

Rechtsanwälte Günther

Partnerschaft

Rechtsanwälte Günther • Postfach 130473 • 20104 Hamburg

Michael Günther *
Hans-Gerd Heidel *¹
Dr. Ulrich Wollenteit *²
Martin Hack LL.M. (Stockholm) *²
Clara Goldmann LL.M. (Sydney) *
Dr. Michéle John *
Dr. Dirk Legler LL.M. (Cape Town) *
Dr. Roda Verheyen LL.M. (London) *
Dr. Davina Bruhn
Jenny Kortländer LL.M. (Brisbane)

¹ Fachanwalt für Familienrecht
² Fachanwalt für Verwaltungsrecht
* Partner der Partnerschaft
AG Hamburg PR 582

00563/18 /L /R
Mitarbeiterin: Anke Janott
Durchwahl: 040-278494-17
Email: janott@rae-guenther.de

Mittelweg 150
20148 Hamburg
Tel.: 040-278494-0
Fax: 040-278494-99
www.rae-guenther.de

Direkte Demokratie und der Kohleausstieg – Möglichkeiten und Grenzen von Bürgerbegehren

Rechtsgutachten im Auftrag des Umweltinstitut München e.V.,
BürgerBegehren Klimaschutz e.V. und Mehr Demokratie e.V.

erstattet von Rechtsanwälte Günther Partnerschaft, Hamburg

November 2018

Buslinie 109, Haltestelle Böttgerstraße • Fern- und S-Bahnhof Dammtor • Parkhaus Brodersweg

Hamburger Sparkasse
IBAN DE84 2005 0550 1022 2503 83
BIC HASPDEHHXXX

Commerzbank AG
IBAN DE22 2008 0000 0400 0262 00
BIC DRESDEFF200

GLS Bank
IBAN DE61 4306 0967 2033 2109 00
BIC GENODEM1GLS

| | |
|--|----|
| Zusammenfassung | 4 |
| I. Fragestellung und Grundlagen des „rechtlichen Kohleausstiegs“ | 9 |
| 1. Klimaziele und Kohleausstieg | 9 |
| 2. Bürgerbegehren und Kohleausstieg | 11 |
| II. Übersicht der „Grundregeln“ von Bürgerbegehren/Volksbegehren | 11 |
| III. Kompetenzen auf kommunaler Ebene | 15 |
| 1. Grundlagen der Kompetenzen von Gemeinden, Kreisen und anderen Gebietskörperschaften | 15 |
| a) Gemeinden | 15 |
| b) Kommunale Zusammenarbeit | 17 |
| c) (Land-)Kreise | 17 |
| d) Kreisfreie Städte und Stadtstaaten | 18 |
| 2. Wirtschaftliche Betätigung von Kommunen und Kreisen | 18 |
| 3. Kompetenz für Klimaschutzmaßnahmen | 19 |
| a) Klimaschutz als Gegenstand der Bundesgesetzgebung | 19 |
| b) Spezialgesetzliche Regelungen des Energierechts | 20 |
| c) Raumordnungs- und Städtebaurecht | 22 |
| d) Verbleibende Kompetenz der Gemeinden | 23 |
| IV. Möglichkeiten der Einwirkung auf öffentliche Unternehmen | 25 |
| 1. Überblick | 25 |
| 2. Eigenbetriebe | 26 |
| 3. Anstalten des öffentlichen Rechts | 27 |
| 4. GmbH | 28 |
| a) Allgemeines | 28 |
| b) Möglichkeiten der Einflussnahme durch die Gesellschafter | 29 |
| c) Möglichkeiten der Einflussnahme des Aufsichtsrats | 32 |
| 5. GmbH & Co. KG | 34 |
| 6. Aktiengesellschaft (AG) | 36 |
| a) Allgemeines | 36 |
| b) Konzernrechtliche Beschränkungen | 37 |
| V. Weitere Schranken des kommunalen Handelns | 40 |
| 1. Grundrechtsbindung | 40 |

| | | |
|-----|--|----|
| 2. | Wirtschaftsgrundsätze des Kommunalrechts | 41 |
| 3. | Bestehende vertragliche Bindungen | 42 |
| VI. | Konkrete Fallgruppen für Bürgerbegehren | 48 |
| 1. | Kommunale Beteiligung an einem Kohlekraftwerk | 49 |
| a) | Flensburg | 50 |
| b) | Köln-Merkenich | 52 |
| c) | Hannover | 54 |
| 2. | Kommunale Beteiligung an einem Fernwärmenetz | 55 |
| a) | Grundsätzliches zur Rechtslage | 55 |
| b) | Konkrete Fallbeispiele | 64 |
| aa) | Braunschweig | 64 |
| bb) | Zolling | 67 |
| cc) | Rostock | 69 |
| dd) | Rhein-Neckar-Region | 70 |
| 3. | Keine oder nur sehr geringe kommunale Beteiligung an dem vorhandenen Fernwärmenetz | 73 |
| a) | „Tschüss Kohle“ – Hamburg | 74 |
| b) | Straßenrecht und kommunale Kompetenzen | 75 |
| c) | Sondernutzungssatzungen | 76 |
| d) | Konzessionsverträge | 79 |
| e) | Gemeindeeigene Flächen | 80 |
| f) | Rekommunalisierung | 80 |
| 4. | Kein Kohlekraftwerk und keine kommunale Beteiligung an einem Fernwärmenetz vorhanden | 81 |

Zusammenfassung

Bürgerbegehren sind in den Landesverfassungen garantierte Instrumente der direkten Demokratie, also der politischen Entscheidungsfindung durch die Bürger selbst statt durch gewählte Vertreter. Sie können einen wichtigen Baustein darstellen, um in Deutschland den Kohleausstieg und damit die Klimaziele möglichst schnell zu erreichen, und gleichzeitig die Umwelt- und Luftqualität zum Wohle der örtlichen Gemeinschaft zu verbessern.

Bürgerbegehren finden vor allem auf Ebene der **Gemeinde** statt. Gemeinden (auch Kommunen genannt) sind die unterste Stufe des Verwaltungsaufbaus in Deutschland. Sie haben eigene Rechte und Kompetenzen auf Grundlage des Art. 28 GG. Gemeinden sind kein Gesetzgeber, haben aber Satzungscompetenz und können damit örtliches Recht schaffen. Die Gemeinden regeln die **Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft** im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung. Das bedeutet, dass sie grundsätzlich für alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zuständig sind, soweit nicht ein Bundes- oder Landesgesetz etwas anderes bestimmt und eine Aufgabe einer anderen Organisationseinheit wie etwa dem Kreis, einem Gemeindeverband, dem Land oder dem Bund zuweist. Zu diesen Angelegenheiten kann auch die Versorgung mit Strom- oder Wärme – unter Einsatz oder eben Verzicht auf den Einsatz von Kohle als Primärenergieträger – zählen.

Die Rechtsprechung versteht unter Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft „solche Aufgaben, die das Zusammenleben und -wohnen der Menschen vor Ort betreffen oder einen spezifischen Bezug darauf haben“. Der Klimaschutz und die Anpassung an die Folgen des Klimawandels sind nach der hier vertretenen Auffassung (auch) Aufgaben mit Bezug auf die örtliche Gemeinschaft.

In **Teil II** des Gutachtens werden die „Grundregeln“ von Bürgerbegehren dargestellt. Die entsprechende Frage im Bürgerentscheid muss so formuliert sein, dass der Bürgerentscheid unmittelbar an die Stelle eines Gemeinderatsbeschlusses treten kann. Je nach Reichweite der Befugnisse der Gemeindevertretung kann ein Bürgerentscheid auf ein „Hinwirken“ der Gemeinde (sinnvoll etwa im Fall einer Minderheitsbeteiligung der Gemeinde an einer Kraftwerks-GmbH) oder aber auf eine konkrete Maßnahme der Gemeinde gerichtet sein.

Teil III stellt die (öffentlich-rechtlichen) Kompetenzen der Gemeinden und anderer Gebietskörperschaften dar, da sich hieraus Grenzen für den zulässigen Inhalt eines Bürgerbegehrens ergeben. Die Gemeinden können z.B. im Hinblick auf die öffentlich-rechtliche Zulassung von Kohlekraftwerken nicht direkt anlagenbezogen tätig werden, denn dies regelt abschließend das Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG). Im Bereich der Gestaltung der Fernwärmeversorgung lassen die bundesrechtlichen Regelungen jedoch Spielräume.

Die Gemeinden haben zudem in dem ihnen durch Landesrecht gesetzten Rahmen das Recht, wirtschaftlich – also auch durch privatwirtschaftlich organisierte Unternehmen – tätig zu werden. Im eigenen Wirkungskreis (also im eigenen Kompetenzbereich im Sinne des Art. 28 Grundgesetz (GG)) sind die Gemeinden grundsätzlich frei in der Wahl ihrer Handlungsform.

Beschränkungen und Anforderungen an die wirtschaftliche Tätigkeit der Gemeinden regeln die Gemeindeordnungen bzw. Kommunalverfassungen der Länder.

Das vom Bürgerbegehren verfolgte Ziel muss nicht nur innerhalb der öffentlich-rechtlichen Kompetenz der Gemeinde liegen, die Gemeinde muss auch ein Instrument zur Umsetzung haben. Mit welchen Mitteln eine Gemeinde auf ein gemeindliches Unternehmen bzw. ein Unternehmen mit gemeindlicher Beteiligung, das Kohle direkt oder indirekt nutzt, einwirken kann, stellt **Teil IV** dar. Dabei geht es vor allem um die (komplexen) Regelungen des privaten Gesellschaftsrechts zum Einfluss der Eigentümer auf das Unternehmen. Im Bereich der Energieversorgung nutzen die Gemeinden üblicherweise Rechtsformen des Privatrechts, häufig die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) und die Aktiengesellschaft (AG). Die öffentlichen Unternehmen in Rechtsformen des Privatrechts unterliegen den Regeln des privaten Gesellschaftsrechts (u.a. GmbH-Gesetz, Aktiengesetz). Diese sind als abgeschlossene bundesrechtliche Regelungen wegen Art. 31 GG vorrangig gegenüber den landesrechtlichen Regelungen der Gemeindeordnungen. Für öffentliche Unternehmen in privatrechtlichen Rechtsformen, gibt es kein besonderes Gesellschaftsrecht der öffentlichen Hand.

Aus den Gemeindeordnungen ergeben sich Anforderungen zur Sicherung des öffentlichen Einflusses, des öffentlichen Zwecks und zur Begrenzung der Haftung der Gemeinde. Insbesondere ist der Gemeinde ein **angemessener Einfluss**, wie namentlich in einem Überwachungsorgan, zu sichern. Aufgrund dieser Anforderungen kommen in der Praxis hauptsächlich die GmbH und die AG vor, seltener auch die Kommanditgesellschaft mit einer als GmbH nur beschränkt haftenden Komplementärin (GmbH & Co. KG). Die Rechtsformen des Privatrechts erlauben es auch, dass eine Gemeinde ein Unternehmen nicht vollständig, sondern nur zu Anteilen besitzt. In solchen Fällen hängen die Einwirkungsmöglichkeiten von den Mehrheitsverhältnissen ab und u.U. kann eine Gemeinde nicht allein über die konkreten Betriebsweisen oder die eingesetzte Primärenergie (Kohle) entscheiden.

Die Gemeinden können auch Dachgesellschaften („Holdings“, z.B. eine Stadtwerke GmbH) gründen, die die wirtschaftenden und abhängigen Tochtergesellschaften (z.B. eine Energie-GmbH oder eine Kraftwerks-GmbH) ausschließlich verwalten. In diesen Konzernstrukturen müssen die Einwirkungsmöglichkeiten über mehrere Ebenen untersucht werden.

Im Falle einer **GmbH** führen die Geschäftsführer die Geschäfte nach Weisung der Gesellschafter. Die Gesellschafter können alle Entscheidungen auch an sich ziehen. Es steht ihnen hierbei auch frei, den Geschäftsbetrieb einzustellen oder eine sich bietende Geschäftschance nicht zu ergreifen. Weil ein von den Interessen der Gesellschafter getrenntes Interesse der Gesellschaft als juristische Person nicht geschützt ist, können die Gesellschafter auch offensichtlich wirtschaftlich nachteilige Weisungen erteilen, selbst dann, wenn diese dazu führen können, dass das Stammkapital angegriffen wird. Selbst wenn also ein Kohleausstieg für das Unternehmen kurzfristig wirtschaftlich nachteilig wäre, steht das GmbH-Recht einer solchen Entscheidung nicht entgegen.

Soll durch Austausch oder Einschränkung des Tätigkeitsfelds von dem im Gesellschaftsvertrag festgelegten Unternehmensgegenstand (etwa: Strom- und Wärmeerzeugung in einem

Kohlekraftwerk) abgewichen werden, erfordert dies eine Satzungsänderung, wofür nach §§ 53, 54 GmbHG ein Beschluss der Gesellschafter mit einer Mehrheit von 75 Prozent der abgegebenen Stimmen nötig ist. Davon abzugrenzen ist eine mit einfacher Mehrheit beschlossene Weisung der Gesellschafterversammlung. Hier kommt es auf die Auslegung des Gesellschaftervertrags/der Satzung an. Zu beachten ist des Weiteren die mitgliedschaftliche Treuepflicht der Gesellschafter, wenn es unter mehreren Gesellschaftern zu Meinungsunterschieden kommt. Die Treuepflicht verlangt von den Gesellschaftern, ihre Mitgliedschaftsrechte unter angemessener Berücksichtigung der gesellschaftsbezogenen Interessen ihrer Mitgesellschafter auszuüben.

Sollte eine Gemeinde an einer **GmbH & Co. KG** beteiligt sein, ist diese regelmäßig so konstruiert, dass die Gemeinde mindestens die Mehrheit der Kommanditanteile der Gesellschaft hält, sowie die Geschäftsanteile an der Komplementär-GmbH. Sie kann daher grundsätzlich über die Komplementärs-GmbH die Geschäftsführung der GmbH & Co. KG steuern.

Die **AG** ist eine eigenständige juristische Person, bei der die Haftung auf das Grundkapital beschränkt ist. Die AG ist im Vergleich zur GmbH die umfassend geregelte Rechtsform mit geringeren Gestaltungsmöglichkeiten in der Satzung. Dies schränkt auch den Einfluss der öffentlichen Hand ein. Die Form der AG ist daher nach den Gemeindeordnungen mitunter nachrangig oder ganz ausgeschlossen. Die Aktionäre üben ihre Rechte in der Hauptversammlung aus. Im Gegensatz zur Gesellschafterversammlung der GmbH sind die Rechte der Hauptversammlung deutlich begrenzt. Durch eine Satzungsänderung, die den Unternehmensgegenstand ändert, kann ein Ausstieg des Unternehmens aus der Kohlenutzung erreicht werden. Für eine solche Änderung des Unternehmensgegenstands bedarf es einer Mehrheit von drei Viertel des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals. Besteht eine 75 Prozent-Mehrheit der Gemeinde, kann sie also in der Regel eine grundlegende Entscheidung für den Kohleausstieg erreichen.

Besondere Anforderungen können sich aus konzernrechtlichen Vorschriften ergeben, wenn eine Gesellschaft einen beherrschenden Einfluss auf eine andere Gesellschaft ausübt. Dann kann es darauf ankommen, ob die vom beherrschenden Unternehmen veranlasste Maßnahme von einem „ordentlichen und gewissenhaften“ Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft ebenso bestimmt worden wäre. Dabei ist nicht jede (eventuell kurzfristig) wirtschaftlich nachteilige Handlung unzulässig, da die Geschäftsführung einen weiten Ermessensspielraum hat. Hier bildet der in der Satzung festgelegte **Unternehmensgegenstand** einen wichtiger Bezugspunkt, so dass bei Gesellschaften, deren Unternehmensgegenstand auch der Umweltschutz ist, in noch weiterem Umfang aus Umweltschutzgründen ein Verzicht auf Gewinne zulässig ist.

Teil V betrachtet sodann allgemeine Schranken für die Gemeinden (neben dem erörterten gesellschaftsrechtlichen Rahmen) aus Sicht des Verfassungsrechts, sowie des Haushalts- und Kommunalrechts, sowie Bindungen aufgrund bestehender vertraglicher Regelungen.

Hierbei zeigt sich, dass die Organe der Gemeinde auch im Hinblick auf ihre Beteiligung an einem privatwirtschaftlich organisierten Unternehmen an die Grundrechte gebunden sind.

Private Gesellschafter eines Unternehmens können sich daher gegenüber der öffentlichen Hand, die ebenfalls Anteile an dem Unternehmen hält, grundsätzlich auf ihre Grundrechte, insbesondere das Eigentumsgrundrecht berufen. Gesellschaftsrechtlich zulässiges Handeln ist aber grundsätzlich kein Grundrechtseingriff. Auch ein privatwirtschaftlich organisiertes Unternehmen ist aber an die Grundrechte gebunden, wenn dieses Unternehmen von der öffentlichen Hand beherrscht wird, etwa weil es mit mehr als der Hälfte seiner Anteile im Eigentum der öffentlichen Hand steht.

Zu beachten ist auch, dass wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinde kommunalrechtlich so zu führen sind, dass der **öffentliche Zweck erfüllt** wird, was teilweise auch ausdrücklich **wirtschaftlich** verstanden wird. Der Zweck ist also unter Optimierung des Verhältnisses von Nutzen und Kosten zu erfüllen (**Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit**). Die Erfüllung des öffentlichen Zwecks ist aber die Primäraufgabe, Gewinnerzielung nur nachgeordnetes Nebenziel. Diese eindeutig festgelegte Rangfolge zwischen öffentlichem Zweck und Ertragserzielung ist eine klare Handlungs- und Entscheidungsvorgabe für die an der Führung kommunaler Unternehmen beteiligten Personen und Gremien. Zur Sicherung des Primärziels können daher auch (kurzfristige) Verluste zulässig sein.

Das kommunalrechtliche **Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit** verlangt dann nur, diese so von der Gemeinde verfolgten Ziele möglichst wirtschaftlich zu erreichen. Wenn diese Ziele sich auch auf den Umweltschutz beziehen ist dieses Ziel in die Prognose der Wirtschaftlichkeit einzubeziehen. Zudem ist im Rahmen der wirtschaftlichen Betrachtung auch die drohende Haftung der Erzeuger für durch CO₂-Emissionen verursachte Folgeschäden des Klimawandels in den Blick zu nehmen. Schätzungen der realen Kosten von Klimafolgeschäden pro Tonne emittiertem CO₂ belaufen sich nach dem Umweltbundesamt auf aktuell 180 Euro (ansteigend). Aber auch weit höhere Schäden sind keinesfalls ausgeschlossen. Aufgrund der bestehenden Unsicherheiten ist der handelnden Gemeinde hier ein weiter Einschätzungsspielraum zuzubilligen

Es ist der Kommune auch unbenommen, ihren aktiven Klimaschutz im Hinblick auf die erheblichen **Kosten der Anpassung** in der örtlichen Gemeinschaft und der gemeindlichen Infrastruktur zu rechtfertigen. Denn selbst wenn der Umfang der Auswirkungen des Klimawandels durch viele Akteure bestimmt wird, kann jede zusätzliche frühzeitig eingesparte Tonne helfen, diese Kosten im überschaubaren Rahmen zu halten. Dies wird u.a. auch dem unter I. eingeführten aktuellen IPCC-Sonderbericht zum 1,5°C-Ziel deutlich.

Im Hinblick auf vertragliche Bindungen als Grenzen eines Bürgerbegehrens wird am Beispiel der Fernwärme aufgezeigt, dass diese Grenzen nur im konkreten Fall beurteilt werden können. In der Regel ist es aber jedem Fernwärmelieferanten problemlos möglich, in laufenden Wärmelieferverträgen den Brennstoff zu wechseln. Er braucht dazu noch nicht einmal die Zustimmung des Fernwärmekunden und eine Kündigungsmöglichkeit des Fernwärmekunden eröffnet diesen Wechsel des Brennstoffes in der Regel auch nicht. Gleiches gilt, wenn der Fernwärmelieferant nicht seinen selbst genutzten Brennstoff ändert, sondern wenn er Wärme von einer unabhängigen Kraftwerksgesellschaft zukauf und diese Gesellschaft (und damit die

Art des Einkaufes seiner Wärme) ändert. Auch das ist in der Regel problemlos ohne Gefährdung des Wärmeliefervertrages mit seinem Wärmekunden möglich.

Der (kommunale) Fernwärmelieferant realisiert in der Regel zudem einen erheblichen Vorteil, wenn er die von ihm gelieferte Wärme nicht mehr kohlebasiert einkauft bzw. seine Wärme nicht mehr aus Kohle produziert. Er kann dann nämlich in der Regel eine Anpassung des so genannten Primärenergiefaktors seines Wärmenetzes erreichen, was sich erheblich positiv auf die Vermarktungsfähigkeit seiner Fernwärme auswirkt.

Teil VI des Gutachtens wendet sich Fallbeispielen zu. Ziel ist es in jedem Beispiel (soweit möglich mit Abstimmungsfrage definiert) zu erreichen, die Kommune möglichst weitestgehend zu zwingen, die vorhandene kommunale Beteiligung in der Art und Weise zu nutzen, dass ein Abschalten des Kohlekraftwerks (**Fallgruppe 1**) erwirkt werden muss oder der Einfluss auf die Betreibergesellschaft des Fernwärmenetzbetriebes möglichst weitestgehend ausgenutzt werden soll (**Fallgruppe 2**). Dabei werden zu beiden Fallgruppen beispielhaft ganz konkrete Beispielfälle untersucht, um daraus Erkenntnisse auch für andere kommunale Beteiligungen an Kohlekraftwerken oder Fernwärmenetzen zu gewinnen, durch die aus Kohle produzierte Wärme durchgeleitet wird. In beiden Fallgruppen sind Einflussmöglichkeiten vorhanden und können – mit unterschiedlichen Zielrichtungen der Abstimmungsfrage – mit einem Bürgerbegehren genutzt werden.

