

---

**Gutachterliche Stellungnahme –**

**Leitfaden zu den  
kommunalrechtlichen Anforderungen  
an die wirtschaftliche Betätigung  
von Kommunen im Energiebereich  
in Mecklenburg-Vorpommern**

---

Erstattet im Auftrag des

Landkreises Nordwestmecklenburg

durch die Rechtsanwälte

Prof. Dr. Christoph Moench

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Honorarprofessor an der Goethe-Universität Frankfurt am Main

Dr. André Lippert

12. März 2014

## INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis .....	X
Abkürzungsverzeichnis .....	XXII
<b>A. SACHVERHALT .....</b>	<b>1</b>
<b>I. Dezentrale kommunale Energieversorgung .....</b>	<b>1</b>
<b>II. Das Beispiel Grambow .....</b>	<b>3</b>
<b>B. FRAGESTELLUNG .....</b>	<b>4</b>
<b>C. ANFORDERUNGEN AN EINE WIRTSCHAFTLICHE BETÄTIGUNG IM ENERGIEBEREICH IN DER KOMMUNALVERFASSUNG MECKLENBURG- VORPOMMERNS .....</b>	<b>6</b>
<b>I. Grundsätze der Kommunalaufsicht .....</b>	<b>6</b>
1. Rechtsaufsicht .....	6
2. Aufsichtsmittel .....	8
2.1 Präventive Aufsichtsmittel .....	8
2.2 Repressive Aufsichtsmittel .....	9
3. Zwischenfazit .....	9
<b>II. Erste Entscheidung: Die Frage nach dem Ob der wirtschaftlichen Betätigung .....</b>	<b>9</b>
1. Nichtvorliegen einer wirtschaftlichen Betätigung .....	11
1.1 Eigene Vermögensverwaltung .....	11
1.2 Insbesondere: Beteiligung an einer Bürgergenossenschaft .....	13
1.2.1 Untergeordneter Umfang .....	14
1.2.2 Vermögensanlage oder freiwillige Leistung mit ideellem Charakter .....	15
1.3 Zwischenfazit .....	15
2. Wirtschaftliche Betätigung .....	16
2.1 Einrichtungen und Unternehmen .....	16
2.1.1 Unterscheidung zwischen Betrieb von Einrichtungen und Unternehmen ....	16
2.1.2 Die Begriffe Unternehmen und Einrichtung .....	17
2.2 Wirtschaftliche Betätigung im Energiebereich .....	18
2.2.1 Energieversorgung als wirtschaftliche Tätigkeit von Gemeinden .....	18
a) Begriff der Energieversorgung .....	18
b) Kommunen bzw. kommunale Unternehmen als Energie- bzw. Elektrizitätsversorgungsunternehmen .....	19

aa)	Begriff des Energie- bzw. Elektrizitätsversorgungsunternehmens .....	19
bb)	Kein Energieversorgungsunternehmen bei Betrieb einer Kundenanlage .....	20
cc)	Entflechtung vertikal integrierter Energieversorgungsunternehmen .....	21
2.2.2	Möglichkeiten der wirtschaftlichen Betätigung im Energiebereich .....	22
a)	Erzeugung von Strom .....	22
b)	Vertrieb von Strom .....	24
aa)	Nutzungsmöglichkeiten von Strom aus erneuerbaren Quellen (EEG) .....	24
(1)	Einspeisung und Direktvermarktung .....	25
(2)	Besonderheiten bei Direktlieferung und Eigenverbrauch .....	27
bb)	Nutzungsmöglichkeiten von Strom aus Kraft-Wärme-Kopplungs-Anlagen .....	31
(1)	Eigenversorgung .....	32
(2)	Einspeisung in das Netz, Wälzungsmechanismus .....	33
c)	Betrieb eines Energieversorgungsnetzes .....	33
aa)	Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung .....	33
bb)	Geschlossenes Verteilernetz, § 110 EnWG .....	34
(1)	Grundversorgungspflicht .....	34
(2)	Eigen- und Konzernversorgung .....	35
(3)	Folgen der Einspeisung von Strom in bzw. des Bezugs aus einem geschlossenen Verteilernetz nach EEG und KWKG .....	36
d)	Besonderheiten bei der Erzeugung von Wärme und beim Betrieb von Wärmenetzen .....	38
aa)	Fernwärme, Wärmenetz .....	39
(1)	Fernwärme .....	39
(2)	Wärmenetze .....	39
bb)	Förderung der Wärmenetze durch das KWKG .....	40
2.2.3	Zwischenfazit .....	41
2.3	Besonderheiten in der Kommunalverfassung Mecklenburg-Vorpommerns bei der wirtschaftlichen Betätigung im Energiebereich .....	42
3.	Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit in § 68 KV .....	43
3.1	Verzichtbarkeit des Kriteriums der Leistungsfähigkeit bei Einrichtungen, die ausschließlich zur Deckung des Eigenbedarfs der Gemeinde dienen (§ 68 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3) .....	43

3.1.1	Eigenbedarfsdeckung und Eigenverbrauch von EEG-Strom .....	43
3.1.2	Ausschließliche Deckung des Eigenbedarfs der Gemeinde .....	44
3.1.3	Zwischenfazit .....	45
3.2	Kriterien zur Bestimmung des angemessenen Verhältnisses des Unternehmens bzw. der Einrichtung zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde .....	45
3.2.1	Bestimmung der Leistungsfähigkeit der Kommune .....	45
a)	Haushaltsgrundsätze .....	46
aa)	Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit .....	46
bb)	Sicherstellung der Aufgabenerfüllung .....	47
cc)	Haushaltsausgleich und Verbot der Überschuldung .....	47
b)	Kriterien zur Bestimmung der Leistungsfähigkeit .....	48
aa)	Finanzielle Kriterien (Finanzkraft) .....	49
bb)	Personalwirtschaftliche Kriterien (Verwaltungskraft) .....	50
c)	Übertragung auf die wirtschaftlichen Betätigung .....	51
3.2.2	Bestimmung des Verhältnisses der geplanten Unternehmung zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde .....	52
a)	Bedeutung für das Ob und das Wie der wirtschaftlichen Betätigung .....	52
aa)	Auswirkungen auf das Ob wirtschaftlicher Betätigung .....	53
bb)	Auswirkungen auf das Wie wirtschaftlicher Betätigung – insbesondere: Rentabilität .....	54
b)	Risikobewertung auf Grundlage der konkreten Leistungsfähigkeit einer Gemeinde .....	54
aa)	Kriterien für die Risikoeinschätzung .....	55
bb)	Risikominimierung .....	56
cc)	Verfahrensrechtliche Absicherungen und Überprüfbarkeit .....	56
3.2.3	Zwischenfazit .....	58
3.3	Besonderheiten bei wirtschaftlichen Betätigungen im Energie- und Wärmebereich .....	59
3.3.1	Besonderheiten der Risikoeinschätzung bei Unternehmungen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien .....	59
a)	Besonderheiten bei der Nutzung von Strom aus erneuerbaren Quellen oder Kraft-Wärme-Kopplung .....	59
aa)	Abnahmepflicht und garantierte Vergütung .....	59
bb)	Besonderheiten beim Eigen- und Direktverbrauch durch Dritte .....	60

cc)	Risiken aus der Stellung als Anlagenbetreiber nach EEG oder KWKG .....	60
b)	Unsicherheiten aufgrund geänderter rechtlicher Rahmenbedingungen .....	61
aa)	Änderung rechtlicher Rahmenbedingungen .....	61
bb)	Exkurs: Geplante Änderungen durch EEG-Novelle 2014.....	61
c)	Wirtschaftliche Unsicherheiten .....	62
aa)	Änderung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen.....	62
bb)	Wirtschaftliche Implikationen geänderter rechtlicher Rahmenbedingungen im Bereich der erneuerbaren Energien .....	63
(1)	Bestehende Instrumente zur Marktheranführung .....	63
(2)	Exkurs: Ausweitung der Marktinstrumente durch die geplante EEG-Novelle 2014.....	63
d)	Personalbedarf.....	64
e)	Umwelteinflüsse.....	65
3.3.2	Besonderheiten der Risikoeinschätzung bei Unternehmungen zur Versorgung mit Wärme .....	65
4.	Weitere Voraussetzungen einer kommunalen wirtschaftlichen Betätigung .....	67
4.1	Öffentlicher Zweck, insbesondere im Bereich der Energieversorgung .....	67
4.1.1	Grundsätze des öffentlichen Zwecks .....	67
4.1.2	Besonderheiten des öffentlichen Zwecks im Bereich der Energieversorgung.....	68
a)	Energieversorgung als öffentlicher Zweck .....	68
b)	Öffentlicher Zweck und Gewinnerzielung – Öffentlicher Zweck bei der Erzielung von Einnahmen durch die Förderung bestimmter regenerativer Erzeugungsformen (§ 68 Abs. 2 Satz 2 KV) .....	70
c)	Öffentlicher Zweck bei Versorgung mit Strom, Gas, Wärme außerhalb des Gemeindegebiets (§ 68 Abs. 2 Satz 3 KV) .....	71
4.2	Angemessenes Verhältnis zum Bedarf .....	72
4.3	Subsidiaritätsklausel .....	73
4.4	Zwischenfazit .....	74
5.	Zwischenfazit.....	75
<b>III.</b>	<b>Zweite Entscheidung: Die Frage nach dem Wie der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde.....</b>	<b>77</b>
1.	Verhältnis von Kommunalrecht und Gesellschaftsrecht .....	77

2.	Allgemeine Anforderungen an alle Organisationsformen aus dem Kommunalrecht.....	78
2.1	Wirtschaftsgrundsätze .....	79
2.2	Vertretung der Gemeinde.....	79
2.3	Anzeigepflicht gegenüber Rechtsaufsichtsbehörde.....	79
3.	Erstes Szenario: Alleinige Gründung und Betrieb eines Unternehmens bzw. einer Einrichtung durch die Gemeinde .....	80
3.1	Überblick über die verschiedenen Organisationsformen .....	80
3.1.1	Organisationsformen des öffentlichen Rechts.....	80
a)	Eigenbetriebe.....	80
b)	Kommunalunternehmen.....	81
3.1.2	Organisationsformen des Privatrechts .....	81
a)	Ausschluss von Aktiengesellschaften .....	81
b)	Grundsätzlicher Ausschluss von Personengesellschaften .....	82
c)	Anforderungen an alle Organisationsformen des Privatrechts .....	83
aa)	Sicherstellung eines angemessenen Einflusses, § 69 Abs. 1 Nr. 4 KV.....	83
bb)	Sicherstellung eines angemessenen Verhältnisses der eingegangenen Verpflichtungen zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und Haftungsbegrenzung, § 69 Abs. 1 Nr. 5 und 6 KV.....	84
cc)	Besondere Voraussetzungen allein für <i>Unternehmen</i> in Privatrechtsform (§ 69 Abs. 1 Nr. 1 und 3 KV) .....	84
dd)	Besondere Voraussetzungen allein für <i>Einrichtungen</i> in Privatrechtsform (§ 69 Abs. 1 Nr. 2 KV).....	85
d)	Sicherstellung von Informations- und Prüfrechten bei der Beteiligung der Gemeinde an Unternehmungen in Privatrechtsform .....	86
3.1.3	Zwischenfazit .....	87
3.2	Kriterien zur Auswahl der passenden Organisationsform .....	88
3.3	Die Organisationsformen im Detail.....	89
3.3.1	Öffentlich-rechtliche Organisationsformen .....	89
a)	Eigenbetrieb .....	89
aa)	Steuerung .....	90
bb)	Haftung .....	91
cc)	Größe .....	91
dd)	Beteiligungsmöglichkeiten Dritter.....	91
ee)	Kapitalausstattung und Ergebniszufluss.....	91
ff)	Zusammenfassung .....	92

(1) Vorteile .....	92
(2) Nachteile .....	92
b) Kommunalunternehmen.....	93
aa) Steuerung .....	93
bb) Haftung .....	94
cc) Größe .....	94
dd) Beteiligungsmöglichkeiten Dritter.....	95
(2) Gemeinsame Kommunalunternehmen .....	96
ee) Kapitalausstattung und Ergebniszufluss.....	97
ff) Zusammenfassung .....	97
(1) Vorteile .....	97
(2) Nachteile .....	98
3.3.2 Privatrechtliche Organisationsformen .....	98
a) GmbH .....	98
aa) Steuerung .....	98
bb) Haftung .....	99
cc) Größe .....	100
dd) Beteiligungsmöglichkeiten Dritter.....	100
ee) Kapitalausstattung und Ergebniszufluss.....	101
ff) Exkurs: UG (haftungsbeschränkt) .....	101
gg) Zusammenfassung .....	102
(1) Vorteile .....	102
(2) Nachteile .....	103
b) GmbH & Co. KG.....	103
aa) Eignung der GmbH & Co. KG für kommunale Betätigungen.....	103
bb) Zusammenfassung .....	104
(1) Vorteile .....	104
(2) Nachteile .....	104
c) Genossenschaft.....	105
aa) Steuerung .....	106
bb) Haftung .....	108
cc) Größe .....	108
dd) Beteiligungsmöglichkeiten Dritter.....	108
ee) Kapitalausstattung und Ergebniszufluss.....	109
ff) Zusammenfassung .....	109
(1) Vorteile .....	109

(2) Nachteile .....	109
d) Sonstige privatrechtliche Organisationsformen.....	109
aa) BGB-Gesellschaft .....	109
bb) Offene Handelsgesellschaft .....	110
cc) Kommanditgesellschaft.....	110
3.4 Zwischenfazit .....	111
3.4.1 Vor- und Nachteile öffentlich-rechtlicher Organisationsformen.....	111
a) Vorteile öffentlich-rechtlicher Organisationsformen.....	111
b) Nachteile öffentlich-rechtlicher Organisationsformen.....	112
c) Mögliche Einsatzgebiete öffentlich-rechtlicher Organisationsformen.....	112
3.4.2 Vor- und Nachteile privatrechtlicher Organisationsformen .....	113
a) Vorteile privatrechtlicher Organisationsformen .....	113
b) Nachteile privatrechtlicher Organisationsformen.....	113
c) Mögliche Einsatzgebiete privatrechtlicher Organisationsformen.....	113
4. Zweites Szenario: Beteiligung der Gemeinde an einem Unternehmen oder interkommunale Zusammenarbeit .....	114
4.1 Beteiligung an einem privatrechtlichen Unternehmen .....	114
4.2 Zusammenarbeit zwischen Kommunen (Interkommunale Zusammenarbeit) .....	116
4.2.1 Gemeinsames Kommunalunternehmen .....	116
4.2.2 Zweckverband .....	116
a) Steuerung .....	117
b) Haushaltswirtschaft und wirtschaftliche Betätigung .....	117
c) Finanzierung.....	118
d) Haftung .....	118
4.3 Zwischenfazit .....	119
5. Drittes Szenario: Fremdversorgung .....	120
5.1 Fremdversorgung durch Konzessionsverträge .....	120
5.2 Die kommunalrechtlichen Anforderungen an die Gemeinde nach § 76 KV .....	120
5.3 Die energierechtlichen Anforderungen an die Konzessionsverträge nach § 46 EnWG .....	121
5.4 Konzessionsabgaben.....	122
6. Zwischenfazit .....	122
<b>IV. Konsequenzen für die Projektentwicklung .....</b>	<b>123</b>
1. Obligatorische Maßnahmen im Vorfeld einer Entscheidung über eine wirtschaftliche Betätigung.....	124



1.1	Ist-Analyse.....	124
1.1.1	Machbarkeitsstudien.....	124
a)	Besonderheiten Windpark.....	125
b)	Besonderheiten Biogas- und Biomasseanlagen.....	125
c)	Besonderheiten Wärmenetz.....	126
d)	Besonderheiten PV-Anlagen.....	126
e)	Besonderheiten Wasserkraft.....	126
1.1.2	Leistungsfähigkeit der Kommune.....	126
1.1.3	Bedarfsprüfung.....	127
1.1.4	Wirtschaftlichkeitsanalyse.....	127
1.2	Soll-Analyse.....	128
2.	Konkrete Ausgestaltung einer wirtschaftlichen Betätigung.....	129
2.1	Analyse der Ausgangslage.....	130
2.2	Prüfung der Rechtsformen.....	130
2.3	Risikoabwägung.....	130
2.4	Technische Planung.....	131
2.5	Finanzierungsmöglichkeiten.....	131
2.6	Steuerrechtliche und vergaberechtliche Auswirkungen.....	132
3.	Umsetzungsphase.....	133
4.	Zwischenfazit.....	133
<b>V.</b>	<b>Gesamtfazit.....</b>	<b>134</b>
<b>D.</b>	<b>ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE.....</b>	<b>136</b>

## LITERATURVERZEICHNIS

### I. Kommentare

Altrock, Martin Oschmann, Volker Theobald, Christian	Erneuerbare-Energien-Gesetz Kommentar, 4. Auflage 2013 (zitiert: Bearbeiter in: Altrock/Oschmann /Theobald, EEG, Fundstelle)
Baumbach, Adolf Hueck, Alfred	GmbHG Kommentar, 20. Auflage 2013 (zitiert: Bearbeiter in: Baumbach/Hueck, GmbHG, Fundstelle)
Blum, Peter Baumgarten, Torsten Beckhof, Heiner Behrens, Ingo Demuth, Klaus-Henning Göke, Wolfgang Groseck, Oliver Grunwald, Ekkehard Häusler, Bernd Menzel, Andreas Rose, Joachim Smollich, Thomas Wefelmeier, Christian	Kommunalverfassungsrecht Niedersachsen - Nie- dersächsische Gemeindeordnung (NGO) Kommentar (zitiert: Bearbeiter in: Blum u.a., NGO, Fundstel- le)
Britz, Gabriele Hellermann, Johannes Hermes, Georg	Energiewirtschaftsgesetz Kommentar, 2. Auflage 2010 (zitiert: Bearbeiter in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, Fundstelle)
Darsow, Thomas Gentner, Sabine Glaser, Klaus-Michael Meyer, Hubert	Schweriner Kommentierung der Kommunalver- fassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern 3. Auflage, Schwerin, 2005 (zitiert: Bearbeiter in: Darsow u.a., KV M-V, Fundstelle)
Frenz, Walter Müggenborg, Hans-Jürgen	Erneuerbare-Energien-Gesetz Kommentar, 2. Auflage 2011 (zitiert: Bearbeiter in: Frenz/Müggenborg, EEG, Fundstelle)
Epping, Volker Hillgruber, Christian	Beck'scher Onlinekommentar Grundgesetz Stand 1. 11. 2013 (zitiert: Bearbeiter in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Fundstelle)

Goette, Wulf Habersack, Mathias Kalss, Susanne	Münchener Kommentar zum Aktiengesetz 3. Auflage 2008 (zitiert: Bearbeiter in: MüKo AktG, Fundstelle)
Greb, Klaus Boewe, Marius	Beck'scher Onlinekommentar Erneuerbare-Energien-Gesetz Stand 1. 02. 2014 (zitiert: Bearbeiter in: Greb/Boewe, BeckOK EEG, Fundstelle)
Hempel, Dietmar Franke, Peter	Recht der Energie- und Wasserversorgung Kommentar, Band. 2, 112. EL, August 2013 (zitiert: Bearbeiter in: Hempel/Franke, Recht der Energie- und Wasserversorgung, Fundstelle)
Heuermann, Bernd Brandis, Peter	Blümich, Einkommenssteuergesetz, Körperschaftssteuergesetz, Gewerbesteuer-gesetz Kommentar, 121. Ergänzungslieferung 2013 (zitiert: Bearbeiter in: Blümich KStG, Fundstelle)
Henssler, Martin Strohn, Lutz	Gesellschaftsrecht Kommentar, 2. Auflage 2014 (zitiert: Bearbeiter in: Henssler/Strohn, GesR, Fundstelle)
Hüffer, Uwe	Aktiengesetz Kommentar, 10. Auflage 2012 (zitiert: Bearbeiter in: Hüffer, AktG, Fundstelle)
Jarass, Hans D. Pieroth, Bodo	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: GG Kommentar, 12. Auflage 2012 (zitiert: Bearbeiter in: Jarass/Pieroth, GG, Fundstelle)
Kunze, Richard Bronner, Otto Katz, Alfred	Gemeindeordnung für Baden-Württemberg Kommentar 4. Auflage, Stand Oktober 2013 (zitiert: Bearbeiter in: Kunze/Bronner/Katz, GO BW, Fundstelle)
von Lewinski, Kai Burbat, Daniela	Haushaltsgrundsätzegesetz Kommentar, 1. Auflage 2013 (zitiert: von Lewinski/Burbat, HGrG, Fundstelle)
Lübking, Uwe Beck, Wolfgang Schürmeier, Claudia	Gemeindeordnung Sachsen-Anhalt Kommentar Stand: 45. EL, 2013 (zitiert: Lübking/Beck/Schürmeier, GO LSA, Fundstelle)

Meyer, Hubert	Landesrecht Mecklenburg-Vorpommern, 2. Auflage 2002 (zitiert: Bearbeiter in: Meyer, Kommunalrecht, Fundstelle)
Muth, Michael	Potsdamer Kommentar – Kommunalrecht und Kommunales Finanzrecht in Brandenburg Stand: 48. AL, Dezember 2013 (zitiert: Bearbeiter in: Muth, Potsdamer Kom- mentar, Fundstelle)
Pöhlmann, Peter Fandrich, Andreas Bloehs, Joachim	Genossenschaftsgesetz Kommentar, 4. Auflage 2012 (zitiert: Bearbeiter in: Pöhl- mann/Fandrich/Bloehs, GenG, Fundstelle)
Posser, Herbert Wolff, Heinrich Amadeus	Beck'scher Onlinekommentar Verwaltungsge- richtsordnung Stand 1. 10. 2013 (zitiert: Bearbeiter in: BeckOK VwGO, Fundstel- le)
Quecke, Albrecht Schmid, Hansdieter Menke, Ulrich Rehak, Heinrich Wahl, Andreas Vinke, Harald Blazek, Peter Schaffarzik, Bert Trommer, Friederike	Gemeindeordnung für den Freistaat Sachsen Kommentar (zitiert: Bearbeiter in: Quecke u.a., SächsGO, Fundstelle)
Säcker, Franz-Jürgen	Berliner Kommentar zum Energierecht Band 1 2. Auflage 2010 (zitiert: Bearbeiter in: Säcker, Energierecht, Fundstelle)
Salje, Peter	Erneuerbare-Energien-Gesetz: EEG 2012 Kommentar, 6. Auflage 2012 (zitiert: Salje, EEG 2012, Fundstelle)
Salje, Peter	Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz: KWKG 2002 Kommentar, 2. Auflage 2004 (zitiert: Salje, KWKG 2002, Fundstelle)
Schmidt, Karsten	Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch Band 3, 3. Auflage 2012 (zitiert: Bearbeiter in: MüKo HGB, Fundstelle)
Schröder, Dieter	Praxis der Kommunalverwaltung, Kommentar

<p>Willner, Gert  Wollenteit, Hartmut  Skeries, Michael  Vieweg, Marion  Bracker, Reimer  Fre, Thomas  Wellmann, Andreas  Bitto, Markus  Hill, Birgit  Meyer zu Schlochtern, Dominik  Schartow, Dirk  Ullrich, Franziska  Pfützner, Gerhard  Lawall, Bärbel  Gabler, Birgit</p>	<p>Band 1 Kommunalverfassung Mecklenburg-Vorpommern  Stand September 2012  (zitiert: Schröder u.a., PdK M-V, Fundstelle)</p>
<p>Schulz, Norbert  Wachsmuth, Hans J.  Zwick, Wolfram  Bauer, Thomas  Mühlbauer, Peter  Oehler, Gerhard  Stanglmayr, Helmut  Winkler, Carmen,  Stadlöder, Anton,  Hauth, Rudolf  Bloeck, Oliver</p>	<p>Kommunalverfassungsrecht Bayern  Kommentar  (zitiert: Bearbeiter in: Schulz/Wachsmuth/Zwick, Kommunalverfassungsrecht Bayern, Fundstelle)</p>
<p>Ziemons, Hildegard  Jaeger, Carsten</p>	<p>Beck'scher Online Kommentar GmbHG  Stand: 1. 12. 2013  (zitiert: Bearbeiter in: BeckOK GmbHG, Fundstelle)</p>

## II. Monographien

<p>Cronauge, Ulrich  Westermann, Georg</p>	<p>Kommunale Unternehmen  5. Auflage, Berlin 2006</p>
<p>Danner, Wolfgang  Theobald, Christian</p>	<p>Energierrecht  Band 1  Stand September 2013  (zitiert: Bearbeiter in: Danner/Theobald, Energierrecht, Fundstelle)</p>
<p>Gern, Alfons</p>	<p>Deutsches Kommunalrecht  3. Auflage 2003</p>

Gerstner, Stephan	Grundzüge des Rechts der Erneuerbaren Energien Handbuch, 1. Auflage 2013 (zitiert: Bearbeiter in: Gerstner, Grundzüge des Rechts, Fundstelle)
Hoppe, Werner Uechtritz, Michael Reck, Hans-Joachim	Handbuch Kommunale Unternehmen 3. Auflage 2012 (zitiert: Bearbeiter in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen, Fundstelle)
Pielow, Johann-Christian	Zwischen Flexibilität und demokratischer Legitimität: Neue Rechtsformen für kommunale Unternehmen in: Epping, Volker / Fischer, Horst / Heintschel von Heinegg, Wolff Brücken bauen und begehen – Festschrift für Knut Ipsen zum 65. Geburtstag, München 2000 (zitiert: Pielow in: Epping/Fischer/Hentschel von Heinegg, FS Ipsen, Seite)
Schmidt, Karsten	Gesellschaftsrecht 4. Auflage 2002 (zitiert: Schmidt, GesR, Fundstelle)
Schneider, Jens-Peter Theobald, Christian	Recht der Energiewirtschaft 4. Auflage 2013 (zitiert: Bearbeiter in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, Fundstelle)
Scholz, Rupert Moench, Christoph Herz, Benjamin	Verfassungs- und europarechtliche Grundsatzfragen einer EEG-Reform GLEISS LUTZ Schriftenreihe zum deutschen und internationalen Wirtschaftsrecht, Berlin 2014 (zitiert: Scholz/Moench/Herz, Grundsatzfragen EEG-Reform, Seite)
Wurzel, Gabriele Schraml, Alexander Becker, Ralph	Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen Handbuch 2. Auflage 2010, München (zitiert: Bearbeiter in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Fundstelle)

### III. Gutachten / Leitfäden

Agentur für Erneuerbare Energien e.V.	Energiegenossenschaften – Bürger, Kommunen
---------------------------------------	--

	und lokale Wirtschaft in guter Gesellschaft, 2. Auflage 2013 (zitiert: AEE, Energiegenossenschaften, Seite)
Agentur für Erneuerbare Energien e.V.	Energiekonzept abrufbar unter: <a href="http://www.kommunal-erneuerbar.de/de/kommunalratgeber/kommunalratgeber/energiekonzept.html">http://www.kommunal-erneuerbar.de/de/kommunalratgeber/kommunalratgeber/energiekonzept.html</a> (zitiert: AEE; Energiekonzept)
Agentur für Erneuerbare Energien e.V.	Erneuerbare Energien 2020 Potentialatlas Deutschland (zitiert: AEE; Erneuerbare Energien 2020, Potenzialatlas Deutschland, Seite)
Agentur für Erneuerbare Energien e.V.	Erneuerbare-Energien-Projekte in Kommunen – Erfolgreiche Planung und Umsetzung 5. Auflage 2011 (zitiert: AEE, Erneuerbare-Energien-Projekte in Kommunen, Seite)
Agentur für Erneuerbare Energien e.V.	Kommunale Wertschöpfung durch Erneuerbare Energien, 1. Auflage 2010 (zitiert: AEE, Kommunale Wertschöpfung durch Erneuerbare Energien, Seite)
Akademie für Nachhaltige Entwicklung M-V Institut für angewandtes Stoffstrommanagement	Finanzierungsmodelle für (Bio)EnergieDörfer (zitiert: ANE/IfaS, Finanzierungsmodelle für (Bio)Energiedörfer, Seite)
Bundesministerium für Wirtschaft und Energie	Eckpunkte für die Reform des EEG, 21. 01. 2014 (zitiert: BMWi, Eckpunkte für die Reform des EEG, Seite)
Bundesnetzagentur	Gemeinsames Positionspapier der Regulierungsbehörden der Länder und der Bundesnetzagentur zu geschlossenen Verteilernetzen gem. § 110 EnWG vom 23. 02. 2012 (zitiert: Positionspapier Regulierungsbehörden, Seite)
Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V.	BDEW-Strompreisanalyse Mai 2013 – Haushalte und Industrie Berlin, 27. 05. 2013 (zitiert: BDEW, Strompreisanalyse Mai 2013, Seite)
Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle	Merkblatt Wärme- und Kältenetze zur Darlegung der Zulassungsvoraussetzungen nach dem Kraft-

	<p>Wärme-Kopplungsgesetz (KWKG) Stand: 1. 03. 2013 (zitiert: BAFA, Merkblatt Wärme- und Kältenetze, Seite)</p>
Energie-Umwelt-Beratung e.V.	<p>Kommunaler Nutzen von Windenergieanlagen – Projektbericht, Rostock April 2012 (zitiert: EUB, Projektbericht, Seite)</p>
Fachagentur Nachwachsende Rohstoffe e.V.	<p>Geschäftsmodelle für Bioenergieprojekte – Rechtsformen, Vertrags- und Steuerfragen FNR 2013 (zitiert: FNR, Geschäftsmodelle für Bioenergieprojekte, Seite)</p>
Fachagentur Nachwachsende Rohstoffe e.V.	<p>Wege zum Bioenergiedorf – Leitfaden 3. Auflage 2011 (zitiert: FNR, Wege zum Bioenergiedorf, Seite)</p>
HHL – Leipzig Graduate School for Management	<p>Sachsen Bank Branchenszenarien Mitteldeutschland: Zukunftsszenarien für die Fernwärme in den neuen Bundesländern, Mai 2012 (zitiert: HHL, Sachsen Bank Branchenszenarien Mitteldeutschland, Seite)</p>
Kment, Martin	<p>Wirtschaftliche Teilhabe von Kommunen und Bürgern aus Mecklenburg-Vorpommern bei der Ausweisung von Flächen für die Windkraftnutzung, Augsburg 2013 (zitiert: Kment, Wirtschaftliche Teilhabe, Seite)</p>
Landesenergierrat Mecklenburg-Vorpommern	<p>Vorschlag für ein Landesenergiekonzept Mecklenburg-Vorpommern vom 12. August 2012 (zitiert: Landesenergierrat M-V, Seite)</p>
Ministerium für Inneres und Sport Mecklenburg-Vorpommern	<p>Kommunalebürgerschaften und andere Sicherheiten – Ein Leitfaden für die Praxis 1. Auflage 2004 (zitiert: Innenministerium M-V, Kommunalebürgerschaften, Seite)</p>
Moench, Christoph Geiger, Stefan	<p>Gutachten - Zulässigkeit energiewirtschaftlicher Aktivitäten der Elektrizitätswerk Mittelbaden AG &amp; Co. KG außerhalb des angestammten Versorgungsgebietes</p>
Moench, Christoph, Wagner, Johann Schulz, Martin Wrede, Jens	<p>Gutachterliche Stellungnahme „Rechtsfragen des Eigenverbrauchs und des Direktverbrauchs von Strom durch Dritte aus Photovoltaikanlagen“</p>



	Erstattet im Auftrag des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (zitiert: Gleiss Lutz, Rechtsfragen des Eigenverbrauchs und des Direktverbrauchs)
Regionaler Planungsverband Westmecklenburg	Regionales Energiekonzept Westmecklenburg – Kurzfassung (zitiert: Regionaler Planungsverband, Energiekonzept, Seite)
Regionaler Planungsverband Westmecklenburg	Regionales Raumentwicklungsprogramm Westmecklenburg 1. Auflage November 2011 (zitiert: Regionaler Planungsverband, Raumentwicklungsprogramm, Seite)
SKEP – Strategische Kommunale Energiepolitik; Klinski, Stefan Longo, Fabio	Arbeitspapier Nr. 6 Rechtliche Rahmenbedingungen kommunaler Strategien für den Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energien Stand: 4. 08. 2006 (zitiert: Klinski/Longo, Rechtliche Rahmenbedingungen, Seite)
Verband kommunaler Unternehmen e.V.	Kommunale Energiewirtschaft Energiezukunft gestalten – Perspektiven kommunaler Energieerzeugung (zitiert: VKU, Energiezukunft gestalten, Seite)
Wolff, Hans, J. Bachof, Otto Stober, Rolf	Verwaltungsrecht Band 3, 5. Auflage 2004 (zitiert: Bearbeiter in: Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht, Fundstelle)

#### IV. Aufsätze

Althanns, Andrea	Genossenschaftliche Modelle bei der Realisierung von Anlagen der erneuerbaren Energien ZfBR-Beilage 2012, 36
Böhm, Monika Schwarz, Philip	Klimaschutz durch Anschluss- und Benutzungszwang für kommunale Fernwärmenetze - Voraussetzungen und Grenzen DVBl. 2012, 540
Bringewat, Jörn	Windenergie aus kommunaler Hand – Erwiderung auf ZUR 2012, 348 ZUR 2013, 82
Dazert, Andreas	Betrieb eines kommunalen Windparks - Voraus-

Mahlberg, Dirk	setzungen und Grenzen nach dem Gemeindegewirtschaftsrecht NVwZ 2004, 158
Ehlers, Dirk	Das neue Kommunalwirtschaftsrecht in Nordrhein-Westfalen NWVBl. 2000, 1
Ehlers, Dirk	Interkommunale Zusammenarbeit in Gesellschaftsform DVBl. 1997, 137
Geiger, Stefan Aßmann, Jaron	Chancen und Grenzen der Expansionsmöglichkeiten kommunaler Energieversorgungsunternehmen DVBl. 2012, 1276
Geis, Max-Emanuel Madeja, Sebastian	Kommunales Wirtschafts- und Finanzrecht – Teil II JA 2013, 321
Gern, Alfons	Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden außerhalb des Gemeindegebiets NJW 2002, 2593
Heintzen, Markus	Zur Tätigkeit kommunaler (Energieversorgungs-) Unternehmen außerhalb der kommunalen Gebietsgrenzen NVwZ 2000, 743
Hogeweg, Michaela	Fünf Jahre kommunale Anstalten in Niedersachsen Nds.VBl. 2008, 33
Jarass, Hans D.	Aktivitäten kommunaler Unternehmen außerhalb des Gemeindegebiets, insbesondere im öffentlichen Personennahverkehr DVBl. 2006, 1
Kahl, Wolfgang	Klimaschutz durch die Kommunen – Möglichkeiten und Grenzen ZUR 2010, 395
von Kaler, Matthias Kneuper, Friedrich	Erneuerbare Energien und Bürgerbeteiligung NVwZ 2012, 791
Kronawitter, Martin	Besiegelt das “Gemeinsame Kommunalunternehmen” das Ende der Zweckverbände? KommJur 2008, 401
Kümper, Boas Milstein, Alexander	„Vergesellschaftung des Windes”? – Ausgewählte Rechtsfragen sog. Bürgerwindparks in kommunaler Hand – ZfBR 2013, 742

Mann, Thomas	Die "Kommunalunternehmen" - Rechtsformalternative im kommunalen Wirtschaftsrecht NVwZ 1996, 557
Oebbecke, Janbernd	Die Aufgaben des Zweckverbandes NVwZ, 2010, 665
Paulick, Andreas	Ausgewählte Haftungsfragen im Recht des Zweckverbands DÖV 2009, 110
Pogoda, Johannes	Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden und Subsidiaritätsklausel. LKV 2012, 159
Rautenberg, Thomas	Gemischte Gesellschaften und Gemeindegewirtschaftsrecht – Teil 1 KommJur 2007, 1
Rautenberg, Thomas	Gemischte Gesellschaften und Gemeindegewirtschaftsrecht – Teil 2 KommJur 2007, 41
Reck, Hans-Joachim	Pflichten der Kommunen bei auslaufenden Konzessionsverträgen in der Energieversorgung KommJur 2009, 401
Ruffert, Matthias	Grundlagen und Maßstäbe einer wirkungsvollen Aufsicht über die kommunale wirtschaftliche Betätigung Verwaltungsarchiv 2001, 27
Schafhausen, Franz-Josef	Die Reform des EEG als vordringliche Aufgabe der Energiepolitik nach der Bundestagswahl ZNER 2014, 7
Schneidewindt, Holger	Zivilrechtliche Einordnung des Erwerbers und Betreibers einer Photovoltaikanlage – Verbraucher oder Unternehmer ER 2013, 53
Schulz, Sönke E. Tischer, Jakob	Die Grenzen kommunalen Wirtschaftens: aktuelle Entwicklungen, alte Fragen GewArch 2014, 1
Schwartz, Manuel	Hatte Bismarck Unrecht? – Zur Reform der Kommunalverfassung in Mecklenburg-Vorpommern im Hinblick auf das Gemeindegewirtschaftsrecht – NordÖR 2011, 421
Waldmann, Knut	Das Kommunalunternehmen als Rechtsformalternative für die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden

	NVwZ 2008, 284
Zenke, Ines Dessau, Christian	Bürgerbeteiligungen als Schlüssel einer kommunalen Energiewende KommJur 2013, 288
Ziche, Christian Herrmann, Daniel	Weisungsrechte gegenüber Aufsichtsratsmitgliedern in Satzungen kommunaler Eigengesellschaften in der Rechtsform der GmbH DÖV 2014, 111

## V. Drucksachen, Verwaltungsvorschriften

Bundesrat	Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Körperschaftssteuer (Körperschaftssteuerrichtlinien 2004 – KStR 2004) BR-Drs. 695/04, BStBl I Sondernummer 2/2004 S. 3 (zitiert: Richtlinie (Absatz) zu Paragraph, KStR 2004)
Deutscher Bundestag	Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften Drucksache 16/8148, 18. 02. 2008 (zitiert: BT-Drs. 16/8148, Seite)
Deutscher Bundestag	Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien Drucksache 17/6071, 06. 06. 2011 (zitiert: BT-Drs. 17/6071, Seite)
Deutscher Bundestag	Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes Drucksache 17/8801, 29. 02. 2012 (zitiert: BT-Drs. 17/8801, Seite)
Deutscher Bundestag	Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Rechtsrahmens für Strom aus solarer Strahlungsenergie und zu weiteren Änderungen im Recht

	<p>der erneuerbaren Energien Drucksache 17/8877, 06. 03. 2012 (zitiert: BT-Drs. 17/8877, Seite)</p>
Landtag Mecklenburg-Vorpommern	<p>Gesetzentwurf der Landesregierung Entwurf eines Gesetzes über die Kommunalverfassung und zur Änderung weiterer kommunalrechtlicher Vorschriften Landtagsdrucksache 5/4173, 22. 03. 2011 (zitiert: LT-Drs. 5/4173, Seite)</p>
Ministerium für Inneres und Sport Mecklenburg-Vorpommern	<p>Hinweise zur Umsetzung der Eigenbetriebsverordnung (EigVOVV M-V) Verwaltungsvorschrift des Innenministeriums vom 3. August 2010 – II 340 – 173.101.23-2 – VV Meckl.-Vorp. Gl. Nr. 2020 – 18 (zitiert als EigVOVV, Paragraph)</p>
Ministerium für Inneres und Sport Mecklenburg-Vorpommern	<p>Runderlass zur Beurteilung der dauernden Leistungsfähigkeit von Kommunen, II 320 – 174.3.60 v. 10. Januar 2007 (zitiert als: RE M-V zur Leistungsfähigkeit, Seite)</p>
Ministerium für Inneres und Sport Mecklenburg-Vorpommern	<p>Rundschreiben des Ministeriums für Inneres und Sport Mecklenburg-Vorpommern für die kommunalwirtschaftliche Betätigung im Bereich der erneuerbaren Energien vom 9. Juli 2013, Az.: II 340-173-01000-2011/060-004 (zitiert als RS M-V Erneuerbare Energien, Seite)</p>

## ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abl.	Amtsblatt der Europäischen Union
AbLaV	Verordnung über Vereinbarungen zu abschaltbaren Lasten
Abs.	Absatz
AEE	Agentur für Erneuerbare Energien
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
AVBFernwärmeV	Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme
BayGO	Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern
BbgKVerf	Kommunalverfassung des Landes Brandenburg
Beschl. v.	Beschluss vom
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BStBl	Bundessteuerblatt
BT-Drs.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
BverfG	Bundesverfassungsgericht
BverfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BverwG	Bundesverwaltungsgericht
BverwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
EEG	Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien
EEWärmeG	Erneuerbare Energien Wärmegesetz
EigVO	Eigenbetriebsverordnung Mecklenburg-Vorpommern
EigVOVV	Verwaltungsvorschrift zur Umsetzung der Eigenbetriebsverordnung Mecklenburg-Vorpommern
EnWG	Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz)
Gem.	gemäß
GenG	Genossenschaftsgesetz
GesR	Gesellschaftsrecht
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GkZ	Gesetz über kommunale Zusammenarbeit, Schleswig-Holstein
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GO BW	Gemeindeordnung Baden-Württemberg
GO LSA	Gemeindeordnung für das Land Sachsen-Anhalt

HessGO	Hessische Gemeindeordnung
HS	Halbsatz
KG	Kommanditgesellschaft
KommGemG	Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit, Nordrhein-Westfalen
KommZG	Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit, Bayern
KStG	Körperschaftssteuergesetz
KV	Kommunalverfassung Mecklenburg-Vorpommern
KWK	Kraft-Wärme-Kopplung
KWKG	Gesetz für die Erhaltung, die Modernisierung und den Ausbau der Kraft-Wärme-Kopplung
LT-Drs.	Drucksachen des Landtages Mecklenburg-Vorpommern
M-V	Mecklenburg-Vorpommern
NGO	Gemeindeordnung für das Land Niedersachsen
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OVG Greifswald	Oberverwaltungsgericht Mecklenburg-Vorpommern
OVG Magdeburg	Oberverwaltungsgericht Sachsen-Anhalt
OVG Münster	Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen
PV	Photovoltaik
RE	Runderlass
RPVerfGH	Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz
RS	Rundschreiben
SächsGO	Gemeindeordnung für den Freistaat Sachsen
SächsOVG	Sächsisches Oberverwaltungsgericht
StabG	Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft
StromNEV	Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen
u.a.	unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
Urt. v.	Urteil vom
u.U.	unter Umständen
VGH Kassel	Hessischer Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VG SH	Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht
VerfMV	Verfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern

## Haftungsausschluss

Diese Ausarbeitung hat rein rechtswissenschaftlichen Charakter. Sie gibt allein die Rechtsauffassung der Autoren wieder. Die Begutachtung dient nicht der Beratung Einzelner. Die Autoren übernehmen keine Haftung.



## A. SACHVERHALT

### I. Dezentrale kommunale Energieversorgung

Kommunale Tätigkeit im Energiebereich ist hochaktuell: Im Zuge der Energiewende, mit der die Energiegewinnung aus erneuerbaren Quellen ausgebaut werden soll, werden **dezentrale Lösungen** wie eine ortsnahe Strom- und Wärmeversorgung attraktiver. Dadurch treten die Kommunen stärker in den Fokus.<sup>1</sup> Der Ausbau dezentraler Erzeugung wird nur durch ein verstärktes kommunalwirtschaftliches Engagement zu leisten sein.<sup>2</sup> Nicht nur die gesetzlich garantierte Abnahme und Vergütung von Strom aus erneuerbaren Quellen, die das Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) und das Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz (KWKG) vorsehen, setzt Anreize für eine wirtschaftliche Tätigkeit als dezentraler Energieerzeuger; auch die Reformen des EEG, die Eigenverbrauch, Direktlieferung und Direktvermarktung durch den Erzeuger stärken, tragen dazu bei.

Hinzu kommt bei Gemeinden häufig der Wunsch, **ökonomische Vorteile** zu realisieren, indem Einnahmen für den kommunalen Haushalt erzielt, die lokale Wertschöpfung erhöht und die kommunale Wirtschaftsstruktur unterstützt wird.<sup>3</sup> Auch können Kommunen die breite Zustimmung, auf die dezentrale Lösungen im Energiebereich bei Einwohnern<sup>4</sup> der Gemeinde in der Regel stoßen, durch **Beteiligungsmöglichkeiten** vertiefen und so Partizipation vor Ort ermöglichen.

In diesem Sinne will das **Land Mecklenburg-Vorpommern** seine besonderen Potentiale nutzen. Aufbauend auf der Strategie „*Energieland 2020*“ aus dem Jahr 2009 soll die energie- und klimapolitische Ausrichtung durch ein Landesenergiekonzept, das derzeit als Vorschlag vorliegt, erneuert werden: „*Die Energiewende bietet Mecklenburg-Vorpommern auch die Chance, mit seinen Potenzialen zur Gewinnung erneuerbarer Energien seinen Anspruch als Energieland auszubauen und vor allem die Menschen und die Gemeinden daran teilhaben zu lassen.*“<sup>5</sup>

Um diesem Anspruch gerecht zu werden, hat das Land seine kommunalrechtlichen Vorschriften für die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden novelliert. Umfassender als in anderen Bundesländern werden Energieerzeugung und -versorgung, insbesondere aus erneuerbaren Quellen, in der **Kommunalverfassung** privilegiert.

---

<sup>1</sup> Pielow in: Säcker, Energierecht, Einl. E EnWG, Rn. 373.

<sup>2</sup> Von Kaler/Kneuper, NVwZ 2012, 791.

<sup>3</sup> Vgl. dazu nur AEE, Kommunale Wertschöpfung durch Erneuerbare Energien.

<sup>4</sup> Wenn vorliegend aus Gründen der besseren Lesbarkeit nur die männliche Form verwendet wird, ist damit – vgl. beispielsweise § 13 KV – immer auch die weibliche Form mitbezeichnet.

<sup>5</sup> Landesenergieerat M-V, S. 3; Aus Sicht der Regionalplanung insbesondere: *Regionaler Planungsverband*, Energiekonzept.

Dezentrale, kommunale Energieversorgung wird durch die **Bioenergiedörfer** greifbar. In diesen soll der überwiegende Anteil der kommunalen Wärme- und Stromversorgung auf Basis eines erneuerbaren Energieträgers – ursprünglich primär Biomasse – erfolgen.

Die Bioenergiedörfer sind auch der Ausgangspunkt für das Engagement des Landkreises Nordwestmecklenburg im **EU-Projekt RES-Chains**, einem Projekt im Rahmen des **South Baltic Region Programs** der EU, an dem fünf Staaten teilnehmen: Dänemark, Deutschland, Litauen, Polen und Schweden. Bei *RES-Chains* geht es darum, nachhaltige Wertschöpfungsketten erneuerbarer Energien zu identifizieren und ihre Entwicklung in der südlichen Ostseeregion zu unterstützen. Hauptaugenmerk liegt dabei auf Biomasse, Biogas, Solar- und Windenergie und Wasserkraft.

Im Rahmen dieses Programms hat die Stabsstelle Wirtschafts- und Regionalentwicklung des **Landkreises Nordwestmecklenburg** die Entwicklung des Projekts „*(Bio)EnergieDorf MV*“ untersucht und begleitet. Dabei handelt es sich um einen Sonderfall der Bioenergiedörfer, bei denen die Versorgung des gesamten Dorfes dezentral mit Energie nicht mehr allein aus Biomasse, sondern aus einem Mix verschiedener erneuerbarer Energien erfolgt. Neben den Umweltschutz tritt hier auch der Aspekt der sozialen Teilhabe.

Im Zuge dieses Projekts zeigte sich, dass neben der finanziellen und der technischen Machbarkeit auch die **kommunalrechtlichen Anforderungen** an eine erfolgreiche dezentrale Energieversorgung und die damit verbundene Wahl der **gesellschaftsrechtlichen Organisationsform** eine wichtige Rolle spielen.

Dies gilt umso mehr, als sich gerade im Bereich kommunaler Energieversorgung der rechtliche Ordnungsrahmen als besonders unübersichtlich erweist. Die Akteure stehen nicht nur zahlreichen Gesetzen und Vorschriften des Europa-, Bundes-, Landes- und Gemeinderechts gegenüber; es werden auch verschiedene Rechtskreise tangiert: Die kommunalrechtlichen Vorgaben des Landes, die gesetzlichen Grundlagen des Gesellschaftsrechts und nicht zuletzt die hochkomplexe, europarechtlich beeinflusste Materie des Energierechts.

Will deshalb eine Gemeinde die Chancen dezentraler Energiegewinnung erfolgreich nutzen, muss sie verschiedene **Zielkonflikte** auflösen: Eine wirtschaftliche Betätigung muss die Gewähr der Wirtschaftlichkeit bieten, dabei aber auch einem öffentlichen Zweck dienen. Die gewählte Rechtsform soll ein Höchstmaß an Kontrolle durch die Kommune sichern, muss aber nicht zuletzt angesichts der häufig angespannten Haushaltslage die finanziellen Haftungsrisiken minimieren. Private Kapitalbeschaffung kann notwendig sein, zugleich soll aber auch weitgehende bürgerschaftliche Partizipation ermöglicht werden.

Diese Zielkonflikte lassen sich am Beispiel der **Gemeinde Grambow** illustrieren, deren Fall vorliegend allein aus Gründen der besseren Anschaulichkeit der übergeordneten Fragestellung dargestellt wird.

## II. Das Beispiel Grambow

Die zum Amt Lützow-Lübstorf gehörende Gemeinde Grambow (ca. 600 Einwohner) liegt im Süden des Kreises Nordwestmecklenburg. Sie entschloss sich im Jahr 2010 zum Aufbau einer Nahwärmeversorgung im Rahmen des Projekts (Bio)EnergieDorf MV.

Im Jahr 2011 wurde im Auftrag der Gemeinde durch ein Ingenieurbüro eine **Machbarkeitsstudie** durchgeführt. Die Studie untersuchte die technischen und wirtschaftlichen Umstände verschiedener Varianten örtlicher Wärmeerzeugung und kam dabei zu dem Ergebnis, dass eine Umsetzung des Konzepts eines BioenergieDorfs für Grambow grundsätzlich technisch und wirtschaftlich machbar ist. In der Folge wurde der Bedarf der Wärmeversorgung ermittelt: Bei einer Umfrage erklärten sich 139 Hauseigentümer unverbindlich bereit, ihr Haus an das Wärmenetz anzuschließen. Dabei wurde von einem in der Machbarkeitsstudie als wirtschaftlich zugrunde gelegten Preis zwischen 8,03 ct/kWh und 9,78 ct/kWh ausgegangen.

Ende 2012 wurden Verträge zur Projektentwicklung geschlossen. Die Gemeinde plante ursprünglich die Wärmeversorgung in der Rechtsform einer **Anstalt des öffentlichen Rechts** zu organisieren, entschied sich dann aber für die Nutzung der privaten Rechtsform der Gesellschaft mit begrenzter Haftung (GmbH) in Form der **Dorfwerke Grambow GmbH**. Diese sollte zuerst zu 100 % im Eigentum der Gemeinde stehen, später aber bis zu 49 % ihrer Anteile an eine noch nicht vorhandene Bürgerbeteiligungsgenossenschaft abgeben, um hierüber eine Beteiligung der Einwohner zu ermöglichen.

Während ursprünglich die Nutzung der Abwärme einer bestehenden Biogas-Anlage geplant war, wurde das Vorhaben Anfang 2013 geändert: Es sollte nun eine **Anlage zur Verfeuerung von Holzhackschnitzeln sowie von Gas** für die Spitzenlastzeit durch die Dorfwerke Grambow GmbH errichtet und betrieben werden. Damit sollten über ein ebenfalls zu errichtenden Nahwärmenetz bis zu 140 Haushaltsanschlüsse versorgt werden. Auch diese Variante war im Rahmen der Machbarkeitsstudie untersucht worden.

Das Stammkapital der GmbH i. H. v. 25.000€ wie auch die Planungskosten sollten durch Kredite finanziert werden. Die daraus entstehenden Kosten sollten durch die laufenden Einnahmen vollständig gedeckt werden. Darüber hinaus rechnete der Projektträger mit Gewinnen ab dem dritten oder vierten Jahr. Das nach den §§ 68 Abs. 7, 77 KV erforderliche **Gutachten der IHK** aus dem Februar 2013 kritisierte den Gesellschaftsvertrag der Dorfwerke Grambow GmbH aufgrund des Fehlens einer expliziten Begrenzung der Energieproduktion auf den Eigenbedarf. Daneben wurde auf das Fehlen einer satzungsmäßigen Einwirkungsmöglichkeit des Gemeinderates auf die GmbH hingewiesen. Die IHK bestätigte aber gleichwohl die Wirtschaftlichkeit der geplanten Anlage auf der Basis der vorgenommenen Untersuchungen.

Derzeit ist der Fortgang des Verfahrens ungewiss, weil zwischen der Gemeinde Grambow (bzw. dem Amt Lützow-Lübstorf) und der Kommunalaufsichtsbehörde, dem Landkreis Nordwestmecklenburg, weiterer Abstimmungsbedarf besteht. Dabei geht es auch um die Frage, welche Vorleistungen und Projektschritte der Gemeinde trotz defizitärem Haushalt zulässig sind.

## B. FRAGESTELLUNG

Der vorliegende Leitfaden zu den kommunalrechtlichen Anforderungen an die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen im Energiebereich setzt an der Schnittstelle **dreier Rechtsgebiete** an: dem Kommunalrecht, dem Energierecht und dem Gesellschaftsrecht.

Alle drei Bereiche sind von hoher Bedeutung, wenn sich die Frage stellt, welche kommunalrechtlichen Anforderungen Kommunen bei einer wirtschaftlichen Betätigung im Energiebereich beachten müssen.

Ausgehend von den Möglichkeiten **dezentraler Energieversorgung**, die gerade durch die neuerlichen Weiterentwicklungen des Energierechts (insbesondere das Erneuerbare-Energien-Gesetz und das Energiewirtschaftsgesetz) von Interesse sind, stellt sich die Frage, welche Spielräume das Kommunalrecht (insbesondere in Form der Kommunalverfassung Mecklenburg-Vorpommern) den Kommunen eröffnet, um sich in diesem Bereich zu engagieren.

Dabei hält neben dem Kommunalrecht das **Energierecht** selbst als komplexer Regelungsbe- reich eine Vielzahl von Anforderungen bereit, die bei der Produktion von und der Versorgung mit Energie zu beachten sind. Dies gilt umso mehr, wenn die Energieerzeugung aus erneuerbaren Quellen erfolgt.

Mit den Anforderungen des **Kommunalrechts** kommt eine Gemeinde meist dann in Berührung, wenn die Kommunalaufsicht tätig wird. Letztere ist rechtlich verpflichtet, auf die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen zu achten und muss speziell bei einer wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden die **finanzielle Leistungsfähigkeit** der Gemeinde in den Blick nehmen. Dabei kommt es darauf an, das **Risiko** abzuschätzen, das eine Unternehmung im Energiebereich für die Gemeinde mit sich bringt. Hier spielt nicht nur die Risikoverteilung der verschiedenen gesellschaftsrechtlichen Organisationsformen eine Rolle, sondern auch die haushaltsrechtliche Ausgangslage der Kommune. Gleichzeitig muss die Gemeinde die kommunale Unternehmung angemessen steuern können und u. U. auch eine Beteiligung der Einwohner vor Ort ermöglichen.

**In einem Satz zusammengefasst** lässt sich die Fragestellung damit wie folgt umreißen: Welche kommunalrechtlichen Anforderungen muss eine Gemeinde in Mecklenburg-Vorpommern erfüllen, wenn sie sich im Bereich der Energie- und Wärmeerzeugung und –versorgung wirtschaftlich betätigen will und welche gesellschaftsrechtlichen Organisationsformen stehen ihr auch unter Berücksichtigung des Erhalts der Einflussmöglichkeiten der Gemeinde auf das weitere Verfahren und die Beteiligung der Einwohner offen?

Der vorliegende Leitfaden wird diese Fragestellung in **rechtlicher Hinsicht** erörtern und dabei technische und kaufmännische Fragen sowie politische oder betriebswirtschaftliche Zweckmäßigkeitserwägungen weitgehend außen vor lassen. Er hat zum Ziel, möglichst allgemeingültige

und praxistaugliche Kriterien herauszuarbeiten und zu systematisieren. Er soll einen Überblick angesichts der Vielzahl rechtlicher Fragestellungen bieten und eine erste Orientierung ermöglichen. Eine abschließende Lösung einzelner, konkreter Fallgestaltungen kann er nicht liefern.

Der vorliegende Leitfaden stellt die konkreten **Handlungsmöglichkeiten einer Gemeinde in den Mittelpunkt**. Abstrakte Ausführungen werden weitgehend vermieden, auch wenn sie an manchen Stellen zum besseren Grundverständnis nicht ganz verzichtbar sind. Aufgrund der umfassenden Fragestellung und der Vielzahl möglicher Konstellationen, aber auch aufgrund vorhandener Gutachten und Analysen (z. B. im Bereich des Planungsrechts<sup>6</sup> und der Finanzierung<sup>7</sup>) soll sich in einzelnen Bereichen (wie z. B. dem Steuerrecht) auf Hinweise zu einer möglicherweise notwendigen, vertieften Befassung beschränkt werden.

---

<sup>6</sup> Vgl. dazu nur: *Kment*, Wirtschaftliche Teilhabe; EUB, Projektbericht. Instruktiv auch *Kümper/Milstein*, ZfBR 2013, 742.

<sup>7</sup> Vgl. nur: *ANE/IfaS*, Finanzierungsmodelle für (Bio)EnergieDörfer; *Innenministerium M-V*, Kommunalbürgschaften.

## C. ANFORDERUNGEN AN EINE WIRTSCHAFTLICHE BETÄTIGUNG IM ENERGIEBEREICH IN DER KOMMUNALVERFASSUNG MECKLENBURG-VORPOMMERNS

Die Gemeinden sind als Träger staatlicher Gewalt an Recht und Gesetz gebunden (Art. 20 Grundgesetz, GG). Sie genießen nach Art. 28 GG und Art. 72 der Verfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern (VerfMV) das Recht der kommunalen Selbstverwaltung. Die wirtschaftliche Betätigung unterfällt grundsätzlich dieser Selbstverwaltungsgarantie. Allerdings reicht sie auch nur so weit, wie der Gesetzgeber in verfassungsrechtlich zulässiger Form den Rahmen gezogen hat. Das Land Mecklenburg-Vorpommern hat in den §§ 68 ff. der Kommunalverfassung (KV) die Anforderungen, Rechte und Pflichten von Gemeinden festgelegt. Nach diesen Vorgaben bestimmt sich, **ob und wie** die Gemeinden wirtschaftlich tätig werden können. Die Einhaltung dieses gesetzlichen Rahmens wird durch die Kommunalaufsicht überwacht.

Vor diesem Hintergrund werden vorab kurz die relevanten **Grundlagen der Kommunalaufsicht** dargestellt (dazu I). Danach widmet sich der Leitfaden ausführlich der zentralen Fragestellung nach dem „**Ob**“ (dazu II.) und dem „**Wie**“ (dazu III.) der wirtschaftlichen Betätigung einer Gemeinde im Energiebereich, bevor daraus schließlich **Konsequenzen für die Projektentwicklung** abgeleitet werden können (dazu IV.).

### I. Grundsätze der Kommunalaufsicht

Kommunale Gebietskörperschaften unterliegen der staatlichen Kontrolle. Die Kommunalaufsicht ist das verfassungsrechtlich gebotene Korrelat der Selbstverwaltung.<sup>8</sup> Diese Aufsicht hat gemäß § 78 Abs. 1 Satz 1 KV

*„die Selbstverwaltung der Gemeinden zu fördern, die Rechte der Gemeinden zu schützen und die Erfüllung ihrer Pflichten zu sichern.“*

Nach Satz 2 dieser Norm soll die Aufsicht die Gemeinden daher vor allem beraten, unterstützen und die Entschlusskraft sowie Verantwortungsbereitschaft der Gemeindeorgane fördern. Damit gilt für Aufsichtstätigkeit das **Gebot des gemeindefreundlichen Verhaltens**.<sup>9</sup>

#### 1. Rechtsaufsicht

Die Aufsicht beschränkt sich gemäß § 78 Abs. 2 KV im **eigenen Wirkungskreis** darauf, die Rechtmäßigkeit der Verwaltung sicherzustellen (Rechtsaufsicht). Zu den Aufgaben des eigenen

---

<sup>8</sup> BVerfG, Urt. v. 23. 01. 1957 – 2 BvF 3/56 = BVerfGE 6, 104, 118.

<sup>9</sup> Meyer, Kommunalrecht, Rn. 711.

Wirkungskreises gehört nach § 2 Abs. 1 KV die „*Versorgung mit Energie, insbesondere erneuerbarer Art*“. Mit dieser ausdrücklichen Hervorhebung als Aufgabe des eigenen Wirkungskreises betont das Land Mecklenburg-Vorpommern die Energieversorgung insbesondere im Bereich der erneuerbaren Energien als wirtschaftliche Betätigung der Kommunen in besonderer Weise.<sup>10</sup>

**Rechtsaufsicht** im Sinne des § 78 Abs. 2 KV bedeutet, dass die Rechtsaufsichtsbehörde nur überprüft, ob die kommunale Betätigung in Übereinstimmung mit Recht und Gesetz ausgeübt wird. Eine Zweckmäßigkeitkontrolle wie bei der Fachaufsicht findet hier nicht statt. Problematisch ist dabei allerdings, dass gerade im Bereich der kommunalen wirtschaftlichen Betätigung **eine Vielzahl der verwendeten Rechtsbegriffe unbestimmt** ist und prognostische Elemente aufweist. Damit besteht die Gefahr, dass die Kommunalaufsicht im Gewand der Rechtsaufsicht ihre Erwägungen an diejenige der Kommune setzt und eine verdeckte Zweckmäßigkeitserwägung anstellt – was mit Blick auf die verfassungsrechtlich garantierte Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden (Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 72 Abs. 1 VerfMV) nicht zulässig wäre.<sup>11</sup> Rechtsaufsicht darf sich nämlich nicht zu einer „*Einmischungsaufsicht*“ entwickeln oder zur Fachaufsicht verdichten.<sup>12</sup>

Für die Kontrolltiefe der Rechtsaufsicht ist entscheidend, dass unbestimmte Rechtsbegriffe grundsätzlich voll überprüfbar sind.<sup>13</sup> Etwas anderes gilt nur dann, wenn der unbestimmte Rechtsbegriff einen **Beurteilungsspielraum** enthält.<sup>14</sup> Nur in diesem Fall ist die Überprüfungsspielraum der Rechtsaufsicht bzw. der Gerichte beschränkt.

