

Schleswig-Holsteinischer Landtag  
Umdruck 18/6630

Der Präsident des  
Schleswig-Holsteinischen Landtages

Wissenschaftlicher Dienst

Schleswig-Holsteinischer Landtag • Postfach 7121 • 24171 Kiel

An den  
Vorsitzenden  
der Fraktion der PIRATEN  
Herrn Dr. Breyer, MdL

– im Hause –

Ihre Nachricht vom: 14.01.2016

Mein Zeichen: L 201 – 217/18

Bearbeiter:  
Frank Platthoff

Telefon (0431) 988-1103  
Telefax (0431) 988-1250  
frank.platthoff@landtag.ltsh.de

21. September 2016

## Gesetz zur Stärkung der Kommunalwirtschaft

Sehr geehrter Herr Dr. Breyer,

die Piratenfraktion hat den Wissenschaftlichen Dienst um Stellungnahme gebeten, ob es verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 101 Absatz 1 Nummer 1 und 2 GO<sup>1</sup> oder gegen § 101a GO in der Fassung des Gesetzentwurfes der Landesregierung (Drs. 18/3152) gibt.

Der Landtag hat den genannten Gesetzentwurf in seiner Sitzung am 10. Juni 2016 in der vom Innen- und Rechtsausschuss empfohlenen Fassung (Drs. 18/4238) mehrheitlich beschlossen. Das Gesetz ist am 28. Juli 2016 im Gesetz- und Verordnungsblatt bekannt gemacht worden (GVOBl. S. 528) und gemäß Artikel 5 des Gesetzes am Tag nach der Verkündung in Kraft getreten.

Bei der Begutachtung ist wunschgemäß die Stellungnahme im Umdruck 18/5382 berücksichtigt worden. Auftragsgemäß waren die Rechtsänderungen in § 101 Absatz 3 und 4 GO nicht zu untersuchen.

---

<sup>1</sup> Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein (GO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 28. Februar 2003, GVOBl. S. 57, zuletzt geändert durch Gesetz vom 6. Juli 2016, GVOBl. S. 552

## **I. Wirtschaftliche Unternehmen - § 101 GO**

§ 101 GO regelt die Voraussetzungen, unter denen Gemeinden wirtschaftliche Unternehmen errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern dürfen.

### **1. Öffentlicher Zweck - § 101 Absatz 1 Nummer 1 GO**

§ 101 Absatz 1 Nummer 1 GO ist durch das Gesetz zur Stärkung der Kommunalwirtschaft nicht geändert worden. Die Vorschrift lautet in der seinerzeit und in der aktuell geltenden Fassung:

- „(1) Die Gemeinde darf wirtschaftliche Unternehmen errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern, wenn*
- 1. ein öffentlicher Zweck, dessen Erfüllung im Vordergrund der Unternehmung stehen muss, das Unternehmen rechtfertigt (...).“*

Im Rahmen der Prüfung haben sich gegen § 101 Absatz 1 Nummer 1 GO in der zu begutachtenden Fassung keine verfassungsrechtlichen Bedenken ergeben. Die Bindung der kommunalwirtschaftlichen Betätigung an einen öffentlichen Zweck ist verfassungsrechtlich geboten (dazu sogleich).

### **2. Relationsklausel - § 101 Absatz 1 Nummer 2 GO**

Vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Stärkung der Kommunalwirtschaft lautete § 101 Absatz 1 Nummer 2 GO:

- „(1) Die Gemeinde darf wirtschaftliche Unternehmen errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern, wenn*
- (...)*
- 2. das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht (...).“*

Die Fassung der Vorschrift nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Stärkung der Kommunalwirtschaft lautet:

- „(1) Die Gemeinde darf wirtschaftliche Unternehmen errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern, wenn*
- (...)*

2. die wirtschaftliche Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und des Unternehmens steht (...).“

### a. Entfall der Bedarfsklausel

Wesentliche Änderung ist der Entfall der sogenannten Bedarfsklausel, die vorsah, dass eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde nur zulässig ist, wenn diese in einem angemessenen Verhältnis zum voraussichtlichen Bedarf der Gemeinde steht. Bedarfsklauseln sollen – ebenso wie der (modifiziert) fortbestehende Vorbehalt der Leistungsfähigkeit<sup>2</sup> – in erster Linie eine finanzielle und/oder politische Überforderung der Gemeinde verhindern.<sup>3</sup> Die Bezugnahme auf den voraussichtlichen Bedarf dient der Vermeidung einer dauerhaften Überdimensionierung gemeindlicher Betätigungen.<sup>4</sup> Als Beispiel einer solchen Überdimensionierung wird in der Literatur das „600-Seelen-Dorf“ genannt, das ein Spaßbad mit einem Einzugsbereich von 100 km bauen will.<sup>5</sup>

Ausweislich der Gesetzesbegründung könne die Bedarfsklausel dahingehend verstanden werden, dass eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde nur dann zulässig sei, wenn diese *überwiegend* (also zu mehr als 50%)<sup>6</sup> der Deckung des Eigenbedarfs der Gemeinde(-bevölkerung) diene.<sup>7</sup> In diesem Sinne verstanden könne die Bedarfsklausel eine wirtschaftliche Betätigung der Kommunen vor allem im Bereich der Telekommunikation erheblich behindern. Hinsichtlich des enthaltenen Ortsbezuges könne die Bedarfsklausel vollständig entfallen, da die verfassungsrechtliche Notwendigkeit, dass die wirtschaftliche Betätigung in den Bedürfnissen und Interessen der örtlichen Gemeinschaft wurzeln müsse, sich bereits aus der Bindung einer kommunalwirtschaftlichen Betätigung an einen öffentlichen Zweck ergebe.<sup>8</sup>

### b. Verfassungsrechtlicher Maßstab

Verfassungsrechtliche Bedenken könnten sich ergeben, wenn der Fortbestand der einfachgesetzlichen Bedarfsklausel von Verfassungs wegen geboten wäre.

---

<sup>2</sup> Vgl. zur Kritik an der veränderten Leistungsfähigkeitsprüfung: *Brüning*, Risse im Rechtsrahmen kommunaler wirtschaftlicher Betätigung, NVwZ 2015, S. 689 (692).

<sup>3</sup> *Burgi*, Kommunalrecht, 5. Aufl. 2015, § 17 Rn. 45; *Brüning*, Risse im Rechtsrahmen kommunaler wirtschaftlicher Betätigung, NVwZ 2015, S. 689 (692); Umdruck 18/5382, S. 3 f.

<sup>4</sup> *Brüning*, Risse im Rechtsrahmen kommunaler wirtschaftlicher Betätigung, NVwZ 2015, S. 689 (692).

<sup>5</sup> *Burgi*, Kommunalrecht, 5. Aufl. 2015, § 17 Rn. 45.

<sup>6</sup> Vgl. Umdruck 18/5382, S. 4.

<sup>7</sup> Drs. 18/3152, S. 33.