In **Fallgruppe 3** wird untersucht, welche Möglichkeiten ein Bürgerbegehren in solchen Kommunen hat, in denen es zwar Fernwärmeleitungen gibt, durch die aus Kohle erzeugte Wärme durchgeleitet wird, in denen aber zugleich die Kommune selbst weder am Kohlekraftwerk noch am Fernwärmenetz beteiligt ist. **Fallgruppe 4** geht auf die Situation ein, in der ersichtlich auf dem Gebiet der Kommune weder ein Kohlekraftwerk steht noch eine Fernwärmeleitung vorhanden ist, durch die aus Kohle produzierte Wärme durchgeleitet wird. Auch hier kann sich die Frage stellen, welche Möglichkeiten ein Bürgerbegehren zur klimapolitischen Einflussnahme auf z.B. eine gemeindliche Beteiligung an einem örtlichen Stadtwerk hat. Hier wird skizziert, wie hier durch andere Maßnahmen mittels Bürgerbegehren auf eine klimafreundlichere Tätigkeit der kommunalen Unternehmen im Bereich der Energieversorgung hingewirkt werden könnte.

Dem Gutachten gesondert beigelegt ist eine „Checkliste“, um für konkrete Einzelfälle Interessierten eine Prüfungsfolge an die Hand zu geben – denn alle möglichen Konstellationen und konkrete Fragestellungen für ein Bürgerbegehren kann und soll dieses Gutachten nicht beleuchten.

I. Fragestellung und Grundlagen des „rechtlichen Kohleausstiegs“

1. Klimaziele und Kohleausstieg

Nach dem Dürre-Sommer 2018 sind der Klimawandel und seine Auswirkungen in aller Munde. Zum ersten Mal begreifen viele Menschen, dass der Klimawandel in Deutschland angekommen ist – mit allen daraus resultierenden Problemen. Was sich daraus politisch und gesetzgeberisch ableitet, ist weniger deutlich.

Das rechtlich verbindliche Ziel der Weltgemeinschaft und der Bundesrepublik Deutschland allerdings ist definiert: es gilt, die globale Erwärmung auf „deutlich unter zwei Grad Celsius gegenüber vorindustriellen Werten“ zu halten und „Anstrengungen zu unternehmen, um den Temperaturanstieg auf 1,5 Grad über dem vorindustriellen Niveau zu begrenzen“, so Art. 2 des Pariser Klimaabkommens von 2015.¹ Tatsächlich ist die Welt bereits bei $>1^{\circ}\text{C}$ Temperaturanstieg angekommen und steuert – ohne erhebliche Einschnitte und Maßnahmen – auf eine Erhöhung der globalen Durchschnittstemperaturen um $>4^{\circ}\text{C}$ zu.² Der neue IPCC-Bericht zum $1,5^{\circ}\text{C}$ -Ziel macht dabei aktuell überdeutlich, dass es für die akuten Auswirkungen vor Ort, das Leben und die Gesundheit von Menschen und den Erhalt vom Ökosystemen weltweit einen erheblichen Unterschied zwischen 1,5 und zwei Grad gibt und schnelle Reduktionen absolut erforderlich sind, um die globale Erwärmung noch auf 1,5 Grad zu begrenzen.³

Das Klimaschutzziel „deutlich unter zwei Grad“ sowie auch das nun auch eindeutig aus Sicht des Weltklimarats IPCC zu präferierte Ziel 1,5 Grad lässt sich in ein globales verbleibendes Budget für Treibhausgasemissionen sowie in nationale Emissionsbudgets übersetzen⁴ und darauf aufbauend in sektorale Ziele. Auch der deutsche Klimaschutzplan 2050 enthält auf dieser Grundlage die Vorgabe zur Verringerung der Emissionen aus der Energiewirtschaft um mehr als 60 Prozent im Jahr 2030 gegenüber dem Jahr 1990. Das ist ohne einschneidende Maßnahmen unbestreitbar nicht zu schaffen. Das Ziel, bis Mitte des 21. Jahrhunderts die Weltwirtschaft zu dekarbonisieren, ist zentrale Voraussetzung für die Eindämmung des Klimawandels und wird von praktisch allen politischen Akteuren angenommen – jedenfalls in Deutschland. Aber es kommt auch entscheidend auf die Geschwindigkeit an: Das Ausmaß des Klimawandels hängt von den kumulierten CO_2 -Emissionen ab. Je später also der Höchststand der Emissionen überschritten wird, desto schneller müssen die Emissionen anschließend sinken, um ein bestimmtes Klimaziel zu erreichen. Der neue IPCC-Bericht macht deutlich, dass

¹ Dieses Ziel bezeichnet auch die Bundesregierung als „verbindlich“, vgl. Klimaschutzplan 2050: Klimaschutzpolitische Grundsätze und Ziele der Bundesregierung“, (Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit (BMUB) und Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi), S. 5.

² Zusammenfassend für viele: WBGU, Zeitgerechte Klimapolitik: Vier Initiativen für Fairness, September 2018, www.wbgu.de

³ IPCC Sonderbericht: $1,5^{\circ}\text{C}$ globale Erwärmung - Der IPCC-Sonderbericht über die Folgen einer globalen Erwärmung um $1,5^{\circ}\text{C}$ gegenüber vorindustriellem Niveau und die damit verbundenen globalen Treibhausgasemissionspfade im Zusammenhang mit einer Stärkung der weltweiten Reaktion auf die Bedrohung durch den Klimawandel, nachhaltiger Entwicklung und Bemühungen zur Beseitigung von Armut, Oktober 2018. Deutsche Zusammenfassung und englischer Bericht unter: <https://www.de-ipcc.de/256.php>.

⁴ Dazu grundlegend in der deutschen Literatur: WBGU – Wissenschaftlicher Beirat der Bundesregierung Globale Umweltveränderungen (2009): Kassensturz für den Weltklimavertrag – Der Budgetansatz. Sondergutachten, www.wbgu.de.

nur solche Emissionspfade mit einer Begrenzung der Erwärmung auf 1,5 Grad vereinbar sind, in denen die globalen anthropogenen Netto-CO₂-Emissionen bis 2030 um etwa 45 Prozent gegenüber dem Niveau von 2010 abnehmen. Von diesem Ziel sind wir bislang sehr weit entfernt.

Viele Verbände und Wissenschaftler argumentieren deswegen schon seit über zehn Jahren, dass dies in Deutschland, aber auch global nur mit einem raschen Ausstieg aus der Kohleverstromung zu realisieren ist.⁵

Dass dies in Deutschland – über ein bundesweites Kohleausstiegsgesetz – auch verfassungsgemäß wäre, ist mehrfach beschrieben worden.⁶ Ebenso, dass dies vollständig oder weitgehend entschädigungslos möglich wäre.⁷

Der Kohleausstieg ist allerdings erst seit kurzem fest in den politischen Gremien der Bundesrepublik Deutschland verankert. Dasselbe gilt für die Medien, nachdem die Frage auch in den Koalitionsverhandlungen 2017 zentrales Thema wurde. Auf Initiative der deutschen Bundesregierung aufgrund des Koalitionsvertrages zwischen CDU/CSU und SPD⁸ hat nun die „Kommission für Wachstum, Strukturwandel und Beschäftigung“ (Kohlekommission) am 6. Juni 2018 ihre Arbeit aufgenommen und soll bis Ende 2018 ihre Vorschläge für den Kohleausstieg vorlegen, damit diese gesetzgeberisch umgesetzt werden. Die Vorstellungen der Teilnehmer liegen weit auseinander und die Ergebnisse der Kommission können nicht vorweggenommen werden. Aus dem Einsetzungsbeschluss der Kommission wird aber ersichtlich, dass es nicht nur um einen – aus klima- und umweltpolitischer Sicht notwendigen – Ausstieg aus der Kohlenutzung in Deutschland geht, sondern vor allem auch um die Erarbeitung von wirtschaftlichen Perspektiven für die betroffenen Regionen.⁹ Wie weit die Empfehlungen reichen werden, und wie weitgehend diese vom Gesetzgeber umgesetzt werden, ist also weiterhin offen.

⁵ Zusammenfassend und für viele: SRU „Kohleausstieg jetzt einleiten“, Oktober 2017, www.umweltrat.de und Röckström et.al., A roadmap for rapid decarbonization. (2017) Science 355 (6331), 1269–1271.

⁶ vgl. nur Däuper/Michaels: Ein gesetzlicher Ausstieg aus der Kohleverstromung vor dem Hintergrund des Urteils des BVerfG zum Atomausstieg, EnWZ 2017, 211.

⁷ Vgl. etwa Teßmer, Bergrechtliche Implikationen eines Ausstiegs aus CO₂-intensiver Stromproduktion, EnWZ 2017, 219 ff. und Schomerus/Franßen, Klimaschutz und die rechtliche Zulässigkeit der Stilllegung von Braun- und Steinkohlekraftwerken, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit, 08.11.2018 – nicht veröffentlicht, die Ergebnisse wurden jedoch öffentlich vorgestellt im November 2018.

⁸ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD v. 7.5.2018, Zeile 6736 ff.

⁹ Schwerpunkte, die von der Kommission bearbeitet werden sollen sind: 1. Schaffung einer konkreten Perspektive für neue, zukunftssichere Arbeitsplätze in den betroffenen Regionen; 2. Entwicklung eines Instrumentenmixes, der wirtschaftliche Entwicklung, Strukturwandel, Sozialverträglichkeit, gesellschaftlichen Zusammenhalt und Klimaschutz zusammenbringt; 3. Investitionen in den vom Strukturwandel betroffenen Regionen und Wirtschaftsbereichen, für die ergänzend ein Fonds für Strukturwandel, insbesondere aus Mitteln des Bundes, eingesetzt wird; 4. Maßnahmen, die das 2030er Ziel für den Energiesektor zuverlässig zu erreichen helfen, Verringerung der Emissionen aus der Kohleverstromung um 61 bis 62 Prozent gegenüber dem heutigen Niveau; 5. Plan zur schrittweisen Reduzierung und Beendigung der Kohleverstromung, einschließlich eines Abschlussdatums; 6. Maßnahmen in der Energiewirtschaft, um die Lücke zum angestrebten 40 Prozent-Reduktionsziel so weit wie möglich zu reduzieren. Vgl. Schütte/Winkler, ZUR 2018, 442.

2. Bürgerbegehren und Kohleausstieg

Vor o.g. Hintergrund entstehen überall in Deutschland Initiativen, die auch auf kommunaler Ebene etwas beitragen wollen. In Hamburg ist im Juli 2018 die Volksinitiative „Tschüss Kohle“ offiziell angenommen worden, in München gelang am 05.11.2017 der Bürgerentscheid „Raus aus der Steinkohle“, so dass nun konkret Block 2 des Heizkraftwerks Nord bis spätestens 31.12.2022 stillgelegt werden soll.

Und das, obwohl „eigentlich“ auf kommunaler Ebene – so scheint es jedenfalls auf den ersten Blick – die Eingriffsmöglichkeiten für den Klimaschutz begrenzt sind.

Ursache dieser Auffassung im ersten Zugriff ist die grundsätzliche Aufgabenverteilung auf Grundlage des Grundgesetzes – die aber einer kommunalen Initiative mit dem Thema Kohleausstieg über ein Bürgerbegehren gerade **nicht** in jedem Fall entgegensteht. Nach unserer Erfahrung sind aber gerade diese Kompetenzfragen schwierig im Kontext von Bürgerbegehren (und Volksinitiativen) im Bereich Umwelt und Klima. Ein weiteres erhebliches Problem ist die Tatsache, dass Gemeinden oft nicht direkt, sondern über ihre Beteiligung an Unternehmen Einfluss nehmen können. Dabei kann es sich um Beteiligungen an Kraftwerksgesellschaften handeln, oder um den Betrieb des örtlichen Fernwärmenetzes.

Daher schalten wir eine allgemeine Darstellung zu den „Grundregeln“ von Bürgerbegehren (II.) vor. Im Teil III behandeln wird die Frage, ob Gemeinden und damit ein Bürgerbegehren überhaupt die „Macht“ hat, einzuwirken („ob“). Dabei geht es maßgeblich um die Darstellung von Kompetenzen auf kommunaler Ebene. Im Teil IV. geht es dann um die Frage des „wie“ des Einwirkens, wenn in gemeindlichen Unternehmen bzw. Unternehmen mit gemeindlicher Beteiligung Kohle direkt oder indirekt genutzt wird – also vor allem um die (komplexen) gesellschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen für Einwirkungsmöglichkeiten der Gemeinden („wie“). Dieser Teil ist relativ ausführlich, weil gerade die Einwirkungsoptionen von Gemeinden im Falle wirtschaftlicher Betätigung im Kontext von Bürgerbegehren zu erheblichen Unsicherheiten führen. In Teil V. betrachten wir dann Grenzen der Einwirkungsmöglichkeit auf grundrechtlicher bzw. gesetzlicher Ebene außerhalb der reinen gesellschaftsrechtlichen Strukturen, bevor wir anschließend konkrete Fallgruppen zu möglichen Bürgerbegehren untersuchen (VI.). Außerdem fügen wir diesem Gutachten gesondert eine „Checkliste“ bei, um für konkrete Einzelfälle Interessierten eine Prüfungsfolge an die Hand zu geben – denn alle möglichen Konstellationen und konkrete Fragestellungen für ein Bürgerbegehren kann und soll dieses Gutachten nicht beleuchten.

II. Übersicht der „Grundregeln“ von Bürgerbegehren/Volksbegehren

Bürgerbegehren sind Instrumente der direkten Demokratie, also der politischen Entscheidungsfindung durch die Bürger selbst statt durch gewählte Vertreter im Parlament. In den Stadtstaaten Hamburg, Bremen und Berlin gibt es, da hier die Bürger der Stadt zugleich das Volk des Bundeslandes sind, Volksbegehren (gerichtet meist auf die Änderung von Landes-

gesetzen);¹⁰ wobei teilweise auch dort Bürgerbegehren möglich sind. Wir behandeln in diesem Gutachten ausschließlich kommunale Bürgerbegehren.

Ein Bürgerbegehren ist darauf gerichtet, einen Bürgerentscheid (in den Stadtstaaten auch möglich: Volksentscheid) über eine konkrete Frage herbeizuführen. In Berlin und Hamburg ist dem Volksbegehren noch eine Stufe vorgeschaltet, die sog. Volksinitiative. Auf jeder Stufe muss das Anliegen von einem bestimmten Anteil der Bürger (nicht: Einwohner) unterstützt werden.

Die meisten Bürgerbegehren spielen sich auf Ebene der Kommune ab, in den Flächenstaaten mit Ausnahme von Hessen und Baden-Württemberg sind sie aber auch auf Ebene des Landkreises statthaft,¹¹ teilweise darüber hinaus auf Ebene anderer Verwaltungseinheiten.¹²

Der erfolgreiche Bürgerentscheid hat den **Stellenwert eines Beschlusses des Gemeinderats** (in den Stadtstaaten die eines Landesgesetzes oder eines anderen Beschlusses des Parlaments). Wo Entscheidungskompetenzen durch die Hauptsatzung der Gemeinde an einen Ausschuss delegiert sind, kann das Bürgerbegehren auch dessen Beschluss ersetzen.¹³ Seine Wirkung liegt also darin, den Entscheidungsprozess der repräsentativen Demokratie gleichsam zu überspringen, und ggf. gegebene Mehrheiten der politischen Gremien zu ersetzen. Das bedeutet zum einen, dass dem Gemeinderat nicht bloße Vorgaben für eine noch vorzunehmende endgültige Entscheidungsfindung gemacht werden können. Vielmehr muss der Bürgerentscheid **so formuliert sein, dass er unmittelbar an die Stelle eines Gemeinderatsbeschlusses treten kann.**¹⁴ Das soll verhindern, dass durch Bürgerentscheid unselbstständige Teilentscheidungen getroffen werden, die sich in eine abschließende Gesamtentscheidung zum betreffenden Gegenstand nicht sinnvoll eingliedern lassen. Hierin hat diese Maßgabe aber auch ihre Grenzen: Solange ein Bürgerentscheid zu einem abgrenzbaren Beschlussgegenstand eine abschließende Entscheidung trifft, muss er nicht darüber hinaus ein Gesamtkonzept für die davon betroffenen Folgeentscheidungen vorlegen.¹⁵ So muss etwa ein auf Stilllegung eines bestimmten Kraftwerkes gerichteter Bürgerentscheid nicht positiv regeln, wie die Energieversorgung der Gemeinde künftig zu gestalten sei.

Des Weiteren bedeutet die Ersetzung eines Gemeinderatsbeschlusses, dass der Gegenstand, auf welchen sich ein Bürgerentscheid richten kann, auf das begrenzt ist, worüber die **Gemeindevertretung überhaupt kompetent** ist zu entscheiden.¹⁶

Die Entscheidungskompetenz der Gemeinde beschränkt sich auf **Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft**. Gemäß Art. 28 Abs. 2 GG ist den Gemeinden insoweit das Recht zur

¹⁰ Art. 61 ff. Verfassung von Berlin, Art. 69 ff. LVerf Bremen, Art. 50 Verf HH.

¹¹ Art. 12a LKrO Bayern, § 18 LKrO Brandenburg, § 102 II KV MV, §§ 32 f. Nds KVG, § 23 KrO NRW, § 11e LKrO RP, § 21a SaarlKSVG, § 21 SächsLKO, § 18 f. LKO SA, § 16f KrO SH, § 26 ThürEBBG.

¹² § 21 XI GemO Bayern, § 32 f. Nds KVG, § 25 ThürEBBG.

¹³ OVG NRW NVwZ-RR 2008, 636, 637.

¹⁴ OVG NRW NVwZ-RR 2008, 636, 637.

¹⁵ OVG NRW NVwZ-RR 2008, 636, 637.

¹⁶ VG Münster BeckRS 2012, 49054.

Selbstverwaltung garantiert. Im Übrigen steht das Recht zur Gesetzgebung dem Land, dem Bund (für die Mehrheit der hier relevanten Gesetze) oder bzw. zusätzlich der Europäischen Union zu. Ob das verfolgte Anliegen eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft betrifft, ist daher die erste entscheidende Frage. Was darunter im Einzelnen zu verstehen ist, wird im Abschnitt III. 3. d) dieses Gutachtens näher ausgeführt.

Um zur Abstimmung gestellt werden zu können, muss die Vorlage des Bürgerbegehrens eine mit **ja oder nein** zu beantwortende Frage – wobei „ja“ die Zustimmung zu der Vorlage ausdrückt –, ggf. auch die Frage nach der Zustimmung zu einem abgedruckten Gesetzesentwurf enthalten. Dabei ist wiederum auf die Tauglichkeit als Ersatz eines Beschlusses des Gemeinderats zu achten, insb. auf hinreichende Konkretion.¹⁷ Auch eine zweiteilige Frage ist möglich, wenn beide Teile inhaltlich denselben Gegenstand betreffen, sodass die Frage unzweideutig bleibt.¹⁸

Das Bürgerbegehren muss bei der Gemeinde (bzw. der anderen Verwaltungseinheit, s.o.) angezeigt werden, wofür in den Gemeindeordnungen besondere Formvorschriften enthalten sind.¹⁹ Regelmäßig ist erforderlich, dass die den Bürgern zu stellende Frage ausformuliert, die Vorlage begründet und bis zu drei vertretungsberechtigte Personen benannt werden, mit denen die Gemeindeverwaltung die weitere Kommunikation abwickelt.

In den meisten Bundesländern²⁰ ist die Gemeindeverwaltung verpflichtet, die Initiatoren eines Bürgerbegehrens hinsichtlich der Einhaltung der formellen Voraussetzungen zu beraten. In Mecklenburg-Vorpommern gibt es einen solchen Anspruch nur zur Erfüllung der Anforderungen an den einzureichenden Kostendeckungsvorschlag.²¹

Dieser **Kostendeckungsvorschlag** stellt eine weitere, für die Initiatoren eines Bürgerbegehrens regelmäßig mit erheblichen Schwierigkeiten verbundene Hürde dar. Er wird nur in einigen Bundesländern gefordert.²² Im Kostendeckungsvorschlag sind von den Initiatoren die durch die Realisierung des angestrebten Bürgerentscheides entstehenden Kosten zu benennen und konkrete Vorschläge zu deren Finanzierung zu unterbreiten. Nicht behandelt werden müssen die Kosten der Durchführung der Abstimmung selbst; ebenso wenig etwaige Schadensersatzzahlungen oder Vertragsstrafen, die die Gemeinde infolge der Durchführung der begehrten Maßnahme leisten muss.²³ Der Wegfall bereits vorhandener laufender Einnahmen ist einzubeziehen, nicht aber der Umstand, dass für die Zukunft vorgesehene Einnahmen nicht

¹⁷ OVG NRW NVwZ-RR 2008, 636, 637.

¹⁸ OVG NRW NVwZ-RR 2008, 636, 637.