Beurteilungsspielräume sind im Bereich der Vorschriften zur wirtschaftlichen Betätigung einer Gemeinde recht verbreitet. Sie stehen dem Rechtsanwender (also der Gemeinde) nach ständiger Rechtsprechung unter anderem bei **Prognoseentscheidungen** zu.<sup>15</sup> Charakteristisch für diese ist, dass die Entscheidung auf zukünftigen Entwicklungen aufbaut, die ex ante nicht exakt vorhersehbar sind und daher eine Wertung und Beurteilung erfordern.<sup>16</sup> Die Überprüfung der Rechtsaufsichtsbehörde ist darauf begrenzt, ob die gewonnene Prognose auf fachwissenschaftli-

---

<sup>10</sup> Gesetzesbegründung, LT-Drs. 5/4173, Begründung A.

<sup>11</sup> Vgl. nur *Ruffert*, VerwArch 2001, 27, 45.

<sup>12</sup> BVerfG, Beschl. v. 21. 06. 1988 – 2 BvR 602/83, 2 BvR 974/83 = BVerfGE 78, 331, 341.

<sup>13</sup> *Kluth* in: Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht, § 94, Rn. 135.

<sup>14</sup> Ein Beurteilungsspielraum liegt vor, wenn das Gesetz ausdrücklich oder nach dem offensichtlichen Zweck einer Regelung dem Rechtsanwender (hier: der Kommune) die Subsumtion eines Lebenssachverhaltes unter eine Norm (genauer: einen unbestimmten Rechtsbegriff) überlässt. Siehe *Kluth* in: Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht, § 94, Rn. 135.

<sup>15</sup> Siehe nur BVerfG, Urt. v. 24. Oktober 2002 – 2 BvF 1/01 = BVerfGE 107, 62 (151f.); BVerwG, Urt. v. 7. 07. 1978 – IV C 79/76 = BVerwGE 56, 110; BVerwG, Urt. v. 26.03. 1981 – 3 C 134/79 = BVerwGE 62, 86, 107f.; BVerwG, Urt. v. 27. 11. 1981 – 7 C 57/79 = NJW 1982, 1168, 1169; BVerwG, Urt. v. 06. 12. 1985 – 4 C 59/82 = BVerwGE 72, 282, 286.

<sup>16</sup> *Decker* in: BeckOK VwGO, § 114, Rn. 36.6.

chen Maßstäben beruht und diese methodisch fachgerecht angewandt wurden<sup>17</sup> – mit anderen Worten, ob die Gemeinde den möglichen Verlauf der Entwicklung nicht **offensichtlich fehlerhaft** eingeschätzt hat.<sup>18</sup> Dafür kann die Rechtsaufsichtsbehörde prüfen, ob die Gemeinde den maßgebenden Sachverhalt **zutreffend und abschließend ermittelt**, die entscheidungserheblichen Gesichtspunkte erkannt hat<sup>19</sup> und insbesondere das zugrunde gelegte Prognoseverfahren **konsequent** verfolgt wurde.<sup>20</sup>

## 2. Aufsichtsmittel

Der Rechtsaufsichtsbehörde<sup>21</sup>, stehen verschiedene Aufsichtsmittel zur Verfügung. Diese lassen sich in präventive und repressive Mittel unterteilen.

### 2.1 Präventive Aufsichtsmittel

Für den Bereich der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden sind zunächst **Beratung und Hilfe** relevant. Die Kommunen können sich in der Entscheidungsvorbereitung den Rat der Rechtsaufsichtsbehörde einholen. Nicht selten verfügen vor allem die obersten Aufsichtsbehörden über weitgehende Kenntnisse bezüglich der Möglichkeiten kommunalen Wirtschaftens oder können schnell und kostengünstig notwendige Informationen beschaffen.<sup>22</sup> Das Recht auf Beratung korrespondiert mit der **Pflicht zur Information**, z. B. gem. § 73 KV. Nach § 80 KV hat die Rechtsaufsichtsbehörde auch ein Informationsrecht und kann sich jederzeit über die Angelegenheiten der Gemeinde unterrichten. Darüber hinaus hat die Kommune gegenüber der Rechtsaufsichtsbehörde **Anzeigepflichten**, beispielsweise nach § 77 KV betreffend kommunale Unternehmen und Einrichtungen. Abschließend bedürfen einige Rechtsgeschäfte der Kommunen oder deren selbstständiger Kommunalunternehmen **der Genehmigung**. Dies gilt beispielsweise gemäß § 47 Abs. 3 Satz 2 KV für bestimmte Teile des Gemeindehaushalts oder gemäß § 56 Abs. 6 Nr. 2 KV, wenn die Gemeinde Eigenbetriebe und Beteiligungen an Unternehmen veräußern will.

---

<sup>17</sup> BVerfG, Urt. v. 24. 10. 2002 – 2 BvF 1/01 = BVerfGE 106, 62, 151f.; BVerwG, Urt. v. 26. März 1981 – 3 C 134/79 = BVerwGE 62, 86, 107f.; BVerwG, Urt. v. 6. 12. 1985 – 4 C 59/82 = BVerwGE 72, 282, 286.

<sup>18</sup> BVerwG, Urt. v. 27. 11. 1981 – 7 C 57/79 = NJW 1982, 1168, 1169. Siehe auch *Wefelmeier* in: Blum u.a., NGO, § 108 NGO, Rn. 32.

<sup>19</sup> BVerwG, Urt. v. 27. 11. 1981 – 7 C 57/79 = NJW 1982, 1168, 1169.

<sup>20</sup> BVerfG, Urt. v. 24. 10. 2002 – 2 BvF 1/01 = BVerfGE 106, 62, 152f.; BVerwG, Urt. v. 29. 01. 1991 – 4 C 51/89 = BVerwGE 87, 332, 354 f.; BVerwG, Urt. v. 17. 04. 2002 – 9 CN 1/01 = BVerwGE 116, 188, 189 ff.

<sup>21</sup> Für die kreisangehörigen Gemeinden sowie deren selbstständige Kommunalunternehmen ist dies gemäß § 79 Abs. 2 KV der Landrat; für kreisfreie und große kreisangehörige Städte sowie deren selbstständige Kommunalunternehmen ist dies gemäß § 79 Abs. 1 KV das Innenministerium.

<sup>22</sup> *Schneider* in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, D 111.



## 2.2 Repressive Aufsichtsmittel

Im Rahmen der repressiven Aufsichtsmittel hat die Rechtsaufsichtsbehörde etwa gem. § 81 Abs. 1 Satz 1 KV das Recht, rechtswidrige **Beschlüsse und Anordnungen der Gemeinde zu beanstanden und deren Aufhebung zu verlangen**. Außerdem kann die Behörde gemäß § 82 Abs. 1 KV **anordnen**, dass die Gemeinde die ihr gesetzlich obliegenden Pflichten erfüllt. Kommt die Gemeinde dieser Anordnung nicht nach, können die fraglichen Handlungen durch die Rechtsaufsichtsbehörde selbst im Wege der Ersatzvornahme durchgeführt werden (vgl. § 82 Abs. 2 KV).

## 3. Zwischenfazit

Die Kommunalaufsicht beschränkt sich bei Tätigkeiten der Gemeinde im eigenen Wirkungsbereich auf eine Rechtsaufsicht. Sie überprüft, ob die Kommune in Einklang mit Recht und Gesetz handelt. Dabei kommen der Gemeinde im Rahmen der zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe, die auch die Vorschriften zur wirtschaftlichen Betätigung prägen, Beurteilungsspielräume zu. Grund dafür sind die notwendigerweise in diesem Bereich zu treffenden Prognoseentscheidungen. Die Kontrolle der Rechtsaufsicht ist in diesem Fall darauf begrenzt, zu prüfen, ob die Gemeinde den maßgebenden Sachverhalt zutreffend ermittelt, die entscheidungserheblichen Gesichtspunkte erkannt und das zugrunde gelegte Prognoseverfahren konsequent und methodisch zutreffend angewandt hat.

## II. Erste Entscheidung: Die Frage nach dem Ob der wirtschaftlichen Betätigung

Die erste Entscheidung, die eine Gemeinde treffen muss, ist, **ob** sie überhaupt wirtschaftlich tätig werden will. Dazu wird sie neben wirtschaftlichen und tatsächlichen Überlegungen auch die rechtlichen Voraussetzungen prüfen. Ausgangspunkt ist **§ 68 KV**. Diese Norm behandelt die „Zulässigkeit wirtschaftlicher Unternehmen und Einrichtungen“ und lautet auszugsweise:

*(1) Als wirtschaftliche Betätigung ist der Betrieb von Unternehmen zu verstehen, die als Hersteller, Anbieter oder Verteiler von Gütern oder Dienstleistungen am Markt tätig werden, sofern die Leistung ihrer Art nach auch von einem Privaten mit der Absicht der Gewinnerzielung erbracht werden könnte. Als wirtschaftliche Betätigung im Sinne des Satzes 1 gilt auch der Betrieb von Einrichtungen nach Absatz 3.*

*(2) Unternehmen der Gemeinde sind nur zulässig, wenn*

*1. der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigt,*

*2. das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht und*

*3. die Gemeinde die Aufgabe ebenso gut und wirtschaftlich wie Dritte erfüllen kann.*

*Tätigkeiten, mit denen die Gemeinde an dem vom Wettbewerb beherrschten Wirtschaftsleben ganz überwiegend mit dem Ziel der Gewinnerzielung teilnimmt, entsprechen keinem öffentlichen Zweck. Die wirtschaftliche Betätigung in den Bereichen der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung dient auch bei Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets einem öffentlichen Zweck.*

*(3) Einrichtungen im Sinne des Absatzes 1 Satz 2 sind:*

- 1. Einrichtungen, zu deren Betrieb die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist,*
- 2. Einrichtungen des Unterrichts-, Erziehungs- und Bildungswesens, der Kunstpflege, der körperlichen Ertüchtigung, der Gesundheits- und Wohlfahrtspflege sowie öffentliche Einrichtungen ähnlicher Art,*
- 3. Einrichtungen, die ausschließlich zur Deckung des Eigenbedarfs der Gemeinde dienen und*
- 4. Einrichtungen zur Erzeugung von Energie, insbesondere erneuerbarer Art, soweit diese nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde stehen.*

*Auch Einrichtungen sind nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu führen.*

*(4) Die Gemeinde kann Unternehmen und Einrichtungen außerhalb ihrer allgemeinen Verwaltung, soweit sich aus diesem Gesetz und den hierzu erlassenen Rechtsverordnungen nichts anderes ergibt, in folgenden Organisationsformen betreiben:*

- 1. als Eigenbetrieb,*
- 2. als Kommunalunternehmen,*
- 3. in Organisationsformen des Privatrechts.*

*Die Errichtung einer Aktiengesellschaft sowie die Umwandlung von bestehenden Unternehmen und Einrichtungen in eine solche sind ausgeschlossen.*

*(5) (...)*

*(6) (...)*

*(7) Bei der Entscheidung der Gemeindevertretung zur wirtschaftlichen Betätigung im Sinne von § 77 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 sind die Auswirkungen der beabsichtigten wirtschaftlichen Betätigung auf die mittelständische Wirtschaft und auf das Handwerk zu berücksichtigen. Zu diesem Zweck soll den örtlich zuständigen Industrie- und Handelskammern sowie den Handwerkskammern seitens der Gemeinde vor der Entscheidung die Möglichkeit zur schriftlichen Stellungnahme unter Setzung einer Frist von vier Wochen eingeräumt werden.*

Eine **wirtschaftliche Betätigung** liegt danach dann vor, wenn eine selbständige nachhaltige Betätigung mit Gewinnabsicht unternommen wird, die sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt und über den Rahmen der Vermögensverwaltung hinausgeht.<sup>23</sup>

Vor diesem Hintergrund sind zunächst Formen nichtwirtschaftlicher Betätigung auszuschneiden (dazu unter 1). Sodann wird mit Blick auf die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden der Schwerpunkt auf Unternehmungen im Energiebereich gelegt (dazu unter 2.2). In diesem Zusammenhang ist das Kriterium der Leistungsfähigkeit, wie es sich u. a. in § 68 KV findet, von zentraler Bedeutung (dazu unter 3). Abschließend werden die übrigen Voraussetzungen einer wirtschaftlichen Betätigung näher beleuchtet (dazu unter 4).

## 1. Nichtvorliegen einer wirtschaftlichen Betätigung

Plant eine Gemeinde, sich wirtschaftlich zu betätigen, muss sie zuerst klären, ob die geplante Unternehmung überhaupt an den Kriterien der §§ 68 ff. KV zu messen ist. Denn nicht jedes Engagement, das zu Erträgen für den gemeindlichen Haushalt führt, stellt automatisch eine wirtschaftliche Betätigung dar. Diese ist beispielsweise bei der eigenen Vermögensverwaltung (dazu im Folgenden 1.1) zu verneinen, wobei in diesem Fall vor allem die Beteiligung der Gemeinde an einer so genannten Bürgergenossenschaft von Bedeutung ist (dazu 1.2).

### 1.1 Eigene Vermögensverwaltung

Der Begriff der Vermögensverwaltung stammt aus dem Steuerrecht und wird hierbei insbesondere in Abgrenzung zum **Betrieb gewerblicher Art** (BgA) verwendet.<sup>24</sup> Der Betrieb gewerblicher Art wird in § 4 KStG legaldefiniert. Betriebe gewerblicher Art von juristischen Personen des öffentlichen Rechts sind hiernach „*alle Einrichtungen, die einer nachhaltigen wirtschaftlichen Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen [...] dienen und die sich innerhalb der Gesamtbetätigung der juristischen Person wirtschaftlich herausheben.*“

Vermögensverwaltung begründet keinen Betrieb gewerblicher Art. Sie liegt in der Regel vor, wenn Vermögen genutzt, also z. B. verzinslich angelegt wird oder unbewegliches Vermögen **vermietet** oder **verpachtet** wird.<sup>25</sup> Erzielt eine Kommune aus einer solchen Tätigkeit Einkünfte, stellt dies lediglich Vermögensverwaltung dar.<sup>26</sup> Dies stellt auch das mecklenburgische Innenministerium ausdrücklich in einem Rundschreiben klar: Die Nutzung vorhandener kommunaler Ressourcen unterliege nicht den Einschränkungen der §§ 68 ff. KV.<sup>27</sup> Typische Formen der

---

<sup>23</sup> Kellner/Neudert in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, G 62.

<sup>24</sup> Der nachfolgende Abschnitt stellt keine steuerrechtliche Bewertung dar und ersetzt nicht eine einzelfallbezogene steuerliche Prüfung.

<sup>25</sup> Vgl. § 14 S. 3 AO; Beinert/Kostic in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 11, Rn. 39.

<sup>26</sup> Kellner/Neudert in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, G 62.

<sup>27</sup> RS M-V Erneuerbare Energien, S. 3.

Vermögensverwaltung sind grundsätzlich Raum-, Haus-, Grund- oder Bodenvermietungen und die Verwaltung von Wertpapieren und Beteiligungen.<sup>28</sup>

Die **Grenze** zwischen Vermögensverwaltung und wirtschaftlicher Tätigkeit soll nach den Grundsätzen des **§ 15 EStG** ermittelt werden.<sup>29</sup> Danach sind Beteiligungen an Personengesellschaften grundsätzlich als wirtschaftliche Tätigkeit einzustufen, da damit in der Regel ein Haftungsrisiko verbunden ist. Das bloße **Halten von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft** dagegen stellt damit grundsätzlich Vermögensverwaltung dar. Die erwirtschafteten Erträge sind hier in der Regel nur Früchte des Kapitalanteils – jedenfalls solange nicht tatsächlich entscheidender Einfluss auf die laufende Geschäftsführung der Kapitalgesellschaft ausübt wird (dazu insgesamt ausführlich unten III.).<sup>30</sup>

Soweit nach diesen Grundsätzen bloße Vermögensverwaltung vorliegt, ist die Kommune zwar nicht an die §§ 68 ff. KV gebunden. Es gelten jedoch andere Vorgaben. So sind nach § 56 Abs. 2 KV Vermögensgegenstände

*„[...]pfleglich und wirtschaftlich zu verwalten und ordnungsgemäß nachzuweisen. Bei Geldanlagen ist auf eine ausreichende Sicherheit zu achten; sie sollen einen angemessenen Ertrag erwirtschaften.“*

§ 56 Abs. 4 KV fordert, dass

*„[...] Vermögensgegenstände [...] zu ihrem vollen Wert veräußert werden, soweit nicht ein besonderes öffentliches Interesse Abweichungen zulässt.“<sup>31</sup>*

Darüber hinaus bedarf die Kommune gemäß § 56 Abs. 6 KV rechtsaufsichtsbehördlicher Genehmigungen, wenn sie

*„1. Vermögensgegenstände unentgeltlich veräußert, Grundstücke oder Grundstücksteile unter dem vollen Wert veräußert oder tauscht sowie die Bestellung eines Erbbaurechts unter dem vollen Wert vornimmt,*

*2. Eigenbetriebe oder Beteiligungen an Unternehmen veräußert oder*

*3. Vermögensgegenstände in Unternehmen in privater Rechtsform einbringt.“*

Für eine Kommune ergibt sich damit **zusammenfassend** folgendes Bild:

---

<sup>28</sup> Kellner/Neudert in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, G 45.

<sup>29</sup> Beinert/Kostic in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 11, Rn. 40.

<sup>30</sup> Beinert/Kostic in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 11, Rn. 41. Auf weitere steuerrechtliche Besonderheiten soll hier nicht im Detail eingegangen werden; vgl. vertiefend nur R 6 zu § 4 KStG, KStR 2004.

<sup>31</sup> Gleiches gilt auch für die Überlassung von Vermögensgegenständen gemäß Absatz 5.

- **Nutzt** sie ihren Vermögensbestand lediglich **gewinnbringend**, indem z. B. Flächen, Grundstücke oder Immobilien vermietet oder vorhandenes Kapital gewinnbringend angelegt wird, wird dies als **Vermögensverwaltung** bezeichnet und unterliegt nicht den Anforderungen der §§ 68 ff KV. Sie ist bei Vorliegen der folgenden Kriterien anzunehmen:
  - Es werden lediglich bereits vorhandene Ressourcen der Gemeinde genutzt, ohne hierbei Gewinnerzielungsabsichten zu verfolgen.
  - Es erfolgt kein Tätigwerden am Markt.
  - Der Erhalt und die Nutzung der vorhandenen Vermögenswerte stehen im Vordergrund.

Die Vermögensverwaltung unterliegt allerdings den Einschränkungen des § 56 KV, der insbesondere Regelungen für die Veräußerung und Einbringung in Unternehmungen privater Rechtsform trifft.

- Nimmt die Kommune dagegen aktiv am **allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr** teil, dann betätigt sie sich wirtschaftlich. Als Anteilseigner einer Kapitalgesellschaft ist dies auch dann der Fall, wenn sie entscheidenden Einfluss auf die Geschäftstätigkeit einer **Kapitalgesellschaft** ausübt.<sup>32</sup>

Erfolgt diese Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr im Rahmen eines Betriebes, der überwiegend der Ausübung öffentlicher Gewalt dient (**Hoheitsbetrieb**)<sup>33</sup> kann dies (unabhängig von der konkreten Organisationsform des Hoheitsbetriebes) zwar die steuerrechtliche Bewertung verändern, es bleibt aber bei der wirtschaftlichen Betätigung im Sinne von §§ 68 ff. KV.

Im Bereich der **Energieversorgung** können im Einzelfall Abgrenzungsprobleme bestehen, ab wann eine Anlage noch Teil der Vermögensverwaltung ist oder bereits eine wirtschaftliche Betätigung darstellt.<sup>34</sup>

## 1.2 Insbesondere: Beteiligung an einer Bürgergenossenschaft

Abgrenzungsschwierigkeiten können sich auch bei der kommunalen Beteiligung an einer Genossenschaft ergeben. Ein solches Engagement findet häufig im Rahmen einer Einwohner- bzw. Bürgergenossenschaft statt. Als **Bürgergenossenschaft** bezeichnet man Genossenschaften, die

---

<sup>32</sup> Vgl. *Erhard* in: Blümich, KStG, § 4 KStG, Rn. 32.

<sup>33</sup> Ein Hoheitsbetrieb im Sinne von § 4 Abs. 5 KStG ist kein Betrieb gewerblicher Art.

<sup>34</sup> Die PV-Anlage auf einer kommunalen Dachfläche wird in der Regel Vermögensverwaltung sein, vgl. RS M-V Erneuerbare Energien, S. 3; der Betrieb eines Blockheizkraftwerks stellt dagegen eine wirtschaftliche Betätigung dar, vgl. BFH, Urt. v. 27. 06. 2001, - I R 82/00, I R 83/00, I R 84/00, I R 85/00 = BStBl. II 2001, 773.

vorwiegend aus Bürgern einer Gemeinde bestehen.<sup>35</sup> Sie kommen im Bereich der Energieversorgung vor allem als **Energiegenossenschaft** vor.<sup>36</sup> Die Organisationsform der Genossenschaft (dazu ausführlich unten C.III.3.3.2c)) eignet sich besonders gut, weil die Genossenschaft, die auch als eine Art gesetzlich geregelter „Förderverein“ bezeichnet wird,<sup>37</sup> gemäß § 1 Genossenschaftsgesetz (GenG) eine Gesellschaft ist, „deren Zweck darauf gerichtet ist, den Erwerb oder die Wirtschaft ihrer Mitglieder oder deren soziale oder kulturelle Belange durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb zu fördern“. Sie kann damit beispielsweise Energieanlagen selber betreiben.<sup>38</sup>

Kommunen können sich unter gewissen Voraussetzungen an einer solchen Genossenschaft beteiligen, ohne dass dies als wirtschaftliche Betätigung im Sinne der §§ 68 ff. KV einzuordnen wäre.<sup>39</sup> Das Innenministerium Mecklenburg-Vorpommern führt mit ausdrücklichem Bezug auf die Energiegenossenschaft aus, dass eine Kommune im Rahmen der haushaltsrechtlichen Zulässigkeit **Anteile an Energiegenossenschaften erwerben** oder diese gründen kann. Dies ist dann keine wirtschaftliche Betätigung, wenn sich die Beteiligung auf einen **untergeordneten Umfang** beschränkt, der entweder lediglich **Vermögensanlage** oder **freiwillige Leistung mit ideellem Charakter** zur Gewinnung von Einwohnern und/oder Unternehmen für die Teilnahme an der Genossenschaft ist.<sup>40</sup>

## 1.2.1 Untergeordneter Umfang

Ein Beitrag ist regelmäßig dann untergeordneten Umfangs, wenn er gegenüber dem Gesamtbeitrag von geringerer Bedeutung ist und nicht wesentlich ins Gewicht fällt.<sup>41</sup> Mit Blick auf die Beteiligung einer Kommune wird sich das Kriterium des untergeordneten Umfangs auf das Vermögen der Genossenschaft beziehen. Der Erwerb von Anteilen an Energiegenossenschaften ist dann nicht als wirtschaftliche Betätigung zu qualifizieren, wenn die von der Kommune gehaltenen Anteile gegenüber den restlichen Anteilen nicht wesentlich ins Gewicht fallen. Hierfür spricht, dass der Landesgesetzgeber in der Kommunalverfassung weitreichende Regelungen für die Organisationsformen getroffen hat, die nicht nur Mehrheits- sondern auch **Minderheitsbe-**

---

<sup>35</sup> Dabei handelt es sich eher um eine tatsächliche als eine rechtliche Beschreibung. Ausführlich zur Bürgergenossenschaft im Bereich der erneuerbaren Energien siehe *Althanns*, ZfBR-Beil. 2012, 36 ff. Die Bürgergenossenschaft wird nicht näher betrachtet, weil es vorliegend nur um die Frage der wirtschaftlichen Betätigung von Kommunen geht.

<sup>36</sup> Weitergehend vgl. AEE, Energiegenossenschaften und <http://www.genossenschaften.de/geschftsmodelle-von-energiegenossenschaften> (zuletzt besucht am 27. Februar 2014).

<sup>37</sup> *Althanns*, ZfBR-Beil. 2012, 36, 37. Der Grundstruktur nach ist die eingetragene Genossenschaft eine Sonderform des rechtsfähigen Wirtschaftsvereins. Siehe *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 1267.

<sup>38</sup> *Althanns*, ZfBR-Beil. 2012, 36, 37.

<sup>39</sup> RS M-V Erneuerbare Energien, S. 4.

<sup>40</sup> RS M-V Erneuerbare Energien, S. 4.

<sup>41</sup> Vgl. hierzu § 296 Abs. 2 HGB, wonach ein Tochterunternehmen in den Konzernabschluss nicht einbezogen werden muss, wenn es für die Verpflichtung, ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Konzerns zu vermitteln, von untergeordneter Bedeutung ist.

**teiligungen** erfassen. So darf gemäß § 69 Abs. 2 eine Kommune „[...] der Beteiligung eines Unternehmens oder einer Einrichtung, an dem oder der sie unmittelbar oder mittelbar mit mehr als 20 Prozent beteiligt ist, an einem anderen Unternehmen oder einer anderen Einrichtung nur zustimmen, wenn die Voraussetzungen des § 68 Absatz 2 vorliegen.“ Damit werden hier die Mehrheitsverhältnisse innerhalb des Unternehmens als Anknüpfungspunkt für kommunalrechtliche Pflichten gewählt.

Fraglich könnte sein, ob der vom Innenministerium geforderte untergeordnete Umfang eines genossenschaftlichen Anteils erwerbs auch für die Einbringungen von Sachleistungen in Bürger- bzw. Energiegenossenschaften gilt. Gemäß § 7a Abs. 3 GenG können auch **Sacheinlagen** eingezahlt werden; für eine Energiegenossenschaft kann es z. B. sogar vorteilhaft sein, wenn die Kommune als Mitglied der Genossenschaft eigene Flächen (Dachflächen, landwirtschaftliche Flächen, Grundstücke etc.) zur Verfügung stellt. Der geforderte untergeordnete Umfang eines Anteils erwerbs wird auch für Sacheinlagen gelten: Auch wenn die Kommune beispielsweise Grundstücke oder sonstigen Vermögenswerte in Energiegenossenschaft einbringt, sollen diese Leistungen im Vergleich zum Vermögen der Genossenschaft nicht wesentlich ins Gewicht fallen, da ansonsten der Bereich der Vermögensanlage verlassen würde.

Unabhängig davon, ob die Kommune der Energiegenossenschaft Geld- oder Sachleistungen zur Verfügung stellt, muss dies grundsätzlich **wertgerecht** erfolgen. Soweit eine Veräußerung oder die Überlassung der Nutzung unterhalb des tatsächlichen Wertes erfolgt, bedarf es hierzu eines besonderen öffentlichen Interesses, § 56 Abs. 3, 4 KV. Bei Veräußerungen von Grundstücken unter Wert oder der Einbringung von Vermögensgegenständen in Unternehmen privater Rechtsform ist daneben eine Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde erforderlich. Dies gilt auch dann, wenn die Tätigkeit selbst nicht unter die Beschränkungen der §§ 68 ff KV fällt.

## 1.2.2 Vermögensanlage oder freiwillige Leistung mit ideellem Charakter

Die Beteiligung an einer Energiegenossenschaft in untergeordnetem Umfang kann zum Zwecke der Vermögensanlage oder mit ideellem Charakter erfolgen. Während die Voraussetzungen der Vermögensanlage bereits dargestellt wurden (siehe oben 1.1), soll eine Beteiligung auch möglich sein, wenn sie als „freiwillige Leistung mit ideellem Charakter“ erfolgt und zur Gewinnung von Bürgern oder Unternehmen für eine Beteiligung an der Wertschöpfung erfolgt.<sup>42</sup> Dies wird immer dann der Fall sein, wenn die Beteiligung nicht (primär) wirtschaftliche Ziele, sondern ideelle Zwecke verfolgt. Die Kommune will in diesem Fall Anreize für die Beteiligung Dritter an der kommunalen Wertschöpfung schaffen.

## 1.3 Zwischenfazit

Bei einer bloßen Vermögensverwaltung liegt noch keine wirtschaftliche Betätigung, die sich nach den §§ 68 ff. KV richten müsste, vor. Dies ist beispielsweise bei der Nutzung vorhandener kommunaler Ressourcen der Fall, worunter auch das Halten von Anteilen an einer Kapitalge-

---

<sup>42</sup> RS M-V Erneuerbare Energien, S. 4.

sellschaft fallen kann. So kann auch die Beteiligung an einer Bürger- bzw. Energiegenossenschaft Vermögensverwaltung darstellen, wenn sie in untergeordnetem Umfang erfolgt und entweder eine bloße Vermögensanlage oder eine freiwillige Leistung mit ideellem Charakter darstellt.

## 2. Wirtschaftliche Betätigung

Die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden findet nach § 68 KV in Einrichtungen oder Unternehmen statt (dazu im Folgenden 2.1). Dies gilt auch für ein Engagement im Energiebereich, das vorliegend den Schwerpunkt der Betrachtung bildet (dazu 2.2).

### 2.1 Einrichtungen und Unternehmen

Wie § 68 Abs. 1 KV zeigt, kann die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden in Mecklenburg-Vorpommern in zwei Formen erfolgen: in Form eines **Unternehmens** im Sinne von § 68 Abs. 1 Satz 1 KV oder in Form einer **Einrichtung** im Sinne von § 68 Abs. 1 Satz 2 KV.<sup>43</sup>

Beiden Formen sind gemäß § 68 Abs. 4 Satz 1 KV nicht Teil der allgemeinen Verwaltung. Nach dem Innenministerium des Landes Mecklenburg-Vorpommern sind sowohl Einrichtungen als auch Unternehmen

*„eine organisatorisch, wirtschaftlich und gegebenenfalls rechtlich selbständige Einheit außerhalb der allgemeinen Verwaltung“.*<sup>44</sup>

#### 2.1.1 Unterscheidung zwischen Betrieb von Einrichtungen und Unternehmen

§ 68 KV unterscheidet zwischen Einrichtung und Unternehmen. Dies geschieht aber nicht, um in tradiert Form zwischen einer wirtschaftlichen (Unternehmen) und nichtwirtschaftlichen (Einrichtungen) Betätigung zu differenzieren.<sup>45</sup> § 68 Abs. 1 Satz 2 KV ordnet beide Formen ausdrücklich als wirtschaftliche Betätigung ein.<sup>46</sup> Insofern muss davon ausgegangen werden, dass durch die Unterscheidung eine (neue) Kategorie der **privilegierten Form der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden in Form der Einrichtungen** geschaffen werden sollte.

---

<sup>43</sup> Begrifflich wird im Folgenden zwischen Unternehmen und Einrichtungen differenziert. Sollen beide erfasst werden, wird allgemein von **Unternehmung** gesprochen.

<sup>44</sup> RS M-V Erneuerbare Energien, S. 3.

<sup>45</sup> Gesetzeshistorisch ist der Begriff der Einrichtungen mit der nichtwirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden assoziiert. § 68 KV a.F. unterschied zwischen wirtschaftlichen Unternehmen, die der Schrankentrias unterlagen und nichtwirtschaftlichen Unternehmen. Unter letztere fielen Unternehmen, die in der geltenden Gesetzesfassung als Einrichtungen qualifiziert werden (§ 68 Abs. 3 Satz 1 KV). Für Nichtwirtschaftliche Unternehmen in Privatrechtsform stellte § 70 KV a.F. besondere Anforderungen auf. In der Neufassung der KV sollten ausweislich der Gesetzesbegründung, LT-Drs. 5/4173, S. 146, 149, die Handlungsmöglichkeiten der Kommune erweitert und die vorherige Unterscheidung zwischen wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Betätigung aufgehoben werden.

<sup>46</sup> Zur grundsätzlichen Unterscheidung siehe *Neutz* in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, C 55 ff.



Dies bestätigt die Normstruktur: Die Voraussetzungen des § 68 Abs. 2 KV gelten nur für Unternehmen, nicht aber für Einrichtungen.

Der Gesetzgeber ist ausdrücklich Forderungen der Vereinigung der Unternehmensverbände nicht gefolgt, nach denen der Betrieb von Einrichtungen auch den in § 68 Abs. 2 KV genannten Einschränkungen unterliegen sollte, „da die kommunalwirtschaftliche Betätigung in den in Satz 1 Nummer 1 bis 4 [des § 68 Abs. 3, Ergänzung d. Verf.] genannten Bereichen angesichts der besonderen Bedeutung für die örtliche Gemeinschaft gegenüber den übrigen wirtschaftlichen Tätigkeitsfeldern privilegiert werden soll“.<sup>47</sup>

Daraus ergibt sich als **Konsequenz** für die Unterscheidung zwischen Unternehmen und Einrichtungen: Während § 68 Abs. 2 KV für Unternehmen enumerativ Voraussetzungen aufzählt, die unabhängig von der konkreten Betätigung erfüllt sein müssen, besteht für Einrichtungen ein derartiger abstrakter Kriterienkatalog nicht. Dagegen listet § 68 Abs. 3 KV konkret und abschließend auf, welche spezifischen Unternehmungen in Form von Einrichtungen betrieben werden können.

## 2.1.2 Die Begriffe Unternehmen und Einrichtung

Mit dem Begriff des Unternehmens bedient sich der Gesetzgeber einer Formulierung aus dem Wirtschaftsrecht.<sup>48</sup> Ein **Unternehmen** im Sinne der Norm ist eine arbeitsteilige, wirtschaftliche Leistungseinheit, die abgegrenzt, auf Dauer angelegt und nach außen relativ abgeschlossen sein muss.<sup>49</sup> Bietet die Gemeinde nicht nur vorübergehend Waren oder Leistungen an und wählt dafür die Organisationsform des Unternehmens, dann ist diese Tätigkeit nicht mehr Teil der allgemeinen Verwaltung. Sie muss dann aber die in § 68 Abs. 2 KV enthaltene **Schrankentrias** beachten (siehe dazu im Einzelnen unten C.II.4).

**Einrichtungen** sind eine Form der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen, die die Besonderheit aufweisen, dass sie allein zur Verfolgung bestimmter, in § 68 Abs. 3 Satz 1 KV abschließend aufgezählter Zwecke benutzt werden dürfen. Im Unterschied zu Unternehmen sind sie **privilegiert**, da sie von den Voraussetzungen des § 68 Abs. 2 KV befreit sind. Dies lässt sich damit erklären, dass es sich um „klassische Bereiche“ der Daseinsvorsorge handelt, die die öffentliche Zwecksetzung gewissermaßen ‚auf der Stirn‘ tragen.<sup>50</sup> Die Privilegierung ändert jedoch nichts daran, dass auch Einrichtungen, was sich bereits aus der Einordnung als wirtschaftliche Betätigung ergibt, gemäß § 68 Abs. 3 Satz 2 KV nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu führen sind.<sup>51</sup>

---

<sup>47</sup> LT-Drs. 5/4173, S. 147.

<sup>48</sup> Schröder u.a., PdK M-V, § 68, Rn. 2.

<sup>49</sup> Schröder u.a., PdK M-V, § 68, Rn. 2.

<sup>50</sup> Wefelmeier in: Blum u. a., NGO, § 108 NGO, Rn. 53.

<sup>51</sup> RPVerfGH, Urt. v. 28. 03. 2000 – VGH N 12/98 = NVwZ 2000, 801, 802.

Für die hier zu betrachtende wirtschaftliche Betätigung im **Energiebereich** ist von den in § 68 Abs. 3 KV aufgezählten Einrichtungen vor allem Nr. 4 relevant. Danach sind Einrichtungen auch

*„[...] Einrichtungen zur Erzeugung von Energie, insbesondere erneuerbarer Art, soweit dies nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde stehen.“*

## 2.2 Wirtschaftliche Betätigung im Energiebereich

Die Energieversorgung stellt ein wichtiges Betätigungsfeld kommunaler wirtschaftlicher Tätigkeit dar (dazu im Folgenden 2.2.1). Sie kann alle drei Stufen der energiewirtschaftlichen Wertschöpfungskette, nämlich Erzeugung, Vertrieb und den Betrieb eines Energieversorgungsnetzes umfassen (dazu 2.2.2).

### 2.2.1 Energieversorgung als wirtschaftliche Tätigkeit von Gemeinden

Werden Kommunen im Bereich der Energieversorgung (dazu im Folgenden a)) wirtschaftlich tätig, sind sie u. U. als Energieversorgungsunternehmen zu qualifizieren (dazu b)).

#### a) Begriff der Energieversorgung

In der KV fallen verschiedene Regelungen auf, die sich speziell auf die Versorgung mit bzw. die Erzeugung von Energie richten. Dabei wird zum Teil ausdrücklich auf Energie aus erneuerbaren Quellen abgestellt. Die Regelungen haben grundsätzlich privilegierenden Charakter. So dient nach **§ 68 Abs. 2 Satz 3 KV** auch die Strom-, Gas- und Wärmeversorgung außerhalb des Gemeindegebiets einem öffentlichen Zweck; nach § 68 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 KV kann die Gemeinde Einrichtungen zur Erzeugung von Energie, insbesondere erneuerbarer Art, errichten. Dies korrespondiert mit der ausdrücklichen Hervorhebung der *„Versorgung mit Energie, insbesondere erneuerbarer Art“* als Aufgabe des eigenen Wirkungskreises einer Gemeinde gem. § 2 Abs. 2 KV.<sup>52</sup> Mecklenburg-Vorpommern nimmt mit dieser Regelung – soweit ersichtlich – bei der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden insbesondere im Bereich der Energieversorgung durch erneuerbaren Energien eine **Vorreiterstellung** ein.<sup>53</sup>

Der im Kommunalrecht verwendete Begriff der Energieversorgung hat seinen Ursprung im **Energiewirtschaftsrecht**. § 3 Nr. 36 des Energiewirtschaftsrechts (EnWG) definiert **Versorgung** als *„Erzeugung oder Gewinnung von Energie zur Belieferung von Kunden, [den] Vertrieb von Energie an Kunden und [den] Betrieb eines Energieversorgungsnetzes“*.

---

<sup>52</sup> Damit wird *„die Verantwortung der Gemeinden, die Energieversorgung betreiben, für den Ausbau dieser Energiearten“* betont; Gesetzesbegründung, LT-Drs. 5/4173, S. 127.

<sup>53</sup> Gesetzesbegründung, LT-Drs. 5/4173, Begründung A.

Dabei erfasst der **Begriff der Energie** im Energiewirtschaftsrecht nur Elektrizität und Gas (§ 3 Nr. 14 EnWG), nicht also die **Lieferung von Wärme** (siehe dazu unten C.II.2.2.2d)).<sup>54</sup> Das Kommunalrecht nennt zum Teil auch die Wärmeversorgung in einem Zug mit Elektrizitäts- und Gasversorgung (vgl. § 68 Abs. 2 Satz 3 KV), weshalb zum Teil auch die Wärmeversorgung unter den – kommunalrechtlichen – Versorgungsbegriff gefasst wird.<sup>55</sup>

Im **deutschen Recht** ist der Begriff der Versorgung weiter gefasst als in der zugrundeliegenden EU-Richtlinie, die unter Versorgung mit Strom nur „den Verkauf einschließlich des Weiterverkaufs von Elektrizität an Kunden“ versteht.<sup>56</sup> Dies bedeutet, dass nach dem Verständnis des EnWG neben Vertrieb auch Erzeugung bzw. Gewinnung von Energie und sogar der Betrieb eines Energieversorgungsnetzes als Versorgung gelten kann.<sup>57</sup> Danach richtet sich auch das Begriffsverständnis im **Kommunalrecht**: Der Begriff der Versorgung muss in den kommunalrechtlichen Vorschriften – hier der KV – grundsätzlich genau so wie im EnWG ausgelegt werden.<sup>58</sup> Kommunale Tätigkeit soll sich im Energiebereich generell auf alle drei energiewirtschaftlich relevanten Bereiche der **Wertschöpfungskette** (Erzeugung/Gewinnung, Vertrieb und Netzbetrieb) erstrecken können.<sup>59</sup> Die Gemeinde soll die Gewährleistungsverantwortung für bestimmte Versorgungs- und Infrastrukturbereiche umfänglich übernehmen.<sup>60</sup>

b) Kommunen bzw. kommunale Unternehmen als Energie- bzw. Elektrizitätsversorgungsunternehmen

aa) Begriff des Energie- bzw. Elektrizitätsversorgungsunternehmens

**Energieversorgungsunternehmen** sind nach § 3 Nr. 18 EnWG „natürliche oder juristische Personen, die Energie an andere liefern, ein Energieversorgungsnetz

---

<sup>54</sup> Dieses Begriffsverständnis wird auch im vorliegenden Leitfaden zugrunde gelegt.

<sup>55</sup> *Katz* in: Kunze/Bronner/Katz, GO BW, § 107, Rn. 6. *Schmid* in: Quecke u. a., SächsGO, § 101, Rn. 8 f.

<sup>56</sup> Art. 2 Nr. 19 Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG, ABl. 2009 L 211/55. Gleiches gilt auch für den Gasbinnenmarkt, Art. 2 Nr. 7 Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG, ABl. 2009 L 211/94.

<sup>57</sup> Dieses Begriffsverständnis wird auch im vorliegenden Leitfaden zugrunde gelegt.

<sup>58</sup> So auch *Bringewat*, ZUR 2013, 82, 87. *Wolff* in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 5, Rn. 17.

<sup>59</sup> *Theobald* in: Danner/Theobald, Energierecht, § 3 EnWG, Rn. 275.

<sup>60</sup> *Pielow* in: Säcker, Energierecht, Einl. E EnWG, Rn. 382. Eine ähnliche Argumentation findet sich mit Blick auf die Versorgung mit Wärme, die – entgegen dem energierechtlichen Verständnis – vor dem Hintergrund des Versorgungsauftrags der Kommune im Rahmen der Daseinsvorsorge als Bestandteil des kommunalrechtlich verwendeten Begriffs Energie angesehen wird, vgl. *Katz* in: Kunze/Bronner/Katz, GO BW, § 107, Rn. 1, 6; *Schmid* in: Quecke u. a., SächsGO, § 101, Rn. 4, 8 f.

*betreiben oder an einem Energieversorgungsnetz als Eigentümer Verfügungsbefugnis besitzen.*“ Es kommt also für die Qualifizierung als Energieversorgungsunternehmen auf den Betrieb bzw. das Eigentum an einem Energieversorgungsnetz oder die Lieferung von Energie an andere, nicht aber auf die Erzeugung von Energie an.

Die Lieferung von Energie muss an „andere“ erfolgen. Damit sind auch Händler oder die Einspeisung der Energie in das Netz eines anderen Energieversorgungsunternehmens erfasst,<sup>61</sup> was bei einer kommunalen Betätigung durchaus denkbar ist. Enger ist insoweit der Begriff des **Elektrizitätsversorgungsunternehmens** nach § 3 Nr. 2d EEG, der bei der Lieferung mit **Strom aus erneuerbaren Quellen** Anwendung findet. Hier kommt es auf die Lieferung von Strom an Letztverbraucher an. Letztverbraucher ist aber nur, wer den Strom für den eigenen Verbrauch kauft (§ 3 Nr. 25 EnWG), ihn also nicht weiterverträgt.<sup>62</sup>

Die Kriterien gelten auch dann, wenn die Gemeinde **keine eigenständige Gesellschaft** errichtet hat, sondern die Tätigkeit beispielsweise im Rahmen eines rechtlich unselbständigen Eigenbetriebs erfolgt. Der Wortlaut spricht zwar dagegen. Allerdings ist der **Begriff des Unternehmens** umfassend, sodass auch betriebliche Zusammenfassungen erfasst werden, die zwar selbst keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen, aber von einem anderem Rechtssubjekt als Teil geführt werden; „Unternehmen“ ist wirtschaftlich zu verstehen und nicht mit dem Rechtsträger gleichzusetzen.<sup>63</sup> Dies ergibt sich auch daraus, dass ansonsten auch Personenhandelsgesellschaften (z. B. die OHG), die keine juristische Person im strengen Sinne sind, nicht erfasst wären, was insbesondere mit Blick auf die europarechtlichen Vorgaben der Entflechtung (s. dazu unten cc)) kaum richtig sein kann. Schließlich ordnet auch § 46 Abs. 4 EnWG ausdrücklich die Geltung bestimmter Regelungen für Energieversorgungsunternehmen auf Eigenbetriebe von Gemeinden an und macht damit deutlich, dass auch diese prinzipiell Versorgungsunternehmen im Sinne des Energiewirtschaftsrechts sein können.<sup>64</sup>

bb) Kein Energieversorgungsunternehmen bei Betrieb einer Kundenanlage

Der Betrieb einer **Kundenanlage** macht den Betreiber nicht zum Energieversorgungsunternehmen, § 3 Nr. 18 2. HS EnWG. Eine Kundenanlage gem. § 3 Nr. 24a EnWG oder eine Kundenanlage zur betrieblichen Eigenversorgung gem. § 3 Nr. 24b EnWG schließt sich an ein Versorgungsnetz oder an eine Erzeugungsanlage

---

<sup>61</sup> Ausführlich Gleiss Lutz, Rechtsfragen des Eigenverbrauchs und des Direktverbrauchs, S. 78. *Theobald* in: Danner/Theobald, Energierecht, § 3 EnWG, Rn. 142 ff.

<sup>62</sup> Ausführlich Gleiss Lutz, Rechtsfragen des Eigenverbrauchs und des Direktverbrauchs, S. 78.

<sup>63</sup> So *Theobald* in: Danner/Theobald, Energierecht, § 3 EnWG, Rn. 142 ff. Auch *Pielow* in: Säcker, Energierecht, EnWG, Einl. E., Rn. 414.

<sup>64</sup> Vgl. *Hellermann* in: Britz/ Hellermann/ Hermes, EnWG, § 46, Rn. 85.

ge an, befindet sich auf einem räumlich zusammengehörigen Gebiet und ist mit Blick auf die Sicherstellung eines wirksamen Wettbewerbs bei der Versorgung mit Energie unbedeutend bzw. dient fast ausschließlich dem betriebsnotwendigen Transport von Energie innerhalb eines Unternehmens.<sup>65</sup>

Durch das Kriterium des **räumlich zusammengehörenden Gebiets** sind nur kleinere Anlagen erfasst, die sich in der Regel auf einem Grundstück befinden, z. B. mehrere Wohnhäuser, mehrere Gebäude eines Krankenhauses oder eines Seniorenheims.<sup>66</sup> Dies kann dann relevant werden, wenn eine Gemeinde das kommunale Krankenhaus oder kommunale Sozial- oder Verwaltungseinrichtungen mit Strom versorgen will. Bei der Versorgung mit Energie **unbedeutend** ist eine Anlage in der Regel dann, wenn die durchgeleitete Energiemenge nur von geringerem Umfang ist und es sich nicht um eine größere Anzahl angeschlossener Letztverbraucher handelt.<sup>67</sup> Diese Kriterien können jedoch nur Anhaltspunkte sein, die in jedem Einzelfall gesondert überprüft werden müssen.

#### cc) Entflechtung vertikal integrierter Energieversorgungsunternehmen

Der Begriff des Versorgungsunternehmens entfaltet seine Bedeutung vor allem im Hinblick auf die sog. Entflechtung. Diese ist nach den §§ 6 ff. EnWG grundsätzlich bei **vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen** notwendig. Bei letzteren handelt es sich nach § 3 Nr. 38 EnWG um Unternehmen, die neben Tätigkeiten im Geschäftsbereich des Netzbetriebs (Übertragung oder Verteilung) auch Tätigkeiten auf den vor- bzw. nachgelagerten Wertschöpfungsstufen der Energieversorgung ausüben, d. h. der Erzeugung bzw. Gewinnung von sowie der Versorgung mit Energie („*Erzeugung oder Vertrieb*“).<sup>68</sup> Auch hier kommt es – wie bereits oben dargestellt – nicht darauf an, dass eine juristische Person im engeren Sinne vorliegt; auch Personenhandelsgesellschaften und rechtlich unselbständige Eigenbetriebe einer Gemeinde können vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen sein.<sup>69</sup>

Da nach dieser Definition immer auch der **Betrieb eines Netzes** notwendig ist, reicht der Betrieb einer Kundenanlage (siehe oben bb)) ebenso wenig wie eine Direktleitung, mit der der Energieerzeuger den Strom direkt einem Dritten zur Verfügung stellt (siehe dazu unten C.II.2.2b)aa)(2)(a)) für ein vertikal integriertes Ver-

---

<sup>65</sup> Vgl. die in § 3 Nr. 24a und Nr. 24b genannten Kriterien, die kumulativ vorliegen müssen. Zu den hier genannten muss als viertes Kriterium noch hinzukommen, dass die Kundenanlage jedermann zum Zwecke der Belieferung der angeschlossenen Letztverbraucher im Wege der Durchleitung unabhängig von der Wahl des Energielieferanten diskriminierungsfrei und unentgeltlich zur Verfügung gestellt wird.

<sup>66</sup> *Boesche* in: Säcker, Energierecht, § 3 EnWG, Rn. 110.

<sup>67</sup> *Boesche* in: Säcker, Energierecht, § 3 EnWG, Rn. 115.

<sup>68</sup> *Theobald* in: Danner/Theobald, Energierecht, § 3 EnWG, Rn. 288.

<sup>69</sup> *Eder* in: Danner/Theobald, Energierecht § 6 EnWG, Rn. 11.

sorgungsunternehmen aus. Berücksichtigt eine Gemeinde bei Ihrer Tätigkeit diesen Umstand, ist sie nicht als integriertes Versorgungsunternehmen zu qualifizieren.

Als Netzbetreiber treffen das Unternehmen zahlreiche Pflichten, wie beispielsweise die Notwendigkeit einer Genehmigung der Entgelte für den **Netzzugang** (§ 23a EnWG) bzw. der Beachtung der im Rahmen der Anreizregulierung festgelegten Netzzugangsentgelte (§ 21a EnWG).<sup>70</sup>

Liegt ein vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen vor, besteht die Pflicht zur **Entflechtung**. Dies betrifft zunächst ohne Einschränkung die informatorische (§ 9 EnWG) und buchhalterische (§ 10 EnWG) Entflechtung. Grundsätzlich sind auch eine operationelle (§ 8 EnWG) sowie eine rechtliche (§ 7 EnWG) Entflechtung notwendig, allerdings sind hier die sog. De-Minimis-Regelungen zu beachten, wonach sich vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen mit weniger als 100.000 Kunden nicht operationell und rechtlich entflechten müssen (§§ 7 Abs. 2, 7a Abs. 7 EnWG).

## 2.2.2 Möglichkeiten der wirtschaftlichen Betätigung im Energiebereich

Will eine Gemeinde im Bereich der Energieversorgung wirtschaftlich tätig werden, kann sich ihr Engagement auf alle drei Komponenten des Versorgungsbegriffs beziehen, nämlich auf Erzeugung bzw. Gewinnung (siehe dazu a)), Vertrieb (siehe dazu b)) und Betrieb eines Energieversorgungsnetzes (siehe dazu c)).

### a) Erzeugung von Strom

Energieversorgung ist nach § 3 Nr. 36 EnWG zunächst die **Erzeugung oder Gewinnung von Energie zur Belieferung von Kunden**. Dies geschieht mittels einer Erzeugungsanlage, für die die Gemeinde bzw. das kommunale Unternehmen als Anlagenbetreiber die Verantwortung trägt.

Der Begriff des **Anlagenbetreibers** ist insbesondere für die Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Quellen unter dem EEG von Bedeutung. Aus diesem Grund definiert § 3 Nr. 2 EEG auch den Anlagenbetreiber als eine Person, die *„unabhängig vom Eigentum die Anlage für die Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien oder aus Grubengas nutzt.“* Da es also auf das Eigentum an der Anlage nicht ankommt, wird entscheidend darauf abgestellt, *„wer die Kosten und das wirtschaftliche Risiko des Anlagenbetriebes trägt und das Recht hat, die Anlage auf eigene Rechnung zur Stromerzeugung zu nutzen, also über den Einsatz der Anlage be-*

---

<sup>70</sup> Eine vollständige oder abschließende Darstellung der Verpflichtungen eines vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens kann hier nicht erfolgen. Ergänzend wird auf die Darstellung der Pflichten zur Transparenz, Bilanzierung und Rechnungslegung in Gleiss Lutz, Rechtsfragen des Eigenverbrauchs und des Direktverbrauchs, S. 90 ff. verwiesen.

stimmt bzw. zumindest bestimmenden Einfluss hat.“<sup>71</sup> Es kommt also auf das **wirtschaftliche Risiko** an, das in der Regel bei demjenigen liegen wird, der die Anlage auf eigene Rechnung benutzt, die Verfügungsgewalt innehat und die Kosten für den Unterhalt der Anlage aufbringt.<sup>72</sup> Dies gilt im Grundsatz auch für KWK-Anlagen (dazu unten d)).

**Zusammenfassend** können beispielhaft verschiedene **Kriterien** genannt werden, die jedoch immer im konkreten Fall einer Gewichtung und Überprüfung bedürfen: Der Betreiber einer Anlage muss die Kosten der Instandhaltung tragen (z. B. Inspektion, Wartung, Instandsetzung, Reparaturen); er ist für die Brennstoffbeschaffung zuständig und trägt diesbezüglich auch das **Qualitäts- und Preisrisiko**; er trägt das Risiko des Ausfalls oder der eingeschränkten Verfügbarkeit der Anlage; er bestimmt in technischer Hinsicht über die Fahrweise der Anlage und trägt mit dem Betrieb verbundene Kosten.

Als Indiz für eine Betreiberstellung kann bei mehreren Beteiligten gelten, ob der Betroffene für seine Arbeit ein festes **Entgelt** bekommt und den **Weisungen** anderer unterliegt (dann kein Betreiber) oder ob er finanzielle Schwankungen selbst trägt und in seinen Entscheidungen grundsätzlich frei ist.

In diesem Zusammenhang spielt für die Betreibereigenschaft dann auch die Form der **Finanzierung** einer Anlage keine Rolle. Dass ein Geldgeber ein Risiko trägt (z. B. Ausfall des Darlehens, Insolvenzrisiko) ist für die Betreiberstellung ohne Bedeutung, da es sich nicht um die energiewirtschaftlichen Risiken der Anlage handelt. Insofern kann ein **Investor** bloßer Geldgeber sein. Er kann aber auch Betreiber einer Anlage sein, wenn er sich z. B. nur in beschränktem Umfang, weisungsgebunden und gegen festes Entgelt der Dienstleistungen Dritter für den Betrieb der Anlage bedient.<sup>73</sup>

Im kommunalen Kontext wird die Erzeugung von Energie in der Regel als **dezentrale Erzeugung** stattfinden. Dies ist dann der Fall, wenn die Erzeugungsanlage verbrauchs- und lastnah betrieben wird, § 3 Nr. 11 EnWG. Das Kraftwerk ist dann in unmittelbarer Nähe zu dem Ort, an dem die Energie verbraucht wird, errichtet worden.<sup>74</sup> Dies gilt auch für Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen, in denen Strom und Wärme produziert werden, vgl. § 3 Abs. 1 KWKG; bei diesen kommt es für eine

---

<sup>71</sup> Der Betreiberbegriff aus dem EEG unterscheidet sich damit beispielsweise von dem Betreiberbegriff des Bundesimmissionsschutzgesetzes, der an die Genehmigungsinhaberschaft anknüpft, siehe dazu insbesondere *Salje*, EEG 2012, § 3, Rn. 167; *Eckardt* in Frenz/Müggenborg, EEG, § 3, Rn. 12.

<sup>72</sup> *Salje*, EEG 2012, § 3, Rn. 169; Gleiss Lutz, Rechtsfragen des Eigenverbrauchs und des Direktverbrauchs, S. 8 m. w. N.

<sup>73</sup> *Topp* in: Säcker, Energierecht, § 3 KWKG, Rn. 72.

<sup>74</sup> *Boesche* in: Säcker, Energierecht, § 3 EnWG, Rn. 36.

dezentrale Versorgung darauf an, dass der Strom in unmittelbarer Nähe zur Erzeugungsanlage verbraucht wird.<sup>75</sup>

Die Erzeugung muss nach § 3 Nr. 36 EnWG der **Belieferung von Kunden** dienen. Kunden sind nach § 3 Nr. 24 EnWG Großhändler, Letztverbraucher und Unternehmen, die Energie kaufen. Erfasst sind also nicht Erzeuger, die die Energie ausschließlich zum eigenen Bedarf erzeugen und verbrauchen.

In Mecklenburg-Vorpommern sind kommunale Einrichtungen zur Erzeugung von Energie, insbesondere erneuerbarer Art, durch **§ 68 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 KV** besonders privilegiert. Beachtlich ist hier, dass die Norm ausdrücklich nur auf die **Erzeugung** abstellt, nicht also beispielsweise auf den Netzbetrieb.

## b) Vertrieb von Strom

Der Vertrieb ist ein Bereich der Versorgung mit Energie nach § 3 Nr. 36 EnWG. Vor dem Hintergrund der europäischen Regelung (siehe oben C.II.2.2.1a)) wird er überwiegend dahingehend verstanden, dass er nur den **(Weiter-)Verkauf** von Energie umfasst,<sup>76</sup> zum Teil aber auch deutlich weiter gefasst.<sup>77</sup> Für die vorliegende Fragestellung sollen – nicht zuletzt aus Gründen des besseren Verständnisses – alle Nutzungsmöglichkeiten von Strom aus erneuerbaren Quellen nach EEG (dazu im Folgenden aa)) und aus Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen (dazu bb)) betrachtet werden.

### aa) Nutzungsmöglichkeiten von Strom aus erneuerbaren Quellen (EEG)

Strom aus erneuerbaren Quellen kann nach dem EEG generell entweder in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist oder direktvermarktet werden (dazu unten (1)). Für Kommunen ist zudem die Direktlieferung an Dritte und der Eigenverbrauch interessant (dazu (2)).

Zu den **erneuerbaren Energien** gehören Wasserkraft, Windenergie, solare Strahlungsenergie, Geothermie und Energie aus Biomasse (einschließlich Biogas, Biomethan, Deponiegas und Klärgas sowie aus dem biologisch abbaubaren Anteil von Abfällen aus Haushalten und Industrie), § 3 Nr. 3 EEG.

---

<sup>75</sup> Boesche in: Säcker, Energierecht, § 3 EnWG, Rn. 36.

<sup>76</sup> Boesche in: Säcker, Energierecht, § 3 EnWG, Rn. 178; Hellermann in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, § 3, Rn. 59.

<sup>77</sup> Vgl. Pielow in: Säcker, Energierecht, EnWG Einl. E., Rn. 398, der auf die Belieferung abstellt. Auch Ekhardt in: Frenz/Müggenborg, EEG, Einleitung, Rn. 30 spricht in Bezug auf das EEG von den zwei „Vertriebswegen“ Einspeisung und Direktvermarktung. Vgl. zur Diskussion nur Theobald in: Daner/Theobald, Energierecht, § 3 EnWG, Rn. 271 ff; Boesche in: Säcker, § 3 EnWG, Rn. 177.



## (1) Einspeisung und Direktvermarktung

### (a) Einspeisung

Die Einspeisung von EEG-Strom erfolgt im Regelfall in das Netz für die allgemeine Versorgung (§ 3 Nr. 7 EEG). Dazu sind die Netzbetreiber verpflichtet, EEG-Erzeugungsanlagen unverzüglich vorrangig **anzuschließen** (§ 5 EEG) und den gesamten angebotenen Strom ebenfalls unverzüglich vorrangig **abzunehmen**, zu übertragen und zu verteilen (§ 8 EEG).

Der Erzeuger hat gegenüber dem Netzbetreiber einen gesetzlich garantierten **Vergütungsanspruch** (§ 16 EEG), der sich in der Höhe u. a. nach der Form der Energieerzeugung bemisst (§§ 23 ff. EEG), zum Teil verringert bzw. begrenzt (§§ 17 ff. EEG), im Grundsatz aber über 20 Jahre garantiert wird (§ 21 Abs. 2 EEG). Diese Vergütung wird über einen Ausgleichsmechanismus, der auch die Übertragungsnetzbetreiber einbezieht (§§ 34 ff. EEG), auf die Letztverbraucher umgelegt (sog. **EEG-Umlage**, vgl. § 37 Abs. 2 EEG).

### (b) Direktvermarktung

Statt die gesetzlich garantierte, nachfrageunabhängige Vergütung in Anspruch zu nehmen, können Anlagenbetreiber Strom aus Anlagen, die Erneuerbare Energien oder Grubengas einsetzen, auch direkt vermarkten, d. h. zu Marktpreisen an der Strombörse oder außerbörslich verkaufen.<sup>78</sup>

Wählt der Anlagenbetreiber – z. B. das Unternehmen einer Gemeinde – die Direktvermarktung, dann kann er bei der Vermarktung des Stroms aus Erneuerbaren Energien oder Grubengas zusätzlich zum Marktpreis vom Netzbetreiber eine **Marktprämie** verlangen (§ 33b Nr. 1 i. V. m. § 33g EEG). Diese errechnet sich aus der Differenz zwischen dem potentiellen Vergütungssatz nach §§ 16 ff. EEG und dem monatlich ermittelten durchschnittlichen Börsenpreis für Strom zuzüglich eines Bonus für den Vermarktungsaufwand (sog. Managementprämie).

Diese Form wird immer dann attraktiv sein, wenn der Anlagenbetreiber für seinen Strom an der Börse einen höheren Preis bekommt als der Monatsmittelwert des Marktpreises, weil er dann mit der Marktprämie eine höhere Vergütung als die EEG-Vergütung erzielen kann.

Ergänzend zur Marktprämie können Anlagenbetreiber von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Biogas eine sog. **Flexibilitätsprämie** verlangen, mit der ein Anreiz für die bedarfsgerechte Erzeugung und Einspeisung von

---

<sup>78</sup> Weitergehend *Ekardt/Hennig* in: Frenz/Müggenborg, EEG, § 33a, Rn. 1, 4.

Strom gesetzt werden soll (§ 33 i EEG).<sup>79</sup> Investitionen in größere Generatoren sollen ermöglicht werden; diese sind nötig, um die Stromerzeugung aus Biomasse entsprechend der Nachfrage zeitlich um bis zu 12 Stunden zu verschieben.<sup>80</sup>

Aus kommunaler Sicht interessant kann auch die Direktvermarktung zum Zweck der Verringerung der EEG-Umlage durch ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen sein, §§ 33b Nr. 2, 39 Abs. 1 EEG. Dieses sog. **Grünstromprivileg** führt dazu, dass sich die EEG-Umlage, die ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen im Rahmen des Ausgleichsmechanismus (s. o. (a)) an die Übertragungsnetzbetreiber zahlen muss, um 2 Cent pro Kilowattstunde verringert. Voraussetzung ist, dass u. a. mindestens 50 % des Stroms aus Wasser-, Windkraft, Biogas oder solarer Strahlungsenergie stammen, wovon mindestens 20 % aus Wind- oder Solarenergie stammen müssen.<sup>81</sup> Durch die Reduzierung der EEG-Umlage ist es denkbar, dass ein (kommunales) Energieversorgungsunternehmen seinen Kunden Strom günstiger zur Verfügung stellen kann.<sup>82</sup>

Schließlich ist auch nicht ausgeschlossen, den erzeugten Strom im Rahmen der **sonstigen Direktvermarktung** (§ 33b Nr. 3 EEG) zu vermarkten. Eine Förderung ist hier zwar nicht möglich, allerdings kann der Anlagenbetreiber dadurch auch zahlreichen Anforderungen, die bei den anderen Formen der Direktvermarktung (zur Inanspruchnahme der Marktprämie bzw. zur Nutzung des Grünstromprivilegs) auftreten, entgehen.<sup>83</sup> Dies kann insbesondere für kleinere kommunale Versorgungsunternehmen attraktiv sein.

