383] Vgl. *Britz*, NVwZ 2001, S. 380 (386); *Geiger/Aßmann*, DVBl. 2012, S. 1276 (1279).

[1384] *Kühling*, NJW 2001, S. 177 (180); *Ehlers*, NWVBl. 2000, S. 1 (6); *Becker*, DÖV 2000, S. 1032 (1035); *Gern*, NJW 2002, S. 2593 (2595); *F.W. Held*, NWVBl. 2000, S. 201 (202); *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 (136).

(d) Zwischenergebnis

Die Expansionsklausel § 107a Abs. 3 GONRW ist in der vorliegenden Form nicht verfassungsmäßig. Die durch Art. 28 Abs. 2 GG geschützten Belange der Zielgemeinde werden nicht ausreichend geschützt, ebenso ist die Einhaltung des öffentlichen Zweckerfordernisses nicht gesichert. Die Norm muss zumindest dahingehend verfassungskonform ausgelegt werden, dass legitime Vorbehalte der Zielgemeinden berücksichtigt werden und diese als ultima ratio eine Tätigkeit der expandierenden Gemeinde verhindern können.[1385] Auslandstätigkeiten werden hiervon nicht berührt. Die legitimen Vorbehalte sind dabei jedoch restriktiv auszulegen, da die kommunale Selbstverwaltungsgarantie keinen Konkurrenzschutz bieten kann, den die dafür vorgesehenen einfachgesetzlichen Regelungen nicht bieten.

4) Zwischenergebnis

Das vorstehende Kapitel hat gezeigt, dass sowohl das öffentliche Zweckgebot als auch das Erfordernis der Leistungsfähigkeit unmittelbarer Ausfluss von Verfassungsprinzipien sind und sie daher in jedem Fall beachtet werden müssen. Für das Subsidiaritätsprinzip lassen sich keine verfassungsrechtlichen Nachweise ausmachen, so dass der Landesgesetzgeber frei über Einführung und Abschaffung einer solchen Klausel disponieren kann. Das Örtlichkeitsprinzip zieht den Kommunen sowohl in Hinblick auf die Selbstverwaltungsgarantie der Zielkommune als auch dem Demokratieprinzip eine Grenze, die jedoch einzelfallabhängig zu bewerten ist. Daneben tragen Kommunen für die Energieversorgung sowie für andere Versorgungsleistungen eine Gewährleistungsverantwortung. Eine Pflicht zur Umsetzung der Energiewende ergibt sich hingegen nicht unmittelbar.

Weitere Pflichten ergeben sich jedoch aus den haushaltsrechtlichen Bestimmungen. Kommunen unterliegen der Pflicht den Kommunalhaushalt derart zu gestalten, dass sie ihren Aufgabenpflichten jederzeit nachkommen können, sowie den Geboten der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung und der Zielvorgabe einen ausgeglichenen Haushalt aufzustellen. Der Gestaltungsspielraum für wirtschaftliche Betätigungen ist durch den Verfassungsgeber mithin durch weitreichende Vorgaben eingeschränkt worden.

Trotzdem erlebt die Kommunalwirtschaft zurzeit eine Renaissance ungeahnten Ausmaßes. Ob diese tatsächliche wirtschaftliche Expansion mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben und der ratio der kommunalwirtschaftlichen Sonderregelungen in Einklang steht, wird in dem folgenden Abschnitt zu untersuchen sein.

[1385] *Geiger/Aßmann*, DVBl. 2012, S. 1276 (1282); *Gern*, NJW 2002, S. 2593 (2595); *Pielow*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Einl.E, Rn. 371.

V. Expansion trotz vorhandener Grenzen – Verfassungsmäßige Auslegung kommunalrechtlicher Grenzen in der aktuellen Praxis?

Inwieweit die sehr weiten Auslegungen der kommunalwirtschaftlichen Schranken verfassungsgemäß sind, lässt sich jeweils nur für den Einzelfall beantworten. Für die hier dargestellte Problematik sollen daher abschließend einige Beispiele einen Überblick über die verfassungsmäßigen Grenzen der Auslegung geben, wobei die nachfolgenden Ausführungen aufgrund eines nicht ausermittelt vorliegenden Sachverhalts nur auf grundsätzliche Anmerkungen begrenzt sind. Unter dieser Prämisse sollen Auslandsbetätigungen und Kooperationen einer Prüfung unterzogen werden.

1) Ausländische Wirtschaftstätigkeit im Sektor Energie

Ein augenscheinlich weit entferntes Tätigkeitsgebiet der kommunalen Energieversorgung ist eine Auslandsbeteiligung bzw. ein im Ausland realisiertes Projekt von deutschen Stadtwerken. Die Stadtwerke München betreiben beispielsweise Energieerzeugungsanlagen in Schweden, Polen, Kroatien, Belgien, Spanien und Großbritannien, welche sich alle aus Erneuerbaren Energieträgern speisen.[1386] Die MVV Energie AG[1387] aus Mannheim betätigt sich in Tschechien und bietet in diversen Versorgungsgebieten „Multi-Utility-Dienstleistungen“ an.[1388] Die STEAG GmbH als drittes Beispiel befindet sich zu 100 % in kommunaler Hand und wird von sieben Stadtwerkegesellschaften aus dem Ruhrgebiet gehalten.[1389] Nach eigener Aussage ist die „STEAG in Deutschland, Europa und weltweit mit Kraftwerken und Projekten im Bereich fossiler und Erneuerbarer Energie, im Engineering, der Verwertung von Reststoffen, im Energiehandel und bei der Stromvermarktung aktiv“.[1390] Dabei ist sie auf jedem Kontinent vertreten.

Bei diesen energiewirtschaftlichen Engagements stellt sich vordergründig die verfassungsrechtliche Frage, inwieweit hierbei das Örtlichkeitsprinzip und die Gemeinwohlbindung beachtet werden bzw. überhaupt eine Rolle spielen. Als Rechtfertigung für die Tätigkeit extra muros lassen sich zugunsten der kommunalen Unternehmen keine Grundrechte oder andere Güter von Verfassungsrang anführen. Nur aus Art. 28 Abs. 2 GG lassen sich Abwägungskriterien für die Stadtwerke ableiten. Hierbei kommen vor allem die Möglichkeit der wirtschaftlichen Aufgabenerfüllung und deren Sicherstellung im Rahmen der Gewährleis-

---

1386 *Stadtwerke München*, Erzeugungsanlagen, http://www.swm.de/privatkunden/unternehmen/energieerzeugung/erzeugungsanlagen.html.

1387 Die folgenden Unternehmen sind zufällig ausgewählt. Sie sollen allein exemplarisch die Tätigkeitsfelder der kommunalen Energiewirtschaft darstellen.

1388 *MVV Energie*, Portrait, https://www.mvv-energie.de/de/investoren/der_konzern/wir_ueber_uns.jsp.

1389 *Steag*, Eigentümerstruktur, http://www.steag.com/eigentuemer.html.

1390 *Steag*, Internationale Präsenz, http://www.steag.com/internationale_praesenz.html.

tungsverantwortung in Betracht.[1391] Die räumliche Komponente des Art. 28 Abs. 2 GG wird bei ausländischen Tätigkeiten unzweifelhaft nicht erfüllt. Ein Bezug, der ein „Wurzeln" in der Gemeinde herstellt ist jedoch trotz räumlicher Entfernung nicht sogleich von der Hand zu weisen. Denn es muss bedacht werden, dass zumindest im Bereich der Erzeugung aus regenerativen Energieträgern der Standort der Erzeugungsanlage eine überragende Rolle spielt.[1392] Nur wenige Gemeinden werden in ihrem hoheitlichen Einzugsbereich ausreichend geeignete Standorte haben, selbst bei einer idealen Ausnutzung der Wind- und Sonnenverhältnisse sowie aller Wärme- und Wasserquellen. Eine Standortentscheidung nach Effizienzgesichtspunkten darf den kommunalen Stadtwerken auch im Interesse des Gemeinwohls nicht verwehrt sein, da mit dem ausschließlichen Kriterium der örtlichen Nähe unverhältnismäßige Effizienzeinbußen und Kosten verursacht würden, die mit keinem anderen der oben aufgestellten Prinzipien in Einklang ständen. Eine solche außergemeindliche Erzeugungstätigkeit wird daher eine örtliche Radizierung aufweisen können[1393] und gerade auch im Bereich der Erneuerbaren Energien einen Gemeinwohlbezug leisten. Ebenfalls sind diese Anlagen für eine sichere Energieversorgung in Hinblick auf die aktuell großen Umwälzungen auf dem Erzeugermarkt nach hier vertretener Ansicht als geboten und erforderlich anzusehen.

In Hinblick auf die angesprochene Versorgung der MVV in Tschechien stellt sich jedoch die Frage, welchen Gemeinwohlbezug diese Versorgungstätigkeit für die Stammgemeinde aufbieten kann. Hierbei wird als Kriterium für die örtliche Radizierung sowie das Gemeinwohl die *economies of scale* anzuführen sein.[1394] Soweit bei der Erzeugungstätigkeit aufgrund externer Faktoren ein örtlicher Bezug hergestellt werden kann und die gemeinwohlfördernde Komponente überwiegt, erschließt sich eine Versorgungstätigkeit im Ausland in diesem Kontext nicht. Einzig die Wirtschaftlichkeit des Unternehmens kann in diesem Fall zu dessen Gunsten angeführt werden, der örtliche Bezug und die Gemeinwohlnützigkeit werden hingegen missachtet. Auch an dieser Stelle sind die Marktbedingungen des Energiemarktes bei einer realistischen Betrachtung im Rahmen der Abwägung nicht außer Acht zu lassen. Durch die Liberalisierung des Energiemarktes sind auch Stadtwerke gezwungen sich den neuen Gegebenheiten anzupassen. Wie aber bereits eindeutig festgelegt, unterscheiden sich die kommunalen Unternehmen aufgrund der Gemeinwohlbindung als Legitimationsgrundlage für ihre Existenz trotz

---

[1391] Vgl. BVerfG NVwZ 2009, S. 1283 (1283); *Henneke/Ritgen*, Kommunales Energierecht, S. 78; *Sandmann*, kommunale Unternehmen im Spannungsfeld von Daseinsvorsorge und europäischen Wettbewerbsrecht, S. 56 ff.

[1392] Siehe dazu oben Punkt D. II) 2) a).

[1393] Die physikalischen Eigenschaften des Stroms lassen den Standort der Ein- und Ausspeisestelle des Stroms in den Hintergrund rücken.

[1394] Siehe dazu Punkt F. IV) 3) a) aa). Die Gesetzesbegründung, dass alle Energieversorgungstätigkeiten auf der Welt das Gemeinwohl der jeweils lokalen Bevölkerung mehren, wurde in Hinblick auf die verfassungsrechtliche Bedeutung bereits als unrichtig eingeordnet.

des gleichen Betätigungsfeldes entscheidend von privaten Marktteilnehmern. Die verhältnismäßig geringe Hürde der Gemeinwohlnützigkeit schließt lediglich die reine Gewinnerzielungsabsicht eindeutig aus. Genau diese wird durch eine Unternehmensausweitung aber verfolgt. Auch hier ließe sich unproblematisch auf die Marktsituation verweisen, die neben den Vorteilen der *economies of scale* größeren Unternehmen in der Regel eine größere Überlebenschance auf umkämpfen Märkten einräumt (*economies of scope*). Ökonomisch ist dieses Argument nachvollziehbar, rechtlich ist genau an dieser Stelle jedoch eine Grenze zu ziehen, um den verfassungsrechtlichen Vorgaben in irgendeiner Weise gerecht zu werden. Gleiches gilt für die örtliche Radizierung.

Der Zwiespalt zwischen liberalisierten Märkten und Wettbewerbsdruck einerseits und verfassungsrechtlichen Vorgaben für kommunale Unternehmen andererseits ist bisher, wie nunmehr mehrfach aufgezeigt, nicht befriedigend gelöst. Der Versuch einer Lösung soll unter dem Punkt G) vorgenommen werden. Nach der hier vertretenen Ansicht verstößt die kommunale internationale Versorgertätigkeit gegen die Gemeinwohlbindung und lässt sich auch in einer verfassungsrechtlichen Abwägung kaum rechtfertigen.

2) Kooperationen von Stadtwerken

Bei Stadtwerkekooperationen bietet sich als Beispiel die eingangs erwähnte Trianel GmbH an. Trianel hat die Energiebeschaffung und den -handel als Gesellschaftszweck sowie Dienstleistungen und auch die Errichtung und den Betrieb von Kraftwerken.[1395] Die Trianel GmbH besteht aus über 100 kommunalen Gesellschaftern. Hauptgesellschafter sind Kommunen aus dem Ruhrgebiet und dem Rheinland, die weiteren Gesellschaftsanteile bewegen sich zwischen einem halben und zwei Prozent.[1396] Wie bereits herausgearbeitet ist es Kommunen und ihren Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt sich an anderen Gesellschaften zu beteiligen bzw. mit diesen zu kooperieren. Interkommunale Kooperation wird im Bereich der Energieversorgung dabei fast ausschließlich in privatrechtlicher Form verwirklicht. Inwieweit *die Umsetzung* dieser Beteiligungsmöglichkeiten verfassungsrechtlich aber noch zulässig ist, soll im Folgenden untersucht werden. In diesem Kontext stellen sich insbesondere die Fragen des Örtlichkeitsbezugs, der Gemeinwohlbindung, aber auch des Demokratieprinzips.

Am Beispiel der Trianel Gruppe lässt sich gut ablesen, dass Kooperationen nicht bedeuten, dass notwendigerweise die gesamte Geschäftstätigkeit der Stadtwerke zusammengelegt wird, sondern nur einzelne Sektoren bzw. Wertschöpfungsstufen. Zentralisierte Energiebeschaffung und -handel, die dem Versorgungsgebiet der jeweiligen Stadtwerke zugutekommen, weisen dabei eine eindeutige örtliche Radizierung auf, so dass das Örtlichkeitsprinzip hierbei auch bei räumlich entfernten Standorten als erfüllt anzusehen ist. Auch in Hinblick auf den Ge-

[1395] *Trianel*, Trinael Gruppe, http://www.trianel.com/de/trianel-gruppe.html.
[1396] *Trianel*, Trinael Gruppe, http://www.trianel.com/de/trianel-gruppe.html.

meinwohlbezug lassen sich keine gesonderten Bedenken erkennen. Durch derartige Kooperationen der kommunalen Stadtwerke werden Synergieeffekte in einzelnen Bereichen geschaffen, ohne den Charakter der gemeinwohlorientierten Versorgung außer Acht zu lassen. Hierbei gilt gleiches für Kraftwerksprojekte, was bereits zu den ausländischen Investitionen ausgeführt wurde.

Problematisch hingegen sind die Anforderungen an das Demokratieprinzip, gerade bei den fast ausschließlich verwandten privatrechtlichen Gesellschaftsformen. Kooperationen haben die Vorteile, dass sich mehrere Akteure zusammenschließen und sich einer Aufgabe gemeinsam annehmen, aber auch den Nachteil, dass in diesem Fall die Entscheidungs- und Einwirkungskraft des einzelnen geschwächt wird. Daher stellt sich die Frage, inwieweit dieser unbestrittene Verlust der Steuerungsmöglichkeit mit den aus Art. 20 Abs. 2 GG abgeleiteten Ingerenzpflichten vereinbar ist. Die wesentlichen Unternehmensentscheidungen müssen durch die Kommune und deren demokratisch legitimierte Entscheidungsträger gesteuert werden können und das Unternehmen einem öffentlichen Zweck dienen.[1397] Bei Kooperationen vieler Stadtwerke haben einzelne Stadtwerke in der Regel keine Beteiligungen über 25 %, geschweige denn über 50 % und somit in keiner Weise einen beherrschenden Einfluss. Die Steuerungsmöglichkeiten der entsandten Kommunalvertreter sind demnach erheblich beschränkt, was zumindest dem kommunalverfassungsrechtlichen Maßstab des „angemessenen Einflusses" nicht zuwiderläuft, da sich dieser an dem Grad der Beteiligung orientiert.[1398] Verfassungsrechtlich stellt sich hingegen die Frage, ob diese Einschränkung mit den erläuterten Strukturdirektiven des Art. 20 Abs. 2 GG vereinbar ist. Denn auch bei Minderheitsbeteiligungen hat die Kommune die verfassungsrechtlich indisponiblen Ingerenzpflichten wahrzunehmen.[1399] Die wesentlichen Entscheidungen werden auch bei kommunalen Kooperationen in dem Unternehmen durch die entsandten Kommunalvertreter beherrschend gesteuert, ebenso haben sie über den Aufsichtsrat und die im Gesellschaftsvertrag verankerten Rechte Einfluss auf die wesentlichen Unternehmensentscheidungen. Der relevante Unterschied liegt darin, dass nicht eine einzelne Kommune, sondern mehrere Kommunen die Steuerung in gemischt-öffentlichen Unternehmen gemeinsam übernehmen. Die organisatorisch-personelle Legitimation der Gemeindevertreter leitet sich aber nur aus dem jeweiligen Volk der Stammgemeinde ab und bezieht sich nur auf dieses.[1400] Die Vertreter der einzelnen Kommunen sind nicht zur einheitlichen Stimmabgabe

---

1397 *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 55ff.; *Mann*, VBlBW 2010, S. 7 (8); *Wefelmeier*, in: Blum u.a., § 137 NKomVG, Rn. 33.

1398 *Mann*, VBlBW 2010, S. 7 (11); *Ehlers*, JZ 1990, S. 1089 (1094); *Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. C, Rn. 197; *Erdmann*, in: Ipsen, § 137 NKomVG, Rn. 13.

1399 *Wefelmeier*, in: Blum u.a., § 137 NKomVG, Rn. 11; *Brenner*, AöR 127 (2002), S. 222 (229); a.A: *Spannowsky*, ZGR 1996, S. 401 (414).

1400 *Schmidt-Aßmann*, AöR 116 (1991), S. 329 (360); *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip, S. 31.

gezwungen, wodurch eine qualifizierte Mehrheit der Stimmrechte ausbleibt, die einen beherrschenden Einfluss sicherstellen würde.[1401] Die Auswirkungen der Entscheidungen des Kollegialorgans des Unternehmens betreffen aber alle beteiligten Kommunen gleichermaßen, wobei die einzelnen Entscheidungen somit nicht auf den Willen des jeweiligen Gemeindevolks rückführbar sind. Eine ausreichende personelle Legitimationsbasis liegt hierbei somit aus Sicht keiner Kommune vor.[1402] Für die Lösung dieses Legitimationsdefizit gibt es verschiedene Ansätze[1403], denen ein kurzer Überblick gewidmet wird:

P.J. Tettinger schlägt für eine Lösung, dieses auch von ihm unbestrittenen Legitimationsdefizits, eine Abstufung der Legitimationsanforderungen vor, welche im Bereich der Eingriffsverwaltung am stärksten und dem der Daseinsvorsorge wesentlich abgeschwächt ausfallen soll.[1404] Nach anderer Ansicht wird versucht die Notwendigkeit demokratischer Legitimation auf den administrativen Beitrag des Amtswalters im Kooperationsbereich zu beschränken, die Kooperationsgesellschaft als solche davon hingegen unberührt zu belassen.[1405] Bereits die Schaffung einer Rechtsgrundlage soll für die Einrichtung eines solchen Kollegialorgans mit aus verschiedenen Teilvölkern legitimierten Vertretern für die Anforderungen des Demokratieprinzips ausreichen, da diese durch demokratisch gewählte Vertreter erlassen wurde.[1406] Diesem zweiten Ansatz ist nicht zuzustimmen. Durch die künstliche Trennung von administrativem Beitrag und dem Kollegialorgan der Gesellschaft wird die Gefahr geschürt das Prinzip der demokratischen Legitimation zu unterwandern. Dadurch würde nicht legitimierten Vertretern der unbeschränkte Zugang ermöglicht werden, da sich die Legitimation jeweils nur auf den Beitrag der einzelnen Amtswalter beziehen muss und die Gesamtzusammensetzung des Kollegialorgans vom Prinzip der demokratischen Legitimation gar nicht mehr erfasst wird.[1407] Die Entscheidungen des Kollegialorgans lassen sich somit nicht mehr auf den Willen des Volkes zurückführen, was den Anforderungen des Art 20 Abs. 2 GG nicht gerecht wird, da das zusammengesetzte Kollegialgremium den eigentlichen Entscheidungsträger darstellt, welcher die Staatsgewalt im Sinne

---

[1401] *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip, S. 289.

[1402] *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip, S. 408.

[1403] Zu den verschiedenen Begründungsansätzen: *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip, S. 203 ff.

[1404] *Tettinger*, Mitbestimmung in der Sparkasse und verfassungsrechtliches Demokratieprinzip, S. 31 ff; ablehnend *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip, S. 198 ff.

[1405] *Schmidt-Aßmann*, AöR 116 (1991), S. 329 (342); *Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen, S. 137; dazu *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip, S. 203.

[1406] *Schmidt-Aßmann*, AöR 116 (1991), S. 329 (342).

[1407] *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip, S. 204.

des Art. 20 Abs. 2 GG ausführt und eben nicht nur die einzelnen Exekutivvertreter.[1408] Demzufolge muss auch die Entscheidung dieses Kollegialorgans auf den Willen des Volkes rückführbar sein, was bei diesem Vorschlag nicht der Fall ist. Auch die weiteren Konstruktionsvorschläge führen nicht zum Ziel.[1409] Die von *Tettinger* aufgegriffene Idee beinhaltet den Gedanken, dass ein absolutes Legitimationsniveau nicht zu gewährleisten ist. Dem ist zuzustimmen. Die Lösung liegt aber weniger in einer abstrakten Festlegung verschiedener Legitimationsniveaus zwischen Eingriffsverwaltung und Daseinsvorsorge, denn einer verfassungsimmanenten Abwägung.

Am besten vereinbar mit der Verfassungsdogmatik erscheint daher die Vorgehensweise von *Gersdorf*. Ihm folgend kann das Demokratieprinzip bei der Zusammensetzung solcher Kollegialorgane in personeller Hinsicht aufgrund der Eigenheiten einer solchen Institution schlichtweg nicht in seiner Absolutheit eingehalten werden. Trotz verfassungstheoretischer Bemühungen auch hierbei eine lückenlose Legitimationskette zu bilden, lässt sich feststellen, dass bei einer Entscheidung mehrerer die Legitimation jedes einzelnen nicht absolut im Ergebnis eines Entscheids wiedergefunden werden kann. Um die Verfassungsmäßigkeit solcher Organe und deren Entscheidungen zu ermitteln, sind daher andere Güter von Verfassungsrang heranzuziehen und diese mit dem Demokratieprinzip abzuwägen.[1410]

Bei einer rein kommunalen Kooperation darf nicht unbeachtet bleiben, dass die Vertreter in den Kollegialorganen jeweils demokratisch legitimiert sind und die jeweiligen Vertretungsorgane der Gemeinden einen Beschluss über die Gründung des gemeinsamen Unternehmens gefasst haben und eine Aufnahme der Betätigung daher nicht gegen den Willen der Kommunen erfolgte wie dies bei der überörtlichen Tätigkeit beispielsweise der Fall sein kann. Auch aus hier vertretener Sicht haben solche Kooperationen in der Abwägung ökonomischer Direktiven des Wirtschaftlichkeitsprinzips eine verfassungsgemäße demokratische Legitimationsbasis.

Dieses Problem der Ingerenzpflichten verschärft sich aber bei der Kooperation zwischen privaten EVU und Kommunen in gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen. Hierbei sind ausschließlich die kommunalen Vertreter demokratisch legitimiert. Eine Minderheitsbeteiligung an einem solchen Unternehmen ohne Sicherstellung der Steuerungsmöglichkeiten und der Verfolgung eines öffentlichen Zwecks, verletzt das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG.[1411] Der kommunalverfassungsrechtliche Terminus „angemessen" muss in diesem Fall verfas-

---

[1408] *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip, S. 205.

[1409] Dazu *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip, S. 204 ff.

[1410] *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip, S. 203 ff.

[1411] So auch: *Wefelmeier*, in: Blum u.a., § 137 NKomVG, Rn. 33 m.w.N.; a.A. *Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. C, Rn. 197.

sungsgemäß ausgelegt werden. Der Grad der Einflussnahme kann sich aus demokratisch-legitimierender Sicht nicht nur an dem Grad der Beteiligung orientieren, wenn dies bedeutet, dass der öffentliche Zweck des Unternehmens dadurch nicht sichergestellt werden kann und die grundlegenden Unternehmensentscheidungen nicht durch die Kommune getroffen werden können.[1412] Denkbar wäre eine Minderheitsbeteiligung allenfalls, wenn der Gesellschaftsvertrag den öffentlichen Zweck sicherstellen würde und grundlegende Unternehmensentscheidungen der maßgeblichen Zustimmung der Kommune unterlägen.[1413] Ein steuernder Einfluss aus der Gesamtschau der Einwirkungsmöglichkeiten ist anerkannt.[1414] Andernfalls ist eine Kooperation durch eine Minderheitsbeteiligung an einem von Privatpersonen dominierten Unternehmen mit Art. 20 Abs. 2 GG nicht vereinbar.[1415] Es ist dann allenfalls als (strategische) Kapitalanlage und diese als freies Gemeindevermögen, genauer Finanzvermögen zu klassifizieren.[1416]

3) Diskrepanz zwischen ratio der kommunalrechtlichen Beschränkungen, Verfassungsvorgaben und Praxis?

Neben der Feststellung, dass die kommunale Praxis mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht übereinstimmt, lässt sich auch die Frage, nach der Divergenz zwischen der eigentlichen ratio der kommunalwirtschaftlichen Regelungen, der Umsetzung und der Rechtswirklichkeit, relativ eindeutig mit ja beantworten.