¹⁹ Siehe zu den formellen Voraussetzungen der Anzeige § 21 GemO BW, § 18a GemO Bayern, §§ 4–6 AbstG Berlin, Art. 70 I lit. d und 71 LVerf Bremen, § 15 BbgKVerf, § 3 Hamburgisches Gesetz über VI, VB und VE, § 8b III Hessische GemO, § 20 Kommunalverfassung MV, § 32 III Nds Kommunalverfassungsgesetz, § 26 GemO NRW, § 17a III GemO RP, § 21a II SaarlKommSelbstverwG, § 25 II SächsGemO, § 26 III KVerfG Land Sachsen-Anhalt, § 16g GemO SH, § 12 ThürEBBG.

²⁰ § 17 I BbgKVerfG, § 8b III 5 HGO, § 32 III g NdsKVerfG, § 26 GemO NRW, § 26 III KVerfG LSA, § 16g GemO SH.

²¹ § 20 KV MV.

²² In Baden-Württemberg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, im Saarland und in Sachsen.

²³ VGH Mannheim BeckRS 2018, 13652, Rn. 11.

realisiert werden.²⁴ Da die Initiatoren eines Bürgerbegehrens kaum Einblick in die Gemeindefinanzen, geschweige denn konkret Lieferabsprachen kommunaler Unternehmen haben, ist die informative Unterstützung durch die Gemeindeverwaltung hier besonders gefragt.

In einigen Fällen relevant werden kann außerdem das sog. **Koppelungsverbot**. Mit dem Bürgerentscheid soll der Wille der Bürger in einem konkreten Punkt gleiche Bindungswirkung wie ein Gesetz bzw. ein Beschluss des Gemeinderats (usw.) erlangen können. Dafür muss es dem Bürger möglich sein, sich zu einer konkreten Frage eindeutig zu äußern. Würden hingegen in ein- und derselben Abstimmungsvorlage mehrere verschiedene Fragen abgehandelt, würde dem Bürger die Möglichkeit genommen, seine Stimme für den einen, aber gegen den anderen Vorschlag abzugeben. Die Zustimmung des Bürgers zu einer Vorlage könnte zum gleichzeitigen „Durchdrücken“ einer ganz anderen Vorlage missbraucht werden. Deshalb dürfen in einer Vorlage nicht mehrere Fragen, die nicht in einem sachlichen Zusammenhang zueinander stehen, miteinander gekoppelt werden. Im Einzelnen ist die Reichweite des Koppelungsverbots umstritten. Die Vereinbarkeit mit dem Koppelungsverbot ist daher für jedes Bürgerbegehren jeweils aufgrund des Landesrechts zu beurteilen. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof etwa lässt bis zur Grenze der Willkür (also des bewussten Missbrauchs des Abstimmungsverhaltens) alles gelten. In jedem Fall unproblematisch sind Fragen, von denen die eine notwendige Vorbedingung für die andere ist.²⁵

Ist das Bürgerbegehren angezeigt, werden von seinen Initiatoren Unterschriften gesammelt. Voraussetzung für den Übergang zum Bürgerentscheid ist, dass das Anliegen von einem hinreichenden **Quorum** der Bürger unterstützt wird. Für die Unterschriftenlisten machen die Gemeindeordnungen wiederum formelle Vorgaben.²⁶ Dazu gehört etwa, dass die Fragestellung sowie die Namen der vertretungsberechtigten Personen auf jedem Blatt vollständig abgedruckt sein müssen und die Unterzeichnenden Namen, Anschrift und Geburtsdatum anzugeben haben. Das zu erzielende Quorum an Unterschriften variiert je nach Bundesland,²⁷ in einigen Flächenländern hängt es von der Anzahl der jeweiligen Gemeindeeinwohner ab.

Der Gemeinderat bzw. Stadtrat hat die Zulässigkeit des Bürgerbegehrens zu prüfen und förmlich festzustellen. Ist es zulässig, so kann er der Durchführung eines Bürgerentscheides noch vorgreifen, indem er selbst den von den Bürgern erstrebten Beschluss fasst. In einigen Bundesländern genügt mit Billigung der vertretungsberechtigten Personen des Begehrens auch eine abgewandelte Version der Vorlage.²⁸ In Hamburg und in Brandenburg ist die Bürger-

²⁴ VGH Mannheim BeckRS 2018, 13652, Rn. 12.

²⁵ Bayerischer VGH NVwZ-RR 1999, 141, 142; Bayerischer VGH, Entscheidung vom 24. Februar 2000, Vf. 112-IX-99; VG Regensburg, Urteil vom 16.6.2008, RO 3 K 08.00238.

²⁶ Zu den Anforderungen im Einzelnen siehe §§ 14 f. AbstG Berlin, §§ 3 f. Gesetz über das Verfahren beim Volksentscheid Bremen, § 15 Brandenburgische KVerf, §§ 9-13 Hamburgisches G über VI, VB und VE, § 56 Hessisches KWahlG, § 26 GemO NRW, § 17a III GemO RP, § 85 SaarlKWG, § 6 ThürEBBG.

²⁷ § 21 GemO BW, § 18a GemO Bayern, Art. 61 VvB, Art. 70 I LVerf Bremen, § 15 BbgKVerf, Art. 50 I Verf HH, § 8b III HGO, § 20 KV MV, § 32 IV NdsKVG, § 26 GemO NRW, § 17a III GemO RP, § 21a III SaarlKommSelbstverwG, § 25 I SächsGemO, § 26 IV KVerfG LSA, § 16g GemO SH, § 14 II ThürEBBG.

²⁸ Namentlich in Bremen, Rheinland-Pfalz, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein.

schaft bzw. Gemeindevertretung auch bei Verfehlung des Abstimmungsquorums verpflichtet, sich mit dem Gegenstand des Begehrens zu befassen.

In der Zuständigkeit der Gemeindeverwaltung liegt es, den Bürgerentscheid durchzuführen. In einigen Bundesländern²⁹ kann sie den Bürgern vor der Abstimmung durch öffentliche Bekanntmachung oder per Post ihre Gegenposition unterbreiten. Das Zustandekommen des Bürgerentscheides erfordert schließlich ein gewisses Beteiligungsquorum (wie viele nehmen überhaupt an der Abstimmung teil), eine Mehrheit der abgegebenen Stimmen, sowie ein Abstimmungsquorum (bezogen auf die Einwohner/Bürgerzahl).³⁰

Hinzuweisen ist schließlich darauf, dass die Rechtslage zu Bürgerbegehren und -entscheid bzw. Volksinitiative, Volksbegehren und -entscheid jederzeit durch den jeweiligen Landesgesetzgeber geändert werden kann, sodass die Aktualität der obigen Angaben jeweils zu überprüfen ist.

III. Kompetenzen auf kommunaler Ebene

Um zu entscheiden, ob ein Bürgerbegehren sich auf einen zulässigen Gegenstand richtet, ist zu bestimmen, ob der Gemeinde überhaupt eine Kompetenz in der relevanten Frage zukommt. Um diese Frage, also letztlich ob eine Frage Gegenstand eines Gemeinderatsbeschlusses sein kann (siehe oben), geht es in diesem Abschnitt. Vorausgeschickt sei, dass diese Frage sich zunächst nur stellt, wenn die Gemeinde nicht ohnehin schon wirtschaftlich tätig ist (unter direkter oder indirekter Nutzung von Kohle). Denn dann stehen ihr in diesem Rahmen Entscheidungen ohnehin zu.

1. Grundlagen der Kompetenzen von Gemeinden, Kreisen und anderen Gebietskörperschaften

In Deutschland ist die Hoheitsgewalt auf unterschiedliche selbstständige Organisationseinheiten verteilt. Solche rechtlich eigenständigen Organisationen, die auf einem räumlich abgegrenzten Teil des Staatsgebiets die Gebietshoheit ausüben, heißen Gebietskörperschaften. Sie sind juristische Personen und unterliegen dem öffentlichen Recht. Dabei sind die Teile des Staatsgebiets gleichzeitig verschiedenen Gebietskörperschaften auf unterschiedlicher Ebene zugewiesen. In Deutschland sind dies u.a. der Gesamtstaat (Bund), die Gliedstaaten (Länder), die Kreise und die Gemeinden.

a) Gemeinden

Die auch Kommunen genannte Gemeinden sind die unterste Stufe des Verwaltungsaufbaus in Deutschland. Sie sind nicht Teil der staatlichen (Landes-)Verwaltung, sondern sie verwalten sich selbst. Städte sind Gemeinden mit Stadtrecht.

²⁹ In Baden-Württemberg, Bayern, Berlin (eigener Abstimmungsentwurf des Landes möglich), Bremen, Hamburg, Hessen, Rheinland-Pfalz, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein, Thüringen.

³⁰ Das Quorum ergibt sich aus § 21 GemO BW, § 18a GemO Bayern, § 36 I AbstG Berlin, Art. 72 I LVerf Bremen, § 15 BbgKVerf, Art. 50 III Verf HH, § 8b VI HGO, § 20 KV MV, § 32 III NdsKVG, § 26 GemO NRW, § 17 VII GemO RP, § 21a VI SaarlKommSelbstverwG, § 24 III SächsGemO, § 27 III KVerfG LSA, § 16g GemO SH, § 23 I ThürEBBG.

Die Gemeinden regeln die **Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft** im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung. Das bedeutet, die Gemeinden sind grundsätzlich zuständig für alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, soweit nicht ein Gesetz etwas anderes bestimmt und eine Aufgabe einer anderen Organisationseinheit wie etwa dem Kreis, einem Gemeindeverband, dem Land oder dem Bund zuweist.³¹ Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) versteht unter Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft „solche Aufgaben, die das Zusammenleben und -wohnen der Menschen vor Ort betreffen oder einen spezifischen Bezug darauf haben“.³²

Im Bereich der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft handeln die Gemeinden im sogenannten „**eigenen Wirkungskreis**“. Bei diesen Angelegenheiten ist die Gemeinde grundsätzlich frei in der Art ihrer Durchführung. Auch dies garantiert Art. 28 II 1 Grundgesetz. Hieraus folgt u.a. das Recht der Gemeinden Satzungen zu erlassen, ihr Personal auszuwählen, ihre Binnenorganisation zu bestimmen, eigenständig ihren Haushalt zu führen, ihr Vermögen zu verwalten und die örtliche Kultur zu pflegen. Innerhalb ihres Gemeindegebiets können sie die örtliche bzw. städtebauliche Entwicklung gestalten. Zu diesem Zweck können die Gemeinden auch Flächennutzungspläne und Bebauungspläne aufstellen. Diese Aufgabenbereiche können grundsätzlich Gegenstand von Bürgerbegehren sein.³³ Die Landesverfassungen bieten zum Teil noch weitergehende Gewährleistungen.³⁴ Den Aufbau und konkrete Befugnisse der Gemeinden regeln die Gemeindeordnungen (in einigen Ländern auch Kommunalverfassungen) der Bundesländer.

Daneben führen die Gemeinden mitunter Aufgaben aus, die eigentlich dem Staat zustehen. In diesem Fall hat der Bund oder das Bundesland entschieden, die Aufgabe nicht selbst durch eigene Behörden zu erfüllen, sondern hat stattdessen die Gemeinde angewiesen, diese Aufgaben wahrzunehmen. Dann erledigt die Gemeinde sogenannte „**Aufgaben des übertragenen Wirkungskreises**“. Dort unterliegt die Gemeinde der Fachaufsicht des Landes. Das bedeutet, dass das eigentlich zuständige Bundesland nicht nur die Rechtmäßigkeit, sondern auch die Zweckmäßigkeit des gemeindlichen Handelns kontrolliert und Weisungen erteilen kann. Auf derartige Aufgaben kann sich in der Regel ein Bürgerbegehren nicht beziehen. Dies ist etwa im Bereich des Straßenverkehrsrechts der Fall.

Hauptorgane der Gemeinde sind **Gemeinderat oder Gemeindevertretung** und Bürgermeister. Die Zusammensetzung des Gemeinderats ist in den Gemeindeordnungen (bzw. Kommunalverfassung) festgelegt. Ihm gehören in der Regel gewählte Gemeinderäte und der Bürgermeister an.³⁵ Der Gemeinderat hat die Führungsrolle in der Gemeindeverwaltung. Er entscheidet über grundlegende Weichenstellungen. Im Einzelnen sind seine Kompetenzen in den

³¹ vgl. BVerfG, Urteil vom 21. November 2017 – 2 BvR 2177/16 –, Rn. 79 m.w.N. Dies ist zentraler Regelungsgehalt von Art. 28 II 1 GG, *Dietlein*, in: BeckOK Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, Dietlein/Heusch, 4. Edition, Stand: 01.06.2018, Systematische Einführung zum Kommunalrecht Deutschlands, Rn. 87.

³² BVerfG, Urteil vom 21. November 2017 – 2 BvR 2177/16 –, Rn. 70 m.w.N.

³³ vgl. § 26 I GO NRW.

³⁴ vgl. Art. 78 Abs. 2 NRWVerf, der die Gemeinden und Gemeindeverbänden in ihrem Gebiet zum alleinigen Träger der Träger der öffentlichen Verwaltung macht, soweit die Gesetze nichts anderes vorschreiben.

³⁵ vgl. § 40 II 2 GO NRW.

Gemeindeordnungen geregelt und ergeben sich aus der Arbeitsteilung mit dem Bürgermeister. Der Gemeinderat entscheidet etwa über den Erlass von Satzungen, die Gründung oder Veräußerung von Eigenbetrieben, die Veräußerung von Beteiligungen an einer Gesellschaft oder die Auflösung eines gemeinsamen Kommunalunternehmens und die Festlegung strategischer Ziele.³⁶

b) Kommunale Zusammenarbeit

Gemeinden können zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben, die über einzelne kommunale Körperschaften hinaus wirken oder die auf diese Weise besser oder wirtschaftlicher wahrgenommen werden können, zusammenarbeiten.³⁷ Zu diesem Zweck können u.a. Gemeindeverbände und Zweckverbände gebildet werden, aber auch Beteiligungen an privatrechtlichen Gesellschaften, etwa zur Organisation der Fernwärmeversorgung (hierzu näher im Teil IV.).

Ein Gemeindeverband ist in Deutschland der Zusammenschluss von mindestens zwei Gemeinden zu einer rechtlich selbständigen Organisationseinheit (Körperschaft). Sie unterliegt dem öffentlichen Recht. Der Gemeindeverband hat den Zweck, im Rahmen kommunaler Selbstverwaltung in größerem Umfang öffentliche Aufgaben wahrzunehmen. Er bündelt sachliche Mittel (wie Gebäude, Einrichtung, Fahrzeuge) oder Personal (Planstellen für Beamte und Arbeitnehmer). Die Aufgaben des Gemeindeverbands sind ihm gesetzlich oder satzungsmäßig zugewiesen. Seine Mitgliedsgemeinden bleiben selbstständig.

Zweckverbände ähneln den Gemeindeverbänden. Sie sind Zusammenschlüsse von mehreren Gemeinden oder Gemeindeverbänden. Mit ihrer Hilfe bewältigen mehrere Gemeinden oder Gemeindeverbände einzelne, von vornherein festgesetzte Aufgaben der öffentlichen Daseinsvorsorge, z.B. der Wasserversorgung, der Abwasserentsorgung, des öffentlichen Personennahverkehrs oder der Energieversorgung.³⁸ Daher können Sie sowohl in Bezug auf die Energieerzeugung als auch die Fernwärmeversorgung für Bürgerbegehren durchaus sehr relevant sein.

c) (Land-)Kreise

Kreise (in manchen Bundesländern auch Landkreise genannt) sind ebenfalls Gebietskörperschaften, also rechtlich selbständig. Sie sind vom Staat geschaffen und leiten ihre Rechte nicht von den Gemeinden ab. Sie erstrecken sich über das Gebiet mehrerer Gemeinden. Ihr Aufbau und ihre Befugnisse sind in Kreisordnungen oder Kommunalverfassungen geregelt.

In einigen Bundesländern sind Bürgerbegehren auch auf Kreisebene zulässig.

³⁶ vgl. § 41 I GO NRW.

³⁷ vgl. § 149 KV M-V.

³⁸ vgl. § 150 -164 KV M-V.

d) **Kreisfreie Städte und Stadtstaaten**

Kreisfreie Städte sind ebenfalls rechtlich eigenständige Organisationseinheiten (Gebietskörperschaften). Sie sind groß genug, um die Aufgaben einer Gemeinde und die Aufgaben eines Kreises zu übernehmen. Sie gehören keinem Kreis an und sind daher „kreisfrei“. Sie stehen im Verwaltungsaufbau auf derselben Ebene wie die Kreise. Hamburg und Berlin sind als Stadtstaaten Sonderfälle kreisfreier Städte.

2. Wirtschaftliche Betätigung von Kommunen und Kreisen

Wie bereits oben eingeführt, wird das Ziel von Bürgerbegehren im Kontext des Kohleausstiegs oft die Tätigkeit eines Unternehmens in kommunaler Hand oder mit kommunaler Beteiligung sein. Hier liegt daher ein Schwerpunkt dieses Gutachtens. An dieser Stelle wird nur in die eigentliche Kompetenz der Gemeinde eingeführt, wirtschaftlich – also durch privat organisierte Einheiten – tätig zu werden.

Im eigenen Wirkungskreis sind die Gemeinden grundsätzlich frei in der Wahl der Handlungsform. Sie können ihre Aufgaben auch mittels (privat-)wirtschaftlicher Betätigung erfüllen.³⁹ Dies gilt auch für die anderen Gebietskörperschaften, wie Kreise, Gemeindeverbände und Zweckverbände.⁴⁰

Zum Schutz der Belange der Gemeinden und privater Konkurrenten ist die wirtschaftliche Betätigung durch die Gemeindeordnungen an besondere Bedingungen geknüpft. Die Gemeindeordnungen regeln Voraussetzungen für die Errichtung, Übernahme und wesentliche Erweiterung wirtschaftlicher kommunaler Unternehmen und die Beteiligung an Unternehmen. Bestehende kommunale Unternehmen genießen in der Regel Bestandsschutz, d.h. sie dürfen im bestehenden Umfang fortgeführt werden. In einigen Bundesländern, wie z.B. NRW,⁴¹ gelten die Voraussetzungen inzwischen für jede wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde, also auch für das Fortführen. Für die Errichtung, Übernahme und Erweiterung kommunaler Unternehmen verlangen die Gemeindeordnungen im Wesentlichen, dass

1. ein öffentlicher Zweck die Betätigung erfordert,
2. die Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht und
3. der öffentliche Zweck durch andere Unternehmen nicht besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann.⁴²

Diese Regeln werden teilweise für die energiewirtschaftliche Betätigung modifiziert.⁴³

³⁹ M. Ronellenfitsch/L. Ronellenfitsch, in: Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Aufl.2012, § 1 Rn. 8.

⁴⁰ vgl. etwa § 27 Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit NRW.

⁴¹ So. z.B. Nordrhein-Westfalen (§ 107 I GO) und Sachsen (§ 97 I SächsGO).

⁴² Vgl. beispielhaft § 107 I 1 GO NRW.

⁴³ Nach z.B. § 107a I GO NRW (und auch für andere Bundesländer) dient die wirtschaftliche Betätigung in den Bereichen der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung stets einem öffentlichen Zweck und ist zulässig, wenn sie nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht. Damit verbundene Dienstleistungen

Diese kommunalrechtlichen Voraussetzungen für die Wirtschaftstätigkeit sind für ein Bürgerbegehren, das einen lokalen Kohleausstieg anstrebt, allerdings wenig relevant. Denn Ziel eines solchen Bürgerbegehrens ist wohl vor allem die Beschränkung einer konkreten bereits bestehenden wirtschaftlichen Tätigkeit, etwa eines Kohlekraftwerks/Heizkraftwerks. Hierfür ist die Gemeinde stets zuständig. Wenn die Gemeinde entscheiden kann, Aufgaben durch wirtschaftliche Tätigkeit zu erfüllen, kann sie auch entscheiden, diese Aufgaben zukünftig in anderer Form zu erfüllen und zu diesem Zweck ihre wirtschaftliche Tätigkeit zu modifizieren. Dies ist Teil ihres freien Entschließungs- und Auswahlermessens.⁴⁴ Die Gemeinden sind nicht verpflichtet, ihre Bürger selbst mit Strom- oder Fernwärme zu versorgen.⁴⁵ Selbst wenn man dies anders sehen würde, stünde dennoch die Art und Weise der Aufgabenerfüllung im Ermessen der Gemeinden.

Die Gemeinde kann ihre wirtschaftliche Tätigkeit daher z.B. zwecks Durchsetzung des Kohleausstiegs auch grundsätzlich wieder beenden und ein Kommunalunternehmen auflösen oder sich von einer Beteiligung trennen.⁴⁶

3. Kompetenz für Klimaschutzmaßnahmen

Gerade im Bereich des Klimaschutzes stellt sich allerdings die Frage, ob der Gemeinde im Hinblick auf bestimmte Maßnahmen allgemein die Kompetenz fehlt, weil es vorrangige Regelungen oder Zuständigkeiten auf Bundesebene gibt.

a) Klimaschutz als Gegenstand der Bundesgesetzgebung

Ein Bundesklimaschutzgesetz gibt es bislang nicht, auch wenn darüber politisch (Mandat der Kohlekommission) und juristisch⁴⁷ debattiert wird.

Der „Bereich Klimaschutz“ unterliegt der konkurrierenden Gesetzgebung nach Art. 72 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG – Recht der (Energie-)Wirtschaft – oder auch Nr. 24 – Recht der Luftreinhaltung- durch den Bund.⁴⁸ Die grundsätzliche Regelungskompetenz für das Bergrecht (also die Zulassung von Braunkohletagebau), die Zulassung und den Betrieb von Energieerzeugungsanlagen und grundsätzlich auch das Energieleitungsrecht fällt also in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes, der von seiner Kompetenz durch das Bun-

sind zulässig, wenn sie den Hauptzweck fördern, § 107a II 1 GO NRW. Auch eine überörtliche Tätigkeit wird z.T. erleichtert, vgl. § 107a III GO NRW, § 68 II 3 KV-MV.