Der Anlagenbetreiber kann sowohl zwischen der garantierten Vergütung und der Direktvermarktung als auch zwischen den verschiedenen Formen der Direktvermarktung unter bestimmten Voraussetzungen monatlich **wechseln** (§ 33d EEG). Auch eine **anteilige Direktvermarktung** ist möglich, bei der der Strom anteilig auf die gesetzlich garantierte Vergütung und die Direktvermarktung bzw. auf die verschiedenen Form der Direktvermarktung verteilt werden kann (§ 33f EEG).

---

<sup>79</sup> Ausführlich *Ekardt/Hennig* in: Frenz/Müggenborg, EEG, § 33i, Rn. 1.

<sup>80</sup> *Altrock/Oschmann* in: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, Einf., Rn. 35.

<sup>81</sup> Vgl. für alle notwendigen Tatbestandsvoraussetzungen § 39 Abs. 1 EEG im Einzelnen.

<sup>82</sup> Das Grünstromprivileg soll möglicherweise im Rahmen der EEG-Novelle 2014 abgeschafft werden, siehe unten C.II.3.3.1b)bb).

<sup>83</sup> Vgl. auch zu den gleichwohl zu erfüllenden Anforderungen *Ekardt/Hennig* in: Frenz/Müggenborg, EEG, § 33b, Rn. 6.

## (2) Besonderheiten bei Direktlieferung und Eigenverbrauch

Für Kommunen kommen insbesondere zwei Sonderformen der dezentralen Energieerzeugung in Betracht, die an Attraktivität gewonnen haben. Dabei handelt es sich um die Direktlieferung – auch Direktverbrauch durch Dritte genannt – und den Eigenverbrauch.

Hintergrund ist die Einführung des **Marktintegrationsmodells** im EEG, mit dem Strom aus solarer Strahlungsenergie, der in den letzten Jahren große Zuwachsraten aufwies und bei dem eine Überförderung konstatiert wurde,<sup>84</sup> stärker an den Markt herangeführt und an den Bedarf ausgerichtet werden soll. Nach § 33 EEG wird die Förderung von Strom aus PV-Anlagen durch die garantierte Einspeisevergütung ab einer installierten Leistung von mehr als 10 kW bis einschließlich einer installierten Leistung von 1 MW pro Jahr auf 90 % der gesamten erzeugten Strommenge begrenzt.<sup>85</sup>

Dadurch besteht für den Anlagenbetreiber ein Anreiz, den nicht förderungsfähigen Strom selbst zu verbrauchen. Denn die verbleibenden, nicht mehr von der Einspeisevergütung erfassten 10 % des erzeugten Stroms können zwar auch weiterhin eingespeist werden – allerdings bekommt der Anlagenbetreiber dann auch nur eine reduzierte Vergütung (§ 33 Abs. 2 EEG). Bei der ebenfalls möglichen Direktvermarktung kann der Anlagenbetreiber keine Marktprämie verlangen.<sup>86</sup> Vorzugswürdig wird in diesem Fall deshalb der eigene Verbrauch (Eigenverbrauch, dazu im Folgenden (b)) bzw. die direkte Lieferung an einen Dritten (Direktverbrauch durch Dritte, dazu im Folgenden (a)) sein.

### (a) Direktlieferung

Eine Direktlieferung liegt vor, wenn einem Dritten als Letztverbraucher direkt vom Erzeuger unter bestimmten Voraussetzungen Strom geliefert wird.

Die Direktlieferung weist Parallelen zur Direktvermarktung auf, ist jedoch von dieser abzugrenzen. Auch wenn der Anlagenbetreiber in beiden Fällen einen Dritten beliefert, ist dieser bei der Direktlieferung **individualisierbar**, während dies bei der Direktvermarktung nicht der Fall ist, da der Strom am Markt verkauft wird.<sup>87</sup> In diesem Sinne schließt § 33 Abs. 2 EEG das gleich-

---

<sup>84</sup> Gesetzesbegründung, BT-Drs. 17/8877, S. 1. Als Ausgangspunkt auch Gleiss Lutz, Rechtsfragen des Eigenverbrauchs und des Direktverbrauchs, S. 2 f.

<sup>85</sup> *Bues/Lippert* in: Greb/Boewe, BeckOK EEG, § 33, Rn. 6 ff. Das Marktintegrationsmodell soll nach Plänen der Bundesregierung bei der Novellierung des EEG 2014 entfallen.

<sup>86</sup> Dies ergibt sich aus § 33c Abs. 1 Nr. 1a EEG. Vgl. dazu *Ekardt/Hennig* in: Frenz/Müggenborg, EEG, § 33, Rn. 30.

<sup>87</sup> *Bues/Lippert* in: Greb/Boewe, BeckOK EEG, § 33, Rn. 21 ff.

zeitige Vorliegen von Direktvermarktung und Direktlieferung ausdrücklich aus:

*„Veräußerungen von Strom an Dritte gelten abweichend von Absatz 1 nicht als Direktvermarktung, wenn Anlagenbetreiberinnen und Anlagenbetreiber Strom aus erneuerbaren Energien oder Grubengas an Dritte veräußern, die den Strom in unmittelbarer räumlicher Nähe zur Anlage verbrauchen, und der Strom nicht durch ein Netz durchgeleitet wird.“*

Aus dieser Norm ergeben sich die wesentlichen **Kriterien für den Direktverbrauch durch Dritte**: Dieser liegt vor, wenn der Anlagenbetreiber Strom an den Letztverbraucher veräußert und dieser Strom in unmittelbarer räumlicher Nähe zur Anlage verbraucht wird und keine Durchleitung durch ein Netz stattfindet:<sup>88</sup>

**1. Veräußerung des Stroms:** Eine unentgeltliche Zurverfügungstellung kommt nicht in Betracht.

**2. Personenverschiedenheit zwischen Anlagenbetreiber und Letztverbraucher.**

**3. Verbrauch in unmittelbarer räumlicher Nähe zur Anlage:** Dies bedeutet in der Regel, dass der Netzverknüpfungspunkt des Anlagenbetreibers und die Anschluss-/Entnahmestelle des Letztverbrauchers innerhalb desselben Netzbereichs liegen und zudem geographisch eine gewisse Nähe gegeben ist.<sup>89</sup>

**4. Keine Durchleitung durch das Netz** für die allgemeine Versorgung. Der Anlagenbetreiber wird – auch vor dem Hintergrund der räumlichen Nähe – den Strom in der Regel durch eine Direktleitung<sup>90</sup> an den Letztverbraucher leiten.

Unter diesen Voraussetzungen ist eine Vielzahl von Konstellationen denkbar, in denen eine Gemeinde bzw. ein gemeindliches Unternehmen als Anlagenbetreiber Strom an einen Dritten liefert. Denkbar wäre beispielsweise, dass ein kommunales Stadtwerk in der Form einer GmbH & Co KG Betrei-

---

<sup>88</sup> Dies ergibt sich neben dem zitierten § 33a Abs. 2 EEG vor allem aus § 39 Abs. 3 EEG. Zur ausführlichen Herleitung vgl. Gleiss Lutz, Rechtsfragen des Eigenverbrauchs und des Direktverbrauchs, S. 55 ff.

<sup>89</sup> Vgl. ausführlich Gleiss Lutz, Rechtsfragen des Eigenverbrauchs und des Direktverbrauchs, S. 60 ff.

<sup>90</sup> Nach § 3 Nr. 12 EnWG ist eine Direktleitung „eine Leitung, die einen einzelnen Produktionsstandort mit einem einzelnen Kunden verbindet, oder eine Leitung, die einen Elektrizitätserzeuger und ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen zum Zwecke der direkten Versorgung mit ihrer eigenen Betriebsstätte, Tochterunternehmen oder Kunden verbindet, oder eine zusätzlich zum Verbundnetz errichtete Gasleitung zur Versorgung einzelner Kunden.“

berin einer PV-Anlage auf dem Dach einer **gemeindeeigenen (Grund-) Schule** ist und den in der Anlage gewonnen Strom direkt der Schule ohne Nutzung des Netzes zur Verfügung stellt.

In einem solchen Fall ist das kommunale Stadtwerk zwar Energie- bzw. Elektrizitätsversorgungsunternehmen (§ 3 Nr. 18 EnWG, § 3 Nr. 2d EEG; siehe dazu oben C.II.2.2.1b)aa)), jedoch kein vertikal integriertes Unternehmen, da bei einer Direktleitung kein Netzbetrieb gegeben ist.<sup>91</sup> Als Anlagenbetreiber trifft das Unternehmen dennoch eine Vielzahl von Pflichten zur Einhaltung von Transparenzvorschriften, zur Bilanzierung und zur Buchführung.<sup>92</sup> Interessant kann aber für das kommunale Unternehmen auch hier die Reduzierung der EEG-Umlage um 2 Cent pro Kilowattsunde sein (§ 39 Abs. 3 EEG), die an die Letztverbraucher weitergegeben werden kann.<sup>93</sup>

## (b) Eigenverbrauch

Ein weiterer, im Energiewirtschaftsrecht nur rudimentär geregelter Fall der dezentralen Energieversorgung im weiteren Sinne ist der **Eigenverbrauch**. Er weist eine Nähe zum Direktverbrauch durch Dritte auf, unterliegt jedoch eigenen Voraussetzungen.

Der wesentliche **Unterschied zum Direktverbrauch durch Dritte** besteht darin, dass der Anlagenbetreiber hier den erzeugten Strom nicht an einen Dritten weiterleitet, sondern selbst verbraucht. Dazu reicht es aus, dass dieser Eigenverbrauch entweder in räumlichem Zusammenhang mit der Erzeugungsanlage stattfindet **oder kein** Netz für die allgemeine Versorgung zur Durchleitung benutzt wird. Dies bedeutet, dass Eigenverbrauch im Einzelfall auch dann vorliegen kann, wenn beispielsweise der Verbrauch in räumlichem Zusammenhang zur Erzeugungsstelle stattfindet, aber dennoch das Netz zur Weiterleitung genutzt wird.<sup>94</sup>

**Zusammenfassend** liegt danach Eigenverbrauch bei folgenden Kriterien vor:

---

<sup>91</sup> Gleiss Lutz, Rechtsfragen des Eigenverbrauchs und des Direktverbrauchs, S. 80.

<sup>92</sup> Vgl. die Darstellung in Gleiss Lutz, Rechtsfragen des Eigenverbrauchs und des Direktverbrauchs, S. 90 ff. Beispielhaft seien hier nur genannt die Mitteilungspflicht nach §§ 45, 49 EEG, die Informations- und Veröffentlichungspflichten nach §§ 51 f. EEG, die Pflicht zur Transparenz von Stromrechnungen und zur Stromkennzeichnung (§§ 40, 42 EnWG, § 54 EEG) und die Anzeige bei der BNetzA bei Belieferung von Haushaltskunden (§ 5 EnWG).

<sup>93</sup> Aus § 39 Abs. 3 EEG ergeben sich weitere Voraussetzungen, die in diesem Fall zu beachten sind.

<sup>94</sup> Dies ergibt sich insbesondere aus Zusammenschau der § 16 Abs. 3 und § 37 Abs. 3 EEG. Dazu Gleiss Lutz, Rechtsfragen des Eigenverbrauchs und des Direktverbrauchs, S. 6 ff.

**1. Personenidentität zwischen Anlagenbetreiber und Verbraucher.** Es muss sich um dieselbe natürliche oder juristische Person handeln, wobei auch hier kein enges Begriffsverständnis angelegt wird.

**2. Keine Durchleitung durch ein Netz oder Verbrauch in räumlichem Zusammenhang.** Der Begriff des räumlichen Zusammenhangs ist ausweislich der Gesetzesbegründung<sup>95</sup> in Übereinstimmung mit § 9 Abs. 1 Nr. 3a des Stromsteuergesetzes auszulegen. Danach kommt es u. a. auf die tatsächliche Entfernung der Entnahmestelle zu der Anlage, die Anzahl der Entnahmestellen und ihre Verteilung in der Fläche und die Spannungsebene des Versorgungsnetzes, in das der Strom eingespeist wird, an.<sup>96</sup>

Für derart erzeugten und verbrauchten Strom ist nach derzeitiger Rechtslage **keine EEG-Umlage** zu zahlen, § 37 Abs. 3 Satz 2 EEG. Weitergehende Pflichten wie Informations- und Duldungspflichten (z. B. § 12 Abs. 4 EnWG, § 49 Abs. 1 S. 1 EnWG) oder die Pflicht zur Zahlung von Netzentgelten (§ 1 StromNEV) oder Umlagen (z. B. KWK-Umlage, § 9 Abs. 3 Satz 1 KWKG) sind unabhängig von der Qualifizierung als Eigenverbraucher und fallen grundsätzlich nur bei **Netzberührung** an.<sup>97</sup> Diese wird in der Regel gegeben sein, da der Eigenverbraucher meistens auch an das Netz für die allgemeine Versorgung angeschlossen sein wird.

Im **kommunalen Kontext** ist die Konstellation des Eigenverbrauchs beispielsweise denkbar, wenn sich gemeindliche Einrichtungen – wie Schule, Kindergarten oder Verwaltungsgebäude – selbst mit Strom aus erneuerbaren Quellen versorgen, indem z. B. auf dem Dach Solaranlagen installiert werden. Denkbar sind prinzipiell auch andere Formen der Stromerzeugung, z. B. Wind oder Biogas. Unschädlich ist dann die Nutzung des Netzes, wenn der räumliche Zusammenhang gegeben ist bzw. der fehlende räumliche Zusammenhang, wenn ein Netz nicht genutzt wird.

Nach energiewirtschaftlichen Grundsätzen liegt beim Eigenverbrauch mangels Belieferung **keine Versorgung** im Sinne von § 3 Nr. 36 EnWG vor. Ob diese Form der dezentralen Nutzung dennoch vom **kommunalrechtlichen Versorgungsbegriff** umfasst ist, wird nur für § 68 Abs. 2 Satz 3 KV relevant, wo es um die Strom-, Gas- und Wärmeversorgung außerhalb des Gemeindegebiets geht; die ebenfalls energierechtlich relevante Norm des § 68 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 KV stellt nur auf die „Erzeugung“ von Energie ab. Nach hiesigem Verständnis umfasst der (kommunalrechtliche) Begriff der Vorsor-

---

<sup>95</sup> BT-Drs. 17/6071, S. 83.

<sup>96</sup> Gleiss Lutz, Rechtsfragen des Eigenverbrauchs und des Direktverbrauchs, S. 10 m. w. N.

<sup>97</sup> Dazu ausführlich Gleiss Lutz, Rechtsfragen des Eigenverbrauchs und des Direktverbrauchs, S. 16 ff.

gung in § 68 Abs. 2 Satz 3 KV grundsätzlich auch den Eigenverbrauch. Denn der Landesgesetzgeber wird bei Erlass der Regelung kaum die differenzierte energierechtliche Konstellation des Eigenverbrauchs vor Augen gehabt haben, wollte aber offensichtlich dennoch Formen der Eigenversorgung der Gemeinde privilegieren. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus § 68 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KV, der Einrichtungen, „*die ausschließlich zur Deckung des Eigenbedarfs der Gemeinde dienen*“, erfasst (dazu ausführlich unten C.II.3.1). Warum die Privilegierung im Energiebereich, der insgesamt in der KV stärker in den Fokus rückt, nicht gelten sollte, ist nicht ersichtlich (zur Parallelität von Eigenverbrauch nach EEG und Eigenbedarfsdeckung nach KV ausführlich unten C.II.3.1.1).

## bb) Nutzungsmöglichkeiten von Strom aus Kraft-Wärme-Kopplungs-Anlagen

Eine weitere Möglichkeit der Stromerzeugung, die für Kommunen im Rahmen einer wirtschaftlichen Betätigung von Interesse sein kann, ist die Gewinnung von Strom aus Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen. Dabei wird die eingesetzte Energie gleichzeitig in elektrische Energie und in Nutzwärme umgewandelt. Nur die **Stromerzeugung** wird durch das Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz (KWKG) besonders gefördert, nicht jedoch die (ausschließliche) Erzeugung und Nutzung der Wärme (vgl. § 2 KWKG). Im Folgenden soll deshalb zunächst nur die Erzeugung von Strom durch Kraft-Wärme-Kopplung betrachtet werden, während die Erzeugung von Wärme und der Betrieb eines Wärmenetzes weiter unten ausführlicher beleuchtet werden (C.II.2.2.2d)).

Mit dem oben erläuterten Mechanismus des EEG hat die Gewinnung von Strom aus Kraft-Wärme-Kopplung gemein, dass auch hier die Stromerzeugung vom Gesetzgeber aus umweltpolitischen Gesichtspunkten als förderungswürdig angesehen wird.<sup>98</sup> Das KWKG regelt – ähnlich wie das EEG – die **Abnahme, die Vergütung und die Überwälzung** der Kosten von Strom aus Kraftwerken mit KWK-Anlagen. Eine Förderung ist jedoch nur entweder nach dem KWKG oder dem EEG möglich, da § 2 Satz 2 KWKG ausdrücklich bestimmt, dass Strom, der nach EEG vergütet oder direkt vermarktet wird nicht vom Anwendungsbereich des KWKG erfasst ist.

Die **ingesetzte Energie** kann im Rahmen der Kraft-Wärme-Kopplung aus Steinkohle, Braunkohle, Abfall, Abwärme, Biomasse und gasförmigen bzw. flüssigen Brennstoffen stammen, § 2 Satz 1 KWKG. Die Wärme- und Energieerzeugung findet in KWK-Anlagen statt, die in § 3 Abs. 2 KWKG benannt werden.

---

<sup>98</sup> Gesetzesbegründung, BT-Drs. 17/8801, S. 13.

## (1) Eigenversorgung

§ 3 Abs. 10 KWKG bestimmt, wer **Betreiber einer KWK-Anlage** ist und trifft zugleich auch eine Regelung über die **Eigenversorgung mit Strom** aus dieser Anlage:

*„Betreiber von KWK-Anlagen im Sinne dieses Gesetzes sind diejenigen, die den Strom in eines der in Absatz 9 genannten Netze einspeisen oder für die Eigenversorgung bereitstellen. Die Betreibereigenschaft ist unabhängig von der Eigentümerstellung des Anlagenbetreibers. Eigenversorgung ist die unmittelbare Versorgung eines Letztverbrauchers aus der für seinen Eigenbedarf errichteten Eigenanlage oder aus einer KWK-Anlage, die von einem Dritten ausschließlich oder überwiegend für die Versorgung bestimmbarer Letztverbraucher errichtet und betrieben wird.“*

Mit Blick auf den Begriff des **Anlagenbetreibers** bedeutet dies, dass auch hier – ähnlich wie im EEG – nicht die Eigentümerstellung, sondern das **energiewirtschaftliche Risiko** entscheidend ist. Es kommt auf das wirtschaftliche Risiko an, wer also die Primärenergieträger einkauft und mit dem Verkauf von Energie Geld verdient.<sup>99</sup> Insoweit kann auf die obigen Ausführungen zur Betreibereigenschaft im EEG verwiesen werden.

Der Begriff der **Eigenversorgung** umfasst im KWKG ausdrücklich zwei Konstellationen: Der Anlagenbetreiber versorgt sich unmittelbar selbst oder er betreibt die Anlage ausschließlich oder überwiegend zur Versorgung bestimmbarer Letztverbraucher. Die erste Alternative entspricht dem Eigenverbrauch, die zweite Alternative der Direktlieferung im EEG. Diese Definition bezieht sich nur auf die Versorgung mit Strom, nicht auch auf die Wärmeversorgung.<sup>100</sup>

Im Rahmen des **Eigenverbrauchs** darf ein Netz für die allgemeine Versorgung nicht genutzt werden; dies meint das Kriterium „*unmittelbar*“. Im Unterschied zum EEG darf deshalb bei KWK-Strom im Rahmen des Eigenverbrauchs keine Netznutzung vorliegen; auf ein (alternatives) räumliches Kriterium kommt es nicht an.

Bei der **Direktlieferung** muss – ebenso wie im EEG – der Kreis der belieferten Letztverbraucher individualisiert sein. Es reicht aber auch aus, wenn die Anlage nur „*überwiegend*“ für die Versorgung dieser Letztverbraucher er-

<sup>99</sup> Topp in: Säcker, Energierecht, § 3 KWKG, Rn. 71.

<sup>100</sup> Topp in: Säcker, Energierecht, § 3 KWKG, Rn. 74.



richtet und betrieben wird; dies wird zumindest bei einem Anteil von über 50 % der erzeugten Strommenge der Fall sein.<sup>101</sup>

(2) Einspeisung in das Netz, Wälzungsmechanismus

§ 4 KWKG regelt die **Anschluss-, Abnahme- und Vergütungspflicht der Netzbetreiber**: Diese müssen nach dieser Vorschrift die KWK-Anlagen an ihr Netz anschließen und den dort erzeugten Strom vorrangig abnehmen. Zur Erfüllung der **Vergütungspflicht** des Netzbetreibers vereinbaren Netzbetreiber und Betreiber der KWK-Anlage einen Preis; hinzu kommt der **KWK-Zuschlag**, der der Höhe nach gesetzlich festgelegt ist (§ 7 KWKG) und sich nach der Kategorie der Anlage richtet (§ 5 KWKG). Kommt eine Preisvereinbarung nicht zustande, gilt der **übliche Preis** als vereinbart.<sup>102</sup>

Damit umfasst der Begriff der **Eigenversorgung im KWKG** sowohl die im Rahmen des EEG als Eigenverbrauch und als Direktlieferung (oder Direktverbrauch durch Dritte) bezeichneten Fälle. Eigenversorgung ist im KWKG im Vergleich zum EEG besonders privilegiert, weil der KWK-Zuschlag auch dann zu zahlen ist, wenn der Strom **nicht in ein Netz für die allgemeine Versorgung eingespeist** wird, § 4 Abs. 3a KWKG.

c) Betrieb eines Energieversorgungsnetzes

aa) Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung

Zur Versorgung nach § 3 Nr. 36 EEG gehört schließlich auch der Betrieb eines Energieversorgungsnetzes. Für kommunale Unternehmen oder Einrichtungen wird dabei vor allem der Betrieb eines **Energieversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung** in Betracht kommen. Ein Energieversorgungsnetz in diesem Sinne dient der Verteilung von Energie an Dritte und ist von seiner Dimensionierung nicht nur auf die Versorgung bestimmter, feststehender oder bestimmbarer Letztverbraucher ausgelegt, sondern steht grundsätzlich jedem Letztverbraucher offen (vgl. im Einzelnen § 3 Nr. 17).

Den (kommunalen) Netzbetreiber<sup>103</sup> trifft – neben zahlreichen anderen Pflichten – vor allem die allgemeine **Anschlusspflicht**, wonach sie jedem Letztverbraucher unter festgelegten Bedingungen den Anschluss an das Netz gestatten müssen, § 18

---

<sup>101</sup> *Jacobshagen/Kachel* in: Danner/Theobald, Energierecht, § 3 KWKG, Rn. 41.

<sup>102</sup> Dies ist für KWK-Anlagen bis zwei Megawatt Leistung der durchschnittliche Preis für Grundlaststrom an der Strombörse EEX aus dem vorangegangenen Quartal, § 4 Abs. 3 Satz 2 und 3 KWKG. *Salje*, KWKG 2002, § 4, Rn. 60 ff.

<sup>103</sup> Häufig wird es für Kommunen zu aufwändig sein, ein Energieverteilungsnetz in Eigenregie zu betreiben. Ist die Kommune Eigentümerin des Netzes, kommt vor allem eine Verpachtung an eine Betreibergesellschaft in Betracht, vgl. dazu FNR, Geschäftsmodelle für Bioenergieprojekte, S. 53.

EnWG. Darauf aufbauend besteht in diesen Netzgebieten für Energieversorgungsunternehmen die Grundversorgungspflicht, § 36 EnWG.<sup>104</sup>

## bb) Geschlossenes Verteilernetz, § 110 EnWG

Eine teilweise Befreiung von verschiedenen regulierungsrechtlichen Vorgaben ist dann möglich, wenn nach **§ 110 Abs. 2 EnWG** ein Energieversorgungsnetz „Energie zum Zwecke der Ermöglichung der Versorgung von Kunden in einem geographisch begrenzten Industrie- oder Gewerbegebiet (...)“ verteilt und entweder „die Tätigkeiten oder Produktionsverfahren der Anschlussnutzer dieses Netzes aus konkreten technischen oder sicherheitstechnischen Gründen verknüpft sind oder (...) mit dem Netz in erster Linie Energie an den Netzeigentümer oder -betreiber oder an mit diesen verbundene Unternehmen verteilt wird (...)“. Letztverbraucher dürfen grundsätzlich nicht über das Netz versorgt werden, außer es handelt sich um eine geringe Zahl, die in einem Beschäftigungsverhältnis oder vergleichbaren Beziehung zum Netzbetreiber stehen. Die geforderte **geographische Begrenzung** kann beispielsweise bei der Versorgung von Krankenhäusern oder Campingplätzen vorliegen.<sup>105</sup>

Die Einstufung als geschlossenes Verteilernetz erfolgt durch die Regulierungsbehörde auf Antrag des Netzbetreibers. Mit der Regelung zu den geschlossenen Verteilernetzen hat das EnWG eine **punktueller Befreiung** insbesondere kleinerer Netzbetreiber von einzelnen Regulierungspflichten bezwecken wollen.<sup>106</sup>

### (1) Grundversorgungspflicht

Die Einstufung als geschlossenes Verteilernetz kann insbesondere für **kommunale Netzbetreiber** von Interesse sein. Beispielsweise soll die **Grundversorgungspflicht** der Energieversorgungsunternehmen für Haushaltskunden in einem Netzgebiet für geschlossene Verteilernetze nicht bestehen, § 36 Abs. 4 EnWG. Dies muss dahingehend verstanden werden, dass der Energielieferant für das geschlossene Verteilernetz, der zugleich Betreiber des geschlossenen Verteilernetzes sein kann, nicht allein deshalb zum Grundversorger wird, weil er alle oder die Mehrzahl der an das Verteilernetz angeschlossenen Haushaltskunden beliefert; Grundversorger kann dann das Versorgungsunternehmen bleiben, welches in dem das geschlossene Verteilernetz umschließende Netzgebiet die meisten Haushaltskunden beliefert.

<sup>104</sup> Vgl. *Boesche* in: Säcker, Energierecht, § 3 EnWG, Rn. 87.

<sup>105</sup> Vgl. Positionspapier der Regulierungsbehörden, S. 10. Ausführlich Gleiss Lutz, Rechtsfragen des Eigenverbrauchs und des Direktverbrauchs, S. 86 ff.

<sup>106</sup> *Wolf* in: Säcker, Energierecht, § 110 EnWG, Rn. 3. Die Darstellung der folgenden Privilegierungen ist nicht abschließend, vgl. *Wolf*, a. a. O., Rn. 162 ff.

Die **Grundversorgungspflicht** nach § 36 EnWG enthält die Verpflichtung, für bestimmte Netzgebiete die Grundversorgung der Haushaltskunden sicherzustellen, also die Belieferung mit Strom (und Gas) für jeden Haushalt zu sichern. Verpflichtet dazu ist das Energieversorgungsunternehmen, das die meisten Haushaltskunden in einem Netzgebiet beliefert, § 36 Abs. 2 EnWG. Umgesetzt wird diese Pflicht mit einem einseitigen Kontrahierungszwang.

## (2) Eigen- und Konzernversorgung

Für **Kommunen** bzw. deren Unternehmen kann insbesondere die Verteilung von erzeugter Energie an die Gemeinde als Netzeigentümer bzw. -betreiber oder mit ihr verbundener Unternehmen in Betracht kommen (sog. *Eigen- oder Konzernversorgung*, § 110 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EnWG). Neben der Verteilung an Einrichtungen der Gemeinde selbst kommen hier auch von der Gemeinde beherrschte Unternehmen in Frage. Letzteres ist zwar bislang – soweit ersichtlich – nicht ausdrücklich unter die Konzernsachverhalte des § 110 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EnWG gefasst worden. Wenn jedoch die durch eine Mehrheit der Stimmrechte oder der Mitglieder der Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane eines Unternehmens abhängigen Tochterunternehmen in einem Konzern ausdrücklich erfasst sein sollen,<sup>107</sup> dann kann für kommunale Unternehmen, an denen die Gemeinde einen vergleichbaren Einfluss ausübt, nichts anderes gelten.

Hierfür spricht die Überlegung, dass der Bundesgerichtshof die **Unternehmensqualität von Gebietskörperschaften** für die Anwendbarkeit des Konzernrechts ausdrücklich bejaht hat.<sup>108</sup> Auch die öffentliche Hand – d. h. insbesondere Bund, Länder, Gemeinden und Anstalten des öffentlichen Rechts – sind Unternehmen i. S. d. §§ 15 ff. AktG, wenn sie an einem Rechtsträger privater Rechtsform beteiligt sind. Da der in § 110 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EnWG verwendete Begriff des verbundenen Unternehmens auch alle Unternehmen i. S. d. §§ 15 ff. AktG einschließt,<sup>109</sup> ist von § 110 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EnWG also auch der Fall der Konzernversorgung in Form einer Verteilung von erzeugter Energie an mit der Gemeinde verbundene Unternehmen erfasst.

---

<sup>107</sup> Art. 2 Nr. 22 der Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG und der Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG verweisen auf Art. 41 der Siebten Richtlinie 83/349/EWG des Rates vom 13. Juni 1983 aufgrund von Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages über den konsolidierten Abschluss, ABl. 1983 L 193/1. Vgl. dazu zusammenfassend auch *Wolf*, in: Säcker, Energierecht, § 110 EnWG, Rn. 112.

<sup>108</sup> BGH, Urt. v. 13. 10. 1977 – II ZR 123/76 = NJW 1978, 104 (*VEBA/Gelsenberg*); zuletzt BGH, Beschl. v. 17. 03. 1997 – II ZB 3/96 = NJW 1997, 1855 (*VW*). Dem zustimmend auch *Hüffer*, in: Hüffer, AktG, § 15, Rn. 13; *Bayer*, in: MüKo AktG, § 15, Rn. 38.

<sup>109</sup> *Wolf*, in: Säcker, Energierecht, § 110 EnWG, Rn. 113.

Dabei ist es für die Einstufung als geschlossenes Verteilernetz ausreichend, wenn mit dem Netz „in erster Linie“ Energie an den Netzeigentümer oder -betreiber oder an mit diesen verbundene Unternehmen verteilt wird. Das hier geforderte Überwiegen wird bereits bei einer Quote von mehr als 50 % Eigen- bzw. Konzernanteil erreicht.<sup>110</sup>

- (3) Folgen der Einspeisung von Strom in bzw. des Bezugs aus einem geschlossenen Verteilernetz nach EEG und KWKG

Viele Bestimmungen des EEG und des KWKG hängen von der Klassifizierung eines Netzes als **Netz für die allgemeine Versorgung** ab (vgl. § 3 Nr. 7 EEG, § 3 Abs. 9 KWKG), so beispielsweise auch die Anschlusspflicht von EEG- bzw. KWKG-Anlagen (§ 5 EEG, § 4 KWKG) und die Einbeziehung in den Ausgleichsmechanismus (§§ 34 ff. EEG, § 9 KWKG).

Ob ein Netz für die allgemeine Versorgung im Sinne von EEG und KWKG vorliegt, wenn es nach § 110 EnWG als geschlossenes Verteilernetz eingestuft wurde, muss für jeden Einzelfall gesondert entschieden werden.<sup>111</sup> Dem EEG liegt nach der Gesetzesbegründung ein eigenständiger und unabhängiger Netzbegriff zugrunde.<sup>112</sup> Es ist durchaus denkbar, dass ein geschlossenes Verteilernetz ein Netz für die allgemeine Versorgung nach EEG<sup>113</sup> und KWKG<sup>114</sup> ist und damit beispielsweise EEG- und KWKG-Anlagen **vorrangig anzuschließen** sind.<sup>115</sup>

- (a) Einspeisung von Strom von einer Anlage im geschlossenen Verteilernetz in das geschlossene Verteilernetz

Der Verbraucher, der innerhalb eines geschlossenen Verteilernetzes von einer Erzeugungsanlage in diesem Netz Strom bezieht, muss grundsätzlich auch die entsprechenden Umlagen zahlen. Denn dieser Strom ist hinsichtlich der **Pflicht zur Zahlung der Umlage** auch in den **Belastungsausgleich**

---

<sup>110</sup> Wolf, in: Säcker, Energierecht, § 110 EnWG, Rn. 118 m. w. N.

<sup>111</sup> Wolf, in: Säcker, Energierecht, § 110 EnWG, Rn. 177 ff.

<sup>112</sup> BT-Drs. 16/8148, S. 40.

<sup>113</sup> Wolf, in: Säcker, Energierecht, § 110 EnWG, Rn. 177; Ekhardt/Hennig, in: Frenz/Müggenborg, EEG, § 3, Rn. 123; a. A. Salje, EEG 2012, § 3, Rn. 161, der „Netzbetreiber nach § 110 EnWG als außerhalb der EEG-Verpflichtungen“ stehend ansieht.

<sup>114</sup> Wolf, in: Säcker, Energierecht, § 110 EnWG, Rn. 177. Salje, in: Hempel/Franke, Recht der Energie- und Wasserversorgung, § 3 KWKG, Rn. 112.

<sup>115</sup> Zum Teil wird erwo-gen, dass der Anschlusspflicht nach § 5 EEG die Unzumutbarkeit entgegengehalten werden kann, insbesondere wenn das auf besondere Netz-sicherheit ausgerichtete Versorgungskonzept andernfalls gefährdet wäre; so Wolf, in: Säcker, Energierecht, § 110 EnWG, Rn. 179.

**nach EEG bzw. KWKG einzubeziehen.**<sup>116</sup> Nicht einbezogen wird nur der Strom, den der Anlagenbetreiber selbst als Eigenverbraucher verbraucht – unter der Voraussetzung, dass keine Durchleitung durch das geschlossene Verteilernetz verfolgt, sofern dieses als Netz für die allgemeine Versorgung qualifiziert worden ist. Dies ergibt sich aus dem Kriterium der Unmittelbarkeit in § 3 Abs. 10 Satz 3 KWKG. Hinsichtlich der Privilegierung des Eigenverbrauchs im EEG ist dabei jedoch zu beachten, dass auch im Falle einer dennoch erfolgenden Durchleitung durch das geschlossene Verteilernetz der bestehende räumliche Zusammenhang zwischen Erzeugungs- und Verbrauchsstelle dazu führen kann, dass der Eigenverbrauch dennoch nicht in den Leistungsausgleich einbezogen wird (§ 37 Abs. 3 Nr. 2 EEG).

Der Stromerzeuger, der innerhalb des geschlossenen Verteilernetzes in seiner Anlage Strom erzeugt und vertreibt, hat grundsätzlich einen Anspruch auf die **EEG-Vergütung bzw. den KWK-Zuschlag**.

Für den **KWK-Zuschlag** ergibt sich dies unproblematisch aus § 4 Abs. 3a KWKG, wonach es keine Rolle spielt, ob der Strom in ein Netz für die allgemeine Versorgung eingespeist wird oder nicht. Der Anlagenbetreiber kann seinen Anspruch gegenüber dem vorgelagerten Netzbetreiber geltend machen, mit dessen Netz die KWK-Anlage mittelbar über das geschlossene Verteilernetz verbunden ist (§ 4 Abs. 3a Satz 2 KWKG).

Aber auch nach dem **EEG** kann die Einspeisung in ein geschlossenes Verteilernetz ausreichen. Nach § 8 Abs. 2 EEG besteht die Verpflichtung zur vorrangigen und unverzüglichen Abnahme, Übertragung und Verteilung von EEG-Strom auch dann, wenn die EEG-Anlage nicht unmittelbar an ein Netz für die allgemeine Versorgung, sondern an das Netz des Anlagenbetreibers oder eines Dritten angeschlossen und der Strom mittels kaufmännisch-bilanzieller Durchleitung durch dieses „Drittnetz“ in ein Netz nach § 3 Nr. 7 EEG geleitet wird.<sup>117</sup> § 8 Abs. 2 EEG erfasst also ausdrücklich den Fall der **mittelbaren Einspeisung**.

Dahinstehen kann daher, ob ein geschlossenes Verteilernetz, in das der EEG-Strom unmittelbar eingespeist wird, als Netz der allgemeinen Versorgung i. S. d. § 3 Nr. 7 EEG einzustufen ist. Bejahendenfalls bestünde der Anspruch auf Abnahme, Übertragung und Verteilung von EEG-Strom bereits nach § 8 Abs. 1 EEG. Würde man eine Qualifizierung des geschlossenen Verteilernetzes als Netz der allgemeinen Versorgung ablehnen, so müssten sich nach hie-

---

<sup>116</sup> Wolf in: Säcker, Energierecht, § 110 EnWG, Rn. 182. Andere Umlagen wie die Umlage nach § 19 Abs. 2 StromNEV, die Umlage nach § 18 AbLaV und die Offshore-Haftungsumlage (§ 13f Abs. 1 EnWG) bleiben hier außer Betracht. Sie verweisen im Übrigen hinsichtlich ihrer Abwicklung auch auf § 9 KWKG.

<sup>117</sup> Cosack in: Frenz/Müggenborg, EEG, § 8, Rn. 25.

siger Ansicht die Verpflichtungen des Netzbetreibers nach § 8 Abs. 2 EEG i. V. m. § 8 Abs. 1 EEG ergeben.<sup>118</sup>

- (b) Bezug des Stroms von im geschlossenen Verteilernetz zusammengeschlossenen Verbrauchern

Für den Strom, den die im geschlossenen Verteilernetz zusammengeschlossenen Verbraucher vom vorgelagerten Netzbetreiber beziehen, werden die **Umlagen einheitlich für den Stromverbrauch des geschlossenen Verteilernetzes** berechnet, also nicht für jeden Letztverbraucher einzeln. Der Betreiber des Verteilernetzes kann den Aufschlag dann unter den angeschlossenen Letztverbrauchern verteilen.<sup>119</sup> Hinsichtlich der **Ausgleichsregelungen**, von denen große Stromverbraucher durch Absenkung der EEG- und KWK-Umlage profitieren (§ 40 ff. EEG, § 9 Abs. 7 Satz 2 ff. KWKG) bestimmt sich der notwendige Stromverbrauch, auf dem diese Privilegierungen aufbauen, ebenfalls nach dem Verbrauch des geschlossenen Verteilernetzes insgesamt.<sup>120</sup>

- d) Besonderheiten bei der Erzeugung von Wärme und beim Betrieb von Wärmenetzen

Die Erzeugung von Wärme und Kälte und deren Lieferung an Letztverbraucher in Form von Fernwärme bzw. Fernkälte wird nicht durch das KWKG oder das EnWG erfasst. Die rechtlichen Regelungen dazu sind rudimentär. Gleichwohl kann es für eine Gemeinde interessant sein, ein Fern- bzw. Nahwärmenetz zur Lieferung von Wärme zu betreiben.<sup>121</sup>

Im Folgenden wird deshalb zunächst die Erzeugung von Wärme (ohne die gleichzeitige Erzeugung von Strom, die durch das KWKG erfasst wird) dargestellt (dazu im Folgenden aa)), bevor dann speziell auf die Regelungen zu den Wärme- und Kältenetzen eingegangen wird, die sich wiederum im KWKG finden (dazu bb)). Dabei soll zur Vereinfachung nur von **Wärmeerzeugung und Wärmenetzen** gesprochen werden; dies dürfte in der (kommunalen) Praxis auch der häufigste Anwendungsfall sein.

---

<sup>118</sup> Der Meinungsstand in der Literatur ist diesbezüglich unübersichtlich und z. T. noch durch die ehemals in §110 EnWG a. F. geregelten Objektnetze geprägt, sodass diese Aussagen nur sehr bedingt auf die jetzige Rechtslage übertragbar sind, vgl. nur *Lehnert/Thomas* in: *Altrock/Oschmann/Theobald*, EEG, § 16, Rn. 75.

<sup>119</sup> Für die KWK-Umlage: *Hendrich/Ahnsehl* in: *Gerstner*, Grundzüge des Rechts, Kapitel 6, Rn. 182 ff.

<sup>120</sup> Für das KWKG: *Hendrich/Ahnsehl* in: *Gerstner*, Grundzüge des Rechts, Kapitel 6, Rn. 183.

<sup>121</sup> Beim Betrieb eines eigenen Wärmenetzes liegt die Gefahr einer möglichen Überforderung der Gemeinde weniger nahe als beim Betrieb eines Energieverteilernetzes, vgl. *FNR*, Geschäftsmodelle für Bioenergieprojekte, S. 53.

## aa) Fernwärme, Wärmenetz

### (1) Fernwärme

§ 2 Abs. 2 Nr. 2 EEWärmeG definiert **Fernwärme** als Wärme, „*die in Form von Dampf, heißem Wasser (...) durch ein Wärme-(...)Netz verteilt wird*“.<sup>122</sup> Damit wird jede Form der netzgebundenen Wärmeverteilung unabhängig von Erzeugungsanlage, Abnehmer oder Netz erfasst.<sup>123</sup>

Erfasst soll auch der Begriff der **Nahwärme** sein, also die lokal begrenzte Versorgung mit Wärme, die aber als (juristischer) Begriff nicht mehr verwendet wird.<sup>124</sup> Dies ist auch in der Rechtsprechung anerkannt, wonach ausdrücklich die Nähe der Anlage zum versorgten Gebäude unerheblich ist.<sup>125</sup> Auch die Nahwärme ist damit grundsätzlich von der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme (**AVBFernwärmeVO**) erfasst, die Regelungen für alle Anschluss- und Versorgungsverträge trifft, die von Fernwärmeversorgungsunternehmen als allgemeine Versorgungsbedingungen verwendet werden (vgl. § 1 Abs. 1 AVBFernwärmeV).<sup>126</sup>

Die Wärme wird heute vor allem in **KWK-Anlagen** produziert, die sowohl fossile als auch erneuerbare Energieträger zur Erzeugung verwenden können und dadurch flexibler reagieren können.

### (2) Wärmenetze

Als **Wärmenetze** im Sinne des KWKG kommen grundsätzlich alle Netze für die Versorgung mit Fernwärme in Betracht, soweit sie durch eine KWK-Anlage mit Wärme gespeist werden oder zumindest anteilig Wärme aus

---

<sup>122</sup> Die Definition orientiert sich an Art. 2 UAbs. 2 lit. g der Richtlinie 2009/28/EG, wonach Fernwärme „*die Verteilung thermischer Energie in Form von Dampf, heißem Wasser (...) von einer zentralen Erzeugungsquelle durch ein Netz an mehrere Gebäude oder Anlagen zur Nutzung von Raum- oder Prozesswärme*“ ist.

<sup>123</sup> *Wustlich* in: Danner/Theobald, Energierecht, § 2 EEWärmeG, Rn. 63.

<sup>124</sup> Vgl. *Wustlich* in: Danner/Theobald, Energierecht, § 2 EEWärmeG, Rn. 63. *Wollschläger* in: Danner/Theobald, Energierecht, § 1 AVBFernwärmeV, Rn. 6.

<sup>125</sup> BGH, Urt. v. 25. 10. 1989, VIII ZR 229/88 = BGHZ 109, 118-127: „*Wird aus einer nicht im Eigentum des Gebäudeeigentümers stehenden Heizungsanlage von einem Dritten nach unternehmenswirtschaftlichen Gesichtspunkten eigenständig Wärme produziert und an andere geliefert, so handelt es sich um Fernwärme. Auf die Nähe der Anlage zu dem versorgten Gebäude oder das Vorhandensein eines größeren Leitungsnetzes kommt es nicht an.*“ Bestätigend BGH, Urt. v. 5. 02. 2006, VIII ZR 138/05, juris.de.

<sup>126</sup> Vor dem Hintergrund dieser Verordnung und ihre Anwendung vor allem im mietvertraglichen Kontext ist auch die Aussage des BGH zu verstehen, dass die Heizungsanlage, mit der ein Dritter eigenständig Wärme produziert und an andere liefert, nicht im Eigentum des Gebäudeeigentümer stehen darf; sie hat keine Auswirkungen auf die Definition der Fernwärme oder die Anwendbarkeit der gesetzlichen Regelungen, vgl. *Wollschläger* in: Danner/Theobald, Energierecht, § 1 AVBFernwärmeV, Rn. 7.

KWK-Anlagen transportiert wird.<sup>127</sup> Die in § 3 Abs. 13 KWKG aufgeführte **Definition des Wärmenetzes** enthält im Wesentlichen **vier Voraussetzungen**:

- Es muss sich um eine Einrichtung zur leitungsgebundenen Versorgung mit Wärme handeln,
- die sich mindestens über zwei Grundstücke erstreckt,
- die die Möglichkeit des Anschlusses einer unbestimmten Zahl von Abnehmenden bietet (öffentliches Netz) und
- mindestens einen Abnehmenden versorgt, der nicht gleichzeitig Eigentümer oder Betreiber der in das Wärmenetz einspeisenden KWK-Anlage ist.

Zentral ist, dass auch hier ein **öffentliches Netz** gegeben sein muss. Damit scheiden objektinterne Verteilungsanlagen aus.<sup>128</sup> Bei dem **Merkmal des Grundstücks** kommt es auf die Bezeichnung des Flurstücks im Grundbuch an. Insofern kann z. B. auch ein Industriepark durch ein Wärmenetz versorgt werden, wenn er aus mehreren Grundstücken besteht.<sup>129</sup>

## bb) Förderung der Wärmenetze durch das KWKG

Das KWKG fördert auch den Aus- und Neubau von Wärmenetzen.<sup>130</sup> § 5a KWKG legt dafür bestimmte **Anspruchsvoraussetzungen** fest. Danach haben die Betreiber von Wärmenetzen<sup>131</sup> einen Anspruch auf Zuschlagszahlungen gegenüber dem Netzbetreiber, wenn das von ihnen geplante Vorhaben die Voraussetzungen des § 5a Abs. 1 Nr. 1 bis 3 KWKG erfüllt. Erfasst sind nur Netze, deren Neu- oder Ausbau ab dem 1. Januar 2009 begonnen wurde und die bis spätestens 31. Dezember 2020 in Betrieb genommen werden (§ 5a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KWKG).

Die in das Wärmenetz eingespeiste Wärme muss unter anderem<sup>132</sup> überwiegend<sup>133</sup> aus KWK-Anlagen, die dem Anwendungsbereich des § 2 KWKG unterliegen,

---

<sup>127</sup> *Jacobshagen/Kachel* in: Danner/Theobald, Energierecht, § 3 KWKG, Rn. 48.

<sup>128</sup> *Topp* in: Säcker, Energierecht, § 3 KWKG, Rn. 98.

<sup>129</sup> *Jacobshagen/Kachel* in: Danner/Theobald, Energierecht, § 3 KWKG, Rn. 48.

<sup>130</sup> Dies gilt auch für Kältenetze, vgl. nur § 5a Abs. 5 KWKG. Im Folgenden soll nur von Wärmenetzen gesprochen werden.

<sup>131</sup> Nach § 3 Abs. 14 Satz 1 KWKG sind **Wärmenetzbetreiber** im Sinne des KWKG diejenigen, die Wärme über das Wärmenetz verteilen und verantwortlich sind für den Betrieb, die Wartung und den Ausbau des Wärmenetzes. Satz 2 regelt, dass die Betreibereigenschaft nicht das Eigentum an dem Wärmenetz voraussetzt.

<sup>132</sup> Vgl. für sämtliche Voraussetzungen § 5a Abs. 1 Satz 1 KWKG.



stammen. Unter **Wärme aus KWK-Anlagen** ist die aus einem KWK-Prozess ausgekoppelte Nutzwärme zu verstehen (§ 3 Abs. 1 i. V. m. Abs. 6 KWKG); hiervon abzugrenzen sind ungekoppelt erzeugte Wärmemengen.<sup>134</sup> Nach § 5a Abs. 1 Satz 2 KWKG ist **industrielle Abwärme** als Wärme aus KWK-Anlagen anzusehen, wenn sie ohne zusätzlichen Brennstoffeinsatz bereitgestellt wird. Einer Förderfähigkeit des Wärmenetzes steht nicht entgegen, wenn die in das Wärmenetz einspeisenden KWK-Anlagen nicht nach dem KWKG gefördert werden.<sup>135</sup>

Die Berechnung der **Höhe des Wärmenetzzuschlags** richtet sich nach § 7a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 2 KWKG. Während sich die Höhe des Anspruchs auf Förderung für Betreiber von KWK-Anlagen anhand der während des Förderzeitraums erzeugten KWK-Strommenge bemisst, erfolgt die **Förderung** für den Neu- und Ausbau von Wärmenetzen hingegen **projektbezogen**, § 7a Abs. 1 Satz 3 KWKG.

### 2.2.3 Zwischenfazit

Gemeinden können im Energiesektor in den energiewirtschaftlichen Bereichen Erzeugung, Vertrieb und Netzbetrieb tätig werden. Betreiben sie ein Netz und sind zugleich im Bereich Erzeugung oder Vertrieb tätig, sind sie als **integriertes Energieversorgungsunternehmen** zu qualifizieren, was eine Reihe von Pflichten – insbes. Entflechtung – nach sich zieht.

Für Kommunen bzw. kommunale Unternehmen bzw. Einrichtungen, die auf lokaler Ebene in überschaubarem Rahmen Strom erzeugen und liefern wollen, kann es deshalb von Interesse sein, die Errichtung eines **Kundenanlage** oder eines **geschlossenen Verteilernetzes** zu erwägen. Der Betreiber einer Kundenanlage ist nicht als Energieversorgungsunternehmen zu qualifizieren, was zu zahlreichen Erleichterungen insbesondere mit Blick auf die Regulierungsvorgaben für das Unternehmen und den Netzbetrieb führt. Im zweiten Falle kann die Gemeinde bzw. das kommunale Unternehmen von verschiedenen Pflichten als Energieversorgungsunternehmen freigestellt werden, was ebenfalls zu einer wichtigen Entlastung – gerade in kleineren Gemeinden – führen kann.

Daneben kann für Gemeinden die dezentrale Versorgung im Rahmen des **Eigenverbrauchs** und der **Direktlieferung** von Strom aus erneuerbaren Quellen, die vom EEG erfasst werden, von Interesse sein. Werden die jeweiligen Voraussetzungen beachtet, können beide Betätigungsformen zu zahlreichen Erleichterungen und finanziellen Vorteilen führen. Erzeugt die Gemeinde Strom

---

<sup>133</sup> „Überwiegend“ ist **absolut** zu verstehen. D. h. es muss mehr Wärme aus KWK-Anlagen sowie aus industrieller Abwärme in das neue oder ausgebaute Netz eingespeist werden, als aus allen anderen Wärmequellen zusammengekommen, vgl. *Jacobshagen/Kachel* in: Danner/Theobald, Energierecht, § 5a KWKG, Rn. 16.

<sup>134</sup> *BABA*, Merkblatt für Wärme- und Kältenetze, S. 6.

<sup>135</sup> *Jacobshagen/Kachel* in: Danner/Theobald, Energierecht, § 5a KWKG, Rn. 14 mit Verweis auf § 2 Satz 2 KWKG. Der erforderlichen Einspeisequote können auch Wärmemengen zugerechnet werden, die aus KWK-Anlagen stammen, die z. B. nach dem EEG gefördert werden. Einzig entscheidend ist, dass es sich um eine **KWK-Anlage im Anwendungsbereich des KWKG** gem. § 2 KWKG handelt.

aus erneuerbaren Quellen selbst, kann sie grundsätzlich in den Genuss einer **Einspeisevergütung** kommen, sofern die Voraussetzungen des EEG erfüllt sind. Alternativ dazu ist nach derzeitiger Rechtslage die **Direktvermarktung** des selbst erzeugten Stroms möglich.

Schließlich sind auch die Erzeugung und die Verwertung von **Strom aus Kraft-Wärme-Kopplung** nach dem KWKG grundsätzlich förderfähig; dies gilt insbesondere auch für die Eigenversorgung, die auch die Belieferung Dritter umfasst. In diesem Zusammenhang wird auch der Neu- und Ausbau von **Wärmenetzen** (Fernwärme) unter bestimmten Voraussetzungen gefördert.

## 2.3 Besonderheiten in der Kommunalverfassung Mecklenburg-Vorpommerns bei der wirtschaftlichen Betätigung im Energiebereich

Die jeweils geplante energiewirtschaftsrechtliche Tätigkeit (Erzeugung, Vertrieb, Netzbetrieb) wirkt sich auf die Wahl der kommunalrechtlichen Organisationsform (Unternehmen oder Einrichtung) aus.

Soweit sich nämlich die Gemeinde auf den Bereich der **Energieerzeugung** beschränkt, kann dies als privilegierte Tätigkeit in Form einer **Einrichtung** nach § 68 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 KV erfolgen. Im Unterschied zur Gründung eines Unternehmens muss die Gemeinde bei einer solchen Einrichtung nur nachweisen, dass die Einrichtung in einem angemessenen Verhältnis zu ihrer Leistungsfähigkeit (nicht aber zum voraussichtlichen Bedarf) steht.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass diese Privilegierung zum Teil wieder zurückgenommen wird: Zum einen muss mit dem Kriterien des angemessenen Verhältnisses der Einrichtung zur **Leistungsfähigkeit** der Gemeinde eine Voraussetzung erfüllt werden, die grundsätzlich die wirtschaftliche Tätigkeit in Form von Unternehmen beschränken soll.

Zum anderen werden zusätzliche Anforderungen an eine **privatrechtlich** (in Form einer privatrechtlichen Gesellschaft, siehe dazu unten C.III.3.1.2c) organisierte Einrichtung nach § 69 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KV gestellt: Hier muss das wichtige Interesse der Gemeinde an der Privatrechtsform nachgewiesen werden und eine umfassende Abwägung der Vor- und Nachteile ergeben, dass die privatrechtliche der öffentlich-rechtlichen Organisationsform überlegen ist.

Soweit die wirtschaftliche Betätigung die übrigen Bereiche der **Energieversorgung** erfasst, müssen die Anforderungen der **Schrankentrias des § 68 Abs. 2 KV** erfüllt werden. Die wirtschaftliche Betätigung erfolgt in diesem Fall nicht im Rahmen einer Einrichtung, sondern im Rahmen eines Unternehmens (zu den konkreten gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltungsmöglichkeiten vgl. C.III.3). Hierzu muss die Gemeinde nicht nur ihre Leistungsfähigkeit überprüfen, sondern darüber hinaus auch den konkreten Bedarf für ihre Tätigkeit im Bereich der Energieversorgung sowie ihre Geeignetheit zur wirtschaftlichen Tätigkeit im Vergleich zu privaten Dritten darlegen.

### 3. Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit in § 68 KV

Die wirtschaftliche Betätigung einer Gemeinde (im Energiebereich) ist nur zulässig, wenn das Vorhaben nach Art und Umfang in einem **angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit** der Gemeinde steht: Für eine Betätigung in Form von *Unternehmen* gilt dies gem. § 68 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 KV generell. Speziell für kommunale *Einrichtungen* zur Erzeugung von Energie, insbesondere erneuerbarer Art, verlangt § 68 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 KV, dass auch diese in einem angemessenen Verhältnis zu Leistungsfähigkeit der Gemeinde stehen – es wird also ein Kriterium aus der Schrankentrias für Unternehmen übernommen.

Bei Einrichtungen zur ausschließlichen Deckung des Eigenbedarfs der Gemeinde, die ebenfalls im Energiebereich Bedeutung erlangen können, ist das Kriterium verzichtbar (dazu 3.1). Die Kriterien zur Bestimmung des angemessenen Verhältnisses zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde richten sich nach haushaltsrechtlichen Grundsätzen (dazu 3.2), wobei vorliegend wiederum einige Besonderheiten des Energiebereichs näher beleuchtet werden sollen (dazu 3.3).

#### 3.1 Verzichtbarkeit des Kriteriums der Leistungsfähigkeit bei Einrichtungen, die ausschließlich zur Deckung des Eigenbedarfs der Gemeinde dienen (§ 68 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3)

§ 68 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KV bestimmt, dass als Einrichtungen der Gemeinde auch „*Einrichtungen, die ausschließlich zur Deckung des Eigenbedarfs der Gemeinde dienen*“, geführt werden dürfen. Solche Einrichtungen sind dann gegenüber Unternehmen in den Voraussetzungen entsprechend privilegiert.

##### 3.1.1 Eigenbedarfsdeckung und Eigenverbrauch von EEG-Strom

Eigenbedarfsdeckung liegt vor, wenn die Tätigkeit nur für interne Zwecke erfolgt, also keine Lieferungen oder Leistungen für Dritte erbracht werden.<sup>136</sup> Sinn und Zweck der Regelung ist, dass die – privilegierten – Einrichtungen von der Gemeinde auch ohne Vorliegen der Voraussetzungen für Unternehmen (§ 68 Abs. 2 KV) betrieben werden können, um eine möglichst kostengünstige, unabhängige und flexible Deckung des Bedarfs der Gemeinde zu ermöglichen.<sup>137</sup>

Im Bereich der Energieversorgung erfasst der Begriff des Eigenbedarfs auch den **Eigenverbrauch** von selbst erzeugtem Strom, der insbesondere bei Strom aus erneuerbaren Quellen oder Kraft-Wärme-Kopplung von Bedeutung ist. Dies wird in der Regel durch einen **kommunalen Eigenbetrieb** der Gemeinde geschehen. Voraussetzung für eine Qualifikation als Eigenverbrauch nach EEG ist nämlich nach den oben genannten Voraussetzungen (C.II.2.2.2b)aa)(2)(b)),<sup>138</sup> dass Betreiber der Erzeugungsanlage und Verbraucher ein und diesel-

<sup>136</sup> Hennecke in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, A 23.

<sup>137</sup> Katz in: Kunze/Bronner/Katz, GO BW, § 102, Rn. 69.

<sup>138</sup> Im vorliegenden Zusammenhang wird nur auf den Eigenverbrauch nach EEG abgestellt, auch wenn die Eigenversorgung auch im KWKG vorgesehen ist, weil die Kriterien des Eigenverbrauchs oben anhand des EEG dargestellt wurden.

be Person sind. Dies wird nur beim Eigenbetrieb, der Teil der Verwaltung ist (siehe dazu unten C.III.3.3.1a)), der Fall sein. Alle anderen Organisationsformen, denen sich die Gemeinde bedienen kann, sind als eigenständige (juristische) Person zu werten, was Eigenverbrauch nach EEG ausschließt.

### 3.1.2 Ausschließliche Deckung des Eigenbedarfs der Gemeinde

Die Einrichtung muss ausschließlich der Deckung des Eigenbedarfs der Gemeinde dienen. Nach dem Wortlaut setzt dies voraus, dass die von der betroffenen Einrichtung zu erbringenden Leistungen einzig zur Eigenbedarfsdeckung verwendet werden, also keinerlei anderweite Verwendung (z. B. Fremdbedarfsdeckung) vorliegt.

Dies bedeutet, dass eine Einrichtung nach § 68 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KV im Energiebereich nur Energie für die Gemeinde selbst erzeugen darf, jedoch **keinen Strom an Dritte** weitergeben könnte. Ein kommunaler Eigenbetrieb, der nicht nur Gemeindeeinrichtungen mit Strom versorgen soll, sondern diesen auch Einwohnern zur Verfügung stellt, kann demnach nicht in Form einer Einrichtung nach § 68 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KV betrieben werden.

Für ein solches Verständnis spricht, dass § 68 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KV offenbar bewusst den Begriff „*ausschließlich*“ verwendet<sup>139</sup> – was sich nicht zuletzt darin zeigt, dass der Gesetzgeber in der gleichen Norm **differenzierte Begrifflichkeiten** verwendet hat und beispielsweise mit dem Begriff „*ganz überwiegend*“ in § 68 Abs. 2 Satz 2 KV eine Abstufung vornimmt.

Außerdem ist § 68 Abs. 3 KV als Norm, die systematisch als Ausnahme verstanden werden muss, **eng auszulegen**. Die dort abschließend genannten Einrichtungen sollen im Gegensatz zu den Unternehmen nach § 68 Abs. 2 KV privilegiert werden. Kommunale Unternehmen müssen auch zum Schutz des Wettbewerbs und des Marktprinzips die Schrankentrias beachten.<sup>140</sup> Beliefert die Gemeinde Dritte mit Strom, nimmt sie am Wettbewerb im Bereich der Energieversorgung teil, sodass eine Privilegierung in Form der Freistellung von der Schrankentrias nicht mehr gerechtfertigt ist.

Vereinzelte wird vertreten, dass die Deckung des Eigenbedarfs an Strom durch eine eigene Einrichtung nur zu einem **weit überwiegenden Teil ausreicht** und daher die Einspeisung von überschüssig produziertem Strom unschädlich sein soll. Begründet wird dies damit, dass ansonsten eine Gewinnerzielung und eine Amortisation der Anlage nicht möglich wäre.<sup>141</sup> Dagegen spricht, dass eine Gewinnerzielung durch den Vertrieb des überschüssig produzierten Stroms durchaus möglich ist – nur nicht in Form einer Einrichtung nach § 68 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KV. Zum anderen bietet eine Erzeugungsanlage, deren Strom allein zum Eigenverbrauch verwendet wird, durchaus wirtschaftliche Anreize: Unter den derzeit herrschenden Bedingungen kann davon ausgegangen werden, dass u. a. aufgrund der Absenkung der Vergütungssätze durch Änderungen des EEG die

---

<sup>139</sup> Der Begriff „*ausschließlich*“ fehlt z. B. in § 121 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 HessGO.

<sup>140</sup> Vgl. Blum u. a., NGO, § 108 NGO, Rn. 1.

<sup>141</sup> *Dazert/Mahlberg*, NVwZ 2004, 158, 159.