Das ursprüngliche Ziel des Gesetzgebers bei der Einführung der kommunalwirtschaftlichen Schranken war die Besinnung der Kommunen auf ihre Kernaufgaben in der Verwaltung, der Schutz vor (finanzieller) Überforderung und die

---

1412 *Wefelmeier*, in: Blum u.a., § 137 NKomVG, Rn. 33; Interessant ist hierbei der Versuch des saarländischen Landesgesetzgebers, der dieses Problem augenscheinlich erkannt hat und folgenden Passus in § 108 Abs. 3 S. 2 u. 3 KVSG aufgenommen hat: „Sind an einem Unternehmen Private beteiligt, reicht es aus, wenn ein Anteil von Leistungen an der Gesamtleistung des Unternehmens, der der Höhe der kommunalen Beteiligung entspricht, durch den öffentlichen Zweck gerechtfertigt ist. Alle Tätigkeiten oder Tätigkeitsbereiche, mit denen die Gemeinde an dem vom Wettbewerb beherrschten Wirtschaftsleben teilnimmt, um ausschließlich Gewinn zu erzielen, entsprechen keinem öffentlichen Zweck.“ Hierbei ist sehr fraglich inwiefern zwischen den beiden Unternehmensteilen unterschieden werden kann bzw. inwiefern der steuernde Einfluss der Kommunalvertreter auf den Bereich des öffentlichen zwecks ausreichend gewährleistet sein kann, wenn sie in der Gesellschafterversammlung bzw. dem Aufsichtsrat dennoch in einer Minderheit sind. Hierbei können wiederrum Ausgestaltungen des Gesellschaftsvertrages zielführend sein, bei denen den Kommunalvertretern bei Entscheidungen „ihren Bereich betreffend“ eine Letztentscheidungskompetenz eingeräumt wird.

1413 Siehe zu den gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten ausführlich *Mann*, VBlBW 2010, S. 7 (11f.).

1414 *Mann*, VBlBW 2010, S. 7 (11).

1415 i.E. auch *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip, S. 161, 203ff. mit einer Darstellung der Meinungen zu den Erfordernissen des Einflusses auf das Unternehmen.

1416 Vgl. *Rose*, Kommunale Finanzwirtschaft Niedersachsen, S. 480.

verfassungsmäßig gebotene Bindung an das Gemeinwohl.[1417] Damit entfernt sich die kommunale Praxis ebenso von der ratio der kommunalwirtschaftlichen Schranken wie von den verfassungsrechtlichen Strukturdirektiven. In einigen Bundesländern wurde jedoch in letzter Zeit dazu übergegangen, zumindest sektoral die Wettbewerbsfähigkeit der Kommunen in liberalisierten Tätigkeitsfeldern zu stärken. Ebenfalls haben die Mehrzahl der Landesgesetzgeber die Notwendigkeit erkannt dem „Verfall" der kommunalen Haushalte durch neue Einnahmequellen entgegenzuwirken. Ein pauschaler gesetzgeberischer Wille lässt sich aufgrund der föderalen Struktur im Gegensatz zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben aber nicht ausmachen. Verallgemeinerungsfähig ist hingegen auch bei den Gesetzeszwecken die Feststellung, dass Kommunen aufgrund ihres massiven Beurteilungsspielraums auch die niedrig angesetzten Grenzen der Subsidiarität, Gemeinwohlbindung und Leistungsfähigkeit mit relativer Leichtigkeit überwinden können. Die beabsichtigte Steuerungswirkung kommunalwirtschaftlicher Grenzen läuft damit in der Regel leer. Die Divergenz zwischen verfassungsrechtlichen Strukturdirektiven und aktueller Anwendung führt zu einer verfassungswidrigen *Rechtspraxis*. Hinsichtlich des Verfehlens des Gesetzeszweckes stellt sich die damit korrespondierende Anschlussfrage, welche Bindungswirkung dem Willen des Gesetzgebers überhaupt innewohnt?[1418]

Diese ist, trotz einzelner Unterschiede in der Anwendung der Rechtsprechung, als gering einzuschätzen und auf eine unterstützende Funktion bei der gerichtlichen Auslegung zu reduzieren. Das lässt sich zum einen aus dem Umstand ableiten, dass es keine verfassungsrechtliche Begründungspflicht für den Gesetzgeber gibt und daher auch kein Mindestinhalt für eine Gesetzesbegründung festgelegt ist, aus dem sich eine allgemeine systematische Beurteilungsgrundlage heranziehen lassen könnte.[1419] Zum anderen ist der Inhalt der betreffenden Norm bereits durch den Normtext selbst determiniert, so dass für die maßgebliche Inhaltsbestimmung nur der Normtext und der Interpret der Norm im Fokus stehen, der vorherige Wille des Verfassers hingegen nur ergänzend hinzugezogen werden kann.[1420] Das mag zunächst fragwürdig erscheinen, wenn man bedenkt, dass der Wille des Verfassers der Wille der Repräsentanten des Volkssouveräns ist. Eben dieser Wille ist aber bereits in den Normtext eingeflossen und durch diesen manifestiert, so dass eine zusätzliche Bindung an die uneinheitlich formulierten vorherigen Gesetzgebungsgründe zu einer gewissen Unsicherheit bei der Auslegung der Norm führen würde.[1421] Diese Ansicht verwehrt keinesfalls die Möglichkeit bei streitigen Auslegungsentscheidungen die Gesetzesmaterialien als Hilfe heranzuziehen. Sie statuiert lediglich, dass eine tatsächliche Bindung an den „Willen des Gesetzgebers" über die Anhaltspunkte der Verschriftlichung hinaus in diesem

[1417] Siehe oben Punkt F. I).
[1418] *Kluth*, in: Kluth/Krings, Gesetzgebung, § 14, Rn. 51.
[1419] Vgl. *Kluth*, in: Kluth/Krings, Gesetzgebung, § 14, Rn. 54.
[1420] *Müller/Christensen*, Juristische Methodenlehre I, S. 243.
[1421] Vgl. *Müller/Christensen*, Juristische Methodenlehre I, S. 243.

Sinne nicht angenommen werden kann. Im Ergebnis bedeutet dies für die eingangs aufgeworfene Frage, dass der Intention des Gesetzgebers bei der Anwendung der kommunalwirtschaftlichen Schranken nicht in dem gewollten Sinne gefolgt wird, diese Verfehlung der ratio aber keine unmittelbare rechtliche Konsequenz nach sich zieht. Nichtsdestotrotz ist die Divergenz zwischen ratio und Gesetzesanwendung ein Zustand, der aus gesetzgeberischer Sicht als nicht wünschenswert angesehen werden muss. Eine mögliche Lösung dieses Auseinanderfallens wird in dem Abschnitt G) versucht anzubieten.

VI. Zielkonflikte mit europäischem Recht

Die Untersuchung der europarechtlichen Dimension soll ausdrücklich nicht Schwerpunkt dieser Ausarbeitung sein. Die maßgeblichen Vorschriften und Leitlinien des europäischen Rechts werden gleichwohl aufgrund möglicher Zielkonflikte angerissen.

Auf der Ebene der europäischen Normen sind die Art. 14 und 106 AEUV wie bereits angesprochen zentrale Sondervorschriften für staatliche, also auch kommunale Unternehmen. Das „Ob" der staatlichen Wirtschaftstätigkeit fällt nicht in den Zuständigkeitsbereich der Europäischen Union, sie kann jedoch das „Wie" im Rahmen ihrer Kompetenzen ausgestalten.[1422]

Hinsichtlich der überörtlichen/ausländischen Betätigung lässt sich im europäischen Primärrecht vor dem Hintergrund des Ziels eines einheitlichen Binnenmarktes naturgemäß keine Beschränkung finden. Vielmehr könnten die Grundfreiheiten den öffentlichen Unternehmen die Möglichkeit grenzüberschreitender Betätigungen erleichtern. Die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten auf kommunale Unternehmen ist umstritten.[1423] Für das Ergebnis ist dies hingegen von geringer Relevanz, da die reine Selbstbeschränkung der einzelnen Mitgliedsstaaten nicht verboten ist und die Union des Weiteren keine Unterscheidung bei der Untergliederung der einzelnen Staaten macht (Bund, Land, Kommune), sondern diese als Einheit behandelt.[1424] Eine Beschränkung kommunaler Wirtschaftstätigkeit stellt somit eine erlaubte mitgliedsstaatliche Selbstbeschränkung im Rahmen ihrer Verwaltungshoheit dar.[1425] Zudem würden hiervon nur grenzüberschreitende Tätigkeiten erfasst, bei denen der Genehmigungsvorbehalt überdies als verhältnismäßig

---

[1422] *Ehlers*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, Kap. B, Rn. 8.

[1423] Dagegen: *Scharpf*, EuZW 2005, S. 295 (296); *Ehlers*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, Kap. B, Rn. 11; i.E. auch *Pielow*, in: Mann/Püttner, HKWP, Bd.2, § 54 Rn. 31; dafür: *Jarass*, kommunale Wirtschaftsunternehmen im Wettbewerb, S. 41 ff.; *Langner*, Die örtliche Begrenzung kommunaler Wirtschaftstätigkeit und die Grundfreiheiten des EG-Vertrags, S. 115 ff.

[1424] *Ehlers*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, Kap. B, Rn. 11 f.; *Scharpf*, EuZW 2005, S. 295 (296); a.A. *Schwintowski,* NVwZ 2001, 607, 610.

[1425] *Stern/Nierhaus*, Regionalprinzip und Sparkassenhoheit im europäischen Bankbinnenmarkt, S. 210; *Scharpf*, EuZW 2005, S. 295 (296).

zu erachten ist.[1426] Das virulentere Problem der innerstaatlichen überörtlichen Tätigkeit wird hiervon nicht berührt. Die Grundfreiheiten verschaffen den kommunalen Unternehmen dementsprechend keine weitergehenden Rechte. Auch die kommunalrechtliche Schranke der Subsidiarität findet keinen Widerhall, vielmehr ergibt sich aus Art. 4 Abs. 3 EUV, Art. 345, 101, 102 AEUV ein Grundsatz der wettbewerblichen Gleichbehandlung der privaten und öffentlichen Unternehmen.[1427] Schließlich bleibt auch das Erfordernis der Leistungsfähigkeit dem nationalen Gesetzgeber überlassen und wird von europäischem Recht nicht tangiert. Bei dem Erfordernis der Gemeinwohlnützigkeit bleibt das europäische Primärrecht vage. Dem Ansatz folgend, dass das Gemeinwohl das Ziel allen staatlichen Handelns darstellt, ist folgerichtig auch beim Europarecht das Gemeinwohl Legitimationsgrundlage und Staatsziel zugleich. Mittlerweile wird Art. 106 Abs. 2 AEUV aufgrund des Verweises auf die Tätigkeiten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse auch als „Legitimationsgrundlage unternehmerischer Staatstätigkeit" angesehen.[1428]

Im Ergebnis lässt sich trotz der unbestrittenen wettbewerbsverzerrenden Auswirkung kommunalwirtschaftlicher Vorschriften aus den europäischen Normtexten weder eine direkte merkliche Stärkung oder aber auch Schwächung der Position der öffentlichen Unternehmen im Vergleich zum Grundgesetz entnehmen. Vielmehr wird den Mitgliedsstaaten im Bereich der Dienste von allgemeinem öffentlichem Interesse ein weiter Beurteilungs- und Ausgestaltungsspielraum zuerkannt.[1429]

VII. Ökonomische Betrachtung

Als letzter Untersuchungsschritt vor einem Gestaltungsvorschlag für eine kommunalrechtliche Weiterentwicklung, sollen die ökonomischen, genauer die betriebswirtschaftlichen Kennzahlen der kommunalen Energieversorgung skizziert werden, um neben den rechtlichen Parametern die ökonomische Komponente in die Überlegungen miteinzubeziehen. Trotz des auch hier unbestrittenen Primats rechtlicher Strukturdirektiven, sind ökonomisch nachteilige Entscheidungen weder im Interesse der Kommunen, noch ihrer Bürger oder der Verbraucher.

Die Umsatzzahlen der kommunalen Energieversorger liegen je nach erhobener Statistik zwischen 70 und 115 Mrd. EUR und tragen damit einen erheblichen Teil zu der deutschen Energieversorgung bei.[1430] Entscheidend sind unter dem hier fokussierten Aspekt jedoch die Renditemargen, die allgemeine finanzielle Situation

---

1426 *Jarass*, Kommunale Wirtschaftsunternehmen im Wettbewerb, S. 47 f.

1427 EuGH, Urteil vom 21.03.1991, Rs. C-303/88, Slg. 1991, I-1433; *Wernicke*, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 106 AEUV, Rn. 4.

1428 *Wernicke*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 106 AEUV, Rn. 3 m.w.N.

1429 So auch *Frenz*, WRP 2008, S. 73 (86); *Ehlers*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, Kap. B, Rn. 2.

1430 *Roland Berger*, Erfolgreich durch die Energiewende, S.6; *VkU*, Geschäftsbericht 2012/2013, S. 2.

der Versorger und deren Möglichkeit die ihnen anvertrauten Aufgaben zu erfüllen. In der Gesamtrechnung dürfen Faktoren wie Arbeitsplatzsicherung und Wertschöpfung in der Region sowie Steuern und Abgaben nicht außer Acht gelassen werden. Valide Zahlen liegen für eine Einbeziehung dieser Effekte jedoch nicht vor.

Wie bei den meisten ökonomischen Sachverhalten, ist auch die Bewertung bzw. Prognose der Entwicklung der kommunalen Energiewirtshaft umstritten.[1431] Einige Kennzahlen lassen sich jedoch festhalten. Der Gewinn der von Roland Berger untersuchten 500 größten kommunalen Energieversorger ist im Zeitraum von 2004 bis 2013 um 30 % gesunken.[1432] Im Zuge dieser Entwicklung ist auch die Eigenkapitalquote vieler EVU zurückgegangen[1433], was zu der Frage führt, wie lange und inwieweit die kommunalen Gesellschafter willens und in der Lage sind Verluste ihrer Stadtwerke zu tragen. Die Stadtwerke Gera haben mit ihrem Insolvenzantrag ein Novum geschaffen.[1434] Eine Insolvenz eines Stadtwerks war bisher aufgrund des omnipotenten Gesellschafters Gemeinde nicht vorstellbar.

Eine Studie der Unternehmensberatung PwC hat bei einer ähnlichen Erhebung festgestellt, dass nur 27 % der EVU ihre Ergebnisse und oder Umsätze steigern konnten und im Umkehrschluss 73 % Umsatz- und Ergebniseinbußen hinnehmen mussten.[1435] Hiernach bewegt sich der Verschuldungsgrad eines Viertels der 150 untersuchten Stadtwerke in „einem kritischen Grenzbereich".[1436]

Bei den erhobenen Stadtwerken konnten zudem strukturelle Unterschiede und daraus folgende unterschiedliche Auswirkungen der Energiewende auf die Betriebsergebnisse der Versorger ausgemacht werden. Ungefähr 50 der 500 Stadtwerke sind in allen Wertschöpfungsstufen tätig, darunter auch in der konventionellen Energieerzeugung.[1437] Die Versorger mit Anteil an konventioneller Erzeugung haben durchschnittlich eine geringere Rendite erwirtschaftet als die übrigen Versorger ohne diesen Erzeugeranteil.[1438] Trotzdem zeigen sie aufgrund ihrer Betätigung in allen Wertschöpfungsstufen und ihrer daraus resultierenden Größe

---

1431 Der VkU widerspricht der Prognose der Roland Berger AG, dass jedes fünfte Stadtwerk in noch schlechterer finanzieller Verfassung ist, als die Stadtwerke Gera, http://www.energiespektrum.de/index.cfm?pid=1706&pk=145718#.VHHcudHu2po; Ähnlich aber die Studie der *VfkE*, „Energiewende kommunal – Wegbereiter und Stolpersteine", S. 11 ff.

1432 *Roland Berger*, Erfolgreich durch die Energiewende, S. 6; siehe auch *Handelsblatt*, Energiewende beutelt Stadtwerke, Januar 2014, http://www.handelsblatt.com/technologie/das-technologie-update/energie/strompreisverfall-fehlt-den-stadtwerken-geld-bekommen-es-die-buerger-zu-spueren/9379412-2.html.

1433 Ebenda.

1434 *Fokus*, Das Sterben der Stadtwerke, August 2014, http://www.focus.de/finanzen/news/stadtwerke-gera-sind-pleite-das-sterben-der-stadtwerke-steht-ihre-kommune-auch-auf-der-kippe_id_4069643.html.

1435 *PwC*, Energie- und Versorgungsunternehmen im Spannungsfeld zwischen Ertrag, Investitionen und Verschuldung, S. 16ff.

1436 *PwC*, Energie- und Versorgungsunternehmen im Spannungsfeld zwischen Ertrag, Investitionen und Verschuldung, S. 8.

1437 *Roland Berger*, Erfolgreich durch die Energiewende, S. 6.

1438 *Roland Berger*, Erfolgreich durch die Energiewende, S. 7.

eine höhere Effizienz.[1439] In Hinblick auf die hier ausführlich besprochenen Kooperationen, ließ sich laut der Studie auch feststellen, dass die Profitabilität der gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen durchschnittlich höher war als die reiner Kommunalunternehmen.[1440] Beachtenswert ist aber auch die Einschätzung, dass Wachstum nicht die einzige Möglichkeit ist, sich in diesem volatilen Marktumfeld zu behaupten. Auch eine Rückbesinnung auf Kernaufgaben und eine Optimierung der Abläufe können kleinere Unternehmen stärken.[1441]

Als Ergebnis der Untersuchungen ist eindeutig und soweit auch unbestritten, dass auch die kommunalen Stadtwerke dem sich verändernden Marktumfeld anpassen müssen. Eine solche Anpassung ist aufgrund der fehlenden Rechtsicherheit gerade im Bereich der Erneuerbaren Energien und deren Förderung schwierig, was nach einer Studie des VfkE bei den Stadtwerken zu Unsicherheiten in der Investitionsplanung führt.[1442] Die Entwicklungen der Marktbedingungen sind auch deshalb schwer vorherzusagen, da die Schätzungen des Stromverbrauchs auf dem Versorgungsgebiet der Bundesrepublik Deutschland zwischen 450 und 900 TWh schwanken[1443], so dass der Bedarf und die damit verbundene Strompreisentwicklung ein Prognoserisiko bleibt. Gleiches gilt in der Konsequenz für den Anteil der Erneuerbaren Energien.[1444] Relativ sicher scheint, dass die Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien die Produktionskosten der konventionellen Energieerzeugung unterschreiten wird; der genaue Zeitpunkt hängt von der Marktentwicklung und den Preisen für fossile Rohstoffe ab.[1445] Wobei die spezifischen Kosten der Stromerzeugung aus regenerativen Energien zunächst steigen, dann aufgrund von Wirkungsgradverbesserungen und niedrigerer Investitionskosten ca. ab dem Jahr 2035 sinken werden.[1446]

Aus den vorliegenden Studien lassen sich für das nächste Kapitel fünf Kernthesen ableiten: Erstens sind durch die Energiewende nicht nur die großen privaten Stromerzeuger finanziell getroffen, sondern auch die Regionalversorger und Stadtwerke. Zweitens bedeutet der Einstieg einer Kommune in die Energieversorgung nicht automatisch eine zusätzliche Einnahmequelle. Drittens sind die Zukunftsprognosen auf dem Energiemarkt in dieser Umbruchphase mehr als

---

1439 *Roland Berger*, Erfolgreich durch die Energiewende, S. 13.

1440 Hierbei ist trotzdem auch zu beachten, dass die Rendite der „großen Vier" in dem Zeitraum 2004–2013 im Vergleich zu den 500 untersuchten Regionalversorgern sogar um 6% mehr zurückgegangen ist. Der Vergleich zwischen den „großen Vier" und den Regionalversorgern lässt sich aufgrund der Strukturunterschiede jedoch nicht eins zu eins ziehen. Es sei damit nur darauf hingewiesen, dass die Privatwirtschaft sich in dem Bereich der Energiewirtschaft nicht auffällig besser behaupten kann, als kommunale Versorger.

1441 *Roland Berger*, Erfolgreich durch die Energiewende, S. 14f.

1442 Siehe dazu die Umfrage des *VfkE*, „Energiewende kommunal – Wegbereiter und Stolpersteine", S. 27 ff.

1443 *PwC*, Energiewende Dilemma, Pressegespräch Berlin, Januar 2014.

1444 Dieser schwankt laut Studie zwischen 50 und 100 % für diesen Zeitraum.

1445 Als ein möglicher Zeitpunkt wird das Jahr 2038 genannt.

1446 *PwC*, Energiewende Dilemma, Pressegespräch Berlin, Januar 2014.

unsicher. Viertens erscheinen Erneuerbare Energieerzeugungsanlagen in der Gesamtschau als am zukunftsfähigsten. Fünftens stehen kommunale Stadtwerke in der Mehrzahl unter dem Druck sich im Zuge der durch die Energiewende hervorgerufenen Veränderungen strukturell anzupassen und neu auszurichten, wobei die Größe eines Stadtwerks nicht als alleiniges Merkmal für Erfolg angedient werden kann.

VIII. Ergebnis

Die vorstehende Untersuchung hat folgendes gezeigt: Als grundlegende Direktive lässt sich festschreiben, dass kommunale und private Wirtschaft aufgrund der verfassungsrechtlichen Determinanten auch bei der Betätigung in dem gleichen Wirtschaftsfeld unterschiedlich zu behandeln sind. Die kommunalrechtlichen einfachgesetzlichen Grenzen sind im Falle der öffentlichen Zweckbindung, bei dem Leistungsfähigkeitsbezug nur bedingt, sowie den Ingerenzpflichten und dem Örtlichkeitsbezug verfassungsrechtlich determiniert. Das Subsidiaritätsprinzip unterliegt hingegen der freien gesetzgeberischen Gestaltung. Diese kommunalspezifischen Regelungen verursachen, ebenso wie Bauplanungshoheiten, die Gewährträgerhaftung und das Vergabe- und Beihilfenrecht teils deutliche Vor- und Nachteile im Vergleich zu privatwirtschaftlichen Energieversorgern.

Des Weiteren lässt sich festhalten, dass sich die tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit der Kommunen aufgrund der angesprochenen Umbruchsituation, von den eigentlichen Zwecken der kommunalwirtschaftlichen Grenzen entfernt hat. Die normative Kraft des Faktischen hat die Kommunen – ohne die Liberalisierungsversuche einiger Bundesländer außer Acht zu lassen – innerhalb dieser größtenteils weiterhin bestehenden Grenzen, die Herausforderungen der Liberalisierung selbst in die Hand nehmen lassen. Begünstigt wurde diese Entwicklung durch das stoische Repetieren des „weiten Beurteilungsspielraums der Kommunen", der in gewisser Form aufgrund der in Art. 28 Abs. 2 GG enthaltenen Selbstverwaltungsgarantie zwar vorliegen muss, aber nicht für jede dogmatische Ungenauigkeit bzw. Unrichtigkeit als Schleier der Verfassungsmäßigkeit dienen kann.

Anhand der bei dem Erzeugungsprojekt und den Kooperationen aufgezeigten Besonderheiten und Probleme, lässt sich die Intention der kommunalen Entscheidungsträger sowie einiger Landesgesetzgeber nachvollziehen. Nichtsdestotrotz sind auch hierbei die Strukturdirektiven der Verfassung einzuhalten. Die bisherigen Versuche hinsichtlich der einfachgesetzlichen Ermächtigung der überörtlichen Betätigung halten diesen nicht stand. Ebenso steht die Beachtung der Ingerenzpflichten bei Minderheitsbeteiligungen vor noch nicht zufriedenstellend gelösten Problemkreisen.

In welche Richtung der Gesetzgeber hierbei eine Korrektur vornimmt, liegt in seiner alleinigen Entscheidungskompetenz. Nachfolgend seien abschließend nur einige Probleme und Lösungsansätze aufgezeigt, die für eine Anpassung des kommunalwirtschaftlichen Normengefüges von Nutzen sein könnten.

G. Eckpunkte für mögliche Gestaltungsoptionen

Die Existenz der kommunalwirtschaftlichen Grenzen lässt sich mit Ausnahme des Subsidiaritätsgebots nicht abschaffen und die Unterschiede zur Privatwirtschaft somit nicht egalisieren, sondern nur in den oben genannten Gestaltungsspielräumen anpassen. Daher findet an dieser Stelle eine Konzentration auf die verfassungsrechtlichen Probleme sowie die Abweichung zwischen kommunalrechtlichen Grenzen und Rechtspraxis statt. Hierfür sollen im Folgenden einige Denkanstöße für einen Lösungsvorschlag aufgeführt werden.

Vorab ist noch einmal zu verdeutlichen, dass die grundlegende Entscheidung, ob die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen ausgeweitet oder verringert werden soll, nicht nach objektiven Kriterien, sondern allein durch den Gesetzgeber willentlich bestimmt werden kann.

Daher sollen nunmehr verfassungsrechtliche Orientierungspunkte zusammengefasst und daraus folgende einfachgesetzliche Entwicklungsmöglichkeiten aufgezeigt werden. Als Problemfelder haben sich sowohl die Einschätzungsprärogative der Kommunen als vor die Klammer gezogenes Problemfeld als auch das Örtlichkeitsprinzip und die öffentliche Zweckbindung herauskristallisiert. Das Merkmal der Leistungsfähigkeit erweist sich zwar als vergleichsweise konturlos, bietet deshalb keinen konkreten Handlungsbedarf. Die Entscheidung über die Normie-

rung eines Subsidiaritätsgebots unterliegt rein politischen Beweggründen und ist hier daher nicht zu behandeln.

I. Einschätzungsprärogative der Kommunen

Ein fundamentaler Grund für die Divergenz zwischen Rechtswirklichkeit und dem geschriebenen Recht ist die weite Einschätzungsprärogative der Kommunen. Die Annahme einer Einschätzungsprärogative ist insbesondere bei der öffentlichen Zweckbindung und der Leistungsfähigkeit sowie dem Bedarf der Gemeinde auszumachen. Diese leitet sich aus der Selbstverwaltungsgarantie der Kommune und ihrer daraus folgenden Allzuständigkeit ab.[1447] Folglich scheidet eine Nichtbeachtung der Einschätzungsprärogative von vorneherein als nicht zu rechtfertigenden Verstoß gegen Art. 28 Abs. 2 GG aus. Allerdings könnte eine Konkretisierung den Voraussetzungen der kommunalwirtschaftlichen Schranken eine stärkere Kontur und damit eine Beschränkung der kommunalen Einschätzungsprärogative bewirken. An dieser Stelle soll daher auch angesetzt werden.

Bei der Einschätzungsprärogative ist zunächst zwischen der Wirkung gegenüber der Kommunalaufsicht und der der gerichtlichen Überprüfungsmöglichkeit zu unterscheiden. Diese Unterscheidung ist aufgrund der Gewaltenteilung von fundamentaler Natur, zählt die Kommunalaufsicht ebenso wie die Gemeinde zur Exekutive, die Gerichte hingegen zur Judikative.