⁴⁴ Vgl. hierzu *M. Ronellenfitsch/L. Ronellenfitsch*, in: Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Aufl. 2012, § 1 Rn. 4.

⁴⁵ *Franz*, Gewinnerzielung durch kommunale Daseinsvorsorge, 2005, S. 48 f.. Nach Art. 152 Satz 2 der bayerischen Landesverfassung hat allerdings das Land die Versorgung mit elektrischer Energie sicherzustellen. Die gesetzliche Anschluss- und Versorgungspflicht nach § 36 I EnWG gilt nur für das jeweilige Grundversorgungsunternehmen und richtet sich nicht spezifisch an die öffentliche Hand.

⁴⁶ Vgl. § 102d VI GO BW, § 45 II Nr. 9 KVG SA, Art. 96 I 1 Nr. 4 GO BY, § 27 VI Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit NRW.

⁴⁷ *Sauer*, Perspektiven eines Bundes-Klimaschutzgesetzes, NuR 2018, 581.

⁴⁸ Dazu Wickel, Mögliche Inhalte von Klimaschutzgesetzen auf Länderebene, DVBL 2013, 77, 82; Klinger/Wegener, Klimaschutzziele und Raumordnung, NVwZ 2011, 905, 908; Klinski, Instrumente eines Kohleausstiegs im Lichte des EU-Rechts, EnWZ 2017, 203, 207.203, 208 .

des Immissionsschutzgesetz (BImSchG), das Bundesberggesetz (BBergG) und das Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) weitgehend Gebrauch gemacht hat.

Dabei regelt das **BImSchG** zunächst das Anlagenrecht, also das Ob und Wie des Betriebs von (auch) Energieerzeugungsanlagen. Für die allermeisten Energieerzeugungsanlagen⁴⁹ gilt zudem das Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (**TEHG**) – auf Grundlage des Art 74 Abs. 1 Nr. 24 GG erlassen⁵⁰ – als rechtliches Hauptinstrument zur Reduktion von Treibhausgasen. Es enthält ein bewirtschaftungsrechtliches Regelungskonzept nach dem Prinzip von „cap and trade“, das es auf der Grundlage des EU-Emissionshandelssystems dem Betreiber einer dem Anwendungsbereich des Gesetzes unterfallenden Anlage überlässt, nach Kostengesichtspunkten über Reduktionsmaßnahmen zu entscheiden.⁵¹ Nach § 5 Abs. 2 Satz 1 BImSchG sind **anlagenbezogene** „Anforderungen zur Begrenzung von Emissionen von Treibhausgasen“ faktisch nicht mehr zulässig, wenn es sich um TEHG-Anlagen handelt.

b) Spezialgesetzliche Regelungen des Energierechts

Das **EnWG**, erlassen auf Grundlage des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, betrifft vor allem das Recht der Regulierung von Energieleitungen, wobei § 3 Nr. 14 EnWG durch eine Legaldefinition klarstellt, dass dieses Gesetz unter Energie nur Gas und Strom versteht und nicht Wärme (vgl. auch § 1 Abs. 1 und 2 EnWG). Das EnWG regelt dennoch – eigentlich eher systemfremd – schon jetzt ein kleines Stück „Kohleausstieg“: Im Zuge des Strommarktgesetzes Mitte 2016 ist dieses in Umsetzung des Klimaschutzplans und -berichts des Bundesministeriums für Umweltschutz, Naturschutz und nukleare Sicherheit (BMU)⁵² bereits um die Norm des § 13g erweitert worden. Dieser § 13g EnWG sieht vor, dass die dort aufgeführten Braunkohlekraftwerksblöcke in einem Umfang von 2,7 Gigawatt elektrischer Leistung schrittweise zunächst vorläufig stillgelegt und für vier Jahre in eine so genannte „Sicherheitsbereitschaft“ überführt werden. In diesem Zeitraum werden sie dann als letzte Absicherung der Stromversorgung verwendet, bevor im Anschluss hieran ihre endgültige Stilllegung erfolgt. Zudem ist in dieser Norm vorgesehen, dass die Betreiber dafür eine Vergütung erhalten sollen. In der Begründung des Bundesgesetzgebers⁵³ wird hervorgehoben, dass diese Stilllegung der in § 13g aufgezählten Kohlekraftwerke erfolgt, „um die Kohlendioxidemissionen im Bereich der Elektrizitätsversorgung und insbesondere in der Braunkohlewirtschaft zu verringern“.⁵⁴

Bei der Wärmeerzeugung und -versorgung ist indes die Rechtslage anders, denn hier gilt das EnWG und dessen § 13g von vornherein nicht. Auch sind weitere bundesrechtliche Normen, die einen Kohleausstieg (oder eben Nicht-Ausstieg) bei der Wärmeversorgung abschließend regeln würden, im Bereich der Wärmeerzeugung und -versorgung nicht ersichtlich. Das Ziel

⁴⁹ Das TEHG ist grundsätzlich für Feuerungsanlagen >50MW anwendbar, also auch für kommunale Heizkraftwerke.

⁵⁰ Ausdrücklich: BVerfG, Beschl. v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13 – juris.

⁵¹ Vgl. BVerwG, Urteil vom 14. September 2017 – 4 CN 6/16 –, Rn. 14, juris

⁵² Vgl. Klimaschutzbericht 2016, Seite 33 unter Ziffer 5.4.2.1 (Sicherheitsbereitschaft), siehe: http://www.bmub.bund.de/fileadmin/Daten_BMU/Pool/Broschueren/klimaschutzbericht_2016_bf.pdf

⁵³ Begründung Strommarktgesetz § 13g (Bundestags – Drucksache 18/7317, Seite 101), <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/073/1807317.pdf>

⁵⁴ Hierzu auch: Stäsehe: Entwicklungen des Klimaschutzrechts und der Klimaschutzpolitik 2016/17, EnWZ 2017, 446.

des Erneuerbare Wärmegesetzes (**EEWärmeG**) ist es, „unter Wahrung der wirtschaftlichen Vertretbarkeit“ zu erreichen, dass „im Interesse des Klimaschutzes, der Schonung fossiler Ressourcen und der Minderung der Abhängigkeit von Energieimporten, eine nachhaltige Entwicklung der Energieversorgung“ ermöglicht wird und „die Weiterentwicklung von Technologien zur Erzeugung von Wärme und Kälte aus Erneuerbaren Energien“ gefördert werden soll (vgl. § 1 EEWärmeG). Die Stoßrichtung dieses Gesetzes geht daher „nur“ in Richtung eines „Fördern und Forderns“ der Nutzung erneuerbarer Energien im Neubau, indem private und öffentliche Eigentümer von Gebäuden, die neu errichtet werden, ihren Wärme- und Kälteenergiebedarf zuvörderst durch die anteilige Nutzung von Erneuerbaren Energien decken sollen. Des Weiteren hat der Bundesgesetzgeber in § 3 Abs. 4 Nr. 2 EEWärmeG ausdrücklich klargestellt, dass die Länder eine Pflicht zur Nutzung von Erneuerbaren Energien auch für bereits errichtete nicht öffentliche Gebäude festlegen können. Freilich enthält auch dieses Gesetz zahlreiche Ausnahmen von dieser Nutzungspflicht (so genannte Ersatzmaßnahmen) und gilt namentlich nicht für den Bestand.⁵⁵

Auch das Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz (**KWKKG**) zeigt zwar, dass eine rein auf Stein- oder Braunkohle als Einsatzenergie basierte Wärmeerzeugung von Neuanlagen nicht mehr gefördert wird (vgl. § 7 Abs.2, § 10 Abs. 1, § 35 Abs. 2 und 5 KWKKG), dass aber zugleich eine Weiternutzung bestehender Kohlekraftwerke keineswegs ausgeschlossen ist.

Entscheidend für die vorliegende Prüfung ist damit unseres Erachtens, dass selbst für die Stromversorgung das EnWG für die Braunkohle ein über § 13g EnWG hinausgehendes landesgesetzliches Ziel der Stilllegung weiterer Kohlekraftwerke nicht ausschließt. Darüber hinaus werden viele Kohlekraftwerke in Deutschland aber auch mit Steinkohle betrieben, gegen die man § 13g EnWG (auch im Strombereich) ohnehin nicht anführen kann. Auch bei der Braunkohle gilt zudem: Weil – wie aufgezeigt – bei der Wärmeerzeugung und -versorgung das EnWG ohnehin nicht gilt und auch weitere bundesrechtliche Normen, die einen Kohleausstieg (oder eben Nicht-Ausstieg) abschließend regeln würden, im Bereich der Wärmeerzeugung und -versorgung ebenfalls nicht ersichtlich sind, sehen wir nicht, dass zum „Kohleausstieg“ vorgeschlagene Normen bei der Wärmeerzeugung und -versorgung kompetenzrechtlich bzw. aufgrund des abschließenden Charakters einer einfachgesetzlichen Regelung ausgeschlossen sein könnten.

Selbst wenn sich die sog. Kohlekommission über die konkreten Modalitäten eines Kohleausstiegs einigt und dieser Kompromiss in ein Bundesklimaschutzgesetz einfließen würde, wäre eine kommunale „Beschleunigung“ nicht ausgeschlossen: Insoweit Gemeinden im eigenen Wirkungskreis Anlagen oder Fernwärmenetze betreiben, stehen ihnen in diesem Rahmen auch dann noch Entscheidungskompetenzen zu, wenn der Bundesgesetzgeber einen Ausstiegsfahrplan, etwa über das BImSchG normiert. Abschließend geprüft werden kann dies jedoch erst nach Vorlage des Bundesklimaschutzgesetzes. Denn wenn tatsächlich alle Energieerzeugungsanlagen spezifisch von einem Bundesgesetz zum schrittweisen Kohleausstieg erfasst

⁵⁵ Nur in Baden-Württemberg gibt es mit dem B-W EEWärmeG (Landesgesetz 2015) ein Wärmegesetz, das auch auf Bestandsgebäude zielt.

werden sollten, könnte die Rechtfertigung im Sinne eines Gemeinwohlzwecks einer schnelleren Stilllegung von Kohlekraftwerken auf gemeindlicher Ebene fehlen.

c) Raumordnungs- und Städtebaurecht

Im Hinblick auf die wichtige Frage der Nutzung von Fläche und Raum hat der Bundesgesetzgeber im Raumordnungsgesetz die Bundesländer und (zumeist) Landkreise ausdrücklich angewiesen den Klimaschutz zu berücksichtigen (§ 2 ROG⁵⁶). Der allgemeine Klimaschutz ist damit zu einem bedeutsamen Abwägungsbelang für die Raumordnungsplanung geworden⁵⁷, worauf auch die Gemeinden hinweisen können. Solange hier eine positive Planung betrieben wird und keine reine „Verhinderungsplanung“⁵⁸, sind Vorgaben aller Art hier grundsätzlich zulässig.

Dies gilt auch für die kommunale Bauleitplanung. Denn der Klimaschutz ist Auftrag vor allem von Gemeinden bei der Aufstellung von Flächennutzungs- und Bebauungsplänen: Nach § 1 Abs. 5 Satz 2 BauGB sollen die Bauleitpläne „dazu beitragen, den Klimaschutz und die Klimaanpassung, insbesondere auch in der Stadtentwicklung, zu fördern“. Damit ist es möglich, im Rahmen der Bauleitplanung Klimaschutz und Klimaanpassung zu verfolgen, auch im Sinne einer „Klimaschutz-Politik“⁵⁹. Seit den Änderungen des BauGB 2004 und vor allem durch die „Klimaschutznovelle 2011“ hat der Gesetzgeber klargestellt, dass der Klimaschutz auch in seiner globalen Dimension eine Aufgabe der (kommunalen) Bauleitplanung ist.⁶⁰

Hierzu einer der angesehensten BauGB-Kommentatoren:

*„Da der Klimawandel vor allem auf die Erhöhung des Anteils von Kohlendioxid in der Erdatmosphäre zurückgeführt wird, bezieht sich die Aufgabe der Bauleitplanung darauf, dazu beizutragen, dass der Kohlendioxid-Ausstoß vermindert oder gar vermieden wird. Im Rahmen ihrer Aufgabe, die bauliche und sonstige Entwicklung in der Gemeinde vorzubereiten und zu leiten ... und unter Berücksichtigung der für die Reduzierung des Ausstoßes an Kohlendioxid in Betracht kommenden Maßnahmen kann die Bauleitplanung in vielfältiger Weise einen Beitrag leisten“.*⁶¹

Dies hat aber – aufgrund der bisherigen Rechtslage und Verankerung im BauGB – Grenzen. So erklärte etwa das Oberverwaltungsgericht (OVG) Lüneburg unlängst, die globalen und deutschen Klimaziele seien nicht von besonderem Gewicht im Rahmen eines Bebauungsplans. Auch wenn ein Kohlekraftwerk über 40 Jahre erhebliche Mengen von CO₂ emittieren

⁵⁶ „Den räumlichen Erfordernissen des Klimaschutzes ist Rechnung zu tragen, sowohl durch Maßnahmen, die dem Klimawandel entgegenwirken, als auch durch solche, die der Anpassung an den Klimawandel dienen. Dabei sind die räumlichen Voraussetzungen für den Ausbau der erneuerbaren Energien, für eine sparsame Energienutzung sowie für den Erhalt und die Entwicklung natürlicher Senken für klimaschädliche Stoffe und für die Einlagerung dieser Stoffe zu schaffen.“

⁵⁷ Spannowsky/Runkel/Goppel/Spannowsky, ROG 2018, § 2 Rn. 143.

⁵⁸ Zu dieser Rechtsfigur Dirnberger, in: Spannowsky/Uechtritz, BauGB, 2. Aufl. 2014, § 1 Rn. 38

⁵⁹ Dazu allgemein BVerwG Urt. v. 3.3.2003 – 4 C 4.02 – juris.

⁶⁰ Dazu und zu den Grenzen der städtebaulichen Erfordernisse: Longo, Klimaschutz im Städtebaurecht(DÖV 2018, S. 107.

⁶¹ Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB 2015, § 1 Rn. 107c.

würde, müsste die Gemeinde die CO₂-Emissionen nicht in besonderer Weise abwägen.⁶² Und das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) meint, dass es einer Gemeinde verwehrt ist, die Verwendung fossiler Brennstoffe in Anlagen, die dem Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz unterliegen, im Bebauungsplan mit bestimmten Kriterien zu versehen (CO₂-Emissionsfaktoren).⁶³

d) Verbleibende Kompetenz der Gemeinden

Diese Ermächtigungsgrundlagen bzw. der Umfang, in dem der Bundesgesetzgeber von den Ermächtigungen bereits (umfassend) Gebrauch gemacht hat, bedeutet zunächst einmal einen Ausschluss von gleichlautenden oder in diese Befugnisse eingreifenden Landesgesetzen und/oder Satzungen.

Insofern Landesgesetze oder auch kommunale **Satzungen** als örtliche Gesetze zusätzliche Instrumente einführen, wie etwa prozentuale Klimaschutzziele, gibt es keinen direkten Konflikt. Denn der Bund hat von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz gem. Art. 70 I, 72 I, 74 I Nr. 24 GG in diesem Sinn noch keinen umfassenden Gebrauch gemacht. Es fragt sich dann vielmehr, ob der Landesgesetzgeber oder die Kommune selber eine (verfassungsrechtliche) Kompetenz zum Tätigwerden hat.

Ob der globale Klimaschutz eine allgemeine Aufgabe der Gemeinde darstellt, ist bislang nicht gerichtlich geklärt. Hinter der Frage steht die Kompetenznorm des **Art. 28 GG** bzw. deren Umsetzung in den jeweiligen Gemeindeordnungen oder Kommunalverfassungen. Dort ist meist geregelt, dass Gemeinden „ihre Angelegenheiten“ – d.h. Angelegenheiten der kommunalen Selbstverwaltung – in Form einer Satzung regeln dürfen. Die Vorschrift normiert also die Satzungsautonomie der Gemeinden. Wenn eine Selbstverwaltungsangelegenheit vorliegt, ist auch die Kompetenz der Gemeinde gegeben. Im Lichte des Art. 28 GG werden solche Landesnormen dann wiederum so ausgelegt, dass diese Allzuständigkeit auf die **örtlichen Angelegenheiten** beschränkt ist.

Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft sind nach überkommener Rechtsprechung solche, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben, die also den Einwohnern gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der (politischen) Gemeinde betreffen⁶⁴. Dieser Aufgabenkreis ist weder feststehend noch für alle Gemeinden gleich. Nicht ausreichen ließ die Rechtsprechung die „örtliche Angelegenheit“ im Fall einer Volksbefragung über Atomwaffen oder bei einer Erklärung zur „atomwaffenfreien Zone“. Im Kontext des Klimaschutzes ist hierzu soweit ersichtlich keine Rechtsprechung ergangen.

⁶² „Globale Klimaschutzziele bedeuten im Rahmen der Abwägung kein zwingendes Optimierungsgebot mit der Folge eines faktischen Verbotes für die Neuerrichtung von Kraftwerken“, OVG Lüneburg, Urteil vom 27. September 2017 – 1 KN 168/15 –, juris

⁶³ BVerwG, Urteil vom 14. September 2017 – 4 CN 6/16 –, juris: „Eine solche Festsetzung widerspricht dem Regelungskonzept des Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz, das der Regelung in § 5 Abs. 2 BImSchG zugrunde liegt und auch bei der Auslegung der Ermächtigung in § 9 Abs. 1 Nr. 23 Buchst. a BauGB zu beachten ist. (Rn.13)“

⁶⁴ BVerfGE 8, 122 = NJW 1958, 1341.

Nur auf Fragen, die im Kompetenzbereich der Gemeinde liegen, können sich Bürgerbegehren richten – egal in welchem Bundesland. Deshalb wird diese Frage in den Fallbeispielen auch vertieft untersucht, ebenso wie unter III. bei der Frage, ob der Klimaschutz ein Motiv wirtschaftlicher Betätigung von Gemeinden sein darf.

Ein Autor meint etwa (allerdings im Kontext des Städtebaus):

*„Keine Bedürfnisbefriedigung für Interessen der Gemeindebewohner besteht bei einer städtebaulichen Zielrichtung, die rein auf die Reduzierung des CO₂-Ausstoßes gerichtet ist und keinen sonstigen Nutzen für die Gemeindebewohner bringt, wie z.B. bei einer kommunalen Maßnahme zur CO₂-Abscheidung aus der Luft. Die Handlung muss der **örtlichen Gemeinschaft** etwas bringen.“⁶⁵ (Hervorhebung nicht im Original).*

Dies ist allerdings u.E. zu kurz gegriffen. Angesichts der erheblichen Auswirkungen auf Mensch und Umwelt liegt die möglichst schnelle Begrenzung der Treibhausgasemissionen offensichtlich im Interesse auch der kommunalen Gemeinschaften. Jede Gemeinde wird etwa im Hinblick auf Klimafolgen besonders sensible Bereiche identifizieren können, jede Gemeinde wird auch betroffen, wenn durch Klimaänderungen etwa die örtliche Landwirtschaft negativ beeinflusst wird oder aber Hochwasser- und Dürregefahren steigen.⁶⁶ Heißere Sommer beeinflussen die gemeindliche Infrastruktur wie Straßen und die städtische Versorgung, auch im Gesundheitswesen.

Dass Klimaschutz auch eine kommunale Angelegenheit ist, wird inzwischen durch die Landesklimaschutzgesetze bestätigt, die inzwischen in vielen Bundesländern vorhanden sind. Die Landesklimaschutzgesetze normieren Ziele zur Verringerung der Treibhausgasemissionen und richten sich dabei ausdrücklich auch an die Gemeinden und Gemeindeverbände und schreiben ihnen eine Vorbildfunktion u.a. bei der Minderung der Treibhausgase zu.⁶⁷ Überwiegend werden auch die juristischen Personen des Privatrechts erfasst, wenn ein bestimmter Einfluss der Gemeinden besteht.⁶⁸ Aber auch wo ein solches Gesetz bisher fehlt, wird Klimaschutz vom Bundesland als kommunale Aufgabe angesehen.⁶⁹

⁶⁵ Longo: Klimaschutz im Städtebaurecht(DÖV 2018, S. 107).

⁶⁶ vgl. dazu auch Funke / Papp, JuS 2010, 395, beck-online.

⁶⁷ Vgl. § 2 II, § 3 I, II und § 5 I 1 Klimaschutzgesetz NRW, § 1 I, § 4 I, § 7 I, IV Klimaschutzgesetz Baden-Württemberg, § 1, § 4, § 9 I, V Klimaschutzgesetz Rheinland-Pfalz, § 1, § 2 II, § 7 Bremisches Klimaschutz- und Energiegesetz, § 1, § 2 Nr. 9 a), § 3 Energiewende- und Klimaschutzgesetz Schleswig-Holstein. Vgl. auch § 1 I, II Nr. 1 Hamburgisches Klimaschutzgesetz und § 1, § 2 Nr. 4 a), § 3 I, § 6, § 9 Energiewendegesetz Berlin, wo naturgemäß der Bezug auf die Gemeinden fehlt, da es solche dort nicht gibt. Berlin nimmt allerdings ausdrücklich die Bezirke in die Verantwortung, § 9 Energiewendegesetz Berlin. Vgl. auch § 2, § 3, § 7 I, IV und § 8 des Entwurfs des Thüringer Klimagesetzes, Landtagsdrucksache 6/4919.

