Dr. Constanze Nönnig

Die Rolle kommunaler Elektrizitätsversorgungsunternehmen im Zentrum einer kooperativen Aufgabenerledigung zwischen Staat und Privatwirtschaft im Bereich der örtlichen Elektrizitätsversorgung

Dr. Constanze Nönnig

Die Rolle kommunaler Elektrizitätsversorgungsunternehmen im Zentrum einer kooperativen Aufgabenerledigung zwischen Staat und Privatwirtschaft im Bereich der örtlichen Elektrizitätsversorgung



TECHNISCHE UNIVERSITÄT
CHEMNITZ

Universitätsverlag Chemnitz
2012

Impressum

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Angaben sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Zugl.: Chemnitz, Techn. Univ., Diss., 2011

Technische Universität Chemnitz/Universitätsbibliothek
Universitätsverlag Chemnitz
09107 Chemnitz
http://www.bibliothek.tu-chemnitz.de/UniVerlag/

Herstellung und Auslieferung
Verlagshaus Monsenstein und Vannerdat OHG
Am Hawerkamp 31
48155 Münster
http://www.mv-verlag.de

ISBN 978-3-941003-50-7

http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:bsz:ch1-qucosa-82205

Meinem Bruder Sebastian

Dank

Die vorliegende Arbeit wurde als Dissertation im Januar 2011 zur Erlangung des akademischen Grades eines Doctor iuris der Fakultät für Wirtschaftswissenschaften der Universität Chemnitz vorgelegt.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Ludwig Gramlich, der mir auf meinem Weg zur Promotion stets zügig, unkompliziert und hilfreich zur Seite stand. Außerdem danke ich Herrn Dr. Thomas Köhler. Er hat mich immer wieder motiviert und mich mit seinen Anregungen unterstützt. Nicht vergessen möchte ich schließlich meine Eltern, die allzeit für mich da sind.

Gliederung

Vorwort **75**

1. Teil: Grundlagen und Entwicklung kommunaler Elektrizitätsversorgungsunternehmen **77**

A. Kommune 77
I. Begriff und Rechtsnatur 78
II. Geschichtliche Entwicklung 79
III. Die Kommune im Rahmen der klassischen Hierarchie der Verwaltung 82
1. Grundsatz der Gewaltenteilung 82
2. Mehrebenensystem 83
IV. Zusammenfassung 86
B. Kommunale Wirtschaftsunternehmen 87
I. Handlungsformen der Kommune 87
1. Öffentlich-rechtliche Rechtsakte genereller Natur 87
2. Öffentlich-rechtliche Rechtsakte konkreter Natur 88
3. Verwaltungsprivatrechtliches Handeln 88
II. Kommunale Unternehmen 89
1. Begriff 89
2. Entwicklung 89
3. Organisationsformen 91
a) Unselbständige Organisationsformen 91
b) Selbständige Organisationsformen 92
aa) Öffentlich-rechtliche Organisationsformen 92
bb) Privatrechtliche Organisationsformen 93
III. Wirtschaftliche Unternehmen 96

1. Begriff 96
2. Abgrenzung von nichtwirtschaftlichen Unternehmen 97
3. Zulässigkeit und Grenzen 97
a) Wirtschaftspolitisch neutrale Verfassungsordnung 97
b) Erfüllung eines öffentlichen Zwecks 99
c) Angemessenes Verhältnis des wirtschaftlichen Unternehmens zur Leistungsfähigkeit der Kommune und zum voraussichtlichen Bedarf 100
d) Grundsatz der Subsidiarität 102
e) Handeln nur im Rahmen der kommunalen Verbandskompetenz 105
f) Grundrechtsbindung und -berechtigung kommunaler Wirtschaftsunternehmen 107
g) Ertrag 109
IV. Zusammenfassung 111
C. Kommunale Elektrizitätsversorgungsunternehmen 111
I. Geschichtliche Entstehung und Entwicklung der kommunalen Elektrizitätsversorgung 112
1. Entwicklung kommunaler Elektrizitätsversorgungsunternehmen in Deutschland 112
a) Technische Entwicklung der Stromversorgung 112
aa) Elektrifizierung im vierten Jahrzehnt des 19. Jahrhunderts 112
bb) Entwicklung vom »Inselbetrieb« zum dreistufigen Versorgungsnetz 113
cc) Entwicklung der Nutzung regenerativer Energien zur Stromerzeugung 116
dd) Entwicklung der Nutzung der Kraft-Wärme-Kopplung 117
ee) Entwicklung der Nutzung von Kernenergie 117
b) Politische und rechtshistorische Entwicklung der Stromversorgung 118
aa) Frühe Entwicklung 118
bb) Weimarer Republik 122
cc) Nachkriegszeit 124
dd) Neuere Entwicklungen 125

(1) Entwicklung bis Ende der 1990er-Jahre 125
(2) Erste Energierechtsreform 127
(3) Zweite Energierechtsreform 129
(4) Aktuelle Entwicklung 132
c) Insbesondere: Gründung und Entwicklung staatlicher Elektrizitätsversorgungsunternehmen 133
2. Entwicklung kommunaler Elektrizitätsversorgungsunternehmen in den neuen Bundesländern 139
a) Technische und wirtschaftliche Entwicklung 139
b) Rechtliche Entwicklung 140
c) Entwicklung ab der Wiedervereinigung 142
3. Entwicklung kommunaler Elektrizitätsversorgungsunternehmen in Europa 145
a) Entwicklung bis Mitte der 1990er-Jahre 145
b) Erste Elektrizitätsbinnenmarktreform 146
c) Zweite Elektrizitätsbinnenmarktreform 146
d) Dritte Elektrizitätsbinnenmarktreform 150
e) Nachhaltigkeit und Sicherheit der Elektrizitätsversorgung 153
II. Tätigkeitsbereiche kommunaler Elektrizitätsversorgungsunternehmen in der Elektrizitätswirtschaft 154
1. Funktionen in der Elektrizitätswirtschaft 154
a) Elektrizitätserzeugung 155
b) Elektrizitätsübertragung 155
c) Elektrizitätsverteilung 155
d) Nebenfunktionen 156
e) Entbündelung der Funktionen 156
2. Funktionswahrnehmung in der Elektrizitätswirtschaft 157
a) Funktionswahrnehmung durch Verbundunternehmen, Regionalversorgungsunternehmen und lokale Elektrizitätsversorgungsunternehmen 157
b) Funktionswahrnehmung durch kommunale Elektrizitätsversorgungsunternehmen 159
III. Zusammenfassung 161

2. Teil: Die normativen Zielvorgaben in der Elektrizitätswirtschaft und die kommunale Verantwortlichkeit für deren Erreichen 163
A. Normative Zielvorgaben in der Elektrizitätswirtschaft 163
I. Europarechtliche Zielvorgaben 164
1. Anwendbarkeit europäischer Rechtsnormen im nationalen Recht 164
2. Primärrechtliche Vorgaben 168
a) Maßnahmen im Elektrizitätsbereich als Teil des Gesamtziels des EUV und des AEUV 168
b) Freiheit des Warenverkehrs 169
c) Auf- und Ausbau transeuropäischer Netze 169
d) Wettbewerbskontrolle 170
e) Beihilfeverbot 171
f) Eigenständigkeit der Eigentumsordnungen der Mitgliedstaaten 177
3. Sekundärrechtliche Vorgaben 177
a) Elektrizitätsbinnenmarkt 178
b) Versorgungssicherheit 179
c) Umweltverträglichkeit, Effizienz und neue Technologien 180
d) Gemeinsame internationale Politik im Elektrizitätsbereich 182
e) Dienstleistungen von allgemeinem öffentlichen Interesse 182
II. Verfassungsrechtliche Zielvorgaben 183
1. Wirtschaftspolitische Neutralität des GG 183
2. Konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für den Bereich der Energiewirtschaft 185
3. Umweltschutz und Nachhaltigkeit der Entwicklung 185
4. Sozialstaatlichkeit 187
5. Grundrechte 188
III. Bundesgesetzliche Zielvorgaben 189
1. Zielefünfeck des § 1 Abs. 1 EnWG 189
2. Versorgungssicherheit 190
a) Sicherheit der Versorgungslage 191
b) Sicherheit der Netzinfrastruktur 191
c) Stabile Struktur der Akteure 193
3. Preisgünstigkeit und Verbraucherschutz 195

a) Regulierung der Netze und Netzentgelte 196
b) Entflechtung 197
c) Zusammenschluss- und Kooperationskontrolle 199
d) Schutz der Letztverbraucher 199
4. Umweltverträglichkeit und Effizienz 201
IV. Kumulative Geltung der Zielvorgaben 203
V. Zusammenfassung 205
B. Kommunale Verantwortung für das Erreichen der Zielvorgaben in der Elektrizitätswirtschaft 205
I. Kommunale Verantwortung für das Erreichen der Zielvorgaben in der Elektrizitätswirtschaft resultierend aus energierechtlichen bzw. energierechtlich relevanten Normen 206
1. Unmittelbare unternehmerische Marktteilnahme der Kommunen oder mittelbare Steuerung gemeindlicher Belange 206
2. Betätigung der Kommune über ein kommunales Elektrizitätsversorgungsunternehmen auf dem Elektrizitätsmarkt 207
3. Tätigwerden der Kommunen im Rahmen der Steuerung gemeindlicher Belange im Elektrizitätsbereich 208
II. Kommunale Verantwortung für das Erreichen der Zielvorgaben in der Elektrizitätswirtschaft resultierend aus der verfassungsrechtlichen Gesamtverantwortung der Kommunen für gemeindliche Belange 210
1. Staatliche Verantwortung für die Erledigung öffentlicher Aufgaben 211
a) Öffentliche Aufgaben 211
b) Primäre staatliche Verantwortung für die Erledigung öffentlicher Aufgaben 213
c) Übertragung öffentlicher Aufgaben 215
d) Wandlung öffentlicher Aufgaben 219
2. Kommunale Verantwortung für die örtliche Elektrizitätsversorgung 220
a) Aufgabe der örtlichen Elektrizitätsversorgung 221
aa) Elektrizitätsversorgung als öffentliche Aufgabe 221
bb) Örtliche Elektrizitätsversorgung als kommunale Aufgabe 222
(1) Materiell-rechtliche Betrachtung 222
(2) Traditionelle Betrachtung 225

b) Kommunale Infrastrukturverantwortung für die örtliche Elektrizitätsversorgung 226
aa) Örtliche Elektrizitätsversorgung als Bestandteil der kommunalen Infrastruktur 226
bb) Kommunale Infrastrukturverantwortung 228
(1) Begriff und Einordnung der kommunalen Infrastrukturverantwortung 228
(2) Rechtliche Grundlagen der kommunalen Infrastrukturverantwortung 230
(a) Europarecht 231
(b) Verfassungsrecht 232
(c) Bundes-/Landesrecht 234
(3) Anforderungen an die Kommunen im Bereich der örtlichen Elektrizitätsversorgung resultierend aus der kommunalen Infrastrukturverantwortung 236
III. Zusammenfassung 243

3. Teil: Kooperative Aufgabenerledigung im Bereich der örtlichen Elektrizitätsversorgung 245
A. Möglichkeiten der Erledigung öffentlicher Aufgaben 245
I. Hoheitliche Aufgabenerledigung 246
II. Kooperative Aufgabenerledigung 248
III. Zusammenfassung 251
B. Kooperationsinteressen zwischen Staat und Privatwirtschaft 251
I. Staatliche Kooperationsinteressen 251
1. Neuausrichtung von Verwaltung und Verwaltungsrecht 251
2. Unternehmerische Verwaltungssteuerung 254
3. Wirtschaftlichkeit öffentlicher Aufgabenerledigung 255
4. Wettbewerbsfähigkeit öffentlicher Leistungen 256
5. Nutzung der Kooperation mit der Privatwirtschaft als alternatives Modell politischer Steuerung 257
II. Privatwirtschaftliche Kooperationsinteressen 258
1. Erwirtschaftung von Gewinnen 258

2. Verbesserung der Situation auf dem privaten Arbeitsmarkt 259
3. Aktive Mitgestaltung und Aufwertung wirtschaftlicher Standortbedingungen 260
4. Mitgestaltung öffentlicher Aufgabenerfüllung 261
5. Nutzung behördlichen Vorsprungs 262
6. Dauerhafte Bindungen zwischen Privatwirtschaft und Staat 262
III. Insbesondere: Kooperationsinteressen im Bereich der örtlichen Elektrizitätsversorgung 263
IV. Zusammenfassung 267
C. Kooperative Handlungs- und Organisationsformen 267
I. Verfahrensbezogene und verwaltungsorganisatorische Kooperationen 267
II. Privatisierung als Anwendungsfall verwaltungsorganisatorischer Kooperation 272
1. Begriff und Formen 273
a) Privatisierung im Verhältnis zu Deregulierung und Liberalisierung 273
b) Formelle Privatisierung 275
c) Materielle Privatisierung 275
d) Funktionale Privatisierung 276
e) Einordnung von Privatisierungsvorgängen 276
2. Erscheinungs- und Organisationsformen der funktionalen Privatisierung 278
a) Erscheinungsformen 278
b) Organisationsformen 278
3. Entscheidungsspielraum der öffentlichen Hand 279
III. Zusammenfassung 282
D. Kooperationsgrenzen 283
I. Kooperationsverbote 283
II. Kooperationsbeschränkungen 286
III. Zusammenfassung 290
E. Möglichkeiten der Kooperation zwischen Staat und Privatwirtschaft im Bereich der örtlichen Elektrizitätsversorgung 291
I. Modelle Öffentlich Privater Partnerschaften 291

1. Begriff 291
2. Anwendungsbereiche 295
3. Strukturen 296
4. Modelle 297
5. Rechtliche Rahmenbedingungen 306
a) Europarecht 306
b) Verfassungsrecht 308
c) Bundesrecht 311
aa) Haushaltsrecht 311
(1) Rechtsquellen 311
(2) Aufstellung des Haushaltsplans 313
(3) Haushaltsvollzug 317
(4) Haushaltskontrolle durch die Rechnungshöfe 318
bb) Vergaberecht 319
(1) Rechtsquellen 319
(2) Öffentlicher Auftraggeber 321
(3) Öffentlicher Auftrag 321
(4) Schwellenwerte 323
(5) Vergabeverfahren 323
(6) Risiken fehlerhafter Auftragsvergabe 324
cc) Kommunalrecht 325
(1) Rechtsquellen 325
(2) Vorbehalt kommunaler Aufgabenwahrnehmung 326
(3) Anforderungen des kommunalen Haushaltsrechts 326
(4) Anforderungen des kommunalen Unternehmensrechts 330
(5) Ausgestaltung von Anschluss- und Benutzungsverhältnissen 330
dd) Arbeitsrecht 333
(1) Rechtsquellen 333
(2) Übergang von Beamten 334
(3) Übergang von Arbeitnehmern 336
(4) Beteiligungsrechte des Personal- oder Betriebsrats 341
II. Öffentlich Private Partnerschaften im Rahmen der örtlichen

Elektrizitätsversorgung - taugliches Mittel zur Erledigung des Gewährleistungsauftrags der Kommunen im Bereich der örtlichen Elektrizitätsversorgung? 343
1. Eigenvornahme, Konzessionierung oder Kooperation? 343
2. Die Anwendung von Modellen Öffentlich Privater Partnerschaften im Bereich der örtlichen Elektrizitätsversorgung 350
a) Örtliche Elektrizitätsversorgung als klassischer Anwendungsbereich Öffentlich Privater Partnerschaften 350
b) Institutionelle Öffentlich Private Partnerschaften 351
c) Vertragliche Öffentlich Private Partnerschaften 353
3. »Stadtwerk der Zukunft« 356
III. Zusammenfassung 359

Ergebnisse **361**

Abkürzungsverzeichnis

Abb.	Abbildung
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Fassung der Bekanntmachung vom 09.05.2008 (ABL. C 115, S. 47), zuletzt geändert am 13.12.2007 (ABl. C 306, S. 1), berichtigt ABl. 2008, C 111, S. 56 und ABl. 2009, C 290, S. 1
AEG	Allgemeine Elektricitäts-Gesellschaft
a. F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AG	Auftraggeber
AGB Elt	Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit elektrischer Arbeit aus dem Niederspannungsbereich der Elektrizitätsversorgungsunternehmen vom 27.01.1942 (BGBl. III, Gliederungsnummer 752-1-7)

AktG	Aktiengesetz vom 06.09.1965 (BGBl. I, S. 1089), zuletzt geändert am 31.07.2009 (BGBl. I, S. 2509)
Alt.	Alternative
AN	Auftragnehmer
AO DWK	Anordnung der Deutschen Wirtschaftskommission zur Ergänzung der Vorschriften über das Volkseigentum vom 02.02.1949 (ZVOBl. I, S. 78)
ARE	Arbeitsgemeinschaft regionaler Energieversorgungsunternehmen
ARegV	Verordnung zum Erlaß und zur Änderung von Rechtsvorschriften auf dem Gebiet der Energieregulierung vom 29.10.2007 (BGBl. I, S. 2529), zuletzt geändert am 03.09.2010 (BGBl. I, S. 1261)
Art.	Artikel
AtG	Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren in der Fassung der Bekanntmachung vom 15.07.1985 (BGBl. I, S. 1565), zuletzt geändert am 08.12.2010 (BGBl. I, S. 1817)
AtG-ÄnderungsG	11. Gesetz zur Änderung des Atomgesetzes vom 08.12.2010 (BGBl. I, S. 1814)
AtG-Novelle	Gesetz zur geordneten Beendigung der Kernenergienutzung zur gewerblichen Erzeugung von Elektrizität vom 22.04.2002 (BGBl. I, S. 1351)

AÜG	Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung in der Fassung der Bekanntmachung vom 03.02.1995 (BGBl. I, S. 158), zuletzt geändert am 24.10.2010 (BGBl. I, S. 1417, 2329)
AVBEltV	Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Elektrizitätsversorgung von Tarifkunden vom 21.06.1979 (BGBl. I, S. 684), zuletzt geändert am 09.12.2004 (BGBl. I, S. 2992)
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAnz.	Bundesanzeiger
BauGB	Baugesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 23.09.2004 (BGBl. I, S. 2414), zuletzt geändert am 31.07.2009 (BGBl. I, S. 2585)
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landgericht
BayVBl.	Bayerisches Verwaltungsblatt
BB	Betriebsberater
BBG	Bundesbeamtengesetz vom 05.02.2009 (BGBl. I, S. 160), zuletzt geändert am 19.11.2010 (BGBl. I, S. 1552)
Bd.	Band
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie

BeamtStG	Gesetz zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern vom 17.06.2008 (BGBl. I, S. 1010), zuletzt geändert am 05.02.2009 (BGBl. I, S. 160)
Begr.	Begründer
BerlVerfGH	Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25.09.2001 (BGBl. I, S. 2518), zuletzt geändert am 29.07.2009 (BGBl. I, S. 2424)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 02.01.2002 (BGBl. I, S. 42), berichtigt BGBl. I, S. 2909 und BGBl. 2003 I, S. 738, zuletzt geändert am 28.09.2009 (BGBl. I, S. 3161)
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BHO	Bundeshaushaltsordnung vom 19.08.1969 (BGBl. I, S. 1284), zuletzt geändert am 09.12.2010 (BGBl. I, S. 1885)
BiomasseV	Biomasseverordnung vom 21.06.2001 (BGBl. I S. 1234) zuletzt geändert am 09.08.2005 (BGBl. I, S. 2419)
BMVBS	Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie

BNetzA	Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen
BKartA	Bundeskartellamt
BPersVG	Bundespersonalvertretungsgesetz vom 15.03.1974 (BGBl. I, S. 693), zuletzt geändert am 05.02.2009 (BGBl. I, S. 160)
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BReg	Bundesregierung
BRRG	Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts in der Fassung der Bekanntmachung vom 31.03.1999 (BGBl. I, S. 654), zuletzt geändert am 05.02.2009 (BGBl. I, S. 160)
bspw.	beispielsweise
BT-Drucks.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
BTOElt	Bundestarifordnung Elektrizität vom 18.12.1989 (BGBl. I, S. 2255), zuletzt geändert am 29.10.2001 (BGBl. I, S. 2785)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts

bzw.	beziehungsweise
ca.	cirka
CO_2	Kohlendioxid
dass.	dasselbe
DB	Der Betrieb
DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders.	derselbe
DemokrGemVerf	Demokratische Gemeindeverfassung für die Sowjetische Besatzungszone Deutschlands vom 09./10.1946 (GVBl., S. 422)
DGemO	Deutsche Gemeindeordnung vom 30.01.1935 (RGBl. I, S. 49), berichtigt RGBl. I, S. 171
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe, dieselben
difu	Deutsches Institut für Urbanistik GmbH
DSGV	Deutscher Sparkassen- und Giroverband
DStGB	Deutscher Städte- und Gemeindebund

DStT	Deutscher Städtetag
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DVG	Deutsche Verbundgesellschaft
DWK	Deutsche Wirtschaftskommission
E 1364/2006/EG	Entscheidung des Europäischen Parlaments und des Europäischen Rates zur Festlegung von Leitlinien für die transeuropäischen Energienetze und zur Aufhebung der Entscheidung Nr. 96/391/EG und der Entscheidung Nr. 1229/2003/EG vom 06.09.2006 (ABl. L 262, S. 1)
EAEG	Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz vom 16.07.1998 (BGBl. I, S. 1842), zuletzt geändert am 25.06.2009 (BGBl. I, S. 1528)
EAG	Europäische Atomgemeinschaft
EAGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft vom 25.03.1957 (BGBl. II, S. 1014), zuletzt geändert am 13.12.2007 (ABl. C 306, S. 199, berichtigt ABl. 2009, C 290, S. 1
EdF	Électricité de France
EdlG	Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Endenergieeffizienz und Energiedienstleistungen vom 04.11.2010 (BGBl. I, S. 1483)

EEA	Einheitliche Europäische Akte vom 17.02.1986 (BGBl. II, S. 1104)
EEG	Gesetz für den Vorrang der erneuerbaren Energien vom 25.10.2008 (BGBl. I, S. 2074), zuletzt geändert am 22.12.2009 (BGBl. I, S. 3950)
EEGWärmeG	Gesetz zur Förderung Erneuerbarer Energien im Wärmebereich vom 07.08.2008 (BGBl. I, S. 1658), zuletzt geändert am 15.07.2009 (BGBl. I, S. 1804)
EG	Europäische Gemeinschaft
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EigVO	Eigenbetriebsverordnung vom 21.11.1938 (RGBl. I, S. 1650)
Einf.	Einführung
EK	Europäische Kommission
EnEG	Gesetz zur Einsparung von Energie in Gebäuden in der Fassung der Bekanntmachung vom 01.09.2005 (BGBl. I, S. 2684), zuletzt geändert am 28.03.2009 (BGBl. I, S. 643)
EnergielieferungsAO Bevölkerung	Anordnung über die Lieferung von Elektroenergie, Gas und Wärmeenergie an die Bevölkerung vom 18.11.1976 (GBl. I, S. 555)
EnergielieferungsAO Wirtschaft	Anordnung über die Lieferung von Elektroenergie, Gas und Wärmeenergie an die Wirtschaft vom 18.11.1982 (GBl. I, S. 639)

EnergieStG	Energiesteuergesetz vom 15.07.2006 (BGBl. I, S. 1534; 2008, S. 660; 2008, S. 1007), zuletzt geändert am 22.12.2009 (BGBl. I, S. 3950; 2010, S. 534)
EnergieStV	Verordnung zur Durchführung des Energiesteuergesetzes vom 31.07.2006 (BGBl. I, S. 1753), zuletzt geändert am 05.10.2009 (BGBl. I, S. 3262)
EnEV	Verordnung über energiesparenden Wärmeschutz und energiesparende Anlagentechnik bei Gebäuden vom 24.07.2007 (BGBl. I, S. 1519), zuletzt geändert am 29.04.2009 (BGBl. I, S. 954)
ENTSO-E	European Network of Transmission System Operators for Electricity
EnVKG	Gesetz zur Umsetzung von Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaften auf dem Gebiet der Energieeinsparung bei Geräten und Kraftfahrzeugen vom 30.01.2002 (BGBl. I, S. 570), zuletzt geändert am 31.10.2006 (BGBl. I, S. 2407)
EnVKV	Verordnung über die Kennzeichnung von Haushaltsgeräten mit Angaben über den Verbrauch an Energie und anderen wichtigen Ressourcen vom 30.10.1997 (BGBl. I, S. 2616), zuletzt geändert am 19.02.2004 (BGBl. I, S. 311)
EnVO	Verordnung über die Energiewirtschaft in der Deutschen Demokratischen Republik vom 01.06.1988 (GBl. I, S. 89), zuletzt geändert am 31.08.1990 (BGBl. II, S. 889, 1202)
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz vom 13.12.1935 (RGBl. I, S. 1451)

	Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 24.04.1998 (BGBl. I, S. 730)
	Zweites Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 07.07.2005 (BGBl. I, S. 1970, 3621)
	Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung vom 07.07.2005 (BGBl. I, S. 1970), berichtigt BGBl. I, S. 3621, zuletzt geändert am 21.08.2009 (BGBl. I, S. 2870)
EnwVO	Energiewirtschaftsverordnung vom 22.06.1949 (ZVOBl. I, S. 472)
EnwVO DVO	Erste Durchführungsverordnung zur Energiewirtschaftsverordnung vom 22.07.1949 (ZVOBl. I, S. 490)
EP	Europäisches Parlament
ER	Europäischer Rat
ErmächtigungsG	Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich vom 23.03.1933 (RGBl. I, S. 141)
et	Energiewirtschaftliche Tagesfragen
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union in der Fassung des Vertrags von Lissabon vom 13.12.2007 (ABl. C 306, S. 1), berichtigt ABl. 2008, C 111, S. 56 und ABl. 2009, C 290, S. 1

EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EVertr	Vertrag der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung zur Einheit Deutschlands vom 31.08.1990 (BGBl. II, S. 889)
ew	Elektrizitätswirtschaft
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FMNRW	Finanzministerium des Landes Nordrhein-Westfalen
Fn.	Fußnote
FOU	Full Ownership Unbundling
GBl.	Gesetzblatt
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
gem.	gemäß
GemHVO	Gemeindehaushaltsverordnung
GemO	GemO

GemVerfG	Gemeindeverfassungsgesetz vom 15.12.1933 (Preußische GSlg., S. 427)
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Genossenschaften vom 16.10.2006 (BGBl. I, S. 2230), zuletzt geändert am 25.05.2009 (BGBl. I, S. 1102)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.05.1949 (BGBl., S. 1), zuletzt geändert am 29.07.2009 (BGBl. I, S. 2248)
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20.04.1892 (RGBl., S. 477), in der Fassung der Bekanntmachung vom 20.05.1898 (RGBl., S. 846), zuletzt geändert am 31.07.2009 (BGBl. I, S. 2509)
GO NRW	Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen in der Fassung der Bekanntmachung vom 14.07.1994 (GVBl., S. 666), zuletzt geändert am 24.06.2008 (GVBl., S. 514)
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27.07.1957 (BGBl. I, S. 1081)
	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Neubekanntmachung vom 20.02.1990 (BGBl. I, S. 235), zuletzt geändert am 26.08.1996 (BGBl. I, S. 2512)

	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 15.07.2005 (BGBl. I, S. 2114), zuletzt geändert am 22.12.2010 (BGBl. I, S. 2262)
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10.05.1897 (RGBl., S. 219), zuletzt geändert am 31.07.2009 (BGBl. I, S. 2509)
HGrG	Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder vom 19.08.1969 (BGBl. I, S. 1273), zuletzt geändert am 25.05.2010 (BGBl. I, S. 671)
HGrMoG	Gesetz zur Modernisierung des Haushaltgrundsätzegesetzes und zur Änderung anderer Gesetze vom 31.07.2009 (BGBl. I, S. 2580)
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i. d. R.	in der Regel
IkE	Interessengemeinschaft kommunaler Elektrizitätswerke
IR	InfrastrukturRecht
ISO	Independent System Operator
ITO	Independent Transmission Operator
i. Ü.	im Übrigen
i. V. m.	in Verbindung mit

JA	Juristische Ausbildung
JZ	Juristenzeitung
kg	Kilogramm
KG	Kommanditgesellschaft
KOM	Mitteilungen der Europäischen Kommission
Komm.	Kommentar
KommVerf	Gesetz über die Selbstverwaltung der Gemeinden und Landkreise in der DDR vom 17.05.1990 (GBl. I, S. 255)
KommZG	Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit
Konzessionsabgaben-AO	Anordnung über die Zulässigkeit von Konzessionsabgaben der Unternehmen und Betriebe zur Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wasser an Gemeinden und Gemeindeverbände vom 04.03.1941 (RAnz., S. 120)
KrO	Kreisordnung
KrHVO	Kreishaushaltsverordnung
KrW-/AbfG	Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Beseitigung von Abfällen vom 27.09.1994 (BGBl. I, S. 2705), zuletzt geändert am 11.08.2009 (BGBl. I, S. 2723)

KSchG	Kündigungsschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25.08.1969 (BGBl. I, S. 1317), zuletzt geändert am 26.03.2008 (BGBl. I, S. 444)
KStG	Körperschaftssteuergesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 15.10.2002 (BGBl. I, S. 4144), zuletzt geändert am 08.04.2010 (BGBl. I, S. 386)
kV	Kilovolt
KVG	Gesetz über das Vermögen der Gemeinden, Städte und Landkreise vom 06.06.1990 (GBl. I, S. 660), zuletzt geändert am 22.03.1991 (BGBl. I, S. 786)
kW/h	Kilowattstunde
KWKG	Gesetz für die Erhaltung, die Modernisierung und den Ausbau der Kraft-Wärme-Kopplung vom 19.03.2002 (BGBl. I, S. 1092), zuletzt geändert am 21.08.2009 (BGBl. I, S. 2870)
LBG	Landesbeamtengesetz
LHO	Landeshaushaltsordnung
LPersVG	Landespersonalvertretungsgesetz
Ls.	Leitsatz
LuftVG	Luftverkehrsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 10.05.2007 (BGBl. I, S. 698), zuletzt geändert am 24.08.2009 (BGBl. I, S. 2942)
LUrlVO	Landesurlaubsverordnung

MessÖG	Gesetz zur Öffnung des Messwesens bei Strom und Gas für Wettbewerb vom 29.08.2008 (BGBl. I, S. 1790)
MW	Megawatt
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NAV	Verordnung über allgemeine Bedingungen für den Netzanschluß und dessen Nutzung für die Elektrizitätsversorgung in Niederspannung vom 01.11.1996 (BGBl. I, S. 2477), zuletzt geändert am 17.10.2008 (BGBl. I, S. 2006)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NuR	Natur und Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht - Rechtsprechungsreport
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
ÖPP	Öffentlich Private Partnerschaft
ÖPP-BeschleunigungsG	Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften vom 01.09.2005 (BGBl. I, S. 2676)

OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
Pf.	Pfennig
PPP	Public Private Partnership
PreismißbrBekG	Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels vom 18.12.2007 (BGBl. I, S. 2966)
PreisV	Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen vom 21.11.1953 (BAnz., Nr. 244), zuletzt geändert am 08.12.2010 (BGBl. I, S. 1864)
RAnz.	Deutscher Rechtsanzeiger
ReichsVerf	Verfassung des Deutschen Reichs - Weimarer Reichsverfassung - vom 11.08.1919 (RGBl., S. 1383)
RdE	Recht der Energiewirtschaft
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGW	Rat für gegenseitige Wirtschaftshilfe
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RhPfVerfGH	Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz

RL 1980/723/EWG	Richtlinie der Kommission über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen vom 25.06.1980 (ABl. L 195, S. 35), zuletzt geändert am 26.07.2000 (ABl. L 193, S. 75)
RL 1990/377/EWG	Richtlinie des Rates über die Einführung eines gemeinschaftlichen Verfahrens zur Gewährleistung der Transparenz der von industriellen Endverbrauchern zu zahlenden Gas- und Strompreise vom 23.06.1990 (ABl. L 185, S. 16), zuletzt geändert am 07.06.2007 (ABl. L 148, S. 11)
RL 1990/547/EWG	Richtlinie des Rates über den Transit von Elektrizitätslieferungen über große Netze vom 29.10.1990 (ABl. L 313, S. 30)
RL 1996/92/EG	Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt vom 19.12.1996 (ABl. L 27, S. 20)
RL 2001/77/EG	Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen im Elektrizitätsbinnenmarkt vom 27.09.2001 (ABl. L 283, S. 33), zuletzt geändert am 01.01.2007 (ABl. L 383, S. 414)
RL 2003/54/EG	Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG vom 26.06.2003 (ABl. L 176, S. 37), zuletzt geändert am 15.01.2008 (ABl. L 17, S. 6)

RL 2004/8/EG	Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über die Förderung einer am Nutzwärmebedarf orientierten Kraft – Wärme – Kopplung im Energiebinnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 92/42/EWG vom 11.02.2004 (ABl. L 52, S. 50), zuletzt geändert am 11.03.2009 (ABl. L 87, S. 109)
RL 2004/17/EG	Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste vom 31.03.2004 (ABl. L 134, S. 1), zuletzt geändert am 30.11.2009 (ABl. L 314, S. 64)
RL 2004/18/EG	Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge vom 31.12.2004 (ABl. L 134, S. 114), zuletzt geändert am 30.11.2009 (ABl. L 314, S. 64)
RL 2005/89/EG	Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über Maßnahmen zur Gewährleistung der Sicherheit der Elektrizitätsversorgung und von Infrastrukturinvestitionen vom 18.01.2006 (ABl. L 33, S. 22)
RL 2006/32/EG	Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Endenergieeffizienz und Energiedienstleistungen und zur Aufhebung der Richtlinie 93/76/EWG vom 05.04.2006 (ABl. L 114, S. 64), zuletzt geändert am 22.10.2008 (ABl. L 311, S. 1)

RL 2006/111/EG	Richtlinie der Kommission über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen vom 16.11.2006 (ABl. L 318, S. 17)
RL 2008/92/EG	Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einführung eines gemeinschaftlichen Verfahrens zur Gewährleistung der Transparenz der vom industriellen Endverbraucher zu zahlenden Gas- und Strompreise vom 22.10.2008 (ABl. L 298, S. 9)
RL 2009/28/EG	Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Änderung und anschließenden Aufhebung der Richtlinien 2001/77/EG und 2003/30/EG vom 23.04.2009 (ABl. L 140, S. 16)
RL 2009/72/EG	Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG vom 13.07.2009 (ABl. L 211, S. 55)
RL 2010/31/EU	Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden vom 19.05.2010 (ABl. L 153, S. 13)
Rn.	Randnummer
RWE	RWE AG
S.	Seite/Satz
s.	siehe

SächsDemokrGemO	Demokratische Gemeindeordnung für das Land Sachsen vom 06.02.1947 (GVBl., S. 54)
SächsEigBG	Gesetz über kommunale Eigenbetriebe im Freistaat Sachsen vom 19.04.1994 (GVBl., S. 773), zuletzt geändert am 26.06.2009 (GVBl., S. 323)
SächsGemO	Sächsische Gemeindeordnung vom 01.08.1923 (GVBl., S. 373)
	Gemeindeordnung für den Freistaat Sachsen in der Fassung der Bekanntmachung vom 18.03.2003 (GVBl., S. 55), berichtigt GVBl., S. 159, zuletzt geändert am 26.06.2009 (GVBl., S. 323)
SächsKommZG	Sächsisches Gesetz über kommunale Zusammenarbeit vom 19.08.1993 (GVBl., S. 815), berichtigt GVBl., S. 1103, zuletzt geändert am 26.06.2009 (GVBl., S. 323)
SächsLandGemO	Sächsische Landgemeindeordnung vom 07.11.1838 (GVBl., S. 431)
SächsLkrO	Landkreisordnung für den Freistaat Sachsen vom 19.07.1993 (GVBl., S. 577), zuletzt geändert am 26.06.2009 (GVBl., S. 323)
SächsStädteO	Sächsische Städteordnung vom 02.02.1832 (GVBl., S. 7)
SächsStrG	Straßengesetz für den Freistaat Sachsen vom 21.01.1993 (GVBl., S. 93), zuletzt geändert am 29.01.2008 (GVBl., S. 138)
SächsVBl.	Sächsisches Verwaltungsblatt

SächsVerf.	Verfassung des Freistaates Sachsen vom 27.05.1992 (GVBl., S. 243)
SäHO	Haushaltsordnung des Freistaates Sachsen in der Fassung der Bekanntmachung vom 10.04.2001 (GVBl., S. 153), zuletzt geändert am 12.12.2008 (GVBl., S. 866)
SED	Sozialistische Einheitspartei Deutschlands
SektorenVO	Verordnung zur Neuregelung der für die Vergabe von Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung anzuwendenden Regeln vom 23.09.2009 (BGBl. I, S. 3110)
Slg.	Sammlung
SMAD	Sowjetische Militäradministration
SMAD-Befehl Nr. 124	Befehl Nr. 124 der Sowjetischen Militäradministration vom 30.10.1945 (VOBl. der Provinz Sachsen, S. 10)
SozialisierungsG	Gesetz betreffend die Sozialisierung der Elektrizitätswirtschaft vom 31.12.1919 (RGBl. 1920, S. 19)
StaatsmachtG	Gesetz über die örtlichen Organe der Staatsmacht vom 18.01.1957 (GBl., S. 72)
StVertr	Vertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik vom 18.05.1990 (BGBl. II, S. 537) mit Maßgabe nach Art. 9 Haushaltbegleitgesetz vom 24.06.1991 (BGBl. I, S. 1314)

StromGVV	Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Grundversorgung von Haushaltskunden und die Ersatzversorgung mit Elektrizität aus dem Niederspannungsnetz vom 26.10.2006 (BGBl. I S. 2391), zuletzt geändert am 17.10.2008 (BGBl. I, S. 2006)
StromNEV	Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu den Elektrizitätsversorgungsnetzen vom 25.07.2005 (BGBl. I, S. 2225), zuletzt geändert am 03.09.2010 (BGBl. I, S. 1261)
StromNZV	Verordnung über den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen vom 25.07.2005 (BGBl. I, S. 2243), zuletzt geändert am 17.10.2008 (BGBl. I, S. 2006)
SUrlVO	Verordnung über den Sonderurlaub für Bundesbeamtinnen, Bundesbeamte, Richterinnen und Richter des Bundes in der Fassung der Bekanntmachung vom 11.11. 2004 (BGBl. I, S. 2836), zuletzt geändert am 05.02.2009 (BGBl. I, S. 160)
StVZO	Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 28.09.1988 (BGBl. I, S. 1793), zuletzt geändert am 21.04.2009 (BGBl. I, S. 872)
t	Tonne
TA Elt	Tarifordnung für elektrische Energie vom 25.07.1938 (RGBl. I, S. 915)
TEHG	Gesetz über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen vom 08.07.2004 (BGBl. I S. 1578), zuletzt geändert am 11.08.2010 (BGBl. I S. 1163)
Teilbd.	Teilband

THA	Treuhandanstalt
THG	Gesetz zur Privatisierung und Reorganisierung des volkseigenen Vermögens vom 17.06.1990 (GBl. I, S. 300), zuletzt geändert am 12.12.2007 (BGBl. I, S. 2840)
TKG	Telekommunikationsgesetz vom 25.07.1996 (BGBl. I, S. 1120), zuletzt geändert am 05.05.2004 (BGBl. I, S. 718)
	Telekommunikationsgesetz vom 22.06.2004 (BGBl. I, S. 1190), zuletzt geändert am 02.03.2010 (BGBl. I, S. 272)
TÜV	Technischer Überwachungs-Verein
u. a.	unter anderem
u. ä.	und ähnliches
UCTE	Union for the Coordination of Transmission of Electricity
UCPTE	Union pour la coordination de la production et du transport de l´électricité
UdSSR	Union der sozialistischen Sowjetrepubliken
UmwandlungsVO	Verordnung zur Umwandlung von Volkseigenen Kombinaten, Betrieben und Einrichtungen in Kapitalgesellschaften vom 01.03.1990 (GBl. I, S. 107)
UPR	Umwelt- und Planungsrecht

UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in der Fassung der Bekanntmachung vom 03.03.2010 (BGBl. I, S. 254)
usw.	und so weiter
v. Chr.	vor Christus
VdEW	Vereinigung der Elektrizitätswerke
VDN	Verband der Netzbetreiber
VEAG	Vereinigte Energiewerke AG
VergabeR	Vergaberecht
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VgV	Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge in der Fassung der Bekanntmachung vom 11.02.2003 (BGBl. I, S. 169), zuletzt geändert am 07.06.2010 (BGBl. I, S. 724)
VIAG	Vereinigte Industrieunternehmungen AG
VIK	Verband der Industriellen Kraftwerksbetreiber
VKU	Verband kommunaler Unternehmen

VO 659/1999/EG	Verordnung des Rates vom 22.03.1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art. 93 des EG-Vertrages vom 22.03.1999 (ABl. L 83, S. 1), zuletzt geändert am 20.11.2006 (ABl. L 363, S. 27)
VO 1/2003/EG	Verordnung des Rates zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des EG-Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln vom 16.12.2002 (ABl. L 1, S. 1), zuletzt geändert am 30.06.2008 (ABl. L 171, S. 3)
VO 1228/2003 EG	Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel vom 26.06.2003 (ABl. L 176, S. 1), zuletzt geändert am 09.06.2006 (ABl. L 312, S. 59)
VO 139/2004/EG	Verordnung des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 20.01.2004 (ABl. L 24, S. 1)
VO 802/2004/EG	Verordnung der Kommission über die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 139/2004/EG des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 07.04.2004 (ABl. L 133, S. 1), zuletzt geändert am 20.10.2008 (ABl. L 279, S. 3)
VO 1998/2006/EG	Verordnung der Kommission über die Anwendung der Art. 87 und 88 EG-Vertrag auf De-minimis-Beihilfen (ABl. L 379, S. 5)
VO 713/2009/EG	Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden vom 13.07.2009 (ABl. L 211, S. 1)

VO 714/2009/EG	Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel und zur Aufhebung der Verordnung (EG) 1228/2003 vom 13.07.2009 (ABl. L 211, S. 15)
VOB	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teile A und B in der Fassung der Bekanntmachung vom 31.07.2009 (BAnz. Nr. 155 a)), zuletzt geändert am 05.03.2010 (BAnz. Nr. 36, S. 940)
VOBl.	Verordnungsblatt
VO DWK	Verordnung der Deutschen Wirtschaftskommission über die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden und Kreise vom 24.11.1948 (ZVOBl. I, S. 558)
VOF	Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 18.11.2009 (BAnz. Nr. 185 a))
VOL	Verdingungsordnung für Leistungen, Teile A und B, in der Fassung der Bekanntmachung vom 17.09.2002 (BAnz. Nr. 216 a))
VolksvertretungsG	Gesetz über die örtlichen Volksvertretungen in der Deutschen Demokratischen Republik vom 04.07.1985 (GBl. I, S. 213)
Vorbem.	Vorbemerkung
VV I Strom	Verbändevereinbarung über Kriterien zur Bestimmung von Durchleitungsentgelten vom 22.05.1998 (RdE 1998, S. XXI ff.)

VV II Strom	Verbändevereinbarung über Kriterien zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten für elektrische Energie vom 13.12.1999 (RdE 2000, S. I ff.)
VV II Plus Strom	Verbändevereinbarung über Kriterien zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten für elektrische Energie und über Prinzipien der Netznutzung vom 13.12.2001 (BAnz. 2002, S. 10049)
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23.01.2003 (BGBl. I, S. 102), zuletzt geändert am 14.08.2009 (BGBl. I, S. 2827)
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
z. Bsp.	zum Beispiel
ZfE	Zeitschrift für Energiewirtschaft
ZuG	Gesetz über den nationalen Zuteilungsplan für Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Zuteilungsperiode 2008 bis 2012 vom 07.08.2007 (BGBl. I, S. 1788)
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
ZuV	Verordnung über die Zuteilung von Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Zuteilungsperiode 2008 bis 2012 vom 13.08.2007 (BGBl. I, S. 1941)
ZVOBl.	Zentralverordnungsblatt

Literaturverzeichnis

Albrecht, Matthias	Die Nutzung der öffentlichen Verkehrswege für die Energieversorgung, in: Schneider, Jens-Peter/Theobald, Christian (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, Praxishandbuch, 2. Auflage, München, 2008, S. 1115 ff.
ders.	Die Stellung der Gemeinden in der Energieversorgung, Der verfassungsrechtlich geschützte Wirkungskreis der Gemeinden in der Elektrizitätsversorgung, ZUR 1995, S. 233 ff.
Alfen, Hans Wilhelm/ Fischer, Katrin	Der PPP-Beschaffungsprozess, in: Weber, Martin/Schäfer, Michael/Hausmann, Ludwig/Alfen, Hans Wilhelm/ Drömann, Dietrich (Hrsg.), Public Private Partnership, Praxishandbuch, München, 2006, S. 1 ff.
Altenhofen, Gabriele	Gestaltungsspielraum und Bindungen der öffentlichen Hand, in: Meyer-Hofmann, Bettina/Riemenschneider, Frank/Weihrauch, Oliver (Hrsg.), Public Private Partnership, Gestaltung von Leistungsbeschreibung, Finanzierung, Ausschreibung und Verträgen in der Praxis, Köln, 2005, S. 131 ff.
Altmeppen, Holger	Die Einflussrechte der Gemeindeorgane in einer kommunalen GmbH, NJW 2003, S. 2561 ff.
Appel, Ivo	Privatverfahren, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/ Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, Informationsordnung – Verwaltungsverfahren – Handlungsformen, München, 2008, S. 801 ff.

Augsten, Ursula/ Bühner, Arndt/ Fabry, Beatrice/ Kaufmann, Roland/ Müller-Marqués Berger, Thomas/ Schick,Stefan/ Soukop,Georg/ Tödtmann, Ulrich	Aktuelle Entwicklungen in der Praxis, in: Fabry, Beatrice/ Augsten, Ursula (Hrsg.), Handbuch Unternehmen der öffentlichen Hand, Baden-Baden, 2002, S. 549 ff.
Axer, Peter	Die Widmung als Grundlage der Nutzung kommunaler öffentlicher Einrichtungen, NVwZ 1996, S. 114 ff.
Badura, Peter	Wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden zur Erledigung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze, DÖV 1998, S. 818 ff.
Baer, Susanne	Verwaltungsaufgaben, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, Methoden – Maßstäbe – Aufgaben – Organisation, München, 2006, S. 717 ff.
Battis, Ulrich/Krautzberger, Michael/Löhr, Rolf-Peter	Baugesetzbuch, Kommentar, 11. Auflage, München, 2009
Bauer, Hartmut	Public Private Partnerships als Erscheinungsformen der kooperativen Verwaltung – Zugleich ein Beitrag zu Police Private Partnership, in: Stober, Rolf (Hrsg.), Public-Private-Partnerships und Sicherheitspartnerschaften, Ergebnisse des Professorengesprächs vom 13.04.2000, Köln, 2000, S. 21 ff.
Becker, Florian	Grenzenlose Kommunalwirtschaft, DÖV 2000, S. 1032 ff.
Becker, Ulrich	Die Berücksichtigung des Staatsziels Umweltschutz beim Gesetzesvollzug - Zum Erlaß abfallvermeidender Maßnahmen durch die Verwaltung - , DVBl. 1995, S. 713 ff.

Berkemann, Jörg	Privatisierung der Verwaltungstätigkeit – Folgen für den Verwaltungsrechtsschutz, SächsVBl. 2002, S. 279 ff.
BMVBS/FMNRW (Hrsg.)	PPP im Hochbau, Vergaberechtsleitfaden, Leitfaden im Auftrag der PPP – Task Force im BMVBS und der PPP-Task Force im FMNRW, Berlin, 2006
BMVBS (Hrsg.)	PPP im öffentlichen Hochbau, Gutachten, Bd. II: Rechtliche Rahmenbedingungen, Teilbd. 1: Zusammenfassung, Vertragsrechtliche Grundlagen, Bundes- und Landeshaushaltsrecht, Kommunalrecht, Berlin, 2003
Börner, Achim-Rüdiger	Direktleitungen und Arealnetze, in: Bartsch, Michael/ Röhling, Andreas/Salje, Peter/Scholz, Ulrich (Hrsg.), Stromwirtschaft, Ein Praxishandbuch, 2. Auflage, München, 2002, S. 858 ff.
Bohne, Jochen/ Heinbuch, Holger	Die Dienstleistungskonzession als Privatisierungsmodell in der kommunalen Abwasserbeseitigung, NVwZ 2006, S. 489 ff.
Bohn, Thomas/ Marschall, Hans-Peter	Die technische Entwicklung der Stromversorgung, in: Fischer, Wolfram (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, Frankfurt am Main, 1992, S. 37 ff.
Brand, Edmund	Die energiepolitischen Handlungsmöglichkeiten der EG, et 2002, S. 253 ff.
Brattig, Thomas/ Kahle, Christian	Die Entwicklung des Energierechts 2003 bis 2004, NVwZ 2005, S. 642 ff.
Braun, Dieter	Reform des Ordnungsrahmens, et 1994, S. 412 ff.
Braun, Christian	Unlauterer Wettbewerb durch kommunale Gesellschaften, SächsVBl. 2009, S. 201 ff.
BReg	Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts, Gesetzentwurf vom 23.03.1997, BT-Drucks. 13/7274

Bremer, Brigitte G.	Public Private Partnership, Ein Praxislexikon, Köln, 2005
Britz, Gabriele	Funktion und Funktionsweise öffentlicher Unternehmen im Wandel: Zu den jüngsten Entwicklungen im Recht der kommunalen Wirtschaftsunternehmen, NVwZ 2001, S. 380 ff.
dies. /Hellermann, Johannes, Hermes, Georg (Hrsg.)	Energiewirtschaftsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, München, 2010
dies.	Rechtliche Rahmenbedingungen kommunalwirtschaftlichen Handelns in der Energieversorgung, in: Schneider, Jens-Peter/Theobald, Christian (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, Praxishandbuch, 2. Auflage, München, 2008, S. 149 ff.
dies.	Staatliche Förderung gemeinwirtschaftlicher Dienstleistungen in liberalisierten Märkten und Europäisches Wettbewerbsrecht - Zur Neufassung der Transparenzrichtlinie -, DVBl. 2000, S. 1641 ff.
Brucker, Guido	Bekanntmachungsverfahren bei Auslaufen bzw. vorzeitiger Verlängerung von Konzessionsverträgen, Anforderungen an die Entscheidungsfindung der Kommunen, in: Kermel, Cornelia/Brucker, Guido/Baumann, Toralf (Hrsg.), Wegenutzungsverträge und Konzessionsabgaben in der Energieversorgung, Einfache und qualifizierte Wegenutzungsverträge in der Beratungspraxis, Frankfurt am Main, 2008, S. 71
Budäus, Dietrich	Public Private Partnership – Ansätze, Funktionen, Gestaltungsbedarfe, Vortrag im Rahmen des Symposium der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft »Public Private Partnership: Formen – Risiken – Chancen«, Berlin, 30./31.10.2003
Büdenbender, Ulrich	Eckpunkte der Energierechtsreform 2011, RdE 2010, S. 197 ff.

ders.	Energierecht nach der Energierechtsreform, JZ 1999, S. 62 ff.
ders.	Schwerpunkte der Energierechts-Reform 1998, Köln, 1999
Burgi, Martin	Kommunales Privatisierungsfolgenrecht: Vergabe, Regulierung und Finanzierung, NVwZ 2001, S. 601 ff.
Bury, Hans Martin	Vom Vater Staat zum Partner Staat, Der Kunde ist König – die Bürger sind der Staat, in: Pauly (Hrsg.), Das neue Miteinander, Public Private Partnership für Deutschland, Hamburg, 2006, S. 89 ff.
Byok, Jan	Das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts – GWB 2009, NVwZ 2009, S. 551 ff.
Christen, Jörg	Einführung, in: BMVBS/DSGV (Hrsg.), PPP-Handbuch, Leitfaden für Öffentlich-Private-Partnerschaften, 2. Auflage, Berlin, 2009, S. 7 ff.
Cronauge, Ulrich/ Westermann, Georg/	Kommunale Unternehmen, Eigenbetriebe - Kapitalgesellschaften - Zweckverbände, 5. Auflage, Berlin, 2006
Cronenberg, Martin	Elektrizitäts-Binnenmarkt und deutscher Ordnungsrahmen, et 1994, S. 6 ff.
Däuper, Olaf	Neue Anforderungen an die Fusionskontrolle in der Energiewirtschaft, WuW 2002, S. 460 ff.
David, Hans-Joachim	Wettbewerbsrechtliche Ansprüche gegen Betätigung von Kommunen und deren Gesellschaften, NVwZ 2000, S. 738 ff.
Degenhardt, Christoph	Wirtschafts-, Energie- und Strukturpolitik durch Raumordnungsziele im Recht der Braunkohlenplanung, SächsVBl. 2002, S. 129 ff.

de Witt, Siegfried	Bedarf die »Laufzeitverlängerung« der Kernkraftwerke der Zustimmung des Bundesrates? – Welche Bedeutung hat die »Laufzeitverlängerung« für das Eigentumsrecht der Betreiber? -, RdE 2010, S. 357 ff.
de Wyl, Christian/ Finke, Jasper	Entflechtung von Energieversorgungsunternehmen, in: Schneider, Jens-Peter/Theobald, Christian (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, Praxishandbuch, 2. Auflage, München, 2008, S. 95 ff.
Di Fabio, Udo	Das Kooperationsprinzip – ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Umweltrechtes, NVwZ 1999, S. 1153 ff.
Driehaus, Hans-Joachim (Hrsg.)	Kommunalabgabenrecht, Kommentar, Bd. I, Stand 43. Ergänzungslieferung, Herne, 2010
DStT/DStGB/VKU	Kommunale Energieversorger – Status quo und Entwicklungspotenziale, in: DStT/DStGB/VKU (Hrsg.), Stadtwerk der Zukunft IV, Konzessionsverträge, Handlungsoptionen für Kommunen und Stadtwerke, Berlin, 2009, S. 9 ff.
Ehlers, Dirk	Europa- und Verfassungsrechtliche Vorgaben, in: Wurzel, Gabriele/ Schraml, Alexander/Becker, Ralph (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 2.Auflage, München, 2010, S. 13 ff.
ders.	Interkommunale Zusammenarbeit in Gesellschaftsform, DVBl. 1997, S. 137 ff.
ders.	Rechtsprobleme der Kommunalwirtschaft, DVBl. 1998, S. 497 ff.
Ehricke, Ulrich	Die von der Kommission geplanten Kompetenzerweiterungen der Regulierungsbehörde auf dem Energiesektor nach den Entwürfen zur Änderung der Richtlinien 2003/54/EG und 2003/55/EG und deren Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 lit. g) EG-Vertrag, RdE 2008, S. 159 ff.

Eifert, Martin	Regulierungsstrategien, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, Methoden – Maßstäbe – Aufgaben – Organisation, München, 2006, S. 1237 ff.
EK	Auf dem Weg zu einer globalen Partnerschaft für nachhaltige Entwicklung, Mitteilung an das Europäische Parlament, den Rat, den Wirtschafts- und Sozialausschuß und den Ausschuß der Regionen vom 13.02.2002, KOM (2002) 82 ff.
dies.	Der Binnenmarkt für Energie, Arbeitsdokument vom 02.05.1988, KOM (1988) 238 ff.
dies.	Der Weg zu einer kohlenstoffemissionsarmen Zukunft, Ein europäischer Strategieplan für Energietechnologie (SET-Plan), Mitteilung an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuß und den Ausschuß der Regionen vom 22.11.2007, KOM (2007) 723 ff.
dies.	Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, Grünbuch vom 21.05.2003, KOM (2003) 270 ff.
dies.	Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, Weißbuch vom 12.05.2004, KOM (2004) 374 ff.
dies.	Die Zusammenarbeit mit den Entwicklungsländern im Energiebereich, Mitteilung an den Rat und an das Europäische Parlament vom 17.06.2002, KOM (2002) 408 ff.
dies.	Eine europäische Strategie für nachhaltige, wettbewerbsfähige und sichere Energie, Grünbuch vom 08.03.2006, KOM (2006) 105 ff.
dies.	Energieeffizienz oder Weniger ist mehr, Grünbuch vom 22.06.2005, KOM (2005) 265 ff.

dies.	Hin zu einer europäischen Strategie für Energieversorgungssicherheit, Grünbuch vom 29.11.2000, KOM (2000) 769 ff.
dies.	Hin zu einem sicheren, nachhaltigen und wettbewerbsfähigen Energienetz, Grünbuch vom 13.11.2008, KOM (2008) 782 ff.
dies.	Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, Bericht für den Europäischen Rat in Laeken vom 17.10.2001, NVwZ 2002, Beilage III, S. 1 ff.
dies.	Öffentlich-Private Partnerschaften und gemeinschaftliche Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, Grünbuch vom 30.04.2004, KOM (2004) 327 ff.
dies.	Untersuchung der europäischen Gas- und Elektrizitätssektoren gemäß Art. 17 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, Abschlußbericht vom 10.01.2007, KOM (2006) 851 ff.
Ennuschat, Jörg	Die neue Mitteilung der EU-Kommission zu den »Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa«, RdE 2001, S. 46 ff.
ders.	Kommunalwirtschaftsrecht – Prüfungsmaßstab im Vergaberechtsschutz?, NVwZ 2008, S. 966 ff.
Enzensberger, Norbert/ Wietschel, Michael/ Rentz, Otto	Konkretisierung des Leitbilds einer nachhaltigen Entwicklung für den Energiesektor, ZfE 2001, S. 125 ff.
Erbgut, Wilfried/ Stollmann, Frank	Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch private Rechtssubjekte? - Zu den Kriterien bei der Wahl der Rechtsform -, DÖV 1993, S. 799 ff.
Ernst, Tobias/ Piotrowski, John	Selbstverwaltung und Subsidiarität in der Wirtschaftsverfassung - Wechselwirkungen zwischen zwei moder-

nen Rechtsprinzipien -, NVwZ 2004, S. 924 ff.

Europäischer Ausschuss der Regionen — Stellungnahme zu dem »Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen« vom 17./18.11.2004, ABl. C 71, S. 19 ff.

Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss — Stellungnahme zu dem »Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen« vom 27./28.10.2004, ABl. C 120, S. 103 ff.

Evers, Hans-Ulrich — Die Geschichte der Energieversorgung, 2. Auflage, Baden-Baden, 1983

Fabry, Beatrice — Organisationsformen öffentlicher Unternehmen, in: Fabry, Beatrice/Augsten, Ursula (Hrsg.), Handbuch Unternehmen der öffentlichen Hand, Baden-Baden, 2002, S. 1 ff.

dies./Kapp, Thomas/ Schaden, Michael — Beteiligung Dritter an Unternehmen der öffentlichen Hand, in: Fabry, Beatrice/Augsten, Ursula (Hrsg.), Handbuch der Unternehmen der öffentlichen Hand, Baden-Baden, 2002, S. 219 ff.

dies./Kaufmann, Robert/ Urban, Kristina — Rechtsformwahl für Stadtwerke, in: Menold Herrlinger Rechtsanwälte/Ernst & Young (Hrsg.), Stadtwerke im liberalisierten Energieversorgungsmarkt - Betriebswirtschaftliche, rechtliche und steuerliche Rahmenbedingungen - , Baden-Baden, 2001, S. 29 ff.

Fischer, Wolfram — Die Elektrizitätswirtschaft in Gesellschaft und Politik, in: Fischer, Wolfram (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, Frankfurt am Main, 1992, S. 13 ff.

Gabler (Hrsg.) — Wirtschaftslexikon, Bd. I (A - D), Bd. II (E - J), Bd. III (K – R), 16. Auflage, Wiesbaden, 2004

Geiger, Rudolf/ Khan, Daniel-Erasmus/ Kotzner, Markus	EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Kommentar, 5. Auflage, München, 2010
Gern, Alfons	Deutsches Kommunalrecht, 3. Auflage, Baden-Baden, 2003
ders.	Wirtschaftliche Betätigung außerhalb des Gemeindegebietes, NJW 2002, S. 2593 ff.
Geulen, Rainer/ Klinger, Remo	Bedarf die Verlängerung der Betriebszeiten der Atomkraftwerke der Zustimmung des Bundesrates?, NVwZ 2010, S. 1118 ff.
Girmscheid, Gerhard/ Dreyer, Jennifer	Public Private Partnership – Begriffliche Strukturen und Modellbildung, Bauingenieur 2006, S. 99 ff.
Glöckner, Arne	Kommunale Infrastrukturverantwortung und Konzessionsmodelle, Ein Beitrag zum Recht der Gewährleistungsverwaltung und öffentlich privater Partnerschaften unter besonderer Berücksichtigung der Wasserversorgung, München, 2009
Gneus, Michael	Renaissance der Stadtwerke, Die Idee des »Wir von hier« gewinnt an Kraft, in: Die Welt, Sonderausgabe Kommunale Unternehmen/Energie, Dezember 2010, S. VI
Grabow, Busso/ Reidenbach, Michael/ Rottmann, Manuela/ Seidel-Schulze, Antje	in: difu (Hrsg.), Public Private Partnership Projekte, Eine aktuelle Bestandsaufnahme in Bund, Ländern und Kommunen, Studie im Auftrag der PPP Task Force im BMVBS, Berlin, 2005
Groß, Thomas	Die Verwaltungsorganisation als Teil organisierter Staatlichkeit, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, Methoden – Maßstäbe – Aufgaben – Organisation, München, 2006, S. 841 ff.
Grühn, Marcus Otto	Ausschreibungspflicht, in: Meyer-Hofmann, Bettina/

	Riemenschneider, Frank/Weihrauch, Oliver (Hrsg.), Public Private Partnership, Gestaltung von Leistungsbeschreibung, Finanzierung, Ausschreibung und Verträgen in der Praxis, Köln, 2005, S. 172 ff.
Gusy, Christoph	Die wirtschaftliche Betätigung des Staates, Teil 1, JA 1995, S. 166 ff.
Haas, Reinhard/Auer, Hans	Die kalifornische Stromkrise, et 2001, S. 280 ff.
Hardraht, Klaus	Zur Sanierung öffentlicher Haushalte durch Privatisierung öffentlicher Aufgaben, SächsVBl. 2003, S. 53 ff.
Hausmann, Friedrich Ludwig/ Bultmann, Peter Friedrich	Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache »Stadt Halle«, Ein neues Paradigma für vergaberechtliche Inhouse-Geschäfte, NVwZ 2005, S. 377 ff.
Hausmann, Ludwig/ Mutschler-Siebert, Annette	Vergaberecht, in: Weber, Martin/Schäfer, Michael/ Hausmann, Ludwig/Alfen, Hans Wilhelm/Drömann, Dietrich (Hrsg.), Public Private Partnership, Praxishandbuch, München, 2006; S. 235 ff.
Hellermann, Johannes	Handlungsformen und Handlungsinstrumentarien wirtschaftlicher Betätigung, in: Hoppe, Werner/Uechtritz, Michael (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 2. Auflage, Köln, 2007, S. 124 ff.
Henneke, Hans-Günter	Kommunen als Unternehmer?, in: Wurzel, Gabriele/ Schraml, Alexander/Becker, Ralph (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 2. Auflage, München, 2010, S. 1 ff.
Herzig, Thomas	Wirtschaftsgeschichtliche Aspekte der deutschen Elektrizitätsversorgung 1880 bis 1990, in: Fischer, Wolfram (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, Frankfurt am Main, 1992, S. 121 ff.
Hill, Hermann	In welchen Grenzen ist kommunalrechtliche Betätigung

Daseinsvorsorge?, BB 1997, S. 425 ff.

Hösch, Ulrich — Öffentlicher Zweck und wirtschaftliche Betätigung von Kommunen, DÖV 2000, S. 393 ff.

Hoffmann-Riem, Wolfgang — Verfahrensprivatisierung als Modernisierung, DVBl. 1996, S. 225 ff.

Hoppenberg, Michael/ Dinkhoff, Marc/ Schäller, Sebastian — Vertragsgestaltung, in: BMVBS/DSGV (Hrsg.), PPP-Handbuch, Leitfaden für Öffentlich-Private-Partnerschaften, 2. Auflage, Berlin, 2009, S. 65 ff.

Horn, Hendrik/ Peters, Andrea — Vertragsgestaltung bei Public Private Partnership (PPP) – Projekten, BB 2005, S. 2421 ff.

Hummert, Katharina — Grundsatzfragen der Energiemarktregulierung, RdE 2005, S. 26 ff.

Jänig, Christian — Stadtwerke als kommunaler Infrastrukturdienstleister, in: DStT/DStGB/ VKU (Hrsg.), Stadtwerk der Zukunft IV, Konzessionsverträge, Handlungsoptionen für Kommunen und Stadtwerke, Berlin, 2009, S. 55 ff.

Jaeschke, Lars — Das Kooperationsprinzip im (Umwelt-)Recht – Abschied von einem Trugbild, NVwZ 2003, S. 563 ff.

Jahn, Friedrich-Adolf — Empfehlungen der gemeinsamen Verfassungskommission zur Änderung und Ergänzung des Grundgesetzes, DVBl. 1994, S. 177 ff.

Jahndorf, Christian — Alternative Finanzierungsmodelle des Staates – Leasingmodelle, Liegenschaftsmodelle, Parklösungen: Verwaltungsschulden, Veräußerungserlöse oder Krediteinnahmen? Zur Auslegung des Kreditbegriffs i. S. Art. 115 I GG, NVwZ 2001, S. 620 ff.

Jarass, Hans Dieter/ Beljin, Sasa — Die Bedeutung von Vorrang und Durchführung des EG-Rechts für die nationale Rechtssetzung und Rechtsan-

wendung, NVwZ 2004, S. 1 ff.

ders. — Kommunale Wirtschaftsunternehmen und Verfassungsrecht, DÖV 2002, S. 489 ff.

Jennert, Carsten — Die zukünftige Kompetenzabgrenzung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten, NVwZ 2003, S. 936 ff.

Jung, Christian/ Theobald, Christian — Zusammenschlüsse und Kooperationen in der europäischen und deutschen Energiewirtschaft, in: Schneider, Jens-Peter/Theobald, Christian (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, Praxishandbuch, 2. Auflage, München, 2008, S. 187 ff.

Jungk, Fabian — Police Private Partnership, Eine Untersuchung anhand verschiedener Modelle, Köln, 2002

Jungkamp, Thomas — Rechtschutz privater Konkurrenz gegen die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, NVwZ 2010, S. 546 ff.

Just, Christoph — Aktuelle wettbewerbsrechtliche Problemfelder in der Energiewirtschaft, RdE 2004, S. 65 ff.

Katz, Alfred — Staatsrecht, Grundkurs im öffentlichen Recht, 18. Auflage, Heidelberg, 2010

ders. — Verantwortlichkeiten und Grenzen bei »Privatisierung« kommunaler Aufgaben, NVwZ 2010, S. 405 ff.

Keller, Laurenz — Bekanntmachungsverfahren bei Auslaufen bzw. vorzeitiger Verlängerung von Konzessionsverträgen, Sinn und Zweck des Bekanntmachungsverfahrens, in: Kermel, Cornelia/Brucker, Guido/Baumann, Toralf (Hrsg.), Wegenutzungsverträge und Konzessionsabgaben in der Energieversorgung, Einfache und qualifizierte Wegenutzungsverträge in der Beratungspraxis, Frankfurt am Main, 2008, S. 59

Kellner, Roland/ Neudert, Anka Becker, Ralph (Hrsg.)	Steuerrecht, in: Wurzel, Gabriele/Schraml, Alexander/ Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 2. Auflage, München, 2010, S. 343 ff.
Kerber, Heike	Versorgungsengpässe und Strompreisschwankungen in Kalifornien, et 2001, S. 60 ff.
Kermel, Cornelia	Inhalt des Konzessionsvertrages, Grundversorgung und Konzessionsvertrag, in: Kermel, Cornelia/Brucker, Guido/Baumann, Toralf (Hrsg.), Wegenutzungsverträge und Konzessionsabgaben in der Energieversorgung, Einfache und qualifizierte Wegenutzungsverträge in der Beratungspraxis, Frankfurt am Main, 2008, S. 21 ff.
Kimme, Johannes (Hrsg.)	Offene Vermögensfragen, Kommentar, Gemeinsame Erklärung, VermG, AnmVO, GVO, InVorG, KVG, VZOG, EGBGB u. a., Bd. II, Stand 29. Ergänzungslieferung, Köln, 2009
Kloepfer, Michael	Umweltschutz als Verfassungsrecht: Zum neuen Art. 20 a GG, DVBl. 1996, S. 71 ff.
Klotz, Robert	Bericht aus Brüssel: eigentumsrechtliche Entflechtung im Energiesektor, NuR 2007, S. 67 f.
Knütel, Christian	Public Private Partnerships, Grundlagen, in: Siebel, Ulf R./Röver, Jan-Hendrik/Knütel, Christian (Hrsg.), Rechtshandbuch Projektfinanzierung und PPP, Vertragsgestaltung und Projektdurchführung nach deutschem Recht unter Berücksichtigung internationaler Erfahrungen, 2. Auflage, München, 2008, S. 373 ff.
Köbler, Gerhard	Deutsche Rechtsgeschichte, Ein systematischer Grundriss der geschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts von den Indogermanen bis zur Gegenwart, 6. Auflage, München, 2005
Koehn, Hans-Günther/	Organisationsprivatisierung und Finanzkontrolle im

Schröder, Jürgen	kommunalen Bereich, SächsVBl. 2002, S. 205 ff.
Kopp, Ferdinand O./ Ramsauer, Ulrich	Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 11. Auflage, München, 2010
Kronawitter, Martin	Öffentliche Unternehmen mit ausländischem Verwaltungssitz, NVwZ 2009, S. 936 ff.
Kühling, Jürgen	Künftige vergaberechtliche Anforderungen an kommunale Immobiliengeschäfte, Konsequenzen aus dem EuGH-Urteil im Fall Münster, NVwZ 2010, S. 1257 ff.
ders./ Pisal, Ruben	Das Dritte Energiebinnenmarktpaket – Herausforderungen für den deutschen Gesetzgeber, RdE 2010, S. 161 ff.
Kühne, Gunther/ Brodowski, Christian	Das neue Energiewirtschaftsrecht nach der Reform 2005, NVwZ 2005, S. 849 ff.
ders.	Gemeinschaftsrechtlicher Ordnungsrahmen der Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und Gemeinwohl, RdE 2002, S. 257 ff.
ders.	Kommunale Gewährleistungsverantwortung bei fehlendem energiekonzessionsvertraglichem Nachfolgeinteresse, NuR 2010, Beilage Nr. 3, S. 6 ff.
Kuhnt, Dietmar	Aktuelle Rechtsfragen der Energiewirtschaft, RdE 1992, S. 125 ff.
Kulas, Axel	Privatisierung hoheitlicher Verwaltung, Zur Zulässigkeit privater Strafvollzugsanstalten, Köln, 2001
Kummer, Heinz-Joachim/ Giesberts, Ludger	Rechtsfragen der Privatisierung kommunaler Abfallentsorgung und Abwasserbeseitigung, NVwZ 1996, S. 1166 ff.

Kuxenko, Michael	Liberalisierung und Deregulierung im Energiewirtschaftsrecht, DÖV 2001, S. 140 ff.
Kyrer, Manfred	Wirtschaftslexikon, 4. Auflage, München, 2001
Lackner, Hendrik	Gewährleistungsverwaltung und Verkehrsverwaltung, München, 2004
Langer, Stefan	Verfassungsfragen des Gesetzentwurfs zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts, et 1994, S. 158 ff.
Lecheler, Helmut	Die Verschärfung des Regulierungsregimes durch die drei neuen Verordnungs-Entwürfe im Paket vom 19.09.2007, RdE 2008, S. 167 ff.
ders./Gundel, Jörg	Die Rolle von Art. 90 Abs. 2 und 3 EGV im liberalisierten Energiemarkt – Zur Bedeutung der EuGH – Entscheidungen vom 23.10.1997 für die Zukunft, RdE 1998, S. 92 ff.
Lenz, Otto/Borchardt, Klaus- Dieter (Hrsg.)	EU- und EG-Vertrag, Kommentar zu dem Vertrag über die Europäische Union und zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 4. Auflage, Köln, 2006
Lerch, Dirk/ Brodowski, Christian	Das neue Recht für die Energiewirtschaft – Ziele und Herausforderungen, RdE 2005, S. 25 f.
Lieb-Dóczy, Enese/ Börner, Achim-Rüdiger/ Mac Kerron, Gordon	Wer sichert die Versorgungssicherheit? Anreize zur Versorgungssicherheit, ew 2003, S. 20 ff.
dies.	Wer sichert die Versorgungssicherheit? Modell zur Versorgungssicherheit im wettbewerblichen Energiemarkt, ew 2003, S. 44 ff.
Lindemann, Hans-Heinrich/ Köster, Kristina	Energiewirtschaft auf dem Weg zu mehr Wettbewerb – Zum Regierungsentwurf für ein neues Energiewirtschaftsgesetz (EnWG), DVBl. 1997, S. 527 ff.

Löwer, Wolfgang	Rechtshistorische Aspekte der deutschen Elektrizitätsversorgung von 1880 bis 1990, in: Fischer, Wolfram (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, Frankfurt am Main, 1992, S. 167 ff.
Maunz, Theodor/ Dürig, Günter (Begr.)/ Herzog, Roman/ Scholz, Rupert/ Herdegen, Matthias/ Klein, Hans H. (Hrsg.)	Grundgesetz, Kommentar, Bd. I, Texte, Art. 1 - 5, Bd. III, Art. 16 - 22, Bd. IV, Art. 23 – 53 a, Bd. VII, Art. 107 – 146, Stand 58. Ergänzungslieferung, München, 2010
Maurer, Hartmut	Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Auflage, München, 2009
Mayen, Thomas/ Karpenstein, Ulrich	Eigentumsrechtliche Entflechtung der Energieversorgungsnetze – Verfassungs- und gemeinschaftsrechtliche Aspekte des Eigentumsschutzes - , RdE 2008, S. 33 ff.
ders.	Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Rechtliche Grenzen und rechtliche Möglichkeiten, DÖV 2001, S. 110 ff.
Meiniger, Frank	Zulässigkeit und Grenzen unternehmerischer Betätigung der öffentlichen Hand, in: Fabry, Beatrice/Augsten, Ursula (Hrsg.), Handbuch Unternehmen der öffentlichen Hand, Baden-Baden, 2002, S. 57 ff.
Meyer, Hubert	Wettbewerbsrecht und wirtschaftliche Betätigung der Kommunen, NVwZ 2002, S. 1075 f.
Michels, Marcus/ Mävers, Gunther	Personalübernahme, in: Meyer-Hofmann, Bettina/Riemenschneider, Frank/Weihrauch, Oliver (Hrsg.), Public Private Partnership, Gestaltung von Leistungsbeschreibung, Finanzierung, Ausschreibung und Verträgen in der Praxis, Köln, 2005, S. 216 ff.
Möschel, Wernhard	Großfusionen im engen Oligopol, DB 2001, S. 131 ff.

ders.	Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Köln, 1983
Mohrdieck, Inga	Privatisierung im Bereich öffentlicher Verkehrsräume, Verkehrsüberwachung und Sicherung des öffentlichen Raumes durch private Sicherheitsdienste, Köln, 2004
Mombaur, Peter M.	Aktuelle Entwicklungen des Europäischen Energierechts, RdE 2001, S. 88 ff.
ders./Balke, Joachim	EU-Binnenmarkt für Strom und Gas: Ursprung und wirklicher Inhalt des jetzt verabschiedeten neuen Gemeinschaftsrechts, RdE 2003, S. 161 ff.
ders.	Energiewirtschaft im Wettbewerb – Vom Vormund zum Treuhänder, DÖV 1997, S. 571 ff.
Müggenborg, Hans-Jürgen	Formen des Kooperationsprinzips im Umweltrecht der Bundesrepublik Deutschland, NVwZ 1990, S. 909 ff.
ders./Duikers, Jan	Die Direktwirkung von Richtlinien der EU im Immissionsschutzrecht, NVwZ 2007, S. 623 ff.
Müller, Martin/ Brauser-Jung, Gerrit	Öffentlich-Private-Partnerschaften und Vergaberecht, Ein Beitrag zu den vergaberechtlichen Rahmenbedingungen, NVwZ 2007, S. 884 ff.
Müller-Wrede, Malte	Die öffentlich-private Partnerschaft – Eine Einführung in mögliche Vertragsmodelle, in: Müller-Wrede, Malte (Hrsg.), ÖPP-Beschleunigungsgesetz, Leitfaden mit Fallbeispielen, Praxishinweisen und Checklisten, Köln, 2006, S. 25 ff.
ders./Greb, Klaus	Haushaltsrechtliche Neuerungen, in: Müller-Wrede, Malte (Hrsg.), ÖPP-Beschleunigungsgesetz, Leitfaden mit Fallbeispielen, Praxishinweisen und Checklisten, Köln, 2006, S. 181 ff.
Murswiek, Dietrich	Staatsziel Umweltschutz (Art. 20 a GG), Bedeutung für

Rechtsetzung und Rechtsanwendung, NVwZ 1996, S. 222 ff.

Neumann, Dieter/ Szabados, István — Bundes- und Landeshaushaltsrecht, in: Weber, Martin/ Schäfer, Michael/Hausmann, Ludwig/Alfen, Hans Wilhelm/Drömann, Dietrich (Hrsg.), Public Private Partnership, Praxishandbuch, München, 2006, S. 157 ff.

Nill-Theobald, Christiane/ Theobald, Christian — Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, Die Liberalisierung der Strom- und Gaswirtschaft, 2. Auflage, München, 2008

Otting, Olaf — Öffentlicher Zweck, Finanzhoheit und fairer Wettbewerb – Spielräume kommunaler Erwerbswirtschaft, DVBl. 1997, S. 1258 ff.

Papier, Hans-Jürgen — Zustimmungsbedürftigkeit eines Gesetzes zur Verlängerung der Laufzeiten von Kernkraftwerken, NVwZ 2010, S. 1113 ff.

Paulweber, Michael/ Weiwand, Armin — Europäische Wettbewerbspolitik und liberalisierte Märkte, EuZW 2001, S. 232 ff.

Pauly, Lothar — Das neue Miteinander, Public Private Partnership für Deutschland, in: Pauly (Hrsg.), Das neue Miteinander, Public Private Partnership für Deutschland, Hamburg, 2006, S. 11 ff.

Penig, Ludwig — Stärkung des Kommunalvermögens durch Entflechtung des Volkseigentums, in: Knemeyer, Franz-Ludwig (Hrsg.), Aufbau kommunaler Selbstverwaltung in der DDR, Grundsatzfragen und Dokumentation zur Entstehung einer Kommunalverfassung, Baden-Baden, 1990, S. 49 ff.

Peters, Heinz-Joachim — Art. 20 a GG – Die neue Staatszielbestimmung des Grundgesetzes, NVwZ 1995, S. 555 ff.

Petzold, Siegfried	Entstehungsgeschichte und wesentliche Erwägungen bei der Ausarbeitung des Entwurfes für eine vorläufige Kommunalverfassung in der DDR, in: Knemeyer, Franz-Ludwig (Hrsg.), Aufbau kommunaler Selbstverwaltung in der DDR, Grundsatzfragen und Dokumentation zur Entstehung einer Kommunalverfassung, Baden-Baden, 1990, S. 71 ff.
Pippke, Nicole/ Gaßner, Hartmut	Neuabschluss, Verlängerung und Änderung von Konzessionsabgaben nach dem neuen EnWG, RdE 2006, S. 33 ff.
Pirstner-Ebner, Renate	Regulierungsbehörden der Elektrizitäts- und Gaswirtschaft – Neuerungen auf Gemeinschaftsebene, NVwZ 2004, S.69 ff.
Pols, Helge/ Scherer-Leydecker, Christian	Auftragsvergabe, in: BMVBS/DSGV (Hrsg.), PPP-Handbuch, Leitfaden für Öffentlich-Private-Partnerschaften, 2. Auflage, Berlin, 2009, S. 247 ff.
Posch, Michael	Mit voller Kraft, Stadtwerke erwirtschaften im Energiesektor mehr als 60 Milliarden Euro und bieten Sicherheit in Krisenzeiten, in: Die Welt, Sonderausgabe Kommunale Unternehmen/Energie, Dezember 2010, S. I
Quecke, Albrecht/ Schmid, Hans-Dieter/ Menke, Ulrich/ Rehak, Heinrich/Wahl, Andreas/ Vinke, Harald/Blazek, Peter/ Schaffarik, Bert	Gemeindeordnung für den Freistaat Sachsen, Ergänzbarer Kommentar mit weiterführenden Vorschriften, Bd. III, Stand 50. Ergänzungslieferung, Berlin, 2010
Reidt, Olaf	Verfassungsrechtliche Aspekte der Mautfinanzierung von Fernstraßen, NVwZ 1996, S. 1156 ff.
Reuter, Alexander/ Polley, Isabel	ÖPP und das »Neue Kommunale Finanzmanagement« (NKF), NVwZ 2007, S. 1345 ff.

Riechmann, Christoph	Rahmenbedingungen und Grundlagen in der Elektrizitätsversorgung, Funktionen in der Elektrizitätsversorgung, in: Bartsch, Michael/Röhling, Andreas/Salje, Peter/Scholz, Ulrich (Hrsg.), Stromwirtschaft, Ein Praxishandbuch, 2. Auflage, München, 2002, S. 2 ff.
Rodi, Michael	Stromsteuergesetz, in: Schneider, Jens-Peter/Theobald, Christian (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, Praxishandbuch, 2. Auflage, München, 2008, S. 1189 ff.
Rosin, Peter/Krause, Markus	Vorgaben der Beschleunigungsrichtlinie Elektrizität an eine ex-ante-Regulierung, et 2003, S. 17 ff.
Rottnauer, Achim E.	Die neuen Grundversorgungsordnungen Strom und Gas, RdE 2008, S. 105 ff.
Ruffert, Matthias	Kommunalwirtschaft und Landes-Wirtschaftsverfassung, NVwZ 2000, S. 763 ff.
Ruge, Reinhard	Kritische Würdigung ausgewählter Aspekte der Anreizregulierung, in: Schneider, Jens-Peter/Theobald, Christian (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, Praxishandbuch, 2. Auflage, München, 2008, S. 1021 ff.
Säcker, Franz Jürgen/ Boesche, Katharina Vera	Vertikale Fusionen im Energiesektor gefährden wirksamen Wettbewerb, BB 2001, S. 2329 ff.
ders.	Der Referentenentwurf zum Energiewirtschaftsgesetz – ordnungspolitische und rechtsdogmatische Grundsatzbemerkungen, NuR 2004, S. 46 ff.
Salje, Peter	Kooperationsformen in Bezug und Absatz, in: Bartsch, Michael/Röhling, Andreas/Salje, Peter/Scholz, Ulrich (Hrsg.), Stromwirtschaft, Ein Praxishandbuch, 2. Auflage, München, 2002, S. 1342 ff.
ders.	Umweltaspekte der Reform des Energiewirtschaftsrechts, UPR 1998, S. 201 ff.

Sanden, Joachim	Die Europäische Fusionskontrolle im liberalisierten Energiemarkt, EuZW 2004, S. 620 ff.
Schäfer, Michael/ Karthaus, Arnim	Kommunalrecht, in: Weber, Martin/Schäfer, Michael/ Hausmann, Ludwig/Alfen, Hans Wilhelm/Drömann, Dietrich (Hrsg.), Public Private Partnership, Praxishandbuch, München, 2006, S. 193 ff.
ders./Thiersch, Stephanie	Verfassungsrechtliche Grundlagen, in: Weber, Martin/ Schäfer, Michael/Hausmann, Ludwig/Alfen, Hans Wilhelm/Drömann, Dietrich (Hrsg.), Public Private Partnership, Praxishandbuch, München, 2006, S. 85 ff.
Schaffarzik, Bert	Folgen der Privatisierung für die Erhebung öffentlicher Aufgaben, SächsVBl. 2006, S. 225 ff.
Schalast, Christoph	Der fortdauernde Zielkonflikt zwischen Umweltschutz und Wettbewerb im deutschen Energierecht, RdE 2001, S. 121 ff.
Scharpf, Christian	Rechtsprobleme der Gebietsüberschreitung - Kommunale Unternehmen extra muros?, NVwZ 2005, S. 149 ff.
Schede, Christian/ Pohlmann, Markus	Vertragsrechtliche Grundlagen, in: Weber, Martin/ Schäfer, Michael/Hausmann, Ludwig/Alfen, Hans Wilhelm/Drömann, Dietrich (Hrsg.), Public Private Partnership, Praxishandbuch, München, 2006, S. 102 ff.
Schink, Alexander	Wirtschaftliche Betätigung kommunaler Unternehmen, NVwZ 2002, S. 129 ff.
Schliesky, Utz	Über Notwendigkeit und Gestalt eines Öffentlichen Wettbewerbsrechtes, DVBl. 1999, S. 78 ff.
Schmidt-Aßmann, Eberhard	Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, Methoden – Maß-

	stäbe – Aufgaben – Organisation, München, 2006, S. 241 ff.
Schneider, Jens-Peter	Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Steuerungsakteur, DVBl 2000, S. 1250 ff.
ders.	Energieumweltrecht: Erneuerbare Energien, Kraft-Wärme-Kopplung, Energieeinsparung, in: Schneider, Jens-Peter/Theobald, Christian (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, Praxishandbuch, 2. Auflage, München, 2008, S. 1115 ff.
ders./Prater, Janine	Das europäische Reformpaket zum Energiebinnenmarkt, IR 2004, S. 5 ff.
ders.	Vorgaben des europäischen Energierechts, in: Schneider, Jens-Peter/ Theobald, Christian (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, Praxishandbuch, 2. Auflage, München, 2008, S. 45 ff.
Schoch, Friedrich	Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft, NVwZ 2008, S. 241 ff.
ders.	Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994, 962 ff.
Scholtka, Boris	Die Entwicklung des Energierechts in den Jahren 2000 und 2001, NJW 2002, S. 483 ff.
ders./Keller-Herder, Laurenz	Das Konzessionsabgabenrecht nach der Energierechtsreform 2005, RdE 2010, S. 279 ff.
Scholz, Rupert	Kein Zustimmungserfordernis des Bundesrates zu längeren Laufzeiten der Kernkraftwerke, Das Elfte und Zwölfte Gesetz zur Änderung des Atomgesetzes, NVwZ 2010, S. 1385 ff.
Schulze, Olaf	Ausschluß der kommunalen Ansprüche auf Rücküber-

tragung von Vermögenswerten der Strom- und Fernwärmeversorgung der regionalen Energieversorgung in den neuen Bundesländern, LKV 1996, S. 156 ff.

Schütz, Raimund/ Tüngler, Stefan — Die geplante Novelle des EU-Energierechts - Inhalt und Umsetzung, RdE 2003, S. 98 ff.

Schulze-Fielitz, Helmuth — Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/ Schmidt-Aßmann, Eberhard/ Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, Methoden – Maßstäbe – Aufgaben – Organisation, München, 2006, S. 761 ff.

Schulz, Norbert — Anmerkungen zur Tätigkeit gemeindlicher Unternehmen außerhalb des Gemeindegebiets, BayVBl. 1998, S. 449 ff.

Schwarze, Jürgen/ Becker, Ulrich/Hatje, Armin/ Schoo, Johann (Hrsg.) — EU-Kommentar, 2. Auflage, Baden-Baden, 2009

Schweibert, Ulrike/Benkert — Arbeitsrecht, in: Weber, Martin/Schäfer, Michael/Hausmann, Ludwig/ Alfen, Hans Wilhelm/Drömann, Dietrich (Hrsg.), Public Private Partnership, Praxishandbuch, München, 2006, S. 393 ff.

Sellmann, Christian — Privatisierung mit oder ohne gesetzliche Ermächtigung, NVwZ 2008, S. 817 ff.

Sendler, Horst — Erneut: Gemeindliche Spendierlaune und Kommunalaufsicht, NJW 1999, S. 2647 f.

ders. — Kommunale Selbstverwaltung und Spendierlaune, NJW 1999, S. 2233 f.

Sester, Peter/ Bunsen, Christian — Vertragliche Grundlagen – Finanzierungsverträge, in: Weber, Martin/Schäfer, Michael/Hausmann, Ludwig/ Alfen, Hans Wilhelm/Drömann, Dietrich (Hrsg.), Public Private Partnership, Praxishandbuch, München, 2006, S. 436 ff.

Sodan, Helge	Vorrang der Privatheit als Prinzip der Wirtschaftsverfassung, DÖV 2000, S. 361 ff.
ders./Ziekow, Jan	Grundkurs Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungsrecht, 4. Auflage, München, 2010
Stelkens, Paul/Bonk, Heinz Joachim/Sachs, Michael/ Kallerhoff, Dieter/Schmitz, Heribert/Stelkens, Ulrich	Verwaltungsverfahrensgesetz, 5. Auflage, München, 1998
Stern, Klaus	Postreform zwischen Privatisierung und Infrastrukturgewährleistung, DVBl. 1997, S. 309 ff.
Stinglwagner, Wolfgang	Die Elektrizitätswirtschaft in der DDR, in: Fischer, Wolfram, Die Geschichte der Stromversorgung, Frankfurt am Main, 1992
Stober, Rolf	Die privatrechtlich organisierte öffentliche Verwaltung, Zur Problematik privatrechtlicher Gesellschaften und Beteiligungen der öffentlichen Hand, NJW 1984, S. 449 ff.
Stolpe, Manfred	Investitionen mobilisieren, staatliches Handeln modernisieren, Wie öffentlich-private Partnerschaften helfen, die Daseinsvorsorge zu sichern, in: Pauly (Hrsg.), Das neue Miteinander, Public Private Partnership für Deutschland, Hamburg, 2006, S. 65 ff.
Templin, Wolf	Kommunale Selbstverwaltungsgarantie und örtliche Energieversorgung – Der Einfluss des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG auf die Auslegung des »Überlassens« nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG, VerwArch 2009, S. 529 ff.
ders.	Kriterien und Verfahren der kommunalen Auswahlentscheidung bei Abschluss eines Konzessionsvertrages (Teil 1), IR 2009, S. 101 ff.
ders.	Kriterien und Verfahren der kommunalen Auswahl-

	entscheidung bei Abschluss eines Konzessionsvertrages (Teil 2), IR 2009, S. 125 ff.
ders.	Recht der Konzessionsverträge, Eine historische, verfassungsrechtliche, rechtstatsächliche und rechtspolitische Analyse des Konzessionsvertrages als Instrument gemeindlicher Energiepolitik, München, 2009
Tettinger, Peter J.	Für die Versorgungswirtschaft bedeutsame Entwicklungslinien im primären Gemeinschaftsrecht, RdE 1999, S. 45 ff.
ders.	Öffentliche Wirtschaft in den neuen Bundesländern, Im Einigungsprozeß formulierte Vorgaben und ihre Umsetzung, BB 1992, S. 2 ff.
ders. /Pielow, Joh.-Christian	Zum neuen Regulator in der Energiewirtschaft aus der Sicht des öffentlichen Rechts, RdE 2003, S. 289 ff.
Theobald, Christian	Auslaufende Konzessionsverträge Strom und Gas: Was ist seitens der Kommunen zu tun?, DÖV 2009, S. 356 ff.
ders.	Grundlagen des deutschen Rechts der Energiewirtschaft, in: Schneider, Jens-Peter/Theobald, Christian (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, Praxishandbuch, 2. Auflage, München, 2008, S. 1 ff.
ders.	Neues EnWG: 10 Eckpunkte zum Referentenentwurf vom Februar 2004, IR 2004, S. 50 ff.
ders./Zenke, Ines/ Ochsenfahrt, Volker	Netzarten, Netzbetrieb und Netzzugang, in: Schneider, Jens-Peter/Theobald, Christian (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, Praxishandbuch, 2. Auflage, München, 2008, S. 749 ff.
Thumann, Jürgen R.	Abschied vom Vollkasko-Denken, Das neue Miteinander als Probe eines anderen Staatsverständnisses, in: Pauly, Lothar (Hrsg.), Das neue Miteinander, Public Private Partnership für Deutschland, Hamburg, 2006, S. 73 ff.

Tilch, Horst/ Arloth, Frank (Hrsg.)	Deutsches Rechts-Lexikon, Bd. II (G – P), 3. Auflage, München, 2001
Tintelnot, Albrecht/ Pommer, Sophia	Das neue Gemeindewirtschaftsrecht der Sächsischen Gemeindeordnung vom 18. März 2003, SächsVBl. 2003, S.205 ff.
Trute, Hans-Heinrich	Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, DVBl. 1996, S. 950 ff.
Turkowski, Peter	Handlungsoptionen bei auslaufendem Konzessionsvertrag, in: DStT/DStGB/VKU (Hrsg.), Stadtwerk der Zukunft IV, Konzessionsverträge, Handlungsoptionen für Kommunen und Stadtwerke, Berlin, 2009, S. 75 ff.
Uechtritz, Michael	Möglichkeiten für private Verkehrsinfrastrukturbetreiber außerhalb der öffentlichen Haushalte, DVBl. 2002, S. 739 ff.
Vogel, Hans-Jochen	Die Reform des Grundgesetzes nach der deutschen Einheit – Eine Zwischenbilanz -, DVBl. 1994, S. 497 ff.
von Mutius, Albert/ Groth, Andy	Amtshaftung bei fehlerhafter kommunalaufsichtsrechtlicher Genehmigung privatrechtlicher Geschäfte, NJW 2003, S. 1278 ff.
Voßkuhle, Andreas	Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, Methoden – Maßstäbe – Aufgaben – Organisation, München, 2006, S. 1 ff.
Waldmann, Knut	Das Kommunalunternehmen als Rechtsform – alternative für die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden, NVwZ 2008, S. 284 ff.
Weber, Barbara/Alfen, Hans	Projektfinanzierung und PPP, Praktische Anleitung für

Wilhelm/Maser, Stefan	PPP und andere Projektfinanzierungen, Köln, 2006
Weiß, Wolfgang	Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und stattliche Verantwortung, DVBl. 2002, S. 1167 ff.
Wild, Kati	Pflichtenübertragung im Verwaltungsrecht – Unter besonderer Berücksichtigung des § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG - , Köln, 2003
Wissmann, Hinnerk	Verfassungsrechtliche Vorgaben der Verwaltungsorganisation, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, Methoden – Maßstäbe – Aufgaben – Organisation, München, 2006, S. 943 ff.
Ziekow, Jan	Öffentliches Wirtschaftrecht, Ein Studienbuch, 2. Auflage, München, 2010

Vorwort

Die derzeitige Lage auf dem Gebiet der lokalen Elektrizitätsversorgung ist in vielen Kommunen durch eine Unsicherheit im Hinblick auf ihre Rolle, ihre Möglichkeiten und ihre Zukunft in diesem Bereich gekennzeichnet. Häufig besteht insoweit in der Kommunalverwaltung kaum Sensibilität für historische Hintergründe und rechtsdogmatische Grundlagen. Gerade für eine funktionierende Versorgung der örtlichen Bevölkerung mit Elektrizität - als Aufgabe mit besonderem Gemeinwohlbezug - tragen die Kommunen aber eine erhebliche Verantwortung.