1) Rechtspraxis der Kommunalaufsicht

Die Kommunalaufsicht fungiert bei der wirtschaftlichen Betätigung als Rechtsaufsicht[1448] und soll nur in seltenen Fällen in die Abläufe der Kommunen und damit in ihr Selbstverwaltungsrecht eingreifen.[1449] Bei unbestimmten Rechtsbegriffen wie dem öffentlichen Zweckerfordernis und der Leistungsfähigkeit der Kommune, kommt der Gemeinde bisher ein weiter Beurteilungsspielraum gegenüber der Kommunalaufsicht zu.[1450] Zwar obliegt der Kommunalaufsicht die Kontrolle über die Einhaltung kommunalwirtschaftlicher Vorgaben wie Wirtschaftlichkeit oder der Ingerenzpflichten, innerhalb dieser Grenzen steht es der Gemeinde jedoch frei Entscheidungsfaktoren unterschiedliches Gewicht beizumessen. Diese unbestimmten Rechtsbegriffe sind mit Ausnahme weniger Fallgruppen zwar uneingeschränkt überprüfbar, praktisch gesehen werden sie von den Kommunen aufgrund ihrer weiten Einschätzungsprärogative für jeden Einzelfall konkretisiert und so einer inhaltlichen Überprüfung der Kommunalaufsicht entzogen.[1451] Kommu-

---

[1447] *Brüning*, DÖV 2010, S. 553 (556); *Mehde*, in: Maunz/Dürig, Art. 28 Abs. 2 GG, Rn. 108.

[1448] Siehe oben Punkt F. I) 7).

[1449] BVerfGE 6, 104 (118); *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, Rn. 804; *Lange*, Kommunalrecht, Kap. 17, Rn. 33.

[1450] *Lange*, Kommunalrecht, Kap. 17 Rn. 40ff.; *Brüning*, DVBl. 2010, S. 553 (556).

[1451] OVG Münster DÖV 1991, S. 611 (612); *Ruffert*, VerwArch 92 (2001), S. 27 (37); *Meyer*, GemH 2002; S. 251 (254).

nen obliegt als Kehrseite dieser Einschätzungsprärogative nur die Darlegungslast hinsichtlich der Begründung ihrer Entscheidung.[1452]

2) Gerichtspraxis

Die Überprüfungsmöglichkeiten der Beurteilungsspielräume durch Gerichte, in der Regel aufgrund von Klagen privatwirtschaftlicher Konkurrenz, unterscheiden sich nicht von der allgemeinen (verwaltungs-)gerichtlichen Praxis. Der Beurteilungsspielraum der Kommune besteht in Form einer kommunalpolitischen Einschätzungsprärogative.[1453]

3) Problemstellung und Lösungsvorschläge

a) Antizipierte Selbstkontrolle der Gemeinde

Ein wesentliches Problem der weiten Einschätzungsprärogative liegt in der weitreichenden Beschneidung der Überprüfungsmöglichkeiten der jeweiligen Projekte durch Kontrollinstanzen. Gäbe es diese Einschätzungsprärogative nicht, würde eine Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs, die in der Regel nur eine rechtmäßige Entscheidung für jeden Einzelfall erlaubt, der Kommunalaufsicht die Möglichkeit einräumen, die kommunale Entscheidung durch eigene Erwägungen zu ersetzen.[1454] Dieses Ergebnis kann aus mehrerlei Hinsicht nicht gewollt sein. Die Entscheidung über die Errichtung oder den Betrieb eines kommunalen Unternehmens würde in diesem Fall vollständig auf die aufsichtführende Behörde übertragen. Die Entscheidung wäre somit lediglich von einem Entscheidungsträger auf den anderen verlagert, zumal dieser im Vergleich mit dem kommunalen Entscheidungsorgan keine unmittelbare demokratische Legitimation des betroffenen Teilvolks aufweisen kann. Des Weiteren würde hierbei ein vollständiger Entzug der Entscheidungskompetenz und damit des Selbstverwaltungsrechts der Kommune in diesem Bereich vorliegen, der abzulehnen ist. Ebenso müsste die Kontrolle der Justiz Zweckmäßigkeitserwägungen anbringen, die ihnen auch unter Beachtung der Gewaltenteilung nicht zustehen.

Trotzdem hätte diese Variante einen entscheidenden Vorteil. Die Rechtmäßigkeit der Errichtung und des Betriebs des Unternehmens würde nicht derjenige Rechtsträger maßgeblich beeinflussen, der Betrieb und Errichtung durchführt und der von dessen Ergebnissen profitiert. An dieser Stelle offenbart sich das dem weiten Beurteilungsspielraum inhärente Dilemma der Kommune: Ihre Einschätzung antizipiert maßgeblich die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit ihres wirtschaftlichen Handelns. Dieser Umfang des Beurteilungsspielraums führt nach hier vertretener Ansicht zu einer unvertretbar weit reichenden Vorfestlegung der

---

[1452] *Brüning*, DVBl. 2010, S. 553 (558).

[1453] BVerfG NJW 2004, 2802 ff.; BVerwGE 39, 333f.; OVG Münster DVBl. 2008, 919 f.; Rh.-Pf-VerfGH NVwZ 2000, 801 (803).

[1454] *Lange*, Kommunalrecht, Kap. 17 Rn. 41.

Rechtmäßigkeitsentscheidung über die wirtschaftliche Betätigung. Das OVG Lüneburg hat jüngst über die Zuständigkeit einer Abfallbehörde in eigener Sache entschieden:

> *„Dieses Ziel einer behutsamen Austarierung der Handlungsfelder und Wirtschaftsinte ressen von öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern und privaten Abfallentsorgern droht verfehlt und eine interessengeleitete Rechtsanwendung befördert zu werden, wenn die Abfallwirtschaftsbehörde derjenigen Körperschaft, die zugleich öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger ist, über die Auslegung dieser unbestimmten Rechtsbegriffe zu ent scheiden hätte. Ob die Entscheidung im konkreten Fall tatsächlich von einer Befan genheit geprägt ist, ist nicht maßgeblich.“*[1455]

Im Gegensatz zu dem monierten kommunalen Beurteilungsspielraum, handelt es sich bei diesem abfallrechtlichen Sachverhalt um eine abschließende Entscheidung der Behörde und nicht lediglich um eine Vorfestlegung. Dennoch ist dem Grundgedanken dieses Urteils zu entnehmen, dass die Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffes in „eigener Sache“ zu Interessenkonflikten führen kann, die rechtsstaatlich bedenklich sind, was auch in dem vorstehend beschriebenen Problem zu bejahen ist.

b) Beurteilungsspielraum und Überprüfbarkeit

Generell ist ein Beurteilungsspielraum der vollziehenden Gewalt aber nicht fremd und wird den Verwaltungen in bestimmten Fallgruppen bei unbestimmten Rechtsbegriffen zugestanden. Daher sollen die dafür anerkannten Grundsätze für eine Bewertung des kommunalen Beurteilungsspielraums herangezogen werden.

Im Rahmen ihrer Tätigkeit urteilen Verwaltungen in der Regel jedoch nicht über eigene Belange und Vorhaben, sondern über Sachverhalte eines Dritten (Bürgers). Zudem besteht ein gerichtlich nicht überprüfbarer Beurteilungsspielraum nur in wenigen Fällen. Es sind lediglich vier Fallgruppen anerkannt: Prüfungs- und prüfungsähnliche Entscheidungen, beamtenrechtliche Beurteilungen, Prognoseentscheidungen und Risikobeurteilungen insbesondere im Umweltrecht und Wertungsentscheidungen weisungsfreier, mit Interessenvertretern oder Sachverständigen besetzter Ausschüsse und Gremien. Für die kommunale Schrankentrias kommt einzig die Fallgruppe der Prognoseentscheidung in Betracht. Hierbei wird Gerichten eine vollständige Kontrolle über Entscheidungen der Behörden bzw. Gemeinden mit Ungewissheiten und Unwägbarkeiten entzogen. Einer gerichtlichen Kontrolle unterliegen aber auch Beurteilungsausfall, -überschreitung, -fehlgebrauch durch die Verwaltung sowie deren Verstoß gegen Grundrechte und allgemeine Rechtsgrundsätze.[1456]

[1455] OVG Lüneburg, NdsVBl. 2013, S. 218 (220).

[1456] *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 112; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 160 ff.

Die öffentliche Zweckbindung ist nach hier vertretener Ansicht erst gar nicht unter die Fallgruppe der Prognoseentscheidungen zu subsumieren und ist daher zur vollen Überprüfung freigegeben.[1457] Die Zweckbindung liegt nach der einzig halbwegs greifbaren Definition vor, wenn die Tätigkeit nicht alleinig auf die Gewinnerzielung gerichtet ist. Diese Entwicklung kann nicht prognostiziert werden, sondern steht bereits bei Errichtung oder Übernahme des Betriebes fest. Die Komplexität dieses Merkmals eröffnet sich erst bei der Begründung für oder gegen eine solche reine Gewinnerzielungsabsicht. Das BVerwG hat den Kommunen an diesem Punkt dennoch eine weite Einschätzungsprärogative zugestanden.[1458] Hierbei wird insbesondere auf die bessere Kenntnis der örtlichen Verhältnisse und der Bedürfnisse der Einwohnerschaft verwiesen. Diese Argumentation ist insoweit nachvollziehbar, als dass die Einschätzung eines Bedarfs bzw. die Behebung eines Versorgungsmangels durch die Gemeinde am besten festgestellt werden kann. Das bedeutet aber nicht gleichzeitig, dass die Durchführung der Aufgabe durch die Gemeinde selbst einem öffentlichen Zweck dient. Trotz eines möglichen abstrakten Bedarfs ist die konkrete Unternehmung darauf hin zu prüfen, ob sie der reinen Gewinnerzielung dient oder nicht, was an objektiven Kriterien messbar ist und keiner Prognoseentscheidung unterliegt.

Vergleichbar ist das Anerkenntnis des Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers in Bezug auf die Gemeinwohldienlichkeit der von ihm erlassenen Normen.[1459] So hat der Landesgesetzgeber den Kommunen teilweise einen positivrechtlichen Freifahrtschein geschaffen, indem alle Tätigkeiten der Daseinsvorsorge einem öffentlichen Zweck dienen sollen und dies unabhängig von der Art und dem Ort der Tätigkeit.[1460] Gleichzeitig wird jedoch betont, dass die Kommunen den verfassungsrechtlichen Rahmen der Gemeinwohlnützigkeit nicht verlassen dürfen.[1461] Prozedurale Maßnahmen, die dies sicherstellen sollen, zielen aber allesamt auf die Informationsrechte der Vertretungsorgane ab und nicht auf die Kommunalaufsicht, was im Ergebnis deren Kontrollfunktion wenig verstärkt.[1462] Ganz im Gegenteil hält das Erfordernis des „gemeindefreundlichen Verhaltens" die Kommunalaufsichten eher an, die von den Gemeinden selbst aufgestellten Kriterien und Gewichtungen zu übernehmen.[1463] An dieser Stelle ist zwingend eine Änderung

---

1457 Ebenso OVG Münster NVwZ 2008, S. 1031 (1035); *Hösch*, DÖV 2000, S. 393 (400); a.A. BVerwGE 39, 329 (335); *Moraing*, WiVerw 1998, S. 233 (253); *Grünewald*, in: Danner/Theobald, Energierecht, GemEnW, Rn. 24.

1458 BVerwGE 39, 329 (333).

1459 BVerfGE 107, 186 (198ff.); *Bickenbach*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, S. 146. Ihn trifft hier auch eine objektive Darlegungslast, auf deren Grundlage die Rechtmäßigkeit der Gesetze einer gerichtlichen Überprüfung unterzogen wird.

1460 So. z. B. §§ 107, 107a GO NRW

1461 Dazu schon oben Punkt F. IV) 3) a) aa).

1462 *Ruffert*, VerwArch 92 (2001), S. 27 (40).

1463 OVG Münster, OVGE 19, 192 f.; *Tettinger*, Ingerenzprobleme staatlicher Konjunktursteuerung auf kommunaler Ebene, S. 97 ff.; *Geis*, Kommunalrecht, S. 259.

der bisherigen Praxis vorzunehmen, die anhand unten aufgestellter Kriterien einer Überprüfung der Kommunalaufsicht und der Gerichte bedarf.

Die Frage der finanziellen Leistungsfähigkeit beinhaltet den voraussichtlichen Bedarf und ist zutreffend unter die Gruppierung der Prognoseentscheidungen zu subsumieren. Der Stellenwert der Finanzhoheit kann aufgrund der einhergehenden Gestaltungsmacht nicht hoch genug eingeschätzt werden, so dass an dieser Stelle zu recht einer möglichen Zweckmäßigkeitskontrolle durch die Kommunalaufsicht mit Hilfe eines Beurteilungsspielraums der Gemeinden vorgegriffen werden muss.[1464] Die Grenze dieses Beurteilungsspielraums muss aber auch hier, wie bei der Bewertung der Gemeinwohldienlichkeit, bei der Einhaltung klar definierter Vorgaben liegen. Solch klar definierte Parameter sind im Zusammenhang mit der finanziellen Leistungsfähigkeit der Kommune zudem überaus naheliegend. Denn die Prognose über die Leistungsfähigkeit und den Bedarf wird bzw. muss auf der Grundlage objektiven Datenmaterials vollzogen werden.[1465] Raum für politische Wertungen als Ausdruck der Selbstverwaltungsgarantie lässt sich bei anderen Merkmalen schaffen, nicht jedoch bei einer betriebswirtschaftlichen Analyse. Um eventuelle Fehler der Beurteilung seitens der Gemeinde besser kontrollieren zu können, sollten bereits implementierte betriebswirtschaftliche Risiko- und Wirtschaftlichkeitsanalysen nicht nur dem Rat, sondern gerade auch der Kommunalaufsicht vorgelegt werden müssen. Bisher ist lediglich eine Anzeigepflicht gemäß bspw. § 152 Abs. 1 NKomVG normiert. Allerdings ist für den Bereich der Energieversorgung festzustellen, dass selbst diese Voraussetzungen unter dem Eindruck einer weiteren Liberalisierung, bereits abgeschwächt wurden.[1466] Bei der Aufstellung der Kriterien wäre zwingend zu beachten, dass Kommunen durch die Gesellschaften des Privatrechts gesetzlich zwar nur beschränkt haften. Zum einen müssen jedoch bereits die Mittel für die Errichtung des Betriebes aufgebracht werden und zum anderen auch im Haftungsfalle bzw. bei einem Liquiditätsbedarf der Gesellschaft Kommunen aufgrund politischer Direktiven sehr viel weniger gewillt sind deren Konkurs zu tolerieren als dies Private tun würden. Ebenfalls ist zu beachten, dass dafür notwendige Finanzmittel aufgrund der einfacheren Kommunalkreditaufnahme von Banken in der Regel problemloser zur Verfügung gestellt werden.

Weiterhin wäre eine feste Ausgabengrenze für ein Projekt hilfreich, die sich an dem Haushaltsumfang der Kommune orientiert und die nur durch explizite Genehmigung überschritten werden darf. In der Regel sind Konkretisierungsvorschläge der Kommunalaufsicht von Haushaltsaspekten untersagt[1467], eine einfachgesetzliche allgemeingültige Grenze kann hier jedoch Abhilfe schaffen. Projekte ab einer bestimmten (ins Verhältnis zu der Einwohnerzahl oder dem Haushalts-

---

[1464] So im Ergebnis auch *Ruffert*, VerwArch 92 (2001), S. 27 (43).

[1465] *Wefelmeier*, in: Blum u.a., § 136 NKomVG, Rn. 34; *Burgi*, Kommunalrecht, S. 43 f.; *Ruffert*, VerwArch 92 (2001), S. 27 (40)

[1466] § 107 Abs. 3 GO NRW, dazu *Held*, in: Held/Winkel/Wansleben, § 107 GO NRW, Ziff. 3.6.

[1467] *Brüning*, DÖV 2010, S. 553 (557).

umfang der Gemeinde gesetzten) Größenordnung sollten unabhängig von dem Sektor Energieversorgung und außerhalb der allgemeinen Haushaltsprüfung, einer höherinstanzlichen Stelle zur Prüfung vorgelegt werden. Eine Marktanalyse wie von § 107 Abs. 5 GO NRW gefordert sollte nicht nur dem Rat, sondern auch der Kommunalaufsicht aufgrund gesetzlicher Bestimmungen vorgelegt werden müssen.

Schließlich sind gerade auf der Bedarfsseite strenge Maßstäbe anzulegen. Zwingend sollte je nach Größe des Projektes eine Bedarfsanalyse von mehr als einem, mit dem Projekt nicht verbundenen Gutachter normiert werden. Zu oft haben Kommunen wider oder ohne besseres Wissen ein überdimensioniertes „Leuchtturmprojekt" begonnen.[1468] Bisher dienen solche Analysen nur als Begründungs- und Entscheidungsbehelf,[1469] sie müssen für eine wirksame Überprüfung jedoch wesentlich genauer ausdifferenziert sein, zudem als voll überprüfbare Entscheidungsgrundlage der Kommunalaufsicht dienen und nicht nur als Entscheidungsindiz herhalten. Sollten sich Zweifel hinsichtlich der Rechtmäßigkeit oder gar der Tauglichkeit des Datenmaterials ergeben[1470], sollte der Kommunalaufsicht das Recht zukommen eine erneute unabhängige Wirtschaftlichkeitsprüfung vornehmen zu lassen. Diese müsste sodann, um der Selbstverwaltungsgarantie gerecht zu werden, umgehend dem Gemeinderat zugeleitet werden, um diesen zum einen zu informieren und ihm zum anderen die Gelegenheit zu geben bei abweichender Einschätzung, neu zu entscheiden.

c) Rechtfertigung des Eingriffs in Art. 28 Abs. 2 GG durch das Rechtsstaatsprinzip?

Die besondere verfassungsrechtliche Stellung der Kommunen verwehrt einen pauschalen Vergleich mit anderen Teilen der Exekutive. Vielmehr sind bei den Konkretisierungsüberlegungen die Ausflüsse der institutionellen Gewährleistungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG im Blick zu behalten.

Ziel einer hier ansetzenden Veränderung soll daher nicht die Übertragung der gesamten Entscheidung auf eine rechtsträgerverschiedene Instanz sein, die möglicherweise aus legitimatorischer Sicht eine schwächere Position einnimmt, sondern eine Objektivierung der anzulegenden Maßstäbe. Eine solche Objektivierung kann aus hier vertretener Sicht nur dadurch erreicht werden, dass der Landesgesetzgeber den Anforderungskatalog an kommunale Wirtschaftstätigkeit konkreti-

---

1468 Siehe hierzu umfassend das Schwarzbuch des Bunds der Steuerzahler 2014 mit besonderem Schwerpunkt auf kommunaler Wirtschaftstätigkeit, http://www.steuerzahler.de/files/15735/Schwarzbuch_2014_Web_2Aufl.pdf.

1469 Vgl. § 107 Abs. 5 GO NRW.

1470 Ausdrücklich ohne einen Generalverdacht über die Unabhängigkeit von Wirtschaftsprüfungsunternehmen aufzustellen, liegt es doch zumindest nahe, dass oben genannte Gutachten bewusst oder unbewusst im Zweifel dazu tendieren dem Willen und Wunsch des Auftraggebers zu entsprechen. Siehe zu dem Einfluss der Gutachterauswahl im Generellen und dem Einfluss darauf, wer den Gutachter beauftragt und welche Intention dieser bei der Auftragsvergabe hat: *Jordan/Gresser*, DS 2004, 71 ff.

siert. Nur er besitzt sowohl die Kompetenz als auch die legitimatorischen Voraussetzungen den Beurteilungsspielraum der Kommunen weiter zu verengen.

Aber auch diese Konkretisierung bzw. Objektivierung der Schrankentrias stellt einen Eingriff in Art. 28 Abs. 2 GG dar. Zwar werden die kommunalwirtschaftlichen Vorgaben de jure nicht entscheidend verändert, de facto stellt eine Konkretisierung der Schrankentrias jedoch ein entscheidendes Minus zu dem vorherigen Entscheidungsspielraum und ergo einen Eingriff dar.[1471] Handlungen der Kommunalaufsicht können generell einen Eingriff darstellen, ebenso wie eine legislatorische Maßnahme, die den Aufsichten weitere Eingriffsbefugnisse in die Beurteilungsspielräume und Entscheidungsbereiche der Kommunen erlaubt.[1472] Aufgrund des Gesetzesvorbehalts des Art. 28 Abs. 2 GG ist ein einfachgesetzlicher Eingriff jedoch möglich, zu dessen Rechtfertigung mithin Verfassungsgüter zu benennen sind. In erster Linie können an dieser Stelle der Bestimmtheitsgrundsatz und das Rechtsstaatsprinzip allgemein angeführt werden. Ebenfalls könnte subsidiär an die Grundrechte privater Konkurrenten gedacht werden.

Die Kommunalaufsicht stellt in ihrer oben beschriebenen verfassungsrechtlichen Stellung einen unabdingbaren Teil für die Gewährleistung rechtsstaatlichen Handelns dar. Das Rechtsstaatsprinzip verlangt eine unbedingte Gesetzmäßigkeit staatlichen Handelns und gilt als „eines der elementaren Prinzipien des Grundgesetzes".[1473] Der geforderte Grad der Bestimmtheit richtet sich nach der Eingriffsintensität und der sachlichen Eigenart des Regelungsgegenstandes.[1474] Als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips gebietet das Bestimmtheitsgebot „dass das Handeln der Verwaltung messbar und in gewissem Ausmaß für den Staatsbürger voraussehbar und berechenbar wird".[1475] Der Verwaltung sollen klare Handlungsmaßstäbe vorgegeben und es soll die gerichtliche Kontrolle ermöglicht werden.[1476] Insbesondere bewirkt die Unbestimmtheit von Voraussetzungen das Risiko eines unangemessenen Verhältnisses von Gemeinwohlbelangen, für deren Durchsetzung in Freiheitsrechte eingegriffen wird.[1477] Aufgrund dessen lassen sich kommunalwirtschaftliche Aktivitäten bei einem höheren Grad an Bestimmtheit und Transparenz (Demokratieprinzip) gegenüber privater Konkurrenz besser rechtfertigen, weil sich das Gemeinwohl als konturenarme Grundlage der staatlichen Aktivität durch einen Konkretisierungskatalog zu einem scharfen Schwert und Rechtfertigungsgrund wandeln würde. Die derzeitige Ausgestaltung der kommunalen Schrankentrias als unbestimmte Rechtsbegriffe ohne weitergehende

---

1471 BVerfGE 78, 331 (341); vgl. zu den Anforderungen eines faktischen Eingriffs in das Selbstverwaltungsrecht BayVerfGH NVwZ 1997, S. 481 (483).

1472 BVerfGE 6, 104 (118); 78, 331 (341).

1473 BVerfGE 20, 323 (331).

1474 BVerfGE 49, 168 (181); 59, 104 (114); 93, 213 (238) *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, Art. 20 GG, VII, Rn. 60.

1475 BVerfGE 8, 274 (3259, 13, 137 (147); 56, 1 (12).

1476 BVerfGE 110, 33 (54); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Art. 20 GG, Rn. 83.

1477 BVerfGE 110, 33 (55).

Konkretisierung verstößt zwar nicht gegen das Bestimmtheitsgebot und ist damit wegen der bereits dargelegten Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers auch verfassungsgemäß. Aufgrund dieser Gestaltungsfreiheit liefern genannte Argumente im Gegenschluss aber auch Rechtfertigungsgründe für eine weitere Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe und damit einen Eingriff in das Selbstverwaltungsrecht der Kommunen.

Eine gestärkte Rechtsklarheit und Bestimmtheit dienen zudem der gerichtlichen Überprüfbarkeit und damit der Stärkung privater Mitbewerber in Hinblick auf einen fairen Wettbewerb. Im Gegenzug dürften die Gemeinwohlbelange durch die Präzisierung weiter an Gewicht gewinnen und so auch die Rechtsstellung der Kommunen in den rechtmäßig betriebenen Geschäftsfeldern gegenüber privaten Konkurrenten stärken und einfachgesetzliche Eingriffe in die Selbstverwaltungsgarantie vor höhere Hürden stellen.[1478]

d) Zwischenergebnis

In den Bereichen, in denen den Gemeinden kein Beurteilungsspielraum zusteht, wie der öffentlichen Zweckbindung, sollten von dem jeweiligen Landesgesetzgeber Kriterien aufgestellt werden, die eine solche Bindung positiv konkretisieren oder negativ ausschließen. Im Rahmen von Prognoseentscheidungen ist auf der Ebene des Verfahrens anzusetzen. Entscheidungen über die Leistungsfähigkeit und den Bedarf dürfen kommunale Mandatsträger nur auf der Grundlage validen objektiven Datenmaterials treffen, welches in gleichem Umfang der Kommunalaufsicht zur Überprüfung der Vertretbarkeit der daraus gewonnenen kommunalen Wertung vorzulegen sein sollte. Im Ergebnis würde der Beurteilungsspielraum der Kommunen somit weniger eingeschränkt als weitest möglich objektiviert und transparent gestaltet.

II. Örtlichkeitsprinzip

Grundlegend soll für das Örtlichkeitsprinzip eingangs festgehalten werden, dass dessen Beachtung institutionell zu bestimmen ist. Das bedeutet, dass die Frage, ob die örtliche Radizierung der wirtschaftlichen Tätigkeit eingehalten wurde, danach bestimmt werden soll, ob das Ergebnis der Tätigkeit – wie oben an dem Beispiel Energieerzeugung und Energieversorgung extra muros gezeigt – unmittelbar den Einwohnern der Heimatgemeinde zugutekommt oder nicht. Kommunale Energieerzeuger sehen sich bei der außerörtlichen Tätigkeit aber zwei weiteren entscheidenden verfassungsrechtlichen Problemen ausgesetzt: Die personelle demokratische Legitimation für diese Tätigkeit fehlt und das Selbstverwaltungsrecht der deutschen Zielkommune wird verletzt. Als Lösung dieses Problems wurden unter anderem ein Zustimmungserfordernis, eine Entscheidungsbefugnis der Rechtsauf-

[1478] Siehe oben die Argumentation des rheinland-pfälzischen Verfassungsgerichtshofs Punkt F. IV) 3) a) cc) (6).

sicht oder eine gerichtliche Klärung vorgeschlagen.[1479] Aus diesen Vorschlägen sollen nachfolgend Kriterien für eine Rechtsfortbildung erarbeitet werden.