⁶⁸ Vgl. etwa § 3 II 2 Landesklimaschutzgesetz Rheinland-Pfalz, § 2 II 2 Klimaschutzgesetz NRW, § 7 II Bremisches Klimaschutz- und Energiegesetz.

⁶⁹ Vgl. etwa den von der niedersächsischen Landesregierung finanzierten Wettbewerb „Klima kommunal“, https://www.umwelt.niedersachsen.de/themen/klima/klimaschutz/klimaschutz/kommunaler_klimaschutz/kommunaler-klimaschutz-134450.html oder die Förderung von kommunalen Klimaschutzprojekten in Hessen nach der Richtlinie des Landes Hessen zur Förderung von kommunalen Klimaschutz- und Klimaanpassungsprojekten sowie von kommunalen Informationsinitiativen, Staatsanzeiger des Landes, Hessen Nr. 51/2015, S. 1335.

Zusammenfassend halten wir es daher für kaum vertretbar, dass ein kommunaler Beitrag zur Reduktion von Treibhausgasen keine örtliche Angelegenheit ist – auch wenn sie gleichzeitig zur Erreichung globaler Klimaschutzziele beiträgt. Im Kontext von Maßnahmen, die zur Reduktion von Treibhausgasen führen, wird zudem oft eine Verbesserung der Umwelt- und Luftqualität erreicht werden.

IV. Möglichkeiten der Einwirkung auf öffentliche Unternehmen

Besteht die Kompetenz der Gemeinde, so ist weiter zu fragen, wie die Gemeinde auf ein Unternehmen einwirken kann, an dem sie beteiligt ist und das entweder selbst emittiert (Kraftwerk) oder Wärme transportiert, die mit Kohle als Brennstoff erzeugt wurde. Denn ein Bürgerentscheid kann nur rechtlich zulässige Maßnahmen zum Gegenstand haben. Welche Maßnahmen der Gemeinde möglich sind, richtet sich nach der Rechtsform des Unternehmens. Dieser Abschnitt beschäftigt sich daher mit den Grundlagen und Rechtsbeziehungen zwischen der Gemeinde als Eigner, den einzelnen Unternehmen und den daraus in den unterschiedlichen Rechtsformen bestehenden Einflussmöglichkeiten. Der Abschnitt legt damit die Grundlage für die Formulierung einer zulässigen und effektiven Fragestellung eines Bürgerbegehrens soweit ein Unternehmen (zumeist wohl in privatrechtlicher Organisation) besteht.

1. Überblick

Gemeinden können Unternehmen in verschiedenen Organisationsformen führen. Die unternehmerische Tätigkeit kann als **Regiebetrieb** in die Verwaltung eingegliedert und rechtlich unselbständig sein.

Als typische Organisationsform sehen die Gemeindeordnungen den **Eigenbetrieb** an. Eigenbetriebe stehen als Sondervermögen außerhalb der allgemeinen Verwaltung, haben jedoch keine eigene Rechtspersönlichkeit.⁷⁰ Einzelheiten regeln die Eigenbetriebsgesetze bzw. -verordnungen der Länder.⁷¹ Hierzu mehr unter 2.

Daneben sind auch rechtlich verselbständigte Organisationsformen möglich. In bestimmten Bundesländern steht die Rechtsform der rechtsfähigen **Anstalt des öffentlichen Rechts** (z.T. auch Kommunalunternehmen oder Kommunalanstalt genannt) zur Verfügung.⁷² Die Gemeinde errichtet ein Unternehmen, das eine von ihr getrennte Rechtspersönlichkeit besitzt. Der Aufbau und die Befugnisse der Anstalt des öffentlichen Rechts sind in einer vom Gemeinderat zu erlassenden Unternehmenssatzung zu regeln. Der Gemeinderat kann dann einzelne oder alle mit einem bestimmten Zweck zusammenhängenden Aufgaben auf das Anstaltsunternehmen übertragen. Hierzu unter 3.

Schließlich stehen auch bestimmte **Rechtsformen des Privatrechts** zur Verfügung. Die öffentlichen Unternehmen in Rechtsformen des Privatrechts unterliegen den Regeln des Gesell-

⁷⁰ Vgl. § 114 I GO NRW, Art. 88 I GO BY, § 68 IV 1 Nr. 1 KV M-V.

⁷¹ Z.B. Eigenbetriebsverordnung NRW, Eigenbetriebsverordnung M-V; Eigenbetriebsgesetz BW.

⁷² § 114a GO NRW, §§ 68 IV 1 Nr. 2, 70-70b KV M-V: „Kommunalunternehmen“, §§ 102a-102d GO BW „selbständige Kommunalanstalt“.

schaftsrechts (z.B. GmbH-Gesetz, Aktiengesetz). Diese sind als abgeschlossene bundesrechtliche Regelungen wegen Art. 31 GG vorrangig gegenüber den landesrechtlichen Regelungen der Gemeindeordnungen. Ein besonderes Gesellschaftsrecht der öffentlichen Hand gibt es nicht.⁷³

Die Gemeindeordnungen stellen daher typischerweise spezielle Anforderungen zur Sicherung des öffentlichen Einflusses, des öffentlichen Zwecks und zur Begrenzung der Haftung der Gemeinde.⁷⁴ Insbesondere ist der Gemeinde ein **angemessener Einfluss**, insbesondere in einem Überwachungsorgan, zu sichern.⁷⁵

Aufgrund dieser Anforderungen kommen in der Praxis hauptsächlich die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH, hierzu 4.), und die Aktiengesellschaft (AG, hierzu 6.) vor, seltener auch die Kommanditgesellschaft mit einer als GmbH nur beschränkt haftenden Komplementärin (GmbH & Co. KG, hierzu 5.).

Die Rechtsformen des Privatrechts erlauben es auch, dass eine Gemeinde ein Unternehmen nicht vollständig, sondern nur zu Anteilen besitzt. Die Gemeinden können auch Dachgesellschaften („Holdings“, z.B. eine Stadtwerke GmbH) gründen, die die wirtschaftenden und abhängigen Tochtergesellschaften (z.B. eine Energie-GmbH und eine Wasserversorgungs-GmbH) ausschließlich verwalten.

2. Eigenbetriebe

Eigenbetriebe sind Organisationen ohne Rechtspersönlichkeit. Mit ihnen können wirtschaftliche Unternehmen auch von Gemeinden geführt werden. Sie sind Teil der öffentlichen Verwaltung, aber organisatorisch verselbständigt. Als Sondervermögen sind sie etwa vom allgemeinen Haushalt der Gemeinde getrennt. Die laufende Betriebsführung obliegt einer eigens bestellten Betriebsleitung. Die konkreten Befugnisse der Betriebsleitung und die Einwirkungsmöglichkeiten der Gemeinde richten sich nach den Gemeindeordnungen, ggf. bestehenden Eigenbetriebsgesetzen bzw. -verordnungen der Bundesländer und der jeweiligen Satzung des Betriebs.⁷⁶ Typischerweise sind der Gemeinderat oder der Bürgermeister zuständig für grundlegende Entscheidungen.⁷⁷ Die Eigenbetriebsverordnung Schleswig-Holstein enthält z.B. im Einzelnen Bestimmungen darüber, wie die Leitung und Vertretung der gemeindlichen Eigenbetriebe zu regeln ist, welche gemeindlichen Organe zuständig sind und wie die Befugnisse der Leiter der Eigenbetriebe von denen der gemeindlichen Organe abzugrenzen sind.

⁷³ Geis, Kommunalrecht, 2. Aufl, 2011, § 12 Rn. 123; Otto, in: Beck'sches Handbuch der GmbH, 5. Auflage 2014, § 21 Rn. 1, beck-online.

⁷⁴ § 108 GO NRW, §§ 103, 103a GO BW, §§ 68 IV 1 Nr. 3, 69 KV M-V.

⁷⁵ § 108 Abs. 1 Nr. 6 GO NRW, ähnl.: Art. 92 Abs. 1 Nr. 2 BayGO; § 96 Abs. 1 Nr. 2 BbgK Verf; § 122 Abs. 1 Nr. 3 HGO; § 68 Abs. 1 Nr. 4 KV M-V; § 137 Abs. 1 Nr. 6 NKomVG; § 87 Abs. 1 Nr. 3 GemO RhPf; § 117 Abs. 1 Nr. 3 GO LSA; § 102 Abs. 1 Nr. 3 GO SH.

⁷⁶ Vgl. etwa für Schleswig-Holstein: § 106 GO S-H: „Wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinde ohne eigene Rechtspersönlichkeit sollen als Eigenbetrieb geführt werden, wenn deren Art und Umfang einer selbständigen Wirtschaftsführung bedürfen. Die Organisation und die Wirtschaftsführung der Eigenbetriebe werden durch die Eigenbetriebsverordnung und durch die Betriebssatzung geregelt.“

⁷⁷ Vgl. etwa § 5 Eigenbetriebsgesetz HE, §§ 9, 10 Eigenbetriebsgesetz BW.

Aber auch Berichterstattungs- und Rechenschaftspflichten des Leiters an die Gemeinde sind hier in ihrem Rahmen abgesteckt. Die gemeindliche Betriebssatzung, die sich in diesem vom Landesgesetzgeber gesetzten Rahmen zu halten hat, ist dann die Hauptsatzung des Eigenbetriebes.

3. Anstalten des öffentlichen Rechts

In den meisten Bundesländern steht inzwischen die Rechtsform der **Anstalt des öffentlichen Rechts** zur Verfügung, die in einigen Bundesländern auch Kommunalunternehmen oder Kommunalanstalt genannt wird.⁷⁸ Sie hat eine von der Gemeinde getrennte Rechtspersönlichkeit. Der Aufbau der Anstalt des öffentlichen Rechts und die Einwirkungsmöglichkeiten der Gemeinde richten sich nach den Regelungen in den Gemeindeordnungen, den in einigen Bundesländern vorhandenen Verordnungen bzw. Gesetzen⁷⁹ und der von der Gemeinde zu erlassenden Unternehmenssatzung. Die Anstalt des öffentlichen Rechts wird von einem Vorstand in eigener Verantwortung geleitet.⁸⁰ Daneben gibt es einen Verwaltungsrat, der den Vorstand kontrolliert und über strategische Angelegenheiten entscheidet.⁸¹ Alle Bundesländer sehen vor, dass die Gemeinde bei besonders bedeutsamen Angelegenheiten auf die Entscheidungsfindung in der Anstalt des öffentlichen Rechts Einfluss nehmen kann. In der Regel bestehen Zustimmungsvorbehalte, zum Teil auch Weisungsrechte gegenüber dem Verwaltungsrat.⁸² Weisungsrechte der Gemeinde gegenüber dem Vorstand sind die Ausnahme. Einen direkten Einfluss hat die Gemeinde daher typischerweise bei solchen Entscheidungen, die kraft Unternehmenssatzung dem Verwaltungsrat zugewiesen sind. Ihr verbleibt die mittelbare Einflussnahme über die im Verwaltungsrat sitzenden kommunalen Vertreter, soweit dem Verwaltungsrat in der jeweiligen Angelegenheit ein Weisungsrecht gegenüber dem Vorstand zukommt.⁸³

⁷⁸ Bayern, Sachsen-Anhalt, Mecklenburg-Vorpommern und Schleswig-Holstein: „Kommunalunternehmen“; Baden-Württemberg: „selbständige Kommunalanstalt“; Niedersachsen, Thüringen und Brandenburg: „kommunale Anstalt“; Nordrhein-Westfalen, Hessen und Rheinland-Pfalz: „Anstalt des öffentlichen Rechts“.

⁷⁹ Verordnung über Kommunalunternehmen BY; Kommunalunternehmensverordnung NRW; Landesverordnung über Kommunalunternehmen als Anstalt des öffentlichen Rechtes S-H; Verordnung über kommunale Anstalten NDS; Thüringer Verordnung über die kommunalen Anstalten des öffentlichen Rechts; Gesetz über die kommunalen Anstalten des öffentlichen Rechts LSA.

⁸⁰ Vgl. z.B. Art. 90 I GO BY; § 114a VI GO NRW; § 102b I 1 GO BW.

⁸¹ Vgl. z.B. Art. 90 II GO BY; § 114a VII GO NRW; § 102b II GO BW. *Schraml*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 3. Aufl. 2015, Abschnitt D. Rn. 179, 181.

⁸² Ausführlich *Schraml*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 3. Aufl. 2015, Abschnitt D. Rn. 223-228.

⁸³ *Schraml*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 3. Aufl. 2015, Abschnitt D. Rn. 228.

4. GmbH

a) Allgemeines

Die GmbH ist aufgrund ihrer flexiblen Ausgestaltungsmöglichkeiten und der leicht handhabbaren Formalitäten bei Gründung, etc. die **häufigste Rechtsform** des Privatrechts für kommunale Unternehmen.⁸⁴

Die GmbH ist eine eigenständige juristische Person und kann selbst Träger von Rechten und Pflichten sein und vor Gericht klagen und verklagt werden. Durch sie verfolgen ein oder mehrere Gesellschafter einen gemeinsamen, meist wirtschaftlichen Zweck. Als Kapitalgesellschaft ist sie auf ein Stammkapital gestützt, das von den Gesellschaftern aufgebracht wird und mit dem die Gesellschaft dann wirtschaftet. Hauptvorteil für die Gesellschafter ist, dass den Gläubigern grundsätzlich nur die Gesellschaft mit ihrem Gesellschaftsvermögen haftet.⁸⁵ Die Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft übernehmen zu bestellende Personen (der oder die Geschäftsführer). Der Gesellschaftsvertrag (auch „Satzung“ oder „Statuten“) regelt die Zusammenarbeit zwischen den Gesellschaftern einerseits und den Gesellschaftern und der Geschäftsführung andererseits. Über grundlegende Entscheidungen wie Satzungsänderungen entscheiden die Gesellschafter.

Die GmbH kann nicht nur zu einem wirtschaftlichen, sondern zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck gegründet werden. Das GmbH-Recht erlaubt weitgehende Gestaltung von Gesellschaftszweck und Zuständigkeiten im **Gesellschaftsvertrag**.⁸⁶

Die GmbH hat einen oder mehrere **Geschäftsführer**. Diese führen die Geschäfte der GmbH im Rahmen des im Gesellschaftsvertrag festgelegten Unternehmensgegenstandes, des Gesellschaftszwecks und nach den **Weisungen der Gesellschafter**. Sie vertreten die Gesellschaft nach außen.⁸⁷

Die Gesellschafter können in der Satzung der GmbH vorsehen, dass ein Aufsichtsrat zu bilden ist.⁸⁸ Die Aufgabe des Aufsichtsrats besteht vorwiegend in der Überwachung der Geschäftsführung.

Oberstes Organ der GmbH ist die Gesellschafterversammlung, in der die Gesamtheit der Gesellschafter repräsentiert ist. Ihre Zuständigkeit erstreckt sich – soweit nicht Gesetz oder Gesellschaftsvertrag etwas anderes bestimmen – auf alle Angelegenheiten der GmbH, die nicht in die genuine Zuständigkeit der Geschäftsführung oder des Aufsichtsrats fallen.⁸⁹

⁸⁴ Katz, Kommunale Wirtschaft, 2. Aufl. 2017, Teil 1 Rn. 101.

⁸⁵ Vgl. §§ 1, 5, 13 GmbHG.

⁸⁶ Vgl. Inbs. §§ 45 II und 52 GmbHG.

⁸⁷ Vgl. §§ 6 I, 35 I, 37 I GmbHG.

⁸⁸ Beschäftigt die GmbH mehr als 500 Arbeitnehmer, muss ein Aufsichtsrat unter Beteiligung von Arbeitnehmern gebildet werden.

⁸⁹ Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, 21. Aufl. 2017, GmbHG § 46 Rn. 89.

b) Möglichkeiten der Einflussnahme durch die Gesellschafter

Die Gesellschafterversammlung kann auch Geschäftsführungsfragen an sich ziehen und mit einfacher Mehrheit⁹⁰ durch Beschluss entscheiden. Derartige Beschlüsse sind für die Geschäftsführer bindend (sog. **Weisungsbefugnis**, vgl. § 37 I GmbHG).⁹¹ Selbst wenn ein Aufsichtsrat bestellt ist und zu dessen Gunsten im Gesellschaftsvertrag ein Zustimmungsvorbehalt geregelt ist, können die Gesellschafter eine verweigerte Zustimmung durch Gesellschafterbeschluss mit einfacher Mehrheit ersetzen.⁹²

Hat die GmbH nur einen Gesellschafter, kann dieser den Geschäftsführern Weisungen ohne Einhaltung förmlicher Verfahren erteilen.⁹³ Die Gesellschafter können den Geschäftsführern auch ohne Grundlage im Gesellschaftsvertrag Weisungen in jeder beliebigen Angelegenheit der Geschäftsführung, auch der laufenden, erteilen. Grenzen für das Weisungsrecht bestehen dem Inhalt nach grundsätzlich nicht. Es ist unerheblich, ob es sich um allgemeine Richtlinien handelt, um Einzelweisungen zur Unternehmenspolitik oder zum Tagesgeschäft, oder um solche Einzelweisungen, die ungewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen darstellen.⁹⁴

Es steht den Gesellschaftern frei, den Geschäftsbetrieb einzustellen oder eine sich bietende Geschäftschance nicht zu ergreifen.⁹⁵ Weil ein von den Interessen der Gesellschafter getrenntes Interesse der Gesellschaft nicht geschützt ist,⁹⁶ können die Gesellschafter auch offensichtlich wirtschaftlich nachteilige Weisungen erteilen,⁹⁷ selbst dann, wenn diese dazu führen können, dass das Stammkapital angegriffen wird.⁹⁸ Selbst wenn also ein Kohleausstieg kurzfristig wirtschaftlich nachteilig wäre, würde das Privatrecht einer solchen Entscheidung nicht entgegen stehen.

Für das Weisungsrecht ergeben sich Grenzen und besondere Anforderungen u.a. aus dem Unternehmensgegenstand, dem Gesellschaftszweck, der Treuepflicht der Gesellschafter untereinander oder gläubigerschützenden oder im öffentlichen Interesse liegenden Vorschriften.

⁹⁰ Mehrheit bedeutet dabei Mehrheit der abgegebenen Stimmen, wobei jeder Euro eines Geschäftsanteils eine Stimme gewährt, § 47 I, II GmbHG.

⁹¹ OLG Frankfurt, Urteil vom 07. Februar 1997 – 24 U 88/95 –, Rn. 25, juris; *Zöllner/Noack* in: Baumbach/Hueck, 21. Aufl. 2017, GmbHG § 37 Rn. 20; § 46 Rn. 91; *Mennicke*, NZG 2000, 622.

⁹² *Spindler*, in: Münchener Kommentar GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 52 Rn. 365, 381.

⁹³ *Zöllner/Noack* in: Baumbach/Hueck, 21. Aufl. 2017, GmbHG § 46 Rn. 7, 91.

⁹⁴ *Mennicke*, NZG 2000, 622.

⁹⁵ BGH, Urteil vom 13. Dezember 2004 – II ZR 206/02 –, Rn. 18, juris;

⁹⁶ BGH, Urteil vom 28. September 1992 – II ZR 299/91 –, BGHZ 119, 257-262, Rn. 9; vgl. auch BGH, Urteil vom 10. Mai 1993 – II ZR 74/92 –, BGHZ 122, 333-342, Rn. 10; BGH, Urteil vom 21. Juni 1999 – II ZR 47/98 –, BGHZ 142, 92-96, Rn. 11.

⁹⁷ OLG Frankfurt, Urteil vom 07. Februar 1997 – 24 U 88/95 –, Rn. 28, juris; vgl. *Stephan/Tieves*, in: Münchener Kommentar GmbHG, 2. Auflage 2016, § 37 Rn. 120; *Zöllner/Noack* in: Baumbach/Hueck, 21. Aufl. 2017, GmbHG § 37 Rn. 24 und Anhang nach § 47 Rn. 97; *Lenz*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbH-Gesetz, 3. Aufl. 2017, GmbHG, § 37 Rn. 20; *Oetker*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 3. Auflage 2016, GmbHG § 37 Rn. 11.

⁹⁸ *Stephan/Tieves*, in: Münchener Kommentar GmbHG, 2. Auflage 2016, § 37 Rn. 120.