Trotz - oder besser: erst recht wegen - der vor allem wettbewerbsorientierten energie(rechts)politischen Entwicklung und dem damit verbundenen Versuch des Gesetzgebers, die Versorgung der Letztverbraucher - also auch der örtlichen Bevölkerung - abzusichern, sollten die Kommunen sich ihrer fortbestehenden, lokalen Verantwortlichkeiten bewusst werden und ihre Aktivitäten bzw. gar Passivitäten in dieser Beziehung entsprechend überdenken.

Eine Kooperation mit der Privatwirtschaft kann den Kommunen dabei nicht nur helfen, die - eine (optimale) Aufgabenerledigung ggf. be- oder gar verhindernden - sachlichen, personellen und/oder finanziellen Defizite auszugleichen. Sie kann auch dazu beitragen, strukturelle Mängel in der Verwaltung abzubauen. Nicht ohne Grund hält der Kooperationsgedanke seit geraumer Zeit Einzug in die »praktizierende Verwaltung«.

Die vorliegende Arbeit trägt einen systematisierenden und dadurch sensibilisierenden Charakter. Sie soll einen Beitrag dazu leisten, dass die Kommunen (wieder) mit Blick auf ihre Verantwortlichkeiten für die sichere,

bezahlbare und umweltverträgliche Versorgung ihrer Bevölkerung agieren und dabei auch historisch gewachsene, bewährte Strukturen (mit)berücksichtigen. Außerdem soll sie Möglichkeiten und Rahmenbedingungen einer Kooperation mit Privaten in diesem Bereich aufzeigen. Gleichzeitig soll sie zu einer rechtlichen Aufarbeitung der aktuellen Diskussion zu Öffentlich Privaten Partnerschaften anregen, die bis dato zwar im Hinblick auf ihre unmittelbaren rechtlichen Rahmenbedingungen, weniger aber zu den materiellrechtlichen Grundlagen einer Kooperation zwischen der öffentlichen Hand und der Privatwirtschaft stattfindet. Schließlich wäre es wünschenswert, wenn den Kommunen mit dieser Arbeit mittels ihrer breit angelegten, zum Teil überblicksartigen Strukturierung eine Einordnungs- bzw. Orientierungshilfe geboten werden könnte.

Die Arbeit gliedert sich in drei Teile. Teil 1 befasst sich zunächst mit den Grundlagen gemeindewirtschaftlicher Tätigkeit. Hieran schließt sich eine Darstellung der Entwicklung von kommunalen Elektrizitätsversorgungsunternehmen. Im 2. Teil geht es um die gesetzlichen Zielvorgaben in der Elektrizitätswirtschaft und darum, welche Verantwortung die Kommunen für deren Erreichen tragen. Mit Teil 3 folgt schließlich zuerst eine Betrachtung kooperativer Staatstätigkeit mitsamt ihrer Interessen, ihrer Handlungs- und Organisationsformen und ihrer Grenzen. Danach wird auf Modelle Öffentlich Privater Partnerschaften und ihr Potential für den Bereich der örtlichen Elektrizitätsversorgung eingegangen.

1. Teil: Grundlagen und Entwicklung kommunaler Elektrizitätsversorgungsunternehmen

Im ersten Teil dieser Arbeit werden zunächst die allgemeinen Grundlagen unternehmerischer Wirtschaftstätigkeit der Kommunen[1] beleuchtet: Welche Rechtsnatur besitzen Kommunen, wie haben sie sich geschichtlich entwickelt und welche Rolle spielen sie in der Verwaltungshierarchie (A)? In welchen Formen dürfen Kommunen handeln und inwiefern dürfen sie ein wirtschaftliches Unternehmen führen (B)? Anschließend folgt eine Betrachtung zur historischen Entwicklung kommunaler Elektrizitätsversorgungsunternehmen (C).

A. Kommune

Bevor nachfolgend das Augenmerk kommunalen Elektrizitätsversorgungsunternehmen gelten wird, soll in einem kurzen Abriss die Kommune als solche in ihrer Rechtsnatur (I), in ihrer Entwicklung (II) und in ihrer Einordnung in das Verwaltungsgefüge (III) dargestellt werden.

1 Häufig findet in der energierechtlichen Literatur und Rechtsprechung, wenn von Städten und Gemeinden die Rede ist, der Terminus »Kommune« Anwendung. In der vorliegenden Arbeit wird deshalb der Begriff »Kommune« stellvertretend für Städte und Gemeinden verwendet.

I. Begriff und Rechtsnatur

Nach der Definition des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) ist die Kommune eine unmittelbar von ihren Bürgern und Einwohnern getragene Gebietskörperschaft, deren Gebietshoheit sich auf die autonome Verwaltung ihr universell überlassener oder speziell zugewiesener örtlicher Angelegenheiten des Gemeinwesens sowie zur weisungsabhängigen Verwaltung generell oder speziell zugewiesener fremder öffentlicher Angelegenheiten erstreckt.[2] Die Gemeindeordnungen (GemO) der Länder[3] beschreiben sie als Grundlage und Glied des demokratischen Rechtsstaates (§ 1 Abs. 1 der Sächsischen Gemeindeordnung - SächsGemO -). Ziel ist die unmittelbare Erfüllung der Aufgaben der Kommune in bürgerschaftlicher Selbstverwaltung zum gemeinsamen Wohl aller Einwohner durch ihre von den Bürgern gewählten Organe sowie durch die Einwohner und Bürger und zwar jeweils im Rahmen der Gesetze (§ 1 Abs. 2 SächsGemO).

Die Kommune ist als rechtsfähige Gebietskörperschaft des öffentlichen Rechts (§ 1 Abs. 3 SächsGemO) eine juristische Person mit Rechtsfähigkeit, Geschäftsfähigkeit, Parteifähigkeit, Beteiligungsfähigkeit, Prozessfähigkeit, Dienstherrenfähigkeit und Haftungsfähigkeit sowohl im Bereich des öffentlichen Rechts als auch des Privatrechts.[4] Sie ist selbständiger Träger von Rechten und Pflichten im Rahmen ihrer Verbandskompetenz.[5] Als Bürgergemeinschaft hat sie das Wohl und das gesellschaftliche Zusammenleben der Einwohner zu fördern.

Ihre Existenz ist institutionell durch Art. 28 Abs. 2 S. 1 Grundgesetz (GG) gesichert.

---

2 *BVerfGE* 52, S. 95 (117).

3 Soweit es in dieser Arbeit um in den GemOen der Länder geregelte Aspekte geht, basieren die Ausführungen generell auf der SächsGemO. Sofern die Vorschriften in den GemOen anderer Bundesländer von den sächsischen Vorgaben maßgeblich abweichen, wird dies im Einzelnen erwähnt.

4 *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, S. 107 ff.

5 *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, S. 107.

Die konstituierenden Merkmale der Kommune sind Gemeindegebiet, Gemeindebewohner und hoheitliche Befugnisse. Das Gebiet der Kommune bilden die Grundstücke, die nach geltendem Recht zu ihr gehören (§ 7 Abs. 1 SächsGemO). Einwohner, d. h. diejenigen, die in der Kommune wohnen (§ 10 Abs. 1 SächsGemO), und Bürger, d. h. diejenigen Deutschen im Sinne des Art. 116 Abs. 1 GG, die das 18. Lebensjahr vollendet haben und seit mindestens drei Monaten in der Kommune leben (§ 15 Abs. 1 SächsGemO), sind Bewohner der Kommune. Hoheitliche Befugnisse erlangt die Kommune einerseits als Träger kommunaler Selbstverwaltung (§ 2 Abs. 1 SächsGemO), andererseits als Glied der öffentlichen Verwaltung (§ 2 Abs. 2 S. 1 SächsGemO).

II. Geschichtliche Entwicklung

Der Ursprung der heutigen Kommune liegt in der Entwicklung der dörflichen Siedlungsgemeinschaft aus einer Genossenschaft auf der Grundlage sesshaften Ackerbaus, eines Bedürfnisses nach einer vor fremden Eroberern zu schützenden Heimat und der Zweckmäßigkeit dauerhaften nachbarlichen Zusammenlebens.[6] Die ersten germanischen Siedlungen entstanden zwischen der ersten Hälfte des zweiten Jahrtausends v. Chr. und 500 v. Chr. Die Siedlungen bestanden aus kleinen Dörfern mit fünf bis 15 Höfen. Durchschnittlich lebten auf einem Hof 10 bis 30 Menschen.[7] Mit der Entwicklung und Erstarkung der Grundherrschaft und des Lehnswesens im frühen Mittelalter ging die Freiheit der Dorfgemeinschaft weitgehend verloren.[8] Die Gründung der ersten Städte erfolgte ab dem 11. Jahrhundert mit der Verleihung von besonderen Vorrechten an die Kaufleute. Am Ende des Mittelalters waren bereits ca. 4000 Städte existent.[9] Das Aufkommen und Erstarken der Landesmacht im Hoch- und Spätmittelalter brachte die Dörfer und Städte überwiegend unter die Vormundschaft der Landesher-

6 *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, S. 27.
7 *Köbler*, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 66 ff.
8 *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, S. 27.
9 *Köbler*, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 77 ff.

ren. Veranlasst durch die Ermüdung und die Erstarrung des Bürgertums in der Zeit des Absolutismus gefolgt vom Abbau der ständischen Schranken unter dem Einfluss der Aufklärung und des Liberalismus im allgemeinen sowie der französischen Revolution im besonderen eröffneten die Stein- und Hardenbergschen Reformen des Städtewesens[10] in Preußen zu Beginn des 19. Jahrhunderts eine Neubelebung des bürgerschaftlichen Gedankens und die Anfänge der modernen Selbstverwaltung.[11] Erste Kommunalverfassungen wurden in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts erlassen. Ein tragendes Prinzip dieser Verfassungen war die Einwohnergemeinde. Nachdem 1933 durch das nationalsozialistische Gemeindeverfassungsgesetz (GemVerfG) die Selbstverwaltung der Gemeinden beseitigt worden war, galt ab 1935 die Deutsche Gemeindeordnung (DGemO) als Grundlage der heutigen Gemeindeordnungen.[12]

Nach 1945 wurden mit dem Neuaufbau der Länder eigene GemOen erlassen und der Gedanke der Selbstverwaltung wieder belebt.[13]

Insbesondere in Sachsen[14] wurde 1832 durch die Städteordnung (SächsStädteO) und 1838 durch die Landgemeindeordnung (SächsLandGemO) den Städten und Gemeinden die Selbstverwaltung zugestanden. Eine Vereinheitlichung des Kommunalrechts erfolgte 1923 mit der Gemeindeordnung (SächsGemO), welche den Städten und Gemeinden - nach dem Vorbild der Verfassung des Deutschen Reichs (ReichsVerf)[15] - die Garantie der Selbstverwaltung gewährte. 1946 wurde in der sowjetischen Besatzungs-

---

10 Die Stein- und Hardenbergschen Reformen mündeten im Erlass der preußischen Städteordnung vom 19.11.1808. Wesentlicher Inhalt war die Dezentralisierung der Verwaltung, die Milderung des Gegensatzes zwischen Obrigkeit und Untertanen sowie die ehrenamtliche Beteiligung der Bürgerschaft an der öffentlichen Verwaltung auf Kommunalebene. Hierdurch sollten der Gemeinsinn und das politische Interesse des Einzelnen am Ganzen belebt werden, um den preußischen Staat zu kräftigen (vgl. *BVerfG*E 11, S. 266 [274]).

11 *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, S. 30; *Köbler*, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 144, 180 f.

12 *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, S. 48 ff.

13 *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, S. 49 f.

14 Die Darstellung zu den Entwicklungen in dem Bundesland Sachsen soll - in seiner Entwicklung nach 1949 - beispielhaft für die neuen Bundesländer erfolgen.

15 Art. 127 ReichsVerf garantierte den Gemeinden und Gemeindeverbänden das Recht der Selbstverwaltung innerhalb der Schranken der Gesetze.

zone die DGemO durch die Demokratische Gemeindeordnung (DemokrGemVerf) ersetzt. In Sachsen wurde diese 1947 mit der Demokratischen Gemeindeordnung (DemokrGemO) ausgetauscht. Diese sah ebenfalls die Garantie der Selbstverwaltung für die Gemeinden vor. Mit zunehmendem Ausbau der Diktatur der Sozialistischen Einheitspartei Deutschlands (SED) wurde diese Gewährleistung in der Praxis beseitigt. Das Prinzip des demokratischen Zentralismus wurde letztlich 1957 mit dem Gesetz über die örtlichen Organe der Staatsmacht (StaatsmachtG) verwirklicht. Die Gemeinden waren untere Verwaltungsebene des Staates ohne eigenen Wirkungskreis und ohne eigene Rechtsfähigkeit. Hieran knüpfte 1985 auch das Gesetz über die örtlichen Volksvertretungen (VolksvertretungsG) in der Deutschen Demokratischen Republik (DDR) an.[16] Die nach der politischen Wende im Herbst 1989 ab Anfang 1990 in Gang gebrachte Verwaltungsreform umfasste neben der Wiedereinführung der Länder die Rückführung zur kommunalen Selbstverwaltung.[17] Hiermit war eine deutliche Abkehr von der Weisungsgewalt zentraler Organe hin zu eigenverantwortlichen Volksvertretungen verbunden.[18] Gleichzeitig begann die Entflechtung des volkseigenen Vermögens. Das zur Erfüllung kommunaler Aufgaben erforderliche Vermögen wurde in das Gemeindeeigentum überführt.[19] Unmittelbar vor Vollzug der deutschen Einheit erließ die Volkskammer das Gesetz über die Kommunale Selbstverwaltung der DDR (KommVerf), welches die kommunale Selbstverwaltung wieder einführte. In den Jahren 1992 und 1994 wurde dieses Gesetz durch eigenständi-

16 *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, S. 49 f.

17 *Petzold*, in: Knemeyer (Hrsg.), Aufbau kommunaler Selbstverwaltung in der DDR, S. 71 (71).

18 *Penig*, in: Knemeyer (Hrsg.), Aufbau kommunaler Selbstverwaltung in der DDR, S. 49 (50).

19 *Penig*, in: Knemeyer (Hrsg.), Aufbau kommunaler Selbstverwaltung in der DDR, S. 49 (49). Die Festlegung der wesentlichen Bestimmungen zur Herstellung der Einheit Deutschlands erfolgte mit dem Einigungsvertrag (EVertr). Regelungen zur Überführung des Verwaltungs- und Finanzvermögens finden sich insbesondere in den Art. 21 f. EVertr. Weitere Übertragungen des Finanzvermögens waren bereits mit dem Treuhandgesetz (THG) erfolgt.

ge Verfassungen[20] der fünf neuen Bundesländer ersetzt.[21] Später erfolgte dann eine Ablösung durch die heutigen GemOen der Länder[22].

III. Die Kommune im Rahmen der klassischen Hierarchie der Verwaltung

Der Begriff der Verwaltung ist vieldeutig und lässt sich nur über unterschiedliche Eingrenzungen definieren. Zunächst ist die öffentliche Verwaltung im weiten Sinne von der privaten Verwaltung abzugrenzen. Verwaltung im organisatorischen Sinne ist die Organisation, die aus der Gesamtheit der Verwaltungsträger, Verwaltungsorgane und sonstiger Verwaltungseinrichtungen besteht. Verwaltung im materiellen Sinne entspricht derjenigen Staatstätigkeit, die die Wahrnehmung der Verwaltungsangelegenheiten zum Gegenstand hat. Verwaltung im formellen Sinne schließlich ist die gesamte von Verwaltungsbehörden ausgeübte Tätigkeit ohne Rücksicht darauf, ob sie materiell verwaltender Art ist oder nicht.[23]

Im Folgenden soll die öffentliche Verwaltung zunächst hinsichtlich ihrer Einordnung in das Staatsgefüge und sodann im Hinblick auf ihre innere Ordnung kurz beleuchtet werden.

1. Grundsatz der Gewaltenteilung

Tragendes Organisations- und Strukturprinzip des Staates ist die Gewaltenteilung.[24] Gewaltenteilung bedeutet die - verfassungsrechtlich in Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 2, 70 ff. GG verankerte - Aufteilung der Staatsaufgaben in die Funktionen Rechtsetzung (Legislative), Vollziehung (Exekutive) und

20 Vgl. in Sachsen: Sächsische Verfassung (SächsVerf).
21 *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, S. 50.
22 Vgl. in Sachsen: SächsGemO.
23 *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 1 ff.
24 *BVerfG*E 3, S. 225 (247 f.).

Rechtsprechung (Judikative). Diese Funktionen sind nach der Verfassung besonderen voneinander weisungsunabhängigen Staatsorganen - den drei Staatsgewalten - zugewiesen, wobei jede Gewalt grundsätzlich nur die ihr übertragene Funktion wahrnehmen darf und keiner Gewalt ein prinzipieller Vorrang zukommt.[25]

Hintergrund dieses Prinzips ist die Gewährleistung einer freiheitlich demokratischen Grundordnung. Die persönliche Freiheit des Einzelnen soll so weit wie möglich erhalten bleiben. Willkürherrschaft durch Machtkonzentration, Machtmissbrauch und Rechtlosigkeit soll vermieden werden. Erreicht werden soll dies mittels eines organisatorischen Herrschaftssystems, welches sich durch eine Verteilung, eine Begrenzung, eine gegenseitige Kontrolle und ein geregeltes Zusammenwirken von Macht auszeichnet.[26]

Die Funktionsbereiche der drei Gewalten lassen sich wie folgt voneinander abgrenzen: Der Legislative ist der Erlass allgemeinverbindlicher Rechtsnormen zugewiesen. Die Erledigung von Staatsaufgaben, insbesondere den Vollzug von Rechtsvorschriften im Einzelfall hat die Exekutive zu besorgen. Der Judikative ist die verbindliche Klärung konkret bestehender Rechtsstreitigkeiten vorbehalten.[27]

Kooperationen zwischen der öffentlichen Hand und der Privatwirtschaft finden sich fast ausschließlich in dem der Exekutive zuzuordnenden Bereich. Sie werden später noch Gegenstand dieser Arbeit sein.[28]

2. Mehrebenensystem

Wie die Gewaltengliederung sind auch die Grundzüge der Verwaltungsstruktur durch die Verfassungen von Bund und Ländern vorgegeben. Die

25 *Katz*, Staatsrecht, S. 91 ff.
26 *Katz*, Staatsrecht, S. 92.
27 *Katz*, Staatsrecht, S. 94.
28 S. unten Teil 3.

nähere Ausformung erfolgt durch Rechts- und Verwaltungsvorschriften. Die Organisation der Europäischen Union (EU) ergibt sich aus den Gründungs- nebst Änderungsverträgen.

Die Gliederung der Verwaltung erfolgt danach in Gestalt eines Mehrebenensystems. In diesem System wird von drei grundlegenden Differenzierungen ausgegangen. Die erste Differenzierung betrifft die Ebene der EU und deren Verhältnis zu den Mitgliedstaaten. Die zweite Differenzierung hat den Vollzugsföderalismus zwischen Bund und Ländern zum Gegenstand. Die dritte Differenzierung schließlich befasst sich mit dem Verhältnis zwischen Staats- und Selbstverwaltung.[29]

Oberstes Verwaltungsorgan der EU ist die Europäische Kommission (EK). Die Verwaltung der EK ist wiederum in Abteilungen (Generaldirektionen) und Dienststellen untergliedert. Ferner unterhält sie Vertretungen in den einzelnen Mitgliedstaaten. Daneben werden - vor allem zum Zwecke der Informationsgewinnung und -vermittlung - immer häufiger Ausschüsse eingesetzt. Zudem fungieren die Verwaltungen der Mitgliedstaaten im so genannten Europäischen Verwaltungsverbund - neben den Organen der EU - quasi als Verwaltungsunterbau der EU, der insbesondere administrative Aufgaben[30] für dieselbe wahrnimmt. Dieser Verwaltungsverbund ist vergleichbar mit einem vertikalen - zwischen den EU-Stellen und den mitgliedstaatlichen Verwaltungen - und horizontalen - zwischen den mitgliedstaatlichen Verwaltungen - Behördennetzwerk, dessen Wirkungsbereich eine informationelle, prozedurale und institutionelle Kooperation in unterschiedlichen Intensitätsgraden umfasst.[31]

Die Aufteilung der Verwaltungskompetenzen erfolgt zum Teil im Vertrag über die Arbeitsweise der EU (AEUV) selbst (Art. 2 ff. AEUV), überwie-

29 *Groß*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 841 (856 ff.).
30 Hierzu gehören vor allem Informations-, Entscheidungs- und Kontrollfunktionen.
31 *Schmidt-Aßmann*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 241 (256 ff.).

gend aber nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 S. 1 des Vertrags über die EU - EUV -). Die Zuweisung der Administrativaufgaben im Einzelnen ist demzufolge regelmäßig dem Sekundärrecht überlassen, wobei als Kompetenzausübungsschranke jeweils das Subsidiaritäts- und das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu beachten sind (Art. 5 Abs. 1 S. 2 EUV).[32] Vollzogen wird das Gemeinschaftsrecht indes hauptsächlich von nationalen Behörden. Man kann insoweit von einem tatsächlichen Vorrang dezentraler mitgliedstaatlicher Aufgabenwahrnehmung sprechen.[33]

Auf nationaler Ebene ist der Staat, der sich aus dem Bund und den einzelnen Bundesländern zusammensetzt, originärer Verwaltungsträger. Staatsverwaltung ist demnach auf der einen Seite Bundesverwaltung und auf der anderen Seite Landesverwaltung. Sowohl der Bund als auch die Länder nehmen die von ihnen zu erledigenden Verwaltungsaufgaben teils durch eigene Behörden, teils durch rechtlich selbständige oder unselbständige Organisationsformen wahr.[34]

Gem. Art. 30 und 83 ff. GG obliegt die Erledigung von Staatsaufgaben, insbesondere der Vollzug von Rechtsnormen, gleich ob es sich um Bundes- oder Landesrecht handelt, regelmäßig den Ländern. Dies entspricht - was das Verhältnis zwischen Bundes- und Landesverwaltung anbelangt - einem klaren Vorrang der Länderzuständigkeit im Bereich der Exekutive. Der Bundesregierung (BReg) stehen insoweit - um Divergenzen beim Vollzug von Bundesgesetzen zu beschränken - nur begrenzte Instrumente - insbesondere der Erlass von Verwaltungsvorschriften, die Bundesaufsicht und ausnahmsweise Weisungsrechte - zur Verfügung (Art. 84 f. GG). Die einzelnen Bundesländer wiederum haben - soweit keine bundesrecht-

---

32 *Schmidt-Aßmann*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 241 (254).

33 *Schmidt-Aßmann*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 241 (252 f.).

34 Vgl. zur unmittelbaren Staatsverwaltung durch staatliche Behörden: *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 547 ff. und zur mittelbaren Staatsverwaltung durch rechtlich selbstständige Organisationen: *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 569 ff.

lichen Vorgaben existieren - jeweils eigene Gestaltungsspielräume im Hinblick auf die Organisation ihrer Verwaltung.[35]

Die Landkreise und Kommunen schließlich sind einerseits Teil des staatlichen Verwaltungsaufbaus, andererseits Träger kommunaler Selbstverwaltung.[36] Als letztere haben sie das Recht und die Pflicht[37], alle Angelegenheiten der örtlichen Verwaltung eigenverantwortlich zu regeln. Art. 28 Abs. 2 GG räumt den örtlichen Verwaltungen neben Bund und Ländern eine autonome demokratische Legitimation und einen eigenen Wirkungskreis ein. Ziel ist die Garantie einer besonders bürgernahen Erledigung von Verwaltungsaufgaben.[38]

IV. Zusammenfassung

Die Kommunen haben sich im Rahmen ihrer geschichtlichen Entwicklung zu rechtsfähigen Körperschaften des öffentlichen Rechts herausgebildet. Ihr Bestand ist verfassungsrechtlich garantiert. In der Hierarchie der Verwaltung kommt ihnen eine Doppelrolle als Träger kommunaler Selbstverwaltung und als Teil des Verwaltungsaufbaus des Staates zu.

---

35 *Groß*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 841 (858).

36 So genannte duale Verwaltungsstruktur. Dieser Begriff korrespondiert mit demjenigen der dualistischen Aufgabenstruktur (s. unten Teil 2, B, II, 1, a).

37 *BVerwG*, NVwZ 2009, S. 1305 (1306).

38 *Groß*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 841 (858); zur Verwaltung durch die Kommunen: *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 570 ff.

B. Kommunale Wirtschaftsunternehmen

Zum Zwecke der Einordnung kommunaler Elektrizitätsversorgungsunternehmen in den Handlungsrahmen einer Kommune sollen die folgenden Ausführungen zunächst einen Überblick über die möglichen Handlungsformen einer Kommune (I) geben. Im Anschluss daran wird beleuchtet, inwiefern eine Kommune unternehmerisch tätig sein kann (II). Schließlich folgt eine Betrachtung zur Zulässigkeit wirtschaftlicher Unternehmungen der Kommune (III).

I. Handlungsformen der Kommune

Die Erledigung ihrer Aufgaben ist der Verwaltung über eine Vielzahl an Arten und Formen des Verwaltungshandelns möglich bzw. geboten. Die Verwaltung kann dabei für ihre verwaltungsinterne und verwaltungsexterne Aufgabenerledigung öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Handlungsformen nutzen.

1. Öffentlich-rechtliche Rechtsakte genereller Natur

Mittels verwaltungsinterner Planung kann die Verwaltung der Verwirklichung ihrer Ziele ein organisatorisches, planerisches Gefüge geben. Sie kann hierzu Verwaltungsvorschriften zur generellen Geltung erlassen. Durch Satzungs- oder Verordnungserlass können insbesondere Kommunen entsprechenden Festsetzungen generelle Außenwirkung und damit rechtliche Verbindlichkeit verleihen.

2. Öffentlich-rechtliche Rechtsakte konkreter Natur

Zur konkreten Regelung der Rechtsverhältnisse mit dem einzelnen Bürger kann die Verwaltung einseitig Verwaltungsakte erlassen oder sonst schlicht-hoheitlich tätig werden (Realakte). Zwischen der Verwaltung und dem einzelnen Bürger ist aber auch der (zwei- oder mehrseitige) Abschluss von öffentlich-rechtlichen Verträgen möglich.

3. Verwaltungsprivatrechtliches Handeln

Grundsätzlich ist das Handeln der Verwaltung durch ihr eigenes Verwaltungsrecht bestimmt. Bei der Vornahme von Hilfsgeschäften, wie bspw. der Beschaffung von für die Verwaltung erforderlichen Sachgütern und der Einstellung der Angestellten und Arbeiter des öffentlichen Dienstes, sowie bei der erwerbswirtschaftlichen Betätigung wird die Verwaltung indes ausschließlich privatrechtlich tätig. Letztlich können auch unmittelbare Verwaltungsaufgaben in privatrechtlicher Form erledigt werden. Soweit öffentlich-rechtliche Vorschriften nicht entgegenstehen, steht es der Verwaltung frei, sich bei der Organisation und/oder der Ausgestaltung von Leistungs- oder Benutzungsverhältnissen öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Rechtsformen zu bedienen. Die Verwaltung besitzt insoweit eine Wahlfreiheit. Hierdurch kann sich die Verwaltung aber nicht ihren öffentlichen Bindungen entziehen. Vielmehr wird die privatrechtliche Tätigkeit der Verwaltung öffentlich-rechtlich überlagert und gebunden. Dies gilt besonders für die im Privatrechtsbereich mit mittelbarer Drittwirkung geltenden Grundrechte[39], die Zuständigkeitsordnung und die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts.[40]

39 *BVerfG*E 7, S. 198 (206 f.); 73, S. 261 (269).
40 *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 441.

II. Kommunale Unternehmen

1. Begriff

Eine gesetzliche Definition für den Begriff »Kommunales Unternehmen« existiert nicht. In den GemOen der Länder[41] wird jedoch im Rahmen der Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung und die privatrechtlichen Beteiligungen der Gemeinden implizit von dem Bestand kommunaler Unternehmen ausgegangen. Öffentliche Unternehmen sind nicht in die unmittelbare Kommunalverwaltung eingegliedert. Sie sind vielmehr als organisatorisch verselbständigte Untergliederungen außerhalb derselben angeordnet. Die kommunalrechtlichen Vorschriften geben jedoch den öffentlichen Unternehmen bzw. Unternehmensbeteiligungen in organisatorischer und finanzwirtschaftlicher Hinsicht einen an die Grundsätze der unmittelbaren Kommunalverwaltung angepassten Rahmen. Dies gilt z. Bsp. und insbesondere hinsichtlich der Grundsätze der kommunalen Haushaltswirtschaft. Kommunale Unternehmen können demzufolge als aus der unmittelbaren Kommunalverwaltung ausgegliederte, verselbständigte Verwaltungseinheiten mit einem bestimmten organisatorischen Gefüge und von gewisser Dauer zur Erfüllung einzelner bestimmter öffentlicher Zwecke definiert werden.[42]

2. Entwicklung

Als Ausfluss des Rechts auf kommunale Selbstverwaltung geht auch die Entwicklung kommunaler Unternehmen auf die Stein- und Hardenbergschen Reformen in Preußen Anfang des 19. Jahrhunderts[43] zurück. Zunächst und bis in das 20. Jahrhundert hinein erfolgte die Erfüllung der Aufgaben der Kommunen über ihre Ämter, d. h. durch die Kommunalverwaltung unmittelbar. Dies

41 Vgl. in Sachsen: §§ 95 ff. SächsGemO.
42 *Cronauge/ Westermann*, Kommunale Unternehmen, S. 31 f.
43 S. oben Fn. 10.

galt auch für kommunale Einrichtungen wie bspw. die Elektrizitäts-, Gas- und Wasserversorgung in der Kommune. Eigene Rechtsformen bildeten sich erst in der Weimarer Zeit heraus. Erste Verselbständigungen erfolgten als Anstalten des öffentlichen Rechts.[44] Durch Schaffung eines Sondervermögens und einer eigenen Organisation wurde 1928 in Dresden erstmals die Versorgung mit Strom, Gas und Wasser aus der Stadtverwaltung ausgegliedert. Durch Gesetz wurden erste Modelle unternehmerischer Rechtsformen den Kommunen mit dem Erlass der DGemO und der Eigenbetriebsverordnung (EigVO) in den 1930er-Jahren zur Verfügung gestellt. Ab den 1950er-Jahren übernahmen die einzelnen Bundesländer dann Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen in ihre Kommunalverfassungen, Gemeindeordnungen bzw. Eigenbetriebs(ver)ordnungen. In der Praxis etablierten bzw. etablieren sich bis in die heutige Zeit - vorwiegend aus betriebswirtschaftlichen, organisatorischen und steuerrechtlichen Gründen - immer mehr kommunale Unternehmen in Privatrechtsform, ausgestaltet in den Gesellschaftsformen des Handelsrechts. In nahezu sämtlichen Feldern, die den Kommunen als hoheitliche Aufgaben obliegen - wie bspw. die Ver- und Entsorgungswirtschaft, die Stadtentwicklung oder auch Einrichtungen der Kultur und des Sports -, sind inzwischen kommunale Unternehmen, sei es in öffentlich-rechtlichen oder in privatrechtlichen Rechtsformen, zu finden.[45]

In der DDR wurde ab 1948 aufgrund einer Verordnung der Deutschen Wirtschaftskommission[46] (VO DWK) vom 24.11.1948 das kommunale Vermögen an wirtschaftlichen Einrichtungen einschließlich der Beteiligungen und Anteilsrechte an wirtschaftlichen Unternehmen in Volkseigentum überführt. Nach der Wiedervereinigung wurde der Gesamtbestand des volkseigenen Vermögens nach den Vorschriften des EVertr, der KommVerf, des THG und des Kommunalvermögensgesetzes (KVG) sukzessive entflochten und Vermögen, welches kommunalen Aufgaben

44 So 1931 erstmals die Sparkassen.

45 *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, S. 39 ff.; interessant zur Entwicklung öffentlicher Unternehmen auch *Schneider*, DVBl. 2000, S. 1250 ff., der auf sieben Phasen der Entstehung öffentlicher Unternehmen in Deutschland verweist.

46 Die Deutsche Wirtschaftskommission (DWK) war das Exekutivorgan der sowjetischen Militäradministration (SMAD).

und kommunalen Dienstleistungen diente, auf die Gemeinden und Städte zurück übertragen.[47] Für die Kommunen wurde wieder die Möglichkeit eröffnet, kommunale Unternehmen zu gründen bzw. sich an Unternehmen in privater Hand zu beteiligen.

3. Organisationsformen

Der Kommune steht - soweit sie frei in ihrer Entscheidung ist, ob sie die Aufgabenerledigung in der unmittelbaren Verwaltung belässt und unselbständig organisiert oder ob sie auf Formen mittelbarer Verwaltung zurückgreift und eine selbständige Organisation wählt - die ganze Palette der im Folgenden kurz vorgestellten Organisationsformen zur Verfügung.

a) Unselbständige Organisationsformen

Ihre Aufgaben kann die Verwaltung zunächst über ihre eigene innere Verwaltungsorganisation erledigen. Sie wird dann über ihre Organe - die Behörden und Ämter - tätig. Handlungen der Behörden und Ämter verpflichten und berechtigen nur den jeweiligen Verwaltungsträger.[48]

Besondere Organisationstypen der Verwaltung sind die nichtrechtsfähige Anstalt und der Regiebetrieb. Beides sind organisatorische Zusammenfassungen von Verwaltungsbediensteten und Sachmitteln, die zwar organisatorisch selbständig, rechtlich jedoch Teil des Verwaltungsträgers sind. Regiebetriebe finden sich häufig im Bereich der so genannten kommunalen Hilfsbetriebe, die den Eigenbedarf der Verwaltung abdecken. Mittels einer nichtrechtsfähigen Anstalt hingegen erbringt die Verwaltung regelmäßig Leistungen an außerhalb der Verwaltung stehende Benutzer.[49]

---

47 *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, S. 40 f. und detaillierter für den Bereich der Elektrizitätswirtschaft s. unten Teil 1, C, I, 2, c).

48 Vgl. zur unmittelbaren Staatsverwaltung durch staatliche Behörden: *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 547 ff.

49 *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, S. 34 f.

b) Selbständige Organisationsformen

Die Verwaltung kann die Erledigung ihrer Aufgaben aber auch verselbständigen, indem sie hierfür eigenständige Unternehmen errichtet. Insofern kann sie entweder auf Organisationsformen des öffentlichen Rechts oder auf solche des privaten Rechts zurückgreifen.

aa) Öffentlich-rechtliche Organisationsformen

Organisationsformen, die ausschließlich einem Träger öffentlicher Verwaltung zur Verfügung stehen, werden als öffentlich-rechtliche Organisationsformen bezeichnet.[50]

Klassische Organisationsform für ein wirtschaftliches Unternehmen eines Verwaltungsträgers ist der Eigenbetrieb. Er besitzt keine eigene Rechtsfähigkeit. Im Verhältnis zu Dritten handelt damit stets der Verwaltungsträger, der mit seinem gesamten Vermögen haftet. Die Verwaltung des Eigenbetriebes erfolgt indes gesondert vom übrigen Haushalt des Verwaltungsträgers. Ihm ist ein Sondervermögen zur eigenen Kassen- und Kreditwirtschaft, Buch- und Finanzführung, Wirtschafts-, Erfolgs-, Vermögens- und Finanzplanung nach den Grundsätzen der kaufmännischen Rechnungslegung zugewiesen. Die Rechtsverhältnisse des Eigenbetriebs richten sich nach dem jeweiligen Landeseigenbetriebsgesetz bzw. der Landeseigenbetriebsverordnung sowie der kommunalen Eigenbetriebssatzung.[51]

Die Errichtung einer rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts ist nur in Fällen spezieller gesetzlicher Ermächtigungen möglich. Die Anwendungsfelder sind mithin gering. Einige Bundesländer[52] sind jedoch zwischenzeitlich dazu übergegangen, die Errichtung wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher kommunaler Unternehmen in der Rechtsform der

---

50 *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, S. 71.

51 *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, S. 89 ff.; *Fabry*, in: Fabry/Augsten (Hrsg.), Handbuch Unternehmen der öffentlichen Hand, S. 1 (32 ff.)

52 Hierzu gehören Bayern, Brandenburg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein.

rechtsfähigen Anstalt bzw. die Umwandlung bestehender Eigen- oder Regiebetriebe im Wege der Gesamtrechtsnachfolge in rechtsfähige Anstalten zuzulassen.[53] Ein Vorteil liegt insbesondere darin, dass einer rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts staatliche Aufgaben ganz oder teilweise übertragen werden können. Diese kann dann bspw. anstelle der Gemeinde Satzungen und Verordnungen erlassen. Die nähere Ausgestaltung und Organisation einer rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts ist in der Unternehmenssatzung zu regeln.[54]

Die Errichtung einer rechtsfähigen Stiftung bedarf ebenfalls einer spezialgesetzlichen Ermächtigung. Als öffentlich-rechtliche Organisationsform besitzt sie nur wenig Bedeutung.[55]

bb) Privatrechtliche Organisationsformen

Daneben stehen den Trägern öffentlicher Verwaltung auch privatrechtliche Organisationsformen zur Benutzung offen.

Personengesellschaften - wie die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), die offene Handelsgesellschaft (OHG) und die Kommanditgesellschaft (KG) - bauen auf den Persönlichkeiten der einzelnen Gesellschafter auf. Die Mitgliedschaft ist deshalb grundsätzlich nicht übertragbar und vererblich (§§ 717 S. 1, 727 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs - BGB - ; §§ 105 Abs. 2 des Handelsgesetzbuchs - HGB -, 717 S. 1 BGB, 131 Abs. 3 Nr. 1 HGB; §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 2 HGB, 717 S. 1 BGB, 131 Abs. 3 Nr. 1 HGB). Personengesellschaften sind regelmäßig nur teilrechtsfähig (§ 124 Abs. 1 HGB; §§ 161 Abs. 2, 124 Abs. 1 HGB). Dies gilt auch für die GbR.[56] Die Gesellschafter führen die Geschäfte und haften nach außen persönlich (§§ 709 Abs. 1, 714, 708 BGB; §§ 114 Abs. 1, 125 Abs. 1, 128 HGB; §§ 161

53 *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, S. 75 f.
54 *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, S. 107 ff.; vgl. ferner zur Nutzung der Unternehmensform einer Anstalt des öffentlichen Rechts als Kommunalunternehmen: *Waldmann*, NVwZ 2008, S. 284 ff.
55 *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, S. 76.
56 *BGHZ* 146, S. 341 ff.; *BGH*, WM 2001, S. 408 ff.

Abs. 2, 114 Abs. 1, 125 Abs. 1, 128 HGB). Zur Verwendung für einen Träger öffentlicher Verwaltung eignet sich in der Regel keine dieser Gesellschaftsformen. Grund hierfür ist die persönliche Haftung der Gesellschafter. Kommunalhaushaltsrechtlich darf eine Gemeinde ein Unternehmen aber nur dann errichten bzw. sich daran beteiligen, wenn ihre Haftung auf einen bestimmten Betrag begrenzt ist (§ 96 Abs. 1 Nr. 3 SächsGemO). Selbst als Kommanditist einer KG wird man eine Gemeinde nicht einsetzen können, da Kommanditisten über geringere Befugnisse verfügen als Komplementäre (§§ 164 Abs. 1, 170 HGB). Lediglich eine Beteiligung an der Komplementär - Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) einer GmbH & Co. KG wäre von den Haftungsrisiken her für eine Gemeinde denkbar. Bedeutung hat die Rechtsform einer GmbH & Co. KG im kommunalen Bereich bislang allerdings nicht erlangt.[57]

Die Beteiligung an einem bestimmten Grundkapital ist für Kapitalgesellschaften charakteristisch (§ 5 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung - GmbHG -; § 1 Abs. 2 des Aktiengesetzes - AktG -). Auf die Persönlichkeit der einzelnen Gesellschafter kommt es nicht an. Die Kapitalanteile sind grundsätzlich frei übertragbar und vererblich (§ 15 Abs. 1 GmbHG; vgl. bspw. § 68 AktG). Die Geschäfte werden durch besondere Organe geführt (§§ 35 ff. GmbHG; §§ 72 ff. AktG). Die Gesellschafter haften nach außen nicht persönlich. Es haftet nur das Gesellschaftsvermögen (§ 13 Abs. 2 GmbHG; § 1 Abs. 1, S. 2 AktG). Kapitalgesellschaften sind in der Regel rechtsfähig und damit juristische Personen (§ 13 Abs. 1 GmbHG; § 1 Abs. 1 S. 1 AktG). Die wichtigsten Kapitalgesellschaften sind die GmbH und die Aktiengesellschaft (AG). Beide Gesellschaften eignen sich für den Einsatz im öffentlichen, insbesondere im kommunalen Bereich. Maßgeblicher Grund hierfür ist die jeweilige Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen. Am häufigsten wird jedoch die Organisationsform der GmbH genutzt. Die Organisationsform der AG - als typische Form für private Großbetriebe mit einem erheblichen Kapitalbedarf - ist eher ungeeignet. Auch die gegenüber der Rechtsform

57 *Cronauge/Westermann,* Kommunale Unternehmen, S. 77 ff.

einer AG weiterreichenden Möglichkeiten, durch die spezifische Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages die Bedürfnisse der Gesellschafter zu berücksichtigen, führen zu einer bevorzugten Anwendung der Rechtsform der GmbH.[58] Die Rechte und Pflichten der Gesellschaftsorgane und ihrer Mitglieder bestimmen sich ausschließlich nach dem - im Gegensatz zum Kommunalrecht beweglicheren - Gesellschaftsrecht.[59]

Keine bedeutende Resonanz haben die Rechtsformen der Genossenschaft, der rechtsfähigen Stiftung sowie des rechtsfähigen und des nichtrechtsfähigen Vereins bei den Trägern öffentlicher Verwaltung gefunden. Die Genossenschaft ist zwar eine rechtsfähige Gesellschaft ohne geschlossene Mitgliederzahl. Sie ist jedoch lediglich auf die Förderung des Erwerbs oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder mittels gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes gerichtet und damit nur Hilfsorganisation (§§ 17 Abs. 1, 1 Abs. 1 des Gesetzes betreffend die Erwerbs- und Genossenschaften - GenG -). Für die rechtsfähige Stiftung ist das Vorhandensein einer Vermögensmasse, die einem von dem Stifter bestimmten Zweck dient, charakteristisch. Die seltene Anwendung im öffentlichen Bereich folgt hier bereits aus der engen Zweckbindung (§ 81 Abs. 1 S. 2 BGB). Der nichtrechtsfähige Verein scheidet deshalb aus dem Kreis der für die Verwaltung anwendbaren Organisationsformen aus, weil für die Verbindlichkeiten des Vereins die Vereinsmitglieder mit ihrem gesamten Vermögen persönlich haften (§ 54 S. 2 BGB). Letztlich ist auch der rechtsfähige Verein regelmäßig nicht als Organisationsform für Verwaltungsträger geeignet, da die erforderliche staatliche Verleihung der Rechtsfähigkeit subsidiär nur dann erfolgen darf, wenn auf Organisationsformen des Handelsrechtes nicht zurückgegriffen werden kann (§ 22 S. 1 BGB). Dies wird jedoch meistens möglich sein.

---

58 *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, S. 82 f.; *Fabry*, in: Fabry/Augsten (Hrsg.), Handbuch Unternehmen der öffentlichen Hand, S. 1 (32 ff.); *Altmeppen*, NJW 2003, 2561 ff. zu den Einflussrechten der Gemeindeorgane in einer kommunalen GmbH; *Fabry/Kaufmann/Urban*, in: Menold Herrlinger/Ernst & Young (Hrsg.), Stadtwerke im liberalisierten Energieversorgungsmarkt, S. 29 (30 ff.) mit weiteren Ausführungen zu den Vor- und Nachteilen der Rechtsformwahl als GmbH oder als AG.

59 Und zwar selbst, wenn die Gemeinde mit dem privatrechtlichen Unternehmen Zwecke der öffentlichen Daseinsvorsorge verfolgt (*VGH Kassel*, NVwZ-RR 2009, S. 855 [Ls.]).

III. Wirtschaftliche Unternehmen

Die wirtschaftliche Tätigkeit des Staates eröffnet der öffentlichen Hand eine weitreichende Einflussnahme auf das Wirtschaftsgeschehen im Allgemeinen. Die Ziele wirtschaftlicher Betätigung sind vielgestaltig. Sie reichen von der Monopolkontrolle über die Wirtschaftsförderung und sozialpolitische Aspekte bis zur Unterstützung der Verwaltung, letztlich auch bis zu erwerbswirtschaftlichen Zwecken. Mittel ist der Betrieb wirtschaftlicher Unternehmen oder die Beteiligung an solchen durch die öffentliche Hand.[60]

1. Begriff

Wirtschaftliche Unternehmen der Kommunen sind solche Einheiten, die als Hersteller, Anbieter oder Verteiler von Gütern und Dienstleistungen am Markt tätig werden, sofern die Leistung ihrer Art nach auch von einem Privatunternehmer mit der Absicht der Gewinnerzielung betrieben werden könnte.[61] Sie werden auch definiert als rechtlich selbständige oder unselbständige Zusammenfassungen persönlicher und sachlicher Mittel in der Hand von Rechtsträgern zum Zwecke der Teilnahme am Wirtschaftsverkehr mit dem Ziel der Produktion und/oder dem Umsatz von Gütern und Dienstleistungen regelmäßig mit der Absicht der Gewinnerzielung.[62] Einige GemOen enthalten mittlerweile eine dementsprechende gesetzliche Definition des Begriffes eines wirtschaftlichen Unternehmens.[63]

---

60 *Gusy*, JA 1995, S. 166 ff.

61 *Badura*, DÖV 1998, S. 818 (820); s. zur Einstufung eines gemeindlichen Unternehmens als wirtschaftliches Unternehmen: *Schäfer/Karthaus*, in: Weber/Schäfer/Hausmann/Alfen/Drömann (Hrsg.), Public Private Partnership, S. 193 (214 f.); *Meininger*, in: Fabry/Augsten (Hrsg.), Unternehmen der öffentlichen Hand, S. 57 (60); *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 118 und 131.

62 *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, S. 464.

63 Vgl. § 107 Abs. 1 S. 3 der Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (GO NRW). In der SächsGemO findet sich bislang keine Definition des Begriffes eines wirtschaftlichen Unternehmens.

Die Rechtsform, in der das Unternehmen betrieben wird, ist ohne Bedeutung für die Qualifikation als wirtschaftliches Unternehmen. Deshalb können auch öffentliche Einrichtungen wirtschaftliche Unternehmen im Sinne des Kommunalrechts sein.[64]

2. Abgrenzung von nichtwirtschaftlichen Unternehmen

Hoheitsbetriebe, d. h. Unternehmen, zu deren Betrieb die Kommunen gesetzlich verpflichtet sind, nebst deren Annexbetriebe[65] sowie Hilfsbetriebe, die ausschließlich der Deckung des Eigenbedarfs der Kommunen oder deren Einrichtungen dienen, sind dagegen nichtwirtschaftliche Unternehmen (§ 97 Abs. 2 SächsGemO).[66]

3. Zulässigkeit und Grenzen

a) Wirtschaftspolitisch neutrale Verfassungsordnung

Im GG sind keine Regelungen hinsichtlich einer Wirtschaftsverfassung enthalten. Mehrheitlich wird deshalb von einer wirtschaftspolitisch neutralen Verfassungsordnung in der Bundesrepublik Deutschland (BRD) ausgegangen[67]. Das GG akzeptiert grundsätzlich staatliches Handeln in Form wirtschaftlicher Betätigung (vgl. Art. 110 Abs. 1 GG). Im Rahmen der den Kommunen in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG verfassungsrechtlich garantierten Selbstverwaltung können sich die Kommunen zur Erledigung ihrer Aufgaben wirtschaftlich betätigen[68]. Die wirtschaftliche Betätigung

64 *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, S. 464.

65 Annexbetriebe sind unselbständige, unmittelbar mit den mit der Erledigung der Hauptaufgabe befassten Betrieben verbundene Betriebe.

66 *Badura*, DÖV 1998, S. 818 (S. 820 f.); *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, S. 464 f.

67 *BVerfG*E 4, S. 7 (17 ff.); 50, S. 290 (336 ff.); *Jarass*, DÖV 2002, S. 489 (490 ff.); anderer Ansicht: *Sodan*, DÖV 2000, S. 361 ff.; *Ernst/Piotrowski*, NVwZ 2004, S. 924 (927).

68 Vgl. *BVerfG*, NJW 1982, S. 2173 (2175); vgl. ferner: *BVerfG*E 79, S. 127 (143); *BVerfG*E 91, S. 228 (236); *Schink*, NVwZ 2002, 129 (132).

der Kommunen gehört zum Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung.[69] Kompetenzen bzw. Befugnisse der Kommunen gegenüber Einzelnen resultieren hieraus aber nicht.[70]

Zum Teil wird vertreten, dass das Verfassungsrecht eine soziale staatsunabhängige Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb vorgebe. Gefolgert wird dies zum Teil aus den europäischen Vorgaben - so bspw. aus den Grundfreiheiten des AEUV -, die über Art. 23 Abs. 1 GG Verfassungsrang hätten. Außerdem schreibe Art. 1 Abs. 3 S. 1 und 2 des Vertrages über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der BRD und der DDR (StVertr) vom 18.05.1990 eine soziale Marktwirtschaft – gekennzeichnet durch Privateigentum, Leistungswettbewerb, freie Preisbildung, Freizügigkeit von Arbeit, Kapital, Gütern und Dienstleistungen – vor. Danach wären wirtschaftliche Leistungen vorrangig privatwirtschaftlich und im Wettbewerb zu erbringen. Schließlich gelte der Vorrang der Privatheit auch im Gemeindewirtschaftsrecht. Dies ergäbe sich aus den GemOen der Länder - insbesondere aus den Subsidiaritätsklauseln.[71]

Einigkeit besteht indessen dahingehend, dass es ein generelles Verbot wirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand nicht gibt.[72] Die Beurteilung der Zulässigkeit der einzelnen unternehmerischen Tätigkeit richtet sich jeweils nach dem einfachgesetzlichen Kommunalverfassungsrecht[73] im Lichte einer sich verändernden, sachgerechten Kommunalpolitik. Den Kommunen wird dabei eine gerichtlich nicht überprüfbare Einschätzungsprärogative eingeräumt.[74]

---

69 *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, S. 459.
70 *Badura*, DÖV 1998, S. 818 (823).
71 Vgl. *Sodan*, DÖV 2000, S. 361 (367 ff.).
72 Vgl. *BVerfG*, NJW 1982, S. 2173 (2175); *Britz*, NVwZ 2001, S. (380) 381.
73 Eine Gegenüberstellung der einzelnen Landesvorschriften findet sich bei *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 (130 ff.).
74 *Jarass*, DÖV 2002, S. 489 (497); *Badura*, DÖV 1998, S. 818 (821).

b) Erfüllung eines öffentlichen Zwecks

Staatliches Handeln hat stets der Erfüllung öffentlicher Zwecke zu dienen, denn der Staat ist nicht Selbstzweck, sondern auf die Verwirklichung des Gemeinwohls gerichtet.[75] Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG berechtigt die Kommunen nur zur eigenverantwortlichen Regelung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft. Diese Vorschrift entspricht damit nicht nur einer Befugnisnorm, sondern auch einer Betätigungsgrenze. Im Hinblick hierauf muss jede kommunale wirtschaftliche Betätigung durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt sein. Die GemOen der Länder verlangen deshalb für eine wirtschaftliche Betätigung der Kommunen die Verfolgung eines öffentlichen Zwecks.[76]

Der Begriff des öffentlichen Zwecks entfaltet sich als unbestimmter Rechtsbegriff in einem weiten Beurteilungsspielraum.[77] Die Kommunen haben insoweit eine eigene Einschätzungsprärogative.[78] Die Definition des Begriffes unterliegt vor dem Hintergrund der sich stetig verändernden Bedürfnisse der Einwohner einem ständigen Wandel.[79]

Als öffentliche Zwecksetzung kommen etwa sozialpolitische, wirtschafts- und wettbewerbspolitische oder auch umweltpolitische Motive in Betracht.[80] Maßgeblich ist, dass unmittelbar das Wohl der Einwohner gefördert wird.[81] Im Bereich der Daseinsvorsorge kann das Vorliegen eines öffentlichen Zwecks vermutet werden.[82]

Eine rein erwerbswirtschaftliche Tätigkeit, bei der das Gewinnstreben Selbstzweck ist, stellt hingegen nach dem herkömmlichen Bild öffentlicher

---

75 *Britz*, NVwZ 2001, S. 380 (381).
76 *Britz*, NVwZ 2001, S. 380 (381); *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 (133); *Hill*, BB 1997, S. 425 (428); *Ehlers*, DVBl. 1998, S. 497 (498); *Schliesky*, DVBl. 1999, S. 78 (81); *Otting*, DVBl. 1997, S. 1258 (1259); *Hösch*, DÖV 2000, S. 393 (400 f.).
77 *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, S. 465.
78 *Hösch*, DÖV 2000, S. 393 (400); *Hill*, BB 1997, S. 425 (429); *Ehlers*, DVBl. 1998, S. 497 (498); *BVerwG*E 39, S. 329 (334).
79 *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, S. 465.
80 *Ehlers*, DVBl. 1998, S. 497 (498 f.); *Hill*, BB 1997, S. 425 (429).
81 *Hill*, BB 1997, S. 425 (429); *Badura*, DÖV 1998, S. 818 (821).
82 *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, S. 465 f.

Wirtschaftstätigkeit keinen öffentlichen Zweck dar.[83] Der Staat soll eben nur Tätigkeiten ausüben dürfen, mit denen unmittelbar öffentliche Zwecke und Aufgaben erfüllt werden. Außerdem muss der Staat seine Einnahmen grundsätzlich allein aus der Erhebung von Steuern und sonstigen Abgaben erzielen.[84] Gegen eine bloße Gewinnmitnahme oder eine Einnahmeerzielung aus Annex- bzw. Hilfstätigkeiten bestehen indessen keine Einwände.[85] Zunehmend gewinnt allerdings in der Praxis die erwerbswirtschaftliche Betätigung der Kommunen als Einnahmequelle an Bedeutung. Häufigster und wesentlichster Grund ist die notwendige Verbesserung der kommunalen Finanzlage. Zum Teil wird deshalb bereits vertreten, dass der Betrieb eines wirtschaftlichen Unternehmens in Gewinnerzielungsabsicht zuzulassen sei, wenn auf diese Weise die Erfüllung öffentlicher Aufgaben (mit-) finanziert werde. Dem stünden weder europarechtliche noch verfassungsrechtliche Vorgaben entgegen. Auch den kommunalrechtlichen Vorgaben sei insoweit kein Verbot zu entnehmen. Dies gelte jedenfalls solange, als die Steuerfinanzierung die überwiegende Einnahmequelle bleibe und zumindest mittelbar öffentliche Aufgaben erfüllt würden.[86] Außerdem dürfe die Gewinnerzielung nicht dauerhaft erstrebt werden.[87]

c) Angemessenes Verhältnis des wirtschaftlichen Unternehmens zur Leistungsfähigkeit der Kommune und zum voraussichtlichen Bedarf

Neben dem öffentlichen Zweck müssen wirtschaftliche Unternehmen der Kommune nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Kommune und zum voraussichtlichen Bedarf stehen (§ 97 Abs. 1 Nr. 2 SächsGemO). Die Kommune darf weder Mittel un-

83 *BVerfG*E 61, S. 82 (107 f.); *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 (134).
84 *RhPfVerfGH*, NVwZ 2000, S. 801 (803); *Ehlers*, DVBl. 1998, S. 497 (499).
85 *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 (134); *Hill*, BB 1997, S. 425 (430). Entsprechend verlangt bspw. § 97 Abs. 3 SächsGemO, dass wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinde einen Ertrag für den Haushalt der Gemeinde abwerfen sollen, solange hierdurch die Erfüllung des öffentlichen Zweckes nicht beeinträchtigt wird.
86 Vgl. *Jarass*, DÖV 2002, S. 489 (490 f.); *Otting*, DVBl. 1997, S. 1258 (1259 ff.); *Britz*, NVwZ 2001, S. 380 (382 f.).
87 *Hösch*, DÖV 2000, S. 393 (401).

wirtschaftlich einsetzen noch sich finanziell »übernehmen«. Mittels einer sorgfältigen Finanzanalyse, die sich an dem Finanzplan und dem Entwicklungsplan der Kommune zu orientieren hat, und einer gewissenhaften Bedarfsprognose, ausgerichtet an dem derzeitigen und künftigen Bedarf im örtlichen Versorgungsgebiet, hat die Kommune abzuwägen, ob und in welcher Form sie wirtschaftlich tätig wird. Der Ermittlung einer ausreichenden Betriebsgröße kommt hierbei eine ausschlaggebende Bedeutung zu. Die Kommune sollte nämlich unter anderem die Möglichkeiten einer überregionalen Versorgung oder aber die Ausnutzung von Synergieeffekten durch die Verbindung mehrerer Tätigkeitsbereiche[88] mitprüfen. Außerdem muss die Kommune die Steuerung und Kontrolle des wirtschaftlichen Unternehmens sicherstellen können.[89]

Sofern die Kommune das wirtschaftliche Unternehmen in Privatrechtsform gründen, übernehmen, wesentlich erweitern oder sich an einem solchen beteiligen will, muss sie insbesondere dafür sorgen, dass

- durch die Ausgestaltung des jeweiligen Gesellschaftsvertrages oder der Satzung die Erfüllung der Aufgaben der Kommune sichergestellt ist,
- sie einen angemessenen Einfluss auf das Unternehmen, insbesondere im Aufsichtsrat oder einem entsprechenden Überwachungsorgan des Unternehmens, erhält

und

- ihre Haftung auf einen ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag begrenzt wird.[90]

---

88 Sogenannter Querverbund (s. unten Teil 1, B, III, 3, g]).

89 *Schmid*, in: Quecke/Schmid/Menke/Rehak/Wahl/Vinke/Blazek/Schaffarzik, SächsGemO, § 97, Rn. 61 ff.

90 Vgl. zu den Voraussetzungen im Einzelnen: *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 132 f.; *Schäfer/Karthaus*, in: Weber/Schäfer/Hausmann/Alfen/Drömann (Hrsg.), Public Private Partnership, S. 193 (217 f.).

d) Grundsatz der Subsidiarität

Zum Teil wird auf landesgesetzgeberischer Ebene verlangt, dass der Zweck der wirtschaftlichen Betätigung der Kommune nicht besser und wirtschaftlicher durch einen privaten Dritten erfüllt wird oder erfüllt werden kann (§ 97 Abs. 1 Nr. 3 SächsGemO).[91] Diese Subsidiarität gilt sowohl für die Errichtung, die Übernahme, die Unterhaltung und die wesentliche Veränderung von kommunalen Wirtschaftsunternehmen - gleich, ob in öffentlichen oder privaten Rechtsformen -, als auch für die unmittelbare und mittelbare Beteiligung an wirtschaftlichen Unternehmen in Privatrechtsform.[92] Bessere und wirtschaftlichere Erfüllung heißt, dass der öffentliche Zweck durch einen Dritten dauerhaft qualitativ vorteilhafter, zuverlässiger, kostengünstiger und effizienter verwirklicht werden kann. Die Kommune muss in jedem Einzelfall sorgfältig prüfen, ob ein Fremdunternehmen die Aufgabe unter diesen Gesichtspunkten besser erledigen würde. Sie hat insoweit einen eigenen Beurteilungsspielraum.[93]

Besondere Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang der Frage zu, ob sich aus einem derartigen Subsidiaritätserfordernis Schutzwirkungen zugunsten privater Wettbewerber ergeben[94]:

---

91 Diese Vorgabe stellt eine sogenannte unechte Subsidiaritätsklausel dar, die eine wirtschaftliche Betätigung der Kommunen bereits dann zulässt, wenn ein Dritter die Leistung nicht besser und wirtschaftlicher als das kommunale Unternehmen selbst erfüllen kann (so geregelt in Sachsen - s. oben -, Mecklenburg-Vorpommern und Schleswig-Holstein). Im Falle einer echten Subsidiaritätsklausel ist es hingegen erforderlich, dass der Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen Dritten erfüllt werden kann (vgl. die Vorgaben in Baden-Württemberg, Bayern, Brandenburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen-Anhalt und Thüringen). (*Schmid*, in: Quecke/Schmid/Menke/Rehak/Wahl/Vinke/Blazek/Schaffarzik, SächsGemO, § 97, Rn. 67). Im Hinblick auf die Einschätzung der Kommune, ob sie die jeweilige Leistung genauso gut oder besser als ein Privater tätigen kann, steht dieser ein gerichtlicher Prüfung weitgehend entzogener Beurteilungsspielraum zu (*RhPfVerfGH*, NVwZ 2000, S. 801 [803]).

92 *Schmid*, in: Quecke/Schmid/Menke/Rehak/Wahl/Vinke/Blazek/Schaffarzik, SächsGemO, § 97, Rn. 67.

93 *Schmid*, in: Quecke/Schmid/Menke/Rehak/Wahl/Vinke/Blazek/Schaffarzik, SächsGemO, § 97, Rn. 68 f. Für den komplexen Abwägungsvorgang - allerdings beschränkt auf eine wirtschaftliche Betätigung der Kommune in Privatrechtsform - gibt § 95 Abs. 3 SächsGemO sogar ein formalisiertes Verfahren vor.

94 Vgl. insgesamt zum derzeitigen Stand der Diskussion in Rechtsprechung und Literatur:

Der Bundesgerichtshof (BGH)[95] sieht die Vorschriften des Gemeindewirtschaftsrechts vorrangig als Schutznormen gegen die Überforderung der Leistungsfähigkeit der Kommunen. An einer auf die Lauterkeit des Wettbewerbes bezogenen Schutzfunktion fehle es hingegen. Deshalb sei ein die Vorschriften des Gemeindewirtschaftsrechts verletzendes Verhalten einer Kommune nicht bereits per se sittenwidrig im Sinne des § 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Der Begriff der Sittenwidrigkeit sei wettbewerbsbezogen auszulegen. Sofern ein beanstandetes Verhalten gegen ein Gesetz verstoße, sei § 1 UWG nur anwendbar, wenn hiervon zugleich eine unlautere Störung des Wettbewerbs ausgehe. Eine solche Störung könne sich aber allenfalls aus der Art und Weise der Beteiligung der betreffenden Kommune am Wettbewerb ergeben. Die Frage, ob sich die Kommune überhaupt wirtschaftlich betätigen darf, sei indes allgemein- bzw. wirtschaftspolitischer Natur und deren Beantwortung Aufgabe der Gesetzgebung und der Verwaltung.

Auch nach dem Bundesverwaltungsgericht (BVerwG)[96] sollen private Wettbewerber grundsätzlich nicht vor dem Marktzutritt der öffentlichen Hand als Konkurrent geschützt sein, jedenfalls solange die wirtschaftliche Betätigung des privaten Konkurrenten nicht unmöglich gemacht oder unzumutbar eingeschränkt werde. Die Bestimmungen des Gemeindewirtschaftsrechts gewährten privaten Konkurrenten keinen Rechtsanspruch auf Einhaltung der dort normierten Voraussetzungen. Das Hinzutreten einer Kommune als Marktkonkurrent entspräche lediglich einer weitgehend systemimmanenten Verschärfung des marktwirtschaftlichen Konkurrenzdrucks und stelle - soweit private Konkurrenz nicht gänzlich unmöglich gemacht werde - keinen Eingriff in die Grundrechte privater Wettbewerber aus den Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG dar.

Braun, SächsVBl. 2009, S. 201 ff.; *Jungkamp*, NVwZ 2010, S. 546 ff.

95 *BGH*, NVwZ 2002, S. 1141 ff.; mit Anmerkung *Meyer*, NVwZ 2002, S. 1075 ff.; *BGH*, NVwZ 2003, S. 246 ff.

96 *BVerwG*E 39, S. 329 (336).

Trotzdem wird in Rechtsprechung[97] und Literatur[98] immer wieder im Sinne eines dritt-schützenden Charakters der Vorschriften des Gemeindewirtschaftsrechts argumentiert. Insbesondere ginge bereits aus dem Wortlaut der in den meisten Gemeindeordnungen enthaltenen Subsidiaritätsklauseln ein »ausschließlich dem öffentlichen Interesse Dienen« nicht hervor. Vielmehr seien ausdrücklich auch private Interessen geschützt. Ob sich die Kommune bei ihrer Entscheidung über eine Marktteilnahme in dem durch das Gesetz vorgegebenen Rahmen halte, sei eine gerichtlich voll nachprüfbare Rechtsfrage.

Das überzeugt nicht. Die Entscheidung, ob, und wenn ja, in welcher Art und Weise privaten Wettbewerbern Schutz vor dem Marktzutritt der öffentlichen Hand einzuräumen ist, ist der Politik und schließlich dem Gesetzgeber vorbehalten. Wenn diese den Kommunen eine wirtschaftliche Betätigung ermöglichen und ihnen insoweit einen Entscheidungsspielraum einräumen, dann müssen sich private Wettbewerber im Wettbewerb grundsätzlich eben auch mit einer Konkurrenz durch öffentliche Wettbewerber auseinandersetzen. Ob eine Kommune sich im Einzelfall als Wettbewerber am Markt beteiligen sollte, ist eine Frage sachgerechter Kommunalpolitik. Deshalb sollte ein Marktauftritt der Kommune nur durch die Aufsichtsbehörde und lediglich in Fällen eines völlig unvertretbaren Verhaltens der Kommune unterbunden werden können.

---

97 *RhPfVerfGH*, NVwZ 2000, S. 801 (804), nebst Anmerkung *Ruffert*, NVwZ 2000, S. 763 ff.; *OVG Münster*, NVwZ 2008, S. 1031 (1032); mit Anmerkung Ennuschat, NVwZ 2008, S. 966 ff. Eine Grundlage dafür, dass in vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren gem. §§ 102 ff. des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) i. V. m. §§ 17 ff. der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV) eine Überprüfung drittschützender gemeindewirtschaftsrechtlicher Betätigungsgrenzen stattzufinden hätte, sieht das *OVG Münster* aber nicht. Der vergaberechtliche Rechtsschutz vor der Vergabekammer oder dem Vergabesenat sei kein einfacheres gerichtliches Verfahren zur Durchsetzung sich aus dem Kommunalrecht der Länder ergebender subjektiver Rechte. Zuständig für die Klärung derartiger Fragen seien deshalb allein die Verwaltungsgerichte. Anders sieht das bspw. das *OLG Düsseldorf*: Eine den Wettbewerb verfälschende Unlauterkeit könne darin bestehen, dass eine Gemeinde oder ihr Beteiligungsunternehmen sich an einem Vergabeverfahren beteiligt, das ihr nach den Einschränkungen der jeweiligen Gemeindeordnung verschlossen sei. Dies sei im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren zu prüfen. (*OLG Düsseldorf*, NVwZ 2000, S. 714 [714]).

98 *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 (137 ff.); *Sodan*, DÖV 2000, S. 361 (370 f.); *David*, NVwZ 2000, S. 738 (739 ff.); *Tintelnot/Pommer*, SächsVBl. 2003, S. 205 (207 f.).

Dem stehen auch vereinzelt von den Befürwortern eines Drittschutzes[99] zitierte Entscheidungen des BVerfG nicht entgegen. Zwar mag das BVerfG[100] im Einzelfall privaten Wettbewerbern subjektive Rechte gegenüber der öffentlichen Hand zugestanden haben. Diese Entscheidungen betreffen aber Fallgestaltungen, in denen der Gesetzgeber dem betroffenen Privaten zuvor gegenüber der öffentlichen Hand eine bestimmte Rechtsposition eingeräumt hatte.

e) Handeln nur im Rahmen der kommunalen Verbandskompetenz

Der Aktionsbereich kommunaler Tätigkeit und damit auch derjenige kommunaler Wirtschaftsunternehmen[101] ist durch die verfassungsrechtliche Kompetenzvorgabe des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG[102] begrenzt. Danach sind die Kommunen berechtigt, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft sollen nach dem BVerfG solche Bedürfnisse und Interessen sein, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben[103] und die von der örtlichen Gemeinschaft eigenverantwortlich und selbständig bewältigt werden können.[104] Die Angelegenheiten sollen den Gemeindeeinwohnern als solchen gemeinsam sein, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der Gemeinde betreffen.[105] Diese Definition der örtlichen Angelegenheiten macht zwar das Erfordernis einer Rückführung auf die territorial definierte Gemeinschaft deutlich, meint aber keinesfalls eine schlichte kartographische Abgrenzung örtlich begründeter Aktivitäten. Eine Gebietsüberschreitung bedeutet als solche noch nicht, dass der Be-

---

99 Vgl. bspw. *Sodan*, DÖV 2000, S. 361 (371); *David*, NVwZ 2000, S. 738 (738).
100 Vgl. bspw. *BVerfG*, NJW 1992, S. 2621 ff.
101 *Schulz*, BayVBl. 1998, S. 449 (450).
102 Die Vorgaben des Art. 28 Abs. 2 GG finden sich in § 2 Abs. 1 SächsGemO wieder.
103 *BVerfG*E 79, S. 127 (151).
104 *BVerfG*E NVwZ 2002, S. 72 (73).
105 *BVerfG*E 79, 127 (151 f.); einen gewissen, zeitlich bedingten Wandel in der Begriffsauslegung beschreibend: *Maunz*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen/Klein (Hrsg.), GG, Art. 28, Rn. 61.

reich der örtlichen Angelegenheit verlassen wird.[106] Solange Regelungsziel die speziellen Bedürfnisse und Interessen der (eigenen) Gemeindeeinwohner sind, ist es generell unschädlich, wenn die Kommune grenzüberschreitend tätig wird.[107] Die Kommune hat indes im Rahmen der ihr insoweit zustehenden Einschätzungsprärogative jeweils im Einzelfall zu bewerten, ob die Angelegenheit örtlich radiziert ist und ob der öffentliche Zweck die örtliche Überschreitung rechtfertigt.[108]

In einigen Bundesländern[109] existieren inzwischen Vorschriften darüber, ob und inwieweit sich gemeindliche Wirtschaftstätigkeit auf Gebiete außerhalb der Kommune erstrecken darf. Hiernach kann die Kommune mit ihren Unternehmen regelmäßig dann außerhalb des Gemeindegebiets tätig werden, wenn

- die allgemeinen Voraussetzungen für gemeindliche Unternehmen erfüllt sind und
- die berechtigten Interessen der - vorab zu informierenden - betroffenen anderen kommunalen Gebietskörperschaften gewahrt werden,
- wobei im Rahmen liberalisierter Wirtschaftsbereiche, wie dem Elektrizitätssektor, nur solche Interessen zu berücksichtigen sind, die Wettbewerbsbeschränkungen zulassen.[110]

---

106 *Schulz*, BayVBl. 1998, S. 449 (451).

107 *Gern*, NJW 2002, S. 2593 (2594); anderer Auffassung: *Becker*, DÖV 2000, S. 1032 ff.; kritisch: *Scharpf*, NVwZ 2005, S. 149 ff.; sehr weitgehend: *Kronawitter*, NVwZ 2009, S. 936 ff.

108 *Schulz*, BayVBl. 1998, S. 449 (451).

109 So in Baden-Württemberg, Bayern, Brandenburg, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen.

110 Teilweise wird die Verfassungsmäßigkeit dieser Regelungen bezweifelt (*Schink*, NVwZ 2002, 129 [135 ff.]; *Gern*, NJW 2002, 2593 [2596 f.]); vgl. i. Ü. zur Zulässigkeit grenzüberschreitender wirtschaftlicher Betätigung der Gemeinden: *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 134 ff.; *Schäfer/Karthaus*, in: Weber/Schäfer/Hausmann/Alfen/Drömann (Hrsg.), Public Private Partnership, S. 193 (220 f.); *Meininger*, in: Fabry/Augsten (Hrsg.), Unternehmen der öffentlichen Hand, S. 57 (71 ff.).

f) Grundrechtsbindung und -berechtigung kommunaler Wirtschaftsunternehmen

Maßgeblich für die jeweilige Beurteilung der Rechte und Pflichten kommunaler Wirtschaftsunternehmen im Wettbewerb mit privaten Wirtschaftsunternehmen ist einerseits, ob Erstere an die Grundrechte gebunden sind, und andererseits, ob sie sich etwa selbst auf Grundrechte berufen dürfen.

Grundsätzlich ist die Kommunalwirtschaft[111] als Teil der (mittelbaren) staatlichen Verwaltung an die Grundrechte[112] gebunden.[113] Grundrechtsträger ist sie hingegen nicht.[114] Kommunen stehen als Selbstverwaltungskörperschaften in der Hierarchie der staatlichen Verwaltung. Als Inhaber öffentlicher Gewalt werden sie aus Grundrechten verpflichtet und nicht berechtigt. Allenfalls über Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG erhalten die Kommunen ein subjektives Recht und zwar jenes auf Selbstverwaltung. Dieses Recht schützt die Kommunen allerdings lediglich vor staatlichen Eingriffen in ihre Selbstverwaltung, nicht aber vor Beschränkungen, die durch private Tätigkeit verursacht werden.[115] Dies gilt jedenfalls für rein öffentliche Unternehmen, die staatliche Aufgaben wahrnehmen.[116]

Was gemischtwirtschaftliche Unternehmen[117] anbelangt, so ist deren Grundrechtsbindung und -trägerschaft differenzierter zu betrachten. Das

---

111 Hierzu gehören auch kommunale Unternehmen - egal, ob in einer Rechtsform des öffentlichen oder des Privatrechts betrieben (*Hösch*, DÖV 2000, S. 393 [395]).

112 Gegenüber privaten Wettbewerbern sind hier insbesondere die Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG von Bedeutung.

113 *Hösch*, DÖV 2000, S. 393 (393); *Ehlers*, DVBl. 1998, S. 497 (502); *Schliesky*, DVBl. 1999, S. 78 (81 f.); *Hill*, BB 1997, S. 425 (428); *Badura*, DÖV 1998, S. 818 (822); *Gusy*, JA 1995, S. 166 (171).

114 *BVerfG*E 68, S. 193 (212 f.); *Hösch*, DÖV 2000, S. 393 (393 f.); *Gusy*, JA 1995, S. 166 (171).

115 *Hösch*, DÖV 2000, S. 393 (393 f.).

116 *BVerfG*E 35, S. 263 (271); 45, S. 63 (78); 61, S. 82 (101); NVwZ 2009, S. 1282 (1283).

117 Unter gemischtwirtschaftlichen Unternehmen versteht man solche Unternehmen, die in einer Form des privaten Gesellschaftsrechts geführt werden und an denen zumindest ein öffentlich-rechtlicher Verwaltungsträger und ein privater Gesellschafter beteiligt sind (*Groß*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle [Hrsg.], Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 841 [876]).

BVerfG hat im Falle einer überwiegenden bzw. beherrschenden Beteiligung der öffentlichen Hand an einem wirtschaftlichen Unternehmen entschieden, dass sich derartige Unternehmen nicht auf Grundrechte berufen können.[118] Spiegelbildlich hierzu dürften sie an die Grundrechte gebunden sein. Vertreter in der Literatur sehen das zum Teil anders: Wegen der privaten Mitträgerschaft könnten solche Unternehmen nicht dem Staat zugeordnet werden. Deshalb seien sie nicht an die Grundrechte gebunden[119] und dürften sich auf jene berufen. Gegen die Grundrechtsfähigkeit - jedenfalls vom Staat dominierter - gemischtwirtschaftlicher Unternehmen spräche zwar, dass diese Unternehmen als Instrumente des Staates fungieren könnten. Bei dieser Sichtweise würden aber die Interessen der privaten Eigner nicht ausreichend berücksichtigt. Aufgrund der Beteiligung von Grundrechtsträgern seien deshalb gemischtwirtschaftliche Unternehmen selbst als Grundrechtsträger einzustufen.[120] Andernfalls ergäbe sich für die privaten Gesellschafter eine nicht zu rechtfertigende Schutzlücke.[121]

Auf Art. 3 Abs. 1 GG sollen sich indes nach dem BVerfG sowohl öffentliche als auch gemischtwirtschaftliche Unternehmen berufen können. Danach entspricht ein willkürliches Verhalten zu Lasten öffentlicher Einrichtungen einer Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes.[122] Befinden sich nämlich private und öffentliche - einschließlich kommunale - oder gemischtwirtschaftliche Wirtschaftsunternehmen in einem Wettbewerbsverhältnis und stehen sie sich insoweit in einer vergleichbaren Situation gegenüber, dann müsse es ihnen möglich sein, eine Verletzung des Gleichheitssatzes gerichtlich geltend zu machen.[123]

Im Ergebnis erscheint die Sichtweise des BVerfG sachgerecht. Dem Staat darf es einerseits nicht möglich sein, sich - über die schlichte Ausübung seines Formenwahlrechtes oder die Mehrheitsbeteiligung an einem privaten Un-

118 *BVerfG*E 45, S. 63 (79); *BVerfG*E 70, S. 1 (15); NVwZ 2009, S. 1282 (1283).
119 *Ehlers*, DVBl. 1998, S. 497 (505).
120 *Jarass*, DÖV 2002, S. 489 (496).
121 *Jarass*, DÖV 2002, S. 489 (496).
122 *BVerfG*E 76, S. 130 (139).
123 So auch: *Jarass*, DÖV 2002, S. 489 (496).

ternehmen - seinen grundgesetzlichen Bindungen zu entziehen und sich Grundrechte einzuräumen, wobei sein staatlicher Einfluss aufrecht erhalten bleibt. Andererseits ist keine Rechtfertigung für eine Benachteiligung öffentlicher oder gemischtwirtschaftlicher Unternehmen im Wettbewerb denkbar.

Selbst wenn man aber vor diesem Hintergrund im Einzelfall zu einer grundsätzlichen Grundrechtsfähigkeit des jeweiligen gemischtwirtschaftlichen Unternehmens käme, so ist noch folgendes zu beachten: Juristische Personen kommen nur über die Anwendung des Art. 19 Abs. 3 GG als Grundrechtsinhaber in Betracht. Hierzu muss ihre Bildung und Betätigung Ausdruck der freien Entfaltung der hieran beteiligten privaten natürlichen Personen sein. Insbesondere ist die Einbeziehung juristischer Personen in den Schutzbereich bestimmter materieller Grundrechte danach dann gerechtfertigt, wenn der Durchgriff auf die hinter ihnen stehenden Menschen es als sinnvoll und erforderlich erscheinen lässt.[124]

g) Ertrag

Schließlich dürfen[125] und sollen wirtschaftliche Unternehmen einer Kommune einen Ertrag erwirtschaften, sofern dies nicht der Erfüllung des öffentlichen Zwecks zuwiderläuft (§ 97 Abs. 3 Hs. 2 SächsGemO). Uneingeschränkt gilt zunächst, dass ein kommunales Unternehmen wirtschaftlich zu führen ist. Wirtschaftlichkeit heißt, mit dem gegebenen Aufwand den bestmöglichen Erfolg oder mit dem geringsten Mitteleinsatz einen bestimmten Erfolg zu erzielen. Zwar kommt es primär auf die Erfüllung der jeweiligen kommunalen Aufgabe an. Alle im Wettbewerb gegebenen Chancen soll das kommunale Unternehmen indes wahrnehmen und - sekundär - möglichst rentabel arbeiten. Rentabilität liegt vor, wenn das eingesetzte Kapital in seinem Wert erhalten wird und wenn es darüber hinaus einen Gewinn abwirft. Der Gewinn sollte idealer Weise so hoch sein, dass das gemeindliche Unternehmen ausreichend Rücklagen bilden kann und darüber hinaus ein Ertrag für den kommunalen Haushalt generiert wird.

124 *BVerfGE* 21, S. 362 (369); NVwZ 2009, S. 1282 (1282 f.).
125 *VGH Mannheim*, NVwZ 2010, S. 860 (Ls).

Allerdings hat im Konfliktfall die Gewinnerzielung hinter der Erfüllung des öffentlichen Zwecks zurückzustehen.[126]

Eine besondere Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang dem kommunalen Querverbund[127] zu. Hierunter versteht man die Zusammenfassung mehrerer Versorgungsarten, der Verkehrsbetriebe und sonstiger geeigneter Einrichtungen in einem einzigen kommunalen Unternehmen oder in einem Unternehmensverbund, das bzw. der unter einer einheitlichen Leitung und Führung steht. Ziel ist die Generierung technischer, betriebswirtschaftlicher, ökologischer, die Stadtentwicklung betreffender und sonstiger Synergieeffekte.[128]

Gerade in der örtlichen Stromversorgung lassen sich auch nach der Liberalisierung des Elektrizitätsmarkts noch Gewinne erwirtschaften. Im Wege des Querverbunds können hiermit Verluste in anderen Versorgungsbereichen - wie bspw. dem Sektor des öffentlichen Nahverkehrs - ausgeglichen werden.[129]

---

126 *Schmid*, in: Quecke/Schmid/Menke/Rehak/Wahl/Vinke/Blazek/Schaffarzik, SächsGemO, § 97, Rn. 100 ff.

127 Trotz vereinzelter Kritik von privater Seite wird der kommunale Querverbund nach wie vor nicht nur als zulässig, sondern auch als unverzichtbar betrachtet (vgl. *Schmid*, in: Quecke/Schmid/Menke/Rehak/Wahl/Vinke/Blazek/Schaffarzik, SächsGemO, § 95, Rn. 369 f.). Gem. § 2 des Gesetzes über kommunale Eigenbetriebe im Freistaat Sachsen (SächsEigBG) können Kommunen mehrere Unternehmen zu einem Eigenbetrieb zusammenlegen. Für die Zusammenfassung von Versorgungssparten in Eigengesellschaften dürfte nichts anderes gelten. Auch steuerlich steht der Zusammenfassung verschiedener Versorgungsarten nichts entgegen (vgl. § 4 Abs. 6 S. 1 des Körperschaftssteuergesetzes [KStG] und ausführlicher zu dieser Thematik: *Kellner/Neudert*, in: Wurzel/Schraml/Becker [Hrsg.], Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, S. 343 [374 ff.]). Schließlich haben sowohl der Europäische Gerichtshof (EuGH) (*EuGH*, NJW 2003, S. 2515 ff.) als auch das BVerwG (*BVerwG*E 127, S. 42 ff.) die Zulässigkeit des Querverbunds bestätigt, sofern dieser dem Ausgleich gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen entspreche und damit keine beihilferechtliche Relevanz vorliege. Allerdings - und dies haben (auch) im Sektor der Elektrizitätsversorgung tätige kommunale Unternehmen ungeachtet der grundsätzlichen Zulässigkeit des kommunalen Querverbunds sicherzustellen - dürfen Defizite im Versorgungsbereich nicht mit Gewinnen aus der Netznutzung ausgeglichen werden. Hintergrund sind die gesetzlichen Entflechtungsvorgaben (s. unten Teil 2, A, III, 3, b]).

128 Vgl. hierzu ausführlich: *Schmid*, in: Quecke/Schmid/Menke/Rehak/Wahl/Vinke/Blazek/Schaffarzik, SächsGemO, § 95, Rn. 359 ff.

129 *Schmid*, in: Quecke/Schmid/Menke/Rehak/Wahl/Vinke/Blazek/Schaffarzik, SächsGemO, § 97, Rn. 115.

IV. Zusammenfassung

Kommunen stehen für die Erledigung ihrer Aufgaben öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Handlungsformen zur Verfügung. Dass sie außerhalb der unmittelbaren Kommunalverwaltung unternehmerisch tätig werden dürfen, ergibt sich schon aus den gemeindewirtschaftsrechtlichen Vorgaben für kommunale Unternehmen. In organisatorischer Hinsicht können die Kommunen zu diesem Zwecke zwischen unselbständigen und selbständigen - öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen - Formen wählen. Die - grundsätzlich zulässige - wirtschaftliche Tätigkeit von Kommunen hat einer Reihe von insbesondere in den jeweiligen Gemeindeordnungen verankerten rechtlichen Voraussetzungen zu genügen.

C. Kommunale Elektrizitätsversorgungsunternehmen

Nachdem die Entwicklung und die Rahmenbedingungen wirtschaftlicher Unternehmungen der Kommunen - aus einer ganz allgemeinen Sichtweise betrachtet - im Fokus standen, sollen die folgenden Ausführungen einer Teilmenge dieser kommunalen Wirtschaftsunternehmen gelten: den kommunalen Elektrizitätsversorgungsunternehmen. Wie haben sie sich zu dem entwickelt, was sie heute sind (I)? Welche Rolle kommt ihnen im Sektor der Elektrizitätsversorgung zu (II)?

I. Geschichtliche Entstehung und Entwicklung der kommunalen Elektrizitätsversorgung

Bereits seit den Anfängen der Elektrifizierung in Deutschland beteiligten sich die Kommunen am Aufbau der Versorgungsstruktur. Besonders in den Städten standen zunächst neben der Nutzung der Elektrizität durch den gut situierten Teil der Bevölkerung die Beleuchtung öffentlicher Straßen, Plätze und Einrichtungen sowie der Betrieb elektrifizierter Straßenbahnen im Vordergrund. Später rückte die Belieferung der Unternehmen und der Bevölkerung mit Strom an die erste Stelle. Die Kommunen waren seit Beginn der Entwicklung der flächendeckenden Stromversorgung mit wechselndem Ausmaß an der Errichtung und dem Betrieb von Elektrizitätswerken sowie an der Übertragung und der örtlichen Verteilung der Elektrizität beteiligt. Die - im Folgenden unter (1) genauer dargestellte - Entwicklung der kommunalen Elektrizitätsversorgungsunternehmen in Deutschland war und ist beeinflusst vom technischen Fortschritt und von den gesellschafts- und rechtspolitischen Veränderungen. Unter (2) soll die Entwicklung der kommunalen Elektrizitätsversorgung in den neuen Bundesländern gesondert beleuchtet werden. Eine Darstellung der europäischen Entwicklung erfolgt - ebenfalls separat - unter (3).

1. Entwicklung kommunaler Elektrizitätsversorgungsunternehmen in Deutschland

a) Technische Entwicklung der Stromversorgung

aa) Elektrifizierung im vierten Jahrzehnt des 19. Jahrhunderts

Die erste Stromquelle wurde mit der gleichnamigen Voltasäule 1800 durch Alessandro Volta entwickelt. 1820 folgte die Erforschung und Beschreibung der Wirkung stromdurchflossener Leiter auf Magnetnadeln durch Hans Christian Oersted und - u. a. - Andre Ampère. Mit dem Induktionsgesetz legte Michael Faraday 1831 die theoretische Grundlage aller technischen Maschinen fest. Die Umwandlung von mechanischer in elektrische

Energie gelang 1832 Antoine Hippolyte Pixii erstmals mit einem auf dem Induktionsgesetz beruhenden Generator. Auf dieser Grundlage nahm die galvanotechnische Firma Elkington in Birmingham 1844 die erste elektrische Kraftanlage an Stelle der bis dahin üblichen Antriebsmaschinen, der Dampfmaschine und der Wasserturbine, in Betrieb.[130]

Die Wirtschaftlichkeit des elektrischen Generators und damit eine entscheidende Stufe auf dem Weg zur Verbreitung der Nutzung der Elektrizität wurde mit der Entdeckung des dynamoelektrischen Prinzips unter anderem durch Werner von Siemens und der Erfindung des Trommelankers durch Friedrich von Hefner-Alteneck erreicht.[131] Mit der Erfindung der Glühlampe und damit der Erfindung des Gleichstromsystems durch Edison im Jahre 1879 wurde die Stromversorgung neben der bis dahin im Vordergrund stehenden Gasversorgung konkurrenzfähig.[132]

Ab 1880 verbreiteten sich elektrische Beleuchtungsanlagen im öffentlichen Bereich. Emil Rathenau hatte die Rechte an einem 1881 durch Edison auf einer Ausstellung in Paris bekanntgemachten Beleuchtungssystem - bestehend aus einer Vielzahl an Glühlampen - erworben und gründete 1883 die Deutsche Edison-Gesellschaft für angewandte Energie«, aus der 1887 die Allgemeine Elektricitäts-Gesellschaft (AEG) hervorging. Die Gesellschaft war mit dem Bau und der Installation von Elektrizitätsversorgungsanlagen beauftragt.[133]

bb) Entwicklung vom »Inselbetrieb« zum dreistufigen Versorgungsnetz

Elektrizität gehört zu den leitungsgebundenen Energien. Transport und Verteilung sind nur über ein Leitungssystem möglich. Zur Geringhaltung der Verluste an Elektrizität ist eine hohe Transportspannung erforderlich. Zur Herstellung der benötigten Spannung in den einzelnen Spannungs-

130 *Bohn/Marschall*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 37 (39 f.).
131 *Bohn/Marschall*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 37 (39).
132 *Nill-Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, S. 21.
133 *Bohn/Marschall*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 37 (43).

ebenen und letztlich beim Verwender werden Transformatoren eingesetzt. Heute werden, um hohe und sichere Übertragungsleistungen zu erreichen, (Doppel-, Mehrfach-) Freileitungen und im innerstädtischen Bereich vorwiegend erdverlegte Kabel verwendet.[134]

Zunächst hatten jedoch die Elektrizitätsversorgungsanlagen als Einzelanlagen rein örtliche Bedeutung. Der Betrieb erfolgte meist ohne technische Verbindung und Zusammenschaltung der Netze im sogenannten »Inselbetrieb«.[135] Genutzt wurden die überwiegend in privatem Besitz befindlichen Elektrizitätserzeugungsanlagen meist für die Beleuchtung einzelner Wohnhäuser oder sie dienten der Ausübung eines Gewerbes.[136]

In den Jahren 1878 - 1884 verbreiteten sich in Deutschland Einzelanlagen. Ab 1884 wurden zunehmend für größere Leistungen konzipierte Blockanlagen errichtet. Die Stabilisierung der Spannung erfolgte mit Akkumulatoren.[137]

Die voranschreitende räumliche Ausdehnung der leitungsgebundenen Stromversorgung erforderte die Inanspruchnahme von privaten und öffentlichen Wegen. Es entstanden Ortszentralen in Zusammenwirkung mit den Gemeinden, welche über das Eigentum an öffentlichen Straßen und Wegen verfügten. Über die Gestattung der Wegenutzung durch Stromversorgungsunternehmen konnten die Gemeinden in Form von entgeltlichen Konzessionsverträgen auf die Gestaltung der Stromversorgung Einfluss nehmen. Die Gemeinden konnten die Stromversorgung aber auch in eigener Regie übernehmen.[138]

Die ländlichen Gebiete wurden bald über sogenannte Überlandzentralen elektrifiziert. Die Versorgung größerer räumlicher Gebiete mit Elektrizität erfolgte von einem Kraftmittelpunkt aus. Technische Entwicklungen,

134 *Bohn/Marschall*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 37 (107 f.).
135 *Büdenbender*, Schwerpunkte der Energierechtsreform 1998, S. 5.
136 *Bohn/Marschall*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 37 (110).
137 *Nill-Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, S. 21.
138 *Nill-Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, S. 21.

wie der Übergang von Kolbendampfmaschinen auf Dampfturbinen und die Einführung des Wechselstroms ab 1881 bzw. des Drehstroms ab 1883, ließen nicht nur die spezifischen Kosten sinken und ermöglichten die Vergrößerung der Kraftwerke, sondern gestatteten - verbunden mit dem Einsatz von Transformatoren - vor allem die Übertragung von Elektrizität über große Entfernungen. 1887 wurde das erste deutsche Kraftwerk, betrieben von der Deutschen Edison-Gesellschaft für angewandte Energie, erstmals mit dem Netz eines weiteren Kraftwerks gekoppelt. Während die Stromversorgung bis 1900 noch über verbrauchernahe Gleichstromzentralen (< 10 MW) erfolgt war, wurden zum Zwecke der flächendeckenden Stromversorgung bis 1915 bereits Stadtrand- und Überlandkraftwerke (< 100 MW) und sodann Großkraftwerke (> 100 MW) betrieben.[139]

Ab 1916 wurde zur Organisation der Versorgungsstruktur am Aufbau eines Verbundsystems gearbeitet. Die Stromerzeugung sollte auf wenige große leistungsfähige Kraftwerke konzentriert werden. Bei sukzessiver Zusammenschaltung der Netze sollten jeweils in einem Verbundsystem auf der Basis von 100 kV Verbundunternehmen für die Versorgung größerer Teilgebiete in Deutschland zuständig sein.[140]

Die Zerstörungen des Zweiten Weltkrieges in der Zeit von 1939 bis 1945 unterbrachen den bis dahin bereits aufgebauten Verbundbetrieb zwischen den Netzen der großen Elektrizitätsversorgungsunternehmen weitgehend. Seit dem Wiederaufbau wurden die technischen Standards der Kraftwerke fortlaufend verbessert und ihre Leistungsfähigkeit (< 800 MW) stetig gesteigert. Es entstanden neue Versorgungsstrukturen in der Verbundwirtschaft. Das dreistufige System der bundesdeutschen Elektrizitätswirtschaft, bestehend aus Verbundunternehmen, Regionalversorgern und lokalen Versorgungsunternehmen, verfestigte sich.[141]

---

139 *Nill-Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, S. 22; vgl. *Bohn/Marschall*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 37 (46 ff.).