Stromerzeugungskosten insbesondere aus PV-Anlagen die durchschnittlichen Haushaltsstrompreise deutlich unterschreiten.<sup>142</sup> Auch liegt die Ersparnis durch Eigenverbrauch mittlerweile deutlich höher als die Verdienstmöglichkeit durch die feste Einspeisevergütung.<sup>143</sup>

### 3.1.3 Zwischenfazit

Im Rahmen des Eigenverbrauchs von Strom aus erneuerbaren Quellen (EEG) kann eine Gemeinde in einem Eigenbetrieb Strom selbst erzeugen und damit gemeindliche Einrichtungen versorgen. Sie fällt dann unter die Privilegierung des § 68 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KV, sofern sie diesen Strom ausschließlich zur Deckung des eigenen Bedarfs verwendet. Die Kommune muss keine weiteren kommunalrechtlichen Anforderungen – insbesondere nicht das Kriterium des angemessenen Verhältnisses zur Leistungsfähigkeit – beachten.

### 3.2 Kriterien zur Bestimmung des angemessenen Verhältnisses des Unternehmens bzw. der Einrichtung zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde

Ziel des Erfordernisses der Leistungsfähigkeit ist es, Kommunen vor einer Überforderung ihrer Verwaltungs- oder Finanzkraft infolge wirtschaftlicher Betätigung zu bewahren. Hierdurch soll verhindert werden, dass die Erfüllung sonstiger Aufgaben beeinträchtigt oder gefährdet wird. Die Kommune darf keine Unternehmen betreiben, die ihre personellen, sachlichen und finanziellen Kräfte übersteigen.<sup>144</sup>

Der Begriff der Leistungsfähigkeit wird inhaltlich durch die **Haushaltsgrundsätze** geprägt; diese werden praktisch in die Kriterien zur Beurteilung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Kommune transformiert (dazu im Folgenden C.II.3.2.1c)).

Soweit die ermittelte Leistungsfähigkeit generell eine wirtschaftliche Betätigung zulässt, muss diese ins Verhältnis zu Art und Umfang der geplanten Unternehmung gesetzt werden, wobei hier insbesondere die **Risikoprognose** eine wichtige Rolle spielt (dazu C.II.3.2.2b)).

#### 3.2.1 Bestimmung der Leistungsfähigkeit der Kommune

Ausgangspunkt für die Bestimmung der Leistungsfähigkeit sind die Grundsätze des kommunalen Haushaltsrechts (dazu im Folgenden a)). Zur Konkretisierung kann auf die Kriterien des Innenministeriums Mecklenburg-Vorpommern zur Beurteilung der dauerhaften Leistungsfähigkeit einer Kommune zurückgegriffen werden, wobei hier insbesondere die Begriffe der Finanz- und Verwaltungskraft eine entscheidende Rolle spielen (dazu im Folgenden b)). Diese Grundsätze sind dann in den Bereich der wirtschaftlichen Betätigung zu übertragen (dazu c))

---

<sup>142</sup> Für den Bereich der Photovoltaik ist damit die so genannte Netzparität erreicht, BT-Drs. 17/8877, S. 2. Dazu auch Gleiss Lutz, Rechtsfragen des Eigenverbrauchs und des Direktverbrauchs, S. 4.

<sup>143</sup> So bekommt ein Anlagenbetreiber für eine kleine PV-Anlage (<10 kWp), die im April 2013 in Betrieb gegangen ist, nur noch eine feste Vergütung von 15,92 ct/kWh für den eingespeisten Strom, während der Haushaltsstrom zum Teil schon über 28 ct/kWh kostet; vgl. *Schneidewindt*, ER 2/13, 53, 57.

<sup>144</sup> *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, Rn. 728.

## a) Haushaltsgrundsätze

Die Leistungsfähigkeit einer Gemeinde wird als Ausprägung allgemeiner hauswirtschaftlicher Grundsätze – vor allem des Grundsatzes der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit – angesehen.<sup>145</sup> Die Grundlagen der allgemeinen Haushaltswirtschaft sind in der KV (insb. § 43 KV), dem Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG) und dem Stabilitätsgesetz (StabG) festgelegt. Diese fordern von den Kommunen, ihre Haushaltswirtschaft so zu führen, dass Aufgabenerfüllung und Leistungsfähigkeit sichergestellt sind.<sup>146</sup>

§ 43 Abs. 1 KV verpflichtet die Kommune etwa „[...] ihre Haushaltswirtschaft so zu planen und zu führen, dass die stetige Erfüllung ihrer Aufgaben unter Beachtung der Generationengerechtigkeit nachhaltig gesichert ist [...]“. Ebenfalls enthält § 43 KV das Gebot der „**Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit durch eine angemessene Liquiditätsplanung**“ (Abs. 2), das „**Verbot der Überschuldung**“ (Abs. 3) sowie die Aufstellung des Haushaltsplans nach den „**Grundsätzen der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit**“ (Abs. 4, § 6 Abs. 1 HGrG). Daraus ergeben sich bereits wesentliche Kriterien, die auch für eine wirtschaftliche Betätigung von Bedeutung sind.

### aa) Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit

Ausgangspunkt und zentrales Element der Haushaltsgrundsätze ist das Gebot der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit.<sup>147</sup>

Während dem **Gebot der Sparsamkeit** in der Regel wenig eigenständige Bedeutung beigemessen wird,<sup>148</sup> beschreibt das **Gebot der Wirtschaftlichkeit** das Verhältnis von Investition und Ergebnis: Entweder wird mit einer festgelegten Investitionssumme das bestmögliche Ergebnis erzielt (**Maximalprinzip**) oder ein festgelegtes Ergebnis wird mit geringstmöglichem Investitionsaufwand erreicht (**Minimalprinzip**).<sup>149</sup> Von der Kommune muss daher eine **Kosten-Nutzen-Relation** aufgestellt werden, um die effizienteste Variante von Investition und erzielbarem Ergebnis herauszufiltern.<sup>150</sup> Hierbei kommt einer kritischen **Bedarfsprüfung** große

<sup>145</sup> Schulz in: Schulz/Wachsmuth/Zwick, Kommunalverfassungsrecht Bayern, Art. 87 BayGO, S.16. Auch Lübking/Beck, GO LSA, § 116, Rn. 17.

<sup>146</sup> Diese allgemeinen Anforderungen finden sich in den Gemeindeordnungen bzw. Kommunalverfassungen aller Länder, sodass bezüglich der konkreten Elemente auch darauf zurückgegriffen werden kann.

<sup>147</sup> Geis/Madeja, Kommunales Wirtschafts- und Finanzrecht – Teil II, JA 2013, 321, 323.

<sup>148</sup> Vgl. von Lewinski/Burbar, HGrG, § 6 HGrG, Rn.8, m. w. N.

<sup>149</sup> Von Lewinski/Burbar, HGrG, § 6, Rn. 4.

<sup>150</sup> Geis/Madeja, Kommunales Wirtschafts- und Finanzrecht – Teil II, JA 2013, 321, 323.

Bedeutung zu.<sup>151</sup> Diese ist für den Fall der wirtschaftlichen Betätigung in der Form eines Unternehmens im Rahmen von § 68 Abs. 2 Nr. 2 KV ausdrücklich normiert.

Das im Rahmen der Kosten-Nutzen-Analyse zu bewertende erzielbare **Ergebnis** wird zumeist nicht im Sinne von Gewinn oder Rendite, sondern im Sinne eines sozialen Nutzens verstanden, es kommt daher auf den verfolgten Gemeinwohlzweck an.<sup>152</sup>

Wegen der dabei notwendigerweise zu treffenden **Prognoseentscheidung** wird der Kommune ein Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum eingeräumt,<sup>153</sup> der durch die Rechtsaufsichtsbehörde lediglich dahingehend überprüft wird, ob alle wesentlichen Faktoren mit der nötigen Sorgfalt berücksichtigt wurden und die Entscheidung nachvollziehbar und vertretbar ist.<sup>154</sup>

## bb) Sicherstellung der Aufgabenerfüllung

Generell darf eine Kommune nur in einem solchen Umfang Aufgaben übernehmen, wie sie deren finanzielle Folgen dauerhaft verkraftet. Sie muss ihre Zahlungsfähigkeit dauerhaft sicherstellen, um auch in Zukunft ihre Aufgaben erfüllen zu können; dabei haben **Pflichtaufgaben Vorrang** vor freiwilligen Leistungen,<sup>155</sup> andere Aufgaben – wie etwa eine wirtschaftliche Betätigung – sind also im Zweifel zurückzustellen. Eine stetige Aufgabenerfüllung ist nur dann gesichert, wenn der Haushaltsausgleich längerfristig gewährleistet ist.<sup>156</sup>

Die Sicherung der dauerhaften Aufgabenerfüllung erfordert eine möglichst vorausschauende Planung und Einschätzung der zu erwartenden Entwicklung.<sup>157</sup> Dabei müssen nicht nur einmalige Herstellungskosten eines Vorhabens, sondern auch **Folgekosten** berücksichtigt werden. Bei der Entscheidung über das Ob einer wirtschaftlichen Betätigung müssen also nicht nur einmalige Investitionen zur Einrichtung des Betriebes, sondern auch später erforderlich werdende finanzielle Leistungen, Kosten der Instandhaltung oder Rücklagen berücksichtigt werden.

## cc) Haushaltsausgleich und Verbot der Überschuldung

Die Gemeinde darf sich nicht überschulden (§ 43 Abs. 3 Satz 1 KV); sie hat ihren Haushalt in jedem Haushaltsjahr auszugleichen (§ 43 Abs. 6 KV). Diese Grundsät-

---

<sup>151</sup> Schmid in: Quecke u.a., SächsGO, § 72, Rn. 89.

<sup>152</sup> Katz in: Kunze/Bronner/Katz, GO BW, § 77, Rn. 40.

<sup>153</sup> Katz in: Kunze/Bronner/Katz, GO BW, § 77, Rn. 48.

<sup>154</sup> Katz in: Kunze/Bronner/Katz, GO BW, § 77, Rn. 48.

<sup>155</sup> Geis/Madeja, Kommunales Wirtschafts- und Finanzrecht – Teil II, JA 2013, 321, 323.

<sup>156</sup> Schmid in: Quecke u.a., SächsGO, § 72, Rn. 65, 67.

<sup>157</sup> Deiters in: Darsow u.a., KV M-V, § 43 KV, Rn. 3.

ze zählen zu den wichtigsten Rechtsgrundsätzen des kommunalen Haushaltsrechts und entfalten auch Bedeutung für eine mögliche wirtschaftliche Betätigung.<sup>158</sup>

Ausgeglichen ist ein Haushalt, wenn der Gesamtbetrag der ordentlichen Erträge die Höhe des Gesamtbetrages der ordentlichen Aufwendungen unter Berücksichtigung der Fehlbeträge aus Vorjahren erreicht oder übersteigt.<sup>159</sup> **Überschuldet** ist eine Kommune demnach, wenn nach der Haushaltsplanung das Eigenkapital im Haushaltsjahr aufgebraucht wird oder in der Bilanz ein „*nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag*“ auszuweisen ist.<sup>160</sup>

Um einen solchen Zustand zu vermeiden, ist bereits dann, wenn ein Haushaltsausgleich trotz Ausnutzung aller Sparmöglichkeiten sowie Ausschöpfung aller Ertrags- und Einzahlungsmöglichkeiten nicht erreicht werden kann, ein **Haushaltssicherungskonzept** nach § 43 Abs. 7 KV aufzustellen.<sup>161</sup> In diesem muss die Kommune – gegebenenfalls unterstützt durch die Rechtsaufsichtsbehörde – darlegen, wie sie ihren Haushalt sanieren und sich langfristig entschulden will. Ausgaben sind auf ein absolutes Minimum zu beschränken.

## b) Kriterien zur Bestimmung der Leistungsfähigkeit

Ob eine Kommune leistungsfähig ist, muss im Vorfeld der wirtschaftlichen Betätigung durch die Kommune selbst geprüft werden. Bei dem Begriff der Leistungsfähigkeit handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff mit Beurteilungsspielraum (ausführlich zu den Auswirkungen C.I.1).<sup>162</sup> Das Innenministerium Mecklenburg-Vorpommerns hat Kriterien zur Beurteilung und Konkretisierung der Leistungsfähigkeit aufgestellt.<sup>163</sup> Hieran orientiert sich auch die Überprüfung durch die Rechtsaufsichtsbehörden. Entscheidend sind dabei im Wesentlichen zwei Merkmale:

- Anhand der **finanziellen Kriterien** wird entschieden, ob die Kommune finanzielle Belastungen, die unmittelbar oder mittelbar aus der wirtschaftlichen Betätigung resultieren, tragen kann (hierzu im Folgenden aa)).
- Mit den **personalwirtschaftlichen Kriterien** wird beurteilt, ob die Kommune auch über die notwendige Verwaltungskraft verfügt, um den Anforderungen der KV gerecht zu werden (dazu bb)).

<sup>158</sup> Rohland in: Muth, Potsdamer Kommentar, Vorbem. § 63-85 BbgKVerf, Rn. 18.

<sup>159</sup> Rohland in: Muth, Potsdamer Kommentar, Vorbem. § 63-85 BbgKVerf, Rn. 19.

<sup>160</sup> Mühlbauer/Stanglmayr/Zwick in: Schulz/Wachsmuth/Zwick, Kommunalverfassungsrecht Bayern, Art. 61 BayGO, S. 3.

<sup>161</sup> RE M-V zur Leistungsfähigkeit, S. 14.

<sup>162</sup> Gern, Deutsches Kommunalrecht, 3. Auflage, Rn. 728.

<sup>163</sup> RE M-V zur Leistungsfähigkeit.



Kurz: Eine geplante wirtschaftliche Betätigung darf den kommunalen Haushalt nicht übermäßig belasten oder die Kommune **überfordern**.<sup>164</sup> Die Kommune muss über die notwendige **Finanzkraft** und die notwendige **Verwaltungskraft** verfügen.

aa) Finanzielle Kriterien (Finanzkraft)

Das Land Mecklenburg-Vorpommern hat ein System entwickelt, wonach den kreisangehörigen Gemeinden und den Rechtsaufsichtsbehörden die Bewertung der dauernden Leistungsfähigkeit der Kommunen erleichtert werden soll.

Mit dem System **RUBIKON** („Rechnerunterstütztes Haushaltsbewertungs- und Informationssystem der Kommunen“) werden vorab definierte Kriterien für jede Gemeinde individuell bewertet und das von der Gemeinde hierbei erzielte Ergebnis in Punkten ausgedrückt. In Abhängigkeit von der Gesamtpunktzahl, die sich aus den Punkten für die jeweiligen Kriterien ergibt, erfolgt eine Einordnung der Kommune in die Leistungsgruppen „gesicherte dauernde Leistungsfähigkeit“, „eingeschränkte dauernde Leistungsfähigkeit“, „gefährdete dauernde Leistungsfähigkeit“, „Wegfall der dauernden Leistungsfähigkeit“.<sup>165</sup> Die Einstufung in die jeweilige Kategorie erfolgt landeseinheitlich aufgrund übermittelter Daten durch das Innenministerium.

Folgende Kriterien werden zur Beurteilung der Leistungsfähigkeit der Kommunen herangezogen:<sup>166</sup>

- Gesicherter Haushaltsausgleich bzw. struktureller Haushaltsfehlbedarf.
- Haushaltsausgleich bzw. Haushaltsfehlbeträge in Vorjahren.
- Stetiger Haushaltsausgleich bzw. mittelfristig neue strukturelle Haushaltsfehlbedarfe in der Finanzplanung.
- Haushaltsausgleich am Ende des Finanzplanungszeitraumes.
- Qualität des Haushaltssicherungskonzepts.
- Freier Finanzspielraum / Nettoinvestitionsmittel.
- Zuführung von Haushaltsmitteln des Vermögenshaushalts an den Verwaltungshaushalt.<sup>167</sup>

---

<sup>164</sup> Schröder u.a., PdK M-V, § 68, Rn. 4.

<sup>165</sup> Aus Gründen der Übersichtlichkeit und Lesbarkeit soll hier nicht vertieft auf die genaue Einordnung in die Leistungsgruppen eingegangen werden. Insoweit wird auf den Inhalt des RE M-V zur Leistungsfähigkeit verwiesen.

<sup>166</sup> Hinsichtlich der näheren Definition der einzelnen Kriterien wird auf den RE M-V zur Leistungsfähigkeit verwiesen, dort insbesondere Anlage 1.

- Mindestbestand und Bestand der allgemeinen Rücklage.
- Festgesetzter / genehmigter Höchstbetrag der Kassenkredite.
- Bürgschaften, Gewährverträge und Rechtsgeschäfte mit wirtschaftlich vergleichbaren Auswirkungen.
- Kreditaufnahmen (Verschuldung) des Kernhaushaltes.
- Fiktive Restlaufzeit der aufgenommenen Kredite.
- Schulden aus kreditähnlichen Rechtsgeschäften.
- Zuschüsse an Eigenbetriebe, Umlagen an Zweckverbände.
- Zuschüsse an kommunale Unternehmen in Privatrechtsform.
- Latente Risiken.

Für die Möglichkeiten einer wirtschaftlichen Betätigung von Kommunen ist diese Einstufung von erheblicher Bedeutung. Zwar liegt der Fokus des Innenministeriums Mecklenburg-Vorpommern auf der Erhaltung bzw. Wiederherstellung der Übereinstimmung kommunaler Haushalte mit dem Haushaltsgrundsätzen, die Maßnahmen haben also in erster Linie die **Haushaltssanierung** zum Ziel. Gleichwohl ist der Begriff der Leistungsfähigkeit im Rahmen der wirtschaftlichen Betätigung der gleiche, sodass eine Übertragbarkeit möglich ist.

#### bb) Personalwirtschaftliche Kriterien (Verwaltungskraft)

Personalwirtschaftliche Kriterien werden mit Blick auf die wirtschaftliche Betätigung in § 75a KV konkretisiert. Die Norm verlangt ein **Beteiligungsmanagement** und macht damit Vorgaben für die Verwaltungskraft der Kommune.

Nach § 75a KV sind Unternehmen und Einrichtungen durch die Kommune entsprechend der öffentlichen Zielsetzung zu koordinieren und zu überwachen. Hiermit will der Gesetzgeber sicherstellen, dass die für die wirtschaftliche Betätigung erforderliche Verfolgung eines öffentlichen Zwecks erhalten bleibt. Denn insbesondere bei privatwirtschaftlich organisierten Unternehmen und Einrichtungen besteht aufgrund der Wettbewerbssituation die Tendenz, die Gewinnmaximierung in den Vordergrund zu stellen.<sup>168</sup>

---

<sup>167</sup> Mit der Ablösung der kameralistischen Haushaltsführung durch die Einführung der Doppik im Rahmen der GemHVO-Doppik dürfte sich die Verwendung der Begriffe „*Vermögenshaushalt*“ und „*Verwaltungshaushalt*“ überholt haben. Entsprechend modifiziert dürfte dieses Kriterium jedoch inhaltlich gleichwohl beachtlich sein.

<sup>168</sup> *Wefelmeier* in: Blum u.a., NGO, § 114a NGO, Rn. 3.

Als **Rechtspflicht** der Kommune kann die ordnungsgemäße Kontrolle und Steuerung der kommunalen Beteiligungen auch von der Rechtsaufsichtsbehörde eingefordert werden.<sup>169</sup> Grundsätzlich hat die Kommune eine **Einschätzungsprärogative**, wie sie das Beteiligungsmanagement konkret ausgestaltet. Dieses wird allerdings durch § 75a KV eingeschränkt, der insoweit

*„die Wahrnehmung einer Beteiligungsverwaltung, die Errichtung eines Beteiligungscontrollings, die Beratung und Betreuung von Vertreterinnen und Vertretern der Gemeinde in Unternehmen und Einrichtungen, die Koordination der Wahrnehmung gemeindlicher Interessen in den Organen der Unternehmen und Einrichtungen, die Koordination der Wirtschaftsplanung der Unternehmen und Einrichtungen mit der Haushaltsplanung“*

verlangt.

Die Gemeinde muss sicherstellen, dass **personelle Kapazitäten** zur sachgerechten Wahrnehmung dieses Beteiligungsmanagements bestehen. Es müssen daher die erforderlichen Strukturen innerhalb der Verwaltung gegeben sein, diese muss personell entsprechend ausgestattet sein und die zuständigen Verwaltungsmitarbeiter müssen qualifiziert sein. In der Regel erfordert dies betriebswirtschaftlichen Sachverstand.<sup>170</sup>

Grundlage für das Beteiligungsmanagement ist das **Beteiligungscontrolling**, das alle für die Steuerung der Beteiligungen erforderlichen Informationen einholen und auswerten muss. Hierzu gehören auch die Überwachung und Analyse von Zwischen- und Jahresabschlüssen, die Überprüfung der Zielerreichung, Abweichungsanalysen, Kennzahlenauswertung, Marktanalysen und die Erarbeitung von Entscheidungsvorschlägen für die Vertreter.<sup>171</sup> **Im Bereich der erneuerbaren Energien** geht das Innenministerium angesichts einer möglichen Vielzahl von Projekten von einem **besonderen Personalaufwand** aus.<sup>172</sup>

c) Übertragung auf die wirtschaftlichen Betätigung

Dieser Grundsatz kann in die Vorschriften der KV zur wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde übertragen werden. Unternehmen generell (§ 68 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 KV) und Einrichtungen zur Erzeugung von Energie, insbesondere erneuerbarer Art (§ 68 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 KV), müssen nach Art und Umfang in einem **angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit** der Gemeinde stehen.

---

<sup>169</sup> Wefelmeier in: Blum u.a., NGO, § 114a NGO, Rn. 5.

<sup>170</sup> Wefelmeier in: Blum u.a., NGO, § 114a NGO, Rn. 6.

<sup>171</sup> Wefelmeier in: Blum u.a., NGO, § 114a NGO, Rn. 13.

<sup>172</sup> RS M-V Erneuerbare Energien, S. 6 f.

Nach Ansicht des Innenministeriums hat das Erfordernis des angemessenen Verhältnisses des Unternehmens/der Einrichtung zur Leistungsfähigkeit der Kommune zur Folge, „*dass die Kommune aufgrund ihrer jeweiligen Haushaltssituation in der Lage sein muss, die mit der wirtschaftlichen Betätigung einhergehenden unternehmerischen Risiken zu tragen.*“<sup>173</sup> **Unternehmerische Risiken** sind in diesem Zusammenhang in erster Linie als finanzielle Risiken zu verstehen.

Den Bezug zwischen Leistungsfähigkeit und Risiken stellt auch §§ 69 Abs. 1 Nr. 5 und 6 KV her: Der Landesgesetzgeber sieht ein **Risikopotential** in erster Linie bei privatrechtlichen Organisationsformen und fordert daher, dass bei Unternehmen und Einrichtungen, die in Privatrechtsform betrieben werden, „*die Haftung der Gemeinde auf einen ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag begrenzt wird*“. Auch müssen „*die Einzahlungsverpflichtungen (Gründungskapital, laufende Nachschusspflicht) der Gemeinde in einem angemessenen Verhältnis zu ihrer Leistungsfähigkeit stehen*“.

Beide Forderungen sind Ausdruck der gebotenen **Risikominimierung**. Sie soll sicherstellen, dass die Kommune auch weiterhin, d. h. trotz einer freiwilligen wirtschaftlichen Betätigung, ihre Pflichtaufgaben erfüllen kann.

**Erhöhte Risiken**, die dann möglicherweise zur Verneinung eines angemessenen Verhältnisses von Leistungsfähigkeit und Unternehmung führen müssen, liegen vor,

*„wenn die Wahrscheinlichkeit, dass ein Vermögensschaden eintritt, höher ist, als es die an der dauerhaften Erfüllung des öffentlichen Zwecks orientierte, mit der Sorgfalt des ordentlichen Kaufmanns handelnde Kommune im Geschäftsleben akzeptieren würde.“*<sup>174</sup>

### 3.2.2 Bestimmung des Verhältnisses der geplanten Unternehmung zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde

Die ermittelte Leistungsfähigkeit der Kommune muss ins **Verhältnis** zu Art und Umfang der geplanten Unternehmung gesetzt werden. Hierbei wird die Bewertung des jeweiligen **Risikos** der geplanten Unternehmung relevant (dazu b)). Dies hat Auswirkungen sowohl auf die Frage des Ob der wirtschaftlichen Betätigung als auch auf die Frage des Wie (dazu a)).

- a) Bedeutung für das Ob und das Wie der wirtschaftlichen Betätigung

Während für die Entscheidung, ob eine wirtschaftliche Betätigung realisiert werden soll, das Eingehen eines bestimmten Risikos vor dem Hintergrund der jeweiligen

---

<sup>173</sup> RS M-V Erneuerbare Energien, S. 6.

<sup>174</sup> Mühlbauer/Stanglmayr/Zwick in: Schulz/Wachsmuth/Zwick, Kommunalverfassungsrecht Bayern, Art. 61 BayGO, S. 10.

Haushaltslage bewertet werden muss (dazu im Folgenden aa)), tritt bei der Frage, wie hoch das Risiko einer realisierten wirtschaftlichen Betätigung ist, vor allem das Kriterium der Rentabilität in den Vordergrund (dazu bb)).

aa) Auswirkungen auf das Ob wirtschaftlicher Betätigung

Ist die kommunale Leistungsfähigkeit dauerhaft gesichert, hat die Kommune relativ große Spielräume für Investitionen. Dies betrifft sowohl die eigene Finanzierung als auch die kreditfinanzierte Investition. Die Kommune muss aber stets die **mittelfristige Finanzplanung** im Auge behalten, um ihre Leistungsfähigkeit auch zukünftig zu erhalten. Soweit die Investition Genehmigungserfordernisse der Rechtsaufsichtsbehörde enthält, sind diese in der Regel zu erteilen.<sup>175</sup>

Die Spielräume sinken, je schlechter die Leistungsfähigkeit der Kommune beurteilt wird. Für Kommunen mit eingeschränkter dauernder Leistungsfähigkeit schreibt das Innenministerium eine **deutlich intensivierte Notwendigkeitsprüfung** hinsichtlich Investitionen vor.<sup>176</sup>

Bei der **Einstufung „gefährdete dauerhafte Leistungsfähigkeit“** ist ein Spielraum kaum mehr vorhanden. Investitionen sind weitestgehend ohne neue Kreditaufnahmen zu finanzieren. Genehmigungen durch die Rechtsaufsichtsbehörde sind in der Regel zu versagen.<sup>177</sup> Vorrang hat die Haushaltskonsolidierung.

Gleiches gilt beim **Wegfall der dauernden Leistungsfähigkeit**. Hier weist der Haushalt praktisch keinen Handlungsspielraum mehr auf und selbst die Finanzierungs- und Folgekosten notwendiger Investitionen sind nicht mehr gesichert. Die betroffene Kommune ist dazu angehalten, bei Ausgaben alle Positionen daraufhin zu untersuchen, ob auf sie gänzlich verzichtet werden kann, unverzichtbare Aufgaben sind auf ein absolutes Minimum zurückzuführen.<sup>178</sup> Vorhaben sollen durch die Rechtsaufsichtsbehörde nur noch genehmigt werden, wenn sie rentierlich sind, also auch *„Folgekosten durch Einnahmen gedeckt sind bzw. maßnahmebedingt Minder Ausgaben auf Dauer nachgewiesen werden“* oder wenn im Einzelfall die Wirtschaftlichkeit des Vorhabens durch aussagekräftige Unterlagen, wie etwa einer Kosten-Nutzen-Analyse, belegt ist.<sup>179</sup>

---

<sup>175</sup> RE M-V zur Leistungsfähigkeit, S. 9.

<sup>176</sup> RE M-V zur Leistungsfähigkeit, S. 10.

<sup>177</sup> RE M-V zur Leistungsfähigkeit, S. 14 f.

<sup>178</sup> RE M-V zur Leistungsfähigkeit, S. 16, 18. In der Regel wird die Kommune in dieser Situation bereits ein Haushaltssicherungskonzept nach § 43 Abs. 7 KV verabschiedet haben oder planen.

<sup>179</sup> RE M-V zur Leistungsfähigkeit, S. 14, 15.

- bb) Auswirkungen auf das Wie wirtschaftlicher Betätigung – insbesondere: Rentabilität

Der abnehmende Spielraum für kommunale Investitionen mit sinkender Leistungsfähigkeit führt nicht automatisch dazu, dass einer **Kommune mit strukturellen Haushaltsdefiziten** eine wirtschaftliche Betätigung generell versagt ist.

Der Runderlass des Innenministeriums Mecklenburg-Vorpommerns stellt insoweit klar, dass es bei der Frage, ob eine wirtschaftliche Betätigung durch die Rechtsaufsichtsbehörde genehmigt werden kann, entscheidend auf die **Rentabilität des Vorhabens** ankommt. Dies gilt in besonderem Maße für Kommunen mit angespannter Haushaltslage.

Das Vorhaben darf den bereits angespannten Haushalt **nicht weiter belasten** bzw. keine weiteren Risiken aufbauen. Hierin muss auch kein Widerspruch zu den allgemeinen Haushaltsgrundsätzen liegen, da eine wirtschaftliche Betätigung u. U. auch ein Instrument sein kann, um das Ziel des Haushaltsausgleichs schneller zu erreichen. Entscheidend ist, dass die aus dem Projekt resultierenden Belastungen den Haushalt nicht **zusätzlich belasten**. Das Projekt muss sich also zumindest rentieren, d. h. die finanziellen Belastungen müssen aus dem Vorhaben selbst (dauerhaft) finanziert werden können.<sup>180</sup> Mehr noch: § 75 Abs. 2 KV verlangt, dass der Jahresgewinn eines Unternehmens so hoch sein soll, dass außer den für die technische und wirtschaftliche Fortentwicklung des Unternehmens notwendigen Rücklagen mindestens eine marktübliche Verzinsung des Eigenkapitals erwirtschaftet wird.

Für die Kommune bedeutet dies, dass sich der **Begründungsaufwand** hinsichtlich der Rentabilität erhöht, je angespannter die Haushaltslage der Kommune ist.

- b) Risikobewertung auf Grundlage der konkreten Leistungsfähigkeit einer Gemeinde

Kennt die Kommune die Einstufung in Bezug auf ihre Leistungsfähigkeit, dann weiß sie, welche Spielräume ihr im Haushalt für eine wirtschaftliche Betätigung verbleiben und anhand welcher konkreten Kriterien eine geplante wirtschaftliche Betätigung von Seiten der Rechtsaufsichtsbehörde geprüft wird. Auf dieser Grundlage kommt es dann maßgeblich darauf an, die sich aus der geplanten Unternehmung ergebenden Risiken einzuschätzen (dazu aa)), Maßnahmen zur Risikominimierung zu erwägen (dazu bb)) und sodann zu entscheiden, welche Art der wirtschaftlichen Betätigung Haushaltslage und Risikopotential zulassen – eine Entscheidung, die die Kommunalaufsicht (begrenzt) überprüfen kann (dazu cc)).

---

<sup>180</sup> Laut Erlass sind rentierliche Investitionen auch bei einem Haushaltsdefizit zulässig, RE M-V zur Leistungsfähigkeit, S. 19.

## aa) Kriterien für die Risikoeinschätzung

Ausgangspunkt für die Risikoeinschätzung der Kommune ist ihre eigene Haushaltslage. Mit Blick auf die geplante Unternehmung muss die Kommune dann alle relevanten Kriterien bestimmen und sie jeweils einer Wahrscheinlichkeitsanalyse unterziehen.

Relevante Kriterien in diesem Sinne können sein:<sup>181</sup>

- **Rentabilität:** Kann davon ausgegangen werden, dass das Vorhaben zu Zuflüssen zum Haushalt führt? In welchem Zeitraum sind Zuflüsse zu erwarten?
- **Marktumfeld und Marktschwankungen:** Inwieweit steht die geplante Unternehmung im örtlichen oder überörtlichen Wettbewerb? Unterliegt der Markt für das anzubietende Produkt Marktschwankungen, handelt es sich um einen regulierten Markt?
- **Externe Risikofaktoren:** Ist die Rentabilität des Vorhabens stark von der aktuellen Rechtslage abhängig? Wurden **Umwelteinflüsse** berücksichtigt?
- **Investitionskosten:** Welche Mittel müssen aufgebracht werden, damit die Unternehmung nachhaltig rentabel am Markt agieren kann?
- **Gründungskosten:** Welche Kosten entstehen im Rahmen der Gründung? Bleibt das **Gründungskapital** bei der Kommune bzw. kann ein Rückfluss an die Kommune gesichert werden?
- Können die Investitionskosten komplett aus Haushaltsmitteln bestritten werden? Wenn nein: besteht Spielraum für **Kreditaufnahme**? Können diese aus Einnahmen der Unternehmung finanziert werden? Besteht die Aussicht auf **Fördermittel**?
- Führt die Unternehmung zu **laufenden Kosten für den Haushalt**?
- **Haftungsrisiko:** Muss die Gemeinde im Verhältnis zu Dritten für Verbindlichkeiten der Unternehmung einstehen?
- **Rücklagen:** Müssen für das Vorhaben Rücklagen geschaffen werden?
- **Möglichkeit des Missmanagements:** Kann der kommunale Haushalt ein wirtschaftliches Scheitern der Unternehmung verkraften?

---

<sup>181</sup> Diese Kriterien sind beispielhaft, also nicht abschließend zu verstehen. Sie versuchen, bestimmte Risiken zu kategorisieren. Weitere Kriterien sowie deren Gewichtung und Bewertung hängen stark vom jeweiligen Einzelfall ab.

- Wie hoch sind die **Planungskosten**? Wird eine **Zwischenfinanzierung** benötigt? Ist ein mögliches Scheitern des Vorhabens (u. U. noch in der Planungsphase) berücksichtigt?
- Müssen **Sicherheiten** (z. B. Bürgschaften) für die Unternehmung geleistet werden?

## bb) Risikominimierung

**Dauerhaft leistungsfähige Kommunen** haben die Möglichkeit, die anhand der oben genannten Kriterien ermittelten Risiken durch entsprechende Rücklagen in ihrem Haushalt abzudecken. Die Unternehmung kann krisenfest ausgestattet werden, indem der voraussichtliche Kapitalbedarf so berechnet wird, dass auch ungünstige Geschäftsentwicklungen abgedeckt sind.

Darüber hinaus bietet die **Ausgestaltung des konkreten Vorhabens** („*Wie*“) Risikominimierungspotentiale. So unterscheiden sich die unterschiedlichen in Frage kommenden **Organisationsformen** hinsichtlich ihrer individuellen Haftungsrisiken. Erscheint das Risiko einer bestimmten Organisationsform für den kommunalen Haushalt zu groß, muss gegebenenfalls eine risikoärmere Organisationsform gewählt werden (zu den einzelnen Organisationsformen C.III.3.1 sowie C.III.3.3). Auch die konkrete Ausgestaltung von Gesellschaftsvertrag oder Satzung kann Risiken minimieren.

In diesem Zusammenhang kann auch erwogen werden, das Risiko auf mehrere Schultern zu verteilen. Insbesondere die **interkommunale Zusammenarbeit** führt zu einem deutlich verringerten Risiko für den kommunalen Haushalt<sup>182</sup> (näheres hierzu unter C.III.4.2).

## cc) Verfahrensrechtliche Absicherungen und Überprüfbarkeit

Die Risikoeinschätzung muss in eine **Abwägungsentscheidung** der Kommune bzw. ihrer Organe münden. Dies stellt eine wichtige verfahrensrechtliche Anforderung dar. So muss u. a. nach § 69 Abs. 1 Nr. 2 KV zur Begründung einer Einrichtung in Privatrechtsform in einem Bericht zur Vorbereitung der Entscheidung der Gemeindevertretung „*unter umfassender Abwägung der Vor- und Nachteile*“ abgewogen werden, dass die Aufgabe in Privatrechtsform wirtschaftlicher durchgeführt werden kann. Zum anderen müssen bei der Entscheidung der Gemeindevertretung auch die Auswirkungen der wirtschaftlichen Betätigung auf die mittelständische Wirtschaft und das Handwerk „*berücksichtigt*“ werden, § 68 Abs. 7 KV.

Das Gesetz geht mithin davon aus, dass die wirtschaftlichen Vorteile mit den bestehenden finanziellen Risiken unter Berücksichtigung aller zur Verfügung stehen-

---

<sup>182</sup> RS M-V Erneuerbare Energien, S. 2.



den **Alternativen** zur Organisation und Finanzierung mit Blick auf ihre jeweiligen finanziellen und administrativen Auswirkungen geprüft werden.<sup>183</sup> Dabei kann die Durchführung von **Wirtschaftlichkeitsberechnungen und Markterkundungsverfahren** angezeigt sein, die auch Erfahrungen anderer vergleichbarer Kommunen einbezieht.<sup>184</sup> Hierfür ist eine realistische Einschätzung der konkreten Chancen und Risiken der Unternehmung unter Berücksichtigung von „worst-case-Szenarien“<sup>185</sup> erforderlich.

Die Rechtsaufsichtsbehörde prüft, ob die geplante wirtschaftliche Betätigung von Kommunen im Einklang mit Recht und Gesetz steht, also insbesondere, ob die Kommune hierbei den Anforderungen des Haushaltsrechts gerecht wird (zur Rechtsaufsicht vgl. C.I.1). Bei der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe kommt der Kommune aufgrund des prognostischen Charakters ein **Beurteilungsspielraum** zu (vgl. zu den Auswirkungen C.I.1).<sup>186</sup> Dieser umfasst auch die vorzunehmende Kosten-Nutzen-Analyse (dazu oben C.II.3.2.1a)aa)).

Die Aufgabe der **Rechtsaufsichtsbehörde** beschränkt sich auf die Überprüfung der von der Kommune vorgenommenen rechtlichen Erwägungen.<sup>187</sup> Sie überprüft, ob die Kommune bezüglich ihrer eigenen finanziellen Verfassung und des Marktumfeldes von **zutreffenden Tatsachen ausgegangen** ist, insbesondere den Sachverhalt vollständig beleuchtet hat und das der Entscheidung zugrundeliegende Zahlen- und Datenmaterial korrekt ist.<sup>188</sup> Die von der Kommune einzuholenden Gutachten können dahingehend überprüft werden, ob die angewandten Bewertungsmethoden **sachgerecht** sind und die Gutachter von **zutreffenden Erwägungen** ausgehen. Die Schlüsse, die die Kommune aus den Tatsachen und Daten zieht, also die darauf basierende Prognose, kann nur dann von der Rechtsaufsichtsbehörde gerügt werden, wenn sie offensichtlich unvertretbar ist (**Vertretbarkeitskontrolle**), nicht dagegen, wenn die Rechtsaufsichtsbehörde sie lediglich für nicht sachgerecht hält. Der Rechtsaufsicht obliegt eine **Evidenzkontrolle**, d. h. grundsätzlich können **objektiv erkennbare Verstöße** gegen das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit von der Rechtsaufsichtsbehörde beanstandet werden.<sup>189</sup> Hinzu kann in **zivilrechtli-**

---

<sup>183</sup> RS M-V Erneuerbare Energien, S. 6.

<sup>184</sup> *Kümper/Milstein*, ZfBR 2013, 742, 744.

<sup>185</sup> *Rautenberg*, KommJur 2007, 1, 2.

<sup>186</sup> *Deiters in*: Darsow u.a., KV M-V, § 43 KV, Rn. 4. Zum Beurteilungsspielraum vgl. *Neutzin Wurzel/Schraml/Becker*, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, C 128; *Wolff in Schneider/Theobald*, Recht der Energiewirtschaft, § 5, Rn. 28; *Wefelmeier in*: Blum u. a., NGO, § 108 NGO, Rn. 31.

<sup>187</sup> *Deiters in*: Darsow u.a., KV M-V, § 43 KV, Rn. 4.

<sup>188</sup> *Ruffert*, VerwArch 2001, 27, 43; *Wefelmeier in*: Blum u.a. NGO, § 108 NGO, Rn. 31.

<sup>189</sup> Eine regelmäßige Pflicht zur Genehmigungsversagung bei Nichtvereinbarkeit kommunaler Kreditaufnahme mit der dauernden Leistungsfähigkeit normiert § 52 Abs. 2 Satz 2 KV. Schreitet die Rechtsaufsichtsbehörde allgemein gegen erkannte Verstöße gegen die allgemeinen Haushaltsgrundsätze unter Ver-

cher Hinsicht kommen, dass in besonderen Fällen bei offensichtlichen und schwerwiegenden Verstößen unter Umständen die von der Kommune eingegangenen vertraglichen Verpflichtungen nichtig sind.<sup>190</sup>

### 3.2.3 Zwischenfazit

Ausgangspunkt zur Beurteilung der finanziellen Leistungsfähigkeit einer Kommune sind die **haushaltswirtschaftlichen Grundsätze**, insbesondere der Grundsatz der **Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit**. Die Gemeinden haben ihren Haushalt so zu führen, dass Aufgabenerfüllung und Leistungsfähigkeit dauerhaft sichergestellt sind. Geplante wirtschaftliche Betätigungen dürfen die Kommune finanziell nicht überfordern.

Um dies sicherzustellen, muss die Gemeinde über die notwendige **Finanzkraft** und die notwendige **Verwaltungskraft** verfügen, d. h. sie muss finanziell und personalwirtschaftlich in der Lage sein, den rechtlichen Anforderungen an die geplante wirtschaftliche Betätigung zu genügen.

Übertragen auf den Bereich der wirtschaftlichen Betätigung nimmt mit dem Kriterium des angemessenen **Verhältnisses** der Art und des Umfangs der wirtschaftlichen Betätigung zur Leistungsfähigkeit der Kommune das Merkmal des **Risikos** eine zentrale Stellung ein: Die Kommune muss aufgrund ihrer jeweiligen Haushaltssituation in der Lage sein, die mit der wirtschaftlichen Betätigung einhergehenden unternehmerischen Risiken zu tragen. Maßnahmen der **Risikominimierung**, die zum Teil ausdrücklich in der KV vorgesehen sind, müssen sicherstellen, dass die Kommune auch weiterhin, d. h. trotz der freiwilligen wirtschaftlichen Betätigung, ihre Pflichtaufgaben erfüllen kann.

Das mögliche Risiko wirkt sich sowohl auf die Frage, ob eine wirtschaftliche Betätigung überhaupt eingegangen werden soll, als auch auf die Frage, wie diese dann auszugestalten ist, aus. Während beim Ob die **Notwendigkeit** einer Unternehmung geprüft werden muss, ist beim Wie vor allem für Kommunen mit angespannter Haushaltslage die **Rentabilität** zu beachten: Die aus dem Projekt resultierenden Belastungen dürfen den Haushalt nicht *zusätzlich* belasten. Das Projekt muss sich also rentieren, d. h. die finanziellen Belastungen müssen aus dem Vorhaben selbst (dauerhaft) finanziert werden können.

Da es sich um eine prognostische Bewertung der Kommune handelt, hat sie einen **Beurteilungsspielraum**. Die getroffene Entscheidung ist nur begrenzt durch Rechtsaufsicht und Gerichte überprüfbar. Überprüft wird nur, ob die Gemeinde von zutreffenden rechtlichen und tatsächlichen Erwägungen ausgegangen ist, ob der Sachverhalt vollständig und das zugrundelie-

---

letzung eigener Pflichten nicht ein, können der betroffenen Kommune u.U. Schadensersatzansprüche gegenüber der Rechtsaufsichtsbehörde zustehen, vgl. BGH, Urt. v. 12.12.2002 – III ZR 201/01 = BGHZ 153, 198.

<sup>190</sup> *Deiters* in: Darsow/Gentner/Glaser/Meyer, Kommunalverfassung M-V, § 43 GO, Rn. 4. Der BGH hat dies für den Fall eines Grundstücksverkaufs bejaht, soweit Kaufpreis und Grundstückswert so erheblich voneinander abweichen, dass der Verkauf wirtschaftlich einer Schenkung gleichkommt, vgl. BGH, Urt. v. 17. 09. 2004 – V ZR 339/03 = BGHZ 160, 240-253.

gende Material korrekt sind. Die Schlüsse, die die Kommune aus den Tatsachen und Daten zieht, also ihre Prognose, kann nur dann von der Rechtsaufsichtsbehörde gerügt werden, wenn sie offensichtlich unvertretbar ist (**Vertretbarkeitskontrolle**), nicht dagegen, wenn die Rechtsaufsichtsbehörde sie lediglich für nicht sachgerecht hält.

### **3.3 Besonderheiten bei wirtschaftlichen Betätigungen im Energie- und Wärmebereich**

Für Unternehmungen im Energiebereich (dazu im Folgenden 3.3.1) und zur Versorgung mit Wärme (dazu 3.3.2) bestehen hinsichtlich der Risikoeinschätzung Besonderheiten.

#### **3.3.1 Besonderheiten der Risikoeinschätzung bei Unternehmungen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien**

Bei der Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Quellen und aus Kraft-Wärme-Kopplung lassen sich Besonderheiten vor allem aufgrund der Regulierung des gesamten Sektors ausmachen (vgl. dazu a)). Geänderte rechtliche Rahmenbedingungen können die Unsicherheiten einer Prognose erhöhen (dazu b)). Hinzu kommen wirtschaftliche Unsicherheiten (dazu c)). Weitere Punkte wie – beispielhaft<sup>191</sup> – der erhöhte Personalbedarf (dazu d)) sowie das Risiko von Umwelteinflüssen (dazu e)) sind zu berücksichtigen.

- a) Besonderheiten bei der Nutzung von Strom aus erneuerbaren Quellen oder Kraft-Wärme-Kopplung

- aa) Abnahmepflicht und garantierte Vergütung

Die Abnahmepflicht des in EEG- oder KWK-Anlagen erzeugten Stroms und die damit einhergehende feste Einspeisevergütung (siehe ausführlich dazu oben 2.2.2b)aa)(1)(a) und 2.2.2b)bb)(2)) sind für wirtschaftlich tätige Kommunen, die nicht nur die Eigenversorgung vor Augen haben, ein wichtiges Kriterium für die Wirtschaftlichkeitsberechnung. Auf der Einnahmeseite besteht aufgrund der sicheren Einspeisevergütung, die für EEG-Anlagen grundsätzlich 20 Jahre gezahlt wird (§ 21 Abs. 2 EEG)<sup>192</sup> Planungssicherheit, was auch Auswirkungen auf die Finanzierungsmöglichkeiten hat.<sup>193</sup>

---

<sup>191</sup> Auch hier gilt: Die genannten Risikokriterien sind nur beispielhaft zu verstehen, zumal sie den Bereich einer rechtlichen Bewertung verlassen, was sich z. B. am Kriterium der Umwelteinflüsse zeigt. Die Auswahl, Gewichtung und auch Ergänzung der Kriterien hängen stark von dem jeweiligen Vorhaben im Einzelfall ab.

<sup>192</sup> Der Zuschlag für KWK-Anlagen wird gem. § 7 Abs. 1 Satz 1 KWKG entweder für einen Zeitraum von zehn Jahren oder für die Dauer von 30.000 Vollbenutzungsstunden gezahlt.

<sup>193</sup> Vgl. *Dazert/Mahlberg*, NVwZ 2004, 158, 159. Dazu auch AEE, Erneuerbare Energien-Projekte in Kommunen, S. 14. Zu berücksichtigen ist, dass die Höhe der Vergütung degressiv ausgestaltet ist, also z. B. für bestimmte erneuerbare Energien wie z. B. Biomasse jährlich zum 1. Januar sinkt, § 20 EEG. Eine rückwirkende Absenkung der Vergütung kommt aus Gründen des Vertrauensschutzes nicht in Betracht (siehe dazu unten C.II.3.3.1b)bb)).

## bb) Besonderheiten beim Eigen- und Direktverbrauch durch Dritte

Durch energierechtliche Entwicklungen der letzten Zeit ist der Eigenverbrauch bzw. die Direktlieferung zunehmend interessanter geworden. Zumindest bei Strom aus Photovoltaikanlagen gilt inzwischen die so genannte **Netzparität** als hergestellt. Dies bedeutet, dass die Stromerzeugungskosten die durchschnittlichen Haushaltsstrompreise für private Haushalte und das Kleingewerbe deutlich unterschreiten (siehe dazu auch oben C.II.3.1.2).<sup>194</sup>

Nach derzeitiger Rechtslage ist der Eigenverbrauch auch deshalb attraktiv, weil **weder EEG- noch KWK-Umlage** zu zahlen sind. Auch müssen eine Vielzahl von Pflichten, die bei der Belieferung Dritter entstehen, nicht erfüllt werden. Bei KWK-Anlagen kommt privilegierend sogar noch hinzu, dass auch im Rahmen der Eigenversorgung ein Anspruch auf den KWK-Zuschlag besteht; der Anspruch besteht sogar dann, wenn ein Dritter beliefert wird, sofern der KWK-Strom nicht in ein Netz für die allgemeine Versorgung eingespeist wird.

## cc) Risiken aus der Stellung als Anlagenbetreiber nach EEG oder KWKG

Tritt die Kommune bzw. das kommunale Unternehmen selbst als Betreiber der Anlage auf, dann kumulieren in dieser Stellung eine Vielzahl von Pflichten und Risiken, die Auswirkungen auf die Beurteilung des wirtschaftlichen Vorhabens haben können.

Die Betreiberstellung einer EEG- bzw. KWK-Anlage – die oben betrachtet wurde (C.II.2.2.2a)) – umfasst alle Fragen der **Unterhaltung** und der **Instandhaltung** der Anlage. Dies bedeutet, dass Reparatur- und Wartungsarbeiten zulasten des Betreibers gehen, ebenso wie alle Fragen des **Qualitäts- und Preisrisikos**, insbesondere mit Blick auf Verkauf der gewonnenen Energie und der eingesetzten Stoffe. So trägt der Betreiber das Risiko steigender Brennstoffkosten, aber auch das Risiko des Preisverfalls bei der Abgabe der gewonnenen Energie.<sup>195</sup>

Die Betreibereigenschaft wird für eine Kommune immer dann interessant sein, wenn sie den erzeugten Strom selbst nutzen will (**Eigenverbrauch**). Von den Privilegien des Eigenverbrauchs profitiert sie nämlich nur dann, wenn Betreiber und Verbraucher personenidentisch sind. Zwar kann sie – z. B. im Rahmen des Betriebsführungscontracting<sup>196</sup> – einzelne Dienstleistungen an Dritte vergeben; will

---

<sup>194</sup> BT-Drs. 17/8877, S. 2.

<sup>195</sup> Vgl. FNR, Geschäftsmodelle für Bioenergieprojekte, S. 23.

<sup>196</sup> Das Betriebsführungscontracting kann auch als Betriebsführungsmodell oder technisches Anlagenmanagement bezeichnet werden, vgl. DIN 8930-5 (November 2003), Ziffer 3.7, 4.4. Vgl. dazu auch AEE, Erneuerbare Energien-Projekte in Kommunen, S. 16.

sie aber Betreiber bleiben, muss sie die Entscheidungsfreiheit und das (finanzielle) Risiko behalten.

b) Unsicherheiten aufgrund geänderter rechtlicher Rahmenbedingungen

aa) Änderung rechtlicher Rahmenbedingungen

Als externer Risikofaktor kann auch die Änderung der rechtlichen Rahmenbedingungen angesehen werden. Dies kann insbesondere im regulierten Energierecht von Bedeutung sein.

Dabei unterlagen vor allem die durch EEG und KWKG geförderten Energieerzeugungsformen in den letzten Jahren einer immer schnelleren Abfolge von weitgehenden Änderungen. Diese waren vor allem vom Bestreben getragen, die Kosten der Förderung, die durch die Umlageverfahren zu steigenden Strompreisen führen, nicht weiter ansteigen zu lassen.<sup>197</sup> So verfolgt beispielsweise die am 1. April 2013 in Kraft getretene so genannte **PV-Novelle** ausdrücklich das Ziel, der Überförderung der Photovoltaik im EEG entgegenzuwirken und zugleich Photovoltaikanlagen (PV-Anlagen) effizienter in den Markt zu integrieren.<sup>198</sup>

bb) Exkurs: Geplante Änderungen durch EEG-Novelle 2014

2014 soll das EEG erneut grundlegend novelliert werden.<sup>199</sup> Die Änderungen sollen nach Vorstellung der Bundesregierung zum 1. August 2014 in Kraft treten. Dabei soll der **Vertrauensschutz** von Investoren und der Bestandsschutz bestehender Anlagen gewahrt werden. Bestehende Ansprüche (z. B. Vergütungsansprüche), auf deren Grundlage Wirtschaftsteilnehmer im schutzwürdigen Vertrauen auf deren Fortbestand Investitionen getätigt haben, kann der Gesetzgeber nur in Ausnahmefällen nachträglich ändern.<sup>200</sup> Aus diesem Grund ist vorgesehen, dass bestimmte Regelungen für Anlagen, die vor einem bestimmten Stichtagen in Betrieb genommen wurden, fortgelten.

Übergeordnetes Ziel ist es, die Kosten der Förderung durch Begrenzung der Vergütungssätze und die Begrenzung der Ausbaupazität zu reduzieren. Bei der **Windenergieerzeugung an Land** soll die Fördersätze degressiv ausgestaltet werden, ergänzt durch einen Ausbaukorridor: Die Bundesregierung plant derzeit, dass bis zu einem jährlichen Zubau von 2.500 MW die Degression der Fördersätze weniger stark ausfällt als nach Überschrei-

---

<sup>197</sup> Vgl. zur historischen Entwicklung des EEG *Altrock/Oschmann* in: *Altrock/Oschmann/Theobald*, EEG, Einf., Rn. 1 ff.

<sup>198</sup> BT-Drs. 17/8877, S. 1.

<sup>199</sup> Das Bundeskabinett hat am 21. Januar 2014 die vom Bundesminister für Wirtschaft und Energie vorgeschlagenen Eckpunkte für die Reform des EEG (im Folgenden: Eckpunktepapier) beschlossen. Diese Eckpunkte werden vorliegend zur inhaltlichen Beurteilung der geplanten Änderungen zugrunde gelegt.

<sup>200</sup> Vgl. dazu ausführlich *Scholz/Moench/Herz*, Grundsatzfragen EEG-Reform, S. 33 ff.

ten dieses Ausbauziels.<sup>201</sup> Vergleichbares soll für die **Solarenergie** gelten. Dies bedeutet, dass die feste Einspeisevergütung, die eine Gemeinde bei der Planung einer Tätigkeit im Energiebereich in die Wirtschaftlichkeitsberechnung einstellen kann nicht nur über die Jahre betrachtet geringer ausfallen wird, sondern auch, dass eine Unsicherheit besteht, wie hoch tatsächlich die gezahlte Einspeisevergütung jeweils sein wird.

Etwas weniger Unsicherheit über die tatsächliche Entwicklung der Einspeisevergütung besteht nach den Plänen der Bundesregierung bei der **Bioenergie**: Hier soll eine Konzentration auf die Nutzung von Abfall- und Reststoffen zu einem Zubau von max. 100 MW pro Jahr führen. Wird dieses Ausbauziel überschritten, soll sich die Degression der Vergütung automatisch auf 5 Prozent erhöhen.<sup>202</sup> Dies wird den Anteil der festen Vergütung im Rahmen einer Wirtschaftlichkeitsbeurteilung einer Bioenergieanlage reduzieren.

Schließlich ist auch geplant, dass der nunmehr als **Eigenversorgung** bezeichnete Verbrauch von selbst erzeugtem Strom nicht mehr von der EEG-Umlage befreit ist. Es ist geplant, dass für den in Neuanlagen nach Inkrafttreten der Novelle erzeugte Strom 90 % der EEG-Umlage fällig werden. Kleine Anlagen sollte nicht belastet werden, ebenso wenig auch der Kraftwerkseigenverbrauch.

## c) Wirtschaftliche Unsicherheiten

### aa) Änderung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen

Die Änderung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen ist als Risikokriterium ebenfalls zu bedenken. In Betracht kommt beispielsweise eine Veränderung der Anlagenkosten oder die Änderung des Preises von Technologien und deren Komponenten, die für die Realisierung der Energieunternehmung von Bedeutung sind. Dies kann die Preise für Brennstoffe und Emissionszertifikate betreffen.<sup>203</sup>

Weiterhin ist auch die Einnahmeseite wirtschaftlichen Risiken ausgesetzt. Insbesondere die Entwicklung des Strompreises beim Vertrieb des erzeugten Stroms kann hier eine Rolle spielen.<sup>204</sup> Dies wird immer mehr Bedeutung erlangen, weil jenseits der festen Einspeisevergütung von Strom aus erneuerbaren Quellen der

---

<sup>201</sup> Gleiches soll auch bei Unterschreiten des Ausbauziels gelten. Die Degression nach Über- bzw. Unterschreiten des Ziels soll in 200 MW-Stufen gestaffelt stattfinden, *BMWi*, Eckpunkte für die Reform des EEG, Anlage, S. 1 f.

<sup>202</sup> *BMWi*, Eckpunkte für die Reform des EEG, S. 7, Anlage S. 2 f.

<sup>203</sup> *VKU*, Energiezukunft gestalten, S. 20.

<sup>204</sup> Hierbei ist auch zu beachten, dass ca. 50% des Strompreises für private Haushalte auf Steuern, Abgaben und gesetzliche Umlagen (Mehrwertsteuer, Konzessionsabgabe, Stromsteuer, EEG-Umlage, KWK-Aufschlag, § 19 StromNEV-Umlage, Offshore-Haftungsumlage) entfallen, vgl. *BDEW*, Strompreisanalyse Mai 2013, S. 10. Für 2014 wird davon ausgegangen, dass 24,6% des Strompreises auf Beschaffung und Marge und 22,3% auf Netznutzung und Zähler entfallen, vgl. [www.verivox.de](http://www.verivox.de), Strompreiszusammensetzung 2014 (zuletzt besucht 27. Februar 2014). Gleichzeitig sinkt der Strompreis an der Strombörse und hat sich bei etwa 40 EUR/MWh eingependelt, vgl. dazu Schafhausen, *ZNET* 2014, 7.

Verkauf des Stroms auf dem freien Energiemarkt durch energierechtliche Vorgaben immer wichtiger wird.

bb) Wirtschaftliche Implikationen geänderter rechtlicher Rahmenbedingungen im Bereich der erneuerbaren Energien

(1) Bestehende Instrumente zur Marktheranführung

Seit der EEG-Novelle 2009 wurden die Instrumente zur Integration der erneuerbaren Energien in den Strommarkt ausgebaut. Ziel war und ist es, die nachfrageunabhängige Einspeisevergütung zunehmend durch Maßnahmen zu ersetzen, die stärker auf den tatsächlichen Marktbedarf reagieren. Dies bedeutet vor dem Hintergrund der (Finanzierungs-)Risiken von Gemeinden, dass zunehmend an die Stelle fester Vergütungen von Marktbewegungen abhängige Einkünfte stehen, die aus Sicht der Risikobewertung als unsicherer eingestuft werden müssen.

Deutlich wird dies vor allem bei der **Direktvermarktung** von Strom (§§ 33a ff. EEG), also dem direkten Verkauf von Strom durch den Anlagenbetreiber oder einen zwischengeschalteten Händler an der Strombörse, der bereits nach geltendem Recht für einen Teil von in PV-Anlagen erzeugtem Strom unter bestimmten Voraussetzungen in Betracht kommen kann (§ 33 EEG, siehe dazu bereits oben C.II.2.2.2b)aa)(1)(b)). Wird die Direktvermarktung, die insgesamt allen Erzeugungsformen erneuerbarer Energien offen steht, genutzt, um die **Marktprämie** in Anspruch nehmen zu können, besteht die Unsicherheit darin, dass der Erlös höher sein kann, wenn der Strom an der Börse einen höheren Preis erzielt als der Monatsmittelwert, aber auch geringer, wenn der Börsenpreis unter dem Monatsmittelwert liegt.

(2) Exkurs: Ausweitung der Marktinstrumente durch die geplante EEG-Novelle 2014

Durch die geplante Novelle des EEG, deren Inhalt durch die Eckpunkte der Bundesregierung skizziert wird (dazu oben C.II.3.3.1c)bb)(2)), sollen die erneuerbaren Energien noch weiter in den Strommarkt integriert werden, was sich insbesondere auch an den Vorschriften zur Direktvermarktung zeigt.

So soll die mithilfe einer Marktprämie geförderte **Direktvermarktung verpflichtend** werden. Ab einer bestimmten Anlagengröße muss der Strom dann direkt vermarktet werden. Dies bedeutet, dass die gesamten Einnahmen für den durch die Anlage erzeugten Strom stark von der Marktentwicklung abhängen.

Dies hat noch eine weitere Folge für das **Finanzierungsrisiko**: Beim Ausfall eines Direktvermarktungsunternehmers, der im Auftrag des Anlagenbetreibers den erzeugten Strom vermarktet, sind Einnahmen nicht mehr gesichert; dies dürfte wegen

des erhöhten Risikos zu einem Anstieg der Finanzierungskosten führen. Vor diesem Hintergrund plant die Bundesregierung eine so genannte **Ausfallvermarktung**, dem die betroffenen Anlagenbetreiber ihren Strom andienen können und dann immerhin noch 80 % der Marktprämie erhalten.<sup>205</sup>

Zudem soll das so genannte **Grünstromprivileg** gestrichen werden (§ 39 EEG; siehe dazu oben C.II.2.2.2b)aa)(1)(b)). Dies kann für Kommunen oder deren Unternehmen bedeuten, dass sie – sofern sie als Elektrizitätsversorgungsunternehmen fungieren – nicht mehr den Preisvorteil einer abgesenkten EEG-Umlage an ihre Kunden weitergeben können.

Schließlich soll – als weitere Maßnahme der Marktintegration – ab 2017 die Förderhöhe der erneuerbaren Energien durch **Ausschreibung** ermittelt werden. Statt einer festen Einspeisevergütung wird eine bestimmte Menge erneuerbarer Energie durch den Staat ausgeschrieben und im Wege einer Versteigerung dem günstigen Anbieter der Zuschlag erteilt.<sup>206</sup> Dies soll in einem ersten Schritt für **PV-Freiflächenanlagen** erprobt werden.

#### d) Personalbedarf

Die Errichtung und der Betrieb von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Quellen oder Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen, u. U. zusätzlich der Betrieb eines Strom- oder Wärmenetzes setzen vertiefte Fachkenntnisse in verschiedenen Gebieten voraus. Dies gilt z. B. für die technische und rechtliche Realisierung der Anlage oder des Netzes.