Der Mangel an personeller demokratischer Legitimation lässt sich, wie erwähnt, durch kollidierende Verfassungsgüter ausgleichen. Hierbei gilt es jedoch zu beachten, dass eine Kooperation – gleich welcher Rechtsform – aus rein Wirtschafts- bzw. Gewinnmaximierungsgründen eine Verletzung des Demokratieprinzips schwerlich rechtfertigt. In diesem Falle ließe sich der Eingriff nur durch das verfassungsimmanente Wirtschaftlichkeitsgebot (Art. 114 Abs. 2 S 1 GG und die Normen der jeweiligen Landesverfassungen) rechtfertigen, was im Einzelfall eine sehr dünne Grundlage bilden kann.[1480] Stärken ließe sich die Legitimationskette durch einen Zustimmungsbeschluss des Vertretungsorgans der Zielkommune über die Tätigkeiten der Stammgemeinde auf ihrem Gebiet. Durch das Anerkenntnis der Vertreter der Zielkommune würde die Legitimationskette zu den Vertretern der anderen Kommune zumindest mittelbar wieder aufgenommen. Diese Vorgehensweise könnte zudem das Tätigwerden in dem Herrschaftsbereich der Zielkommune rechtfertigen. Eine Zustimmung würde folglich bei beiden Mängeln Abhilfe schaffen.

Allerdings stellt sich die Frage, inwieweit ein solches Zustimmungs- oder Beschlusserfordernis durchführbar ist, sprich ob andere Regelungen einer solchen Einführung entgegenstehen könnten.

Die *Berücksichtigung* der „berechtigten Interessen" der Zielkommune ist bereits in den meisten Kommunalverfassungen normiert.[1481] Die „berechtigten Interessen" der Zielkommunen stellen dabei bisher ein schwaches Abwehrrecht dar, da es kaum legislatorische Anhaltspunkte gibt, wie diesem unbestimmten Rechtsbegriff Kontur verschafft werden kann.[1482] Der „Wunsch" nach einer Einigung zwischen den beiden betroffenen Kommunen findet sich hingegen schon in einigen Gesetzentwürfen.[1483] Allerdings sind die Interessen im Bereich der Energiewirtschaft auf solche der Vorschriften des EnWG beschränkt. Aus Liberalisierungsgesichtspunkten ist dies folgerichtig, da die Zielkommune ansonsten unliebsame Konkurrenz an einem Marktzutritt auf ihrem Gebiet hindern könnte. Dem Aspekt

---

[1479] Vgl. *Kühling*, NJW 2001, S. 177 (180); auch in Teilen *Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. C Rn. 184 f.

[1480] Dazu auch: *Brosius-Gersdorf*, AöR 130 (2005), S. 393 (440).

[1481] Vgl. § 107a Abs. 3 S. 1 GO NRW; Art. 87 Abs. 2 S. 1 BayGO; § 85 Abs. 2 S. 1 GO Rh.-Pf.; § 71 Abs. 5 S. 1 Thür.GO; § 116 Abs. 3 S. 1 GO LSA; § 102 Abs. 7 S. 1 GO BW; § 108 Abs. 4 Nr. 2 KSVG; § 101 Abs. 3 S. 1 GO S-H; § 121 Abs. 5 Nr. 2 Hess. GO.

[1482] *Held*, in: Held/Winkel/Wansleben, § 107 GO NRW, Ziff. 3.3.7; *Scharpf*, NVwZ 2005, S. 148 (151); Bay. LT-Drs. 13/10 828 vom 21.04.1998, Gesetzentwurf zur Änderung des kommunalen Wirtschaftsrechts und anderer kommunalrechtlicher Vorschriften Umwandlung in ein kommunales Unternehmensrecht, S. 19f.

[1483] LSA-LT.Drucks. 3/3022 vom 26.04.2000, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung kommunalwirtschaftlicher Vorschriften und Entwurf des Gesetzes über die kommunalen Anstalten des öffentlichen Rechts (Anstaltsgesetz - AnstG), S. 25f.; HessLT-Drs. 16/2463 vom 06.07.2004, Gesetz zur Änderung der Hessischen Gemeindeordnung und anderer Gesetze, S. 60.

der Verletzung des Selbstverwaltungsrechts der Kommunen wird dabei jedoch überhaupt nicht Rechnung getragen. Es müsste demnach eine Normierung ausgearbeitet werden, die sowohl die Wettbewerbsvorschriften beachtet als auch die oben genannten Probleme aufnimmt und entschärft.

Mit guten Gründen ließe sich die extraterritoriale Wirtschaftstätigkeit von Kommunen gegen den Willen der anderen Kommune generell ablehnen.[1484] Für Zusammenschlüsse eröffnen sich ausreichend Möglichkeiten interkommunaler Zusammenarbeit, die sie in eine stärkere Wettbewerbsposition gegenüber der Privatwirtschaft bringen kann.[1485] Unter dem Eindruck immer fortschreitender Liberalisierung und der möglichen Zukunftsperspektive eines gesamteuropäischen Energiemarktes soll an dieser Stelle der Wettbewerbsgedanke in den Änderungsvorschlag stärker eingearbeitet werden, um mit der vom Autor angenommenen Entwicklung Schritt zu halten.

Hierbei könnte ein Zustimmungserfordernis der Vertretung der Zielkommune die „Berücksichtigung" konkretisieren und verschärfen. Um dem Wettbewerbsgedanken Rechnung zu tragen, sollte eine Versagung des Marktzutritts ihrerseits wieder eine Einschränkung finden, indem die Versagensgründe aus dem EnWG um eine die Belange der Zielkommune inkorporierende Formulierung ergänzt wird. Diese könnten unter den Schlagwörtern der „sonstigen berechtigte Interessen" gesammelt werden.

Um konsistent den Leitideen dieser Arbeit zu folgen, sollten diese Gründe idealerweise legal definiert bzw. konkretisiert werden. Hierunter könnten der bereits anerkannte „ruinöse Wettbewerb" zur Vermeidung einer Doppelverwaltung[1486], eine fehlende vorherige Anhörung bzw. ein Einigungsversuch[1487] und als Auffangtatbestand sonstige überwiegende herausragende Gemeinwohlinteressen der Zielkommune fallen. Dieser letzte Punkt soll den Kommunen das Recht einräumen sich auf Grundlage einer Abwägung von Verfassungsgütern gegen ein „feindliches Eindringen" zu wehren. Die Ausformung des einzelfallabhängigen Maßstabs ist der Judikative zu überlassen. Eine konkretere Normierung soll hierbei die Zwecke einer erhöhten Rechtssicherheit sowie eine Appellfunktion an kommunale Mandatsträger bewirken.

[1484] Ebenso: *Ehlers*, DVBl. 1998, S. 497 (504); *Knauff*, VR 2005, S. 145 ff.; *Attendorn/Schweitzer*, NWVBl. 2013, S. 13 ff.; *Heintzen*, NVwZ 2000, S. 743 f.; differenzierend: *Burgi*, Sektorenspezifische Modernisierung des kommunalen Wirtschaftsrechts in Nordrhein-Westfalen: Ein neuer Ordnungsrahmen für die „energiewirtschaftliche Betätigung", S. 59 ff.

[1485] Siehe zu öffentlich-rechtlichen Kooperationsformen oben Punkt E. I) 2) a). Auf eine von *Gern* aufgeworfene zwangsweise Kooperation soll an dieser Stelle nicht eingegangen werden, hierzu *Gern*, NJW 2002, S. 2593 (2597); *Becker*, DÖV 2000, S. 1032 (1038).

[1486] OVG Münster DVBl. 1982, S. 504 (505); *Becker*, DÖV 2000, S. 1032 (1039).

[1487] *Scharpf*, NVwZ 2005, S. 148 (151); vgl. *Gaß*, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. C Rn. 184; *Nierhaus/Engels*, in: Sachs, Art. 28 GG, Rn. 49.

Aus der bisherigen Rechtsprechung lässt sich zu einer Konkretisierung der „berechtigten Interessen" wenig entnehmen. Für eine mögliche Konkretisierung lässt sich aus im Zusammenhang stehenden Urteilen jedoch folgendes ableiten:

Das OVG NRW hat, wie auch sonst kein Obergericht, in Bezug auf die Überörtlichkeitsklausel des § 107 Abs. 4 GO NRW zu den genauen Anforderungen der „berechtigten Interessen" geschwiegen, jedoch ausgeführt, dass es sich bei der überörtlichen Betätigung um einen Eingriff in das Selbstverwaltungsrecht der Zielkommune handelt und diese nur durch die Wahrung ihrer Interessen gerechtfertigt werden kann.[1488] Aus der bisherigen Rechtsprechung zu dem Schutz kommunaler wirtschaftlicher Betätigung lässt sich ersehen, dass ein (vertikaler) Aufgabenentzug einer Kommune nicht schon dann gerechtfertigt ist, weil sie ein anderer wirtschaftlicher erfüllen kann, sondern vielmehr überwiegende Gründe des Gemeinwohls wie ein unverhältnismäßiger Kostenanstieg verlangt werden.[1489] Neben der vertikalen Schutzrichtung ist dem Art. 28 Abs. 2 GG anerkanntermaßen auch eine horizontale Schutzwirkung immanent.[1490] Übertragen bedeutete dies, dass die Zielkommune darlegen müsste, dass die Tätigkeit der expandierenden Kommune ihre eigene wirtschaftliche Tätigkeit nicht nur im Rahmen marktüblicher Konkurrenz beeinträchtige, sondern sie ihr unmöglich machen würde, sprich einem Entzug gleich käme, wohingegen die Stammgemeinde darlegen müsste, dass das Verbleiben der Aufgabe in den eigenen Gemeindegrenzen einen unverhältnismäßigen Kostenanstieg für die Gemeindeeinwohner bedeuten würde.[1491] Einen weiteren Anhaltspunkt bietet die Rechtsprechung des BVerwG, die eine Hochzonung der Energieversorgung allein aufgrund mangelnder Leistungsfähigkeit verneint, sondern eine Zustimmung der betroffenen Gemeinde oder ein Einschreiten aus Gründen des öffentlichen Wohls verlangt.[1492] Die Tätigkeit extra muros wäre demnach auf eine konkurrierende Tätigkeit beschränkt, die auf das sachlich und zeitlich notwendige Maß reduziert wird, was sich an dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unter Einbeziehung der überwiegenden Interessen des Gemeinwohls messen lassen muss.[1493] Die „berechtigten Interessen" wären also in diesem vorgenannten Sinne auszulegen. Die Argumentation, dass im Bereich der Versorgung lediglich die Versagensgründe des § 20 Abs. 2 EnWG möglich sind, weil die bundesgesetzliche Regelung durch landesgesetzliche kommunalspezifische Begrenzungen nicht ausgehöhlt werden kann,[1494] geht fehl. Denn diese kommunalen Rücksichtnahmepflichten ergeben sich zum einen *unmittelbar* aus Art. 28 Abs. 2

[1488] OVG Münster NVwZ 2008, S. 1031 (1035).
[1489] BVerfGE 79, 127 (153).
[1490] BVerwGE 40, 323 (329f.); *Kühling*, NJW 2001, S. 177 (179); *Gern*, NJW 2002, S. 2593 (2596); *Jarass*, DÖV 2002, S. 489 (500); a.A. *Moraing*, WiVerw 1998, S. 233 (246).
[1491] Vgl. *Kühling*, NJW 2001, S. 177 (179).
[1492] BVerwG Der Städtetag 1995, S. 661 (662).
[1493] BVerfG NJW 1981, S. 1659f.; BVerwG VBl.BW 1984, S. 203 (204f.); *Gern*, NJW 2002, S. 2593 (2597).
[1494] So aber *Geiger/Aßmann*, DVBl. 2012, S. 1276 (1282).

GG, dessen Berücksichtigung sich in den „berechtigten Interessen" der Kommunen in den Kommunalgesetzen wiederfinden. Zum anderen sind privatwirtschaftliche und öffentlich-rechtliche Unternehmen eben gerade nicht gleich zu behandeln. Dies lässt sich zusätzlich auf europarechtlicher Ebene manifestieren, bei der es dem Staat unbenommen bleibt seine eigenen Rechte in Bezug auf die Grundfreiheiten zu beschneiden. Sicherlich ist zu beachten, dass den Kommunen mit Art. 28 Abs. 2 GG eine Selbstverwaltungsgarantie gegenüber Eingriffen der übergeordneten Ebene zustehen. Dieser Ausgleich findet aber in der Abwägung anderer verfassungsrechtlicher Güter statt und kann von den Liberalisierungsbestrebungen des EnWG nicht vereitelt werden.

Nur unter Schaffung der Möglichkeit für eine Zielkommune ihre sich aus der Selbstverwaltungsgarantie ergebenden Rechte überhaupt geltend machen zu können, liegt eine verfassungskonforme Auslegung der Überörtlichkeitsklauseln vor. Dieser Zustimmungsbeschluss bedürfte einer weiteren Überprüfung durch die Kommunalaufsicht und müsste zudem in einem hohen Maße anhand dieser Kriterien justiziabel sein. Im Rahmen der Gemeinwohlabwägung muss der Judikative das Recht zugestanden werden eine unbeschränkte Verhältnismäßigkeitsabwägung vornehmen zu können.

Das Land Schleswig-Holstein setzt mit der aktuellen Fassung des § 101 Abs. 2 GO SH bereits eine Einigung beider Kommunen bei einer überörtlichen Tätigkeit voraus. Bei einem Scheitern der Einigungsverhandlungen ist die Kommunalaufsicht zu unterrichten. Diese Normierung ist aus oben genannten Gesichtspunkten begrüßenswert. Zu monieren ist an dieser Stelle jedoch, dass nicht ersichtlich ist, welche Folgen eine solche „Unterrichtung" nach sich zieht.[1495]

Die Einführung eines solchen Zustimmungserfordernisses ist im Ergebnis aufgrund der Möglichkeit andere Rechtsgüter von Verfassungsrang zur Rechtfertigung heranzuführen nicht zwingend geboten.[1496] Da in der Regel zuvorderst Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkte angeführt werden können und sich dies nach hier vertretener Ansicht als unzureichend herausgestellt hat, würde eine positivrechtliche Normierung eines Zustimmungserfordernisses ein hohes Maß an Rechtssicherheit und Rechtmäßigkeit schaffen.

[1495] Anders *Dehn/Wolf*, in: Bracker/Dehn, § 101 GO SH, S. 601. Ein solches „Ersetzen" der Zustimmung lässt sich in Hinblick auf die Zustimmung der Gemeinde zu Bauprojekten bereits in § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB ablesen und wäre in abgewandelter Form auch für die kommunale Wirtschaftstätigkeit eine Möglichkeit.

[1496] *Brosius-Gersdorf*, AöR 130 (2005), S. 393 (422).

III. Öffentlicher Zweck

Die öffentliche Zweckbindung zu konkretisieren steht zum einen vor definitorischen Problemen,[1497] wenn es in dem jeweiligen Gesetz nicht entsprechende Hilfestellungen gibt.[1498] Zum anderen befindet sich der Gemeinwohlbegriff im Bereich der Kommunalwirtschaft in einem echten Dilemma, indem er versuchen muss mit der verfassungsrechtlichen Gemeinwohlbindung und der Tätigkeit in der liberalisierten Marktwirtschaft zwei kontradiktorischen Systemen gerecht zu werden. An dieser Stelle können daher bei Betrachtung der Tiefe und Komplexität der Konfliktlage nur einige Ideen für Lösungsansätze angerissen werden.

Unbestritten bleibt festzustellen, dass das Gemeinwohl Grundlage jeden staatlichen Handelns sein muss. Es handelt sich weniger um eine Beschränkung, sondern vielmehr um die Grundlage aller Staatlichkeit, was mithin die Bedeutung dieser Voraussetzung unterstreicht. Die Stellschraube, der sich Exekutive wie Legislative bedienen, ist die weite Auslegung dieses Begriffs. Dieser weiten Auslegung folgend, wird im Bereich der kommunalen Wirtschaftstätigkeit nur anerkannt, dass eine Gemeinwohlnützigkeit gerade nicht vorliegt, wenn die Errichtung oder der Betrieb auf die reine Gewinnerzielung abzielt. Die für die dennoch verfolgte Gewinnmaximierung einmütig als Rechtfertigung vorgebrachten *economies of scale* sind der Punkt, an dem aus hier vertretener Sicht eine Grenze zu ziehen ist. Eine Distinktion zwischen dem weiteren Streben besserer und effizienterer Verwirklichung des öffentlichen Zwecks und einer reinen Gewinnsteigerung ist gerade an diesem Scheidepunkt herausfordernd und aufgrund der Vielgestaltigkeit der Unternehmen und Unternehmensaufgaben hoch komplex. Dennoch wurden bereits einige Ansätze in diese Richtung gehend entwickelt.

Ein Ansatzpunkt, eng verbunden mit den *economies of scale,* unterscheidet zwischen Kapazitätsauslastung und Kapazitätserweiterung. Die Ansicht, die bereits die Erwirtschaftung von Mitteln für den Haushalt als ausreichend für das öffentliche Zweckerfordernis ansieht[1499], kann für eine Grenzziehung komplett verworfen werden[1500], da sich dadurch jedwede Tätigkeit als gemeinwohlnützig deklarieren ließe und das Gemeinwohlprinzip stark an Bedeutung verlöre. Auch der Rechtsprechung des OVG Münster[1501] und des BVerfG[1502] lässt sich entnehmen, dass eine mittelbare Förderung des öffentlichen Zwecks durch öffentliche Unterneh-

---

[1497] So auch die Monopolkommission in ihrem XX. Hauptgutachten, S. 251f.

[1498] Siehe dazu die Zusammenstellung bei *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 82 (Fn. 155), wonach § 1 Abs. 3 S. 2 bay. Stiftungsgesetz v. 26.11.1954, sowie § 3 des nrw. PresseG und § 1 Abs.2 u. 3 nrw. KHG den öffentlichen Zweck bzw. die öffentliche Aufgabe für den Anwendungsbereich des jeweiligen Gesetzes legal definieren.

[1499] So z. B. *Wolff*, DÖV 2011, S. 721 (725); *Cremer*, DÖV 2003, S. 921 (922f.).

[1500] Die primäre Sicherstellung der Kommunen mit ausreichend Finanzmitteln wird über Steuern gewährleistet. Grundlegend: *Tettinger*, Ingerenzprobleme staatlicher Konjunktursteuerung auf kommunaler Ebene, S. 67 ff.

[1501] OVG Münster NVwZ 2003, S. 1520 (1523).

[1502] BVerfG DVBl. 1982, S. 940 f.

men nicht ausreicht. Ebenfalls nicht gefolgt werden kann der Ansicht, dass der „öffentliche Zweck" als normativer Rechtsbegriff sich „an den Realitäten des Wettbewerbs" zu orientieren hat.[1503]

Kapazitätsauslastung bedeutet die vorhandenen Ressourcen optimal zu nutzen. Das OLG Hamm erkennt selbst diese Rechtsfigur nicht an und hat die Grenze bereits einen Schritt zuvor gezogen, indem es entschieden hat, dass Gemeinden bei Überkapazitäten diese abzubauen haben und nicht durch Zusatzaufträge eine Vollauslastung erreichen sollen.[1504] Ansonsten würde den Kommunen die Möglichkeit eingeräumt durch eine antizipiert überdimensionierte Ressourcenbereitstellung ihre wirtschaftliche Tätigkeit auszuweiten.[1505] Auch wenn diese Bewertung einen großen Problemkreis erkannt hat, kann ihr unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots nicht als generellem Kriterium gefolgt werden. So hat auch das BVerwG betont, dass die effiziente Ausnutzung vorhandener Kapazitäten dem Gebot des ökonomischen und sparsamen Verwaltungshandelns entspricht und folglich unter das öffentliche Zweckerfordernis zu subsumieren ist.[1506] In der Konsequenz muss den Kommunen auf einem unternehmerischen Tätigkeitsfeld auch unternehmerisches Handeln zugestanden werden, dies unter der Prämisse, dass die kapazitätsauslastende Maßnahme inhaltlich mit der vom öffentlichen Zweck gedeckten Tätigkeit korrespondiert und dieser quantitativ nachgeordnet ist.[1507]

Eine kapazitätserweiternde Tätigkeit hingegen bezieht sich nicht auf die vorhandenen Ressourcen, sondern setzt die Ausweitung dieser voraus. Hierunter fallen vor allem die sogenannten Annextätigkeiten, die sich im Bereich der Energieversorgung insbesondere auf Dienstleistungen wie Installationen oder Beratung beziehen.[1508] Fraglich ist, ob diese Tätigkeiten unmittelbar selbst von einem öffentlichen Zweck getragen sein müssen oder ob ein enger Zusammenhang mit der Haupttätigkeit ausreichend ist. Die Notwendigkeit der Nebentätigkeiten ergibt sich aus konkurrierenden privatwirtschaftlichen Angeboten, die neben der Hauptleistung Energieversorgung eben diese Dienste zusätzlich anbieten.[1509] Ein Verbot dieser Tätigkeiten würde den kommunalen Unternehmen einen schwer zu rechtfertigenden Wettbewerbsnachteil zufügen. Jene Annextätigkeiten sind daher, sofern sie in unmittelbarem Zusammenhang zu der Hauptleistung stehen, unter das öffentliche Zweckerfordernis subsumierbar[1510], was sich bereits in einigen Ge-

---

[1503] *Geiger/Aßmann*, DVBl. 2012, S. 1276 (1278) m.w.N.
[1504] OLG Hamm DVBl. 1998, S. 792 ff.
[1505] OLG Hamm DVBl. 1998, S. 792 ff.
[1506] Vgl. BVerwG DVBl. 1989, S. 829 (830).
[1507] Vgl. *Geiger/Aßmann*, DVBl. 2012, S. 1276 (1279).
[1508] *Henneke/Ritgen*, Kommunales Energierecht, S. 72; *Wolff*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 5, Rn. 26.
[1509] *Geiger/Aßmann*, DVBl. 2012, S. 1276 (1279); *Jarass*, DVBl. 2012, S. 1 (7) für den ÖPNV.
[1510] So auch *Geiger/Aßmann*, DVBl. 2012, S. 1276 (1279); *Jarass*, DVBl. 2012, S. 1 (7).

meindeordnungen niedergeschlagen hat. Sie müssen demnach nicht isoliert betrachtet unmittelbar dem öffentlichen Zweckerfordernis entsprechen.

Alles was über diese quantitativ nachrangigen Nebentätigkeiten und die Auslastung der bisherigen Ressourcen hinausgeht, kann lediglich durch die *economies of scale* und den Wettbewerbsdruck gerechtfertigt werden. Jenseits der Rechtsfiguren der Kapazitätsauslastung und der Annextätigkeiten sind Gemeinwohlbelange daher nur noch schwerlich auszumachen; vielmehr sind hier ausschließlich Konkurrenzgesichtspunkte ausschlaggebend. Es stellt sich demnach die Frage, ob eine quantitative Ausdehnung der wirtschaftlichen Tätigkeit ab diesem Punkt generell unzulässig ist oder ob sich Kriterien entwickeln lassen, die die wirtschaftliche Aktivität dennoch rechtfertigen können.

Der Gedanke jede Expansion, die nicht dem Abbau von Überkapazitäten dient, als unzulässig anzusehen, erscheint zunächst als charmante und verhältnismäßig konkrete Abgrenzungsmöglichkeit[1511], sie lässt jedoch die Zukunftsperspektive der Unternehmen außer Acht. So konkret sich die Kommune auf das eigene Gebiet konzentrieren muss, so ist es den privaten Konkurrenten weiterhin unbenommen dort auch aktiv zu werden und sich mit niedrigeren Preisen zu etablieren.[1512] Der schonende Ausgleich zwischen wettbewerblichen Belangen und Gemeinwohlbindung erscheint durch ein generelles Verbot der Kapazitätserweiterung daher nicht erreicht. In dem darüber hinausgehenden Bereich sollte eine wirtschaftliche Tätigkeit folglich nicht per se verboten, aber an strengen und eindeutigen Kriterien gemessen werden.

Legislatorische Konkretisierungen stehen bei der Vielgestaltigkeit und Dynamik dieses Begriffes jedoch vor großen Herausforderungen. Um die sich stets ändernden extrinsischen Faktoren zu berücksichtigen, böte eine Verankerung auf Ebene des Gesellschaftsvertrages eine adäquate Alternative, um die Sicherung des Gemeinwohls zu institutionalisieren. Festgeschriebener Gesellschaftszweck eines kommunalen Unternehmens sollte daher immer ein detaillierter öffentlicher Zweck sein, dessen Erreichen oberste Priorität einzuräumen ist.[1513] Aber auch diese Zwecksetzung bedarf für eine Steigerung der Rechtssicherheit einer Konkretisierung durch eine Instanz, die zu der Gemeinde verschieden ist. Eine enumerative Auflistung von zulässigen Gesellschaftszwecken wäre dafür und auch für die spätere Justiziabilität gewinnbringend. Diese Auflistung kann aufgrund der Vielgestaltigkeit der Sachverhalte nicht abschließend sein, würde aber einen Ansatz bieten die grundsätzlichen kommunalen Bedürfnisse abzudecken, so dass weitere Gesellschaftszwecke nur unter einem erhöhten Begründungsaufwand zulässig sein könnten. Eine „Konkretisierung" nimmt die bayrische Verfassung in Art. 83 Abs. 1 BayVerf durch eine Auflistung von Aufgaben des eigenen Wirkungskreises

[1511] So *Scharpf*, NVwZ 2005, S. 148 (152).
[1512] So im Ergebnis auch *Rh.-PfVerfGH* NVwZ 2000, S. 801 (803).
[1513] Ausführlich: *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 117 ff., 183 ff., 358 f., 396.

vor.[1514] Hierbei, wie in diversen Kommunalverfassungen (z. B. § 116 Abs. 2 GO LSA), wird versucht Tätigkeitsfelder qua definitionem einem öffentlichen Zweck zuzuführen. Abstrakte Kriterien oder Gründe, um im Einzelfall entscheiden zu können, werden jedoch nicht angegeben. Solche wären allerdings geboten, um die Zweckbindung weiter zu konkretisieren. Zu denken wäre an dieser Stelle beispielsweise an die sichere und preisgünstige Versorgung[1515], die wirtschaftliche Entwicklung der Gemeinde, städtebauliche Entwicklungsmaßnahmen[1516], die Bedarfsdeckung oder wie nunmehr in Niedersachsen mit § 136 Abs. 1 S. 7 NKomVG „die Förderung der Ziele des EEG". Festzuhalten ist zudem, dass alle diese Ziele dem Wohl der Bürger vor Ort zu Gute kommen müssen[1517] und die Gewinnerzielung nur Nebenzweck sein kann[1518] sowie die Nebenzwecke allgemein quantitativ nachrangig sein müssen.[1519] Die alleinige Sicherung von Arbeitsplätzen[1520] und die Finanzmittelbeschaffung[1521] können hingegen keine ausreichenden Gründe liefern und könnten ebenfalls als Negativabgrenzung kodifiziert werden.