140 *Nill-Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, S. 22; vgl. *Bohn/Marschall*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 37 (46 ff.).

141 *Nill-Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, S. 23; vgl. *Bohn/Marschall*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 37 (46 ff.).

cc) Entwicklung der Nutzung regenerativer Energien zur Stromerzeugung

Seit Ende des 19. Jahrhunderts wurden zunehmend regenerative Energieträger zur Stromerzeugung eingesetzt. Die Nutzung erneuerbarer Energien entwickelt sich seither stetig fort.

So betrug bspw. - unmittelbar nachdem 1891 durch Oskar von Miller die technische Realisierbarkeit der weiträumigen Fortleitung aus Wasserkraft gewonnenen Drehstroms demonstriert wurde - der Anteil der Wasserkraft bezogen auf die installierte Leistung bereits 14 %. In den 1920er-Jahren erfolgte dann der Ausbau der Wasserkraftwerke. Der Verbund der Dampfkraftwerke wurde forciert. Innerhalb der letzten Jahrzehnte wurden der Ausbau und die Nutzung der Pumpspeicherwasserkraftwerke zur Spitzenlasterzeugung verstärkt.[142]

Erste Vorschläge und Studien zur Nutzung von Windenergie erfolgten ab 1932 durch Hermann Honnef. 1959 wurden unter der Leitung von Ulrich Hütter erste Versuchsanlagen errichtet. Großwindanlagen und Windparks entstanden in Deutschland erstmals mit Beginn der 1980er-Jahre.

1986 wurde in Deutschland Europas größtes Photovoltaikprojekt durch die RWE AG (RWE) begonnen.[143]

Die Stromerzeugung bzw. der Stromverbrauch aus erneuerbaren Energien - Wasserkraft, Windenergie, solare Strahlungsenergie, Geothermie und Energie aus Biomasse - nimmt bis in die Gegenwart ständig zu. Nach § 1 Abs. 2 des Gesetzes für den Vorrang der Erneuerbaren Energien (EEG)[144] soll der Anteil der erneuerbaren Energien an der Stromversorgung im Jahre 2020 mindestens 30 % betragen und sich danach kontinuierlich weiter erhöhen. Gem. § 1 Abs. 2 des Gesetzes zur Förderung Erneuerbarer

142 Vgl. *Bohn/Marschall*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 37 (81 ff.).
143 Vgl. *Bohn/Marschall*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 37 (92 ff.).
144 Das EEG u. a. i. V. m. der Biomasseverordnung (BiomasseV) bezweckt die Durchsetzung ökologischer Ziele im liberalisierten Energiemarkt. Es regelt insbesondere die Art und Weise der Förderung regenerativ erzeugten Stroms.

Energien im Wärmebereich (EEWärmeG)[145] soll der Anteil erneuerbarer Energien am Endenergieverbrauch für Wärme bis zum Jahr 2020 auf 14 % erhöht werden.

dd) Entwicklung der Nutzung der Kraft-Wärme-Kopplung

Obwohl bereits Ende des 19. Jahrhunderts die energetisch und wirtschaftlich sinnvolle Kombination zwischen einem Kraftwerksprozess und einer Wärmeversorgung erkannt wurde, haben sich Anlagen der Kraft-Wärme-Kopplung[146] nur sehr zögerlich durchgesetzt. Das erste europäische Heizkraftwerk entstand in Deutschland.[147]

Gem. § 1 KWKG[148] soll die Stromerzeugung aus der Nutzung der Kraft-Wärme-Kopplung im Interesse der Energieeinsparung, des Umweltschutzes und der Erreichung der Klimaschutzziele auf 25 % erhöht werden.

ee) Entwicklung der Nutzung von Kernenergie

Die Nutzung von Kernenergie ist umstritten. Während die Effizienz der Kernenergiegewinnung (die Elektrizitätsgewinnung aus einem kg Uran entspricht derjenigen aus 3000 t Braunkohle) für eine verstärkte Anwendung spricht, sinkt deren Akzeptanz wegen der damit verbundenen Sicherheitsrisiken. Der Entdeckung der Kernspaltung durch Otto Hahn und Fritz Strassberg folgte bereits 1939 die erste Konzeption eines Kernreaktors durch Siegfried Flügge. Die Erkenntnisse wurden erst ab den 1950er-Jahren, nachdem sie zunächst für die Entwicklung der Atombombe

---

145 Ziel des EEWärmeG ist die Förderung von Wärme aus erneuerbaren Energien.

146 Bei sogenannten Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen wird gleichzeitig die bei der Elektrizitätserzeugung entstehende Wärme genutzt (vgl. die Begriffsbestimmung in § 3 Abs. 1 des Gesetzes für die Erhaltung, die Modernisierung und den Ausbau der Kraft-Wärme-Kopplung - KWKG -).

147 Vgl. *Bohn/Marschall*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 37 (77 ff.).

148 Ziel des KWKG ist die Erhaltung und Wettbewerbsfähigmachung der ressourcenschonenden, umwelt- und klimafreundlichen Energieerzeugung aus Kraft-Wärme-Kopplung. Es regelt insbesondere die Art und Weise der Förderung von Kraft-Wärme-Kopplungsstrom.

genutzt worden waren, für die Entwicklung und Entstehung von Atomkraftwerken verwendet. 1961 wurde der erste Kernreaktor in Deutschland in Betrieb genommen.[149]

Um die hinsichtlich der Sicherheit einer Stromerzeugung aus Kernenergie bestehenden unterschiedlichen Auffassungen zu befrieden, wurde am 14.06.2000 zwischen der BReg und den Energiekonzernen die schrittweise Beendigung der Kernenergienutzung bis zum Jahre 2022 und bis dahin ein politisch ungestörter Betrieb der bestehenden Kraftwerke vereinbart.[150] Diese Vereinbarung wurde mit einer Novelle des Atomgesetzes (AtG) vom 22.04.2002 (AtG-Novelle) gesetzlich fixiert.

Inzwischen wurde mit dem Gesetz zur Änderung des AtG vom 08.12.2010 (AtG-ÄnderungsG) eine Verlängerung der vereinbarten Laufzeiten deutscher Kernkraftwerke beschlossen. Hierdurch soll der Anstieg der Strompreise in Deutschland gedämpft werden. Außerdem erhofft man sich positive Beschäftigungseffekte. Schließlich könnten Laufzeitverlängerungen zu zusätzlichen CO_2 - Einsparungen führen. Derzeit setzt sich die Literatur mit der Frage auseinander, ob der Erlass dieses Gesetzes der Zustimmung des Bundesrates bedurfte, es also verfassungskonform zustande gekommen ist.[151]

b) Politische und rechtshistorische Entwicklung der Stromversorgung

aa) Frühe Entwicklung

Der Staat wirkte während der frühen Entwicklungszeit der Elektrizitätswirtschaft nicht auf den entstehenden und sich festigenden Wirtschaftszweig ein. Der Betrieb von Elektrizitätsversorgungsunternehmen unterlag in Deutschland zunächst nur den allgemeinen gewerberechtlichen, ar-

149 Vgl. *Bohn/Marschall*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 37 (96 ff.).

150 Vereinbarung zwischen der BReg und den Energieversorgungsunternehmen vom 14.06.2000, RdE 2000, S. XXI.

151 Vgl. bspw. *Papier*, NVwZ 2010, S. 1113 ff.; *Geulen/Klinger*, NVwZ 2010, S. 1118 ff.; *Scholz*, NVwZ 2010, S. 1385 ff.; *de Witt*, RdE 2010, S. 357 ff.

beitsschutzrechtlichen, wasserrechtlichen, bau- und sicherheitsrechtlichen Vorschriften.[152]

Daneben stellten technische Regelwerke[153] und vertragliche Vereinbarungen den Ordnungsrahmen für die Tätigkeit von Elektrizitätsversorgungsunternehmen dar. Wesentliche Bedeutung besaßen dabei die sogenannten Konzessionsverträge. Erstmals wurde ein solcher Konzessionsvertrag 1884 zwischen der Stadt Berlin und der Deutschen Edison-Gesellschaft geschlossen. Dem Stromversorgungsunternehmen wurde das alleinige und ausschließliche Recht eingeräumt, im städtischen Bereich Stromversorgungsleitungen unter Nutzung öffentlicher - im Eigentum der Stadt Berlin stehender - Straßen, Wege, Plätze und Einrichtungen zu verlegen. Als Gegenleistung erhielt die Stadt Berlin eine jährliche Abgabe von der Bruttoeinnahme wie vom Reingewinn des Stromversorgungsunternehmens. Mit der Möglichkeit zum Abschluss von Konzessionsverträgen wurde den Kommunen und anderen Gebietskörperschaften ein unmittelbares Instrument zur rechtsverbindlichen Steuerung und Einflussnahme auf die Elektrizitätsversorgung und damit zur Durchsetzung einer flächendeckenden, sicheren Elektrizitätsversorgung zu gleichmäßigen Bedingungen an die Hand gegeben, dem jeweiligen Stromversorgungsunternehmen hingegen eine monopolartige Stellung als Versorger in dem Vertragsgebiet.[154] Die Freiheit von staatlicher Regulierung kam neben den privaten Unternehmen insbesondere den Kommunen und Landkreisen zugute. Als Herren des öffentlichen Straßennetzes konnten sie im Wege der Vergabe von Konzessionen darüber entscheiden, ob sie die öffentliche Stromversorgung selbst übernehmen oder sich Einfluss sichernd kapitalmäßig an dem die örtliche Versorgung übernehmenden Versorger beteiligen. Auf diese Art und Weise wurde Energiepolitik im Zusammenwirken von privaten Unternehmen und den Kommunen bzw. Landkreisen betrieben, die von beiden Seiten oftmals nicht ausschließlich am Gemeinwohl, sondern auch an finanziellen bzw. fiskalischen Interessen orientiert war. Mangels ener-

152 *Löwer*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 167 (170).
153 Wie bspw. Sicherheitsvorschriften für Hoch-, Stark- und Mittelspannungsanlagen.
154 *Löwer*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 167 (170 ff.).

gieaufsichtsrechtlicher und nur beschränkter kommunalaufsichtsrechtlicher Instrumentarien bestanden sonst keine nennenswerten Einflussmöglichkeiten des Staates. Die Vielzahl und die Freiheiten der privaten und kommunalen Entscheidungsträger begünstigten eine Zersplitterung der Elektrizitätsversorgung.[155]

Bis zur Marktreife der technischen Anlagen der Stromversorgung war für die Kommunen die Errichtung örtlicher Elektrizitätsunternehmen unattraktiv. Dies änderte sich erst, als auch die Kommunen, vor allem für den Betrieb der städtischen Verkehrsbetriebe, größere Strommengen benötigten. Bereits 1908 wurden von den vorhandenen Elektrizitätswerken in Städten mit über 100.000 Einwohnern 80,5 % kommunal betrieben. In Städten mit über 50.000 Einwohnern betrug die kommunale Quote an vorhandenen Elektrizitätswerken 74,1 %, in Städten mit über 20.000 Einwohnern 57,9 %. Die Elektrizitätsversorgung war aber keine Pflichtaufgabe der Gemeinden. Der Betrieb eines Elektrizitätsversorgungsunternehmens wurde von den Gemeinden jeweils als gewerbliches Unternehmen mit Gewinnerzielungsabsicht im Rahmen der für jedermann offen stehenden Gewerbefreiheit begründet.[156]

Mit der Entstehung von Überlandzentralen wurde es möglich, ganze Regionen mit Elektrizität zu versorgen. Oftmals war jedoch die Versorgung dünn besiedelter Gebiete in Frage gestellt. Die Versorgung solcher Areale war für private Unternehmen nicht lukrativ. Insofern musste die öffentliche Hand die Versorgung sicherstellen. Hierzu war die Anbindung der jeweiligen Kommune an ein Verbundsystem von Nöten. Zwischen den Alternativen »Überführung der Stromversorgung als Staatsaufgabe an die öffentlichen Gebietskörperschaften« oder »kapitalmäßige Beteiligung an einer Gesellschaft mit privaten Anteilseignern« etablierte sich die letztere Variante als Regelform - ein Kompromiss im Hinblick auf die Frage nach Vollkommunalisierung oder Vollprivatisierung der Stromwirtschaft.[157]

---

155 *Evers*, Das Recht der Energieversorgung, S. 31 f.
156 *Löwer*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 167 (173 f.).
157 *Löwer*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 167 (174 f.).

Ende des 19., Anfang des 20. Jahrhunderts fiel die Zuständigkeit der Stromversorgung primär den Ländern zu. Insbesondere in Sachsen wurde eine privatrechtliche Versorgungswirtschaft als problematisch angesehen. Die kommunale Position in der Versorgungswirtschaft sollte erhalten bleiben. Man wollte hierdurch vermeiden, dass die Stromversorgung in die Abhängigkeit von einigen privaten Großunternehmen gerät. 1911 wurde zu diesem Zwecke der Verband der in Gemeindebesitz befindlichen Elektrizitätsversorgungsunternehmen Sachsens gegründet. Beabsichtigt war, dass der Staat als Großerzeuger und -verteiler ein landesweites Hochspannungsnetz betreibt und - soweit erforderlich - auch die Kleinversorgung übernimmt. Prinzipiell sollte die Elektrizitätsverteilung aber den Kommunen vorbehalten bleiben. Der kommunalen Elektrizitätserzeugung wurde Bestandsschutz versprochen. Die Nutzung der Elektrizitätsversorgung für fiskalische Zwecke wurde ausgeschlossen.[158]

Auf Reichsebene gab es bereits vor dem Ersten Weltkrieg Überlegungen zur Einführung eines Reichselektrizitätsmonopols. Grund hierfür war die wachsende Konzentration in der Elektrizitätswirtschaft und die damit verbundene Befürchtung eines negativen Einflusses auf die Regierung von Reich und Einzelstaaten. Eine rechtliche Kontrolle von Wettbewerbsbeschränkungen über ein Kartellrecht fehlte bis dahin. Später kam als Begründung eine Gemeinwohlverpflichtung der Großwirtschaft hinzu. Aber auch finanzpolitische Motive spielten eine wichtige Rolle. Der Erste Weltkrieg führte zu einer zentralstaatlichen verwaltungsrechtlichen Ordnung der Elektrizitätswirtschaft. Die Stromversorgung wurde der Reichsaufsicht unterstellt. Staatliche Steuerung schien unverzichtbar. 1917 trat das Reich durch den Kauf der Elektrowerke AG in eine Großerzeugerposition ein. Die Absicht der Sozialisierung der (Elektrizitäts-) Wirtschaft durch das Reich spiegelte sich 1919 in dem Entwurf eines vor allem private und kommunale Interessen zu Gunsten des Reichs vernachlässigenden Sozialisierungsgesetzes (SozialisierungsG) wieder. Das Vorhaben der Sozialisierung scheiterte jedoch an den wirtschaftlichen und politischen Gege-

158 *Löwer*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 167 (178 f.).

benheiten. Die hiervon benachteiligten privaten und kommunalen Versorgungsunternehmen bestanden weiterhin auf der eigenen Durchführung der Elektrizitätsversorgung und widersetzten sich dem Gesetz. Das als Rahmengesetz konzipierte Gesetz trat mangels Ausführungsbestimmungen nie in Kraft.[159]

bb) Weimarer Republik

In der Weimarer Republik nutzten das Reich, die Länder und die Kommunen den Einsatz von Staatsunternehmen und der Kapitalbeteiligung als Steuerungsmittel zur Durchsetzung ihrer Ordnungsvorstellungen. Von den Mitgliedsunternehmen der Vereinigung der Elektrizitätswerke (VdEW) waren ca. 57 % in öffentlicher Hand, ca. 31 % entfielen auf gemischtwirtschaftliche Unternehmen und lediglich ca. 12 % waren private Elektrizitätswerke. Einschließlich der staatlichen Beteiligungen belief sich der Anteil des Staates auf ca. 80 %. Die Kommunen traten zunehmend als Abnehmer der großen Stromerzeuger auf. Ihre Tätigkeit konzentrierte sich vermehrt auf das Verteilungsgeschäft. In Sachsen wurden bspw. die bis 1924 als Sondervermögen geführten staatlichen Elektrizitätsunternehmen in die Aktiengesellschaft Sächsische Werke umgewandelt. In dieser Gesellschaft wurden die in Staatseigentum stehenden Braunkohle-, Steinkohle- und Elektrizitätswerke sowie die staatlichen Beteiligungen an den nichtstaatlichen Unternehmen zusammengeführt. Über diese Gesellschaft gewann das Land Sachsen maßgeblichen Einfluss auf das Stromerzeugungs- und Stromverteilungsgeschäft. Dergestalt fasste auch das Reich seine staatlichen Unternehmen und Beteiligungen im Elektrizitätsbereich unter der Vereinigte Industrieunternehmungen AG (VIAG) zusammen. Im Gegenzug und zur Vermeidung eines die dirigistische Reichspolitik verbindlich machenden Reichselektrogesetzes verbanden sich die Großerzeuger im Elektrizitätsbereich zur AG für Deutsche Elektrizitätswirtschaft. Proklamiertes Ziel war die Förderung und Koordination des Anlagen- und Leitungsbestandes auf Verbundebene.[160]

159 *Löwer*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 167 (178 f.).
160 Vgl. *Löwer*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 167 (185 ff.).

Bis zum Zeitpunkt des Erlasses des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) am 13.12.1935 wurde das Recht der Versorgungsunternehmen weiterhin bestimmt durch die Praxis der Verwaltung bei der Verleihung von Enteignungsrechten, durch Konzessionsverträge, durch Demarkationsverträge und durch die Vorgaben der allgemeinen Gesetze, wie bspw. des Gewerberechts, des Polizeirechts und - seit dem 30.01.1935 - der DGemO[161]. Die Vorbereitung des EnWG war einerseits beherrscht von den Interessengegensätzen zwischen den großen gemischtwirtschaftlichen Unternehmen und den kommunalen Versorgern sowie andererseits von den Auseinandersetzungen um die Trägerschaft der öffentlichen Elektrizitätsversorgung und um das Maß der staatlichen Aufsicht. Das Gesetz hielt letztlich deshalb im Rahmen eines Kompromisses das bestehende plurale Versorgungssystem nebst geschlossenen Versorgungsgebieten aufrecht. Es war geprägt durch ein System geschlossener Versorgungsgebiete, selbstregulative Marktzutrittsschranken in Form von ausschließlichen Konzessionsverträgen, Demarkationsverträgen, Preisbindungsverträgen und Verbundverträgen. Obwohl die Zentralisierung der Elektrizitätswirtschaft gefördert werden sollte, war die Einrichtung eines Reichselektrizitätsmonopols nicht beabsichtigt. Die Stromversorgung sollte nicht zu einer Aufgabe ausgeweitet werden, die das Reich, die Länder oder die Kommunen verpflichtete, die Produktion oder die Verteilung von Elektrizität durchzuführen. Vielmehr sollten der Staat, die Kommunen und die Privaten gleichgestellt nebeneinander unter staatlicher Aufsicht die Aufgabe der Elektrizitätsversorgung wahrnehmen.[162] Der Erlass des EnWG erfolgte zwar aufgrund des Gesetzes zur Erhebung der Not von Volk und Reich (ErmächtigungsG), es enthielt jedoch kein nationalsozialistisches Gedankengut. Vielmehr wurde eine fachliche Regelung der leitungsgebundenen Elektrizitätsversorgung getroffen, orientiert an ihrer Bedeutung und ihren wirtschaftlichen und

161 Die DGemO beschränkte die wirtschaftliche Tätigkeit der Kommunen und ließ diese lediglich noch zu, wenn ein öffentlicher Zweck die Tätigkeit legitimierte, die Tätigkeit in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Kommune stand und der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt werden konnte. Die freie gewerbliche Unternehmerinitiative blieb den Kommunen damit zum Schutze der eigenen Leistungsfähigkeit und zum Schutze der Wettbewerber vorenthalten.

162 *Löwer*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 167 (188 f.).

technischen Eigenarten.[163] Das EnWG rezipierte, kodifizierte und steigerte die bisher bereits auf vertraglicher Grundlage praktizierten präventiven und repressiven Aufsichtsmittel.[164]

Die sich anschließende Entwicklung war gekennzeichnet vom Erlass verschiedener, einzelne Materien regelnder Vorschriften.[165]

cc) Nachkriegszeit

In der Nachkriegszeit sahen einige Länder[166] in ihren Landesverfassungen - ähnlich dem nie in Kraft getretenen SozialisierungsG - vor, die Elektrizitätswirtschaft in Gemeineigentum zu überführen. Diese Sozialisierungsbestimmungen blieben allerdings folgenlos.

Gem. Art. 123 Abs. 1, 125 Nr. 1 i. V. m. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG galt das EnWG auch nach dem Inkrafttreten des GG fort. Während die Gesetzgebungskompetenz beim Bund lag, gestanden die für die Ausführung der Verwaltung zuständigen Länder im Rahmen einer Selbstverpflichtungserklärung dem Bund zu, elektrizitätswirtschaftliche Aufsichtsmaßnahmen mit überregionaler Wirkung nur im Einverständnis mit dem Bundeswirtschaftsministerium auszuüben.[167]

Zu Beginn der Nachkriegsentwicklung war die Elektrizitätswirtschaft in Deutschland durch eine hohe Konzentration auf der Erzeugerseite und durch Gebietsmonopole auf der Verteilerseite gekennzeichnet. Der Erlass des GWB 1957 war Teil der Bestrebungen zu mehr Wettbewerb. Dabei galt es die unterschiedlichen Interessen in Einklang zu bringen: Versorgungssi-

---

163 *Büdenbender*, Schwerpunkte der Energierechts-Reform 1998, S. 5 f.

164 *Löwer*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 167 (193).

165 Wie bspw. die Tarifordnung für elektrische Energie (TA Elt), die Anordnung über die Zulässigkeit von Konzessionsabgaben der Unternehmen und Betriebe zur Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wasser an Gemeinden und Gemeindeverbände (KonzessionsabgabenAO) und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Energieversorgung (AGB Elt).

166 Bayern, Württemberg-Hohenzollern, Rheinland-Pfalz, Württemberg-Baden, Baden, Nordrhein-Westfalen, Saarland, Hessen und Bremen.

167 *Löwer*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 167 (195 f.).

cherheit, jedoch günstige Preise; staatliche Kontrolle, jedoch möglichst viel Wettbewerbsfreiheit. Aus diesem Grund wurde in das GWB eine Bereichsausnahme u. a. für die Elektrizitätswirtschaft formuliert (§ 103 Abs. 1 GWB a. F.). Für den Bereich der Elektrizitäts- und Gaswirtschaft wurden Gebietsschutzverträge, insbesondere Demarkationsverträge zwischen mehreren Elektrizitätsversorgungsunternehmen und Konzessionsverträge zwischen Elektrizitätsversorgungsunternehmen und Kommunen als zulässig erklärt. Wegen der Leitungsgebundenheit nebst der begrenzten Speichermöglichkeiten von Elektrizität, den technisch bedingten hohen Investitionskosten, welche lediglich über einen großen Abnehmerkreis finanziert werden können, und des der Volkswirtschaft schadenden, ungebremsten Wettbewerbs wurden die Elektrizitätsversorgungsunternehmen als (lediglich) der Missbrauchsaufsicht unterliegende Monopole akzeptiert.[168] Das GWB wurde auf diese Art und Weise mit dem EnWG harmonisiert.

dd) Neuere Entwicklungen

(1) Entwicklung bis Ende der 1990er-Jahre

Bis Ende der 1990er-Jahre erfolgten nur unwesentliche Änderungen des GWB. So wurde die Laufzeit der Gebietsschutzverträge auf 20 Jahre - maximal auf die Dauer der entsprechenden Konzessionsverträge - beschränkt, die Missbrauchsaufsicht präzisiert und eine kartellrechtliche Kontrolle für die Verlängerung von Demarkations- und Verbundverträgen eingeführt. Hiermit wurde zwar der Wettbewerb um die Versorgungsgebiete kontrolliert und intensiviert, nicht jedoch derjenige um die Versorgungskunden.[169]

Auch ansonsten war die elektrizitätswirtschaftliche Rechtsentwicklung in der BRD bis Ende der 1990er-Jahre nicht von maßgeblichen Rechtsänderungen geprägt.

Bedeutsam war allenfalls das Inkrafttreten der Bundestarifordnung Elektri-

168 *Löwer*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 167 (201 ff.).
169 *Büdenbender*, Schwerpunkte der Energierechts-Reform 1998, S. 6 ff.

zität (BTO Elt) und der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Elektrizitätsversorgung von Tarifkunden (AVBEltV). Kraft ihres Verordnungscharakters bestimmten diese nunmehr die Ausgestaltung der einzelnen Versorgungsverträge direkt.

Folge der Anwendung der Regelungen des EnWG war das grundsätzliche Vorliegen geschlossener Versorgungsgebiete. Hieraus resultierte eine faktische Monopolstellung der deutschen Elektrizitätsversorgungsunternehmen vergleichbar der Situation der staatlichen Verleihung der Monopolstellung im Elektrizitätsbereich an die Électricité de France (EdF) in Frankreich.[170] Viele der Kommunen nutzen diesen Status quo. Sie übernahmen die örtliche Versorgungstätigkeit selbst und beteiligten sich unternehmerisch in den Bereichen der Stromerzeugung und der Stromverteilung.[171] Ein Wettbewerb zwischen gleichartigen Elektrizitätsversorgungsunternehmen um dieselben Kunden hinsichtlich des nicht substituierbaren Guts Elektrizität war entsprechend der Zielbestimmung des EnWG und der Bereichsausnahme des GWB nicht vorhanden. Die Elektrizitätsversorgungsunternehmen genossen insoweit eine Sonderstellung in dem ansonsten marktwirtschaftlich ausgerichteten Wirtschaftssystem der BRD. Begründet war diese Sonderstellung nicht in einer beabsichtigten Privilegierung der Elektrizitätsversorgungsunternehmen, sondern in der Annahme des Gesetzgebers, dass aufgrund der fehlenden Speicherbarkeit nebst der Leitungsgebundenheit von Elektrizität sowie der hohen Kapitalbindung und der daraus resultierenden Starrheit der Märkte, außerdem auf Grund des öffentlichen Versorgungsauftrags, der Sicherung der Konzessionsabgaben und der Protektionswirkung der Kohleverstromung für die Elektrizitätsversorgungsunternehmen besondere Rahmenbedingungen bestünden, die in ihrer Gesamtheit einem Wettbewerb entgegenstehen. Die Einführung von Wettbewerb wurde als Gefahr für die Preisstabilität und Versorgungssicherheit zu Lasten der Mehrheit der Energieverbraucher gesehen. Als ordnungspolitisches Surrogat fungierte eine umfassende Staatsaufsicht.[172]

---

170 *Cronenberg*, et 1994, S. 6 (6).
171 *Braun*, et 1994, S. 412 (412).
172 *Büdenbender*, JZ 1999, S. 62 (63 f.); *Kuxenko*, DÖV 2001, S. 140 (143).

Veranlassung zu einer grundlegenden Veränderung des Energiewirtschaftsrechtes gab dann die innerhalb zweijähriger Frist in deutsches Recht umzusetzende Erste Europäische Richtlinie betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt (RL 1996/92 EG).[173] Aber auch in Deutschland selbst waren bereits Überlegungen zur Beseitigung der wettbewerblichen Sonderstellung in der Elektrizitätswirtschaft erfolgt. So sprach sich bspw. die BReg schon seit 1991 für mehr Deregulierung und damit für mehr Wettbewerb aus.[174] In der Wirtschaft gab es unterschiedliche Auffassungen: Während die Vertreter der kommunalen Elektrizitätsversorgungsunternehmen sich auch weiterhin für die Aufrechterhaltung der geschlossenen Versorgungsgebiete einsetzten, plädierten die privaten Elektrizitätsversorgungsunternehmen für die Einführung von Wettbewerb. Parallel hierzu gab es auch im Ausland (insbesondere in den Vereinigten Staaten von Amerika - USA -, in Großbritannien und in den skandinavischen Ländern) sowie in anderen Wirtschaftszweigen (wie der Telekommunikation, der Post, der Bahn und der Flughäfen) eine Entwicklung weg von der Zulassung geschlossener Versorgungsgebiete hin zu einem wettbewerblich geprägten Elektrizitätsmarkt.[175]

(2) Erste Energierechtsreform

Die am 29.04.1998 in Kraft getretene Erste Reform des EnWG stellte eine ordnungspolitische Umorientierung des Gesetzgebers hin zur Vorzugswürdigkeit wettbewerblicher Steuerung in der Elektrizitätswirtschaft, d. h. deren Liberalisierung im Sinne einer vollständigen Marktöffnung dar. Als Ziele des Energiewirtschaftsrechts wurden gem. § 1 EnWG a. F. die Preisgünstigkeit, die Sicherheit und die Umweltverträglichkeit der Versorgung definiert. Zur Förderung des Wettbewerbs wurden hierzu in § 6 Abs. 1 S. 1 EnWG a. F. ein energierechtlicher Anspruch des Durchleitungsinteressenten bzw. potenziellen Wettbewerbers auf einen verhandelten Netzzu-

173 S. unten Teil 1, C, I, 3, b).

174 Vgl. zur Auffassung der BReg: *BReg*, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts, Gesetzentwurf vom 23.03.1997, BT-Drucks. 13/7274, S. 8 ff. (Begründung).

175 *Büdenbender*, JZ 1999, S. 62 (64).

gang bei Zahlung eines angemessenen Durchleitungsentgeltes gegen den Netzbetreiber, eine reduzierte Staatsaufsicht (§ 18 EnWG a. F.) sowie ein Anspruch auf diskriminierungsfreie Vergabe von Wegerechten gegenüber den Gemeinden (§ 13 Abs. 1 S. 1 EnWG a. F.) statuiert. Zum Zwecke der Transparenz verpflichtete § 4 Abs. 3 S. 1 EnWG a. F. die Netzbetreiber, objektive Kriterien für die Einspeisung aus Erzeugungsanlagen und für die Benutzung von Verbindungsleitungen festzulegen, zu veröffentlichen und diskriminierungsfrei anzuwenden. Außerdem hatten die Netzbetreiber nunmehr gem. § 4 Abs. 4 EnWG a. F. getrennte betriebswirtschaftliche Konten für die Bereiche Erzeugung, Übertragung und Verteilung zu führen. Dem System der geschlossenen Versorgungsgebiete wurde damit die Grundlage entzogen. Zugleich wurde das neue EnWG mit dem GWB harmonisiert, indem nunmehr die kartellrechtlichen Reglementierungen auch für Elektrizitätsversorgungsunternehmen galten und eine kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht bei Ablehnung des Netzzugangs eingeführt wurde.[176]

Zur Konkretisierung der Durchleitungspflicht und der Bemessung der Durchleitungsentgelte verständigten sich die betroffenen Wirtschaftszweige zunächst auf privatrechtlicher Ebene, so dass durch den Bundesminister für Wirtschaft vom Erlass einer Verordnung auf der Grundlage seiner Verordnungsermächtigung abgesehen wurde. Zwischen dem Bundesverband der deutschen Industrie (BDI), dem Verband der Industriellen Kraftwerksbetreiber (VIK) und der VdEW wurde am 22.05.1998 die Verbändevereinbarung I Strom (VV I Strom), am 13.12.1999 die Verbändevereinbarung II Strom (VV II Strom) und am 01.01.2002 – unter Einbeziehung nunmehr auch des Verbands der Netzbetreiber (VDN), des Verbands kommunaler Unternehmen (VKU) und der Arbeitsgemeinschaft regionaler Versorgungsunternehmen (ARE) - die Verbändevereinbarung II Plus Strom (VV II Plus Strom) getroffen, welche jeweils durch das Bun-

176 Zu den Neuerungen der Ersten Energierechtsreform im Einzelnen und ausführlich: *Büdenbender*, Schwerpunkte der Energierechts-Reform 1998, S. 19 ff.; *Büdenbender*, JZ 1999, S. 62 ff.; *Kuxenko*, DÖV 2001, S. 140 ff.; zu Problemfeldern, die sich bei Anwendung des neu gefassten EnWG ergeben haben: *Just*, RdE 2004, S. 65 ff.

deskartellamt (BKartA) akzeptiert wurden. Zwar kam diesen Vereinbarungen keine unmittelbare (Außen-) Rechtswirkung zu, jedoch beinhalteten sie die Verständigung von sich konträr gegenüber stehenden Interessenvertretern und waren damit wichtige Anhaltspunkte zur Feststellung angemessener Durchleitungsbedingungen und -entgelte auf dem Markt.[177]

(3) Zweite Energierechtsreform

Am 13.07.2005 trat das Zweite Gesetz zur Neuregelung des EnWG in Kraft. Anlass war vorrangig die Umsetzung der Zweiten europäischen Richtlinie über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt (RL 2003/54/EG) und der Verordnung über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel (VO 1228/2003/EG)[178] in nationales Recht. Nunmehr soll über die Regulierung der Elektrizitätsversorgungsnetze ein wirksamer und unverfälschter Wettbewerb auf den Märkten ermöglicht werden, die dem Netzbereich vor- und nachgelagert sind. Außerdem soll ein langfristig angelegter, leistungsfähiger und zuverlässiger Betrieb der Elektrizitätsversorgungsnetze gesichert werden. Die Zieltrias des alten EnWG - eine sichere, preisgünstige und umweltverträgliche leitungsgebundene Elektrizitätsversorgung - wurde um eine effiziente und verbraucherfreundliche Elektrizitätsversorgung erweitert (§ 1 Abs. 1 EnWG). Die bisherige Anschluss- und Versorgungspflicht der allgemeinen Versorger wurde in eine Anschlusspflicht aller Netzbetreiber (§ 17 Abs. 1 EnWG) und eine Grundversorgungspflicht des Belieferers der meisten Haushaltskunden in einem bestimmten Netzgebiet (§ 36 Abs. 1 S. 1 EnWG) aufgespalten. Nach wie vor ist der Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen nach § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG zur Gewährung eines diskriminierungsfreien Netzzugangs für jedermann verpflichtet, solange und soweit ihm dies nicht gem. § 20 Abs. 2 EnWG unmöglich ist. Die Einzelheiten eines diskriminierungsfreien Netzzugangs wurden in der Stromnetzzugangsverordnung (StromNZV) - anstelle bisher in den Verbändevereinbarungen nebst den im Zusammenhang mit diesen ausgearbeiteten Dokumenten - geregelt. Die Bildung der durch

177 *Büdenbender*, JZ 1999, S. 62 (68); *Kuxenko*, DÖV 2001, S. 140 (147 f.).
178 S. unten Teil 1, C, 3, c).

Durchleitungspetenten an die Betreiber der Elektrizitätsversorgungsnetze für die Durchleitung zum Endkunden zu zahlenden Netznutzungsentgelte hat nach § 21 Abs. 2 EnWG auf der Grundlage effizienter Kosten unter Berücksichtigung von Anreizen für eine effiziente Leistungserbringung sowie einer angemessenen, wettbewerbsfähigen und risikoangepassten Verzinsung des eingesetzten Kapitals zu erfolgen. Im Einzelnen wurden die Methoden zur Bestimmung der Entgelte für den Netzzugang in die Stromnetzentgeltverordnung (StromNEV) aufgenommen. Elektrizitätsversorgungsunternehmen mit mehr als 100.000 Kunden sind seit dem 01.07.2007 zu einem gesellschaftsrechtlichen, operationellen, informatorischen und buchhalterischen Unbundling[179] verpflichtet (§§ 6 ff. EnWG). Dies soll der Verhinderung von Quersubventionierungen bzw. intransparenten Kostenzurechnungen in vertikal integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen dienen. Das Verhältnis der Kommunen zu den Elektrizitätsversorgungsunternehmen ist insbesondere in den Vorschriften über die Wegenutzung geregelt (§§ 46 ff. EnWG). Die bisher lediglich für die Regulierung der Märkte für Post und Telekommunikation zuständige Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation übernahm gem. § 54 Abs. 1 EnWG unter dem Namen »Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen« (BNetzA) auch die Regulierung des Strom- und Gasmarkts. Was Elektrizitätsversorgungsunternehmen anbelangt, an deren Verteilernetz weniger als 100.000 Kunden unmittelbar oder mittelbar angeschlossen sind, so sind gem. § 54 Abs. 2 EnWG anstelle der BNetzA die Landesregulierungsbehörden zuständig. Der Regulierungsbehörde obliegt die Aufgabe, Nichtdiskriminierung, echten Wettbewerb und ein effizientes Funktionieren der Märkte sicherzustellen. Gegen Maßnahmen der Regulierungsbehörde ist der Rechtsweg zu den Zivilgerichten eröffnet (§§ 75 ff. EnWG).[180]

---

179 Unter Unbundling ist die Trennung der Bereiche Erzeugung, Übertragung, Verteilung und sonstiger Aktivitäten zum Zwecke einer transparenten Kostenzuordnung und zur Vermeidung von Quersubventionen zu verstehen.

180 Kurze Darstellung und Erläuterung der wichtigsten Änderungen bei: *Theobald*, IR 2004, S. 50 ff.; grundsätzliche Anmerkungen: *Säcker*, NuR 2004, S. 46 ff.; *Kühne/Brodowski*, NVwZ 2005, S. 849 ff.; *Brattig/Kahle*, NVwZ 2005, S. 642 ff.

Während diese wettbewerbsorientierte Entwicklung größtenteils begrüßt wurde, wirft sie insbesondere aus kommunaler Sicht Fragen der rechtlichen Zulässigkeit und der energiepolitischen Sinnhaftigkeit auf.[181] Der Staat zieht sich insbesondere zur Kostensenkung aus der Erfüllungsverantwortung für gemeinwohlorientierte Dienstleistungen zurück. Ihm verbleibt lediglich die Steuerungs- und Aufgabenverantwortung zur Abwendung gemeinwohlabträglicher Ergebnisse. Der erfüllende Wohlfahrtsstaat wird zum Gewährleistungsstaat. Diese Gewährleistungs- und Auffangverantwortung muss effektiv gesichert werden, ohne den Unternehmen den – vor allem finanziellen - Anreiz zu im Allgemeininteresse liegenden Aktivitäten zu nehmen. Die Wahrung der hiernach auszubalancierenden Interessen ist langfristig im EnWG zu konkretisieren.[182] Dabei dürfen die Belange der kommunalen Unternehmen nicht vernachlässigt bzw. gar hinter die Belange privater Unternehmen zurückgestellt werden. Dies wäre das Ergebnis einer inkonsequenten Interessenabwägung. In diesem Fall bliebe nämlich nicht nur der Gleichbehandlungsgrundsatz, sondern vor allem die Gewährleistungsfunktion öffentlicher Unternehmen unberücksichtigt. Vor diesem Hintergrund erscheint bspw. die Regelung in § 36 Abs. 2 S. 2 EnWG zur Feststellung des Grundversorgers von Haushaltskunden allein durch den Netzbetreiber als problematisch. Aufgrund der infrastrukturellen Verantwortung der Kommunen wäre diese Aufgabe womöglich sinnvollerweise durch die Kommunen wahrzunehmen.[183] Ebenso kritisch sind die Auswirkungen der umfassenden Entflechtung zu betrachten.[184] Waren es doch bislang oftmals Querverbund und Synergieeffekte, die örtliche, zumeist kommunale Versorger besonders verbraucherfreundlich agieren ließen und die langfristig die Effizienz und Sicherheit der Versorgung unterstützten. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob die Gesetzesänderung nicht deshalb zu kurz greift, weil die Gelegenheit zur Vereinheitlichung des Netzrechts nicht wahrgenommen wird. Nachdem nunmehr auch das

181 Vgl. hierzu: *Lindemann/Köster*, DVBl. 1997, S. 527 ff.; *Mombaur*, DÖV 1997, S. 571 ff.; *Langer*, et 1994, S. 158 ff.
182 *Säcker*, NuR 2004, S. 46 (46 f.).
183 *Lerch/Brodowski*, RdE 2005, S. 25 (26).
184 *Lerch/Brodowski*, RdE 2005, S. 25 (25).

Energierecht einer innerstaatlichen Regulierung unterliegt, läge es nahe, ein allgemeines Netzinfrastrukturrecht zu schaffen. In jeweils einem besonderen Teil wären die speziellen Regelungen des Energierechts, des Telekommunikationsrechts, später auch des Wasser- und Abwasserrechts sowie des Schienennetzrechts aufzunehmen.[185] Letztlich wird die notwendige Rechtssicherheit für die Akteure im Elektrizitätsmarkt, die eine vorausschauende langfristige Planung und Entwicklung im Energierecht ermöglicht, kaum durch ein EnWG erreicht werden können, dessen Vollzug vom Erlass 19 weiterer Rechtsverordnungen abhängig ist.[186] Verbunden hiermit ist wohl weniger eine rechtssichere wettbewerbliche Freiheit als ein Rückschritt in Richtung der Intensivierung der staatlichen Kontrolle im Sinne einer Reregulierung.[187]

(4) Aktuelle Entwicklung

Auf der Grundlage des geänderten EnWG sind inzwischen zahlreiche Rechtsverordnungen erlassen worden.[188]

Unter anderem wurden das EnWG und das GWB zuletzt im Zuge der Bekämpfung von Preismissbrauch in der Energieversorgung (PreismißbrBekG), der Öffnung des Messwesens im Strombereich für den Wettbewerb (MessÖG) und der Umsetzung der Richtlinie über Endenergieeffizienz und Energiedienstleistungen - RL 2006/32/EG - (EdlG) geändert.

Bis März 2011 sind nun die Vorgaben des Dritten Legislativpakets betreffend den EU-Elektrizitätsbinnenmarkt[189] in nationales Recht umzusetzen. Insbesondere die verschärften Entflechtungsvorgaben sowie die gesteigerten Anforderungen an die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden und der von ihnen zu bewältigenden Aufgaben stellen erneut nicht nur

185 Dies befürwortend: *Säcker*, NuR 2004, S. 46 (47 f.).
186 *Säcker*, NuR 2004, S. 46 (52).
187 *Hummert*, RdE 2005, S. 26 (27).
188 S. unten Teil 2, A, III, 2 bis 4.
189 S. unten Teil 1, C, I, 3, d) u. Teil 2, A, I, 3, a).

den deutschen Gesetzgeber, sondern auch die Elektrizitätsbranche, die sich wiederum auf erhebliche Einschnitte einstellen muss, vor eine große Herausforderung.[190]

c) Insbesondere: Gründung und Entwicklung staatlicher Elektrizitätsversorgungsunternehmen

In den Jahren 1885 - 1886 entstanden in Deutschland die ersten staatlichen und privaten Energieversorgungsunternehmen. Bereits 1882 war das erste öffentliche amerikanische Elektrokraftwerk in New York unter der Leitung von Thomas A. Edison gegründet worden. Die erste öffentliche Versorgung erfolgte 1885/86 in Berlin im Wege der Konzessionsvergabe an ein privates Unternehmen (Edison-Gesellschaft). 1900 existierten bereits 652 Elektrizitätsversorgungsunternehmen.[191]

Die ersten Initiativen zur Aufnahme einer öffentlichen Stromversorgung - aufgrund des dort gesteigerten Abnahmebedarfes - in den Städten ging zunächst von privaten Unternehmen aus. Von Beginn an beschäftigte aber auch die Entscheidungsträger in den Kommunen die Frage, durch wen die örtliche Stromversorgung vorgenommen werden soll. Zur Auswahl standen jeweils eine private Gesellschaft, die Kommune oder eine gemeinsame Gesellschaft. Meist wurde die Frage zugunsten der Konzessionierung einer privaten Gesellschaft entschieden. Die Kommunen glaubten, die technischen Kenntnisse nicht zu besitzen und das wirtschaftliche Risiko nicht tragen zu können. Den Befürwortern der Kommunalisierung wurde entgegengehalten, dass die Konzessionierung einer privaten Gesellschaft zum einen Konzessionsabgaben schaffe und zum anderen finanzielle Erträge aus der kommunalen Übernahme der Stromversorgung wohl nicht zu erwarten seien. Deshalb sei der Einsatz von staatlichem Vermögen und von Steuergeldern nicht gerechtfertigt. Vereinzelt wurde auch die Kon-

190 Vgl. zu den Anforderungen an den deutschen Gesetzgeber: *Büdenbender*, RdE 2010, S. 197 ff.; *Kühling/Pisal*, RdE 2010, S. 161 ff.

191 *Nill-Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, S. 23; *Herzig*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 121 (125).

kurrenz durch die neuen Elektrizitätswerke für die bestehenden Gaswerke und damit die Beeinträchtigung einer wichtigen Einnahmequelle für die Kommune befürchtet.[192] Der öffentlichen Verantwortung für eine sichere und gleich bleibende Versorgung der Bevölkerung und der Wirtschaft mit Elektrizität konnten sich aber die Kommunen langfristig nicht entziehen. Der Gedanke einer modernen, sicheren öffentlichen Leistungsverwaltung schritt voran. Die Stromversorgung erwies sich immer mehr als relevant für die kommunale Siedlungs- und Wirtschaftspolitik. Hinzu kamen die befürchteten Gefahren für das Gemeinwohl resultierend aus einer Monopolisierung privater Unternehmen sowie letztlich auch - u.a. aufgrund des als gesichert geltenden Absatzes (bspw. Straßenbahnbetrieb) - die Erwartung der Erzielung eigener Einnahmen aus der Stromversorgung. Vor diesem gemeinwirtschaftlichen und sozialpolitischen Hintergrund nahmen immer mehr Kommunen die örtliche Stromversorgung in die eigene Hand. Viele Kommunen errichteten ab den 1880er-Jahren städtische Elektrizitätskraftwerke. Daneben wurden oftmals zunächst an die private Hand verpachtete Unternehmen später unter städtische Regie genommen. Die Übernahme der Stromversorgung von vormals privaten Betreibern wurde auch durch die Ausnutzung in Konzessionsverträgen enthaltener Rückkaufsklauseln zugunsten der Kommunen erreicht. Bereits 1910 waren mehr als 75 % der Stromversorgungswerke in kommunaler Hand.[193]

Die mit der Schaffung längerer Übertragungswege und der Entstehung von Überlandkraftwerken ermöglichte Regionalversorgung wurde bereits seit Anfang des 20. Jahrhunderts zunehmend unter Beteiligung der öffentlichen Hand (Städte, Gemeinden, Landkreise) meist durch gemischtwirtschaftliche Unternehmen übernommen. Grund für die Einschaltung der öffentlichen Hand waren vielerorts durch ungünstige Absatzverhältnisse veranlasste Fehleinschätzungen und Fehlschläge der erschließenden privaten Elektroindustrie. Aufgrund der hiermit verbundenen überörtlichen Tätigkeit der Kommunen sahen sich Bund und Länder zur Lenkung und

192 *Fischer*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 13 (23 ff.); *Herzig*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 121 (126).

193 *Herzig*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 121 (126 f.).

Aufsicht veranlasst, ohne jedoch in die Selbstverwaltungsrechte der Kommunen einzugreifen.[194]

Die Verbundwirtschaft, deren Anfänge einerseits in einer gegenseitigen Aushilfe unter den Elektrizitätswerken bei Störfällen, verbunden mit der Möglichkeit der Verringerung der Reserveleistungen der eigenen Anlagen, und andererseits in der Entwicklung der Großkraftwirtschaft lagen, war von Beginn an durch gesellschaftsrechtliche und finanztechnische Verflechtungen zwischen bereits vorhandenen Unternehmen geprägt.[195] Auf diese Art und Weise ergaben sich auch Beteiligungen der Kommunen.

Insgesamt war die gesamte Struktur der Elektrizitätswirtschaft bereits in der Zeit bis zum Ersten Weltkrieg durch eine Gemengelage von privaten, gemischtwirtschaftlichen, kommunalen und staatlichen Unternehmungen gekennzeichnet. Gemeinsam war ihnen jeweils die Innehabung einer Monopolstellung der Versorgungsunternehmen in ihrem jeweiligen Versorgungsbereich. Dies galt auch für die überregionale Ebene. Viele Versorger sicherten sich gegenüber den jeweiligen Weiterverteilern das Recht zur ausschließlichen Versorgung und schlossen untereinander Demarkationsverträge. Vor diesem Hintergrund und angesichts des steigenden Strombedarfs sowie des technischen Fortschritts wurde der Bereich der Stromversorgung zu einem rentablen Wirtschaftszweig. Die diesbezüglichen Einnahmen der Kommunen aus eigener wirtschaftlicher Betätigung und Beteiligung sowie aus Konzessionsverträgen wurden zu wichtigen Bestandteilen der Gemeindehaushalte.[196]

Die ständig in den Kommunen geführte Diskussion, zur Sicherstellung der Stromversorgung diese in die eigene Hand zu nehmen, lebte besonders auf, als es im Ersten Weltkrieg zu Versorgungsengpässen kam. Infolge der technischen Entwicklung wurde Strom aber inzwischen in die Primärenergie besser ausnutzenden größeren Einheiten erzeugt. Außerdem war

194 *Herzig*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 121 (127 ff.).
195 *Herzig*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 121 (130).
196 *Evers*, Das Recht der Energieversorgung, S. 26.

es durch den Ausbau des Hochspannungsnetzes zu einer Verdichtung des Verbundsystems gekommen. Insbesondere gemischtwirtschaftliche und staatliche Unternehmen investierten unter anderem in den Ausbau der regionalen Ebene und die Erschließung bislang unversorgter Gebiete. Auf diese Art und Weise drängten sie in den kommunalen Versorgungsbereich hinein. Die meist kleineren und wirtschaftlich schwächeren kommunalen Unternehmen waren oftmals zu derartigen Investitionen nicht in der Lage, weil deren Erträge in vielen Fällen nicht zu Investitionszwecken, sondern zur übermäßigen Stützung städtischer Haushalte verwendet wurden. Die Expansion der gemischtwirtschaftlichen und staatlichen Unternehmen war daher für viele kommunale Unternehmen eine Bedrohung und führte teilweise zum Zusammenbruch kommunaler Unternehmen. Ferner gab es Forderungen zur Übernahme der gesamten Stromversorgung durch das Reich. Diesen standen Befürwortungen der Übernahme durch die Länder und auch der kommunalen Selbstversorgung gegenüber.[197] Mit dem Scheitern des SozialisierungsG misslang der Versuch einer Verstaatlichung der Elektrizitätswirtschaft in der Weimarer Republik. Ziel war gewesen, sämtliche Wirtschaftszweige der öffentlichen Kontrolle zu unterwerfen. In der Folgezeit entwickelte sich ein Kompromiss. Gemischtwirtschaftliche Unternehmen wurden zum Regelfall.[198]

Ungeachtet des gescheiterten SozialisierungsG blieb die Tendenz zu stärkerem Staatseinfluss in der Elektrizitätswirtschaft erhalten. Anfang der 1920er-Jahre wurden in einigen Bundesländern staatliche Landesversorgungsunternehmen gegründet. Über die Elektrowerke AG verschaffte sich das Reich Einfluss in der öffentlichen Stromversorgung Mitteldeutschlands. Angestrebt wurden Beteiligungen an bestehenden und neu zu gründenden Versorgungsunternehmen, um der Zersplitterung der Stromwirtschaft entgegenzuwirken, den Stromabsatz rational zu gestalten und durch Tarifverbesserungen die Stromanwendung zu steigern.[199]

197 *Fischer*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 13 (29).
198 *Nill-Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, S. 22.
199 *Herzig*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 121 (134 f.).

1927 kam es erstmals zu einer Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Elektrizitätsunternehmen. Im sogenannten »Elektrofrieden« grenzten der preußische Staat und RWE nicht nur ihre Versorgungsgebiete räumlich durch Demarkationsverträge voneinander ab, vielmehr versuchten sie auf diese Art und Weise auch die Problematik des ständigen Gegensatzes zwischen Privat- und Staatswirtschaft in den Griff zu bekommen.[200]

Der Interessengegensatz zwischen privater und öffentlicher Wirtschaft, zwischen Staatsverwaltung und Selbstverwaltung beherrschte die elektrizitätswirtschaftliche Diskussion und Politik in der Weimarer Zeit allerdings weiter.[201]

Auch im »Dritten Reich« standen sich die Verfechter der Konzentration, die großen privaten, staatlichen und gemischtwirtschaftlichen Elektrizitätsversorgungsunternehmen, auf der einen Seite und die Verfechter der kommunalen Versorgung in der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft auf der anderen Seite feindlich gegenüber. Das EnWG vom 13.12.1935 forcierte u.a. eine »Flurbereinigung« in der Elektrizitätswirtschaft. Vor allem kleinere und kommunale Versorgungsunternehmen wurden stillgelegt oder von größeren Unternehmen übernommen. Während des Zweiten Weltkriegs wurde die Elektrizitätswirtschaft verstärkt unter staatliche Kontrolle gestellt. Mit weitreichenden Befugnissen wurde bspw. ein Reichslastverteiler, die Reichsstelle für die Elektrizitätswirtschaft, geschaffen. Angestrebt wurde eine Art »Reichsverbund-Dachgesellschaft«, unter der Bezirksunternehmen auf Gauebene für die Verteilung der Elektrizität zuständig sein sollten.[202]

Zunehmend schlossen sich die Elektrizitätsversorgungsunternehmen zu Interessenvertretungen zusammen, um staatliche Maßnahmen abzuwehren oder im Sinne der Elektrizitätsversorgungsunternehmen zu gestalten. So entstand 1898 aus einem Zusammenschluss von 16 Elektrizitätsversorgungs-

200 *Herzig*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 121 (135 f.).
201 *Evers*, Das Recht der Energieversorgung, S. 27.
202 *Herzig*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 121 (139 ff.).

unternehmen die VdEW. 1928 erfolgte die Vereinigung von acht großen Elektrizitätsversorgungsunternehmen zur AG zur Förderung der deutschen Elektrizitätswirtschaft. 1929 wurde die Interessengemeinschaft kommunaler Elektrizitätswerke (IKE) gegründet. Weitere Gründungen von Interessengemeinschaften erfolgten 1947 mit der VIK und 1949 mit der Deutschen Verbundgesellschaft (DVG). 1950 wurde auf der Ebene der überwiegend mit den Verbundunternehmen verflochtenen Regionalunternehmen die ARE gegründet. Mit dem VKU entstand 1949 eine Interessenvertretung der lokalen Stufe. Allen Interessenvertretungen war das Ziel, die Interessen der drei Versorgungsstufen an der Erledigung der Aufgaben der Elektrizitätswirtschaft ohne bzw. gegenüber der staatlichen Kontrolle zu vertreten, gemeinsam.[203]

Eine wichtige Chance bot sich den kommunalen Unternehmen schließlich mit der Einführung des Querverbunds[204]. Bereits seit den 1920er-Jahren setzte sich der Querverbund vor allem in den kommunalen Unternehmen durch und wurde 1938 zum Grundsatz für alle größeren Gemeindebetriebe. Neben der vorteilhaften Ausnutzung der gemeinsamen Betriebsführung sollte hierdurch die Verwirklichung von integrierten, rationellen und umweltschonenden Energieversorgungskonzepten durch eine sinnvolle Kombination des Einsatzes von Strom, Gas und Fernwärme auf der Basis der Kraft-Wärme-Kopplung oder industrieller Abwärme sowie alternativer Energieträger ermöglicht werden.[205]

In neuerer Zeit tendieren Vertreter aus Politik und Wirtschaft nach jahrzehntelanger Technisierung und Konzentration in der Elektrizitätswirtschaft vermehrt zu einer Rückbesinnung auf Strukturen aus den ersten Jahrzehnten der Stromversorgung. Argumentiert wird mit den Vorteilen einer dezentralen kommunalisierten Elektrizitätserzeugung und dem verstärkten modernisierten Ausbau des Querverbunds: Energiedienstleistungs- statt Energieversorgungsunternehmen.[206]

---

203 *Nill-Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, S. 22 ff.; *Herzig*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 121 (144).

204 S. oben Teil 1, B, III., 3., g).

205 *Herzig*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 121 (153).

206 *Herzig*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 121 (161).

2. Entwicklung kommunaler Elektrizitätsversorgungsunternehmen in den neuen Bundesländern

a) Technische und wirtschaftliche Entwicklung

Die Volkswirtschaft in der DDR war nach dem Zweiten Weltkrieg nicht nur gekennzeichnet von schweren Verlusten durch Kriegsschäden, sondern auch durch Demontagen der sowjetischen Besatzungsmacht. Betroffen waren insbesondere auch Anlagen der Stromerzeugung und der Stromverteilung. Erschwerend hinzu kamen Beschaffungsschwierigkeiten von Energierohstoffen auf Grund der politisch bedingten Trennung vom westlichen Teil Deutschlands und den Ländern Westeuropas.[207]

Der Auf- und Ausbau der Elektrizitätsversorgung ab der Nachkriegszeit bis Ende der 1980er-Jahre gestaltete sich deshalb zwingend unabhängig von westlichen Anlagen- und Rohstofflieferungen. Er war geprägt von Auseinandersetzungen mit dem Westen sowie einem ständigen Devisenmangel. Die Grenzen des Maschinen- und Anlagenbaus in der DDR waren oftmals schnell erreicht. Daneben war die DDR als 90%iger Selbstversorger bei einem weitgehenden Fehlen eigener Rohstoffe auf eine umfassende Nutzung der heimischen Braunkohle angewiesen. Immer wieder gab es Engpässe in der Elektrizitätsversorgung. Die Lücke sollte durch den Auf- und Ausbau der Nutzung der Kernenergie geschlossen werden.[208]

Die Mitgliedschaft der DDR im Rat für gegenseitige Wirtschaftshilfe (RGW)[209] war für die DDR wesentliche Grundlage für notwendige Auslandskooperationen zum Zwecke des Ausbaus ihrer Elektrizitätswirtschaft. Ab 1953 begann der Aufbau eines osteuropäischen Verbundsystems. Die DDR kam 1960 hinzu. Ein Verbund mit dem Verbundnetz der westeuropäischen Union pour la coordination de la production et du transport de

---

207 *Stinglwagner*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 219 (219).
208 *Stinglwagner*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 219 (220 ff.).
209 Der RGW wurde 1949 unter Führung der ehemaligen Union der sozialistischen Sowjetrepubliken (UdSSR) mit dem Ziel der Verflechtung und Rationalisierung der Volkswirtschaften der Mitgliedsländer (osteuropäische Länder) gegründet.

l' électricité (UCPTE)[210] erfolgte nicht. Erstmals 1988 kam es zu einem Vertrag zwischen westdeutschen Elektrizitätsversorgungsunternehmen und der DDR, der neben dem Bau einer 380 kV-Leitung von der BRD nach West-Berlin auch Stromlieferungen von der BRD in das Gebiet der DDR beinhaltete.[211]

Die Elektrizitätswirtschaft in der DDR war weder an einer nachhaltigen Umweltpolitik noch am Prinzip der Preisgünstigkeit orientiert. Der Staat subventionierte bspw. den seit der Nachkriegszeit konstant gebliebenen Preis für eine kW/h von acht Pf. mit 15 Pf. Wesentliche Umweltbelastungen waren dem Raubbau an der Braunkohle und ihrer oft ineffizienten Nutzung geschuldet.[212]

b) Rechtliche Entwicklung

Die Entwicklung in der DDR war ausgerichtet an einer Verstaatlichung der Volkswirtschaft und damit auch der Elektrizitätswirtschaft. Hintergrund war die sozialistische Verfassung, deren Prinzipien das gesellschaftliche Eigentum an Produktionsmitteln sowie die umfassende Lenkung, Ordnung, Planung und Kontrolle des wirtschaftlichen Lebens durch den Staat waren.[213]

Die VO DWK vom 24.11.1948 verpflichtete die Kommunen zur Zusammenfassung ihrer gewerblichen Betriebe und wirtschaftlichen Einrichtungen in einem Kommunalwirtschaftsunternehmen. Dieses sollte als Anstalt des öffentlichen Rechtes organisiert sein und im Volkseigentum stehen.

---

210 Die UCPTE wurde 1951 gegründet. 1999 wurde sie in Union for the Coordination of Transmission of Electricity (UCTE) umbenannt. Sie war mit der Koordinierung des Betriebes und des Ausbaus des europäischen Netzverbundes befasst. Seit 2009 werden ihre Aufgaben von der European Network of Transmission Systems Operators for Electricity (ENTSO-E) wahrgenommen.

211 *Stinglwagner*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 219 (220 ff.).

212 *Stinglwagner*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 219 (220 ff.).

213 *Löwer*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 167 (205); *Stinglwagner*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 219 (219).

Ziel der Energiewirtschaftsverordnung (EnWVO) vom 22.06.1949 nebst ihrer Durchführungsverordnung (EnWVO DVO) vom 22.07.1949 war u. a., die Zersplitterung der Elektrizitätswirtschaft zu beenden. Wie bereits die privaten Elektrizitätsversorgungsunternehmen und -unternehmensbeteiligungen nach dem Befehl Nr. 124 der SMAD (SMAD-Befehl Nr. 124) wurden kommunale Elektrizitätsversorgungsunternehmen und -unternehmensbeteiligungen einschließlich des Eigentums an Elektrizitätsanlagen sequestriert und aufgrund von Landesenteignungsgesetzen entschädigungslos in das Eigentum der Länder der sowjetischen Besatzungszone überführt.

Am 01.07.1948 beschloss die DWK u. a. die Übernahme der Betriebsführung der ländereigenen Elektrizitätsversorgungsunternehmen durch - einer zentralen Verwaltung unterstehende - Energiebezirke. Letztendlich erfolgte aufgrund der Anordnung der DWK zur Ergänzung der Vorschriften über das Volkseigentum (AO DWK) vom 02.02.1949 eine Übernahme des Ländereigentums in Volkseigentum.

Bis Ende der 1980er-Jahre war die Elektrizitätswirtschaft hierarchisch gegliedert. Auf oberster Ebene waren zentralistisch die Ministerien zuständig. Unterstützung war über die Zentrale Energiekommission beim Ministerrat der DDR gewährleistet. Die Elektrizitätsproduktion und -verteilung erfolgte durch 24 nach dem Territorialprinzip gegliederte Energiekombinate, denen gegenüber der Leiter der Zentralen Energiekommission bei dem Ministerrat der DDR weisungsbefugt war.[214]

Rechtsgrundlagen der Zuständigkeiten, der Kontrolle über die Elektrizitätserzeugung und -verteilung, der geringen Rechtsschutzmöglichkeiten, der Benutzungsrechte an privatem und öffentlichem Eigentum sowie der Lieferbeziehung zwischen Elektrizitätsversorgungsunternehmen und der Bevölkerung bzw. der Wirtschaft waren die Energieverordnung (EnVO) nebst der Anordnung über die Lieferung von Elektroenergie, Gas und Wärmeenergie an die Bevölkerung (EnergielieferungsAO Bevölkerung)

214 *Löwer*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 167 (206).

bzw. der Anordnung über die Lieferung von Elektroenergie, Gas und Wärmeenergie an die Wirtschaft (EnergielieferungsAO Wirtschaft).

Die sich in einer erheblichen Krise befindliche Wirtschaftsstruktur in der ehemaligen DDR änderte sich ab dem 03.10.1990 grundlegend.

c) Entwicklung ab der Wiedervereinigung

Mit der Umwandlungsverordnung (UmwandlungsVO) wurden die Energiekombinate gleich den übrigen volkseigenen Kombinaten in Gesellschaften mit beschränkter Haftung umgewandelt. Inhaber der Gesellschaftsanteile war die Treuhandanstalt (THA). Ziel war die Neustrukturierung nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen unter Aufrechterhaltung des Volkseigentums.[215]

Ungeachtet dessen wurde mit der KommVerf den Gemeinden u.a. die Aufgabe der Elektrizitätsversorgung zugeordnet und als Selbstverwaltungsaufgabe festgelegt (§ 2 Abs. 2 KommVerf). Soweit diese gemeindliche Aufgabe bereits von Dritten, d. h. bspw. umgewandelten Energiekombinaten, erfüllt wurde, sollten jedoch die Kommunen keine wirtschaftlichen Unternehmen gründen dürfen.[216]

Das THG sah sodann neben einer grundsätzlichen Privatisierungspflicht die Übertragung volkseigenen Vermögens, welches kommunalen Aufgaben dient, auf die Kommunen und Landkreise vor (§ 1 Abs. 1 S. 3 THG). Dem Übergang des Vermögens der aus den Energiekombinaten entstandenen Kapitalgesellschaften auf die Kommunen und Landkreise wurde mit dem THG insoweit entgegengewirkt, als die THA Anteilseigner dieser Kapitalgesellschaften wurde (§ 1 Abs. 4 THG).[217]

Auch das KVG verpflichtete zur regelmäßigen Übertragung des der Elektrizitätsversorgung dienenden Vermögens kraft Gesetzes auf die Kommu-

215 *Löwer*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 167 (209).
216 *Löwer*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 167 (209 f.).
217 *Löwer*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 167 (210).

nen und Landkreise (§ 2 Abs. 1 a) KVG). Hintergrund war die Absicht der Kommunalisierung der örtlichen Stromerzeugung und -verteilung. Ausgenommen war indessen das Vermögen bereits in Kapitalgesellschaften umgewandelter Energiekombinate, deren Alleingesellschafterin die THA war. Hieran sollten die Kommunen einen Beteiligungsanspruch erhalten.[218]

Den Ansprüchen der großen westdeutschen Elektrizitätsversorgungsunternehmen auf die Einräumung von Mehrheitsbeteiligungen an den künftigen Regionalversorgern wurde mit den Stromverträgen vom 22.08.1990 genügt. Beteiligt waren die DDR, die THA und die drei größten Unternehmen der westdeutschen Verbundwirtschaft[219]. Während sich die westdeutschen Verbundunternehmen zur Betriebsführung der 15 ostdeutschen Regionalversorgungsunternehmen verpflichteten, wurden sie im Gegenzug zu Mehrheitsbeteiligungen an den in Aktiengesellschaften zu überführenden ehemaligen Energiekombinaten berechtigt.[220] Ursprüngliches Ziel war es, die gesamte Elektrizitätswirtschaft der DDR an große westdeutsche Elektrizitätsversorgungsunternehmen zu übertragen, um deren Kapital und Know-how für die Entwicklung einer sicheren und kostengünstigen Stromversorgung nutzbar zu machen. Dem wurde aber aus wettbewerbsrechtlicher und kommunalpolitischer Sicht zumindest zum Teil erfolgreich entgegengetreten.[221] Auf diese Art und Weise wurde der investive Einsatz der westdeutschen Verbundwirtschaft zum Zwecke des Aufbaus der ehemaligen DDR-Stromwirtschaft quasi erkauft.[222]

Die daraufhin mit dem EVertr erfolgte Änderung des KVG[223] sah nunmehr lediglich noch die Übertragung von maximal 49 % des Vermögens

---

218 *Löwer*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 167 (210).

219 Die drei größten Unternehmen der westdeutschen Verbundwirtschaft waren die Bayernwerk AG, die Preußen Elektra AG und die RWE.

220 *Berndt*, in: Kimme (Hrsg.), KVG, § 4, Rn. 16.

221 *Löwer*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 167 (210 f.); *Stinglwagner*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 219 (241 f.).

222 *Berndt*, in: Kimme (Hrsg.), KVG, § 4, Rn. 16.

223 Vgl. Anlage II, Kapitel IV, Abschnitt III, Nr. 2 b) EVertr.

der ehemaligen Energiekombinate auf die Kommunen vor. Hierdurch sollten die Beteiligungsattraktivität für privates Kapital erhöht und der Entwicklung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen unter den Regionalversorgern Auftrieb gegeben werden. Neben der Entscheidung des Gesetzgebers für die Verwirklichung der materiellen Privatisierung des vormals volkseigenen Vermögens war diesem aber auch an einer wesentlichen Möglichkeit der Einflussnahme der öffentlichen Hand auf die Geschicke der daseinswichtigen Elektrizitätsversorgung mittels Kapitalbeteiligung an den Elektrizitätsversorgungsunternehmen gelegen.[224]

Gegen diese Änderung des KVG legten 164 Kommunen Kommunalverfassungsbeschwerde bei dem BVerfG ein. Am 22.12.1992 kam es zu einer Verständigungslösung vor dem BVerfG. In ihrem Kern enthielt sie u. a. die Akzeptanz der Bildung von kommunalen Elektrizitätsversorgungsunternehmen mit dem Anlagevermögen der regionalen Elektrizitätsversorgungsunternehmen bei Vorliegen einer Genehmigung nach § 5 Abs. 1 EnWG a. F. Voraussetzung war der Verzicht auf eine Beteiligung an den Regionalversorgern sowie auf die Geltendmachung von Restitutionsansprüchen.[225] Obwohl die Gerichte im Nachgang die Allgemeinverbindlichkeit dieser Verständigungslösung ablehnten, wurde ihr die vom BVerfG gewollte Regelungs- und Vorbildwirkung für alle Kommunen und Regionalversorger allgemein zuerkannt.[226] Im Hinblick auf die Gemeinwohlrelevanz der Elektrizitätsversorgung eröffnete die Verständigungslösung vor dem BVerfG letztlich die Möglichkeit, das Stromvermögen der ehemaligen DDR nicht nur zu privatisieren, sondern auch zu kommunalisieren.

Ansonsten wurde das in der DDR geltende Recht der Elektrizitätsversorgung mit dem EVertr durch das EnWG nebst den zugehörigen Verordnungen ersetzt (Art. 8 EVertr).

224 *Löwer*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 167 (211).
225 *Berndt*, in: Kimme (Hrsg.), KVG, § 4, Rn. 18.
226 Vgl. zu den Wirkungen der Verständigungslösung in Bezug auf die nicht Beschwerde führenden ostdeutschen Kommunen: *Schulze*, LKV 1996, S. 156 (157).

3. Entwicklung kommunaler Elektrizitätsversorgungsunternehmen in Europa

a) Entwicklung bis Mitte der 1990er-Jahre

Bei Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) 1957 war die Situation der Elektrizitätsversorgungsmärkte in den Mitgliedstaaten ähnlich. Prägendes Strukturprinzip in den nationalen Märkten war die Gebietsmonopolversorgung. Ziel war indes ein europaweit dereguliertes, wettbewerbsorientiertes und entnationalisiertes Energierecht. Vorangetrieben wurde hierfür zunächst in erster Linie die Entwicklung eines grenzüberschreitenden Stromhandels auf der Ebene der Verbundunternehmen, welche sich zur Wahrnehmung ihrer Interessen in der UCPTE zusammengeschlossen hatten. Die Einheitliche Europäische Akte (EEA) 1986 gab als Ziel die Etablierung eines europäischen Binnenmarktes bis 1992 vor. Dieses Ziel konkretisierte die EK für den europäischen Energiebinnenmarkt 1988 mit ihrem Arbeitsdokument »Der Binnenmarkt für Energie«[227]. Hierbei wurden als Hindernisse im Elektrizitätsmarkt insbesondere die vorhandenen Monopole, die bestehenden Ausschließlichkeitsrechte und die fehlende Harmonisierung der Preis- und Tarifstrukturen bezeichnet.[228]

Die Richtlinie über den Transit von Elektrizitätslieferungen über große Netze (RL 1990/547/EWG) vom 29.10.1990 verpflichtete die Mitgliedstaaten zunächst zur Verhandlung zwischen den Betreibern integrierter Hochspannungsnetze mit stromeinspeisungswilligen Unternehmen über die Zurverfügungstellung der Netze zum Stromtransport und den Bedingungen hierfür.

Der Förderung der Transparenz der Strompreise für den industriellen Verbrauch diente die Richtlinie zur Einführung eines gemeinschaftlichen Verfahrens zur Gewährleistung der Transparenz der von industriellen End-

227 *EK*, KOM (1988) 238 ff.

228 *Löwer*, in: Fischer (Hrsg.), Die Geschichte der Stromversorgung, S. 167 (203 f.); *Brandt*, et 2002, S. 253 (254 f.).

verbrauchern zu zahlenden Gas- und Strompreise (RL 1990/377/EWG)[229] vom 23.06.1990. Transparenz - insbesondere im Bereich der öffentlichen Unternehmen - versuchte die Richtlinie über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen (RL 1980/723/EWG)[230] vom 25.06.1980 zu schaffen.[231]

b) Erste Elektrizitätsbinnenmarktreform

Am 19.12.1996 wurde die RL 1996/92/EG erlassen. Ziel dieses Rechtsakts war die schrittweise Schaffung eines effizienzgesteigerten europäischen Strombinnenmarkts durch die Einführung von Wettbewerb auf allen Wertschöpfungsstufen der Stromwirtschaft: der Stromerzeugung, der Stromübertragung sowie der Stromverteilung und -versorgung der Endkunden. Gleichzeitig sollten die Versorgungssicherheit und die Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Wirtschaft unter Wahrung des Umweltschutzes gesteigert werden. Während - dem Subsidiaritätsprinzip folgend - auf Gemeinschaftsebene jeweils nur die allgemeinen Rahmenvoraussetzungen festgelegt werden sollten, blieb den Mitgliedsstaaten vorbehalten, die Modalitäten im Einzelnen zu regeln. Kernpunkte waren eine freie Elektrizitätserzeugung, ein freier Netzzugang sowie eine organisatorische Trennung vertikal integrierter Elektrizitätsversorgungsunternehmen.[232]

c) Zweite Elektrizitätsbinnenmarktreform

Nach andauernder Diskussion zur weiteren Entwicklung des europäischen Elektrizitätsbinnenmarktes erfolgte dann mit dem Erlass der RL 2003/54/

---

229 Später ersetzt durch die Richtlinie zur Einführung eines gemeinschaftlichen Verfahrens zur Gewährleistung der Transparenz der vom industriellen Endverbraucher zu zahlenden Gas- und Strompreise vom 22.10.2008 (RL 2008/92/EG).

230 Später ersetzt durch die Richtlinie über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen vom 16.11.2006 (RL 2006/111/EG).

231 Umfassend hierzu: *Britz*, DVBl. 2000, S. 1641 ff.

232 Vgl. hierzu auch *Brand*, et 2002, S. 253 (255).

EG sowie der VO 1228/2003/EG eine grundlegende Novellierung des europäischen Energierechts.[233]

Ein stärkeres Augenmerk auf die Versorgungssicherheit als anerkannte wesentliche gemeinwirtschaftliche Verpflichtung zu legen, dürfte - sicherlich mit beeinflusst durch die Kalifornienkrise[234] - einer der für die grundlegende Änderung der RL 1996/92/EG maßgeblichen Gründe gewesen sein. Wichtiger Aspekt für die Forderung eines geregelten Netzzugangs war aber wohl auch die ab 2004 geplante Aufnahme weiterer Mitgliedstaaten mit zum Teil defizitären Infra- und damit auch Elektrizitätsversorgungsnetzstrukturen.[235]

Ansonsten waren definierte Ziele der RL 2003/54/EG

- die Liberalisierung und Harmonisierung des Elektrizitätsbinnenmarkts,
- der Schutz der Konsumenten vor Marktmissbrauch,
- die Erhaltung und Effizienz der regulierten Unternehmen sowie
- die Gewährleistung von Versorgungssicherheit.

---

233 Zum Rechtsetzungsverfahren: *Pirstner-Ebner*, NVwZ 2004, S. 69 ff.; zu Ursprung, Entstehung und Inhalt: *Mombaur/Balke*, RdE 2003, S. 161 ff.; *Schütz/Tüngler*, RdE 2003, S. 98 ff.; *Scholtka*, NJW 2002, S. 483 ff.

234 In Kalifornien wurde bereits 1994 die Entscheidung getroffen, den kalifornischen Strommarkt zu liberalisieren. Die entsprechende Marktöffnung erfolgte am 01.04.1998. Eingeführt wurden eine Strombörse - über welche in einer Übergangsphase bis 2002 Strom ausschließlich gehandelt werden durfte - und ein unabhängiger Netzbetreiber, zuständig für Systemdienstleistungen und Engpassmanagement. Die bisherigen Versorger sollten bei Abgeltung ihrer Stranded Investments durch ein rigoros durchgesetztes Unbundling entmachtet werden. Bis zur Abgeltung der Stranded Investments wurden die Endverbraucherpreise festgeschrieben. Einerseits aufgrund eines extremen Anstiegs der Stromgroßhandelspreise und der Unmöglichkeit einer Umlage auf die Endverbraucher sowie andererseits wegen ausgebliebener Investitionen in Qualität und Quantität des Versorgungsnetzes war die Zahlungs- und Lieferunmöglichkeit der Versorger vorprogrammiert. Im Januar 2001 kam es zur Unterbrechung der Stromversorgung für Millionen von Endkunden. (Vgl. hierzu, zu Lösungsansätzen und zu Vergleichen zur europäischen Situation: *Haas/Auer*, et 2001, S. 280 ff.; *Kerber*, et 2001, S. 60 ff.)

235 *Kühne*, RdE 2002, S. 257 (261 ff.).

Die Richtlinie enthielt ein Reformpaket zum Zwecke des Erreichens der Marktöffnungsziele der Europäischen Gemeinschaft (EG). Das Augenmerk lag dabei insbesondere auf der Entflechtung des Netzbetriebs, der Gewährung eines diskriminierungsfreien Netzzugangs, der Forcierung des grenzüberschreitenden Stromhandels und der Gewährleistung von Gemeinwohlzielen, namentlich der Versorgungssicherheit. Aufgrund der zwischen den Mitgliedstaaten formal und tatsächlich stark divergierenden Marktöffnungsgrade sollte nunmehr eine vollständige Öffnung der Elektrizitätsmärkte für gewerbliche Abnehmer bis Mitte 2004 und für Haushaltskunden bis Mitte 2007 erfolgen. Da die Stromnetze meist nicht lediglich ausschließlich Netz betreibenden, sondern vertikal integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen gehörten und damit zwischen Netzbetreibern und potentiellen Netznutzern eine Konkurrenz auf den vor- und nachgelagerten Erzeugungs- und Vertriebsmärkten bestand, sollte die Entflechtung des Netzbetriebs im Interesse einer strukturellen Neutralitätsgewähr verstärkt werden. Zukünftig sollte der Netzbetrieb in eine eigenständige Gesellschaft ausgelagert werden.[236] Der bisherige weite Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten wurde erheblich eingeschränkt. Zulässig war lediglich noch das System des regulierten Netzzugangs. Hierfür hatten die Mitgliedstaaten eine oder mehrere - nicht notwendig neu einzurichtende, aber unabhängige - Stellen mit der Aufgabe einer sektorspezifischen Regulierungsbehörde zu betrauen. Diese hatte u.a. die Ex-ante-Regulierung hinsichtlich der Anschluss-, Zugangs- und Ausgleichsleistungen nebst der Entgelte hierfür (bspw. die Festlegung bzw. Genehmigung der Netztarife zumindest hinsichtlich der Berechnungsmethoden und der Zugangsbedingungen) und die entsprechende Ex-post-Kontrolle (bspw. Einsichtnahmen, Überwachung und Marktmonitoring) zu übernehmen. Jedermann sollte gegen die Festlegungen bzw. Genehmigungen der Regulierungsbehörde ein Klagerecht zustehen. Eine Streitbeilegungsstelle sollte für Streitigkeiten zwischen Betroffenen und Netzbetreibern zustän-

236 Dies betraf Übertragungsnetzbetreiber und Verteilungsnetzbetreiber mit mehr als 100.000 Kunden, wobei der Schwellenwert regelmäßig durch die EK geprüft und ggf. gesenkt werden konnte. Ausnahmen sollten möglich, jedoch nur durch Richtlinienänderung zu bewirken sein.

dig sein. Die Mitgliedstaaten wurden jedoch auch zur Gewährleistung einer flächendeckend preiswerten Versorgung, von Verbraucherschutz, Umweltschutz und Versorgungssicherheit durch öffentliche Dienstleistungen verpflichtet. Die Steuerung sollte zunächst durch behördliche Beobachtung - ggf. auch durch Benennung nationaler Versorger letzter Instanz - und Kennzeichnung des Energieträgermixes erfolgen. Insgesamt sollten hierfür die mitgliedstaatlichen Gestaltungsfreiräume eingeschränkt und einheitliche Mindeststandards erreicht werden. Der mitgliedstaatliche Strommarkt sollte forciert werden. Die unmittelbar in den einzelnen Mitgliedstaaten geltende VO 1228/2003/EG enthielt hierfür Rahmenregelungen über Ausgleichszahlungen für Transitflüsse, um die Kosten des grenzüberschreitenden Stromhandels nach den Grundsätzen der Kostenorientierung, Transparenz, Netzeffizienz, Diskriminierungsfreiheit und Langfristigkeit gleichmäßig auf alle Netznutzer zu verteilen. Durch einen Informationsaustausch zwischen den Übertragungsnetzbetreibern sollten Netzengpässe minimiert und Übertragungskapazitäten veröffentlicht werden. Die Vollzugsverantwortung für die Verordnung sollte bei der jeweiligen nationalen Regulierungsbehörde liegen. Der EK standen daneben weitere Einwirkungsmöglichkeiten zur Verfügung.[237]

Der europäische Gesetzgeber vollzog damit einen beachtlichen Paradigmenwechsel. Einheitlich wurde den Mitgliedstaaten eine Gewährleistungsverantwortung für die Einführung und Funktion eines Systems für den Netzzugang Dritter - gekennzeichnet durch die Verpflichtung zu einer generalisierten staatlichen Ex-ante-Regulierung und ergänzenden Ex-post-Kontrolle durch einen eigenständigen und unabhängigen Regulator[238] - auferlegt. Raum für private Selbstverpflichtungen bestand damit kaum noch. Die Regulierungstiefe in den einzelnen Mitgliedstaaten hing davon ab, inwieweit sich bereits ein funktionierender Wettbewerb eingestellt hatte und welche regulatorischen Maßnahmen von Nöten waren,

237 Vgl. zum zweiten europäischen Reformpaket: *Schneider/Prater*, IR 2004, S. 5 ff.; *Rosin/Krause*, et 2003, S. 17 ff.

238 Zu den Möglichkeiten der Mitgliedstaaten betreffend die institutionelle Ausgestaltung eines Regulators vgl.: *Tettinger/Pielow*, RdE 2003, S. 289 ff.

um der staatlichen Gewährleistungsfunktion zu genügen. Von wesentlicher Bedeutung war dabei das Erfordernis einer schlanken, überschaubaren und finanzierbaren Verwaltung, welche für die ständigen Veränderungen in Technik, Wirtschaft und Wettbewerb über ausreichend Flexibilität verfügte.

An der Kompetenz der EG zu derart dirigistischen Eingriffen in die Angelegenheiten der Mitgliedstaaten wurden immer wieder Zweifel geäußert. Diskutiert wurde, ob insoweit noch die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit gewahrt waren.[239]

Im Ergebnis ließ diese Entwicklung eine deutliche Hinwendung der EG zu Aspekten des Gemeinwohls sowie zu einer Ausbalancierung von Wettbewerb und Gemeinwohl erkennen. Es zeigte sich eine Tendenz von wettbewerbsorientierter Liberalisierung hin zu gemeinwohlorientiert reguliertem Wettbewerb.[240]

d) Dritte Elektrizitätsbinnenmarktreform

Inzwischen hat die EU das Dritte Legislativpaket u. a. zur Reform des Elektrizitätsbinnenmarkts verabschiedet.

Anlass für diese weitere Änderung des europäischen Energierechts war u. a. die Einschätzung der EK in ihrer »Untersuchung der europäischen Gas- und Elektrizitätssektoren« vom 10.01.2007[241], dass sich der europäische Elektrizitätsbinnenmarkt bislang nicht in einem zufrieden stellenden Umfang entwickelt habe. Nach wie vor sei jener gekennzeichnet durch vertikale Marktabschottungen, mangelnde infrastrukturelle Investitionen, diskriminierende Verhaltensweisen der integrierten Netzbetreiber zugunsten der mit ihnen im Konzern verbundenen Unternehmen und damit zum Nachteil der Wettbewerber, unzureichende grenzüberschreiten-

239 *Kühne*, RdE 2002, S. (257) 262 f.; vgl. zur Diskussion um die Kompetenzabgrenzung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten: *Jennert*, NVwZ 2003, S. 936 ff.
240 *Kühne*, RdE 2002, S. 257 (258).
241 *EK*, KOM (2006) 851 ff.

de Handelsflüsse, mangelnde Transparenz sowie überhöhte Preise auf den Großhandelsmärkten. Eine wesentliche Ursache hierfür liege darin, dass in einem vertikal integrierten Unternehmen die Sparten Netz und Vertrieb im Hinblick auf die Gewinnerzielung häufig gemeinsame Interessen verfolgten. Ferner habe sich die bisherige Regulierung in den Mitgliedstaaten nicht als ausreichend wettbewerbswirksam erwiesen. Dies gelte insbesondere hinsichtlich der Etablierung eines (grenzüberschreitenden) europäischen Elektrizitätsmarkts.[242]

Das Reformpaket umfasst die Dritte Richtlinie über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt (RL 2009/72/EG), die Zweite Verordnung über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel (VO 714/2009/EG) und eine Verordnung zur Gründung einer europäischen Agentur für die Zusammenarbeit der mitgliedstaatlichen Energieregulierungsbehörden (VO 713/2009/EG). Inhaltlich geht es im Kern um das Erreichen von mehr Verbraucherschutz, Wettbewerb, Sicherheit und Nachhaltigkeit auf dem europäischen Strommarkt.

Dies soll nach der RL 2009/72/EG durch

- die Festlegung von Gemeinwohlverpflichtungen der Mitgliedstaaten, welche jene den Elektrizitätsunternehmen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse auferlegen können,

- die weitergehende Entflechtung im Wege des Full Ownership Unbundling (FOU)[243], des Einsatzes eines Independent System Operator (ISO)[244] oder eines Independent Transmission Operator (ITO)[245],

242 Vgl. hierzu auch: *Klotz*, NuR 2007, S. 67 f.

243 Hierunter ist die vollständige eigentumsrechtliche Trennung zwischen dem Bereich Stromübertragung (Netzeigentum/Netzbetrieb) und den Funktionen Stromerzeugung sowie Stromvertrieb zu verstehen (Art. 9 RL 2009/72/EG).

244 Hiermit ist der Einsatz eines unabhängigen Netzbetreibers gemeint (Art. 13 f. RL 2009/72/EG).

245 Dieser Begriff steht für die Schaffung eines Netzbetreibers als weitgehend selbständiges Unternehmen innerhalb eines vertikal integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmens (Art. 17 ff. RL 2009/72/EG).

- die Festschreibung von Vorgaben für die Übertragungs- und Verteilungsnetzbetreiber im Hinblick auf die Gewährleistung eines/einer sicheren und diskriminierungsfreien Netzzugangs/Netznutzung sowie

- die Einrichtung von selbständigen nationalen mit den erforderlichen Befugnissen ausgestatteten Regulierungsbehörden

bewerkstelligt werden.

Ferner sollen auf der Grundlage der VO 714/2009/EG gerechte Regeln für den grenzüberschreitenden Stromhandel aufgestellt werden. Hierzu gehören die Schaffung von Ausgleichsmechanismen für grenzüberschreitende Stromflüsse, die Festlegung harmonisierter Grundsätze hinsichtlich der Entgelte für die grenzüberschreitende Übertragung und im Hinblick auf die Vergabe der auf den Verbindungsleitungen zwischen nationalen Übertragungsnetzen verfügbaren Kapazitäten sowie die Förderung eines reibungslos funktionierenden und transparenten Großhandelsmarkts mit einem hohen Maß an Versorgungssicherheit. Durch die ENTSO-E sind entsprechende Netzkodizes auszuarbeiten. Außerdem kann die EK Leitlinien vorgeben, für deren Einhaltung die nationalen Regulierungsbehörden zu sorgen haben.

Die VO 713/2009/EG sieht schließlich die Gründung einer - rechtlich selbständigen - »Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden« vor. Aufgabe dieser Agentur soll die Abgabe von Stellungnahmen und Empfehlungen gegenüber den Übertragungs- und Fernleitungsnetzbetreibern, den nationalen Regulierungsbehörden, dem Europäischen Parlament (EP), dem Europäischen Rat (ER) und der EK sowie das Treffen von rechtsmittelfähigen Einzelfallentscheidungen im Zusammenhang mit Regulierungsfragen betreffend grenzüberschreitende Infrastrukturen sein.

Das Reformpaket ist sowohl in verfassungsrechtlicher Hinsicht als auch unter Kompetenzgesichtspunkten nicht unumstritten. Die weitergehen-

den Entflechtungsvorgaben der EU griffen in jeglicher Variante zu Lasten vertikal integrierter Elektrizitätsversorgungsunternehmen in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG ein. Dieser Eingriff sei weder gerechtfertigt noch verhältnismäßig. So sei noch nicht einmal erwiesen, ob mit den bisherigen Regelungen zur Entflechtung tatsächlich nicht die erhoffte Wirkung zu erzielen gewesen sei. Auf Grund der Kürze der seit ihrem Inkrafttreten vergangenen Zeit könnten hierzu noch gar keine verlässlichen Aussagen getroffen werden. Ferner sei zweifelhaft, ob die neuen Vorschriften die gewünschten Erfolge brächten. In jedem Falle seien die gravierenden Eingriffe in das Eigentum der betroffenen Unternehmen nicht aufgrund von vorrangigen Interessen hinzunehmen.[246] Außerdem überschritte die EU vor allem mit den Regelungen zur Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Einrichtung eigenständiger Energieregulierungsbehörden mit Befugnissen, die über die klassischen Befugnisse der Kartellbehörden hinausgingen, ihre Kompetenzen. Im Ergebnis kämen diese Vorgaben einer Marktergebniskontrolle gleich. Die (unionsrechtlichen) Wettbewerbsregeln erlaubten allerdings nur Marktstruktur- und Marktverhaltenskontrollen.[247] Schließlich begegneten auch die Einrichtung einer selbständigen Agentur mit eigenen Entscheidungsrechten auf europäischer Ebene sowie die Ermächtigung der EK zum Erlass verbindlicher Leitlinien durchgreifenden Bedenken. Dem europäischen Primärrecht sei keine Grundlage für derartige Kompetenzverschaffungen der EK zu entnehmen.[248] Abzuwarten bleibt, wie sich die rechtswissenschaftliche Diskussion hierzu insbesondere in Ansehung der neuerlichen Rechtsprechung des BVerfG[249] entwickeln wird.

e) Nachhaltigkeit und Sicherheit der Elektrizitätsversorgung

Neben dem Ziel der Herstellung von Wettbewerb in der europäischen Elektrizitätsversorgung durch Vollendung des Elektrizitätsbinnenmarktes

246 *Mayen/Karpenstein*, RdE 2008, S. 33 (35 ff.).
247 *Ehricke*, RdE 2008, S. 159 (160 ff.).
248 *Lecheler*, RdE 2008, S. 167 (169 ff.).
249 S. unten Teil 2, A, I, 1.

sind auf europäischer - wie auch auf nationaler - Ebene Ziele wie die Nachhaltigkeit und die Versorgungssicherheit der Elektrizitätsversorgung von Bedeutung. Priorität besitzen hier die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien[250], eine wirtschaftliche und effiziente Energienutzung[251] - u.a. über die Nutzung der Kraft - Wärme - Kopplung[252] - und die Sicherheit der Elektrizitätsversorgung[253]. Ferner wird im europäischen Bereich die Entwicklung der Kernenergie als wichtige Aufgabe angesehen.[254]

II. Tätigkeitsbereiche kommunaler Elektrizitätsversorgungsunternehmen in der Elektrizitätswirtschaft

1. Funktionen in der Elektrizitätswirtschaft

Elektrische Energie ist ohne Umwandlung in einen anderen Energieträger nicht speicherbar. Der Transport elektrischer Energie ist deshalb lediglich mittels spezieller Übertragungs- und Verteilsysteme möglich. Er ist leitungsgebunden. Aufgrund dieser Leitungsgebundenheit gibt es in der Elektrizitätswirtschaft verschiedene Marktstufen, die die elektrizitätswirtschaftliche Wertschöpfungskette bilden. Unterschieden wird hinsichtlich der mit der Stromversorgung verbundenen technisch-physikalischen Aktivitäten zwischen der Elektrizitätserzeugung, der Elektrizitätsübertragung und der Elektrizitätsverteilung.[255]

---

250 Vgl. die Richtlinie zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen (RL 2001/77/EG), die mit Wirkung ab dem 01.01.2012 durch die Richtlinie zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen (RL 2009/28/EG) ersetzt werden wird.

251 Vgl. die RL 2006/32/EG sowie die Richtlinie über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden (RL 2010/31/EU).

252 Vgl. die Richtlinie über die Förderung einer am Nutzwärmebedarf orientierten Kraft-Wärme-Kopplung im Elektrizitätsbinnenmarkt (RL 2004/8/EG).

253 Vgl. die Richtlinie zur Gewährleistung der Sicherheit der Elektrizitätsversorgung und von Infrastrukturinvestitionen (RL 2005/89/EG).