<sup>8</sup> Drs. 18/3152, S. 33 f.

Grundsätzlich umfasst die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung auch die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden. Eine Klausel, die die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung vom Vorhandensein eines bestimmten innergemeindlichen Bedarfs abhängig macht, schränkt die verfassungsrechtlich verbürgte kommunale Selbstverwaltung zunächst ein. Vordergründig schafft der Wegfall einer solchen Bedarfsklausel demnach ein Mehr an kommunaler Freiheit.

Allerdings gilt es zu berücksichtigen, dass die kommunale Selbstverwaltungsgarantie nach überwiegender Auffassung nicht nur den Aufgabenbestand der einzelnen Gemeinden und die Eigenverantwortlichkeit bei der Erledigung der örtlichen Aufgaben schützt, sondern gleichzeitig den Umfang der kommunalen Verbandskompetenz bestimmt und eine Sperrwirkung gegenüber dem Tätigwerden jenseits dieser Grenzen auslöst. „Die Verfassungsgarantie erweist sich insofern als Ermächtigung und Beschränkung zugleich.“<sup>9</sup>

Überwiegend anerkannt ist, dass die beschränkende Wirkung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie in zwei Richtungen zielt. Zunächst ist die Betätigung der Gemeinde von Verfassung wegen an einen öffentlichen Zweck gebunden (sachliche Komponente). Darüber hinaus unterfällt die gemeindliche Betätigung dem Örtlichkeitsprinzip (örtliche Komponente).<sup>10</sup>

### **(1) Der öffentliche Zweck**

Aus dem Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit den Grundrechten und dem Sozialstaatsprinzip wird die Notwendigkeit einer Rechtfertigung jeglichen staatlichen Handelns durch ein Gemeinwohlerfordernis abgeleitet. Auch die staatliche Teilnahme am Wirtschaftsverkehr ist kein Selbstzweck, sondern nur ein Mittel zur Erfüllung gemeinwohlorientierter Staatsaufgaben.<sup>11</sup> Die gemeindewirtschaftliche Betätigung ist insofern lediglich eine Erscheinungsform der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben im Rahmen der den Gemeinden zukommenden Kompetenzausübung. Das kommunale Unter-

---

<sup>9</sup> *Burgi*, Neuer Ordnungsrahmen für die energiewirtschaftliche Betätigung der Kommunen, 2010, S. 81 f. m.w.N. Ebenso: *Nierhaus* in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 28 Rn. 35; *Mehde* in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Stand: Dezember 2015, Art. 28 Abs. 2 Rn. 54; *Brüning*, Risse im Rechtsrahmen kommunaler wirtschaftlicher Betätigung, NVwZ 2015, 689 (690, 693 f.); *Henneke/Ritgen* in: Praxis der Kommunalverwaltung, Kommunales Energierecht, Stand: September 2015, Band D 3 Bund, Tz. 2.2.3.; *Attendorn*, Zulassung der überörtlichen energiewirtschaftlichen Betätigung durch Kommunen, S. 12 f.; *Hauser*, Wirtschaftliche Betätigung von Kommunen – Beschränkungen durch Verfassung, Gemeindeordnung und Wettbewerbsrecht, 2004, S. 89 ff.

<sup>10</sup> *Henneke/Ritgen* in: Praxis der Kommunalverwaltung, Kommunales Energierecht, Stand: September 2015, Band D 3 Bund, Tz. 2.2.3.

<sup>11</sup> *Hauser*, Wirtschaftliche Betätigung von Kommunen – Beschränkungen durch Verfassung, Gemeindeordnung und Wettbewerbsrecht, 2004, S. 22 m.w.N.; *Brüning*, Risse im Rechtsrahmen kommunaler wirtschaftlicher Betätigung, NVwZ 2015, 689 (690).

nehmen ist nicht um seiner selbst willen geschaffen, sondern als Instrument der Gemeinwohlverwirklichung. Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden bildet daher einen „Modus“ der Erledigung *örtlicher Angelegenheiten* im Sinne der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie.<sup>12</sup> Der einfache Gesetzgeber hat diesem verfassungsrechtlichen Erfordernis Rechnung getragen, indem er die gemeindewirtschaftliche Betätigung in § 101 Absatz 1 Nummer 1 GO vom Vorliegen eines öffentlichen Zwecks abhängig gemacht hat.

## **(2) Das Örtlichkeitsprinzip**

Die Zuständigkeit für die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft enthält neben der oben beschriebenen Sachbezogenheit auch eine ortsbezogene Komponente. Vertikal werden die Aufgabenbereiche der Gemeinden von den höherstufigen Gebietskörperschaften wie den Kreisen, den Ländern und dem Bund abgegrenzt. Daneben sind auf horizontaler Ebene auch die Zuständigkeitsbereiche der einzelnen Gemeinden untereinander abgegrenzt.<sup>13</sup> Detailfragen zur Reichweite und einer etwaigen Durchbrechung des Örtlichkeitsprinzips sind – soweit ersichtlich – in der Literatur umstritten und in der Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt.<sup>14</sup>

Jedenfalls ist nach der Rechtsprechung für die Zuordnung einer Aufgabe zu den „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ darauf abzustellen, „ob ein Bezug zur Gemeindebevölkerung oder zum Gemeindegebiet besteht, wem also die wahrgenommene Tätigkeit zugute kommt (funktionsbezogene Betrachtungsweise).“<sup>15</sup> Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Sinne von Art. 28 Absatz 2 Satz 1 GG „sind diejenigen Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben, die also den Gemeindeeinwohnern gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der Gemeinde betreffen“.<sup>16</sup>

### **c. Bedarfsklausel verfassungsrechtlich geboten?**

Fraglich ist, ob der Entfall der Bedarfsklausel nach diesem Maßstab verfassungskonform ist.

---

<sup>12</sup> *Brüning*, Risse im Rechtsrahmen kommunaler wirtschaftlicher Betätigung, NVwZ 2015, 689 (693).

<sup>13</sup> *Henneke/Ritgen* in: Praxis der Kommunalverwaltung, Kommunales Energierecht, Stand: September 2015, Band D 3 Bund, Tz. 2.2.3.2.

<sup>14</sup> Vgl. *Attendorn*, Zulassung der überörtlichen energiewirtschaftlichen Betätigung durch Kommunen, S. 12.

<sup>15</sup> *BVerwG*, Urteil vom 20. Januar 2005, Az. 3 C 31/03, 2. Leitsatz (Juris).

<sup>16</sup> *BVerfGE* 79, 127 (151 f.).