Der **Unternehmensgegenstand** beschreibt das sachliche Tätigkeitsfeld der Gesellschaft und ist notwendiger Bestandteil des Gesellschaftsvertrags/Satzung.⁹⁹ Er beschränkt die Geschäftsführungsbefugnis.¹⁰⁰ Soll durch Austausch oder Einschränkung des Tätigkeitsfelds von dem im Gesellschaftsvertrag festgelegten Unternehmensgegenstand abgewichen werden, erfordert dies eine Satzungsänderung.¹⁰¹ Hierfür ist nach §§ 53, 54 GmbHG ein Beschluss der Gesellschafter mit einer **Mehrheit von drei Vierteln** der abgegebenen Stimmen nötig. Die Frage, ob eine Änderung des Tätigkeitsfelds der Gesellschaft eine Satzungsänderung erforderlich macht, ist durch *Auslegung des Unternehmensgegenstands* zu beurteilen. Hierbei ist auch das historisch gewachsene tatsächliche Betätigungsfeld des Unternehmens zu berücksichtigen.¹⁰²

Der **Gesellschaftszweck** (auch: Gesellschaftsziel) betrifft das eigentliche finale Element der Gesellschaft, also die Frage, ob sie auf Gewinnerzielung oder andere Ziele angelegt ist. Möglich ist auch die Ausrichtung auf mehrere, unter Umständen konfligierende Ziele, wie z.B. Ausrichtung auf einen bestimmten öffentlichen Zweck und Gewinnerzielung.¹⁰³ Ist der Gesellschaftszweck im Gesellschaftsvertrag nicht besonders geregelt, ist er unter Berücksichtigung des Unternehmensgegenstands durch Auslegung des Gesamtinhalts des Gesellschaftsvertrags zu ermitteln.¹⁰⁴ Bei der Auslegung des Gesellschaftsvertrags kann nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auch das normative Umfeld, also insbesondere die die Gemeinde bindenden Vorschriften des Verfassungs- und Gesetzesrechts, berücksichtigt werden.¹⁰⁵ Dabei spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass die Gemeinde die gesetzlichen Voraussetzungen für ihre Beteiligung an einer derartigen Gesellschaft einhalten wollte.¹⁰⁶ Weil für öffentliche Unternehmen die Erfüllung (zumindest auch) eines öffentlichen Zwecks bereits durch die Gemeindeordnungen vorgegeben ist,¹⁰⁷ wird die Auslegung ganz regelmäßig auch die Erfüllung eines öffentlichen Zwecks als Gesellschaftszweck ergeben. In diesem Fall widersprechen auch wirtschaftlich nachteilige Geschäfte dem Gesellschaftszweck nicht, wenn sie der Verwirklichung des öffentlichen Zwecks dienen.¹⁰⁸

Wenn nicht etwas anderes in der Satzung geregelt ist, bedarf die Änderung des Gesellschaftszwecks der **Zustimmung aller Gesellschafter**.¹⁰⁹ Sollte sich eine mit einfacher Mehrheit beschlossene Weisung der Gesellschafterversammlung als gesellschaftszweckwidrig darstellen, ist sie zum Schutz der überstimmten Gesellschafter anfechtbar.¹¹⁰ Wird der Beschluss

⁹⁹ § 3 I Nr. 2 GmbHG.

¹⁰⁰ Harbarth, in: Münchener Kommentar GmbHG, 2. Auflage 2016, § 53 Rn. 185.

¹⁰¹ Harbarth, in: Münchener Kommentar GmbHG, 2. Auflage 2016, § 53 Rn. 184; Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, 21. Aufl. 2017, GmbHG § 53 Rn. 30.

¹⁰² Harbarth, in: Münchener Kommentar GmbHG, 2. Auflage 2016, § 53 Rn. 183.

¹⁰³ Harbarth, in: Münchener Kommentar GmbHG, 2. Auflage 2016, § 53 Rn. 187.

¹⁰⁴ Fastrich in: Baumbach/Hueck, 21. Aufl. 2017, GmbHG § 1 Rn. 5.

¹⁰⁵ Vgl. BVerwG, Urteil vom 31. August 2011 – 8 C 16/10 –, Rn. 27, juris.

¹⁰⁶ BVerwG, Urteil vom 31. August 2011 – 8 C 16/10 –, Rn. 27, juris.

¹⁰⁷ siehe oben I.4.a. und die Nachweise in Fn. 42

¹⁰⁸ Gaß, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 3. Aufl. 2015, Kapitel C. Rn. 66 f.

¹⁰⁹ Harbarth, in: Münchener Kommentar GmbHG, 2. Auflage 2016, § 53 Rn. 188; Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, 21. Aufl. 2017, GmbHG § 53 Rn. 29 jeweils m.w.N.

¹¹⁰ vgl. Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, 21. Aufl. 2017, GmbHG Anhang nach § 47 Rn. 93.

jedoch mit der Zustimmung aller Gesellschafter gefasst, ist auch ein gesellschaftszweckwidriger Beschluss rechtmäßig. Einstimmige Weisungen an den Geschäftsführer lösen daher unabhängig vom Gesellschaftszweck eine Folgepflicht des Geschäftsführers aus.¹¹¹

Zum Schutz der Allgemeinheit und der Gläubiger der Gesellschaft bestehen Grenzen des Weisungsrechts in den zwingenden gesetzlichen Vorschriften zur Kapitalerhaltung. Danach darf etwa das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft nicht an die Gesellschafter ausgezahlt werden, § 30 I 1 GmbHG. Unzulässig sollen auch Weisungen sein, durch deren Befolgung die Gesellschaft in die Gefahr der Insolvenz geriete.¹¹²

Die **mitgliedschaftliche Treuepflicht der Gesellschafter** wird relevant, wenn es unter mehreren Gesellschaftern zu Meinungsunterschieden kommt. Grundsätzlich darf jeder Gesellschafter sein Stimmrecht nach Belieben ausüben.¹¹³ Die Treuepflicht verlangt von den Gesellschaftern jedoch, ihre Mitgliedschaftsrechte unter angemessener Berücksichtigung der gesellschaftsbezogenen Interessen ihrer Mitgesellschafter auszuüben.¹¹⁴ Eine treuwidrig abgegebene Stimme ist nach der jüngeren Rechtsprechung nichtig.¹¹⁵ Soweit die Treuepflicht der Gesellschafter gegenüber der GmbH besteht, dient auch dies letztlich dem Schutz von Mitgesellschaftern. Denn es ist allgemeine Meinung, dass die Gesellschafter einzelne Ausprägungen der Treuepflicht im Gesellschaftsvertrag abbedingen oder im konkreten Einzelfall darauf verzichten können.¹¹⁶ Konsequenterweise wird daher auch eine mitgliedschaftliche Treuepflicht des Alleingesellschafters gegenüber der Gesellschaft nicht anerkannt.¹¹⁷

Im Hinblick auf Entscheidungen zur Geschäftsführung verlangt die Treuepflicht von den Gesellschaftern, sich an den Interessen der GmbH, wie sie sich vor allem aus dem Gesellschaftszweck ergeben, zu orientieren.¹¹⁸ Bei unternehmerischen Entscheidungen steht den Gesellschaftern hierbei aber ein **weiter, gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurtei-**

¹¹¹ OLG Frankfurt, Urteil vom 07. Februar 1997 – 24 U 88/95 –, Rn. 28, juris; *Stephan/Tieves*, in: Münchener Kommentar GmbHG, 2. Auflage 2016, § 37 Rn. 122; *Zöllner/Noack* in: Baumbach/Hueck, 21. Aufl. 2017, GmbHG § 37 Rn. 24; *Lenz*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbH-Gesetz, 3. Aufl. 2017, GmbHG, § 37 Rn. 18.

¹¹² OLG Frankfurt, Urteil vom 07. Februar 1997 – 24 U 88/95 –, Rn. 29, juris; *Lenz*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbH-Gesetz, 3. Aufl. 2017, GmbHG, § 37 Rn. 20; *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, GmbHG § 37, Rn. 7; *Wisskirchen/Kuhn*, in: BeckOK GmbHG, Ziemons/Jaeger, 35. Edition Stand: 01.05.2018, GmbHG § 37 Rn. 23.

¹¹³ OLG München, Urteil vom 14. August 2014 – 23 U 4744/13 –, Rn. 84, juris.

¹¹⁴ *Fleischer/Harzmeier*, NZG 2015, 1289, 1290; vgl. BGH, Urteil vom 05. Juni 1975 – II ZR 23/74 –, Rn. 11, juris.

¹¹⁵ Vgl. BGH, Urteil vom 09. November 1987 – II ZR 100/87 –, Rn. 14, juris; BGH, Urteil vom 12. Juli 1993 – II ZR 65/92 –, Rn. 13, juris; OLG Düsseldorf, Urteil vom 14. März 1996 – 6 U 119/94 –, Rn. 118, juris m.w.N.; *Merkt*, in: Münchener Kommentar GmbHG, 3. Auflage 2018, § 13 Rn. 186 ff. mit Überblick über den Meinungsstand.

¹¹⁶ *Verse*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, GmbHG § 14, Rn. 115; vgl. *Fleischer/Harzmeier*, NZG 2015, 1289, 1297; *Lieder*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbH-Gesetz, 3. Aufl. 2017, GmbHG § 13 Rn. 150; *Merkt*, in: Münchener Kommentar GmbHG, 3. Auflage 2018, § 13 Rn. 92.

¹¹⁷ *Merkt*, in: Münchener Kommentar GmbHG, 3. Auflage 2018, § 13 Rn. 105 ff. m.w.N. auch zu früheren a.A.; *Lieder*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbH-Gesetz, 3. Aufl. 2017, GmbHG § 13 Rn. 146. Der Gläubigerschutz hat seit der Trihotel-Entscheidung des BGH (Urteil vom 16.07.2007 – II ZR 3/04, juris) seine dogmatische Grundlage in der deliktischen Innenhaftung im Rahmen des § 826 BGB.

¹¹⁸ BGH, Urteil vom 05. Juni 1975 – II ZR 23/74 –, Rn. 11, juris; OLG München, Urteil vom 14. August 2014 – 23 U 4744/13 –, Rn. 84, juris; *Merkt*, in: Münchener Kommentar GmbHG, 3. Auflage 2018, § 13 Rn. 123; *Lieder*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbH-Gesetz, 3. Aufl. 2017, GmbHG § 13 Rn. 166.

lungsspielraum zu, der nicht durch die Treuepflicht verengt werden darf.¹¹⁹ Da auch für Weisungen in Geschäftsführungsangelegenheiten das Mehrheitsprinzip gilt, begründet die Ausnutzung einer bestehenden Mehrheit in der Gesellschafterversammlung allein noch keinen gegen die Treuepflicht verstoßenden Missbrauch des Stimmrechts.¹²⁰ Erst wenn die Mehrheit der Stimmen aus **sachfremden Erwägungen** die Gesellschaft oder Mitgesellschafter schädigt, kann dies ein treuwidriges Gebrauchen des Stimmrechts darstellen.¹²¹ Typische Fälle der Treuwidrigkeit sind daher unberechtigte Vermögensvorteile für einzelne Gesellschafter oder sachlich nicht legitimierte Konzern-interessen.¹²²

Im Gegensatz zu Weisungen in Geschäftsführungsangelegenheiten ist bei Grundlagenänderungen, insbesondere bei **Satzungsänderungen**, grundsätzlich eine Orientierung an eigenen Interessen des Gesellschafters zulässig, ohne dass dies die Treuepflicht verletzt.¹²³

Die Treuepflicht gebietet es, den **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** zu beachten. Die Maßnahme muss daher für die Durchsetzung der Interessen des Gesellschafters geeignet und erforderlich sein und darf nicht außer Verhältnis zu dem den Mitgesellschaftern bzw. der Gesellschaft zugefügten Schaden stehen.¹²⁴

c) Möglichkeiten der Einflussnahme des Aufsichtsrats

Im Gesellschaftsvertrag der GmbH kann ein Aufsichtsrat vorgesehen werden (sog. fakultativer Aufsichtsrat).¹²⁵ Im Gesellschaftsvertrag können Zusammensetzung, qualifizierte Mehrheiten, Vetorechte und Aufteilung der Aufgaben und Kompetenzen auf Geschäftsführung, Aufsichtsrat und Gesellschafter sehr weitgehend individuell geregelt werden.¹²⁶ Beschäftigt die GmbH mehr als 500 Arbeitnehmer, muss ein Aufsichtsrat gebildet werden (sog. obligatorischer Aufsichtsrat). Der Aufsichtsrat muss dann zu einem Drittel aus Vertretern der Arbeitnehmer bestehen.¹²⁷

Der Aufsichtsrat tritt grundsätzlich nicht nach außen auf, sondern handelt als reines Innenorgan rechtlich nur nach innen. Sofern es keine abweichenden Regelungen im Gesellschaftsver-

¹¹⁹ OLG Düsseldorf, Urteil vom 14. März 1996 – 6 U 119/94 –, Rn. 122 ff., juris; OLG Stuttgart, vgl. auch Urteil vom 12. Mai 1999 – 20 U 62/98 –, Rn. 134, juris; *Merkt*, in: Münchener Kommentar GmbHG, 3. Auflage 2018, § 13 Rn. 124; *Lieder*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbH-Gesetz, 3. Aufl. 2017, GmbHG § 13 Rn. 166; *Verse*, in: Hensler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, GmbHG § 14 Rn. 104.

¹²⁰ *Merkt*, in: Münchener Kommentar GmbHG, 3. Auflage 2018, § 13 Rn. 111; *Lieder*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbH-Gesetz, 3. Aufl. 2017, GmbHG § 13 Rn. 162.

¹²¹ *Merkt*, in: Münchener Kommentar GmbHG, 3. Auflage 2018, § 13 Rn. 111.

¹²² *Lieder*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbH-Gesetz, 3. Aufl. 2017, GmbHG § 13 Rn. 166.

¹²³ *Merkt*, in: Münchener Kommentar GmbHG, 3. Auflage 2018, § 13 Rn. 116.

¹²⁴ BGH, Urteil vom 16. Februar 1981 – II ZR 168/79 –, Rn. 16; BGH, Urteil vom 05. Juli 1999 – II ZR 126/98 –, Rn. 10; *Merkt*, in: Münchener Kommentar GmbHG, 3. Auflage 2018, § 13 Rn. 89, 93.

¹²⁵ Vgl. § 52 GmbHG.

¹²⁶ Vgl. § 52 I Hs. 2 GmbHG.

¹²⁷ § 1 I Nr. 3 DrittelbG. Beschäftigt eine GmbH mehr als 2000 Arbeitnehmer, liegt das Verhältnis gemäß Mitbestimmungsgesetz bei 1 zu 1.

trag gibt, ist seine Hauptaufgabe die Überwachung und Beratung der Geschäftsführer.¹²⁸ Zu diesem Zweck hat er umfangreiche Einsichts- und Informationsrechte.

Geschäftsführungsaufgaben übernimmt der Aufsichtsrat nicht, sofern die Satzung dem Aufsichtsrat nicht weitere Kompetenzen übertragen hat.¹²⁹ Möglich sind etwa Zustimmungsvorbehalte für bestimmte Geschäfte oder die Zuständigkeit zur Festlegung grundlegender Leitlinien. Trotz Bestellung eines Aufsichtsrats, bleibt die Gesellschafterversammlung oberstes Organ. Der Aufsichtsrat hat nur die Geschäftsführer als Organ, nicht aber die Geschäftsführung der Gesellschafterversammlung zu überwachen, etwa wenn diese den Geschäftsführern eine Weisung erteilt.¹³⁰

Die Mitglieder des Aufsichtsrats werden nach § 52 GmbHG i.V.m. § 101 I AktG grundsätzlich durch Beschluss der Gesellschafterversammlung mit einfacher Mehrheit bestellt. Die Satzung kann einem Gesellschafter auch das Recht zur Entsendung eines Aufsichtsratsmitglieds zubilligen. Dies kommt in der Praxis häufig bei kommunalen GmbHs zugunsten der beteiligten Gemeinde vor.

Die Mitglieder des Aufsichtsrates einer AG sind dem Interesse der Gesellschaft verpflichtet und müssen im Grundsatz ohne Bindung an Weisungen agieren.¹³¹ Dies gilt durch den Verweis von § 52 I GmbHG auf § 111 AktG zunächst auch für die GmbH und zwar gleichermaßen für gewählte wie für entsandte Mitglieder.¹³² Die Vorschriften der Gemeindeordnungen, nach denen auch Vertreter der Gemeinden in Aufsichtsräten an Beschlüsse des Rates und seiner Ausschüsse gebunden sind,¹³³ vermögen hieran nichts zu ändern. Die aus dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip und der Selbstverwaltungsgarantie herleitbaren kommunalen Kontroll- und Einwirkungspflichten bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch privatrechtliche Eigen- oder Beteiligungsgesellschaften führen nicht zu einer Modifizierung oder Suspendierung entgegenstehender Vorschriften des privaten Gesellschaftsrechts. Vielmehr hat der Staat selbst die Rechtsform für die ihm obliegende Aufgabenwahrnehmung zu wählen, die die erforderlichen Einwirkungsmöglichkeiten gewährleistet.¹³⁴ Sie könnten nur im Rahmen des gesellschaftsrechtlichen Instrumentariums umgesetzt werden. Das Gesellschaftsrecht geht als Bundesrecht nach Art. 31 GG den Gemeindeordnungen als Landesrecht vor und das kommunale Weisungsrecht gilt nur, soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist.¹³⁵

¹²⁸ Spindler, in: Münchener Kommentar GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 52 Rn. 33.

¹²⁹ Spindler, in: Münchener Kommentar GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 52 Rn. 276 f.

¹³⁰ Spindler, in: Münchener Kommentar GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 52 Rn. 268.

¹³¹ BVerfG, Urteil vom 07. November 2017 – 2 BvE 2/11 –, juris Rn. 225 m.w.N.; BGH, Urteil vom 18. September 2006 – II ZR 137/05 –, Rn. 18; BGH, Urteil vom 29. Januar 1962 – II ZR 1/61 –, juris Rn. 33 jeweils m.w.N.

¹³² Vgl. BGH, Urteil vom 18. September 2006 – II ZR 137/05 –, Rn. 18, juris; Spindler, in: Münchener Kommentar GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 52 Rn. 217 m.w.N., insbesondere Fn. 728 und Rn. 224.

¹³³ Vgl. etwa § 113 I 2 GO NRW.

¹³⁴ BVerfG, Urteil vom 07. November 2017 – 2 BvE 2/11 –, juris Rn. 225.

¹³⁵ Vgl. Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 12. Dezember 2006 – 15 B 2625/06 –, Rn. 8, juris zu einer kommunalen GmbH und Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 09. Februar 2012 – 8 A 2043/10 –, Rn. 74, juris zu einer AG mit kommunaler Beteiligung; offengelassen in BGH, Urteil vom 29. Januar 1962 – II ZR 1/61 –, Rn. 27, juris m.w.N. auch zur Gegenauffassung.

Nach § 52 I GmbHG sind die Vorschriften des Aktienrechts über den Aufsichtsrat auf die GmbH jedoch nur entsprechend anzuwenden, soweit nicht im Gesellschaftsvertrag anderes bestimmt ist. Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Urteil vom 31.8.2011 für den fakultativen Aufsichtsrat einer GmbH daher klargestellt, dass vom Aktiengesetz abweichende Regelungen im Gesellschaftsvertrag zulässig sind.¹³⁶ Hierfür reicht es aber nicht, dass der Gesellschaftsvertrag lediglich die in § 52 I GmbHG aufgeführten Vorschriften des Aktienrechts für unanwendbar erklärt. Der Gesellschaftsvertrag muss die gesetzliche Regelung durch eine andere Regelung ersetzen, die genügend bestimmt ist, um zusammen mit den nicht abbedungenen gesetzlichen Vorschriften die Zusammensetzung des Aufsichtsrats, seiner Aufgaben, Befugnisse und seiner Verfahrensweise zweifelsfrei erkennen zu lassen.¹³⁷ Im Rahmen der Auslegung kann das normative Umfeld, also insbesondere die die Gemeinde bindenden Vorschriften des Verfassungs- und Gesetzesrechts, berücksichtigt werden. Hierzu gehört auch ein in der Gemeindeordnung vorgeschriebenes Weisungsrecht der Gemeinde gegenüber den von ihr vorgeschlagenen Mitgliedern des Aufsichtsrats. Es spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass die Gemeinde die gesetzlichen Voraussetzungen für ihre Beteiligung an einer derartigen Gesellschaft einhalten und ein solches Weisungsrecht vereinbaren wollte.¹³⁸

5. GmbH & Co. KG

Die GmbH & Co. KG ist eine Sonderform der Kommanditgesellschaft. In einer Kommanditgesellschaft gibt es neben einem geschäftsführenden Gesellschafter, der persönlich und unbeschränkt haftet (Komplementär), mindestens einen Gesellschafter der von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist und dessen Haftung auf die im Handelsregister eingetragene Haftungssumme beschränkt ist (Kommanditist). Die Besonderheit der GmbH & Co. KG besteht darin, dass die Stellung des eigentlich unbeschränkt persönlich haftenden Komplementärs durch eine GmbH eingenommen wird. Dies bewirkt eine Haftungsbeschränkung für die hinter der GmbH stehenden Personen. Die GmbH & Co. KG ist als Personengesellschaft keine juristische Person, sondern in ihrem Bestehen von den Gesellschaftern abhängig. Sie kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen.

In der GmbH & Co. KG liegt die Befugnis zur Geschäftsführung und zur Vertretung der Gesellschaft bei der Komplementär-GmbH (§§ 164, 170 HGB). Diese handelt als juristische Person durch ihren Geschäftsführer. Mittelbar wird die GmbH Co. KG daher durch den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH verwaltet. Die Kommanditisten sind – soweit nichts anderes im Gesellschaftsvertrag geregelt ist – von der Geschäftsführung ausgeschlossen, § 164 HGB. Sie können der geschäftsführenden Komplementär-GmbH weder Weisungen erteilen noch ihren Handlungen widersprechen. Kommanditisten können daher auch nicht auf die Geschäftsführung einwirken, indem sie einen Gesellschafterbeschluss bewirken.¹³⁹

¹³⁶ BVerwG, Urteil vom 31. August 2011 – 8 C 16/10 –, Rn. 23, juris.

¹³⁷ BVerwG, Urteil vom 31. August 2011 – 8 C 16/10 –, Rn. 23, juris.

¹³⁸ BVerwG, Urteil vom 31. August 2011 – 8 C 16/10 –, Rn. 27 f., juris.

¹³⁹ Vgl. OLG Hamm, Urteil vom 28. Oktober 2015 – I-8 U 73/15 –, Rn. 43, juris m.w.N.; Roth, in: Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch, 38. Aufl. 2018, § 164 Rn. 1, Anhang nach § 177a Rn. 26.