254 Vgl. den Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (EAGV).

255 Vgl. *Theobald*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, S. 1 (S. 3 ff.); *Nill-Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, S. 73 ff.

a) Elektrizitätserzeugung

Elektrizitätserzeugung meint Stromherstellung durch Kraftwerke mit unterschiedlichen Technologien. Verschiedene Primärenergieträger werden mittels Generatoren in elektrische Energie umgewandelt. Zum Einsatz kommt eine Vielzahl an Kraftwerkstypen, welche sich jeweils nach der umzuwandelnden Energie richten: mechanische Kraftwerke zur Umwandlung von Wind- und Wasserkraft, thermische Kraftwerke zur Elektrizitätsgewinnung aus fossilen Energieträgern (wie Erdgas, Steinkohle und Braunkohle) und aus Kernenergie, solarthermische und photovoltaische Anlagen zur Nutzung von Sonnenenergie - um nur einige Typen aufzuzählen.[256]

Während Technologien (bspw. Elektrizitätsgewinnung aus Steinkohle) mit hohen variablen Kosten zur Deckung der Nachfrage in Mittel- und Spitzenlastzeiten zum Einsatz kommen, werden kapitalintensive Technologien (bspw. Elektrizitätsgewinnung aus Kernkraft) mit geringen Brennstoffkosten zur Deckung der Grundlast genutzt.[257]

b) Elektrizitätsübertragung

Die Funktion der Elektrizitätsübertragung umfasst die Stromeinspeisung auf Höchstspannungsebene (in Deutschland: 380 kV bzw. 220 kV) von jeweils einem Großkraftwerk und die Fortleitung des Stroms von dem Ort der Erzeugung bis zur Region der Verteilung über ein fest installiertes Netz, bestehend aus Leitungen für den Transport und Transformatoren für die Umspannung der Elektrizität zwischen den Netzebenen.[258]

c) Elektrizitätsverteilung

Die lokale Elektrizitätsverteilung erfasst den Stromtransport von der Übergabestelle des Hochspannungsnetzes (Netzknotenpunkt) bis zum

256 *Riechmann*, in: Bartsch/Röhling/Salje/Scholz (Hrsg.), Stromwirtschaft, S. 2 (4 f.); *Nill-Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, S. 73.
257 *Riechmann*, in: Bartsch/ Röhling/Salje/Scholz (Hrsg.), Stromwirtschaft, S. 2 (4 f.).
258 *Riechmann*, in: Bartsch/ Röhling/Salje/Scholz (Hrsg.), Stromwirtschaft, S. 2 (6 f.).

Endverbraucher. Je nach Spannungsbedarf erfolgt die Abgabe des Stroms an die Endverbraucher: an große Industrieabnehmer aus dem Hochspannungsnetz (110 kV), an Industrieabnehmer aus dem Mittelspannungsnetz (1 kV - 100 kV, i. d. R. 20 kV) und an Gewerbe-, Haushalts- und Landwirtschaftsabnehmer aus dem Niederspannungsnetz (</= 1kV, i. d. R. 0,4 kV).[259]

d) Nebenfunktionen

Um diese drei wesentlichsten Funktionen ranken sich inzwischen eine Vielzahl an Teilfunktionen wie bspw. die Spannungs- und Frequenzhaltung, die Bereitstellung von Reserve- und Netzdienstleistungen, die Systemsteuerung im Netz, das Risikomanagement, die Informationsübermittlung zu Steuer- und Messzwecken, die Stromverbrauchs- und leistungsmessung, die Abrechnung von Elektrizitätseinspeisungen sowie -entnahmen oder etwa auch der Stromhandel bzw. -verkauf.[260]

e) Entbündelung der Funktionen

Während Elektrizitätsübertragung und Elektrizitätsverteilung aufgrund der alleinigen Möglichkeit des Transports über ein fest installiertes Netz natürlichen Monopolcharakter besitzen, sind Elektrizitätserzeugung und Elektrizitätshandel Funktionen mit potentiell wettbewerblichem Charakter. Dies gilt ebenso für die mit der jeweiligen Hauptfunktion verbundenen Teilfunktionen. Entsprechend ihrem Charakter muss deshalb jede Funktion der Elektrizitätsversorgung gesondert dem Wettbewerb zugänglich gemacht und alsdann - soweit erforderlich - individuell reguliert werden. Erforderlich hierfür ist die Entbündelung der Funktionen.[261]

---

259 *Riechmann*, in: Bartsch/ Röhling/Salje/Scholz (Hrsg.), Stromwirtschaft, S. 2 (7).
260 *Riechmann*, in: Bartsch/ Röhling/Salje/Scholz (Hrsg.), Stromwirtschaft, S. 2 (2 f.).
261 *Riechmann*, in: Bartsch/ Röhling/Salje/Scholz (Hrsg.), Stromwirtschaft, S. 2 (2 f.); s. ferner unten Teil 2, A, III, 3, b).

2. Funktionswahrnehmung in der Elektrizitätswirtschaft

a) Funktionswahrnehmung durch Verbundunternehmen, Regionalversorgungsunternehmen und lokale Elektrizitätsversorgungsunternehmen

Die Funktionen Elektrizitätserzeugung, Elektrizitätsübertragung und Elektrizitätsverteilung werden durch Verbundunternehmen, Regionalversorgungsunternehmen und lokale Elektrizitätsversorgungsunternehmen wahrgenommen.

Verbundunternehmen sind für die überregionale Reservevorhaltung sowie den regionalen und internationalen Stromaustausch verantwortlich. Teilweise beliefern sie auch Endkunden.[262]

Regionalversorgungsunternehmen übernehmen die Funktion der Weiterverteilung von Elektrizität in Flächenregionen. Zum Teil sind sie in der Stromerzeugung und der Endkundenversorgung tätig.[263]

Lokale Elektrizitätsversorgungsunternehmen beziehen hauptsächlich Elektrizität von Verbundunternehmen oder Regionalversorgungsunternehmen und sind für die Weiterverteilung und den Stromverkauf an den Endkunden zuständig. Oftmals übernehmen sie auch die Funktion der Stromerzeugung, häufig gekoppelt mit Wärmeerzeugung und Belieferung der Endkunden.[264]

Bislang waren die Verbundunternehmen (auch) Eigentümer und Betreiber des Höchstspannungsnetzes (Verbundnetz). Die Regionalversorgungsunternehmen betrieben die in ihrem Eigentum stehenden Mittelspannungsnetze, und die lokalen Elektrizitätsversorgungsunternehmen waren Eigentümer und Betreiber der Niederspannungsnetze. Aufgrund der gesetzli-

---

262 *Theobald*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, S. 1 (5); *Nill-Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, S. 76.

263 *Theobald*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, S. 1 (5); *Nill-Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, S. 76.

264 *Theobald*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, S. 1 (5); *Nill-Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, S. 76.

chen Vorgaben zur Entflechtung[265] werden diese Funktionen inzwischen regelmäßig von unabhängigen Netzbetreibern wahrgenommen.

Die horizontale Organisationsstruktur zwischen den Verbundunternehmen, den Regionalversorgern und den lokalen Elektrizitätsversorgungsunternehmen ist durchzogen von einer starken vertikalen Integration bspw. durch Kapitalbeteiligungen, Lieferverträge, Kooperationen usw.[266] Im Ergebnis sind damit die Verbundunternehmen, die Regionalversorger und die lokalen Elektrizitätsversorgungsunternehmen zugleich Akteure auf dem Markt der Stromerzeugung, wie dem Markt der Stromübertragung und -verteilung, welcher durch den Charakter eines natürlichen Monopols der Eigentümer an den Übertragungs- und Verteilungsnetzen gekennzeichnet ist, sowie ferner dem Markt für den Stromhandel, welcher sich nach der Auffassung des BKartA[267] wiederum in die folgenden drei Marktstufen aufteilt:

- oberste Marktstufe - 380 kV/220 kV - (Belieferung großer Weiterverteiler)
- mittlere Marktstufe - 20 bis 110 kV - (Belieferung lokaler Elektrizitätsversorgungsunternehmen)
- unterste Marktstufe - bis 30 kV – (Belieferung gewerblicher, landwirtschaftlicher und privater Endabnehmer),

sowie auf den Märkten einzelner Nebenfunktionen.

265 S. unten Teil 2, A, III, 3, b).

266 *Theobald*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, S. 1 (5); *Nill-Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, S. 77; zum Konflikt zwischen Industriepolitik und BKartA in Bezug auf Ver- und Entflechtung in der Elektrizitätswirtschaft vgl. bspw.: *Möschel*, DB 2001, S. 131 ff.; *Däuper*, WuW 2002, S. 460 ff.; *Säcker/Boesche*, BB 2001, S. 2329 ff.

267 *BKartA*, WuW 2000, S. 1117 (1120).

b) Funktionswahrnehmung durch kommunale Elektrizitätsversorgungsunternehmen

Kommunen agieren in diesem Organisationsgefüge meist auf der lokalen Ebene. Dort können sie in vielerlei Hinsicht Einfluss auf die Belange der örtlichen Elektrizitätsversorgung nehmen:

Als Eigentümer des Großteils der öffentlichen Verkehrswege nehmen sie über den Abschluss von Konzessionsverträgen gem. §§ 46 ff. EnWG Einfluss darauf, wer im Gemeindegebiet den Betrieb des örtlichen Elektrizitätsversorgungsnetzes übernimmt. Mittels örtlicher Bauleitplanung setzen sie Rahmenbedingungen für örtliche Elektrizitätsversorgungsanlagen (§§ 1 ff. Baugesetzbuch - BauGB -). Sie sind oft beträchtliche Elektrizitätsnachfrager hinsichtlich des eigenen Verbrauchs. Sie übernehmen aber auch häufig die Angebotsseite oder beteiligen sich hieran. Dort sind sie - meistens über kommunale Unternehmen oder kommunale Unternehmensbeteiligungen - in den Bereichen der Elektrizitätserzeugung, der Elektrizitätsverteilung und des Elektrizitätsverkaufs tätig.[268]

Auch auf regionaler Ebene sind Kommunen zunehmend tätig - größtenteils über vertrags- und/oder gesellschaftsrechtliche Vernetzungen mit Elektrizitätsversorgungsunternehmen der Privatwirtschaft.

Mit der Errichtung von kommunalen Elektrizitätsversorgungsunternehmen oder der Beteiligung an (privaten) Elektrizitätsversorgungsunternehmen verfolgen die Kommunen oftmals die Gewährleistung einer sicheren und preisgünstigen Elektrizitätsversorgung der örtlichen Bevölkerung als leistungsstaatlicher Aspekt, eine politische Steuerung des örtlichen Elektrizitätsversorgungsmarktes bzw. eine Machtbeschränkung privatwirtschaftlicher Monopole als ordnungspolitischer Aspekt und/oder eine Einbeziehung eigener Elektrizitätsversorgungsunternehmen in kommunale energie-, umwelt- und ressourcenpolitische Versorgungskonzepte als planerischer Aspekt. Ferner ist aufgrund wachsender Sparzwänge

268 *Britz*, in: Schneider /Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, S. 149 (152 f.).

und Wettbewerbsdruck immer mehr eine unternehmerische Tätigkeit der Kommunen nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen gefragt. Die Einnahmeerzielung als fiskalischer Aspekt spielt eine immer größere Rolle.[269]

Der Einsatz des Ob und Wie kommunaler Elektrizitätsversorgungsunternehmen bzw. von Beteiligungen an (privaten) Elektrizitätsversorgungsunternehmen kann nicht losgelöst von den kommunalen Interessen und Verpflichtungen im Rahmen der örtlichen Elektrizitätsversorgung gesehen werden:

Im Bereich der Elektrizitätserzeugung gewinnt die Entwicklung einer dezentralen lokalen Stromerzeugung aus Gründen der Versorgungssicherheit, des Umweltschutzes und der Ressourcenschonung immer mehr an Bedeutung. Die Förderung der Stromerzeugung aus - lokalen - Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen sowie aus - ebenfalls lokalen - Anlagen zur Erzeugung von Elektrizität aus alternativen Energieträgern wie Wasser, Wind und Sonne ist dabei besonders hervorzuheben.[270]

In besonderer gemeindlicher Verantwortung liegt auch die Elektrizitätsübertragung und -verteilung über das örtliche Stromversorgungsnetz unter Nutzung öffentlicher Wege, Straßen und Plätze - also die meist in kommunalem Eigentum stehenden öffentlichen Verkehrswege -, für deren Bau und Unterhaltung die Kommunen zu sorgen haben (vgl. bspw. § 44 des Straßengesetzes für den Freistaat Sachsen - SächsStrG -). Hier bedarf es interessengerechter Regelungen hinsichtlich der Nutzungsbedingungen und -vergütungen. Je nach der Regelung in dem jeweiligen Konzessionsvertrag fällt nach dem zeitlichen Ablauf des zwischen einer Kommune und einem Elektrizitätsversorgungsunternehmen bzw. einem Elektrizitätsnetzbetreiber geschlossenen Konzessionsvertrages das der örtlichen Elektrizitätsversorgung dienende Netz von dem Elektrizitätsversorgungsunternehmen bzw. von dem Elektrizitätsnetzbetreiber (entgeltlich) an die

269 *Britz*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, S. 149 (153).

270 Vgl. hierzu: *Schneider*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, S. 1115 (1118 ff.).

Kommune zurück. Die Gewährleistungs- und Regulierungsverantwortung der Kommune schlägt dann in eine Leistungsverantwortung um. Die Kommune muss in diesem Fall den Betrieb des gemeindlichen Elektrizitätsversorgungsnetzes (und ggf. die örtliche Elektrizitätsversorgung) selbst sicherstellen.[271]

In Gemeindegebieten, in denen die Kommunen den Betrieb des örtlichen Elektrizitätsversorgungsnetzes und/oder die allgemeine Versorgung von Letztverbrauchern selbst durchführen, obliegt ihnen schließlich eine Anschluss- und Versorgungspflicht.[272]

III. Zusammenfassung

Bereits seit den Anfängen der Elektrifizierung in Deutschland beteiligen sich die Kommunen am Aufbau der Elektrizitätsversorgungsstruktur. Kommunale Elektrizitätsversorgungsunternehmen waren in diesem Zusammenhang seit jeher ein wichtiger Bestandteil der örtlichen Kommunalpolitik, sei es unter leistungsstaatlichen, ordnungspolitischen, planerischen oder aber unter fiskalischen Gesichtspunkten. Zunehmend befinden sie sich allerdings in einem Spannungsfeld zwischen der - vor allem wettbewerbsorientierten - rechtspolitischen Entwicklung und den kommunalen Belangen im Elektrizitätsbereich. Kommunale Elektrizitätsversorgungsunternehmen sind auf allen Marktstufen, die die elektrizitätswirtschaftliche Wertschöpfungskette bilden, tätig. Meist agieren sie allerdings im lokalen Bereich, wo sie für eine funktionierende örtliche Elektrizitätsversorgung eine besondere Verantwortung tragen.

271 *Templin*, Recht der Konzessionsverträge, S. 224 ff.
272 §§ 18 Abs. 1 S. 1, 36 Abs. 1 S. 1 EnWG.

2. Teil: Die normativen Zielvorgaben in der Elektrizitätswirtschaft und die kommunale Verantwortlichkeit für deren Erreichen

Nachdem im ersten Teil die (allgemeinen) Rahmenbedingungen kommunaler Wirtschaftsunternehmen sowie alsdann die historische Entwicklung von kommunalen Elektrizitätsversorgungsunternehmen nebst ihrem heutigen Tätigkeitsspektrum in der Elektrizitätswirtschaft dargestellt wurden, soll im zweiten Teil auf die (allgemeinen) gesetzlichen Zielvorgaben in der Elektrizitätswirtschaft (A) und im Folgenden auf die kommunale Verantwortung für deren Erreichen (B) eingegangen werden.

A. Normative Zielvorgaben in der Elektrizitätswirtschaft

Die folgende Darstellung der allgemeinen gesetzlichen Rahmenbedingungen in der Elektrizitätswirtschaft erfolgt im Wege einer Betrachtung der europarechtlichen Bestimmungen (I), der verfassungsrechtlichen Vorgaben (II) und der bundesgesetzlichen Regelungen (III). Im Anschluss folgen Ausführungen zur kumulativen Geltung der Zielvorgaben (IV).

I. Europarechtliche Zielvorgaben

Die großen Herausforderungen im Elektrizitätsbereich bestimmen den Alltag der EU seit vielen Jahren. Der Klimawandel, die steigende Importabhängigkeit aufgrund der endlich vorhandenen natürlichen Ressourcen, die gesicherte Versorgung der Bevölkerung zu akzeptablen Preisen - dies sind die Themen, mit denen sich die EU in diesem Zusammenhang zu befassen hat.

1. Anwendbarkeit europäischer Rechtsnormen im nationalen Recht

Das Recht der EU und das Recht der Mitgliedstaaten bilden zwei getrennte Rechtskreise, die indes miteinander verbunden sind.[273] Das Recht der EU geht dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten vor.[274] Der Vorrang kommt jedwedem Recht der EU gegenüber jedwedem nationalem Recht zu.[275] Allerdings handelt es sich (nur) um einen Anwendungs-, nicht aber um einen Geltungsvorrang: Dem Unionsrecht widersprechende Normen der nationalen Rechtsordnungen sind nicht nichtig, sie werden bei einem Sachverhalt mit europarechtlicher Dimension lediglich »außer Acht gelassen«.[276] Dieser Anwendungsvorrang folgt in der BRD aus dem innerstaatlichen Rechtsanwendungsbefehl, der für das europäische Primärrecht und das auf seiner Grundlage von den EU-Organen gesetzte Recht den jeweiligen Zustimmungsgesetzen gem. Art. 23 Abs. 1, 59 Abs. 2 S. 1 GG immanent ist.[277] Aus dem Rechtsanwendungsbefehl des Zustimmungsgesetzes zu den Gründungs- nebst Änderungsverträgen, der sich auf Art. 288 AEUV erstreckt, ergibt sich im Hinblick auf die Anwendung von durch EU-Organe gesetzten Rechts in der BRD Folgendes:

273 *BVerfG*, NJW 1974, S. 1697 (1697).
274 *EuGH*, NJW 1999, S. 2355 (2356).
275 *EuGH*, NJW 1999, S. 2355 (2356); *Jarass/Beljin*, NVwZ 2004, S. 1 (2).
276 *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, S. 24 f.
277 *BVerfG*, NJW 1987, S. 577 (580).

- Europäische Verordnungen haben allgemeine Geltung. Sie gelten unmittelbar und sind in allen ihren Teilen verbindlich (Art. 288 Abs. 2 AEUV).

- Europäische Richtlinien sind hinsichtlich des jeweils zu erreichenden Ziels verbindlich. Die Wahl der Form und der Mittel zur Erreichung des einzelnen Ziels ist dem jeweils zuständigen nationalen Gesetzgeber überlassen (Art. 288 Abs. 3 AEUV).

- Europäische Beschlüsse sind in allen Teilen nur für diejenigen verbindlich, die sie bezeichnen (Art. 288 Abs. 4 AEUV).

- Europäische Empfehlungen und Stellungnahmen sind nicht verbindlich (Art. 288 Abs. 5 AEUV).[278]

Was insbesondere die Anwendung von Europäischen Richtlinien in den Mitgliedstaaten anbelangt, so erhalten diese regelmäßig erst mit der Umsetzung in nationales Recht Wirksamkeit gegenüber dem Einzelnen. Zuvor richten sie sich nur an die Mitgliedstaaten.[279] Darüber hinaus können Europäische Richtlinien über

- eine richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts zur Erreichung des Ziels einer Richtlinie[280],

- eine unmittelbare Anwendbarkeit aufgrund verzögerter oder unzureichender Umsetzung durch einen Mitgliedstaat[281] und/oder

- ein Verbot des Erlasses nationaler Vorschriften, die geeignet sind, das in einer umzusetzenden Richtlinie vorgeschriebene Ziel endgültig in

278 Zu weitergehenden Ausführungen im Hinblick auf die Anwendbarkeit von Gemeinschaftsrecht in den Mitgliedsstaaten vgl. bspw.: *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, S. 20 ff.; *Jarass/Beljin*, NVwZ 2004, S. 1 (1 ff.).

279 *Müggenborg/Duikers*, NVwZ 2007, S. 623 (624).

280 *EuGH*, NJW 2004, S. 3547 (3549). Die Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung besteht erst mit Ablauf der Umsetzungsfrist (*EuGH*, NJW 2006, S. 2465 [2468]).

281 *EuGH*, NJW 1979, S. 1764 (1765); 1982, S. 499 (500); 1986, S. 2178 (2180).

Frage zu stellen,[282]

auf die nationalen Rechtsordnungen einwirken.[283]

Die Kompetenzverteilung und -abgrenzung zwischen der EU und den Mitgliedsstaaten erfolgt nach dem, in Art. 5 Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 EUV verankerten Subsidiaritätsprinzip. Danach soll die EU immer nur dann tätig werden, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind (Art. 5 Abs. 3 S. 1 EUV). Das Subsidiaritätsprinzip fungiert in den Bereichen, in denen die Mitgliedstaaten tätig werden dürfen[284], als eine die EU zugunsten mitgliedstaatlicher Tätigkeit bindende Kompetenzausübungsschranke. Es beschränkt nicht die allgemeinen Bestimmungen und Ziele des europäischen Primärrechts. Vielmehr dient es als verbindliche Richtschnur dafür, wie die EU die ihr eingeräumten Befugnisse auf Unionsebene auszuüben hat.[285]

Die Mitgliedstaaten bemängeln indes seit Mitte der 1990er-Jahre eine schleichende Aushöhlung ihrer eigenstaatlichen Gestaltungsmöglichkeiten durch das Unionsrecht: Bereiche, für welche die EU keine Gesetzgebungskompetenzen besitze, würden durch EU-Recht überlagert. Die Binnenmarktkompetenzen der EU (Art. 114 AEUV) seien zu generalklauselartig ausgestaltet und zeichneten sich durch fehlende Trennschärfe aus. Schließlich würde das Subsidiaritätsprinzip im Rahmen der europäischen Rechtssetzung nur unzureichend beachtet. Zurückzuführen sein sollen diese Beanstandungen allerdings eher auf - Akzeptanzprobleme verur-

282 Sogenannte Vorwirkung einer Richtlinie (vgl. *EuGH*, NVwZ 1998, S. 385 [386 f.]; NJW 2005, S. 3695 [3698]; 2006, S. 2465 [2468]).

283 Eingehender zur Wirksamkeit von Europäischen Richtlinien in den Mitgliedstaaten bspw.: *Müggenborg/Duikers*, NVwZ 2007, S. 623 ff. m. w. N.

284 Diese Bereiche entsprechen denjenigen der geteilten Zuständigkeiten im Sinne des Art. 4 AEUV. Den Gegensatz hierzu bilden die in Art. 3 AEUV aufgezählten Gebiete, in denen die EU über ausschließliche Zuständigkeiten verfügt.

285 *Geiger*, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, Art. 5 EUV, Rn. 9 ff.

sachende - Darstellungs- bzw. Vermittlungsdefizite als auf strukturelle Mängel. Ein Lösungsansatz wird vor allem in einer übersichtlicheren und sprachlich einfacheren Gestaltung der Rechtsgrundlagen der EU gesehen.[286]

Im Zusammenhang mit der Ratifikation des Vertrages von Lissabon[287] hat sich das BVerfG[288] inzwischen eindeutig dazu positioniert, wie es (weitere) Kompetenzerweiterungen der EU bewertet. Die europäische Vereinigung der Mitgliedstaaten dürfe nicht so ausgestaltet werden, dass in den einzelnen Mitgliedstaaten kein ausreichender Raum zur politischen Gestaltung der wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Lebensverhältnisse mehr bleibe. Solange es keinen europäischen Bundesstaat gebe und nicht ein einheitliches europäisches Volk als Legitimationssubjekt seinen Mehrheitswillen gleichheitsgerecht politisch wirksam formulieren könne, blieben die in den Mitgliedsstaaten verfassten Völker der EU die maßgeblichen Träger der öffentlichen Gewalt, einschließlich der Unionsgewalt. Durch den Ausbau der Kompetenzen des EP könne die Lücke zwischen dem Umfang der Entscheidungsmacht der Unionsorgane und der demokratischen Wirkmacht der Bürger in den Mitgliedstaaten nicht geschlossen werden. Die souveräne Verfassungsstaatlichkeit müsse auf der Grundlage eines verantwortbaren Integrationsprogramms nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und unter Achtung der verfassungsrechtlichen Identität als Mitgliedstaat gewahrt bleiben. Die BRD dürfe ihre Fähigkeit zu selbstverantwortlicher, politischer und sozialer Gestaltung nicht verlieren. Die europäische Integration könne nicht zu einer Aushöhlung des demokratischen Herrschaftssystems in der BRD führen. Das GG ermächtige die deutschen Staatsorgane nicht, Hoheitsrechte derart zu übertragen, dass aus ihrer Ausübung heraus eigenständig weitere Zuständigkeiten begründet werden können. Insoweit obliege der BReg und den gesetzgebenden Organen eine Integrationsverantwortung.

---

286 Vgl. *Jennert*, NVwZ 2003, S. 936 ff. m. w. N.

287 Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 13.12.2007 (ABl. C 306, S. 1).

288 *BVerfG*, NJW 2009, S. 2267 ff.

2. Primärrechtliche Vorgaben

Ein eigenständiges elektrizitätsspezifisches Primärrecht gibt es bislang nicht. Sowohl der EAGV als auch der EUV und der AEUV enthalten indes eine Vielzahl an Einzelregelungen mit elektrizitätsrechtlichen Bezügen. Der EAGV betrifft allerdings nur den Umgang mit Kernbrennstoffen. Im Folgenden soll deshalb nur auf Regelungen des EUV und des AEUV eingegangen werden.

a) Maßnahmen im Elektrizitätsbereich als Teil des Gesamtziels des EUV und des AEUV

Art. 194 Abs. 1 AEUV bezeichnet die Sicherstellung des Funktionierens des Energiemarkts, die Gewährleistung der Energieversorgungssicherheit, die Förderung der Energieeffizienz und von Energieeinsparungen, die Entwicklung neuer und erneuerbarer Energiequellen sowie die Förderung der Interkonnektion der Energienetze als energiepolitische Ziele der EU.

Zur Verwirklichung dieser Ziele enthält Art. 194 Abs. 2 AEUV - unbeschadet anderer Bestimmungen des AEUV - eine allgemeine Regelungskompetenz des EP und des ER. Diese Zuständigkeit der EU fällt in den Bereich der geteilten Zuständigkeit zwischen der EU und den Mitgliedstaaten (Art. 4 Abs. 2 i) AEUV), in welchem das Subsidiaritätsprinzip Anwendung findet.[289]

Ferner hat die EU den eben genannten Zielen im Rahmen ihrer gesamten Politik unter Einhaltung des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung Rechnung zu tragen (Art. 7 AEUV).[290]

Ansonsten enthält der AEUV für den Elektrizitätssektor keine Bereichsausnahme, sodass die allgemeinen wirtschaftsrechtlichen Bestimmungen

289 S. oben Teil 2, A, I, 1.

290 Vgl. zum Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung: *Langguth*, in Lenz/Borchard (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, Art. 5, Rn. 10 ff. und oben Teil 1, A, III, 2.

des AEUV auch auf diesen Bereich Anwendung finden.[291] Von Bedeutung für das Gebiet der Elektrizitätsversorgung sind insbesondere die Vorschriften über die Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 ff. AEUV), die Regelungen über den Auf- und Ausbau transeuropäischer Netze (Art. 170 ff. AEUV), die wettbewerbsrechtlichen Regeln (Art. 101 ff. AEUV), das Beihilfeverbot (Art. 107 Abs. 1 AEUV), die Vorgaben zur Sicherstellung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (Art. 14 und 106 Abs. 2 AEUV) sowie die Vorschriften betreffend die mitgliedstaatlichen Eigentumsordnungen (Art. 345 AEUV).

b) Freiheit des Warenverkehrs

Der EuGH qualifiziert Elektrizität als Ware und wendet deshalb in Fällen, die Elektrizitätslieferungen zum Gegenstand haben, die Vorschriften über den freien Warenverkehr an.[292] Mengenmäßige Ein- und Ausfuhrbeschränkungen von Strom sowie Maßnahmen, die geeignet sind, den innergemeinschaftlichen Stromhandel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern[293], sind den Mitgliedstaaten demzufolge verboten (Art. 34 f. AEUV). Rechtfertigungen mitgliedstaatlicher Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit können über Art. 36 AEUV möglich sein oder dann, wenn die Handelshemmnisse aus zwingenden Gründen von allgemeinem Interesse - bspw. aus solchen des Umwelt- oder des Verbraucherschutzes - erforderlich sind.[294]

c) Auf- und Ausbau transeuropäischer Netze

Die Bestimmungen über den Auf- und Ausbau transeuropäischer Netze dienen allgemein der Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes (Art. 170 Abs. 1 AEUV) sowie konkret der Förderung eines Verbunds und der Interoperabilität der einzelstaatlichen Netze nebst dem Zugang zu die-

291 *Schneider*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, S. 45 (49).
292 Vgl. *EuGH*, Slg. 1997, Bd. I, S. 5815, Rn. 28 ff.
293 Sogenannte Dassonville-Formel (*EuGH*, Slg. 1974, S. 837, Rn. 5).
294 Sogenannte Cassis-Grundsätze (*EuGH*, Slg. 1979, S. 649, Rn. 8, 13 f.).

sen Netzen, wobei insbesondere insulare, eingeschlossene und am Rande gelegene Gebiete eingebunden werden sollen (Art. 170 Abs. 2 AEUV). Primär obliegt den Mitgliedstaaten die Kompetenz für die Planung und die Durchführung von Infrastrukturvorhaben. Die EU soll neben den Mitgliedstaaten nur ergänzend und unterstützend tätig sein.[295] Die Mitgliedstaaten haben sich allerdings hinsichtlich des (Aus-)Baus von Netzen an gem. Art. 171 Abs. 1, 172 AEUV aufgestellte gemeinschaftliche Leitlinienentscheidungen zu halten.[296] Außerdem haben die Mitgliedstaaten ihre Vorhaben untereinander zu koordinieren (Art. 171 Abs. 2 AEUV). Die Leitlinien für den Energiesektor[297] weisen Vorhaben von gemeinsamem Interesse für Elektrizitäts- und Gasnetze aus. Sie betreffen im Elektrizitätsbereich Hochspannungsleitungen und unterseeische Verbindungen nebst Anlagen und Ausrüstungen.

d) Wettbewerbskontrolle

Die Wettbewerbsregeln des AEUV wie das Kartellverbot (Art. 101 AEUV), das Missbrauchsverbot (Art. 102 AEUV) und das Fusionskontrollrecht (Fusionskontrollverordnung – VO 139/2004/EG i. V. m. VO 802/2004/EG -) spielen im Rahmen der Etablierung und des Ausbaus des europäischen Elektrizitätsbinnenmarkts eine große Rolle. Sie richten sich unmittelbar an jedes Unternehmen. Die Gerichte der Mitgliedstaaten haben ihre Einhaltung direkt zu wahren.[298] Als Unternehmen im Sinne der Art. 101 ff. AEUV gilt jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und von der Art ihrer Finanzierung.[299] Voraussetzung ist eine einheitliche Organisation personeller, materieller und immaterieller Faktoren, mit der auf Dauer ein bestimmter wirtschaftlicher Zweck angestrebt wird.[300] Eine Gewinnerzielungsabsicht ist hierfür nicht

295 *Neumann*, in Lenz/Borchard (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, Art. 154 EGV, Rn. 1 f.
296 *Neumann*, in Lenz/Borchard (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, Art. 155 EGV, Rn. 3.
297 E 1364/2006/EG.
298 *EuGH*, Slg. 1974, S. 51, Rn. 15, 17 sowie ausführlicher hierzu: *Grill*, in: Lenz/Borchard (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, Vorbem. Art. 81-86, Rn. 9 ff.
299 *EuGH*, Slg. 1991, Bd. I, S. 1979, Rn. 21.
300 *EuG*, Slg. 1992, Bd. II, S. 757, Rn. 311.

erforderlich.[301] Die Unternehmereigenschaft begründen allerdings nicht: Tätigkeiten zur bloßen Deckung eigenen Bedarfs[302] - soweit kein Einfluss auf die betroffenen Unternehmen ausgeübt wird -, der Besitz von Unternehmensbeteiligungen[303], ausschließlich sozialen Zwecken dienende Tätigkeiten[304] oder die Ausübung hoheitlicher Befugnisse[305]. Aufgrund dieses funktionalen Unternehmensbegriffs können bspw. auch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts oder ein öffentliches Unternehmen Unternehmen im Sinne der Wettbewerbsregelungen des AEUV sein.[306] Mittelbar finden die Wettbewerbsvorschriften des AEUV über Art. 4 Abs. 3 EUV i. V. m. 106 Abs. 1 AEUV daneben auf mitgliedstaatliche Maßnahmen, die unternehmerische Wettbewerbsbeschränkungen vorschreiben, begünstigen, unvermeidbar machen oder durch die Übertragung regulierender Aufgaben auf Dritte ermöglichen, Anwendung.[307] Geschützt wird schließlich nicht nur ein bereits bestehender Wettbewerb. Vielmehr kommt Art. 102 AEUV i. V. m. Art. 4 Abs. 3 EUV i. V. m. Art. 106 Abs. 1 AEUV eine eigenständige Marktöffnungsfunktion zu.[308] Außerdem sind staatlich vorgesehene Funktionspotenzierungen durch die Vermischung von hoheitlichen und unternehmerischen Funktionen unzulässig.[309]

e) Beihilfeverbot

Gem. Art. 107 Abs. 1 AEUV sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen grundsätzlich verboten. Unter Beihilfen sind nicht nur positive Leistungen zu verstehen, sondern auch Maßnahmen, die in unterschiedlicher Form die Belastungen vermindern, die ein Unterneh-

301 *Grill*, in: Lenz/Borchard (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, Vorbem. Art. 81-86, Rn. 34.
302 *Grill*, in: Lenz/Borchard (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, Vorbem. Art. 81-86, Rn. 34.
303 *Grill*, in: Lenz/Borchard (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, Vorbem. Art. 81-86, Rn. 34.
304 *Grill*, in: Lenz/Borchard (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, Vorbem. Art. 81-86, Rn. 36.
305 *Grill*, in: Lenz/Borchard (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, Vorbem. Art. 81-86, Rn. 37.
306 Vgl. *EuGH* Slg. 2002, Bd. I, S. 9297, Rn. 74.
307 *Schneider*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, S. 45 (52).
308 *Schneider*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, S. 45 (52 f.).
309 *EuGH*, Slg. 1991, Bd. I, S. 5941, Rn. 21.

men normalerweise zu tragen hat.[310] Demzufolge können verbilligte Darlehen oder Kredite, Zinszuschüsse, Abgabenfreistellungen oder -ermäßigungen[311], Bürgschaften, Rückbürgschaften, Garantien, über Abgaben finanzierte Beihilfen, verbilligte Grundstückspreise oder -mieten sowie schließlich auch Kapitalzuführungen an Unternehmen, deren Zukunftsaussichten in einem absehbaren Zeitraum keine akzeptablen Renditen erwarten lassen, Beihilfen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV sein.[312] Sie sind dadurch gekennzeichnet, dass sie dem Begünstigten einen unentgeltlichen wirtschaftlichen Vorteil verschaffen.[313] Aus diesem Grund ist z. Bsp. die Vergütung von Dienstleistungen, die ein Unternehmen im Auftrag der öffentlichen Hand verrichtet, keine Beihilfe.[314] Die Beihilfen müssen darüber hinaus unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt werden. Folglich kann zum einen Beihilfegeber nicht nur der Staat - handelnd über seine Behörden -, sondern auch ein öffentliches oder - vom Staat beeinflusstes - gemischtwirtschaftliches bzw. auch privates Unternehmen sein, wenn sich aus den Umständen des jeweiligen Falls die Zurechenbarkeit der Beihilfemaßnahme an den Staat ergibt.[315] Zum anderen sind Beihilfen nicht nur mit Mitteln möglich, die dem Staat dauerhaft gehören, sondern auch mit solchen, die ständig unter staatlicher Kontrolle und damit den zuständigen nationalen Behörden zur Verfügung stehen.[316] Beihilfen können deshalb durch öffentliche oder private Einrichtungen, die durch den Staat hiermit beauftragt wurden, genauso vergeben werden, wie durch den Bund, die Länder oder die Kommunen

310 *EuGH*, Slg. 2001, Bd. I, S. 9067, Rn. 15.

311 Sonderbehandlungen können möglich sein, wenn sie mit der inneren Logik des jeweiligen mitgliedstaatlichen Steuersystems im Einklang stehen. Ausnahmen bei der Energiebesteuerung zugunsten herstellender Unternehmen rechtfertigen sich hierdurch allerdings nicht (vgl. *EuGH*, Slg. 2001, Bd. I, S. 8365, Rn. 49).

312 *Kreuschitz/Rawlinson*, in: Lenz/Borchard (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, Art. 87, Rn 33 ff. m. w. N.

313 Vgl. *EuGH*, Slg. 1977, S. 595, Rn. 22.

314 Vgl. *EuGH*, Slg. 1985, S. 531, Rn. 18.

315 *EuGH*, Slg. 1991, Bd. I, S. 1603, Rn. 13; 2002, Bd.I, S. 4397, Rn. 55 ff.

316 *EuGH*, Slg. 2000, Bd. I, S. 3271, Rn. 50; 2002, Bd. I, S. 4397, Rn. 37.

selbst.[317] Sie können auch über Abgaben[318], Vorzugstarife[319], Steuervergünstigungen[320] oder Quersubventionen[321] erfolgen. Staatlich festgesetzte Mindestpreise - wie für aus erneuerbaren Energiequellen produzierten Strom[322] - fallen indes nicht unter den Beihilfebegriff, weil diese nicht auf staatlichen Maßnahmen beruhen, durch die einem bestimmten Unternehmen oder einer konkreten Branche unmittelbar oder mittelbar über eine vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtung aus staatlichen Mitteln Vorteile verschafft werden. Ansonsten müssen Beihilfen selektiv bestimmten Unternehmen oder Produktionszweigen wirtschaftliche Kostenvorteile verschaffen. Staatliche Zuwendungen für Infrastrukturmaßnahmen, die nicht für einzelne Unternehmen bestimmt sind, sind daher keine Beihilfen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV.[323] Beihilfen verschaffen im Wettbewerb stehenden Unternehmen unverdiente Kostenvorteile, was ihre Position gegenüber Mitwettbewerbern verstärkt. Sie führen deshalb grundsätzlich zu - zumindest (was ausreichend ist) potenziellen - Wettbewerbsverfälschungen.[324] Stärkt schließlich eine Beihilfe die Stellung eines Unternehmens gegenüber konkurrierenden Unternehmen im innergemeinschaftlichen Handel, so liegt regelmäßig die Möglichkeit einer Beeinflussung des zwischenstaatlichen Handels vor. Allerdings darf diese Beeinflussung nicht nur gering, sie muss vielmehr spürbar sein.[325]

---

317 *EuGH*, Slg. 1977, S. 595, Rn. 21; 1985, S. 439, Rn. 15.

318 *EuGH*, Slg. 1970, S. 487, Rn. 11, 14; ABl. 1985, L 217, S. 20 ff.; ABl. 1989, L 116, S. 52 ff.; ABl. 1992, L 170, S. 34 ff.

319 *Kreuschitz/Rawlinson*, in: Lenz/Borchard (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, Art. 87, Rn. 14 m. w. N.

320 Vgl. zur beihilfeaufsichtsrechtlichen Bewertung der Regelungen im Stromsteuergesetz: *Rodi*, in: Schneider/ Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, S. 1189 (1247 ff.).

321 *EuGH*, Slg. 1996, Bd. I, S. 3547, Rn. 57 ff.

322 *EuGH*, Slg. 2001, Bd. I, S. 2099, Rn. 58 ff.

323 *EuGH*, Slg. 1993, Bd. I, S. 3203, Rn. 29.

324 *Kreuschitz/Rawlinson*, in: Lenz/Borchard (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, Art. 87, Rn 18 ff. m. w. N.

325 *Kreuschitz/Rawlinson*, in: Lenz/Borchard (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, Art. 87, Rn 29 ff. m. w. N. Die Spürbarkeitsgrenze ist in der Verordnung über die Anwendung der Art. 87 und 88 EG-Vertrag auf De-minimis-Beihilfen (VO 1998/2006/EG) festgelegt. Sie liegt bei 200.000 € pro Unternehmen während einer Dreijahresperiode.

Das Beihilfeverbot gilt indes nicht absolut. Der AEUV enthält folgendes abgestuftes System von Ausnahmeregelungen:

- Legalausnahmen gem. Art. 107 Abs. 2 AEUV,
- Befreiungen in bestimmten Fallgruppen nach Ermessen der EK gem. Art. 107 Abs. 3 a) bis d) AEUV,
- sonstige Befreiungen durch Ratsbeschluss auf Vorschlag der EK gem. Art. 107 Abs. 3 e) AEUV und schließlich
- Befreiungen durch Ratsbeschluss auf Antrag eines Mitgliedstaates im Rahmen eines Beihilfekontrollverfahrens bei außergewöhnlichen Umständen gem. Art. 108 Abs. 2 S. 3 AEUV.

Gem. Art. 108 Abs. 3 AEUV darf ein Mitgliedstaat Beihilfen erst nach einem positiven Beschluss der EK im Rahmen eines Beihilfeaufsichtsverfahrens gewähren.[326] Die aus einer Nichtnotifizierung folgende formelle Rechtswidrigkeit einer Beihilfe berechtigt die EK zu einer Rückforderungsanordnung gegenüber dem Mitgliedstaat.

Mit Art. 106 Abs. 2 AEUV, der in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbar ist[327], erkennt die EU mitgliedstaatliche Belange bezüglich öffentlicher Dienstleistungen und Bindungen an und versucht sie in Einklang mit den gemeinschaftlichen Interessen zu bringen. Danach gelten die Vorschriften des AEUV - insbesondere die Wettbewerbsregeln - für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, nur, soweit hierdurch nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe tatsächlich oder rechtlich verhindert wird. Dieser mittels einer Relativierung des europäischen Wettbewerbsgedankens getroffene Kompromiss wird durch Art. 14 AEUV, dem allerdings nur eine begrenzte

326 Das Verfahren erfolgt nach der Verordnung über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art. 93 des EGV (VO 659/1999/EG).

327 *Grill*, in: Lenz/Borchard (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, Art. 86, Rn. 30 m. w. N.

eigenständige Bedeutung zukommt[328], zusätzlich unterstrichen. Art. 106 Abs. 2 AEUV räumt den Mitgliedstaaten zunächst im Hinblick auf die öffentlichen Dienstleistungen, die sie im Rahmen ihrer Politik für erforderlich halten, ein eigenes Bestimmungsrecht ein.[329] Dieses unterliegt allerdings einer Vertretbarkeitskontrolle durch die EU.[330] Innerhalb derselben wird geprüft, ob

- das jeweilige Unternehmen formell ordnungsgemäß mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut wurde,

- die fragliche Verpflichtung des Unternehmens mit dem Ziel der jeweiligen Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in Zusammenhang stehen und unmittelbar zur Befriedigung dieses Interesses beitragen soll[331],

- die Anwendung der Wettbewerbsregeln oder Grundfreiheiten die Erfüllung der öffentlichen Dienstleistung rechtlich oder tatsächlich verhindert und ob

- ihre Nichtanwendung den Handelsverkehr nicht in einem, dem Unionsinteresse zuwiderlaufenden Maße beeinträchtigt.[332]

Die deutschen Elektrizitätsversorgungsunternehmen sind - soweit sie die Grundversorgung mit Elektrizität gewährleisten - zunächst als Unternehmen im Sinne des Art. 106 Abs. 2 AEUV anzusehen, obwohl es an einer ausdrücklichen Betrauung fehlt.[333]

---

328 *Tettinger*, RdE 1999, 45 (49).
329 *EuGH*, Slg. 1997, Bd. I, S. 5815, Rn. 56; *EK*, NVwZ 2002, Beilage III, S. 1 ff.; *Ennuschat*, RdE 2001, S. 46 (48 f.).
330 *Lecheler/Gundel*, RdE 1998, 92 (93).
331 *EuGH*, Slg. 1997, Bd. I, S. 5815, Rn. 68.
332 Vgl. *Schneider*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, S. 45 (57).
333 *EK*, Entscheidung vom 22.12.1992, ABl. 1993, L 50, S. 14, Rn. 28; *Grill*, in: Lenz/Borchard (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, Art. 86, Rn. 25 f.

Art. 106 Abs. 2 AEUV ist indes als Ausnahmebestimmung eng auszulegen.[334] Erforderlich ist, dass die Anwendung der Vorschriften des AEUV nachweislich unvereinbar mit der dem betrauten Unternehmen übertragenen Aufgabenstellung ist. Eine bloße Erschwerung oder Behinderung der Aufgabenerfüllung reicht für die Anwendung des Art. 106 Abs. 2 AEUV noch nicht aus.[335] Allerdings soll die besondere Lage von Unternehmen, die aus Gründen des Allgemeinwohls mit der Erbringung unrentabler Dienstleistungen betraut sind, besonders berücksichtigt werden. Verluste aus den unrentablen Bereichen sollen mit den Gewinnen aus den rentablen Sektoren kompensiert werden können. Es soll vermieden werden, dass es Wettbewerbern der mit im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben betrauten Unternehmen möglich ist, sich lediglich die rentablen Dienstleistungen herauszusuchen und es hierdurch diesem Unternehmen unmöglich gemacht wird, seine im allgemeinen Interesse liegende Aufgabe unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu erfüllen.[336] Das finanzielle Gleichgewicht des betrauten Unternehmens oder aber dessen wirtschaftliche Existenz müssen nicht betroffen sein.[337] Es genügt, dass die Erfüllung der übertragenen Aufgabe zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen ohne das in Streit stehende Recht nicht möglich wäre.[338] Dies gilt z. Bsp., wenn einem Unternehmen Mittel gewährt werden, um die für die Erfüllung der aus der besonderen Aufgabe entstehenden Kosten abzudecken.[339]

Ob die Nichtanwendung der Vorschriften des AEUV im Falle des Vorliegens der Voraussetzungen des Art. 106 Abs. 2 S. 1 AEUV der Entwicklung des innergemeinschaftlichen Handelsverkehrs zuwiderläuft, ist im Rahmen einer am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierten Abwägung zwischen den Interessen des Mitgliedstaates und den Interessen der EU zu ermitteln.[340]

---

334 *Grill*, in: Lenz/Borchard (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, Art. 86, Rn. 28 m. w. N.
335 *Grill*, in: Lenz/Borchard (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, Art. 86, Rn. 28 m. w. N.
336 *EuGH*, Slg. 1993, Bd. I, S. 2533, Rn. 16-18.
337 *EuGH*, Slg. 1997, Bd. I, S. 5699, Rn. 43.
338 *Grill*, in: Lenz/Borchard (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, Art. 86, Rn. 28 m. w. N.
339 Vgl. *EuGH*, Slg. 2001, Bd. I, S. 9067, Rn. 29, 33.
340 *Grill*, in: Lenz/Borchard (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, Art. 86, Rn. 29.

f) Eigenständigkeit der Eigentumsordnungen der Mitgliedstaaten

Art. 345 AEUV gibt schließlich vor, dass die Eigentumsordnungen der Mitgliedstaaten durch den EUV und den AEUV unberührt bleiben sollen. Nach dem EuGH sollen danach mitgliedstaatliche Eigentumsordnungen in ihrem Wesensgehalt nicht angetastet werden dürfen.[341] Allerdings sind Beschränkungen der Ausübung der Eigentumsrechte von Privaten und der öffentlichen Hand möglich. Art. 345 AEUV will und kann nämlich die Eigentumsordnungen der Mitgliedstaaten nicht den Grundsatzbestimmungen des Vertrages - wie vor allem denjenigen zu einem freien, diskriminierungsfreien Binnenmarkt - entziehen.[342] Ausnahmen hiervon sind bspw. aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, zu Gunsten von Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder weil solche wegen der öffentlichen Sicherheit erforderlich sind, möglich. Im Elektrizitätsbereich können derartige Ausnahmen z. Bsp. notwendig sein, um die Sicherheit der Versorgung mit Elektrizität zu gewährleisten.[343]

3. Sekundärrechtliche Vorgaben

Ziel der europäischen Elektrizitätspolitik ist die Hinführung der EU zu einer sparsam mit Elektrizität umgehenden Wirtschaft sowie zu einer gesicherten, wettbewerbsfähigen und nachhaltigen Elektrizitätsversorgung. Dies spiegelt sich in der sekundärrechtlichen Gestaltung des Elektrizitätssektors durch die EU wider. Das Hauptaugenmerk der EU liegt dabei auf folgenden Bereichen:

- Schaffung und Ausbau eines funktionierenden Elektrizitätsbinnenmarkts,

341 *EuGH*, Slg. 2002, Bd. I, S. 11453, Rn. 150.
342 *EuGH*, Slg. 1999, Bd. I, S. 3099, Rn. 38; 2002, Bd. I, S. 4731, Rn. 48; 2002, Bd. I, S. 4809, Rn. 44; *EuG*, Slg. 2003, Bd. II, S. 435, Rn 192; Slg. 2000, Bd. II, S. 4055, Rn. 77.
343 *EuGH*, Slg. 2002, Bd. I, S. 4781, Rn. 43 ff.; Slg. 2003, Bd. I, S. 4581, Rn. 71 ff.

- Gewährleistung einer hohen Versorgungssicherheit,
- Reduzierung von Treibhausgasemissionen und Schonung endlicher Rohstoffe durch effizienten Elektrizitätseinsatz und Nutzung alternativer Ressourcen,
- Entwicklung von Technologien zur Förderung einer wettbewerbsfähigen, sicheren und nachhaltigen Elektrizitätsversorgung sowie
- Betreibung einer gemeinsamen elektrizitätsbezogenen internationalen Politik.[344]

Aber auch die

- Gewährleistung der Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtungen der EU und der Mitgliedstaaten im Elektrizitätsbereich

spielt eine große Rolle.

a) Elektrizitätsbinnenmarkt

Der Etablierung und Stärkung des innergemeinschaftlichen Wettbewerbs im Elektrizitätsbereich dienen zunächst die RL 2009/72/EG und die VO 714/2009/EG. Ziel beider Rechtsakte ist die beschleunigte Liberalisierung des europäischen Strommarkts. Dieses Ziel soll durch Maßnahmen der Marktstrukturregulierung - wie die beschleunigte vollständige Marktöffnung und die weitergehende Entflechtung des Netzbetriebs - sowie Maßnahmen der Marktverhaltensregulierung - wie der regulierte nationale und grenzüberschreitende Netzzugang und die Sicherung von Belangen des Gemeinwohls (insbesondere der Versorgungssicherheit) - erreicht werden.[345]

344 Vgl. *EK*, Eine europäische Strategie für nachhaltige, wettbewerbsfähige und sichere Energie, Grünbuch vom 08.03.2006, KOM (2006) 105 ff.; *dies.*, Hin zu einem sicheren, nachhaltigen und wettbewerbsfähigen europäischen Energienetz, Grünbuch vom 13.11.2008, KOM (2008) 782 ff.

345 S. oben Teil 1, C, I, 3.

Durch die Transparenz der Strompreise soll der Wettbewerb um industrielle Elektrizitätsverbraucher durch Preistransparenz gestärkt und vor Verfälschungen geschützt werden. Dies bezweckt die RL 2008/92/EG. Diese Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass die Elektrizitätsversorgungsunternehmen ihre Industrieabnehmerpreise, ihr Preissystem und die Verteilung ihrer Kunden auf verschiedene Verbraucherkategorien dem Statistischen Amt der EU und den zuständigen nationalen Behörden mitteilen. Der Förderung wettbewerbsbegünstigender Transparenz dient weiterhin die RL 2006/111/EG. Ziel der Richtlinie ist die Schaffung einer erhöhten Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und ihren öffentlichen Unternehmen sowie solchen Unternehmen, die sowohl in Wettbewerbssektoren als auch in dem Gemeinwohl verpflichteten Sonderrechtsbereichen tätig sind. Hierdurch sollen Verstöße gegen das Beihilfeverbot oder Missbräuche marktbeherrschender Stellungen gem. Art. 102 EAUV vermieden werden.

Ferner dient schließlich auch das europäische Vergaberecht der Schaffung und dem Ausbau eines funktionierenden Elektrizitätsbinnenmarktes.[346]

b) Versorgungssicherheit

Seit dem Grünbuch der EK »Hin zu einer europäischen Strategie für Energieversorgungssicherheit« vom 29.11.2000[347] und aufgrund von - aus Sicherheitsdefiziten resultierenden - Störfällen ist die Versorgungssicherheit in den letzten Jahren auch auf europäischer Ebene im Rahmen der elektrizitätswirtschaftlichen Diskussion ein immer wichtigeres Thema geworden.[348] Inzwischen wurde die RL 2005/89/EG erlassen, die insbesondere

- die Sicherstellung des Gleichgewichts zwischen Nachfrage und Erzeu-

346 Vgl. die Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (RL 2004/18/EG) sowie die Sektorenrichtlinie zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste vom (RL 2004/17/EG).

347 *EK*, KOM (2000) 769 ff.

348 *Schneider*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, S. 45 (72).

gungskapazität,

- die Schaffung eines Ordnungsrahmens mit hinreichenden Signalen für Netzinvestitionen und
- die Gewährleistung der Betriebssicherheit der Netze

fördern soll.

c) Umweltverträglichkeit, Effizienz und neue Technologien

Die Notwendigkeit zur Reduzierung von Treibhausgasemissionen und zur Schonung endlicher Ressourcen bildet den Hintergrund für die Bestrebungen der EU, eine verbesserte Energieeffizienz und die Nutzung alternativer Energien zu fördern.

Mit ihrem Grünbuch zur Energieeffizienz[349] hat die EK eine Diskussion angestoßen, die in ihrem Ergebnis die Mitgliedstaaten u. a. veranlassen soll, ein Strom sparendes Verhalten ihrer Bürger und Unternehmen zu fördern. Die RL 2006/32/EG gibt den Mitgliedstaaten mittlerweile Ziele u. a. für Stromeinsparungen vor und legt Fördermaßnahmen sowie den institutionellen, finanziellen und rechtlichen Rahmen zur Beseitigung vorhandener Markthindernisse und -unzulänglichkeiten, die u. a. einer effizienten Elektrizitätsnutzung entgegenstehen, fest. Die Mitgliedstaaten werden verpflichtet, geeignete Bedingungen für die Realisierung und die Förderung eines Markts für Energiedienstleistungen und für die Bereitstellung von Energieeffizienzprogrammen und anderen Energieeffizienzmaßnahmen für Endverbraucher zu schaffen. Die RL 2010/31/EU und die RL 2004/8/EG komplettieren die sekundärrechtlichen Vorgaben der EU im Rahmen ihrer Energieeffizienzbestrebungen.

Die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren, nichtfossilen Ener-

349 *EK*, Energieeffizienz oder Weniger ist mehr, Grünbuch vom 22.06.2005, KOM (2005) 265 ff.

gien, wie Wind, Sonne, Erdwärme, Wellen und Gezeiten, Wasserkraft, Biomasse, Deponie-, Klär- und Biogas ist Gegenstand der RL 2001/77/EG[350]. Die Richtlinie enthält nationale Richtwerte für den Stromanteil, der jeweils in den Mitgliedstaaten aus erneuerbaren Energien erzeugt werden soll. Die Mitgliedstaaten sind zur Berichterstattung über die Erreichung der nationalen Ziele und über die insoweit getroffenen Maßnahmen verpflichtet. Außerdem sieht die Richtlinie zum Zwecke der Förderung des Handels mit Strom aus erneuerbaren Energiequellen und der Transparenz für die Verbraucher ein System von Herkunftsnachweisen vor. Ferner haben die Mitgliedstaaten ihre Verwaltungsverfahren zur Genehmigung von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien zu rationalisieren sowie von Hemmnissen, Intransparenz und Diskriminierungen zu befreien. Schließlich wird von den Mitgliedstaaten verlangt, dafür zu sorgen, dass aus erneuerbaren Energien erzeugtem Strom - notfalls vorrangig - der Zugang in das Netz verschafft und ein Ausgleich bei Erzeugern von Strom aus erneuerbaren Energien etwa entstehender Mehrkosten gewährleistet wird.

Neben der Förderung der Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien gilt auf europäischer Ebene - anders als in Deutschland - auch die Entwicklung der Kernenergie als bedeutsam. Kernenergie entspricht einer kohlenstoffarmen Energiequelle. Ihre Erzeugung stellt sich darüber hinaus als relativ preisstabil dar.[351]

Die Entwicklung von Technologien zur Förderung einer wettbewerbsfähigen, sicheren und nachhaltigen Elektrizitätsversorgung ist weiteres Ziel der EU. Sie ist Inhalt von Strategieplanungen der EK. [352]

---

350 Bzw. mit Wirkung ab dem 01.01.2012 der RL 2009/28/EG.

351 S. oben Teil 1, C, I, 3, e).

352 Vgl. bspw. den europäischen Strategieplan der *EK* für Energietechnologie vom 22.11.2007 (KOM [2007] 723 ff.)

d) Gemeinsame internationale Politik im Elektrizitätsbereich

Schließlich muss die EU zur Verwirklichung ihres Ziels einer sicheren, wettbewerbsfähigen und nachhaltigen Elektrizitätsversorgung mit nicht der EU angehörenden Ländern - gleich, ob jenen Elektrizitätserzeuger-, Elektrizitätsverteiler- oder Elektrizitätsverbrauchereigenschaften zukommen - zusammenarbeiten. Insbesondere die Importabhängigkeit der EU macht zur Sicherstellung ihrer Elektrizitätsversorgung den Abschluss internationaler Partnerschaften und das Betreiben einer gemeinsamen internationalen Politik im Elektrizitätssektor erforderlich.[353]

e) Dienstleistungen von allgemeinem öffentlichen Interesse

Die EK räumt allerdings inzwischen auch der Gewährleistung effizienter und hochwertiger Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, einschließlich der Entwicklung der netzgebundenen Wirtschaftszweige, einen hohen Stellenwert ein. Nachdem das besondere Augenmerk der Unionsorgane zunächst der Ausräumung von Handelsbarrieren zwischen den Mitgliedstaaten galt, geht es jetzt einerseits immer mehr um die Frage, wie das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes sicherzustellen ist. Andererseits gilt es, dem öffentlichen Interesse zu genügen. Hier geht es insbesondere um die Befriedigung der Grundbedürfnisse der Bürger und die Erhaltung von Kollektivgütern in Fällen, in denen der Markt dazu nicht in der Lage ist, sowie darum, welche Rolle staatlichen Stellen in diesem Zusammenhang zukommt. Zwar haben sich ursprüngliche Befürchtungen, dass sich die Marktöffnung in einer Reihe von Sektoren - dem Elektrizitätsbereich z. Bsp. - ungünstig auf die Erbringung von Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse auswirken könnte, offenbar - jedenfalls bislang - nicht bestätigt. Gleichwohl dürften mögliche Wechselwirkungen zu Lasten der Bürger zwischen den Unionsmaßnahmen zur Förderung von Wettbewerb innerhalb der EU auf der einen Seite und den

353 Vgl. hierzu bspw. die Mitteilungen der *EK* zu einer globalen Partnerschaft für eine nachhaltige Entwicklung vom 13.02.2002 (KOM [2002] 82 ff.) oder zur Zusammenarbeit mit den Entwicklungsländern im Energiebereich vom 17.06.2002 (KOM [2002] 408 ff.).

Aufgaben im Rahmen der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen auf der anderen Seite nicht vernachlässigt werden. Angedacht ist deshalb die Erarbeitung einer Rahmenrichtlinie über Dienstleistungen von öffentlichem Interesse.[354]

II. Verfassungsrechtliche Zielvorgaben

1. Wirtschaftspolitische Neutralität des GG

Das GG selbst beinhaltet keine ausdrückliche Entscheidung für eine bestimmte Wirtschaftsordnung.[355] Auch die Festlegung einer Sozialen Marktwirtschaft als gemeinsame Wirtschaftsordnung beider Vertragsparteien und als Grundlage der Wirtschaftsunion in Art. 1 Abs. 3 des StVertr hat keinen Verfassungsrang.[356] Schließlich wird auch in der Rechtsprechung davon ausgegangen, dass das GG dem Grundsatz einer wirtschaftlichen Offenheit folgt.[357]

Selbstverständlich gibt es Grenzen. Die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ist bei wirtschaftslenkenden Maßnahmen, die in die Freiheitssphäre Einzelner eingreifen, an den im Einzelfall in Betracht kommenden Grundrechten zu messen. I. d. R. geht es hier um die Wahrung von Grundrechten mit abwehrrechtlichem Gehalt, wie er bspw. den mit Art. 2 Abs. 1, Art. 9, Art. 12 und Art. 14 GG verbürgten Grundrechten immanent ist.[358]

---

354 Die *EK* hat hierzu am 21.05.2003 das Grünbuch »Dienstleistungen von allgemeinem Interesse« (KOM [2003] 270 ff.) vorgelegt. Es beschreibt u. a. in einem Anhang die Gemeinwohlverpflichtungen, um deren gesicherte Erfüllung es geht: Universaldienst, Kontinuität, Qualität der Dienste, Erschwinglichkeit sowie Schutz der Nutzer und Verbraucher. Die auf der Grundlage des Grünbuchs geführte Diskussion hat die *EK* in dem Weißbuch »Dienstleistungen von allgemeinem Interesse« vom 12.05.2004 (KOM [2004] 374 ff.) ausgewertet.

355 *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen/Klein (Hrsg.), GG, Art. 2, Rn. 76.

356 *Tettinger*, BB 1992, S. 2 (3).

357 *BVerfG*E 50, S. 290 (336 f.); *BVerwG*E 17, S. 306 (308).

358 Vgl. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen/Klein (Hrsg.), GG, Art. 2, Rn. 76.

Die Entscheidung des GG für die Freiheit des Menschen verlangt eine grundsätzlich freiheitliche Wirtschaftsordnung. Da ein freier Markt unverzichtbare Voraussetzung für eine freiheitliche Wirtschaftsordnung ist, muss diese zudem immer auch eine marktwirtschaftliche sein. Von dem Grundsatz einer staatsfreien Wirtschaft ist ausnahmsweise dann abzuweichen, wenn verfassungsrechtliche Vorgaben oder Schranken dies gebieten. Von zentraler Bedeutung ist in diesem Zusammenhang etwa das Sozialstaatsprinzip.[359]

Gegen die Festschreibung eines ganz speziellen wirtschaftlichen Leitbilds in der Verfassung spricht der jeweilige Wandel, dem wirtschaftliche Strukturen unterworfen sind. Außerdem könnte eine verfassungsrechtliche Fixierung staatlich gewünschter Wirtschaftsprinzipien - in Anbetracht der Vielschichtigkeit der eine volkswirtschaftliche Ordnung bestimmenden Rechtssätze - allenfalls programmatischen Charakter besitzen.[360]

Allerdings gewinnt die jeweilige Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten im Rahmen der Fortentwicklung der europäischen Wirtschaftsordnung immer weiter an Bedeutung. Auf der einen Seite sind die Mitgliedstaaten in ihrer Wirtschaftspolitik zwar insofern frei, als europäische Vorgaben nicht bereits (mittelbar) auf die jeweiligen wirtschaftlichen Prozesse wirken. Auf der anderen Seite sind die Mitgliedstaaten im Zuge der zunehmenden Europäisierung in der europäischen Wirtschaft zunehmend gehalten, ihre Wirtschaftspolitik auf die gemeinsamen europäischen Ziele auszurichten.[361] Die mitgliedstaatlichen Verfassungen spielen in diesem Zusammenhang eine nicht unerhebliche Rolle.[362]

359 *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen/Klein (Hrsg.), GG, Art. 2, Rn. 76.
360 *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen/Klein (Hrsg.), GG, Art. 2, Rn. 76.
361 Vgl. bspw. die Vorgaben in Art. 173 Abs. 2 AEUV zur Koordinierung der mitgliedstaatlichen Industriepolitik.
362 *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen/Klein (Hrsg.), GG, Art. 2, Rn. 76.

2. Konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für den Bereich der Energiewirtschaft

Das GG geht zunächst von einer grundsätzlichen Zuständigkeit der Länder für die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben aus (Art. 30 GG). Art. 74 GG regelt - hiervon abweichend - eine konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für bestimmte Bereiche. Für die in Art. 74 Abs. 1 GG aufgezählten Angelegenheiten kann der Bund Regelungen treffen, die ungeachtet etwa vorhandener Landesgesetze Anwendung finden.[363]

Zu diesen Regelungsmaterien gehört das Gebiet der Energiewirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG). Begrifflich werden hierunter in einem weiten Sinn die Erzeugung und die wirtschaftliche Ausnutzung gespeicherter Kraft verstanden.[364] Im Einzelnen umfasst der Sektor der Energiewirtschaft bspw. den Verkehr mit Energie einschließlich der Energieübertragungs- und -versorgungsleitungen, die Energiepreise nebst ihrer Abrechnung, die Rohstoffsicherung, die Versorgungssicherheit oder auch die Energieeffizienz.[365] Ob die in diesem Zusammenhang stattfindende wirtschaftliche Betätigung in privatrechtlichen oder in öffentlich-rechtlichen Formen erfolgt, spielt keine Rolle. Es kommt lediglich darauf an, dass die öffentliche Hand nach außen hin wie ein privater Rechtsträger am wirtschaftlichen Leben teilnimmt.[366]

3. Umweltschutz und Nachhaltigkeit der Entwicklung

Die ausdrückliche Verankerung des Umweltschutzes und damit der verantwortungsvolle Umgang mit endlich vorhandenen natürlichen Ressourcen im GG erfolgte in Anbetracht dessen, dass die wesentliche Bedeutung des

363 Vgl. *Maunz*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen/Klein (Hrsg.), GG, Art. 74, Rn. 32.
364 *Maunz*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen/Klein (Hrsg.), GG, Art. 74, Rn. 144.
365 *Maunz*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen/Klein (Hrsg.), GG, Art. 74, Rn. 144.
366 *Maunz*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen/Klein (Hrsg.), GG, Art. 74, Rn. 154.

Schutzes der Umwelt für die Bevölkerung bereits seit vielen Jahrzehnten in der wissenschaftlichen und politischen Diskussion steht, verhältnismäßig spät. Erst Mitte der 1990er-Jahre wurde Art. 20 a in das GG eingefügt. Der Umweltschutz wurde damit nicht nur lediglich verfassungsrechtlich positioniert, vielmehr wurde er als Staatsziel - also als verfassungsmaterielle Wertentscheidung bzw. als unmittelbar geltende, alle Ausformungen der Staatsgewalt bindende Leitlinie[367] - anerkannt.

Der Begriff Umweltschutz im Sinne des Art. 20 a GG umfasst den Schutz der Gesamtheit der Ökosysteme. Hierzu gehören die Biosphäre in der Gestalt von Erde, Wasser und Luft, genauso wie die organischen Naturgegebenheiten der Pflanzen- und Tierwelt.[368] Ziel ist die bestmögliche Schonung der natürlichen - insbesondere der nichterneuerbaren - Ressourcen sowie des Klimas.[369] Mensch und Gesellschaft sollen grundsätzlich verantwortlich sein für die Erhaltung der Umwelt, den pfleglichen Umgang mit den Ökosystemen und den Schutz des Menschen selbst vor umweltbedingten bzw. umweltschadensbedingten Risiken und Gefahren.[370] Als Mittel sind nicht nur Maßnahmen der Schadensbeseitigung und Gefahrenabwehr, sondern auch Maßnahmen der Vorsorge vorzusehen.[371]

Art. 20 a GG schreibt eine verfassungsunmittelbare Verantwortlichkeit des Staates - konkret: der Gesetzgebung, der Exekutive und der Judikative - fest, nicht jedoch eine solche Privater. Als Staatszielbestimmung ist Art. 20 a GG kein subjektiv-rechtliches Schutzziel immanent.[372] Verfassungsunmittelbare Rechtspflichten des Einzelnen ergeben sich also aus Art. 20 a

---

367 *Scholz*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen/Klein (Hrsg.), GG, Art. 20 a, Rn. 35.

368 *Scholz*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen/Klein (Hrsg.), GG, Art. 20 a, Rn. 5; *Murswiek*, NVwZ 1996, 222 (224).

369 *Scholz*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen/Klein (Hrsg.), GG, Art. 20 a, Rn. 5; *Murswiek*, NVwZ 1996, 222 (225).

370 *Scholz*: in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen/Klein (Hrsg.), GG, Art. 20 a, Rn. 5; *Murswiek*, NVwZ 1996, 222 (225).

371 *Scholz*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen/Klein (Hrsg.), GG, Art. 20 a, Rn. 11; *Murswiek*, NVwZ 1996, 222 (225 ff.).

372 *Jahn*, DVBl. 1994, S. 177 (184 f.); *Vogel*, DVBl. 1994, S. 497 (498 f.); *BVerwG*, NJW 1995, S. 2648 (2649); *Peters*, NVwZ 1995, S. 555 (555 f.); *Murswiek*, NVwZ 1996, 222 (223 f.).

GG genauso wenig, wie der Einzelne ein Recht auf ein bestimmtes staatliches Handeln zum Schutze der Umwelt hat.[373]

Die verfassungsrechtliche Schutzgewährleistung für die Umwelt muss sich vielmehr in das Gesamtsystem der grundgesetzlichen Wirtschafts- und Sozialverfassung einfügen.[374] Ergeben sich Konfliktlagen zwischen den Belangen des Umweltschutzes und den gegenläufigen Interessen bzw. Schutzgütern, die ebenfalls verfassungsrechtlich geschützt sind - wie z. Bsp. die Elektrizitätsversorgung als Teil staatlicher Daseinsvorsorge und damit des Sozialstaatsprinzips -, so hat insoweit ein verhältnismäßiger Ausgleich zu erfolgen. Im Zweifel ist hierbei von einem prinzipiellen Gleichrang der kollidierenden Verfassungsgüter auszugehen.[375]

4. Sozialstaatlichkeit

Zu einer der wesentlichsten Aussagen des GG gehört die Fundamentalentscheidung für den Sozialstaat.[376] Das Sozialstaatsprinzip in Art. 20 Abs. 1 GG ist nicht lediglich Programmsatz, sondern entspricht einer echten, unmittelbar geltenden und alle Staatsgewalten bindenden Staatsleitlinie.[377]

Die Sozialstaatlichkeit verlangt dem Staat vielschichtige Initiativen und Aktivitäten ab. Hierfür sind nicht selten erhebliche finanzielle und personelle Aufwendungen erforderlich. Ob - und wenn ja, in welchem Umfang - diese aufzubringen sind, hängt natürlich immer vom jeweiligen Wohlstand der Gesellschaft - konkret: von der Entwicklung des Bruttosozialproduktes - ab. Vor diesem Hintergrund muss die Auslegung des Sozialstaatsprinzips

373 *Scholz*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen/Klein (Hrsg.), GG, Art. 20 a, Rn. 45; *Becker*, DVBl. 1995, S. 713 (717); *Kloepfer*, DVBl. 1996, S. 73 (74); *Murswiek*, NVwZ 1996, 222 (223 f.).
374 *Scholz*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen/Klein (Hrsg.), GG, Art. 20 a, Rn. 14.
375 *Scholz*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen/Klein (Hrsg.), GG, Art. 20 a, Rn. 42.
376 *Herzog*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen/Klein (Hrsg.), GG, Art. 20, VIII, Rn. 2.
377 *Herzog*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen/Klein (Hrsg.), GG, Art. 20, VIII, Rn. 6.

regelmäßig restriktiv erfolgen.[378] Einklagbare Rechtsansprüche für den Einzelnen ergeben sich aus dem Sozialstaatsprinzip jedenfalls nicht.[379]

Der Sozialstaat befasst sich mit der formal gleichen Absicherung der Grundbedürfnisse eines jeden und damit auch mit der Schaffung und Sicherung einer faktischen Gleichheit der Entwicklungschancen für jedermann - oftmals auch als Chancengerechtigkeit bezeichnet.[380] Vor allem die Daseinsvorsorge, wozu alle staatlichen Tätigkeiten gehören, die sich mit der Schaffung, Erhaltung und dem Ausbau von Infrastrukturen befassen - wie eben auch diejenigen im Bereich der örtlichen Elektrizitätsversorgung -, ist Teil dieser Sozialstaatlichkeit.[381]

Sozialpolitische Maßnahmen des Staates unterliegen indes immer auch verfassungsimmanenten Schranken. Häufig ergeben sich solche aus den Grundrechten. Genannt sei hier - beispielhaft - nur die Eigentumsgarantie gem. Art. 14 Abs. 1. S. 1 GG. Andererseits ist das Eigentum wiederum Schranken[382] zugunsten sozialstaatlichen Handelns des Gesetzgebers unterworfen. Im Einzelfall muss eine Abwägung erfolgen. Einen Vorrang nehmen dabei weder die Grundrechte noch das Sozialstaatsprinzip ein.

5. Grundrechte

Die Grundrechte dienen vorrangig dem Schutz der Freiheitssphäre des einzelnen Menschen als natürlicher Person gegen Eingriffe der staatlichen Gewalt.[383] Nur selten soll ihnen der Einzelne (originäre) Leistungsansprü-

378 *Herzog*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen/Klein (Hrsg.), GG, Art. 20, VIII, Rn. 23 f.; *BVerfG*E 38, S. 154 (170).
379 *Herzog*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen/Klein (Hrsg.), GG, Art. 20, VIII, Rn. 28; *BVerfG*E 27, S. 253 (283).
380 *Herzog*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen/Klein (Hrsg.), GG, Art. 20, VIII, Rn. 37.
381 *Herzog*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen/Klein (Hrsg.) GG, Art. 20, VIII, Rn. 12 ff.
382 Vgl. die Inhalts- und Schrankenbestimmung des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG sowie die Enteignungs- und Sozialisierungsermächtigung der Art. 14 Abs. 3 GG und 15 GG.
383 *BVerfG*E 61, S. 82 (101); 21, S. 362 (369); *BVerfG*, NVwZ 2009, S. 1282 (1282).

che gegenüber dem Staat entnehmen können.[384] Verbunden mit dem allgemeinem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG lassen sich jedoch in bestimmten Fällen aus den Grundrechten (derivative) Leistungs- und Teilhaberechte herleiten.[385] Das BVerfG geht davon aus, dass die grundrechtliche Verbürgung des Staates zur Teilhabe an staatlichen Leistungen erstarke, je mehr der Staat sich der sozialen Sicherung und kulturellen Förderung der Bürger zuwende.[386]

Insbesondere in Bereichen, in denen der Staat infrastrukturelle Leistungen erbringt oder ihre Erbringung gewährleistet - wie bspw. auf dem Gebiet der (örtlichen) Elektrizitätsversorgung -, können demzufolge aus Art. 3 Abs. 1 GG - vor allem im Zusammenhang mit Art. 14 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 und/oder Art. 2 Abs.1, Abs. 2 S. 1 GG - Ansprüche etwa auf gleichen Zugang zu diesen Leistungen bzw. Einrichtungen resultieren. Intakte Infrastrukturen sind eine Grundvoraussetzung für die Ausübung dieser Grundrechte.[387]

Die Sicherung dieser grundrechtlichen Gewährleistung des Staates findet im Bereich der Elektrizitätswirtschaft vor allem ihre Ausformung in den elektrizitätsrechtlichen Vorgaben zur Versorgungssicherheit, zur Preisgünstigkeit und zum Verbraucherschutz.[388]

III. Bundesgesetzliche Zielvorgaben

1. Zielefünfeck des § 1 Abs. 1 EnWG

§ 1 Abs. 1 EnWG bezeichnet die fünf wichtigsten Zielvorgaben des bundesdeutschen Energiewirtschaftsrechts: Versorgungssicherheit, Preisgünstigkeit, Verbraucherfreundlichkeit, Umweltverträglichkeit und Effizienz

384 *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, S. 174.
385 *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, S. 174 f.
386 *BVerfG*E 33, S. 303 (330 f.).
387 Vgl. *Glöckner*, Kommunale Infrastrukturverantwortung und Konzessionsmodelle, S. 66 f. m. w. N.
388 Vgl. § 1 Abs. 1 EnWG und s. oben Teil 2, A, III, 2 und 3.

der leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas. § 2 Abs. 1 EnWG legt die Verwirklichung dieser Ziele u. a. den Elektrizitätsversorgungsunternehmen auf. Die fünf Ziele bestehen gleichrangig nebeneinander. Sie bilden nicht nur eine Auslegungsgrundlage im Rahmen der Anwendung des EnWG. Vielmehr gelten sie als Leitbild für die gesamte elektrizitätswirtschaftliche Praxis. Die unterschiedlichen Ziele sind Ausdruck verschiedener Interessen der Allgemeinheit, die zunächst einmal in einem Spannungsverhältnis zueinander stehen. Durch die Verfolgung eines jeden Ziels immer mit Blick auf die jeweils anderen Ziele können und müssen Zielkonflikte vermieden bzw. verringert werden.[389] Die einzelnen gesetzlichen Vorschriften, die die Realisierung dieser Ziele sicherstellen sollen, finden sich zum Teil im EnWG selbst, zum Teil aber auch in zahlreichen Spezialgesetzen und Verordnungen. Im Folgenden soll auf die Zielvorgaben in den Bereichen Versorgungssicherheit (2), Preisgünstigkeit und Verbraucherfreundlichkeit (3) sowie Umweltverträglichkeit und Effizienz (4) im Einzelnen eingegangen werden.

2. Versorgungssicherheit

Nach dem BVerfG ist die Sicherstellung der Elektrizitätsversorgung ein Gemeinschaftsinteresse höchsten Ranges und ein absolutes Gemeinschaftsgut.[390] Sie gehört zum Bereich der Daseinsvorsorge.[391]

Versorgungssicherheit verlangt nicht nur die Absicherung einer langfristigen, kontinuierlichen, quantitativ und qualitativ ausreichenden Elektrizitätsversorgung der Abnehmer auch in Spitzenbedarfszeiten (a), sondern auch die Sicherstellung einer Ungefährlichkeit der Erzeugungs-, Transport- und Verteilungsanlagen für Menschen und Sachen[392] (b). Weiterhin ist für die Gewährleistung einer Versorgungssicherheit eine stabile Struk-

389 *Hellermann/Hermes*, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG, § 1, Rn. 41 f.
390 *BVerfG*, NJW 1984, 1872 (1873).
391 *BVerfG*, NJW 1984, 1872 (1873).
392 *Hellermann/Hermes*, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG, § 1, Rn. 25 f.

tur der Akteure auf allen Wertschöpfungsebenen in der Energiewirtschaft - namentlich den Ebenen der Erzeugung, des Transports und der Verteilung - erforderlich (c).

a) Sicherheit der Versorgungslage

Das Vorhandensein fossiler Versorgungsträger ist endlich. Je vielfältiger der Energieträgermix ist und je mehr alternative Energiequellen erschlossen und genutzt werden, desto sicherer wird die Versorgungslage. Auch eine sparsamere und rationellere Verwendung von Elektrizität trägt hierzu bei. Der ressourcenschonende Umgang mit fossilen Energieträgern ist auch und insbesondere ein wichtiger Baustein im Rahmen des Aufbaus einer umweltverträglichen Elektrizitätsversorgung.[393]

b) Sicherheit der Netzinfrastruktur

Was die Sicherheit der Netzinfrastruktur anbelangt, so enthalten die §§ 11 ff. EnWG Regelungen dazu, dass und wie die Betreiber von Übertragungs- und Verteilungsnetzen diese Netze in einem sicheren, zuverlässigen und leistungsfähigen Zustand zu betreiben, zu warten und auszubauen haben. Die Verpflichtung der Übertragungs- und Verteilungsnetzbetreiber, Letztverbraucher oder gleich- oder nachgelagerte Elektrizitätsnetze bzw. -leitungen oder Erzeugungs- und Speicheranlagen an ihr Netz anzuschließen und Netzzugang zu gewähren, ist in den §§ 17 ff. EnWG im Detail geregelt. Diese Vorschriften mögen zwar zuvörderst der Förderung von Wettbewerb in der Elektrizitätswirtschaft dienen, allerdings sind die Netzanschlusspflicht und die Pflicht zur Gewährung von Netzzugang zugleich auch Bestandteil eines funktionierenden und damit sicheren Versorgungssystems. Ferner sind die Elektrizitätsversorgungsunternehmen für Netzgebiete, in denen sie die Grundversorgung durchführen, gem. §§ 36 ff. EnWG zur Grund- bzw. Ersatzversorgung der Letztverbraucher verpflichtet. Schließlich erlegen die §§ 49 ff. EnWG den Elektrizitätsversorgungs-

393 S. unten Teil 2, A, III, 4

unternehmen Obliegenheiten in Bezug auf technische Sicherheit auf. Ferner enthalten sie eine Verordnungsermächtigung betreffend die Vorhaltung von Rohstoffen für die Elektrizitätsversorgung. Außerdem schreiben sie ein Monitoring der Versorgungssicherheit durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (BMWi) vor, regeln Meldepflichten bei Versorgungsstörungen und beinhalten eine Verordnungsermächtigung betreffend die Ausschreibung neuer Erzeugerkapazitäten.

Die Neuerrichtung, Unterhaltung und Instandhaltung von Erzeugeranlagen sowie von Übertragungs- und Verteilernetzen führt genauso wie die Einführung neuer, technisch sichererer und effizienterer Standards zu einer sehr kapitalintensiven Investitionsquote in der Elektrizitätswirtschaft. Um das Niveau der Versorgungssicherheit in der BRD weiterhin und langfristig als hoch einstufen zu können, müssen die Elektrizitätsversorgungsunternehmen nicht nur die Möglichkeit haben, die ihnen für notwendige Investitionen in ihren Anlagen- und Netzbestand entstehenden Kosten zu refinanzieren. Vielmehr muss es für sie wirtschaftlich lukrativ sein, in sicherere und umweltfreundlichere Technologien sowie in den Einsatz ressourcenschonender Energieträger zu investieren.

Ein Unternehmen hat regelmäßig nur dann ein Interesse an der Investition von Eigenmitteln in sein Unternehmen, wenn es Erlöse in einer Höhe erzielen kann, die ihm einerseits die Wiederbeschaffung seiner Anlagegüter ermöglichen und andererseits eine angemessene Rendite gewährleisten.[394] Dem steht das Interesse der Abnehmer an möglichst preisgünstiger Elektrizität gegenüber.

Diesem Zielkonflikt soll unter anderem mittels einer Regulierung der Netzentgelte entgegengewirkt werden. Gem. § 21 Abs. 2 EnWG i. V. m. der StromNEV sind die Netzentgelte kostenorientiert zu bilden. Ein Nachteil dieser kostenorientierten Entgeltregulierung liegt darin, dass die Netzbetreiber keinerlei Anreiz haben, ihre Kosten zu senken. Dieses Defizit

394 *Ruge*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, S. 1021 (1022).

soll durch die Einführung des Systems der Anreizregulierung[395] beseitigt werden. Danach wird bei der Kostenkontrolle für den Zeitraum einer Regulierungsperiode die Höhe der Netzentgelte von der Höhe der Kosten der Netzbetreiber abgekoppelt. Die Kosten bleiben relevant für die Ermittlung einer über mehrere Jahre verteilten Erlösobergrenze. Bleibt der Netzbetreiber mit seinen Kosten unterhalb der vorgegebenen Obergrenzen, so kann er diesen Effizienzgewinn behalten. An die Netznutzer werden die reduzierten Kosten erst am Ende eines Regulierungszeitraums weitergegeben und zwar in Form von niedrigeren Netzentgelten.[396]

c) Stabile Struktur der Akteure

Neben einem breiten Spektrum an zur Verfügung stehenden Energieträgern sowie einer modernen und ausgebauten Netzinfrastruktur ist schließlich für die Sicherheit der Versorgung der Endverbraucher mit Elektrizität eine stabile Struktur der Akteure in allen Bereichen der Elektrizitätsversorgung erforderlich.

Gem. § 5 S. 3 und 4 EnWG müssen Elektrizitätsversorgungsunternehmen, die Haushaltskunden mit Elektrizität beliefern, zunächst personell, technisch sowie wirtschaftlich in der Lage und deren Geschäftsleitung hinreichend zuverlässig sein, um diese Aufgabe ordnungsgemäß zu erledigen. Allerdings regelt diese Vorschrift nur die Geeignetheit und Zuverlässigkeit der einzelnen, Endverbraucher beliefernden Unternehmen. Für eine zuverlässige Elektrizitätsversorgung ist ferner wichtig, dass die Tätigkeiten sämtlicher Akteure in einem entwickelten und gut strukturierten Wettbewerb, der ein sich negativ auf die Versorgungssicherheit auswirkendes Marktversagen ausschließt, so ideal wie möglich aufeinander abge-

---

395 Vgl. die Verordnung zum Erlass und zur Änderung von Rechtsvorschriften auf dem Gebiet der Energieregulierung (ARegV). An der Vereinbarkeit der ARegV mit dem EnWG und mit dem GG bestehen zum Teil Bedenken. Ferner sollen mangels Durchführung einer Verordnungsfolgenabschätzung etwaige negative Auswirkungen der ARegV insbesondere auf kleinere und mittelständische Netzbetreiber unklar sein (vgl. hierzu: *Nill-Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, S. 243 ff.).

396 *Ruge*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, S. 1021 (1023).

stimmt sind.[397] In der Praxis wird allerdings der Wettbewerb in der Elektrizitätsversorgungswirtschaft selten so perfekt sein, dass sich das Niveau der Versorgungssicherheit allein über den Markt bestimmen ließe.[398] Insoweit wird es hier immer (auch) staatlicher Leitvorgaben bedürfen.[399]

Derzeit existieren in Deutschland - neben vier vertikal integrierten Verbundunternehmen - ca. 30 Regionalversorgungsunternehmen, etwa 900 örtliche Versorger sowie zahlreiche neue Akteure - wie Einzelhändler, Stromhandelskooperationen, Internet-Broker, Portfoliomanager, Riskmanager, Großhändler, Börsengesellschaften, Börsenhändler, Öko-Stromhändler oder Broker.[400] Zwischen den Verbundunternehmen, den Regionalversorgungsunternehmen und den örtlichen Elektrizitätsversorgungsunternehmen bestehen zahlreiche gesellschaftsrechtliche Vernetzungen. So besitzen vor allem die Verbundunternehmen und die regionalen Elektrizitätsversorgungsunternehmen häufig eine Vielzahl von - oft auch mehrheitlichen - Beteiligungen an den örtlichen Elektrizitätsversorgungsunternehmen. Hieraus resultiert zum einen die Gefahr der Durchsetzung einseitiger, mit dem Ziel einer sicheren Versorgungswirtschaft nicht konform gehender, wirtschaftlicher Interessen über die gesamte Länge der Wertschöpfungskette in der Elektrizitätswirtschaft. Zum anderen eröffnet dies Risiken im Hinblick auf ein Durchschlagen wirtschaftlicher Schwächen oder versorgungssicherheitswidriger Entscheidungen eines Unternehmens auf mit ihm verbundene Unternehmen. Schließlich leidet hierunter möglicherweise - bspw. mangels örtlichen Bezugs oder auf Grund von im Konzern zentral gesteuerten Unternehmensabläufen - die Fähigkeit, bestmöglich auf örtliche Bedürfnisse einzugehen bzw. örtlich vorhandenen Versorgungsdefiziten vorzubeugen oder auf diese zu reagie-

397 *Lieb-Dońzy/Börner/MacKerron*, ew 2003, 44 (46 f.).

398 Und zwar aufgrund von - der Elektrizitätswirtschaft von vorne herein immanenten - Umständen, wie bspw. der Kostenintensität der Errichtung und Unterhaltung des Anlagen- und Leitungsbestands, der Einhaltung hoher Sicherheitsstandards oder der Notwendigkeit der Versorgung auch unrentabler Kundengruppen.

399 *Lieb-Dońzy/Börner/MacKerron*, ew 2003, 20 (27); *Degenhardt*, SächsVBl. 2002, 129 (131).

400 *Theobald*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, S. 1 (6 f.).

ren. Im Ergebnis kann dies durchaus die Gefahr eines Marktversagens[401] begünstigen.

Um dem entgegenzuwirken, braucht es eine transparente Wettbewerbsstruktur, die gewährleistet, dass eine etwaige Notwendigkeit staatlicher Regulative früh erkannt wird und solche rechtzeitig zum Einsatz gebracht werden können. Der Wettbewerb in der Elektrizitätswirtschaft muss zudem durch das Vorhandensein einer Vielzahl an weitgehend voneinander unabhängigen, geeigneten und zuverlässigen Wettbewerbern gekennzeichnet sein, und zwar möglichst auf jeder der elektrizitätswirtschaftlichen Funktionsebenen. Insbesondere auf der Verteilungsebene gehören hierzu kleinere und mittelständische private oder gemischtwirtschaftliche, aber auch öffentliche Unternehmen. Eine »durchwachsene« Struktur der Akteure ist für interne wie für externe negative Markteinflüsse weniger anfällig. Für die Sicherstellung einer kontinuierlichen und den Verantwortlichkeiten im Elektrizitätsbereich genügenden Elektrizitätsversorgung ist dies unerlässlich.

Einen möglichst optimalen Wettbewerb zu fördern, ist Aufgabe des Wettbewerbsrechts.[402]

3. Preisgünstigkeit und Verbraucherschutz

Eine preisgünstige Elektrizitätsversorgung liegt nicht nur im Interesse der privaten Verbraucher. Sie ist auch ein wichtiger Standortfaktor für Unternehmen. Voraussetzung hierfür sind marktwirtschaftliche Strukturen und ein funktionierender Wettbewerb, genauso wie die Gewährleistung einer standardisierten Mindestversorgung. Die wichtigsten Instrumente, die der

401 Zur wettbewerbstheoretischen These vom Marktversagen in der Elektrizitätswirtschaft: *Möschel*, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 608 ff.; zu einem aufgrund des Zusammentreffens unterschiedlicher Ursachen ausgelösten Marktversagen und hieraus zu ziehenden Schlussfolgerungen im Elektrizitätsbereich: *Haas/Auer*, et 2001, S. 280 ff.; *Kerber*, et 2001, S. 60 (64 ff.).

402 S. unten Teil 2, A, III, 3.

deutsche Gesetzgeber zur Schaffung und Aufrechterhaltung dieser Bedingungen vorgesehen hat, sind:

- die Regulierung der Netze und Netzentgelte (a),
- die Vorgaben zur Entflechtung (b),
- eine wirksame Zusammenschluss- und Kooperationskontrolle (c) sowie
- die Gewährleistung eines Schutzes der Letztverbraucher (d).

a) Regulierung der Netze und Netzentgelte

Von maßgeblicher Bedeutung für die Schaffung von Wettbewerb in der Elektrizitätswirtschaft sind der in §§ 17 f. EnWG geregelte Anspruch auf Netzanschluss und der Anspruch auf Netzzugang gem. §§ 20 ff. EnWG. Während sich der Netzanschluss auf die physikalische Verbindung mit einem Elektrizitätsversorgungsnetz bezieht, geht es bei dem Netzzugang um die Nutzung eines Elektrizitätsversorgungsnetzes für den Transport von Elektrizität. Die Herstellung bzw. das Vorhandensein eines Netzanschlusses ist sowohl technische als auch rechtliche Voraussetzung für die Schaffung von Netzzugang. Mit Hilfe der Regelungen über den Netzanschluss und den Netzzugang sollen das natürliche Monopol der Netzbetreiber durchbrochen, die Nutzung der Elektrizitätsversorgungsnetze Dritten ermöglicht und damit Wettbewerb in der Elektrizitätswirtschaft - und zwar nicht nur unmittelbar im Netzsegment selbst, sondern mittelbar auch in den vor- und nachgelagerten Bereichen der Elektrizitätswirtschaft - erreicht werden.[403]

§ 17 EnWG enthält ein allgemeines Recht auf Netzanschluss gegenüber Betreibern von Elektrizitätsversorgungsnetzen. Zugunsten von Letztverbrauchern im Niederspannungsbereich sieht § 18 EnWG eine allgemeine

403 *Theobald/Zenke/Ochsenfahrt*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, S. 749 (770).

Anschluss- nebst Anschlussnutzungspflicht vor. Der grundsätzliche Anspruch auf Netzzugang ist in § 20 Abs. 1 EnWG geregelt. Das Rechtsverhältnis zwischen dem jeweiligen Anschlusskunden und dem entsprechenden Netzbetreiber gestalten die auf der Grundlage der §§ 17 Abs. 3 und 18 Abs. 3 EnWG erlassenen Verordnungen, u. a. die Verordnung über den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen (StromNZV) sowie die Verordnung über allgemeine Bedingungen für den Netzanschluss und dessen Nutzung für die Elektrizitätsversorgung in Niederspannung (NAV), näher aus.

Zu den Voraussetzungen eines wettbewerbskonformen Netzzugangssystems gehört ferner die Netzentgeltregulierung (§ 21 EnWG). Vorschriften zur Ausgestaltung der Netznutzungsentgelte sind in § 21 a EnWG (kostenorientierte Entgeltbildung) und § 23 a EnWG (Anreizregulierung) enthalten. Diese wiederum sind in den - aufgrund der in § 24 EnWG enthaltenen Verordnungsermächtigung erlassenen - Verordnungen, nämlich der StromNEV und der ARegV, konkretisiert. Mit Hilfe der hiernach regulierten Netzentgelte sollen unmittelbar eine Senkung der Netzkosten und mittelbar eine Senkung der Strompreise erreicht werden.

b) Entflechtung

Die Struktur der deutschen Elektrizitätswirtschaft hat sich auch nach der Liberalisierung des Elektrizitätsmarkts nicht erwähnenswert geändert. Nach wie vor bestehen vielfältige Verflechtungen. Diese Strukturen - oftmals aus betriebswirtschaftlichen Effizienzgründen über Jahre hinweg entstanden - ermöglichen keinen transparenten und diskriminierungsfreien Netzzugang zu angemessenen Preisen und sind deshalb hinderlich für einen funktionierenden Wettbewerb in der Elektrizitätswirtschaft; so jedenfalls der europäische Gesetzgeber[404]. Dem sollen die Regelungen zur Entflechtung (§§ 6 ff. EnWG), d. h. zur grundsätzlichen Trennung der Wertschöpfungsstufen Netzbetrieb und Elektrizitätserzeugung bzw. Elektrizitätsbelieferung, in-

404 S. oben Teil 1, C, I, c) und d).

nerhalb vertikal integrierter Elektrizitätsversorgungsunternehmen[405] bzw. solcher rechtlich selbstständiger Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen, die mit vertikal integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen verbunden sind, entgegenwirken. Die Umsetzung dieser Vorgaben bedeutet für die gesamte deutsche Elektrizitätswirtschaft einen erheblichen und kostenintensiven Eingriff in ihre Unternehmensstrukturen bzw. -abläufe. Sie ist mit hohen wirtschaftlichen Belastungen verbunden.[406]

Die Entflechtungsbestimmungen des EnWG sehen vier Stufen der Entflechtung vor:

- § 7 EnWG gibt die Unabhängigkeit des Netzbetriebes dadurch vor, dass dieser in einer anderen Gesellschaft geführt werden muss als die Bereiche Erzeugung und Vertrieb (rechtliche Entflechtung).