Wie bereits oben festgestellt wurde, weist die Bedarfsklausel jedenfalls keinen *unmittelbaren* inhaltlichen Bezug zu den von Verfassungs wegen einzuhaltenden sachlichen oder örtlichen Grenzen einer kommunalwirtschaftlichen Betätigung auf. Sie dient in erster Linie vielmehr dem Schutz der Gemeinde vor Überforderung ihrer Verwaltungs- und Finanzkraft.<sup>17</sup> Der Schutz der Gemeinde vor Überforderung wird hingegen – unabhängig von der Frage, ob dessen einfachgesetzliche Verankerung verfassungsrechtlich geboten ist – auch nach dem Entfall der Bedarfsklausel durch das Erfordernis eines angemessenen Verhältnisses zwischen Art und Umfang der wirtschaftlichen Betätigung auf der einen und der Leistungsfähigkeit der Gemeinde (und des Unternehmens) auf der anderen Seite gewährleistet.<sup>18</sup>

Auch die auftragsgemäß einzubeziehende Stellungnahme des Lorenz-von-Stein-Instituts äußert insoweit keine konkreten verfassungsrechtlichen Bedenken. Zwar heißt es in der Stellungnahme, dass mit dem Entfall der Bedarfsklausel „der öffentliche, das heißt: örtliche Zweck herausgefordert“ werde.<sup>19</sup> Dem ist insoweit beizupflichten, als die Ortsbezogenheit einer gemeindewirtschaftlichen Betätigung jedenfalls dann in Frage gestellt sein könnte, wenn es innerhalb der Gemeinde(-bevölkerung) keinen Bedarf für die angebotene Leistung gibt.

Aus Sicht des Wissenschaftlichen Dienstes weist die Gesetzesbegründung in diesem Zusammenhang allerdings zutreffend darauf hin, dass der (mittelbare) Ortsbezug der Bedarfsklausel vom Tatbestandserfordernis eines öffentlichen Zweckes mit umfasst wird<sup>20</sup> und dass durch den Wegfall der Bedarfsklausel insofern kein verfassungsrechtliches Defizit entstanden ist.

Vom öffentlichen Zweck erfasst sind insbesondere die typischen Gebiete der Daseinsvorsorge (bspw. die Versorgung mit Strom, Gas, Wasser und Wärme sowie die Abfall- und Abwasserentsorgung). Der öffentliche Zweck erschöpft sich aber nicht in den genannten Leistungen der Daseinsvorsorge, sondern umfasst auch andere „Leistungen zur Befriedigung sonstiger Bedürfnisse der Einwohner“. Die Gemeinden können durch ihre wirtschaftlichen Unternehmen im öffentlichen Interesse zahlreiche und vielgestaltige Aufgaben übernehmen, die durch die genannte Zweckbestimmung gedeckt sind.<sup>21</sup>

---

<sup>17</sup> OVG *Schleswig*, Urteil vom 11. Juli 2013, Az. 2 LB 32/12, Rn. 102 (juris).

<sup>18</sup> So auch die Gesetzesbegründung, Drs. 18/3152, S. 34.

<sup>19</sup> Umdruck 18/5382, S. 4.

<sup>20</sup> Drs. 18/3152, S. 34.

<sup>21</sup> OVG *Schleswig*, Urteil vom 11. Juli 2013, Az. 2 LB 32/12, Rn. 90 (juris).

Eine ausschließlich oder vordergründig rein erwerbswirtschaftlich ausgerichtete Zwecksetzung zur Gewinnerzielung erfüllt nach ganz herrschender Meinung hingegen nicht die Anforderungen an die öffentliche Zweckbindung einer gemeindewirtschaftlichen Betätigung.<sup>22</sup> Gemeindewirtschaftliche Leistungen, die nicht zur Befriedigung der Einwohnerbedürfnisse dienen (und für die insofern kein Bedarf bei der Gemeindebevölkerung besteht), sind demnach (bereits) nicht durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt.

Das OVG Schleswig überprüft das Vorliegen des öffentlichen Zweckes der Daseinsvorsorge im Bereich der Energiewirtschaft beispielsweise (auch) anhand des Maßstabes, „... in welchem Umfang und daraus errechnet zu welchem Anteil der voraussichtlich produzierte Strom der örtlichen Versorgung zu dienen bestimmt sein wird.“<sup>23</sup> Das Gericht betont in der Entscheidung, dass die energiewirtschaftliche Betätigung einer Gemeinde (im Urteilsfall die gemeindliche Beteiligung an einem Bürgerwindpark) „...jedenfalls dem öffentlichen Zweck der Daseinsvorsorge zuzuordnen sein [kann], solange und soweit tatsächlich eine ausschließliche oder zumindest deutlich vordergründige Vermarktung des erzeugten Windstroms unmittelbar an die Gemeindeeinwohner im (...) Gemeindegebiet erfolgt. (...) Grundsätzlich ist die Energieversorgung nämlich als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft i. S. d. Art. 28 Abs. 2 GG ebenfalls anerkannt, was eine lokale Erzeugung von erneuerbaren Energien mit umfasst. Auch wenn es hiernach wohl genügt, dass der vermittels eines Bürgerwindparks produzierte Strom zum weit überwiegenden Teil der Direktvermarktung zugeführt wird und es daher unschädlich sein dürfte, wenn ein gewisser Überschussanteil nach Maßgabe des EEG eingespeist wird, verbliebe weiterhin die grundsätzliche Abgrenzungsproblematik des `noch Zulässigen` ungelöst. In diesem Zusammenhang dürfte es unterdessen äußerst schwierig sein, im Wege etwa eines festen Prozentsatzes eine Menge an Überschussstrom anzusetzen, welche in Ansehung des Gemeindefirtschaftsrechts – namentlich § 101 Abs. 1 Nr. 1 GO – in unbedenklicher Weise im Einklang mit den jeweiligen Vorgaben des EEG in das öffentliche Stromnetz eingespeist werden dürfen.“<sup>24</sup>

In Ansehung dieser Rechtsprechung ist festzustellen, dass das weiterhin erforderliche Vorliegen eines (ortsbezogenen) öffentlichen Zwecks – trotz der genannten etwaigen

---

<sup>22</sup> OVG Schleswig, Urteil vom 11. Juli 2013, Az. 2 LB 32/12, Rn. 90 (juris).

<sup>23</sup> OVG Schleswig, Urteil vom 11. Juli 2013, Az. 2 LB 32/12, Rn. 99 (juris).

<sup>24</sup> OVG Schleswig, Urteil vom 11. Juli 2013, Az. 2 LB 32/12, Rn. 98 (juris).

Abgrenzungsschwierigkeiten – geeignet ist, den Entfall der ortsbezogenen Bedarfskomponente zu kompensieren, weil der Ortsbezug im öffentlichen Zweck angelegt ist.

#### **d. Zwischenergebnis**

Der Wegfall der Bedarfsklausel in § 101 Absatz 1 Nummer 2 GO begegnet aus Sicht des Wissenschaftlichen Dienstes keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken.