Hinzu kommt, dass der eigene **Betrieb einer Energieerzeugungsanlage** eine Vielzahl von rechtlichen Pflichten auslöst, die durch Personal der Gemeinde bzw. des Unternehmens erfüllt werden müssen. Beispielhaft seien hier nur Informationspflichten von Anlagenbetreibern genannt, die sich auf den sicheren Netzbetrieb beziehen (z. B. Mitteilungspflichten gegenüber den Übertragungsnetzbetreibern nach § 12 Abs. 4 EnWG oder spezielle Mitteilungs- und Veröffentlichungspflichten für EEG-Stromerzeugungsanlagen und Netze mit Blick auf den EEG-Wälzungsmechanismus nach §§ 45 ff. EEG). Hinzu kommen Pflichten, die sich speziell an Netzbetreiber richten, wie z. B. **Veröffentlichungspflichten** nach § 18 EnWG, wonach Betreiber von Energieversorgungsnetzen für Gemeindegebiete, in denen sie Letztverbraucher versorgen, allgemeine Bedingungen für den Netzanschluss und die Anschlussnutzung zu veröffentlichen haben, und § 19 EnWG. Schließlich bestehen auch eine Vielzahl von **Transparenz- und Informationspflichten**, von denen hier nur beispielhaft § 5 EnWG genannt werden soll, wonach die Belieferung von Haushaltskunden mit Energie bei der Regulierungsbehörde an-

---

<sup>205</sup> *BMWi*, Eckpunkte für die Reform des EEG, S. 8 f.

<sup>206</sup> *Ekardt* in: Frenz/Müggenborg, EEG, Einleitung, Rn. 33.



zuzeigen und die **personelle, technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit** sowie Zuverlässigkeit der Geschäftsleitung darzulegen ist; Energielieferverträge mit Haushaltskunden (§ 41 EnWG) sowie Stromrechnungen (§§ 40, 42 EnWG) müssen bestimmten Anforderungen genügen, wobei u. a. die Stromkennzeichnung eine Rolle spielt, vgl. § 42 EnWG, § 54 EEG.<sup>207</sup>

Aufgrund der Verbindung von Stromerzeugung und Wärmeerstellung ist gerade bei einem **Biogasprojekt** die fachliche Qualifikation des Betreibers von besonders hoher Bedeutung. Dies gilt für die technische Seite des Projekts, genauso aber auch – insbesondere mit Blick auf die Verfügbarkeit der Ausgangsstoffe sowie auf den Vertrieb der Energie – für die wirtschaftliche Realisierung des Betriebs.<sup>208</sup>

Beim Betrieb eines **Wärmenetzes** kommen zudem noch technische Dienstleistungen hinzu, die z. T. personalintensiv sind. So spielt bei der Versorgung von Letztverbrauchern die Ablesung, die – in der Regel monatliche – Abrechnung sowie das Forderungsmanagement eine bedeutende Rolle.<sup>209</sup>

e) Umwelteinflüsse

Die Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Quellen ist abhängig von den eingesetzten regenerativen Primärenergieträgern: Photovoltaikanlagen benötigen zur Stromerzeugung Sonne, Windgeneratoren Wind.

Zu den Umwelteinflüssen im weiteren Sinne kann auch die **demographische Entwicklung** gezählt werden. Sie ist bei der wirtschaftlichen Betätigung im Energiebereich deshalb von besonderer Bedeutung, weil Umfang der möglichen Energielieferungen, Anzahl der Energie- und Fernwärmeanschlüsse und Kosten des Netzbetriebs durch die Anzahl der Abnehmer gerade in ländlichen Regionen mitbestimmt werden.<sup>210</sup>

### 3.3.2 Besonderheiten der Risikoeinschätzung bei Unternehmungen zur Versorgung mit Wärme

Die meisten oben genannten Risikofaktoren für eine wirtschaftliche Betätigung im Energiebereich lassen sich auch auf den Bereich der Wärmeversorgung übertragen. Die Besonderheit der Fernwärmeversorgung liegt darin, dass hier – anders als für die Versorgung mit Strom und Gas nach dem EnWG – keine Anschluss- und Versorgungspflicht besteht. Eine wirtschaftliche und kostendeckende Versorgung mit Fernwärme ist daher schwierig, da eine **ausreichende An-**

---

<sup>207</sup> Die genannten Pflichten sind – wie dargestellt – nur beispielhafter Natur und nicht abschließend. Vgl. zu weiteren Pflichten auch Gleiss Lutz, Rechtsfragen des Eigenverbrauchs und des Direktverbrauchs, S. 23 ff., 90 ff.

<sup>208</sup> FNR, Geschäftsmodelle für Bioenergieprojekte, S. 32.

<sup>209</sup> FNR, Geschäftsmodelle für Bioenergieprojekte, S. 36.

<sup>210</sup> Vgl. HHL, Sachsen Bank Branchenszenarien Mitteldeutschland, S. 22.

**schlussdichte** häufig nur schwer zu erreichen ist. Sie kann zu einem schwer kalkulierbaren Risiko werden, da u. a. auch das notwendige Leitungsnetz refinanziert werden muss.<sup>211</sup>

Aus diesem Grund enthält die landesgesetzliche Ermächtigung des **§ 15 KV** die Möglichkeit, die Fernwärmeversorgung im Wege eines öffentlichen-rechtlichen **Anschluss- und Benutzungszwangs** durchzusetzen.<sup>212</sup> Nach § 15 KV kann eine Gemeinde für die Grundstücke ihres Gebiets durch Satzung den Anschluss u. a. an Einrichtungen zur Versorgung mit Fernwärme und die Benutzung dieser Einrichtungen vorschreiben, wenn ein „*dringendes öffentliches Bedürfnis*“<sup>213</sup> dafür besteht. Die Festsetzung des Anschluss- und Benutzungszwangs darf also durch Erlass einer **Gemeindesatzung** erfolgen.<sup>214</sup> Diese enthält die Verpflichtung, innerhalb eines Gemeindegebiets alle Grundstücke, für die eine Fernwärmeversorgung in Frage kommt, an die Fernwärmeversorgung anzuschließen und grundsätzlich den gesamten Heizwärmebedarf für Heizung und Warmwasserbereitung vom zuständigen Fernwärmeversorgungsunternehmen zu beziehen. Dabei kommt es nicht darauf an, dass das Unternehmen in kommunaler Hand ist; der Anschluss- und Benutzungszwang kann auch für dritte Unternehmen statuiert werden, die diese Aufgabe für die Kommune übernehmen.<sup>215</sup> **Zweck** des Anschluss- und Benutzungszwangs ist die Ermöglichung eines wirtschaftlichen Betriebs der im öffentlichen Interesse liegenden Einrichtung durch die (zwangsweise) Schaffung einer ausreichend hohen Anzahl an Nutzern.<sup>216</sup> Für die Wirtschaftlichkeit einer Fernwärme- und Fernkälteversorgung ist angesichts hoher spezifischer Investitionskosten eine (planbare) Mindestauslastung des Heiz- oder Heizkraftwerks, mithin eine kalkulierbare bestimmte Anzahl an Betriebsstunden im Volllastbereich erforderlich; dies setzt wiederum eine ausreichende Anzahl an Wärmeabnehmern voraus.<sup>217</sup>

Bei der **inhaltlichen Ausgestaltung** von Fernwärmesatzungen ist die Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme (**AVBFernwärmeV**) zu beachten. Zwar gelten die §§ 2 bis 34 AVBFernwärmeV für durch Satzung geregelte Versorgungsverhältnisse

---

<sup>211</sup> Vgl. *Klinski/Longo*, Rechtliche Rahmenbedingungen, S. 29, die auch darauf abstellen, dass das baurechtliche Instrument eines städtebaulichen Vertrags nach § 11 BauGB, der die Wärmeversorgung für ein Gemeindegebiet mit einem Investor verbindlich regelt, keine ausreichende Planungssicherheit gibt.

<sup>212</sup> Durch einen Anschluss- und Benutzungszwang werden die Grundstückseigentümer verpflichtet, ihre Grundstücke an eine bestimmte Einrichtung zur Ver- oder Entsorgung anzuschließen (**Anschlusszwang**) und ausschließlich diese Einrichtung zu benutzen (**Benutzungszwang**).

<sup>213</sup> Grundsätzlich dürfen Gemeinden einen Anschluss- und Benutzungszwang nur aus Gründen festsetzen, die in ihrer Zielrichtung unmittelbar in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf diese einen spezifischen Bezug haben. Liegt ein solcher Festsetzungsgrund nicht vor und will die Gemeinde den Anschluss- und Benutzungszwang für die Fernwärme- oder Fernkälteversorgung stattdessen mit dem internationalen Klimaschutz begründen, so hilft **§ 16 EEWärmeG** weiter. Diese Vorschrift erweitert § 15 KV dahingehend, dass ein „*dringendes öffentliches Bedürfnis*“ auch im Klima- und Ressourcenschutz besteht.

<sup>214</sup> Nach § 9 Nr. 23 BauGB kann ein Anschluss- und Benutzungszwang auch durch **Bebauungsplan** festgesetzt werden.

<sup>215</sup> *Klinski/Longo*, Rechtliche Rahmenbedingungen, S. 28.

<sup>216</sup> *Kahl*, ZUR 2010, 395, 398.

<sup>217</sup> *Wustlich* in: Danner/Theobald, Energierecht, § 16 EEWärmeG, Rn. 7; *Böhm/Schwarz*, DVBl. 2012, 540.

grundsätzlich nicht unmittelbar.<sup>218</sup> § 35 Abs. 1 AVBFernwärmeV regelt jedoch, dass Rechtsvorschriften, die das Versorgungsverhältnis öffentlich-rechtlich regeln (z. B. eine Satzung), den Bestimmungen der AVBFernwärmeV entsprechend zu gestalten sind.<sup>219</sup>

## 4. Weitere Voraussetzungen einer kommunalen wirtschaftlichen Betätigung

Während das soeben dargestellte Kriterium der Leistungsfähigkeit (vgl. C.II.3) sowohl für Unternehmen als auch für Einrichtungen nach § 68 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 KV von Bedeutung ist, werden darüber hinaus an den Betrieb von **Unternehmen** zusätzliche Anforderungen gestellt. § 68 Abs. 2 Satz 1 KV enthält die sog. kommunalwirtschaftsrechtliche Schrankentrias. Danach sind Unternehmen der Gemeinde nur zulässig, wenn „*der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigt*“ (dazu unter 4.1), „*das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht*“ (dazu unter 4.2) und „*die Gemeinde die Aufgabe ebenso gut und wirtschaftlich wie Dritte erfüllen kann*“ (dazu unter 4.3).

### 4.1 Öffentlicher Zweck, insbesondere im Bereich der Energieversorgung

Der öffentliche Zweck ist für die kommunale wirtschaftliche Betätigung das wesentliche Abgrenzungskriterium zur privatwirtschaftlichen Betätigung (dazu im Folgenden 4.1.1), unterliegt im Bereich kommunaler Energieversorgung allerdings einigen Besonderheiten (dazu 4.1.2).

#### 4.1.1 Grundsätze des öffentlichen Zwecks

Das Rechtsstaatsprinzip aus Art. 19 Abs. 4 GG / Art. 2 VerfMV gebietet es, dass jegliche Form des staatlichen Handelns durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt ist.<sup>220</sup> Das Handeln des Staates darf nicht dem Selbstzweck dienen, da die Verfassung den Zweck des Staates auf die Wahrung des Gemeinwohls beschränkt.<sup>221</sup> Bezogen auf die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden bedeutet dies, dass kommunale Unternehmen unmittelbar dem „*Wohl der Gemeindebürger*“ dienen müssen.<sup>222</sup> Nicht ausreichend ist insofern der lediglich mittelbare Nutzen aus Erträgen und Gewinnen; vielmehr müssen die Leistungen kommunaler Unternehmen den Gemeindebürgern **unmittelbar zugute kommen**.<sup>223</sup>

---

<sup>218</sup> BR-Drs. 90/80, abgedruckt bei *Hempel/Franke* Recht der Energie- und Wasserversorgung, Teil III, § 35, S. 1.

<sup>219</sup> Nicht mit heranzuziehen sind dabei die Bestimmungen der Verordnung, die nur bei einer privatrechtlichen Ausgestaltung des Versorgungsverhältnisses angewandt werden können, insbesondere Regelungen über das zu zahlende Entgelt. BR-Drs. 90/80, abgedruckt bei *Hempel/Franke* Recht der Energie- und Wasserversorgung, Teil III, § 35, S. 1.

<sup>220</sup> *Grünewald* in: Danner/Theobald, Energierecht, Teil XII, Rn. 24.

<sup>221</sup> BVerfG, Beschl. v. 21. 09. 1976 – 2 BvR 350/75 = BVerfGE 42, 312, 332.

<sup>222</sup> BVerfG, Beschl. v. 8. 07. 1982 – 2 BvR 1187/80 = BVerfGE 61, 82, 107.

<sup>223</sup> BVerfG, Beschl. v. 8. 07. 1982 – 2 BvR 1187/80 = BVerfGE 61, 82, 107.

Die Betätigung muss auf die **Belange der örtlichen Gemeinschaft** zurückzuführen sein.<sup>224</sup> Der öffentliche Zweck deckt grundsätzlich nur Betätigungen innerhalb der eigenen Gemeindegrenzen ab, denn das durch Art. 28 Abs. 2 GG und Art. 72 Abs. 1 VerfMV gewährte kommunale Selbstverwaltungsrecht ist auf Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft beschränkt. Dies sind solche Interessen und Bedürfnisse, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben.<sup>225</sup> Die Gemeinde muss also, wenn sie sich wirtschaftlich betätigen will, primär die Bedürfnisse und Interessen ihrer Einwohner befriedigen wollen. Es ist dem Gesetzgeber verfassungsrechtlich gleichwohl gestattet, der Gemeinde wirtschaftliche Tätigkeiten außerhalb ihres Gemeindegebiets zu erlauben.<sup>226</sup> Die Grenzen dafür finden sich wiederum in Art. 28 Abs. 2 GG. Dieser schützt Gemeinden bei der Erfüllung ihrer Aufgaben auch vor Beeinträchtigungen von anderen Gemeinden.<sup>227</sup> Die Betätigung einer Gemeinde außerhalb ihres Gebietes darf nicht dazu führen, dass eine andere Gemeinde bei der Ausführung einer ihr zustehenden Aufgabe erheblich gestört wird.<sup>228</sup>

## 4.1.2 Besonderheiten des öffentlichen Zwecks im Bereich der Energieversorgung

Energieversorgung durch die Gemeinde erfüllt grundsätzlich einen öffentlichen Zweck (dazu im Folgenden a)). Die Regelung des § 68 Abs. 2 Satz 2 KV, die den öffentlichen Zweck bei ganz überwiegender Gewinnerzielung ausschließt, gilt auch hier (dazu b)), ebenso wie § 68 Abs. 2 Satz 3 KV, der speziell für die energiewirtschaftliche Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets eine Regelung trifft (dazu c)).

### a) Energieversorgung als öffentlicher Zweck

Der öffentliche Zweck einer kommunalen Unternehmung kann kaum abschließend beschreiben werden.<sup>229</sup> Energieversorgung wird jedoch grundsätzlich als öffentlicher Zweck im Sinne von § 68 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 KV eingeordnet<sup>230</sup> und ist von der Rechtsprechung als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft im Sinne von

---

<sup>224</sup> RS M-V Erneuerbare Energien, S. 5.

<sup>225</sup> BVerfG, Beschl. v. 23. 11. 1988 – 2 BvR 1619/83, 2 BvR 1628/83 = BVerfGE 79, 127-161.

<sup>226</sup> So auch *Uechtritz/Otting/Olgemöller* in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 6, Rn. 28; *Jarass*, DVBl. 2006, 1, 4; *Gern*, NJW 2002, 2593, 2595; *Heintzen*, NVwZ 2000, 743, 744; a. A. hingegen *Ehlers*, NWVBl 2000, 1, 6.

<sup>227</sup> BVerwG, Urt. v. 15. 12. 1989 – 4 C 36/86 = BVerwGE 84, 209, 214 f.; *Uechtritz/Otting/Olgemöller* in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 6, Rn. 28; *Jarass*, DVBl. 2006, 1, 4.

<sup>228</sup> *Uechtritz/Otting/Olgemöller* in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 6, Rn. 28; *Jarass*, DVBl. 2006, 1, 4.

<sup>229</sup> RS M-V Erneuerbare Energien, S. 5; *Uechtritz/Otting/Olgemöller* in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 6, Rn. 60.

<sup>230</sup> *Pieroth* in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 28, Rn. 13a; *Hellerman* in: *Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, Art. 28, Rn. 41.3.; *Wolff* in: *Schneider/Theobald*, § 5, Rn. 21 f.; *Uechtritz/Otting/Olgemöller* in: *Hoppe/Uechtritz/Reck*, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 6, Rn. 64; *Kümper/Milstein*, ZfBR 2013, 742, 743.

Art. 28 Abs. 2 GG anerkannt.<sup>231</sup> Er ergibt sich aus einer kontinuierlichen, flächendeckenden und preislich angemessenen Versorgung mit Energie in der Gemeinde; häufig – gerade im Bereich der erneuerbaren Energien – tritt noch das Ziel der umwelt- und ressourcenschonenden Energieversorgung hinzu.<sup>232</sup>

Auch die KV enthält an verschiedenen Stellen Anhaltspunkte für eine Einordnung der Versorgung mit Energie als öffentlichen Zweck. Zunächst erklärt § 68 Abs. 2 Satz 3 KV ausdrücklich, dass die wirtschaftliche Betätigung in den Bereichen der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung einem öffentlichen Zweck dient. Zwar bezieht sich die Norm auf eine Betätigung außerhalb des Gemeindegebietes. Die energiewirtschaftliche Betätigung innerhalb der Gemeindegrenzen ist dann jedoch erst Recht zulässig.<sup>233</sup> Darüber hinaus bestimmt § 68 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 KV „die Erzeugung von Energie, insbesondere erneuerbarer Art“ als Zweck, der die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde in Form einer Einrichtung rechtfertigt. § 2 Abs. 2 KV schließlich zählt die Versorgung mit Energie, insbesondere erneuerbarer Art zum eigenen Wirkungskreis der Gemeinden. Der Landesgesetzgeber geht daher davon aus, dass die „[...] wirtschaftliche Betätigung in Form der Energieversorgung ohnehin einem öffentlichen Zweck entspricht.“<sup>234</sup>

Dies gilt auch für Formen der **dezentralen Energieversorgung**.<sup>235</sup> Zwar handelt es sich um eine vergleichsweise neue Form der Energieversorgung, die derzeit noch neben einer zentralen Versorgung steht, allerdings setzt sich nicht zuletzt durch die bundesgesetzlichen Regelungen (siehe dazu oben C.II.2.2.2a)) die dezentralen Versorgung zunehmend durch.<sup>236</sup>

Bei der Bestimmung des öffentlichen Zwecks und bei der Auslegung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs verfügen die Gemeinden über einen **Beurteilungsspielraum**.<sup>237</sup> Hierdurch können kommunalpolitische Zielsetzungen und wirtschaftliche Zweckmäßigkeitserwägungen Eingang finden; die Überprüfbarkeit durch die Kommunalaufsicht und die Rechtsprechung findet nur begrenzt statt (vgl.C.I.1).<sup>238</sup>

---

<sup>231</sup> Vgl. nur: BVerwG, Urt. v. 18. 05. 1995 – 4 C 20/94 = BVerwGE 98, 236, 239 f.; BVerwG, Urt. v. 11. 11. 2004 – 3 C 36/03 = BVerwGE 122, 157, 162 f.; BVerwG, Urt. v. 20. 01. 2005 – 3 C 31/03 = BVerwGE 122, 350, 354.

<sup>232</sup> *Wolff* in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 5, Rn. 21.

<sup>233</sup> Vgl. in diesem Sinne wohl auch *Wolff* in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 5, Rn. 22.

<sup>234</sup> Gesetzesbegründung, LT-Drs. 5/4173, S. 147.

<sup>235</sup> *Bringewat*, ZUR 2013, 82, 87. *Schulz/Tischer*, GewArch 2014, 1, 5.

<sup>236</sup> Vgl. von *Kaler/Kneuper*, NVwZ 2012, 791.

<sup>237</sup> *Uechtritz/Otting/Olgemöller*, in: Hoppe/Uechtritz/Reck, § 6, Rn. 58 sprechen von **Einschätzungsprärogative**.

<sup>238</sup> *Ruffert*, VerwArch 2001, 27, 37.

- b) Öffentlicher Zweck und Gewinnerzielung – Öffentlicher Zweck bei der Erzielung von Einnahmen durch die Förderung bestimmter regenerativer Erzeugungsformen (§ 68 Abs. 2 Satz 2 KV)

Der öffentliche Zweck muss im Vordergrund der wirtschaftlichen Tätigkeit stehen. § 68 Abs. 2 Satz 2 KV bestimmt, dass kein öffentlicher Zweck vorliegt, wenn das von der Gemeinde betriebene Unternehmen ganz überwiegend der Gewinnerzielung dient. Das Erfordernis des öffentlichen Zweckes verbietet mithin eine wirtschaftliche Tätigkeit allein oder ganz überwiegend zum Zwecke der Erwirtschaftung von Gewinnen.<sup>239</sup>

Dies bedeutet nicht, dass Gemeinden bei ihrer wirtschaftlichen Betätigung keine Gewinne erzielen dürfen. § 68 Abs. 3 Satz 2 KV legt ausdrücklich fest, dass Einrichtungen nach wirtschaftlichen Grundsätzen zu führen sind. Weiterhin fordert § 75 Abs. 1 Satz 2 KV, dass Unternehmen einen Ertrag für den Haushalt abwerfen sollen. Das zeigt, dass die Gemeinde neben dem öffentlichen Zweck auch Gewinnerzielungsabsichten verfolgen kann und sogar muss. Diese Absicht darf aber im Verhältnis zum öffentlichen Zweck nur nachrangig sein,<sup>240</sup> was nicht zuletzt in § 75 Abs. 1 Satz 2 KV zum Ausdruck kommt, wonach die Ertragserzielungsabsicht nur verfolgt werden darf, soweit dadurch der öffentliche Zweck nicht gefährdet wird.

Für den hier relevanten Bereich der **Energieversorgung** bedeutet dies, dass bei dem Betrieb eines Versorgungsunternehmens durch die Gemeinde der Unternehmenszweck die Versorgung der Gemeindemitglieder sein muss. Gleichzeitig ist das Unternehmen aber so zu führen, dass nachhaltig Gewinne erwirtschaftet werden können.

Mit Blick auf die **wirtschaftliche Betätigung im Bereich der erneuerbaren Energien** (und der Kraft-Wärme-Kopplung) könnte sich die Frage stellen, ob eine Gewinnerzielungsabsicht zu bejahen ist, wenn mit den nach EEG oder KWKG garantierten **Vergütungen** (siehe dazu oben C.II.3.3.1a)aa)) auch ein Vorteil für den kommunalen Haushalt verbunden sein soll.<sup>241</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, dass der öffentliche Zweck nur dann ausgeschlossen ist, wenn die Gemeinde eine Betätigung unternimmt, die „ganz überwiegend“ der Gewinnerzielung dient. Dies dürfte bei einer Energieerzeugung, die primär der Versorgung der Gemeinde und deren Einwohner dient, nicht der Fall sein.<sup>242</sup> Eine mögliche Gewinnerzielung in Form

<sup>239</sup> OVG Münster, NVwZ 2008, 1031, 1035.

<sup>240</sup> Vgl. *Grinewald* in: Danner/Theobald, Energierecht, Teil XII, Rn. 25 unter Verweis auf BVerwG, Urt. v. 22. 02. 1972 – I C 24.69 = BVerwGE 39, 329, 334; OVG Münster, Urt. v. 15. 12. 1994 – 9 A 2251/93, juris. de.

<sup>241</sup> *Kümper/Milstein*, ZfBR 2013, 742, 743.

<sup>242</sup> So auch *Kümper/Milstein*, ZfBR 2013, 742, 743.

der garantierten Vergütung bei Einspeisung des nicht innerhalb der Gemeinde selbst verbrauchten Stroms ist dann nur eine Nebenfolge der eigentlichen Tätigkeit.

- c) Öffentlicher Zweck bei Versorgung mit Strom, Gas, Wärme außerhalb des Gemeindegebiets (§ 68 Abs. 2 Satz 3 KV)

Von dem Grundsatz, dass die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde auf ihr Gemeindegebiet beschränkt sein muss (vgl. dazu oben C.II.4.1.1), macht § 68 Abs. 2 Satz 3 KV eine Ausnahme. Danach ist im Bereich der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung ein öffentlicher Zweck gegeben, auch wenn die wirtschaftliche Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets stattfindet. Entscheidend ist dabei nicht, dass die Erzeugungseinrichtung außerhalb des Gemeindegebietes liegt, sondern vielmehr, ob die Energielieferung den eigenen Einwohnern zugute kommt oder nicht.<sup>243</sup>

Den Möglichkeiten der Gemeinde, ihre Leistungen außerhalb des Gemeindegebietes anzubieten, sind jedoch Grenzen gesetzt. Das **Verbot der überwiegenden Gewinnerzielungsabsicht** gem. § 68 Abs. 2 Satz 2 KV ist eine eigenständige Voraussetzung des öffentlichen Zwecks und muss weiterhin berücksichtigt werden.<sup>244</sup> Die beiden Voraussetzungen sind jedoch insoweit **miteinander verbunden**, als eine tatsächliche Betätigung der Gemeinde außerhalb ihres Gebietes immer nur mit Gewinnerzielungsabsicht erfolgen kann, da die Versorgung der eigenen Gemeindeglieder in dieser Konstellation gerade keine Rolle spielt.<sup>245</sup>

Eine **ganz überwiegende Gewinnerzielungsabsicht** darf also eine Gemeinde auch dann nicht verfolgen, wenn sie außerhalb ihres Gemeindegebiets im Bereich der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung tätig wird.<sup>246</sup> Satz 2 stellt auf die „*vom Wettbewerb beherrschten (Tätigkeiten des) Wirtschaftslebens*“ ab und erfasst damit auch die Strom-, Gas- und Wärmeversorgung, die durch europarechtliche Vorgaben in den letzten Jahren **liberalisiert** wurde. Aber auch wenn kommunale Unternehmen in diesem Bereich eine gewisse Größe aufweisen müssen, um sich im Markt behaupten zu können und damit auch eine Betätigung über die Gemeindegrenzen hinaus nahe liegt,<sup>247</sup> soll eine rein oder ganz überwiegende Gewinnerzielungsrichtung unter Hintanstellung des öffentlichen Zwecks nicht zugelassen werden.

---

<sup>243</sup> BVerwG, Urt. v. 22. 01. 2005 – 3 C 31/03 = BVerwGE 122, 350, 360; *Uechtritz/Otting/Olgemöller* in: Hoppe/Uechtritz/Reck, § 6, Rn. 22.

<sup>244</sup> Es kommt bei der Betrachtung von § 68 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 nicht darauf an, welchem Satz der Vorrang zukommt. Diese Frage aufwerfend: *Schwartz*, NordÖR 2011, 421, 422 f.

<sup>245</sup> Vgl. *Pielow* in: Säcker, Energierecht, EnWG Einl. E., Rn. 439 f.

<sup>246</sup> So wohl auch *Schwartz*, NordÖR 2011, 421, 422 f.

<sup>247</sup> *Kümper/Milstein*, ZfBR 2013, 742, 744.

Nach diesem Verständnis ist dann auch das Kriterium der ganz überwiegenden Gewinnerzielungsabsicht aus S. 1 auszulegen: Nicht ausgeschlossen dürfte es danach sein, dass *auch* Abnehmer außerhalb des Gemeindegebiets beliefert werden. Sie dürften jedoch nicht die **ganz überwiegende** Anzahl ausmachen, da sonst das Ziel der Gewinnerwirtschaftung zu sehr in den Vordergrund träte.

Es ergibt sich damit folgender Rahmen für die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden im Bereich der Stromversorgung:

- Zulässig ist die Betätigung der Gemeinde, wenn der erzeugte Strom **vollständig oder (ganz) überwiegend an Einwohner der Gemeinde geliefert** wird, unabhängig vom konkreten Standort der Anlage. In diesem Fall dient die Einrichtung überwiegend der Versorgung der Gemeindeeinwohner mit Strom. Die Gewinnerzielungsabsicht ist bloß ein Nebenzweck und die Betätigung außerhalb der Gemeinde ist nach § 68 Abs. 2 Satz 3 KV zulässig.
- Unzulässig ist die Betätigung der Gemeinde, wenn der erzeugte Strom **vollständig oder ganz überwiegend an Abnehmer außerhalb der Gemeinde** geliefert oder in das allgemeine Stromnetz eingespeist wird. Hiermit wird letztlich nur eine Gewinnerzielungsabsicht verfolgt.<sup>248</sup> Der Bezug zum Gemeindegebiet ist nur noch rein wirtschaftlich-fiskal,<sup>249</sup> weil nur noch die wirtschaftliche Verwertung der Erzeugungsanlage mit der Gemeinde verknüpft ist. Der notwendige öffentliche Zweck der Versorgung der Gemeindeeinwohner tritt in den Hintergrund.

## 4.2 Angemessenes Verhältnis zum Bedarf

Die Unternehmung muss auch in einem angemessenen Verhältnis zum voraussichtlichen Bedarf stehen. Dieses Kriterium muss durch ein *Unternehmen* erfüllt werden (§ 68 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 KV), nicht aber – anders als das Kriterien des angemessenen Verhältnisses zur Leistungsfähigkeit – durch eine *Einrichtung* zur Erzeugung von Energie gem. § 68 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 KV. Da es sich bei der Prüfung der Angemessenheit um eine Prognoseentscheidung der Gemeinde handelt, besteht auch diesbezüglich ein **Beurteilungsspielraum** (zur Bedeutung siehe ausführlich oben C.I.1).

Ein **konkreter Bedarf** liegt dann vor, wenn davon ausgegangen werden kann, dass das anzubietende Produkt nicht nur vorübergehend in größerem Umfang von den Gemeindemitgliedern nachgefragt wird, das Angebot also notwendig ist, um die örtliche Daseinsvorsorge in einem be-

---

<sup>248</sup> Vgl. VG SH, Urt. v. 24.05.2012, 6 A 108/11, Rn. 33, juris.de; *Kümper/Milstein*, ZfBR 2013, 742, 744; *Gern*, NJW 2002, 2593, 2594 f.

<sup>249</sup> Vgl. VG SH, Urt. v. 24.05.2012, 6 A 108/11, Rn. 33, juris.de; *Kümper/Milstein*, ZfBR 2013, 742, 744.



stimmten Bereich zu gewährleisten.<sup>250</sup> Die Gemeinde muss daher prüfen, ob sie für ihr Produkt kostendeckend Abnehmer finden kann.

Innerhalb dieser Prüfung wird damit wieder die Bezugnahme auf das **eigene Gemeindegebiet** relevant. So darf sich eine Gemeinde zwar auch über die Gemeindegrenzen hinweg bei der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung wirtschaftlich betätigen, bei der Gründung eines Unternehmens ist allerdings der **konkrete Bedarf innerhalb der eigenen Gemeinde** der relevante Maßstab. Hierdurch sollen unzulässige, dauerhafte Überdimensionierungen vermieden werden, um etwaige Zuschussposten für den gemeindlichen Haushalt auszuschließen.<sup>251</sup> Dies führt aber nicht dazu, dass eine Gemeinde auf die Deckung des Eigenbedarfes beschränkt ist.<sup>252</sup>

Für den Bereich der **Energieerzeugung und -versorgung** bedeutet dies, dass weder ein günstiger Standort – z. B. ein guter Windstandort – noch die gesetzliche Abnahmeverpflichtung für Strom aus EEG-Anlagen allein ausreichen, um den Bedarf zu bejahen, sofern nicht die Versorgung der eigenen Gemeindeglieder im Vordergrund steht. Bei einer bloßen Einspeisung des Stroms in das Netz für die allgemeine Versorgung ist nämlich die Notwendigkeit zur Gewährleistung des örtlichen Daseinsvorsorgebedarfs nicht ersichtlich.<sup>253</sup>

### 4.3 Subsidiaritätsklausel

Weitere Voraussetzung für den Betrieb eines Unternehmens durch die Gemeinde ist, dass die verfolgte Aufgabe von der Gemeinde **ebenso gut und wirtschaftlich** wie von einem Dritten erfüllt werden kann. Der Zweck der Subsidiaritätsklausel ist die Beschränkung der Kommunen auf ihre eigentlichen Aufgaben, sie sollen der Privatwirtschaft nicht ohne Not Konkurrenz machen. Daher muss ein Betrieb unterbleiben, wenn die Ziele von Dritten **besser und effizienter** erreicht werden können. Werden die privaten Dritten also in nur einem Kriterium schlechter bewertet als ihre kommunalunternehmerische Konkurrenz, steht die Subsidiaritätsklausel einer wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden nicht entgegen.<sup>254</sup> Meint ein Privater, dass er den angestrebten Zweck tatsächlich besser erfüllen kann, so trägt er in einem Prozess hierfür die Beweislast.<sup>255</sup>

---

<sup>250</sup> VG SH, Urt. v. 24.05.2012, 6 A 108/11, Rn. 38, juris.de.

<sup>251</sup> Neutz in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, C 130.

<sup>252</sup> Die Ausweitung der in § 68 Abs. 3 Nr. 3 verwendeten Formulierung „ausschließlich zur Deckung des Eigenbedarfs der Gemeinde“ als Kriterium für jegliche kommunalwirtschaftliche Betätigung wurde im Gesetzgebungsverfahren als zu weitgehende Beschränkung der Handlungsspielräume der Kommunen abgelehnt, LT-Drs. 5/4173, S. 147.

<sup>253</sup> VG SH, Urt. v. 24.05.2012, 6 A 108/11, Rn. 38, juris.de.

<sup>254</sup> OVG Magdeburg, Urt. v. 17. 02. 2011 – 2 L 126/09, Rn. 40, juris.de; OVG Magdeburg Urt. v. 19. 05. 2005 – 1 L 40/04, Rn. 34, juris.de.

<sup>255</sup> Cronauge/Westermann, Kommunale Unternehmen, Rn. 135.

Die **bessere Erfüllung** bezieht sich vor allem auf die **Nachhaltigkeit**, d. h. die Dauerhaftigkeit und Zuverlässigkeit der Leistung.<sup>256</sup> Hierbei spielt die Bedeutung der Leistung für den Bürger eine entscheidende Rolle. Je wichtiger eine Leistung für den Bürger ist, desto größer kann das Bedürfnis nach einem krisenfesten, stetigen und ungestörten Angebot zu sozial gerechtfertigten Bedingungen sein.<sup>257</sup> Mit dem Argument der **Versorgungssicherheit** kann sich also eine Prognose zugunsten der kommunalen Energieunternehmen rechtfertigen lassen, denn der Private steht in der Regel stärker als die Gemeinde unter betriebswirtschaftlichem Erfolgszwang.<sup>258</sup>

Das Kriterium der **Wirtschaftlichkeit** bezieht sich auf die langfristig **kostengünstigere** und **effizientere Erfüllung** (siehe zur anzustellenden Kosten-Nutzen-Relation bereits oben, C II 3.3.1 d) aa)).<sup>259</sup>

Bei der Bewertung, ob ein Privater den angestrebten Zweck besser erreichen kann, hat die Gemeinde einen **Beurteilungsspielraum**,<sup>260</sup> der von der Rechtsaufsicht nur begrenzt überprüft werden kann (siehe dazu ausführlich C.I.1).<sup>261</sup>

#### 4.4 Zwischenfazit

Der öffentliche Zweck, das angemessene Verhältnis des Unternehmens zum voraussichtlichen Bedarf sowie die Subsidiarität kommunaler Wirtschaftstätigkeit sind weitere Kriterien, die bei einer wirtschaftlichen Tätigkeit der Kommune berücksichtigt werden müssen. Sie gelten grundsätzlich nur für Unternehmen, nicht für Einrichtungen. Im Energiebereich erlangt insbesondere die ganz überwiegende Gewinnerzielungsabsicht, die den öffentlichen Zweck entfallen lässt, und die Betätigung in der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung außerhalb des Gemeindegebiets (§ 68 Abs. 3 Satz 2, 3 KV) Bedeutung.

---

<sup>256</sup> RPVerfGH, Urt. v. 28. 03. 2000 – VGH N 12/98 = NVwZ 2000, 801, 803; OVG Magdeburg, Urt. v. 19. 05. 2005 – 1 L 40/04, Rn. 34, juris.de; *Wolff* in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 5, Rn. 44, m. w. N.

<sup>257</sup> Vgl. RPVerfGH, Urt. v. 28. 03. 2000 – VGH N 12/98 = NVwZ 2000, 801, 803; *Wolff* in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 5, Rn. 44.

<sup>258</sup> Vgl. RPVerfGH, Urt. v. 28. 03. 2000 – VGH N 12/98 = NVwZ 2000, 801, 803; *Wolff* in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 5, Rn. 44.

<sup>259</sup> *Wolff* in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 5, Rn. 44.

<sup>260</sup> Vgl. nur RPVerfGH, Urt. v. 28. 03. 2000 – VGH N 12/98 = NVwZ 2000, 801, 803; OVG Magdeburg, Urt. v. 17. 02. 2011 – 2 L 126/09, Rn. 40, juris.de; OVG Magdeburg Urt. v. 19. 05. 2005 – 1 L 40/04, RN. 34, juris.de.

<sup>261</sup> Vgl. auch OVG Magdeburg, Urt. v. 17. 02. 2011 – 2 L 126/09, Rn. 42, juris.de; *Ruffert*, Verwaltungsarchiv, 2001, 27, 46.

## 5. Zwischenfazit

Entschließt sich eine Gemeinde, wirtschaftlich tätig zu werden, wird sie zunächst die rechtlichen Voraussetzungen ihres geplanten Vorhabens prüfen. **Ausgangspunkt** ist dann **§ 68 KV**, der in kommunalrechtlicher Hinsicht die Grundsätze einer wirtschaftlichen Betätigung beinhaltet.

Eine solche liegt nur dann vor, wenn nicht eine **bloße Vermögensverwaltung** gegeben ist. Diese ist vor allem dadurch gekennzeichnet, dass die Kommune ihr Vermögen nutzt, ohne am Markt tätig zu werden. Auch die Förderung ideeller Ziele, z. B. das Engagement von Bürgern im Bereich der kommunalen Energieerzeugung (Bürger- bzw. Energiegenossenschaft) kann – sofern sie nur in untergeordnetem Umfang erfolgt – bloße Vermögensverwaltung sein.

Die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden im Energiebereich kann in Form von **Unternehmen** (nach § 68 Abs. 2 KV) oder **Einrichtungen** (nach § 68 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 und 4 KV) erfolgen. Während jedes Unternehmen die Voraussetzungen der so genannten Schrankentrias in § 68 Abs. 2 KV erfüllen muss, handelt es sich bei den Einrichtungen um eine privilegierte Form der wirtschaftlichen Betätigung.

Die **Privilegierung der Einrichtungen** ergibt sich insbesondere daraus, dass sie die Vorgaben der Schrankentrias nicht erfüllen müssen. Es kommt also grundsätzlich nicht darauf an, dass ihre Tätigkeit nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht (vgl. § 68 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 KV).<sup>262</sup> Für die Risikobewertung bedeutet dies, dass sich die Frage der Rentabilität für Einrichtungen weniger entscheidend ist. So müssen sie nach § 75 Abs. 1 Satz 2 KV – anders als Unternehmen – auch keinen Ertrag für den Haushalt abwerfen und ihr Jahresgewinn muss – anders als für Unternehmen nach § 75 Abs. 2 KV – auch nicht so hoch sein, dass neben den unternehmenseigenen Rücklagen auch noch mindestens eine marktübliche Verzinsung des Eigenkapitals erwirtschaftet wird.

Im **Energiebereich** können Kommunen nach der KV in allen Bereichen der energiewirtschaftsrechtlichen **Versorgung** tätig werden. Möglicherweise ist eine Gemeinde bzw. ein kommunales Unternehmen als integriertes Energieversorgungsunternehmen zu qualifizieren. Die dezentrale Versorgung in Form des **Eigenverbrauchs** oder der **Direktlieferung** von selbst erzeugtem EEG-Strom aus erneuerbaren Quellen kann bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen für eine Gemeinde attraktiv sein. Darüber ist auch die Einspeisung von Strom in das Netz für die allgemeine Versorgung möglich, um in den Genuss der **Einspeisevergütung** kommen. Daneben tritt die **Direktvermarktung** des selbst erzeugten Stroms.

Die besonderen Anforderungen des **Energirechts** wirken auch auf das Kommunalrecht ein. So hat die energiewirtschaftsrechtliche Tätigkeit auch Auswirkungen auf die Wahl der möglichen Organisationsform, also der Wahl zwischen Einrichtung und Unternehmen. Soweit die Gemein-

---

<sup>262</sup> Eine Ausnahme sind Einrichtungen zur Erzeugung von Energie, insbesondere erneuerbarer Art, die auch in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde stehen müssen, § 68 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 KV (siehe dazu sogleich ausführlicher).

de nur im Bereich der **Energieerzeugung** tätig wird, kann sie dies in der privilegierten Form der Einrichtung nach § 68 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 KV realisieren. Allerdings ist auch hier zu beachten, dass Art und Umfang der Einrichtung – wie bei einem Unternehmen – in angemessenem Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde stehen. Hinzu kommt, dass – wenn die Gemeinde die Einrichtung dann in Form einer privatrechtlichen Gesellschaft betreiben will – die Anforderungen der KV an **Einrichtungen in Privatrechtsform** nach § 69 Abs. 1 Nr. 2 KV beachtet werden müssen. Soweit die wirtschaftliche Betätigung die übrigen Bereiche der **Energieversorgung** erfasst, erfolgt sie im Rahmen eines Unternehmens und muss die Anforderungen der **Schrankentrias des § 68 Abs. 2 KV** erfüllen.

Eigenverbrauch von selbst erzeugtem EEG-Strom aus erneuerbaren Quellen liegt auch dann vor, wenn eine Gemeinde sich durch einen **Eigenbetrieb** versorgt. Dient der erzeugte Strom *ausschließlich* zur Deckung des gemeindlichen **Eigenbedarfs**, kann sie den Eigenbetrieb als Einrichtung nach § 68 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KV führen.

Nach den kommunalrechtlichen Vorgaben ist bei der Frage, ob eine Kommune sich wirtschaftlich betätigen kann, die **Leistungsfähigkeit** zentrales Kriterium. Sie ist nach haushaltswirtschaftlichen Grundsätzen zu bestimmen und stellt sicher, dass die Kommune über die ausreichende Finanz- und Verwaltungskraft verfügt, um ein wirtschaftliches Engagement tragen zu können. Da die wirtschaftliche Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde stehen muss, rückt das Kriterium des **Risikos** in den Mittelpunkt: Die Kommune muss aufgrund ihrer jeweiligen Haushaltssituation in der Lage sein, die mit der wirtschaftlichen Betätigung einhergehenden unternehmerischen Risiken zu tragen. Für die Ausgestaltung einer wirtschaftlichen Betätigung bedeutet dies, dass das Vorhaben den angespannten Haushalt **nicht zusätzlich belasten** bzw. keine weiteren Risiken aufbauen darf. Das Projekt muss sich also **rentieren**.

Die **Risikokriterien** hat die Gemeinde bei jeder Unternehmung individuell zu bewerten. Dabei bestehen im Bereich der **Stromerzeugung aus erneuerbaren Quellen** Besonderheiten, die sich insbesondere aus der Regulierung des Sektors ergeben. So spielt die Abnahme- und Vergütungspflicht von Strom aus EEG- oder KWKG-Anlagen ebenso eine Rolle wie das mögliche Risiko, das ein Anlagenbetreiber durch den Betrieb der Erzeugungsanlage eingeht. Diese rechtlichen Rahmenbedingungen unterliegen gerade im Bereich der erneuerbaren Energien einer großen Unsicherheit aufgrund möglicher Rechtsänderungen. Hinzu kommen wirtschaftliche Unsicherheiten, die sich vor allem aus der zunehmenden Heranführung der erneuerbaren Energien an den Markt ergeben und diese dadurch zunehmend Markteinflüssen aussetzen. Im Bereich der **Wärmeversorgung** kann der mögliche Anschluss- und Benutzungszwang zu berücksichtigen sein.

Findet die wirtschaftliche Betätigung durch *Unternehmen* – also nicht durch privilegierte Einrichtungen – statt, muss der **öffentliche Zweck** das Unternehmen rechtfertigen. Dies wird bei der kommunalen Energieversorgung grundsätzlich angenommen. Etwas anderes gilt, wenn die Gemeinde mit dem **ganz überwiegenden Ziel der Gewinnerzielung** tätig wird (§ 68 Abs. 3 Satz 2 KV). Für den Energiebereich bedeutet dies, dass die Versorgung der Einwohner der Ge-

meinde für die kommunale Energieversorgung im Vordergrund stehen muss. Dass durch die **Einspeisevergütung** von Strom aus erneuerbaren Quellen oder aus Kraft-Wärme-Kopplung in das Netz für die allgemeine Versorgung auch Einnahmen für den kommunalen Haushalt generiert werden können, hindert die Annahme eines öffentlichen Zwecks nicht. Wird die Gemeinde allerdings *ganz überwiegend* **außerhalb ihres Gemeindegebiets** im Bereich der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung tätig (§ 68 Abs. 2 Satz 3 KV) oder speist erzeugten Strom *ganz überwiegend* in das Netz der allgemeinen Versorgung ein, wird letztlich nur noch eine Gewinnerzielungsabsicht verfolgt, die den öffentlichen Zweck nicht mehr zu rechtfertigen vermag.

### III. Zweite Entscheidung: Die Frage nach dem Wie der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde

Hat sich die Gemeinde entschlossen, wirtschaftlich tätig zu werden, stellt sich die Frage, wie sie ihr Engagement realisieren will. Dabei muss die Gemeinde nicht nur die Anforderungen, die das Kommunalrecht an eine wirtschaftliche Betätigung stellt (dazu im Folgenden 2), sondern auch die gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen für die privatrechtlichen Organisationsformen beachten. Diese spielen insbesondere dann eine Rolle, wenn sie ein Unternehmen selbst gründet und führt. Diese Möglichkeit stellt – systematisiert man die kommunalen wirtschaftlichen Tätigkeiten nach Umfang und Reichweite – das weitgehendste, **erste Szenario** kommunaler Wirtschaftstätigkeit dar (dazu 3). Im **zweiten Szenario** beteiligt sich die Gemeinde an einer Unternehmung, hat also einen oder mehrere weitere Partner. Darunter fällt nicht nur die mittelbare Beteiligung, in der nur ein von der Gemeinde beherrschtes Unternehmen eine Beteiligung an einem anderen Unternehmen erwirbt, sondern auch die Zusammenarbeit einer Gemeinde mit anderen Kommunen im Rahmen von Kommunalunternehmen oder in Zweckverbänden (dazu 4). Im **dritten Szenario** vergibt die Gemeinde nur noch Konzessionen an private Dritte, die dann die entsprechende Infrastruktur der Energie- und Wärmenetze betreiben; es handelt sich um eine Fremdversorgung, bei der die Gemeinde als Konzessionsgeberin auftritt (dazu 5).

#### 1. Verhältnis von Kommunalrecht und Gesellschaftsrecht

Die **Kommunalverfassung** ist der Ausgangspunkt für die Frage, wann eine kommunale Unternehmung rechtlich zulässig sein kann. Sie stellt allgemeine Anforderungen an die wirtschaftliche Betätigung auf, damit u. a. die übergeordnete **Bindung an den öffentlichen Zweck** sichergestellt wird. Das kommunale Unternehmen muss damit einerseits die sich aus der öffentlichen Zweckbindung der Gemeinde ergebenden Pflichten wie Risikominimierung und Wahrung des kommunalen Einflusses auf die Gesellschaft umsetzen, andererseits aber als Wirtschaftssubjekt auch wirtschaftlich handeln.<sup>263</sup>

---

<sup>263</sup> Vgl. dazu auch *Wurzel/Gaß* in: *Wurzel/Schraml/Becker*, J 2 f.

Dies bedeutet, dass sich die Voraussetzungen für kommunale Unternehmen und Einrichtungen nur zum Teil aus dem Kommunalrecht ergeben. Daneben beinhaltet das **Gesellschaftsrecht** weitreichende Anforderungen für alle privatrechtlichen Organisationsformen.<sup>264</sup> Diese gelten unabhängig vom Träger des Unternehmens, beinhalten also mit Blick auf eine kommunale, öffentlich-rechtliche Trägerschaft keine spezifischen Besonderheiten. Im Mittelpunkt des Gesellschaftsrechts steht die Organisation der privatrechtlichen Gesellschaft, die eigenen Regeln folgt und grundsätzlich rechtlich und organisatorisch **eigenständig ist**. Dies bedeutet für kommunale Unternehmen, dass die Interessen einer privatrechtlichen Gesellschaft an sich nicht notwendigerweise **deckungsgleich** sein müssen mit den Interessen der hinter dieser Gesellschaft stehenden Gemeinde. Eine handelnde Person kann in ihrer Rolle als Organ der Gesellschaft andere Interessen vertreten, als sie dies möglicherweise als Vertreterin der Gemeinde machen muss.<sup>265</sup>

Aus diesem Grund stellt das Kommunalrecht insbesondere für privatrechtliche Gesellschaften Anforderungen auf, die von diesen beachtet werden müssen, wenn der Träger eine Kommune ist: **Das Kommunalrecht wirkt in das Gesellschaftsrecht hinein.**<sup>266</sup> Gerade bei Unternehmen und Einrichtungen in Privatrechtsform soll durch verschiedene materiell-rechtliche Vorgaben und durch Verfahrensvorschriften sichergestellt werden, dass die am öffentlich-rechtlichen Zweck ausgerichteten Interessen der Gemeinde auch innerhalb der Gesellschaft Berücksichtigung finden.

Kommunale Unternehmen befinden sich damit in einem **Spannungsfeld** zwischen ihrer wirtschaftlichen Ausrichtung einerseits und den Beschränkungen, die sich aus ihrer mittelbaren Bindung an Grundsätze des Sozialstaats-, Rechtsstaats- und Demokratieprinzips ergeben.<sup>267</sup>

## 2. Allgemeine Anforderungen an alle Organisationsformen aus dem Kommunalrecht

Aus diesem Zusammenwirken von Gesellschafts- und Kommunalrecht ergeben sich einige Anforderungen, die unabhängig von der konkreten Ausgestaltung beachtet werden müssen und die deshalb vorab dargestellt werden: Dazu gehört, dass die Wirtschaftsgrundsätze beachtet werden (dazu unten 2.1) und dass die entsprechende Vertretung der Gemeinde in der Gesellschaft sichergestellt wird (dazu 2.2). Hinzu kommen Anzeigepflichten gegenüber der Rechtsaufsichtsbehörde (dazu 2.3).

---

<sup>264</sup> Die folgenden Ausführungen dieses Absatzes gelten vor allem für die privatrechtlichen Organisationsformen, die im Anschluss an die öffentlich-rechtlichen Organisationsformen des Eigenbetriebs und des Kommunalunternehmens behandelt werden (ausführlich C.III.3.3.2).

<sup>265</sup> *Geiger/Aßmann*, DVBl. 2012, 1276, 1277; dazu *Uechtritz/Reck* in: Hoppe/Uechtritz/Reck, § 16, Rn. 17 ff.

<sup>266</sup> So im Ergebnis auch *Geiger/Aßmann*, DVBl. 2012, 1276, 1277.

<sup>267</sup> *Grünwald* in: Danner/Theobald, Energierecht, Teil XII, Rn. 59.

## 2.1 Wirtschaftsgrundsätze

Für alle Unternehmungen der Gemeinde gilt § 75 KV. Hiernach sind Unternehmen und Einrichtungen so zu führen, dass der **öffentliche Zweck** erfüllt wird. Dies kann beispielsweise durch die Satzung sichergestellt werden. Daneben sollen *Unternehmen* einen **Ertrag für den Haushalt** der Gemeinde abwerfen, sofern der öffentliche Zweck dadurch nicht beeinträchtigt wird. Der Jahresgewinn der wirtschaftlichen Unternehmen soll nach § 75 Abs. 2 KV so hoch sein, dass außer den für die technische und wirtschaftliche Fortentwicklung des Unternehmens notwendigen Rücklagen **mindestens eine marktübliche Verzinsung des Eigenkapitals** erwirtschaftet wird.

## 2.2 Vertretung der Gemeinde

§ 71 KV regelt die Vertretung der Gemeinde in den Gremien der Unternehmung. Hiernach ist grundsätzlich der **Bürgermeister** Vertreter der Gemeinde in der Gesellschafterversammlung oder dem satzungsmäßigen Organ der Gesellschaft. Im Verhinderungsfall kann er einen Vertreter entsenden, dieser darf aber nicht leitender Bediensteter in diesem Unternehmen bzw. dieser Einrichtung sein.

Über Angelegenheiten von besonderer Bedeutung haben der Bürgermeister bzw. die anderen berufenen Gemeindevertreter den **Hauptausschuss** oder die Gemeindevertretung nach § 71 Abs. 4 KV frühzeitig zu unterrichten. Dies betrifft insbesondere die Fälle, in denen vom Unternehmen bzw. der Einrichtung Kreditaufnahmen außerhalb des gültigen Wirtschaftsplanes geplant sind.<sup>268</sup>

Darüber hinaus haben die Mitglieder der Gemeindevertretung auf Antrag mindestens eines Viertels ihrer Mitglieder oder einer Fraktion das Recht **Auskunft** zu verlangen, § 71 Abs. 5 KV.

## 2.3 Anzeigepflicht gegenüber Rechtsaufsichtsbehörde

Gründet die Gemeinde ein Unternehmen oder erwirbt sie, auch mittelbar, eine Unternehmensbeteiligung, ist dies gemäß § 77 KV anzeigepflichtig gegenüber der Rechtsaufsichtsbehörde.<sup>269</sup> Diese kann die Verletzung von Rechtsvorschriften geltend machen.

Die Anzeigepflicht nach § 77 KV besteht, wenn die Gemeinde

- ein Unternehmen **errichten, übernehmen** oder wesentlich erweitern will,
- die Organisationsform oder wesentliche Aufgaben **ändern** will,

---

<sup>268</sup> Beachte für diese Kreditaufnahmen auch gegebenenfalls bestehende Genehmigungserfordernisse durch die Rechtsaufsichtsbehörde nach § 52 KV.

<sup>269</sup> Eine solche Anzeigepflicht besteht in allen Bundesländern mit Ausnahme von Rheinland-Pfalz, wobei in Brandenburg sogar eine Genehmigung durch die Kommunalaufsicht erforderlich ist. Vgl. hierzu auch *Neutz* in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, C 223.

- mittelbare oder unmittelbare **Beteiligungen von mehr als 20 %** an Unternehmen und Einrichtungen eingehen will,
- Eigenbetriebe und Kommunalunternehmen **auflösen** will.

§ 77 Abs. 1 Satz 2 KV bestimmt, dass die Gründung oder Übernahme eines Unternehmens erst dann wirksam wird, wenn die Rechtsaufsichtsbehörde nicht binnen einer **zweimonatigen Frist** beginnend mit dem Eingang der erforderlichen Unterlagen Einwände erhoben hat bzw. vor Ablauf der Frist erklärt hat, dass sie keine Verletzung von Rechtsvorschriften geltend macht. Hierdurch soll verhindert werden, dass Gemeinden, insbesondere bei der Errichtung von privatrechtlich organisierten Unternehmen, bereits vor Abschluss der Prüfung der Rechtsaufsichtsbehörde Fakten schaffen.<sup>270</sup>

### 3. Erstes Szenario: Alleinige Gründung und Betrieb eines Unternehmens bzw. einer Einrichtung durch die Gemeinde

Entschließt sich die Gemeinde, ein Unternehmen bzw. eine Einrichtung selbst zu gründen und zu betreiben, stehen ihr verschiedene Organisationsformen zur Verfügung (dazu im Überblick 3.1, im Detail 3.3), zwischen denen sie nach bestimmten Kriterien auswählen kann (dazu 3.2). Im Zwischenfazit (3.4) werden die Vor- und Nachteile der verschiedenen Organisationsformen zusammenfassend dargestellt.

#### 3.1 Überblick über die verschiedenen Organisationsformen

Die KV bietet in § 68 Abs. 4 den rechtlichen Rahmen für kommunale Unternehmungen. Danach können sowohl Einrichtungen als auch Unternehmen der Gemeinden

- als Eigenbetrieb (nachfolgend unter C.III.3.3.1a)),
- als Kommunalunternehmen (nachfolgend unter C.III.3.3.1b)) oder
- in den Organisationsformen des Privatrechts (nachfolgend unter C.III.3.3.2)

betrieben werden.

##### 3.1.1 Organisationsformen des öffentlichen Rechts

###### a) Eigenbetriebe

Der **Eigenbetrieb** ist eine öffentlich-rechtliche Organisationsform, bei der die Gemeinde die Unternehmung lediglich organisatorisch, aber **nicht gesellschaftsrechtlich** von den allgemeinen Verwaltungsaufgaben trennt. Der Eigenbetrieb eignet sich damit tendenziell eher für kleinere Unternehmungen, da bei größeren Unter-

---

<sup>270</sup> Gesetzesbegründung, LT-Drs. 5/4173, S. 154.



nehmungen in der Regel mehr Flexibilität hinsichtlich Personalausstattung und Auftreten am Markt benötigt werden.

## b) Kommunalunternehmen

Bei einem **Kommunalunternehmen** handelt es sich ebenfalls um eine öffentlich-rechtliche Organisationsform. Im Unterschied zum Eigenbetrieb erfolgt hier aber eine rechtliche Trennung von der allgemeinen Verwaltung. Das Kommunalunternehmen hat im Unterschied zum Eigenbetrieb eine **eigene Rechtspersönlichkeit als Anstalt des öffentlichen Rechts (AöR)**.

Mecklenburg-Vorpommern hat hier einen Sonderweg beschritten, denn in anderen Ländern sind auch teilrechtsfähige oder nichtrechtsfähige Unternehmungen wie z. B. Schulen, Museen oder das Technische Hilfswerk als AöR organisiert. Das Kommunalunternehmen mecklenburgischer Art bietet als Vorteil eine **größere Flexibilität** beim Auftreten am Markt. Es eignet sich daher auch für größere Unternehmungen, etwa für den Betrieb größerer Anlagen oder ganzer Stadtwerke. Als Teil der öffentlichen Verwaltung sind Kommunalunternehmen aber dem Staat zugeordnet. Dies hat zur Folge, dass etwa hinsichtlich des **Personals** öffentlich-rechtliche Tarifabschlüsse gelten und eine (unmittelbare) Beteiligung privater Investoren nicht möglich ist.

### 3.1.2 Organisationsformen des Privatrechts

Schließlich stehen der Gemeinde für ihre Unternehmung die Organisationsformen des Privatrechts zur Verfügung. Hierunter fallen in erster Linie die GmbH, GmbH & Co.KG sowie die Genossenschaft. Für Aktiengesellschaften (dazu im Folgenden a)) und für Personengesellschaften (GbR, OHG und KG) gelten Besonderheiten (dazu b)).<sup>271</sup> Bestimmte Anforderungen gelten für alle Unternehmen und Einrichtungen, die in Privatrechtsform geführt werden (dazu c)). Besondere Informations- und Prüfungsrechte müssen bei der *Beteiligung* der Gemeinde an einem Unternehmen oder einer Einrichtung in Privatrechtsform sichergestellt werden (dazu dd)).

#### a) Ausschluss von Aktiengesellschaften

Die Aktiengesellschaft steht Gemeinden in Mecklenburg-Vorpommern nicht als Gesellschaftsform zur Verfügung. Dies schließt **§ 68 Abs. 4 Satz 2 KV** aus, was ebenfalls eine Besonderheit des Kommunalrechts in Mecklenburg-Vorpommern darstellt.<sup>272</sup> Hierdurch soll laut Gesetzesbegründung unter anderem verhindert werden, dass sich die Gemeinden in ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit übernehmen,

---

<sup>271</sup> Aus Gründen der Übersichtlichkeit wird auf die Erörterung weiterer Organisationsformen des Privatrechts, wie etwa der Ltd., des Vereins und der Stiftung verzichtet.

<sup>272</sup> *Schwartz*, NordÖR 2011, 421, 424.

da die Einwirkungsrechte der Gemeinde bei der Aktiengesellschaft am schwächsten ausgestaltet sind.<sup>273</sup>

So leitet der **Vorstand** die AG nach § 76 Abs. 1 AktG alleinverantwortlich und ist nur den Interessen der Aktionäre verpflichtet. Eine Zuständigkeitsverlagerung vom Vorstand auf den **Aufsichtsrat**, der den Vorstand überwacht (§ 111 Abs. 1 AktG) und in den die Gemeinde als Aktionär Vertreter entsenden kann, ist nicht statthaft. Die **Hauptversammlung** als Gremium, in dem die Aktionäre vertreten sind, fällt Beschlüsse nur in den gesetzlich bzw. in der Satzung vorgeschriebenen Fällen; Einfluss auf die Geschäftsführung kann sie nach § 119 Abs. 2 AktG grundsätzlich nur dann nehmen, wenn der Vorstand dies verlangt. Anders als das GmbH-Gesetz (vgl. hierzu C.III.3.3.2a)) bietet das Aktiengesetz damit weniger Möglichkeiten, die Gesellschaft zu steuern.<sup>274</sup> Insbesondere die weitgehende Handlungsfreiheit des Vorstandes kann durch Satzungsänderungen nicht beschnitten werden, denn die Leitungsbefugnis des Vorstandes ist zwingendes Recht.<sup>275</sup>

Der Landesgesetzgeber hat damit aus den nur sehr begrenzt vorhandenen Steuerungsmöglichkeiten bei hohem wirtschaftlichem Risiko die Konsequenz gezogen und ein Engagement der Gemeinde in dieser Gesellschaftsform ganz untersagt.

## b) Grundsätzlicher Ausschluss von Personengesellschaften

Darüber hinaus schließt die KV auch Unternehmungen der Gemeinde in Form von Personengesellschaften grundsätzlich aus.

§ 69 Abs. 1 Nr. 5 KV bestimmt, dass „die Haftung der Gemeinde auf einen ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag begrenzt“ werden muss. Dies ist grundsätzlich nur bei Organisationsformen möglich, bei denen die Gesellschafter nicht persönlich, unmittelbar und unbegrenzt haften. Dies ist bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), bei der offenen Handelsgesellschaft (OHG) und bei der Kommanditgesellschaft (KG), soweit es sich um die Gesellschafterstellung eines Komplementärs handelt, nicht gegeben.

In der Literatur werden daher **Personengesellschaften** für eine wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden als nicht möglich angesehen.<sup>276</sup> Dies überzeugt auch angesichts des klaren Wortlautes von § 69 Abs. 1 Nr. 5 KV, wonach die Haftung der Gemeinde begrenzt werden muss. Zwar sind theoretisch auch Fälle einer uneingeschränkt leistungsfähigen Gemeinde denkbar, die insoweit auch hohe wirtschaftliche Risiken tragen kann. Sinn und Zweck der gesetzlichen Vorschrift ist es aber,

---

<sup>273</sup> Gesetzesbegründung, LT-Drs. 5/4173, S. 147.