- § 8 EnWG statuiert bestimmte Anforderungen an die Aufbau- und Ablauforganisation sowie die personelle Zuordnung im Netzbetrieb (operative Entflechtung).

- Gem. § 9 EnWG haben Netzbetreiber die Vertraulichkeit wirtschaftlich sensibler Informationen zu wahren und diskriminierungsfrei mit wirtschaftlich relevanten Informationen umzugehen (informatorische Entflechtung).

- § 10 EnWG schließlich enthält besondere Anforderungen im Hinblick auf die Rechnungslegung und die interne Buchführung (buchhalterische Entflechtung).

Auf kleinere Elektrizitätsversorgungsunternehmen (< 100.000 Kunden) finden die §§ 7 und 8 EnWG keine Anwendung (§§ 7 Abs. 2, 8 Abs. 6 EnWG).

---

405 Vertikal integrierte Elektrizitätsversorgungsunternehmen sind nach der Legaldefinition in § 3 Nr. 38 EnWG im Elektrizitätsbereich tätige Unternehmen bzw. Unternehmensgruppen, die miteinander verbunden sind und in diesem Sektor mindestens eine der Funktionen Übertragung oder Verteilung sowie mindestens eine der Funktionen Erzeugung oder Vertrieb wahrnehmen.

406 *de Wyl/Finke*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, S. 95 (98).

c) Zusammenschluss- und Kooperationskontrolle

Einen freien Elektrizitätsmarkt zeichnet ferner eine wettbewerbsfreundliche Marktstruktur bestehend aus hinreichend vielen, voneinander unabhängigen, sich im Wettbewerb gegenüber stehenden Lieferkonkurrenten aus.[407] Der europäische wie auch der deutsche Elektrizitätsmarkt ist durch jahrzehntelange Monopolstrukturen geprägt und deshalb besonders anfällig dafür, dass durch den staatlichen Rückzug im Rahmen der Liberalisierung dieses Markts neue staatliche oder private Wettbewerbsbeschränkungen, wie sie z. Bsp. durch Unternehmenszusammenschlüsse entstehen, geschaffen werden.[408] Ihn kennzeichnet eine Tendenz zu starker Konzentration.[409] Versucht wird, dem mit einer wirksamen Fusionskontrolle entgegenzuwirken. Auf nationaler Ebene richtet sich die Fusionskontrolle nach §§ 35 ff. GWB.

d) Schutz der Letztverbraucher

Primäres Endziel eines jeden industriellen, gewerblichen und privaten Verbrauchers ist eine preisgünstige und jederzeit sichergestellte Versorgung mit Elektrizität. Voraussetzung hierfür ist nicht nur die Herbeiführung eines florierenden Wettbewerbs mittels Regulierung der Elektrizitätsversorgungsunternehmen bzw. Netzbetreiber, sondern auch die Sicherung der Versorgung der Letztverbraucher mit Hilfe

- einer allgemeinen Verpflichtung von Netzbetreibern für Gemeindegebiete, in denen sie Elektrizitätsversorgungsnetze für die allgemeine Versorgung von Letztverbrauchern betreiben, zum Anschluss von Letztverbrauchern in Niederspannung an das Elektrizitätsversorgungsnetz und zur Gestattung der Anschlussnutzung zur Entnahme von Elektrizität zu veröffentlichten Allgemeinen Bedingungen (§ 18 Abs. 1 S. 1 EnWG) sowie

---

407 *Jung/Theobald*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Handbuch der Energiewirtschaft, S. 187 (193).

408 *Paulweber/Weinand*, EuZW 2001, S. 232 (234).

409 *Sanden*, EuZW 2004, S. 620 (620).

- einer allgemeinen Verpflichtung von Elektrizitätsversorgungsunternehmen für Netzgebiete, in denen sie die Grundversorgung von Haushaltskunden durchführen, zur Versorgung von Haushaltskunden zu veröffentlichten Allgemeinen Bedingungen und Preisen (§ 36 Abs. 1 S. 1 EnWG).

Für die Ersatzversorgung[410] mit Elektrizität gelten gem. § 38 Abs. 1 S. 2 EnWG die Bestimmungen für die Grundversorgung mit der Maßgabe, dass der Grundversorger berechtigt ist, für diese Elektrizitätslieferung gesonderte Allgemeine Preise zu veröffentlichen und zu berechnen. Dies gilt nicht für die Ersatzversorgung von Haushaltskunden. Diese sind zu den Preisen, die der Grundversorger ansonsten im Rahmen der Grundversorgung berechnet, zu versorgen.

Diese Allgemeinen Bedingungen wurden durch den Erlass der NAV und der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Grundversorgung von Haushaltskunden und die Ersatzversorgung mit Elektrizität aus dem Niederspannungsnetz (StromGVV)[411] festgelegt. Die in diesen Verordnungen enthaltenen Bestimmungen sind jeweils Bestandteil des Grundversorgungsvertrages zwischen dem jeweiligen Grundversorger und den Haushaltskunden (§ 1 Abs. 1 S. 2 StromGVV) sowie der Rechtsverhältnisse über den Netzanschluss an das Elektrizitätsversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung und über die Anschlussnutzung (§ 1 Abs. 1 S. 2 NAV). Hiermit soll die Geltung einheitlicher angemessener Bedingungen in der Grundversorgung, die den Charakter eines »sozialen Auffangnetzes« im Sinne einer standardisierten Mindestversorgung trägt[412], gewährleistet werden.

Im Ergebnis soll der Verbraucher nicht nur seinen Stromversorger frei wählen können, was ihm eine indirekte Einflussnahme auf die Angebots-,

410 Ersatzversorgung entspricht dem Bezug von Elektrizität durch Letztverbraucher über das Elektrizitätsversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung in Niederspannung, ohne dass dieser Bezug einer Lieferung oder einem bestimmten Liefervertrag zugeordnet werden kann. Die Elektrizität gilt dann als von dem jeweiligen Grundversorger geliefert (§ 38 Abs. 1 S. 1 EnWG).

411 Vgl. zu einzelnen Neuregelungen der StromGVV die Anmerkungen von *Rottnauer*, RdE 2008, S. 105 ff.

412 *Theobald*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, S. 1 (32).

insbesondere die Preisgestaltung der Elektrizitätsversorgungsunternehmen ermöglicht. Vielmehr soll ihm eine Versorgung zu angemessenen Bedingungen und Preisen in jedem Falle sicher sein.

4. Umweltverträglichkeit und Effizienz

Schließlich gehört zum Ziele-Fünfeck des § 1 EnWG eine effiziente und umweltverträgliche Elektrizitätsversorgung. Nach § 3 Nr. 33 EnWG bedeutet Umweltverträglichkeit im Sinne des EnWG u. a., dass die Elektrizitätsversorgung den Erfordernissen eines nachhaltigen - insbesondere rationellen und sparsamen - Umgangs mit Elektrizität genügt, eine schonende und dauerhafte Nutzung von Ressourcen[413] gewährleistet und die Umwelt möglichst wenig belastet, wobei der Nutzung von Kraft-Wärme-Kopplung und erneuerbaren Energien besondere Bedeutung zukommt. § 3 Nr. 15 a) EnWG beschreibt Energieeffizienzmaßnahmen als Maßnahmen, die zur Verbesserung des Verhältnisses zwischen Energieaufwand und damit erzieltem Ergebnis im Bereich von Energieumwandlung, Energietransport und Energienutzung beitragen. Diesen Definitionen sind drei Prinzipien immanent:

- das Einsparungsprinzip,
- das Nachhaltigkeitsprinzip und
- das Eingriffsminimierungsprinzip.[414]

In diesem Lichte sind die Bestimmungen des EnWG auszulegen. Beim Erlass von auf der Grundlage des EnWG erlassenen Verordnungen sind

413 Begrifflich ist hier zwischen Reserven und Ressourcen zu unterscheiden. Reserven sind nachgewiesene Vorräte, die sich unter heutigen Bedingungen technisch und wirtschaftlich abbauen lassen. Ressourcen hingegen sind (auch) (nicht) nachgewiesene Vorkommen, die momentan technisch und/oder wirtschaftlich nicht gewinnbar sind (*Schneider*, in: Schneider/Theobald [Hrsg.], Recht der Energiewirtschaft, S. 1115 [1118]). Da in § 3 Nr. 33 EnWG von Ressourcennutzung die Rede ist, können hierunter nur die nutzbaren Reserven verstanden werden.

414 *Salje*, UPR 1998, S. 201 (203).

diese Prinzipien (mit) zu berücksichtigen. Die Praxis der Aufsicht über die Elektrizitätserzeuger, -verteiler und/oder -versorger bzw. Netzbetreiber hat sich hieran zu orientieren.

Was die umweltrelevanten Ansätze im Rahmen der rechtlichen Steuerung in der Elektrizitätsversorgung i. Ü. anbelangt, so kann hier wie folgt unterschieden werden:

Generelle umweltrechtliche Vorgaben	Spezifische energierechtliche Vorgaben
• Umweltplanungs- und Umweltordnungsrecht (z. Bsp.: Raumordnungsrecht, Recht der Bau- und Fachplanung[415], Immissionsschutzrecht) • Umweltabgabenrecht[416] • Emissionshandelsrecht[417]	• Förderung erneuerbarer Energien • Förderung der Kraft-Wärme-Kopplung • Förderung eines effizienten Einsatzes von Energie

Abb. 1: Umweltrelevante Ansätze im Rahmen der rechtlichen Steuerung in der Elektrizitätsversorgung [418]

Die breite Streuung der umweltrechtlichen Vorgaben, die im Sektor der Elektrizitätsversorgung Anwendung finden, beschreibt die hohe Umweltrelevanz des Umgangs mit Elektrizität.[419] Auf die gesetzlichen Vorgaben im Einzelnen soll hier indes nicht weiter eingegangen werden.

415 Hiervon wird auch das Anlagengenehmigungsrecht nach §§ 43 ff. EnWG umfasst.

416 Hierzu gehört im Energiebereich insbesondere die Besteuerung von Energieerzeugnissen nach dem Energiesteuergesetz (EnergieStG) i. V. m. der Verordnung zur Durchführung des Energiesteuergesetzes (EnergieStV).

417 Gesetz über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen (TEHG) i. V. m. dem Gesetz über den nationalen Zuteilungsplan für Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Zuteilungsperiode 2008 bis 2012 (ZuG 2012) und der Verordnung über die Zuteilung von Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Zuteilungsperiode 2008 bis 2012 (ZuV 2012).

418 Vgl. zu dieser Systematik: *Schneider*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, S. 1115 (1120); *Nill-Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, S. 433 f.

419 S. oben Teil 1, IV, 1, a), aa), (3) - (5) sowie weiterführend: *Schneider*, in: Schneider/Theobald, (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, S. 1115 (1115 ff.); *Nill-Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, S. 433 ff.

IV. Kumulative Geltung der Zielvorgaben

Im Ergebnis lässt sich feststellen, dass sowohl die europäische als auch die deutsche Rechtspolitik vom Leitbild einer sicheren, umweltverträglichen und finanziell erschwinglichen Versorgung mit Elektrizität geprägt ist. Zuvörderst soll dieses Gesamtziel mittels eines diskriminierungsfreien Wettbewerbs erreicht werden. Allerdings handelt es sich bei Elektrizität um ein so genanntes homogenes[420] Massenprodukt, bei dem die Verbraucher ihre Kaufentscheidung prinzipiell nach dem Preis richten. Was die Sicherheit und Umweltverträglichkeit der Elektrizitätsversorgung sowie den technischen Fortschritt im Elektrizitätsbereich anbelangt, so interessiert sich der Durchschnittsverbraucher hierfür - solange er zu günstigen Preisen versorgt wird, ihn keine Versorgungsengpässe bzw. -ausfälle treffen und er negative Umweltveränderungen nicht spürbar zu seinen Lasten wahrnimmt - im Rahmen seiner Bezugsentscheidung nur in einem untergeordneten Maße. Selbst ein funktionierender Wettbewerb setzt demzufolge kaum Impulse für Stromanbieter zur Schaffung von mehr Versorgungssicherheit und Umweltverträglichkeit im Elektrizitätssektor.[421] An dieser Stelle versagt der Markt.[422] Hierzu bedarf es vielmehr der entsprechenden, bereits beschriebenen regulativen und/oder fördernden Maßnahmen des Gesetzgebers.

Vielmals ist in der elektrizitäts- (rechts)politischen Debatte von Zielkonflikten zwischen Umweltschutz und Wettbewerb, zwischen Versorgungssicherheit und Wettbewerb, mithin zwischen Belangen ökonomischer, ökologischer und sozialer Natur die Rede. Diskutiert wird, ob und wenn ja welchem der Ziele ein Vorrang vor den anderen zukommt.[423]

---

420 Homogene Wirtschaftsgüter besitzen - im Gegensatz zu so genannten heterogenen Wirtschaftsgütern - weitgehend und dauerhaft die gleichen physischen und subjektiven Eigenschaften.

421 Vgl. hierzu m. w. N.: *Jung/Theobald*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, S. 187 (195); *Lieb-Doćzy/Börner/MacKerron*, ew 2003, S. 20 (27); S. 44 (45).

422 *Möschel*, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 610.

423 *Schalast*, RdE 2001, S. 121 (124 ff.); *Nill-Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, S. 435.

Dem mag insoweit zuzustimmen sein, als den Elektrizitätssektor ein Spannungsverhältnis kennzeichnet zwischen den betriebswirtschaftlichen Interessen der an der Wertschöpfungskette beteiligten Unternehmen, den Interessen der Endverbraucher an einem möglichst preisgünstigen Produkt sowie den Interessen der Allgemeinheit an einer hohen Sicherheit und Umweltverträglichkeit. Dies ist in jedem investitionsintensiven Wirtschaftssektor[424] so, in welchem Belange der Daseinsvorsorge und der Umweltverantwortung eine große Rolle spielen. Allerdings dürfte eine Diskussion um den Vorrang eines der drei Leitziele vor den anderen nicht veranlasst sein. Weder in § 1 Abs. 1 EnWG noch in sonstigen Vorschriften hat der Gesetzgeber solch einen Vorrang statuiert. Vielmehr ist wohl von einer Gleichrangigkeit bzw. von einer kumulativen Geltung der drei Leitziele auszugehen.[425] Sie sind im Sinne einer nachhaltigen Elektrizitätsversorgung unter Beachtung der gegenseitigen Wechselwirkungen möglichst optimal ausbalanciert zu berücksichtigen.[426] Eine nachhaltige Elektrizitätsversorgung beschreibt eine Versorgung, die die Bedürfnisse der Gegenwart hinsichtlich zeitlich und räumlich bedarfsgerecht bereitgestellten Energiedienstleistungen unter Beachtung einer begrenzten Belastbarkeit der Natur, begrenzter Ressourcen und der zentralen Bedeutung der Elektrizitätsversorgung für ein wirtschaftliches Wachstum und sozialen Wohlstand zu befriedigen vermag, wobei aber auch den nachkommenden Generationen eine mindestens gleich große wirtschaftlich nutzbare Elektrizitätsbasis erhalten bleibt, wie sie der jetzigen Generation zur Verfügung steht.[427] An dem Leitbild der Nachhaltigkeit der Elektrizitätsversorgung haben sich die Maßnahmen der Vertreter aller drei staatlichen Gewalten in ihrer Gesamtheit zu orientieren.[428]

---

424 Wie bspw. der Bereich der Abfall- und Entsorgungswirtschaft.

425 *Lieb-Doćzy/Börner/MacKerron*, ew 2003, S. 44 (44).

426 So ist z. Bsp. nicht - unter Vernachlässigung der übrigen Zielvorgaben - eine totale Ökologisierung der Energieversorgung das Ziel, sondern eine schrittweise Harmonisierung der Energieversorgung mit den Belangen der Umwelt (*Salje*, UPR 1998, S. 201 [204]).

427 *Enzensberger/Wietschel/Rentz*, ZfE 2001, S. 125 (135).

428 *Enzensberger/Wietschel/Rentz*, ZfE 2001, S. 125 (135).

V. Zusammenfassung

Rahmenbedingungen für die (örtliche) Elektrizitätsversorgung finden sich demzufolge im Europarecht, genauso wie im Verfassungsrecht und im (einfachgesetzlichen) Bundesrecht. Das Zusammenspiel der Vorgaben auf jeder dieser drei rechtlichen Ebenen ist rechtspolitisch gleichermaßen geprägt von dem Leitbild einer sicheren, umweltverträglichen und finanziell erschwinglichen Versorgung mit Elektrizität. Diese drei Elemente stehen gleichrangig nebeneinander. Sie sind im Sinne einer nachhaltigen Elektrizitätsversorgung zweckgerecht miteinander zu verknüpfen und unter Beachtung der gegenseitigen Wechselwirkungen möglichst optimal ausbalanciert zu berücksichtigen.

B. Kommunale Verantwortung für das Erreichen der Zielvorgaben in der Elektrizitätswirtschaft

Im Rahmen der weiteren Ausführungen soll nun untersucht werden, ob und inwiefern die Kommunen eine Verantwortung[429] für das Erreichen der Zielvorgaben in der Elektrizitätswirtschaft tragen. Das Augenmerk soll insbesondere auf der Fragestellung liegen, woraus diese kommunale Verantwortlichkeit resultiert und welche Anforderungen sich an die Kommunen hieraus ergeben. Nachdem in einem ersten Schritt beleuchtet werden wird, ob etwa aus den direkt anwendbaren europäischen energierechtlichen Vorgaben oder aus den einfachgesetzlichen Bestimmungen des deutschen Energierechts entsprechende Pflichten der Kommunen herrühren (I), soll in einem zweiten Schritt geprüft werden, ob und - falls ja - welche

429 Der Begriff Verantwortung soll in dieser Arbeit in einem (weiten) Sinne verstanden werden, nämlich als Verpflichtung – hier der jeweiligen Kommune – für die Erfüllung einer gesetzlichen Vorgabe und/oder die Erledigung einer Aufgabe – hier der örtlichen Elektrizitätsversorgung – (zumindest) Sorge zu tragen (vgl. zu diesem Aufgaben bezogenen Begriffsverständnis: *Schulze-Fielitz*, in: Hoffman-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle [Hrsg.], Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 829 f.).

Verpflichtungen den Kommunen aufgrund ihrer verfassungsrechtlichen Gesamtverantwortung für gemeindliche Belange obliegen (II).

I. Kommunale Verantwortung für das Erreichen der Zielvorgaben in der Elektrizitätswirtschaft resultierend aus energierechtlichen bzw. energierechtlich relevanten Normen

Will man feststellen, ob und - wenn ja - welche Relevanz direkt anwendbare, europäische, energierechtlich relevante Normen bzw. einfachgesetzliche Bestimmungen des deutschen Energierechts für eine etwaige kommunale Verantwortung für das Erreichen der Zielvorgaben in der Elektrizitätswirtschaft haben, so muss man zunächst unterscheiden, in welcher Form die Kommunen im Bereich der Elektrizitätswirtschaft aktiv sind bzw. sein sollten (1). Sind sie selbst über ein kommunales Elektrizitätsversorgungs-/Netzunternehmen oder über eine Beteiligung hieran im Elektrizitätsmarkt tätig, so haben sie sich nach den gleichen gesetzlichen Vorgaben zu richten wie private Elektrizitätsversorgungs-/Netzunternehmen auch (2). Werden sie indes im Rahmen der Steuerung gemeindlicher Belange im Elektrizitätsbereich aktiv, so dürfte den vorgenannten Normen allerdings keine (unmittelbare) Verpflichtung der Kommunen, für das Erreichen der Zielvorgaben in der Elektrizitätswirtschaft zu sorgen, zu entnehmen sein (3).

1. Unmittelbare unternehmerische Marktteilnahme der Kommunen oder mittelbare Steuerung gemeindlicher Belange

Die Aktivitäten der Kommunen im Bereich der Elektrizitätswirtschaft sind vielfältiger Natur. Auf der einen Seite sind sie selbst (unmittelbar) unter-

nehmerisch als Marktteilnehmer tätig.[430] Andererseits nehmen sie (mittelbar) Steuerungsaufgaben im Hinblick auf gemeindliche Belange wahr, so bspw. auch im Energie- und Umweltbereich. Trennscharf voneinander abgrenzen kann man diese Arten gemeindlichen Tätigwerdens allerdings nicht. Oft lassen sich z. Bsp. für eine unmittelbare Marktteilnahme der Kommune neben dem fiskalischen Zweck der Einnahmeerzielung eben auch verschiedene steuerungspolitische Motive wie der Aspekt der Gewährleistung einer sicheren und preisgünstigen Versorgung der örtlichen Bevölkerung, das Ziel einer Machtbeschränkung privatwirtschaftlicher Unternehmen oder etwa die Einbeziehung kommunaler Elektrizitätsversorgungs-/Netzunternehmen in örtliche Infrastrukturkonzepte ausmachen.[431]

2. Betätigung der Kommune über ein kommunales Elektrizitätsversorgungsunternehmen auf dem Elektrizitätsmarkt

Wird eine Kommune über ein kommunales Unternehmen wirtschaftlich im Elektrizitätssektor tätig, so hat sich dieses an den gleichen Zielvorgaben zu orientieren wie jedes private Unternehmen auch. Insbesondere gelten die einfachgesetzlichen energierechtlichen Vorschriften[432] bzw. - bei Sachverhalten mit europarechtlicher Dimension - die (direkt anwendbaren) europarechtlichen Vorgaben[433].[434] Gleichzeitig gelten für kommunale Elektrizitätsversorgungs-/Netzunternehmen die Schranken, die ihnen insbesondere das Kommunalrecht setzt.[435] Sie bewegen sich damit in einem Spannungsfeld: Einerseits sind sie genauso wie private Elektrizitätsversorger/Netzbetreiber einem zunehmenden Wettbewerbsdruck ausgesetzt. Ande-

430 S. oben Teil 1, III, 2.
431 Vgl. *Britz*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, S. 149 (153).
432 S. oben Teil 2, I, 3.
433 S. oben Teil 2, I, 2.
434 Ausdrücklich ist bspw. diese grundsätzliche allgemeine Pflichtenstellung der Elektrizitätsversorgungsunternehmen im Hinblick auf das EnWG einerseits und des EEG sowie des KWKG andererseits in § 2 EnWG geregelt.
435 S. oben Teil 1, II, 2.

rerseits unterliegen sie besonderen Restriktionen. Ihnen muss ein Spagat gelingen zwischen der Marktteilnahme im Wettbewerb mit Privaten nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen und (noch) zulässiger staatlicher Wirtschaftstätigkeit. Sie versuchen deshalb - soweit rechtlich möglich - ihre Effizienz zu steigern und ihre Gewinne zu maximieren, indem sie ihre Kapazitäten auslasten, neue Geschäftsfelder erschließen, überörtlich tätig werden, Leistungen »im Paket« anbieten usw. Bessere rechtliche Rahmenbedingungen für kommunale Elektrizitätsversorgungs-/Netzunternehmen kann indes nur der jeweilige Landesgesetzgeber schaffen.[436]

Nichtsdestotrotz lässt sich in der Elektrizitätswirtschaft aktuell ein immer stärker werdender Trend zur Rekommunalisierung und Dezentralisierung feststellen. Die Kommunen besinnen sich der historischen Rolle ihrer »Stadtwerke« als kommunale Steuerungsinstrumente. Ferner sind die Kommunen immer häufiger auf die Gelder angewiesen, die kommunale Elektrizitätsversorger in die gemeindlichen Kassen einzuspielen in der Lage sind.[437]

3. Tätigwerden der Kommunen im Rahmen der Steuerung gemeindlicher Belange im Elektrizitätsbereich

Agieren die Kommunen nicht über ein kommunales Elektrizitätsversorgungs-/Netzunternehmen, sondern werden sie eher hoheitlich im Rahmen ihrer Gesamtverantwortung für kommunale Belange tätig, so haben ihre Maßnahmen zunächst den jeweils einschlägigen Vorschriften zu entsprechen.[438] Für diesen Fall lässt sich indes eine direkte Verpflichtung

436 Vgl. *Britz*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, S. 149 (153 f.).

437 Vgl. *Posch*, Die Welt, Dezember 2010, S. I; *Gneus*, Die Welt, Dezember 2010, S. VI.

438 Folgende Beispiele lassen sich hier anführen: Eine Kommune weist in einem Bebauungsplan gemeindliche Flächen für einen Windpark aus und hat dabei insbesondere die Vorschriften des Bauplanungsrechts zu beachten. Zwischen einer Kommune und einem Elektrizitätsversorgungs-/Netzunternehmen wird ein Vertrag über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Elektrizitätsversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören, abgeschlossen. Maßgeblich ist das Konzessionsvergabe- und -abgabenrecht.

der Kommunen - resultierend aus den europäischen und/oder nationalen elektrizitätswirtschaftsrechtlichen Zielvorgaben - , für das Erreichen der Zielvorgaben in der Elektrizitätswirtschaft zu sorgen, nicht feststellen:

Was die energierechtlich relevanten Normen des primären europäischen Rechts[439] anbelangt, so richten sich diese im Wesentlichen an die EU und/oder an die Mitgliedstaaten. So sind die Vorschriften über die Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 ff. AEUV) an die Mitgliedstaaten adressiert.[440] Die Vorgaben für den Auf- und Ausbau transeuropäischer Netze (Art. 170 ff. AEUV) betreffen die EU und die Mitgliedstaaten.[441] Das Beihilfeverbot (Art. 107 Abs. 1 AEUV) gilt zwar nicht nur für die Mitgliedstaaten, sondern auch für ihre Untergliederungen.[442] Allerdings werden kommunale Beihilfen ihrer Größenordnung[443] nach regelmäßig nicht geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Die Regelungen über die Sicherstellung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (Art. 14 und 106 Abs. 2 AEUV) sowie der mitgliedstaatlichen Eigentumsordnungen (Art. 345 AEUV) richten sich schließlich an die EU und an die Mitgliedstaaten.[444] Die wettbewerbsrechtlichen Regeln (Art. 101 ff. AEUV) hingegen binden neben den Mitgliedstaaten auch die jeweiligen Unternehmen.[445]

Auch das elektrizitätsbereichsspezifische europäische Sekundärrecht - wie die Vorgaben zum Elektrizitätsbinnenmarkt, zur Versorgungssicherheit, zur Umweltverträglichkeit und zur Effizienz[446] - wendet sich hauptsächlich an die Mitgliedstaaten, für die das jeweilige Ziel einer Richtlinie un-

---

439 S. oben Teil 2, A, I, 2.

440 *Ehlers*, in: Wurzl/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, S. 13 (18).

441 *Voet van Vormizeele*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EGV, § 154, Rn. 9.

442 *Bär-Bouyssiére*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EGV, § 87, Rn. 6.

443 S. zur Spürbarkeitsgrenze oben Fn. 325.

444 *Voet van Vormizeele*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EGV, § 86 EGV, Rn. 50; *Hatje*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EGV, § 295, Rn. 1.

445 *Ehlers*, in: Wurzl/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, S. 13 (21).

446 S. oben Teil 2, A, I, 3.

mittelbar verbindlich ist und die die betreffende Richtlinie in ihr nationales Recht umzusetzen haben (Art. 288 Abs. 3 AEUV).

Soweit es schließlich um die einfachgesetzlichen Bestimmungen des deutschen Energierechts geht, so sind die Adressaten der Zielbestimmungen des EnWG u. a. die Elektrizitätsversorgungsunternehmen (§ 2 Abs. 1 i. V. m. § 1 EnWG). Die Anschluss-, Abnahme- und Vergütungspflichten des EEG und des KWKG betreffen die Netzbetreiber (§§ 5 Abs. 1, 8 Abs. 1, 16 Abs. 1 EEG; § 4 Abs. 1 und 3 KWKG). Die Anforderungen an Gebäude und Anlagen nach dem EnEG sind an die jeweiligen Bauherrn und Betreiber gerichtet (§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 EnEG).

Wenn aber weder aus den europäischen energierechtlich relevanten Normen noch aus den einfachgesetzlichen Bestimmungen des deutschen Energierechts eine Verantwortung der Kommunen für das Erreichen der Zielvorgaben in der Elektrizitätswirtschaft herzuleiten ist, dann kann sie nur aus der verfassungsrechtlichen Gesamtverantwortung der Kommunen für gemeindliche Belange resultieren. Dies soll nachfolgend betrachtet werden.

II. Kommunale Verantwortung für das Erreichen der Zielvorgaben in der Elektrizitätswirtschaft resultierend aus der verfassungsrechtlichen Gesamtverantwortung der Kommunen für gemeindliche Belange

Deshalb soll nun geprüft werden, ob und mit welchen Folgen sich kommunale Verantwortlichkeiten für das Erreichen der Zielvorgaben in der Elektrizitätswirtschaft aus dem Verfassungsrecht ergeben. Bevor insoweit konkret auf die Kommunen und auf ihre Verantwortung im Elektrizitätsbereich eingegangen wird (2), soll zunächst ein Überblick über die ganz allgemeine staatliche Verantwortung für die Erledigung öffentlicher Aufgaben gegeben werden (1).

1. Staatliche Verantwortung für die Erledigung öffentlicher Aufgaben

Inwiefern dem Staat eine Verantwortung für die Erledigung einer Aufgabe zukommt, richtet sich danach, ob dieselbe überhaupt eine solche öffentlicher Natur ist (a) und, falls dem so sein sollte, welcher Art bzw. welchen Umfangs die Verantwortung ist, die die öffentliche Hand im Rahmen ihrer Erledigung[447] trägt oder zu tragen hat (b). Ferner muss auf die Möglichkeit der Übertragung von öffentlichen Aufgaben (c) und die Veränderung von öffentlichen Aufgaben im gesellschaftlichen Wandel (d) eingegangen werden.

a) Öffentliche Aufgaben

Als öffentliche Aufgaben können all jene Angelegenheiten bezeichnet werden, die für die Gesellschaft von grundlegender Bedeutung sind, und zwar unabhängig davon, ob sie nun vom Staat, von Privaten oder von beiden gemeinsam wahrgenommen und/oder erfüllt werden können.[448]

Diejenigen öffentlichen Aufgaben, die der Staat zulässigerweise selbst - in mittelbarer oder unmittelbarer Staatsverwaltung - in die Hand nimmt oder in die Hand zu nehmen hat, sind staatliche Aufgaben.[449] Festgelegt werden sie nicht durch begrenzende oder entgrenzende Aufgabenlehren, sondern durch die positive Rechtsordnung.[450] Sie sind in der Verfassung des Bundes und den Landesverfassungen grundlegend bzw. allgemein konstituiert und einer der drei staatlichen Gewalten - Gesetzgebung, Vollzug und Rechtsprechung - zugewiesen.[451] Der Staat besitzt - eingeschränkt

---

447 Erledigung im hier verwendeten Sinne soll die Wahrnehmung und Erfüllung von Aufgaben erfassen.

448 *Baer*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 717 (725 f.); *BVerfG*E 12, S. 205 (246); *Weiß*, DVBl. 2002, S. 1167 (1169).

449 *Baer*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 717 (726); *Katz*, NVwZ 2010, S. 405 (408).

450 *Wißmann*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 943 (951) m. w. N.

451 *Baer*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 717 (726); So jedenfalls der heute vorrangig vertretene formelle Aufgabenbe-

durch die Vorgaben des GG - eine Kompetenz zur Bestimmung der eigenen Aufgaben.[452]

Staatliche Aufgaben, die der Verwaltung als vollziehende Gewalt zugeordnet sind, werden als Verwaltungsaufgaben bezeichnet. Die Verwaltung hat insoweit grundlegende - ihr meist allgemein verfassungsrechtlich zugewiesene - und spezielle - ihr regelmäßig konkret gesetzlich übertragene - Aufgaben wahrzunehmen und zu erfüllen.[453]

Schließlich sind den staatlichen Aufgaben auch die kommunalen Aufgaben zuzuordnen. Dies sind Aufgaben, die die Kommunen freiwillig (und in zulässiger Weise) übernehmen oder der sie sich aufgrund gesetzlicher Verpflichtung anzunehmen haben.[454] Grundlegend ist hierbei zwischen Angelegenheiten des übertragenen und des eigenen Wirkungskreises der Kommunen zu unterscheiden.[455] Aufgaben des übertragenen Wirkungs-

griff. Im Gegensatz hierzu wurde vormals versucht, den staatlichen Charakter aus dem Inhalt des betroffenen Aufgabenbereiches heraus zu erschließen, ihn also materiell zu bestimmen. Der Staat muss indessen in der Lage sein, bestimmte Tätigkeitsbereiche und Aufgabenfelder - je nach Erforderlichkeit - in seine Verantwortung zu ziehen oder aber wieder aus seiner Verantwortung zu entlassen. Deshalb ist es nicht sachgerecht, Aufgaben des Staates von vorn herein statisch festzulegen (*Wild*, Pflichtenübertragung im Verwaltungsrecht, S. 91).

452 So genannte Kompetenz - Kompetenz. Diese resultiert aus einer virtuellen Allzuständigkeit des Staates, die verschiedene Grade und Formen der staatlichen Beteiligung ermöglicht (*BVerfG*E 98, S. 218 [246]; *Wißmann*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle [Hrsg.], Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 943 [951]).

453 *Baer*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 717 (726).

454 *Wild*, Pflichtenübertragung im Verwaltungsrecht, S. 93.

455 Diese Unterscheidung entspricht dem so genannten dualistischen Prinzip, welches jeweils die Länder Bayern, Mecklenburg-Vorpommern, Brandenburg, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen-Anhalt und Thüringen in ihre GemO implementiert haben. In den GemO der übrigen Bundesländer - so auch in der SächsGemO - ist im Gegensatz hierzu eine monistische Aufgabenstruktur verankert. Das monistische Prinzip geht von einer funktionellen Einheit aller im Kommunalbereich anfallenden Aufgaben aus (*Gern*, Deutsches Kommunalrecht, S. 160 f.). Das *BVerfG* (NVwZ 1989, S. 46 [46]) und das *BVerwG* (NVwZ 1983, S. 610 [611]) halten das monistische Prinzip nicht für verfassungskonform. Entsprechend sei der monistische Ansatz in den jeweiligen GemOen zu korrigieren. Art. 28 Abs. 2 GG weise den Kommunen nur die Zuständigkeit für die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zu. Alle anderen öffentlichen Aufgaben seien anderen Kompetenzträgern, wie Bund und Ländern, auferlegt.

kreises sind Angelegenheiten, die an sich Bund oder Ländern zugeordnet sind. Die Aufgabenerfüllung selbst ist jedoch - gesteuert durch ein staatliches Weisungsrecht - auf die Kommunen delegiert. Die Aufgaben des eigenen Wirkungskreises entsprechen den durch Art. 28 Abs. 2 GG geschützten - grundsätzlich weisungsfreien - Selbstverwaltungsaufgaben.[456]

Ob eine staatliche Aufgabe vorliegt, ist im Ergebnis daran erkennbar, dass die Aufgabe durch den Staat wahrgenommen wird. Diese Feststellung wiederum ist regelmäßig trägerbezogen zu treffen. Solange der Staat unmittelbar Handelnder ist oder mittelbar über ihm zuzuordnende verselbständigte öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Organisationseinheiten handelt, geht es um staatliche Aufgaben. Auf diese Art und Weise werden manche staatlichen Aufgaben, die der Staat mittels Kompetenzzuweisung bereits als solche festgelegt hat, erst dann als staatliche Aufgaben sichtbar, wenn der Staat ihre Erledigung in Angriff nimmt.[457]

b) Primäre staatliche Verantwortung für die Erledigung öffentlicher Aufgaben

Für öffentliche - und erst recht für staatliche - Aufgaben besteht zunächst eine umfassende Verantwortung des Staates; speziell für kommunale Selbstverwaltungsaufgaben entspricht dieser eine solche der Kommunen.[458] Im Näheren ist die Verantwortung für die Erledigung staatlicher Aufgaben innerorganisatorisch den jeweiligen Trägern der öffentlichen Verwaltung im Verwaltungsaufbau zugeordnet. Diese Zuordnung erfolgt i. d. R. über eine gesetzliche (Kompetenz-) Zuweisung.[459]

---

456 *Maunz*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen/Klein (Hrsg.), GG, Art 28, Rn. 73 ff.; *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, S. 160.
457 *Wild*, Pflichtenübertragung im Verwaltungsrecht, S. 86 (91 f.).
458 *Katz*, NVwZ 2010, S. 405 (406).
459 *Wild*, Pflichtenübertragung im Verwaltungsrecht, S. 85 f.

Ist einem Träger öffentlicher Verwaltung auf diese Art und Weise eine staatliche Aufgabe zugeteilt worden, darf bzw. muss[460] er sowohl im Verhältnis zum Staat als auch im Verhältnis zum Bürger für die Erledigung dieser Aufgabe Sorge tragen. Die gesetzliche Zuweisung macht ihn zum (sachlich) zuständigen Verwaltungsträger. Als solcher hat er Handlungsvollmacht für die Verfolgung der ihm zugewiesenen Aufgabe. Gegenüber Staat und Bürger ist er aus der ihm zugewiesenen Aufgabe berechtigt und verpflichtet.[461] Diese Berechtigung und Verpflichtung lässt sich wiederum unterscheiden in das Recht und die Pflicht zur Wahrnehmung einer Aufgabe sowie das Recht und die Pflicht, eine (einmal wahrgenommene) Aufgabe in einer bestimmten Art und Weise zu erfüllen.[462]

Die Art und der Umfang einer staatlichen Aufgabe folgen dem jeweiligen Grad der Verantwortung, die der Staat für die Erledigung der Aufgabe trägt bzw. zu tragen hat. So kann ihm

- die volle Erfüllungsverantwortung,
- die Förderungs- und Finanzierungsverantwortung,
- die Beratungsverantwortung,
- die Überwachungsverantwortung,
- die Organisationsverantwortung,
- die Einstandsverantwortung für den Fall der Schlechterfüllung durch private Akteure,

460 Ob der Verwaltungsträger die ihm zugewiesene Aufgabe wahrnehmen kann oder ob er sie wahrnehmen muss, richtet sich danach, ob es sich um freiwillige Aufgaben oder um Pflichtaufgaben handelt. Dies ergibt sich i. d. R. aus der Zuweisungsnorm.

461 *Wild*, Pflichtenübertragung im Verwaltungsrecht, S. 85 f.

462 *Wild*, Pflichtenübertragung im Verwaltungsrecht, S. 84.; Diese Unterscheidung wird insbesondere wichtig, sobald ein Träger öffentlicher Verwaltung Aufgabenübertragungen an (private) Dritte plant (s. unten Teil 2, B, II, 1, c]).

- die Verantwortung für die staatliche Rahmensetzung für private Aktivitäten und/oder
- die Verantwortung für eine soziale »Abfederung«

obliegen. Je wichtiger die Aufgabe für die Funktionsfähigkeit und das Selbstverständnis des Staates ist, desto höher wird bzw. muss die Verantwortungsstufe sein, für deren Übernahme sich der Staat entscheidet bzw. zu entscheiden hat. Die volle Erfüllungsverantwortung des Staates wird sich notwendig wohl immer in den Bereichen

- Schutz der territorialen Integrität,
- Aufrechterhaltung der inneren Ordnung und
- Sicherung der finanziellen Basis

ergeben. Die Grenze staatlicher Verantwortungsreduktion bilden stets die grundrechtlichen Schutz-, Leistungs- und Eingriffspflichten des Staates.[463]

c) Übertragung öffentlicher Aufgaben

Die Übertragung von einem Träger öffentlicher Verwaltung zugewiesenen Aufgaben auf Privatrechtssubjekte kommt grundsätzlich lediglich dann in Betracht, wenn dem Verwaltungsträger diese Möglichkeit (einfach-)gesetzlich eingeräumt ist.[464] Teilweise lässt der Gesetzgeber Aufgabenübertragungen vollständig zu, teilweise nur eingeschränkt, teilweise aber auch gar nicht. Zu unterscheiden ist insbesondere danach, ob die Ermächtigung zur Übertragung das Recht und die Pflicht zur Wahrnehmung einer Aufgabe oder lediglich das Recht und die Pflicht zur Erfüllung einer Aufgabe umfasst. Dies ist regelmäßig der die Aufgabenübertragung zulassenden Norm zu entnehmen, ggf. über eine Auslegung

463 *Wild*, Pflichtenübertragung im Verwaltungsrecht, S. 94 f.

464 Dies entspricht dem Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes (*Sellmann*, NVwZ 2008, S. 817 [817]).

dieser Vorschrift oder aus dem systematischen Zusammenhang des die Übertragungsnorm enthaltenden Gesetzes zu ermitteln.[465]

Besteht für den Verwaltungsträger eine Aufgabenwahrnehmungspflicht, so kann zwar eine Übertragung der Aufgabenerfüllung an einen (privaten) Dritten zulässig sein, nicht aber eine Übertragung der Verwaltungsaufgabe an sich.[466] Ist auch die Übertragung der Aufgabenerfüllung an einen Dritten gesetzlich nicht zugelassen, ist eine Beteiligung von Privaten nur noch hilfsweise, d. h. in rein unselbständiger und weisungsgebundener Form - als Hilfsperson - denkbar.

Fehlt eine die Aufgabenübertragung zulassende, einfachrechtliche Norm oder ist vielleicht noch nicht einmal eine gesetzliche Zuständigkeitszuweisung zu finden und ist die Zulässigkeit der Aufgabenübertragung auch nicht über eine Auslegung des jeweiligen Fachrechtes zu ermitteln, so ist nach dem verfassungsrechtlichen Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes zu beurteilen, inwiefern für die Aufgabenübertragung eine (einfach-)gesetzliche Grundlage geschaffen werden muss.[467] Maßgeblich hierfür ist der Gegenstand des jeweiligen Privatisierungsvorhabens. Sollen hoheitliche Letztentscheidungsbefugnisse auf den privaten Dritten übertragen werden, so bedarf es einer gesetzlichen Ermächtigung und - sofern nicht bereits durch Gesetz erfolgt - eines Beleihungsaktes. Geht es hingegen nicht um die Übertragung von Hoheitsbefugnissen, sondern (nur) um die Übertragung rein tatsächlicher, operativer Tätigkeiten bzw. Tätigkeitsbereiche, so muss im Einzelfall geprüft werden, ob es einer gesetzlichen Ermächtigung nebst Beleihung bedarf oder nicht. Folgende Kriterien können im Rahmen dieser Beurteilung eine Rolle spielen:

- Dauer und Umfang der Aufgabenübertragung,
- Durchführung der Aufgabe im eigenen oder fremden Namen,

465 *Wild*, Pflichtenübertragung im Verwaltungsrecht, S. 85.
466 *OLG Dresden*, NVwZ 1998, S. 1331 (1331).
467 *Sellmann*, NVwZ 2008, S. 817 (817).

- Grundrechtsrelevanz und/oder
- Entscheidungsträgerschaft.[468]

Speziell für die Übertragung kommunaler Aufgaben gilt Folgendes:

Der Erledigung von übertragenen Aufgaben sowie von pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben können sich die Kommunen grundsätzlich nicht entledigen. Eine (materielle) Übertragung solcher Aufgaben an Private ist nur zulässig, wenn dies spezialgesetzlich erlaubt ist. Die Erledigung von freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben können die Kommunen indes auch ohne gesetzliche Grundlage Privaten übertragen.[469] Allerdings steht es nicht in ihrem freien Ermessen, diese Aufgaben zu übernehmen oder sich ihrer wieder (vollständig) zu entledigen.[470] Dies gilt insbesondere für diejenigen Aufgaben, die dem Kernbereich[471] kommunaler Selbstverwaltung zuzuordnen sind, für solche Aufgaben also, die zu den Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises gehören, der ausschließlich der Kommune, letztlich zum Wohle ihrer Angehörigen, anvertraut ist.[472] Vor allem dann, wenn es um öffentliche Einrichtungen geht, die einen kulturellen, sozialen oder traditionsbildenden Hintergrund haben und die schon lange Zeit in kommunaler Verantwortung liegen, sind die Kommunen zur Wahrung und Sicherung ihres eigenen Aufgabenbestands verpflichtet.[473] Dies zwingt die Kommunen zunächst dazu, ihre Entscheidungen im Rahmen ihres pflichtgemäß, kommunaladäquat und gemeinwohlgerecht, transparent und nachvollziehbar auszuübenden Beurteilungsspielraums sowie unter Beachtung ihrer dauernden Leistungsfähigkeit und unter Rücksichtnahme auf die wirtschaftlichen Kräfte der Abgabenpflichtigen zu treffen, ihre Entscheidungsprärogative sachaufgabenbezogen, tragfähig,

468 *Sellmann*, NVwZ 2008, S. 817 (819 ff.).
469 *Schäfer/Karthaus*, in: Weber/Schäfer/Hausmann/Alfen/Drömann (Hrsg.), Public Private Partnership, S. 193 (194 f.); *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 147 f.
470 *BVerwG*, NVwZ 2009, S. 1305 (1306) *Katz*, NVwZ 2009, S. 405 (406).
471 Zum Wesensgehalt der kommunalen Selbstverwaltung: *BVerfG*E 76, S. 107 (118); *BVerfG*E 79, S. 127 (146).
472 *BVerwG*, NVwZ 2009, S. 1305 (1307).
473 *BVerwG*, NVwZ 2009, S. 1305 (1307).

zeitgerecht und entsprechend den Funktionen der Selbstverwaltung und der Finanzierbarkeit auszuüben.[474] Sodann müssen sie sich - wenn sie Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises an (private) Dritte übertragen wollen - zumindest nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen ausreichend Einwirkungs- und Steuerungsmöglichkeiten vorbehalten, um ein Unterlaufen ihres Aufgabenbereichs zu verhindern.[475] Dies kann mit einem entsprechend differenziert, effektiv, sachangemessen und aufgabenadäquat festgelegten Regelwerk, mithin durch die Statuierung ausreichender Regulierungsziele, Berichts-, Kontroll- und Einwirkungsrechte bzw. -pflichten erreicht werden.[476] So hat die Aufgaben übertragende Kommune dafür zu sorgen, dass ihren Einwohnern bspw. die Nutzung einer von einem Privaten betriebenen Einrichtung ermöglicht wird, sobald und solange diese als öffentliche Einrichtung gewidmet ist.[477] Sich Privater im Rahmen der Erfüllung gemeindlicher Aufgaben bedienen, dürfen die Kommunen indes auch im Bereich der pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben, ohne dass es hierfür einer besonderen gesetzlichen Grundlage bedarf.[478] Lediglich im Bereich der übertragenen Aufgaben ist auch die Übertragung der Aufgabenerfüllung von einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung hierzu abhängig.[479]

Mit einer Aufgaben- bzw. Pflichtenübertragung kraft fachgesetzlicher Ermächtigung geht schließlich nicht gleichzeitig eine Übertragung der dem Träger öffentlicher Gewalt ganz allgemein obliegenden Rechte und Pflichten einher. Diese Pflichten betreffen nur den öffentlichen Verwaltungsträger und sind einer Übertragung auf andere Rechtspersonen grundsätzlich nicht zugänglich.[480]

---

474 *Katz*, NVwZ 2010, S. 405 (407).
475 *BVerwG*, NVwZ 2009, S. 1305 (1307).
476 *Katz*, NVwZ 2010, S. 405 (408).
477 Vgl. hierzu *Axer*, NVwZ 1996, S. 114 ff.
478 *Schäfer/Karthaus*, in: Weber/Schäfer/Hausmann/Alfen/Drömann (Hrsg.), Public Private Partnership, S. 193 (194 ff.) m. w. N.; *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 148.
479 *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 148.
480 *Wild*, Pflichtenübertragung im Verwaltungsrecht, S. 85.

d) Wandlung öffentlicher Aufgaben

Öffentliche Aufgabenfelder - einschließlich der Art und Weise der jeweiligen Erfüllung öffentlicher Aufgaben - unterliegen einem steten Wandel.[481] Impulse für diesen Wandel sind u. a.

- die zunehmende Komplexität der Lebensverhältnisse i. V. m. veränderten Selbstverständnissen der Bürger,
- veränderte politisch-ideologische Grundhaltungen,
- die fortschreitende Kommunalisierung öffentlicher Aufgaben,
- europäisierende und internationalisierende Dynamiken,
- den Staat belastende Kostenexplosionen und Ressourcenknappheiten nebst damit verbundenen Umsetzungsdefiziten in dem Staat zur Regulierung aufgegebenen Bereichen sowie
- verwaltungsinterne und -externe Aufgabenkritik.[482]

Die Aufgaben der Verwaltung lassen sich insbesondere im kommunalen Bereich nicht allgemeingültig und auf Dauer klar definiert festlegen. Dies liegt in der Vielgestaltigkeit der örtlichen Aufgaben, den jeweiligen räumlichen, historischen, gesellschaftlichen und/oder wirtschaftlichen Gegebenheiten der Kommunen genauso begründet wie in ihrer Größe und Struktur. Aber auch der Wandel in den menschlichen Bedürfnissen und in den gemeindlichen Zielen spielt hier eine Rolle.[483]

Folge dieser sich fortwährend innerhalb und außerhalb der Verwaltung entwickelnden Tendenzen sind sich ständig qualitativ und quantitativ

---

481 *Baer*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 717 (723).

482 *Baer*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 717 (726 ff.) m. w. N.

483 *Katz*, NVwZ 2010, S. 405 (406).

verändernde öffentliche Aufgaben. Neue Aufgabenfelder werden wahrgenommen. Andere werden überformt, neu gewichtet, ausgeweitet, eingeschränkt oder gar als nicht mehr relevant betrachtet. Teilweise werden regulierende Maßnahmen des Staates erforderlich. In anderen Bereichen wiederum finden deregulierende Umverteilungsprozesse zu Privaten hin statt. Organisatorische Umstrukturierungen erfolgen, zum Teil verbunden mit Änderungen in der Aufgabenverteilung zugunsten oder zulasten anderer Träger öffentlicher Verwaltung. Reformstrategien für ein effizienteres, effektiveres und stärker bürgerorientiertes Verwalten werden eingesetzt. Schließlich ändert sich - und hier schließt sich der Kreis wieder - mit veränderten öffentlichen Aufgaben auch das jeweilige Staatsverständnis.

2. Kommunale Verantwortung für die örtliche Elektrizitätsversorgung

Nachdem nun festgestellt worden ist, dass die öffentlichen Hand eine primäre Verantwortung für die Erledigung staatlicher Aufgaben trägt, so ist jetzt - will man die Frage beantworten, in welcher (verfassungsrechtlichen) Verantwortung die Kommunen im Hinblick auf das Erreichen der Zielvorgaben in der Elektrizitätswirtschaft stehen - zu klären, ob es im Elektrizitätssektor kommunale Aufgaben gibt (a), woraus diese resultieren und welche Verantwortung den Kommunen für deren Erledigung zukommt (b). Da die Kommunen im Elektrizitätsbereich hauptsächlich auf lokaler Ebene tätig sind, soll das Augenmerk auf dem Gebiet der örtlichen Elektrizitätsversorgung liegen.

a) Aufgabe der örtlichen Elektrizitätsversorgung

aa) Elektrizitätsversorgung als öffentliche Aufgabe

Noch im 19. Jahrhundert war in Deutschland die Elektrifizierung ein Luxusgut, welches sich nur der gut situierte Teil der Bevölkerung leis-

ten konnte.[484] Heute entspricht das Vorhandensein einer flächendeckenden Elektrizitätsversorgung schon beinahe einer Selbstverständlichkeit.

Nach dem BVerfG ist die Sicherstellung der Elektrizitätsversorgung eine öffentliche Aufgabe von größter Bedeutung.[485] Sie bildet aber nicht notwendig eine durch den Staat zu erfüllende Staatsaufgabe.[486] Der Charakter einer staatlichen Kernaufgabe, für welche der Staat die volle Erfüllungsverantwortung zu tragen hat, kann ihr nicht zuerkannt werden.[487] Vielmehr ist die Erfüllung dieser Aufgabe durch das EnWG[488] auch den privatrechtlich organisierten Unternehmen zugewiesen.[489] Der Staat kann sich aus dem Bereich der Elektrizitätsversorgung indes nicht komplett zurückziehen. Resultierend aus der staatlichen Infrastrukturverantwortung kommt ihm insoweit eine Gewährleistungspflicht zu.[490]

Die Elektrizitätsversorgung gehört neben den Gebieten Verkehr, Information und Telekommunikation, Versorgung im Allgemeinen, Entsorgung, Bildung und Forschung, einheitliche Normierung, regionale Infrastrukturförderung sowie Geld- und Währungswesen zu dem etablierten Bereich der Daseinsvorsorge.[491] Daseinsvorsorge wird begrifflich mit der staatlichen Bereitstellung der für ein sinnvolles menschliches Dasein not-

---

484 S. oben Teil 1, C, I, 1, a).

485 *BVerfG*, NJW 1984, S. 1872 (1873); WM 2009, S. 422 (423); NVwZ 2009, S. 1282 (1283).

486 Vgl. *BVerfG*, NJW 1984; S. 1872 (1873).

487 S. oben Teil 2, II, 2, a), bb) sowie zur Einordnung der Energieversorgung nicht als Kernaufgabe, sondern als Struktursicherungsaufgabe: *Baer*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 717 (732), die sich allerdings dafür ausspricht, dass die exakte Zuordnung der Energieversorgung zu einem der beiden Bereiche kaum möglich ist.

488 Vgl. § 2 Abs. 1 EnWG.

489 *BVerfG*, NJW 1984, S. 1872 (1873).

490 *Templin*, Recht der Konzessionsverträge, S. 222 ff.; *Kühne*, NuR 2010, Beilage Nr. 3, S. 6 (8 f.); ferner s. unten Teil 2, B, II, 2, b).

491 *Theobald*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, S. 1 (8 f.); *BVerf*G, NJW 1984, S. 1872 (1873); *BGH*, RdE 1996, S. 191 (193).

wendigen bzw. nützlichen Güter und Leistungen umschrieben.[492] Sie ist eine Leistung, deren der Mensch zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz unumgänglich bedarf.[493]

bb) Örtliche Elektrizitätsversorgung als kommunale Aufgabe

Speziell die örtliche Elektrizitätsversorgung ist sowohl vor dem Hintergrund einer materiellen Aufgabenbetrachtung als auch aus historischer Sicht als kommunale Aufgabe einzuordnen.

(1) Materiell-rechtliche Betrachtung

Kommunale Aufgaben[494] entsprechen demjenigen Teilbereich der staatlichen Aufgaben, die entweder den Kommunen als Teil des staatlichen Verwaltungsaufbaus[495] zugewiesen sind oder die sie als Träger kommunaler Selbstverwaltung erledigen bzw. zu erledigen haben. Nach der verfassungsrechtlichen Kompetenzvorgabe des Art. 28 Abs. 2 GG[496] haben die Kommunen das Recht, aber auch die Pflicht[497], die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft (im Rahmen der Gesetze) in eigener Verantwortung zu regeln. Zu diesen Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft gehören solche Bedürfnisse und Interessen der Gemeindeeinwohner, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben[498] und die von der örtlichen Gemeinschaft eigenverantwortlich und selbständig bewältigt werden können.[499] Sie sollen den Gemeinde-

492 Vgl. *Lackner*, Gewährleistungsverwaltung und Verkehrsverwaltung, S. 51 f. und *Glöckner*, Kommunale Infrastrukturverantwortung und Konzessionsmodelle, S. 14 ff., die sich mit dem auf Ernst Forsthoff zurückgehenden Begriff - m. w. N. - ausführlicher auseinandersetzen.
493 *BVerfG*, NJW 1984, S. 1872 (1873).
494 S. oben Teil 2, II, 2, a), aa).
495 S. oben Teil 1, I, 3.
496 S. oben Teil 1, II, 3, c), ee).
497 *BVerfG*, NJW 1990, S. 1783 (1783); *BVerwG*, NVwZ 2009, S. 1305 (1306); *Katz*, NVwZ 2010, S. 405 (406); *Albrecht*, ZUR 1995, S. 233 (234); *Glöckner*, Kommunale Infrastrukturverantwortung und Konzessionsmodelle, S. 68 f. m. w. N.; *Templin*, VerwArch 2009, S. 529 (546) m. w. N.
498 *BVerfG*E 79, S. 127 (151).
499 *BVerfG*E, NVwZ 2002, S. 72 (73).

einwohnern als solchen gemeinsam sein, indem sie ihr Zusammenleben und -wohnen in der Gemeinde betreffen.[500] Auf die Verwaltungskraft der jeweiligen Kommune kommt es dabei nicht an.[501] Allerdings unterscheiden sich die Aufgaben der Kommunen in Abhängigkeit von ihrer flächenmäßigen Ausdehnung, ihrer Einwohnerzahl und ihrer Struktur.[502] D. h., dass die konkrete Finanzausstattung einer Kommune zwar auf die Bestimmung ihrer Zuständigkeit keinen Einfluss hat.[503] Zulässig ist aber jeweils die Überlegung, ob die einzelne Aufgabe aus technischen und wirtschaftlichen Gründen sinnvoll auf der Ebene der jeweiligen Kommune bewältigt werden kann.[504] Auch für die Aufgabenzuordnung an die Kommunen gilt nämlich ein organisatorisches Optimierungsgebot: Die organisatorische Verteilung von Kompetenzen soll so wahrgenommen werden, dass staatliche Entscheidungen von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen.[505]

Die lokale Versorgung mit Elektrizität lässt sich als Teil der Daseinsvorsorge für die örtliche Bevölkerung und mangels gesetzlicher Zuweisung an andere Verwaltungsträger unter die Angelegenheiten gemeindlicher Selbstverwaltung subsumieren[506]:

---

500 *BVerwG*, NVwZ 2005, S. 958 (959).

501 *BVerfG*E 79, S. 127 (151 f.); *BVerw*G, NVwZ 2009, S. 1305 (1306).

502 *BVerfG*E 79, S. 127 (153).

503 *Templin*, VerwArch 2009, S. 529 (544).

504 *Albrecht*, ZUR 1995, S. 233 (236).

505 *BVerfG*E 68, S. 1 (86).

506 *BGH*, RdE 1996, S. 191 (193); *BVerfG*, NJW 1990, S. 1783 (1783); *BVerwG*E 98, S. 273 (275); *Albrecht*, ZUR 1995, S. 233 (238); *Templin*, VerwArch 2009, S. 529 (536 ff.); anderer Ansicht: *Kuhnt*, RdE 1992, S. 125 (132); *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, S. 71, m. w. N., der davon ausgeht, dass einzelne Kommunen heute mit Blick auf die Strukturen im Sektor der Elektrizitätsversorgung häufig gar nicht mehr in der Lage wären, die Aufgabe der örtlichen Elektrizitätsversorgung zu erfüllen. Deshalb sei die örtliche Elektrizitätsversorgung in vielen Fällen keine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft mehr. Gern übersieht hierbei allerdings, dass sich eine Kommune einer ihrer Aufgaben grundsätzlich nicht dadurch komplett entledigen kann, indem sie sie auf einen anderen zu übertragen versucht (vgl. *Templin*, Recht der Konzessionsverträge, S. 222 ff.; *Kühne*, NuR 2010, Beilage Nr. 3, S. 6 [8 f.]; ferner s. oben Teil 2, B, II, 1, c] sowie s. unten Teil 2, B, II, 2, b]) oder sie etwa zu ihrer Erfüllung finanziell nicht in der Lage ist (vgl. *BVerwG*E 79, S. 127 [151 f.]; *BVerwG*, NVwZ 2009, S. 1305 [1306]; *Albrecht*, ZUR 1995, S. 233 [236]).

Zu den Bestandteilen der Selbstverwaltungsgarantie gehört neben dem Recht der Kommune, auf Führung ihres einmal bestimmten Namens, der Gebietshoheit, der Organisationshoheit, der Personalhoheit und der Finanzhoheit auch die Planungshoheit. Als Befugnis, voraussehbare Entwicklungen längerfristig zu steuern, umfasst diese insbesondere das Recht, zur Festlegung der Bodennutzung (Bauleitplanung) sowie das Recht zur Förderung der Wirtschaft, der Umwelt und der Energieversorgung (Entwicklungsplanung).[507] Die Kommunen sind häufig nicht nur selbst große Elektrizitätsendabnehmer, vielmehr haben sie auch für den Bestand und den Ausbau ihrer Infrastruktur - einschließlich einer funktionierenden Versorgung mit Elektrizität - zu sorgen. Der Bau und Betrieb von Elektrizitätsleitungen bzw. -anlagen ist deshalb untrennbar mit der örtlichen Planung verbunden.[508] Allerdings gilt dies - im Unterschied zur Elektrizitätsversorgung der Regional- und der Verbundstufe - nur für die örtliche Elektrizitätsversorgung.[509] Zu ihr zählen regelmäßig die (dezentrale) Elektrizitätserzeugung[510] für den Bedarf im Gebiet der Kommune sowie die örtliche Elektrizitätsverteilung.[511] Der für die Einordnung dieser Bereiche als Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft erforderliche kommunale Bezug ergibt sich dabei hinsichtlich der Elektrizitätserzeugung aus ihrer direkten Anknüpfung an den Elektrizitätsbedarf der Gemeindeeinwohner und aus der Elektrizitätserzeugung vor Ort sowie im Hinblick auf die Elektrizitätsverteilung aus ihrer unmittelbaren Kopplung an die örtlichen Verkehrswege.[512] Das kommunale Straßen- und Wegenetz bildet die Grundlage jeder Versorgung im Gemeindegebiet - so auch der Elektrizitätsversorgung der gemeindlichen Bevölkerung. Im Rahmen der Einräumung von Wegerechten tritt die Kommune nicht als bloße Eigentümerin der Sache auf, vielmehr verfolgt sie hierbei (auch) spezifische hoheitliche Zwecke, wie die Sicherung der örtlichen Elektri-

507 *BVerfG*, NVwZ 2002, S. 72 (73); *Templin*, VerwArch 2009, S. 529 (544 f.).
508 *Templin*, VerwArch 2009, S. 529 (544 f.).
509 *BVerwG*E 98, S. 273 (275 ff.)
510 Wie bspw. die Stromerzeugung unter Ausnutzung erneuerbarer Energien oder die Stromerzeugung in KraftWärme-Kopplungsanlagen (*Albrecht*, ZUR 1995, S. 233 [235]).
511 *BVerwG*E 98, S. 273 (275 ff.); *Albrecht*, ZUR 1995, S. 233 (235, 238 f.).
512 *Albrecht*, ZUR 1995, S. 233 (238 f.); *Templin*, VerwArch 2009, S. 529 (538 ff., 544 f.).

zitätsversorgung.[513] Ihre gemeindliche Lenkungsbefugnis (und -pflicht[514]) übt sie insoweit - sofern sie auf dem Gebiet der örtlichen Elektrizitätsversorgung nicht selbst über ein eigenes Elektrizitätsversorgungs-/Netzunternehmen oder über eine Beteiligung hieran tätig wird - über den Konzessionsvertrag aus.[515]

(2) Traditionelle Betrachtung

Geschichtlich betrachtet[516], stellen sich die Kommunen seit dem 19. Jahrhundert der Herausforderung, die elementaren Bedürfnisse der örtlichen Bevölkerung zu befriedigen.[517] Sie beteiligten sich seit den Anfängen der Elektrifizierung in Deutschland an der Errichtung und dem Betrieb von Elektrizitätswerken sowie an der Übertragung und der örtlichen Verteilung der Elektrizität.[518] Die erste öffentliche Versorgung erfolgte zwar im Wege einer Konzessionsvergabe durch ein privates Unternehmen. Zunehmend nahmen die Kommunen aber aus Gemeinwohl orientierten Gründen die örtliche Stromversorgung selbst in die Hand. Sie errichteten städtische Elektrizitätskraftwerke, gründeten kommunale Elektrizitätsversorgungsunternehmen und/oder beteiligten sich an gemischtwirtschaftlichen Elektrizitätsversorgungsunternehmen. Trotz der im letzten Jahrzehnt des vergangenen Jahrhunderts in Gang gesetzten Liberalisierung im Elektrizitätsbereich sind die historisch gewachsenen Versorgungsstrukturen auf lokaler Ebene in großem Umfange heute noch erhalten.

513 *Templin*, VerwArch 2009, S. 529 (540).
514 S. oben Fn. 490.
515 *Templin*, VerwArch 2009, S. 529 (544).
516 Vgl. hierzu auch *Templin*, VerwArch 2009, S. 529 (541 f.).
517 Vgl. hierzu *Schulze-Fielitz*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 761 (780) m. w. N., der hierfür den Begriff der kommunalen Daseinsvorsorge verwendet.
518 S. oben Teil 1, III, 1.

b) Kommunale Infrastrukturverantwortung für die örtliche Elektrizitätsversorgung

Der Staat trägt eine globale Verantwortung für die Erledigung öffentlicher Aufgaben.[519] Geht es um kommunale Selbstverwaltungsaufgaben - welchen der Bereich der örtlichen Elektrizitätsversorgung zuzuordnen ist -, kommt diese Verantwortung auf Grund der Pflicht der Kommunen, die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft (im Rahmen der Gesetze) in eigener Verantwortung zu regeln, speziell den Kommunen zu. Je mehr der Staat an Verantwortung für die Erledigung einer öffentlichen Aufgabe übernimmt oder zu übernehmen hat, umso mehr wird er dieser nur durch eine Erledigung im Rahmen der ordnenden oder der leistenden Verwaltung gerecht. Die Übertragung der Erfüllung öffentlicher Aufgaben oder gar der Aufgabe selbst - und damit auch von Verantwortlichkeiten - an Private führt indes diametral weg von der staatlichen Erfüllungsverantwortung über eine staatliche Gewährleistungsverantwortung bis hin zu einer bloßen staatlichen Auffangverantwortung, von der staatlichen Ordnungs- oder Leistungsverwaltung hin zu einer staatlichen Gewährleistungsverwaltung. Ein Kernstück der Gewährleistungsverantwortung bzw. -verwaltung bildet der Bereich der Infrastrukturverantwortung bzw. -verwaltung. Im Folgenden soll untersucht werden, ob die örtliche Elektrizitätsversorgung der kommunalen Infrastruktur zugeordnet werden kann (aa) und - falls ja - welche Verantwortung der Kommunen hieraus resultiert (bb).

aa) Örtliche Elektrizitätsversorgung als Bestandteil der kommunalen Infrastruktur

Nach der wohl gebräuchlichsten Begriffsbeschreibung bedeutet Infrastruktur die Gesamtheit aller materiellen, institutionellen und personellen Ressourcen, die der Allgemeinheit im Rahmen einer arbeitsteiligen Wirtschaft zur Verfügung stehen[520] bzw. für sie den Charakter von Vor-

519 S. oben Teil 2, B, II, 1, b).
520 *Kyrer*, Wirtschaftslexikon, S. 268.

leistungen haben.[521] Diese Definition basiert auf einem sehr weiten und wirtschaftswissenschaftlich geprägten Begriffsverständnis.

Bei engerer Betrachtungsweise kann zwischen

- der materiellen Infrastruktur,
- der institutionellen Infrastruktur und
- der immateriellen oder personellen Infrastruktur

unterschieden werden. Der materiellen Infrastruktur werden die Einrichtungen der technischen Infrastruktur und der sozialen Infrastruktur zugerechnet, wobei diese Untergliederungen meist anhand einer Aufzählung jeweils hierunter fallender Einrichtungen definiert werden. So steht bspw. der Sektor Verkehr für die technische Infrastruktur, der Bereich Bildungseinrichtungen hingegen fällt unter die soziale Infrastruktur. Die Einrichtungen der technischen Infrastruktur werden auch als materielle Basisinfrastruktur oder Kerninfrastruktur bezeichnet. Unter institutioneller Infrastruktur versteht man die Gesamtheit der gesellschaftlichen Normen, Einrichtungen und Verfahrensweisen eines Wirtschaftsraumes. Die immaterielle Infrastruktur umfasst das Humankapital, d. h. die geistigen, unternehmerischen und handwerklichen Fähigkeiten sowie das Wissen der am Wirtschaftsprozess beteiligten Personen.[522]

In der Praxis ist solch eine strikte Untergliederung kaum möglich[523] und wohl auch nicht geboten. Es empfiehlt sich deshalb, mit dem BVerfG[524] von einem materiell geprägten, nicht enumerativ erfassten, weiten Infrastrukturbegriff auszugehen. Danach - und so auch das BVerfG[525] - lässt sich die

521 *Gabler* (Hrsg.), Wirtschaftslexikon, S. 1486.
522 Vgl. *Glöckner*, Kommunale Infrastrukturverantwortung und Konzessionsmodelle, S. 5 ff., der sich umfassend m. w. N. mit dem Begriff »Infrastruktur« auseinandersetzt.
523 Zu einem Elektrizitätsversorgungsnetz gehören bspw. auch der Netzbetrieb mitsamt Personal sowie die für den Netzbetrieb relevanten Vorschriften.
524 Vgl. BVerfGE 38, S. 258 (270 f.).
525 Vgl. *BVerfG*E 38, S. 258 (270 f.).

örtliche Elektrizitätsversorgung zwanglos dem Bereich der kommunalen Infrastruktur zuordnen.

bb) Kommunale Infrastrukturverantwortung

Es wurde bereits festgestellt, dass der Bereich der örtlichen Elektrizitätsversorgung zu den kommunalen Selbstverwaltungsaufgaben gehört, für deren Erledigung die Kommunen - ganz allgemein - die Verantwortung tragen. Ferner wurde die lokale Versorgung der Bevölkerung mit Elektrizität der kommunalen Infrastruktur zugeordnet. Die Verantwortung, die die Kommunen - ganz konkret - für die Bereitstellung der örtlichen Infrastruktur - einschließlich der Sicherstellung der Versorgung der gemeindlichen Bevölkerung mit Elektrizität - zu tragen haben, entspricht der kommunalen Infrastrukturverantwortung, auf die nachfolgend näher eingegangen werden soll.

(1) Begriff und Einordnung der kommunalen Infrastrukturverantwortung

Der Begriff Infrastrukturverantwortung umschreibt die dem Staat grundsätzlich obliegende Verantwortung, flächendeckend ein ausreichendes und angemessenes Niveau an infrastruktureller Grundversorgung sicherzustellen.[526]

Reduziert man die Verantwortungsstufen[527], die dem Staat für die Erledigung seiner Aufgaben obliegen können, auf die drei wesentlichen Verantwortungsstufen[528], und zwar

- die Erfüllungsverantwortung,
- die Gewährleistungsverantwortung und
- die Auffangverantwortung,

526 Vgl. *BVerwGE* 72, S. 15 (24); *Lackner*, Gewährleistungsverwaltung und Verkehrsverwaltung, S. 52.
527 S. oben Teil 2, II, 2, a), bb).
528 So *Schoch*, NVwZ 2008, S. 241 (244).

so lässt sich die staatliche Infrastrukturverantwortung systematisch im Bereich der Gewährleistungsverantwortung ansiedeln.[529] Im Rahmen der Erfüllungsverantwortung nimmt der Staat die Verwaltungskompetenzen, -befugnisse und -pflichten der Exekutive beim Gesetzesvollzug und der sonstigen Verwirklichung der Verwaltungszwecke selbst wahr.[530] Die Auffangverantwortung hingegen steht für eine Reservefunktion der Verwaltung, die in privatisierten Lebensbereichen im Falle privater Schlecht- oder Nichterfüllung aktiviert werden soll.[531] Dazwischen lässt sich die Gewährleistungsverantwortung einordnen. Sie zieht das Recht und die Pflicht des Staates nach sich, im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben darauf hinzuwirken, dass öffentliche Aufgaben von Privaten Gemeinwohl orientiert wahrgenommen werden. In Bereichen also, in denen es dem Staat erlaubt ist, seine Aufgaben kooperativ, d. h. mit Hilfe von Privaten oder gar gänzlich durch die Einschaltung von Privaten zu erledigen, bleibt er dazu verpflichtet, strukturell steuernd dafür zu sorgen, dass die jeweilige öffentliche Aufgabe im Ergebnis ordnungsgemäß erledigt wird. Diese Art staatlicher Verantwortungsübernahme ermöglicht auf der einen Seite private Initiativen in staatlichen Bereichen. Auf der anderen Seite trägt der Staat Sorge für den Schutz von Gemeinwohlbelangen wie die Versorgungssicherheit, den Verbraucherschutz oder auch den Umweltschutz. [532]

Geht es um die Verantwortung für die Erbringung örtlicher Infrastrukturleistungen, so kommt diese Verantwortung im Gefüge des deutschen Staates[533] den Kommunen zu. Ihre Grundlage hat sie in dem den Kommunen über Art. 28 Abs. 2 GG gewährleisteten Recht, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Hiernach ist die Verbandskompetenz für die Wahr-

529 *Lackner*, Gewährleistungsverwaltung und Verkehrsverwaltung, S. 53.
530 *Schoch*, NVwZ 2008, S. 241 (244).
531 *Schoch*, NVwZ 2008, S. 241 (244).
532 Vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 761 (785 ff.); *Schoch*, NVwZ 2008, S. 241 (241 ff.) jeweils m. w. N.
533 S. oben Teil 1, A, III, 2.

nehmung (und Erfüllung) der örtlichen Infrastrukturverantwortung, soweit gesetzlich nichts anderes geregelt ist, den Kommunen zugewiesen.[534] Aus dieser kompetenziellen Aufgabenzuordnung[535] resultiert indes nicht nur ein Recht der Kommunen darauf, die Verantwortung für die örtliche Infrastruktur in kommunaler Selbstverwaltung wahrzunehmen, sondern auch ihre Pflicht, diesen örtlichen Aufgabenkreis nach eigenem, ordnungsgemäßem Ermessen wahrzunehmen und zu erfüllen.[536] Diese Pflicht obliegt den Kommunen nicht nur gegenüber dem beaufsichtigenden Staat. Vielmehr steht es ihnen auch im Verhältnis zu ihren Einwohnern und Bürgern nicht uneingeschränkt frei, ob und - wenn ja - wann und wie sie örtliche Aufgaben wahrnehmen und erfüllen. In jedem Falle hat sich ihr Handeln (bzw. Unterlassen) nämlich jeweils an den grundgesetzlichen Vorgaben zu orientieren.[537] Eine Verpflichtung zu eigener Leistungserbringung durch die Kommunen besteht indes per se weder im Bereich der Selbstverwaltungsaufgaben noch in demjenigen ihrer Pflichtaufgaben. Im Rahmen ihrer nach Art. 28 Abs. 2 GG geschützten Eigenverantwortlichkeit sind die Kommunen regelmäßig berechtigt, private Leistungserbringer einzusetzen und sich selbst auf eine Garantenstellung zurückzuziehen. Um ihren Restverantwortlichkeiten insoweit nachkommen zu können, müssen sie ihre Einflussnahme auf die Leistungserbringung sicherstellen.[538]

(2) Rechtliche Grundlagen der kommunalen Infrastrukturverantwortung

Anknüpfungspunkte für eine Garantenstellung des Staates in Sachen Infrastruktur finden sich im Europarecht ([a]), im Verfassungsrecht ([b]), so-

534 *Glöckner*, Kommunale Infrastrukturverantwortung und Konzessionsmodelle, S. 67 ff., ausführlicher und m. w. N.

535 Vgl. zur verfassungsrechtlich gewährleisteten kommunalen Selbstverwaltung als Aufgabenverteilungsprinzip: *OVG Bautzen*, NVwZ-RR 2009, S. 776.

536 *BVerwG*, NVwZ 2009, S. 1305 (1306).

537 Vgl. *Glöckner*, Kommunale Infrastrukturverantwortung und Konzessionsmodelle, S. 68 f.; *Maunz*, in: Maunz/ Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen/Klein (Hrsg.), GG, Art. 28, Rn. 66; *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, S. 80.

538 *Bohne/Heinbuch*, NVwZ 2006, S. 489 (491); *BGH*, NVwZ-RR 1989, S. 388 (389); *OVG Bautzen*, SächsVBl. 2005, S. 14 (16).

wie im einfachen Recht ([c]). Letztendlich resultiert sie aber - konkretisiert durch das einfache Recht - aus der Verfassung.

(a) Europarecht

Aus dem Bereich der Normen des primären und des sekundären Europarechts lassen sich keine unmittelbaren Vorgaben im Hinblick auf eine Infrastrukturverantwortung der Kommunen herleiten.

Was das primäre Europarecht anbelangt, so orientieren zunächst die markt- und wettbewerbsbezogenen Regelungen - also u. a. sowie vor allem die Vorschriften über die Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 ff. AEUV), die Vorschriften über den Auf- und Ausbau transeuropäischer Netze (Art. 170 ff. AEUV), die wettbewerbsrechtlichen Regeln (Art. 101 ff. AEUV) und das Beihilfeverbot (Art. 107 Abs. 1 AEUV) - vorrangig auf einen funktionierenden innergemeinschaftlichen Handel. Wenn die jeweiligen Verhaltensweisen nicht geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen - was bei kommunaler Tätigkeit, gleich ob sich die Kommune über ein kommunales Unternehmen betätigt oder ob sie im Rahmen der Steuerung gemeindlicher Belange tätig wird, aufgrund des verfassungsrechtlich geforderten örtlichen Bezugs gemeindlicher Tätigkeit selten der Fall sein dürfte -, so kommt eine Anwendbarkeit dieser Vorgaben bereits von vorneherein nicht in Betracht. Von Bedeutung für die kommunale Infrastruktur sind allenfalls die Regelungen über die Sicherstellung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (Art. 14 und 106 Abs. 2 AEUV) sowie die Vorschriften über die mitgliedstaatlichen Eigentumsordnungen (Art. 345 AEUV). Bei den von Art. 14 AEUV in Bezug genommenen Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse handelt es sich um wirtschaftliche Tätigkeiten, die von den Mitgliedstaaten oder der Gemeinschaft mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden, insbesondere bestimmte Leistungen der großen Netz gebundenen Wirtschaftszweige wie des Verkehrswesens, der Postdienste, der Energieversorgung und der Telekommunikation.[539] Folg-

539 Vgl. zum Begriff der Dienste bzw. Dienstleistungen von allgemeinem öffentlichen Interesse: *Voet van Vormizeele*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EGV, Art. 86, Rn. 61;

lich haben auch die Kommunen, als Teil der Mitgliedstaaten, dafür Sorge zu tragen, dass die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass sie ihren Aufgaben nachkommen können.[540] Art. 14 AEUV entfaltet allerdings keine unmittelbare Geltung. Die Norm begründet weder Leistungs- noch Abwehransprüche. Auch konkrete Befugnisse oder Verpflichtungen können aus ihr nicht abgeleitet werden. Als eine Art Grundsatznorm ist sie indes im Rahmen einer gemeinschafts- und zielkonformen Auslegung europäischen und nationalen Rechts anzuwenden.[541] Den Mitgliedstaaten - und damit eben auch den Kommunen - wird auf diese Art und Weise im Rahmen ihrer Zuständigkeiten eine Verantwortung für das dauerhafte Funktionieren Gemeinwohl orientierter Dienste auferlegt. Wie diese Dienste wiederum in den einzelnen Mitgliedstaaten erbracht werden, bleibt wegen Art. 345 AEUV diesen überlassen.[542]

Auch das sekundäre Europarecht enthält keine Regelungen, die den Kommunen eine Verantwortung für die interkommunale Infrastruktur auferlegen. Beachtlich sind die Vorgaben des sekundären Unionsrechts grundsätzlich nur für die Erbringung der örtlichen Infrastrukturleistungen im Einzelnen.[543]

(b) Verfassungsrecht

Was die verfassungsrechtlichen Vorgaben anbelangt, so ist für die Herleitung der kommunalen Infrastrukturverantwortung vor allem das Sozialstaatsprinzip von zentraler Bedeutung.[544]

Lenz, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, EGV, Art. 16, Rn. 8 f. und Art. 86, Rn. 22 ff.; *EK*, Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, Grünbuch vom 21.05.2003, KOM (2003) 270, Rn. 16 ff.

540 *Glöckner*, Kommunale Infrastrukturverantwortung und Konzessionsmodelle, S. 53.

541 *Hatje*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EGV, Art. 16, Rn. 7 f.

542 *Hatje*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EGV, Art. 16, Rn. 2 f.

543 *Glöckner*, Kommunale Infrastrukturverantwortung und Konzessionsmodelle, S. 59; *Kühne*, NuR 2010, Beilage Nr. 3, S. 6 (10 f.), der allerdings für den Bereich der örtlichen Elektrizitätsversorgung aus Art. 3 Abs. 3 S. 4 RL 2009/72/EG eine den Mitgliedstaaten auferlegte Gewährleistungsverantwortung schlussfolgert, die über die richtlinienkonform auszulegenden Vorgaben des Art. 28 Abs. 2 GG die Kommunen zu tragen haben.

544 *Templin*, Recht der Konzessionsverträge, S. 222 m. w. N.

Das Strukturprinzip des Sozialstaats entspricht einem unmittelbar geltenden dynamischen Optimierungsgebot. Ihm wird allgemein die Verpflichtung des Staates entnommen, Mindestbedingungen für ein menschenwürdiges Leben für Einzelne oder für Gruppen der Gesellschaft, die auf Grund ihrer persönlichen Lebensumstände oder gesellschaftlicher Benachteiligungen an ihrer persönlichen oder sozialen Entfaltung gehindert sind,[545] zu schaffen und zu erhalten.[546] Der Gesetzgebung steht bei der Konkretisierung bzw. Ausgestaltung dieser verfassungsrechtlichen Vorgabe ein weiter Spielraum zu.[547] Hierbei hat sie den Erfordernissen des Art. 109 Abs. 2 GG zu genügen, der eine haushaltsrechtliche Pflicht zur Berücksichtigung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts beinhaltet.[548] Wie der Staat seiner Verpflichtung nach Art. 20 Abs. 1 GG nachkommt, steht ihm frei. Insbesondere kann er sich bei der Zielverwirklichung die Mithilfe Privater nutzbar machen.[549] Die Verwaltung hat das Sozialstaatsprinzip in erster Linie bei der Auslegung von Vorschriften oder bei der Ausübung von Ermessen zu berücksichtigen.[550]

Über Art. 20 Abs. 1 GG ist auch das allgemeine öffentliche Interesse an einer flächendeckenden, für alle erschwinglichen Versorgung mit Infrastrukturleistungen nach einem, den jeweiligen sozialen und zivilisatorischen Gegebenheiten entsprechenden Grundstandard geschützt. Häufig ist der Infrastrukturbereich auf der einen Seite von (natürlichen) Monopolen gekennzeichnet. Auf der anderen Seite steht die grundsätzliche existenzielle Abhängigkeit der Allgemeinheit von infrastrukturellen Leistungen. Allein über Marktmechanismen lassen sich diese gegenläufigen Interessen nicht miteinander in Einklang bringen. Im Rahmen seiner Verpflichtung zur

545 *BVerfG*E 45, S. 376 (387); 100, S. 271 (284).
546 *BVerfG*E 1, S. 97 (105); 82, S. 60 (85).
547 *BVerfG*E 59, S. 231 (263); 82, S. 60 (81).
548 *BVerfG*E 33, S. 303 (333).
549 *BVerfG*E 22, S. 180 (204).
550 Und zwar im Sinne einer alle Staatsgewalten und damit auch die Verwaltung bindenden Staatsleitlinie (*Herzog*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen/Klein [Hrsg.], GG, Art. 20, VIII, Rn. 6.).

Schaffung und Erhaltung von sozialer Sicherheit und Gerechtigkeit muss der Staat hier für ausreichende und ausgeglichene Ergebnisse sorgen.[551]

Im Hinblick auf die Erbringung infrastruktureller Leistungen haben Gesetzgebung und Verwaltung den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen[552] zu berücksichtigen (Art. 20 a GG). Ergänzend können - je nach Einzelfall - grundrechtliche Aspekte[553] eine Rolle spielen.

Geht es insbesondere um den Bereich örtlicher Infrastrukturen, so lässt sich die kommunale Garantenstellung hierfür (auch) aus Art. 28 Abs. 2 GG ableiten. Infolge der Selbstverwaltungsgarantie sind die Kommunen nicht nur im Kernbestand ihres Aufgabenbereichs geschützt. Vielmehr ergibt sich aus Art. 28 Abs. 2 GG auch eine Verpflichtung der Kommunen zur Wahrung und Sicherung ihres Aufgabenbestands.[554] Hieraus wird man (auch) ihre Verantwortung für die Erbringung örtlicher Infrastrukturleistungen schlussfolgern können.

(c) Bundes-/Landesrecht

Die soeben dargestellte verfassungsrechtlich verankerte kommunale Infrastrukturverantwortung konkretisiert sich im einfachen Recht durch sektorübergreifende und sektorspezifische Regelungen.

Sektorübergreifend sind für die gemeindliche Infrastruktur einerseits die allgemeinen kommunalrechtlichen Vorschriften über die Schaffung öffentlicher Einrichtungen relevant sowie andererseits die Vorgaben zur Nutzung des im Eigentum der Kommunen stehenden Straßen- und Wegenetzes.

---

551 Vgl. *Herzog*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen/Klein (Hrsg.), GG, Art. 20, VIII, Rn. 12 ff.; *Glöckner*, Kommunale Infrastrukturverantwortung und Konzessionsmodelle, S. 63.

552 S. oben Teil 2, A, I, 2.

553 S. oben Teil 2, A, I, 4.

554 *BVerwG*, NVwZ 2009, S. 1305 (1306); *Katz*, NVwZ 2010, S. 405 (406); *Kühne*, NuR 2010, Beilage Nr. 3, S. 6 (9 f.).

Nach den GemOen der Länder[555] haben die Kommunen in ihrem Gebiet im Rahmen ihrer Leistungsfähigkeit und der Gesetze die für das soziale, kulturelle und wirtschaftliche Wohl ihrer Einwohner erforderlichen öffentlichen Einrichtungen zu schaffen. Der Terminus »Öffentliche Einrichtungen« erfasst typische Einrichtungen der materiellen und sozialen kommunalen Infrastruktur.[556] Welche Infrastrukturleistungen die jeweilige Kommune im Einzelnen erbringt und auf welche Art sie dies tut, hat sie unter Anwendung pflichtgemäßen Ermessens[557] und unter Beachtung höherangigen Rechts[558] zu bestimmen. Wenn nicht gerade durch höherrangiges Recht die Erbringung durch eigene öffentliche Einrichtungen der Kommune gefordert ist, kann sie auch Einrichtungen Privater als öffentliche Einrichtungen widmen[559] oder sonst über Private tätig werden[560]. Sofern eine Kommune infrastrukturelle Leistungen über öffentliche Einrichtungen anbietet, kann sie mittels einer entsprechenden Satzung einen Anschluss- und Benutzungszwang vorschreiben.[561] Hiermit korrespondiert ein Anspruch der Einwohner auf Zulassung und Nutzung.

Ferner sind die Kommunen in der Regel Eigentümer des öffentlichen örtlichen Straßen- und Wegenetzes und damit hierüber allein verfügungsberechtigt. Das Eigentum ist ihnen aber nicht privatautonom zugewiesen. Vielmehr haben sie es im Interesse ihrer Infrastrukturverantwortung zu nutzen und die Mitbenutzung der öffentlichen Verkehrsflächen für die Erbringung infrastruktureller Leistungen zuzulassen.[562] Damit nehmen sie ganz entscheidend darauf Einfluss, wer im Gemeindegebiet welche leitungsgebundenen Infrastrukturleistungen mit welchem Konzept erbringt.

---

555 Vgl. bspw. § 2 Abs. 1 SächsGemO.
556 *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, S. 343 ff. und zum Begriff der kommunalen Infrastruktur s. oben Teil 2, B, II, 2, b), aa).
557 *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, S. 346.
558 Bspw. Art. 20 Abs. 1 GG.
559 *BVerfG*, NVwZ 2005, S. 1072 (1073); *OVG Bautzen*, SächsVBl. 2005, S. 14 (16).
560 Bspw. im Rahmen eines Konzessionsmodells (s. unten Teil 3, E, I, 4).
561 Vgl. bspw. § 14 Abs. 1 SächsGemO.
562 *Glöckner*, Kommunale Infrastrukturverantwortung und Konzessionsmodelle, S. 77.

Speziell im Elektrizitätsbereich - d. h. sektorspezifisch - entscheiden die Kommunen mit der Auswahl eines Unternehmens, mit dem sie einen Konzessionsvertrag gem. § 46 Abs. 2 EnWG schließen, über den Betreiber des örtlichen Elektrizitätsversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung. Seit der Einführung des Unbundling in der Elektrizitätswirtschaft mit der Neuregelung des EnWG im Jahre 2005[563] beschränkt sich die Aufgabe der Kommunen nur noch hierauf und nicht mehr auf die Auswahl des Grundversorgers.[564] Grundversorger ist nämlich nunmehr gem. § 36 Abs. 2 EnWG jeweils das Elektrizitätsversorgungsunternehmen, das die meisten Haushaltskunden in einem Netzgebiet der allgemeinen Versorgung beliefert.

Als weitere einfach-rechtliche Konkretisierung der verfassungsrechtlich vorgegebenen Infrastrukturverantwortung soll § 123 BauGB erwähnt werden. Danach sind die Kommunen verpflichtet, im Rahmen ihrer Leistungsfähigkeit die für die Erschließung von Grundstücken im Gemeindegebiet erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Hierzu gehört auch die Ermöglichung des Anschlusses an das örtliche Elektrizitätsversorgungsnetz. Die Durchführung der Erschließung können die Kommunen nach § 124 Abs. 1 BauGB ganz oder teilweise durch öffentlich-rechtlichen Vertrag auf (private) Dritte übertragen. Die hoheitliche Verpflichtung verbleibt allerdings bei der Kommune. Sie hat den Erschließungsunternehmer zu kontrollieren und zu überwachen. Kommt er seinen Verpflichtungen nicht nach, muss sie einspringen.[565]

(3) Anforderungen an die Kommunen im Bereich der örtlichen Elektrizitätsversorgung resultierend aus der kommunalen Infrastrukturverantwortung

Seinen aus der staatlichen Infrastrukturverantwortung als Teilbereich der Gewährleistungsverantwortung resultierenden Pflichten kann der Staat strukturierend oder auch regulierend nachkommen. Der Einsatz staatli-

563 S. oben Teil 1, C, I, 1, c).
564 *Kermel*, in: Kermel/Brucker/Baumann, Wegenutzungsverträge und Konzessionsabgaben in der Energieversorgung, S. 19 (25 f.).
565 *Löhr*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 124, Rn. 4.

cher Hoheitsbefugnisse ist dabei nicht ausgeschlossen.[566] Das Spektrum der Möglichkeiten staatlichen Handelns reicht von der unmittelbar gegenständlichen Leistung bis zur bloßen Rahmensetzung.[567] Pflichtenbezogen lässt sich die Gewährleistungsverantwortung in die folgenden drei Schwerpunktbereiche gliedern:

- Überwachungsverantwortung
- Regulierungs- oder Koordinierungsverantwortung sowie
- Finanzierungs-, Förderungs- und Beratungsverantwortung.[568]

Den Anforderungen in diesen Verantwortungsbereichen kann der Staat mittels des Einsatzes verschiedener Steuerungsinstrumente genügen. Diese lassen sich in imperative Steuerungsinstrumente und kooperative Steuerungsinstrumente unterscheiden. Imperative Steuerungsinstrumente zeichnen sich durch ihren kontrollierenden oder sonst einseitig einwirkenden Charakter aus. Kooperative Instrumente hingegen basieren auf vertraglichen oder informellen Grundlagen.[569]

566 *Schoch*, NVwZ 2008, S. 241 (244).
567 *Glöckner*, Kommunale Infrastrukturverantwortung und Konzessionsmodelle, S. 51.
568 *Schulze-Fielitz*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Vosskuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 761 (835 f.).
569 *Lackner*, Gewährleistungsverwaltung und Verkehrsverwaltung, S. 143 und S. 147.

Kategorie der Steuerungsinstrumente	Steuerungsform	Steuerungsinstrument
Imperative Steuerungsinstrumente		• Auferlegung von Anzeige- und Anmeldepflichten • Zulassungs- oder Genehmigungsvorbehalte • Auferlegung von Pflichten betreffend betriebliche Abläufe wie Anzeige- und Mitteilungspflichten, Warn-/Hinweispflichten, Rücknahme- und Rückrufpflichten, Auskunfts- und Berichtspflichten, Betretungs- und Nachschaurechte, Verpflichtung zur Duldung der Überprüfung von Anlagen, der Vornahme von Messungen oder der Entnahme von Proben, Nachweispflichten, Verkehrs- und Verwendungsverbote, Vorgabe der Anwendung guter fachlicher Praxis und bestverfügbarer Technik, Entgelt- und Tariffestsetzungen u. ä. • Instrumente der Rechts-, Fach-, Sonder-, Rechnungs- und/oder Wirtschaftsprüfungsaufsicht • Einflussnahme über Aufsichts- und Gesellschaftergremien • Erteilung von Weisungen • Selbstvornahme • Untersagungen oder Erlaubnisaufhebungen • Sanktionen mittels der Auferlegung von Geldbußen, der Festsetzung von Zwangsmitteln oder der Verhängung von Strafen
Kooperative Steuerungsinstrumente	**Vertragliche Steuerungsinstrumente**	• Festlegung von Qualitätsstandards • Forderung der Einhaltung bestimmter Sozialstandards • Grundversorgungs- und Betriebspflichten • Preisregulierungsmechanismen

		• Investitionszusagen • Arbeitsplatzgarantien • Betretungsrechte • Widerrufs-, Kündigungs- und Rückholoptionen • Heimfall- und Rückübertragungsrechte Informations-, Einwirkungs- und Kontrollrechte • Forderung der Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen unter Einschluss späterer Anhebungen gesetzlicher Standards • Konventionalstrafen • Sicherstellung der Auffangverantwortung bspw. durch Regelung des »Ob« und »Wie« eines Betreiberwechsels u. ä.
	Informelle Steuerungsinstrumente	• Wechselseitige Kontaktaufnahmen • Beratungsgespräche • Vorverhandlungen • Konzepte • Normvermeidende, normvollziehende und normvorbereitende Absprachen • Vereinbarungen • Duldungen • Verständigungen u. ä.