Daher steht auch die oben unter Punkt F) IV) 2) c) angesprochene „gesetzgeberische Pflicht" zur Ausweitung der kommunalen Erzeugertätigkeit vor Rechtfertigungsproblemen. Das primär angesprochene Ziel der Finanzmittelbeschaffung erfüllt das öffentliche Zweckerfordernis nach nunmehr herausgearbeiteten Maßstäben nicht. Da im Bereich der Energieerzeugung aus Erneuerbaren Energien jedoch mit den oben beschriebenen Notwendigkeiten hinsichtlich urbanem Energiebedarfs, des ruralen Flächenverbrauchs und den damit einhergehenden Eingriff in Art. 28 Abs. 2 GG weitere Ziele, namentlich die Versorgungssicherheit, die Umsetzung der Energiewende und die Wahrung der kommunalen Handlungsfreiheit und Bauplanungshoheit in diese Überlegungen mit einbezogen werden müssen, kann eine Ausnahmeregelung für die *Erzeugung Erneuerbarer Energien* – wie in Niedersachsen - unter engen Grenzen dennoch Bestand haben. Daher gilt auch an

---

[1514] „In den eigenen Wirkungskreis der Gemeinden (Art. 11 Abs. 2) fallen insbesonders die Verwaltung des Gemeindevermögens und der Gemeindebetriebe; der örtliche Verkehr nebst Straßen- und Wegebau; die Versorgung der Bevölkerung mit Wasser, Licht, Gas und elektrischer Kraft; Einrichtungen zur Sicherung der Ernährung; Ortsplanung, Wohnungsbau und Wohnungsaufsicht; örtliche Polizei, Feuerschutz; örtliche Kulturpflege; Volks- und Berufsschulwesen und Erwachsenenbildung; Vormundschaftswesen und Wohlfahrtspflege; örtliches Gesundheitswesen; Ehe- und Mütterberatung sowie Säuglingspflege; Schulhygiene und körperliche Ertüchtigung der Jugend; öffentliche Bäder; Totenbestattung; Erhaltung ortsgeschichtlicher Denkmäler und Bauten."

[1515] BVerfGE 66, 248 (258); *Schmidt-Preuß*, in: Isensee/Kirchhof, HStR IV, § 93, Rn.2.

[1516] BVerwGE 39, 329 (333).

[1517] *Wefelmeier*, in: Blum u.a. § 136 NKomVG, Rn.25; *Lange*, Kommunalrecht, Kap. 14 Rn. 78 ff.

[1518] *Ehlers*, DVBl. 1998, S. 497 (500); *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 (134).

[1519] *Britz*, NVwZ 2001, S. 380 (384ff.).

[1520] Vgl. OLG Düsseldorf DVBl. 2001, S. 1283 (1285); *Wefelmeier*, in: Blum u.a. § 136 NKomVG, Rn. 25.

[1521] *Cremer*, DÖV 2003, S. 921 ff., *Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Kap. C, Rn. 113ff. m.w.N.

diesem Punkt, dass die kommunalrechtlichen Grenzen einer weiteren Ausdifferenzierung und Konkretisierung bedürfen, um auf die Veränderungen des wirtschaftlichen Umfelds sowie der gesellschaftlichen Bedürfnisse reagieren zu können, ohne die verfassungsrechtlichen Strukturdirektiven zu konterkarieren. Mit der bisherigen Umsetzung einer pauschalen Zweckzuweisung ist es an dieser Stelle nicht getan. Vielmehr bedarf es einer in konkreten Grenzen abgesteckten Erlaubnis für die Erzeugung Erneuerbarer Energie um den Besonderheiten staatlicher Wirtschaftstätigkeit in Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Bindungen sowie die Grundrechte privater Konkurrenten gerecht zu werden und gleichzeitig die zuvor genannten Ziele zu erreichen. An einer dahingehenden ausdifferenzierten Regelung hat sich bereits das Land Hessen in Form des bereits erwähnten § 121 Abs. 1a Hess.GO und weniger ausdifferenziert nunmehr Niedersachsen in § 136 Abs 1 S. 7 NKomVG versucht.

Um die genannten Zielsetzungen besonders wirkungsvoll zu verfolgen, ist ebenfalls die Umsetzung des Landes Hessen überlegenswert, das die Verfolgung eines öffentlichen Zwecks nicht nur bei Errichtung und Erweiterung eines Unternehmens prüft, sondern regelmäßig eine Prüfung des Vorliegens der kommunalrechtlichen Voraussetzungen bei den bereits bestehenden Unternehmen verlangt (vgl. § 121 Abs. 7 Hess.GO). Durch eine solche Überprüfung der tatsächlichen Erfüllung des Gesellschaftszwecks respektive der kommunalrechtlichen Vorgaben ist eine effektive Kontrolle kommunalwirtschaftlicher Expansionen dauerhaft gewährleistet.

IV. Zusammenfassung

Durch eine vertiefende Konkretisierung kommunalwirtschaftlicher Begrenzungen ließen sich die Divergenzen zwischen Verfassungsanforderungen, kommunalrechtlichen Vorgaben und der Rechtswirklichkeit verringern. Dafür sollten insbesondere die Vorgaben für die Kommunen weiter objektiviert werden und diese von einer weiteren Instanz überprüft werden können. Die vorstehenden Ausführungen sind dabei als Vorschläge und Gedankenanstoß für mögliche Rechtsanpassungen angelegt.

H. Zusammenfassung in Thesen

I. Abschnitte A. und B.

Die Energiewirtschaft erlebt durch die Liberalisierung und die Energiewende einen großen Umbruch. Insbesondere die Kommunalwirtschaft wird von der Liberalisierung erfasst und steht in ihrem traditionellen Betätigungsfeld vor bisher unbekannten Herausforderungen und Wettbewerbsdruck. Das Kommunalrecht muss sich dabei diesen neuen Konstellationen anpassen ohne die teils konträren verfassungsrechtlichen Strukturdirektiven außer Acht zu lassen bzw. in der Anwendung Raum für deren Marginalisierung zu schaffen. Kommunale Energieunternehmen sind dabei sowohl nach europäischen, als auch nationalem Recht zulässig und ihre gesetzliche Sonderstellung anerkannt.

II. Abschnitt C.

Zur Realisierung energiewirtschaftlicher Betätigung bedienen sich Kommunen zwar weiterhin speziell öffentlich-rechtlicher Gesellschaftsformen. Die Option die Gesellschaften in privatrechtlicher Form zu betreiben und hierbei insbesondere Holding- oder Konzernstrukturen zu bilden, wird jedoch am häufigsten gewählt.

III. Abschnitt D.

1. Bei kommunalen Energieerzeugungsprojekten sind auch abseits des Kommunalrechts gesetzliche Besonderheiten zu beachten. Aufgrund des den Abstandsflächen geschuldeten hohen Flächenverbrauchs von Windkraftanlagen, dem Widerstand gegen solche Bauvorhaben und der standortabhängigen Rentabilität der Anlage, hat das Bauplanungsrecht eine herausragende Bedeutung. Den Kommunen als Inhaber der Bauplanungshoheit kommt an dieser Stelle eine Sonderstellung zu, die durch die Vorgaben der Raumordnung jedoch eine übergeordnete Demarkation erfährt.

2. Bei der Projektierung des Energievorhabens sind neben den rechtlichen Belangen auch betriebswirtschaftliche und planerische Elemente zu beachten. So erweist sich gerade bei Windenergieanlagen der Standort als überragend wichtiger Faktor für das Gesamtprojekt, bei dem neben den Windverhältnissen der Baugrund, der Netzanschluss und die Nachbarinteressen hineinwirken. Auch eine umfassende Wirtschaftlichkeitsanalyse sowie die Entscheidung, ob die Gemeinde selbst oder ein Genrealunternehmer das Vorhaben koordinieren sollen, stellen wichtige Bausteine eines erfolgreichen Projekts dar. Maßgeblich für die Realisierung ist auch bei kommunalen Projekten die Finanzierung, wobei sich bei Windenergieanlagen insbesondere die Projektfinanzierung anbietet.

3. Weitere Besonderheiten ergeben sich bei der steuerlichen Behandlung der Betreibergesellschaft. Für Kommunen bietet sich die Zusammenfassung der verlustreichen Betriebe des ÖPNV, der Kultur- und Sporteinrichtungen und der in der Regel gewinnträchtigen Energieversorgungsunternehmen zu einem steuerlichen Querverbund an, der in Hinblick auf die körperschaftssteuerliche Behandlung bei BgA anerkannt ist. Leistungen bezüglich des Baus und des Betriebs der Windenergieanlage werden über das Recht der Sektorenauftraggeber (SektVO) vergeben, wobei auch kommunale Unternehmen gleich welcher Rechtsform öffentliche Auftraggeber darstellen. Aus beihilferechtlichen Gesichtspunkten werden Erzeugungsanlagen mangels Betrauung nicht unter die Ausnahme der „Altmark-Trans-Rechtsprechung“ und des Art 106 Abs. 2 AEUV fallen, so dass bei Leistungen der Kommune oder des Stadtwerks an die Betreibergesellschaft, das Beihilfenverbot des Art. 107 AEUV zu beachten ist.

IV. Abschnitt E.

1. Stadtwerke reagieren neben der Ausweitung ihrer eigenen Kapazitäten durch Kooperationen mit anderen Stadtwerken, aber auch privatwirtschaftlichen EVU auf die veränderten Marktbedingungen. Dies geschieht hauptsächlich durch (strategische) Gesellschaftsbeteiligungen auf horizontaler Ebene zwischen den Stadtwerken oder in einem vertikalen Verbund zwischen überregionalen EVU, Regionalversorgern und Stadtwerken. Um Synergieeffekte, Know-how und andere Vorteile zu generieren, werden diese Kooperationen teils nur auf einzelnen Wert-

schöpfungsstufen durch Tochtergesellschaften oder aber zwischen den Gesellschaften selbst verwirklicht.

2. Bei diesen Kooperationen überwiegen die privatrechtlichen Gesellschaftsformen, die sich dennoch an den öffentlich-rechtlichen Maßstäben wie Ingerenzpflichten oder öffentlicher Zweckbindung zu messen haben. Um diese effektiv umzusetzen, haben die Kommunen – maßgeblich durch die Gemeindeordnungen reglementiert – ein Beteiligungsmanagement einzurichten. Inhouse-Vergaben werden nach europäischer Rechtsprechung bei Beteiligungskooperationen verwehrt, sobald ein privater Gesellschafter beteiligt ist und die Gesellschaft keiner öffentlichen Zweckbindung unterliegt. Durch Kooperationen bietet sich jedoch für Dritte die Gelegenheit sich an den durch die Entflechtungsvorgaben gegründeten Tochterunternehmen der EVU zu beteiligen und eine neue Kooperation zu beginnen. Neben diesen Aspekten sind bei Beteiligungskooperationen vor allem die Vorgaben der nationalen Fusionskontrolle zu beachten, wobei das BKartA hierbei insbesondere das Merkmal der Marktmacht in den Fokus rückt und strenge und formalisierte Kriterien in der Energiewirtschaft zur Beibehaltung einer größtmöglichen Marktdiversifizierung anlegt.

3. Kooperationen zwischen der Kommune bzw. dem Stadtwerk und den Gemeindeeinwohnern zur Realisierung eines Windparks finden eine immer häufigere Verbreitung, da hierbei neben der Akquise von Finanzmitteln auch die Akzeptanz in der Bevölkerung gesteigert wird. Hierfür wird zwischen der reinen Kapitalanlage der Bürger durch Darlehen, Anleihen oder Genussrechte und Gesellschaftsbeteiligungen an einer GmbH & Co. KG oder einer Genossenschaft unterschieden. Die Genossenschaft bietet dabei das „demokratischere“ Modell, wohingegen die GmbH & Co.KG flexibler und einfacher zu steuern ist. Beiden Gesellschaften ist jedoch eine Haftungsbegrenzung immanent, so dass häufig eine Kombination beider Gesellschaften gewählt wird, um deren Vorteile zu verbinden.

V. Abschnitt F.

1. Aus § 67 DGO hat sich die kommunale Schrankentrias, die die öffentliche Zweckbindung, das Leistungsfähigkeitsgebot und das Subsidiaritätsprinzip beinhaltet, als Grundlage der Reglementierung kommunaler Wirtschaft herausgebildet. Hinzu kommt das aus Art. 28 Abs. 2 GG abgeleitete Örtlichkeitsprinzip und die aus Art. 20 Abs. 2 GG entstammten Ingerenzpflichten. Die konkreten Vorgaben haben sich dabei in den jeweiligen Bundesländern infolge politischer Dogmen und der Anpassung an neue Marktumfelder teils deutlich voneinander entfernt.

2. Aufgrund des weiten Beurteilungsspielraums bietet das öffentliche Zweckerfordernis, obwohl Grundlage allen staatlichen Handelns, kaum eine Grenze für kommunale energiewirtschaftliche Betätigung. Ebenso der Leistungsfähigkeitsbezug und das Bedarfserfordernis. Die überörtliche Betätigung kommunaler Energieversorger ist hoch umstritten. In fast allen Bundesländern können sich kommunale EVU jedoch auf einfachgesetzliche Expansionsklauseln stützen, was sie

auch müssen, da die kommunale Selbstverwaltungsgarantie diese überörtliche Tätigkeit nicht mehr erfasst. Das Subsidiaritätserfordernis wird in Hinblick auf die Energiewirtschaft in fast allen Bundesländern durchbrochen. Nur die strenge Subsidiaritätsklausel in Sachsen stellt für kommunale EVU eine echte Hürde dar.

3. Im Vergleich zur Privatwirtschaft kann konstatiert werden, dass kommunale EVU nicht nur unterschiedlichen Reglementierungen unterliegen, sondern im Ergebnis auch Vor- und Nachteile kommunaler und privater Versorger auszumachen sind. Auf Seiten der Kommunen sind vor allem die Bauplanungshoheit und die Insolvenzunfähigkeit der Kommune und die sich daraus ergebenden Vorteile für ihre Unternehmen zu verbuchen. Nachteilig wirken sich die kommunale Schrankentrias, die beihilfen- und vergaberechtlichen Bestimmungen sowie die Beachtung der Ingerenzpflichten und die Überprüfung durch die Kommunalaufsicht aus.

4. Der verfassungsrechtliche Rahmen der Kommunalwirtschaft enthält unmittelbar Rechte, Pflichten und Grenzen für kommunale Wirtschaftstätigkeit. Das Tableau kommunaler Rechte ergibt sich aus der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG. Diese beinhaltet jedoch auch Pflichten, konkret die Gewährleistungs- und Infrastrukturverantwortung und das Gebot die finanzielle Ausstattung zur Erfüllung der Pflichtaufgaben vorzuhalten. Eine Pflicht zur Umsetzung der Energiewende besteht hingegen nicht. Vielmehr könnte über eine Pflicht des Gesetzgebers zur Anpassung der kommunalrechtlichen Grenzen zugunsten der Kommunen im Bereich der Energieerzeugung nachgedacht werden. Die verfassungsrechtlichen Strukturdirektiven determinieren ein einfachgesetzliches öffentliches Zweckerfordernis, ebenso wie den Örtlichkeitsbezug und mittelbar auch den Leistungsfähigkeitsbezug. Ein Subsidiaritätserfordernis ergibt sich aus der Verfassung nicht. Der exemplarisch gewählte § 107a Abs. 3 GO NRW als einfachgesetzliche Ermächtigung zur wirtschaftlichen Betätigung extra muros ist in der jetzigen Form nicht verfassungskonform.

5. Neben diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben lässt sich zudem feststellen, dass die Rechtspraxis kommunaler EVU im Bereich der Auslandstätigkeit und der Kooperationen teils deutlich sowohl von den kommunalrechtlichen Vorgaben als auch den verfassungsrechtlichen Direktiven abweicht. Dies gilt insbesondere in Bezug auf die öffentliche Zweckbindung, das Örtlichkeitsprinzip und die Beachtung der Ingerenzpflichten

VI. Abschnitt G.

1. Als verfassungsrechtliche Probleme bzw. Divergenzen zwischen kommunalrechtlichen Vorgaben und Rechtswirklichkeit haben sich insbesondere die Bestimmung und Grenzziehung einer öffentlichen Zweckbindung, die überörtliche Betätigung sowie der weite Beurteilungsspielraum der Kommunen herausgestellt.

2. Der weite Beurteilungsspielraum hat seine Grundlage in Art 28 Abs. 2 GG, ist aber trotzdem aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsstaatlichkeit durch

Objektivierung der anzulegenden Maßstäbe und Überprüfungsmöglichkeiten einzuschränken. Auch wenn sich dies für die Kommune als Nachteil gegenüber Privaten herausstellt, sollte der Kommunalaufsicht sowie den Gerichten auf Grund verfassungsrechtlicher Strukturdirektiven (Art. 19 IV, 20 II, III GG) die Gelegenheit verschafft werden anhand bestimmbarer Kriterien die Einhaltung der kommunalwirtschaftlichen Grenzen zu überprüfen.

3. Die öffentliche Zweckbindung soll ihre Grenze bei der reinen Gewinnerzielung finden, wobei bei einer Ausweitung der Geschäftstätigkeit hier zwischen Kapazitätsauslastung und -erweiterung zu unterscheiden ist und nur erstere generell inklusive quantitativ nachrangiger Annextätigkeiten gestattet werden sollte. Bei zweiterer sollten die Gemeinwohlbindung zwingend in den Gesellschaftsverträgen abgesichert sowie die Auflistung der zulässigen und unzulässigen Zwecke kodifiziert werden.

4. Die einfachgesetzlichen Expansionsklauseln bedürfen eines Zustimmungserfordernisses zur Sicherung der Interessen der Zielgemeinde, die diese jedoch als Rückeinschränkung nur aus überwiegenden Gründen des Gemeinwohls versagen darf.

5. Zusammenfassend benötigen die kommunalrechtlichen Schranken einen höheren Objektivierungsgrad sowie ein Mehr an Kontrolle.

Literaturverzeichnis

Autor	Titel
Ade, Klaus (Hrsg.)	Handbuch Kommunales Beteiligungsmanagement, 2. Auflage, Stuttgart u.a. 2005
Albrecht, Matthias	Der verfassungsrechtlich geschützte Wirkungskreis der Gemeinden in der Energieversorgung, in: Held, Christian (Hrsg.), Theobald, Christian (Hrsg.), Kommunale Wirtschaft im 21. Jahrhundert, Rahmenbedingungen, Strategien und Umsetzung, Frankfurt a.M. u.a. 2006, S. 57-84
Althanns, Andrea	Genossenschaftliche Modelle bei der Realisierung von Anlagen der erneuerbaren Energien, ZfBR 2012, Sonderausgabe, S. 36-42
Altmeppen, Holger	Die Einflussrechte der Gemeindeorgane einer kommunalen GmbH, NJW 2003, S. 2561-2567
Andree, Ulrich	Wirtschaftlichkeitsanalyse öffentlicher Investitionsprojekte, Investitionen sicher und zuverlässig planen, Freiburg 2011
Attendorn, Thorsten	Energiewirtschaftliche Betätigung der Kommunen – freie Bahn in NRW?, KommJur 2010, S. 361-365
Attendorn, Thorsten, Schweitzer, Christian	Verfassungswidrige Zulassung der überörtlichen Betätigung durch Kommunen in NRW, NWVBl. 2013, S. 13-19
Barnekow, Sven	Strategien kommunaler Energieversorger unter volatilen Marktbedingungen, Eine Analyse sozio-technischer Transformationen, Hamburg 2009, zugl.: Diss., Speyer 2009
Bartsch, Michael; Röhling, Andreas; Salje, Peter; Scholz, Ulrich (Hrsg.)	Stromwirtschaft, Ein Praxishandbuch, 2. Auflage, Köln u.a. 2008

Battis, Ulrich; Krautzberger, Michael; Löhr, Rolf-Peter (Hrsg.)	BauGB Kommentar, 13. Auflage. München 2016
Bauer, Hartmut	Zukunftsthema „Rekommunalisierung“, DÖV 2012, S. 329-338
Bechtold, Rainer; Brinker, Ingo; Bosch, Wolfgang;	EU-Kartellrecht, Kommentar, 3. Auflage, München 2014
Bergjan, Ralf	Die Haftung aus culpa in contrahendo beim Letter of Intent nach neuem Schuldrecht, ZIP 2004, S. 395-401
Berkemann, Jörg	Bürgerwindpark GmbH & Co. KG – Neue Formen der Partizipation?, NordÖR 2013, S. 497-506
Beuthien, Volker (Hrsg.)	Genossenschaftsgesetz mit Umwandlungs- und Kartellrecht sowie Statut der Europäischen Genossenschaft, 15. Auflage, München 2011
Bartel, Kristin	Wettbewerbsprobleme auf dem deutschen Energiemarkt durch Unternehmenszusammenschlüsse, Entflechtung als Mittel der Marktöffnung, Hamburg 2011, zugl.: Univ.,Diss., Hamburg 2011
Battis, Ulrich	Öffentliches Baurecht und Raumordnungsrecht, 7. Auflage, Stuttgart 2017
Baur, Jürgen F.; Pritzschke, Kai Uwe; Simon, Stefan (Hrsg.)	Unbundling in der Energiewirtschaft, ein Praxishandbuch, Köln u.a. 2006
Bechtold, Rainer (Hrsg.)	Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 8.Auflage, München 2016
Becker, Florian	Grenzenlose Kommunalwirtschaft, DÖV 2000, S. 1032-1039

Becker, Carsten	Auswirkungen vertikaler Stadtwerksbeteiligungen von Verbundunternehmen auf den Wettbewerb im Strommarkt und Kartellaufsicht, in: Bohne, Eberhard (Hrsg.), Jansen, Dorothea (Hrsg.), Strategie von Stadtwerken im liberalisierten Strommarkt, Beiträge zum 2. Speyerer Energieforum „Strategien von Stadtwerken im liberalisierten Strommarkt" vom 15. bis 16. September 2005 an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Berlin 2007, S. 67-80
Beisel, Daniel (Hrsg.) Andreas, Friedhold E. (Hrsg.)	Beck'sches Mandatshandbuch Due Diligence, 3. Auflage, München 2017
Bezzenberger, Gerold Schuster, Detlev	Die öffentliche Anstalt als abhängiges Konzernunternehmen, ZGR 1996, S. 481-499
Bickenbach, Christian	Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, Analyse einer Argumentationsfigur in der (Grundrechts-) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen 2014, zugl. Habil.Schr. Univ.Mainz 2013
Binz, Mark (Hrsg.) Sorg, Martin H. (Hrsg.)	Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht, Handbuch für Familienunternehmen, 11. Auflage, München 2011
Birk, Hans-Jörg	Städtebauliche Verträge, Inhalte und Leistungsstörungen, 5. Auflage, Stuttgart u.a. 2013
Birnstiel, Alexander (Hrsg.) Bungenberg, Marc (Hrsg.) Heinrich, Helge (Hrsg.)	Europäisches Beihilfenrecht, Baden-Baden 2013
Blum, Peter; Häusler, Bernd; Weidemann, Holger (Hrsg.)	Kommunalverfassungsrecht Niedersachsen, Kommentar, Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz (NKomVG), Niedersächsisches Gesetz über kommunale Zusammenarbeit (NKomZG), Lfg. 47 April 2018
Blumenthal-Barby, Sebastian Doms, Benedikt	Kooperationen kommunaler Energieversorger im Zeitalter der (Anreiz-) Regulierung, IR 2009, S. 252-255

Bode, Sven	Effekte des EEG auf die Energiepreise, in: Müller, Thorsten (Hrsg.), 20 Jahre Recht der Erneuerbaren Energien, Baden-Baden 2012, S. 858-876
Boewe, Marius; Meckert, Matthias (Hrsg.)	Leitfaden Windenergie: Planung, Finanzierung und Realisierung von Onshore-Windenergieanlagen, Stuttgart, u.a. 2013
Bonk, Heinz Joachim	Fortentwicklung des öffentlich-rechtlichen Vertrages unter besonderer Berücksichtigung der Public Private Partnerships, DVBl 2004, S. 141-149
Böttcher, Jörg (Hrsg.)	Handbuch Windenergie, Onshore-Projekte: Realisierung, Finanzierung, Recht und Technik, 1. Nachdruck, München 2013
Bracker, Reimer Dehn, Klaus-Dieter Wolf, Ingo-Thorsten	Gemeindeordnung Schleswig-Holstein, Kommentar, 11. Auflage, Wiesbaden 2014
Brede, Helmut	In der Zange: Unternehmen der öffentlichen Hand unter dem Druck von Subsidiaritätsprinzip und Marktöffnung in Deutschland, ZögU 2003, S. 176-185
Brenner, Michael	Gesellschaftsrechtliche Ingerenzmöglichkeiten von Kommunen auf privatrechtlich ausgestaltete kommunale Unternehmen, AöR 127 (2002), S. 222-251
Breuer, Rüdiger	Die öffentlich-rechtliche Anstalt, VVDStRL 44 (1986), S. 211-241
Bringewat, Jörn	Windenergie aus kommunaler Hand – Erwiderung auf ZUR 2012, Seite 348, ZUR 2013, S. 82-89
Britz, Gabriele	Örtliche Energieversorgung, nach nationalem und europäischem Recht, unter besonderer Berücksichtigung kommunaler Gestaltungsmöglichkeiten, Baden-Baden 1994
Britz, Gabriele	Funktionen und Funktionsweisen öffentlicher Unternehmen im Wandel: zu den jüngsten Entwicklungen im Recht der kommunalen Wirtschaftsunternehmen, NVwZ 2001, S. 380-387