## **II. Energiewirtschaftliche Betätigung - § 101a GO**

Durch das Gesetz zur Stärkung der Kommunalwirtschaft ist mit § 101a GO erstmals eine spezielle Vorschrift in die Gemeindeordnung eingefügt worden, die besondere Voraussetzungen für eine *energiewirtschaftliche Betätigung* der Gemeinde festlegt. § 101a GO in der genannten Fassung lautet:

*„(1) Die wirtschaftliche Betätigung zur Erzeugung oder zur Gewinnung, zum Vertrieb oder zur Verteilung von Energie zur Strom-, Gas-, Wärme- oder Kälteversorgung (energiewirtschaftliche Betätigung) dient grundsätzlich einem öffentlichen Zweck und ist zulässig, soweit die Voraussetzungen des § 101 Absatz 1 Nummer 2 erfüllt sind. § 101 Absatz 2 und 3 gelten entsprechend; zuständig für die Genehmigung nach § 101 Absatz 3 Satz 2 ist die oberste Kommunalaufsichtsbehörde.*

*(2) Eine Betätigung ausschließlich zur Erzeugung oder Gewinnung von Energie im Bereich erneuerbarer Energien (§ 5 Nummer 14 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes) ist unabhängig von einer Versorgung nach Absatz 1 zulässig, wenn dessen Voraussetzungen erfüllt sind. Betätigungen nach Satz 1 sollen außerhalb des Gemeindegebietes auf angrenzende Gemeinden beschränkt sein und sind nur im Einvernehmen mit der betroffenen Gemeinde zulässig.“*

### **1. § 101a Absatz 1 Satz 1 GO**

Gegenüber den allgemeinen Voraussetzungen für eine kommunalwirtschaftliche Betätigung (§ 101 Absatz 1 GO) stellt § 101a Absatz 1 GO an die energiewirtschaftliche Betätigung der Gemeinden reduzierte Anforderungen.

### **a. Vermutung eines öffentlichen Zwecks**

Zunächst hat der Gesetzgeber mit § 101a Absatz 1 Satz 1 GO die widerlegbare gesetzliche Vermutung aufgestellt, dass die wirtschaftliche Betätigung zur Erzeugung oder zur Gewinnung, zum Vertrieb oder zur Verteilung von Energie zur Strom-, Gas-, Wärme- oder Kälteversorgung (energiewirtschaftliche Betätigung) *grundsätzlich* einem öffentlichen Zweck dient.

Die auftragsgemäß einzubeziehende Stellungnahme im Umdruck 18/5382 formuliert, dass auch im Bereich der Energiewirtschaft ein öffentlicher Zweck als Voraussetzung für eine kommunalwirtschaftliche Betätigung nicht generell entbehrlich ist. Zwar ist eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde im klassischen Bereich der Daseinsvorsorge – zu dem insbesondere auch die Versorgung mit Strom, Gas und Wärme zu zählen ist – nach der Rechtsprechung durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt.<sup>25</sup> Gleichwohl bleiben Fälle einer energiewirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde denkbar, die nicht unmittelbar dem Wohl der Einwohnerschaft dienen. Deshalb kommt allein eine gesetzliche Vermutung in Betracht, die sich nicht generell über den Bezug zwischen der gemeindlichen Betätigung und den örtlichen Angelegenheiten der Gemeinde hinwegsetzt. Das bedeutet konkret, dass die energiewirtschaftliche Betätigung weiterhin mit der *Versorgung* der Gemeindebevölkerung zu tun haben muss. Die Gesetzesformulierung in § 101a Absatz 1 Satz 1 GO greift diese selbstverwaltungsimmanente Schranke auf, indem die gesetzliche Vermutung, dass die energiewirtschaftliche Betätigung der Gemeinde einem öffentlichen Zweck dient, nicht stets, sondern nur *grundsätzlich* gilt. Rechtstechnisch wird somit das Vorhandensein von Ausnahmefällen unterstellt, die – mangels eines öffentlichen Zwecks – kommunalrechtlich unzulässig sind. Die Regelung ist deshalb verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

### **b. Anwendung der (geänderten) Relationsklausel**

Zulässigkeitsvoraussetzung für eine energiewirtschaftliche Betätigung der Gemeinden ist nach § 101a Absatz 1 Satz 1 GO, dass die Voraussetzungen des § 101 Absatz 1 Nummer 2 GO erfüllt sind. Demnach ist eine energiewirtschaftliche Betätigung der Gemeinde zulässig, wenn diese nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und des Unternehmens steht. Wie bereits oben dargelegt wurde, ist der Entfall der Bedarfsklausel verfassungsrechtlich zulässig. Das gilt auch für den Bereich der energiewirtschaftlichen Betätigung der

---

<sup>25</sup> OVG Schleswig, Urteil vom 11. Juli 2013, Az. 2 LB 32/12, Rn. 91 (juris); BVerwG, Urteil vom 18. Mai 1995, Az. 7 C 58/94, Rn. 13 (juris).

Gemeinden, wo das Vorliegen eines öffentlichen Zwecks (widerlegbar) gesetzlich vermutet wird.

Wie ebenfalls bereits dargestellt wurde, dient der Leistungsfähigkeitsvorbehalt dem Schutz der Gemeinde vor einer Überforderung. Die hiermit verbundene Einschränkung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie ist insofern gerechtfertigt. Der Verweis auf die Voraussetzungen des § 101 Absatz 1 Nummer 2 GO begegnet aus hiesiger Sicht deshalb keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

### **c. Nichtanwendung der Subsidiaritätsklausel**

Da § 101a Absatz 1 Satz 1 GO nicht auf die Voraussetzungen des § 101 Absatz 1 Nummer 3 GO verweist, ist es für die Zulässigkeit einer energiewirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde nicht erforderlich, dass der mit der energiewirtschaftlichen Betätigung verfolgte Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erfüllt werden kann. Die Geltung des Subsidiaritätsgrundsatzes im Fall einer energiewirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde ist nach Einschätzung des Wissenschaftlichen Dienstes nicht von Verfassungen wegen geboten.

Gestützt auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungs- und Bundesverwaltungsgerichts wird – soweit ersichtlich – ganz überwiegend vertreten, dass dem Grundgesetz kein verfassungskräftiges Bekenntnis für ein bestimmtes Wirtschaftssystem entnommen werden kann.<sup>26</sup> Auch die Grundrechte betroffener privater Marktteilnehmer – namentlich Art. 12 Absatz 1 GG, Art. 14 GG sowie Art. 2 Absatz 1 GG – schützen nicht unmittelbar vor Konkurrenz durch die öffentliche Hand.<sup>27</sup> Das Grundgesetz garantiert der Privatwirtschaft nicht die Ausschließlichkeit des wirtschaftlichen Handelns. Ein subjektives verfassungskräftiges Recht eines Geschäftsmannes auf die Erhaltung des Geschäftsumfanges und die Sicherung weiterer Erwerbsmöglichkeiten besteht in der freien Wettbewerbswirtschaft nicht.<sup>28</sup> Auch einen generellen Anspruch auf Chancengleichheit, mit dem die Unzulässigkeit eines Gemeindeunternehmens begründet wer-

---

<sup>26</sup> Franz, Gewinnerzielung durch kommunale Daseinsvorsorge, 2005, S. 53 f. m. w. N.; BVerwG, Urteil vom 22. Februar 1972, Az. I C 24.69, Rn. 22 (zitiert nach Jurion); Grünwald in: Danner/Theobald, Energierecht, Einführung in das Kommunalwirtschaftsrecht; Grundlinien und Problembereiche wirtschaftlicher Betätigung der Kommunen, Stand: Januar 2015, Rn. 4 ff.