<sup>274</sup> So auch *Schwartz*, NordÖR 2011, 421, 424, m. w. N.

<sup>275</sup> *Spindler* in: MüKO AktG, § 76, Rn. 15.

<sup>276</sup> So auch: *Neutz* in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, C 195.

die Gemeinden vor **unkalkulierbaren finanziellen Risiken** zu bewahren. Dies kann nur durch eine auch Dritten gegenüber wirksame Haftungsbegrenzung erfolgen, unabhängig von der Leistungsfähigkeit der Gemeinde. Eine solche Haftungsbegrenzung ist bei Personengesellschaften nicht möglich.<sup>277</sup>

c) Anforderungen an alle Organisationsformen des Privatrechts

Besondere Anforderungen an Unternehmen und Einrichtungen, die in Privatrechtsform betrieben werden, ergeben sich aus **§ 69 KV**. Während Nr. 5 und 6 sich an beide Organisationsformen richten (dazu bb), betreffen Nr. 1 und 3 hinsichtlich ihrer Anforderungen an die Sicherstellung des öffentlichen Zwecks allein *Unternehmen* (dazu cc). Nr. 2 stellt eine besondere Anforderung für *Einrichtungen* auf (dazu dd)). Eine Besonderheit weist daneben noch Nr. 4 auf. Diese richtet sich vom Wortlaut her zwar allein an Unternehmen und fordert diesbezüglich, dass die Gemeinde einen „*angemessenen Einfluss*“ in Aufsichtsrat vergleichbaren Überwachungsgremien des Unternehmens erhalten soll. Dieses Kontrollinteresse besteht so aber auch bei Einrichtungen, sodass es angezeigt erscheint, diese Anforderung auch auf Einrichtungen zu beziehen (dazu aa).

aa) Sicherstellung eines angemessenen Einflusses, § 69 Abs. 1 Nr. 4 KV

**§ 69 Abs. 1 Nr. 4 KV** bestimmt für privatrechtliche Organisationsformen, dass „*die Gemeinde einen angemessenen Einfluss, insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan des Unternehmens erhält und dieser durch Gesellschaftsvertrag, Satzung oder in anderer Weise gesichert wird*“.

Dabei wird nicht näher definiert, welcher Einfluss als „*angemessen*“ im Sinne der Norm gilt. Allerdings soll diese Anforderung **Einwirkungs- und Kontrollmöglichkeiten** der Gemeinde auf ihre Unternehmen, Einrichtungen und Beteiligungen sichern.<sup>278</sup> Damit stellt sich die Frage nach dem Einfluss der Gemeinde immer dann, wenn sie nicht alleiniger Gesellschafter ist. Wann ein Einfluss angemessen ist, lässt sich nicht generell definieren, sondern ist eine Frage des Einzelfalls und kann nur unter Berücksichtigung von Größenordnung und Umfang der Beteiligung der Gemeinde an dem Unternehmen ermittelt werden.<sup>279</sup> Generell gilt hierbei allerdings, dass die konkreten Anteilsverhältnisse sich in den Einflussmöglichkeiten niederschlagen sollten.<sup>280</sup> Eine Mehrheitsbeteiligung der Gemeinde sollte sich daher auch entsprechend bei der Verteilung von Sitzen in Aufsichtsgremien oder Stimmrechten auswirken.

<sup>277</sup> Eine Ausnahme ist diesbezüglich bei der KG hinsichtlich der Stellung als Kommanditist zu machen, auf die daher unter C.III.3.3.2d)cc) gesondert eingegangen wird.

<sup>278</sup> *Neutz* in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, C 197.

<sup>279</sup> *Neutz* in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, C 197.

<sup>280</sup> *Neutz* in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, C 197.

- bb) Sicherstellung eines angemessenen Verhältnisses der eingegangenen Verpflichtungen zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und Haftungsbegrenzung, § 69 Abs. 1 Nr. 5 und 6 KV

Für privatrechtliche Unternehmungen stellt die Kommunalverfassung noch einmal ausdrücklich fest, dass die Verpflichtungen der Gemeinde, die diese durch die Unternehmung eingeht, in einem angemessenen Verhältnis zu ihrer Leistungsfähigkeit stehen müssen. In diesem Sinne bestimmt **§ 69 Abs. 1 Nr. 6 KV**, dass *die Einzahlungsverpflichtungen (Gründungskapital, laufende Nachschusspflicht) der Gemeinde in einem angemessenen Verhältnis zu ihrer Leistungsfähigkeit stehen.*“

Wie oben ausgeführt (II.3.2) soll diese Anforderung die Gemeinde vor zu großen finanziellen Verpflichtungen, die ihre Leistungsfähigkeit übersteigen, bewahren. Im Rahmen der Satzung sollten daher **Maßnahmen zur Begrenzung** von Einzahlungsverpflichtungen der Gemeinde (Deckelung auf Höchstbetrag, Freistellung von Nachschusspflichten, o.ä.) ergriffen werden.

Das gleiche Ziel verfolgt auch **§ 69 Abs. 1 Nr. 5 KV**, der die Gemeinde verpflichtet im Rahmen der Unternehmung ihre Haftung auf einen ihrer Leistungsfähigkeit entsprechenden „*angemessenen Betrag*“ zu begrenzen. Diese Anforderung erlangt insbesondere hinsichtlich der möglichen Organisationsformen des Privatrechts Bedeutung (hierzu C.III.3.3.2).

- cc) Besondere Voraussetzungen allein für *Unternehmen* in Privatrechtsform (§ 69 Abs. 1 Nr. 1 und 3 KV)

Bei Unternehmen in Privatrechtsform erachtet es die Kommunalverfassung als besonders wichtig, die Bindung an den öffentlichen Zweck sicherzustellen.

Dazu verlangt zum einen **§ 69 Abs. 1 Nr. 3 KV**, dass „*durch die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages oder der Satzung sichergestellt ist, dass der öffentliche Zweck des Unternehmens erfüllt wird*“. Dies bedeutet, dass innerhalb von Gesellschaftsvertrag bzw. Satzung der öffentliche Zweck ausdrücklich als Teil des Unternehmensgegenstandes genannt wird.

Nichts anderes ergibt sich auch aus **§ 69 Abs. 1 Nr. 1 KV**, der verlangt, dass „*bei Unternehmen die Voraussetzungen des § 68 Absatz 2 Satz 1 gegeben sind*“. Dieser Verweis wird dahingehend verstanden, dass der öffentliche Zweck bei privatrechtlichen Unternehmungen gegeben sein muss.<sup>281</sup> Der Verweis auf die Kriterien der Angemessenheit und der Subsidiarität ist missverständlich, weil diese in § 68 Abs. 2 KV genannten Kriterien bereits erfüllt sein müssen, damit die Anforderun-

---

<sup>281</sup> So auch *Schwartz*, NordÖR 2011, 421, 426.

gen nach § 69 KV überhaupt zum Tragen kommen; auch passen diese beiden Kriterien nicht als Anforderungen an die Rechtsformwahl.<sup>282</sup>

Diese Vorgaben muss für Einrichtungen nicht ausdrücklich festgeschrieben werden: Für deren Tätigkeiten nach § 68 Abs. 3 KV gilt nach dem Landesgesetzgeber die Vermutung, dass diese „in einem besonderen öffentlichen Interesse“ stehen.<sup>283</sup>

dd) Besondere Voraussetzungen allein für *Einrichtungen* in Privatrechtsform (§ 69 Abs. 1 Nr. 2 KV)

An etwas versteckter Stelle stellt die Kommunalverfassung strenge Anforderungen für den Fall auf, dass eine Einrichtung in Privatrechtsform betrieben werden soll. Im Kern macht die Vorschrift deutlich, dass Einrichtungen nach der Vorstellung des Gesetzgebers grundsätzlich öffentlich-rechtlich organisiert werden sollen und nur nachrangig in Privatrechtsform.

In diesem Sinne bestimmt **§ 69 Abs. 1 Nr. 2 KV**, dass „*bei Einrichtungen ein wichtiges Interesse der Gemeinde an der Privatrechtsform nachgewiesen wird und dabei in einem Bericht zur Vorbereitung des Gemeindevertretungsbeschlusses nach § 22 Abs. 3 Nr. 10 unter umfassender Abwägung der Vor- und Nachteile abgewogen wird, dass die Aufgabe im Vergleich zu den öffentlich-rechtlichen Organisationsformen wirtschaftlicher durchgeführt werden kann*“.

Diese Vorschrift schränkt die Wahl der Privatrechtsform für Einrichtungen in mehrfacher Hinsicht ein:

- (1.) Es muss ein wichtiges Interesse der Gemeinde an der Privatrechtsform bestehen.
- (2.) Dieses Interesse muss positiv nachgewiesen werden.
- (3.) Die Aufgabe muss in einer privatrechtlich organisierten Einrichtung wirtschaftlicher durchgeführt werden können als in einer öffentlich-rechtlich organisierten Einrichtung.
- (4.) Dies muss Ergebnis einer umfassenden Abwägung der Vor- und Nachteile der privatrechtlichen Organisationsform sein.
- (5.) Die Darlegungen müssen in einem Bericht zur Vorbereitung des Gemeindevertreterbeschlusses erfolgen.

---

<sup>282</sup> Schwartz, NordÖR 2011, 421, 426.

<sup>283</sup> Gesetzesbegründung, LT-Drs. 5/4173, S. 149.

Beschränkend wirkt dabei zum einen insbesondere der **positive Nachweis** des Interesses der Gemeinde an der privatrechtlichen Organisation der Einrichtung, was bei Gründung eines Unternehmens nicht notwendig ist.

Außerdem ist hier eine **echte Subsidiarität** vorgesehen: Die privatrechtlich organisierte Einrichtung muss tatsächlich wirtschaftlicher – und nicht bloß gleich wirtschaftlich – arbeiten als die öffentlich-rechtlich organisierte. Um dies nachzuweisen wird jeweils ein erhöhter Begründungsaufwand erforderlich sein.

- d) Sicherstellung von Informations- und Prüfrechten bei der Beteiligung der Gemeinde an Unternehmungen in Privatrechtsform

Schließlich muss die Gemeinde sicherstellen, dass bei Unternehmen oder Einrichtungen in Privatrechtsform, an denen die Gemeinde unmittelbar oder mittelbar mit maßgeblichem Einfluss **beteiligt** ist, bestimmte **Informations- und Prüfungsrechte** bestehen. Nach § 73 KV muss die Gemeinde dafür Sorge tragen, dass

*„1. in sinngemäßer Anwendung der für Eigenbetriebe geltenden Vorschriften für jedes Wirtschaftsjahr ein Wirtschaftsplan aufgestellt, der Wirtschaftsführung eine fünfjährige Finanzplanung zu Grunde gelegt und der Wirtschaftsplan sowie die Finanzplanung der Gemeindevertretung zur Kenntnis gebracht werden,*

*2. in der Satzung oder im Gesellschaftsvertrag die Aufstellung des Jahresabschlusses und des Lageberichts nach den Vorschriften des Dritten Buches des Handelsgesetzbuches für große Kapitalgesellschaften und deren Prüfung nach den Vorschriften des Kommunalprüfungsgesetzes über die Jahresabschlussprüfung kommunaler Wirtschaftsbetriebe vorgeschrieben werden, soweit nicht andere gesetzliche Vorschriften unmittelbar gelten oder entgegenstehen,*

*3. ihr in der Satzung oder im Gesellschaftsvertrag die Rechte nach § 53 Abs. 1 HGrG eingeräumt werden,*

*4. ihr und der für die überörtlichen Prüfungen zuständigen Prüfungsbehörde in der Satzung oder im Gesellschaftsvertrag die in § 54 HGrG vorgesehenen Befugnisse eingeräumt werden,*

*5. ihr der Prüfungsbericht des Abschlussprüfers übersandt wird, soweit nicht andere gesetzliche Vorschriften unmittelbar gelten oder entgegenstehen,*

*6. in der Satzung oder im Gesellschaftsvertrag ein Teilnahmerecht des Bürgermeisters an den Sitzungen des Aufsichtsrates oder eines ähnlichen Organs verankert ist, soweit nicht gesetzliche Bestimmungen entgegenstehen,*

7. in der Satzung oder im Gesellschaftsvertrag geregelt ist, dass die Beteiligung an anderen Gesellschaften der Zustimmung der Gemeinde bedarf und

8. in der Satzung oder im Gesellschaftervertrag geregelt ist, dass § 286 Absatz 4 und § 288 des Handelsgesetzbuches im Hinblick auf die Angaben nach § 285 Nummer 9 Buchstabe a und b des Handelsgesetzbuches keine Anwendung findet.“

Die genannten Informations- und Prüfrechte gelten für **jede unmittelbare und mittelbare Beteiligung der Gemeinde mit maßgeblichem Einfluss**. Es kommt also nicht darauf an, ob die Kommune selbst oder ein von ihr kontrolliertes Unternehmen bzw. eine Einrichtung sich an einem Unternehmen beteiligt. Darüber hinaus unterscheidet die Norm nicht zwischen der Höhe der Beteiligung der Kommune. Erfasst sind damit alleinige Beteiligungen, Mehrheitsbeteiligungen, aber unter Umständen auch Minderheitsbeteiligungen. Während bei einer alleinigen Gesellschafterstellung der Kommune oder eines von ihr kontrollierten Unternehmens bzw. einer Einrichtung die nach § 73 KV erforderlichen Rechte in der Regel unproblematisch herzustellen sein werden, kann dies insbesondere bei Minderheitsbeteiligungen zu einem erhöhten Abstimmungsbedarf zwischen den Gesellschaftern führen.

Unklar ist hierbei, ab welchem Grad der Beteiligung eine Beteiligung „maßgeblich“ im Sinne der Norm ist. Die KV selbst gibt in § 77 Abs. 1 Nr. 2 einen Anhaltspunkt: Danach sind sowohl unmittelbare als auch mittelbare Beteiligungen der Kommune **mit mehr als 20 %** anzuzeigen. Dies spricht dafür, zumindest ab einer 20%-igen Beteiligung eine „maßgebliche“ Beteiligung anzunehmen. Hierfür spricht auch der „International Accounting Standard 28“.<sup>284</sup>

### 3.1.3 Zwischenfazit

Bei der gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltung der wirtschaftlichen Betätigung, dem Wie des Tätigwerdens, sind verschiedene Anforderungen aus der KV zu beachten. Das Kommunalrecht stellt über materiell-rechtliche Anforderungen und Verfahrensvorgaben sicher, dass das mit der öffentlich-rechtlichen Zwecksetzung verbundene Interesse der Gemeinde als Trägerin der Gesellschaft Berücksichtigung findet.

Dazu gehören Vorgaben, die bei allen wirtschaftlichen Vorhaben der Gemeinde beachtet werden müssen, z. B. die Beachtung der Wirtschaftsgrundsätze (§ 75 KV) und die Sicherstellung der entsprechenden Vertretung der Gemeinde in der Gesellschaft (§ 71 KV).

---

<sup>284</sup> Dieser ist durch die VOen (EU) Nr. 1254/2012 v. 11. 12.2012 und Nr. 1255/2012 v. 11. Dezember 2012, Abl. L 360, Teil des europäischen Gemeinschaftsrechts geworden. Nach dessen § 5 wird bei einer direkten oder indirekten Beteiligung an einem Unternehmen in Höhe von 20% der Anteile ein maßgeblicher Einfluss widerleglich vermutet.

Teilweise differenziert die Kommunalverfassung aber auch zwischen Unternehmen und Einrichtungen und stellt für beide Formen besondere Anforderungen auf, sofern diese in Privatrechtsform geführt werden (§ 69 KV). Diese sollen u. a. den angemessenen Einfluss der Gemeinde auf die Gesellschaft sicherstellen.

Besondere Anforderungen gelten schließlich noch, wenn sich eine Gemeinde unmittelbar oder mittelbar mit maßgeblichem Einfluss an einem privatrechtlich organisierten Unternehmen oder Einrichtung beteiligen will (§ 73 KV).

### 3.2 Kriterien zur Auswahl der passenden Organisationsform

Die Vielzahl der Organisationsform ermöglicht es, für das konkrete Projekt der wirtschaftlichen Betätigung die passende Rechtsform auszuwählen. Bei der Entscheidung hierüber können die folgenden Kriterien relevant werden, anhand derer die einzelnen Rechtsformen zu prüfen wären:<sup>285</sup>

- Welche Möglichkeiten hat die Gemeinde, auf das Unternehmen **Einfluss zu nehmen** und es zu **steuern**? Wie groß ist ihr **Kontrollbedürfnis**?
- Wie groß ist das **Haftungsrisiko**? Insbesondere bei der wirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden mit angespannter Haushaltssituation ist dieses Kriterium von ausschlaggebender Bedeutung.
- Wie **groß** soll die geplante Unternehmung sein? Verschiedene Organisationsformen sind auf den Betrieb einer größeren Unternehmung zugeschnitten, während andere auf die kleinteilige Unternehmung mit geringem Investitionsvolumen und Umsatz zugeschnitten sind.
- Bestehen **Beteiligungsmöglichkeiten Dritter**? Bestimmte Organisationsformen sind weniger oder gar nicht geeignet, wenn Bürger oder private Investoren an der Unternehmung beteiligt werden sollen.
- Gibt es Anforderungen an die **Kapitalausstattung** der Unternehmung oder Restriktionen hinsichtlich des **Ergebniszufusses** an den Gemeindehaushalt? Sieht das Gesetz also vor, dass bestimmte Mindesteinlagen von den Gesellschaftern zu leisten sind bzw. zuerst Rücklagen innerhalb der Gesellschaft geschaffen werden müssen, bevor Überschüsse an die Gesellschafter verteilt werden können oder ist die Gesellschaft bei der Entscheidung über die Kapitalausstattung und Ergebnisverwendung frei?

---

<sup>285</sup> Die genannten Kriterien sind beispielhaft zu verstehen; andere sind nicht ausgeschlossen. Die Reihenfolge drückt kein Rangverhältnis und keine Wertigkeit aus.



## 3.3 Die Organisationsformen im Detail

Die Gemeinde, die sich wirtschaftlich betätigen will, kann öffentlich-rechtliche (dazu im Folgenden 3.3.1) und privatrechtliche (dazu 3.3.2) Organisationsformen wählen.

### 3.3.1 Öffentlich-rechtliche Organisationsformen

Als öffentlich-rechtliche Organisationsformen kommen der Eigenbetrieb (dazu im Folgenden a) und das Kommunalunternehmen (dazu b) in Betracht.

#### a) Eigenbetrieb

Der Eigenbetrieb ist eine Form des Sondervermögens der Gemeinde ohne eigene Rechtspersönlichkeit (§ 1 Abs. 2 Eigenbetriebsverordnung). Als unselbständiger Teil der Verwaltung kann er grundsätzlich im Namen der Gemeinde Verwaltungsakte erlassen.<sup>286</sup>

Anforderungen an die konkrete Ausgestaltung des Eigenbetriebes finden sich in der Eigenbetriebsverordnung Mecklenburg-Vorpommerns (EigVO). Danach darf die Organisationsform des Eigenbetriebes nur dann genutzt werden, wenn sich der konkrete Betrieb nach Art und Umfang für eine **selbständige Wirtschaftsführung** eignet (§ 1 Abs. 1 EigVO). Dies setzt voraus, dass der Eigenbetrieb klar abgrenzbare Leistungen erbringt, die ein Mindestmaß an organisatorischer Selbstständigkeit ermöglichen und der Umfang der Leistungserbringung die durch die Betriebsform des Eigenbetriebs entstehenden Mehrkosten (zum Beispiel Kosten externer Prüfung) rechtfertigen kann. Das Innenministerium erwartet diesbezüglich insbesondere eine Auseinandersetzung mit der Möglichkeit, die Unternehmung statt als Eigenbetrieb als Teilhaushalt zu führen.<sup>287</sup>

Als Teil der selbständigen Wirtschaftsführung überträgt § 3 Abs. 1 EigVO der **Betriebsleitung** des Eigenbetriebes auch die laufende Betriebsführung. Hierzu gehören nach Ansicht der Rechtsprechung „*alle regelmäßig wiederkehrenden Maßnahmen, die zur Durchführung der Aufgaben, zur Aufrechterhaltung des Betriebes, zur Überwachung und Instandhaltung der Anlagen und zum Personaleinsatz notwendig sind*“. Hierzu wird auch der Erlass von Beitragsbescheiden gezählt.<sup>288</sup> Der Eigenbetrieb kann damit in seinem Zuständigkeitsbereich als Organ der Behörde der Gemeinde mit der Fähigkeit zum Erlass von Verwaltungsakten tätig werden.<sup>289</sup>

---

<sup>286</sup> Schraml in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, D 101.

<sup>287</sup> EigVOVV, § 1.

<sup>288</sup> VGH Kassel, Urt. v. 10. 09. 2002 – 5 UE 1147/02, juris.de.

<sup>289</sup> OVG Greifswald, Beschl. v. 24. 06. 2008 – 1 M 54/08, juris.de; SächsOVG, Urt. v. 30. 06. 2004 – 5 B 369/03, juris.de.

## aa) Steuerung

Der Eigenbetrieb bietet der Gemeinde **umfassende Kontrollmöglichkeiten**. Da er lediglich eine begrenzte Selbständigkeit aufweist, ist er – auch was die maßgeblichen Entscheidungsprozesse anbelangt – eng an die Gemeinde angebunden.<sup>290</sup> Eine Unternehmung, die in einer solchen Form betrieben wird, ist zwar organisatorisch, aber nicht rechtlich von der Gemeindeverwaltung getrennt. Hierbei verbindet sich die Möglichkeit umfassender politischer Kontrolle mit der Option kaufmännischen Wirtschaftens.<sup>291</sup>

Die umfassende Steuerung durch die Gemeinde wird in der **Entscheidungsstruktur** des Eigenbetriebes deutlich. Entscheidungen in wichtigen Angelegenheiten trifft die Gemeindevertretung bzw. ein Haupt- oder Betriebsausschuss, soweit dies durch die Betriebssatzung so vorgesehen ist (§ 36 KV, §§ 5, 6 EigVO). Der Gemeindevertretung kommen daneben im Rahmen von § 5 i. V. m. § 22 Abs. 5 EigVO eigene Entscheidungsbefugnisse, insbesondere hinsichtlich der Verwendung von Betriebsüberschüssen bzw. dem Umgang mit Fehlbeträgen zu.

Ist eine **Betriebsleitung** ernannt, leitet diese den Betrieb (§ 3 EigVO). Nur wenn eine solche nicht ernannt ist und – unabhängig von der Bestellung einer Betriebsleitung – bei Entscheidungen von äußerster Dringlichkeit entscheidet der Bürgermeister.<sup>292</sup> Grundsätzlich handeln die Organe des Eigenbetriebes jedoch **eigenverantwortlich**; das Weisungsrecht des Bürgermeisters ist insofern eingeschränkt.<sup>293</sup>

Da der Eigenbetrieb keine eigene Rechtspersönlichkeit hat, müsste die **Vertretung nach außen** grundsätzlich durch die Kommune selbst erfolgen. Hiervon wird nach § 4 Abs. 1 EigVO eine Ausnahme gemacht, indem der Betriebsleitung Außenvertretungskompetenz verliehen wird, diese also die Gemeinde in Angelegenheiten des Betriebs vertreten kann. Dies dient dazu, die Bewegungsfreiheit des Eigenbetriebes zu stärken.<sup>294</sup>

Die **Gemeindevertretung** bleibt aber nach § 5 Abs. 1 EigVO für grundlegende strategische und wirtschaftliche Fragen der Betriebsführung ausschließlich zuständig.<sup>295</sup> Ebenso bleibt sie der **disziplinarrechtliche Dienstherr** der Mitarbeiter des Eigenbetriebes.

---

<sup>290</sup> EigVOVV, § 1.

<sup>291</sup> *Schneider* in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, D 1.

<sup>292</sup> EigVOVV, § 2.

<sup>293</sup> *Uechtritz/Reck* in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 16, Rn. 29.

<sup>294</sup> EigVOVV, § 2.

<sup>295</sup> EigVOVV, § 5.

## bb) Haftung

Der Eigenbetrieb ist zwar ein Sondervermögen der Gemeinde, dies führt haftungsrechtlich allerdings nicht zu einer Sonderbehandlung. Für durch den Eigenbetrieb eingegangene Verbindlichkeiten haftet die Gemeinde daher umfassend. Schulden des Eigenbetriebes sind rechtlich gesehen **Schulden der Trägerkommune**.<sup>296</sup>

## cc) Größe

Die umfassende Kontrollmöglichkeit durch die Gemeinde geht mit einer geringeren Flexibilität einher. Als Teil der Verwaltung kann der Eigenbetrieb am Markt im Vergleich zu privatrechtlichen Organisationsformen weniger flexibel auftreten. Die Mitarbeiter unterliegen grundsätzlich den gleichen Regeln wie die übrigen Mitarbeiter der Kommunalverwaltung.<sup>297</sup> Zusammen mit der fehlenden Haftungsbeschränkung führt dies dazu, dass sich der Eigenbetrieb eher weniger für größere, in einem wettbewerbsintensiven Markt agierende Unternehmungen eignet.

## dd) Beteiligungsmöglichkeiten Dritter

Eine Beteiligung Dritter ist beim Eigenbetrieb nicht möglich.

## ee) Kapitalausstattung und Ergebniszufluss

Die Gemeinde ist verpflichtet, den Eigenbetrieb bei der Gründung mit Kapital auszustatten. Gemäß § 9 EigVO muss das **Eigenkapital** in Bezug auf den Gegenstand und den Betriebsumfang des Eigenbetriebes **angemessen** sein. Mit Gründung des Eigenbetriebes hat die Gemeindevertretung zu entscheiden, welches Vermögen und gegebenenfalls damit im Zusammenhang stehende Verpflichtungen und Verbindlichkeiten in das **Sondervermögen** zu überführen sind.<sup>298</sup> Das Eigenkapital kann durch Bar- oder Sacheinlagen eingebracht werden.<sup>299</sup>

Die Kapitalausstattung ist gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 EigVO angemessen, wenn der Eigenbetrieb **nachhaltig** die ihm übertragenen Aufgaben in relativer finanzieller Unabhängigkeit von der Kernverwaltung erfüllen kann. In der Regel sollte eine Eigenkapitalquote von 30% angestrebt werden. Relevante Gesichtspunkte, die zur Einschätzung einer angemessenen Eigenkapitalausstattung herangezogen werden können, sind unter anderem die Art und Regelmäßigkeit der Finanzierung der laufenden Leistungen, die Absatzsicherheit (z. B. Anschluss- und Benutzungszwang),

---

<sup>296</sup> Uechtritz/Reck in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 16, Rn. 65.

<sup>297</sup> Uechtritz/Reck in: Hoppe/Uechtritz/Reck Handbuch Kommunale Unternehmen, § 16, Rn. 58.

<sup>298</sup> EigVOVV, § 1.

<sup>299</sup> EigVOVV, § 9.

die Finanzierung von Investitionen (zum Beispiel über Beiträge) sowie der Grad der langfristigen Vermögensbindung.<sup>300</sup>

Für den Eigenbetrieb gelten die allgemeinen Haushaltsgrundsätze der §§ 43, 44 KV entsprechend. Insbesondere ist damit auch der Eigenbetrieb den Erfordernissen der **Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit** unterworfen. Eigenbetriebe müssen diesen Grundsätzen entsprechende Haushaltspläne erstellen und sind ebenso wie die Gemeinde selbst zur doppelten Buchführung (§ 43 Abs. 5 KV) verpflichtet.

Zwar besteht keine Verpflichtung zur Stammkapitalfestsetzung, trotzdem soll der Eigenbetrieb bei ausreichendem Eigenkapital die Bildung von Stammkapital anstreben.<sup>301</sup> Das dem Eigenbetrieb gewährte Eigenkapital ist weitgehend im Betrieb gebunden. Eine Kapitalentnahme darf nur erfolgen, wenn die Aufgabenerfüllung und die zukünftige Entwicklung des Eigenbetriebes nicht beeinträchtigt werden (§ 10 Abs. 4 EigVO).<sup>302</sup>

ff) Zusammenfassung

(1) Vorteile

- Befugnis zum Erlass von Verwaltungsakten und Erhebung öffentlich-rechtlicher Gebühren.
- Gemeinde hat große Steuerungsmöglichkeiten, u. U. auch in das operative Geschäft hinein.
- Nicht insolvenzfähig, Zwangsvollstreckung genehmigungsbedürftig.

(2) Nachteile

- Volles wirtschaftliches Risiko bei der Gemeinde.
- Gemeinde muss Eigenbetrieb mit angemessenem Kapital ausstatten.
- Relativ umfassende rechtliche Vorgaben, damit wenig Spielraum für individuelle Lösungen.
- Nur eingeschränkter Zugriff auf Betriebsgewinne.
- Eigenbetrieb ist weniger flexibel als andere Organisationsformen.

---

<sup>300</sup> EigVOVV, § 9.

<sup>301</sup> EigVOVV, § 9.

<sup>302</sup> EigVOVV, § 10.

## b) Kommunalunternehmen

Ein Kommunalunternehmen ist ein rechtlich selbständiges Unternehmen in der Rechtsform einer Anstalt öffentlichen Rechts. § 10 Abs. 2 des Landesorganisationsgesetzes Mecklenburg-Vorpommern definiert die Anstalten des öffentlichen Rechts als verselbstständigte, in der Regel nicht mitgliedschaftlich organisierte **rechtsfähige Verwaltungseinheiten**, die zur dauerhaften Wahrnehmung von Aufgaben im öffentlichen Interesse errichtet werden.

Mit der Einführung des Kommunalunternehmens hat sich Mecklenburg-Vorpommern dem bundesweiten Trend angeschlossen, die AöR, die vormals nur Sparkassen zugänglich war, auf den gesamten Bereich wirtschaftlicher Betätigung von Gemeinden zu erweitern.<sup>303</sup> Ziel war es, der Verwaltung eine Organisationsform an die Hand zu geben, die eine **größere Flexibilität als der Eigenbetrieb** bietet und mit der GmbH vergleichbar ist, ohne dabei die Vorteile der Organisation als Teil der Verwaltung aufzugeben.<sup>304</sup> Wie der Eigenbetrieb ist das Kommunalunternehmen weiterhin Teil der Verwaltung und kann u. a. Verwaltungsakte erlassen und Gebühren erheben, soweit es sich bei der übertragenen Aufgabe um einen Teil der Hoheitsverwaltung handelt.<sup>305</sup> Im Unterschied zum Eigenbetrieb ist das Kommunalunternehmen aber eine **eigenständige juristische Person**, welche sich auch an anderen Unternehmen beteiligen kann und in ihren Handlungen grundsätzlich von der Verwaltung unabhängig ist.

### aa) Steuerung

Mit der höheren Flexibilität des Kommunalunternehmens gegenüber dem Eigenbetrieb geht zwar eine geringere Steuerungsmöglichkeit seitens der Gemeinde einher, dennoch sind die Kontroll- und Einwirkungsmöglichkeiten der Gemeinde immer noch vergleichsweise hoch.

Das Kommunalunternehmen weist eine **zweigliedrige Struktur** auf, bei der die Kompetenzen zwischen Vorstand und Verwaltungsrat geteilt sind.<sup>306</sup> Während der **Vorstand** das Unternehmen eigenverantwortlich leitet (§ 70a Abs. 1, 2 KV), kommen dem **Verwaltungsrat** in erster Linie Kontrollfunktionen zu, mit denen die Steuerung der Gemeinde sichergestellt wird. Der Verwaltungsrat besteht gemäß § 70a Abs. 4 KV in der Regel aus dem Bürgermeister als Vorsitzendem und weiteren Mitgliedern, die von der Gemeindevertretung bestimmt werden.

---

<sup>303</sup> Schwartz, NordÖR 2011, 421, 425.

<sup>304</sup> Gesetzesbegründung, LT-Drs. 5/4173, S. 150.

<sup>305</sup> Schraml in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der Kommunalen Unternehmen, D 175.

<sup>306</sup> Uechtritz/Reck in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 16, Rn. 40.

Der Verwaltungsrat bestimmt die **Richtlinien der Geschäftspolitik** und überwacht die Geschäftsführung des Vorstandes. Weiterhin entscheidet er gemäß § 70a Abs. 3 u. a. über die Festsetzung allgemein geltender Tarife und Entgelte für die Leistungen und die Beteiligung des Kommunalunternehmens an anderen Unternehmen.

Bestimmte, weitreichende Entscheidungen wie der Erlass von Satzungen, die Beteiligung an anderen Unternehmen und die Entscheidung über die Ergebnisverwendung (§ 70a Abs. 3 Satz 3 KV) bedürfen darüber hinaus einer vorherigen Genehmigung durch die **Gemeindevertretung** (§ 70a Abs. 3 Satz 4 KV). Im Übrigen haben Personen, die die Gemeinde im Kommunalunternehmen vertreten, den Weisungen oder Richtlinien der Gemeindevertretung grundsätzlich zu folgen, § 70a Abs. 3 Satz 5 i. V. m. § 71 Abs. 1 Satz 5 KV.

Die meisten der in § 73 Abs. 1 KV genannten **Informations- und Prüfungsrechte** (für Unternehmen oder Einrichtungen in Privatrechtsform) gelten auch für das Kommunalunternehmen (§ 70b Abs. 1 KV), sodass hier eine Annäherung an die privaten Gesellschaften angestrebt wird.

## bb) Haftung

Beim Kommunalunternehmen besteht für die Gemeinde ein überschaubares Haftungsrisiko.<sup>307</sup> Das Kommunalunternehmen haftet als eigene Rechtspersönlichkeit grundsätzlich mit seinem **gesamten Vermögen** selbst für eigene Verbindlichkeiten, § 70 Abs. 7 Satz 1 KV.

Im Unterschied zu anderen Bundesländern muss die Gemeinde in Mecklenburg-Vorpommern als **Gewährträger** nicht für das Kommunalunternehmen einstehen.<sup>308</sup> Die Gemeinde haftet nur bis zur Höhe des einzuzahlenden **Stammkapitals** (§ 70 Abs. 7 Satz 2 KV). Für die Gemeinde ist die Haftungssituation beim Kommunalunternehmen daher mit der Situation bei der **GmbH vergleichbar**.

## cc) Größe

Das Kommunalunternehmen eignet sich von seiner organschaftlichen Struktur grundsätzlich für **alle Betriebsgrößen**. Will die Gemeinde ein Kommunalunternehmen gründen, sollte sie aber hinterfragen, ob dessen Struktur für die geplante Unternehmung auch erforderlich ist. Hierbei ist insbesondere der im Vergleich zum Eigenbetrieb größere **Gründungs Aufwand** aufgrund der gesetzlichen Vorgaben für die Unternehmenssatzung zu beachten. Zwar bleibt die konkrete Ausgestaltung der Satzung der Gemeinde überlassen.<sup>309</sup> Allerdings macht der Gesetzgeber für Kom-

---

<sup>307</sup> Schwartz, NordÖR 2011, 421, 425.

<sup>308</sup> Schwartz, NordÖR 2011, 421, 425.

<sup>309</sup> Waldmann, NVwZ 2008, 284.

munalunternehmen hinsichtlich Informations- und Berichtspflichten in § 70b Abs. 1 i. V. m. § 73 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1-5, 7, 8 KV detaillierte Vorgaben. Daraus folgt, dass insbesondere bei kleinen Unternehmungen ohne großen Investitionsaufwand und ohne erhebliches finanzielles Risiko die Wahl des Kommunalunternehmens nicht erforderlich erscheint.

In Bezug auf die **personalwirtschaftlichen Aspekte** gelten die Ausführungen zum Eigenbetrieb entsprechend. Allerdings ist zu beachten, dass dem Kommunalunternehmen Dienstherrenfähigkeit verliehen werden kann, wenn es hoheitliche Befugnisse ausübt (§ 70a Abs. 5 KV).

#### dd) Beteiligungsmöglichkeiten Dritter

Beteiligungsmöglichkeiten Privater bestehen nach derzeitiger Rechtslage in Mecklenburg-Vorpommern nicht (dazu im Folgenden (1)), wohl aber sind gemeinsame Kommunalunternehmen mit anderen kommunalen Körperschaften denkbar (dazu (2)).

##### (1) Beteiligungsmöglichkeiten privater Dritter

Ob sich private Dritte am Kommunalunternehmen beteiligen können ist umstritten. **Gegen eine solche Beteiligungsmöglichkeit** wird eingewendet, dass die Ausgestaltung als Anstalt, die staatliche Gewalt ausübt, schon aus verfassungsrechtlichen Gründen im Hinblick auf das in Art. 20 Abs. 1 GG verankerte Demokratieprinzip einer Beteiligung Privater entgegenstehe.<sup>310</sup>

**Befürworter einer Beteiligungsmöglichkeit** privater Dritter wenden dagegen ein, dass solange die Steuerungsverantwortung in den Händen der Kommune verbleibt, einer Beteiligungsmöglichkeit nichts entgegenstehe.<sup>311</sup> Dies könne durch eine Anteilsquote des kommunalen Trägers von mindestens 51 % an dem Kommunalunternehmen sowie einem entsprechenden Stimmrecht erreicht werden.<sup>312</sup>

Die wohl zutreffende Ansicht stellt darauf ab, dass eine private Beteiligung an einem Kommunalunternehmen zwar nicht von vornherein unzulässig ist, jedoch einer **ausdrücklichen gesetzlichen Zulassung bedarf**.<sup>313</sup> Begründet wird dies zutreffender Weise damit, dass Private zu „*Mitträgern öffentlicher bzw. kommunaler Verwaltung würden*“ und gerade vor dem Hintergrund der Verwaltungsaktbefugnis des Kommunalunternehmens eine transparente, de-

<sup>310</sup> Mann, NVwZ 1996, 557, 558.

<sup>311</sup> Waldmann, NVwZ 2008, 284, 285; Kronawitter, KommJur 2008, 401, 407.

<sup>312</sup> Waldmann, NVwZ 2008, 284, 285; Kronawitter, KommJur 2008, 401, 407.

<sup>313</sup> Hellermann in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 7, Rn. 174.

mokratische Legitimationskette sichergestellt sein müsse.<sup>314</sup> Nach dieser Auffassung entfielen eine Beteiligungsmöglichkeit privater Dritter an einem Kommunalunternehmen jedenfalls im Land Mecklenburg-Vorpommern, da es der KV an einer entsprechenden Zulassung fehlt. Für den Zweckverband hat der Landesgesetzgeber in § 150 Abs. 2 Satz 3 KV ausdrücklich die Möglichkeit der Beteiligung privater Dritter zugelassen, was den Umkehrschluss nahelegt, dass er sich für das Kommunalunternehmen bewusst dagegen entschieden hat.

## (2) Gemeinsame Kommunalunternehmen

Möglich ist hingegen die Beteiligung einer anderen Gemeinde oder eines Landkreises an einem Kommunalunternehmen. Die §§ 167a ff. KV sehen ausdrücklich die Möglichkeit eines „**gemeinsamen Kommunalunternehmens**“ vor. Damit wird gerade kleineren Gemeinden eine eigene wirtschaftliche Betätigung durch Teilung von Kosten und Lasten und einem effizienteren Unternehmensbetrieb ermöglicht.<sup>315</sup> Kommunale Gebietskörperschaften können durch öffentlich-rechtlichen Vertrag ein gemeinsames Kommunalunternehmen errichten, sich an einem bestehenden gemeinsamen Kommunalunternehmen beteiligen und im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (über eine Umwandlung) bestehende Eigenbetriebe und Unternehmen in Privatrechtsform, an denen alle Anteile die betreffenden Gebietskörperschaften halten, in ein gemeinsames Kommunalunternehmen einbringen.

Im Unterschied zu anderen Bundesländern<sup>316</sup> ist in § 167b KV nicht ausdrücklich die **Einbringung eines bestehenden Kommunalunternehmens** in ein gemeinsames Kommunalunternehmen geregelt. Da in einem solchen Fall allerdings die Rechtsform (AöR) bestehen bleibt (also keine Umwandlung vorliegt), lässt sich dieser Fall als Beteiligung an einem bestehenden gemeinsamen Kommunalunternehmen im Sinne des § 167b Abs. 1 Nr. 2 KV verstehen. Die Gesetzesbegründung zu § 167b KV steht dieser Auslegung nicht entgegen.<sup>317</sup>

Die in § 167c KV normierte bloße **Anzeigepflicht** bezüglich gemeinsamer Kommunalunternehmen stellt einen wesentlichen Vorteil gegenüber dem Zweckverband dar. Dieser ist zwar auch auf interkommunale Zusammenar-

---

<sup>314</sup> Pielow in: Epping/Fischer/Heintschel von Heinegg, FS Ipsen, S. 725, 751. *Hogeweg*, Nds.VBl. 2008, 33, 34.

<sup>315</sup> RS M-V Erneuerbare Energien, S. 2; *Schwartz*, NordÖR 2011, 421, 425.

<sup>316</sup> Vgl. für Bayern § 49 Abs. 2 KommZG; für Schleswig Holstein: § 19c Abs. 2 GkZ; für NRW: § 27 Abs. 3 KommGemG; bzgl. § 49 Abs. 2 KommZG vgl. auch *Kronawitter*, KommJur 2008, 401, 403.

<sup>317</sup> Vgl. Gesetzesbegründung, LT-Drs. 5/4174, S. 167.



beit gerichtet, bedarf aber gemäß § 152 Abs. 1 KV der Genehmigung durch die Rechtsaufsichtsbehörde.

Im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Vertrages zur Gründung des gemeinsamen Kommunalunternehmens muss auch die Unternehmenssatzung festgelegt werden. Diese muss den Anforderungen des § 167 b KV entsprechen.

## ee) Kapitalausstattung und Ergebniszufluss

Das Kommunalunternehmen ist mit eigenem **Stammkapital** sowie eigenen Personal- und Sachmitteln ausgestattet.<sup>318</sup> Bezüglich der Kapitalausstattung des Kommunalunternehmens gelten die Ausführungen für den Eigenbetrieb entsprechend. Nach § 70b Abs. 3 KV sind auch die **allgemeinen Haushaltsgrundsätze** sowie das Gebot der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit für das Kommunalunternehmen anwendbar. Das Kommunalunternehmen muss durch die Gemeinde finanziell so ausgestattet werden, dass es die ihm zugewiesenen Aufgaben **nachhaltig** erfüllen kann. Eine Mindestkapitalisierung, wie sie bei der GmbH gesetzlich vorgeschrieben ist, besteht beim Kommunalunternehmen nicht.

Für den **Ergebniszufluss** an die Gemeinde bestehen keine besonderen Einschränkungen. Der Verwaltungsrat entscheidet nach vorheriger Zustimmung der Gemeindeversammlung gemäß § 70a Abs. 3 Satz 2 Nr. 6, Satz 3 KV über die Ergebnisverwendung. Ein Ergebniszufluss an die Gemeinde darf nicht zu einer Unterkapitalisierung des Kommunalunternehmens führen.

## ff) Zusammenfassung

### (1) Vorteile

- Aufgrund der größeren Selbständigkeit als eigene Rechtspersönlichkeit und der eigenverantwortlichen Leitungsfunktion des Vorstandes flexibleres Auftreten am Markt möglich.
- Klare Aufgabentrennung zwischen Vorstand (operative Aufgaben) und Verwaltungsrat (Kontrollfunktion).
- Erlass von Verwaltungsakten und öffentlich-rechtlichen Gebühren möglich.
- Haftung des Kommunalunternehmens mit seinem gesamten Vermögen, Haftung der Gemeinde auf die Höhe des einzuzahlenden Stammkapitals begrenzt.
- Nicht insolvenzfähig, Zwangsvollstreckung genehmigungsbedürftig.

---

<sup>318</sup> Schraml in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, D 122.

## (2) Nachteile

- Gemeinde muss Kommunalunternehmen mit angemessenem Stammkapital ausstatten, Beteiligung privater Dritter nach derzeitiger Rechtslage nicht möglich.
- Einfluss der Gemeinde im Vergleich zum Eigenbetrieb begrenzt, Einflussnahme nur über Verwaltungsrat möglich.
- Im Vergleich zum Eigenbetrieb weitergehende Bilanzierungspflichten, Überprüfung durch Rechtsaufsichtsbehörde und Landesrechnungshof.

### 3.3.2 Privatrechtliche Organisationsformen

Mögliche privatrechtliche Organisationsformen sind im Wesentlichen die GmbH (dazu im Folgenden a), die GmbH & Co. KG (dazu b) und die Genossenschaft (dazu c). Andere Gesellschaftsformen sind weniger geeignet (dazu d).

#### a) GmbH

Die GmbH ist eine der meistverbreiteten Organisationsformen des deutschen Privatrechts. Sie ermöglicht den Gesellschaftern die Teilnahme am Wirtschaftsverkehr **unter einer eigenen Firma**, das heißt, die GmbH tritt als eigenständige juristische Person im Rechtsverkehr gegenüber Dritten auf und kann eigenständig Rechte und Pflichten erwerben. Dies ist verbunden mit der für die GmbH charakteristischen **Haftungsbeschränkung**. Der Gesetzgeber stellt an die Organisation der GmbH nur wenige Anforderungen, dadurch kann die Satzung gut an die individuellen Bedürfnisse der Gesellschafter angepasst werden.<sup>319</sup> Die GmbH bietet damit aus gesellschaftsrechtlicher Perspektive großen Spielraum.<sup>320</sup>

Die GmbH ist, auch wenn sie ganz oder teilweise von der Gemeinde getragen wird, eine **privatrechtlich organisierte Einheit** und als solche nicht Teil der kommunalen Verwaltung. Die Unabhängigkeit und Flexibilität der privatrechtlichen Organisationsform geht aber mit einer Begrenzung der unmittelbaren Einflussmöglichkeiten auf die Unternehmensführung – verglichen mit den öffentlich-rechtlichen Organisationsformen – einher.<sup>321</sup>

#### aa) Steuerung

Die Gemeinde kann innerhalb einer GmbH relativ hohen Einfluss ausüben, soweit dies im Gesellschaftsvertrag verankert ist. Im Unterschied zu den öffentlich-

<sup>319</sup> Vgl. zum Muster eines Gesellschaftsvertrages einer kommunalen GmbH: *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, Anhang 2.

<sup>320</sup> *Uechtritz/Reck* in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 16, Rn. 34.

<sup>321</sup> *Uechtritz/Reck* in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 16, Rn. 18.

rechtlichen Organisationsformen, die selbst Teil der Verwaltung sind, kann bei der GmbH aber ein grundsätzlicher **Interessenkonflikt** entstehen: Organe der GmbH sind grundsätzlich nur der GmbH selbst verpflichtet. Die Interessen der GmbH müssen dabei nicht zwangsläufig mit denen der Trägerkommune übereinstimmen. Neben den kommunalrechtlichen Vorschriften zur Sicherstellung des Einflusses bietet die Satzung der GmbH große Gestaltungsmöglichkeiten.

Zwingend vorgeschriebene Organe der GmbH sind die **Geschäftsführung** und die Gesamtheit der Gesellschafter. Wie die Kompetenzverteilung zwischen Geschäftsführung und **Gesellschafterversammlung** erfolgt, insbesondere welche Entscheidungen bei den Gesellschaftern verbleiben, kann im Gesellschaftsvertrag weitgehend frei festgelegt werden.<sup>322</sup> Diese Autonomie ermöglicht es, eine Trennung zwischen Unternehmensführung und –kontrolle herzustellen. Auch ein Gesellschafter kann gemäß § 6 GmbHG Geschäftsführer sein, als solcher hat er allerdings die Interessen der GmbH wahrzunehmen und muss nach § 43 GmbHG in Angelegenheiten der Gesellschaft die **Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes** anwenden.

Neben Gesellschafterversammlung und Geschäftsführung kann im Rahmen der Satzung auch die Einrichtung eines **Aufsichtsrats** vorgesehen werden. Für diesen gelten gemäß § 52 Abs. 1 GmbHG, vorbehaltlich spezieller Regelungen im Gesellschaftsvertrag, die aktienrechtlichen Bestimmungen. Insbesondere bei der Beteiligung mehrerer öffentlicher Träger als Gesellschafter der GmbH bietet sich der Aufsichtsrat als Gremium an, in dem Vertreter der beteiligten Kommunen ihre Aufsicht ausüben können.

## bb) Haftung

Das Haftungsrisiko der Gemeinde bei der GmbH ist sehr begrenzt. Als eigene juristische Person **haftet die GmbH für Verbindlichkeiten selbst**, § 13 Abs. 2 GmbHG. Eine Haftung der Gesellschafter besteht dagegen grundsätzlich nicht.<sup>323</sup>

Das finanzielle Risiko der Gemeinde beschränkt sich daher auf den Totalverlust der eingesetzten **Stammeinlage** in das Gesellschaftsvermögen. Diese beträgt, soweit die GmbH allein von der Gemeinde gegründet wurde, wenigstens EUR 25.000.

---

<sup>322</sup> Uechtritz/Reck in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 16, Rn. 34.

<sup>323</sup> Ausnahmen hiervon werden von der Rechtsprechung nur in eng begrenzten Fällen gemacht. Diese betreffen insbesondere Fälle der Rechtsscheinhaftung, für den Fall dass im Rechtsverkehr der Rechtsschein gesetzt wurde, es bestünde bei der Gesellschaft keine Haftungsbeschränkung (unrichtige Firmierung o.ä.) und Fälle der Durchgriffshaftung im Falle des Missbrauchs der rechtlichen Selbständigkeit der GmbH zur Schädigung von Geschäftspartnern. Forderungen der Literatur nach einer Durchgriffshaftung im Falle materieller Unterkapitalisierung, bei der das von den Gesellschaftern der GmbH zugestandene Kapital offensichtlich und eindeutig nicht für die Erfüllung des Unternehmenszwecks ausreichend ist (vgl. hierzu *Fastrich* in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 5, Rn.6) werden von der Rechtsprechung abgelehnt.

Auch für den Fall der **Insolvenz** einer kommunalen GmbH kommen auf die Kommune keine Regressansprüche zu. Es wird insoweit sogar angenommen, dass eine Kommune, die eine in finanzielle Schieflage geratene kommunale GmbH unterstützt beihilferechtswidrig handelt. Eine Ausnahme wird diesbezüglich lediglich in den Fällen gemacht, in denen die GmbH kommunale Pflichtaufgaben erfüllt oder trotz Tätigkeit der GmbH Anschluss- und Benutzungszwänge angeordnet wurden.<sup>324</sup>

## cc) Größe

Die GmbH eignet sich für **alle Betriebsgrößen**. Sowohl relativ kleine Unternehmungen, ohne weitere Gesellschafter, als auch große Unternehmungen mit vielen Beteiligten können in der Rechtsform der GmbH organisiert werden. Gemäß § 1 GmbHG kann die GmbH, im Unterschied zu anderen privatrechtlichen Organisationsformen, bereits mit nur einer Person gegründet werden. Die GmbH bietet eine hohe Flexibilität in Bezug auf die Ausgestaltung der Satzung, wodurch diese an die tatsächlichen Verhältnisse der GmbH angepasst werden kann.

Hinsichtlich der Personalführung ist zu beachten, dass die GmbH als **privater Arbeitgeber** keine Beamten beschäftigen kann. Auch gelten die Tarifverträge für den öffentlichen Dienst nicht automatisch. In der Praxis vereinbaren kommunale Gesellschaften aber oftmals die Übernahme entsprechender tarifvertraglicher Regelungen. Darüber hinaus gehören kommunale Gesellschaften regelmäßig Arbeitgeberverbänden an, die ihrerseits Mitglied der Vereinigung kommunaler Arbeitgeberverbände sind. Dies hat zur Folge, dass auch für sie das Dienstrecht für Arbeiter und Angestellte des öffentlichen Dienstes gilt.<sup>325</sup>

## dd) Beteiligungsmöglichkeiten Dritter

Die GmbH ist grundsätzlich offen für die Beteiligung Dritter. Als privatrechtliche Gesellschaft unterliegt die GmbH nicht den Einschränkungen der öffentlich-rechtlichen Organisationsformen.

Bei der Beteiligung Privater muss allerdings im Rahmen der Satzung der **kommunale Einfluss** auf das operative Geschäft und die strategische Ausrichtung der Gesellschaft gewahrt bleiben, vgl. § 69 Abs. 1 Nr. 3 KV. Im Rahmen der Satzung sollten diesbezüglich Vetorechte der Vertreter der Gemeinde oder in jedem Fall an Gemeindevertreter zu vergebende Sitze in Vorstand und/oder Aufsichtsrat sowie

---

<sup>324</sup> Vgl. *Uechtritz/Reck* in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 16, Rn. 71-74.

<sup>325</sup> *Uechtritz/Reck* in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 16, Rn. 64.

Prüfungs- und Auskunftsrechte der Gemeinde bzw. der Gemeindevertretung gegenüber der Gesellschaft normiert werden.<sup>326</sup>

ee) Kapitalausstattung und Ergebniszufluss

§ 5 GmbHG weist ein **Mindeststammkapital** der GmbH in Höhe von EUR 25.000 aus. Das Stammkapital ist von den Gesellschaftern zu leisten, wobei die jeweilige Höhe der Stammeinlage durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt wird.

Das Gesetz fordert von den GmbH-Gesellschaftern zwar das Stammkapital und den Nennwert der von jedem Gesellschafter übernommenen Gesellschaftsanteile im Gesellschaftsvertrag in Euro-Beträgen anzugeben, hinsichtlich der Art der konkreten Leistung der Stammeinlage sind die Gesellschafter allerdings frei. Sie kann neben der Geldleistung auch durch die Einbringung von Sachen oder anderen Vermögenswerten geleistet werden (**Sacheinlage**),<sup>327</sup> z. B. in Form von Grundstücken oder Forderungen und Rechten. Auch können als Einlage dauerhafte **Nutzungsrechte** verschafft werden. Dies bedeutet, dass der GmbH für einen bestimmten oder unbestimmten Zeitraum ermöglicht wird, eine Sache zu nutzen, ohne dass ihr das Eigentum hieran übertragen wird. So können zum Beispiel kommunale **Dachflächen zur Stromerzeugung** oder kommunale Feldgrundstücke zur landwirtschaftlichen Bewirtschaftung mit Energiepflanzen zur Verfügung gestellt werden. Entscheidend ist, dass die jeweilige Einlage korrekt bewertet ist, damit es zu keiner Unterkapitalisierung der Gesellschaft kommt. Eine fehlerhafte, zu hohe Bewertung löst eine Nachschusspflicht des Gesellschafters aus, § 9 GmbHG.

Die **Ergebnisverwendung** wird in §§ 29 ff. GmbHG geregelt. Hiernach haben die Gesellschafter einen Anspruch auf Ausschüttung der Erträge, soweit diese nicht aufgrund Gesetzes oder Gesellschafterbeschlusses dem Kapital der GmbH zufließen.

ff) Exkurs: UG (haftungsbeschränkt)

Die Unternehmersgesellschaft (UG (haftungsbeschränkt))<sup>328</sup> ist eine Unterform der GmbH und in § 5a GmbHG geregelt. Sie wurde vom Gesetzgeber 2008 geschaffen und zeichnet sich dadurch aus, dass auf sie zwar grundsätzlich alle Regelungen, die die GmbH betreffen

---

<sup>326</sup> Vgl. Muster Gesellschaftsvertrag kommunale GmbH in *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, Anhang 2. Hinweis: Der Verweis auf Gesellschaftsverträge, Satzungen o.ä. im Rahmen dieses Leitfadens (nachfolgend: Satzungsmuster) erfolgt nur aus Gründen der Anschaulichkeit. Der Inhalt der Satzungsmuster wurde von den Verfassern nicht (rechtlich) überprüft. Die Verfasser übernehmen keine Haftung für deren Inhalt und die Vereinbarkeit mit den einschlägigen Rechtsvorschriften in der aktuellen Fassung.

<sup>327</sup> *Fastrich* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 5, Rn. 14.

<sup>328</sup> Die Firmierung als UG (haftungsbeschränkt) inklusive Hinweis auf die Haftungsbeschränkung ist zwingend und darf nicht verändert oder abgekürzt werden, da ansonsten die Haftungsprivilegierung entfällt. Vgl. *Miras* in: BeckOK GmbHG, § 5a, Rn. 6.

anwendbar sind, sie allerdings von der Mindestkapitalsumme in Höhe von EUR 25.000 befreit ist.

Das **Stammkapital** bei der UG (haftungsbeschränkt) kann damit auch nur einen Euro betragen. Die genaue Summe muss in der Satzung festgehalten werden und wird als Teil dieser auch notariell beurkundet. Aus praktischen Erwägungen wird meist eine höhere Kapitalisierung als ein Euro erforderlich sein.<sup>329</sup> Denn auch für die UG gelten die Regelungen der Insolvenzordnung: Nach § 19 Abs. 2 InsO liegt eine Überschuldung vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich. Eine nur sehr geringe Kapitalisierung könnte zur Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung führen, die eine Insolvenzantragspflicht nach sich zieht.<sup>330</sup> Darüber hinaus ist die Kommune grundsätzlich nicht davon befreit, die UG (haftungsbeschränkt) angemessen finanziell auszustatten. Anders als bei der GmbH sind **Sacheinlagen nicht möglich**.

Die UG (haftungsbeschränkt) **haftet**, wie die GmbH, nur mit ihrem Gesellschaftsvermögen, eine Haftung der Gesellschafter besteht grundsätzlich nicht.<sup>331</sup> Hinsichtlich der **Ergebnisverwendung** muss die UG (haftungsbeschränkt) ihr Stammkapital sukzessive auf das Mindeststammkapital der GmbH erhöhen; die UG (haftungsbeschränkt) soll zur GmbH heranwachsen. § 5a Abs. 3 GmbHG bestimmt daher, dass die UG (haftungsbeschränkt) jeweils ein Viertel des um den Verlustvortrag geminderten Jahresüberschusses in eine gesetzliche Rücklage einzustellen hat.<sup>332</sup>

Zusammenfassend erscheint die UG (haftungsbeschränkt) als „Mini-GmbH“ für die Fälle interessant, in denen Projekte mit geringem Investitionsvolumen und ohne großen Kapitaleinsatz seitens der Kommune mittels privatrechtlicher Gesellschaftsform realisiert werden sollen. Allerdings ist die Kommune hinsichtlich der Ergebnisverwendung gewissen Einschränkungen unterworfen. Daneben kann die Rechtsform der UG (haftungsbeschränkt) aufgrund ihres geringeren Haftungskapitals für mögliche Geschäftspartner weniger attraktiv und damit bei der wirtschaftlichen Betätigung unter Umständen hinderlich sein.

gg) Zusammenfassung

(1) Vorteile

– Hohe Flexibilität bei Gestaltung der Satzung.

---

<sup>329</sup> *Fastrich* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 5a, Rn. 3.

<sup>330</sup> *Fastrich* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 5a, Rn.30.

<sup>331</sup> Eine Gesellschafterhaftung ist lediglich in den von der Rechtsprechung für die GmbH entwickelten Ausnahmefällen denkbar.

<sup>332</sup> *Fastrich* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 5a, Rn.32.

- Haftungsrisiko der Gemeinde eher gering, kein über die eingezahlten Einlagen hinausgehendes Risiko.
- Mindestkapitalausstattung von EUR 25.000 gesetzlich vorgegeben.
- Beteiligung privater Dritter möglich.

## (2) Nachteile

- GmbH ist kein Teil der Verwaltung, keine Verwaltungsaktbefugnis.
- Erhöhter Gründungsaufwand.

## b) GmbH & Co. KG

### aa) Eignung der GmbH & Co. KG für kommunale Betätigungen

Die GmbH & Co. KG eignet sich besonders, soweit eine breite Beteiligung privater Investoren angestrebt wird.

Die GmbH & Co. KG ist eine Sonderform einer Personengesellschaft. Ihre Grundform ist die **Kommanditgesellschaft** (KG) (siehe dazu auch unten C.III.3.3.2d)cc)). Wesentliches Kriterium der KG ist die Unterscheidung zwischen zwei Arten von Gesellschaftern: persönlich unbeschränkt haftende Komplementäre und auf ihre Stammeinlage beschränkt haftende Kommanditisten, § 171 HGB. Das HGB sieht eine grundsätzliche Geschäftsführungsbefugnis der Komplementäre vor, § 164 HGB und folgt damit dem Grundsatz, dass ein Mehr an unternehmerischer Kontrolle mit einem höheren wirtschaftlichen Risiko einhergeht.

Von einer KG unterscheidet sich die GmbH & Co. KG dahingehend, dass persönlich haftender Komplementär keine natürliche Person ist, sondern eine beschränkt haftende GmbH. Dies hat den Vorteil, dass die unbeschränkte persönliche Haftung des Komplementärs von der GmbH übernommen wird. Als eigenständige juristische Person haftet diese aber nur mit ihrem Gesellschaftsvermögen. Eine darüber hinausgehende persönliche Haftung der GmbH-Gesellschafter findet nicht statt. Die Kommune wird hierbei in der Regel als (alleiniger) **GmbH-Gesellschafter** tätig sein.

Zu beachten ist aber, dass den Initiator der Unternehmung, hier also die Kommune bzw. das kommunale Unternehmen als Komplementärs-GmbH gegenüber den Kommanditisten gegebenenfalls eine **Prospekthaftung** trifft. Potentiellen Kommanditisten als Eigenkapitalinvestoren müssen vor ihrem finanziellen Engagement über Chancen und Risiken im Rahmen eines Verkaufsprospekts entsprechend den Vorgaben des Vermögensanlagegesetzes (VermAnlG) aufgeklärt werden, soweit die

Unternehmung nicht unter eine der in § 2 VermAnlG genannten Ausnahmeregelungen fällt.<sup>333</sup>

Typischerweise erfolgt die Umsetzung in der Praxis dergestalt, dass die Kommune bzw. ein kommunales Unternehmen eine Projektgesellschaft gründet, an der sich private Investoren als Kommanditisten beteiligen.<sup>334</sup> Dies hat für die Kommune den bereits beschriebenen Vorteil des begrenzten wirtschaftlichen Risikos als GmbH-Gesellschafter. Gleichzeitig profitiert sie von den begrenzten Einflussmöglichkeiten der Kommanditisten nach § 164 HGB und kann sich über die GmbH die **Federführung** im operativen Geschäft der Gesellschaft sichern. Entsprechende Vorkehrungen zur Sicherung des Einflusses der Kommune, etwa hinsichtlich der Bestellung der GmbH als geschäftsführender Gesellschafterin können ohne weiteres im Rahmen der Unternehmenssatzung verankert werden.

Für private Dritte, etwa **Einwohner**, die sich als Kommanditisten beteiligen, hat die GmbH & Co. KG den Vorteil, dass sie mit geringem finanziellen Aufwand am wirtschaftlichen Erfolg der Unternehmung teilhaben können, gleichzeitig ihr Risiko auf die Höhe ihrer Beteiligung begrenzt ist.