Abb. 2: Steuerungsinstrumente der Verwaltung [570]

Die kommunale Verantwortung für die Erbringung örtlicher Infrastrukturleistungen entspricht einer gewährleistenden Verantwortung.[571] Die

570 Vgl. zu dieser Systematik: *Lackner*, Gewährleistungsverwaltung und Verkehrsverwaltung, S. 140 ff. m. w. N.

571 S. oben Teil 2, B, II, 2, b), bb), (1).

Kommune kann in diesem Bereich grundsätzlich frei entscheiden, ob sie die jeweilige Infrastrukturleistung selbst erbringt oder ob sie dies Privaten überlässt. Diese Entscheidung lässt sich als eine Leistungstiefenentscheidung der Kommune auffassen, die sie regelmäßig hauptsächlich auf der Grundlage einer Kostenvergleichsrechnung treffen wird.[572] Auf die kommunale Infrastrukturverantwortung selbst hat die jeweilige Wahl der Kommune allerdings keinen Einfluss. Es ändert sich lediglich die Art und Weise der Gewährleistung von der eigenen Erbringung der Leistung zu der Sicherstellung der privaten Erbringung durch organisatorische, kontrollierende und/oder regulierende Maßnahmen. Ihre Garantenpflicht im Hinblick auf eine ausreichende Grundversorgung mit örtlichen Infrastrukturleistungen zu erschwinglichen Preisen bleibt bestehen.[573]

Entscheidet sich die Kommune dafür, die Infrastrukturleistung selbst - bspw. über einen Eigenbetrieb[574] - zu erbringen, kann sie natürlich über das »Wie« der Leistung im Rahmen der Gesetze frei befinden. Wird sie über ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen[575] tätig, kann und muss[576] sie auf die Leistungserbringung durch das Unternehmen über ihre Position in den Aufsichts- und Gesellschaftergremien einwirken.[577] Privatisiert sie komplett funktional, bleibt ihr nur die Einflussnahme über die folgenden (vor-)vertraglichen Elemente:

---

572 *Glöckner*, Kommunale Infrastrukturverantwortung und Konzessionsmodelle, S. 95; zum Entscheidungsspielraum der öffentlichen Hand im Hinblick auf die Vornahme/Nichtvornahme von Privatisierungen s. unten Teil 3, C, II, 3.

573 *Glöckner*, Kommunale Infrastrukturverantwortung und Konzessionsmodelle, S. 107 und 110.

574 S. zu den selbständigen öffentlich-rechtlichen Organisationsformen der Verwaltung oben Teil 1, B, II, 3, b).

575 Von einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen spricht man, wenn sich ein privater Dritter an einem Unternehmen der öffentlichen Hand beteiligt, welches hierfür zwingend privatrechtlich organisiert sein muss (*Fabry/Kapp/Schaden*, in: Fabry/Augsten [Hrsg.], Handbuch Unternehmen der öffentlichen Hand, S. 219 [221]).

576 Vgl. *BVerwG*, NVwZ 2009, S. 1305 (1306 f.).

577 Bspw. über die Rechte des Aufsichtsrats gem. § 111 AktG und/oder der Hauptversammlung gem. § 119 AktG, sofern das gemischtwirtschaftliche Unternehmen als AG geführt wird, oder über die Rechte der Gesellschafterversammlung gem. §§ 46, 48 ff. GmbHG und/oder des Aufsichtsrats gem. § 52 GmbHG, wenn das gemischtwirtschaftliche Unternehmen in der Rechtsform der GmbH betrieben wird.

- Qualifikation und Auswahl des Privaten,
- Festlegung von Leistungsrahmen und -standards,
- Schutz der Nutzer hinsichtlich Zugänglichkeit, Entgelte und sonstige Konditionen,
- Steuerung und Kontrolle,
- Anpassung der festgelegten Leistungsrahmen und -standards sowie
- Festschreibung effektiver Rückholmöglichkeiten.[578]

Der Private kann zunächst einmal - selbst wenn er örtliche Infrastrukturleistungen erbringt - unternehmerisch frei agieren. Sein Interesse wird sich vorrangig auf den Aspekt Gewinnerzielung ausrichten. Die Kommune muss deshalb die Erledigung ihres Gewährleistungsauftrags im Sinne des Gemeinwohls über die vertragliche Festschreibung und Wahrnehmung entsprechender Einwirkungsmöglichkeiten auf den Privaten unter Wahrung seiner Grundrechte sicherstellen.[579]

Im Bereich der örtlichen Elektrizitätsversorgung liegt jedoch, wenn nicht die Kommune selbst die Versorgung der örtlichen Bevölkerung mit Elektrizität über ein eigenes Elektrizitätsversorgungs-/Netzunternehmen oder über ein entsprechendes gemischtwirtschaftliches Unternehmen, dessen Geschicke sie aufgrund anteilsmäßig ausreichender Beteiligung (mit-) bestimmen kann, vornimmt, die Besonderheit vor, dass sie nur noch über die Auswahl des örtlichen Netzbetreibers auf die Elektrizitätsversorgung im Gemeindegebiet Einfluss nehmen kann[580] bzw. muss[581]. Das Steue-

578 *Glöckner*, Kommunale Infrastrukturverantwortung und Konzessionsmodelle, S. 112 ff., zu den einzelnen Elementen umfassender Stellung nehmend.

579 Vgl. *BVerwG*, NVwZ 2009, S. 1305 (1306); *Katz*, NVwZ 2010, S. 405 (406 ff.); ferner s. oben Teil 2, B, II, 1, c).

580 Ausführlicher zu der der Wahl einer dieser Möglichkeiten zugrunde liegenden »Systementscheidung« der jeweiligen Kommune s. unten Teil 3, E, II, 1.

581 S. oben Fn. 490.

rungsinstrument, das ihr insoweit zur Verfügung steht, ist der Abschluss eines Konzessionsvertrages gem. § 46 Abs. 2 EnWG.[582] Die Auswahl des kommunalen Netzbetreibers gehört zu den Selbstverwaltungsaufgaben der Kommune.[583] Sie erfolgt über eine freie kommunalpolitische Entscheidung[584], die keinen inhaltlichen rechtlichen Vorgaben unterliegt[585] und von unterschiedlichen kommunalen Erwägungen[586] getragen sein kann.[587] Das Bestimmungsrecht darüber hingegen, wer im Gemeindegebiet Grundversorger ist, ist den Kommunen mit der Neuregelung des EnWG im Jahre 2005[588] entzogen worden.[589] In jedem Fall verbleibt es aber - gleich, ob die

582 *Nill-Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, S. 369; *Templin*, VerwArch 2009, S. 529 (544).

583 *Templin*, IR 2009, S. 101 (103).

584 Zuständig ist der Gemeinderat (*Templin*, IR 2009, S. 125 [125]).

585 Einzuhalten sind lediglich die Regeln, die § 46 Abs. 3 EnWG für das Verfahren vorgibt. Diese sollen ein diskriminierungsfreies und transparentes Auswahlverfahren gewährleisten. (*Templin*, IR 2009, S. 101 [103]).

586 Wie Aspekte der Wirtschaftlichkeit des Konzessionsvertrages, die Sicherstellung der Einflussnahme auf die kommunale Infrastruktur, die Bereitschaft des Konzessionärs zur Mitwirkung an kommunalen dezentralen Elektrizitätsversorgungskonzepten, Überlegungen im Zusammenhang mit einer Optimierung des kommunalen Querverbunds oder aber eine Orientierung an den gesetzlichen Zielbestimmungen des § 1 Abs. 1 EnWG; vgl. zu weiteren Auswahlkriterien nebst einem Vorschlag für eine Bewertungsmatrix: *Templin*, IR 2009, S. 125 (126 ff.); *Theobald*, DÖV 2009, S. 356 (357 f.); *Pippke/Gaßner*, RdE 2006, S. 33 (37 f.).

587 *Brucker*, in: Kermel/Brucker/Baumann (Hrsg.), Wegenutzungsverträge und Konzessionsabgaben in der Energieversorgung, S. 71 (71); *Hellermann*, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG, § 46, Rn. 65 ff.; *Albrecht*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, S. 417 (437 f.); *Templin*, IR 2009, S. 101 (103); 125 (125 ff.).

588 S. oben Teil 1, C, I, 1, c).

589 Aufgrund der Vorgaben der Entflechtung gem. §§ 6 ff. EnWG kommt der Netzbetreiber als Adressat der Pflicht zur Grundversorgung von Haushaltskunden nicht mehr in Betracht. Grundversorger ist nicht mehr automatisch dasjenige Unternehmen, mit dem die jeweilige Kommune einen Konzessionsvertrag abgeschlossen hat. Vielmehr richtet sich die Bestimmung des Grundversorgers nach § 36 Abs. 2 EnWG. Danach gilt als Grundversorger jeweils das Elektrizitätsversorgungsunternehmen, das die meisten Haushaltskunden über das örtliche Elektrizitätsversorgungsnetz beliefert (vgl. hierzu: *Kermel*, in: Kermel/Brucker/Baumann [Hrsg.], Wegenutzungsverträge und Konzessionsabgaben in der Energieversorgung, S. 21 [25 f.]; *Hellermann*, in: Britz/Hellermann/Hermes [Hrsg.], EnWG, § 46, Rn. 58.; *Pippke/Gaßner*, RdE 2009, S. 33 [33 f.]; *Scholtka/Keller-Herder*, RdE 2010, S. 279 [281]). Der Schutz der Letztverbraucher von Elektrizität - als Ausdruck staatlicher Gewährleistung im Elektrizitätssektor - soll damit nunmehr zu einem großen Teil bundesrechtlich gewährleistet werden (s. oben Teil 2, A, III, 3).

jeweilige Kommune im Rahmen der dezentralen Versorgung von Strom oder im Rahmen des örtlichen Netzbetriebs unmittelbar oder mittelbar tätig wird - bei einer Verantwortung der Kommune für die Gewährleistung der örtlichen Elektrizitätsversorgung. Findet sich kein privates Unternehmen für die Durchführung des örtlichen Netzbetriebs und/oder der örtlichen Versorgung, muss die Kommune dies selbst übernehmen.[590] Sie darf sich nämlich nicht ihrer grundsätzlichen Aufgabenverantwortung für die Belange der örtlichen Gemeinschaft - unter anderem eben auch für die Versorgung der Gemeindebevölkerung mit Elektrizität - entziehen. Vielmehr hat sie - resultierend aus dem Gebot der Sicherung und Wahrung ihres Aufgabenbestands - dafür zu sorgen, dass jener entweder unmittelbar durch sie selbst oder mittelbar über die Einbeziehung von Privaten stetig genügt wird.[591]

III. Zusammenfassung

Die kommunale Verantwortung für das Erreichen der Zielvorgaben in der Elektrizitätswirtschaft - insbesondere für eine funktionierende örtliche Elektrizitätsversorgung - ergibt sich weniger aus den einfachgesetzlichen, energierechtlichen Bestimmungen bzw. den direkt anwendbaren, europäischen, energierechtlich relevanten Normen, sondern vor allem aus der verfassungsrechtlichen Gesamtverantwortung der Kommunen für gemeindliche Belange. Für die Erledigung öffentlicher Aufgaben besteht nämlich eine umfassende Verantwortung des Staates. Speziell für kommunale Selbstverwaltungsaufgaben entspricht dieser eine solche der Kommunen. Diese - aus dem Verfassungsrecht resultierende - kommunale Verantwortung konkretisiert sich wiederum für das Gebiet der gemeindlichen

590 Endet der jeweilige Konzessionsvertrag mit dem bisherigen Konzessionär, unterliegt dieser keiner Betriebspflicht mehr. Findet sich zu diesem Zeitpunkt freiwillig kein Nachfolger, ist die jeweilige Kommune bspw. zur Übernahme der Netzbetriebstätigkeit verpflichtet (*Kühne*, NuR 2010, Beilage Nr. 3, S. 6 [8 ff.]; *Templin*, Recht der Konzessionsverträge, S. 224 ff.; *ders.*, VerwArch 2009, S. 529 [546]).

591 Vgl. *BVerwG*, NVwZ 2009, S. 1305 (1306 ff.).

Infrastruktur - zu der auch die örtliche Elektrizitätsversorgung gehört - zu einer kommunalen Infrastrukturverantwortung, welche dem Bereich der Gewährleistungsverantwortung zuzuordnen ist. Dieser haben die Kommunen zu genügen. Ihr stehen hierzu verschiedene Mittel zur Verfügung. Diese Mittel reichen von der Eigenvornahme der/dem örtlichen Elektrizitätsversorgung/Netzbetrieb über die Beteiligung an gemischtwirtschaftlichen lokalen Elektrizitätsversorgungs-/Netzunternehmen bis hin zu vertraglichen Einflussnahmen auf den örtlichen Netzbetreiber.

3. Teil: Kooperative Aufgabenerledigung im Bereich der örtlichen Elektrizitätsversorgung

Wann spricht man von einer kooperativen Aufgabenerledigung (A)? Welche Interessen sind hierfür ausschlaggebend (B)? Welche Möglichkeiten stehen der Verwaltung hierfür zur Verfügung (C, I)? Hieran anknüpfend: Wann und in welcher Art und Weise kommt eine Privatisierung in Frage (C, II)? Welche Grenzen sind einer Kooperation gesetzt (D)? Und schließlich: Welche Kooperationsmöglichkeiten gibt es im Bereich der örtlichen Elektrizitätsversorgung (E)? Die Analyse dieser Fragen soll Gegenstand der Ausführungen im dritten Teil dieser Arbeit sein.

A. Möglichkeiten der Erledigung öffentlicher Aufgaben

Öffentliche Aufgaben können entweder ausschließlich durch den Staat selbst oder - je nachdem, ob der jeweilige Aufgabenbereich einer Kooperation mit Privaten zugänglich ist - in Zusammenarbeit mit Privaten erledigt werden. Insoweit kann zwischen hoheitlicher (I) und kooperativer (II) Aufgabenerledigung unterschieden werden.

I. Hoheitliche Aufgabenerledigung

Von einer hoheitlichen Aufgabenerledigung spricht man immer dann, wenn die betreffende Aufgabe bzw. die Umsetzung des jeweiligen Gesetzeszwecks durch die Verwaltung selbst unter Wahrnehmung des Monopols der legitimen Ausübung physischer Gewalt erfolgt.[592] Im Bereich der hoheitliche Aufgaben erledigenden Verwaltung kann wiederum zwischen der ordnenden Verwaltung, der leistenden Verwaltung und schließlich der gewährleistenden Verwaltung differenziert werden.[593] In der Verwaltungspraxis fällt die Einordnung von Sachverhalten jeweils unter eine dieser Kategorien oft schwer. Häufig finden sich Überschneidungen.

Gegenstände der ordnenden Verwaltung sind die polizei- und ordnungsrechtliche Gefahrenabwehr zum präventiven oder repressiven Schutz von Eigentum und Freiheit der Bürger und die Auferlegung von Abgaben.[594] Typisiert man im Rahmen der ordnenden Verwaltung nach einzelnen Aufgabenbereichen, so kann man in die Bereiche der Ordnungsverwaltung, der Risikoverwaltung, der Finanzverwaltung und der Gerichtsverwaltung untergliedern.[595]

Im Gegensatz zur ordnenden Verwaltung zielt die leistende Verwaltung auf die Gewährung von staatlichen Leistungen ab, die die Interessenverfolgung der Mitglieder des Gemeinwesens zwecks Wahrung und Verbesserung ihrer Lebensmöglichkeiten fördern sollen.[596] Als Teilbereiche der

---

592 *Schulze-Fielitz*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 761 (772).

593 *Schulze-Fielitz*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 761 (773 ff.). Diese Unterscheidung ist rein aufgabenbezogen. Differenziert man handlungsbezogen, so ist generell die Eingriffsverwaltung von der Leistungsverwaltung abzugrenzen. Unter Eingriffsverwaltung ist dabei diejenige Verwaltungsform zu verstehen, die den Bürger belastet und unter Umständen mit Mitteln des Zwangs in dessen Rechte eingreift. Hingegen wird die Leistungsverwaltung als die Verwaltungsform definiert, die den Bürger begünstigt, ihm gewährt (*Kulas*, Privatisierung hoheitlicher Verwaltung, S. 49).

594 *Schulze-Fielitz*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 761 (773 ff.).

595 *Schulze-Fielitz*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 761 (773 ff.).

596 *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 7.

Leistungsverwaltung lassen sich die (kommunale) Daseinsvorsorge, die Sozialverwaltung, die Subventionsverwaltung sowie die beratende und unterrichtende Verwaltung bezeichnen.[597]

Die Gewährleistungsverwaltung schließlich betrifft die horizontale Verantwortungsteilung im Außenverhältnis zwischen Staat und Privaten. Sie setzt zunächst eine - nicht lediglich formelle - Aufgabenübertragung von der öffentlichen Hand auf einen Privaten voraus. Zentrales Wesensmerkmal ist die Reduzierung staatlicher Leistungstiefe bei fortbestehender öffentlicher Gemeinwohlsicherungspflicht.[598] Im Rahmen dieser fortbestehenden Gemeinwohlsicherungspflicht - der sich der Staat nicht entziehen kann - darf sich dieser nicht etwa lediglich auf eine präventive Gefahrenabwehr und auf die Kompensation individueller Notlagen beschränken, vielmehr muss er bereits im Vorfeld die gesellschaftliche Selbstregulierung so gestalten und steuern, dass er diesen Kernaufgaben überhaupt (noch) nachkommen kann.[599] Die wichtigsten Anwendungsfelder der immer stärker rechtlich strukturierten Gewährleistungsverwaltung sind die Marktstrukturverwaltung[600], die Regulierungsverwaltung[601] und die raumbezogene Infrastrukturverwaltung[602].[603]

---

597 *Schulze-Fielitz*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 761 (780 ff.).

598 *Lackner*, Gewährleistungsverwaltung und Verkehrsverwaltung, S. 48.

599 *Schulze-Fielitz*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 761 (785).

600 Sie betrifft die Gewährleistung funktionierender Marktstrukturen mittels behördlicher Wirtschaftsaufsicht und Wettbewerbsverwaltung (*Schulze-Fielitz*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle [Hrsg.], Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 761 [786 f.]).

601 Hier übernimmt eine Regulierungsbehörde die Aufgabe, die Funktionsfähigkeit von Wettbewerb zwischen konkurrierenden Privaten so neu zu etablieren oder zu bewahren, dass die Bereitstellung bisheriger Verwaltungsleistungen nur noch auf einem Niveau erfolgen muss, welches eine sozialstaatliche Mindestversorgung für alle Bürger gewährleistet (*Trute*, DVBl. 1996, S. 950 [954]). Diese Form der Gewährleistungsverwaltung spielt insbesondere in netzbezogenen Märkten, die vom Vorliegen natürlicher Monopole geprägt sind, eine Rolle.

602 Hierunter lässt sich der Bereich der räumlichen Gesamt- und Fachplanung fassen, der der Verwaltung eine gemeinwohlverträgliche Gesamtverantwortung abverlangt (*Schulze-Fielitz*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle [Hrsg.], Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 761 [789 f.]).

603 *Schulze-Fielitz*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen

Geht es um die Kooperation zwischen Staat und Privatwirtschaft, so wird regelmäßig die Funktion der Verwaltung als gewährleistende Verwaltung die wichtigste Rolle spielen. Die verstärkte Übertragung von Aufgaben an Private führt nämlich immer mehr weg von einer staatlichen Leistungsverwaltung hin zu einer staatlichen Gewährleistungsverwaltung.[604]

II. Kooperative Aufgabenerledigung

Im Kontrast zu jener einseitig handelnden hoheitlichen Verwaltung steht die kooperative Verwaltung.

Der Rückzug des Staates aus diversen Funktionen und Bereichen im Rahmen der Entwicklung von einem hierarchischen zu einem kooperativen Staat ist auch in Deutschland ein seit vielen Jahren anhaltender Trend. Kooperation mit und in der Verwaltung ist mittlerweile in den verschiedensten Bereichen ganz selbstverständlich geworden.

Der Begriff Kooperation bündelt die Gesamtheit des bewusst arbeitsteiligen, gemeinsamen Zusammenwirkens von Verwaltungsbehörden und privaten Akteuren zur Bewältigung öffentlicher Aufgaben.[605] Charakteristisch hierfür ist, dass sich Bürger und Verwaltung wechselseitig als gleichberechtigte Partner anerkennen und sie unter Berücksichtigung gegenseitiger Ziele, Werte, Interessen, Probleme, Situationen und Kenntnisse auf ein beiderseitig akzeptiertes Verhandlungsergebnis hinarbeiten, wobei wichtig ist, dass beide Partner auf die Entscheidung nach eigenen Intentionen Einfluss nehmen können.[606] Ursprünglich der Verwaltung obliegende Aufgaben und ihr zustehende Befugnisse werden im Rahmen einer Ko-

des Verwaltungsrechts, S. 761 (786 ff.).

604 *Jungk*, Police Private Partnership, S. 3.

605 *Lackner*, Gewährleistungsverwaltung und Verkehrsverwaltung, S. 77; *Schulze-Fielitz*, in: Hoffmann-Riem/ Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 761 (792).

606 *Schulze-Fielitz*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 761 (793).

operation im Idealfall so verteilt, dass die Erledigung der Aufgabe nicht nur sichergestellt ist, sondern vielmehr - sowohl aus der Sicht der Verwaltung als auch aus der Perspektive des Bürgers - eine Verbesserung gegenüber demjenigen Niveau der Aufgabenerledigung zu verzeichnen ist, auf dem sonst eine Aufgabenerledigung allein durch die öffentliche Hand erfolgen würde. Die Einbindung sachnäherer und kompetenterer Dritter ermöglicht es der Verwaltung, eigene Kräfte zu schonen, ohne gleichzeitig an Einfluss zu verlieren.[607]

In einigen Bereichen - wie bspw. im Umweltrecht - ist Kooperation bereits zu einer Regel geworden, welche auf dem Weg ist, zum Rechtsprinzip zu erstarken.[608] Eine Entwicklung hin zum Verfassungsprinzip lässt sich hieraus indes nicht schlussfolgern. Das GG steht Kooperationen zwischen der öffentlichen Hand und Privaten neutral gegenüber.[609]

Die Vorteile einer Kooperation von Verwaltung und Privaten liegen insbesondere in

- der Effektivierung des Vollzugs von Gesetzen bzw. der Umsetzung von Verwaltungsaufgaben aufgrund der freiwilligen Mitwirkung der Adressaten,
- der Entlastung der unmittelbaren Staatsverwaltung,
- dem Aufbau verwaltungsentscheidungsfördernden Wissens,
- der besseren Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen bei den Gesetzesadressaten,
- der Minimierung von Rechtsunsicherheiten,
- der Entlastung staatlichen Ressourceneinsatzes sowie in

607 *Lackner*, Gewährleistungsverwaltung und Verkehrsverwaltung, S. 77.
608 Vgl. hierzu ausführlich: *Müggenborg*, NVwZ 1990, S. 909 ff.; *Di Fabio*, NVwZ 1999, S. 1153 ff.; *Jaeschke*, NVwZ 2003, S. 563 ff.
609 *Lackner*, Gewährleistungsverwaltung und Verkehrsverwaltung, S. 77.

- der Möglichkeit flexibler und zeitgerechter Verwaltungsaktivitäten.[610]

Nachteile können sich - umgekehrt - daraus ergeben, dass möglicherweise

- eine ungleiche Verteilung von Wissen und Verhandlungsmacht bei den Kooperationspartnern zu einseitig belastenden Ergebnissen des Zusammenwirkens - wie bspw. Rechtsschutzeinschränkungen für die strukturell schwächere Seite - führt,

- Einigungen auf dem kleinsten gemeinsamen Nenner erfolgen, die hinter den gesetzlichen Anforderungen zurückbleiben oder

- Interessen und subjektive Rechte Dritter vernachlässigt werden.[611]

Stets bedarf es einer Prüfung im Einzelfall, ob die Vorteile einer Kooperation ihre Nachteile deutlich überwiegen.

Kooperatives Handeln ist schließlich nur dort rechtmäßig und zulässig, wo die Verwaltung im Hinblick auf das materielle Recht und das Verfahrensrecht gesetzliche Spielräume hat. Dies ist regelmäßig nicht nur im Bereich der gesetzesfreien Verwaltung der Fall, sondern auch, soweit der Verwaltung Beurteilungs- und Ermessensspielräume zustehen oder aber wenn es um die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe geht. Auch was das anzuwendende Verfahren der Verwaltung anbelangt, so kann sie zwar meist zwischen mehreren rechtmäßigen Verhaltensformen wählen. Zwingende Verfahrensregelungen hat sie indes stets zu beachten. Grenzen ergeben sich immer aus dem Vorbehalt des Gesetzes, der Rechtssicherheit und den Grundrechtsbindungen sowie nicht zuletzt dem Gleichbehandlungsgebot.[612]

---

610 *Schulze-Fielitz*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 761 (794 f.).

611 *Schulze-Fielitz*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 761 (795).

612 Vgl. bspw. *Bonk*, in: Stelkens/Bonk/Sachs/Kallerhof/Schmitz/Stelkens, VwVfG, § 54, Rn. 431.

III. Zusammenfassung

Öffentliche Aufgaben können in hoheitlicher oder - soweit gesetzlich zulässig - in kooperativer Form erledigt werden. Im Rahmen der gesellschaftlichen Entwicklung von einem ordnenden und leistenden zu einem kooperativen Staat ist eine kooperative Aufgabenerledigung heute auf vielen Gebieten zu finden. Eine Kooperation zwischen der Verwaltung und Privaten bietet viele Vorteile. Teilweise sind mit ihr aber auch Nachteile verbunden.

B. Kooperationsinteressen zwischen Staat und Privatwirtschaft

Unterschiedlichste Gründe veranlassen sowohl den Staat als auch die Privatwirtschaft, miteinander zu kooperieren. Insoweit kann zwischen staatlichen Kooperationsinteressen auf der einen Seite (I) und privatwirtschaftlichen Kooperationsinteressen auf der anderen Seite (II) differenziert werden. Auch im Bereich der Elektrizitätswirtschaft gibt es sowohl staatliche als auch private Kooperationsinteressen (III).

I. Staatliche Kooperationsinteressen

1. Neuausrichtung von Verwaltung und Verwaltungsrecht

Die Erledigung von staatlichen Aufgaben - insbesondere auch solche infrastruktureller Natur - erfolgt traditionell finanziert über Steuereinnahmen durch die Verwaltung selbst.[613] Die Entwicklung der aus dem Steueraufkommen erzielten staatlichen Einnahmen hält indes inzwischen mit der

613 So genannte Eigenbetätigung des Staates.

Ausgabenentwicklung nicht mehr Schritt.[614] Verschiebungen in politischen und wirtschaftlichen Strukturen zwingen den Staat zunehmend, diese althergebrachten Ansätze zu überdenken und ggf. auf alternative Möglichkeiten zurückzugreifen. Die Gründe hierfür sind unterschiedlicher Natur: Er wird auf europäischer und internationaler Ebene mehr und mehr gefordert.[615] Der Druck auf den Staat, Standortnachteile für die eigene Wirtschaft im globalisierten Wettbewerb auszugleichen, wird stetig größer.[616] Daneben spielt die Verantwortung für den Schutz der Umwelt und für die Erhaltung endlicher Ressourcen eine immer wichtigere Rolle.[617] Zudem fordern technischer Fortschritt, gehobene Sicherheitsstandards und der damit gleichermaßen gestiegene Bedarf an Informationen und Wissen ihren Tribut.[618] Schließlich hat ein gesellschaftlicher Wandel von einem bürgerlichen Rechtsstaat zu einem intervenierenden Wohlfahrts- und Präventionsstaat für eine erhebliche quantitative Ausweitung und qualitative Veränderung der Staatsaufgaben gesorgt, die kaum noch finanzierbar ist.[619] Zusätzlich stellen Veränderungen demographischer Natur den Staat vor große Herausforderungen.[620] Ein mittlerweile enorm überdimensionierter und in seinen Funktionsweisen schwerfälliger Verwaltungsapparat tut sein Übriges.[621]

---

614 *Hennecke*, in: Wurzl/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, S. 1 (2).

615 *Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 1 (15 ff.); *Hennecke*, in: Wurzl/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, S. 1 (4 f.).

616 *Voßkuhle*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, S. 14.; *Hennecke*, in: Wurzl/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, S. 1 (5).

617 *Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 1 (12).

618 *Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 1 (11 f., 52 ff.).

619 Vgl. *Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 1 (11 f.); *Hennecke*, in: Wurzl/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, S. 1 (2); *Kulas*, Privatisierung hoheitlicher Verwaltung, S. 16, der insoweit von einem »immer mehr um sich greifenden Service-Denken der Bürger in Bezug auf staatliche Leistungen« spricht.

620 *Pauly*, in: Pauly (Hrsg.), Das neue Miteinander, S. 11 (13).

621 Vgl. *Kulas*, Privatisierung hoheitlicher Verwaltung, S. 10.

Verbunden mit alledem sind einerseits Kostenexplosionen zu Lasten des Staates und andererseits eine permanente Überforderung klassischer Staatstätigkeit. Aufgrund kaum ausreichend vorhandener finanzieller Mittel, fehlendem technischen und wirtschaftlichen Know-how sowie Defiziten in Personal und Ausstattung ist der Staat auf Dauer allein nicht mehr in der Lage, diesen gewachsenen Anforderungen zu genügen. Das regulative Recht[622] befindet sich in einer Krise, welche sich insbesondere in Vollzugsdefiziten der Verwaltungspraxis und in von den traditionell vorgegebenen ordnungsrechtlichen Verfahren und Handlungsformen abweichenden Verwaltungspraktiken zeigt.[623]

Spätestens seit Ende der 1980er-Jahre befinden sich deshalb Verwaltung und Verwaltungsrecht im Umbruch und in einer Phase der methodischen Neuausrichtung.[624] Der Verwaltung ist klar geworden, dass sie, um den neuen Herausforderungen gewachsen zu sein, hinreichend geschultes Personal, adäquate Sachmittel, eine strikte - indessen flexible, situationsbezogene sowie lernfähige - Organisation, genauso wie alternative, problemorientierte und funktionsfähige Regelungsstrategien bzw. Handlungsperspektiven benötigt. Vor allem kommt eine der Praxis verpflichtete Verwaltung nicht an ökonomischen und soziologischen Grundlagen vorbei. Darüber hinaus muss realitätsnah und sinnvoll eine verstärkte Beachtung der jeweiligen Zweckmäßigkeit gelten. Neben traditionellen Handlungsformen[625], anerkannten Begriffen und Instituten[626] sowie dogmatischen

622 Hierunter versteht man das klassische Ordnungsrecht, welches insbesondere Vorschriften umfasst, die mit Geboten, Verboten, Genehmigungsvorbehalten und/oder Strafandrohungen eine gezielte Wirkung bei den Normadressaten erreichen sollen (*Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle [Hrsg.], Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 1 [9]).

623 *Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 1 (9 f.).

624 *Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 1 (8).

625 Wie Verwaltungsakt, Verwaltungsvertrag, Rechtsverordnung und Realakt.

626 Wie Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, Ermessen, unbestimmte Rechtsbegriffe und subjektive Rechte.

Rechtsgrundsätzen[627] müssen neue Aufmerksamkeitsfelder[628], interdisziplinäre Begriffe[629], moderne Regulierungsstrategien und Auswahlsituationen[630] angemessen berücksichtigt werden.[631]

2. Unternehmerische Verwaltungssteuerung

Die vorgenannten Mittel bzw. Methoden sind im Grunde genommen Steuerungsinstrumente, die die Privatwirtschaft - stetig vorangetrieben durch den Wettbewerb - längst kennt, die sie in ihre Abläufe implementiert hat, ständig aktualisiert und ausbaut. Durchweg schreibt die öffentliche Hand deshalb inzwischen einer Vielzahl von in der Privatwirtschaft erprobten Mechanismen gewisse Vorbildfunktionen für ihre eigenen internen und externen Abläufe zu.[632] Zunehmend versucht sie sich - wie ein sich konsolidierendes Unternehmen - zu straffen. Sie konzentriert sich auf ihre Kernaufgaben und zieht sich aus einem Teil bisheriger Aktivitäten zurück, die, was ihren Nutzen und den dafür erforderlichen Aufwand anbelangt, außer Verhältnis stehen, und überlässt ihn ganz oder teilweise privaten Initiativen.[633] Sie versucht Erkenntnisse aus Modernisierungserfahrungen der privaten Wirtschaft auf ihre eigenen Strukturen und Handlungsweisen zu übertragen.[634] Sie bezieht Private als echte Partner in die Erledigung ihrer Aufgaben ein und profitiert so von deren Fähigkeiten.[635]

---

627 Wie Verhältnismäßigkeit und Vertrauensschutz.
628 Wie Innovation, Initiative und Leistungsorientierung.
629 Wie Effizienz und Kommunikation.
630 Unter Anwendung welcher organisatorischen und/oder verhaltenssteuernden Instrumente lässt sich das angestrebte (politische) Ziel am besten erreichen?
631 *Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 1 (9 ff.).
632 Vgl. *Hennecke*, in: Wurzl/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, S. 1 (3 f.).
633 *Thumann*, in: Pauly (Hrsg.), Das neue Miteinander, S. 73 (74 f.).
634 Vgl. *Hennecke*, in: Wurzl/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, S. 1 (3 f.); *Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 1 (41 ff.).
635 *Bury*, in: Pauly (Hrsg.), Das neue Miteinander, S. 89 (92 f.).

Durch eine intelligente und weitsichtige Einbeziehung unternehmerischer Professionalität wird die öffentliche Hand nicht nur besser in der Lage sein, Verfahren zu beschleunigen und komplexe Aufgaben zu bewältigen, sondern auch kluge und vorausschauende Entscheidungen mit nachhaltiger Wirkung zu treffen.

3. Wirtschaftlichkeit öffentlicher Aufgabenerledigung

Auch der Aspekt, öffentliche Aufgaben wirtschaftlich zu erledigen, spielt in Zeiten der Knappheit finanzieller staatlicher Mittel eine wichtige Rolle. Der Kooperation mit Privaten kommt dabei eine sehr große Bedeutung zu.

Auf diese Art und Weise ist es der öffentlichen Hand möglich, privates Kapital - und zwar nicht nur in Form von Geld, sondern auch in Form von personellen und sachlichen Mitteln - für ihre Vorhaben zu mobilisieren und damit die eigenen finanziellen Aufwendungen für Personal und Sachmittel sowie die Abfederung von Risiken - den öffentlichen Haushalt entlastend - zu reduzieren.[636] Insbesondere der Einsatz von Personal ist in der Privatwirtschaft wesentlich flexibler möglich.[637] Auch hierdurch lassen sich Kosten sparen.[638]

Schließlich gehen von einer Zusammenarbeit mit Privaten häufig Impulse für ein verbessertes Finanzmanagement insbesondere durch eine leistungs- und ergebnisorientiertere Personalpolitik, die Nutzung moderner Technologien sowie ein kosteneffizienteres Handeln aus.[639]

---

636 Vgl. *Knütel*, in: Siebel/Röver/Knütel (Hrsg.), Rechtshandbuch Projektfinanzierung und PPP, S. 373 (374 ff.).

637 Vgl. *Kulas*, Privatisierung hoheitlicher Verwaltung, S. 12 f.

638 *Knütel*, in: Siebel/Röver/Knütel (Hrsg.), Rechtshandbuch Projektfinanzierung und PPP, S. 373 (375).

639 Vgl. *Kulas*, Privatisierung hoheitlicher Verwaltung, S. 7 ff.; *Hennecke*, in: Wurzl/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, S. 1 (2 ff.).

4. Wettbewerbsfähigkeit öffentlicher Leistungen

Längst ist der Staat nicht mehr in der für ihn günstigen Situation, Alleinanbieter bestimmter Leistungen - insbesondere solcher der Daseinsvorsorge - zu sein. Veränderte gesellschaftliche, politische und rechtliche Rahmenbedingungen zwingen ihn vermehrt, sich neben Privaten auf liberalisierten Märkten zu bewähren.[640] Ein Beispiel hierfür sind die zunehmenden europäischen Liberalisierungsvorgaben.[641] Aufgrund seiner ihm ureigenst obliegenden Treue- und Fürsorgepflichten gegenüber Einwohnern und Bürgern kann und darf sich der Staat indessen nicht ohne weiteres aus diesen Bereichen zurückziehen.[642] Lediglich eine Gewährleistungsfunktion für die Daseinsvorsorge in Bezug auf für den Wettbewerb unwirtschaftliche Fälle zu übernehmen, ist aber auch für den Staat unrentabel bzw. schlichtweg nicht finanzierbar. Der Staat ist deshalb in diesen Bereichen gehalten, als gleichberechtigter Wettbewerber im Markt zu fungieren.[643] Also muss er seine Angebote an öffentlichen Dienstleistungen auf dem Markt aufrechterhalten und deren Attraktivität steigern. Die Entgelte für Verwaltungsleistungen muss er marktangemessen bestimmen, ggf. senken. Die Kooperation mit Privaten kann ihm dabei helfen, seine Leistungen marktfähig zu gestalten und damit letztlich seinen Gewährleistungsfunktionen - insbesondere durch die Zurverfügungstellung von Leistungen der Infrastruktur - zu genügen.[644]

640 *Hennecke*, in: Wurzl/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, S. 1 (4 ff.).

641 Vgl. z. Bsp. die Liberalisierungsprozesse der EU betreffend netzgebundene infrastrukturelle Wirtschaftszweige wie Post, Verkehr, Energie, Telekommunikation und Wasser.

642 Vgl. *Stolpe*, in: Pauly (Hrsg.), Das neue Miteinander, S. 65 (67).

643 *Hennecke*, in: Wurzl/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, S. 1 (4 ff.).

644 *Stolpe*, in: Pauly (Hrsg.), Das neue Miteinander, S. 65 (67).

5. Nutzung der Kooperation mit der Privatwirtschaft als alternatives Modell politischer Steuerung

Nicht zu vernachlässigen ist zudem, dass der Kooperation mit Privaten vielmals erhebliche politische Steuerungsfunktionen innewohnen. Auf diese Art und Weise kann nämlich zum einen auch privaten Wirtschaftssubjekten die Berücksichtigung öffentlicher Gemeinwohlbelange auferlegt werden.[645] Staat und Privatwirtschaft übernehmen die Rolle gleichberechtigter Partner bei der Erledigung von Aufgaben für das Gemeinwohl.[646] Gleichzeitig werden die endogenen Potentiale der Gesellschaft - ihre Anpassungs-, Reaktions- und Problemlösungskapazitäten - mobilisiert.[647] Zum anderen kann der Staat durch seine eigene, direkte Marktteilnahme indirekt zur Marktsteuerung - vor allem in den klassischen Bereichen der Daseinsvorsorge - beitragen. Der Staat fungiert hier weniger direkt als »Produzent«, sondern eher indirekt als »Aktivator« staatlicher Leistungen im Sinne einer Verantwortungsteilung zwischen Staat und Gesellschaft.[648]

Außerdem schafft der Staat über eine Zusammenarbeit mit der Privatwirtschaft neue Betätigungsfelder für diese, was sich letztendlich nicht nur auf die wirtschaftspolitisch wichtige Situation am privaten Arbeitsmarkt niederschlägt.[649]

Schließlich bringen gemeinsam durch den Staat und die Privatwirtschaft getroffene Entscheidungen - mit Ausnahme von gezieltem Lobbyismus - grundsätzlich eine viel höhere demokratische Legitimität und Akzeptanz in der Bevölkerung mit sich.[650] Derartige Entscheidungen werden häufig

---

645 Vgl. *Stolpe*, in: Pauly (Hrsg.), Das neue Miteinander, S. 65 (67).

646 *Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 1 (63).

647 *Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 1 (47).

648 *Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 1 (63).

649 S. unten Teil 3, B, II, 1.

650 *Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 1 (48).

in einem transparenteren Verfahren getroffen und sind weniger von willkürlichen politischen Einflussnahmen abhängig. Politische Entscheidungsträger werden gleichsam von aktuellem staatlichem Handlungsdruck entlastet.[651]

II. Privatwirtschaftliche Kooperationsinteressen

Auch die Privatwirtschaft zeigt ein wachsendes Interesse an der Zusammenarbeit mit dem Staat.

1. Erwirtschaftung von Gewinnen

Ihre Zielstellung ist dabei natürlich vorrangig die möglichst maximale und langfristig gesicherte Erwirtschaftung von Gewinnen, denn jegliche privatwirtschaftliche Tätigkeit steht unter der Prämisse unternehmerischen Handelns.

Private Unternehmen, die im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit Leistungen erbringen, die öffentliche Auftraggeber bei der Umsetzung ihrer Aufgaben benötigen, sind daran interessiert, dass ihr Angebot möglichst umfassend und langfristig von der öffentlichen Hand nachgefragt wird. Sie möchten bestenfalls auf mehreren Ebenen an der Wertschöpfungskette des Projektes der öffentlichen Hand teilhaben und leistungs- bzw. risikoadäquate Renditen erwirtschaften. Die Gewinne sollen hierbei möglichst langfristig und regelmäßig realisiert werden.[652] Hierzu sind sie bereit, ihr Leistungsportfolio nachfragekonform auf- und auszubauen. So haben bspw. die in der Immobilien- und Bauwirtschaft tätigen Unternehmen seit Beginn der

651 *Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 1 (48).

652 *Knütel*, in: Siebel/Röver/Knütel (Hrsg.), Rechtshandbuch Projektfinanzierung und PPP, S. 373 (376 f.).

1990er-Jahre ihr Kerngeschäft erweitert und bieten vermehrt Komplettlösungen - d. h. die Planung, den Bau, die Finanzierung und den Betrieb von Immobilien bzw. Anlagen - auf dem Markt an, die zunehmend im Rahmen von Projekten Öffentlich Privater Partnerschaften von der öffentlichen Hand nachgefragt werden.[653]

Neben dem Interesse der privaten Entwicklungs-, Planungs-, Bau-, Betreiber-, Instandhaltungsunternehmen u. ä. an der Erteilung von Aufträgen durch die öffentliche Hand stehen die Interessen der privaten Investoren und Fremdkapitalgeber. Finanzinvestoren arbeiten kapitalanlageorientiert. Ihnen kommt es auf ihrem Risiko angemessene, langfristige und stabile Renditen des von ihnen in das Projekt der öffentlichen Hand eingebrachten Eigenkapitals an. Demgegenüber beabsichtigen Fremdkapitalgeber - i. d. R. Kreditinstitute - durch die Vergabe von Krediten im Rahmen von Projekten der öffentlichen Hand möglichst attraktive Margen und Provisionen zu erzielen. Zusätzlich möchten sie ihre Darlehensforderungen ausreichend und insolvenzfest abgesichert wissen.[654]

2. Verbesserung der Situation auf dem privaten Arbeitsmarkt

Außerdem hilft eine verstärkte Inanspruchnahme von Leistungen der Privatwirtschaft durch die öffentliche Hand, die Situation auf dem privaten Arbeitsmarkt zu verbessern. Die gesteigerte Nachfrage privater Leistungen führt zum Auf- und Ausbau der entsprechenden privatwirtschaftlichen Unternehmen und dient damit der Schaffung neuer qualifizierter Arbeitsplätze.[655] Insbesondere können ferner von der Gründung und dem Betrieb eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens enorme Impulse für die regionale Beschäftigung ausgehen - und zwar zum einen (unmittelbar)

653 S. unten Teil 3, E, I.

654 *Knütel*, in: Siebel/Röver/Knütel (Hrsg.), Rechtshandbuch Projektfinanzierung und PPP, S. 373 (377 ff.).

655 *Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 1 (48).

über die Schaffung von Arbeitsplätzen in dem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen selbst und zum anderen (mittelbar) über Auftragsvergaben an die regionale Wirtschaft.[656]

3. Aktive Mitgestaltung und Aufwertung wirtschaftlicher Standortbedingungen

Zunehmend gewinnt für die Privatwirtschaft auch an Bedeutung, dass sie über die Kooperation mit der öffentlichen Hand langfristig wirtschaftliche Standortbedingungen (mit-) bestimmen kann.

Die Attraktivität eines Wirtschaftsstandorts ist ein wesentlicher Faktor für die wirtschaftliche Ausgangsposition eines privatwirtschaftlichen Unternehmens im Wettbewerb. Auf der einen Seite ist z. Bsp. die infrastrukturelle Anbindung einer Region maßgeblich für die Verbindung des jeweiligen Unternehmens mit seinen Lieferanten und Abnehmern. Andererseits bieten infrastrukturell gut erschlossene Regionen mit ausreichend Beschäftigungsangeboten nebst ansprechenden sozialen und kulturellen Möglichkeiten für die dortigen Menschen den Lebensraum, den sie brauchen. Die Dichte und das Spektrum der Bevölkerungsstruktur eines Gebiets wiederum bestimmen die Chance der ortsansässigen Unternehmen, sich mit den benötigten, entsprechend ausgebildeten Arbeitskräften auszustatten. Eine aktive Einbindung der Privatwirtschaft in die Entscheidungsprozesse der öffentlichen Hand[657] kann zu einem gerechteren Interessenausgleich zwischen privaten sowie öffentlichen Belangen führen und damit den zu treffenden Entscheidungen zu einer größeren Akzeptanz verhelfen.[658]

---

656 Vgl. bspw. *DStT/DStGB/VKU*, in: DStT/DStGB/VKU (Hrsg.), Stadtwerk der Zukunft IV, S. 9 (11).

657 Z. Bsp. im Rahmen der örtlichen Bauleitplanung oder bei der Ausgestaltung des Angebots der jeweiligen Kommune an öffentlichen Einrichtungen.

658 *Appel*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 801 (828).

Außerdem können aufgrund der Beteiligung von privatem Kapital und Know-how staatliche Investitionsmaßnahmen in die örtliche Infrastruktur erheblich beschleunigt werden. Auch dies trägt zu einer aktiven, wettbewerbsfähig machenden Standortpflege durch die öffentliche Hand bei.[659]

4. Mitgestaltung öffentlicher Aufgabenerfüllung

In einer kooperativen Erfüllung öffentlicher Aufgaben liegt nicht nur eine Chance für die öffentliche Hand, ihre Umsetzung wegen der freiwilligen Mitwirkung der Adressaten zu effektivieren und damit Akzeptanzproblemen bei den betroffenen Privaten vorzubeugen.[660] Vielmehr bietet eine kooperative Aufgabenerfüllung auch dem jeweiligen Privaten die Möglichkeit, seine Interessen auf gleicher Augenhöhe mit der öffentlichen Hand in allen Verwirklichungsphasen der Aufgabenerfüllung - also der Maßstabsetzung, der Entscheidungsvorbereitung, der Entscheidung und dem Entscheidungsvollzug einschließlich seiner Kontrolle[661] - einzubringen. Außerdem gehen mit ihr regelmäßig Beschleunigungseffekte einher[662], die von dem Interesse der Privatwirtschaft an einer zügigen Realisierung des jeweiligen Projekts umfasst sind. Zudem kann die öffentliche Hand durch die Mitwirkung Privater in die Lage versetzt werden, die private Zielverwirklichung mit Mitteln[663] zu fördern, die sie sonst möglicherweise mangels finanzieller, personeller und/oder sachlicher Kapazitäten nicht aktivieren könnte, und damit aktiv zu einer Verbesserung der Ausgangsposition der ortsansässigen Unternehmen im Wettbewerb beizutragen. Schließlich kann die kooperative Beteiligung

---

659 *Appel*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 801 (828).

660 *Schulze-Fielitz*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 761 (794 f.).

661 Vgl. zu den jeweiligen Kooperationsmöglichkeiten in diesen Bereichen: *Schulze-Fielitz*, in: Hoffmann-Riem/ Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 761 (795 ff.).

662 *Appel*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 801 (828).

663 Wie bspw. die Planung und die infrastrukturelle Erschließung eines Gewerbegebietes.

der Privatwirtschaft an der Aufgabenerfüllung der öffentlichen Hand geeignet sein, für eine erhöhte Legitimation, Verlässlichkeit und Transparenz des jeweiligen behördlichen Handelns - frei von die Realisierung des einzelnen Projekts be- oder gar verhindernden »Verfilzungen« mit politischen Entscheidungsträgern[664] - und damit für eine bessere Rechts- und Handlungssicherheit des privaten Partners zu sorgen.

5. Nutzung behördlichen Vorsprungs

Weiterhin stehen der Privatwirtschaft, wenn sie mit der öffentlichen Hand kooperiert, oftmals auch deren Kenntnisse und Erfahrungen sowie ihre behördlichen Möglichkeiten und Kontakte zur Verfügung, die sie selbst nicht hat und die sie sich sonst - sofern überhaupt möglich - mit zusätzlichem Aufwand beschaffen müsste. So haben bspw. viele Beamte oder Mitarbeiter des Öffentlichen Dienstes aufgrund ihrer oft langjährigen Tätigkeit in einem eng abgegrenzten, öffentlich-rechtlichen Sachgebiet ein Spezialwissen, das sich der private Partner ansonsten nur über den Einsatz teurer privater Berater aneignen könnte. Außerdem kennen die behördlichen Sachbearbeiter vielmals die örtlichen Verhältnisse, ihre Vor- und Nachteile für das jeweilige Projekt besser als der (möglicherweise nicht ortsansässige) Private.

6. Dauerhafte Bindungen zwischen Privatwirtschaft und Staat

Schließlich ermöglicht eine langfristige Zusammenarbeit zwischen der öffentlichen Hand und der Privatwirtschaft den Aufbau einer dauerhaften Bindung zwischen den Beteiligten. Eine solche ist Voraussetzung für das Entstehen von »Bekanntheit und Bewährtheit«. Jene wiederum kann Grundlage und Erfolgsfaktor künftiger Kooperationen sein.[665]

---

664 *Kulas*, Privatisierung hoheitlicher Verwaltung, S. 16; *Stober*, NJW 1984, S. 449 (452).

665 *Knütel*, in: Siebel/Röver/Knütel (Hrsg.), Rechtshandbuch Projektfinanzierung und PPP, S. 373 (377).

III. Insbesondere: Kooperationsinteressen im Bereich der örtlichen Elektrizitätsversorgung

Die soeben dargestellten Interessen beanspruchen auch für den Elektrizitätssektor Geltung. Auch auf diesem Terrain entfalten die allgemeinen »Trends« wie Globalisierung, Urbanisierung, Klimawandel, demographische Veränderungen, wachsender infrastruktureller Bedarf, technischer Fortschritt - um nur einige der Herausforderungen zu nennen, mit denen sich die neuzeitliche Gesellschaft auseinandersetzen muss - ihre Auswirkungen. Was die kommunalen Infrastrukturen - einschließlich der örtlichen Elektrizitätsversorgung - anbelangt, so werden in diesem Bereich sowohl die öffentliche Hand als auch die Privatwirtschaft mit zusätzlichen Anforderungen konfrontiert. Diese sollen nachfolgend kurz beleuchtet werden.

Die Versorgung der Allgemeinheit - und damit auch der örtlichen Bevölkerung - mit Elektrizität muss hohen gesetzlichen Vorgaben genügen. Versorgungssicher soll sie sein, aber auch preisgünstig und verbraucherfreundlich, zudem effizient und umweltverträglich.[666] Eine absolute und gleichzeitige Befriedigung dieser Ziele erscheint kaum möglich. Es kann deshalb nur darum gehen, sich dem jeweiligen Ziel im Wechselspiel mit den anderen Zielen möglichst weit und optimal anzunähern.[667]

In ökonomischer Hinsicht ist der Bereich der Elektrizitätsversorgung ein sehr kapitalintensiver Sektor. Er ist - selbst bei sinkendem Bedarf - mit großen Fixkosten und mit einer hohen Investitionsquote verbunden. Gleichzeitig ist das Vorhandensein einer breit vernetzten örtlichen Elektrizitätsversorgung i. V. m. einem hohen Versorgungsstandard aber mitsamt der übrigen örtlichen Infrastrukturausstattung ein wesentlicher Faktor für die Attraktivität einer Region und damit eine wichtige Voraussetzung für ihre positive wirtschaftliche und gesellschaftliche Entwicklung. Dem

666 Vgl. § 1 Abs. 1 EnWG; *Hellermann/Hermes*, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG, § 1, Rn. 23 ff. sowie oben Teil 2, A, III.

667 *Theobald*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, S. 1 (6).

scheint das vorrangige privatwirtschaftliche Interesse an möglichst hohen und kurzfristigen Gewinnen zunächst gegenläufig zu sein. Bei näherer Betrachtung indes führen Investitionen in die örtliche Infrastruktur sowohl in der Erstellungsphase als auch in der Nutzungsperiode zu Wachstums- und Beschäftigungseffekten sowie zur Erweiterung der Spielräume für ein gesamtwirtschaftliches Wachstum.[668] Aufgrund dieser Merkmale ist der Bereich der kommunalen Elektrizitätsversorgung anfällig für ein Marktversagen. Mangels finanzieller Anreize oder aufgrund wirtschaftlicher Zwänge kann es zu fehlender Investitionsbereitschaft und damit zu einem nicht bedarfsgerechten Angebot kommen.[669]

Technisch betrachtet sind infrastrukturelle Leistungen allgemein verwendbare und notwendige Vorleistungen für Produktion und Konsum. Infrastrukturen haben regelmäßig eine lange Lebensdauer. Sie zeichnen sich durch eine weitgehende Unteilbarkeit aus. Aufgrund ihrer Immobilität und ihrem Ortsbezug fallen die Erstellung und die Nutzung der Infrastrukturleistungen räumlich immer zusammen. Die räumliche Verflechtung von Infrastrukturen verlangt ein hohes Maß an zentral organisierter Planung, Herstellung, Nutzung und Kontrolle. Typisch ist ferner die Möglichkeit der Steigerung der Quantität von Leistungen der Infrastruktur zu Lasten ihrer Qualität. Außerdem ist die Erbringung infrastruktureller Leistungen auf Kommunalebene von der Inanspruchnahme fremden Grundeigentums - insbesondere kommunalen Straßen- und Wegeeigentums - abhängig. Zudem erfordert speziell im Bereich der örtlichen Elektrizitätsversorgung die Versorgung der Endkunden die Nutzung des Leitungsnetzes des örtlichen Netzbetreibers. Auch die nicht marktkonforme Ausnutzung dieser natürlichen Monopolstellungen kann zu einem Marktversagen führen.[670]

Aus kommunaler Sichtweise lassen sich folgende Zielstellungen im Be-

668 Ausführlicher hierzu sowie m. w. N.: *Glöckner*, Kommunale Infrastrukturverantwortung und Konzessionsmodelle, S. 26 ff.

669 *Glöckner*, Kommunale Infrastrukturverantwortung und Konzessionsmodelle, S. 40 f.

670 *Glöckner*, Kommunale Infrastrukturverantwortung und Konzessionsmodelle, S. 38 ff. ausführlich und m. w. N.

reich der örtlichen Elektrizitätsversorgung ausmachen:

- Sicherstellung der örtlichen Versorgung,
- Anhebung sozialer Standards im Gemeindegebiet,
- Nutzung wirtschaftsfördernder Aspekte,
- Einbindung in kommunale umwelt- und ressourcenpolitische Konzepte sowie in örtliche infrastrukturelle und wirtschaftliche Gesamtplanungen sowie
- Erschließung und Aufrechterhaltung von Einnahmequellen.

Die Förderung des Allgemeinwohls ist von maßgeblicher Bedeutung für die Kommunen. Konkret im Bereich der Elektrizitätsversorgung haben die Gemeinden ein Interesse an einer sicheren und preisgünstigen Versorgung der örtlichen Bevölkerung und der im Gemeindegebiet angesiedelten Unternehmen mit diesem Gut. Auf eine solche Versorgung sind die Einwohner angewiesen, für die Unternehmen ist sie eine der wichtigsten Standortvoraussetzungen. Eine klug entwickelte und intakte Infrastruktur auf kommunaler Ebene kann nicht nur dazu beitragen, das regionale Wirtschaftwachstum erheblich zu steigern. Sie hat auch einen großen Einfluss auf die Qualität der Wohn- und Lebensbedingungen der Gemeindeeinwohner. Aufgrund ihrer besonderen Umweltbezogenheit[671] sind ausgewogene örtliche Elektrizitätsversorgungskonzepte ferner ein wesentlicher Bestandteil der kommunalen Stadt-, Raum- und Umweltplanung. Schließlich spielen bei einer mittelbaren oder unmittelbaren Teilnahme der Kommunen an der örtlichen Elektrizitätsversorgung auch finanzielle Aspekte eine große Rolle.[672]

Vor dem Hintergrund dieser, den Bereich der örtlichen Elektrizitätsversor-

671 Bspw. durch Ressourceninanspruchnahme, negative Umwelteinwirkungen durch Emissionen und/oder Eingriffe in Natur und Landschaft durch Anlagen- und Leitungsbau.

672 Sei es über die Einnahme von Konzessionsabgaben, die Erzielung von Gewinnen über kommunale Unternehmen oder Unternehmensbeteiligungen oder etwa auch über die Ansiedlung von Gewerbe im Gemeindegebiet.

gung besonders kennzeichnenden - sich jeweils in einem Spannungsverhältnis gegenüberstehenden - Faktoren kann eine Kooperation zwischen der öffentlichen Hand und der Privatwirtschaft in besonderem Maße sinnvoll sein. Vor allem den eben geschilderten technischen und wirtschaftlichen Anforderungen auf dem Sektor der Elektrizitätsversorgung sind viele Kommunen, wenn sie die Durchführung der örtlichen Elektrizitätsversorgung komplett in eigener Regie übernehmen wollen, nicht gewachsen. Die Gründe hierfür[673] liegen etwa in ihrer mangelhaften finanziellen Ausstattung, in fehlenden personellen und sachlichen Mitteln und/oder in unzureichendem technischem und wirtschaftlichem Know-how. Außerdem erfordert der stete Wandel im Elektrizitätsbereich aufgrund sich ändernder rechtlicher, wirtschaftlicher, technischer sowie umwelt- und ressourcenpolitischer Verhältnisse flexible, anpassungsfähige und einem stärker werdenden Wettbewerb gewachsene Strukturen, über die die - zudem oftmals von mehr oder weniger sachgerechten politischen Einflussnahmen abhängige[674] - einzelne Kommune ggf. nicht verfügt. Auf der anderen Seite haben die Kommunen ihrer Verantwortung für die örtliche Elektrizitätsversorgung[675] nachzukommen. Außerdem wollen sie - genauso wie die Privatwirtschaft - an den im Rahmen der örtlichen Elektrizitätsversorgung realisierbaren Gewinnen partizipieren. Als Alternative zwischen der vielen Kommunen aus den vorgenannten Gründen nicht oder nur eingeschränkt möglichen Durchführung der örtlichen Elektrizitätsversorgung komplett in eigener Regie und der Beschränkung der jeweiligen Kommune auf eine Einflussnahme auf den Bereich der örtlichen Elektrizitätsversorgung allein über die Konzessionierung Privater bietet sich eine Kooperation mit der Privatwirtschaft an. Durch die Bündelung der beiderseitigen Interessen und Möglichkeiten erscheint eine Optimierung der Erfüllung der kommunalen Aufgabe der örtlichen Elektrizitätsversorgung nicht nur möglich, sondern sogar wahrscheinlich.

673 S. oben Teil 3, B, I.
674 *Kulas*, Privatisierung hoheitlicher Verwaltung, S. 16; *Stober*, NJW 1984, S. 449 (452).
675 S. oben Teil 2, B, II, 2.

IV. Zusammenfassung

Für eine Kooperation zwischen der öffentlichen Hand und der Privatwirtschaft bei der Erledigung öffentlicher Aufgaben spricht eine Vielzahl von Interessen der beiden Partner. Diese reichen von den positiven Impulsen für die Aufgabenerledigung durch die öffentliche Hand, die von der Einbeziehung privatwirtschaftlicher unternehmerischer Erfahrungen ausgehen, bis hin zur Erwirtschaftung privater Gewinne. Speziell im Elektrizitätsbereich kommen aufgrund der gesetzlichen Anforderungen, unter ökonomischen und technischen Aspekten sowie aus kommunaler Sichtweise zusätzliche Interessen hinzu.

C. Kooperative Handlungs- und Organisationsformen

Neben den traditionellen Handlungs- und Organisationsformen der Verwaltung[676] hat sich im Laufe der Entwicklung des Staates von einem hierarchischen zu einem immer mehr kooperierenden Staat eine Vielzahl an Kooperationsformen herausgebildet und bewährt. Hierbei kann zwischen verfahrensbezogenen und verwaltungsorganisatorischen Kooperationen unterschieden werden (I). Ein besonderes Augenmerk soll anschließend der Privatisierung als Gestaltungsart der verwaltungsorganisatorischen Kooperation gelten (II).

I. Verfahrensbezogene und verwaltungsorganisatorische Kooperationen

Ein funktionierendes Verwaltungskooperationsrecht benötigt auf der einen Seite gemeinwohlbewusste sowie kooperationsbereite und -fähige

676 S. oben Teil 1, B, I, 1 bis 3 und II, 3.

Akteure. Auf der anderen Seite sind kooperative Verwaltungsverfahren, Handlungsformen und entsprechende institutionelle Arrangements erforderlich, um den privaten Wahrnehmungsbeitrag und die behördliche Entscheidungstätigkeit zu vernetzen.[677]

Die Erscheinungsformen kooperativer Verwaltung sind vielfältig. Versucht man sie zu strukturieren, so kann man unterscheiden zwischen auf Verwaltungsverfahren bezogenen Kooperationsmöglichkeiten und Kooperationen, die sich auf die Verwaltungsorganisation beziehen. Unterschieden werden kann außerdem zwischen rechtlich vorgegebenen[678] und zwischen regelersetzenden[679] Kooperationsbeziehungen.[680]

Inwiefern sich Elemente verfahrensbezogener Kooperationen in sämtlichen Phasen des Erlasses sowie des Vollzugs von Gesetzen finden, verdeutlicht die folgende Übersicht:

Ebene	Kooperationsformen
• Maßstabsetzung seitens der Exekutive/ Verwaltung durch Erlass von Rechtsverordnungen, Satzungen oder Verwaltungsvorschriften	• Beteiligung von Privaten als Betroffene oder Gruppenvertreter (Verbände) im Rahmen der Wahrnehmung von Mitberatungs-, Vorschlags-, Antrags- oder Anhörungsrechten • Normabwendende Absprachen, wie staatlich angeregte Selbstbeschränkungsabkommen mit Vertretern der Wirtschaft

677 *Weiß*, DVBl. 2002, S. 1167 (1181).
678 Wie z. Bsp. Verwaltungsverträge (§§ 54 ff. Verwaltungsverfahrensgesetz - VwVfG -).
679 Hierunter fallen Vereinbarungen zwischen der öffentlichen Hand und der Privatwirtschaft, die die Regelung durch eine Verwaltungsentscheidung gerade entbehrlich machen sollen.
680 *Schulze-Fielitz*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 761 (792 f.).

	• Erarbeitung von Regeln in Ausschüssen unter Beteiligung von Privaten • Rezeption von durch Private erarbeiteten technischen Normen • Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe
• Vorbereitung Einzelfall bezogener Verwaltungsentscheidungen	• Gemeinsame Erarbeitung von Antragsunterlagen • Einschaltung privater Mediatoren, Projektmanager, Planer, Sachverständiger oder Investoren • Beteiligung von privaten Betroffenen über Vorschlagsrechte, Zustimmungs- oder Einvernehmenserfordernisse • Beteiligung der Öffentlichkeit • Abstimmung von Entscheidungsentwürfen
• Verwaltungsentscheidung	• Einsatz gemeinsamer Entscheidungsgremien • Entscheidung durch Private in eigener Verantwortung (nur soweit hierfür spezifische gesetzliche Rahmenbedingungen bestehen) • Berücksichtigung privater Interessen im Rahmen der im Einzelfall bestehenden Gestaltungs- und Ermessensspielräume • Abschluss von Verwaltungsverträgen anstelle von einseitigen Verwaltungsentscheidungen • Verwaltungsentscheidungen ersetzende oder ergänzende formlose (informelle) Verständigungen, Absprachen oder Agreements

	• Selbststeuerung bzw. Selbstregulierung durch Private
• Kontrolle durch die Verwaltung	• Zusammenwirken zwischen der Verwaltung und Privaten in Phasen von Verwaltungsentscheidungen ersetzenden, begleitenden oder nachträglichen Kontrollen

Abb. 3: Verfahrensbezogene Kooperationen [681]

Wendet man sich verwaltungsorganisatorischen Kooperationsformen zu, so kann zwischen Organisationsformen der Zusammenarbeit mit anderen (Gebiets-) Körperschaften und Organisationsformen der Zusammenarbeit mit Privaten differenziert werden.

So können Gebietskörperschaften - insbesondere Kommunen - für die Wahrnehmung und Durchführung ihrer Aufgaben öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Formen der interkommunalen Zusammenarbeit nutzen. Die Gesetze der Länder über die kommunale Zusammenarbeit enthalten verschiedene Typen öffentlich-rechtlicher Formen, wie bspw. nach dem Sächsischen Gesetz über kommunale Zusammenarbeit (SächsKommZG) der Verwaltungsverband, die Verwaltungsgemeinschaft, der Zweckverband oder aber Zweckvereinbarungen. Möglich sind auch eine Gründung von kommunalen Spitzenverbänden sowie eine Länder- und Bundesgrenzen überschreitende Zusammenarbeit. Den Kommunen stehen daneben alle Organisations- und Vertragsformen des Privatrechts zur Verfügung. Sie können bspw. gemeinsam gemischtöffentliche Beteiligungsgesellschaften[682] oder gemischtwirtschaftliche Beteiligungsgesellschaften[683] in privatrechtlichen Gesellschaftsformen errichten.

681 Vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 761 (795 ff.); insbesondere zum so genannten informellen Verwaltungshandeln: *Bonk*, in: Stelkens/ Bonk/Sachs/Kallerhoff/Schmitz/Stelkens, VwVfG, § 54, Rn. 40 f.

682 Von einer gemischtöffentlichen Beteiligungsgesellschaft spricht man bei einem gemeinsamen Unternehmen unter der Beteiligung mehrerer Kommunen.

683 Unter gemischtwirtschaftlichen Beteiligungsgesellschaften werden gemeinsame Unternehmen unter der Beteiligung mehrerer Kommunen unter zusätzlicher Einbindung privaten Kapitals verstanden.

Was die verwaltungsorganisatorische Zusammenarbeit mit Privaten anbelangt, so gehören hierher regelmäßig die Fälle funktionaler Privatisierung.[684] An dieser Stelle sollen nur zwei der momentan häufigsten Anwendungsbereiche angesprochen werden:

Der Verwaltung - und auch hier wiederum insbesondere den Kommunen - steht es offen, sich zur Erledigung ihrer Aufgaben wirtschaftlich oder auch nichtwirtschaftlich zu betätigen. Zu diesem Zwecke können sie Unternehmen in öffentlichen oder privaten Rechtsformen gründen[685], sich an privaten Unternehmen beteiligen[686] oder letztlich gar ganze Aufgabenbereiche an Private »outsourcen«. Während die Gründung eines öffentlichen Unternehmens in Privatrechtsform nur einem Fall formeller Privatisierung[687] entspricht, stellt die Ausgliederung von vormals staatlichen Aufgabenbereichen zur Übernahme durch Private eine materielle Privatisierung[688] dar. Weder die Fälle formeller Privatisierung noch diejenigen materieller Privatisierung bilden indes Varianten kooperativer Verwaltungstätigkeit. Allein in den Fällen, in denen sich die öffentliche Hand im Rahmen eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens betätigt, ist sie kooperativ tätig.

Ein weiterer Teil der Fälle kooperativer Verwaltung wird unter dem Begriff Public Private Partnership zusammengefasst.[689]

Keine Formen kooperativer Verwaltung sind schließlich Formen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private, bei denen der Staat zwar rechtliche Rahmenbedingungen festlegt, die privaten Akteure aber nach ihrer freien Handlungslogik bzw. ihrer alleinigen und eigenen Entscheidungsmacht agieren können. Ebenso wenig gehören hierzu Mitwirkungsformen

---

684 Zum Begriff der funktionalen Privatisierung s. unten Teil 3, C, II, 1, d).

685 S. oben Teil 1, B, II, 3.

686 Sogenannte gemischtwirtschaftliche Unternehmen. Zu diesem Begriff s. oben Teil 2, B, II, 2, b), bb), (3).

687 Zum Begriff der formellen Privatisierung s. unten Teil 3, C, II, 1, b).

688 Zum Begriff der materiellen Privatisierung s. unten Teil 3, C, II, 1, c).

689 *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, Einf., Rn. 89 b); *Bauer*, in: Stober (Hrsg.), Public-Private-Partnerships und Sicherheitspartnerschaften, S. 21 (21 ff.); s. ferner unten Teil 3, E, I.

des Bürgers, bei denen diese das hoheitliche Handeln der Verwaltung nicht nach eigenen Intentionen inhaltlich mitgestalten können.[690]

II. Privatisierung als Anwendungsfall verwaltungsorganisatorischer Kooperation

Im Gegensatz zu einem bislang eher hoheitlich und hierarchisch ausgerichtetem Verwaltungsverständnis mit weit reichenden Anforderungen an die exekutiven Fähigkeiten des Staates setzen die modernen Privatisierungstendenzen deutlich mehr auf die Nutzung der Mechanismen eines freien Wettbewerbs sowie auf die Zuhilfenahme von privatem Know-how und privater Finanzkraft. Die Gründe für diese Entwicklung liegen einerseits in einer zunehmenden finanziellen und personellen Überforderung des Staates. Andererseits sind die europäischen und internationalen Vorgaben in Bezug auf die Entwicklung funktionierender freier europäischer und internationaler Märkte Anlass hierfür. Inzwischen sind auf allen staatlichen Ebenen Privatisierungsanstrengungen unternommen worden. Am häufigsten sind Privatisierungsprozesse auf der Ebene der Kommunen zu beobachten. In ihrer Hand befindet sich der Großteil der sich für eine Privatisierung anbietenden öffentlichen Einrichtungen und öffentlichen Unternehmen.[691] Wann man im Fall der Einbindung Privater in die Erledigung öffentlicher Aufgaben begrifflich von einer Privatisierung sprechen kann und, falls eine solche vorliegt, um welche Privatisierungsform es sich handelt, soll im Folgenden betrachtet werden (1). Die funktionale Privatisierung - als Form kooperativer Verwaltung - wird anschließend genauer beleuchtet (2).

690 *Schulze-Fielitz*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 761 (793 f.).

691 *Ehlers*, DVBl. 1997, S. 137 (137).

1. Begriff und Formen

Privatisierung ist zunächst ein Schlagwort, hinter dem sich verschiedenste Inhalte verbergen.[692] Ganz allgemein bedeutet Privatisierung nichts anderes als die Verlagerung staatlicher Aufgabenerledigung, die sich bisher ausschließlich nach den Regeln des öffentlichen Rechtes richtete, in den Bereich des Privatrechts.[693]

Mittels Privatisierung werden privaten Wirtschaftssubjekten staatliche Aufgaben vollständig oder teilweise übertragen. Was den Umfang der Privatisierung anbelangt, so kann sich diese von der Nutzung privatrechtlicher Formen über die kooperative Zusammenarbeit mit Privaten bis hin zur Übertragung ganzer Aufgabenbereiche auf Private erstrecken.

a) Privatisierung im Verhältnis zu Deregulierung und Liberalisierung

Wirtschaftswissenschaftlich verstanden bedeutet Deregulierung die Öffnung von Märkten und die Einführung von Wettbewerb in bislang staatlichen Monopolen vorbehaltenen Sektoren.[694] Ganz allgemein ist von Deregulierung aber auch die Rede, wenn es um Regelungsabbau, Rechts- und Verwaltungsvereinfachung, Entbürokratisierung und um die Reduzierung von Staatsaufgaben geht.[695] Sie ermöglicht Privaten eine konkurrierende Leistungserbringung in ihnen bisher aufgrund staatlicher Beherrschung unzugänglichen Bereichen.[696] Gerechtfertigt wird sie durch die Annahme, dass durch die Beseitigung einschränkender Bestimmungen für unternehmerisches Handeln mehr Wettbewerb

692 *Ehlers*, DVBl. 1997, S. 137 (137).
693 *Kulas*, Privatisierung hoheitlicher Verwaltung, S. 19; *Lackner*, Gewährleistungsverwaltung und Verkehrsverwaltung, S. 105.
694 *Lackner*, Gewährleistungsverwaltung und Verkehrsverwaltung, S. 105.
695 *Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 1 (45 f.) m. w. N.
696 *Burgi*, NVwZ 2001, S. 601 (602). Deregulierungsbeispiele sind vor allem in den Netzwirtschaften Energie, Post, Telekommunikation und Verkehr zu finden.

geschaffen wird, was letztendlich zu einer höheren volkswirtschaftlichen Leistungsfähigkeit beiträgt.[697]

Der Begriff der Deregulierung ist dem Begriff der Liberalisierung weitgehend synonym.[698] In einem weiten Sinne verstanden, entspricht Liberalisierung der Befreiung der Wirtschaft von Hemmnissen und damit der (Wieder-) Herstellung einer freien Wirtschaft.[699] Abgeleitet sein dürfte der Begriff der Liberalisierung von der im 18. Jahrhundert ausgebildeten Staats-, Wirtschafts- und Gesellschaftslehre des Liberalismus, die sich von der freien Entfaltung des Einzelnen die bestmögliche Entwicklung der Gesamtgesellschaft erhofft.[700]

Zum Teil werden die Begriffe Liberalisierung und Deregulierung von dem Begriff der Privatisierung abgegrenzt.[701] Vorliegend soll jedoch die Privatisierung in einem engen Zusammenhang mit der Deregulierung verstanden werden. Deregulierung und Privatisierung sind zueinander nicht gegensätzlich. Deregulierung ermöglicht die Wahrnehmung gemeinwohlbezogener Aufgaben durch Private mittels Einführung von Wettbewerb. Der (materiellen) Privatisierung ist die vollständige oder teilweise Aufgabenverlagerung vom Staat auf den privaten Sektor immanent.[702] Mithin bezwecken beide Mechanismen eine reduzierte staatliche Leistungstiefe, d. h. den vollständigen oder teilweisen Rückzug staatlichen Handelns aus bis dato öffentlich-rechtlich regulierten Systemen durch die Beteiligung von Privaten.[703] Unterschiedlich können lediglich die Art und Weise sowie der Umfang der Einbeziehung der Privatwirtschaft sein. In der Öffnung von Märkten und in der Einführung von Wettbewerb kann immer eine durch Deregulierung herbeigeführte Privatisierung gesehen werden.[704]

---

697 *Gabler* (Hrsg.), Wirtschaftslexikon, S. 675.
698 *Burgi*, NVwZ 2001, S. 601 (602).
699 Vgl. *Gabler* (Hrsg.), Wirtschaftslexikon, S. 1893 (auf die Befreiung von Handelshemmnissen Bezug nehmend).
700 *Tilch/Arloth* (Hrsg.), Deutsches Rechts-Lexikon, S. 2746.
701 *Burgi*, NVwZ 2001, S. 601 (602).
702 *Lackner*, Gewährleistungsverwaltung und Verkehrsverwaltung, S. 131 f.
703 *Lackner*, Gewährleistungsverwaltung und Verkehrsverwaltung, S. 131; *Berkemann*, SächsVBl. 2002, S. 279 (287).
704 *Lackner*, Gewährleistungsverwaltung und Verkehrsverwaltung, S. 105 f.

b) Formelle Privatisierung

Grundlegend ist zwischen formeller und materieller Privatisierung zu unterscheiden. Formelle Privatisierung meint, dass sich die Verwaltung privatrechtlicher statt öffentlich-rechtlicher Organisationsformen bedient. Man bezeichnet sie deshalb auch als Organisationsprivatisierung.[705] Bisherige Verwaltungseinheiten werden durch Eigengesellschaften oder gemischtwirtschaftliche Unternehmen, die rechtlich oder faktisch durch den Staat beherrscht werden, ersetzt.[706] Die staatliche Aufgabe verbleibt in öffentlicher Hand. Es verändert sich lediglich die Organisations-, nicht aber die Verantwortungsstruktur.[707]

c) Materielle Privatisierung

Materielle Privatisierung hingegen bedeutet, dass eine Aufgabe der Verwaltung nicht nur zur bloßen Durchführung, sondern als solche ganz oder teilweise auf einen Privaten übertragen wird. Man kann sie deshalb auch als Aufgabenprivatisierung bezeichnen.[708] Sie führt dazu, dass die Verwaltung die jeweilige Aufgabe nicht mehr selbst unmittelbar wahrnimmt[709], und damit zu einer echten Verringerung der staatlichen Aufgaben- und Leistungspalette.[710] Einen Unterfall der materiellen Privatisierung stellt die Vermögensprivatisierung im engen Sinne dar. Hierunter wird die Übertragung staatlichen Eigentums auf Private verstanden. Sie wird aus diesem Grunde auch als Eigentumsprivatisierung bezeichnet.[711]

---

705 *Ehlers*, DVBl. 1997, S. 137 (137); *Mayen*, DÖV 2001, S. 110 (111); *Lackner*, Gewährleistungsverwaltung und Verkehrsverwaltung, S. 108 ff.; K*ummer/Giesberts*, NVwZ 1996, S. 1166 (1166).

706 *Kulas*, Privatisierung hoheitlicher Verwaltung, S. 21; *Kummer/Giesberts*, NVwZ 1996, S. 1166 (1166).

707 *Burgi*, NVwZ 2001, S. 601 (603); *Mayen*, DÖV 2001, S. 110 (111); *Koehn/Schröder*, SächsVBl. 2002, S. 205 (205).

708 *Burgi*, NVwZ 2001, S. 601 (603); *Kummer/Giesberts*, NVwZ 1996, S. 1166 (1166 f.).

709 *Ehlers*, DVBl. 1997, S. 137 (137).

710 *Mayen*, DÖV 2001, S. 110 (111).

711 *Lackner*, Gewährleistungsverwaltung und Verkehrsverwaltung, S. 111.

d) Funktionale Privatisierung

Zwischen der formellen und der materiellen Privatisierung lässt sich die funktionale Privatisierung einordnen. Von ihr spricht man, wenn die öffentliche Hand im Rahmen der Erfüllung ihrer Aufgaben private Akteure einbezieht. Sie geht über eine bloße Änderung der öffentlich-rechtlichen Organisationsstruktur in eine privatrechtliche hinaus, bleibt aber hinter einer vollständigen Aufgabenübertragung zurück. Die Verantwortung für die Erfüllung der Aufgabe verbleibt bei dem zuständigen Verwaltungsträger. Die Installation staatlicher Regulierungs- und Kontrollinstrumente ist deshalb von besonderer Bedeutung. Der Private wird regelmäßig lediglich als Helfer bzw. Erfüllungsgehilfe für die Verwaltung tätig. Die Rechtsbeziehungen im Außenverhältnis zwischen Bürger und Verwaltung bleiben unberührt.[712] Charakteristisch für eine funktionale Privatisierung ist das arbeitsteilige Zusammenwirken staatlicher und privater Akteure.[713] Die funktionale Privatisierung ist - vor allem im kommunalen Bereich - sehr weit verbreitet. Sie ist deshalb so häufig die vorteilhafteste Privatisierungsvariante, weil sie einen Mittelweg zwischen dem völligen Rückzug des Staates und der vollständigen Beibehaltung staatlicher Verantwortung darstellt. Zudem kann sie gerade auch in Fällen eingesetzt werden, in denen Pflichtaufgaben privatisiert werden sollen.[714]

e) Einordnung von Privatisierungsvorgängen

Im Ergebnis ist für die Einordnung eines Privatisierungsvorgangs unter eine der eben beschriebenen Privatisierungsformen der jeweilige Grad des Aufgaben- bzw. Verantwortungstransfers von der öffentlichen Hand auf den Privaten entscheidend. Die folgende Übersicht verdeutlicht dies:

712 *Ehlers*, DVBl. 1997, S. 137 (137).

713 *Lackner*, Gewährleistungsverwaltung und Verkehrsverwaltung, S. 111 f.

714 Bei letzteren verbietet sich nämlich eine vollständige Abgabe der staatlichen Verantwortung (*OVG Koblenz*, DVBl. 1985, S. 176 [177]; *Schoch*, DVBl. 1994, S. 962 [971]; *Burgi*, NVwZ 2001, S. 601 [603]; *Lackner*, Gewährleistungsverwaltung und Verkehrsverwaltung, S. 112).

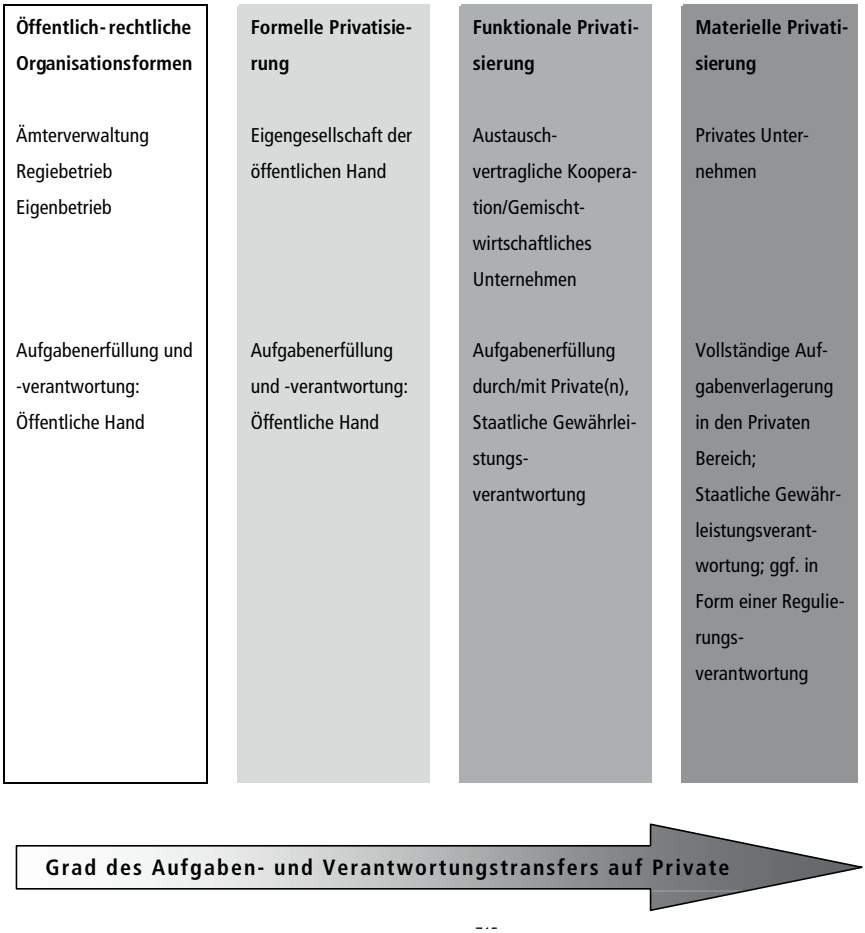


Abb. 4: Einordnung von Privatisierungsvorgängen[715]

715 Vgl. *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 141.

2. Erscheinungs- und Organisationsformen der funktionalen Privatisierung

a) Erscheinungsformen

Systematisch lässt sich die funktionale Privatisierung in verschiedene Erscheinungsformen untergliedern. Im Wege einer Verfahrensprivatisierung werden Teilleistungen in einem öffentlich-rechtlichen Verfahren durch Private erbracht.[716] Finanzierungsprivatisierung bedeutet die Zurverfügungstellung von privatem Kapital für die Realisierung öffentlicher Vorhaben.[717] Schließlich lässt sich die Vermögensprivatisierung im weiten Sinne als Einräumung privater Verfügungsrechte an Eigentum der öffentlichen Hand verstehen.[718] Die unterschiedlichen Erscheinungsformen stehen selten überschneidungsfrei nebeneinander. Vielfach sind Mischformen vorzufinden.[719]

b) Organisationsformen

Die praktische Umsetzung einer funktionalen Privatisierung ist über eine Reihe an Rechtsinstituten und Organisationsformen möglich. An traditionellen Rechtsinstituten sind die Beleihung, die Verwaltungshilfe und die Inpflichtnahme Privater zu nennen. Daneben gibt es seit der zunehmenden Etablierung Öffentlich Privater Partnerschaften inzwischen eine Reihe von neuen Organisationsformen. Unter Beleihung versteht man die Betrauung eines Privaten mit hoheitlichen Kompetenzen. Sie kann nur

716 Wie bspw. Planungs-, Überwachungs- und Kontrollaufgaben oder auch Eigenbeiträge des Antragstellers (*Lackner*, Gewährleistungsverwaltung und Verkehrsverwaltung, S. 112); s. ferner: *Hoffmann-Riem*, DVBl. 1996, S. 225 (227 f.).

717 *Lackner*, Gewährleistungsverwaltung und Verkehrsverwaltung, S. 114; *Uechtritz*, DVBl. 2002, S. 739 (740 ff.).

718 Wie bspw. die Vermietung, die Verpachtung und die Nutzungsübertragung von Eigentum der öffentlichen Hand (*Lackner*, Gewährleistungsverwaltung und Verkehrsverwaltung, S. 114).

719 *Lackner*, Gewährleistungsverwaltung und Verkehrsverwaltung, S. 107; *Stern*, DVBl. 1997, S. 309 (310).

durch oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen.[720] Hingegen wird der Verwaltungshelfer lediglich unselbständig und nur vorbereitend tätig. Er ist an Aufträge und Weisungen des zuständigen Verwaltungsträgers gebunden. Handelnder im Außenverhältnis ist nicht der Verwaltungshelfer, sondern der Verwaltungsträger. Einer gesetzlichen Grundlage bedarf es für den Einsatz eines Verwaltungshelfers nicht.[721] Eine Inpflichtnahme Privater liegt dann vor, wenn der Staat einem Privaten durch oder aufgrund eines Gesetzes zur Erledigung einer öffentlichen Aufgabe zwangsweise berufs-, eigentums- oder unternehmensbezogene Pflichten auferlegt.[722] Ein weiterer Anwendungsfall sind gemischtwirtschaftliche Unternehmen.[723] Als modernere Formen funktionaler Privatisierungen dürften schließlich sämtliche Modelle Öffentlich Privater Partnerschaften zu nennen sein.[724]

3. Entscheidungsspielraum der öffentlichen Hand

Das GG enthält weder ein Privatisierungsgebot noch ein Privatisierungsverbot. Es ist privatisierungsoffen und privatisierungsneutral.[725]

---

720 Beispiele hierfür sind die Entschädigungseinrichtung nach dem Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz (EAEG) oder auch die Flugsicherungsunternehmen nach dem Luftverkehrsgesetz (LuftVG); s. ferner: *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 610 ff.; *Kulas*, Privatisierung hoheitlicher Verwaltung, S. 27 ff.; *Lackner*, Gewährleistungsverwaltung und Verkehrsverwaltung, S. 116 ff.; *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 142.

721 Verwaltungshelfer ist bspw. der Abschleppunternehmer, der das durch die Polizei sichergestellte Kraftfahrzeug nur gegen Zahlung der Vollstreckungskosten herausgeben darf (*Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs/Kallerhoff/ Schmitz/Stelkens, VwVfG, § 1, Rn. 261); vgl. ferner: *Lackner*, Gewährleistungsverwaltung und Verkehrsverwaltung, S. 117; *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 142.

722 Beispiele für eine Indienstnahme Privater sind die öffentlich-rechtliche Bestattungspflicht für Verwandte des Verstorbenen (*OVG Münster*, NVwZ 2002, S. 996 [999 f.]) oder auch die Finanzierung eines Semestertickets aus Pflichtbeiträgen der Studierenden (BVerwG, NVwZ 2000, S. 318 [322 f.]; 2001, S. 190 [191 f.]); vgl. ferner: *Lackner*, Gewährleistungsverwaltung und Verkehrsverwaltung, S. 119 f; *Kulas*, Privatisierung hoheitlicher Verwaltung, S. 23 f.

723 *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 143.

724 *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 143 f.

725 *Hardraht*, SächsVBl. 2003, S. 53 ff. (55); *Ehlers*, DVBl. 1997, S. 137 (138).

Durch wen und wie die Verwaltung ihre Aufgaben erledigt, liegt, soweit keine anders lautenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften bestehen, in ihrem Entscheidungsspielraum. Der Verwaltung steht es in diesem Rahmen frei, ob sie ihre Aufgaben unmittelbar durch ihre Behörden erledigen lässt, ob sie dies mittelbar über eigene unselbständige oder selbständige Unternehmen tut oder ob sie hierfür Private einsetzt.[726] Dieser Entscheidung muss sie jeweils eine einzelfallbezogene Abwägung vor allem in Bezug auf Wirtschaftlichkeit und Effizienz der Aufgabenerfüllung, Wahrung des öffentlichen Zwecks, Steuerungsmöglichkeiten, personalwirtschaftliche Fragen, Preisgünstigkeit für die Bevölkerung, steuerrechtliche Gesichtspunkte und nicht zuletzt im Hinblick auf Finanzierungsmöglichkeiten zugrunde legen.

Insbesondere wenn die Wahrnehmung und/oder die Erfüllung öffentlicher Aufgaben privaten Dritten übertragen werden oder unter deren Beteiligung erfolgen soll, werden an die durch die Verwaltung vorzunehmende Abwägung hohe - in der Praxis oftmals unterschätzte - Anforderungen gestellt.[727] In Betracht kommen Privatisierungsmodelle vor allem, wenn die finanziellen und personellen Mittel der Verwaltung voraussichtlich nicht ausreichen, um die jeweilige Aufgabe in erforderlichem und angemessenem Umfange zu erledigen. Wichtig im Entscheidungsprozeß über eine Privatisierung sind aber auch die jeweiligen wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Prozesse, die Veränderung und Internationalisierung des Wettbewerbs, die technologische Entwicklung und insgesamt die jeweilige Rolle der öffentlichen Hand im Gesamtverband der Volkswirtschaft.[728] Als problematisch im Rahmen einer Privatisierung werden oftmals ein schleichender Kompetenzverlust der Verwaltung bzw. eine Verringerung der staatlichen Steuerungsmöglichkeiten auf die zu gewährleistende Leistung, die Entstehung intransparenter

726 *Erbguth/Stollmann*, DÖV 1993, S. 798 (799); *Ehlers*, DVBl. 1997, S. 137 (141); *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, S. 67 ff.; *BVerwG*, NJW 1993, S. 2695 (2697 f.); *BGH*, NJW 1985, S. 197 (198, 200); 1992, S. 171 (172).

727 S. unten Teil 2, B, II, 1, c) und 2, b), bb), (3).

728 *Hardraht*, SächsVBl. 2003, S. 53 (54 ff.); *Ehlers*, DVBl. 1997, S. 137 (138 f.).

Neben- und Schattenhaushalte und die Verpflichtung zur Verlustabdeckung[729] betrachtet.[730] Ferner werden häufig Einbußen im Hinblick auf die Leistungsqualität und hinsichtlich der diskriminierungsfreien, allgemeinen Zugänglichkeit der Leistung für die Bevölkerung befürchtet. Zum Teil richten sich die negativen Erwartungen auf Preiserhöhungen und auf Benachteiligungen bestimmter Kundengruppen. Nicht zu unterschätzen ist manchmal auch ein nicht unerheblicher zusätzlicher Verwaltungsaufwand nebst den anfallenden Kontroll- und Überwachungskosten, denn die private Leistungserbringung lässt die staatliche Gewährleistungsverantwortung unberührt. Schließlich werden teilweise finanzielle Nachteile für die Arbeitnehmer, genauso wie unangemessene geldmäßige Vorteile für die private Führungsebene thematisiert. Insgesamt richten sich die Befürchtungen vielmals auf eine mögliche Privatisierung von Gewinnen bei gleichzeitiger Sozialisierung von Risiken.[731]

Einen beispielhaften Überblick über zulässige und unzulässige Kriterien[732], welche die Verwaltung in ihre Abwägung, wie und durch wen sie ihre Aufgaben im Einzelfall erledigt, einstellen bzw. nicht einstellen darf, soll die folgende Tabelle geben:

729 Obwohl außerhalb der zivil- und gesellschaftsrechtlichen Verpflichtungen eine Durchgriffshaftung auf die öffentliche Hand im Rahmen einer Anstaltslast oder Gewährträgerhaftung ausscheiden dürfte (vgl. *Koehn/Schröder*, SächsVBl. 2002, S. 205 [206] m. w. N.).

730 *Koehn/Schröder*, SächsVBl. 2002, S. 205 (206).

731 Vgl. zu diesen möglichen Nachteilen von Privatisierungen im Rahmen der allgemeinen Privatisierungsdiskussion: *Glöckner*, Kommunale Infrastrukturverantwortung und Konzessionsmodelle, S. 95 ff. mit Nachweisen, Anmerkungen und Beispielen.

732 Eine ausführliche Auseinandersetzung mit den einzelnen Motivationen findet sich bei: *Erbguth/Stollmann*, DÖV 1993, S. 798 (798 ff.); vgl. außerdem zum »Für« und »Wider« einer Privatisierung: *Kulas*, Privatisierung hoheitlicher Verwaltung, S. 7 ff.; *Hardraht*, SächsVBl. 2003, S. 53 (54 f.).