Britz, Gabriele	„Kommunale Gewährleistungsverantwortung“ – Ein allgemeines Element des Regulierungsrechts in Europa?, Die Verwaltung 95 (2004), S. 145-163
Brosius-Gersdorf, Frauke	Wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden außerhalb ihres Gebiets, Gemeindeordnungsrecht und Verfassungsrecht in Harmonie oder Disharmonie, AöR 130 (2005), S. 393-444
Brüning, Christoph	Mittelbare Beteiligung der Kommunen im grenzüberschreitenden Wettbewerb, DVBl. 2004, S. 1451-1457
Brüning, Christoph	Zur Reanimation der Staatsaufsicht über die Kommunalwirtschaft, DVBl. 2010, S. 553-559
Brüning, Christoph; Vogelgesang, Klaus	Die Kommunalaufsicht, Aufgaben – Rechtsgrundlagen – Organisation, 2. Auflage, Berlin 2009
Budäus, Dietrich	Wettbewerbs- und Kooperationsstrategien von Stadtwerken, in: Schöneich, Michael (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Widder, S. 129-143
Büdenbender, Ulrich von Heinegg, Wolff Heintschel Rosin, Peter	Energierecht I, Recht der Energieanlagen, Berlin u.a. 1999
Bühring, Wolfgang	Kooperationen und Beteiligungen als eine Antwort auf den Liberalisierungsprozess II, in: Schöneich, Michael (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Widder, Stadtwerke, S. 319-335
Bunjes, Johann (Hrsg.)	Umsatzsteuergesetz, Kommentar, 17. Auflage 2018
Bunte, Hermann-Josef	Kartellrecht, Lehrbuch für Studium und Praxis, 3. Auflage, München 2016
Burgi, Martin	Vertikale Kompetenzabgrenzung in der EU und materiell-rechtliche Kompetenzausübungsschranken nationaler Daseinsvorsorge, in: Henneke, Hans-Günter (Hrsg.), Verantwortungsteilung zwischen Kommunen, Ländern, Bund und Europäischer Union, Professorengespräch 2001 des Deutschen Landkreistages am 22. und 23. März 2001 in Syke / Landkreis Diepholz, Stuttgart u.a., 2001, S. 90-116

Burgi, Martin	Kommunalrecht, 5. Auflage, München 2015
Burgi, Martin	Neuer Ordnungsrahmen für die energiewirtschaftliche Betätigung der Kommunen: Vorschlag für eine sektorenspezifische Modernisierung des kommunalen Wirtschaftsrechts am Beispiel Nordrhein-Westfalen, Stuttgart 2010
Busche, Jan, Röhling, Andreas (Hrsg.)	Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Band 2 §§ 35-131 GWB, Köln 2014
Byok, Jan Graef, Andreas Faasch, Rolf	Neugründung kommunaler Stadtwerke-Gesellschaften im Lichte des Kartellvergaberechts, NZBau 2012, S. 556-559
Calliess, Christian; Ruffert, Matthias (Hrsg.)	EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 5. Auflage, München 2016
Cicero, Markus Tullius	De legibus, Über die Gesetze: Paradoxa Stoicorum, Stoische Paradoxien, Berlin 2004
Cholewa, Werner; Dyong, Hartmut; von der Heide, Hans-Jürgen; Arenz, Willi	Raumordnung in Bund und Ländern, Kommentar zum Raumordnungsgesetz des Bundes und Vorschriftensammlung aus Bund und Ländern. Stand: Juni 2017, Gesamtwerk inkl. 14. Lfg. d. 5. Aufl., Stuttgart
Cremer, Wolfram	Gewinnstreben als öffentliche Unternehmen legitimierender Zweck: Die Antwort des Grundgesetzes, DÖV 2003, S. 921-932
Cronauge, Ulrich	Welchen rechtlichen Rahmen braucht die kommunale Wirtschaft von morgen?, Der Gemeindehaushalt 1998, S. 131-137
Cronauge, Ulrich Westermann, Georg	Kommunale Unternehmen, Eigenbetriebe – Kapitalgesellschaften – Zweckverbände, 6. Auflage, Berlin 2016

Damm, Winfried	Vor- und Nachteile von privaten Gesellschaftern bei kommunalen Stadtwerken, in: Bohne, Eberhard (Hrsg.), Jansen, Dorothea (Hrsg.), Strategie von Stadtwerken im liberalisierten Strommarkt, Beiträge zum 2 Speyerer Energieforum „Strategien von Stadtwerken im liberalisierten Strommarkt“ vom 15. bis 16. September 2005 an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Berlin 2007, S. 61-66
Danner, Wolfgang; Theobald, Christian (Hrsg.)	Energierecht: Energiewirtschaftsgesetz mit Verordnungen, EU-Richtlinien, Gesetzesmaterialien, Verbändevereinbarungen; Gesetze und Verordnungen zu Energieeinsparung und Umweltschutz sowie andere energiewirtschaftlich relevante Rechtsregelungen, Kommentar, Band 1, Loseblatt, 98. Lfg., Stand Juni 2018, München
	Energierecht: Energiewirtschaftsgesetz mit Verordnungen, EU-Richtlinien, Gesetzesmaterialien, Verbändevereinbarungen; Gesetze und Verordnungen zu Energieeinsparung und Umweltschutz sowie andere energiewirtschaftlich relevante Rechtsregelungen, Kommentar, Band 3, Loseblatt, 98. Lfg., Stand Juni 2018, München
	Energierecht: Energiewirtschaftsgesetz mit Verordnungen, EU-Richtlinien, Gesetzesmaterialien, Verbändevereinbarungen; Gesetze und Verordnungen zu Energieeinsparung und Umweltschutz sowie andere energiewirtschaftlich relevante Rechtsregelungen, Kommentar, Band 4, Loseblatt, 98. Lfg., Stand Juni 2018 München
Dauses, Manfred A.; Ludwigs, Markus (Hrsg.)	Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 1, Loseblatt, Lfg. 45, Juli 2018, München
Dehmer, Rudolf	Energieversorgungskonzepte – Vorranggebiete – Kartellrecht, Köln u.a. 1989
Detterbeck, Steffen	Allgemeines Verwaltungsrecht, mit Verwaltungsprozessrecht, 16. Auflage, München 2018
Dietlein, Johannes; Burgi, Martin; Hellermann, Johannes	Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, Verfassungsrecht Kommunalrecht Polizei- und Ordnungsrecht, Öffentliches Baurecht, 6. Auflage, München 2016

Dietlein, Johannes; Mehde, Veith (Hrsg.)	Beck Online Kommentar Kommunalrecht Niedersachsen, 2.Edition, Stand 15.05.2017, München 2017
Dittrich, Johannes	Horizontale Rationalisierungskooperationen kleiner und mittelständischer Unternehmen, § 3 GWB und die europarechtsorientierte Neubewertung horizontaler Kooperationen im GWB, Berlin 2009, Zugl.: Univ., Diss., 2008 Erlangen-Nürnberg
Dünchheim, Thomas; Schöne, Franz-Josef	Privat vor Staat? – Die Novellierung des kommunalen Wirtschaftsrechts in NRW, DVBl. 2009, S. 146-155
Duschner, Frank; Lang-Hefferle, Gisela; Scharpf, Christian	Das Modell der Landeshauptstadt München für die Umsetzung der Freistellungsentscheidung der EU-Kommission für Beihilfen, Bay.VBl. 2010, S. 364-369
Ecker, Michaela	Die Zulässigkeit von Windenergieanlagen nach dem Bau- und Naturschutzrecht, VBl. BW 2001, S. 173-179
Ehlers, Dirk	Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand in der Bundesrepublik Deutschland, JZ 1990, S. 1089-1100
Ehlers, Dirk	Interkommunale Zusammenarbeit in Gesellschaftsform, DVBl. 1997, S. 137-145
Ehlers, Dirk	Rechtsprobleme der Kommunalwirtschaft, DVBl. 1998, S. 497-508
Ehlers, Dirk	Das neue Kommunalwirtschaftsrecht in Nordrhein-Westfalen, NWVBl. 2000, S. 1-7
Ehlers, Dirk	Die Möglichkeiten und Grenzen kommunaler Wirtschaftsbetätigung, in: Ipsen, Jörn (Hrsg.), Kommunalwirtschaft im Umbruch, 11. Bad Iburger Gespräche, Osnabrück 2001, S. 10-34
Ehlers, Dirk	Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentages Berlin 2002 Band I: Gutachten / Teil E - Abteilung Öffentliches Recht: Empfiehlt es sich, das Recht der öffentlichen Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb national und gemeinschaftlich neu zu regeln?

Ehlers, Dirk (Hrsg.) Pünder, Hermann	Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Auflage, Berlin 2016.
Ehricke, Ulrich	Einstandspflicht des Staates in der Krise von kommunalen Energieversorgungsunternehmen, IR 2008, S. 248-254
Ekardt, Felix; Valentin, Florian	Das neue Energierecht, EEG-Reform, Nachhaltigkeit, Europäischer und internationaler Klimaschutz, Baden-Baden 2015
Emmerich, Volker	Kartellrecht, ein Studienbuch, 14. Auflage, München 2018
Emmerich, Volker Habersack, Mathias	Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 8. Auflage, München 2016
Epping, Volker; Hillgruber, Christian (Hrsg.)	Grundgesetz, Kommentar, 2. Auflage, München 2013
Erbguth, Wilfried	Eignungsgebiete als Ziel der Raumordnung? Planungspraxis, ROG'98, § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB'98, DVBl. 1998, S. 209-214
Erbguth, Wilfried; Schlacke, Susanne	Umweltrecht, 6. Auflage, Baden-Baden 2016
Erbguth, Wilfried; Mann, Thomas; Schubert, Mathias	Besonderes Verwaltungsrecht, 12. Auflage München 2015
Erdmann, Joachim	Die Anstalt des öffentlichen Rechts – eine neue Rechtsform für gemeindliche Betriebe in Niedersachsen, Nds. VBl. 2003, S. 261-265
Erlenkämper, Friedel; Zimmermann, Uwe (Hrsg.)	Rechtshandbuch für die kommunale Praxis, Baden-Baden 2010
Ernst, Werner; Zinkahn, Willy; Bielenberg, Walter (Hrsg.)	Baugesetzbuch, Band I, Kommentar, Loseblatt, 129. Lfg. Stand Mai 2018, München
	Baugesetzbuch, Band II, Kommentar, Loseblatt 129 Lfg, Stand Mai 2018 München

Eschenbruch, Claus; Opitz, Marc (Hrsg.)	Sektorenverordnung, Verordnung über die Vergabe von Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung, Kommentar, München 2012
Fabry, Beatrice; Augsten, Ursula (Hrsg.)	Unternehmen der öffentlichen Hand, Handbuch, 2. Auflage, Baden-Baden 2011
Fecht, Thomas; von Leliwa, Alexander	Kooperation von Stadtwerken – Heute noch ein Erfolgsmodell? IR 2012, S. 257-260
Ferner, Hilmar; Kröninger, Holger; Aschke, Manfred (Hrsg.)	Baugesetzbuch mit Baunutzungsverordnung, Handkommentar, 3.Auflage, Baden-Baden 2013
Fest, Phillip	Die Windenergie im Recht der Energiewende, NVwZ 2012, S. 1129-1134
Finkelnburg, Klaus; Ortloff, Karsten Michael; Kment, Martin	Öffentliches Baurecht, Band I, Bauplanungsrecht, 7. Auflage, München 2017
Finkelnburg, Klaus Ortloff, Karsten Michael Otto, Christian-W.	Öffentliches Baurecht, Band II, Bauordnungsrecht, Nachbarschutz, Rechtsschutz, 7. Auflage, München 2018
Fleckenstein, Martin	Abbau von Hemmnissen für Public Private Partnership: Das ÖPP-Beschleunigungsgesetz, DVBl. 2006, S.75-82
Franke, Jürgen; Weidemann, Holger	Niedersächsisches Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit (NKomZG), Kommentar, Lfg. 39, Stand Juni 2016
Franz, Thorsten	Gewinnerzielung durch kommunale Daseinsvorsorge, Tübingen 2005, Zugl.: Univ., Habil.-Schr., Halle-Wittenberg 2003
Franzius, Claudio	Planungsrecht und Regulierungsrecht, ZUR 2018, S. 11-17
Frenz, Walter	Handbuch Europarecht, Band 3, Beihilfe- und Vergaberecht, Berlin u.a. 2007

Frenz, Walter	Rekommunalisierung und Europarecht nach dem Vertrag von Lissabon, WRP 2008, S. 73-86
Frenz, Walter; Müggenborg, Hans-Jürgen (Hrsg.)	EEG, Erneuerbare-Energien-Gesetz, Kommentar, 5. Auflage, Berlin 2018
Frenz, Walter	Ausschreibungen für Windkraftanlage an Land nach dem EEG 2017, RdE 2016, S. 433-439.
Frotscher, Gerrit	Körperschaftssteuer, Gewerbesteuer, 2. Auflage, München 2008
Fuchs, Dieter	Gemeinwohl und Demokratieprinzip, in: Schuppert, Gunnar Folke/Neidhardt, Friedhelm (Hrsg.), Gemeinwohl – auf der Suche nach Substanz, Berlin 2002, S. 87-108
Gasch, Robert; Twele, Jochen (Hrsg.)	Windkraftanlagen, Grundlagen, Entwurf, Planung und Betrieb, 8. Auflage, Wiesbaden 2013
Gatz, Stephan	Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, Bonn 2009
Geerlings, Jörg	Kommunale Energieversorgungsunternehmen nach der Novellierung der nordrhein-westfälischen Gemeindeordnung, NWVBl. 2008, S. 90-97
Geiger, Stefan; Aßmann, Jaron	Chancen und Grenzen der Expansionsmöglichkeiten kommunaler Energieversorgungsunternehmen, DVBl. 2012, S. 1276-1282
Geis, Max-Emanuel	Kommunalrecht, ein Studienbuch, 4. Auflage, München 2016
Geis, Max-Emanuel; Madeja, Sebastian	Kommunales Wirtschafts- und Finanzrecht Teil I, JA 2013, S. 248-256
Gellermann, Martin	Naturschutzrecht nach der Novelle des Bundenaturschutzgesetzes, NVwZ 2010, S. 73-79
Gelzer, Konrad; Bracher, Christian-Dietrich; Reidt, Olaf	Bauplanungsrecht, 7. Auflage, Köln 2004
Gern, Alfons	Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden außerhalb des Gemeindegebiets, NJW 2002, S. 2593-2599

Gern, Alfons	Deutsches Kommunalrecht, 3. Auflage, Baden-Baden 2003
Gern, Alfons	Der Rechtsstatus kommunal beherrschter Kapitalgesellschaften, KommJur 2004, S.1-6
Gersdorf, Hubertus	Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip, Eine Studie zur verfassungsrechtlichen Legitimation der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, Berlin 2000, zugl.: Hamburg Univ.,Habil.-Schr., 1998
Geschwandter, Marcus	Genossenschaftsrecht, Grundlagen, Muster, Baden-Baden 2007
Glanegger, Peter; Güroff, Georg; Selder, Johannes (Hrsg.)	Gewerbesteuergesetz, Kommentar, 9. Auflage, München 2017
Glenk, Hartmut	Genossenschaftsrecht, Systematik und Praxis des Genossenschaftswesens, 2. Auflage, München 2013
Grabitz, Eberhard; Hilf, Meinhard; Nettesheim, Martin (Hrsg.)	Das Recht der Europäischen Union, Band II EUV/AEUV, Kommentar, Loseblatt Lfg. 64, Stand Mai 2018
Grawert, Rolf	Zuständigkeitsgrenzen der Kommunalwirtschaft, in: Grupp, Klaus (Hrsg.), Ronellenfitsch, Michael (Hrsg.), Planung – Recht – Rechtsschutz, Festschrift für Willi Blümel zum 70. Geburtstag am 6. Januar 1999, Berlin 1999, S. 119-138
Greb, Klaus	Das Konzernprivileg für Sektorenauftraggeber, VergabeR 2009, S. 140-145
Gröner, Helmut	Die Ordnung der deutschen Elektrizitätswirtschaft, Baden-Baden 1975
Grooterhorst, Johannes; Törnig, Tobias	Wo liegt die Grenze der Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung von Kommunen?, DÖV 2004, S. 285-290
Gröpl, Christoph	Bundeshaushaltsordnung/Landeshaushaltsordnung (BHO/LHO), Staatliches Haushaltsrecht, Kommentar, München 2011

Große- Suchsdorf, Ulrich (Hrsg.)	Niedersächsische Bauordnung, Kommentar, 9. Auflage, München 2013
Habersack, Mathias	Private public partnership: Gemeinschaftsunternehmen zwischen Privaten und der öffentlichen Hand, ZGR 1996, S. 544-563
Häger, Michael Elkemann-Reusch, Manfred	Mezzanine Finanzierungsinstrumente, Stille Gesellschaft – Nachrangdarlehen – Genussrechte – Wandelanleihen, 2. Auflage, Göttingen 2007
Hau, Erich	Windkraftanlagen: Grundlagen, Technik, Einsatz, Wirtschaftlichkeit, 6. Auflage, Berlin 2016
Heiermann, Wolfgang, Zeiss, Christopher (Hrsg.)	Juris Praxiskommentar Vergaberecht, GWB – VgV – SektVO – VOB/A – VOL/A – VOF, 4. Auflage, Saarbrücken 2013
Heilshorn, Torsten	Sollte die überörtliche kommunale Wirtschaftstätigkeit durch die Gemeindeordnungen zugelassen werden? Zur Reformfähigkeit und-bedürftigkeit des kommunalen Wirtschaftsrechts, VerwArch. 96 (2005), S. 88-99
Heintzen, Markus	Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), S. 220-260
Held, Friedrich Wilhelm; Winkel, Johannes; Wansleben, Rudolf (Hrsg.)	Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen, GO, KrO, GkG, LVerbO, RVRG, Kommunalwahlgesetz, Kommentar, Texte, Loseblatt, Band 1, Lfg. 40, August 2018, Wiesbaden
Held, Friedrich- Wilhelm	Ist das kommunale Wirtschaftsrecht noch zeitgemäß?, WiVerw 1998, S. 264-294
Held, Friedrich-Wilhelm	Die Zukunft der Kommunalwirtschaft im Wettbewerb mit der privaten Wirtschaft – Änderungen des Gemeindewirtschaftsrechts in Nordrhein-Westfalen, NWVBl. 2000, S. 201-206
Henneke, Hans-Günter (Hrsg.)	Kommunen und Europa – Herausforderungen und Chancen, Stuttgart u.a. 1999

Henneke, Hans-Günter; Pünder, Hermann; Waldhoff, Christian (Hrsg.)	Recht der Kommunalfinanzen, Abgaben, Haushalt, Finanzausgleich, München 2006
Henneke, Hans-Günter; Ritgen, Klaus	Kommunales Energierecht, 2. Auflage, Wiesbaden 2013
Hentschel, Anja	Umweltschutz bei Errichtung und Betrieb von Windkraftanlagen, Baden-Baden 2012, zugl.: Univ., Diss. Kassel 2009
Hermes, Georg	Staatliche Infrastrukturverantwortung, Rechtliche Grundstrukturen netzgebundener Transport- und Überwachungssysteme zwischen Daseinsvorsorge und Wettbewerbsregulierung am Beispiel der leitungsgebundenen Energieversorgung in Europa, Tübingen 1998, Zugl.: Freiburg (Breisgau), Univ., Habil.-Schr., 1997
Hertwig, Stefan	Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, Systematik, Verfahren, Rechtsschutz, 5. Auflage, München 2014
Herzog, Roman	Subsidiaritätsprinzip und Staatsverfassung, Der Staat 1963, S. 399-423
Herzog, Roman	Allgemeine Staatslehre, Frankfurt am Main 1971
Hidien, Jürgen W.	Die Berücksichtigung der Finanzkraft und des Finanzbedarfs der Gemeinden (Gemeindeverbände) im Finanzausgleich nach Art. 107 Abs. 2 Satz 1 Grundgesetz, Baden-Baden 2001
Hille, Dietmar	Grundlagen des kommunalen Beteiligungsmanagements, Kommunale Unternehmen gründen, steuern und überwachen, München 2003
Hinsch, Andreas	Zurückstellung nach § 25 III BauGB – Mittel zur Sicherung einer Konzentrationsplanung, NVwZ 2007, S. 770-775
Hoffmann, Markus; Albrecht, Friedrich	„Stadtwerke“ als Marke und Betriebsbezeichnung, NVwZ 2013, S. 896-902
Hogeweg, Michaela	Die kommunale Anstalt in Niedersachsen, Baden-Baden 2007, zugl.: Univ.,Diss., Osnabrück 2006

Hoppe, Werner; Beckmann, Martin; Kment, Martin (Hrsg.)	Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG), Kommentar mit Erläuterungen zum Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz, Öffentlichkeitsbeteiligungsgesetz und Gesetz zur Beschleunigung von Planungsverfahren für Infrastrukturvorhaben, 5. Auflage, Köln u.a. 2018
Hoppe, Werner; Uechtritz, Michael; Reck, Hans- Joachim (Hrsg.)	Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, Köln 2012
Hoppenberg, Michael; de Witt, Sigfried (Hrsg.)	Handbuch des öffentlichen Baurechts, Band 3, Loseblatt, Lfg. 50, Februar 2018, München
	Handbuch des öffentlichen Baurechts, Band 1, Loseblatt, Lfg. 50, Februar 2018, München
Hösch, Ulrich	Öffentlicher Zweck und wirtschaftliche Betätigung der Kommunen, DÖV 2000, S. 392-406
Hsing-An, Chen	Rechtliche Zulässigkeit und Handlungsvorgaben gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen mit kommunaler Beteiligung im Bereich der Energieversorgung, Baden-Baden 2012, zugl.: Univ.,Diss.,Münster (Westf.) 2012
Ipsen, Jörn (Hrsg.)	Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz Kommentar, Stuttgart u.a. 2011
Ipsen, Jörn	Niedersächsisches Kommunalrecht, 4. Auflage, Stuttgart u.a. 2011
Isensee, Josef	Diskussionsbeitrag, VVDStRL 54 (1995), S. 303-305
Isensee, Josef	Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, 2. Auflage, Berlin 2001
Isensee, Josef; Kirchhof, Paul (Hrsg.)	Handbuch des Staatsrechts, Band II, Verfassungsstaat, 3. Auflage, Heidelberg 2004
	Handbuch des Staatsrechts, Band IV, Aufgaben des Staates, 3. Auflage, Heidelberg 2006
	Handbuch des Staatsrechts, Band V, Rechtsquellen, Organisation, Finanzen, 3. Auflage, Heidelberg u.a. 2007

	Handbuch des Staatsrechts, Band VIII, Grundrechte: Wirtschaft, Verfahren, Gleichheit, 3. Auflage, Heidelberg u.a. 2010
Jestaedt, Matthias	Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung: Entscheidungsteilhabe Privater an der öffentlichen Verwaltung auf dem Prüfstand des Verfassungsprinzips Demokratie, Berlin 1993, zugl.: Univ.,Diss.; Bonn 1992
Jarass, Hans D.	Wirtschaftsverwaltungsrecht mit Wirtschaftsverfassungsrecht, 3. Auflage, Berlin 1997
Jarass, Hans D.	Kommunale Wirtschaftsunternehmen im Wettbewerb, eine Analyse aktueller verfassungsrechtlicher, EG-rechtlicher und kommunalrechtlicher Probleme sowie ein Reformvorschlag, Stuttgart 2002
Jarass, Hans D.	Kommunale Wirtschaftsunternehmen und Verfassungsrecht, DÖV 2002, S. 489-500
Jarass, Hans D.	Aktivitäten kommunaler Unternehmen außerhalb des Gemeindegebiets, insbesondere im öffentlichen Personennahverkehr, DVBl. 2006, S. 1-11
Jarass, Hans D. Pieroth, Bodo	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 14. Auflage München 2016
Jeromin, Curt M.	Praxisprobleme bei der Zulassung von Windenergieanlagen, BauR 2003, S. 820-828
Jordan, Benedikt; Gresser, Ursula	Wie unabhängig sind Gutachter?, DS 2004, S. 71-83
Jungbluth, David	Überformung der grundgesetzlichen Wirtschaftsverfassung durch Europäisches Unionsrecht?, EuR 2010, S. 471-490
Jungkamp, Thomas	Rechtsschutz privater Konkurrenz gegen die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, Eine Untersuchung des Drittschutzes der Schrankentrias in den verschiedenen Bundesländern, NVwZ 2010, S. 546-549
Kahl, Wolfgang; Schmidtchen, Marcus	Kommunaler Klimaschutz durch Erneuerbare Energien, Tübingen 2013

Kalkbrenner, Helmut	Die rechtliche Verbindlichkeit des Subsidiaritätsprinzips, in: Halblitzel, Hans (Hrsg.), Wollenschläger, Michael (Hrsg.), Recht und Staat, Festschrift für Günther Küchenhoff zum 65. Geburtstag am 21.08.1972, 2. Halbband, Berlin 1972, S. 515-540
Kaltschmitt, Martin	Erneuerbare Energien, Systemtechnik, Wirtschaftlichkeit, Umweltaspekte, 5. Auflage, Berlin 2013
Kämmerer, Jörn Axel	Privatisierung, Typologie – Determinanten – Rechtspraxis – Folgen, Tübingen 2001
Karpenstein, Hans; Rüppel, Heiko	Windkraft – Wirtschaftskraft für Kommunen, ZNER 2010, S. 24-33
Keßler, Jürgen	Die kommunale GmbH – Gesellschaftsrechtliche Grenzen politischer Instrumentalisierung, GmbHR 2000, S. 71-78
Keßler, Jürgen	Die Konzernhaftung kommunaler Gebietskörperschaften, GmbHR 2001, S. 320-327
Kessler, Wolfgang; Fritz, Thomas; Gastl, Christian;	Ertragssteuerliche Behandlung wirtschaftlicher Betätigungen von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, BB 2001, S. 961-968
Kessler, Wolfgang; Kröner, Michael; Köhler, Stefan	Konzernsteuerrecht, National – International. 2. Auflage, München 2008
Klaue, Siegfried; Schwintowski, Hans-Peter	Strategische Minderheitsbeteiligungen in der deutschen Energiewirtschaft, Im Spannungsfeld zwischen Fusionskontrolle und Kartellverbot, Baden-Baden 2004
Klaue, Sigfried	Beteiligungserwerbe an und zwischen kommunalen Weiterverteilern, ZNER 2007, S. 263-266
Kleine- Möller, Nils; Merl, Heinrich (Hrsg.)	Handbuch des privaten Baurechts, 5. Auflage, München 2014
Kleinhenz, Bernhardine	Der Generalunternehmervertrag im Baurecht, Ein Beitrag zur Lehre vom Werkverschaffungsvertrag, Univ., Diss., Bonn 2002
Kley, Nicolai	Der Teilflächennutzungsplan, Hamburg 2009, zugl.: Univ.,Diss.,Frankfurt (Oder) 2008

Kling, Michael; Thomas, Stefan	Kartellrecht, 2. Auflage, München 2016
Kloepfer, Michael	Umweltrecht, 4. Auflage, München 2016
Kluth, Winfried	Grenzen der Kommunalwirtschaft aus rechtswissenschaftlicher Sicht, in: Haug, Peter/Rosenfeld, Martin (Hrsg.), Neue Grenzen städtischer Wirtschaftstätigkeit: Ausweitung versus Abbau, Referate und Diskussionen im Rahmen des 2. Halleschen Kolloquiums zur Kommunalen Wirtschaft am 11. und 12. Oktober 2007, Baden-Baden 2009, S. 45-62
Kluth, Winfried	Begriff und Erscheinungsformen der Gesetzgebung, in: Kluth, Winfried (Hrsg.), Krings, Günter, (Hrsg.) Gesetzgebung, Rechtssetzung durch Parlamente und Verwaltungen sowie ihre gerichtliche Kontrolle, Heidelberg u.a. 2014, S. 3-40
Kment, Martin (Hrsg.)	Energiewirtschaftsgesetz, Kommentar, Baden-Baden 2015
Knauff, Matthias	Globale Kommunalwirtschaft? VR 2005, S. 145-152
Kneuper, Friedrich; von Kaler, Matthias	Bürgerbeteiligung als Geschäftsmodell für Stadtwerke, IR 2012, S. 250-254
Koch, Hans-Joachim (Hrsg.) Hofmann, Ekkehard Reese, Moritz	Handbuch Umweltrecht, 5. Auflage, München 2018
Koch, Thorsten	Kommunale Unternehmen im Konzern, DVBl. 1994, S. 667-674
Köck, Wolfgang	Flächensicherung für Erneuerbare Energien durch die Raumordnung, DVBl. 2012, S. 3-10
Köhler, Helmut	Das neue kommunale Unternehmensrecht in Bayern, Bay. VBl. 2000, S. 1-12
Krause, Florentin; Bossel, Hartmut; Müller-Reißmann, Karl-Friedrich	Energiewende – Wachstum und Wohlstand ohne Erdöl und Uran, Berlin 1989.