Damit eignet sich die GmbH & Co. KG besonders für **große Projekte**, in denen einerseits ein hoher Kapitalbedarf besteht und andererseits eine große Bürgerbeteiligung oder die Beteiligung anderer Investoren gewünscht ist.<sup>335</sup>

## bb) Zusammenfassung

### (1) Vorteile

- Wirtschaftliches Risiko der Gemeinde ist auf Stammeinlage der Komplementär-GmbH begrenzt.
- Gute Bedingungen zur Einwohnerbeteiligung bei abgestuften Beteiligungsrechten (Gemeinde kann sich gegenüber Einwohnern mehr Einfluss sichern).
- Effektive Führung möglich (insbes. bei größeren Projekten wichtig).
- Vergleichsweise einfache Entscheidungsabläufe (insbes. bei vielen Beteiligten wichtig).

### (2) Nachteile

- Kein Teil der Verwaltung, keine Verwaltungsaktbefugnis.

---

<sup>333</sup> Eine detaillierte Darstellung der Prospekthaftung erfolgt im vorliegenden Zusammenhang nicht.

<sup>334</sup> Vgl. *Zenke/Dessau*, KommJur 2013, 288, 290.

<sup>335</sup> So auch: *von Kaler/Kneuper*, NVwZ 2012, 791, 796.



- Vergleichsweise hoher Gründungsaufwand, unter Umständen Prospekthaf-

c) Genossenschaft

Die Genossenschaft (eG) ist ein Zusammenschluss mehrerer (mindestens dreier) natürlicher oder juristischer Personen zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks. Als Sonderform eines rechtsfähigen Wirtschaftsvereins ist die eG körperschaftlich organisiert.<sup>336</sup> Sie ist langfristig orientiert und darauf ausgelegt, ihre Mitglieder bei der Erreichung ihrer wirtschaftlichen Ziele zu **unterstützen**.<sup>337</sup> Dies zeigt sich daran, dass die durch die Mitgliedschaft erworbenen Anteile an der Genossenschaft grundsätzlich nicht veräußerlich sind und dass Leistungen, die von der Genossenschaft im Rahmen ihres Geschäftsbetriebs erbracht werden, in erster Linie ihren Mitgliedern zugutekommen sollen.<sup>338</sup> Ein **Beitritt** zur Genossenschaft ist nur als Gründungsmitglied, durch Beitrittserklärung nach § 15 GenG oder durch Erbschaft der Mitgliedschaft nach § 77 GenG möglich.<sup>339</sup>

Der jeweilige Förderzweck ergibt sich über den von den Gründungsmitgliedern bestimmten Unternehmensgegenstand. Zulässige **Förderzwecke** nach dem GenG sind u. a. die Förderung des Erwerbs und der Wirtschaft der Mitglieder. Dies ist dann gegeben, wenn die Einnahmen der Mitglieder vermehrt oder ihre Ausgaben vermindert werden, was etwa durch die Abnahme von Waren und Dienstleistungen oder durch die Vermittlung günstiger Kredite oder Produktionsmittel erfolgen kann.<sup>340</sup> Denkbar ist auch die eigene Energieversorgung durch Bürger-Energiegenossenschaften, in denen sich auch die Bürger selbst als Genossenschafter engagieren.<sup>341</sup> Insoweit kann auch die Unterstützung der Mitglieder in der privaten Haushaltsführung erfasst sein,<sup>342</sup> beispielsweise durch kostengünstige Zurverfügungstellung von Lieferungen und Leistungen für den privaten Lebensbedarf wie Strom oder Wärme.<sup>343</sup>

Die gesetzliche Ausrichtung auf den Förderzweck schließt die **Erzielung von Gewinnen** nicht aus. Die Gewinnerzielungsabsicht darf aber nicht Selbstzweck sein,

---

<sup>336</sup> Von Kaler/Kneuper, NVwZ 2012, 791.

<sup>337</sup> Cronauge/Westermann, Kommunale Unternehmen, Rn. 123. Geibel in: Henssler/Strohn, GesR, § 1 GenG, Rn. 3.

<sup>338</sup> Von Kaler/Kneuper, NVwZ 2012, 791.

<sup>339</sup> Geibel in: Henssler/Strohn, GesR, § 15 GenG, Rn. 1.

<sup>340</sup> Fandrich in: Pöhlmann/Fandrich/Bloehs, GenG, § 1, Rn. 9.

<sup>341</sup> Zenke/Dessau, KommJur 2013, 288, 289. Vgl. Althanns, ZfBR-Beil. 2012, 36.

<sup>342</sup> Vgl. Geibel in: Henssler/Strohn, GesR, § 1 GenG, Rn. 5.

<sup>343</sup> Fandrich in: Pöhlmann/Fandrich/Bloehs, GenG, § 1, Rn. 10.

sondern muss ein Mittel zur Erfüllung des Förderzwecks sein.<sup>344</sup> Die Genossenschaft muss, in Abgrenzung zu anderen Gesellschaften, darauf gerichtet sein, den Förderzweck unmittelbar durch einen gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb zu erreichen, und nicht nur mittelbar durch die Erzielung von Gewinnen.<sup>345</sup> Der Geschäftsbetrieb wird durch den Unternehmensgegenstand definiert, der als solcher auch zwingender Satzungsinhalt ist, § 6 Nr. 2. GenG.

Die Genossenschaft bedarf zur wirksamen Errichtung der **Eintragung in das Genossenschaftsregister**. Dadurch erlangt sie auch eine eigene Rechtspersönlichkeit, § 17 Abs. 1 GenG. Im Rahmen der Eintragung prüft das Registergericht, ob die **Satzung** der Genossenschaft den Mindestanforderungen des § 6 GenG entspricht.<sup>346</sup>

Die Überprüfung des Registergerichts umfasst auch den **Förderauftrag** der Genossenschaft, dieser muss im Rahmen des Unternehmensgegenstandes genau bezeichnet sein. Bei einer wirtschaftlichen Betätigung im Rahmen erneuerbarer Energien kann ein entsprechender Förderauftrag etwa in der gemeinschaftlichen Energieerzeugung oder in der Weiterleitung der erzeugten Energie zu günstigen Preisen an die Mitglieder liegen.<sup>347</sup>

#### aa) Steuerung

Die Genossenschaft wird gemäß § 24 GenG durch den **Vorstand** geleitet und vertreten, der – vorbehaltlich anderer Regelungen in der Satzung – aus zwei Personen besteht, die gemäß § 25 GenG die Genossenschaft nur gemeinschaftlich vertreten können. Die Bestellung nur einer Person als Vorstand ist gemäß § 24 Abs. 2 Satz 3 GenG nur bei Genossenschaften mit weniger als 20 Mitgliedern zulässig.

Die **Generalversammlung** ist das zentrale Organ der eG, in der die Mitglieder ihre Mitgliedsrechte ausüben. Hierdurch werden Selbstverwaltungs- und Demokratieprinzip, die die Genossenschaft prägen, verwirklicht.<sup>348</sup> Neben der Bestellung und Abberufung des Vorstandes (§ 24 GenG) und des Aufsichtsrates (§ 34 GenG) entscheidet die Generalversammlung gemäß § 16 GenG über alle Satzungsänderungen. Darüber hinaus müssen die wesentlichen Entscheidungen, wie etwa die Feststellung des Jahresabschlusses und die Verwendung etwaiger Überschüsse, von ihr beschlossen werden.

---

<sup>344</sup> Geibel in: Henssler/Strohn, GesR, § 1 GenG, Rn. 3.

<sup>345</sup> Geibel in: Henssler/Strohn, GesR, § 1 GenG, Rn. 11.

<sup>346</sup> Weitere Anforderungen ergeben sich aus § 7 GenG.

<sup>347</sup> Althanns, ZfBR-Beil. 2012, 36, 38.

<sup>348</sup> Geibel in: Henssler/Strohn, GesR, § 43 GenG, Rn. 1.

Im Rahmen der Satzung können die Rechte der Generalversammlung nicht frei erweitert werden. Vielmehr bestimmt § 18 GenG, dass der Generalversammlung nur insoweit Rechte zugestanden werden dürfen, als im GenG keine anderweitige Regelung getroffen sind. Hierdurch darf insbesondere keine grundlegende Verschiebung der Aufgaben zwischen den einzelnen Organen der Genossenschaft erfolgen.

Weiteres gesetzlich zwingend vorgesehene Organ der Genossenschaft ist der **Aufsichtsrat** gemäß § 9 GenG. Soweit die Genossenschaft nicht mehr als 20 Mitglieder hat, kann nach § 9 Abs. 1 GenG auf einen Aufsichtsrat verzichtet werden. Aufgabe des Aufsichtsrats ist gemäß § 38 Abs. 1 GenG die Überwachung des Vorstandes bei dessen Tätigkeit. Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat müssen Genossenschaftsmitglieder sein, § 9 Abs. 2 GenG.<sup>349</sup> Dieses Verbot der Fremddorganshaft kann eine professionelle Führung der Genossenschaft erschweren, da das persönliche finanzielle Engagement von Vorstand und Aufsichtsrat erforderlich ist.

Zu beachten ist, dass gemäß § 43 GenG grundsätzlich das sogenannte **genossenschaftliche Demokratieprinzip** gilt, nach dem **jedes Mitglied nur eine Stimme** hat. Allerdings kann im Rahmen der Satzung ein **Mehrstimmrecht** von bis zu drei Stimmen für solche Mitglieder eingeführt werden, die den Geschäftsbetrieb besonders fördern.<sup>350</sup> Eine besondere Förderung liegt beispielsweise in der Zurverfügungstellung wesentlicher Betriebsmittel. Mehr als drei Stimmen können gemäß § 43 Abs. 3 S. 3 Nr. 2 GenG bei Unternehmergenossenschaften gewährt werden. Dies setzt voraus, dass wenigstens 75% der Mitglieder Unternehmer im Sinne von § 14 BGB sind.

Bei **Mehrstimmenrechten** ist zu beachten, dass bei einer Beteiligung der Gemeinde dem Gebot des angemessenen Einflusses im Aufsichtsrat nach § 69 Abs. 1 Nr. 4 KV Rechnung getragen wird. Dies wird vor allem mit Blick auf Satzungsänderungen relevant. Denn bestimmte **Satzungsänderungen** erfordern nach § 16 Abs. 2 GenG eine Mehrheit von mindestens drei Viertel der abgegebenen Stimmen. Zu diesen gehören unter anderem die Änderung des Unternehmensgegenstandes, die Erhöhung des Geschäftsanteils und die Verpflichtung der Mitglieder zur Leistung von Nachschüssen. Das erforderliche Quorum kann im Rahmen der Satzung ausweislich von § 16 Abs. 2 Satz 2 GenG erhöht und an weitere Anforderungen geknüpft werden.<sup>351</sup> Dies kann notwendig sein, um die in § 69 KV verlangten Voraussetzungen – vor allem die Sicherstellung eines angemessenen Einflusses der Kommune – zu erfüllen.

---

<sup>349</sup> Althanns, ZfBR-Beil. 2012, 36, 40.

<sup>350</sup> Althanns, ZfBR-Beil. 2012, 36, 38.

<sup>351</sup> § 16 GenG gilt zwar nur für die Änderung der Satzung einer bestehenden Genossenschaft. Er illustriert aber die Möglichkeiten, die hinsichtlich der in der Satzung festgeschriebenen Mehrheitserfordernisse bestehen. Fandrich in: Pöhlmann/Fandrich/Bloehs, GenG, § 16 Rn. 1.

## bb) Haftung

Die wirtschaftliche Betätigung im Rahmen einer Genossenschaft führt nur zu begrenzten Risiken, denn ähnlich wie bei der GmbH haftet auch die Genossenschaft nur **mit ihrem Gesellschaftsvermögen**, § 2 GenG. Eine persönliche Haftung der Mitglieder besteht nicht. Auch **Nachschusspflichten** bestehen nur dann, wenn dies ausdrücklich in der Satzung vorgesehen ist. Vor dem Hintergrund der kommunalverfassungsrechtlichen Vorgaben der Haftungsbegrenzung ist eine kommunale Beteiligung an einer Genossenschaft damit nur möglich, wenn diese keine oder eine begrenzte Nachschusspflicht vorsieht.<sup>352</sup> Eine Durchgriffshaftung wird von der Rechtsprechung nur in eng begrenzten Ausnahmefällen zugelassen.<sup>353</sup>

## cc) Größe

Die Genossenschaft ist, ebenso wie die GmbH, variabel in Bezug auf die Betriebsgröße und die Mitgliederzahl. Genossenschaften müssen mindestens drei, können aber auch über Tausend Mitglieder haben.

Allerdings muss die wirtschaftlich tätige Kommune sicherstellen, dass der von der KV geforderte **Einfluss erhalten** bleibt. In Abhängigkeit von der anvisierten Größe der Genossenschaft, bzw. der Anzahl ihrer Mitglieder muss die Kommune im Rahmen der Satzung den von der KV geforderten Einfluss durch Mehrstimmregelungen, Mehrheitserfordernisse und Vetorechte bei entscheidenden Fragen der Genossenschaft (Unternehmenszweck, Ergebnisverwendung, Nachschusspflichten) sicherstellen.

## dd) Beteiligungsmöglichkeiten Dritter

Charakteristisch für die Genossenschaft ist gemäß § 1 Abs. 1 GenG die nicht geschlossene Mitgliederzahl. Auch die Struktur der Gesellschaft mit dem Organ der Generalversammlung ist auf eine **Beteiligung Vieler angelegt**. Hierdurch bietet sich die Genossenschaft insbesondere für eine **Einwohnerbeteiligung** an. Diese können ohne großen finanziellen Aufwand und ohne großes wirtschaftliches Risiko Mitglied der Genossenschaft werden. Erforderlich hierfür ist lediglich eine Beitrittserklärung, die den Anforderungen der §§ 15, 15a GenG genügt. Die Beitrittserklärung wird vom Vorstand geprüft und angenommen. Mit dem Beitritt ist automatisch die Übernahme eines oder mehrerer Geschäftsanteile verbunden, das Vermögen der Genossenschaft erhöht sich also.

---

<sup>352</sup> Althanns, ZfBR-Beil. 2012, 36, 37.

<sup>353</sup> Vgl. hierzu Geibel in: Henssler/Strohn, GesR, § 2 GenG, Rn. 5 ff.

## ee) Kapitalausstattung und Ergebniszufluss

Grundsätzlich gibt es keine gesetzlich festgelegte **Mindestkapitalausstattung**. Allerdings kann gemäß § 8a GenG in der Satzung ein Mindestkapital der Genossenschaft festgeschrieben werden, welches nicht durch Ausschüttungen an die Mitglieder unterschritten werden darf.

Die Genossenschaft ermöglicht den beständigen Ein- und Austritt von Mitgliedern. Dadurch ändert sich das **Eigenkapital** der Genossenschaft. Dieses besteht aus den Geschäftsguthaben der Mitglieder, also deren Einzahlungen auf ihre Genossenschaftsanteile und den Ergebnisrücklagen.<sup>354</sup> Um eine stabile finanzielle Ausstattung der Genossenschaft zu gewährleisten und sicherzustellen, dass ausreichend Haftungskapital vorhanden ist, empfiehlt sich daher die Festschreibung eines Mindestkapitals im Rahmen der Satzung.

Die Gewinn- und Verlustverteilung bestimmt sich nach §§ 19 ff. GenG. Danach werden Gewinne und Verluste auf die Mitglieder in Abhängigkeit ihrer geleisteten Einlagen verteilt. Soweit der Gemeinde danach Anteile am Gewinn der Genossenschaft zustehen, fließen diese als Ausschüttung dem Gemeindehaushalt zu.

## ff) Zusammenfassung

### (1) Vorteile

- Ermöglicht die gleichrangige Beteiligung vieler Einwohner.
- Aufgrund der Beschränkung der Haftung auf die Einlagen der Genossenschaft überschaubares finanzielles Risiko für Gemeinde.

### (2) Nachteile

- Höherer Gründungsaufwand im Vergleich zu anderen Gesellschaftsformen.
- Organe der Genossenschaft müssen grundsätzlich selbst Mitglieder sein.
- Bei Vielzahl von Mitgliedern Einfluss der Gemeinde gegebenenfalls schwerer sicherzustellen.

## d) Sonstige privatrechtliche Organisationsformen

### aa) BGB-Gesellschaft

Die BGB-Gesellschaft (Gesellschaft bürgerlichen Rechts, GbR) eignet sich generell für **kleine Unternehmungen** mit wenigen Gesellschaftern. Sie entsteht durch die vertragliche Verpflichtung der Gesellschafter den im Gesellschaftsvertrag ge-

---

<sup>354</sup> Vgl. *Geibel* in: Henssler/Strohn, GesR, § 8a GenG, Rn. 1.

nannten gemeinsamen Zweck zu fördern und die vereinbarten Beiträge zu leisten, § 705 BGB. Mit der GbR können allerdings nur solche Zwecke verfolgt werden, die keinen Betrieb eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebes erfordern, da für diese die OHG (bzw. die KG bei Haftungsprivilegierung einzelner Gesellschafter) vorgesehen ist.

Die GbR wird den Anforderungen der KV in Bezug auf eine **angemessene Haftungsbeschränkung nicht gerecht**. Gesellschafter einer GbR haften für Verbindlichkeiten der Gesellschaft entsprechend §§ 128 ff. HGB,<sup>355</sup> und zwar grundsätzlich unmittelbar, unbeschränkt und gesamtschuldnerisch, §§ 427, 431 BGB.<sup>356</sup> Eine interne Haftungsfreistellung zwischen den Gesellschaftern ist im Außenverhältnis gegenüber Gläubigern nicht wirksam und schützt die Kommune als Gesellschafterin nicht davor, in Anspruch genommen zu werden.<sup>357</sup>

## bb) Offene Handelsgesellschaft

Für die OHG gilt ähnliches wie für die GbR. Sie stellt eine in den §§ 105 ff. HGB geregelte Sonderform der GbR dar, deren Zweck auf den **Betrieb eines Handelsgewerbes** gerichtet ist.<sup>358</sup> Gemeinsam haben beide Organisationsformen aber die unbeschränkte Haftung der Gesellschafter, § 128 HGB. Auch die OHG wird damit der in der KV geforderten Haftungsbegrenzung nicht gerecht.

## cc) Kommanditgesellschaft

Die Kommanditgesellschaft (§ 161 ff. HGB) entspricht von ihrer Grundstruktur im Wesentlichen der OHG. Beide bieten im Rahmen der konkreten Ausgestaltung der Satzung große Spielräume für individuelle Lösungen.

OHG und KG unterscheiden sich aber hinsichtlich der Haftung der Gesellschafter. Bei der KG wird zwischen zwei Arten von Gesellschaftern unterschieden, Komplementären und Kommanditisten. Letztere haften nur beschränkt bis zur Höhe ihrer jeweils geleisteten Vermögenseinlage, § 171 HGB.

Für die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen kommt wegen der kommunalrechtlichen Vorgaben allein eine **Beteiligung als Kommanditist** in Betracht. Nach § 164 HGB sind Kommanditisten allerdings grundsätzlich von der Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen. Diese Regelung ist allerdings dispositiv, im Rahmen der Satzung können die Gesellschafter abweichende Rege-

---

<sup>355</sup> *Servatius* in: Henssler/Strohn, GesR, § 714 BGB Rn. 10.

<sup>356</sup> Vgl. *Servatius* in: Henssler/Strohn, GesR, § 714 BGB Rn. 13-16.

<sup>357</sup> Möglich ist aber, dass *mit ihren Gläubigern* eine Beschränkung der Haftung z. B. auf das Gesellschaftsvermögen vereinbart wird, vgl. *Servatius* in: Henssler/Strohn, GesR, § 714 BGB Rn. 18.

<sup>358</sup> *Hellermann* in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 7, Rn. 123.

lungen treffen. Diese können auch so weit gehen, dass die Geschäftsführung allein einem Kommanditisten obliegt, während die Komplementäre von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind.<sup>359</sup>

Die kommunale Betätigung im Rahmen einer Kommanditgesellschaft ist damit nur mit **umfangreichen Anpassungen der Unternehmenssatzung** möglich. Zugleich wird ein Partner benötigt, der bereit ist, das wirtschaftliche Risiko zu tragen, ohne gleichzeitig die volle unternehmerische Kontrolle zu besitzen.

### 3.4 Zwischenfazit

Die Kommune, die sich wirtschaftlich betätigen will, muss sich in einem ersten Schritt entscheiden, ob sie die geplante Tätigkeit innerhalb ihres Verwaltungsaufbaus durchführen will oder ob die Unternehmung privatrechtlich organisiert werden soll.

Entscheidet sie sich für die **Integration in den Verwaltungsaufbau**, stehen ihr die Organisationsformen des Eigenbetriebes und des Kommunalunternehmens zur Verfügung.

Als **privatrechtlichen Organisationsformen** kommen im Wesentlichen die GmbH, die GmbH & Co. KG und die Genossenschaft in Frage. In Sonderfällen können auch die UG (haftungsbeschränkt) und die KG in Betracht kommen. Die GbR und die OHG werden aufgrund der fehlenden Möglichkeit der Gemeinde, die Haftung zu begrenzen, nicht geeignet sein. Die Aktiengesellschaft ist bereits durch die Regelungen der KV ausgeschlossen.

#### 3.4.1 Vor- und Nachteile öffentlich-rechtlicher Organisationsformen

##### a) Vorteile öffentlich-rechtlicher Organisationsformen

Eigenbetrieb und Kommunalunternehmen ist gemein, dass ihnen als öffentlich-rechtliche Organisationsformen ohne Weiteres **kommunale Aufgaben übertragen** werden können, was die Möglichkeit, Verwaltungsakte zu erlassen, beinhaltet. **Eigenbetriebe** als rechtlich unselbständiges Sondervermögen der Gemeinde können dies bereits in ihrer Eigenschaft als Teil der Verwaltung. Kommunalunternehmen sind dazu berechtigt, soweit die Aufgabenübertragung im Gebiet der Hoheitsverwaltung erfolgt.

Der **Eigenbetrieb** bietet den Vorteil enger Einbindung in die allgemeine Verwaltungstätigkeit und Steuerung durch die Kommune. Diese Steuerungsmöglichkeit geht aber mit einer verminderten Flexibilität im Auftreten am Markt einher. Gleichzeitig erfolgt keine Haftungsprivilegierung. Die Kommune haftet vollständig für Verbindlichkeiten des Eigenbetriebes.

---

<sup>359</sup> Grunewald in: MüKo HGB, § 164, Rn. 23, 24.

Das **Kommunalunternehmen** kann im Vergleich dazu freier am Markt auftreten. Die Steuerungsmöglichkeiten der Kommune sind dennoch hoch. Auch können im Rahmen der Satzung weitere Vorkehrungen zur Sicherung kommunalen Einflusses getroffen werden. Beim Kommunalunternehmen besteht aber ein höherer Gründungsaufwand als beim Eigenbetrieb. Es bietet jedoch die Möglichkeit einer Haftungsbegrenzung auf das Betriebsvermögen.

Bei den öffentlich-rechtlichen Organisationsformen können Beamte eingesetzt werden. Während das Kommunalunternehmen als eigenständige Rechtspersönlichkeit Dienstherrenfähigkeit erlangt, verbleibt diese beim Eigenbetrieb bei der Kommune.

b) Nachteile öffentlich-rechtlicher Organisationsformen

Bürgerbeteiligung ist beim Eigenbetrieb nicht möglich. Dies gilt nach der derzeitigen Gesetzeslage in Mecklenburg-Vorpommern auch für Kommunalunternehmen. Der Investitionsaufwand wird daher in der Regel von der Kommune allein zu tragen sein.

Gleichzeitig sind die öffentlich-rechtlichen Organisationsformen im wirtschaftlichen Verkehr **weniger flexibel**. Die Einbindung in das öffentlich-rechtliche Tarifsystem und die öffentlich-rechtlichen Laufbahnen können zu vergleichsweise höheren Kosten und Personalaufwand führen. Diese Nachteile sind beim Eigenbetrieb aufgrund der Eingliederung in die allgemeine Verwaltung größer als beim Kommunalunternehmen, welches eine größere organisatorische Selbständigkeit aufweist.

c) Mögliche Einsatzgebiete öffentlich-rechtlicher Organisationsformen<sup>360</sup>

Öffentlich-rechtliche Organisationsformen eignen sich tendenziell eher für **kleine bis mittlere Unternehmen**. Diese haben in der Regel einen geringeren Investitionsbedarf und führen auch zu vergleichsweise geringeren wirtschaftlichen Risiken. Dies ist für die Kommune von Vorteil, da sie den Investitionsbedarf allein decken muss und im Falle des Eigenbetriebes auch das unbeschränkte wirtschaftliche Risiko trägt. Je größer das geplante Unternehmen, umso eher ist die beim Kommunalunternehmen mögliche Haftungsbeschränkung zu erwägen.

Auf dem Gebiet der **Daseinsvorsorge** ist die öffentlich-rechtliche Organisationsform von Vorteil, da hier u. U. ein Anschluss- und Benutzungszwang vorgeschrieben werden kann und Abgaben direkt eingefordert werden können.

---

<sup>360</sup> Die Aufzählung im Rahmen dieses Leitfadens hat nur beispielhaften Charakter. Sie kann nicht eine Analyse und Bewertung im konkreten Einzelfall ersetzen.



## 3.4.2 Vor- und Nachteile privatrechtlicher Organisationsformen

### a) Vorteile privatrechtlicher Organisationsformen

Die nach der KV zulässigen privatrechtlichen Organisationsformen ermöglichen ein vergleichsweise flexibles Auftreten am Markt. Für die Kommune besteht gleichzeitig ein nur begrenztes Haftungsrisiko. Darüber hinaus ist die **Beteiligung Dritter** möglich. Die eG und die GmbH & Co.KG eignen sich hierbei besonders. Das Angebot einer Einwohnerbeteiligung kann insbesondere bei der Energieerzeugung vor Ort erhebliche Akzeptanzgewinne mit sich bringen.

Die privatrechtlichen Organisationsformen bieten darüber hinaus große **organisatorische Freiheiten**. Zum einen kann die Kommune bei der konkreten Ausgestaltung des Unternehmens im Rahmen des Gesellschaftsvertrages bzw. der Satzung individuelle Lösungen zur Sicherung ihres Einflusses und zur Regelung des Haftungsrisikos finden. Zum anderen bestehen in personalwirtschaftlicher Hinsicht größere Freiheiten als bei öffentlich-rechtlichen Organisationsformen.

### b) Nachteile privatrechtlicher Organisationsformen

Die erhöhte Flexibilität und das überschaubare wirtschaftliche Risiko gehen mit einer im Vergleich zu öffentlich-rechtlichen Organisationsformen tendenziell geringeren **Steuerungsmöglichkeit** durch die Kommune einher. Die Organe der Gesellschaften sind nicht primär der Kommune verpflichtet. Zur Sicherstellung der von der KV geforderten Informations-, Beteiligungs- und Kontrollrechte sind teils umfangreiche Regelungen im Rahmen der Unternehmenssatzungen erforderlich. Dies führt zu einem **erhöhten Gründungsaufwand** und u. U. höheren **Gründungskosten**. Hierbei muss auch beachtet werden, dass Weisungsrechte aufgrund der Verantwortlichkeit der Gesellschaftsorgane gegenüber der Gesellschaft zum Teil nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen im Rahmen der Satzung festgeschrieben werden können.<sup>361</sup>

### c) Mögliche Einsatzgebiete privatrechtlicher Organisationsformen

Die Einsatzmöglichkeiten privatrechtlicher Organisationsformen sind vielfältig. Insbesondere die GmbH eignet sich für alle Unternehmensgrößen, da sie an die jeweiligen Kontroll- und Haftungsbedürfnis angepasst werden kann. **Kommunale Stadtwerke**, wie etwa Wärmekraftwerke oder Stromnetzbetreiber, können als GmbH organisiert sein.

Hierbei wird auch die Möglichkeit, die GmbH durch eine **Sacheinlage** mit dem nötigen Haftungskapital auszustatten, relevant. Die Kommune kann so etwa unter bestimmten Voraussetzungen Grundstücke oder geldwerte Nutzungsrechte auf die

---

<sup>361</sup> Vgl. für die GmbH: *Ziche/Herrmann*, DÖV 2014, 111.

GmbH übertragen. Hierdurch wird der Geschäftsbetrieb der GmbH unterstützt, ohne dass seitens der Gemeinde ein direkter Finanzierungsbedarf entsteht. Es müssen aber die besonderen Anforderungen an eine Sacheinlage erfüllt sein, sodass hier in der Regel individuelle Beratung erforderlich sein wird.

**GmbH & Co. KG** sowie eG eignen sich für Unternehmungen, die auf eine Beteiligung der Einwohner ausgerichtet sind.<sup>362</sup> Erstere bietet den Vorteil, dass die Kommune als Träger der Komplementärs-GmbH die **volle unternehmerische Kontrolle** über das Unternehmen behalten kann und gleichzeitig das **Haftungsrisiko begrenzt** ist. Die Kommanditisten tragen nur ein auf ihre jeweilige Einlage begrenztes wirtschaftliches Risiko. Hierbei können große Investitionssummen bei vergleichsweise geringem kommunalem Risiko erzielt werden. Insgesamt wird die GmbH & Co. KG für Unternehmungen empfohlen, bei denen es auf eine zentrale Führung mit einfachen Entscheidungsabläufen ankommt.<sup>363</sup>

Die eG ist von ihrer Grundstruktur auf die Gleichbehandlung der Mitglieder ausgelegt, sodass hier im Rahmen der Satzung größerer Anpassungsbedarf besteht, um den kommunalen Einfluss bei gleichzeitiger großer Beteiligung privater Investoren sicherzustellen. Die eG ist daneben unmittelbar auf die Förderung ihrer Mitglieder ausgerichtet. Sie wird vor allem kleineren Gemeinden empfohlen, die den bei der GmbH & Co. KG höheren Gründungsaufwand scheuen.<sup>364</sup> Gleichzeitig eignet sie sich auch für ortsübergreifende Beteiligungsmodelle.<sup>365</sup>

#### 4. Zweites Szenario: Beteiligung der Gemeinde an einem Unternehmen oder interkommunale Zusammenarbeit

Weniger weitgehend als die Gründung eines eigenen Unternehmens ist die bloße Beteiligung der Gemeinde an einer Unternehmung. Dies kann ein privatrechtliches Unternehmen sein (dazu im Folgenden 4.1) oder aber eine Zusammenarbeit mit anderen Kommunen im Rahmen einer interkommunalen Zusammenarbeit (dazu 4.2).

##### 4.1 Beteiligung an einem privatrechtlichen Unternehmen

Auch wenn sich die Gemeinde an einem bestehenden privatrechtlichen Unternehmen beteiligt, muss sie die Anforderungen der Kommunalverfassung, insbesondere § 69 KV, beachten.

§ 69 Abs. 1 KV erfasst die Fälle der **unmittelbaren** Errichtung, Übernahme, Beteiligung und Ausdehnung auf andere Wirtschaftsbereiche, also die Fälle, in denen die Gemeinde selbst aktiv

---

<sup>362</sup> Vgl. von Kaler/Kneuper, NVwZ 2012, 791, 796.

<sup>363</sup> Von Kaler/Kneuper, NVwZ 2012, 791, 796.

<sup>364</sup> Von Kaler/Kneuper, NVwZ 2012, 791, 795.

<sup>365</sup> Von Kaler/Kneuper, NVwZ 2012, 791, 795.

wird. Während die Errichtung die Gründung eines bisher nicht vorhandenen Unternehmens und die Übernahme den Eigentumsvollerwerb umfassen, wird unter der Beteiligung lediglich der Erwerb einzelner Anteile verstanden.<sup>366</sup> In diesen Fällen muss die Gemeinde zusätzliche Anforderungen erfüllen, die sich teilweise in Abhängigkeit davon, ob es sich bei der Beteiligung um eine Einrichtung oder ein Unternehmen handelt, unterscheiden (vgl. zu den einzelnen Anforderungen C.III.3.1.2c), dd), cc)).

Die Fälle, in denen sich die Gemeinde an einem bestehenden Unternehmen bzw. einer Einrichtung bloß **mittelbar** beteiligt, also mittels eines eigenen Unternehmens bzw. einer Einrichtung, erfasst § 69 Abs. 2 KV. Eine solche Beteiligung liegt ab einer Beteiligung der Gemeinde an dem Mittler-Unternehmen von 20 % vor. § 69 Abs. 2 KV verweist auf § 68 Abs. 2 KV. Das Unternehmen, an dem sich die Kommune durch ein eigenes kommunales Unternehmen bzw. eine Einrichtung beteiligt, muss den öffentlichen Zweck und die Subsidiaritätsklausel erfüllen sowie in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde stehen. Die Kommune soll sich nicht dadurch von den Voraussetzungen des § 68 Abs. 2 befreien können, dass sie anstelle einer eigenen Investition über den Umweg einer anderen Gesellschaft unternehmerisch tätig wird. Für mittelbare Beteiligungen sollen die gleichen Anforderungen gelten wie für unmittelbare Beteiligungen.<sup>367</sup>

Der Fall der **mittelbaren Beteiligung** muss damit nicht an den insoweit strengeren Anforderungen des § 69 Abs. 1 KV gemessen werden. Dies ist auch sachgerecht, denn bei der mittelbaren Beteiligung besteht für die Gemeinde mangels Gesellschafterstellung kein unmittelbares Haftungsrisiko.

Für das Unternehmen, durch das die Gemeinde die mittelbare Beteiligung verwirklicht, gelten die Anforderungen der direkten Beteiligung. Für das Kommunalunternehmen normiert dies etwa § 70 Abs. 3 Satz 2 KV ausdrücklich.

Unabhängig davon, ob die Beteiligung unmittelbar oder mittelbar erfolgt, besteht eine **Anzeigepflicht gegenüber der Kommunalaufsicht nach § 77 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KV**. Beteiligt sich die Kommune direkt oder mittels eines kommunalen Unternehmens mit maßgeblichem Einfluss an einem anderen Unternehmen oder Einrichtung in Privatrechtsform, müssen weiterhin kommunaler Einfluss sowie **Informations- und Prüfungsrechte** sichergestellt werden; dies regelt ausdrücklich § 73 KV (dazu ausführlich oben C.III.3.1.2d)). Die dadurch notwendigen Satzungsanpassungen können möglicherweise zu einem erhöhten Abstimmungsbedarf mit den anderen an der Gesellschaft Beteiligten führen.

---

<sup>366</sup> Vgl. zur insoweit identischen Vorgängernorm § 69 KV a.F: *Darsow* in: *Darsow u.a., KV M-V, § 69 KV, Rn. 1.*

<sup>367</sup> Gesetzesbegründung, LT-Drs. 5/4173, S. 150.

## 4.2 Zusammenarbeit zwischen Kommunen (Interkommunale Zusammenarbeit)

Die Zusammenarbeit zwischen Kommunen durch interkommunale Zusammenarbeit kann aus Sicht der Risikominimierung sinnvoll sein. Gerade kleinen Gemeinden wird empfohlen, Risiken und Lasten zu verteilen, um so auch bei einer möglicherweise schwierigen Ausgangssituation wirtschaftliche Betätigung realisieren zu können.<sup>368</sup> Im Rahmen der interkommunalen Zusammenarbeit kommen ein gemeinsames Kommunalunternehmen (dazu im Folgenden 4.2.1) und ein Zweckverbandes (dazu 4.2.2) in Betracht.

### 4.2.1 Gemeinsames Kommunalunternehmen

Die Voraussetzungen der Beteiligung an einem bestehenden Kommunalunternehmen, die sich nach § 167a ff. KV richten, wurden bereits unter C.III.3.3.1b)dd)(1) behandelt, sodass an dieser Stelle darauf verwiesen werden kann.

### 4.2.2 Zweckverband

Bei Zweckverbänden handelt es sich um die klassische öffentlich-rechtliche Form der interkommunalen Zusammenarbeit. Zweckverbände sind gemäß § 150 Abs. 1 KV Körperschaften des öffentlichen Rechts ohne Gebietshoheit. Im Verhältnis zu seinen Mitgliedern ist der Zweckverband rechtlich verselbstständigt. Der Zweckverband wird durch **öffentlich-rechtlichen Vertrag** zwischen den Beteiligten errichtet. Dieser bedarf der Genehmigung durch die Rechtsaufsichtsbehörde, § 152 Abs. 1 KV. In dem Vertrag müssen die öffentlich-rechtlichen Aufgaben, die auf den Zweckverband übertragen werden sollen, aufgelistet werden. Zu unterscheiden ist einerseits der Zweckverband, der eine hoheitliche Aufgabe erfüllt, und ein solcher, dessen Zweck auf den Betrieb eines wirtschaftlichen Unternehmens gerichtet ist.<sup>369</sup>

Aufgaben nach § 151 Abs. 1 Satz 1 KV sind die pflichtigen und die freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben sowie die Aufgaben des übertragenen Wirkungskreises (§§ 2, 3 KV). In der Praxis schließen sich Kommunen meist in den klassischen kommunalen Aufgaben der **Daseinsvorsorge** zu einem Zweckverband zusammen; denkbar ist ein Zweckverband zur Energieversorgung. Der Zweckverband verfügt über hoheitliche Befugnisse, insbesondere geht mit der Aufgabenübertragung auch das **Satzungsrecht**<sup>370</sup> der Verbandsmitglieder grundsätzlich über, § 151 Abs. 2 KV. **Vermögensrechte** gehen hingegen nicht automatisch über. So müsste z. B. das Eigentum an einer Anlage auf den Zweckverband übertragen werden.

Der Zweckverband kann als Körperschaft des öffentlichen Rechts als **Träger eines Unternehmens** auftreten. Gemeinden, Ämter und Landkreise können sich daher als **Mitglieder des Zweckverbandes** zusammenschließen, um mittelbar, durch den Zweckverband als Unternehmensträger ein gemeinsames Unternehmen zu begründen.<sup>371</sup> Auch **natürliche und juristische**

<sup>368</sup> RS M-V Erneuerbare Energien, S. 2.

<sup>369</sup> Cronauge/Westermann, Kommunale Unternehmen, Rn. 241.

<sup>370</sup> Z. B. das Recht zum Erlass von Beitrags- und Gebührensatzungen.

<sup>371</sup> Hellermann in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 7, Rn. 146.

**Personen des Privatrechts** können Verbandsmitglieder sein, wenn die Erfüllung der Verbandsaufgaben dadurch gefördert wird und Gründe des öffentlichen Wohls nicht entgegenstehen, § 150 Abs. 2 Satz 3 KV.

Die innere Ausgestaltung des Zweckverbandes erfolgt durch eine **Satzung**, die von der Mehrheit der Mitglieder der Verbandsversammlung beschlossen wird (§ 152 Abs. 4 Satz 1 KV) und vor der Ausfertigung der Rechtsaufsichtsbehörde angezeigt werden muss (§ 152 Abs. 4 S. 3 KV). Sie muss Regelungen u. a. zu Name und Sitz des Zweckverbandes, den Verbandsmitgliedern und ihrem Stimmrecht, den Aufgaben und der Art ihrer Erfüllung enthalten, sowie den Maßstab, nach dem die Verbandsmitglieder zur Deckung des Finanzbedarfs des Zweckverbandes beizutragen haben, regeln, § 152 Abs. 3 KV.<sup>372</sup>

a) Steuerung

Organe des Zweckverbandes sind gemäß § 155 KV die Verbandsversammlung und der Verbandsvorsteher. Dabei ist die **Verbandsversammlung** das oberste Willensbildungs- und Beschlussorgan des Zweckverbandes, § 156 Abs. 1 KV. Sie besteht aus den Bürgermeistern, Amtsvorstehern und Landräten der verbandsangehörigen Gemeinden, Ämter und Landkreise. Je nachdem, ob auch natürliche oder juristische Personen des Privatrechts Verbandsmitglieder sind, umfasst die Verbandsversammlung auch diese natürlichen Personen bzw. die für die juristischen Personen handelnden Vertreter, § 156 Abs. 2 Satz 1 und 2 KV. Die Verbandsversammlung ist für **alle wichtigen Angelegenheiten** des Zweckverbandes zuständig und überwacht die Durchführung der Entscheidungen.

Die Verbandsversammlung wählt aus ihrer Mitte für die Dauer ihrer Wahlperiode den **Verbandsvorsteher** sowie zwei Stellvertreter, § 159 Abs. 1 KV. Der Verbandsvorsteher führt die laufenden Geschäfte (vgl. § 159 Abs. 5 KV) und vertritt den Zweckverband nach außen (§ 158 Abs. 1 KV).

b) Haushaltswirtschaft und wirtschaftliche Betätigung

Gemäß § 161 Abs. 1 KV führt der Zweckverband einen **eigenen Haushalt**. Zudem gelten die Grundsätze über die Haushaltswirtschaft der Gemeinden (dazu C.II.3.2.1a)) für die Haushaltswirtschaft des Zweckverbandes entsprechend.

Für die Zwecke seiner Aufgabenwahrnehmung steht dem Zweckverband das **Recht zur wirtschaftlichen Betätigung** nach Maßgabe des § 161 Abs. 2 KV zu. Da diese Vorschrift die **entsprechende Anwendung der §§ 68 bis 77 KV** anordnet, kann der Zweckverband als Unternehmensträger auf die Organisationsformen zurückgreifen, die die Kommunalverfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern den einzelnen Kommunen zur Verfügung stellt. Zweckverbände können Kommunalun-

---

<sup>372</sup> Vgl. Muster einer Zweckverbandssatzung nach nordrhein-westfälischem Landesrecht in *Cronau-ge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, Anhang 4.

ternehmen errichten (C.III.3.3.1b)) oder sich privatrechtsförmiger Unternehmen zur Ausführung der ihnen übertragenen Aufgaben bedienen (C.III.3.3.2).<sup>373</sup> Gemäß § 161 Abs. 3 KV gelten für die Wirtschaftsführung des Zweckverbandes die für die Eigenbetriebe geltenden Vorschriften der KV und der EigVO entsprechend, wenn die Hauptaufgabe des Zweckverbandes im Betreiben eines gemeinsamen *Unternehmens* liegt, § 161 Abs. 3 Satz 1 KV. Dies hat z. B. zur Folge, dass in diesen Fällen anstelle der Haushaltssatzung der Wirtschaftsplan und an die Stelle der Rechnung der Jahresabschluss tritt.<sup>374</sup> Besteht die Hauptaufgabe des Zweckverbandes hingegen im Betreiben einer *Einrichtung*, kann die Verbandssatzung bestimmen, dass die Wirtschaftsführung nach den Vorschriften der EigVO erfolgt, § 161 Abs. 3 Satz 2 KV.

## c) Finanzierung

Die Finanzierung des Zweckverbandes erfolgt über primäre und sekundäre Finanzierungsmittel. Zur Finanzierung seiner Aufgaben kann der Zweckverband primär auf **eigene Einnahmen** zurückgreifen, insbesondere auf Gebühren, Beiträge und Entgelte. Insoweit gelten die allgemeinen Haushaltsgrundsätze (§ 43 KV) und die Grundsätze zur Einnahmenbeschaffung (§ 44 KV) auch für den Zweckverband.

Sofern die eigenen Einnahmen nicht ausreichen, hat der Zweckverband gemäß § 162 Abs. 1 Satz 1 KV zwingend eine **Verbandsumlage** zu erheben (sekundäre Finanzierung). Der Bemessungsmaßstab für die Umlage ist in der Verbandssatzung nach vorab festgelegten transparenten Kriterien zu ermitteln und soll sich nach dem Verhältnis des Nutzens für einzelne Mitglieder bestimmen, § 162 Abs. 1 Satz 2 KV.

## d) Haftung

Zweckverbände sind rechts- und geschäftsfähig und können daher Rechtsgeschäfte auf dem Gebiet des öffentlichen wie auch des privaten Rechts selbstständig wahrnehmen. Daraus resultierende Verbindlichkeiten (Verbandsschulden) sind **aus dem Vermögen des Zweckverbandes** zu erfüllen.

Reicht das Verbandsvermögen zur Befriedigung der Gläubiger nicht aus, trifft die einzelnen Mitglieder des Zweckverbandes eine **Nachschusspflicht** entsprechend der in der Verbandssatzung gemäß § 162 Abs. 1 Satz 2 KV bestimmten Verbandsumlage. § 162 Abs. 1 Satz 3 KV eröffnet die Möglichkeit, die Umlagepflicht einzelner Verbandsmitglieder auf einen Höchstbetrag zu beschränken. Zu berücksichtigen ist aber, dass die Beschränkung der Umlagepflicht eines Verbandsmitglieds spiegelbildlich dazu führt, dass die anderen Verbandsmitglieder sich dazu

---

<sup>373</sup> *Hellermann* in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 7, Rn. 159.

<sup>374</sup> *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, Rn. 250.

verpflichten, den Fehlbetrag in voller Höhe zu kompensieren. Es ist also nicht möglich, eine Haftungsbegrenzung zu Gunsten aller Verbandsmitglieder zu schaffen. Eine der GmbH angenäherte Haftungssituation zum „Nulltarif“ widerspräche der Stellung des Zweckverbandes als Körperschaft des öffentlichen Rechts.<sup>375</sup>

### 4.3 Zwischenfazit

Eine Gemeinde, die nicht alleine die Verantwortung und das Risiko für eine eigene wirtschaftliche Unternehmung tragen will, kann sich (im **zweiten Szenario**) an einem bestehenden Unternehmen beteiligen oder eine interkommunale Zusammenarbeit eingehen. Beteiligt sie sich an einem bestehenden privatrechtlich organisierten Unternehmen gelten im Wesentlichen die gleichen Voraussetzungen wie bei einer Neugründung.

Im Rahmen der **interkommunalen Zusammenarbeit** können Kommunen sowohl das gemeinsame Kommunalunternehmen als auch den Zweckverband wählen. Die Bildung eines **Zweckverbandes** kann sinnvoll sein, wenn für die Aufgabenwahrnehmung die **Beteiligung mehrerer Gemeinden, Ämter und Landkreise** von Bedeutung ist. Die juristische Verselbstständigung des Zweckverbandes führt zu einem **Entlastungseffekt**, da die primäre Verantwortung für die Aufgabenerfüllung nicht mehr bei den jeweiligen Gebietskörperschaften, sondern bei den Organen des Zweckverbands liegt.<sup>376</sup> Hinzu kommt, dass die **Beteiligung privater Dritter** an einem Zweckverband aufgrund der ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung in § 150 Abs. 2 Satz 3 KV problemlos möglich ist, während dies beim Kommunalunternehmen nach derzeitiger Gesetzeslage in Mecklenburg-Vorpommern nicht möglich ist (dazu bereits C.III.3.3.1b)dd(1)).

Insgesamt wird die Eignung eines Zweckverbandes für eine interkommunale Kooperation aber eher ungünstig beurteilt.<sup>377</sup> Im Zentrum der Kritik steht dabei die **Schwerfälligkeit der Entscheidungsprozesse**.<sup>378</sup> Insbesondere ist die Entscheidungszuständigkeit des Verbandsvorstehers nicht mit der eines Vorstands eines Kommunalunternehmens vergleichbar. So kann die Verbandsversammlung dem Verbandsvorsteher zwar Angelegenheiten zur selbstständigen Erledigung übertragen (§ 157 Abs. 2 Satz 1 KV), eine solche Übertragung ist aber in entsprechender Anwendung des § 22 Abs. 3 und 4 KV beschränkt (§ 157 Abs. 2 Satz 3 KV). Der Vorstand eines Kommunalunternehmens hingegen leitet das Unternehmen eigenverantwortlich und die Träger können ihm weit reichende Rechte einräumen.<sup>379</sup>

---

<sup>375</sup> Paulick, DÖV 2009, 110, 111.

<sup>376</sup> Oebbeke, NVwZ 2010, 665.

<sup>377</sup> Hellermann in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 7, Rn. 154.

<sup>378</sup> Ehlers, DVBl. 1997, 137, 140.

<sup>379</sup> Vgl. Kronawitter, KommJur 2008, 401, 407.

## 5. Drittes Szenario: Fremdversorgung

Gründet die Gemeinde keine eigene Unternehmung und beteiligt sich auch nicht an einem bestehenden Unternehmen, bleibt ihr schließlich als drittes Szenario noch die Möglichkeit, Nutzungsrechte an Dritte zu vergeben. Speziell im Energiebereich erfolgt die Versorgung dann im Wege der Fremdversorgung, die Gemeinde tritt nur noch als Konzessionsgeberin auf (dazu im Folgenden 5.1). Aus dem Kommunalrecht (dazu 5.2) und aus dem Energierecht (dazu 5.3) ergeben sich dabei Besonderheiten, die zu beachten sind. Die Gemeinde profitiert in diesem Fall nur von den Konzessionsabgaben (dazu 5.4).

### 5.1 Fremdversorgung durch Konzessionsverträge

Gem. § 76 Abs. 1 KV darf die Gemeinde „Verträge über die Lieferung von Energie in das Gemeindegebiet sowie Konzessionsverträge, durch die sie einem Energieversorgungsunternehmen die Benutzung von Eigentum der Gemeinde einschließlich der öffentlichen Straßen, Wege und Plätze für Leitungen zur Versorgung der Einwohnerinnen und Einwohner überlässt“ abschließen.

Diese Ausprägung wirtschaftlicher Betätigung von Kommunen wird auch **Fremdversorgung** oder B-Versorgung genannt.<sup>380</sup> Hierbei verzichtet die Gemeinde auf die Errichtung eines eigenen kommunalen Unternehmens oder einer eigenen Einrichtung und überträgt im Rahmen eines Konzessionsvertrags als Konzessionsgeberin die Erfüllung der Daseinsvorsorgeaufgabe der Energieversorgung einem Energieversorgungsunternehmen. Als **Energieversorgungsunternehmen** kommen dabei sowohl gemeindeeigene Unternehmen (Stadtwerke, soweit sie rechtlich verselbstständigt sind<sup>381</sup>) sowie sonstige Energieversorgungsunternehmen in Betracht. Das Energieversorgungsunternehmen wird als **kommunaler Erfüllungsgehilfe** mit der faktischen Durchführung der Energieversorgung beauftragt.<sup>382</sup>

### 5.2 Die kommunalrechtlichen Anforderungen an die Gemeinde nach § 76 KV

Konzessionsverträge darf die Gemeinde nach § 76 Abs. 1 KV nur abschließen, „wenn die Erfüllung ihrer Aufgaben nicht gefährdet wird und ihre wirtschaftlichen Interessen sowie die der Einwohnerinnen und Einwohner gewahrt sind.“ Die **Aufgabenerfüllung** der Gemeinde ist u. a. dann **nicht gefährdet**, wenn der Vertragspartner ausreichend Gewähr für eine ordnungsgemäße und stetige Durchführung der Energieversorgung bietet. Inhaltlich darf der Konzessionsvertrag

---

<sup>380</sup> Cronauge/Westermann, Kommunale Unternehmen, Rn. 320.

<sup>381</sup> Energierechtlich werden gemeindeeigene Unternehmen mit Blick auf Konzessionsverträge wie dritte Energieversorgungsunternehmen behandelt, vgl. § 46 Abs. 4 EnWG. Die gemeindeeigenen Unternehmen müssen gegenüber der Trägergemeinde rechtlich verselbstständigt sein. Die hier in Betracht kommenden Unternehmensformen mit eigener Rechtsfähigkeit können grundsätzlich auch öffentlich-rechtlicher Art sein (z. B. in der Form eines Kommunalunternehmens). Praktisch bedeutsam dürften allerdings nur die privatrechtlichen Rechtsformen, insbesondere die GmbH sein, vgl. *Hellermann* in: *Britz/ Hellermann/Hermes*, EnWG, § 46, Rn. 85.

<sup>382</sup> Cronauge/Westermann, Kommunale Unternehmen, Rn. 320.



zudem keine Aussagen treffen, die die gemeindliche Aufgabenerfüllung behindern können.<sup>383</sup> Zudem muss der Konzessionsvertrag angesichts veränderter energiepolitischer und ökologischer Rahmenbedingungen auch ein Instrument zur Verwirklichung einer sparsamen und rationellen Energieverwendung darstellen.<sup>384</sup> Zur Wahrung der **wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde** müssen die Grundsätze gemeindlicher Haushaltswirtschaft berücksichtigt werden. Zudem hat die Gemeinde auch sicherzustellen, dass die wirtschaftlichen Interessen der Einwohner ihrer Gemeinde insbesondere an einer preisgünstigen Energieversorgung gewahrt sind.<sup>385</sup>

Im Unterschied zu den Kommunalverfassungen anderer Bundesländer<sup>386</sup> ist in der Kommunalverfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern keine gesetzliche Bestimmung enthalten, die die Gemeinde zur **Einholung eines unabhängigen Sachverständigengutachtens** verpflichtet. Um zu verhindern, dass insbesondere kleinere Städte und Gemeinden dem ausgeprägten Sachverstand der Energieversorgungsunternehmen unterlegen sind und für sie nachteilige langfristige vertragliche Bindungen eingehen, kann die rechtzeitige Einholung von erfahrenem und unabhängigem Sachverstand vor dem Abschluss eines Konzessionsvertrags jedoch nur empfohlen werden.<sup>387</sup>

### 5.3 Die energierechtlichen Anforderungen an die Konzessionsverträge nach § 46 EnWG

Zentrale Vorschrift für die **Ausgestaltung und den Abschluss der Verträge** über die Wegenutzung ist § 46 EnWG. Gegenstand des Konzessionsvertrags ist nach § 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG das Recht zur Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören. Dabei bestimmt diese Vorschrift auch, dass Konzessionsverträge **höchstens für eine Laufzeit von 20 Jahren** abgeschlossen werden dürfen. Im Unterschied zu den einfachen Wegenutzungsverträgen nach § 46 Abs. 1 EnWG<sup>388</sup> besteht für Konzessionsverträge (qualifizierte Wegenutzungsverträge) **kein** energiewirtschaftsrechtlicher **Kontrahierungszwang**. Bei der **inhaltlichen Ausgestaltung** von Konzessionsverträgen werden in der Praxis neben der Überlassung der Nutzung der öffentlichen Verkehrswege gegen Zahlung von Konzessionsabgaben regelmäßig weitere Rechtspflichten der Vertragsparteien festgelegt. Hierzu zählen Regeln über die Aufstellung kommunaler Energieversorgungskonzepte, Haftungsregeln, Informations-

---

<sup>383</sup> So muss z. B. der Vorrang der gemeindlichen Bauleitplanung vor etwaigen Planungsabsichten des Energieversorgungsunternehmens gewahrt sein.

<sup>384</sup> *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, Rn. 321.

<sup>385</sup> *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, Rn. 323.

<sup>386</sup> § 109 BbgKVerf, § 101 SächsGO, § 124 GO LSA.

<sup>387</sup> *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, Rn. 324.

<sup>388</sup> § 46 Abs. 1 EnWG betrifft „einfache Wegenutzungsverträge“ über die Verlegung und den Betrieb von Einzelleitungen und verpflichtet die Gemeinde, ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb dieser Leitungen zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet diskriminierungsfrei durch Vertrag zur Verfügung zu stellen. Voraussetzung ist jedoch, dass sich Gemeinde und Energieversorgungsunternehmen über die Höhe der Konzessionsabgaben gem. § 48 EnWG einigen.

rechte zu Gunsten der Gemeinde über die Planung von Baumaßnahmen, Pflichten zum Rückbau stillgelegter Leitungen, Bestimmungen zur Übernahme von Folgekosten sowie Endschaftsbestimmungen für den Fall des Wechsels des Vertragspartners.<sup>389</sup>

## 5.4 Konzessionsabgaben

Die **Zahlung von Konzessionsabgaben** durch das Energieversorgungsunternehmen ist die Gegenleistung für die Einräumung des Wegerechts für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen (vgl. § 48 EnWG). Für die Bemessung der Konzessionsabgabe schreibt § 2 Abs. 1 der **Konzessionsabgabenverordnung (KAV)**<sup>390</sup> explizit vor, dass nur eine Festsetzung in Cent je gelieferter Kilowattstunde zulässig ist. In § 2 Abs. 2 und 3 KAV werden die Höchstbeträge für Strom und Gas unterschiedlich, bei Tarifikunden<sup>391</sup> außerdem nach der Einwohnerzahl differenziert festgesetzt. § 3 KAV regelt das grundsätzliche Verbot sonstiger Leistungen und die ausnahmsweise Zulässigkeit insbesondere des sog. Gemeinderabatts.<sup>392</sup>

## 6. Zwischenfazit

Liegen die Voraussetzungen für eine wirtschaftliche Betätigung vor, muss die Kommune entscheiden, wie sie tätig werden will, insbesondere also in welcher Rechtsform. Dabei muss sie Voraussetzungen beachten, die sich aus dem Kommunalrecht und aus dem Gesellschaftsrecht ergeben; denn **beide Rechtskreise wirken aufeinander ein**, wenn es um die wirtschaftliche Betätigung einer Kommune geht. Daraus ergeben sich **Anforderungen**, die zum Teil bei jeder wirtschaftlichen Betätigung beachtet werden müssen, unabhängig davon, ob diese in Form des Privatrechts (Gesellschaftsrecht) oder des öffentlichen Rechts stattfindet.

Je nach dem konkreten Gegenstand wirtschaftlicher Betätigung kann die Gemeinde zwischen den (kommunalrechtlichen) Betriebsformen Einrichtung und Unternehmen wählen. Sie kann sich dabei jeweils einer Vielzahl von Organisationsformen bedienen, wenn sie sich – am weitgehendsten – entscheidet, ein Unternehmen alleine zu gründen und zu betreiben (hier als **erstes Szenario** bezeichnet). Als öffentlich-rechtliche Organisationsform kommen hier vor allem Eigenbetrieb und Kommunalunternehmen in Betracht. Aus dem Privatrecht ist vor allem die GmbH bzw. die GmbH & Co. KG attraktiv; die **Aktiengesellschaft** ist kommunalrechtlich ausgeschlossen, vergleichbares gilt für die **Gesellschaft bürgerlichen Rechts** und die **Offene Handelsgesellschaft** wegen der weitgehenden Haftung der Gemeinde.

---

<sup>389</sup> Reck, KommJur 2009, 401, 402f.

<sup>390</sup> Diese findet ihre gesetzliche Ermächtigung in § 48 Abs. 2 EnWG.

<sup>391</sup> Gem. § 1 Abs. 3 KAV sind Tarifikunden Kunden, die auf Grundlage von Verträgen nach den §§ 36 und 38 sowie § 115 Abs. 2 und § 116 EnWG beliefert werden.

<sup>392</sup> Nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 KAV ist die Vereinbarung eines Preisnachlasses auf den Eigenverbrauch der Gemeinde von bis zu 10 % des Rechnungsbetrages für den Netzzugang zulässig.

**Einrichtungen** sollen **vorrangig öffentlich-rechtlich** organisiert sein; § 69 Abs. 1 Nr. 2 KV stellt für eine privatrechtliche Organisation zusätzliche Anforderungen auf. Für Unternehmen hält die KV ausdrücklich fest, dass im Rahmen der Satzung der öffentliche Zweck, der die wirtschaftliche Betätigung rechtfertigt, festgeschrieben werden muss. Für alle Betriebsformen, die privatrechtlich organisiert sind, stellen insbesondere § 69 Abs. 1 Nr. 4, 5, 6 und § 73 KV weitreichende Anforderungen auf, die u. a. den angemessenen Einfluss der Gemeinde auf die Gesellschaft, das angemessene Verhältnis der Verpflichtungen der Gemeinde zu ihrer Leistungsfähigkeit und Informations- und Prüfungsrechte sicherstellen sollen.

Entscheidend wird es jedoch immer auf die jeweilige konkrete Situation ankommen, in der die verschiedenen Vor- und Nachteile der einzelnen Formen abgewogen werden müssen. Dabei wird die Frage nach dem möglichen (finanziellen) **Risiko** für die Gemeinde, die eng mit der Frage ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verbunden ist, den Ausschlag geben. Aber auch der gewünschte **Einfluss** auf die Entscheidungen der Gesellschaft wird in die Entscheidung einfließen.

Ist die Kommune nicht gewillt oder in der Lage, bei einer eigenständigen Unternehmung die volle Steuerung und das volle wirtschaftliche Risiko zu tragen, kommt die **Beteiligung** an einem vorhandenen Unternehmen in Betracht (hier sog. **zweites Szenario**). Dies ist als Beteiligung an einem privatrechtlichen Unternehmen oder als interkommunale Zusammenarbeit in Form des gemeinsamen Kommunalunternehmens bzw. des Zweckverbandes denkbar.

Schließlich kommt im **dritten Szenario** noch eine so genannte **Fremdversorgung** in Betracht. Insbesondere im Energiebereich kann die Gemeinde die Versorgung an ein drittes Unternehmen vergeben und diesem durch Verträge die Benutzung des gemeindlichen Eigentums einschließlich der öffentlichen Straßen, Wege und Plätze überlassen (vgl. § 76 KV). Gerade Kommunen mit einer angespannten Haushaltssituation können in dieser Lage noch als Konzessionsgeberin auftreten und auf diese Weise Einnahmen für den kommunalen Haushalt generieren.

#### IV. Konsequenzen für die Projektentwicklung

Zur Vorbereitung der Entscheidung, ob (dazu oben II.) und wie (dazu oben III) eine Gemeinde wirtschaftlich tätig werden will, muss sie die entscheidungserheblichen Tatsachen umfassend analysieren und hieraus nachvollziehbare Schlüsse ziehen. Sie wird also im Rahmen ihres **Projektentwicklungsweges** verschiedene Stationen durchlaufen,<sup>393</sup> die im Folgenden zeitlich geordnet als obligatorische Maßnahmen im Vorfeld einer Entscheidung (dazu unten 1.), als konkrete Ausgestaltung der wirtschaftlichen Betätigung (dazu 2.) und schließlich als Umsetzung (3.) genauer beschrieben werden. Dazu kann inhaltlich weitgehend auf die oben bereits dargestellten rechtlichen Rahmenbedingungen verwiesen werden.

---

<sup>393</sup> Vgl. vertiefend hierzu auch *FNR*, Wege zum Bioenergiedorf.

## 1. Obligatorische Maßnahmen im Vorfeld einer Entscheidung über eine wirtschaftliche Betätigung

Am Anfang steht die Idee der Kommune – beispielsweise zur Errichtung einer Biogasanlage oder zum Aufbau eines Wärmenetzes. Die Gemeinde wird prüfen, inwieweit sich diese Idee umsetzen lässt und hierzu eine genaue Ist-Analyse durchführen (hierzu sogleich unter 1.1). Darüber hinaus ist es notwendig, dass die Kommune die Ziele, die im Rahmen der wirtschaftlichen Betätigung erreicht werden sollen, definiert (Soll-Analyse, hierzu unter 1.2).