Von Befugnis zur alleinigen Geschäftsführung der Komplementär-GmbH nicht mehr erfasst sind Geschäftsführungsmaßnahmen, die über den gewöhnlichen Betrieb hinausgehen. Diese außergewöhnlichen Geschäfte sind solche, die wegen ihres Inhalts (z.B. einschneidende Änderung der Struktur des Unternehmens) und Zwecks (z.B. Maßnahmen außerhalb des Unternehmensgegenstands) oder ihrer Bedeutung und der mit ihnen verbundenen Gefahr für die Gesellschafter Ausnahmecharakter tragen.¹⁴⁰ In diese Fallgruppe gehört in der Regel auch die Entscheidung Betriebe zu schließen, solange sie nicht im Zuge moderner Rationalisierung üblich ist.¹⁴¹ Für außergewöhnliche Geschäfte ist ein einstimmiger Beschluss aller Gesellschafter, also einschließlich der Kommanditisten erforderlich, §§ 164 S. 1, 116 II HGB, sofern nicht der Gesellschaftsvertrag eine Mehrheitsklausel enthält.¹⁴² Hierbei muss jeder Gesellschafter seine Stimme uneigennützig und zur Förderung des Gesellschaftszwecks abgeben. Bei der Frage, was dem Wohl der Gesellschaft dient, steht den Gesellschaftern jedoch ein weiter und gerichtlich nur in engen Grenzen überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu.¹⁴³

Daneben gibt es die Kategorie der Geschäfte, die die Grundlagen der Gesellschaft betreffen, sog. Grundlagengeschäfte. Deren Vornahme ist von vornherein nicht von der Geschäftsführungsbefugnis erfasst. Hier ist ebenfalls ein einstimmiger Gesellschafterbeschluss notwendig, soweit im Gesellschaftsvertrag nicht anderes vereinbart ist.¹⁴⁴ Für die Abgrenzung zwischen außergewöhnlichen und grundlegenden Geschäften ist entscheidend, ob und wie die Maßnahme das Verhältnis der Gesellschafter untereinander betrifft. Ein Grundlagengeschäft liegt etwa vor, wenn der Geschäftsbetrieb ganz oder in wesentlichen Teilen aufgegeben wird.¹⁴⁵ Bei Entscheidungen über Grundlagengeschäfte unterliegen die Gesellschafter nur der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht.¹⁴⁶

Die GmbH & Co. KG ist als Organisationsform von Betrieben der öffentlichen Hand regelmäßig so konstruiert, dass die Gemeinde mindestens die Mehrheit der Kommanditanteile der Gesellschaft hält, sowie die Geschäftsanteile an der Komplementär-GmbH.¹⁴⁷ Sie kann daher grundsätzlich über die Komplementär-GmbH die Geschäftsführung der GmbH & Co. KG steuern. Bei außergewöhnlichen oder Grundlagengeschäften ist ein einstimmiger Gesellschafterbeschluss notwendig.

¹⁴⁰ *Jickeli*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 4. Aufl. 2016, § 116 Rn. 7.

¹⁴¹ *Jickeli*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 4. Aufl. 2016, § 116 Rn. 33.

¹⁴² *Jickeli*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 4. Aufl. 2016, § 116 Rn. 36; *Roth*, in: Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch, 38. Aufl. 2018, § 164 Rn. 2.

¹⁴³ *Jickeli*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 4. Aufl. 2016, § 116 Rn. 37.

¹⁴⁴ *Roth*, in: Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch, 38. Aufl. 2018, § 114 Rn. 3.

¹⁴⁵ *Jickeli*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 4. Aufl. 2016, § 116 Rn. 33.

¹⁴⁶ Vgl. *Jickeli*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 4. Aufl. 2016, § 116 Rn. 6; *Grunewald*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2012, § 161 Rn. 30, 65.

¹⁴⁷ *Gay/Neudert*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 3. Aufl. 2015, Rn. 264.

6. Aktiengesellschaft (AG)

a) Allgemeines

Wie die GmbH ist die AG eine eigenständige juristische Person, bei der die Haftung auf das Grundkapital beschränkt ist. Die AG ist im Vergleich zur GmbH die umfassend geregelte Rechtsform mit geringeren Gestaltungsmöglichkeiten in der Satzung. Dies schränkt auch den Einfluss der öffentlichen Hand ein. Die Form der AG ist daher nach den Gemeindeordnungen mitunter nachrangig¹⁴⁸ oder ganz ausgeschlossen¹⁴⁹.

In der Aktiengesellschaft ist der Vorstand zuständig für die Geschäftsführung (§ 77 Abs. 1 AktG) und die Leitung des Unternehmens (§ 76 Abs. 1 AktG). Die Unternehmensleitung umfasst u.a. die Entwicklung der strategischen Ausrichtung des Unternehmens und die Festlegung der Unternehmenspolitik.¹⁵⁰ Die Geschäftsführung und Unternehmensleitung ist dem Vorstand vorbehalten, er handelt insoweit eigenverantwortlich und weisungsfrei. Daher können weder die Hauptversammlung, noch der Aufsichtsrat, noch Dritte dem Vorstand Weisungen erteilen.¹⁵¹ Maßstäblich für die Beurteilung des Handelns der Geschäftsführung ist der objektive Verhaltensstandard des § 93 I 1 AktG („Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“).

Der Aufsichtsrat überwacht und berät den Vorstand. Maßnahmen der Geschäftsführung können dem Aufsichtsrat nach § 111 Abs. 4 S. 1 AktG nicht übertragen werden. Allerdings ist es nach § 111 Abs. 4 S. 2 möglich, bestimmte Arten von Geschäften von der Zustimmung des Aufsichtsrats abhängig zu machen. Die Mitglieder des Aufsichtsrats werden von der Hauptversammlung gewählt. Daneben ist es möglich, dass die Satzung bestimmten Aktionären das Recht verleiht, Mitglieder in den Aufsichtsrat zu entsenden.¹⁵² Ein entsandtes Aufsichtsratsmitglied kann jederzeit abberufen und durch ein neues ersetzt werden.¹⁵³ Die Mitglieder des Aufsichtsrates sind gesellschaftsrechtlich dem Interesse der Gesellschaft verpflichtet und müssen im Grundsatz ohne Bindung an Weisungen agieren.¹⁵⁴ Dies dient dem Schutz von Minderheitsaktionären und außenstehender Gläubiger. Die Weisungsfreiheit gilt gleichermaßen für gewählte wie für entsandte Mitglieder des Aufsichtsrats.¹⁵⁵

Die in den Gemeindeordnungen grundsätzlich vorgesehene Bindung der Vertreter der Gemeinde in Gesellschafterversammlungen, Aufsichtsräten oder entsprechenden Organen an die Interessen der Gemeinde und das dort vorgesehene Weisungsrecht der privaten Rechtsformen findet ihre Grenzen in den gesellschaftsrechtlich gegebenen Einflussmöglichkeiten. Auch

¹⁴⁸ § 108 V GO NRW, § 103 II GO BW.

¹⁴⁹ § 68 IV 2 KV M-V.

¹⁵⁰ vgl. Ziff. 4.1.2 Deutscher Corporate Governance Kodex; *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 76 AktG Rn. 7.

¹⁵¹ vgl. § 76 I, § 77 I und § 119 Abs. 2 AktG; *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 76 AktG Rn. 8 f.

¹⁵² § 101 II 1 AktG.

¹⁵³ § 103 II 1 AktG.

¹⁵⁴ BVerfG, Urteil vom 07. November 2017 – 2 BvE 2/11 –, juris Rn. 225 m.w.N.; BGH, Urteil vom 18. September 2006 – II ZR 137/05 –, juris Rn. 18; BGH, Urteil vom 29. Januar 1962 – II ZR 1/61 –, juris Rn. 33 m.w.N.

¹⁵⁵ BGH, Urteil vom 18. September 2006 – II ZR 137/05 –, BGHZ 169, 98-109, Rn. 18.

wenn sich die kommunalen Kontroll- und Einwirkungspflichten bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch privatrechtliche Eigen- oder Beteiligungsgesellschaften auf das Rechtsstaats- und Demokratieprinzip und die Selbstverwaltungsgarantie zurückführen lassen, führt dies grundsätzlich nicht zu einer Modifizierung oder Suspendierung entgegenstehender Vorschriften des privaten Gesellschaftsrechts. Vielmehr sind diese Einwirkungen im Rahmen des gesellschaftsrechtlichen Instrumentariums umzusetzen.¹⁵⁶

Die Aktionäre üben ihre Rechte in der Hauptversammlung aus. Im Gegensatz zur Gesellschafterversammlung der GmbH sind die Rechte der Hauptversammlung deutlich begrenzt. Sie entscheidet nur in den in § 119 AktG genannten Fällen. Dazu gehören die Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern und Satzungsänderungen. Über Fragen der Geschäftsführung kann die Hauptversammlung nur entscheiden, wenn der Vorstand es verlangt.¹⁵⁷ Eine Satzungsänderung, die den Unternehmensgegenstand ändert, bedarf einer Mehrheit von drei Viertel des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals.¹⁵⁸

Die Hauptversammlung kann zwar dem Vorstand keine Weisungen in Geschäftsführungsangelegenheiten geben. Sie kann jedoch – etwa anlässlich der Entscheidung über die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat – ihre Auffassung über Geschäftsführungsangelegenheiten beraten und auch durch Beschlussfassung festhalten.¹⁵⁹ Dieser Beschluss ist für den Vorstand rechtlich nicht bindend, dürfte ihn in der Praxis aufgrund der zukünftigen Einwirkungsmöglichkeiten der Hauptversammlung (sie kann z.B. über die Bestellung des Aufsichtsrats mittelbar auf die personelle Zusammensetzung des Vorstands Einfluss nehmen oder die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat verweigern) gleichwohl nicht völlig unberührt lassen. Der Vorstand kann hierauf dann auch mit der Vorlage einer Geschäftsführungsfrage an die Hauptversammlung nach § 119 Abs. 2 AktG reagieren.

b) Konzernrechtliche Beschränkungen

Sind Unternehmen als Konzerne mit Mutter- und Tochtergesellschaften organisiert oder anders untereinander verflochten, können Beherrschungs- und Abhängigkeitsverhältnisse bestehen, in denen zum Schutz der Gläubiger die Handlungsmöglichkeiten des beherrschenden Unternehmens eingeschränkt werden. Hieraus können sich auch für eine Gemeinde Beschränkungen der Einflussnahme ergeben.

Die §§ 311 ff AktG enthalten detaillierte Regelungen über die Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens bei Fehlen eines Beherrschungsvertrags. Nach § 311 Abs. 1 AktG darf ein herrschendes Unternehmen eine beherrschte Aktiengesellschaft nur dann veranlassen, ein für diese nachteiliges Rechtsgeschäft vorzunehmen oder Maßnahme zu ihrem Nachteil zu treffen, wenn sie diesen Nachteil ausgleicht. Zur Absicherung des Ausgleichs

¹⁵⁶ Vgl. BVerfG, Urteil vom 07. November 2017 – 2 BvE 2/11 –, juris Rn. 225; Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 09. Februar 2012 – 8 A 2043/10 –, Rn. 51 ff. juris jeweils m.w.N.; siehe auch *Katz*, NVwZ, 2018, 1091 ff. mit Nachweisen zu abweichenden Auffassungen in der Literatur.

¹⁵⁷ § 119 Abs. 2 AktG.

¹⁵⁸ § 179 Abs. 2 1 AktG.

¹⁵⁹ *Kubis*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl. 2018, § 119 Rn. 18 m.w.N.

besteht ein entsprechender Anspruch des beherrschten Unternehmens, § 317 AktG. Die Einflussnahme der beherrschenden Gesellschaft auf die abhängige Gesellschaft an sich, etwa durch Ausübung ihres Stimmrechts in der Hauptversammlung oder Stellungnahmen der ihr nahe stehenden Mitglieder des Aufsichtsrats der beherrschten Gesellschaft wird hierdurch aber nicht unzulässig.¹⁶⁰ Der Begriff des Veranlassens im Sinne von § 311 Abs. 1 AktG ist weit zu verstehen. Es genügt jedes Handeln des herrschenden Unternehmens, das von der abhängigen Gesellschaft als Ausdruck des Wunsches zu verstehen ist, sie möge sich in bestimmter Weise verhalten.¹⁶¹ Erfasst ist grundsätzlich auch die Ausübung des Stimmrechts in der Hauptversammlung.¹⁶²

Vor dem Hintergrund, dass das Aktiengesetz der Mehrheit der Aktionäre das Recht zugesprochen hat, auch unabhängig vom Vorliegen eines sachlichen Grundes die Auflösung der Gesellschaft und über den Unternehmensgegenstand und die Gewinnverwendung zu beschließen, sind allerdings nach zutreffender und herrschender Auffassung die §§ 311 ff. AktG auf Maßnahmen im Zusammenhang mit der Auflösung, Gegenstandsänderung und Gewinnverwendung in Ermangelung des nachteiligen Charakters dieser Maßnahmen nicht anwendbar.¹⁶³ Der Nachteilsbegriff des § 311 AktG wird vor dem Hintergrund der auf den Schutz der Vermögensinteressen der abhängigen Gesellschaft und ihrer Minderheitsgesellschafter und Gläubiger gerichteten Zielsetzung der Vorschrift interpretiert. Er umfasst jede Minderung oder konkrete Gefährdung der Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft ohne Rücksicht auf Quantifizierbarkeit, soweit sie als Abhängigkeitsfolge eintritt.¹⁶⁴ Abhängigkeitsfolge ist die Beeinträchtigung der Vermögens- und Ertragslage dann nicht, wenn sich ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft ebenso verhalten hätte. Maßstäblich für die Beurteilung des Handelns ist daher der objektive Verhaltensstandard des § 93 I 1 AktG („Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“). Bei der Beurteilung, ob eine Maßnahme nachteilig ist, ist auch der bestehende Unternehmensgegenstand ein wichtiger Bezugspunkt.¹⁶⁵ Bei Gesellschaften, deren Unternehmensgegenstand auch der Umweltschutz ist, ist daher auch ein Verzicht auf Gewinne nicht sorgfaltswidrig, denn auch ein Vorstand einer unabhängigen Gesellschaft mit gleicher Zielsetzung handelt nicht pflichtwidrig, wenn er zugunsten des Umweltschutzes auf Gewinne verzichtet.¹⁶⁶ Dies ist etwa in Hannover der Fall - enercity (s. u. VI. 1. c)).

¹⁶⁰ *Altmeyden*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl. 2015, AktG § 311 Rn. 404.

¹⁶¹ *Altmeyden*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl. 2015, AktG § 311 Rn. 76.

¹⁶² *Altmeyden*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl. 2015, AktG § 311 Rn. 117, 119, 125 f.

¹⁶³ vgl. BGH, Urteil vom 01. Februar 1988 – II ZR 75/87 zur Auflösung; OLG Köln, Urteil vom 08. Dezember 2011 – I-18 U 217/11 –, Rn. 21, juris zur Gewinnverwendung; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 8. Aufl. 2016, § 311 AktG Rn. 30a m.w.N.; a.A. *Müller*, in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 3. Aufl. 2015, § 311 Rn. 21; *Altmeyden*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl. 2015, AktG § 311 Rn. 121 ff.

¹⁶⁴ BGH, Urteil vom 04. Dezember 2012 – II ZR 17/12 –, Rn. 32, juris, m.w.N.; BGH, Urteil vom 01. März 1999 – II ZR 312/97 –, Rn. 9, juris; *Koch*, in: Hüffer/Koch, Aktiengesetz, 13. Aufl. 2018, AktG § 311 Rn. 24 m.w.N.

¹⁶⁵ *Müller*, in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 3. Aufl. 2015, § 311 Rn. 31a; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 8. Aufl. 2016, § 311 AktG Rn. 41.

¹⁶⁶ Vgl. *Müller*, in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 3. Aufl. 2015, § 311 Rn. 31a; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 8. Aufl. 2016, § 311 AktG Rn. 41.

Bei der aus ex-ante-Perspektive zu beurteilenden¹⁶⁷ Frage, ob das Leitungsorgan bei der Führung der Geschäfte die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters im Sinne des § 93 I 1 AktG angewendet hat, ist ihm ein weiter Handlungsspielraum zuzubilligen. Ohne diesen Handlungsspielraum ist eine unternehmerische Tätigkeit schlichtweg nicht denkbar.¹⁶⁸ Dieser Handlungsspielraum ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erst dann verlassen, „wenn die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewusstsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muss, deutlich überschritten sind, die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt worden oder das Verhalten des Vorstands aus anderen Gründen pflichtwidrig ist.“¹⁶⁹ Dies ist inzwischen inhaltsgleich als „business judgment rule“ in § 93 Abs. 1, S. 2 AktG kodifiziert: „Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“

Nur wenn die Maßnahme gegenüber dem beherrschten Unternehmen

- a) weder Gegenstandsänderung noch Auflösung (noch Entscheidung über die Gewinnverwendung) ist und
- b) sich wirtschaftlich auf das beherrschte Unternehmen nachteilig auswirkt

muss das beherrschende Unternehmen den Nachteil ausgleichen. Unterlässt es dies, so hat die abhängige Gesellschaft einen Schadensersatzanspruch nach § 317 AktG. Das bedeutet für ein Bürgerbegehren, dass von einem beherrschten Unternehmen keine Maßnahme verlangt werden kann, bei deren Umsetzung die Kommune bzw. – bei mittelbarer Einwirkung auf den Zwischenstufen – das jeweilige herrschende Unternehmen sich zu einer solchen Ersatzleistung verpflichtet, welche (bei der Kommune) dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit¹⁷⁰ bzw. (beim Unternehmen:) dem business judgment rule / der Gesellschaftstreue widerspricht. Relevant wird dies also, wenn das beherrschte Unternehmen, das am Ende der Kette das Kraftwerk betreibt, durch die Weisung erhebliche Verluste erleidet, deren geschuldeter Ersatz außer Verhältnis zu dem Nutzen für den öffentlichen Zweck (der Kommune) bzw. dem Unternehmensgegenstand (des beherrschenden Unternehmens) steht. Das ist im Einzelfall zu prüfen; nicht schon jede Ersatzleistungspflicht stellt insofern ein Problem dar.

Besteht zwischen den Gesellschaften ein Beherrschungsvertrag oder ist die abhängige Gesellschaft eine eingegliederte Tochtergesellschaft, gelten abweichende Regeln. In diesen Fällen kann die Hauptgesellschaft dem Vorstand der Tochtergesellschaft Weisungen zur Leitung der

¹⁶⁷ BGH, Urteil vom 03. März 2008 – II ZR 124/06 –, Rn. 19, juris.

¹⁶⁸ BGH, Urteil vom 31. Mai 2011 – II ZR 141/09 –, Rn. 32; BGH, Urteil vom 03. März 2008 – II ZR 124/06 –, Rn. 11, juris; BGH, Urteil vom 21. April 1997 – II ZR 175/95 –, Rn. 22, juris.

¹⁶⁹ BGH, Urteil vom 31. Mai 2011 – II ZR 141/09 –, Rn. 32; BGH, Urteil vom 03. März 2008 – II ZR 124/06 –, Rn. 11, juris.

¹⁷⁰ S.u. V. 2.

Gesellschaft erteilen.¹⁷¹ Zulässig sind auch für die Tochtergesellschaft nachteilige Weisungen.¹⁷² Anders als bei einem eingegliederten Unternehmen,¹⁷³ müssen die nachteiligen Weisungen bei einem beherrschten Unternehmen allerdings den Belangen des herrschenden Unternehmens oder eines konzernverbundenen Unternehmens dienen.¹⁷⁴

V. Weitere Schranken des kommunalen Handelns

Für die Gemeinden und staatlichen Stellen gibt es neben dem eben erörterten gesellschaftsrechtlichen Rahmen auch noch zusätzliche rechtliche Vorgaben aus der Verfassung und dem Haushalts- und Kommunalrecht, die ebenfalls zu beachten sind. Diese Schranken sind nicht nur anzuwenden für den Fall des Einwirkens auf ein Unternehmen, sondern für alle Fallgruppen kommunalen Handelns. Im Folgenden werden daher die Grundrechtsbindung (1.), die kommunalrechtlichen Wirtschaftsgrundsätze (2.) und die bestehenden vertraglichen Bindungen (3.) als weitere Grenzen möglicher Bürgerbegehren in diesem Bereich dargestellt.

1. Grundrechtsbindung

Die gesamte Staatsverwaltung, also auch die Gemeinde, ist an die Grundrechte gebunden, Art. 1 Abs. 3 GG.

Die Organe der Gemeinde sind auch im Hinblick auf ihre Beteiligung an einem privatwirtschaftlich organisierten Unternehmen an die Grundrechte gebunden. Private Gesellschafter eines Unternehmens können sich daher gegenüber der öffentlichen Hand, die ebenfalls Anteile an dem Unternehmen hält, grundsätzlich auf ihre Grundrechte, insbesondere das Eigentumsgrundrecht berufen.¹⁷⁵ Das in einer Aktie oder einem GmbH-Gesellschaftsanteil verkörperte Anteilseigentum ist durch Art. 14 GG geschützt.¹⁷⁶ Hieraus folgen aber keine Handlungsschranken für die Ausübung der Stimmrechte durch die öffentliche Hand, die über diejenigen hinausgehen, die sich bereits aus dem Gesellschaftsrecht ergeben. Denn die bestehende gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung ist als verhältnismäßige Inhaltsbestimmung des Anteilseigentums anzusehen.¹⁷⁷ Gesellschaftsrechtlich zulässiges Handeln ist daher kein Grundrechtseingriff. Zudem berühren Gesellschafterbeschlüsse, die sich lediglich auf den Wert eines Anteils auswirken, schon gar nicht den Schutzbereich von Art. 14 I GG. Der bloße Vermögenswert des Anteilseigentums ist durch Art. 14 I GG nicht geschützt.¹⁷⁸

¹⁷¹ § 308 I 1 und § 323 I AktG.