Krebs, Andrea	Rechtliche Grundlagen und Grenzen der kommunalen Elektrizitätsversorgung, Köln 1996, zugl.: Univ., Diss., Münster 1996
Kreibich, Christian	Kommunale Strom- und Gasverteilernetzbetreiber zwischen Entflechtungsgebot und Zusammenschlusskontrolle, Jena 2013, zugl.: Univ., Diss., Jena 2012
Krölls, Albert	Grundgesetz und kapitalistische Marktwirtschaft, Die Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt am Main 1994
Kropf, Christian	Insolvenzunfähigkeit der Gemeinden und Kommunalkreditgeschäft im Lichte von Basel III, ZInsO 2012, S. 1667-1672
Krüger, Herbert	Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung, DVBl. 1951, S. 361-368
Kruse, Henning; Legler, Dirk	Windparks in kommunaler Regie: Ist das rechtlich möglich?, ZUR 2012, S. 348-357
Kühling, Jürgen	Verfassungs- und kommunalrechtliche Probleme grenzüberschreitender Wirtschaftsbetätigung der Gemeinden, NJW 2001, S. 177 -182
Kühling, Jürgen Rasbach, Winfried Busch, Claudia	Energierecht, 4. Auflage, Baden-Baden 2018
Kühne, Jörg-Detlef	Zur Kernbereichsermittlung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie, in: Frank, Götz (Hrsg.), Langrehr, Wilhelm (Hrsg.), Die Gemeinde, Verfassung, Planung, Wirtschaft und das kommunale Selbstverwaltungsrecht, Festschrift zum 70. Geburtstag von Heiko Faber, Tübingen 2007
Kümmel, Dennis	Vertrag statt Bebauungsplan? NZBau 2012, S. 491-492
Kümper, Boas; Milstein, Alexander	„Vergesellschaftung des Windes“? – Ausgewählte Rechtsfragen sog. Bürgerwindparks in kommunaler Hand -, ZfBR 2013, S. 742-751
Lafrenz, Ulf	Vertikale strategische Minderheitsbeteiligungen als Gegenstand der Kartellverbote in Europa, Baden-Baden 2007, zugl.: Univ., Diss., Berlin 2006

Landmann, Robert von; Rohmer, Gustav (Begr.)	Umweltrecht Kommentar, Band 4, Stand: 01. Juli 2018 (87. Erg.-Lfg.), München 2018
Lange, Anna Lena	Die Beteiligung Privater an rechtsfähigen Anstalten des öffentlichen Rechts, Public-Private-Partnership durch „Holding-Modelle“, Berlin 2008, zugl.: Univ., Diss. Bucerius Law School Hamburg 2007
Lange, Klaus	Kommunalrecht, Tübingen 2013
Lange, Knut Werner; Pries, Thorsten	Einführung in das europäische und deutsche Kartellrecht, 2. Aufl. Frankfurt am Main 2011
Langen, Eugen; Bunte, Hermann – Josef (Hrsg.)	Deutsches Kartellrecht, Kommentar, Band 1, 12. Auflage, Köln 2014
Langner, Mirjam Vanessa	Die örtliche Begrenzung kommunaler Wirtschaftstätigkeit und die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, Frankfurt am Main 2008, zugl.: Univ.,Diss., Münster 2007
Laskowski, Silke Ruth	Die Nutzung der Wasserkraft im Spannungsfeld von Klimaschutz, Wasserrahmenrichtlinie und Anpassung an den Klimawandel, in: Müller, Thorsten (Hrsg.), 20 Jahre Recht der Erneuerbaren Energien, Baden-Baden 2012, S. 557-568
Laux, Eberhard	Unternehmen Stadt?, DÖV 1993, S.523-524
Leder, Martin	Kohärenz und Wirksamkeit des kommunalen Wirtschaftsrechts im wettbewerblichen Umfeld – Probleme und Lösungen unter Einschluss der Rechtsfigur „Wettbewerbsunternehmen“, DÖV 2008, S. 173-183
Leidinger, Tobias	Energieanlagenrecht, Stuttgart u.a. 2007
Leinemann, Ralf	Das neue Vergaberecht, Köln 2010
Leprich, Uwe	Das EEG als Nukleus einer neuen Energiewirtschaftsordnung, in: Müller, Thorsten (Hrsg.), 20 Jahre Recht der Erneuerbaren Energien, Baden-Baden 2012, S. 815-840

Lietz, Franziska	Windenergieanlagen im Wald, Rahmenbedingungen, Nutzungskonflikte und rechtliche Vorgaben des Raumordnungs- und Waldrechts, UPR 2010, S. 54-60
Lindner, Thomas	Die juristische Bestimmung des Marktpreises für Strom, Baden-Baden 2011, zugl.: Univ., Diss., Köln 2011
Loewenheim, Ulrich; Meessen, Karl; Riesenkampff, Alexander (Hrsg.)	Kartellrecht, Kommentar, 2. Auflage, München 2009
Löwer, Wolfgang	Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und Wirtschaft, Köln u.a. 1989
Löwer, Wolfgang	Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und Wirtschaft, DVBl. 1991, S. 132-142
Löwer, Wolfgang	Die Stellung der Kommunen im liberalisierten Strommarkt, NWVBl. 2000, S. 241-245
Löwer, Wolfgang	Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, VVDStRL 60 (2001), S. 416-455
Lühn, Michael	Genussrechte: Grundlagen, Einsatzmöglichkeiten, Bilanzierung und Besteuerung, Wiesbaden 2013
Lutter, Marcus (Hrsg.)	Holding-Handbuch, Recht – Management – Steuern, 3. Auflage, Köln 1998
Lutz, Jana	Repowering-Steuerung aus planungsrechtlicher Perspektive, Baden-Baden 2012, zugl.: Univ.,Diss., Würzburg 2011
Mann, Rüdiger	Die drittschützende Wirkung der kommunalrechtlichen Subsidiaritätsregelungen unter Berücksichtigung aktueller Fallbeispiele aus der Rechtsprechung, DVBl. 2009, S. 817-823
Mann, Thomas	Die Entwicklung vom Eigenbetrieb zur rechtsfähigen öffentlichen Anstalt für kommunale Unternehmen, Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen (ZögU) 1996, S. 53-63

Mann, Thomas — Die "Kommunalunternehmen" – Rechtsformalternative im kommunalen Wirtschaftsrecht, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1996, S. 557.

Mann, Thomas — Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, Zur Fortentwicklung des Rechtsformenspektrums für öffentliche Unternehmen, Tübingen 2002, Zugl.: Köln, Univ., Habil.-Schr., 2000-2001

Mann, Thomas — Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb, JZ 2002, S. 819-826

Mann, Thomas — Kritik am Konzept des Verwaltungsgesellschaftsrechts, in: Die Verwaltung 35 (2002), S. 463-489

Mann, Thomas — Möglichkeiten und Grenzen kommunaler Wirtschaftstätigkeit, in: Ipsen, Jörn (Hrsg.), Unternehmen Kommune?, 17. Bad Iburger Gespräche, Göttingen 2007, S. 45-72

Mann, Thomas — Bewältigung komplexer Verwaltungsaufgaben mit Hilfe von Public Private Partnership, in: Willy Spannowsky (Hrsg.) Erscheinungsbilder eines sich wandelnden Verwaltungsrechts, Festschrift für Günter Püttner zum 70. Geburtstag, Heidelberg, 2007, S. 109-126

Mann, Thomas — Die Aufhebung der Verschwiegenheitspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern einer kommunalen GmbH, in: Jörg Ennuschat (Herausgeber), Jörg Geerlings (Herausgeber), Thomas Mann (Herausgeber), Johann Ch Pielow (Herausgeber), Wirtschaft und Gesellschaft im Staat der Gegenwart: Gedächtnisschrift für Peter J. Tettinger, Köln 2007

Mann, Thomas — Steuernde Einflüsse der Kommunen in ihren Gesellschaften, VBl.BW 2010, S. 7-16

Mann, Thomas; Püttner, Günter (Hrsg.) — Handbuch der Kommunalen Wissenschaft und Praxis, Grundlagen und Kommunalverfassung, Band 1, 3. Auflage, Berlin 2007

Mann, Thomas; Püttner, Günter (Hrsg.) — Handbuch der Kommunalen Wissenschaft und Praxis, Kommunale Wirtschaft, Band 2, 3. Auflage, Berlin 2011

Maunz, Theodor; Dürig, Günter (Begr.)	Grundgesetz, Kommentar, herausgegeben von Herzog, Roman; Herdegen, Matthias; Scholz, Rupert; Klein, Hans H. Band III, Art. 16-22, Loseblatt, München Lfg. 71, März 2014
Maurer, Hartmut	Staatsrecht I, Grundlagen Verfassungsorgane Staatsfunktionen, 6. Auflage, München 2010
Maurer, Hartmut; Waldhoff, Christian	Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Auflage, München 2017
Meinen, Jörg	Konzernrecht im kommunalen Bereich, Berlin 2006; zugl.: Univ., Diss., Bochum 2005
Menold Herrlinger; Rechtsanwälte/Ernst Young (Hrsg.)	Stadtwerke im liberalisierten Energieversorgungsmarkt, Baden-Baden 2002
Mestmäcker, Ernst – Joachim; Immenga, Ulrich (Hrsg.)	Wettbewerbsrecht, Kommentar, Band 2, Teil 1 [§§ 1-96, 130-131], 5. Auflage, München 2014
Meyer, Hubert	Haushaltswirtschaft und Genehmigungsmaßstäbe – Aus Sicht der Kommunen, Der Gemeindehaushalt 2002, S. 251-254
Minuth, Klaus; Stiller, Dietrich F. R.	Direktverträge mit Generalunternehmern in der Projektfinanzierung, NZBau 2009, S. 574-578
Mitschang, Stephan	Standortkonzeption für Windenergieanlagen auf örtlicher Ebene, ZfBR 2003, S. 431-442
Möller, Maik	Subsidiaritätsprinzip und kommunale Selbstverwaltung, Baden-Baden 2009, zugl.: Univ., Diss., Osnabrück 2008
Montag, Frank; Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.)	Münchener Kommentar zum europäischen und deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Band 3 Beihilfen- und Vergaberecht, München 2011
Moraing, Markus	Kommunale Wirtschaft zwischen Wettbewerb und Gemeindewirtschaftsrecht, Der Gemeindehaushalt 1998, S. 223-228
Moraing, Markus	Kommunales Wirtschaftsrecht vor dem Hintergrund der Liberalisierung der Märkte, WiVerw 1998, S. 233-263

Moraing, Markus	Neue Kooperationsstrategien der Stadtwerke, in: Burgi, Energiepartnerschaften zwischen privaten Versorgungsunternehmen, Stadtwerken und Kommunen, Dokumentation einer Fachtagung des Instituts für Berg- und Energierecht am 21. Februar 2002, Stuttgart u.a. 2002, S. 121-129.
Müller, Matthias	Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht, Univ., Diss., Tübingen 2006.
Müller, Friedrich; Christensen, Ralf	Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 11. Auflage, Berlin 2013
Müller, Welf; Winkeljohann, Norbert (Hrsg.)	Beck'sches Handbuch der GmbH, Gesellschaftsrecht – Steuerrecht, 5. Auflage, München 2014
Niedersberg, Jörg	Tagungsbericht, Repowering von Windenergieanlagen, NordÖR 2011, S. 75-76
Noch, Rainer	Vergaberecht kompakt, Handbuch für die Praxis, 5.Auflage, Köln 2011
Nohtse, Karsten	Programm-Mezzanine-Finanzierungen deutscher Unternehmen : Eine Analyse kapitalstrukturtheoretischer Fragestellungen, Wiesbaden 2012
Odendahl, Kerstin	Die Konzentrationswirkung: Formenvielfalt, Kollisionsfragen und Alternativmodelle, VerwArch 62 (2003), S. 222-247
Ogiermann, Eva Maria	Rechtsfragen der Errichtung von Windkraftanlagen, Köln u.a. 1992, zugl.: Univ.,Diss., Münster (Westfalen) 1991
Oppermann, Thomas	Subsidiarität als Bestandteil des Grundgesetzes, JuS 1996, S. 569-573
Ossenbühl, Fritz	Mitbestimmung in Eigengesellschaften der öffentlichen Hand, ZGR 1996, S. 504-518
Osterloh, Lerke	Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1990), S. 204-242
Otto, Christian-W.	Rückbau und Repowering – Welche Planungsbefugnisse vermittelt § 249 Abs. 2 BauGB?, ZfBR Beil 2012, S. 72-75

Palandt, Otto (Begr.)	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 77. Auflage, München 2018
Papier, Hans-Jürgen	Wirtschaftsordnung und Grundgesetz, APuZ 13/2007, S. 3-9
Papier, Hans- Jürgen	Kommunale Daseinsvorsorge im Spannungsfeld zwischen nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht, DVBl. 2003, S. 686-697.
Pauly, Walter; Schüler, Yvonne	Der Aufsichtsrat kommunaler GmbHs zwischen Gemeindewirtschaftsrecht und Gesellschaftsrecht – Zum gemeindlichen Weisungsrecht an Aufsichtsratsmitglieder nach der neuesten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts –, DÖV 2012, S. 339-346
Peine, Franz-Josef	Öffentliches Baurecht, 4. Auflage, Tübingen 2003
Peters, Bernd	Windkraftanlagen und §§ 93 ff. BGB, WM 2007, S. 2003-2007
Pfeiffer, Thomas	Kommunalaufsicht, ThürVbl. 2007, S. 201-209
Pielow, Johann-Christian	Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, Vorgaben des Europäischen Gemeinschaftsrechts sowie des französischen und deutschen Rechts unter besonderer Berücksichtigung der Elektrizitätsversorgung, Tübingen 2001
Pielow, Johann-Christian	Zur beihilferechtlichen Beurteilung der Bezuschussung der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen, RdE 2004, S. 44-46
Pogoda, Johannes	Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden und Subsidiarität, LKV 2012, S. 159-163
Pöhlmann, Peter; Fandrich, Andreas; Bloehs, Joachim (Hrsg)	Genossenschaftsgesetz, Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften nebst umwandlungsrechtlichen Vorschriften für Genossenschaften, 4. Auflage, München 2012

Posewang, Malte	Rechnungslegungspolitik für Betreiber von Windenergieanlagen, Eine entscheidungsmodellorientierte Analyse unter Berücksichtigung aktueller Reformen der Gestaltungsalternativen nach Handels- und Steuerrecht sowie IFRS, Hamburg 2012, zugl.: Univ.,Diss., Hamburg 2012
Praetorius, Barbara	Trends in der Energiewirtschaft: Kooperationen und Übernahme von Infrastrukturen durch die Kommunen, IR 2009, S. 242-145
Pricewaterhouse Coopers AG (Hrsg.)	Entflechtung und Regulierung in der deutschen Energiewirtschaft. Praxishandbuch zum neuen Energiewirtschaftsgesetz, 3. Auflage, München 2012
Prütting, Hanns; Wegen, Gerd; Weinreich, Gerd (Hrsg.)	BGB, Kommentar, 13. Auflage, Köln u.a. 2018
Pünder, Hermann; Schellenberg, Martin (Hrsg.)	Vergaberecht, GWB, VgV, SektVO, VOL/A, VOB/A, VOF, Haushaltsrecht, Öffentliches Preisrecht, Handkommentar, 2. Auflage Baden-Baden 2015
Püttner, Günter	Das Recht der kommunalen Energieversorgung, Stuttgart u.a. 1967
Püttner, Günter	Die öffentlichen Unternehmen: ein Handbuch zu Verfassungs- und Rechtsfragen der öffentlichen Wirtschaft, Stuttgart u.a. 1985
Püttner, Günter	Gemeinden und Kreise in der Energieversorgung, DÖV 1990, S. 461-467
Püttner, Günter (Hrsg.)	Der kommunale Querverbund, Baden-Baden 1995
Püttner, Günter	Daseinsvorsorge und Wettbewerb von Stadtwerken, DVBl. 2010, S. 1189-1193
Raiser, Thomas	Konzernverflechtungen unter Einschluß öffentlicher Unternehmen, ZGR 1996, S. 458-480
Ramtke, Sebastian	Die Rechtsprobleme des Ausbaus der Windenergienutzung in Deutschland, Baden-Baden 2010, zugl.: Univ.der BW, Diss., München 2008

Reck, Hans – Joachim	Zielvorgaben für Stadtwerke: Wettbewerbsfähigkeit, Versorgungssicherheit und Umweltschutz im Energiemarkt, IR 2009, S. 98-101
Rectanus, Christopher	Genehmigungsrechtliche Fragen der Windenergieanlagen-Sicherheit, NVwZ 2009, S. 871-876
Reinhardt, Michael (Hrsg.)	Wasserhaushaltsgesetz unter Berücksichtigung der Landeswassergesetze, Kommentar, 11. Auflage, München 2014
Reshöft, Jan; Schäfermeier, Andreas (Hrsg.)	Erneuerbare-Energien-Gesetz, Handkommentar, 4. Auflage Baden-Baden 2014
Ries, Alexandra; Garbers, Günter	Die Kommunale GmbH zwischen Privatautonomie und öffentlichem Zweck, KommJur 2004, S. 407-411
Römermann, Volker (Hrsg.)	Münchener Anwaltshandbuch, GmbH-Recht, 3. Auflage, München 2014
Rose, Joachim	Kommunale Finanzwirtschaft in Niedersachsen, Grundriss für die Aus- und Fortbildung, 4. Auflage, Kiel 2009
Rosenkötter, Annette; Plantinko, Calle	Die Befreiung der Sektorentätigkeiten vom Vergaberechtsregime, NZBau 2010, S. 78-83
Roth, Eva	Unbundlingkonforme Netzorganisation, Baden-Baden 2006, zugl.: Univ., Diss., Köln, 2005
Ruffert, Matthias	Grundlagen und Maßstäbe einer wirkungsvollen Aufsicht über die kommunale wirtschaftliche Betätigung, VerwArch 92 (2001), S. 27-57
Ruthig, Josef; Storr, Stefan	Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Auflage, Heidelberg 2015
Sachs, Michael (Hrsg.)	Grundgesetz, Kommentar, 8. Auflage, München 2018
Säcker, Franz Jürgen; Boesche, Katharina Vera	Vertikale Fusionen im Energiesektor gefährden wirksamen Wettbewerb, BB 2001, S. 2329-2337

Säcker, Franz Jürgen	Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Netzkooperationen, Beteiligungen an Netzgesellschaften, Netzpacht und Betriebsführungsverträgen, ZNER 2005, S. 270-284
Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.)	Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1, Halbband 1, 3.Auflage, Frankfurt am Main 2014 Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 2, 3. Auflage, Frankfurt am Main 2014
Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.) Rixecker, Roland (Hrsg.)	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, §§ 1-240, 8. Auflage, München 2018
	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, Schuldrecht, Besonderer Teil II, §§ 535-630h, 7. Auflage, München 2017
	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, Schuldrecht, Besonderer Teil III/1, §§ 631-651, 7. Auflage, München 2017
	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6, Schuldrecht, Besonderer Teil III, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, 7. Auflage, München 2017
Salje, Peter	Energiewirtschaftsgesetz, Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970) Kommentar, Köln u.a. 2006
Salje, Peter	Erneuerbare-Energien-Gesetz 2014: Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz - EEG 2014) Kommentar, 7. Auflage, Köln u.a. 2015
Sander, Carsten	Kooperationen in der Energiewirtschaft, eine empirische Analyse kommunaler Energieversorgungsunternehmen, Aachen 2011, zugl.: Univ., Diss., Münster 2011
Sanden, Joachim	Die Europäische Fusionskontrolle im liberalisierten Energiemarkt, EuZW 2004, S. 620-624

Sandmann, Tina	Kommunale Unternehmen im Spannungsfeld von Daseinsvorsorge und europäischem Wettbewerbsrecht, Frankfurt a.M. 2005, zugl.: Univ., Diss., 2004 Frankfurt a.M.
Schaefer, Olaf	Energiewirtschaftliche Betätigung der Kommunen, eine Literaturstudie zur Stellung der Kommunen in einem liberalisierten Energiemarkt, Speyer 1999
Scharpf, Christian	Die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden zwischen Grundrechtsrelevanz und kommunalem Selbstverwaltungsrecht, GewArch 2005, S. 1-8
Scharpf, Christian	Der Einfluss des Europarechts auf die kommunale Daseinsvorsorge, EuZW 2005, S. 295-299
Scheidler, Alfred	Errichtung und Betrieb von Windkraftanlagen aus öffentlich-rechtlicher Sicht, GewArch Beilage Wi-Verw Nr. 03/2011, S. 117-184
Schiller, Marcus	Staatliche Gewährleistungsverantwortung und die Sicherstellung von Anschluss und Versorgung im Bereich der Energiewirtschaft, Baden-Baden 2012, zugl.: Univ., Diss., Münster 2010
Schink, Alexander	Wirtschaftliche Betätigung kommunaler Unternehmen, NVwZ 2002, S. 129-140
Schlemmermeier, Ben; Schorsch, Christof	Verflechtung zwischen den Marktstufen im deutschen Energierecht, in: Schwintowski (Hrsg.): Strategische Allianzen – Netznutzung – Vergaberecht auf den Energiemärkten, S. 53-70
Schmidt, Karsten; Lutter, Marcus (Hrsg.)	Aktiengesetz, Kommentar, Band 1 §§ 1-149, 3. Auflage, Köln 2015
Schmidt, Reiner	Der Übergang öffentlicher Aufgabenerfüllung in private Rechtsformen, ZGR 1996, S. 345-363
Schmidt, Reiner; Wollenschläger, Ferdinand (Hrsg.)	Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Auflage, Berlin 2015
Schmidt, Torsten	Liberalisierung, Privatisierung und Regulierung der Wasserversorgung, LKV 2008, S. 193-200

Schmidt, Thorsten Ingo	Kommunale Kooperation: der Zweckverband als Nukleus des öffentlich-rechtlichen Gesellschaftsrechts, Tübingen 2005, zugl.: Göttingen, Univ., Habil.-Schr., 2004/05
Schmidt – Aßmann, Eberhard	Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), S. 329-390
Schmidt-Aßmann, Eberhard	Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung, in: Badura, Peter (Hrsg.), Dreier, Horst (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht Band 2, Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts Tübingen 2001, S. 803-825
Schmidt-Jortzig, Edzard	Subsidiaritätsprinzip und Kommunalordnung, Köln u.a. 1982
Schnabel, Björn-Olaf	Öffentliche Unternehmen in der Europäischen Union, Artikel 106 in Verbindung mit 101 AEUV als Begrenzung staatlicher Maßnahmen zu Gunsten einer sozialen Marktwirtschaft mit einem unverfälschten Wettbewerb, Baden-Baden 2014, zugl.: Univ., Diss., Saarbrücken 2014
Schneider, Hans	Gesetzgebung, Ein Lehr- und Handbuch, 3. Auflage, Heidelberg u.a. 2002
Schneider, Jens-Peter; Theobald, Christian (Hrsg.)	Recht der Energiewirtschaft, Praxishandbuch, 4. Auflage, München 2014
Schoch, Friedrich (Hrsg.)	Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Auflage, Berlin 2013
Scholz, Rupert	Grenzen staatlicher Aktivität unter der grundgesetzlichen Wirtschaftsverfassung, in: Duwendag, Dieter (Hrsg.), Der Staatssektor in der sozialen Marktwirtschaft: Vorträge und Diskussionsbeiträge der 43. Staatswissenschaftlichen Fortbildungstagung 1975 der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Berlin 1976, S. 113-133
Schomerus, Thomas; Degenhart, Heinrich (Hrsg.)	Repowering – Hindernisse und Lösungsmöglichkeiten, Baden-Baden 2010