Dabei gilt es gerade bei einer wirtschaftlichen Betätigung im Bereich der Energieversorgung, dass die Gemeinde von Anfang an für die **Akzeptanz** dieser Unternehmung vor Ort sorgt. Unabhängig davon, wie die Kommune ihre Unternehmung konkret organisiert, also unabhängig davon, ob die direkte Bürgerbeteiligung an der Unternehmung vorgesehen ist oder nicht, sollten die Bürger durch Informationsveranstaltungen etc. frühzeitig über die Pläne informiert und, wenn möglich, eingebunden werden.<sup>394</sup>

### 1.1 Ist-Analyse

Die Projektentwicklung muss mit einer möglichst genauen Bestandsanalyse starten. Diese muss den Ist-Zustand der Kommune so exakt wie möglich abbilden. Im Rahmen dieser Analyse muss geklärt werden, ob die Idee überhaupt am geplanten Standort umgesetzt werden kann (vgl. 1.1.1), ob die Leistungsfähigkeit der Kommune eine Umsetzung überhaupt zulässt (vgl. 1.1.2) und ob ein wirtschaftlicher Betrieb ausgehend vom voraussichtlichen Bedarf möglich ist (vgl. 1.1.3). Schließlich muss auch eine Wirtschaftlichkeitsanalyse durchgeführt werden (1.1.4). Dabei ist zu berücksichtigen, dass die für die Machbarkeitsanalyse anzulegenden Kriterien auch Bedeutung für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit haben können, eine eindeutige Trennung also nicht immer möglich sein wird.

#### 1.1.1 Machbarkeitsstudien

Im Rahmen von Machbarkeitsstudien muss geklärt werden, ob das gewollte Projekt innerhalb der Gemeinde überhaupt umgesetzt werden kann.

Erste Voraussetzung ist die Umsetzbarkeit des Projekts am **potentiellen Standort**. Grundlage der Studie müssen deshalb die geographischen Besonderheiten der Gemeinde samt ihrer Topographie sowie die Einwohnersituation der Gemeinde sein. Im Rahmen der Machbarkeitsstudie können auch die vorhandenen **Potentialanalysen** des „Regionalen Energiekonzepts Westmecklenburg“ genutzt werden.<sup>395</sup> Hilfreich kann in diesem Zusammenhang auch die gesamtdeutsche Übersicht im Rahmen des „Potenzialatlas Deutschland“<sup>396</sup> sein.

---

<sup>394</sup> Auf diesen Aspekt wird vorliegend nicht weiter vertieft eingegangen. Vgl. *FNR*, Wege zum Bioenergie-dorf, S. 29.

<sup>395</sup> Vgl. zu Potentialanalysen auch: *AEE*, Energiekonzept.

<sup>396</sup> *AEE*, Erneuerbare Energien 2020, Potenzialatlas Deutschland.

Neben den technischen Realisierungsmöglichkeiten, die im Rahmen der Erzeugung von Energie aus erneuerbaren Quellen in der Regel unproblematisch sein dürften, sind sodann im Wesentlichen **bauplanerische, umweltrechtliche, wasserrechtliche oder immissionsschutzrechtliche Gesichtspunkte** zu beachten.

Die den Machbarkeitsstudien zugrundeliegenden Tatsachen unterliegen grundsätzlich der Rechtsaufsicht, die Kommune muss daher darauf achten, die örtlichen Begebenheiten exakt abzubilden. In der Regel wird hierbei ein externes Gutachten einzuholen sein.<sup>397</sup>

a) Besonderheiten Windpark

Für den Betrieb eines Windparks muss die Kommune in der Lage sein, entsprechende **Flächen** auszuweisen, die in Übereinstimmung mit den geltenden Flächennutzungs- und Bebauungsplänen stehen. Es müssen Flächen vorhanden sein, auf denen überhaupt ein den technischen Vorgaben entsprechender Betrieb von Windenergieanlagen möglich ist.<sup>398</sup> Darüber hinaus wird regelmäßig auch eine planerische Abstimmung mit benachbarten Kommunen erforderlich sein.

b) Besonderheiten Biogas- und Biomasseanlagen

Für die Errichtung von Biogas- oder Biomasseanlagen müssen ebenfalls geeignete **Flächen** vorhanden sein, auf denen die entsprechenden Anlagen errichtet werden können. Die Bodennutzung und das Planungsrecht müssen das Vorhaben gestatten. Die Zufuhr mit **Brennstoffen** muss sichergestellt sein. Die Kommune muss klären, ob genügend landwirtschaftlich genutzte Flächen zur Verfügung stehen, auf denen Hochenergiepflanzen angebaut werden können, ob Viehzuchtbetriebe zur Lieferung von Gülle oder anderer Biomasse zur Verfügung stehen oder ob ausreichend forstwirtschaftlich genutzte Flächen vorhanden sind, die durch Holzabfälle einen Betrieb ermöglichen können. Hierbei wird davon ausgegangen, dass für die Auslastung einer Anlage mindestens 50 ha Ackerland für die Biomasseproduktion zur Verfügung stehen müssen, wobei diese möglichst nicht weiter als fünf Kilometer vom zukünftigen Standort der Anlage entfernt sein sollten.<sup>399</sup> Der potentielle Standort muss auch **verkehrstechnisch** so angebunden bzw. anbindbar sein, dass die Beschickung der Anlage mit Biomasse problemlos abgewickelt werden kann. Auch muss beim Bau von Anlagen zur Nutzung von Biomasse das Vorhandensein von Wasserschutzgebieten beachtet werden.<sup>400</sup>

---

<sup>397</sup> Aus diesem Grund und weil die jeweiligen Voraussetzungen sehr stark vom jeweiligen Einzelfall abhängen, wird sich vorliegend auf einige wenige Kriterien beschränkt. Die zu den jeweiligen Betätigungen genannten besonderen Voraussetzungen sind beispielhaft und mithin nicht als abschließend zu verstehen.

<sup>398</sup> Vgl. hierzu Eignungsgebiete Windenergieanlagen, *Regionaler Planungsverband*, Raumentwicklungsprogramm, S. 153.

<sup>399</sup> *FNR*, Wege zum Bioenergiedorf, S. 24.

<sup>400</sup> *FNR*, Wege zum Bioenergiedorf, S. 24.

c) Besonderheiten Wärmenetz

Für die Errichtung eines Wärmenetzes ist die bestehende **Infrastruktur** wichtig. Bereits bestehende Erdgasnetze können ein (wirtschaftliches) Hindernis darstellen, denn die Bereitschaft der Gemeindeanwohner zum Anschluss an ein neues Nahwärmenetz könnte geringer sein.<sup>401</sup> Auch spielt die Frage eine Rolle, ob erst ein neues Wärmenetz aufgebaut werden muss. Darüber hinaus muss überhaupt eine Mindestzahl von Einwohnern räumlich nah beieinander wohnen, damit diese über ein Wärmenetz sinnvoll versorgt werden können.

d) Besonderheiten PV-Anlagen

Will die Gemeinde PV-Anlagen errichten muss sie ebenfalls über **geeignete Flächen** verfügen, die ausreichend belichtet werden. Diese sollten idealerweise so ausgerichtet sein, dass eine möglichst intensive Sonneneinstrahlung erfolgen kann. Soweit Dachflächen für die PV-Anlagen benutzt werden sollen, muss die Statik der Gebäude dies ermöglichen.<sup>402</sup>

e) Besonderheiten Wasserkraft

Ein kommunales Engagement bei der Nutzung von Wasserkraft setzt entsprechende Gewässer voraus, die über eine ausreichende Fließgeschwindigkeit verfügen.<sup>403</sup> Darüber hinaus sind auch hier verkehrs-, gewässer-, umweltrechtliche und andere Faktoren relevant.

## 1.1.2 Leistungsfähigkeit der Kommune

Die **finanzielle Leistungsfähigkeit** der Kommune bestimmt, ob und in welchem Umfang sie sich wirtschaftlich betätigen kann, ohne dass dadurch die Erfüllung ihrer haushaltsrechtlichen Pflichten gefährdet wird. Hinsichtlich der aktuellen Leistungsfähigkeit der Kommune muss nach den oben genannten Grundsätzen (vgl. C.II.3.2.1) eine genaue Analyse der Finanzsituation erfolgen. Bereits bestehende haushaltsrechtliche Risiken müssen auf Grundlage anerkannter betriebswirtschaftlicher Bewertungs- und Berechnungsmethoden bewertet werden.

Neben der finanziellen Leistungsfähigkeit muss auch die **personalwirtschaftliche Leistungsfähigkeit** gegeben sein. Neben der Entsendung von qualifizierten Vertretern der Kommune in die jeweiligen Gremien und Organe der Unternehmung ist hier die Durchführung eines sachgerechten Controllings erforderlich.

---

<sup>401</sup> Es wird davon ausgegangen, dass sich die Biogasnutzung bei einem vorhandenen Erdgasnetz, in das das Biogas eingespeist wird, erst bei großen Anlagen ab 2 MW wirtschaftlich lohnt. Für den Betrieb hierfür wird von einer benötigten Ackerfläche von 1.000 ha ausgegangen, vgl. *FNR*, Wege zum Bioenergieort, S. 25.

<sup>402</sup> Vgl. *AEE*, Erneuerbare-Energien-Projekte in Kommunen, S. 24.

<sup>403</sup> Vgl. *AEE*, Erneuerbare-Energien-Projekte in Kommunen, S. 18, 19.

## 1.1.3 Bedarfsprüfung

Im Rahmen der Bedarfsprüfung muss schließlich die konkrete Marktsituation analysiert und bewertet werden. Die Kommune muss prüfen, ob für das anzubietende Produkt ein ausreichender Bedarf zu erwarten ist. Hierfür muss der **sachlich relevante Markt** definiert werden. Dieser besteht aus denjenigen Produkten, die aus Sicht der Marktgegenseite denselben Bedarf befriedigen, die um die Gunst des Erwerbers konkurrieren und von diesem als Bezugsalternativen und damit als gegeneinander austauschbar angesehen werden.<sup>404</sup> Die Bedarfsanalyse muss sich daneben auch auf den **geografisch relevanten Markt** erstrecken,<sup>405</sup> also auf den Bereich, in dem die Kommune aktiv werden und ihr Produkt vertreiben will. Dieser darf nicht zu groß sein, aber auch nicht zu klein, da ansonsten ein wirtschaftlicher Betrieb kaum möglich sein wird.<sup>406</sup>

Im Rahmen der Bedarfsanalyse sollte aufgezeigt werden, wofür und wieviel **Energie** im relevanten Markt verbraucht wird. Daneben sollten die relevanten **Stoffströme** dargestellt werden, um gegenseitige Abhängigkeiten offenzulegen. Ebenfalls zu berücksichtigen sind **Liefer- und Abnahmesicherheiten**<sup>407</sup> sowie bereits **vorhandene Energiequellen**.<sup>408</sup>

Daneben müssen auch **potentielle Abnehmer** berücksichtigt werden. Für den Aufbau eines Wärmenetzes ist es etwa relevant, ob im Gemeindegebiet potentielle Großabnehmer, wie etwa Gewerbeeinrichtungen, Schulen und andere öffentliche Gebäude liegen. Schwimmbäder sind aufgrund ihres jahreszeitlich unabhängigen Bedarfes wichtige Faktoren innerhalb der Bedarfsanalyse. Ausgehend von der ermittelten Wärmemenge und Leistung sowie der Versorgungsdichte können die eigenen Kapazitäten geplant werden.<sup>409</sup>

Auch bezüglich der Bedarfsanalyse muss das relevante Datenmaterial möglichst umfassend und exakt erhoben werden, um hieraus eine **sachgerechte Prognose** ableiten zu können. Hierbei ist zu beachten, dass die Grundlagen der Prognose vollständig von der Rechtsaufsichtsbehörde überprüft werden können (vgl. oben C.I.). Es kommt damit darauf an, dass die erfassten Tatsachen und Daten belastbar sind und auch von Dritten nachvollzogen werden können. In der Regel wird hierfür externer Sachverstand erforderlich sein.

## 1.1.4 Wirtschaftlichkeitsanalyse

Kernelement der Ist-Analyse ist eine anbieterunabhängige Wirtschaftlichkeitsanalyse, die prüft, ob im Rahmen der örtlichen Begebenheiten und des ermittelten Bedarfs ein wirtschaftlicher Be-

---

<sup>404</sup> Karl/Beutelmann in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 15, Rn. 104.

<sup>405</sup> Karl/Beutelmann in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 15, Rn. 104.

<sup>406</sup> Für Bioenergiedörfer wird von einer optimalen Größe von 500-1.000 Einwohnern ausgegangen, vgl. *FNR*, Wege zum Bioenergiedorf, S. 26.

<sup>407</sup> Vgl. *FNR*, Geschäftsmodelle für Bioenergieprojekte, S. 27.

<sup>408</sup> Vgl. *AEE*, Energiekonzept.

<sup>409</sup> Vgl. *FNR*, Geschäftsmodelle für Bioenergieprojekte, S. 28.

trieb möglich erscheint.<sup>410</sup> In ihr sind die Rentabilität des Vorhabens sowie dessen wirtschaftliche Risiken zu untersuchen und darzustellen; Umfang und Tiefe sollten in einem angemessenen Verhältnis zur beabsichtigten kommunalwirtschaftlichen Betätigung stehen.<sup>411</sup>

**Ziel** ist es, objektiv darzustellen, ob unter Berücksichtigung aller möglichen Ereignisse davon ausgegangen werden kann, dass das geplante Projekt ohne mittel- oder langfristige Belastungen für die Kommune umgesetzt werden kann. Dabei sind sowohl **externe** als auch **interne Risikofaktoren** zu beleuchten. Von der Kommune wird daher verlangt, dass sie sich ausgehend von der aktuellen Markt- und Bedarfssituation beispielsweise auch mit Veränderungen in Folge von Gesetzesänderungen, etwa der Reduzierung garantierter Vergütungssätze, mit erhöhten Betriebsanforderungen, mit Marktschwankungen oder sich verändernden Umweltbedingungen auseinandersetzt. Neben diesen externen Risiken sind als interne insbesondere die Möglichkeit von Fehlkalkulationen, Fehlinvestments oder vergleichbaren Vorfällen zu berücksichtigen. Die Risiken dürfen nicht dazu führen, dass ein wirtschaftlicher Betrieb der Unternehmung nicht mehr möglich ist.<sup>412</sup> Hierbei muss beachtet werden, dass § 75 KV konkrete Vorgaben zu zukünftigen Erträgen der Unternehmung macht (vgl. hierzu eingehend III.2.1).<sup>413</sup>

Bei der Ermittlung des Sachverhalts muss die Gemeinde die hierfür relevanten Marktgegebenheiten im Hinblick auf Existenz, Leistungsfähigkeit und Effizienz privater Anbieter prüfen und mit der Leistungserbringung durch ein Unternehmen der Gemeinde vergleichen.<sup>414</sup> Sie muss – auch mit Blick auf die Subsidiaritätsklausel (siehe dazu oben C.II.4.3) **wirtschaftswissenschaftlich fundiert** und **nachvollziehbar** bestehende Angebote gegenüberstellen.<sup>415</sup> Sie wird dazu in der Regel auf externen Sachverstand zurückgreifen.<sup>416</sup> Die Rechtsaufsichtsbehörde, die die ermittelten Tatsachen sowie die verwendeten Berechnungs- und Bewertungsmethoden vollständig überprüfen kann, wird in der Regel verlangen, dass sich die Gemeinde mit dem Marktumfeld auseinandersetzt und Chancen und Risiken des geplanten Unternehmens unter Einschluss der Auswirkungen auf private Dritte berücksichtigt.<sup>417</sup>

## 1.2 Soll-Analyse

Nachdem die Ausgangslage für die wirtschaftliche Betätigung geklärt ist, muss die Kommune nunmehr ihre **Ziele definieren**. Sie muss klären, was die wirtschaftliche Betätigung leisten soll,

---

<sup>410</sup> Vgl. zum Erfordernis einer Wirtschaftlichkeitsstudie: *Dazert/Mahlberg*, NVwZ 2004, 158, 160.

<sup>411</sup> RS M-V Erneuerbare Energien, S. 6.

<sup>412</sup> RS M-V Erneuerbare Energien, S. 6.

<sup>413</sup> Vgl. hierzu eingehend C.III.2.1.

<sup>414</sup> OVG Magdeburg, Urt. v. 19. 05. 2005 – 1 L 40/04, Rn. 34, juris.de; *Pogoda*, LKV 2012, 159, 160.

<sup>415</sup> *Pogoda*, LKV 2012, 159, 160.

<sup>416</sup> Vgl. zum Erfordernis externen Sachverstandes gerade auch in Bezug auf die Tätigkeit im Bereich erneuerbare Energien *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, Rn. 301.

<sup>417</sup> OVG Magdeburg, Urt. v. 19. 05. 2005 – 1 L 40/04, Rn. 34, juris.de.; *Pogoda*, LKV 2012, 159, 160; *Rautenberg*, KommJur 2007, 1, 3.



um sachgerecht planen zu können, wie die Unternehmung organisatorisch und finanziell ausgestattet werden muss.

Hierbei kann ein **Energiekonzept** Entscheidungsgrundlage und Planungshilfe sein.<sup>418</sup> Darin sollten energiepolitische Leitbilder und Ziele sowie inhaltliche und räumliche Schwerpunkte festgelegt werden. Hilfreich sind auch die Ergebnisse der oben genannten Machbarkeitsstudie und der Wirtschaftlichkeitsanalyse, die Anhaltspunkte dafür geben, welche Form der Erzeugung erneuerbarer Energien und welcher Umfang des Vorhabens für die jeweilige Kommune besonders geeignet ist.

Während klar ist, dass die Gewinnerzielung wenigstens nicht ausschließliches Ziel der wirtschaftlichen Betätigung sein darf (vgl. hierzu C.II.4.1.2b)) ist die Kommune hinsichtlich der übrigen Ziele weitgehend frei. Bei der Definition der Zielstellung müssen allerdings die möglichen Folgen für die kommunalen Finanzen, für die Wirtschaft in der Region, für die Umwelt und nicht zuletzt für die Gemeindemitglieder berücksichtigt werden.

## 2. Konkrete Ausgestaltung einer wirtschaftlichen Betätigung

Auf Ist- und Soll-Analyse im Rahmen der Projektentwicklung folgt im Rahmen der **Vorplanung** die Entscheidung über die konkrete Ausgestaltung der Unternehmung. Ausgehend von **Potentialanalyse**, Machbarkeits- und Wirtschaftlichkeitsstudien muss die Kommune konkrete Handlungsschritte ableiten. In der Vorplanung geht es vorrangig um die Konkretisierung des in der Machbarkeitsstudie erstellten technischen Konzepts und dessen Wirtschaftlichkeit.<sup>419</sup> Hierbei spielen neben der Rechtsformwahl inklusive der Entscheidung bzgl. Unternehmen und Einrichtung sowie einer möglichen Beteiligung Dritter insbesondere die technische Planung und die Finanzierung eine entscheidende Rolle.

Zur Vorbereitung der Projektrealisierung empfiehlt es sich, im Rahmen der konkreten Ausgestaltung durch eine zu gründende **Vorgesellschaft** (etwa eine GbR, einen Verein oder eine GmbH) Vorverträge mit potentiellen Beteiligten abzuschließen,<sup>420</sup> Satzungen auszuarbeiten und die Auswahl der konkreten Rechtsform der Unternehmung vorzubereiten.<sup>421</sup> In dieser Vorgesellschaft können Vertreter der Beteiligten (soweit das Projekt nicht von der Kommune allein durchgeführt werden soll) sowie Gemeindemitglieder vertreten sein. Hierdurch kann sichergestellt werden, dass die Beteiligten sich hinsichtlich der konkreten Projektumsetzung möglichst einig sind und auch ein entsprechender Rückhalt innerhalb der Gemeinde hergestellt werden kann. Die Vorgesellschaft selbst wird aber nicht wirtschaftlich tätig. Sie soll lediglich die Grundlagen für eine spätere wirtschaftliche Betätigung erarbeiten.

---

<sup>418</sup> Vgl. hierzu *AEE*, Energiekonzept.

<sup>419</sup> *FNR*, Wege zum Bioenergiesiedlungsdorf, S. 53.

<sup>420</sup> Auf die konkrete Ausgestaltung dieser Vorverträge soll hier nicht näher eingegangen werden. Zur Illustration wird insoweit auf den Leitfaden der *FNR*, Wege zum Bioenergiesiedlungsdorf, verwiesen.

<sup>421</sup> Vgl. hierzu vertiefend: *FNR*, Wege zum Bioenergiesiedlungsdorf, S. 20 f., 42 f.

## 2.1 Analyse der Ausgangslage

Ausgehend von Leistungsfähigkeit und festgestelltem Bedarf muss die Kommune als Teil der Vorplanung entscheiden, in welchem Umfang sie wirtschaftlich tätig sein will.

Neben der Wirtschaftlichkeit einer geplanten Unternehmung muss auch die Vereinbarkeit mit den gesetzlichen Anforderungen sichergestellt werden, insbesondere die Angemessenheit in Bezug auf die Leistungsfähigkeit der Kommune. Welche Spielräume sich aus der jeweiligen Leistungsfähigkeit ergeben, wurde bereits unter C.II.3.2.2 thematisiert, sodass hier lediglich zusammenfassend darauf einzugehen ist.

So hat eine Kommune, deren **Leistungsfähigkeit dauerhaft gesichert** erscheint, einen großen Spielraum, wie und in welchem Umfang sie sich wirtschaftlich betätigt. Ihre Haushaltssituation wird in der Regel auch größere Investitionen bzw. Belastungen zulassen.

Dieser Spielraum sinkt mit abnehmender Leistungsfähigkeit. Eine Kommune, deren **Leistungsfähigkeit dauerhaft nicht gesichert** erscheint, muss in erster Linie ihren Haushalt konsolidieren. Dies schränkt den Spielraum für neue Investitionen und Verbindlichkeiten erheblich ein. Neugründungen in größerem Umfang werden daher in der Regel komplett ausscheiden, es sei denn, es kann der Nachweis erbracht werden, dass sie zu keiner Belastung des Haushalts führen.

Neben der Neugründung sollte im Rahmen der Analyse der Ausgangslage immer auch die Möglichkeit der (auch interkommunalen) **Beteiligung und Zusammenarbeit sowie der Konzessionierung** in Betracht gezogen werden. Insbesondere für Kommunen, die ein Haushaltssicherungskonzept umsetzen, kann ein **Investorenmodell** zur Projektumsetzung denkbar sein, in dem Planungs- und Betreiberunternehmen die komplette Betreuung von der Planung über die Errichtung bis hin zur Finanzierung und Betriebsführung übernehmen.<sup>422</sup>

## 2.2 Prüfung der Rechtsformen

Soweit Haushaltssituation und Ist-Analyse eine Neugründung zulassen, muss eine Entscheidung hinsichtlich der Einbindung und Steuerung der Unternehmung erfolgen.

Neben der Entscheidung, ob die Unternehmung als **Einrichtung oder Unternehmen** geführt werden soll (vgl. zur Unterscheidung C.II.2.1), muss sich die Kommune für eine **bestimmte Organisationsform** entscheiden (zu den jeweiligen Vor- und Nachteilen C.III.3.4).

## 2.3 Risikoabwägung

Nachdem die möglichen Rechtsformen von der Kommune für das konkrete Projekt begutachtet wurden, muss eine **Gesamtabwägung** erfolgen. Die im Rahmen der Ist- und Soll-Analyse erkannten **Chancen und Risiken** müssen entsprechend ihrer Eintrittswahrscheinlichkeit und ihrer Auswirkungen auf den kommunalen Haushalt bewertet werden.

---

<sup>422</sup> Vgl. AEE, Erneuerbare-Energien-Projekte in Kommunen, S. 17.

Die Kommune muss überprüfen, ob die konkrete Ausgestaltung des Projekts den **gesetzlichen Anforderungen** genügt. Diese wurden oben bereits ausführlich dargelegt (vgl. insbes. II. und III.). Hier geht es also im Wesentlichen um die durch die KV aufgestellten Anforderungen an eine wirtschaftliche Betätigung generell, die jeweiligen gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen der gewählten Organisationsform und mögliche energierechtliche Besonderheiten bei einer Betätigung im Energiebereich.

Insgesamt wird es vor dem Hintergrund der kommunalrechtlichen Zulässigkeit und der **kommunalaufsichtsrechtlichen Rechtfertigung** darauf ankommen, die aus dem Betrieb resultierende Risiken für den Haushalt und die kommunale Leistungsfähigkeit insgesamt zu **bewerten**. Hierbei wird von der Kommune auch gefordert, dass sie sich mit den verschiedenen Rechtsformen und ihren jeweiligen Auswirkungen auf das kommunale Risiko auseinandersetzt und diese nachvollziehbar darstellt.

Die Kommune muss hier ebenfalls Erwägungen zur **zukünftigen Steuerung und Kontrolle** der Unternehmung anstellen, also Maßnahmen aufzeigen, durch die die erkannten Risiken minimiert werden können.<sup>423</sup>

## 2.4 Technische Planung

Die technische Planung erfolgt jeweils für das konkrete Projekt. Im Rahmen dieses Leitfadens können hierzu keine näheren Ausführungen erfolgen. Generell wird hierfür in der Regel externer Sachverstand erforderlich sein.

## 2.5 Finanzierungsmöglichkeiten

Die Kommune muss eingehend prüfen, wie das geplante Vorhaben finanziert werden soll.<sup>424</sup>

Grundsätzlich muss geklärt werden, ob die vorhandenen Mittel eine **Eigenfinanzierung** zulassen oder ob eine Fremdfinanzierung erfolgen muss.<sup>425</sup> Daher wird es im Rahmen der Finanzierung in erster Linie darauf ankommen, ob die Kommune die finanzielle Ausstattung der Unternehmung aus eigenen Mitteln erbringt, ob sie hierfür Bankkredite in Anspruch nimmt, von dem zu gründenden Unternehmen bzw. der Einrichtung selbst aufgenommene Kredite durch Bürgschaften oder ähnliches absichert oder ob eine Finanzierung durch die Ausgabe verbriefter Forderungen Dritter gegenüber der Gesellschaft in Form von Anteilsscheinen bzw. durch Veräußerung von Geschäftsanteilen z. B. im Rahmen einer GmbH & Co. KG erfolgt.

---

<sup>423</sup> RS M-V Erneuerbare Energien, S. 6.

<sup>424</sup> Auf Fragen der Finanzierung wird vorliegend nicht näher eingegangen.

<sup>425</sup> Die Fachagentur Nachwachsende Rohstoffe e.V. geht in ihrem Leitfaden davon aus, dass zur Umsetzung eines Bioenergiedorfes eine Mindesteigenkapitalquote von 10% erforderlich ist, *FNR Wege zum Bioenergiedorf*, S. 62.

Umstritten ist in diesem Zusammenhang, ob sich die **Rechtsformen des Privatrechts** aufgrund eigener Haftungsgrundlage und Insolvenzfähigkeit besser zur Fremdfinanzierung eignen als öffentlich-rechtliche Organisationsformen.<sup>426</sup>

Bei Konzepten im Rahmen der Erzeugung erneuerbarer Energien, sowie Maßnahmen zum Klimaschutz und zur Steigerung der Energieeffizienz können darüber hinaus auch **Förderungen** durch Programme des Bundes und der Länder sowie Förderkredite beispielsweise der Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW) in Betracht kommen.<sup>427</sup>

Soll eine Finanzierung (auch) durch Bürgerbeteiligung erfolgen, besteht die Möglichkeit der **schuldrechtlichen oder gesellschaftsrechtlichen Beteiligung**.

Im Rahmen der **schuldrechtlichen Beteiligung** gewähren die Bürger der Gemeinde, bzw. dem gegründeten Unternehmen Darlehen nach § 488 BGB oder es werden seitens des Unternehmens Inhaberschuldverschreibungen ausgegeben. In diesem Fall verbrieft das Unternehmen ein Zahlungsverprechen an den jeweiligen Gläubiger nach § 793 BGB. Hier bietet es sich an, den Zins gewinnabhängig auszugestalten.<sup>428</sup> Daneben können auch Genussscheine ausgegeben werden. Diese gewähren den Anlegern einen schuldrechtlichen Anspruch auf einen festgelegten Teil der Unternehmenserträge. Für die Investoren besteht bei dieser Anlageform allerdings aufgrund der Nachrangigkeit im Insolvenzverfahren die Gefahr des Totalverlustes.

Die schuldrechtliche Beteiligung als Mittel der Fremdfinanzierung hat gegenüber der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung Privater den Vorteil, dass diese mangels Gesellschafterstellung keinen Einfluss auf das operative Geschäft erlangen.

## 2.6 Steuerrechtliche und vergaberechtliche Auswirkungen

Die konkrete Ausgestaltung einer Unternehmung hat unterschiedliche steuerliche und vergaberechtliche Konsequenzen.<sup>429</sup>

Die Frage der Bindung der kommunalen Unternehmung an das Vergaberecht und die damit verbundene Pflicht zur Ausschreibung von Leistungen hängt davon ab, ob es als **öffentlicher Auftraggeber** klassifiziert wird. Hierbei ist der kommunale Einfluss auf die Unternehmung entscheidend.<sup>430</sup>

---

<sup>426</sup> Vgl. *Uechtritz/Reck* in: Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 16, Rn. 75.

<sup>427</sup> Vgl. *AEE*, Energiekonzept.

<sup>428</sup> *Von Kaler/Kneuper*, NVwZ 2012, 791, 792.

<sup>429</sup> Eine nähere Ausführung kann vorliegend nicht erfolgen. Für eine vertiefte Darstellung der steuerrechtlichen Fragen vgl. FNR, Geschäftsmodelle für Bioenergieprojekte, S. 42 ff; *Uechtritz/Reck* in: Hoppe/Uechtritz/Reck, § 16, Rn. 102; *Kellner/Neudert* in: Wurzel/Schraml/Becker, G 1 ff.

<sup>430</sup> Nach § 98 **GWB** sind öffentliche Auftraggeber auch „andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, wenn Stellen, die unter Nummer 1 oder 3 fallen, sie einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise überwiegend finanzieren oder über ihre Lei-

### 3. Umsetzungsphase

Führt die konkrete Ausgestaltung der wirtschaftlichen Betätigung dazu, dass die Projektidee wirtschaftlich sinnvoll und rechtmäßig verwirklicht werden kann, muss die **konkrete Satzung bzw. der Gesellschaftsvertrag** ausgearbeitet werden. Die Anforderungen der KV müssen hierbei gewahrt sein.<sup>431</sup> Dazu gehören auch verschiedene **verfahrensrechtliche Anforderungen**. So ist nach § 22 III Nr. 10 KV für die Errichtung eines kommunalen Unternehmens bzw. einer Einrichtung ein entsprechender Beschluss der Gemeindevertretung erforderlich.

Die geplante Gründung des kommunalen Unternehmens bzw. der Einrichtung ist gegenüber der Rechtsaufsichtsbehörde **anzeigepflichtig**. Sie darf erst vollzogen werden, wenn bis Ablauf der in § 77 Abs. 1 S. 2 KV normierten Einspruchsfrist keine Bedenken seitens der Rechtsaufsichtsbehörde geäußert wurden, bzw. wenn diese (vor Fristablauf) der Gründung zugestimmt hat.

Nach der rechtlichen Gründung der Betreibergesellschaft, in deren Geschäftsbetrieb die wirtschaftliche Betätigung erfolgen soll, muss die konkrete wirtschaftliche Betätigung selbst umgesetzt werden. Hierzu müssen Entwurfs- und Ausführungsplanung durchgeführt werden. Während in der **Entwurfsplanung** die technischen Grundlagen für die Erstellung des Genehmigungsantrags gelegt werden, das Projekt also so geplant wird, dass die notwendigen Genehmigungen erteilt und die erforderlichen Bauleistungen erbracht werden können, werden im Rahmen der **Ausführungsplanung** die Planungsarbeiten weiter konkretisiert, so dass die Ausschreibungsunterlagen für den Anlagenbau (soweit erforderlich) erstellt werden können.<sup>432</sup>

Spätestens nach Abschluss der Ausführungsplanung muss die Finanzierung des Vorhabens geklärt sein.<sup>433</sup> Gleichzeitig sollten mit den Beteiligten, mit denen bereits Vorverträge geschlossen wurden, verbindliche Liefer- bzw. Abnahmeverträge eingegangen werden.<sup>434</sup>

### 4. Zwischenfazit

Die oben (vgl. insbesondere II. und III.) dargestellten rechtlichen Rahmenbedingungen werden für die konkrete Projekteinwicklung praktisch relevant.

Bereits im Vorfeld der Entscheidung über eine wirtschaftliche Betätigung wird die Gemeinde eine **Ist-Analyse** durchführen, wozu die Erstellung von Machbarkeitsstudien zur Prüfung der

---

*tion die Aufsicht ausüben oder mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe bestimmt haben“.* Vgl. zur „**in-House-Fähigkeit**“ von Kaler/Kneuper, NVwZ 2012, 791, 794. Zum Vergaberecht allgemein: Schröder in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, H 1ff.

<sup>431</sup> Allgemein dazu: Neutz in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, C 202 ff.

<sup>432</sup> FNR, Wege zum Bioenergiedorf, S. 64.

<sup>433</sup> Vgl. FNR, Wege zum Bioenergiedorf, S. 64.

<sup>434</sup> FNR, Wege zum Bioenergiedorf, S. 64.

tatsächlichen Realisierbarkeit des Projekts und eine Wirtschaftlichkeitsanalyse zur Prüfung der Rentabilität bzw. des Risikos des Vorhabens gehören. In diesem Zusammenhang werden die erörterten Fragen nach der Leistungsfähigkeit der Kommune, das Verhältnis der Unternehmung hierzu und dem erwarteten Bedarf wieder relevant.

Eine **Soll-Analyse** dient auf dieser Grundlage dazu, die angestrebten Ziele zu definieren; bei einer Betätigung im Bereich der Energieversorgung kann hier ein Energiekonzept vorteilhaft sein.

Im Rahmen des nächsten Schritts, der **konkreten Ausgestaltung** des geplanten Vorhabens, werden die oben dargestellten (rechtlichen) Fragen relevant: Hier ist dann zu prüfen, welche Betätigung die KV zulässt, welche gesellschaftsrechtliche Organisationsform vor dem Hintergrund der jeweiligen Risikoprognose gewählt wird und welche möglichen energierechtlichen Besonderheiten beachtet werden müssen. Hinzu kommen die technische Planung, Fragen der Finanzierbarkeit und mögliche vergabe- bzw. steuerrechtliche Folgewirkungen.

Bei der abschließenden **Umsetzungsphase** wird aus rechtlicher Sicht u. a. darauf zu achten sein, dass zum einen die gesellschaftsrechtlichen Formalien an verschiedene Gesellschaftsformen erfüllt werden (z. B. mit Blick auf den Gesellschaftsvertrag oder die Satzung) und dass zum anderen den aus dem Kommunalrecht resultierenden, verfahrensrechtlichen Anforderungen Rechnung getragen wird (z. B. Beteiligung der Gemeindevertretung und Anzeige bei der Kommunalaufsicht).

## V. Gesamtfazit

Die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden im Bereich der Energieversorgung erlebt eine Renaissance. Dazu trägt nicht zuletzt die gestiegene Bedeutung dezentraler Erzeugungsformen bei. Die Kommunalverfassung Mecklenburg-Vorpommerns trägt diesem Umstand Rechnung und trifft verschiedene Regelungen für Kommunen, die sich (im Energiebereich) wirtschaftlich betätigen wollen. So sind insbesondere die §§ 68 ff. KV Ausgangspunkt zur Klärung der Frage, ob überhaupt eine wirtschaftliche Betätigung vorliegt und zwischen welchen (kommunalrechtlichen) Grundformen – Unternehmen und Einrichtungen – gewählt werden kann.

Bevor sich die Gemeinde jedoch diesem rechtlichen Rahmen näher zuwendet, wird sie in der Regel eine **Ist- und eine Soll-Analyse** anstellen. Sie wird prüfen müssen, ob in tatsächlicher, technischer und rechtlicher Hinsicht das ins Auge gefasste Engagement erfolgversprechend ist. Maßgeblich werden an dieser Stelle die örtlichen Gegebenheiten sein, also z. B. die Frage, ob die Voraussetzungen für die Errichtung einer Biogasanlage in tatsächlicher Hinsicht vorliegen. Auch der Bedarf ist in diesem Zusammenhang zu prüfen, es ist also vor allem mit Blick auf die Abnehmerseite zu erkunden, ob ausreichend Absatzmöglichkeiten bestehen. Eine Wirtschaftlichkeitsanalyse muss davon ausgehend die ökonomische Rentabilität des Vorhabens untersuchen.

Mit Blick auf die rechtlichen Voraussetzungen rückt dann für die Gemeinde insbesondere die Frage nach ihrer **Leistungsfähigkeit** in den Mittelpunkt. Die Unternehmung muss nämlich in der Regel in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde stehen, die Gemeinde darf keine Verpflichtungen übernehmen, die sie aus haushaltsrechtlicher Sicht überfordern. Die **Finanz- und Verwaltungskraft** der Kommune müssen das Engagement erlauben. Entscheidend ist also das finanzielle **Risiko**, das die Gemeinde mit der wirtschaftlichen Betätigung übernehmen wird. Dieses Risiko hat die Gemeinde aufgrund spezieller Parameter zu analysieren. Die Grundlagen der Entscheidung, die die Gemeinde dann trifft, ist durch die Kommunalaufsicht überprüfbar.

Hat sich die Gemeinde einmal prinzipiell für eine wirtschaftliche Betätigung entschieden, muss sie sich der Umsetzung im Einzelnen widmen. Dabei wird sie sich vor allem mit den Anforderungen, die an die **unterschiedlichen Organisationsformen** gestellt werden, beschäftigen. Entschieden sie sich für eine privatrechtliche Organisationsform, werden die durch das Gesellschaftsrecht aufgestellten Anforderungen durch das Kommunalrecht ergänzt: Auf diese Art und Weise soll sichergestellt werden, dass die besondere Natur des kommunalen Unternehmens abgebildet wird, das Risiko für die Gemeinde begrenzt und der notwendige kommunale Einfluss auf die Gesellschaft garantiert wird.

Zeigen sich bereits an dieser Stelle die **Wechselwirkungen** zwischen kommunalrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Anforderungen an eine wirtschaftliche Betätigung, so muss dieses Bild noch um eine dritte Facette ergänzt werden: Wird die Gemeinde speziell im Bereich der **Energie- und Wärmeversorgung** tätig, sind auch die Voraussetzungen des Energiewirtschaftsrechts zu beachten.

Insbesondere die Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Quellen nach dem EEG und die Gewinnung von Strom aus Kraft-Wärme-Kopplung nach dem **KWKG** bieten Gestaltungsmöglichkeiten (z. B. in Form des Eigenverbrauchs oder der Direktlieferung), die für eine kommunale Energieversorgung viele Vorteile haben können. Im Gegenzug wird aber nicht nur die (rechtliche) Ausgestaltung der geplanten kommunalen Betätigung dadurch verkompliziert; auch die Bewertung des **Risikos** eines solchen Engagements ist mit zahlreichen Unsicherheiten belastet, die sich nicht zuletzt aus der hohen Regulierungsdichte des Energiesektors ergeben und damit in besonderer Weise der Änderung der rechtlichen Rahmenbedingungen durch den Gesetzgeber unterworfen sind.

Dies zeigt sich anschaulich an den aktuellen Bestrebungen, das EEG zu **novellieren**. Das Ziel, die Überförderung bestimmter Energiegewinnungsformen zurückzuführen und die erneuerbaren Energien stärker in den Markt zu integrieren, wird Auswirkungen auf die kommunale wirtschaftliche Tätigkeit haben. Insgesamt darf auf Grundlage des Eckpunktepapiers der Bundesregierung zur Novellierung des EEG die Einschätzung gewagt werden, dass sich die Rahmenbedingungen für Kommunen im Bereich der Erzeugung von EEG-Strom verändern werden. Privilegierungen, die sich gerade Kommunen zu nutze machen können – wie z. B. das Grünstromprivileg oder die Befreiung des Eigenverbrauchs von der EEG-Umlage – fallen möglicherweise weg. Die **zunehmende Marktintegration** bei sinkenden Fördersätzen (z. B. auch im Bereich

Biogas) wird nicht nur die Risikoprognose für eine kommunale wirtschaftliche Betätigung ein Stückweit unsicherer machen; sie wird die Kommunen auch vor ganz neue Herausforderungen stellen – wenn sie beispielsweise mehr Anstrengungen unternehmen müssen, erzeugten Strom selbst zu vermarkten.

## D. ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE

1. Entschließt sich eine Gemeinde, wirtschaftlich tätig zu werden, wird sie zunächst die rechtlichen Voraussetzungen ihres geplanten Vorhabens prüfen. **Ausgangspunkt** wird in der Regel **§ 68 KV** sein, der die kommunalrechtlichen Grundsätze einer wirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden beinhaltet: Es muss vor allem überhaupt eine wirtschaftliche Betätigung gegeben sein und die Gemeinde muss prüfen, ob sie ein Unternehmen oder eine Einrichtung gründen will.
2. Bei einer bloßen **Vermögensverwaltung** liegt keine wirtschaftliche Betätigung im Sinne der §§ 68 ff. KV vor. Dies ist beispielsweise bei der Nutzung vorhandener kommunaler Ressourcen der Fall, worunter auch das Halten von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft fallen kann. Entscheidend ist, dass die Gemeinde nicht am Markt tätig wird, sondern vorhandenes Vermögen nur nutzt. Auch die Beteiligung an einer Bürger- bzw. Energiegenossenschaft kann Vermögensverwaltung darstellen, wenn sie in untergeordnetem Umfang erfolgt und entweder eine bloße Vermögensanlage oder eine freiwillige Leistung mit ideellem Charakter zur Förderung des Bürgerengagements und der Beteiligung an der lokalen Wertschöpfung darstellt.
3. Die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden im Energiebereich kann in Form von **Unternehmen oder Einrichtungen** erfolgen. Während jegliches *Unternehmen* die Voraussetzungen der so genannten Schrankentrias in § 68 Abs. 2 KV erfüllen muss, handelt es sich bei den *Einrichtungen* um eine privilegierte Form der wirtschaftlichen Betätigung: In den in § 68 Abs. 3 KV genannten, inhaltlich umschriebenen Tätigkeitsbereichen können Einrichtungen gegründet und betrieben werden, weitgehend ohne dass die Voraussetzungen für Unternehmen erfüllt werden müssen. So kommt es insbesondere bei Einrichtungen – allerdings gerade mit Ausnahme der Einrichtungen zur Erzeugung von Energie, insbesondere erneuerbarer Art nach § 68 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 KV – nicht darauf an, dass ihre Tätigkeit nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht. Für die Risikobewertung bedeutet dies, dass die Frage der Rentabilität für Einrichtungen weniger entscheidend ist. Sie müssen auch – anders als Unternehmen, vgl. § 75 KV – keinen Ertrag für den Haushalt abwerfen und ihr Jahresgewinn muss nicht so hoch sein, dass neben den unternehmenseigenen Rücklagen auch noch mindestens eine marktübliche Verzinsung des Eigenkapitals erwirtschaftet wird.
4. Die Kommunalverfassung in Mecklenburg-Vorpommern enthält verschiedene Regelungen, die sich ausdrücklich auf die **Energieerzeugung und die Versorgung mit Energie** beziehen. Versorgung wird als (1.) Erzeugung von Energie zur Belieferung von Kunden, als (2.) Vertrieb von Energie und (3.) als Betrieb eines Energieversorgungsnetzes angesehen. In allen diesen Berei-



chen kann eine Gemeinde auch nach kommunalrechtlichem Verständnis tätig werden. Allerdings umfasst der Begriff der Energie nach energiewirtschaftsrechtlichem Verständnis nur Elektrizität und Gas, nicht aber Wärme. Die Versorgung mit Wärme wird deshalb zum Teil ausdrücklich im Kommunalrecht angeführt.

5. Betreibt die Gemeinde ein Netz und ist zugleich im Bereich Erzeugung oder Vertrieb tätig, ist sie als **integriertes Energieversorgungsunternehmen** zu qualifizieren, was eine Reihe von Pflichten – insbes. Entflechtung – auslöst. Diese Pflichten entfallen zum Teil bzw. die Unternehmen können zum Teil davon befreit werden, wenn sie nur eine **Kundenanlage** betreiben oder ein **geschlossenes Verteilernetz** vorliegt, was u. U. auf räumlich begrenzter, lokaler Ebene in Betracht kommen kann.
6. Für Gemeinden kann ebenfalls die dezentrale Versorgung im Rahmen des **Eigenverbrauchs** und der **Direktlieferung** von Strom aus erneuerbaren Quellen nach EEG von Interesse sein. Im Fall der eigenen Stromerzeugung wird die Gemeinde auch Strom in das Netz für die allgemeine Versorgung einspeisen können, für den sie unter bestimmten Voraussetzungen in den Genuss einer **Einspeisevergütung** kommen kann. Alternativ dazu ist nach derzeitiger Rechtslage die **Direktvermarktung** des selbst erzeugten Stroms möglich.
7. Die Erzeugung und die Verwertung von **Strom aus Kraft-Wärme-Kopplung** sind nach dem KWKG grundsätzlich förderfähig. In diesem Zusammenhang wird auch der Neu- und Ausbau von **Wärmenetzen** (Fernwärme) unter bestimmten Voraussetzungen gefördert.
8. Die energiewirtschaftsrechtliche Tätigkeit hat auch Auswirkungen auf die Wahl der Kommune zwischen Einrichtung und Unternehmen. Soweit die Gemeinde nur im Bereich der **Energieerzeugung** tätig wird, kann sie dies in der privilegierten Form der Einrichtung realisieren. Allerdings verlangt § 68 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 KV, dass Art und Umfang der Einrichtung – ähnlich wie ein Unternehmen – in angemessenem Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde stehen. Hinzu kommt, dass – wenn die Gemeinde die Einrichtung dann in Form einer privatrechtlichen Gesellschaft betreiben will – dieser Vorteil durch die Anforderungen der KV an Einrichtungen in Privatrechtsform nach **§ 69 Abs. 1 Nr. 2 KV wieder relativiert** wird.
9. Soweit die wirtschaftliche Betätigung die übrigen Bereiche der **Energieversorgung** erfasst, müssen die Anforderungen der **Schrankentrias des § 68 Abs. 2 KV** erfüllt werden; die wirtschaftliche Betätigung erfolgt in diesem Fall nicht im Rahmen einer Einrichtung, sondern im Rahmen eines Unternehmens.
10. Der Begriff der **Leistungsfähigkeit der Gemeinde** taucht in zwei für die Betätigung im Energiebereich relevanten Bestimmungen der Kommunalverfassung auf: Unternehmen müssen generell nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde stehen (§ 68 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 KV) und die Einrichtungen der Gemeinde zur Erzeugung von Energie, insbesondere erneuerbarer Art nach § 68 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 KV müssen diese Voraussetzung ebenfalls erfüllen.

11. Keine Rolle spielt der Begriff des angemessenen Verhältnisses zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde, wenn die Gemeinde sich bzw. ihre unmittelbaren gemeindlichen Einrichtungen durch einen **Eigenbetrieb** versorgt. Dies stellt dann Eigenverbrauch des selbst erzeugten EEG-Stroms aus erneuerbaren Quellen dar. Dient der erzeugte Strom ausschließlich **zur Deckung des gemeindlichen Eigenbedarfs**, kann der Eigenbetrieb als Einrichtung nach § 68 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KV geführt werden, ohne dass weitere Voraussetzungen der KV – insbesondere das angemessene Verhältnis der Einrichtung zur Leistungsfähigkeit und zum Bedarf der Gemeinde – beachten werden müssen.
12. Die Leistungsfähigkeit einer Kommune bestimmt sich nach haushaltswirtschaftlichen Grundsätzen. Die Gemeinde muss über die **ausreichende Finanz- und Verwaltungskraft** verfügen, um ein wirtschaftliches Engagement tragen zu können. Eine geplante wirtschaftliche Betätigung darf die Kommune nicht **überfordern**.
13. Die wirtschaftliche Betätigung muss nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde stehen. Hierin verbirgt sich das **Risikokriterium**: Die Kommune muss aufgrund ihrer jeweiligen Haushaltssituation in der Lage sein, die mit der wirtschaftlichen Betätigung einhergehenden unternehmerischen Risiken zu tragen.
14. Anhand verschiedener Parameter muss die Gemeinde für jede konkret geplante Unternehmung bestimmen, ob die Betätigung realisierbar und – wenn dies bejaht wird – wie sie im Einzelfall auszugestalten ist, wie also vor allem mögliche Risiken minimiert werden können. Dabei gilt generell, dass ein Vorhaben einen angespannten Haushalt **nicht weiter belasten**, also keine weiteren Risiken aufbauen darf; das Projekt muss sich vor allem rentieren.
15. Die **Risikofaktoren** sind bei jeder Unternehmung konkret zu bewerten. Dabei bestehen im Bereich der **Stromerzeugung aus erneuerbaren Quellen** Besonderheiten, die sich insbesondere aus der Regulierung des Sektors ergeben. So kann die Abnahme- und Vergütungspflicht von Strom aus EEG- oder KWKG-Anlagen ebenso eine Rolle bei der Bewertung spielen wie die mit der möglichen Stellung als Anlagenbetreiber verbundenen Risiken. Die rechtlichen Rahmenbedingungen unterliegen gerade im Bereich der erneuerbaren Energien einer großen Unsicherheit aufgrund möglicher Änderungen. Hinzu kommen wirtschaftliche Unsicherheiten, die sich vor allem aus der zunehmenden Heranführung der erneuerbaren Energien an den Markt ergeben und diese Markteinflüssen aussetzen. Im Bereich der **Wärmeversorgung** kann der mögliche Anschluss- und Benutzungszwang zu berücksichtigen sein.
16. Neben dem angemessenen Verhältnis der Unternehmung zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde muss bei einer wirtschaftlichen Betätigung in Form eines *Unternehmens* – also nicht in Form einer Einrichtung – auch der **öffentliche Zweck** das Unternehmen rechtfertigen. Dies wird bei der kommunalen Energieversorgung grundsätzlich angenommen. Etwas anderes gilt, wenn die Gemeinde mit dem **ganz überwiegenden Ziel der Gewinnerzielung** tätig wird (§ 68 Abs. 3 Satz 2 KV). Für den Energiebereich bedeutet dies, dass die Versorgung der Einwohner der Gemeinde für die kommunale Energieversorgung im Vordergrund stehen muss. Dass durch die **Einspeisevergütung** von Strom aus erneuerbaren Quellen oder aus Kraft-Wärme-Kopplung in

das Netz für die allgemeine Versorgung auch Einnahmen für den kommunalen Haushalt generiert werden können, hindert die Annahme eines öffentlichen Zwecks nicht. Wird die Gemeinde allerdings *ganz überwiegend* **außerhalb ihres Gemeindegebiets** im Bereich der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung tätig (§ 68 Abs. 2 Satz 3 KV) oder speist erzeugten Strom *ganz überwiegend* in das Netz der allgemeinen Versorgung ein, wird letztlich nur noch eine Gewinnerzielungsabsicht verfolgt, die den öffentlichen Zweck nicht mehr zu rechtfertigen vermag.

17. Bei der Ausgestaltung einer wirtschaftlichen Betätigung, dem Wie des Tätigwerdens, ist eine Vielzahl von Anforderungen zu beachten, die sich vor allem aus dem **Kommunalrecht** und dem **Gesellschaftsrecht** ergeben. Das Kommunalrecht enthält materiell-rechtliche Anforderungen und Verfahrensvorgaben, mit denen sichergestellt werden soll, dass auch in privatrechtlich organisierten Gesellschaften das mit der öffentlich-rechtlichen Zwecksetzung verbundene Interesse der Gemeinde als Trägerin der Gesellschaft Berücksichtigung findet. Kommunalrecht wirkt auf diese Weise in das Gesellschaftsrecht hinein.

Die Kommunalverfassung Mecklenburg-Vorpommern nennt einige Vorgaben, die **bei allen wirtschaftlichen Vorhaben der Gemeinde** beachtet werden müssen, z. B. die Beachtung der Wirtschaftsgrundsätze (§ 75 KV) und die Sicherstellung der entsprechenden Vertretung der Gemeinde in der Gesellschaft (§ 71 KV).

Teilweise differenziert die Kommunalverfassung aber auch zwischen **Unternehmen und Einrichtungen** und stellt für beide Formen differenzierte Anforderungen auf, sofern diese in Privatrechtsform geführt werden (§ 69 KV). Diese sollen allesamt die kommunalrechtlichen Grundprinzipien wie beispielsweise die Beachtung des öffentlichen Zwecks und den angemessenen Einfluss der Gemeinde auf die Gesellschaft sicherstellen. Besondere Beachtung verdient in diesem Zusammenhang § 69 Abs. 1 Nr. 2 KV, der allein für **Einrichtungen in Privatrechtsform** u. a. verlangt, dass ein wichtiges Interesse der Gemeinde an der Privatrechtsform (positiv) nachgewiesen und dargestellt wird, dass die geplante Aufgabe im Vergleich zu den öffentlich-rechtlichen Organisationsformen tatsächlich wirtschaftlicher durchgeführt werden kann.

Besondere Anforderungen gelten schließlich noch, wenn sich eine Gemeinde unmittelbar oder mittelbar mit maßgeblichem Einfluss an einem privatrechtlich organisierten Unternehmen oder Einrichtung **beteiligen** will (§ 73 KV).

18. Als **öffentlich-rechtliche Organisationsformen** kommen für die Gemeinde der **Eigenbetrieb** und das **Kommunalunternehmen** in Betracht. Beide werden in der Regel gegenüber Bürgern Verwaltungsakte erlassen können. Mitarbeiter können Beamte sein, es gilt das öffentliche Tarifrecht. Die öffentlich-rechtlichen Organisationsformen ermöglichen eine weitgehende Steuerung, auch in das operative Geschäft hinein, wobei die Steuerungsmöglichkeiten beim Eigenbetrieb ausgeprägter sind. Eine direkte Bürgerbeteiligung oder die Einbeziehung privater Investoren in die Unternehmung ist in beiden Fällen nach der derzeitigen Gesetzeslage in Mecklenburg-Vorpommern nicht möglich. Die nachhaltige Ausstattung mit Finanzmitteln muss durch die Kommune selbst erfolgen.

Der **Eigenbetrieb** bleibt – auch wenn er organisatorisch verselbständigt ist – rechtlich Teil der allgemeinen Verwaltung und unterliegt damit einer umfassenden Steuerung durch die Gemeinde, die allerdings auch vollständig für dessen Verbindlichkeiten haftet.

Das **Kommunalunternehmen** ist im Vergleich zum Eigenbetrieb flexibler; es verfügt über eine eigene Rechtspersönlichkeit als Anstalt des öffentlichen Rechts. Die Haftung der Trägerkommune beschränkt sich auf ihre Einlage in das Vermögen des Kommunalunternehmens.

19. Die Einwirkung des Kommunalrechts wird insbesondere durch die verschiedenen Vorgaben, die die Kommunalverfassung mit Blick auf privatrechtliche Organisationsformen macht, deutlich.

Von den **privatrechtlichen Organisationsformen**, deren sich eine Kommune bedienen kann, ist die **Aktiengesellschaft** durch § 68 Abs. 4 Satz 2 KV ausdrücklich ausgeschlossen. Auch die **Personengesellschaften** – vor allem die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) und die Offene Handelsgesellschaft (OHG) – scheiden in der Regel aus, weil sich hier die Haftung der Gemeinde entgegen § 69 Abs. 1 Nr. 5 nicht auf einen ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag begrenzen lässt.

Trotz der kommunalrechtlichen Anforderungen an Unternehmungen in Privatrechtsform bleiben diese für kommunale Vorhaben interessant. Den kommunalrechtlichen Vorgaben kann in der Regel durch eine entsprechende Gestaltung der Satzung Rechnung getragen werden (so insbesondere bei der GmbH). Sie ermöglichen in der Regel eine **hohe Flexibilität** beim Auftreten am Markt und bieten vergleichsweise hohe organisatorische Freiheiten. Das Haftungsrisiko ist gesetzlich beschränkt oder lässt sich durch individuelle Regelungen begrenzen. Darüber hinaus ist in der Regel die **Beteiligung Dritter** möglich. Konkret erscheint häufig die GmbH & Co. KG für eine effiziente kommunale Betätigung als besonders geeignet.

20. Ist die Kommune nicht gewillt oder in der Lage, bei einer eigenständigen Unternehmung die volle Steuerung und das volle wirtschaftliche Risiko zu tragen, kommt die **Beteiligung** an einem Unternehmen in Betracht (hier sog. **zweites Szenario**). Dies ist zunächst als Beteiligung an einem privatrechtlichen Unternehmen denkbar. In diesem Fall sind unabhängig von Art und Umfang der Beteiligung im Wesentlichen die gleichen Voraussetzungen wie bei einer Neugründung zu beachten, es müssen also vor allem der öffentliche Zweck, der angemessene Einfluss der Gemeinde auf die Gesellschaft und ein angemessenes Verhältnis der eingegangenen Verpflichtungen zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde sichergestellt werden (vgl. § 69 Abs. 1 KV); § 73 KV sieht für den Fall der maßgeblichen Beteiligung ausdrücklich eine Reihe von notwendigen **Informations- und Prüfungsrechten** der Gemeinde vor, die in der Regel in der Satzung oder im Gesellschaftsvertrag umzusetzen sind. In Betracht kommt auch eine **interkommunale Zusammenarbeit** mit anderen Kommunen in Form eines gemeinsamen Kommunalunternehmens oder eines Zweckverbandes.

Dabei kann die Bildung eines **Zweckverbandes** sinnvoll sein, wenn für die Aufgabenwahrnehmung die Beteiligung mehrerer Gemeinden, Ämter und Landkreise von Bedeutung ist; auch ist die Beteiligung privater Dritter möglich, während dies beim Kommunalunternehmen nach der-

zeitiger Gesetzeslage in Mecklenburg-Vorpommern nicht zulässig ist. Allerdings ist der Zweckverband mit Blick auf die Entscheidungsprozesse schwerfälliger als ein gemeinsames Kommunalunternehmen.

21. Gründet eine Kommune kein eigenes Unternehmen und beteiligt sich auch nicht an einem bestehenden bzw. geht keine interkommunale Zusammenarbeit ein, kommt als **drittes Szenario** des kommunalen wirtschaftlichen Engagements im Energiebereich noch die so genannte **Fremdversorgung** in Betracht. Die Gemeinde kann die Versorgung mit Energie an ein drittes Unternehmen vergeben und diesem durch Verträge die Benutzung des gemeindlichen Eigentums einschließlich der öffentlichen Straßen, Wege und Plätze überlassen (vgl. § 76 KV). Gerade Kommunen mit einer angespannten Haushaltssituation können in dieser Lage noch als Konzessionsgeberin auftreten und auf diese Weise Einnahmen für den kommunalen Haushalt generieren.
22. Die Entscheidungen der Gemeinde (hinsichtlich des Ob und des Wie der wirtschaftlichen Betätigung) sind in der Regel nur begrenzt durch die Kommunalaufsicht überprüfbar. Diese ist auf eine **Rechtsaufsicht** beschränkt und prüft in diesem Rahmen nur, ob die Kommune in Einklang mit Recht und Gesetz handelt, stellt also keine eigenen Zweckmäßigkeitserwägungen an. Dabei kommen der Gemeinde bei den unbestimmten Rechtsbegriffen, die auch die Vorschriften zur wirtschaftlichen Betätigung prägen, Beurteilungsspielräume zugute. Hintergrund sind die in diesem Bereich notwendigerweise zu treffenden Prognoseentscheidungen – z. B. bei der Beurteilung des mit einer wirtschaftlichen Betätigung einhergehenden Risikos für den Haushalt der Gemeinde. Die Kontrolle der Kommunalaufsicht ist in diesem Fall darauf begrenzt, zu prüfen, ob die Gemeinde den **maßgebenden Sachverhalt zutreffend ermittelt**, die entscheidungserheblichen Gesichtspunkte erkannt und das zugrunde gelegte Prognoseverfahren **konsequent und methodisch zutreffend** angewandt hat. Die Schlüsse, die die Gemeinde auf dieser Grundlage zieht, kann die Kommunalaufsicht nur rügen, wenn sie **offensichtlich unvertretbar** sind oder wenn es sich um objektiv erkennbare Verstöße handelt, nicht dagegen, wenn die Rechtsaufsichtsbehörde sie lediglich für nicht sachgerecht hält.
23. Im Rahmen des **Projektentwicklungsweges** muss die Gemeinde vor diesem Hintergrund vor allem darauf bedacht sein, die zugrundeliegenden Tatsachen zutreffend darzustellen, sich anerkannter Prognoseverfahren zu bedienen und nachvollziehbare Schlüsse zu ziehen und diese zu begründen. Die kommunal-, gesellschafts- und ggf. auch energierechtlichen Rahmenbedingungen werden für die konkrete Projektentwicklung praktisch relevant.

Bereits im Vorfeld der Entscheidung über eine wirtschaftliche Betätigung wird die Gemeinde eine **Ist-Analyse** durchführen, wozu die Erstellung von Machbarkeitsstudien zur Prüfung der tatsächlichen Realisierbarkeit des Projekts und eine Wirtschaftlichkeitsanalyse zur Prüfung der Rentabilität bzw. des Risikos des Vorhabens gehören. In diesem Zusammenhang werden die erörterten Fragen nach der Leistungsfähigkeit der Kommune, das Verhältnis der Unternehmung hierzu und dem erwarteten Bedarf wieder relevant. Eine **Soll-Analyse** dient auf dieser Grundlage dazu, die angestrebten Ziele zu definieren.

Im Rahmen der **konkreten Ausgestaltung** des geplanten Vorhabens werden vor allem die dargestellten **rechtlichen Fragestellungen** relevant: Hier ist zu prüfen, welche Betätigung die KV zulässt, welche gesellschaftsrechtliche Organisationsform vor dem Hintergrund der jeweiligen Risikoprognose gewählt wird und welche energierechtlichen Besonderheiten beachtet werden müssen.

In der **Umsetzungsphase** schließlich müssen vor allem die gesellschaftsrechtlichen Formalien der gewählten Gesellschaftsformen erfüllt (z. B. mit Blick auf den Gesellschaftsvertrag) und die aus dem Kommunalrecht resultierenden, verfahrensrechtlichen Anforderungen (z. B. Beteiligung der Gemeindevertretung und Anzeige bei der Kommunalaufsicht) beachtet werden.

Prof. Dr. Christoph Moench

Dr. André Lippert