Zulässige Entscheidungskriterien	Unzulässige Motivationen
• Sachnähe und Sachverstand • Effizienz und Wirtschaftlichkeit • Beschleunigung von Verfahren • Leistungsfähigkeit • Nutzung privater Ressourcen in finanzieller, personeller, technologischer und innovativer Hinsicht • Steuerliche Gesichtspunkte • Bürger- und Wirtschaftsnähe • Preisgünstigkeit für die Bevölkerung • Dekonzentration und Entstaatlichung • Steuerungs- und Einflussmöglichkeiten für die Verwaltung • Wahrung der Erfüllung des öffentlichen Zwecks • Transparenz der Tätigkeit der Verwaltung	• Entledigung von öffentlich-rechtlichen Bindungen • Umgehung staatlicher Gewährleistung • Schaffung intransparenter Nebenhaushalte • Gewinnerzielung als alleinige Motivation • Umgehung von Formvorbehalten • Schaffung von Einflussmöglichkeiten für bestimmte Personen oder Parteien auf Geschäftsabläufe • Ausschaltung des Rats • Schaffung - nicht gerechtfertigter - persönlicher, sachlicher oder finanzieller Vorteile für einzelne Personen oder Personengruppen

Abb. 5: Zulässige und unzulässige Entscheidungskriterien für den Einsatz von Privatisierungsmodellen[733]

III. Zusammenfassung

Unter den kooperativen Formen der Verwaltungstätigkeit kann zwischen verfahrensbezogenen und verwaltungsorganisatorischen Kooperationen unterschieden werden. Zu den Gestaltungsarten der verwaltungsorgani-

733 Vgl. *Erbguth/Stollmann*, DÖV 1993, S. 798 (801 ff.); *Kulas*, Privatisierung hoheitlicher Verwaltung, S. 7 ff.; *Hardraht*, SächsVBl. 2003, S. 53 (54 f.).

satorischen Kooperation gehört die (funktionale) Privatisierung. Sie ordnet sich als Mittelweg zwischen der vollständigen Beibehaltung staatlicher Verantwortung für die Aufgabenerledigung und dem völligen Rückzug des Staates hiervon, zwischen der formellen Privatisierung und der materiellen Privatisierung ein. Im Rahmen der funktionalen Privatisierung kann wiederum zwischen verschiedenen Erscheinungs- und Organisationsformen differenziert werden. In welcher Form die Verwaltung letztendlich - soweit gesetzlich zulässig - tätig wird, liegt in ihrem Entscheidungsspielraum.

D. Kooperationsgrenzen

So vorteilhaft und sinnvoll eine Kooperation zwischen Staat und Privatwirtschaft zum Zwecke der Erfüllung staatlicher Aufgaben in vielen Fällen sein mag, so ist sie doch - und zwar zu Recht - nicht grenzenlos zulässig. Diese Grenzen sind in den verfassungsmäßigen Grundprinzipien des Sozial-, Demokratie- und Rechtsstaates, ferner in den Grundrechten sowie letztlich in den verfassungsimmanenten Kompetenzzuweisungen angelegt.[734] Zu unterscheiden ist zwischen Materien, die von vorne herein einer Privatisierung gänzlich unzugänglich sind (I), und Bereichen, die zwar grundsätzlich privatisierungsoffen sind, in denen Privatisierungen aber gewissen Beschränkungen unterliegen (II).

I. Kooperationsverbote

Die Frage nach den »echten« Staatsaufgaben[735] ist eine Vorfrage jeder Privatisierungsdiskussion und führt zu privatisierungsfesten und pri-

734 *Hardraht*, SächsVBl. 2003, S. 53 (56).
735 S. oben Teil 2, B, II, 1,a).

vatisierungszugänglichen Angelegenheiten.[736] Es gibt einige wenige öffentliche Aufgaben, die bereits aufgrund ihres Wesens notwendig vom Staat erledigt werden müssen.[737] Zu diesen Aufgaben zählen - wie schon erwähnt[738] -

- die Landesverteidigung und die Ausübung der auswärtigen Gewalt,
- die Gewährleistung der inneren Sicherheit und Ordnung sowie
- die Sicherung der finanziellen Basis, aber auch
- die Gesetzgebung und
- die Justiz.[739]

Diese originären Aufgaben des Staates sind - jedenfalls in ihrem Kern - einer materiellen Privatisierung nicht zugänglich.[740] Kooperationen der öffentlichen Hand mit Privaten im Wege einer funktionalen Privatisierung sind in diesen Bereichen indessen dergestalt denkbar, dass der Private innerhalb der Verwaltung, ohne Macht nach außen einzusetzen, die betriebswirtschaftlichen oder technischen Voraussetzungen schafft bzw. vorhält, die dem Staat eine Erfüllung der jeweiligen Aufgabe überhaupt

736 *Weiß*, DVBl. 2002, S. 1167 (1168).

737 *Kulas*, Privatisierung hoheitlicher Verwaltung, S. 37; *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 145, der diese Aufgaben als mit der Ausübung des Gewaltmonopols verbundene staatliche Kernaufgaben bezeichnet.

738 S. oben Teil 2, B, II, 1, b).

739 *Kulas*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, S. 38.

740 *Hardraht*, SächsVBl. 2003, S. 53 (56); *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 145; *Mayen*, DÖV 2001, S. 110 (112), der diesen Staatsvorbehalt indes als Privatisierungsschranke und nicht als Privatisierungsverbot betont. Gegen die Annahme eines Privatisierungsverbotes allein aufgrund der Zuordnung des potenziellen Privatisierungsgegenstandes zu einem bestimmten staatlichen Aufgabenbereich argumentierend: *Kulas*, Privatisierung hoheitlicher Verwaltung, S. 39 ff.; *Mohrdieck*, Privatisierung im Bereich öffentlicher Verkehrsräume, S. 49 f. jeweils m. w. N.: Der Kreis der staatlichen Kernaufgaben verändere sich im Laufe der Zeit. Auch sei selbst in Bereichen staatlicher Kernaufgaben ein Nebeneinander von staatlicher und privater Tätigkeit denkbar und werde bereits so gelebt. *Kulas* und *Mohrdieck* differenzieren insoweit allerdings nicht - wie hier - zwischen Aufgabenerledigung, Aufgabenwahrnehmung und Aufgabenerfüllung.

erst möglich machen. In jedem Fall muss, soweit der Private die Aufgabenausführung (teilweise) übernimmt, die Aufgabenzuständigkeit und Gesamtverantwortung bei dem Träger der hoheitlichen Gewalt verbleiben.[741] Dementsprechend ist eine Privatisierung von Hoheitsaufgaben im Wege der Beleihung nur ausnahmsweise bei Vorliegen eines sachlichen Grundes zulässig.[742] Privaten Verwaltungshelfern dürfen lediglich vorbereitende oder ausführende Tätigkeiten ohne eigene hoheitliche Entscheidungsbefugnisse übertragen werden.[743]

Neben dieser in bestimmten elementaren staatlichen Aufgabenbereichen aus dem Aufgabenkern resultierenden Unzulässigkeit materieller Privatisierung kann sich ein Privatisierungsverbot auch aus der Zuordnung der jeweiligen Aufgabe zur Eingriffsverwaltung[744] - im Gegensatz zur Zuordnung zum Bereich der Leistungsverwaltung[745] - ergeben. Wegen des Gewaltmonopols des Staates scheiden Privatisierungsmaßnahmen - jedenfalls solche materieller Art[746] - im Kernbereich der Eingriffsverwaltung bzw. dann, wenn die Ausübung hoheitlicher Entscheidungs- und Handlungsbefugnisse betroffen ist[747], regelmäßig aus.[748] Eingriffe in Freiheit und Eigentum von Einzelnen oder Personengruppen sollen dem Staat vorbehalten bleiben und nicht durch Private ausgeübt werden können. Aufgaben der Leistungsverwaltung sind hingegen weitgehend privatisierbar.[749]

Speziell im kommunalen Bereich ist es einer Kommune verwehrt, sich der Verantwortung für die Erledigung von Angelegenheiten der örtlichen

741 *Hardraht*, SächsVBl. 2003, S. 53 (56).
742 *BVerwG*, NVwZ 2006, S. 829 (829).
743 *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 145 f.
744 Zum Begriff der Eingriffsverwaltung s. oben Teil 3, A, I.
745 Zum Begriff der Leistungsverwaltung s. oben Teil 3, A, I.
746 *Mayen*, DÖV 2001, S. 110 (112).
747 *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 145.
748 *Hardraht*, SächsVBl. 2003, S. 53 (56); *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 145.
749 Zu den verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Bindungen der öffentlichen Hand im Rahmen einer Privatisierung im Bereich der Leistungsverwaltung: *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 146 ff. m. w. N.

Gemeinschaft - wozu auch die örtliche Elektrizitätsversorgung gehört[750] - endgültig zu entledigen.[751] Sie hat die Pflicht zu einer grundsätzlichen Sicherung und Wahrung dieses Aufgabenbestandes. Inwiefern sie sich im Rahmen einer formellen oder funktionalen Privatisierung privater Hilfe bedient, ist eine Frage ihres Ermessens. In diesem Falle muss sie sich ausreichende Kontroll- und Einwirkungsrechte vorbehalten. Materiell privatisieren darf sie in diesem Bereich jedoch nicht.[752]

II. Kooperationsbeschränkungen

Beschränkungen für Kooperationen zwischen der öffentlichen Hand und der Privatwirtschaft ergeben sich überwiegend aus den im Einzelfall bestehenden gesetzlichen und administrativen Vorgaben.

Eine einheitliche Definition des Begriffs Regulierung gibt es bislang nicht.[753] Ganz allgemein beschreibt sie jede gewollte staatliche Beeinflussung gesellschaftlicher Prozesse, die einen spezifischen, aber über den Einzelfall hinausgehenden Ordnungszweck verfolgt und dabei im Recht zentrales Medium und Grenze findet. Rein marktbezogen werden unter Regulierung alle staatlichen Instrumente zur Schaffung oder Beeinflussung von Märkten verstanden, die spezifische öffentliche Bindungen der konkret ausgeübten Wirtschaftstätigkeit vermitteln.[754]

---

750 S. oben Teil 2, B, II, 2, b), aa).

751 S. oben Teil 2, B, II, 1, c) und 2, b), bb), (3).

752 Vgl. *BVerwG*, NVwZ 2009, S. 1305 (1307 f.); *Katz*, NVwZ 2010, S. 405 (406 ff.).

753 Für den Bereich der Telekommunikation enthielt § 3 Nr. 13 Telekommunikationsgesetz (TKG) a. F. folgende Definition des Begriffs der Regulierung: Regulierung sind » …die Maßnahmen, die zur Erreichung der in § 2 Abs. 2 genannten Ziele ergriffen werden und durch die das Verhalten von Telekommunikationsunternehmen beim Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen, von Endeinrichtungen oder von Funkanlagen geregelt werden, sowie die Maßnahmen, die zur Sicherstellung einer effizienten und störungsfreien Nutzung von Frequenzen ergriffen werden…«. Das TKG in seiner aktuellen Fassung verhält sich zu dem Begriff nicht mehr.

754 *Eifert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 1237 (1239 ff.).

Damit lassen sich bei weitem Begriffsverständnis als Funktionen staatlicher Regulierung bezeichnen:

- die politische Steuerung der Gesellschaft,
- die staatliche Gemeinwohlsicherung sowie
- die Verwirklichung staatlich angestrebter Ordnungszwecke,

und bei marktbezogenem Begriffsverständnis:

- die Kompensierung von Marktversagen,
- die Durchsetzung marktfremder, der Marktlogik widersprechender politischer Ziele sowie
- die Konstituierung und Gestaltung der Märkte in den liberalisierten Netzwirtschaften.[755]

Grundlage und Rechtfertigung staatlicher Regulierung kann, da sich der Staat in den Grenzen der Verfassung prinzipiell jeder Aufgabe annehmen kann, jeder beliebige Zweck sein. Rechtfertigungen ökonomischer Natur sind die Fälle des Marktversagens und die notwendige Korrektur der Marktmechanismen. Daneben gibt es politisch definierte Regulierungsgründe. Hierzu gehören regelmäßig Zwecke wie die Gewährleistung einer sozialen Gerechtigkeit, der effektive und sparsame Umgang mit endlichen Ressourcen oder auch der Schutz der Umwelt. Sie sind oftmals altruistischer Natur und allein über den Markt nicht sicherzustellen.[756]

Der Staat ist immer dann gefordert und muss regulierend tätig werden, wenn es die Sicherung und Förderung des Gemeinwohls gebietet.[757] Diese

755 *Eifert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 1237 (1242 ff.).
756 *Eifert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 1237 (1245 ff.).
757 *Schulze-Fielitz*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen

Gemeinwohlsicherung hat die Verwaltung im Rahmen der Gesetze zu optimieren. Sie besitzt insoweit[758]

- eine Aufgabenverantwortung[759],
- eine Erfüllungsverantwortung[760],
- eine Gewährleistungsverantwortung[761] und
- eine Auffangverantwortung[762].

Nimmt man als Bezugspunkt die Art und Weise staatlicher Regulierung, kann zwischen direkter Verhaltenssteuerung und indirekt wirkenden Steuerungsansätzen wie ökonomischen Anreizen, verhaltensrelevanten Informationen sowie zieloffenen Organisations- und Verfahrensregeln unterschie-

---

des Verwaltungsrechts, S. 761 (771 f.) zum Gemeinwohl als Bezugspunkt staatlicher Aufgabenwahrnehmung.

758 Vgl. zu den nachfolgenden Begrifflichkeiten: *Schulze-Fielitz*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 761 (829 ff.).

759 Hierunter lässt sich die Verpflichtung der Verwaltung zur Sicherstellung der Wahrnehmung von Aufgaben, die der Errichtung und Erhaltung gemeinwohlermöglichender Strukturen dienen, verstehen.

760 Hierzu gehört die Verpflichtung der Verwaltung, für einen gleichmäßigen, rechtzeitigen und effektiven Vollzug der Gesetze bzw. für die Erfüllung durch die Verwaltung einmal wahrgenommener Aufgaben zu sorgen.

761 Dieser Begriff steht für die Gewährleistung einer ordnungsgemäßen Aufgabenerledigung durch die Verwaltung, soweit sie die Aufgabenwahrnehmung und/oder -erfüllung ganz oder teilweise an Private übertragen hat. Diese staatliche Restverantwortung konkretisiert sich wiederum schwerpunktmäßig und nach der Intensität der jeweiligen Verantwortung der Verwaltung in eine Regulierungsverantwortung, eine Überwachungsverantwortung und schließlich in Finanzierungs-, Förderungs- und Beratungsverantwortungen. Vgl. ausführlich zu den Grundlagen der Gewährleistungsverwaltung: *Lackner*, Gewährleistungsverwaltung und Verkehrsverwaltung, S. 15 ff.

762 Diese Stufe der Verantwortung meint letztlich die Verpflichtung des Staates, Gefährdungen grundrechtlich geschützter Freiheiten im Falle innergesellschaftlicher Fehlentwicklungen entgegen zu wirken. Trotz Privatisierung heißt das, dass die Verwaltung nötigenfalls die Erledigung der Aufgabe mit den Mitteln der Ordnungs- und Eingriffsverwaltung selbst (wieder) zu übernehmen hat. Je nach dem Umfang der Erforderlichkeit staatlichen Eingreifens kann hier zwischen der substituierenden Einstands- und der korrigierenden Abfederungsverantwortung unterschieden werden.

den werden. Wählt man als Abgrenzungskriterium den Umfang staatlicher Regulierung, so kann man in hoheitliche Regulierung, hoheitlich regulierte Selbstregulierung und gesellschaftliche Selbstregulierung kategorisieren. Während bei der hoheitlichen Regulierung der Steuerungsimpuls allein vom Staat kommt, gehen bei der hoheitlich regulierten Selbstregulierung derartige Anstöße sowohl vom Staat als auch von den privaten Akteuren aus. Bei der gesellschaftlichen Selbstregulierung schließlich erfolgt die Steuerung allein durch und über die privaten Subjekte.[763] Ein klassisches Anwendungsfeld direkter hoheitlicher Regulierung bildet der Bereich der Ordnungs- und Eingriffsverwaltung.[764] Geht es konkret um eine Kooperation zwischen Staat und Privatwirtschaft, sind vor allem die einfachgesetzlichen Vorgaben des Haushaltsrechts, des Vergaberechts, des Kommunalrechts und des im Einzelfall anwendbaren Fachrechts von Bedeutung und zwingend zu beachten. Anwendungsbeispiele hoheitlich regulierter Selbstregulierung sind der Rückgriff des Staates auf private Standards[765], Selbstverpflichtungen der Wirtschaft[766], private Fremdkontrolle[767], unternehmensbezogene Organisations- und Verfahrensvorgaben[768], staatlich eingerichtete Märkte[769] sowie staatliche Marktbegleitung[770] durch Regulierungsverwaltungsrecht.[771]

---

763 *Eifert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 1237 (1243 ff.).

764 *Eifert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 1237 (1250 ff.).

765 Bspw. durch Inkorporation privater Regelwerke in die staatliche Rechtsetzung, durch Zurückgreifen auf private Regeln im Rahmen der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe, durch Rechtmäßigkeitsvermutungen bei Einhaltung privater Standards oder auch durch Rechtsverbindlichkeitserklärungen in Bezug auf nichtstaatliche Regeln.

766 Hierunter sind eigene Verpflichtungen einer Wirtschaftsbranche - regelmäßig unter staatlicher Einflussnahme - zur Erreichung bestimmter Ziele oder Verhaltensweisen, die im öffentlichen Interesse liegen, zu verstehen.

767 Wie bspw. die Untersuchung von Kraftfahrzeugen durch TÜV-Prüfer gem. § 29 Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung (StVZO).

768 Wie bspw. das Abfallwirtschaftskonzept gem. § 19 des Gesetzes zur Förderung und Sicherung der umweltverträglichen Beseitigung von Abfällen (KrW-/AbfG).

769 Wie bspw. die Bereiche der Abwasserentsorgung, der Trinkwasserversorgung oder der Öffentliche Personennahverkehr.

770 Wie bspw. in den Bereichen Telekommunikation, Post, Bahn und Energie.

771 *Eifert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 1237 (1262 ff.).

Rein gesellschaftliche Selbstregulierung findet sich schließlich in Anwendungsbereichen, in denen konkrete politisch vorgegebene Zwecke fehlen. Sie erfolgt regelmäßig zur Realisierung privater Interessen und hat ihren Ausgangspunkt in den Freiheitsforderungen des Einzelnen. Grundformen gesellschaftlicher Ordnungsbildung sind der Markt und die Organisation.[772]

III. Zusammenfassung

Kooperationen zwischen Staat und Privatwirtschaft sind nicht grenzenlos zulässig. Einige Aufgaben müssen bereits aufgrund ihres Wesens oder, weil sie dem Bereich der Eingriffsverwaltung zuzuordnen sind, durch den Staat erledigt werden. Kooperationen sind insoweit nur zulässig, wenn sie lediglich die (betriebswirtschaftliche oder technische) Aufgabenausführung betreffen. Ferner können sich Beschränkungen für Kooperationen zwischen der Verwaltung und Privaten aus gesetzlichen und administrativen Vorgaben ergeben.

772 *Eifert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 1237 (1299 ff.).

E. Möglichkeiten der Kooperation zwischen Staat und Privatwirtschaft im Bereich der örtlichen Elektrizitätsversorgung

Im Folgenden soll schließlich ein strukturierter Überblick über mögliche Kooperationsmodelle zwischen der öffentlichen Hand und der Privatwirtschaft gegeben werden (I) und zwar unter Erläuterung der Begrifflichkeiten (1), der Anwendungsbereiche (2), der Strukturen (3), der einzelnen Modelle (4) und - abschließend - der rechtlichen Rahmenbedingungen (5). Anschließend folgt eine Betrachtung dazu, inwiefern diese Kooperationsmodelle im Bereich der örtlichen Elektrizitätsversorgung Anwendung finden können oder bereits angewandt werden (II). Welche Mittel stehen Kommunen zur Erledigung ihres Gewährleistungsauftrages im Bereich der örtlichen Elektrizitätsversorgung zur Verfügung (1)? Welche Kooperationsmodelle eignen sich in diesem Bereich (2)? Welche Denkanstöße kann man dem »Stadtwerk der Zukunft« mit auf den Weg geben (3)?

I. Modelle Öffentlich Privater Partnerschaften

1. Begriff

Der Begriff Public Private Partnership geht auf die 1940er-Jahre zurück.[773] Die Grundsätze einer kooperativen Zusammenarbeit zwischen der öffentlichen Verwaltung und der Privatwirtschaft dürften indessen bereits wesentlich früher - bewusst oder unbewusst - befolgt worden sein.[774]

773 *Girmscheid/Dreyer*, Bauingenieur 2006, S. 99 (99).
774 *Pauly*, in: Pauly (Hrsg.), Das neue Miteinander, S. 11 (12).

Von einem einheitlichen Begriffsverständnis konnte lange Zeit nicht ausgegangen werden.[775] Inzwischen wird unter einer Öffentlich Privaten Partnerschaft[776] die langfristige, vertraglich geregelte Zusammenarbeit zwischen öffentlicher Hand und Privatwirtschaft zur wirtschaftlichen Erfüllung öffentlicher Aufgaben verstanden, bei der die erforderlichen Ressourcen (z. Bsp. Know-how, Betriebsmittel, Kapital, Personal) von den Partnern in einen gemeinsamen Organisationszusammenhang gestellt und vorhandene Projektrisiken entsprechend der Risikomanagementkompetenz der Projektpartner angemessen verteilt werden. Der Private - ggf. eine speziell gegründete Projektgesellschaft - übernimmt dabei umfassende Verantwortlichkeiten im Rahmen bislang staatlich erbrachter Leistungen, vor allem im Hinblick auf

- Planung (Design),
- Erstellung (Build),
- Finanzierung (Finance),
- Eigentum (Own),
- Betrieb (Operate) und/oder ggf.
- Übertragung oder Verwertung (Transfer).[777]

Die einzelnen Phasen eines Projekts einer Öffentlich Privaten Partnerschaft werden meist in einem einheitlichen Vertragswerk insgesamt geregelt und nur einem einzigen privaten Auftragnehmer übertragen. Es besteht aber auch die Möglichkeit, dass die Zusammenarbeit zwischen der

775 *Alfen/Fischer,* in: Weber/Schäfer/Hausmann/Alfen/Drömann (Hrsg.), Public Private Partnership, S. 1 (1).

776 Im Folgenden soll für den englischen Begriff »Public Private Partnership« die deutsche Bezeichnung »Öffentlich Private Partnerschaft« - so auch die Benennung im Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften (ÖPP-BeschleunigungsG) - verwendet werden.

777 So genannter Lebenszyklusansatz; vgl. *Christen*, in: BMVBS/DSGV (Hrsg.), PPP-Handbuch, S. 7 (9, 21 ff.).

öffentlichen Hand und dem privaten Unternehmer auf einzelne, frei kombinierbare - jedoch mindestens drei[778] - Projektphasen beschränkt wird.[779]

Öffentlich Private Partnerschaften stellen damit eine alternative Beschaffungsvariante der öffentlichen Hand dar, die sich - im Unterschied zu konventionellen Beschaffungsmöglichkeiten - nicht darin erschöpft, einzelne Elemente, die für die Erledigung einer staatlichen Aufgabe benötigt werden, losweise »einzukaufen« - wobei die öffentliche Hand häufig einen Teil in »Eigenleistung« erbringt. Vielmehr werden die einzelnen Komponenten im Rahmen einer langfristigen Vertragsbeziehung übergreifend - insbesondere unter Nutzung alternativer Finanzierungsmöglichkeiten und Ausnutzung realisierbarer Effizienzvorteile - gemeinsam durch die öffentliche Hand und die Privatwirtschaft erbracht.[780] Wesentliche Erfolgskriterien sind der Partnerschaftsgedanke, der auf einer angemessenen Risikoverteilung zwischen den Partnern beruht, und der Effizienzfaktor, der an den Lebenszyklusansatz anknüpft.[781]

Unterschieden wird in unechte und echte Öffentlich Private Partnerschaften:

Reine Finanzierungsmodelle wie Mietkauf, Leasing oder private Vorfinanzierungen bezeichnet man als unechte Öffentlich Private Partnerschaften.[782] Sie wurden in der Vergangenheit häufig eingesetzt, um in Zeiten vorliegender Haushaltsrestriktionen Vorhaben trotzdem kurzfristig realisieren zu können. Außerdem waren derartige Modelle steuerlich begünstigt. Inzwischen sind diese Steuervorteile weitgehend weggefallen. Darüber hinaus führte die Anwendung dieser Modelle zu erheblichen Vorbe-

778 Nur dann spricht man von einer echten Öffentlich Privaten Partnerschaft. (*Grabow/Reidenbach/Rottmann/Seidel-Schulze*, in: difu [Hrsg.], Public Private Partnership Projekte, S. 14.)

779 *BMVBS* (Hrsg.), PPP im öffentlichen Hochbau, Bd. II, Teilbd. 1, S. 1 f.

780 *Weber/Alfen/Maser*, Projektfinanzierung und PPP, S. 17.

781 *Christen*, in: BMVBS/DSGV (Hrsg.), PPP-Handbuch, S. 7 (9, 21 ff.).

782 *Weber/Alfen/Maser*, Projektfinanzierung und PPP, S. 19; *Alfen/Fischer*, in: Weber/Schäfer/Hausmann/Alfen/ Drömann (Hrsg.), Public Private Partnership, S. 1 (4); Unechte Öffentlich Private Partnerschaften werden hier als unvollkommene Öffentlich Private Partnerschaften bezeichnet.

lastungen zukünftiger Haushalte des Projektträgers. Heute ist der Einsatz solcher Finanzierungsmodelle deshalb deutlich reduziert.[783]

Echte Öffentlich Private Partnerschaften zeichnen sich hingegen durch langfristige - über den gesamten Lebenszyklus eines Projekts erwirtschaftete - Einsparungen aus und tragen auf diese Art und Weise zu einer nachhaltigen Wiederherstellung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des öffentlichen Partners bei. Die Stellung des Privaten geht über eine reine Finanzierungsfunktion weit hinaus. Vielmehr übernimmt er umfassende Verantwortlichkeiten im Rahmen der Planung, Erstellung, Finanzierung und des Betriebs, ggf. der - am Ende eines Projekts stehenden - Verwertung des Projektgegenstands.[784]

Zusammengefasst lässt sich eine - echte - Öffentlich Private Partnerschaft beschreiben als eine

- vertraglich geregelte Beziehung
- zwischen einem öffentlichen und einem privaten Partner
- zur wirtschaftlichen Erfüllung öffentlicher Aufgaben bei staatlicher Aufgabenverantwortung, die unter
  - Nutzung von privatem Kapital und Know-how,
  - Risikoteilung und Verwendung von Anreizstrukturen sowie
  - Erschließung von Innovationskraft durch ergebnisrelevante Leistungsbeschreibung und leistungsorientierte Vergütung
- langfristig über den gesamten Lebenszyklus eines Projekts zur
  - Realisierung von transparenten Kosteneinsparungen und Effizienzgewinnen,
  - Auflösung von Investitionsstaus sowie
  - Reform, Kompetenzzuwachs und Verschlankung in der Verwaltung beiträgt.

783 *Weber/Alfen/Maser*, Projektfinanzierung und PPP, S. 19.

784 *Weber/Alfen/Maser*, Projektfinanzierung und PPP, S. 19 f.; *Alfen/Fischer*, in: Weber/Schäfer/Hausmann/Alfen/ Drömann (Hrsg.), Public Private Partnership, S. 1 (3 f.); Echte Öffentlich Private Partnerschaften werden hier vollkommene Öffentlich Private Partnerschaften genannt. Soweit in dieser Arbeit von Öffentlich Privaten Partnerschaften die Rede ist, sind regelmäßig echte Öffentlich Private Partnerschaften gemeint.

2. Anwendungsbereiche

Die Anwendungsgebiete für Öffentlich Private Partnerschaften sind vielgestaltig. Sie kommen insbesondere grundsätzlich für alle Bereiche der Bereitstellung öffentlicher Infrastruktureinrichtungen in Betracht. Vielfach sind sie auf folgenden Gebieten zu finden[785]:

- Allgemeine Verwaltung[786],
- Bildung und Erziehung[787],
- Soziales, Gesundheit und Sport[788],
- Versorgung[789],
- Entsorgung[790],
- Innere Sicherheit[791],
- Justiz[792],
- Kultur[793],
- Verkehr[794],
- Verteidigung[795] und

785 *Schede/Pohlmann*, in: Weber/Schäfer/Hausmann/Alfen/Drömann (Hrsg.), Public Private Partnership, S.102 (103).
786 Bspw. Verwaltungsgebäude.
787 Bspw. Kindergärten und Schulen.
788 Bspw. Krankenhäuser, Altersheime, Schwimmbäder und Sportstadien.
789 Bspw. Wasser, Energie und Wärme.
790 Bspw. Abwasser und Abfall.
791 Bspw. Gefängnisse und Resozialisierungseinrichtungen.
792 Bspw. Gerichtsgebäude.
793 Bspw. Museen, Theater, Konzert- und Stadthallen.
794 Bspw. Straßen- und Schienennetze.
795 Bspw. Ausstattung der Streitkräfte.

- komplexe Informationstechnologien[796].

Dabei unterscheiden sich die Projektgegenstände auf Bundesebene deutlich von denen auf Landesebene und diejenigen auf Landesebene wiederum klar von denjenigen auf Kommunalebene. Während der Bund vermehrt in den Bereichen Innere Sicherheit, Allgemeine Verwaltung, Verteidigung sowie Justiz auf Öffentlich Private Partnerschaften setzt, favorisieren die Länder solche vor allem auf den Gebieten Verkehr, Allgemeine Verwaltung sowie Justiz. Die Kommunen nutzen sie dagegen verstärkt in den Komplexen Bildung und Erziehung, Kultur sowie Allgemeine Verwaltung.[797]

3. Strukturen

Meist handelt es sich bei dem jeweiligen Projekt einer Öffentlich Privaten Partnerschaft um ein Netzwerk von Verträgen zwischen mehreren Beteiligten. Dabei regelt der Projektvertrag fast immer als einheitliches Vertragswerk[798] alle Rechte und Pflichten zwischen der öffentlichen Hand und der Privatwirtschaft für die Gesamtheit der einzelnen Projektphasen. Er gibt das Projekt- bzw. Vertragskonzept vor und legt als vorrangige Rechtsquelle das Ziel, den Rahmen sowie die Prinzipien des gesamten Projektes einschließlich der im Rahmen des Projektes abzuschließenden Einzelverträge fest.[799] Da er in komplexer Art und Weise verschiedenste Leistungen regelt, die zudem unterschiedlichen Vertragstypen zuzuordnen sind, handelt es sich um einen so genannten Typenkombinationsvertrag.[800]

---

796 Bspw. verkehrsleitende Telematiksysteme.

797 *Grabow/Reidenbach/Rottmann/Seidel-Schulze*, in: difu (Hrsg.), Public Private Partnership Projekte, S. 24 f. und S. 44.

798 Bei größeren und komplexeren Projekten bietet sich gelegentlich anstelle eines umfassenden Vertragswerks der Abschluss eines Rahmenvertrags mit untergeordneten Einzelverträgen an (*Hoppenberg/Dinkhoff/Schäller*, in: BMVBS/DSGV [Hrsg.], PPP-Handbuch, S. 65 [71 f.]).

799 *Müller-Wrede*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), ÖPP-Beschleunigungsgesetz, S. 25 (27).

800 Vgl. bspw. *Schede/Pohlmann*, in: Weber/Schäfer/Hausmann/Alfen/Drömann (Hrsg.), Public Private Partnership, S. 102 (113, 124, 129, 135 und 142).

Schematisch und sehr vereinfacht lässt sich die personelle und vertragliche Struktur des Projekts einer Öffentlich Privaten Partnerschaft wie folgt darstellen:

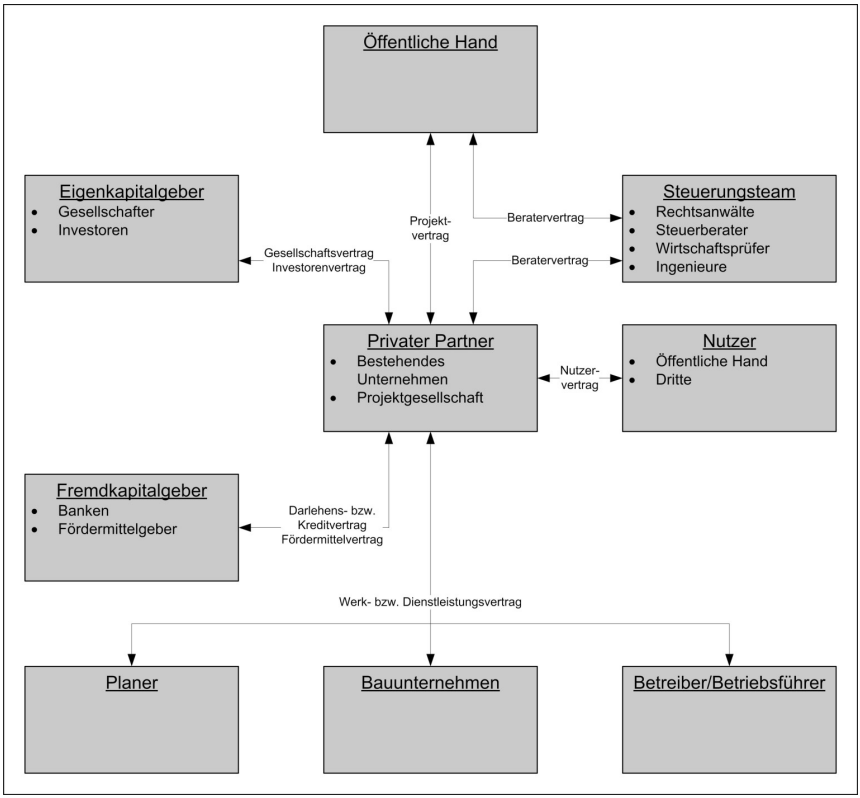


Abb. 6: ÖPP-Projektstruktur

4. Modelle

Eine Standardstruktur für vertragliche Ausgestaltungen von Öffentlich Privaten Partnerschaften - und zwar insbesondere für die Gestaltung des Pro-

jektvertrages - gibt es nicht.[801] Die Vertragsgestaltung ist einzelfallabhängig.[802]

Indessen lassen sich Öffentlich Private Partnerschaften, je nachdem, aus welchem Blickwinkel man die Partnerschaft betrachtet, nach verschiedenen Vertragsmodellen kategorisieren. Betrachtet man die Öffentlich Private Partnerschaft bspw. unter dem Gesichtspunkt des Planens und Bauens, kann von Generalunternehmer-[803] oder Totalunternehmermodellen[804] gesprochen werden. Bezieht man sich auf den Aspekt der Finanzierung, sind Bezeichnungen nach dem Modell der Finanzierung, wie z. Bsp. Projektfinanzierung[805] oder Forfaitierung[806], denkbar. Im Hinblick auf die Betriebsphase wird zwischen Betreiber-[807] oder Betriebsführungsmodellen[808] unterschieden. Auch Anknüpfungen an die Beteiligung der öffentlichen Hand an der Projektgesellschaft (Gesellschaftsmodell) und an die Art und Weise der Refinanzierung (Konzessionsmodell) sind möglich.[809]

Der häufigste Anknüpfungspunkt für die Kategorisierung von Vertragsmodellen ist der Lebenszyklusansatz. Die Bewertung erfolgt hier nach dem Gegenstand des Projektvertrags. Vertragsgegenstand wiederum ist jeweils die Gesamtheit der Leistungen, die - verteilt über einen langen Zeitraum - während unterschiedlicher Phasen des einzelnen Projektes erbracht wer-

---

801 *Weber/Alfen/Maser*, Projektfinanzierung und PPP, S. 25.

802 *Müller-Wrede*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), ÖPP-Beschleunigungsgesetz, S. 25 (27).

803 Ein Generalunternehmer führt die gesamten Bauleistungen und nur einen Teil der Planungsleistungen (i. d. R. lediglich Teile der Ausführungsplanung) aus.

804 Ein Totalunternehmer übernimmt die kompletten Planungs- und Bauleistungen.

805 Unter Projektfinanzierung wird die Finanzierung einer sich selbst tragenden wirtschaftlichen Einheit verstanden (*Weber/Alfen/Maser*, Projektfinanzierung und PPP, S. 26).

806 Forfaitierung bedeutet den regresslosen Verkauf aller Forderungen, die dem (privaten) Auftragnehmer bzw. der Projektgesellschaft künftig gegen den (öffentlichen) Auftraggeber zustehen werden, an die das Projekt finanzierende Bank (*Sester/Bunsen*, in: Weber/Schäfer/Hausmann/Alfen/Drömann [Hrsg.], Public Private Partnership, S. 436 [443]).

807 Von einem Betreibermodell spricht man, wenn durch einen Privaten isoliert oder zusätzlich zu sonstigen Leistungen der Betrieb, die Instandhaltung, die Wartung oder sonstige Facility-Management-Leistungen übernommen werden (*Bremer*, Public Private Partnership, S. 23).

808 Bei einem Betriebsführungsmodell bleibt die öffentliche Hand - anders als beim Betreibermodell - selbst Betreiberin der Anlage und überträgt lediglich die Betriebsführung an einen Privaten (*Bremer*, Public Private Partnership, S. 23 f.).

809 *Müller-Wrede*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), ÖPP-Beschleunigungsgesetz, S. 25 (27 f.).

den.[810] Nach dieser Methode unterschieden, kommen in Deutschland regelmäßig sieben vertragliche Grundmodelle für einen Projektvertrag zur Anwendung. Diese sind allgemein spezifiziert als

- Erwerbermodell,
- Leasingmodell,
- Vermietungsmodell,
- Inhabermodell,
- Contractingmodell,
- Konzessionsmodell und
- Gesellschaftsmodell.[811]

Die ersten fünf Modelle variieren nicht nur im Hinblick auf die jeweiligen Leistungsbilder, sondern insbesondere auch hinsichtlich der Frage, ob und wann ein Eigentumserwerb der betreffenden Immobilie oder Anlage durch die öffentliche Hand erfolgt. Die beiden letzten Modelle stellen Kombinationsmöglichkeiten der ersten fünf Modelle dar.[812]

Die einzelnen Modelle sollen im Folgenden kurz dargestellt werden.[813]

---

810 *BMVBS* (Hrsg.), PPP im öffentlichen Hochbau, Bd. II, Teilbd. 1, S. 4; *Müller-Wrede*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), ÖPP-Beschleunigungsgesetz, S. 25 (28).

811 *BMVBS* (Hrsg.), PPP im öffentlichen Hochbau, Bd. II, Teilbd. 1, S. 3 f. Bei den beschriebenen Modellen handelt es sich jedoch lediglich um nicht zwingend vorgegebene und nicht abschließend empfohlene Modelle.

812 *BMVBS* (Hrsg.), PPP im öffentlichen Hochbau, Bd. II, Teilbd. 1, S. 3 ff.

813 Ausführlich zu den einzelnen Modellen: *BMVBS* (Hrsg.), PPP im öffentlichen Hochbau, Bd. II, Teilbd. 1, S. 76 ff.; *Schede/Pohlmann*, in: Weber/Schäfer/Hausmann/Alfen/Drömann (Hrsg.), Public Private Partnership, S. 102 (102 ff.); *Horn/Peters*, BB 2005, S. 2421 ff.; *Hoppenberg/Dinkhoff/Schäller*, in: BMVBS/DSGV (Hrsg.), PPP-Handbuch, S. 65 (74 ff.) jeweils mit Anwendungsempfehlungen; insbesondere zum Konzessionsmodell: *Schaffarzik*, SächsVBl. 2006, S. 225 (228 f.); *Bohne/Heinbuch*, NVwZ 2006, S. 489 ff.; zu Betreibermodellen: *Berkemann*, SächsVBl. 2002, S. 279 (283).

- Erwerbermodell

Merkmale und rechtliche Qualifikation	Risikoverteilung	Variations- und Ausgestaltungsmöglichkeit
Merkmale: • Planung, Herstellung Betrieb und Finanzierung des Projektgegenstands durch AN[814] • Nutzung des Projektgegenstands für die Dauer der Vertragslaufzeit durch AG[815] • AG zahlt in monatlichen oder jährlichen Raten Entgelt zur Refinanzierung aller Aufwendungen, Risikoaufschläge und des Gewinns des AN hinsichtlich aller Projektphasen • Vertragslaufzeit in der Regel zwischen 20 und 30 Jahren • Eigentum am Projektgegenstand verbleibt bis zum Ende der Betriebsphase bei AN und wird dann auf AG übertragen Rechtliche Qualifikation: • Typenkombinationsvertrag mit kauf-, werk- und dienstvertraglichen Elementen	• Planungs- (und damit regelmäßig auch Baugenehmigungs-), Herstellungs-, Betriebs- und Finanzierungsrisiken trägt grundsätzlich AN • AG trägt regelmäßig ab Abnahme (nach Herstellung des Projektgegenstands) die allgemeine Sach- und Preisgefahr • Ausgleich des Finanzierungsrisikos kann erfolgen, indem AN das Risiko sich ändernder Refinanzierungskonditionen am Kapitalmarkt trägt, AG das Risiko allgemeiner Preissteigerungen sowie der Änderung rechtlicher Rahmenbedingungen • AN trägt Risiko, den Projektgegenstand am Ende der Vertragslaufzeit in dem vertraglich festgelegten Zustand auf AG zu übertragen; das Risiko, den Projektgegenstand nach Ende der Vertragslaufzeit einer sinnvollen Nutzung zuzuführen, liegt bei AG	• AN kann Eigentümer oder Erbbauberechtigter des zu bebauenden Grundstücks, ggf. auch Eigentümer nur des Bauwerkes sein • Nutzungsrecht des AG und Betriebspflichten des AN können unterschiedlich geregelt werden • Verhältnis der jeweiligen Projektphasen zueinander und zum Entgelt kann flexibel gestaltet werden

Abb. 7: Erwerbermodell

814 AN soll hier für den privaten Projektpartner als Auftragnehmer stehen.
815 AG soll hier für den öffentlichen Projektpartner als Auftraggeber stehen.

- Leasingmodell

Merkmale und rechtliche Qualifikation	Risikoverteilung	Variations- und Ausgestaltungsmöglichkeit
Merkmale: • Zurverfügungstellung, Betrieb und Finanzierung des Projektgegenstands durch AN • Nutzung des Projektgegenstands für die Dauer der Vertragslaufzeit durch AG • AG zahlt in monatlichen oder jährlichen Raten Entgelt zur Refinanzierung aller Aufwendungen, Risikoaufschläge und des Gewinns des AN hinsichtlich aller Projektphasen; dabei wird der auf die Planungs- und Herstellungsphase entfallende Anteil nach dem Teilamortisierungsprinzip auf die Differenz zwischen der Gesamtinvestition und dem kalkuliertem Restwert berechnet • Vertragslaufzeit je nach Einzelfall bis zu 30 Jahren • Eigentum am Projektgegenstand verbleibt bis zum Ende der Betriebsphase zunächst bei AN, AG erhält jedoch eine Option auf Vertragsverlängerung oder Erwerb des Gegenstands zu einem kalkulierten Restpreis Rechtliche Qualifikation: • Typenkombinationsvertrag mit miet-, werk-, dienst- und ggf. kaufvertraglichen Elementen	• Zurverfügungstellungs-, Betriebs- und Finanzierungsrisiken trägt grundsätzlich AN; AG trägt das Risiko der Durchsetzung an ihn vom AN abgetretener Mängel-, Garantie- und Schadensersatzansprüche gegenüber den vom AN verschiedenen Herstellern und Lieferanten, AN haftet AG insoweit nur subsidiär • AG trägt bei Mobilienleasing regelmäßig ab Abnahme (nach Herstellung des Projektgegenstandes) die allgemeine Sach- und Preisgefahr, bei Immobilienleasing trägt diese AN • AN trägt Risiko, den Projektgegenstand am Ende der Vertragslaufzeit zu seinem kalkulierten Restwert an AG zu veräußern – insoweit trägt er auch das Risiko der Bonität des AG am Ende der Vertragslaufzeit - bzw. ihn andernfalls einer wirtschaftlich sinnvollen Nutzung zuzuführen	• AN kann Eigentümer oder Erbbauberechtigter des zu bebauenden Grundstücks, ggf. auch Eigentümer nur des Bauwerks sein • Nutzungsrecht des AG und Betriebspflichten des AN können unterschiedlich geregelt werden • Durch »Sale-and-lease-back«-Verfahren[816] lassen sich auch vom AG errichtete bzw. jedenfalls in seinem Eigentum stehende Objekte kurzfristig in Kapital umsetzen und in langfristige ÖPP-Finanzierungen umgestalten

Abb. 8: Leasingmodell

816 Ein solches »Sale-and-lease-back«-Verfahren ist dadurch gekennzeichnet, dass der Leasingnehmer – hier AG - zunächst Eigentümer des Leasinggegenstands - hier des Projektgegenstands - wird bzw. ist und es an den Leasinggeber - hier AN - verkauft und übereignet, um es sodann sofort von dem Leasinggeber wieder zurückzuleasen (*BGH*, NJW 1990, S. 829 [831]).

- Vermietungsmodell

Merkmale und rechtliche Qualifikation	Risikoverteilung	Variations- und Ausgestaltungsmöglichkeit
Merkmale: • Zurverfügungstellung, Betrieb und Finanzierung des Projektgegenstands durch AN • Nutzung des Projektgegenstands für die Dauer der Vertragslaufzeit durch AG • AG zahlt in monatlichen oder jährlichen Raten Entgelt regelmäßig in Höhe des Marktpreises für die Vermietung eines nach Art, Qualifikation, Ausstattung, Größe und Lage vergleichbaren Projektgegenstands • Vertragslaufzeit je nach Einzelfall bis zu 30 Jahren • Eigentum am Projektgegenstand verbleibt bis zum Ende der Betriebsphase bei AN, AG kann jedoch eine Option auf Vertragsverlängerung oder Erwerb des Gegenstandes zu dem dann vorliegenden Verkehrswert erhalten Rechtliche Qualifikation: • Typenkombinationsvertrag mit miet-, dienst- und ggf. kaufvertraglichen Elementen	• Zurverfügungstellungs-, Betriebs- und Finanzierungsrisiken trägt AN • AN trägt die allgemeine Sach- und Preisgefahr das Bonitätsrisiko der von ihm mit der Errichtung beauftragten Lieferanten und Bauunternehmen • AN trägt Risiko einer wirtschaftlichen Verwertung des Projektgegenstands nach dem Ende der Betriebsphase; erst wenn AG von einer etwaigen Kaufoption Gebrauch macht, geht dieses Verwertungsrisiko auf ihn über	• AN kann Eigentümer oder Erbbauberechtigter des zu bebauenden Grundstücks, ggf. auch Eigentümer nur des Bauwerks sein • Nutzungsrecht des AG und Betriebspflichten des AN können unterschiedlich geregelt werden

Abb. 9: Vermietungsmodell

- Inhabermodell

Merkmale und rechtliche Qualifikation	Risikoverteilung	Variations- und Ausgestaltungsmöglichkeit
Merkmale: • Planung, Herstellung, Betrieb und Finanzierung des Projektgegenstands durch AN, wobei die Planungs- und Herstellungsleistungen auch die nur teilweise Neuerrichtung von Bauwerken oder die Durchführung von Sanierungsarbeiten an den bereits auf dem Grundstück des AG befindlichen Bauwerken zum Gegenstand haben können • Eigentums- und Nutzungsverschaffung an AG durch AN bereits zu Beginn der Vertragslaufzeit • Nutzung des Projektgegenstands für die Dauer der Vertragslaufzeit durch AG, wobei AG die Nutzung aber bereits aufgrund seiner Eigentümerstellung zusteht • AG zahlt in monatlichen oder jährlichen Raten Entgelt für die Refinanzierung aller Aufwendungen des AN nebst Risikoaufschlägen und Gewinn des AN während aller Projektphasen • Vertragslaufzeit je nach Einzelfall bis zu 30 Jahren • Da das Eigentum am Projektgegenstand bereits zu Beginn der Vertragslaufzeit oder mit Einbau übertragen wird, ist am Ende der Vertragslaufzeit keine Übertragung mehr erforderlich bzw. möglich Rechtliche Qualifikation: • Typenkombinationsvertrag mit werk-, werklieferungs-, dienst- und ggf. kaufvertraglichen Elementen	• Planungs- (und damit regelmäßig auch Baugenehmigungs-), Herstellungs-, Sanierungs-, Betriebs- und Finanzierungsrisiken trägt grundsätzlich AN • AG trägt regelmäßig ab Abnahme (nach Herstellung des Projektgegenstands) die allgemeine Sach- und Preisgefahr • Ausgleich des Finanzierungsrisikos kann erfolgen, indem AN das Risiko sich ändernder Refinanzierungskonditionen am Kapitalmarkt trägt, AG das Risiko allgemeiner Preissteigerungen sowie der Änderung rechtlicher Rahmenbedingungen • AG trägt Risiko, den Projektgegenstand nach Ende der Vertragslaufzeit einer sinnvollen Nutzung zuzuführen	• AG kann Eigentümer des Grundstücks, AN kann Eigentümer des Gebäudes, Erbbauberechtigter oder Nießbrauchsberechtigter sein • Nutzungsrecht des AG und Betriebspflichten des AN können unterschiedlich geregelt werden

Abb. 10: Inhabermodell

- Contractingmodell

Merkmale und rechtliche Qualifikation	Risikoverteilung	Variations- und Ausgestaltungsmöglichkeit
Merkmale: • Auslagerung von technischen Ver- und Entsorgungsleistungen[817] durch AG • Übernahme der Planung, Errichtung, Finanzierung, Optimierung und des Betriebs der technischen Anlagen für ein im Eigentum des AG stehendes Gebäude im Rahmen der Gebäudebewirtschaftung durch AN • AG zahlt zur Abdeckung der Kosten des AN für Planung, Herstellung, Betrieb und Finanzierung der technischen Anlagen, ggf. auch für den Energieverbrauch Entgelt an AN; dabei sollen AG im Idealfall durch den Einbau neuer energiesparender Technologien im Vergleich zu seinen bisherigen Aufwendungen für den Energieverbrauch keine Mehrkosten entstehen • Vertragslaufzeit je nach Einzelfall bis zu 15 Jahren • Eigentum an den von AN (ein-) gebauten Anlagen geht mit dem Einbau auf AG als Grundstückseigentümer über; AG ist gleichwohl während der Betriebsphase vertraglich von der Nutzung der Anlagen ausgeschlossen Rechtliche Qualifikation: • Typenkombinationsvertrag mit werk-, dienst- und ggf. kaufvertrag-lichen Elementen	• AN trägt Planungs-, Herstellungs-, Betriebs-, Finanzierungs- und Optimierungsrisiko • Ausgleich des Finanzierungsrisikos kann erfolgen, indem AN von ihm nicht beeinflussbare oder beherrschbare Risiken, die sich für AN unmittelbar nachteilig auswirken (wie bspw. unvorhersehbare Energiepreissenkungen), nicht zu tragen hat; AG trägt dann insoweit das Preisrisiko • AG trägt nach Ablauf der Vertragslaufzeit das Verwertungsrisiko	• AG kann Grundstückseigentümer sein; AN kann Erbbauberechtigter sein oder auch Eigentümer der technischen Anlagen; im letzteren Falle kann sich die Einräumung einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit zugunsten des AN empfehlen, um ihm jederzeit den Zutritt zu seinem Eigentum zu ermöglichen; außerdem wird AN – je nach Vorstellung der Parteien - für das Ende der Vertragslaufzeit zur Beseitigung der technischen Anlagen auf seine Kosten zu verpflichten sein • Betreiberpflichten des AN und Nutzungsrechte des AG können individuell geregelt werden

Abb. 11: Contractingmodell

817 Dieses Modell findet häufig im Bereich der Energie- und Wärmeversorgung Anwendung.

- Konzessionsmodell

Merkmale und rechtliche Qualifikation	Risikoverteilung	Variations- und Ausgestaltungsmöglichkeit
Merkmale: • Besondere Kooperationsvariante in Gestalt der Drittnutzerfinanzierung • Nutzer des Projektgegenstands ist nicht AG selbst, sondern ein Dritter • Je nachdem, ob Gegenstand des Projekts die Errichtung eines Gebäudes/einer Anlage oder die Erbringung einer Dienstleistung ist, unterscheidet man zwischen Bau- und Dienstleistungskonzession • AN erhält als Gegenleistung das Recht, seine Investitions- und Betriebskosten nebst Risikozuschlägen und seinen Gewinn durch die Erhebung von Nutzungsentgelten zu decken, die Dritte für die Benutzung der Einrichtung zu entrichten haben Rechtliche Qualifikation: • Je nach Gegenstand und Ausgestaltung des Vertrags öffentlich-rechtlicher oder zivilrechtlicher Vertrag	• AN trägt Nutzer- und damit Finanzierungsrisiko; AG kann dieses Risiko abfedern, indem er AN durch Zuzahlungen[818] unterstützt	

Abb. 12: Konzessionsmodell

818 Bspw. über Anschubfinanzierungen oder Nutzungsausfallgarantien.

- Gesellschaftsmodell

Merkmale und rechtliche Qualifikation	Risikoverteilung	Variations- und Ausgestaltungsmöglichkeit
Merkmale: • Besondere Kooperationsvariante in Gestalt einer direkten oder indirekten gesellschaftsrechtlichen Beteiligung des AG an der mit der Planung, der Errichtung, der Finanzierung, dem Betrieb und der Eigentumsübertragung befassten Projektgesellschaft Rechtliche Qualifikation: • Zivilrechtlicher Vertrag		• Grundsätzlich sind sämtliche gesellschaftsrechtlichen Beteiligungsformen denkbar

Abb. 13: Gesellschaftsmodell

5. Rechtliche Rahmenbedingungen

Die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Zulässigkeit und die Ausgestaltung von Öffentlich Privaten Partnerschaften werden - außer durch das Europarecht (a) und die Verfassung (b) - insbesondere durch die einfachgesetzlichen Vorgaben (c) des Haushaltsrechts (aa), des Vergaberechts (bb), des Kommunalrechts (cc) sowie schließlich des Arbeitsrechts (dd) bestimmt.

a) Europarecht

Auch auf europäischer Ebene hat man inzwischen erkannt, dass es häufig sinnvoll ist, zur Verwirklichung von mehr Wachstum Öffentlich Private Partnerschaften einzusetzen und ihre Anwendung sowohl auf Unionsebene als auch auf der Ebene der Mitgliedstaaten zu fördern. Vor allem, wenn es um Investitionen in Infrastrukturprojekte sowie in Innovation,

Forschung und Entwicklung geht, wird der Nutzung von Modellen Öffentlich Privater Partnerschaften ein gemeinschaftsförderlicher Nutzen beigemessen.

Bislang gibt es im Unionsrecht kein besonderes System bzw. keinen speziellen Rechtsrahmen für Öffentlich Private Partnerschaften. Maßgeblich für eine Öffentlich Private Partnerschaft ist daher zunächst immer das Recht des jeweiligen Mitgliedstaates. Jedes Projekt muss sich außerdem und vorrangig[819] am allgemeinen und am sektorenspezifischen Unionsrecht messen lassen. Hierzu gehören die (primären) Grundsätze des EUV bzw. des AEUV sowie das jeweils einschlägige Sekundärrecht.

Vor einigen Jahren hat die EK ein Grünbuch zu Öffentlich-Privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen[820] mit dem Ziel vorgelegt, eine Diskussion zur Vorbereitung eines Richtlinienvorschlages zur einheitlichen Regulierung von Konzessionen und anderen Formen von Öffentlich Privaten Partnerschaften anzustoßen.

---

819 S. zum Anwendungsvorrang des Unionsrechts oben Teil 2, A, I, 1.

820 *EK*, Öffentlich-Private Partnerschaften und gemeinschaftliche Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, Grünbuch vom 30.04.2004, KOM (2004) 327 ff. Zu dem Vorschlag liegen inzwischen verschiedene Stellungnahmen vor (vgl. bspw. die Stellungnahme des *Europäischen Ausschusses der Regionen* vom 17./18.11.2004, ABl. C 71, S. 19 ff., und die *Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses* vom 27./28.10.2004, ABl. C 120, S. 103 ff.). Der *Ausschuss der Regionen* und der *Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss* begrüßen zwar grundsätzlich, dass die *EK* die Entwicklung Öffentlich Privater Partnerschaften auf europäischer Ebene fördern will. Sie sind jedoch der Auffassung, dass insoweit zunächst noch viel Grundlagenarbeit zu leisten ist: So fehle es z. Bsp. bislang an klaren Begrifflichkeiten genauso wie an einer Bestandsaufnahme des entsprechenden Entwicklungsstands in den einzelnen Mitgliedsländern. Auch soll zu Gunsten flexibler Handlungsmöglichkeiten der Akteure in diesem Bereich eine (frühzeitige) Überregulierung vermieden werden. Eine enge Verknüpfung mit den allgemeinen, für die Vergabe öffentlicher Aufträge geltenden Regelungen werde abgelehnt. Insgesamt wird vorgeschlagen, mit dem Erlass der avisierten Richtlinie jedenfalls solange abzuwarten, bis die Entwicklung Öffentlich Privater Partnerschaften in den Mitgliedstaaten über einen ausreichend langen Zeitraum beobachtet und überdies Auslegungs- und Abgrenzungsfragen beantwortet seien.

b) Verfassungsrecht

Gem. Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG hat der Staat für eine gerechte Sozialordnung zu sorgen und die soziale Sicherheit durch Bereitstellung von Leistungen und Einrichtungen zur Versorgung der Bevölkerung in wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Hinsicht zu gewährleisten.[821] Wie der Staat die Aufgaben der Daseinsvorsorge im Einzelfall erledigt - also auch, ob er sie durch eigene Einrichtungen oder aber durch Private erledigen lässt -, steht in seinem Ermessen.[822] Allerdings trifft den Staat im Falle der Erbringung derartiger Leistungen durch Private eine Gewährleistungsverpflichtung für die ordnungsgemäße Aufgabenerledigung.[823] In diesem Rahmen steht das Sozialstaatsprinzip einer Zusammenarbeit von öffentlicher Hand und Privaten regelmäßig offen gegenüber und wirkt nicht privatisierungsbeschränkend.[824]

Art. 20 Abs. 2 GG verlangt für jegliche Ausübung staatlicher Gewalt eine - auf demokratische Art und Weise zustande gekommene - Rechtsgrundlage. Soweit Private an der Ausübung von Staatsgewalt mitwirken, so ist dies mit dem Demokratieprinzip nur vereinbar, wenn die notwendige demokratische Legitimation ausreichend gewährleistet ist - und zwar sowohl in personeller als auch in institutioneller, funktioneller sowie sachlich-inhaltlicher Hinsicht.[825] Auch beim Einsatz Privater zur Erledigung staatlicher Aufgaben ist dem Demokratieprinzip zu genügen, solange der staatliche Charakter der Aufgabenerledigung erhalten bleibt. Der Staat hat dann für die Installation entsprechender Einfluss-, Steuerungs- und Kontrollmechanismen zu sorgen.[826] Werden diese Vorgaben bei der Ausge-

---

821 *BVerfG*E 22, S. 180 (204).
822 *BVerfG*E 22, S. 180 (204).
823 S. hierzu u. a. oben Teil 3, D, II.
824 Am Beispiel der Übertragung von Bau, Erhaltung, Betrieb und Finanzierung von Bundesfernstraßen auf Private: *Reidt*, NVwZ 1996, S. 1156 (1157 f.); am Beispiel von Privatisierungen im Bereich des Strafvollzugs: *Kulas*, Privatisierung hoheitlicher Verwaltung, S. 83 ff. m. w. N.
825 *BVerfG*E 93, S. 37 (66 f.); 83, S. 60 (72 f.).
826 *Schäfer/Thiersch*, in: Weber/Schäfer/Hausmann/Alfen/Drömann (Hrsg.), Public Private Partnership, S. 85 (86 ff.).

staltung einer Öffentlich Privaten Partnerschaft berücksichtigt, steht auch das Demokratieprinzip einer Zusammenarbeit zwischen der öffentlichen Hand und Privaten regelmäßig nicht entgegen.[827]

Nach den Grundsätzen des Vorrangs[828] und des Vorbehalts[829] des Gesetzes bedürfen alle wesentlichen[830] Entscheidungen der Exekutive einer gesetzlichen Grundlage, an die die Verwaltung gebunden ist. Im Rahmen von Öffentlich Privaten Partnerschaften ist eine gesetzliche Grundlage und ein auf dieser basierendes Verwaltungshandeln jedenfalls immer dann erforderlich, wenn Private an staatlichen Hoheitsträgern beteiligt oder mit hoheitsrechtlichen Befugnissen ausgestattet werden.[831]

Hinsichtlich solcher Projekte Öffentlich Privater Partnerschaften, bei denen Privaten die Ausübung hoheitlicher Befugnisse eingeräumt werden soll, ist außerdem der beamtenrechtliche Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG zu beachten, wonach die Ausübung hoheitlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Berufsbeamten zu übertragen ist. Damit wirkt der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG grundsätzlich erst einmal privatisierungsbeschränkend. In sachlich begründeten Ausnahmefällen sind aber Abweichungen von der regelmäßigen Aufgabenwahrneh-

827 *Schäfer/Thiersch*, in: Weber/Schäfer/Hausmann/Alfen/Drömann (Hrsg.), Public Private Partnership, S. 85 (90); am Beispiel der Übertragung von Bau, Erhaltung, Betrieb und Finanzierung von Bundesfernstraßen auf Private: *Reidt*, NVwZ 1996, S. 1156 (1158 f.); am Beispiel von Privatisierungen im Bereich des Strafvollzugs: *Kulas*, Privatisierung hoheitlicher Verwaltung, S. 81 ff. m. w. N.

828 Das Gebot des Vorrangs des Gesetzes hat seine Grundlage in Art. 20 Abs. 3 GG. Es gibt der vollziehenden Gewalt die Beachtung von Verfassungsrecht, förmlichen Gesetzen, Rechtsverordnungen, autonomen Satzungen, Gewohnheitsrecht sowie unmittelbar anwendbarem Europarecht vor (vgl. *BVerfG*E 78, S. 214 [227]).

829 Das Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes wird ebenfalls aus Art. 20 Abs. 3 GG hergeleitet (*BVerfG*E 40, S. 237 [248 f.]). Danach hat exekutives Handeln zu unterbleiben, wenn es keine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage hierfür gibt (*Sodan/Ziekow*, Grundkurs öffentliches Recht, S. 61 f.).

830 Vgl. zur so genannten Wesentlichkeitstheorie des *BVerfG*E: E 49, S. 89 (126); 80, S. 124 (132).

831 *Schäfer/Thiersch*, in: Weber/Schäfer/Hausmann/Alfen/Drömann (Hrsg.), Public Private Partnership, S. 85 (91 f.); am Beispiel von Privatisierungen im Bereich des Strafvollzugs: *Kulas*, Privatisierung hoheitlicher Verwaltung, S. 70 ff. m. w. N.

mung durch Beamte zulässig. Das Spektrum dieser sachlichen Gründe ist weit. Hierzu lassen sich bspw. Flexibilität, Dezentralisierung, private Finanzkraft sowie privates sachliches und personelles Know-how zählen.[832]

Bestimmte Aufgabenbereiche sind ferner nach dem GG ausdrücklich der bundeseigenen Verwaltung zugewiesen. In Art. 87 ff. GG finden sich Organisationsvorschriften für die Verwaltung des Bundes. Die dort genannten Sachmaterien darf der Bund der obligatorischen ausschließlichen Bundesverwaltung nicht gänzlich entziehen. Vielmehr muss er in diesen Bereichen selbst und zwar unter Verwendung der Organisationsform der bundeseigenen Verwaltung mit eigenem Verwaltungsunterbau tätig werden. Privatisierungsmaßnahmen sind im Rahmen der ausschließlichen bundeseigenen Verwaltung zum Teil ausdrücklich[833], überwiegend aber nur beschränkt und nur außerhalb des Kernbereichs der jeweiligen Bundesmaterie zulässig.[834]

Schranken für Öffentlich Private Partnerschaften können sich zudem aus der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG ergeben.[835] Vereinzelt wird schließlich davon ausgegangen, dass sich auch aus der Sozialisierungsermächtigung des Art. 15 GG oder aus anderen Grundrechten Privatisierungsbeschränkungen ergeben können.[836]

---

832 *Schäfer/Thiersch*, in: Weber/Schäfer/Hausmann/Alfen/Drömann (Hrsg.), Public Private Partnership, S. 85 (93 ff.); *Altenhofen*, in: Meyer-Hofmann/Riemenschneider/Weihrauch (Hrsg.), Public Private Partnership, S. 131 (132 ff.) m. w. N.; am Beispiel der Übertragung von Bau, Erhaltung, Betrieb und Finanzierung von Bundesfernstraßen auf Private: *Reidt*, NVwZ 1996, S. 1156 (1159 f.); am Beispiel von Privatisierungen im Bereich des Strafvollzugs: *Kulas*, Privatisierung hoheitlicher Verwaltung, S. 61 ff. m. w. N.; *BVerwG*, NVwZ 2006, S. 829 (830).

833 Vgl. bspw. Art. 87 d Abs. 1, 87 e Abs. 3 GG.

834 *Schäfer/Thiersch*, in: Weber/Schäfer/Hausmann/Alfen/Drömann (Hrsg.), Public Private Partnership, S. 85 (98 ff.) m. w. N.; am Beispiel von Privatisierungen im Bereich des Strafvollzugs: *Kulas*, Privatisierung hoheitlicher Verwaltung, S. 90 f. m. w. N.

835 S. hierzu bereits oben Teil 2, B, II, 1, c); Teil 3, D, I sowie unten Teil 3, E, I, 5, c), cc), (2).

836 Vgl. hier nur am Beispiel von Privatisierungen im Bereich des Strafvollzugs: *Kulas*, Privatisierung hoheitlicher Verwaltung, S. 91 ff. m. w. N.

c) Bundesrecht

aa) Haushaltsrecht

(1) Rechtsquellen

Dem öffentlichen Haushaltsrecht kommt im Rahmen einer Öffentlich Privaten Partnerschaft eine ganz wesentliche Bedeutung zu.[837] Haushaltsrecht ist Innenrecht. Die haushaltsrechtlichen Vorgaben sind durch den öffentlichen Partner zu beachten. Aber auch der private Partner tut gut daran, sich vorab mit den insoweit einschlägigen Normen eingängig zu befassen. Ein Verstoß gegen die Bestimmungen des Haushaltsrechts lässt zwar grundsätzlich die Wirksamkeit der Verträge zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Privaten unberührt, allerdings sind in diesem Falle Maßnahmen der zuständigen Aufsichtsbehörden zu erwarten, die das Projekt durchaus empfindlich stören können.[838]

---

837 Die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder sind mit Wirkung ab dem 01.01.2010 durch das Haushaltsgrundsätzemodernisierungsgesetz (HGrMoG) grundlegend geändert worden. Die Haushaltswirtschaft kann in ihrem Rechnungswesen nunmehr nach den Grundsätzen der staatlichen Doppik oder - wie bisher - kameral gestaltet werden. Im Gegensatz zu einem kameralistischen Haushalt, der in den Verwaltungs- und den Vermögenshaushalt aufgeteilt ist, besteht ein nach doppischen Grundsätzen aufgestellter Haushalt im Wesentlichen aus dem Ergebnisplan, dem Finanzplan und der Bilanz. Die Frage der Bilanzierung von Vermögenswerten richtet sich nach dem jeweiligen wirtschaftlichen Eigentum. Die folgenden Ausführungen basieren auf einer kameral ausgerichteten Haushaltswirtschaft. Vgl. ausführlich zum öffentlichen Haushaltsrecht mit Bezügen zu den einzelnen ÖPP-Vertragsmodellen: *Neumann/Szabados*, in: Weber/Schäfer/Hausmann/Alfen/Drömann (Hrsg.), Public Private Partnership, S. 157 (157 ff.); *BMVBS* (Hrsg.), PPP im öffentlichen Hochbau, Bd. II, Teilbd. 1, S. 146 ff.; sowie zur Abbildung Öffentlich Privater Partnerschaften nach doppischen Grundsätzen: *Hoppenberg/Dinkhoff/Schäller*, in: BMVBS/DSGV (Hrsg.), PPP-Handbuch, S. 65 (134 ff.); *Reuter/Polley*, NVwZ 2007, S. 1345 (1349 ff.).

838 *Müller-Wrede/Greb*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), ÖPP-Beschleunigungsgesetz, S. 181 (183).

Rechtsquellen des Haushaltsrechts sind vor allem:

Rechtsnorm	Anwender	Inhalt
GG/Landesverfassungen	Bund, Länder	Haushalts- und Wirtschaftsverfassungsrecht
HGrG[839]	Bund, Länder	Haushaltsgrundsätze
BHO[840]**/LHO**[841]	Bund, Länder	Aufstellung, Ausführung und Kontrolle des Haushaltsplans
KrO[842]**/GemO**	Kommunen	Haushalts- und Wirtschaftsverfassungsrecht
KrHVO/GemHVO	Kommunen	Aufstellung, Ausführung und Kontrolle des Haushaltsplans
Verwaltungsvorschriften	Bund, Länder und Kommunen	Praktische Anwendung des Haushaltsrechts
Haushaltsgesetz bzw. -satzung	Bund, Länder und Kommunen	Praktische Anwendung des Haushaltsrechts

Abb. 14: Rechtsquellen des Haushaltsrechts[843]

Am übersichtlichsten lassen sich die - auch im Rahmen von Öffentlich Privaten Partnerschaften zu beachtenden - haushaltsrechtlichen Vorgaben gegliedert nach dem Haushaltszyklus des öffentlichen Haushaltsrechts darstellen. Dieser umfasst die Phasen

- Aufstellung des Haushaltsplans,
- Haushaltsvollzug sowie
- Haushaltskontrolle durch die Rechnungshöfe.

839 Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder (HGrG).
840 Bundeshaushaltsordnung (BHO).
841 In Sachsen: Haushaltsordnung des Freistaates Sachsen (SäHO).
842 In Sachsen: Landkreisordnung für den Freistaat Sachsen (SächsLKrO).
843 Vgl. *Müller-Wrede/Greb*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), ÖPP-Beschleunigungsgesetz, S. 181 (182).

Der Haushaltsplan dient der konkreten Feststellung und Deckung des Finanzbedarfs, welcher zur Erfüllung der Aufgaben der jeweiligen Gebietskörperschaft im Bewilligungszeitraum voraussichtlich erforderlich sein wird (§ 2 S. 1 HGrG/§ 2 S. 1 BHO/LHO). In ihn sind alle erwarteten Einnahmen, voraussichtlichen Ausgaben und benötigten Verpflichtungsermächtigungen einzustellen (§ 8 Abs. 2 HGrG/§ 11 Abs. 2 BHO/LHO). Er stellt als Wirtschaftsplan und zugleich staatsleitender Hoheitsakt in Gesetzesform[844] die Grundlage für die Haushalts- und Wirtschaftsführung dar (§ 2 S. 2 HGrG/§ 2 S. 2 BHO/LHO). Für die Verwaltung ist er Ermächtigungsgrundlage dafür, Ausgaben zu leisten und Verpflichtungen einzugehen (§ 3 Abs. 2 HGrG/§ 3 Abs. 2 BHO/LHO).

(2) Aufstellung des Haushaltsplans

Bei der Aufstellung des Haushaltsplans muss die öffentliche Hand den verfahrens- und materiell-rechtlichen Anforderungen genügen, die aus

- dem Grundsatz der Finanzplanung,
- dem Prinzip der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit,
- den Genehmigungserfordernissen für bestimmte Geschäfte und
- den Vorgaben an die Darstellung der zu erwartenden Einnahmen und Ausgaben nebst der erforderlichen Verpflichtungsermächtigungen im Haushaltsplan

resultieren.[845]

Gem. § 2 S. 3 HGrG/§ 2 S. 3 BHO/LHO haben Bund und Länder bei ihrer Haushaltswirtschaft den Erfordernissen eines gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung zu tragen. Dies verpflichtet sie zu einer wirtschaftlich ausgewogenen mittel- und langfristigen Finanzplanung. Alle

844 *BVerfG*E 45, S. 1 (32); 79, S. 311 (328).
845 *BMVBS* (Hrsg.), PPP im öffentlichen Hochbau, Bd. II, Teilbd. I, S. 146.

Einnahmen haben grundsätzlich als Deckungsmittel für alle Ausgaben zu dienen (§ 7 S. 1 HGrG/§ 8 Abs. 1 BHO/LHO). Die Aufnahme von Krediten genauso wie die Übernahme von Bürgschaften, Garantien oder sonstigen Gewährleistungen bedürfen einer der Höhe nach bestimmbaren Ermächtigung durch Gesetz (§§ 13 Abs. 1, 23 Abs. 1 HGrG/§§ 18 Abs. 2, 39 Abs. 1 BHO/LHO).[846]

Im Rahmen der haushaltsrechtlichen Beurteilung einer Öffentlich Privaten Partnerschaft kommt deshalb der Frage, ob für die mit dem Projekt verbundenen staatlichen Ausgaben Kredite in Anspruch genommen wurden bzw. werden, eine bedeutende Rolle zu. Eine richtige Bewertung ist nicht nur Voraussetzung für die korrekte Darstellung der durch die öffentliche Hand zu erbringenden Leistungen im Haushaltsplan. Vielmehr besitzt sie zudem Relevanz für die rechtliche Bewertung dahingehend, ob die vorgesehenen öffentlichen Leistungen einer gesetzlichen Ermächtigung bedürfen.

Eine Legaldefinition des haushaltsrechtlichen Kreditbegriffs gibt es nicht. Regelmäßig wird unter der Aufnahme eines (Geld-) Kredits[847] die Begründung von Finanzschulden bzw. die Beschaffung von Geldmitteln, die nach einem bestimmten Zeitablauf - i. d. R. nebst Zins - zurückgezahlt werden müssen, verstanden.[848] Sie beruht meist auf einem schuldrechtlichen Vertrag zwischen dem Staat sowie einem Kreditgeber und dient der Finanzierung von Haushaltsaufgaben.[849] Im Gegensatz hierzu entsprechen Verwaltungsschulden Verbindlichkeiten des Staates, die aus seiner Geschäfts- und Verwaltungstätigkeit heraus entstehen und gerade nicht der Erzielung von Einnahmen dienen.[850] Letztere müssen immer von den Einnahmen des Staates gedeckt sein. Hierzu gehören z. Bsp. Primär- oder

846 Gesetzesvorbehalt für die jährliche Bruttoneuverschuldung.
847 Im Unterschied zum Warenkredit.
848 *Kube,* in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen/Klein (Hrsg.), GG, Art. 115, Rn. 68; *Jahndorf,* NVwZ 2001, S. 620 (621).
849 *Jahndorf,* NVwZ 2001, S. 620 (621).
850 *Kube,* in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen/Klein (Hrsg.), GG, Art. 115, Rn. 70; *Jahndorf,* NVwZ 2001, S. 620 (621).

Sekundärverbindlichkeiten aus Kauf-, Werk-, Miet-, Dienst- oder Arbeitsverträgen.[851] Eine Kreditaufnahme durch Dritte wird dem Staat grundsätzlich nicht zugerechnet. Eine Ausnahme gilt etwa dann, wenn der Dritte auf Veranlassung des Staates einen Kredit aufnimmt, die Kreditmittel dem Staat zur Deckung von Haushaltsausgaben zu Gute kommen und der Staat die Tilgung übernimmt.[852]

Verbindlichkeiten der öffentlichen Hand im Rahmen von Öffentlich Privaten Partnerschaften sind hiernach regelmäßig nicht als Kredite im haushaltsrechtlichen Sinn zu bewerten, denn die Verpflichtung der öffentlichen Hand zur Zahlung schuldrechtlicher Entgelte entspricht einer Verwaltungsschuld.[853]

Ein weiterer wichtiger Grundsatz, der bei der Aufstellung des Haushaltsplans zu beachten ist, ist derjenige der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (§ 6 Abs. 1 HGrG/§ 7 Abs. 1 BHO/LHO). Zur Sicherstellung einer wirtschaftlichen und sparsamen Mittelverwendung sind für alle finanzwirksamen Maßnahmen angemessene Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durchzuführen, wobei die jeweilige Risikoverteilung besonders zu berücksichtigen ist. In den Haushaltsordnungen des Bundes und der Länder nebst den entsprechenden Verwaltungsvorschriften finden sich hierzu konkretisierende Regelungen. Aus dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit resultiert bspw. die Verpflichtung der Verwaltung zur Prüfung, ob und inwieweit staatliche Aufgaben durch Private erfüllt werden können (§ 7 Abs. 1 S. 2 BHO/LHO), genauso wie die Pflicht, Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen für größere

851 *Kube*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen/Klein (Hrsg.), GG, Art. 115, Rn. 70; *Neumann/Szabados*, in: Weber/Schäfer/Hausmann/Alfen/Drömann (Hrsg.), Public Private Partnership, S. 157 (158).

852 *BMVBS* (Hrsg.), PPP im öffentlichen Hochbau, Bd. II, Teilbd. I, S. 23 f.; *Jahndorf*, NVwZ 2001, S. 620 (621 f.).

853 *Neumann/Szabados*, in: Weber/Schäfer/Hausmann/Alfen/Drömann (Hrsg.), Public Private Partnership, S. 157 (163); zur Frage des Vorliegens einer staatlichen Kreditaufnahme: *BVerfG*, NVwZ 1999, S. 173 (174); *RhPfVerfGH*, NVwZ-RR 1998, S. 145 (147); *BerlVerfGH*, NVwZ-RR 2003, S. 537 (538 ff.).

Beschaffungen[854] erst dann im Haushaltsplan zu veranschlagen, wenn Planungen und Schätzungen zu den Kosten einschließlich der zukünftig jährlich zu erwartenden Haushaltsbelastung vorliegen (§ 24 Abs. 2 BHO/LHO).

Außerdem hat die eine Öffentlich Private Partnerschaft planende öffentliche Hand bei einem Erwerb oder einer Veräußerung von Vermögensgegenständen sowie bei einer Beteiligung an einem privatrechtlichen Unternehmen besonderen haushaltsrechtlichen Vorgaben zu entsprechen. Gem. §§ 63 f. BHO/LHO dürfen Vermögensgegenstände nur erworben werden, wenn sie zur Erfüllung der Aufgaben der öffentlichen Hand in absehbarer Zeit erforderlich sind. Veräußert werden dürfen Vermögensgegenstände nur, soweit sie zur Erfüllung dieser Aufgaben in absehbarer Zeit nicht mehr benötigt werden. Die Veräußerung darf nur zum vollen Wert des zu veräußernden Gegenstands erfolgen. § 63 Abs. 2 S. 2 BHO/LHO enthält Ausnahmen von diesen Vermögensveräußerungsvorgaben. Für zu erwerbende und zu veräußernde Grundstücke ist eine Wertermittlung nach den einschlägigen Wertermittlungsvorschriften vorzunehmen (§ 64 Abs. 3 BHO/LHO). Zudem ist das Zustimmungserfordernis für die Veräußerung und die dingliche Belastung von Grundstücken der öffentlichen Hand zu berücksichtigen. Für die Beteiligung der öffentlichen Hand an privatrechtlichen Unternehmen ist § 65 BHO/LHO zu beachten. Hiernach sollen derartige Beteiligungen nur eingegangen werden, wenn die im Einzelnen in § 65 Abs. 1 BHO/LHO aufgezählten Voraussetzungen vorliegen. Hinzu kommen auch hier verschiedene, einzuhaltende Zustimmungserfordernisse (vgl. § 65 Abs. 2 bis Abs.7 BHO/LHO).[855]

854 Welche Beschaffungen hierunter konkret fallen, ist in den Verwaltungsvorschriften zu den einschlägigen Haushaltsordnungen geregelt.

855 Ausführlicher zur Bedeutung der §§ 63 ff. BHO/LHO für die einzelnen Vertragsmodelle Öffentlich Privater Partnerschaften: *Neumann/Szabados,* in: Weber/Schäfer/Hausmann/Alfen/Drömann (Hrsg.), Public Private Partnership, S. 157 (172 ff.).

Schließlich muss die öffentliche Hand die im Hinblick auf die avisierte Öffentlich Private Partnerschaft erwarteten Einnahmen und Ausgaben nebst den erforderlichen Verpflichtungsermächtigungen[856] richtig im Haushaltsplan abbilden. Die §§ 8 ff. HGrG/§§ 11 ff. BHO/LHO - konkretisiert durch entsprechende Verwaltungsvorschriften - enthalten eine Vielzahl an Regelungen für die Veranschlagung von für das Haushaltsjahr erwarteten Ausgaben, Einnahmen und Verpflichtungsermächtigungen.[857]

(3) Haushaltsvollzug

An die Aufstellung und Feststellung (§ 1 S. 1 BHO/LHO) des Haushaltsplans schließt sich dessen Vollzug.

Die Realisierung des Projekts einer Öffentlich Privaten Partnerschaft erfordert sowohl haushalts-[858] als auch vergaberechtlich[859] regelmäßig die Durchführung eines Vergabeverfahrens. Dies verpflichtet die Verwaltung zur Vornahme (weiterer) Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen im Rahmen

- der Entscheidung, ob und welchem Bieter der Zuschlag zu gewähren ist,
- der begleitenden Erfolgskontrolle des Projekts und
- der abschließenden Erfolgskontrolle des Projekts.

Den Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen vor der Vergabe soll jeweils eine Analyse der Ausgangslage, des Handlungsbedarfs und der Ziele nebst relevanter Lösungsmöglichkeiten, der finanziellen Auswirkungen auf den Haushalt sowie der Eignung zur Erreichung der Ziele immanent sein. Die

856 Unter Verpflichtungsermächtigungen versteht man Ermächtigungen zum Eingehen von Verpflichtungen zur Leistung von Ausgaben in zukünftigen Haushaltsjahren (§ 5 HGrG/§ 6 BHO/LHO).

857 Ausführlicher zur Veranschlagung von Ausgaben, Einnahmen und Verpflichtungsermächtigungen im Haushaltsplan in Bezug auf die einzelnen Vertragsmodelle Öffentlich Privater Partnerschaften: *Neumann/Szabados*, in: Weber/Schäfer/Hausmann/Alfen/Drömann (Hrsg.), Public Private Partnership, S. 157 (176 ff.).

858 § 30 HGrG/§ 55 Abs. 1 BHO/LHO.

859 S. unten Teil 3, E, I, 5, c), bb).

Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen nach der Vergabe dienen jeweils der begleitenden und abschließenden Erfolgskontrolle.[860]

(4) Haushaltskontrolle durch die Rechnungshöfe

Schließlich kommen dem Bundesrechnungshof bzw. den Landesrechnungshöfen bei der Durchführung Öffentlich Privater Partnerschaften in bestimmten Fällen Prüfungsrechte zu. Hierzu gehören

- gegenseitige Verträge, in denen die Erbringung von Leistungen gegen Entgelt gegenüber der öffentlichen Hand vereinbart ist - wie Kauf-, Miet-, Pacht-, Werk- und Werklieferungsverträge [861] -,

- Beteiligungen der öffentlichen Hand an privatrechtlichen Unternehmen[862] sowie schließlich

- Zuwendungen der öffentlichen Hand, die nicht als Entgelt für eine Leistung anzusehen sind[863].

Regelmäßig bestehen die Prüfungsrechte der Rechnungshöfe nur bei dem öffentlichen Partner. Beim Vorliegen besonderer Voraussetzungen können allerdings auch Prüfungsrechte bei Stellen außerhalb der Verwaltung bestehen (§§ 43 ff. HGrG/§§ 91 ff. BHO/LHO). Geht es insbesondere um gesellschaftsrechtliche Beteiligungen der öffentlichen Hand an einem privatrechtlichen Unternehmen, so bestehen gesetzliche Rechte zur Prüfung bei dem privatrechtlichen Unternehmen i. d. R. nur, soweit die öffentliche Hand an diesem mehrheitlich beteiligt ist (§§ 53 f. HGrG/§§ 91 Abs. 1 Nr. 4, 104 Abs. 1 Nr. 2 BHO/LHO). Bei Minderheitsbeteiligungen der öffentlichen Hand an dem privatrechtlichen Unternehmen kommt es auf die jeweils in der Satzung hierzu getroffenen Vereinbarungen an. Auf die Einfügung solcher vertraglichen Bestimmungen soll

860 *Neumann/Szabados*, in: Weber/Schäfer/Hausmann/Alfen/Drömann (Hrsg.), Public Private Partnership, S. 157 (185 ff.).
861 § 9 der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen (PreisV).
862 §§ 44 Abs. 1, 53 f. HGrG, §§ 91 Abs. 1 Nr. 4, 104 Abs. 1 Nr. 2 bzw. Nr. 3 BHO/LHO.
863 § 43 Abs. 1 Nr. 3 HGrG, §§ 91 Abs. 1 Nr. 3, 104 Abs. 1 Nr. 1 bzw. Nr. 3 BHO/LHO.

die öffentliche Hand grundsätzlich hinwirken (§ 67 BHO/LHO). Gem. § 104 Abs. 1 Nr. 3 BHO/LHO können mit dem jeweiligen Rechnungshof auch gesonderte Vereinbarungen getroffen werden. Bedeutsam sind ferner die umfassenden Prüfungsrechte auch bei Stellen außerhalb der Verwaltung, soweit es um Zuwendungen im Sinne der § 14 HGrG/§ 23 BHO/LHO geht (§ 43 Abs. 1 Nr. 3 HGrG/§§ 91 Abs. 1 Nr. 3, 104 Abs. 1 Nr. 1 BHO/LHO).

Im Rahmen von Öffentlich Privaten Partnerschaften bestehen - mit Ausnahme bspw. einer öffentlichen Mehrheitsbeteiligung an der Projektgesellschaft oder aber wenn es um öffentliche Zuwendungen geht - zumeist keine besonderen Prüfungsrechte der Rechnungshöfe. Die vertragliche Vereinbarung derartiger Prüfungsrechte in der Satzung oder mit dem Rechnungshof kann aber durchaus zu empfehlen sein, wenn die Transparenz der Tätigkeit des privatrechtlichen Unternehmens oder der Verwendung öffentlicher Mittel und damit letztlich die Akzeptanz für das Projekt der Öffentlich Privaten Partnerschaft erhöht werden sollen. Gleiches gilt für Vorabprüfungen (§ 27 Abs. 2 BHO/LHO) oder Beratungen (§ 88 Abs. 2 BHO/LHO) durch die Rechnungshöfe.[864]

bb) Vergaberecht

(1) Rechtsquellen

Ganz wesentlich wird der rechtliche Rahmen Öffentlich Privater Partnerschaften von den Vorschriften des Vergaberechts bestimmt.[865]

---

864 *Neumann/Szabados*, in: Weber/Schäfer/Hausmann/Alfen/Drömann (Hrsg.), Public Private Partnership, S. 157 (191 f.).

865 Vgl. ausführlicher zum Vergaberecht mit Bezügen zu den einzelnen ÖPP-Vertragsmodellen: *Hausmann/Mutschler-Siebert*, in: Weber/Schäfer/Hausmann/Alfen/Drömann (Hrsg.), Public Private Partnership, S. 235 (235 ff.); *Grühn*, in: Meyer-Hofmann/Riemenschneider/Weihrauch (Hrsg.), Public Private Partnership, S. 172 (172 ff.); *BMVBS* (Hrsg.), PPP im öffentlichen Hochbau, Bd. II, Teilbd. 1, S. 281 ff; *BMVBS/FMNRW* (Hrsg.), PPP im Hochbau, S. 10 ff.; *Pols/Scherer-Leydecker*, in: BMVBS/DSGV (Hrsg.), PPP-Handbuch, S. 247 (249 ff.).

Das - richtlinienkonform anzuwendende - nationale Vergaberecht umfasst:

Rechtsnorm	Anwender	Inhalt
§§ 97 ff. GWB	Bund, Länder und Kommunen	Anwendungsbereich des Vergaberechts Grundsätze des Vergabeverfahrens Rechtsschutz vor den Vergabekammern und den Vergabesenaten
VgV[866]	Bund, Länder und Kommunen	Anwendbarkeit der Verdingungs- oder Vergabe- und Vertragsordnungen bzw. der SektorenVO
Verdingungsordnung bzw. Vergabe- und Vertragsordnung für Bau-, Liefer- und Dienstleistungen[867]	Bund, Länder und Kommunen	Ausgestaltung des Vergabeverfahrens
SektorenVO[868]	Sektorenauftraggeber	Ausgestaltung des Vergabeverfahrens

Abb. 15: Rechtsquellen des Vergaberechts

Der Anwendungsbereich des Vergaberechts ist immer dann eröffnet, wenn

- ein öffentlicher Auftraggeber (§ 98 GWB),
- sich - wirtschaftlich betrachtet - von einem Dritten Leistungen beschafft (§ 99 GWB) und
- der öffentliche Auftrag bestimmte Schwellenwerte erreicht (§§ 97 Abs. 6, 100 Abs. 1, 127 Abs. 1 Nr. 1 GWB i. V. m. § 2 VgV bzw. § 1 Abs. 2 SektorenVO i. V. m. Art. 16 RL 2004/17/EG).

866 Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV).

867 Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB), Teile A und B; Verdingungsordnung für Leistungen (VOL), Teile A und B; Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF).

868 Verordnung zur Neuregelung der für die Vergabe von Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung anzuwendenden Regeln (SektorenVO).

Regelmäßig beansprucht im Rahmen der Durchführung des Projekts einer Öffentlich Privaten Partnerschaft ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 98 GWB von einem Privaten entgeltlich Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen (§ 99 GWB), die nach dem Wert des jeweiligen (Gesamt-) Auftrags über den Schwellenwerten gem. §§ 97 Abs. 6, 100 Abs. 1, 127 Abs. 1 Nr. 1 GWB i. V. m. § 2 VgV bzw. § 1 Abs. 2 SektorenVO i. V. m. Art. 16 RL 2004/17/EG liegen.

(2) Öffentlicher Auftraggeber

Die Gesamtauftragserteilung im Rahmen von Projekten Öffentlich Privater Partnerschaften erfolgt meistens durch einen der drei klassischen öffentlichen Auftraggeber: Bund, Länder und Kommunen (§ 98 Nr. 1 GWB). Zu den öffentlichen Auftraggebern gehören daneben u. a. auch Privatrechtspersonen, die in bestimmten Sektoren - wie dem Elektrizitätsbereich - tätig sind und auf die die Öffentliche Hand einen beherrschenden Einfluss ausüben kann[869] (§ 98 Nr. 4 2. Alt. GWB i. V. m. Nr. 2 der Anlage zu § 98 Nr. 4 GWB).

(3) Öffentlicher Auftrag

Wesentliches Merkmal eines öffentlichen Auftrags ist ein auf die Nachfrage eines öffentlichen Auftraggebers gerichteter Beschaffungsbezug. Verträge, denen dieses Beschaffungselement fehlt[870], sind für sich genommen keine öffentlichen Aufträge. Allerdings muss vom Vorliegen eines öffentlichen Auftrags auch dann ausgegangen werden, wenn der Geschäftsvorgang funktional mit einem Beschaffungsvorgang verknüpft ist.[871]

Auch der Fall der öffentlichen Auftragsvergabe an ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen ist vom Vergaberecht nicht ausgenommen,

---

869 Sogenannte Sektorenauftraggeber. Diese haben - wie auch die öffentlichen Auftraggeber gem. § 98 Abs. 1 bis Abs. 3 GWB -, wenn sie im Zusammenhang mit Sektorentätigkeiten (vgl. Anhang 1, Teil A und B, zur SektorenVO) Aufträge vergeben, die Vorgaben der SektorenVO zu beachten (§ 1 Abs. 2 VgV/§§ 1 Abs. 1, 4 SektorenVO).

870 Wie bspw. Veräußerungen staatlicher Güter oder Vermietungen und Verpachtungen durch die öffentliche Hand.

871 *Müller/Brauser-Jung*, NVwZ 2007, S. 884 (884 ff.) m. w. N.

denn die Auftragserteilung an ein privates Unternehmen mit auch nur minderheitlich privater Beteiligung entspricht keiner vergabefreien In-house-Vergabe.[872] Erfolgt im Zusammenhang mit der Vergabe eines ausschreibungspflichtigen Auftrags an ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen die Gründung eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens, so handelt es sich aufgrund der vorzunehmenden vergaberechtlichen Gesamtbetrachtung um einen einheitlichen Beschaffungsvorgang, der insgesamt den Regelungen des Vergaberechts unterliegt.[873]

Fälle, in denen die Veräußerung öffentlicher Grundstücke an eine den Vorstellungen des öffentlichen Auftraggebers entsprechende Durchführung von Baumaßnahmen durch den privaten Erwerber gekoppelt sind, sind hingegen nicht dem Vergaberecht zu unterstellen, soweit dem öffentlichen Auftraggeber die Bauleistung nicht unmittelbar zugute kommt.[874]

Für die für die Bestimmung des einschlägigen Schwellenwerts und der anwendbaren Verdingungsordnung wichtige Klassifizierung des jeweiligen öffentlichen Auftrags als Liefer-, Bau- oder Dienstleistungsauftrag, als Baukonzession bzw. als Auslobungsverfahren, das zu einem Dienstleistungsauftrag führen soll, enthält § 99 Abs. 2 bis Abs. 7 GWB Legaldefinitionen. Projekte Öffentlich Privater Partnerschaften umfassen jedoch häufig Elemente verschiedener Leistungen. § 99 Abs. 8 GWB beinhaltet deshalb Regeln zur Abgrenzung derart typengemischter Aufträge.

Anders als Baukonzessionen, d. h. Verträge über die Durchführung eines Bauauftrags, bei dem die Gegenleistung für die Bauarbeiten statt in einem Entgelt (hauptsächlich) in dem befristeten Recht auf Nutzung der bauli-

872 *EuGH*, NVwZ 2005, S. 187 (190), nebst Kommentierung der Entscheidung bei: *Hausmann/Bultmann*, NVwZ 2005, S. 377 (377 ff.).

873 *Pols/Scherer-Leydecker*, in: BMVBS/DSGV (Hrsg.), PPP-Handbuch, S. 247 (252 f.).