Schomerus, Thomas; Schmidt, Martin	Die Vergütung von Strom aus Windenergie: Von referenzertrag, Systemdienstleistungs- und Repowering-Bonus, in: Müller, Thorsten (Hrsg.) 20 Jahre Recht der Erneuerbaren Energien, Baden-Baden 2012, S. 595-621
Schön, Oliver	Die Haftung kommunaler Aufsichtsratsmitglieder in Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Bayern, Berlin 2004; zugl. Univ.,Diss., München 2004
Schraffer, Heinrich	Der kommunale Eigenbetrieb, Untersuchungen zur Reform der Organisationsstruktur, Baden- Baden 1993, Zugl.: Univ., Diss. Saarbrücken 1991
Schrödter, Hans (Hrsg.)	Baugesetzbuch, Kommentar, 8. Auflage, München 2015
Schröter, Helmuth Jacob, Thinam Klotz, Robert Mederer, Wolfgang (Hrsg.)	Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2014
Schulz, Norbert	Anmerkung zur Tätigkeit gemeindlicher Unternehmen außerhalb des Gemeindegebiets, Bay.VBl. 1998, S. 449-452
Schulz, Thomas (Hrsg.)	Handbuch Windenergie, Berlin 2015.
Schwabe, Christof	Vergabefreie öffentlich-öffentliche Partnerschaften weiter vereinfacht? IBR 2013, S. 163
Schwarting, Gunnar	Beteiligungsmanagement und -controlling in der Kommunalverwaltung – einige wenig beachtete Aspekte -, BFuP 2004, S. 342-354
Schwintowski, Hans-Peter	Grundlinien eines zukünftigen europäischen Energierechts, ZNER 2000, S. 93-100
Schwintowski, Hans-Peter	Corporate Governance im öffentlichen Unternehmen, NVwZ 2001, S. 607-612
Shirvani, Foroud	Rückenwind für kommunale Bürgerwindparks?, NVwZ 2014, S. 1185-1190

Smeddinck, Ulrich	Gesetzgebungsmethodik und Gesetzestypen, in: Kluth, Winfried (Hrsg.), Krings, Günter (Hrsg.), Gesetzgebung, Rechtssetzung durch Parlamente und Verwaltungen sowie ihre gerichtliche Kontrolle, Heidelberg u.a. 2014, S. 69-94
Smith, Adam	The Wealth of Nations, New York 1991
Soergel, Hans- Theodor (Hrsg.)	Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2, Allgemeiner Teil 2, §§ 104-240, 13. Auflage, Stuttgart u.a. 1999
Söfker, Wilhelm	Zur bauplanungsrechtlichen Absicherung des Repowerings von Windenergieanlagen, ZfBR 2008, S. 14-21
Sonder, Nicolas	Europäisches Beihilfenrecht in der kommunalen Praxis – eine Einführung anhand von fünf Fällen; KommJur 2013, S. 121-128
Spannowsky, Willy	Der Einfluß ö-r Zielsetzungen auf das Statut privatrechtlicher Eigengesellschaften der öffentlichen Hand: - Öffentlich-rechtliche Vorgaben, insbesondere zur Ingerenzpflicht -, ZGR 1996, S. 400-428
Spannowsky, Willy (Hrsg.) Uechtritz, Michael (Hrsg.)	Baugesetzbuch, Kommentar, 3. Auflage, München 2018
Staab, Jürgen	Erneuerbare Energien in Kommunen, Energiegenossenschaften gründen, führen und beraten, 2. Auflage, Wiesbaden 2013
Steckert, Uwe	Kommunalwirtschaft im Wettbewerb – Durch Liberalisierung zur Sinnkrise? – Eine Streitschrift, Baden-Baden 2002
Steiner, Udo	Der Bau von Energieversorgungsleitungen – Verfahrensrechtliche Voraussetzungen, in: Festschrift für Fritz Fabricius zum 70. Geburtstag, Hüffer, Uwe; Ipsen, Knut; Tettinger, Peter (Hrsg.), Stuttgart u.a. 1989, S. 271-290

Stenneken, Christian	Planung und Genehmigung von Windkraftanlagen, Unter besonderer Berücksichtigung Nordrhein-Westfalens, Frankfurt a.M. u.a., 2000, zugl.: Univ., Diss., Bochum 1999
Stepanek, Bettina	Verfassungsunmittelbare Pflichtaufgaben der Gemeinden, Berlin 2014, zugl.: Univ.,Diss., Würzburg 2013
Stern, Klaus	Gemeindeordnung und kommunale Wirtschaftsbetätigung, Bay. VBl. 1962, S. 129-133
Stern, Klaus Püttner, Günter	Die Gemeindewirtschaft, Recht und Realität, Zum staats- und kommunalverfassungsrechtlichen Standort der kommunalen Wirtschaft, Stuttgart u.a.1965
Stern, Klaus	Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 1, 2. Auflage, München 1984
Stern, Klaus Nierhaus, Michael	Das Regionalprinzip im öffentlich-rechtlichen Sparkassenwesen, seine Geltung und Reichweite im Sparkassenorganisations- und Sparkassengeschäftsrecht, Heidelberg 1991
Stern, Klaus	Die Reform des gemeindlichen Wirtschaftsrechts in Nordrhein-Westfalen im Lichte der verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie, in: Kirchhof, Ferdinand (Hrsg.), Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), Schäffer, Heinz (Hrsg.), Rechtsstaat und Grundrechte, Festschrift für Detlef Merten, Heidelberg 2007, S. 293-304
Stober, Rolf	Die privatrechtlich organisierte öffentliche Verwaltung, NJW 1984, S. 449-457
Stollmann, Frank	Öffentliches Baurecht, 11. Auflage, München 2017
Storbeck, Daniel	Grenzüberschreitende kommunale Zusammenarbeit, Göttingen 2016, zugl. Univ.Diss Göttingen 2016
Streck, Michael (Hrsg.)	Körperschaftsteuergesetz, Kommentar, 9. Auflage. München 2018
Strobel, Brigitte	Der Beteiligungsbericht als Informationsinstrument des Gemeinderats, DÖV 2004, S. 477-482
Strobel, Brigitte	Weisungsfreiheit oder Weisungsgebundenheit kommunaler Vertreter in Eigen- und Beteiligungsgesellschaften? DVBl. 2005, S. 77-81

Stüer, Bernhard; Schmalenbach, Uwe	Rechtsgrundlagen der Kommunalwirtschaft, Nordrheinwestfälische Verwaltungsblätter 2006, S. 161-170
Stüer, Bernhard	Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, Planung – Genehmigung – Rechtsschutz, 4. Auflage, München 2009
Surén, Friedrich-Karl; Loschelder, Wilhelm	Die Deutsche Gemeindeordnung vom 20.05.1935, Kommentar, Band II Die §§ 60-123 der Deutschen Gemeindeordnung, Berlin 1940
Süsterhenn, Adolf	Das Subsidiaritätsprinzip als Grundlage der vertikalen Gewaltenteilung, in: Maunz, Theodor (Hrsg.), Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, München 1956, S. 141-156
Templin, Wolf	Kommunale Selbstverwaltungsgarantie und örtliche Energieversorgung – Der Einfluss des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG auf die Auslegung des „Überlassens“ nach § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG, VerwArch 100 (2009), S. 529-551
Tettinger, Peter	Ingerenzprobleme staatlicher Konjunktursteuerung auf kommunaler Ebene, Frankfurt 1973; zugl. Univ.Diss Köln 1973.
Tettinger, Peter	Mitbestimmung in der Sparkasse und verfassungsrechtliches Demokratiegebot, Heidelberg 1986
Tettinger, Peter	Verfassungsrecht und Wirtschaftsordnung – Gedanken zur Freiheitsentfaltung am Wirtschaftsstandort Deutschland –, DVBl. 1999, S. 679-687
Tettinger, Peter	Public Private Partnership, Möglichkeiten und Grenzen – ein Sachstandsbericht, NWVBl. 2005, S. 1-10
Theobald, Christian; Nill, Theobald, Christiane	Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, die Liberalisierung der Strom- und Gaswirtschaft, 3. Auflage, München 2013
Theurl, Theresia	Die Kooperation von Unternehmen, Die Facetten der Dynamik, in: Ahlert, Handbuch für Franchising und Kooperation, S. 73-91

Thieme, Werner	Kommunalrechtliche Grenzen wirtschaftlicher Tätigkeiten der kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften, in: Biernat, Stanislav (Hrsg.), Hendler, Reinhard (Hrsg.), Schoch, Friedrich (Hrsg.), Wasilewski, Andrezey (Hrsg.), Grundfragen des Verwaltungsrechts und der Privatisierung, Stuttgart u.a. 1994, S. 336-338
Thode, Bernd; Peres, Holger	Die Rechtsform Anstalt nach dem kommunalen Wirtschaftsrecht des Freistaates Bayern, BayVBl. 1999, S. 6-11
Unruh, Peter	Kritik des privatrechtlichen Verwaltungshandels – Ein Problemaufriß – DÖV 1997, S. 651-666
Versteyl, Ludger-Anselm; Mann, Thomas; Schomerus, Thomas	Kreislaufwirtschaftsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, München 2012
von dem Busche, Julie	Interkommunale Kooperation und Vergaberecht, IR 2009, S. 295-298
von Kaler, Matthias; Kneuper, Friedrich	Erneuerbare Energien und Bürgerbeteiligung, NVwZ 2012, S. 791-796
von Mangoldt, Hermann; Klein, Friedrich (Begr.) Starck, Christian (Hrsg.)	Kommentar zum Grundgesetz, Band 2: Artikel 20-82, 7. Auflage, München 2018
von Oefele, Helmut Freiherr; Winkler, Karl	Handbuch des Erbbaurechts, 5. Auflage, München 2012
von Staudinger, Julius (Begr..)	J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 139-163 (Allgemeiner Teil 4b), Berlin 2010
	J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse, §§ 488-490; 607-609 (Darlehensrecht), Berlin 2011

	J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse, §§ 631-651 (Werkvertragsrecht), Berlin 2008
Wagner, Jörg	Verfahrensbeschleunigung durch Raumordnungsverfahren, DVBl. 1991, S. 1231-1237
Walter, Jochen	Banken-Rating für Kommunen, Der Gemeindehaushalt 2004, S. 1-4
Weber, Jana-Denise; Hammler, Fabian; Kleinschmidt, Bernd	Grundlegende ertrag- und umsatzsteuerliche Aspekte bei der Errichtung/dem Betrieb von Onshore- sowie Offshore- Windkraftanlagen, BB 2012, S. 1836-1843
Weber, Martin; Schäfer, Michael (Hrsg.)	Public Private Partnership, München 2006
Weber-Grellet, Heinrich (Hrsg.)	Einkommensteuergesetz, begründet von Schmidt, Ludwig, Kommentar, 37. Auflage, München 2018
Weiß, Wolfgang	Kommunale Energieversorger und EG-Recht: Fordert das EG-Recht die Beseitigung der Beschränkung für die kommunale Wirtschaft? DVBl. 2003, S. 564-574
Weisensee, Claudius	Erdkabel als Realkompensation für Windenergieanlagen, NuR 2013, S. 789-793
Weiss, Andreas	Windenergieanlagen und Luftverkehrsrecht – kein luftleerer Rechtsraum, NVwZ 2013, S. 14-18
Weitemeyer, Birgit	Verdeckte Gewinnausschüttungen bei der öffentlichen Hand nach dem JStG 2009 und die Schranken des europäischen Beihilferechts, FR 2009, S. 1-15
Wenzl, Christopher	Das Örtlichkeitsprinzip im europäischen Binnenmarkt, Die räumliche Beschränkung der Kommunalwirtschaft durch das deutsche (Verfassungs-)Recht und ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden 2007, zugl.: Univ., Diss., Freie Univ. Berlin 2007
Wertenbruch, Wilhelm	Grundgesetz und Menschenwürde, ein kritischer Beitrag zur Verfassungswirklichkeit, Köln u.a. 1958, zugl.; Köln Univ., Habil. Schr.1958

Wesener, Wolfgang	Energieversorgung und Energieversorgungskonzepte, zu den rechtlichen und faktischen Möglichkeiten der Umsetzung von Versorgungskonzepten, Münster 1986
Westermann, Eike Christian; Zemke, Florian	Neue Entwicklungen beim Steuerlichen Querverbund, KommJur 2013, S. 1-6
Weyand, Rudolf	Vergaberecht: Praxiskommentar zu GWB, VgV, Sekt-VO, VSVgV, VOB/A 2012, VOL/A, VOF mit sozialrechtlichen Vorschriften, 4. Auflage, München 2013
Wiedemann, Gerhard	Handbuch des Kartellrechts, 3. Auflage, München 2016
Wieland, Joachim	Die Stellung der nordrhein-westfälischen Kommunen im liberalisierten Strommarkt, NWVBl. 2000, S. 246-248
Will, Christina	Die Auswirkungen der energierechtlichen Entflechtungsvorschriften auf kommunale Energieversorgungsunternehmen, DVBl. 2006, S. 1278-1287
Wilmert, Bernd	Kooperationen und Beteiligungen als eine Antwort auf den Liberalisierungsprozess I, in: Schöneich, Michael (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Widder, Stadtwerke, S. 303-317
Winkel, Johannes	Die Bedeutung der kommunalen Unternehmen für die Daseinsvorsorge und für die kommunalen Haushalte, NWVBl. 2008, S. 285-291
Winterhoff, Christian	Die rechtlichen Möglichkeiten und Grenzen der Public Private Partnership im Strafvollzug, in: Grote, Rainer; Härtel, Ines; Hain, Karl-Eberhardt; Schmidt, Thorsten Ingo; Schmitz, Thomas; Schuppert, Gunnar Folke; Winterhoff, Christian (Hrsg.); Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2007
Witt, Carl-Heinz	Die Konzernbesteuerung, Vorschlag zur Fortentwicklung des Rechts der steuerlichen Organschaft, Köln 2006
Wittig, Oliver	Fesselung kommunaler Unternehmen durch das Gemeindewirtschaftsrecht, VR 2002, S. 90-96

Wolff, Johanna	Verfassungs- und europarechtliche Fragen der wirtschaftlichen Betätigung deutscher Kommunen im Ausland, DÖV 2011, S. 721-728
Wurzel, Gabriele; Schraml, Alexander; Becker, Ralph	Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 3. Auflage, München 2015
Wustlich, Guido; Müller, Dominik	Die Direktvermarktung von Strom aus erneuerbaren Energien im EEG 2012 – eine systematische Einführung in die Marktprämie und die weiteren Neuregelungen zur Marktintegration, ZNER 2011, S. 380-396
Zenke, Ines; Dessau, Christian	Bürgerbeteiligung als Schlüssel einer kommunalen Energiewende, KommJur 2013, S. 288-291
Zenke, Ines; Neveling, Stefanie; Lokau, Bernhard	Konzentration in der Energiewirtschaft, politische und rechtliche Fusionskontrolle, München 2006
Zentes, Joachim; Swoboda, Bernhard; Morschett, Dirk (Hrsg.)	Kooperationen, Allianzen und Netzwerke, Grundlagen – Ansätze – Perspektiven, 2. Auflage Wiesbaden 2005
Ziekow, Jan; Windoffer, Alexander	Public Private Partnership, Struktur und Erfolgsbedingungen von Kooperationsarenen, NZBau 2005, S. 665-671
Ziekow, Jan; Windoffer, Alexander	Public Private Partnership, Struktur und Erfolgsbedingungen von Kooperationsarenen, Baden-Baden 2008
Ziekow, Jan; Völlink, Uwe-Carsten (Hrsg.)	GWB, VgV, SektVO, VSVgV, VOB/A, VOL/A, VOF, VO (EG) Nr. 1370/2007, Kommentar, 2. Auflage, München 2013
Zippelius, Reinhold; Würtenberger, Thomas	Deutsches Staatsrecht, Ein Studienbuch, München 2008
Zoellner, Jan; Schweitzer-Ries, Petra; Rau, Irina	Akzeptanz Erneuerbarer Energien, in: Müller, Thorsten (Hrsg.), 20 Jahre Recht der Erneuerbaren Energien, Baden-Baden 2012, S. 91-106

Internetquellen (alle zuletzt abgerufen: 01.10.2018)

Agentur für Erneuerbare Energien	Föderal Erneuerbar, https://www.foederal-erneuerbar.de/landesinfo/bundesland/SH/kategorie/wirtschaft/auswahl/483-anzahl_energiegenoss/#goto_483.
Bardt, Hubertus Fuest, Winfried Lichtblau, Karl	Kommunale Unternehmen auf Expansionskurs, IW-Trends 03/2010, Deutsches Institut für Wirtschaft, http://www.iwkoeln.de/studien/iw-trends/beitrag/53496
Bertelsmann Stiftung	Migration und demografischer Wandel, Gütersloh 2012, https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/BSt/Presse/imported/downloads/xcms_bst_dms_36564_36565_2.pdf
Börse Frankfurt	Innogy SE, http://www.boerse-frankfurt.de/aktien/ipo-detail/DE000A2AADD2
Bovenschulte, Andreas Hickel, Rudolf Sieling, Carsten	Ein Fonds zur Tilgung der Altschulden der Länder und Kommunen – den Finanzförderalismus solidarisch und nachhaltig gestalten, FES 2013, http://library.fes.de/pdf-files/dialog/09683.pdf
Bund der Steuerzahler	Schwarzbuch des Bunds der Steuerzahler 2014 mit besonderem Schwerpunkt auf kommunaler Wirtschaftstätigkeit, http://www.steuerzahler.de/files/15735/Schwarzbuch_2014_Web_2Aufl.pdf.
Bund Deutscher Energiewirtschaft	Energiedaten, http://www.bdew.de/internet.nsf/id/DE_Energiedaten.
Bund Deutscher Energiewirtschaft	Wettbewerb 2012, http://www.bdew.de/internet.nsf/id/broschuere-wettbewerb-2012-de
Bundeskartellamt	Sektorenuntersuchung Stromerzeugung und Gashandel, Januar 2011, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung%20Stromerzeugung%20Stromgrosshandel%20-%20Zusammenfassung.pdf?__blob=publicationFile&v=4

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie	Die Energiewende in Deutschland 2012, http://www.bmwi.de/Dateien/BMWi/PDF/energiewende-in-deutschland,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf
Bundesministerium für Wirtschaft und Energie	Fragen und Antworten zum EEG 2017, https://www.bmwi.de/DE/Themen/Energie/Erneuerbare-Energien/faq-eeg-2017,did=773140.html
Bundesverband der Energiewirtschaft	Wettbewerb 2012, http://www.bdew.de/internet.nsf/id/broschuere-wettbewerb-2012-de
Bundesverband Windenergie e.V.	Repowering von Windenergieanlagen, http://www.erneuerbare-energien-niedersachsen.de/downloads/bwe-repowering-broschuere
Deutsche Energieagentur GmbH	Kurzanalyse der Kraftwerks- und Netzplanung in Deutschland bis 2020 (mit Ausblick auf 2030)), http://www.dena.de/fileadmin/user_upload/Projekte/Energiesysteme/Dokumente/Kurzanalyse_KuN-Planung_D_2020_2030_kurz.pdf.
Deutsches Institut für Urbanistik GmbH	Nutzung erneuerbarer Energien durch die Kommunen, Ein Praxisleitfaden, Köln 2010, http://www.difu.de/publikationen/2010/nutzung-erneuerbarer-energien-durch-die-kommunen.html
Deutsche Windguard	Kostensituation der Windenergie an Land in Deutschland, 2015, https://www.wind-energie.de/
Die Welt	Ein Viertel der deutschen Stadtwerke steht vor der Pleite, 2016, https://www.welt.de/wirtschaft/article152480955/Dutzende-deutsche-Stadtwerke-stehen-vor-der-Pleite.html
Die Zeit	Ein realer Kampf gegen Windmühlen, Januar 2011, http://www.zeit.de/politik/deutschland/2011-11/windkraft-protest-schleswig-holstein
Fokus Online	Das Sterben der Stadtwerke, August 2014, http://www.focus.de/finanzen/news/stadtwerke-gera-sind-pleite-das-sterben-der-stadtwerke-steht-ihre-kommune-auch-auf-der-kippe_id_4069643.html

Fraunhofer ISE	Aktuelle Fakten zur Photovoltaik in Deutschland, Februar 2015, http://www.ise.fraunhofer.de/de/veroeffentlichungen/veroeffentlichungen-pdf-dateien/studien-und-konzeptpapiere/aktuelle-fakten-zur-photovoltaik-in-deutschland.pdf
Fraunhofer ISE	Was kostet die Energiewende, 2015, https://www.ise.fraunhofer.de/de/presse-und-medien/presseinformationen/2015/was-kostet-die-energiewende-wege-zur-transformation-des-deutschen-energiesystems-bis-2050.html.
Fraunhofer ISE	Netto-Stromerzeugungskapazität Deutschlands, https://www.energy-charts.de/power_inst_de.htm
Handelsblatt	Energiewende beutelt Stadtwerke, Januar 2014, http://www.handelsblatt.com/technologie/das-technologie-update/energie/strompreisverfall-fehlt-den-stadtwerken-geld-bekommen-es-die-buerger-zu-spueren/9379412-2.html.
Halsch, Volker; Stähler, Udo; Weiß, Mirko	Zukunftsfähige Kommunalfinanzen, FES 2013, abzurufen unter http://library.fes.de/pdf-files/managerkreis/10397-20131211.pdf
Institut der deutschen Wirtschaft	Die Zukunft des ländlichen Raums, Industrie- und Fachkräfteversorgung, 2009, http://www.iwconsult.de/regional/pdf/Broschuere_Zukunft_laendlicher_Raum.pdf
Internationales Wirtschaftsforum Regenerative Energien	Strompreise für Verbraucher steigen – Börsen- Strompreise sinken auf Rekordtief, 2013, http://www.iwr-institut.de/de/presse/presseinfos-energiewende/strompreise-fuer-verbraucher-steigen-boersen-strompreise-sinken-auf-rekordtiefs
Kreditanstalt für Wiederaufbau	Förderprodukte für Energie und Umwelt, https://www.kfw.de/inlandsfoerderung/Unternehmen/Energie-Umwelt/Erneuerbare-Energien/F%C3%B6rderratgeber/

Pricewaterhouse-Coopers Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungs-gesellschaft	Kooperationen von Stadtwerken – heute noch ein Erfolgsmodell? November 2011, http://www.pwc.de/de/energiewirtschaft/pwc-studie-kooperation-von-stadtwerken-heute-noch-ein-erfolgsmodell.jhtml
Rheinische Post Online	Vattenfall verkauft deutsches Übertragungsnetz, März 2010, http://www.rp-online.de/wirtschaft/unternehmen/vattenfall-verkauft-deutsches-uebertragungsnetz-aid-1.2323069
Schmieder, Matthias	Benchmarking der Energieversorger in Deutschland, http://www.f08.fh-koeln.de/fakultaet/ifp/forschung/forschungsfelder/01036/index.html;
Stadtwerke Weserbergland	Unternehmensstruktur, https://www.stadtwerke-weserbergland.de/unternehmen/ueberuns.html
Statistisches Bundesamt	Energie- und Wasserversorgung, https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Wirtschaftsbereiche/Energie/BeschaeftigteUmsatzInvestitionen/Tabellen/Betriebsergebnisse Wirtschaftszweige.html.
Tagesspiegel	Privatkunden sind die Verlierer des freien Strommarktes, 2013, http://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/15-jahre-liberalisierung-privatkunden-sind-die-verlierer-des-freien-strommarktes/7671640.html
UK Energy Research Center	Innovation timelines from invention to maturity, http://www.ukerc.ac.uk/programmes/technology-and-policy-assessment/innovation-timelines-from-invention-to-maturity-a-review-of-the-evidence-on-the-time-taken-for-new-technologies-to-reach-widespread-commercialisation.html.
U.S: Energy Information Agency	What is U.S. electricity generation by energy source? https://www.eia.gov/tools/faqs/faq.php?id=427&t=3
Verband kommunaler Unternehmen e.V.	Stadtwerke der Zukunft II – Perspektiven kommunaler Kooperationen, 2010, http://www.vku.de/energie/unternehmensstrategien/kooperationen2010/sdz-ii-kooperationen.html

Verband kommunaler Unternehmen e.V. — Geschäftsbericht 2012/2013, November 2013, http://www.vku.de/presse/publikationen/geschaeftsbericht2012-2013.html

Verband kommunaler Unternehmen e.V. — Zahlen, Daten, Fakten 2018, https://www.vku.de/publikationen/2018/zahlen-daten-fakten-2018/

Verband kommunaler Unternehmen e.V: — Umsatz privater Energiekonzerne und VkU-Mitglieder, http://de.statista.com/statistik/daten/studie/154859/umfrage/umsatz-privater-energiekonzerne-und-vku-mitglieder-in-2007/.

Alle weiteren hier nicht aufgelisteten Internetquellen (insbesondere Geschäfts- und Beteiligungsberichte der verschiedenen EVU) sind zusammen mit der Quelle im Text aufgeführt

Die Energiewende sowie auch die fortschreitende Liberalisierung des Energiemarktes stellen private und öffentliche Energieunternehmen vor enorme Herausforderungen. Sie erfordern insbesondere in der Wertschöpfungsstufe der Energieerzeugung eine strategische Neuausrichtung. Obwohl kommunale und private Unternehmen dabei in dem gleichen Wirtschaftssektor tätig sind, unterliegen sie unterschiedlichen gesetzlichen Anforderungen, woraus sich teils deutliche rechtliche und tatsächliche Vor- und Nachteile für kommunale Unternehmen ergeben. Diese Unterschiede lassen sich mehrheitlich aus verfassungsrechtlichen Determinanten ableiten, welche den Gestaltungsspielraum des Landesgesetzgebers einschränken. Kommunalordnungen stehen dennoch, insbesondere im Bereich der überörtlichen Tätigkeit und bei Gemeinwohlbezügen, mitunter im Widerspruch zu diesen Verfassungsvorgaben. Es bedarf somit einer Anpassung des kommunalrechtlichen Rahmens an die Herausforderungen der Stadtwerke in der Energiewende, ohne die verfassungsrechtlichen Vorgaben außer Acht zu lassen.

GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT GÖTTINGEN

ISBN: 978-3-86395-363-8
eISSN: 2512-6911

Universitätsverlag Göttingen