<sup>27</sup> BVerwG, Beschluss vom 1. März 1978, 7 B 144/76, NJW 1978, S. 1539 (1540). Eine Grenze wird aber beispielsweise dort zu ziehen sein, wo der Staat Monopole bildet, einen Verdrängungswettbewerb betreibt oder sich sonst ungerechtfertigte Vorteile verschafft, *di Fabio* in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Stand: Dezember 2015, Art. 2 Rn. 121 f. m.w.N.

<sup>28</sup> BVerwG, Urteil vom 22. Februar 1972, Az. I C 24.69, Rn. 22 (zitiert nach Jurion) unter Hinweis auf BVerfG, Entscheidung vom 16. Oktober 1968, Az. 1 BvR 241/66. Vgl. zum Meinungsstand in der Literatur: Wolff in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl. 2013, § 5 Rn. 96 ff.

den könnte, gibt es nach der verfassungsrechtlichen Ordnung des Grundgesetzes nicht. Der allgemeine Gleichheitsgrundsatz verbietet nur sachlich unbegründete rechtliche Differenzierungen zum Vorteil des öffentlichen Unternehmens.<sup>29</sup> Da jedoch auch die öffentlichen Unternehmen an das Wirtschaftsrecht (des Bundes) gebunden sind (bspw. an das UWG<sup>30</sup>), ist eine rechtliche Vorzugsstellung nicht ersichtlich.<sup>31</sup>

Noch weniger kann ein neuer Konkurrent von der öffentlichen Hand verlangen, dass diese auf weitere wirtschaftliche Betätigung verzichte. Selbst wenn der Zweck des wirtschaftlichen Unternehmens der öffentlichen Hand durch private Unternehmer ebenso gut oder besser zu erreichen wäre, läge in der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand kein Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip<sup>32</sup>, weil dieses „(...) nach zutreffender herrschender Meinung keinen Verfassungsrang hat“.<sup>33</sup> Auch die Gesetzesbegründung der Landesregierung weist darauf hin, dass die Entbindung der gemeindlichen Energiewirtschaft von der Subsidiaritätsklausel möglich sei, da die gesetzliche Festschreibung eines Nach- bzw. Gleichrangs gemeindlichen Wirtschaftens verfassungsrechtlich nicht zwingend sei.<sup>34</sup> Nach hiesiger Auffassung ist der Entfall des kommunalverfassungsrechtlichen Subsidiaritätsgrundsatzes im Bereich der energiewirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden deshalb verfassungsgemäß.<sup>35</sup>

## **2. § 101a Absatz 1 Satz 2 GO**

Da § 101 Absatz 2 GO nicht durch den in Rede stehenden Gesetzentwurf geändert wurde, haben sich hinsichtlich des diesbezüglichen Verweises in § 101a Absatz 1 Satz 2 GO keine Anhaltspunkte für etwaige verfassungsrechtliche Bedenken ergeben. Entsprechendes gilt für den Verweis auf § 101 Absatz 3 GO, da diese Vorschrift auftragsgemäß nicht zu prüfen war.

---

<sup>29</sup> BVerwG, Urteil vom 22. Februar 1972, Az. I C 24.69, Rn. 23 (zitiert nach Jurion), m.w.N.

<sup>30</sup> Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. März 2010, BGBl. I S. 254, zuletzt geändert durch Artikel 6 des Gesetzes vom 1. Oktober 2013, BGBl. I S. 3714.

<sup>31</sup> Auch das BVerwG weist darauf hin, dass „(...) die Beklagte [eine Stadt] im Wettbewerb keine rechtliche Vorzugsstellung genießt; sie unterliegt hierbei denselben privatrechtlichen Vorschriften wie die Mitbewerber“, BVerwG, Urteil vom 22. Februar 1972, Az. I C 24.69, Rn. 23 (zitiert nach Jurion),

<sup>32</sup> Sofern es – wie im Urteilsfall – nicht einfachgesetzlich angeordnet ist.

<sup>33</sup> BVerwG, Urteil vom 22. Februar 1972, Az. I C 24.69, Rn. 23 (zitiert nach Jurion), unter Hinweis auf BVerwGE 23, 304 (306).

<sup>34</sup> Drs. 18/3152, S. 24 unter Hinweis auf Oster, Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden und Gemeindeverbände, 2006, S. 67 f.

<sup>35</sup> Ob sich bspw. unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten etwas Anderes ergeben könnte (da der Subsidiaritätsgrundsatz nur für die energiewirtschaftliche Betätigung der Gemeinden entfallen soll), mag dahinstehen. Die Gesetzesbegründung verweist darauf, dass der mit dem Subsidiaritätsgrundsatz bezweckte Schutz der Privatwirtschaft durch die im Vorfeld getroffene Marktpartnervereinbarung erreicht werde (Drs. 18/3152, S. 24). Diese Marktpartnervereinbarung ist dem Wissenschaftlichen Dienst nicht bekannt. Zu etwaigen europarechtlichen Bedenken im Zusammenhang mit der Marktpartnervereinbarung vgl. Becker, Stellungnahme zu dem „Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Kommunalwirtschaft“ (Drs. 18/3125), Umdruck 18/5340.

### **3. § 101a Absatz 2 GO**

§ 101a Absatz 2 GO enthält eine spezielle Vorschrift für die energiewirtschaftliche Betätigung der Gemeinde, die ausschließlich die Erzeugung oder Gewinnung im Bereich erneuerbarer Energien betrifft (Verweis auf § 5 Nummer 14 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes). Diese soll nach Satz 1 der Vorschrift unabhängig von einer Versorgung nach Absatz 1 zulässig sein, wenn dessen Voraussetzungen erfüllt sind.

Der Wortlaut der Vorschrift ist auf den ersten Blick nur schwer verständlich und bedarf insofern zunächst einer Interpretation. Hierzu ist auch auf die Gesetzesbegründung zurückzugreifen.