874 Vgl. § 99 Abs. 3 GWB und i. Ü. *EuGH*, NVwZ 2010, S. 565 (566 ff.); *Kühling*, NVwZ 2010, S. 1257 ff.

chen Anlage besteht (§ 99 Abs. 6 GWB), sind Dienstleistungskonzessionen[875] nicht vergaberechtspflichtig.[876]

(4) Schwellenwerte

Vergaberechtlich relevant sind nur öffentliche Aufträge, deren Auftragswert die in § 2 VgV bzw. § 1 Abs. 2 SektorenVO i. V. m. Art. 16 RL 2004/17/EG festgelegten Schwellenwerte übersteigt. Wie die Berechnung des Auftragswerts zu erfolgen hat, ergibt sich aus § 3 VgV bzw. § 2 SektorenVO. Regelmäßig sind diese Schwellenwerte bei Ausschreibungen im Zusammenhang mit Projekten Öffentlich Privater Partnerschaften erreicht.

(5) Vergabeverfahren

§ 101 Abs. 1 GWB bezeichnet abschließend vier Arten von Vergabeverfahren, nach denen die Vergabe von öffentlichen Aufträgen oberhalb der Schwellenwerte zu erfolgen hat:

- das offene Verfahren,
- das nicht offene Verfahren,
- das Verhandlungsverfahren und
- den wettbewerblichen Dialog.

Diese Verfahrensarten sind in § 101 Abs. 2 bis Abs. 5 GWB legal definiert.

Im Rahmen Öffentlich Privater Partnerschaften wird sich häufig eine Vergabe im Wege des wettbewerblichen Dialogs (§ 101 Abs. 1 und Abs.

875 Dienstleistungskonzessionen entsprechen Verträgen über die Durchführung eines Dienstleistungsauftrags, bei dem die Gegenleistung für die Dienstleistung in der Einräumung von einem Nutzungsrecht besteht. Wesentliches Kriterium bei der Abgrenzung zwischen Dienstleistungsauftrag und Dienstleistungskonzession ist, wer das wirtschaftliche Risiko aus der Erbringung der Leistung trägt (*Pols/Scherer-Leydecker*, in: BMVBS/DSGV [Hrsg.], PPP-Handbuch, S. 247 [252]).

876 *Byok*, NVwZ 2009, S. 551 (553).

5 GWB) empfehlen, da Gegenstand Öffentlich Privater Partnerschaften regelmäßig komplexe Projekte sind.

Gem. § 101 Abs. 7 S. 1 GWB gilt für öffentliche Auftraggeber grundsätzlich der Vorrang des offenen Verfahrens. Sektorenauftraggeber können zwischen dem offenen Verfahren, dem nicht offenen Verfahren und dem Verhandlungsverfahren wählen (§ 101 Abs. 7 S. 2 GWB). Bei Auftragsvergaben im Zusammenhang mit Sektorentätigkeiten hat der öffentliche Auftraggeber die Auswahl zwischen dem offenen Verfahren, dem nicht offenen Verfahren mit Bekanntmachung, dem Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung sowie - in den Fällen des § 6 Abs. 2 SektorenVO - dem Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung. Der wettbewerbliche Dialog mag im Hinblick auf beschaffungsrelevante Projekte Öffentlich Privater Partnerschaften auf Grund ihrer Komplexität und Innovationsabhängigkeit zwar typischerweise ein geeignetes Vergabeverfahren darstellen, ein genereller Anwendungsvorrang kommt ihm allerdings nicht zu. Vielmehr gelangt dieses Verfahren nur bei beurteilungsfehlerfrei festgestelltem Vorliegen der Voraussetzungen eines wettbewerblichen Dialogs zur Anwendung.[877]

(6) Risiken fehlerhafter Auftragsvergabe

Die Nichtbeachtung der vergaberechtlichen Vorgaben kann von benachteiligten Bietern im Wege eines Nachprüfungsverfahrens - geregelt in §§ 102 ff. GWB - geltend gemacht werden.

Wurde der (vergabepflichtige) Auftrag ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens vergeben[878], so ist dieser schwebend unwirksam. Von Anfang an unwirksam wird der Vertrag dann, wenn die Unwirksamkeit in einem - innerhalb von 30 Kalendertagen ab Kenntnis des Verstoßes, jedoch nicht später als sechs Monate nach Vertragsschluss einzuleitenden - Nachprüfungsverfahren festgestellt worden ist (§ 101 b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 S. 1 GWB).

877 *Müller/Brauser-Jung*, NVwZ 2007, S. 884 (888 f.).
878 So genannte De-facto-Vergabe.

Schließlich können (fehlerhaft) nicht berücksichtigte Bieter mit reellen Chancen auf den Zuschlag nach Zuschlagserteilung oder aber nach rechtswidriger Aufhebung des Vergabeverfahrens Schadensersatzansprüche gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber geltend machen (§ 126 S. 1 GWB bzw. § 311 Abs. 2 BGB).

cc) Kommunalrecht

(1) Rechtsquellen

Projekten Öffentlich Privater Partnerschaften der Gemeinden und Landkreise[879] gibt außerdem das Kommunalrecht wesentliche Rahmenbedingungen vor.[880] Maßgebliche Bedeutung kommt hier folgenden Rechtsvorschriften zu: [881]

Rechtsnorm	Anwender	Inhalt
Art. 28 Abs. 2 S. 1 und S. 2 GG	Kommunen, Landkreise und ggf. bestimmte Rechtsformen kommunaler Zusammenarbeit[881]	Kommunale Selbstverwaltungsgarantie
KrO	Landkreise	Rechtsstellung, Aufgaben und Gebiet; Einwohner und Bürger; Verfassung, Verwaltung und Wirtschaft der Landkreise sowie die Aufsicht über diese

879 Der Übersichtlichkeit halber soll in dieser Arbeit nur der rechtliche Rahmen für Projekte Öffentlich Privater Partnerschaften auf kommunaler Ebene dargestellt werden. Für Öffentlich Private Partnerschaften der Landkreise gelten regelmäßig ähnliche Vorgaben.

880 Vgl. ausführlicher zum Kommunalrecht mit Bezügen zu den einzelnen Vertragsmodellen Öffentlich Privater Partnerschaften: *Schäfer/Karthaus*, in: Weber/Schäfer/Hausmann/Alfen/Drömann (Hrsg.), Public Private Partnership, S. 193 (193 ff.); *BMVBS* (Hrsg.), PPP im öffentlichen Hochbau, Bd. II, Teilbd. 1, S. 146 ff.

881 Landkreise und ggf. bestimmte Rechtsformen kommunaler Zusammenarbeit; letztere, soweit diese Gebietskörperschaften darstellen, entsprechen Gemeindeverbänden im Sinne des Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG (*Maunz*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen/Klein [Hrsg.], GG, Art. 28, Rn. 55).

GemO	Kommunen	Rechtsstellung, Aufgaben und Gebiet; Einwohner und Bürger; Verfassung, Verwaltung und Wirtschaft der Kommunen sowie die Aufsicht über diese
KommZG	Rechtsformen kommunaler Zusammenarbeit	Rechtsformen kommunaler Zusammenarbeit, deren Bildung, Aufgaben, Verfassung und Verwaltung; Wirtschafts- und Finanzverfassung; Aufhebung sowie die Aufsicht über diese
GemHVO	Kommunen, Landkreise und ggf. bestimmte Rechtsformen kommunaler Zusammenarbeit in entsprechender Anwendung	Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans

Abb. 16: Rechtsquellen des Kommunalrechts

(2) Vorbehalt kommunaler Aufgabenwahrnehmung

Wie bereits ausgeführt[882], gibt es Aufgabenbereiche, in denen einer Kooperation der öffentlichen Hand mit Privaten Grenzen gesetzt sind. Vor allem, wenn es um die Zulässigkeit von Öffentlich Privaten Partnerschaften auf kommunaler Ebene geht, ist vorab zu prüfen, ob die zu erledigende Aufgabe nicht etwa kommunaler Eigenwahrnehmung bzw. -erfüllung vorbehalten ist. Dies richtet sich danach, welcher Art von kommunalen Aufgaben die zu erledigende Aufgabe zuzuordnen ist und welche Vorgaben für eine Übertragung solcher Aufgaben zu beachten sind.[883]

(3) Anforderungen des kommunalen Haushaltsrechts

Projekte Öffentlich Privater Partnerschaften auf kommunaler Ebene müssen weiterhin den Vorgaben des kommunalen Haushaltsrechts genügen.

882 S. oben Teil 3, D.
883 S. oben Teil 2, B, II, 1, c).

Im Wesentlichen gelten hier zunächst die gleichen Grundsätze wie für Projekte Öffentlich Privater Partnerschaften des Bundes bzw. der Länder nach der BHO/LHO bzw. nach dem HGrG.[884] Teilweise enthalten die GemO bzw. die GemHVO aber besondere Vorgaben. Hierzu gehören die Vorschriften über Kreditaufnahmen (§ 82 SächsGemO), kreditähnliche Geschäfte, Sicherheiten, Bürgschaften und Gewährverträge (§ 83 SächsGemO), Erwerb und Veräußerung von Vermögen (§§ 89 ff. SächsGemO) sowie Verpflichtungsermächtigungen (§ 81 SächsGemO).

Nur sehr selten kommt es im Rahmen von Öffentlich Privaten Partnerschaften zu Kreditaufnahmen der öffentlichen Hand. Unter Kreditaufnahme ist hierbei die Aufnahme von Kapital durch die öffentliche Hand selbst bei Rückzahlungsverpflichtung von Dritten oder Sondervermögen durch Darlehensvertrag mit Ausnahme der Kassenkredite gemeint.[885]

Kreditähnliche Geschäfte, d. h. Geschäfte, die bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise in ihrer Wirkung einer Kreditaufnahme gleichkommen[886], liegen hingegen bei Projekten Öffentlich Privater Partnerschaften häufig vor. Sie unterliegen in nahezu allen Bundesländern dem Genehmigungsvorbehalt der Rechtsaufsichtsbehörde (§ 82 Abs. 5 S. 1 i. V. m. Abs. 2 und Abs. 3 SächsGemO). Voraussetzung für die Erteilung einer Genehmigung durch die Rechtsaufsichtsbehörde ist zum einen die Einhaltung einer geordneten Haushaltswirtschaft und zum anderen die Sicherstellung der dauernden Leistungsfähigkeit der Kommune. Was die Intensität der Prüfung der jeweiligen Rechtsaufsichtsbehörde anbelangt, so gibt es in den einzelnen Bundesländern Unterschiede. Zum Teil erfolgt eine Detailprüfung, teilweise wird aber auch nur auf Schlüssigkeit hin geprüft.[887]

---

884 S. oben Teil 3, E, I, 5, c), aa).

885 *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, S. 425; *RhPfVerfGH*, NVwZ-RR 1998, S. 145 (147); *Jahndorf,* NVwZ 2001, S. 620 (621).

886 *BGH*, NVwZ 2004, S. 763 (763) und ausführlicher zum Vorliegen eines kreditähnlichen Geschäftes: *Schäfer/Karthaus*, in: Weber/Schäfer/Hausmann/Alfen/Drömann (Hrsg.), Public Private Partnership, S. 193 (201 f.) m. w. N.

887 *Schäfer/Karthaus*, in: Weber/Schäfer/Hausmann/Alfen/Drömann (Hrsg.), Public Private Partnership, S. 193 (203).

Je nach gewähltem Modell der Öffentlich Privaten Partnerschaft bzw. je nach den Bedürfnissen der Vertragsparteien können sich die Gewährung von Sicherheiten, die Übernahme von Bürgschaften oder der Abschluss von Gewährverträgen durch die Kommune erforderlich machen bzw. anbieten. Auf diese Art und Weise kann sich etwa der Private die Bonität der Kommune zu Nutze machen, bspw. um bessere Kreditkonditionen zu erhalten. Sicherheiten, Bürgschaften oder Gewährverträge bzw. diesen gleichkommende Rechtsgeschäfte dürfen indes nur gewährt, übernommen oder abgeschlossen werden, wenn dies zur Erfüllung der Aufgaben der Kommune erforderlich ist (§ 83 SächsGemO). Regelmäßig ist auch in diesen Fällen eine Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde notwendig (§ 83 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 2, Abs. 3 SächsGemO).

Auch Vermögensveräußerungen, Nutzungsüberlassungen oder Vermögenserwerbe der Kommune unterliegen kommunalrechtlichen Beschränkungen. So darf die Kommune Vermögensgegenstände nur veräußern oder Dritten zur Nutzung überlassen, wenn sie diese nicht braucht und Gründe des Wohls der Allgemeinheit nicht entgegenstehen (§ 90 Abs. 1 S. 1 SächsGemO). Ein Veräußerungsverbot soll bspw. aber dann nicht bestehen, wenn die Veräußerung der günstigen Finanzierung einer Investitionsmaßnahme betreffend die Sanierung, die Modernisierung oder den Ausbau der jeweiligen Immobilie dient und letztere auch zukünftig der kommunalen Aufgabenerfüllung zur Verfügung steht.[888] Ein Vermögenserwerb ist nur dann zulässig, wenn dieser zur Erfüllung kommunaler Aufgaben erforderlich ist (§ 89 Abs. 2 SächsGemO). Insbesondere, wenn eine Kommune Grundstücke bzw. grundstücksgleiche Rechte oder Vermögensgegenstände unter ihrem Wert bzw. gar unentgeltlich veräußern bzw. zur Nutzung überlassen will, braucht sie eine Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde (§ 90 Abs. 3 Nr. 1 bzw. Nr. 2 SächsGemO). Grundsätzlich darf eine Kommune nämlich Vermögensgegenstände nur zum Verkehrswert abgeben bzw. zum marktüblichen Entgelt zur Nutzung überlassen (§

888 *Schäfer/Karthaus*, in: Weber/Schäfer/Hausmann/Alfen/Drömann (Hrsg.), Public Private Partnership, S. 193 (207).

90 Abs. 1 S. 2 SächsGemO).[889] Eine Ausnahme hiervon ist nur dann möglich, wenn die Kommune zum Ansetzen eines geringeren Werts entweder ausdrücklich gesetzlich ermächtigt ist oder wenn sie damit gemeindliche Aufgaben erfüllt.[890]

An die Veranschlagung und Einstellung von Projekten Öffentlich Privater Partnerschaften in den Haushaltsplan der Kommune bestehen je nach den Vorgaben der Länder unterschiedliche Anforderungen. Grundsätzlich müssen die finanziellen Verpflichtungen der Kommune im Rahmen einer Öffentlich Privaten Partnerschaft im Haushaltsplan der Kommune transparent ausgewiesen sein.[891] Ausweisen muss die Kommune insbesondere Ermächtigungen zu Verpflichtungen, Ausgaben in künftigen Jahren für Investitionen und Investitionsfördermaßnahmen tätigen zu wollen[892], und zur Aufnahme von Krediten[893], denn nur dann darf sie solche Verbindlichkeiten eingehen (§ 16 bzw. § 18 SäHO).

Schließlich ist zu beachten, dass der jeweilige Vertrag bis zur Erteilung erforderlicher Genehmigungen durch die Rechtsaufsichtsbehörde schwebend unwirksam ist. Sofern ein Vertrag keiner Genehmigung bedarf, diese aber bestandskräftig versagt wird, ist der Vertrag trotzdem wirksam.[894] Die rechtswidrige Versagung einer Genehmigung bzw. die Erteilung einer Genehmigung trotz Nichtvorliegens der Genehmigungsvoraussetzungen kann eine Amtspflichtverletzung der Rechtsaufsichtsbehörde darstellen,

---

889 Vgl. auch: *OVG Münster*, NJW 1983, S. 2517 (2518); *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, S. 450 f.

890 Vgl. die Ermächtigung zur Gewährung angemessener Nachlässe bei der Veräußerung von Eigentumswohnungen und Grundstücken zur Förderung der Bildung privaten Eigentums unter sozialen Gesichtspunkten in § 90 Abs. 1 S. 3 SächsGemO sowie *BayObLG*, NVwZ-RR 1996, S. 342 (343); *Sendler*, NJW 1999, S. 2233 f.; S. 2647 (2648); *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, S. 450 f.

891 Vgl. zur zutreffenden Veranschlagung und Einstellung der einzelnen Varianten Öffentlich Privater Partnerschaften in den Haushaltsplan: *Schäfer/Karthaus*, in: Weber/Schäfer/Hausmann/Alfen/Drömann (Hrsg.), Public Private Partnership, S. 193 (209 f.) sowie allgemein zum kommunalen Haushaltsplan: *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, S. 438 ff.

892 So genannte Verpflichtungsermächtigungen. Zur Definition dieses Begriffs s. oben Fn. 849.

893 S. zum haushaltsrechtlichen Kreditbegriff oben Teil 3, E, I, 5, c), aa).

894 *BGH*, NVwZ 2004, S. 763 (763).

die zu Schadensersatzansprüchen der Kommune führt.[895] Wird hingegen eine Genehmigung durch die Rechtsaufsichtsbehörde zu Recht verweigert, kann die Kommune dem privaten Partner unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragschluss haften, wenn sie diesen über das Erfordernis der Genehmigung nicht hinreichend aufgeklärt hat.[896]

(4) Anforderungen des kommunalen Unternehmensrechts

Bei Projekten Öffentlich Privater Partnerschaften, in deren Rahmen sich die öffentliche Hand an dem Privaten bzw. an der Projektgesellschaft beteiligt, sind zusätzlich die für kommunale Unternehmen einschlägigen Vorschriften der jeweiligen GemO zu berücksichtigen.[897]

Regelmäßig sehen die GemOen Anzeige- und/oder Genehmigungspflichten gegenüber der Rechtsaufsichtsbehörde vor (§§ 96 Abs. 6, 102 SächsGemO).

(5) Ausgestaltung von Anschluss- und Benutzungsverhältnissen

Weitere Besonderheiten gelten für Projekte Öffentlich Privater Partnerschaften, bei denen von den Drittnutzern Gebühren bzw. Entgelte erhoben werden, wie dies bspw. beim Konzessionsmodell[898] der Fall ist.

Der rechtliche Rahmen für das Benutzungsverhältnis mit dem Dritten - insbesondere derjenige für die Erhebung der Benutzungsgebühren bzw. -entgelte - richtet sich zum einen danach, ob das Benutzungsverhältnis zwischen dem Dritten auf der einen Seite und der Kommune, der gemischtwirtschaftlichen Projektgesellschaft oder dem Privaten auf der anderen Seite besteht und zum anderen danach, ob es öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ausgestaltet ist:

895 *BGH*, NJW 2003, S. 1318 f.; *von Mutius/Groth*, NJW 2003, S. 1278 ff.
896 *BGH*, NVwZ 2005, S. 484 (486).
897 S. oben Teil 1, B, III.
898 S. oben Teil 3, E, I, 4.

Träger der Einrichtung	Öffentlich-rechtliche Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses	Privatrechtliche Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses
Kommune	• Erhebung von Benutzungsgebühren auf der Grundlage einer Satzung nach den Grundsätzen des Kommunalabgabenrechts[899]	• Erhebung von Benutzungsentgelten auf vertraglicher Grundlage - regelmäßig unter Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen - nach zivilrechtlichen Grundsätzen • Zivilrechtsnormen werden durch die Bestimmungen des öffentlichen Rechts ergänzt, überlagert bzw. modifiziert[900] • Entgeltbestimmungen unterliegen der Billigkeitskontrolle gem. § 315 Abs. 3 BGB
Gemischtwirtschaftliches Unternehmen	• Voraussetzung: Kommune bleibt Trägerin der Einrichtung • Erhebung von Benutzungsgebühren auf der Grundlage einer Satzung nach den Grundsätzen des Kommunalabgabenrechts durch die Kommune • Bei der Erhebung der Benutzungsgebühren darf die Kommune das gemischtwirtschaftliche Unternehmen nur einsetzen, wenn die einschlägigen landesrechtlichen Vorschriften hierzu ermächtigen oder wenn sich die Kommune lediglich der (technischen) Unterstützung des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens bedient • Ausnahme: Beleihung des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens mit hoheitlichen Befugnissen, insbesondere mit dem Recht zur Gebührenerhebung	• soweit die Kommune beherrschenden Einfluss auf das Unternehmen hat[901]: • Erhebung von Benutzungsentgelten auf vertraglicher Grundlage – regelmäßig unter Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen - nach zivilrechtlichen Grundsätzen • Zivilrechtsnormen werden durch die Bestimmungen des öffentlichen Rechts ergänzt, überlagert bzw. modifiziert • Entgeltbestimmungen unterliegen der Billigkeitskontrolle gem. § 315 Abs. 3 BGB

Privater	• Voraussetzung: Kommune bleibt Trägerin der Einrichtung • Erhebung von Benutzungsgebühren auf der Grundlage einer Satzung nach den Grundsätzen des Kommunalabgabenrechts durch die Kommune • Bei der Erhebung der Benutzungsgebühren darf die Kommune den Privaten nur einbeziehen, wenn die einschlägigen landesrechtlichen Vorschriften hierzu ermächtigen oder wenn sich die Kommune lediglich der (technischen) Unterstützung des Privaten bedient • Ausnahme: Beleihung des Privaten mit hoheitlichen Befugnissen, insbesondere mit dem Recht zur Gebührenerhebung	• Erhebung von Benutzungsentgelten auf vertraglicher Grundlage – regelmäßig unter Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen - nach zivilrechtlichen Grundsätzen • Entgeltbestimmungen unterliegen der Billigkeitskontrolle gem. § 315 Abs. 3 BGB[902]

Abb. 17: Ausgestaltung von Anschluss- und Benutzungsverhältnissen

Durch Satzung kann die Kommune ihren Einwohnern den Anschluss an kommunale Einrichtungen der Daseinsvorsorge sowie deren Benutzung vorschreiben.[903] Solche Anschluss- und Benutzungszwänge können - je nach der Zweckbestimmung des geplanten Projekts einer Öffentlich Privaten Partnerschaft - auch nach der Überführung einer öffentlichen Einrichtung in ein Modell einer Öffentlich Privaten Partnerschaft in Betracht kommen bzw. beibehalten werden.[904] Voraussetzung ist, dass es

899 Zur Bemessung der Gebühren vgl.: *Schäfer/Karthaus*, in: Weber/Schäfer/Hausmann/Alfen/Drömann (Hrsg.), Public Private Partnership, S. 193 (224 ff.) m. w. N. und allgemein zur Kalkulation von Benutzungsgebühren: *Schulte/Wiesemann* u. a., in: Driehaus (Hrsg.), Kommunalabgabenrecht, § 6, Rn. 1 ff.

900 *BGHZ* 91, S. 84 (96).

901 *BGHZ* 91, S. 84 (97 f.).

902 *BGHZ* 115, S. 311 (316).

903 Vgl. zu den Voraussetzungen in Sachsen: § 14 SächsGemO.

904 Vgl. *OVG Münster*, NVwZ 1987, S. 727 ff.

sich weiterhin um eine öffentliche Einrichtung handelt und der Einfluss der Kommune auf deren Geschicke gesichert ist.[905]

dd) Arbeitsrecht

(1) Rechtsquellen

Mit der Planung, Vorbereitung und Durchführung des Projekts einer Öffentlich Privaten Partnerschaft wird häufig ein erhöhter Personalbedarf - regelmäßig des privaten Partners - verbunden sein. Bei der Einstellung neuen Personals hat der Private grundsätzlich den üblichen Anforderungen des allgemeinen Arbeitsrechts zu genügen. Spezielle personalrechtliche Probleme ergeben sich nur und vor allem dann, wenn der Private bzw. die gemeinsame Projektgesellschaft des Privaten und der öffentlichen Hand künftig Aufgaben erfüllen bzw. erledigen sollen, für die bislang Personal der öffentlichen Hand eingesetzt wurde. Die nachfolgenden Ausführungen sollen einen kurzen Überblick über geeignete und zulässige arbeits- bzw. beamtenrechtliche Gestaltungsvarianten im Rahmen Öffentlich Privater Partnerschaften geben.[906]

Als wesentlichste Rechtsgrundlagen, mittels derer die Gestaltung eines Personalübergangs auf den Privaten bzw. auf die gemischtwirtschaftliche Projektgesellschaft denkbar ist, kommen in Betracht:

905 *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, S. 389.

906 Vgl. ausführlicher zum Arbeitsrecht mit Bezügen zu den einzelnen ÖPP-Vertragsmodellen: *Schweibert/Benkert*, in: Weber/Schäfer/Hausmann/Alfen/Drömann (Hrsg.), Public Private Partnership, S. 393 (393 ff.); *Michels/Mävers*, in: Meyer-Hofmann/Riemenschneider/Weihrauch (Hrsg.), Public Private Partnership, S. 216 (216 ff.); *Hoppenberg/Dinkhoff/Schäller*, in: BMVBS/DSGV (Hrsg.), PPP-Handbuch, S. 65 (102 ff.).

Rechtsnorm	Anwender	Inhalt
§ 121 BRRG[907]	Bund, Länder und Kommunen in ihrer Eigenschaft als öffentlich-rechtlicher Dienstherr	Regelung der Dienstherrenfähigkeit
§ 29 Abs. 1 Nr. 2 BBG[908]/ § 20 Abs. 1 Nr. 2 BeamtStG/LBG	Bund, Länder und Kommunen in ihrer Eigenschaft als öffentlich-rechtlicher Dienstherr	Zuweisung eines Beamten
§ 13 SUrlVO[909]/LUrlVO	Bund, Länder und Kommunen in ihrer Eigenschaft als öffentlich-rechtlicher Dienstherr	Beurlaubung eines Beamten
§ 613 a I BGB	Bund, Länder und Kommunen in ihrer Eigenschaft als Arbeitgeber	Betriebsübergang
AÜG[910]	Bund, Länder und Kommunen in ihrer Eigenschaft als Arbeitgeber	Überlassung von Arbeitnehmern

Abb. 18: Rechtsquellen des Arbeitsrechts

In Anbetracht der unterschiedlichen rechtlichen Rahmenbedingungen für Beamte einerseits sowie für Arbeiter und Angestellte des öffentlichen Dienstes andererseits ist im Hinblick auf eine künftige Tätigkeit des Personals bei dem Privaten zwischen beiden Personengruppen zunächst grundlegend zu differenzieren.

(2) Übergang von Beamten

Prinzipiell fehlt es einem Privaten bzw. der Projektgesellschaft an der für die Beschäftigung von Beamten erforderlichen Dienstherrenfähigkeit.[911] Diese steht gem. § 121 BRRG grundsätzlich nur dem Bund, den Ländern,

907 Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts (BRRG).
908 Bundesbeamtengesetz (BBG).
909 Verordnung über den Sonderurlaub für Bundesbeamtinnen, Bundesbeamte, Richterinnen und Richter des Bundes (SUrlV).
910 Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (AÜG).
911 *BVerfG*, NJW 1959, S. 1171 (1173).

den Kommunen bzw. den Kommunalverbänden und besonderen Körperschaften, Anstalten bzw. Stiftungen des öffentlichen Rechts zu. Das geltende Recht gewährt nur einige wenige Varianten, einen Beamten bei der Projektgesellschaft zum Einsatz zu bringen.

Als verlässliche und geeignete Möglichkeiten dürfte nur eine Verwendung des Beamten in der Projektgesellschaft im Rahmen von Sonderurlaub oder im Wege einer Dienstleistungsüberlassung in Betracht kommen.

Während eines Sonderurlaubs wird der Beamte von seinem Dienstherrn beurlaubt, um dann mit der Projektgesellschaft einen privatrechtlichen Arbeitsvertrag zu schließen. Die Voraussetzungen richten sich nach § 13 SUrlVO/LUrlVO. Dem regelmäßig erforderlichen wichtigen Grund und den fehlenden entgegenstehenden dienstlichen Gründen wird durch das öffentliche Interesse, in dem die Realisierung des Projekts einer Öffentlich Privaten Partnerschaft i. d. R. erfolgt, genügt. Allerdings muss der betroffene Beamte mit einem solchen Prozedere einverstanden sein. Auch wird eine Beurlaubung nur für eine vorübergehende Tätigkeit des Beamten bei dem privaten Partner in Frage kommen.[912]

Durch einen Vertrag zwischen dem Dienstherrn und dem privaten Partner können darüber hinaus die Dienste des Beamten dem Privaten bzw. der Projektgesellschaft überlassen werden. Der Dienstherr verpflichtet sich in einem solchen Vertrag, bestimmte Tätigkeiten in der Projektgesellschaft durch seine Beamten zu erledigen. Der jeweilige Beamte seinerseits bleibt Bediensteter der öffentlichen Hand. Durch die Tätigkeit in der Projektgesellschaft erfüllt er seine Dienstpflichten gegenüber dem Dienstherren. Die Berechtigung des Dienstherrn, den Beamten anzuweisen, seine Dienste bei dem privaten Partner zu erbringen, folgt aus § 29 Abs. 1 Nr. 2 BBG/§ 20 Abs. 1 Nr. 2 BeamtStG/LBG.[913] Dass das Weisungsrecht bei der öffentlichen Hand verbleiben muss, macht die praktische Handhabung ei-

912 *Schweibert/Benkert*, in: Weber/Schäfer/Hausmann/Alfen/Drömann (Hrsg.), Public Private Partnership, S. 393 (398 f.).

913 *BVerwG*, NVwZ 1985, S. 197 (198 f.).

ner derartigen Dienstleistungsüberlassung zum Teil schwierig. Hier kann den Vertragspartnern nur eine sehr enge Zusammenarbeit empfohlen werden.[914]

(3) Übergang von Arbeitnehmern

Wesentlich einfacher und variationsreicher hingegen lässt sich die Überführung von Arbeitnehmern, die bislang für die öffentliche Hand tätig waren, auf ein privates Unternehmen gestalten. Folgende Varianten sind möglich:

Möglichkeit der Überführung	Formen	Voraussetzungen	Besonderheiten
Überleitung von Arbeitnehmern	• Überleitung kraft Gesetzes	• Ein Betriebsübergang im Sinne des § 613 a Abs. 1 BGB liegt vor, wenn die zugrunde liegende wirtschaftliche Einheit ihre Identität wahrt.[915] Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung ist dies regelmäßig der Fall, wenn	• Ist eine Überleitung des Personals gem. § 613 a Abs. 1 BGB vorgeschrieben, scheidet jede alternativ in Betracht kommende Lösungsmöglichkeit aus.[917] Die Zuschneidung bzw. Ausgestaltung des übergehenden Bereichs sollte möglichst frühzeitig erfolgen.

914 *Schweibert/Benkert*, in: Weber/Schäfer/Hausmann/Alfen/Drömann (Hrsg.), Public Private Partnership, S. 393 (399 f.).

915 *BAG*, EzA, § 613 a BGB, Nr. 149, S. 7 f.

916 *BAG*, EzA, § 613 a BGB, Nr. 151 S. 4 ff.; DB 2009, S. 739 (741). Dies gilt auch für den Übergang lediglich eines Betriebsteils durch Rechtsgeschäft auf einen neuen Inhaber. Hier kommt es darauf an, ob es sich um eine selbständig abtrennbare organisatorische Einheit handelt, in der innerhalb des betrieblichen Gesamtzwecks ein Teilzweck verfolgt wird, wozu eine Hilfsfunktion ausreichen kann (*BAG*, EzA § 613 a BGB, Nr. 209, S. 7 ff.; Nr. 210, S. 16 ff.).

917 Wegen seines Schutzzwecks entspricht § 613 a Abs. 1 BGB zwingend anzuwendendem Recht. Die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG umfasst auch das Recht des Arbeitnehmers auf freie Wahl seines Arbeitgebers. Dieses Recht wird bspw. verletzt, wenn einem Arbeitnehmer durch Gesetz ein anderer Arbeitgeber zugewiesen werden soll, ohne dass dem Arbeitnehmer ein Widerspruchsrecht entsprechend § 613 a Abs. 4 BGB eingeräumt wird (*BVerfG*, NJW 2011, S. 1427 ff.).

		• die Art des betreffenden Betriebs oder Unternehmens fortgeführt wird, • die materiellen Betriebsmittel auf den Erwerber übergehen, • die immateriellen Aktiva auf den Erwerber übergehen, • der wesentliche Teil der Belegschaft übernommen wird, • der wesentliche Teil der Kundschaft übernommen wird, • die vor und nach der Übernahme verrichteten Tätigkeiten im Wesentlichen gleich sind und • nur eine geringfügige Unterbrechung der betrieblichen Tätigkeiten erfolgt.[916]	
	• Überleitung kraft individualvertraglicher Vereinbarung	• Erforderlich ist eine einzelvertragliche - idealerweise dreiseitige - Vereinbarung zwischen altem und neuem Arbeitgeber sowie dem Arbeitnehmer.	• Die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses mit dem alten Arbeitgeber und die Eingehung des neuen Arbeitsverhältnisses nebst Arbeitsbedingungen sollten klar schriftlich niedergelegt werden. Häufig werden Regelungen zu erworbenen Versorgungsanwartschaften und Anwartschaften auf Sonderzahlungen erforderlich sein.

Abb. 19: Möglichkeiten der Überführung von Arbeitnehmern (I)

Möglichkeit der Überführung	Formen	Voraussetzungen	Besonderheiten
Überlassung von Arbeitnehmern	Überlassung im Wege der konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung	Die Projektgesellschaft muss eine Konzerngesellschaft im Sinne des § 18 AktG sein. Der betroffene Arbeitnehmer darf nur vorübergehend bei der Projektgesellschaft eingesetzt werden und muss der Arbeitnehmerüberlassung zustimmen.	Die Prüfung des Vorliegens einer konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung muss sorgfältig erfolgen. Ansonsten kann ggf. das AÜG anzuwenden und die Arbeitnehmerüberlassung unwirksam sein.
	Überlassung im Wege der gewerbsmäßigen bzw. nicht gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung	Gewerbsmäßige[918] Arbeitnehmerüberlassungen bedürfen gem. § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis. Dem überlassenen Arbeitnehmer sind die im Betrieb des Entleihers für vergleichbare Arbeitnehmer geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgeltes zu gewähren.	Für Arbeitnehmerüberlassungen nach dem AÜG gilt keine zeitliche Höchstgrenze.
Beistellung von Arbeitnehmern		Je nach Ausgestaltung der Vertragsbeziehung schuldet der öffentliche Arbeitgeber dem Privaten die Erledigung bestimmter Dienste, die Besorgung bestimmter Geschäfte oder die Herstellung eines bestimmten Gewerks. Die Verantwortung für die Erbringung der geschuldeten Leistung sowie das arbeitgeberseitige Weisungsrecht verbleiben bei dem öffentlichen Partner.	Eine Beistellung von Arbeitnehmern ist regelmäßig nur empfehlenswert, wenn dem Privaten funktionsfähige Organisationseinheiten als Ganzes und nicht nur einzelne Arbeitnehmer zur Verfügung gestellt werden.

Abb. 20: Möglichkeiten der Überführung von Arbeitnehmern (II)

918 Zum Begriff gewerbsmäßig vgl. *BAG*, NJW 1979, S. 2636 (2637 f.).

Möglichkeit der Überführung	Formen	Voraussetzungen	Besonderheiten
Einsatz von Arbeitnehmern im Rahmen eines Mischbetriebs		Im Rahmen eines Mischbetriebs[919] zwischen einem Privaten und der öffentlichen Hand wird die Belegschaft des Privaten gemeinsam mit der Belegschaft des öffentlichen Arbeitgebers tätig.	Die Vorteile eines Mischbetriebs bestehen darin, dass es keines Arbeitgeberwechsels bedarf, der Einsatz von Beamten zulässig ist, dem öffentlichen Dienst Anwartschaften erhalten bleiben, neues Personal bei dem Privaten angestellt sowie von der öffentlichen Hand und dem Privaten gemeinsam koordiniert werden kann, Zustimmungen des Personals nicht erforderlich sind und das AÜG keine Anwendung findet. Andererseits gibt es im Hinblick auf Öffentlich Private Partnerschaften bislang nur wenige Erfahrungen mit dieser Lösungsvariante. Nicht ganz klar scheint, ob und wie günstig eine Kombination mit den einzelnen Modellen Öffentlich Privater Partnerschaften ist. Fraglich ist auch, ob unter öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten die Organisationsform einer GbR zulässig ist oder ob es eines öffentlich-rechtlichen Vertrags bedarf.

919 Nach dem BAG sind Mischbetriebe zwischen einer juristischen Person des Privatrechts und einer Körperschaft des öffentlichen Rechts zulässig, soweit die vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel in der gemeinsamen Betriebsstätte für einen einheitlichen arbeitstechnischen Zweck zusammengefasst, geordnet und gezielt eingesetzt werden, der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert wird und die einheitliche Leitung die wesentlichen sozialen und personellen Arbeitgeberfunktionen umfasst (*BAG*, DB 1996, S. 2131 [2131 f.]).

Kündigung und Neueinstellung von Arbeitnehmern		Zu beachten sind die Voraussetzungen für betriebsbedingte Kündigungen, um welche es sich regelmäßig handeln wird. Wichtig sind dabei insbesondere die Bestimmungen des KSchG[920] - und hier vor allem die Maßgaben für die Sozialauswahl. Außerdem ist zu beachten, dass nach dem jeweils geltenden Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst bestimmte Arbeitsverhältnisse unkündbar sein können.	Eine Kündigung von Arbeitnehmern der öffentlichen Hand dürfte als ultima ratio nur geboten sein, wenn keine der übrigen Überführungsmöglichkeiten in Betracht kommt und eine Weiterbeschäftigung nicht realisierbar ist.

Abb. 21: Möglichkeiten der Überführung von Arbeitnehmern (III)[919]

Im Rahmen der Überführung von Arbeitnehmern der öffentlichen Hand auf privatwirtschaftliche Organisationseinheiten stellt sich zudem häufig die Frage, welche Möglichkeiten es gibt, die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer an privatwirtschaftliche Bedingungen anzupassen. In Betracht kommen hierbei regelmäßig folgende, im Einzelfall zu prüfende Gestaltungsmöglichkeiten:

- Tarifablösung
- ablösende Dienst- oder Betriebsvereinbarungen und/oder
- einzelvertragliche Vereinbarungen.[920]

Regelmäßig sind Beschäftigte im öffentlichen Dienst zusätzlich zu der gesetzlichen Rentenversicherung in Zusatzversorgungseinrichtungen versichert. Sofern kein Betriebsübergang[921] vorliegt und mit dem neuen Arbeitgeber auch keine Fortführung der Zusatzversorgung vereinbart wird,

919 Kündigungsschutzgesetz (KSchG).
920 Genauer hierzu: *Schweibert/Benkert,* in: Weber/Schäfer/Hausmann/Alfen/Drömann (Hrsg.), Public Private Partnership, S. 393 (416 ff.).
921 S. zu den Voraussetzungen eines Betriebsübergangs oben Teil 3, E, I, 5, c), dd), (3), Abb. 19.

so tritt dieser nicht in die Verpflichtungen gegenüber dem Arbeitnehmer ein. Vielmehr bleibt die öffentliche Hand verpflichtet, für die Erfüllung der Versorgungszusagen Sorge zu tragen. Im Falle einer Übernahme der Versorgungsverbindlichkeiten durch den neuen Arbeitgeber muss sich dieser überlegen, ob es sinnvoll ist, entweder vollwertiges oder partielles Mitglied der für die Erfüllung der erworbenen Zusatzversorgungsansprüche zuständigen Zusatzversorgungskasse zu werden oder ob er die Einhaltung der Zusatzversorgungszusage besser über einen anderen Finanzierungsweg sicherstellt.[922]

(4) Beteiligungsrechte des Personal- oder Betriebsrats

Schließlich sollte die öffentliche Hand im Rahmen der Vorbereitung und Durchführung einer Öffentlich Privaten Partnerschaft immer die verschiedenen Gesichtspunkte im Blick behalten, unter denen Beteiligungsrechte der Personalvertretung in Betracht kommen. Hierzu gehören bspw. das allgemeine Informationsrecht gem. § 68 Abs. 2 BPersVG[923]/LPersVG oder auch das Mitwirkungsrecht bei der (teilweisen) Auflösung, Einschränkung oder Zusammenlegung von Dienststellen gem. § 78 Abs. 1 Nr. 2 BPersVG/LPersVG. Die PersVG einiger Bundesländer sehen zusätzliche Beteiligungsrechte bei Privatisierungen vor.[924]

Eine Missachtung von Beteiligungsrechten kann zur Unwirksamkeit von Privatisierungsakten führen und zum Teil die Wiederholung von ganzen Verfahrensabschnitten erfordern.[925] Hierdurch kann es zu erheblichen Projektverzögerungen und unter Umständen sogar zu einer Gefährdung des gesamten Projekts kommen. Zwar verfügt die Personalvertretung selbst

922 *Schweibert/Benkert*, in: Weber/Schäfer/Hausmann/Alfen/Drömann (Hrsg.), Public Private Partnership, S. 393 (421 ff.).

923 Bundespersonalvertretungsgesetz (BPersVG).

924 Genauer hierzu: *Schweibert/Benkert*, in: Weber/Schäfer/Hausmann/Alfen/Drömann (Hrsg.), Public Private Partnership, S. 393 (424 ff.); *Michels/Mävers*, in: Meyer-Hofmann/Riemenschneider/Weihrauch (Hrsg.), Public Private Partnership, S. 216 (221 ff.).

925 *Schweibert/Benkert*, in: Weber/Schäfer/Haumann/Alfen/Drömann (Hrsg.), Public Private Partnership, S. 393 (426).

im Hinblick auf das jeweilige Vorhaben der öffentlichen Hand regelmäßig kaum über echte Verhinderungsmöglichkeiten; nicht unterschätzt werden darf aber, welchen tatsächlichen Einfluss sie auf die Bediensteten hat. Sich erforderlichen Personalmaßnahmen verweigernde Arbeitnehmer vermögen den geplanten Ablauf des Projekts einer Öffentlich Privaten Partnerschaft durchaus empfindlich zu stören.[926]

Häufig wird eine Öffentlich Private Partnerschaft über die Gründung einer privatrechtlich organisierten Projektgesellschaft realisiert. Für diesen Fall schließlich ist zu beachten, dass das Mandat des Personalrats grundsätzlich mit dem Wechsel von einer öffentlich-rechtlichen in eine privatrechtliche Organisationsform für die von der Privatisierung erfassten Bediensteten endet. Der existierende Personalrat ist für sie mit Wirksamkeit der Privatisierung nicht mehr zuständig.[927] Die Amtszeit des (jetzt zuständigen[928]) Betriebsrats beginnt allerdings erst mit seiner Wahl (§§ 7 ff. BetrVG). Für die Zeit der Schutzlücke in der Vertretung der Arbeitnehmer kann - mangels einer entsprechenden Regelung im Personalvertretungsrecht - ein Übergangsmandat des (bisher zuständigen) Personalrats vereinbart werden.[929]

926 *Schweibert/Benkert*, in: Weber/Schäfer/Haumann/Alfen/Drömann (Hrsg.), Public Private Partnership, S. 393 (426 f.).

927 *Schweibert/Benkert*, in: Weber/Schäfer/Hausmann/Alfen/Drömann (Hrsg.), Public Private Partnership, S. 393 (430).

928 Vgl. § 1 BPersG, § 130 des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG).

929 *Schweibert/Benkert*, in: Weber/Schäfer/Hausmann/Alfen/Drömann (Hrsg.), Public Private Partnership, S. 393 (430 ff.).

II. Öffentlich Private Partnerschaften im Rahmen der örtlichen Elektrizitätsversorgung - taugliches Mittel zur Erledigung des Gewährleistungsauftrags der Kommunen im Bereich der örtlichen Elektrizitätsversorgung?

1. Eigenvornahme, Konzessionierung oder Kooperation?

Es wurde bereits festgestellt[930], dass den Kommunen im Bereich der örtlichen Elektrizitätsversorgung eine - aus ihrer Infrastrukturverantwortung resultierende - gewährleistende Funktion zukommt. In der Erfüllung dieser Aufgabe sind die Kommunen frei. Sich ihr komplett (materiell) entledigen dürfen sie allerdings nicht. Sie können die örtliche Elektrizitätsversorgung selbst in den ihnen zur Verfügung stehenden öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Formen in die Hand nehmen und ein eigenes Versorgungs- und/oder Netzunternehmen gründen bzw. unterhalten. Es ist ihnen grundsätzlich aber auch unbenommen, sich auf die schlichte Erfüllung ihres Gewährleistungsauftrags über die Konzessionierung eines Privaten zurückziehen. Seit der Einführung des Unbundling, d. h. der Trennung des Netzbetriebs und der Versorgung, in der Elektrizitätswirtschaft mit dem Zweiten Gesetz zur Neuregelung des EnWG[931] können die Kommunen indes allein über den Abschluss eines Konzessionsvertrags nur noch über die Auswahl des örtlichen Netzbetreibers auf die Elektrizitätsversorgung im Gemeindegebiet Einfluss nehmen. Die Übertragung des Rechts zur Versorgung der Letztverbraucher ist nach § 46 Abs. 2 S. 1 EnWG nämlich nicht mehr Gegenstand des Konzessionsvertrags. Vielmehr wird der »Grundversorger« inzwischen nach den Vorgaben des § 36 Abs. 2 EnWG ohne Mitwirkung der jeweiligen Kommune festgelegt. Damit ist den Kommunen das Bestimmungsrecht darüber, wer im Gemeindegebiet Grundversorger ist, entzogen.[932] Dass sich aber die Kommunen im Hinblick auf die Sicherstellung der (Grund-) Versorgung ihrer Bevölke-

930 S. oben Teil 2, B, II, 2.
931 S. oben Teil 1, C, I, 1, c).
932 S. oben Teil 2, B, II, 2, b), (3).

rung mit Elektrizität nicht allein auf eine Übernahme der Gewährleistung des Schutzes der Letztverbraucher durch den Bund berufen können, sondern dass sie - aufgrund ihrer kommunalen Infrastrukturverantwortung - (auch) selbst in der Pflicht bleiben, wurde bereits erörtert.[933] Einen Weg zwischen der Eigenvornahme der Versorgung der örtlichen Bevölkerung mit Elektrizität (unmittelbar) durch die jeweilige Kommune selbst und der Versorgung der Gemeindeeinwohner (mittelbar) durch private Elektrizitätsversorgungsunternehmen stellt eine entsprechende Kooperation zwischen der Kommune und der Privatwirtschaft dar. Die nachfolgende Übersicht verdeutlicht dies:

Eigenvornahme = Erledigung der Aufgabe der Versorgung der örtlichen Bevölkerung mit Elektrizität in eigener Regie mit eigenen Personal- und Sachmitteln – ggf. unter Zukauf privater Dienst- und Werkleistungen - regelmäßig über einen Regie- oder Eigenbetrieb bzw. eine Eigengesellschaft der Kommune

▼

Kooperation = Funktionale Privatisierung der Aufgabe der Versorgung der örtlichen Bevölkerung mit Elektrizität insgesamt oder teilweise unter Anwendung der verschiedenen Modelle Öffentlich Privater Partnerschaften

▼

Konzessionierung = Rückzug der Kommune aus der unmittelbaren Versorgung der örtlichen Bevölkerung mit Elektrizität und Beschränkung auf die Auswahl des örtlichen Netzbetreibers

Abb. 22: Eigenvornahme, Konzessionierung oder Kooperation?

Konkret hat eine Kommune, die vor einer »Systementscheidung« dahingehend steht, wie sie (zukünftig) ihre Aufgabe der örtlichen Elektrizitätsversorgung erledigen soll, folgende Möglichkeiten:

933 S. oben Teil 2, B, II, 2.

Variante	Mittel	Vor- bzw. Nachteile für die Kommune
(Mit-)[935]Übernahme der örtlichen Elektrizitätsversorgung einschließlich des Netzbetriebs durch die Kommune	• Gründung und Unterhaltung eines eigenen Elektrizitätsversorgungsunternehmens - ggf. in der Form eines Regie- bzw. Eigenbetriebs oder einer Eigengesellschaft - durch die Kommune • ggf. Gründung und Unterhaltung eines eigenen Netzunternehmens - ggf. in der Form eines Regie- bzw. Eigenbetriebs oder einer Eigengesellschaft - durch die Kommune • Erwerb bzw. Pacht und Betrieb - ggf. über einen von der Kommune beauftragten Betriebsführer - des der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet dienenden Elektrizitätsversorgungsnetzes durch die Kommune/das kommunale Netzunternehmen	• Kommune trägt eine Erfüllungsverantwortung für die örtliche Elektrizitätsversorgung; einschließlich Netznutzung • Größtmöglicher Einfluss der Kommune auf die Erledigung der Aufgabe der örtlichen Elektrizitätsversorgung; einschließlich Netznutzung • Kommune stehen die Einnahmen aus der (örtlichen) Elektrizitätsversorgung - einschließlich der Netznutzungsentgelte - zu • Kommune muss in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht zur örtlichen Elektrizitätsversorgung - einschließlich Netzbetrieb - in der Lage sein
(Mit-) Übernahme der örtlichen Elektrizitätsversorgung durch die Kommune und Konzessionierung eines privaten Netzbetreibers	• Gründung und Unterhaltung eines eigenen Elektrizitätsversorgungsunternehmens - ggf. in der Form eines Regie- bzw. Eigenbetriebs oder einer Eigengesellschaft - durch die Kommune • Abschluss eines Konzessionsvertrags mit dem bisherigen oder einem neuen Konzessionär • Erwerb bzw. Pacht und Betrieb des der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet dienenden Elektrizitätsversorgungsnetzes durch den Konzessionär oder Erwerb des der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet dienenden Elektrizitätsversorgungsnetzes durch die Kommune und Verpachtung an den Konzessionär, der den Betrieb übernimmt	• Kommune trägt eine Erfüllungsverantwortung für die örtliche Elektrizitätsversorgung und eine Gewährleistungsverantwortung für die Netznutzung durch ihre Bevölkerung • Hoher Einfluss der Kommune auf die Erledigung der Aufgabe der örtlichen Elektrizitätsversorgung, wobei sie indes auf die Gewährleistung der Netznutzung für ihre Bevölkerung durch den Konzessionär nur über den Konzessionsvertrag und ggf. den Pachtvertrag Einfluss nehmen kann • Kommune stehen die Einnahmen aus der (örtlichen) Elektrizitätsversorgung, aus den Konzessionsabgaben und ggf. aus einer Verpachtung des Netzes zu

Überlassung der örtlichen Elektrizitätsversorgung an die privaten Wettbewerber auf dem örtlichen Elektrizitätsversorgungsmarkt und eigene Übernahme des Netzbetriebs	• Ggf. Gründung und Unterhaltung eines eigenen Netzunternehmens - ggf. in der Form eines Regie- bzw. Eigenbetriebs oder einer Eigengesellschaft - durch die Kommune • Erwerb oder Pacht des der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet dienenden Elektrizitätsversorgungsnetzes durch die Kommune/kommunale Netzgesellschaft • Netzbetrieb durch die Kommune/ kommunale Netzgesellschaft oder einen von ihr beauftragten Betriebsführer	• Kommune trägt eine Gewährleistungsverantwortung für die örtliche Elektrizitätsversorgung und eine Erfüllungsverantwortung für die Netznutzung durch ihre Bevölkerung • Hoher Einfluss der Kommune nur auf die Netznutzung durch ihre Bevölkerung • Kommune stehen die Einnahmen aus der Netznutzung zu • Kommune muss in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht zum Netzbetrieb in der Lage sein
Überlassung der örtlichen Elektrizitätsversorgung an die privaten Wettbewerber auf dem örtlichen Elektrizitätsversorgungsmarkt und Konzessionierung eines privaten Netzbetreibers	• Abschluss eines Konzessionsvertrags mit dem bisherigen oder einem neuen Konzessionär • Erwerb bzw. Pacht und Betrieb des der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet dienenden Elektrizitätsversorgungsnetzes durch den Konzessionär oder Erwerb des der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet dienenden Elektrizitätsversorgungsnetzes durch die Kommune und Verpachtung an den Konzessionär, der den Betrieb übernimmt	• Kommune trägt eine Gewährleistungsverantwortung für die örtliche Elektrizitätsversorgung; einschließlich Netznutzung • Geringer Einfluss der Kommune auf die Erledigung der Aufgabe der Elektrizitätsversorgung und zwar lediglich im Hinblick auf die Gewährleistung der Netznutzung für ihre Bevölkerung und nur über den Konzessions- und ggf. den Pachtvertrag • Kommune stehen die Einnahmen aus den Konzessionsabgaben und ggf. aus einer Verpachtung des Netzes zu
(Mit-) Übernahme der örtlichen Elektrizitätsversorgung und/oder Übernahme des Netzbetriebs durch die Kommune unter Einbeziehung eines privaten Partners	• Gründung und Unterhaltung eines Elektrizitätsversorgungsunternehmens in Form einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft • und/oder Gründung und Unterhaltung einer Netzunternehmens in Form einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft	• Kommune trägt - je nach Variante - eine Gewährleistungsverantwortung für die örtliche Elektrizitätsversorgung; einschließlich Netznutzung • Hoher Einfluss der Kommune auf die Erledigung der Aufgabe der örtlichen Elektrizitätsversorgung - einschließlich Netznutzung -

934 D. h. neben den anderen Wettbewerbern auf dem örtlichen Elektrizitätsversorgungsmarkt.

	• ggf. Abschluss eines Konzessionsvertrags mit dem bisherigen oder einem neuen Konzessionär • ggf. Erwerb bzw. Pacht des der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet dienenden Elektrizitätsversorgungsnetzes durch die Kommune/das gemischtwirtschaftliche Elektrizitätsversorgungsunternehmen/das gemischtwirtschaftliche Netzunternehmen/den Konzessionär ggf. und/oder Verpachtung des der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet dienenden Elektrizitätsversorgungsnetzes an das gemischtwirtschaftliche Netzunternehmen/den Konzessionär sowie Betrieb des Netzes durch die Kommune oder einen von ihr beauftragten Betriebsführer/das gemischtwirtschaftliche Netzunternehmen/den Konzessionär	(je nach Variante) über ihre Gesellschafterstellung in dem gemischtwirtschaftlichen Elektrizitätsversorgungsunternehmen/in dem gemischtwirtschaftlichen Netzunternehmen und ggf. über den Konzessions- und/oder den Pachtvertrag • Je nach Variante stehen der Kommune Einnahmen aus ihrer Gewinnbeteiligung aufgrund ihrer Gesellschafterstellung in dem gemischtwirtschaftlichen Elektrizitätsversorgungsunternehmen/dem gemischtwirtschaftlichen Netzunternehmen und ggf. aus Konzessionsabgaben und/oder aus einer Verpachtung des Netzes zu • Kommune kann in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht u. a.[936] Unterstützung durch privates Kapital und Know-how aktivieren

Abb. 23: Varianten der Erfüllung der kommunalen Aufgabe der örtlichen Elektrizitätsversorgung

Die Auswahl einer dieser Varianten muss im Rahmen eines sorgfältigen Planungs-, Abwägungs- und Entscheidungsprozesses aufgabenkritisch[936] und nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten[937] erfolgen. Welchen Entscheidungsspielraum die Kommunen hierbei haben, richtet sich zunächst nach den ganz allgemeinen Vorgaben, die die öffentliche Hand bei der Planung und Realisierung von Privatisierungsvorhaben einzuhalten hat.[938]

---

935 Zu weiteren Vor- und Nachteilen einer Kooperation zwischen der öffentlichen Hand und der Privatwirtschaft s. oben Teil 3, A, II.

936 Und zwar vor allem unter Berücksichtigung der Verantwortung der Kommune für die gemeindliche Infrastruktur (s. oben Teil 2, B, II, 2).

937 S. oben Teil 3, E, I, 5, c).

938 S. oben Teil 3, C, III, 3.

Speziell für eine Eigenversorgung bzw. eine Teilnahme am örtlichen Versorgungswettbewerb - regelmäßig über die Gründung oder Unterhaltung eines eigenen Elektrizitätsversorgungsunternehmens/eines eigenen Netzunternehmens bzw. jeweils eine Beteiligung hieran - sprechen bspw. Gründe wie die Vermeidung von Defiziten in der Versorgung (mindere Qualität, unzureichende Versorgungssicherheit) sowie im Netzbetrieb (fehlende Investitionen in den Leitungs- und Anlagenbestand, mangelnde Bereitschaft, fernere Gebiete zu versorgen) aufgrund gewinnorientierter privatwirtschaftlicher Tätigkeit, die weniger komplizierte Umsetzung energiekonzeptioneller Vorhaben im Gemeindegebiet, die Erwirtschaftung von Gewinnen über ein eigenes Elektrizitätsversorgungsunternehmen/ein eigenes Netzunternehmen oder etwa auch die Ausnutzung eines Querverbunds. Was hingegen die Konzessionierung eines Privaten anbelangt, so wird hierfür u. a. mit den (zu) hohen - vor allem anfänglichen - Kosten einer Eigenvornahme, den hiermit regelmäßig verbundenen technischen und wirtschaftlichen Risiken sowie mit den erzielbaren Konzessionsabgaben argumentiert.[939]

Jedenfalls rechtzeitig[940] vor dem Auslaufen eines Strom- (und Gas-) Konzessionsvertrags sollte eine Kommune ihr örtliches Energiekonzept überdenken. Falls sie in die örtliche Elektrizitätsversorgung nicht schon selbst unmittelbar eingebunden ist - etwa über ein eigenes Elektrizitätsversorgungs-/Netzunternehmen oder die Beteiligung hieran -, wäre es an ihr, über ein stärkeres kommunales Engagement in diesem Bereich zumindest nachzudenken. In diesem Rahmen entscheidet der jeweilige Stadt- bzw. Gemeinderat nämlich nicht nur darüber, welcher Netzbetreiber zukünftig

939 Vgl. hierzu im Rahmen einer historischen Betrachtung der konzessionsvertraglichen Elektrizitätsversorgung ausführlicher und mit weiteren Nachweisen: *Templin*, Recht der Konzessionsverträge, S. 66 ff.

940 D. h. unmittelbar vor Beginn des Bekanntmachungsverfahrens nach § 46 Abs. 3 S. 1 EnWG, also spätestens zwei Jahre vor dem Ende des laufenden Konzessionsvertrags. Schutzzweck des § 46 Abs. 3 S. 1 EnWG ist der Erhalt der kommunalen Entscheidungsfreiheit insofern, als die jeweilige Kommune die Gelegenheit erhalten soll, ihre frühere Entscheidung zugunsten des bisherigen Konzessionsnehmers - unter Einbeziehung von Überlegungen zu Alternativen - zu überdenken (*Keller*, in: Kermel/Bruckner/Baumann [Hrsg.], Wegenutzungsverträge und Konzessionsabgaben in der Energieversorgung, S. 59 [59]).

das kommunale Wegeeigentum für die Verlegung seiner Leitungen nutzen darf. Vielmehr lassen sich in einen Konzessionsvertrag auch energiekonzeptionelle Elemente einarbeiten.

Eine allgemein gültige Aussage dahingehend, ob einer Kommune im Hinblick auf die Erledigung ihres Gewährleistungsauftrags, den sie in Bezug auf die Versorgung der örtlichen Bevölkerung mit Elektrizität hat, eine Eigenvornahme, eine Konzessionierung Privater oder aber eine Kooperation mit Privaten zu empfehlen ist, kann indes nicht getroffen werden. Im Einzelfall kommt es immer darauf an, ob die Kommune schon ein eigenes Elektrizitätsversorgungs-/Netzunternehmen betreibt bzw. eine Beteiligung hieran unterhält, andernfalls darauf, ob sie zufrieden mit der bisherigen Erfüllung der Aufgabe der örtlichen Elektrizitätsversorgung durch den privaten (Grund-) Versorger bzw. den örtlichen Netzbetreiber ist. Ferner spielt es eine Rolle, ob die örtliche Versorgungsstruktur bereits den Wünschen der Kommune und dem kommunalen Energiekonzept entspricht. Welche personellen, sachlichen und/oder finanziellen Kapazitäten hat sie? Außerdem ist von Bedeutung, was die Kommune - wenn sie denn eine Privatisierung im Bereich der örtlichen Elektrizitätsversorgung plant - konkret vorhat: Will sie die gesamte Aufgabe der örtlichen Elektrizitätsversorgung »outsourcen« oder nur bestimmte Aufgabenteile? Wie will sie dies tun - im Rahmen einer (nur) formellen oder einer funktionalen Privatisierung?[941]

941 Vgl. zu den einzelnen Handlungsoptionen einschließlich der jeweiligen Auswahlkriterien aus kommunaler Sicht auch: *Turkowski*, in: DStT/DStGB/VKU (Hrsg.), Stadtwerk der Zukunft IV, S. 75 (75 ff.).

2. Die Anwendung von Modellen Öffentlich Privater Partnerschaften im Bereich der örtlichen Elektrizitätsversorgung

a) Örtliche Elektrizitätsversorgung als klassischer Anwendungsbereich Öffentlich Privater Partnerschaften

Wie bereits dargestellt[942], können für eine Kommune im Einzelfall eine Vielzahl von Gründen dafür sprechen, sich in Sachen der örtlichen Elektrizitätsversorgung weder für eine komplette Eigenvornahme der Versorgung ihrer Einwohner noch lediglich für die Konzessionierung eines Privaten, sondern für eine Kooperation mit der Privatwirtschaft zu entscheiden. Entschließt sich die Kommune für eine solche Kooperation, stehen ihr hierfür regelmäßig alle Varianten der Durchführung von Öffentlich Privaten Partnerschaften[943] zur Verfügung. Der Bereich der örtlichen Elektrizitätsversorgung ist - neben den oftmals als Paradebereiche der Anwendung von Modellen Öffentlich Privater Partnerschaften beschriebenen Gebieten Bauwesen, Verkehr und Verteidigung - ein klassisches Anwendungsgebiet für Öffentlich Private Partnerschaften.[944] Zwar werden als häufige Anwendungsfelder im kommunalen Bereich eher die Komplexe Bildung und Erziehung, Kultur sowie allgemeine Verwaltung genannt.[945] Aufgrund der historisch gewachsenen Strukturen, des Gewährleistungsauftrags, den die Kommunen auf diesem Gebiet zu erledigen haben, sowie der Vielschichtigkeit der Interessen und Problemkreise in diesem Bereich sind aber Modelle Öffentlich Privater Partnerschaften im Bereich der örtlichen Elektrizitätsversorgung auf kommunaler Ebene nicht weniger empfehlenswert.[946]

---

942 S. oben Teil 3, B (Interessen) i. V. m. Teil 2, B (Gewährleistungsauftrag).

943 S. zu den einzelnen Modellen oben Teil 3, E, Ziffer I, 4.

944 Vgl. *Fabry/Kapp/Schaden*, in: Fabry/Augsten (Hrsg.), Handbuch Unternehmen der öffentlichen Hand, S. 219 (221).

945 *Grabow/Reidenbach/Rottmann/Seidel-Schulze*, in: difu (Hrsg.), Public Private Partnership Projekte, S. 44.

946 Hieran wird sich auch dadurch nichts ändern, dass die Kommunen inzwischen, wenn sie zum Zwecke der Erfüllung der Aufgabe der örtlichen Elektrizitätsversorgung über die Gründung bzw. Unterhaltung eines Elektrizitätsversorgungsunternehmens oder eine Beteiligung hieran tätig werden (wollen), den Entflechtungsvorgaben des EnWG zu genügen haben. Dies führt dazu, dass die Kommunen zwar über den Abschluss des Konzessionsvertrags den örtlichen Netzbetreiber bestimmen können. Im Rahmen der Versorgung der

b) Institutionelle Öffentlich Private Partnerschaften

Geschichtlich betrachtet, gehört die örtliche Elektrizitätsversorgung durch gemischtwirtschaftliche Unternehmen bereits seit den Anfängen der öffentlichen Elektrizitätsversorgung zur kommunalen Versorgungslandschaft. Obwohl die ersten Initiativen zur Aufnahme einer öffentlichen Versorgung von privaten Unternehmen ausgingen, wurden sich die kommunalen Entscheidungsträger recht bald der öffentlichen Verantwortung für eine qualitativ und quantitativ abgesicherte, erschwingliche Versorgung der Gemeindeeinwohner und der im Gemeindegebiet ansässigen Unternehmen mit Elektrizität bewusst. Sie begriffen die örtliche Elektrizitätsversorgung als sehr bedeutsam für die kommunale Siedlungs- und Wirtschaftspolitik. Hinzu kam sehr schnell die Erwartung der Erzielung eigener Gewinne aus der Elektrizitätsversorgung. Dies bewog viele Kommunen dazu, die örtliche Stromversorgung selbst in die Hand zu nehmen oder sich dieser Aufgabe gemeinsam mit Privaten unter Nutzung ihrer Ressourcen zu stellen. Trotz der technischen, politischen und rechtlichen Entwicklungen, die seither in der Elektrizitätswirtschaft stattgefunden haben, haben sich gemischtwirtschaftliche Elektrizitätsversorgungsunternehmen auf kommunaler Ebene bis heute gehalten und bewährt.[947]

Die Gründung und Unterhaltung eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens ist eine Form der Kooperation zwischen der öffentlichen Hand und der Privatwirtschaft im Wege einer funktionalen Privatisierung.[948] Sie entspricht dem Anwendungsfall einer Öffentlich Privaten Partnerschaft in der Gestalt des Gesellschaftsmodells.[949] Als institutionelle Öffentlich Private Partnerschaften sind Kooperationen in Form von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen die intensivste Art Öffentlich Privater Partnerschaf-

örtlichen Bevölkerung müssen sie sich aber dem Wettbewerb mit anderen Elektrizitätsversorgungsunternehmen stellen. Nichtsdestotrotz können sie insofern das örtliche Elektrizitätsversorgungsangebot aktiv mitgestalten.

947 S. oben Teil 1, C, I, 1.

948 S. oben Teil 3, C, II, 1, d) und 2.

949 Vgl. *Fabry/Kapp/Schaden*, in: Fabry/Augsten (Hrsg.), Handbuch Unternehmen der öffentlichen Hand, S. 219 (221); *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, S. 486; zum Gesellschaftsmodell s. oben Teil 3, E, I, 4.

ten. Die Kommune fungiert hierbei gleichermaßen als öffentlicher Aufgabenträger und - neben dem Privaten - als Anteilseigner. Die Kooperation erfolgt auf der Ebene der Unternehmensträgerschaft. Das Unternehmen selbst ist über seine Unternehmenstätigkeit in die Durchführung der jeweiligen kommunalen Aufgabe eingebunden.[950]

Gerade weil diese Form der Kooperation zwischen der öffentlichen Hand und der Privatwirtschaft für ein arbeitsteiliges Zusammenwirken staatlicher und privater Akteure steht und weil sie einen Mittelweg zwischen dem völligen Rückzug des Staates und der vollständigen Beibehaltung staatlicher Verantwortung darstellt, ist sie eine für Kommunen sehr vorteilhafte Variante, wenn es darum geht, kommunale Aufgaben zu erfüllen, für die die Kommune eine Gewährleistungsverantwortung trägt. Als Teilhaberin des Unternehmens stehen der Kommune - jedenfalls sofern ihr die Gesellschaftsanteile mehrheitlich gehören - gesellschaftsrechtliche Steuerungsinstrumente[951] zur Verfügung, die es ihr ermöglichen, auf das Unternehmen im Sinne ihrer Gewährleistungsverantwortung Einfluss zu nehmen.

Die Installation eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens bietet sich für eine Kommune immer dann an, wenn es um die Erbringung einer kommunalen Leistung geht, die die Kommune nicht ohne private Mitwirkung erbringen will oder kann, die sich aber vertraglich nicht exakt definieren lässt.[952] Dies ist der Fall, wenn die Kommune beabsichtigt, komplexe kommunale Aufgaben bzw. ganze Aufgabenbereiche - wie eben bspw. den Bereich der örtlichen Elektrizitätsversorgung in seiner Gesamtheit - (funktional) zu privatisieren.

950 *Hellermann*, in: Hoppe/Uechtritz (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, S. 124 (191 f.).
951 S. oben Teil 2, B, II, 2, b), bb), (3).
952 *Hellermann*, in: Hoppe/Uechtritz (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, S. 124 (197).

c) Vertragliche Öffentlich Private Partnerschaften

Neben der Möglichkeit einer Kommune, zum Zwecke der Erledigung ihres Gewährleistungsauftrags für die örtliche Elektrizitätsversorgung eine institutionelle Partnerschaft mit einem Privaten einzugehen, kann sie mit ihrem privaten Partner auch auf rein schuldrechtlicher Basis kooperieren. Derartige vertragliche Öffentlich Private Partnerschaften, unter welche der Großteil der bereits beschriebenen Modelle[953] fällt, sind - im Gegensatz zu institutionellen Öffentlich Privaten Partnerschaften, die sich für langfristige Kooperationen im Hinblick auf die generelle Erledigung einer staatlichen Aufgabe eignen - passend für zeitlich befristete, abgegrenzte Projekte. Die einzelnen durch die jeweiligen Partner im Rahmen der Kooperation zu erbringenden Leistungen, deren Risiken und Kosten lassen sich hier meist klar bezeichnen und im Einzelnen jeweils einem der Partner zuordnen. Die öffentliche Hand kann ihren Einfluss konkret bestimmen und festschreiben.[954]

Die in diesem Sinne verstandenen vertraglichen Öffentlich Privaten Partnerschaften sind zunächst von im Rahmen herkömmlicher Beschaffungsvorgänge der öffentlichen Hand eingegangenen Vertragsbeziehungen und von schlichten Marktkooperationen abzugrenzen. Herkömmliche Beschaffungsmaßnahmen der öffentlichen Hand sind zwar ebenfalls dadurch gekennzeichnet, dass ein öffentlicher und ein privater Vertragspartner im Rahmen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben miteinander kontrahieren.[955] Für eine Qualifikation als vertragliche Öffentlich Private Partnerschaft ist dies jedoch nicht ausreichend. Erforderlich ist hierfür vielmehr eine längerfristige, vertraglich geregelte, partnerschaftliche Zusammenarbeit, bei der die erforderlichen Ressourcen von den Partnern in einen gemeinsamen Organisationszusammenhang eingestellt und vorhandene Projektri-

953 So das Erwerbermodell, das Leasingmodell, das Vermietungsmodell, das Inhabermodell, das Contractingmodell sowie das Konzessionsmodell (s. oben Teil 3, I, 4).

954 Vgl. zur Unterscheidung und zur jeweiligen Eignung von institutionellen und vertraglichen Öffentlich Privaten Partnerschaften: *Budäus*, Public Private Partnership, S. 7 ff.

955 In Form eines Kauf-, Werk-, Dienstleistungs- oder sonstigen schuldrechtlichen Vertrags.

siken zwischen den Projektpartnern angemessen verteilt werden.[956] Auch Bezugs- und Absatzkooperationen[957] entsprechen lediglich Kooperationen im weiteren Sinne[958] und sollen in dieser Arbeit nicht näher beleuchtet werden.

Will eine Kommune im Wege einer vertraglichen Öffentlich Privaten Partnerschaft mit einem Privaten im Bereich der örtlichen Elektrizitätsversorgung kooperieren, so richtet sich die Form der Kooperation im Wesentlichen danach, welche privaten Leistungen die Kommune im Rahmen der Erledigung ihrer Aufgaben aktivieren will. Soll vor allem privates Kapital mobilisiert werden oder geht es (auch) um die Heranziehung von privatem Know-how?[959] Benötigt die Kommune vorrangig private Finanzierungsunterstützung, dann eignet sich hierfür die Anwendung des Inhabermodells, des Erwerbermodells, des Vermietungsmodells, des Leasingmodells oder auch des Konzessionsmodells. Die Wahl eines dieser Modelle bietet sich an, wenn es um die Beschaffung von für die Erfüllung der kommunalen Aufgabe erforderlichen Immobilien[960] oder Anlagen[961] geht. Kommt es der Kommune hingegen insbesondere auf die Nutzung von privatem Know-

956 *Bremer*, Public Private Partnership, S. 51; zum Begriff Öffentlich Private Partnerschaft s. oben Teil 3, E, I, 1.

957 Hierzu gehören bspw. Einkaufsgemeinschaften, Liefergemeinschaften oder Vertriebspartnerschaften; ausführlich hierzu: *Salje*, in: Bartsch/Röhling/Salje/Scholz (Hrsg.), Stromwirtschaft, S. 1342 (1342 ff.); *Jung/Theobald*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, S. 187 (269 ff.); *DStT/DStGB/VKU*, in: DStT/DStGB/VKU (Hrsg.), Stadtwerk der Zukunft IV, S. 9 (63 ff.).

958 Vgl. zu dem weit verstandenen wirtschaftlichen Kooperationsbegriff: *Salje*, in: Bartsch/Röhling/Salje/Scholz (Hrsg.), Stromwirtschaft, S. 1342 (1344).

959 Vgl. zu dieser Unterscheidung: *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, S. 239 f.

960 Wie bspw. Verwaltungsgebäude, Lagerräume oder Kundencenter.

961 Wie bspw. Anlagen der Stromerzeugung, Direktleitungen (d.h. solche Leitungen, die unmittelbar, also ohne Zwischenschaltung eines Netzes von einer Erzeugungs- oder zu einer Verbrauchsanlage führen und nicht Bestandteil des Netzes sind (*Börner*, in: Bartsch/Röhling/Salje/Scholz [Hrsg.], Stromwirtschaft, S. 858 [858]) oder Haus-, Objekt- bzw. Arealnetze. Arealnetze bestehen aus einer Vielzahl verbundener Leitungen und ergänzenden Elementen, die ein Netz bilden, das mehrere Verbrauchsstellen anschließt. Sie sind i. d. R. nicht als Inselnetze autark, sondern an ein Netz der öffentlichen Versorgung angeschlossen. Sie entsprechen zum Teil öffentlichen, zum Teil privaten Verteilernetzen (*Börner*, in: Bartsch/Röhling/Salje/Scholz [Hrsg.], Stromwirtschaft, S. 858 [858]).

how an, dann ist ihr eher das Contractingmodell oder eine Abwandlung der im Einzelnen bereits beschriebenen Grundmodelle[962] wie das Betreibermodell oder das Betriebsführungsmodell zu empfehlen. Häufig wird es sich hier um die Auslagerung technischer Versorgungsleistungen[963] bzw. um den Betrieb - ggf. einschließlich Errichtung - technischer Anlagen[964] handeln, die für die Erfüllung der kommunalen Aufgabe benötigt werden.

Standardstrukturen dürften sich für vertragliche Öffentlich Private Partnerschaften im Bereich der örtlichen Elektrizitätsversorgung kaum entwickeln lassen, denn es kommt im Einzelfall immer darauf an, unter welchen Voraussetzungen die konkrete Öffentlich Private Partnerschaft in der jeweiligen Kommune installiert werden soll und welche Vorstellungen die Kommune im Einzelnen hat. Die Anwendung der Grundmodelle[965] ist in unterschiedlichen Abwandlungen oder in verschiedenen Kombinationen möglich.

Denkbar und zunehmend interessant dürfte eine Installierung vertraglicher Öffentlich Privater Partnerschaften bspw. und insbesondere auch in den Bereichen

- erneuerbare Energien,
- Kraft-Wärme-Kopplung,
- Energieeffizienz, Energieeinsparung, Klimaschutz,
- Energiedienstleistungen wie Verbrauchsmessung und -abrechnung,
- dezentrale Stromversorgung sowie
- Versorgung netzferner Verbrauchsstellen

962 S. oben Teil 3, E, I, 4.
963 Wie bspw. die dezentrale Elektrizitätsversorgung einer bestimmten Kundengruppe.
964 Wie bspw. die Errichtung und Wartung einer dezentralen Elektrizitätsversorgungsanlage.
965 S. oben Teil 3, E, I, 4.

sein. Es handelt sich hierbei nämlich um - auch in der örtlichen Elektrizitätsversorgungslandschaft - immer bedeutungsvoller werdende Bereiche, denen sich die einzelne Kommune im Rahmen der Erledigung ihres Gewährleistungsauftrags für die örtliche Elektrizitätsversorgung nicht mehr verschließen darf bzw. kann.

3. »Stadtwerk der Zukunft«

Eine gut funktionierende, sich an den Zielvorgaben des § 1 EnWG orientierende örtliche Elektrizitätsversorgung ist ein wichtiges Element einer intakten örtlichen Infrastruktur. Über die Gründung und den Betrieb eines kommunalen Elektrizitätsversorgungs-/Netzunternehmens kann eine Kommune einen ganz wesentlichen Beitrag zur Erledigung ihres Gewährleistungsauftrags für die örtliche Elektrizitätsversorgung leisten. Daneben sind kommunale Elektrizitätsversorgungs-/Netzunternehmen ein politisches Steuerungsinstrument in den Händen der Kommunen. Mit ihrer Hilfe können sie aktiv zur Entwicklung einer wünschenswerten sozial-, wirtschafts- und umweltpolitischen kommunalen Infrastruktur und zur Verbesserung der örtlichen Standortbedingungen beitragen. Von kommunalen Elektrizitätsversorgungs-/Netzunternehmen können enorme Impulse für die lokale bzw. die regionale Beschäftigung[966] und Wertschöpfung sowie für die Attraktivität der Kommunen ausgehen. Ferner tragen sie zur Stärkung der kommunalwirtschaftlichen Strukturen und damit zur Erweiterung der Kapazitäten der Kommunen für die Erledigung ihrer Aufgaben bei. Ihre räumliche Nähe zu den Endkunden erlaubt die Entwicklung dezentraler[967],

966 Und zwar zum einen (unmittelbar) über die Schaffung von Arbeitsplätzen in dem kommunalen Elektrizitätsversorgungsunternehmen selbst sowie zum anderen (mittelbar) über Auftragsvergaben an die regionale Wirtschaft.

967 Viele kommunale Elektrizitätsversorgungsunternehmen - aufgrund des technischen Fortschritts inzwischen auch solche kleiner bis mittlerer Größe - erzeugen inzwischen einen Teil des örtlich benötigten Stroms selbst. Eine Möglichkeit hierfür ist der Bau bzw. Betrieb von Blockheizkraftwerken unter der Nutzung von Kraft-Wärme-Kopplung, die in kleineren Einheiten effizient arbeiten (*Schmid*, in: Quecke/Schmid/Menke/Rehak/Wahl/Vinke/Blazek/Schaffarzik, SächsGemO, § 97, Rn. 113 d] ff.).

flächendeckender[968] und unabhängiger[969] Versorgungsstrukturen, die effiziente Ausnutzung lokaler und umweltfreundlicher[970] Ressourcen sowie die optimale Anpassung der örtlichen Elektrizitätsversorgung an das Verbrauchsverhalten der Endkunden. Darüber hinaus besitzen kommunale Elektrizitätsversorgungs-/Netzunternehmen eine hohe Akzeptanz in der örtlichen Bevölkerung. Sie entfalten ihre Unternehmenstätigkeit vor Ort, was diese für ihre privaten und gewerblichen Kunden sichtbar und transparent macht. Ferner eignen sie sich nicht nur zur Einbindung in örtliche Energie- bzw. Klimaschutzkonzepte.[971] Vielmehr können sie auch in die strategische kommunale Entwicklung[972] einbezogen werden. Gemeinwohl orientiert tätig werdend leisten sie weiterhin einen Beitrag zur kommunalen Daseinsvorsorge und zur Erfüllung der in die kommunale Versorgungslandschaft zu integrierenden Ziele Versorgungssicherheit, Sozial- und Umweltverträglichkeit sowie Nachhaltigkeit. Nicht zuletzt sichert die Errichtung kommunaler Elektrizitätsversorgungs-/Netzunternehmen den Kommunen Einnahmen in nicht unerheblichen Umfang, die sie wiederum zur Erfüllung ihrer Aufgaben im kommunalen Querverbund einsetzen können.[973]

---

968 Hierunter wird eine Versorgungsstruktur verstanden, die auch die elektrizitätsseitige Anbindung »dorfstromferner« Kundenanlagen einschließt.

969 Gemeint ist - in wirtschaftlicher Hinsicht - die größere Unabhängigkeit von den (vier) großen Energiekonzernen und - in technischer Hinsicht - die weitgehende Unabhängigkeit von den Fernleitungssystemen.

970 Wie z. Bsp. die Nutzung von aus erneuerbaren Energien oder über Kraft-Wärme-Kopplung erzeugtem Strom.

971 Hierzu können bspw. die Planung einer lokalen Elektrizitätserzeugung aus erneuerbaren Energien oder auch Programme zum Stromsparen in den privaten Haushalten gehören.

972 Hierunter ist die wirtschaftliche Planung und Weiterentwicklung einer Kommune unter Berücksichtigung historischer, räumlicher, struktureller und ökologischer Aspekte zu verstehen.

973 Vgl. zum Ganzen: *DStT/DStGB/VKU*, in: DStT/DStGB/VKU (Hrsg.), Stadtwerk der Zukunft IV, S. 9 (9 ff.) sowie weitergehend zu der interessanten Idee der Installation eines »Stadtwerks als kommunaler Infrastrukturdienstleister«: *Jänig*, in: DStT/DStGB/VKU (Hrsg.), Stadtwerk der Zukunft IV, S. 55 (55 ff.), der eine Konzeption vorstellt, die die Erbringung aller kommunaler Infrastrukturdienstleistungen über ein »Stadtwerk« zum Inhalt hat.

Kooperationen mit der Privatwirtschaft können die Kommunen bei der Realisierung ihrer Vorhaben im Hinblick auf die Gründung, den Fortbestand oder den Ausbau eigener Elektrizitätsversorgungs-/Netzunternehmen bzw. Beteiligungen hieran unterstützen. Sie können helfen, nicht ausreichend vorhandene finanzielle Mittel, fehlendes technisches und wirtschaftliches Know-how sowie Defizite in Personal und Ausstattung auszugleichen. Sie ermöglichen regelmäßig eine flexiblere Organisation. Der Einfluss unternehmerischer Professionalität führt erfahrungsgemäß zu einem verbesserten Finanzmanagement und zu einer Gestaltung marktfähiger Leistungen. Gerade im Elektrizitätsbereich müssen sich kommunale Versorgungsunternehmen aufgrund der veränderten Rahmenbedingungen neuen Herausforderungen stellen, um in dem offenen Markt unter dem sich verstärkenden Wettbewerbsdruck bestehen zu können. Notwendig sind

- eine erhöhte Kundenorientierung,
- rasche und flexible Reaktionsmöglichkeiten am Markt,
- die Erschließung zusätzlicher Geschäfts- und Beteiligungsfelder,
- die Verbesserung der Wirtschaftlichkeit und der Effizienz,
- die Professionalisierung des Managements sowie
- die Schaffung von Synergien.[974]

In dieser Hinsicht verfügt die Privatwirtschaft regelmäßig über die größeren Erfahrungen und Potentiale, die es für die öffentliche Hand nutzbar zu machen gilt. Die Kommunen sollten sich vor diesem Hintergrund dazu aufgerufen fühlen, zu prüfen, ob sie eine Kooperation mit Privaten nicht in die Lage versetzt, die örtliche Elektrizitätsversorgung selbst und weitgehend optimal zu bewerkstelligen.

974 *Augsten/Bühner/Fabry/Kaufmann/Müller-Marqués/Berger/Schick/Soukopp/Tödtmann*, in: Fabry/Augsten (Hrsg.), Handbuch Unternehmen der öffentlichen Hand, S. 549 (571).

Selbstverständlich ist eine Kooperation der öffentlichen Hand mit der Privatwirtschaft im Bereich der örtlichen Elektrizitätsversorgung nicht der einzige Weg, die kommunale Aufgabe der örtlichen Elektrizitätsversorgung langfristig optimal zu erledigen. Sicherlich werden im positiven Fall mit Hilfe einer Kooperation diejenigen Erwartungen erfüllt, die die Kommune mit der Einbindung des Privaten verbunden hat. Stets abzuwägen sind diese Vorstellungen allerdings immer mit etwa anstehenden Risiken, wie der Reduzierung staatlicher Einflussmöglichkeiten, dem in den Vordergrund treten privater Gewinn orientierter Interessen zu Lasten Gemeinwohl geprägter Ziele oder auch vergaberechtlichen Konsequenzen. Die Umsetzung einer Kooperation ist immer nur dann vorzunehmen, wenn die prinzipiellen Vorteile die jeweiligen Nachteile überwiegen.[975] In jedem Falle eröffnet aber eine Kooperation zwischen der öffentlichen Hand und der Privatwirtschaft die Chance für eine Kommune, einen ausgewogenen Mittelweg zu gehen zwischen einem kompletten »Outsourcing« - einschließlich der damit verbundenen Risiken für die Erledigung des kommunalen Gewährleistungsauftrags - und einer - ggf. aus finanziellen Gründen nicht realisierbaren - Eigenvornahme.

III. Zusammenfassung

Varianten Öffentlich Privater Partnerschaften wurden als Formen der Kooperation zwischen der öffentlichen Hand und der Privatwirtschaft bereits praktiziert, als noch niemand auf die Idee kam, hierfür Begrifflichkeiten, Strukturen und Modelle zu entwickeln. Sie stellen eine Alternative zu den konventionellen Beschaffungsvarianten der öffentlichen Hand dar. Im Gegensatz zu den unechten Öffentlich Privaten Partnerschaften zeichnen sich echte Öffentlich Private Partnerschaften vor allem durch ihre Langfristigkeit und die damit verbundenen Effekte aus. In Deutschland kommen regelmäßig sieben Grundvarianten Öffentlich Privater Partner-

975 *Fabry/Kapp/Schaden*, in: Fabry/Augsten (Hrsg.), Handbuch Unternehmen der öffentlichen Hand, S. 219 (221 f.).

schaften zur Anwendung: das Erwerbermodell, das Leasingmodell, das Vermietungsmodell, das Inhabermodell, das Contractingmodell, das Konzessionsmodell und das Gesellschaftsmodell. Häufig werden die Modelle kombiniert. Die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Zulassung und die Ausgestaltung von Öffentlich Privaten Partnerschaften werden durch das Europarecht und die Verfassung, insbesondere aber durch die einfachgesetzlichen Vorschriften des Haushaltsrechts, des Vergaberechts, des Kommunalrechts und des Arbeitsrechts vorgegeben. Auch der Bereich der örtlichen Elektrizitätsversorgung gehört zu den klassischen Anwendungsgebieten Öffentlich Privater Partnerschaften - selbst wenn hierauf in der einschlägigen Literatur selten hingewiesen wird. Neben Kooperationen in der Form von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen (institutionelle Öffentlich Private Partnerschaften) können im Bereich der örtlichen Elektrizitätsversorgung auch Kooperationen in Form der verschiedenen Arten von vertraglichen Öffentlichen Privaten Partnerschaften empfehlenswert sein. Standardstrukturen dürften sich - aufgrund der unterschiedlichen Voraussetzungen und Vorstellungen der Kommunen - für Öffentlich Private Partnerschaften im Bereich der örtlichen Elektrizitätsversorgung zwar kaum entwickeln lassen. Allerdings sollten die Kommunen angesichts ihres Gewährleistungsauftrags für eine funktionierende Versorgung der örtlichen Bevölkerung mit Elektrizität immer mit Blick auf das Potenzial Öffentlich Privater Partnerschaften entscheiden und ggf. deren vielgestaltige Möglichkeiten auch bewusst nutzen.

Ergebnisse

1.

Im Laufe ihrer historischen Entwicklung haben sich die Kommunen zu rechtsfähigen Körperschaften des öffentlichen Rechts entwickelt, deren Bestand verfassungsrechtlich garantiert ist. Als Träger kommunaler Selbstverwaltung und als Glied im Verwaltungsunterbau des Staates fungieren sie in einer Doppelrolle in der Hierarchie der Verwaltung. Im Rahmen der Gesetze stehen ihnen - nach ihrer Wahl - für die Erledigung ihrer Aufgaben verschiedene Handlungs- und Organisationsformen zur Verfügung. Auch in Form der Errichtung und Führung wirtschaftlicher Unternehmen dürfen sie - beim Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen - tätig sein.

2.

Bereits seit der frühen Entwicklung des Bereichs der Elektrizitätsversorgung in Deutschland nutzen die Kommunen die Errichtung und Führung kommunaler Elektrizitätsversorgungsunternehmen als Möglichkeiten kommunaler Einflussnahme insbesondere auf das Gebiet der örtlichen Elektrizitätsversorgung. Die kommunalpolitischen Zielstellungen beruhen insoweit vor allem auf gewährleistungsstaatlichen, planerischen oder auch fiskalischen Gründen.

3.

Gesetzliche Zielvorgaben für den Sektor der (örtlichen) Elektrizitätsversorgung sind im Europarecht, in der Verfassung und in den diese Rechtskreise konkretisierenden Normen des einfachgesetzlichen Bundesrechts zu finden. Leitbild auf allen drei Rechtsebenen ist eine sichere, finanziell erschwingliche und umweltverträgliche Elektrizitätsversorgung. Den Elementen Versorgungssicherheit, Verbraucherschutz und Umweltverträglichkeit kommt hierbei der gleiche Rang zu. Sie sind im Sinne einer nachhaltigen Elektrizitätsversorgung zweckgerichtet miteinander zu verknüpfen und unter Beachtung der gegenseitigen Wechselwirkungen möglichst optimal miteinander ausbalanciert zu berücksichtigen.

4.

Der Bereich der örtlichen Elektrizitätsversorgung ist als kommunale Selbstverwaltungsaufgabe den Kommunen zugewiesen. Ferner gehört die örtliche Elektrizitätsversorgung zur gemeindlichen Infrastruktur. Hierfür tragen die Kommunen eine verfassungsrechtlich verankerte Verantwortung - die kommunale Infrastrukturverantwortung. Diese ist ein Teilbereich der Gewährleistungsverantwortung, der die Kommunen zu genügen haben.

5.

Zur Erfüllung ihres Gewährleistungsauftrags können die Kommunen auf der einen Seite die örtliche Elektrizitätsversorgung selbst in die Hand nehmen, was regelmäßig über die Gründung und Führung eines kommunalen Elektrizitätsversorgungs-/Netzunternehmens bewerkstelligt wird. Auf der anderen Seite bleibt es ihnen aber auch unbenommen, lediglich über eine Konzessionierung auf die Auswahl des örtlichen Netzbetreibers

Einfluss zu nehmen. Werden sie über ein kommunales Elektrizitätsversorgungs-/Netzunternehmen tätig, so gelten für sie die gleichen rechtlichen Bedingungen - und hier vor allem sämtliche wettbewerbsorientierten Vorschriften - wie für ihre privatwirtschaftlichen Konkurrenten auch. Gleichzeitig haben sie den besonderen gemeindewirtschaftsrechtlichen Vorgaben zu genügen. Ferner stellt die Eigenvornahme der örtlichen Elektrizitätsversorgung die Kommunen vor besondere gesetzliche, ökonomische und technische Anforderungen, denen sie häufig in sachlicher, personeller und finanzieller Hinsicht nicht gewachsen sind. Die Möglichkeiten der Einflussnahme auf die örtliche Elektrizitätsversorgung über die Auswahl des örtlichen Netzbetreibers beschränken sich hingegen auf einige wenige vertragliche Mittel, die den Kommunen für die Verwirklichung ihrer kommunalpolitischen Ziele indes oft nicht als ausreichend erscheinen.

6.

Vor diesem Hintergrund bietet sich - als Mittelweg - die Kooperation der Kommunen mit der Privatwirtschaft im Wege funktionaler Privatisierungen an. Funktionale Privatisierungen gehören zu den Gestaltungsarten verwaltungsorganisatorischer Kooperationen. Sie sind im Bereich der örtlichen Elektrizitätsversorgung, als einer kommunalen Selbstverwaltungsaufgabe, zulässig.

7.

Die Modelle Öffentlich Privater Partnerschaften sind Anwendungsfälle funktionaler Privatisierungen. Echte Öffentlich Private Partnerschaften zeichnen sich - im Gegensatz zu unechten Öffentlich Privaten Partnerschaften - vor allem durch ihre Langfristigkeit und die damit verbundenen Effekte aus. Neben den in Deutschland regelmäßig zur Anwendung gelangenden Grundvarianten Öffentlich Privater Partnerschaften kommen häufig Kombinationsformen zum Einsatz.

8.

Öffentlich Private Partnerschaften werden im Bereich der örtlichen Elektrizitätsversorgung spätestens praktiziert, seit die Kommunen auf lokaler Ebene mit der Privatwirtschaft im Wege gemischtwirtschaftlicher Unternehmen kooperieren. Kooperationen in Form von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen gehören zu den sogenannten institutionellen Öffentlich Privaten Partnerschaften. Sie bieten den Kommunen die Möglichkeit intensiver Einflussnahmen auf die Vornahme der örtlichen Elektrizitätsversorgung. Daneben stellen auch die verschiedenen Formen vertraglicher Öffentlich Privater Partnerschaften Varianten für die Realisierung zeitlich befristeter, abgegrenzter Projekte im Bereich der örtlichen Elektrizitätsversorgung dar. Auch hier können die Kommunen ihren Einfluss konkret bestimmen und vertraglich festschreiben.

9.

Standardstrukturen für Kooperationen zwischen der öffentlichen Hand und der Privatwirtschaft lassen sich im Bereich der örtlichen Elektrizitätsversorgung nicht entwickeln. Hierfür dürften bereits die Ausgangslagen in den jeweiligen Kommunen zu unterschiedlich sein. Ferner sind wohl auch die Vorstellungen und Pläne, die die jeweilige Kommune mit der im Einzelfall avisierten Kooperation realisieren will, zu verschieden.

10.

Kooperationen zwischen den Kommunen und der Privatwirtschaft im Wege Öffentlich Privater Partnerschaften auf dem Gebiet der örtlichen Elektrizitätsversorgung sind geeignet, einen ganz wesentlichen Beitrag zur Erledigung des Gewährleistungsauftrags für die Versorgung der lokalen Bevölkerung mit Elektrizität und damit zur Integration bzw. Erfüllung

der gesetzlichen Ziele Versorgungssicherheit, Sozial- und Umweltverträglichkeit sowie Nachhaltigkeit in die kommunale Elektrizitätsversorgungslandschaft zu leisten. Für die Kommunen sollte dies Anlass sein, ihre (beabsichtigten) Aktivitäten im Bereich der örtlichen Elektrizitätsversorgung immer mit Blick auf die Potenziale Öffentlich Privater Partnerschaften zu planen.