Die Rechtfertigung einer energiewirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde anhand eines öffentlichen Zwecks ist jedenfalls in solchen Fällen schwierig, in denen die Gemeinde Energie losgelöst von einem örtlichen Versorgungsgebiet produziert.<sup>36</sup> Eine energiewirtschaftliche Betätigung der Gemeinde allein aus Gründen der Gewinnerzielung wäre deshalb unzulässig. Diese Sachlage greift die Vorschrift in § 101a Absatz 2 Satz 1 GO auf. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll den Gemeinden mit der Regelung „auch dann eine rechtssichere Möglichkeit eröffnet werden, einen Beitrag zur Energiewende zu leisten, wenn sie nicht durch eigene Stadt- oder Gemeindewerke einen Versorgungsauftrag im Sinne des § 101a Absatz 1 GO (...) wahrnehmen.“

#### **a. Örtlicher Bedarf an Umwelt- und Klimaschutz als öffentlicher Zweck**

Da in der genannten Konstellation die Versorgung der eigenen Gemeindebevölkerung als rechtfertigender öffentlicher Zweck ausfällt, soll der für eine gemeindliche Betätigung im Bereich der erneuerbaren Energien erforderliche öffentliche Zweck in diesem Fall aus einem „örtlichen Bedarf an Umwelt- und Klimaschutz“ hergeleitet werden, der auf Art. 11 LV zurückzuführen sei.<sup>37</sup> Art. 11 LV sieht als Staatszielbestimmung vor, dass die natürlichen Grundlagen des Lebens sowie die Tiere unter dem besonderen Schutz des Landes, der Gemeinden und Gemeindeverbände sowie der anderen Träger der öffentlichen Verwaltung stehen.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> Drs. 18/3152, S. 38 unter Hinweis auf OVG *Schleswig*, Urteil vom 11. Juli 2013, Az. 2 LB 32/12, Rn. 98 ff. (juris).

<sup>37</sup> Drs. 18/3152, S. 38.

<sup>38</sup> Nach dem Wortlaut der Vorschrift sind das Land, die Gemeinden und Gemeindeverbände sowie die anderen Träger der öffentlichen Verwaltung gleichermaßen an das Staatsziel gebunden. Eine Kompetenzverschiebung ergibt sich hieraus aber nicht.

Fraglich ist, ob der erforderliche örtliche Bezug einer öffentlichen Zweckbestimmung aus dem Staatsziel Umwelt- und Klimaschutz in verfassungsrechtlich zulässiger Weise abgeleitet werden kann.

### **(1) Allgemeine Anforderungen**

Grundsätzlich stellen die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft den äußeren Rahmen der Kompetenz zur Aufgabenwahrnehmung der Gemeinden dar. Hieraus wird gefolgert, dass die Allzuständigkeit der Gemeinden wegen der Beschränkung auf den spezifischen örtlichen Bezug keine Kompetenz zur Befassung mit allgemeinpolitischen Angelegenheiten umfasst. Den Gemeinden kommt auch keine allgemeine Handlungsfreiheit zu. Vielmehr müssen sie sich auf den von Art. 28 Absatz 1 Satz 1 GG bezeichneten Regelungsbereich beschränken. Maßnahmen, die darüber hinausgehen, sind rechtswidrig, da es an der gemeindlichen Zuständigkeit mangelt und die Voraussetzungen der Rechtsgrundlage nicht vorliegen.<sup>39</sup>

Kommunale Wirtschaftstätigkeit muss darüber hinaus stets *unmittelbar* durch die Verwirklichung einer öffentlichen Aufgabe gerechtfertigt sein; eine lediglich *mittelbare* Gemeinwohlverwirklichung reicht dagegen nicht aus.<sup>40</sup> Als eine solche nur mittelbare Gemeinwohlverwirklichung stellt sich eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde dar, die nur oder jedenfalls vordergründig der Erzielung von Einnahmeüberschüssen dient. Unschädlich für eine legitime unmittelbare Gemeinwohlbindung (bspw. im Bereich der Daseinsvorsorge) ist es hingegen, wenn mit der Betätigung auch (als Nebenfolge) Einnahmeüberschüsse erzielt werden.

Ferner erfordert die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden stets einen örtlichen Bezug. Dieser liegt bei der Daseinsvorsorge beispielsweise darin begründet, dass es um die Versorgung der Gemeindebevölkerung geht. Insofern ist es nach wohl überwiegender Auffassung grundsätzlich zulässig, dass die Versorgungsanlagen auch außerhalb des eigenen Gemeindegebiets belegen sein können.

Anhand dieser Kriterien ist zu überprüfen, ob außerhalb der Ebene der Daseinsvorsorge die Berufung auf einen „örtlichen Bedarf an Umwelt- und Klimaschutz“ als ein

---

<sup>39</sup> Mehde in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Stand: Dezember 2015, Art. 28 Abs. 2 Rn. 54, unter Hinweis auf die Problematik um die sogenannten „atomwaffenfreien (gemeindlichen) Gebiete“.

<sup>40</sup> Henneke/Ritgen in: Praxis der Kommunalverwaltung, Kommunales Energierecht, Stand: September 2015, Band D 3 Bund, Tz. 2.2.3.1 m.w.N.

zur Rechtfertigung einer energiewirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde geeigneter öffentlicher Zweck angesehen werden kann.

## **(2) Aufgabenwahrnehmung zum Wohl der Gemeindebevölkerung**

Das Bundesverwaltungsgericht hat ausdrücklich festgestellt, dass öffentliche Zwecke das wirtschaftliche Unternehmen einer Gemeinde auch dann rechtfertigen können, wenn damit keine Daseinsvorsorge betrieben wird. „Im sozialen Rechtsstaat des Grundgesetzes können die Gemeinden durch ihre wirtschaftlichen Unternehmen im öffentlichen Interesse zahlreiche und vielgestaltige Aufgaben übernehmen, die durch die genannte Zweckbestimmung gedeckt sind.“<sup>41</sup> Die Gemeinde ist verpflichtet, das Wohl ihrer Einwohnerinnen und Einwohner zu fördern.<sup>42</sup> „Diese Aufgabe kann auch durch wirtschaftliche Betätigung erfüllt werden. Worin die Gemeinde eine Förderung des allgemeinen Wohls erblickt, ist hauptsächlich den Anschauungen und Entschlüssen ihrer maßgebenden Organe überlassen und hängt von den örtlichen Verhältnissen, finanziellen Möglichkeiten der Gemeinde, Bedürfnissen der Einwohnerschaft und anderen Faktoren ab. Die Beurteilung des öffentlichen Zwecks für die Errichtung und Fortführung eines Gemeindeunternehmens ist daher der Beurteilung durch den Richter weitgehend entzogen. Im Grunde handelt es sich um eine Frage sachgerechter Kommunalpolitik, die – wie jedes sinnvolle wirtschaftliche Handeln – in starkem Maße von Zweckmäßigkeitserwägungen bestimmt wird (...).“<sup>43</sup> Hierdurch erkläre sich auch, dass im Schrifttum der Begriff „öffentliche Zwecke“ in Anlehnung an die Amtliche Begründung zu § 67 der Deutschen Gemeindeordnung vom 30. Januar 1935<sup>44</sup> im Wesentlichen nur damit erläutert werde, dass ein wirtschaftliches Unternehmen nicht errichtet werden dürfe, dessen einziges Ziel das der Gewinnerzielung sei.<sup>45</sup>

Das OVG Schleswig hat dem Bundesverwaltungsgericht in dessen Auffassung zur Rechtfertigung der Unternehmung durch einen öffentlichen Zweck ausdrücklich beigepflichtet, dass es sich um eine Frage sachgerechter Kommunalpolitik handelt, die in starkem Maße von Zweckmäßigkeitserwägungen bestimmt wird. Präzisierend weist das Oberverwaltungsgericht allerdings darauf hin, dass es sich bei dem Begriff des öffentlichen Zwecks um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, der einer näheren

---

<sup>41</sup> BVerwG, Urteil vom 22. Februar 1972, Az. I C 24.69, Rn. 17 (zitiert nach Jurion).

<sup>42</sup> Vgl. § 1 Absatz 1 Satz 2 GO.

<sup>43</sup> BVerwG, Urteil vom 22. Februar 1972, Az. I C 24.69, Rn. 17 (zitiert nach Jurion).

<sup>44</sup> RGBl. I 1935, S. 49

<sup>45</sup> BVerwG, Urteil vom 22. Februar 1972, Az. I C 24.69, Rn. 17 (zitiert nach Jurion).

inhaltlichen Ausfüllung bedarf. Ob ein öffentlicher Zweck vorliegt, unterliegt als Tatbestandsmerkmal der uneingeschränkten gerichtlichen Kontrolle (vgl. oben).<sup>46</sup>

### **(3) Der öffentliche Zweck als Grenze kommunaler Energiewirtschaft**

Im Zusammenhang mit der kommunalen Energiewirtschaft wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass die Akzeptanz von Windparks und anderen Anlagen in der Bevölkerung höher sei, wenn diese nicht von anonymen Investoren, sondern von der Gemeinde – ggf. unter Beteiligung von Bürgern – errichtet werden.<sup>47</sup>

Nach dieser Auffassung komme als (weiterer) öffentlicher Zweck beispielsweise auch die Förderung der örtlichen Wirtschaft in Betracht: „Der kommunal getragene Ausbau erneuerbarer Energien sichert Wertschöpfung vor Ort. Er ermöglicht ‚örtliche Ressourcenkreisläufe, die neben dem Klimaschutz auch und gerade als sozialer und wirtschaftlicher Motor der Gemeinde dienen können‘ (...). Schließlich kann auch der Aspekt der Versorgungssicherheit eine Rolle spielen, verringert doch die Energieerzeugung vor Ort die Abhängigkeit von Energieimporten, nicht nur nach Deutschland, sondern auch in die eigene Region.“<sup>48</sup> Alle diese Aspekte haben einen Bezug zur örtlichen Gemeinschaft.

Wenn und soweit eine Kommune diese oder ähnliche Ziele mit ihrem Engagement für die erneuerbaren Energien verfolge, bestünden nach dieser Auffassung von Verfassung wegen keine Bedenken, solange sie das Ziel der bloßen Gewinnerwirtschaftung eindeutig überwiegen.<sup>49</sup> Auch die Windenergie stelle hiernach einen integralen Bestandteil der als „Energiewende“ umschriebenen klimaschutzbezogenen Energiepolitik dar und könne als Gemeinwohlbelang eingeordnet werden.<sup>50</sup>

Unterstrichen werde dies durch die Änderung des Baugesetzbuches (BauGB) durch das Gesetz zur Förderung des Klimaschutzes bei der Entwicklung in den Städten und Gemeinden vom 22. Juli 2011<sup>51</sup>. Hiermit habe der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass Klimaschutz (durch einen Ausbau der erneuerbaren Energien) auf allen

---

<sup>46</sup> OVG Schleswig, Urteil vom 11. Juli 2013, Az. 2 LB 32/12, Rn. 94 ff. (juris).

<sup>47</sup> Henneke/Ritgen in: Praxis der Kommunalverwaltung, Kommunales Energierecht, Stand: September 2015, Band D 3 Bund, Tz. 2.2.3.1.

<sup>48</sup> Henneke/Ritgen in: Praxis der Kommunalverwaltung, Kommunales Energierecht, Stand: September 2015, Band D 3 Bund, Tz. 2.2.3.1.

<sup>49</sup> Henneke/Ritgen in: Praxis der Kommunalverwaltung, Kommunales Energierecht, Stand: September 2015, Band D 3 Bund, Tz. 2.2.3.1

<sup>50</sup> Kümper/Milstein, „Vergesellschaftung des Windes“? Ausgewählte Rechtsfragen sog. Bürgerwindparks in kommunaler Hand, ZfBR 2013, S. 742 (743).

<sup>51</sup> BGBl. I 2011, S. 1509.

Ebenen – auch in den Gemeinden – betrieben werden müsse. „Die Aufnahme der Belange des Klimaschutzes in § 1a Absatz 5 BauGB sowie die planerische Erleichterung der Errichtung von Windkraftanlagen in § 249 BauGB haben verdeutlicht, dass die bauleitplanerische Förderung von Windenergie im Sinne des Klimaschutzes zu den Aufgaben der Gemeinden gehört.“ Der Klimaschutz lasse sich deshalb als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft einordnen.<sup>52</sup>

Hierbei sei nach in der Literatur vertretener Ansicht jedoch zu berücksichtigen, dass sich die Kompetenz der Gemeinden zur Verfolgung öffentlicher Zwecke grundsätzlich auf ihr jeweiliges Gemeindegebiet beschränkt. Insoweit bestehe eine Verbindung zwischen dem Erfordernis eines öffentlichen Zwecks und dem „Örtlichkeitsprinzip“. Auf Ziele wie die Verbesserung der Akzeptanz der erneuerbaren Energien oder Sicherung von Wertschöpfung vor Ort könne sich eine Kommune daher von vornherein nur dann berufen, wenn sie sich an einer Erzeugungsanlage *auf ihrem Gemeindegebiet* beteiligen wolle.<sup>53</sup>

#### **(4) Zwischenergebnis**

Angesichts der dargestellten Argumente liegen verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine gemeindliche Betätigung zur Erzeugung oder Gewinnung von erneuerbarer Energie unabhängig von einer Versorgung der eigenen Gemeindebevölkerung jedenfalls nicht auf der Hand, wenn diese Anlagen *auf dem eigenen Gemeindegebiet* errichtet werden, um damit einen *örtlichen Beitrag zum Klimaschutz* zu leisten.

#### **b. Betätigung auf dem Gebiet angrenzender Gemeinden**

Nach § 101a Absatz 2 Satz 2 GO soll eine gemeindliche Betätigung zur Erzeugung oder Gewinnung von Energie im Bereich erneuerbarer Energien, die nicht dem Zweck der Versorgung der eigenen Gemeindebevölkerung dient, außerhalb des Gemeindegebiets auf angrenzende Gemeinden beschränkt sein. Sie ist nur im Einvernehmen mit der betroffenen Gemeinde zulässig.

Wie bereits dargelegt wurde, beschränkt Art. 28 Absatz 2 Satz 1 GG die Verbandskompetenz der Städte und Gemeinden auf die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft. Darin liegt nicht nur in sachlicher Hinsicht eine Kompetenzbegrenzung –

---

<sup>52</sup> *Kümper/Milstein*, „Vergesellschaftung des Windes“? Ausgewählte Rechtsfragen sog. Bürgerwindparks in kommunaler Hand, ZfBR 2013, S. 742 (744).

<sup>53</sup> *Henneke/Ritgen* in: Praxis der Kommunalverwaltung, Kommunales Energierecht, Stand: September 2015, Band D 3 Bund, Tz. 2.2.3.1. Vgl. hierzu auch: *Kümper/Milstein*, „Vergesellschaftung des Windes“? Ausgewählte Rechtsfragen sog. Bürgerwindparks in kommunaler Hand, ZfBR 2013, S. 742 (743 f.)

Angelegenheiten, die sich nicht auf die örtliche Gemeinschaft zurückführen lassen, sind nicht von der Kompetenzzuweisung erfasst –, die Kompetenz der Gemeinden wird vielmehr auch in räumlicher Beziehung beschränkt, und zwar auf das jeweilige Hoheitsgebiet der Kommune.

Für Tätigkeiten außerhalb ihres Hoheitsgebiets können sich die Kommunen daher im Grundsatz nicht auf die kommunale Selbstverwaltungsgarantie berufen. Auch das Demokratieprinzip erfordert eine entsprechende Beschränkung, da der Wahlakt der Gemeindebevölkerung den kommunalen Amtsträgern demokratische Legitimation ausschließlich für die Wahrnehmung von Aufgaben des jeweiligen kommunalen Hoheitsgebiets vermittelt.<sup>54</sup>

Allerdings wird vielfach vertreten, dass der Gesetzgeber aufgrund des Gesetzesvorbehalts in Art. 28 Absatz 2 GG und Art. 54 Absatz 1 LV diesbezüglich auch (jedenfalls in begrenztem Maße) Weiterungen vornehmen könne. So wird darauf verwiesen, dass der Gesetzgeber erst recht zur Konkretisierung bzw. Erweiterung des gemeindlichen Aktionsrahmens in räumlicher Hinsicht befugt sein müsse, wenn er nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sogar zur Ausdehnung des Aufgabenkreises der Kommunen in sachlicher Hinsicht (durch die Übertragung staatlicher Aufgaben) berechtigt sei.<sup>55</sup>

Die Gesetzesbegründung greift die Frage einer überörtlichen Betätigung im Bereich der erneuerbaren Energien dahingehend auf, dass dem „Ortsbezug der verfassungsrechtlich gebotenen Zweckbindung im besonderen Maße Rechnung getragen werden“ müsse.<sup>56</sup> Daher sehe § 101a Absatz 2 Satz 2 GO vor, dass derartige energiewirtschaftliche Betätigungen nur auf dem Gebiet der betreffenden Gemeinde und auf dem Gebiet angrenzender Gemeinden zulässig sein sollen. Ferner müsse zum Erhalt des „kommunalen Friedens“ ggf. das Einvernehmen mit den Nachbargemeinden hergestellt werden. Die auftragsgemäß einzubeziehende Stellungnahme Umdruck 18/5382 spricht in diesem Zusammenhang von „einer – problematischen – Entgrenzung der Kommunalwirtschaft“.<sup>57</sup>

---

<sup>54</sup> Henneke/Ritgen in: Praxis der Kommunalverwaltung, Kommunales Energierecht, Stand: September 2015, Band D 3 Bund, Tz. 2.2.3.2. m.w.N.

<sup>55</sup> Burgi, Neuer Ordnungsrahmen für die energiewirtschaftliche Betätigung der Kommunen, 2010, S. 83. Vgl. auch OVG Münster, Beschluss vom 1. April 2008, Az. 15 B 122/08, NVwZ 2008, S. 1031 (1035) bzgl. der Überörtlichkeit einer nichtwirtschaftlichen gemeindlichen Betätigung.

<sup>56</sup> Drs. 18/3152, S. 38.

<sup>57</sup> Umdruck 18/5382, S. 3.

Allerdings darf nicht übersehen werden, dass § 101a Absatz 2 Satz 2 GO eine Betätigung auf dem Gebiet angrenzender Gemeinden nur im Einvernehmen mit diesen Gemeinden für zulässig erklärt. Insofern wird jedenfalls dem Schutzanspruch der angrenzenden Gemeinden, der ebenfalls unmittelbar aus der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie entspringt, Rechnung getragen. Ein Verfassungsverstoß drängt sich nach Einschätzung des Wissenschaftlichen Dienstes diesbezüglich jedenfalls nicht auf.

Hinzuweisen ist hingegen auf die von Henneke/Ritgen vertretene Auffassung,<sup>58</sup> dass Ziele wie die Verbesserung der Akzeptanz der erneuerbaren Energien eine strikte örtliche Begrenzung dieser Anlagen auf das eigene Gemeindegebiet erfordern. Insofern könnten sich aus der Verknüpfung des Ziels „örtlicher Bedarf an Umwelt- und Klimaschutz“ mit der begrenzten überörtlichen Zulässigkeit solcher Betätigungen verfassungsrechtliche Vorbehalte herleiten lassen. Ausweislich der Begründung hat der Gesetzgeber den besonderen Ortsbezug der Zweckbindung zwar erkannt, sich aber gleichwohl für eine gewisse Lockerung der Ortsbezogenheit derartiger Betätigungen entschieden.<sup>59</sup> Ob die vom Gesetzgeber vorgesehene Lockerung der örtlichen Bindung im Falle einer gerichtlichen Überprüfung akzeptiert werden würde, muss als offen bezeichnet werden. Für die Zulässigkeit der Regelung könnte sprechen, dass das erforderliche Einvernehmen der betroffenen Nachbargemeinden die Konstellation zumindest faktisch in die Nähe einer kommunalen Zusammenarbeit rückt – für die aber andererseits ein eigener Rechtsrahmen besteht<sup>60</sup>.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen selbstverständlich gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Für den Wissenschaftlichen Dienst

gez. Frank Platthoff

---

<sup>58</sup> Fußnote 49.

<sup>59</sup> „Da als öffentlicher Zweck die örtliche Energieversorgung nicht geltend gemacht werden kann, muss der Ortsbezug der verfassungsrechtlich gebotenen Zweckbindung im besonderen Maße Rechnung [tragen]. Daher sieht **Abs. 2 Satz 2** vor, dass derartige energiewirtschaftliche Betätigungen nur auf dem Gebiet der betreffenden Gemeinde und auf dem angrenzender Gemeinden zulässig sein sollen (...“; Drs. 18/3152, S. 38.

<sup>60</sup> Vgl. Gesetz über kommunale Zusammenarbeit (GkZ), in der Fassung der Bekanntmachung vom 28. Februar 2003, GVOBl. S. 122, zuletzt geändert durch Gesetz vom 21. Juni 2016, GVOBl. S. 528.