¹⁷² § 308 I 2 AktG.

¹⁷³ Vgl. *Grunewald*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl. 2015, § 323 Rn. 2 ff.

¹⁷⁴ § 308 I 2 AktG.

¹⁷⁵ BVerfG, Urteil vom 22. Februar 2011 – 1 BvR 699/06 –, Rn. 55, juris.

¹⁷⁶ Vgl. BVerfG, Urteil vom 11. Juli 2012 – 1 BvR 3142/07 –, Rn. 52, juris; BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 07. September 2011 – 1 BvR 1460/10 –, Rn. 16, juris m.w.N. und bereits BVerfG, Urteil vom 07. August 1962 – 1 BvL 16/60 –, Rn. 47, juris.

¹⁷⁷ Vgl. beispielsweise BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 07. September 2011 – 1 BvR 1460/10 –, Rn. 16 f., juris.

¹⁷⁸ BVerfG, Urteil vom 11. Juli 2012 – 1 BvR 3142/07 –, Rn. 53, juris; *Papier/Shirvani*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 83. EL April 2018, Art. 14 Rn. 310.

Relevanter ist daher, dass auch ein privatwirtschaftlich organisiertes Unternehmen selbst an die Grundrechte gebunden sein kann, wenn die öffentliche Hand hieran beteiligt ist. Dies ist zunächst dann der Fall, wenn es vollständig im Eigentum der öffentlichen Hand steht.¹⁷⁹ Gebunden können aber auch gemischtwirtschaftliche Unternehmen sein, also Unternehmen, an denen sowohl private wie öffentliche Anteilseigner beteiligt sind. Sie sind dann an die Grundrechte gebunden, wenn sie vom Staat beherrscht werden. Dies ist in der Regel der Fall, wenn mehr als die Hälfte der Anteile im Eigentum der öffentlichen Hand stehen.¹⁸⁰ Die Grundrechtsbindung eines kommunalen Unternehmens kann sich u.a. auf das Verhältnis zu seinen Kunden auswirken. Hier wird vor allem das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs.1 GG relevant.

2. Wirtschaftsgrundsätze des Kommunalrechts

Das Kommunalrecht der Länder enthält spezielle an die Gemeinde gerichtete Vorgaben für die Führung ihrer kommunalen Unternehmen.

Wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinde sind danach so zu führen, dass der **öffentliche Zweck erfüllt** wird.¹⁸¹

Dieses Ziel ist **wirtschaftlich**, also unter Optimierung des Verhältnisses von Nutzen und Kosten zu erfüllen, wie zum Teil ausdrücklich verlangt wird.¹⁸² Die **Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit** sind aber auch ohne ausdrückliche Hervorhebung für die Gemeinden verbindlich.¹⁸³ Mit dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit wird das Verhältnis der einzusetzenden Mittel zu dem angestrebten Zweck der Mittelverwendung in den Blick genommen und eine möglichst günstige Relation angestrebt. Im Interesse einer ressourcenschonenden und effektiven Mittelverwendung soll ein bestimmtes Ergebnis mit möglichst geringem Mitteleinsatz erreicht beziehungsweise mit einem bestimmten Mitteleinsatz das bestmögliche Ergebnis erzielt werden.¹⁸⁴ Bei der Bestimmung der Ergebnis-Mittel-Relation zu beachten, dass es zulässig ist, durch die Art und Weise der Aufgabenerfüllung zahlreiche separate Nebenziele zu verfolgen.¹⁸⁵ Um das Primat der Politik zu wahren, ist Planungsentscheidungen zudem ein weiterer Spielraum einzuräumen als bei späteren Vollzugsentschei-

¹⁷⁹ BVerfG, Urteil vom 22. Februar 2011 – 1 BvR 699/06 –, Rn. 49 f., juris

¹⁸⁰ BVerfG, Urteil vom 22. Februar 2011 – 1 BvR 699/06 –, Rn. 53, juris

¹⁸¹ Vgl. z.B. § 122 I Nr. 1 HGO, § 75 I 1 KV MV, § 109 I 1 GO NW, § 116 I KSVG SL, § 94a IV SächsGemO, § 107 GO SH, § 102 III GO BW, § 87 IV GemO RP; Art. 95 I GO BY.

¹⁸² Vgl. Art. 95 I GO BY, § 87 IV GemO RP, § 102 IV 2 GO BW.

¹⁸³ *Oebbecke*, in: Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Aufl. 2012, § 9 Rn. 11; vgl. auch BVerwG, Urteil vom 09. November 2017 – 3 A 2/15 –, Rn. 32, juris: „allgemeingültige Leitlinie für die Verwendung öffentlicher Mittel“.

¹⁸⁴ BVerwG, Urteil vom 09. November 2017 – 3 A 2/15 –, Rn. 32, juris.

¹⁸⁵ Vgl. *Diemert*, in: BeckOK Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, 5. Edition, Stand: 01.09.2018, GO NRW § 75 Rn. 15 m.w.N.

dungen.¹⁸⁶ Die Gerichte überprüfen die Einhaltung dieses Grundsatzes daher auch nur zurückhaltend im Sinne einer Vertretbarkeitsprüfung.¹⁸⁷

Die Unternehmen sollen zudem zumeist einen **Ertrag** für den Haushalt der Gemeinde abwerfen, dessen Höhe häufig noch präzisiert wird.¹⁸⁸ Der **öffentliche Zweck** hat dabei **Vorrang** vor der Ertragserzielung.¹⁸⁹ Häufig steht das Gebot der Ertragserzielung in den Gemeindeordnungen ausdrücklich unter dem Vorbehalt, dass die Erfüllung des öffentlichen Zwecks nicht beeinträchtigt wird.¹⁹⁰ Sonst folgt der Vorrang daraus, dass die Erfüllung des öffentlichen Zwecks als Muss-Bestimmung formuliert ist, die Erzielung eines Überschusses lediglich als Soll-Vorschrift.¹⁹¹ Der Vorrang muss aber auch dort gelten, wo er nicht ausdrücklich normiert ist.¹⁹²

Die Erfüllung des öffentlichen Zwecks ist daher die Primäraufgabe, Gewinnerzielung nur nachgeordnetes Nebenziel. Diese eindeutig festgelegte Rangfolge zwischen öffentlichem Zweck und Ertragserzielung ist eine klare Handlungs- und Entscheidungsvorgabe für die an der Führung kommunaler Unternehmen beteiligten Personen und Gremien. Zur Sicherung des Primärziels können daher auch Verluste zulässig sein.¹⁹³

Nicht nur der eigentliche Unternehmenszweck ist der Ertragserzielung übergeordnet. Auch weitere öffentliche Zwecke darf die Gemeinde berücksichtigen. Gerade öffentliche Energieversorgungsunternehmen können daher aus ökologischen Gründen auf eine Gewinnmaximierung verzichten.¹⁹⁴ Es wird darauf hingewiesen, dass der Kohleausstieg aufgrund der aktuellen wirtschaftlichen Rahmendaten zudem durchaus wirtschaftlich sein kann.

3. Bestehende vertragliche Bindungen

Bestehende kommunale Unternehmen bzw. Unternehmen mit kommunaler Beteiligung sind gegenüber Abnehmern und Lieferanten vertraglich meist langfristig gebunden. Auf zivilrechtlicher Ebene ist daher auch bei der Abfassung eines Bürgerbegehrens das Vertragsrecht zu beachten. Insbesondere ist zu prüfen, inwieweit der Handlungsspielraum eines kommunalen Kraftwerksbetreibers oder Fernwärmenetzbetreibers durch Verträge gebunden ist. Hierbei ist

¹⁸⁶ Vgl. *Diemert*, in: BeckOK Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, 5. Edition, Stand: 01.09.2018, GO NRW § 75 Rn. 15 m.w.N.

¹⁸⁷ Vgl. Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 26. Oktober 1990 – 15 A 1099/87 –, Rn. 11, juris.

¹⁸⁸ Vgl. § 92 IV BbgKVerf, § 109 GO NRW, § 75 KV M-V, vgl. auch §§ 102 III, 103 III, GO BW

¹⁸⁹ *Oebbecke*, in: Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Aufl. 2012, § 9 Rn. 11; *Katz*, NVwZ, 2018, 1091, 1095; ausführlich *Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 3. Aufl. 2015, Kapitel C. Rn. 65-68.

¹⁹⁰ Vgl. § 97 IV BbgKVerf, § 121 VIII 1 HGO, § 109 I 2 GO NW.

¹⁹¹ Vgl. § 102 III GO BW, § 92 IV BbgKVerf, § 75 I 1, 2 KV MV, § 149 I NKomVG, § 109 GO NRW, § 85 III GemO RhPf, § 116 KSVG SL, § 94a IV SächsGemO, §§ 71 II und 75 I ThürKO; § 107 GO SH. Zum Teil wird eine Ertragserzielung auch nicht gefordert, vgl. Art. 95 I BayGO.

¹⁹² *Oebbecke*, in: Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Aufl. 2012, § 9 Rn. 11; Ein ausdrücklicher Vorrang fehlt in Sachsen-Anhalt.

¹⁹³ *Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 3. Aufl. 2015, Kapitel C. Rn. 66 f.

¹⁹⁴ *Oebbecke*, in: Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Aufl. 2012, § 9 Rn. 12.

zu beachten, dass die vertraglichen Beziehungen beim Stromliefergeschäft anders sind als beim Wärmeliefergeschäft, weshalb im Folgenden zunächst einige Besonderheiten der „Fernwärmewelt“ skizziert seien.

a)

Die Vertragsbeziehungen bei der Fernwärmeversorgung unterscheiden sich rechtlich und tatsächlich erheblich vom Strom- und Gasliefergeschäft (des EnWG). Während nämlich beim Strom (und auch beim Gas) eine Trennung (ein so genanntes „Unbundling“) zwischen Lieferanten und Netzbetreibern gemäß § 7 Abs. 1 EnWG in der Regel bestehen muss mit der Folge, dass der Netzbetreiber seine Aufgaben tatsächlich auf den eigenen Betrieb des Netzes zu beschränken hat (Wartung und Instandhaltung der Leitungen, etc.), ist dies bei der Wärme ganz anders: Hier besteht ein solches Erfordernis der Trennung zwischen Netz- und Liefergeschäft rechtlich explizit nicht. Dies hat zur Folge, dass der Wärmelieferant in der Regel auch immer noch derjenige ist, der das Netz (das Fern- oder Nahwärmenetz) ebenfalls mitbetreibt. Kurz: Er verkauft die Wärme an bei ihm kontrahierende Wärmekunden und nutzt dafür sein eigenes Wärmenetz. Hierfür werden die Wärmekunden (in der Regel die Immobilieneigentümer) an sein Wärmenetz angeschlossen und er liefert die von diesen Wärmekunden benötigte Wärme über sein Netz zu ihnen. Der umgekehrte Fall, dass ein Wärmeproduzent seine Wärme durch ein Wärmenetz eines anderen zu seinen Kunden durchleitet, stellt in der „Fernwärmewelt“ die absolute Ausnahme dar.¹⁹⁵ **Fazit 1:** Bei der Wärme ist der Wärmenetzbetreiber in der Regel auch der Wärmelieferant.

Hinzu kommt ein weiterer Unterschied zum Strom- und Gasliefergeschäft. Denn während dort die so genannten PPAs („Power Purchase Agreements“), also der Direktkauf vom Stromproduzenten, erst seit jüngster Zeit praktiziert werden, ist auch dies bei der Wärme anders. Denn in der „Fernwärmewelt“ ist der Wärmeerzeuger (Wärmeproduzent) in der Regel ebenfalls mit dem Wärmenetzbetreiber (und damit auch dem Wärmelieferanten) identisch. Das heißt, dass die Gesellschaft, die das Wärmenetz betreibt, oftmals auch die gleiche Gesellschaft ist, die das Kraftwerk betreibt, in dem die von ihr verkaufte und durch ihr Netz durchgeleitete Wärme produziert wird. Auch das unterscheidet sich erheblich von der Strom- und Gaswelt (des EnWG), wo der Lieferant über seine Bilanzkreise und Lieferantenrahmenverträge mit dem Netzbetreiber Strom von einem Kraftwerk einkauft und an einen Stromkunden liefert und verkauft. **Fazit 2:** Bei der Wärme ist der Wärmelieferant in der Regel nicht nur der Wärmenetzbetreiber, sondern auch der Wärmeproduzent. Es gilt also hier der klassische Begriff des allumfassenden Versorgers weiterhin: Ein großes Energieversorgungsunternehmen organisiert alles und wickelt alles ab.

Freilich gibt es von diesem Grundsatz immer mehr Ausnahmen. In den größeren Fernwärmenetzen hat sich (auch wenn das rechtlich nicht geboten ist) mittlerweile eine Praxis entwickelt,

¹⁹⁵ vgl. die Sektoruntersuchung Fernwärme des Bundeskartellamtes, Abschlussbericht gemäß § 32e GWB aus August 2012, S. 90f, Rn. 223 ff., veröffentlicht unter:
http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung%20Fernwaerme%20-%20Abschlussbericht.pdf?__blob=publicationFile&v=3

dass (trotz oftmals gleicher Eigentümerschaft) zwei getrennte Gesellschaften gebildet werden: Eine Kraftwerksgesellschaft und eine Fernwärmenetzbetriebsgesellschaft. In diesem Fall muss die Netzbetriebs-gesellschaft (die in der Regel aber der Wärmelieferant bleibt), dann freilich Bezugsverträge (Einkaufsverträge) mit der Kraftwerksgesellschaft schließen, um Wärme zu bekommen, die sie an ihre Fernwärmekunden verkaufen kann. Solche Einkaufsverträge sind ganz unterschiedlich. Manchmal sind sie langfristig, manchmal aber auch nur kurzfristig. Oftmals sind sie auch individuell verhandelt, so dass sich pauschale Aussagen hier nur schwer machen lassen.

Ganz anders sieht es mit den Wärmelieferverträgen im Endkundengeschäft aus, also dem Verkauf der Wärme durch den Fernwärmeversorger. Dieses Wärmelieferverhältnis beurteilt sich nach der **AVBFernwärmeV**¹⁹⁶ und laut § 32 Abs. 1 dieser Verordnung sind z.B. Erstlaufzeiten von zehn Jahren selbst AGB-rechtlich explizit zulässig. Hinzu kommt eine automatische Laufzeitverlängerung um jeweils weitere fünf Jahre, wenn keine der Seiten kündigt. Das bedeutet, dass die Lieferverträge zu den Wärmekunden in der Regel sehr langfristig sind. Aufgrund dieser Langfristigkeit enthalten diese Wärmelieferverträge in der Regel auch (mathematisch durchaus komplexe) Preisänderungsklauseln, mit denen der Wärmepreis über die lange Laufzeit jeweils automatisch angepasst wird, je nachdem, wie sich der Wärmemarkt und aber auch die Bezugskosten des Wärmelieferunternehmens (des Versorgungsunternehmens) ändern. § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV enthält hierzu sehr strenge Vorgaben an die Ausgestaltung der Preisänderungsklauseln¹⁹⁷. Konkret ist danach der Wärmepreis des Wärmekunden in der Regel auch vom Brennstoff- bzw. Einkaufspreis des Wärmelieferanten abhängig zu machen. Produziert der Wärmelieferant die Wärme selbst (aus Kohle) oder kauft er mittels eines Einkaufsvertrages (s.o.) die Wärme von einer, von seiner Gesellschaft unabhängigen Kohlekraftwerksbetreibergesellschaft ein, so hat dieser Preis Einfluss in den Wärmeendkundenpreis des letztendlichen Wärmekunden zu finden. Folge dessen ist: Wechselt der Brennstoff, muss in der Regel auch der Wärmepreis bzw. die Preisänderungsklausel in dem Wärmeliefervertrag mit dem Wärmekunden angepasst werden. Das bedeutet: Ein Ausstieg aus der Kohle hat in der Regel auch unmittelbare Folgen auf das Wärmelieferverhältnis mit dem Wärmekunden, indem es in der Regel preisbeeinflussend für dieses Wärmelieferverhältnis ist.

Zugleich zeigt dieser kurze Überblick über das Recht der Fernwärmelieferung aber auch Folgendes: In der Regel ist es jedem Fernwärmelieferanten problemlos möglich, in laufenden Wärmelieferverträgen den Brennstoff zu wechseln. Er braucht dazu noch nicht einmal die Zustimmung des Fernwärmekunden und eine Kündigungsmöglichkeit des Fernwärmekunden eröffnet dieser Wechsel des Brennstoffes in der Regel auch nicht. Gleiches gilt, wenn der Fernwärmelieferant nicht seinen selbst genutzten Brennstoff ändert, sondern wenn er Wärme von einer unabhängigen Kraftwerksgesellschaft zukauf und diese Gesellschaft (und damit die Art des Einkaufes seiner Wärme) ändert. Auch das ist in der Regel problemlos ohne Gefährdung des Wärmeliefervertrages mit seinem Wärmekunden möglich.

¹⁹⁶ Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme vom 20. Juni 1980 (BGBl. I S. 742), die zuletzt durch Artikel 16 des Gesetzes vom 25. Juli 2013 (BGBl. I S. 2722) geändert worden ist.

¹⁹⁷ näheres dazu u.a. bei Legler, ZNER 2010, 17 ff.

b)

Aus diesem zu a) kurz dargestellten Überblick über die Praxis und Rechtslage bei der Fernwärmeversorgung folgen für die vorliegende Frage eines möglichen Kohleausstiegs aus der Fernwärme folgende, durchaus wirtschaftlich relevante Aspekte:

- (1) Es muss von jedem Fernwärmelieferanten / Fernwärmenetzbetreiber im Falle eines beabsichtigten Kohleausstiegs rechtlich geprüft werden, wie schnell er sich von seinem Einkaufsvertrag mit dem ihn beliefernden Kohlekraftwerk lösen kann bzw. wie schnell er (bei Selbstproduktion der Wärme) selbst seine Kohleinkaufsverträge beenden kann.
- (2) Jeder Fernwärmelieferant muss dann, wenn er seinen kohlebasierten Wärmebezug beendet, (rechtzeitig) für (wirtschaftlich vertretbare) Alternativen sorgen, damit er seinen Wärmekunden ohne Unterbrechung nach dem „Kohleausstieg“ und möglichst ohne Preisanstieg direkt weiter mit Wärme beliefern kann (sei es, dass er selbst eine Solarthermie-, Pellet-, Biomasse-Anlage in seinen Kraftwerkspark integriert oder sei es, dass er andere Kraftwerksbetreiber kontrahiert, die ihn dann mit erneuerbarer oder KWK-Wärme beliefern (aus Biomethan, Holzpellets. o.ä.).
- (3) Außerdem muss der Fernwärmelieferant dann im Falle einer Änderung der Wärmeproduktion in der Regel auch seine Wärmepreise bzw. seine Preisänderungsklauseln gegenüber seinen Wärmekunden anpassen, wozu er aber meist gemäß § 4 Abs. 2 AVBFerwärmeV gleichfalls einseitig ohne Zustimmungspflicht (und ohne Kündigungsmöglichkeit) des Fernwärmekunden berechtigt ist.¹⁹⁸ Nur bei einer völligen Umstrukturierung der Kostenstruktur wird vertreten, dass der Wärmeversorger mittels einer Änderungskündigung vorgehen müsste.¹⁹⁹
- (4) Schließlich gewinnt der Fernwärmelieferant in der Regel einen erheblichen Vorteil, wenn er die von ihm gelieferte Wärme nicht mehr kohlebasiert einkauft bzw. seine Wärme nicht mehr aus Kohle produziert. Er kann dann nämlich in der Regel eine Anpassung des so genannten **Primärenergiefaktors** seines Wärmenetzes erreichen, was sich erheblich positiv auf die Vermarktungsfähigkeit seiner Fernwärme auswirkt.

Zu dem letztgenannten, vierten Punkt nur kurz zur weiteren Erläuterung:

Das Energieeinsparungsgesetz (**EnEG**) in Verbindung mit der Energieeinsparverordnung (**EnEV**) sowie das ErneuerbareEnergienWärmeGesetz (**EEWärmeG**) und auch das Kraftwärmekopplungsgesetz (**KWKG**) befassen sich nicht nur mit Anforderungen an den Wärmeschutz von Gebäuden und ihren Bauteilen. Gebäudeeigentümern wird vielmehr auch die Pflicht auferlegt, bei neu zu errichtenden Gebäuden den Wert eines Jahres-Primärenergiebedarfs eines Referenzgebäudes nicht zu überschreiten bzw. bei Änderungen bereits bestehender Gebäude die Höchstwerte um nicht mehr als 40 von Hundert zu über-

¹⁹⁸ vgl. dazu nur Hack, Energie-Contracting, 3. Auflage 2015, Rn. 73 m.w.N.

¹⁹⁹ LG Darmstadt, Urt. v. 5.10.2017 – 15 O 111/16.

schreiten. Die Verfahren zur Berechnung des Jahres-Primärenergiebedarfs sind dabei in den Anlagen 1 und 2 der EnEV geregelt, wo auch auf bestimmte DIN Vornormen verwiesen wird. Danach ist der Primärenergiebedarf die Summe der Energiemenge, die sich aus dem Energieinhalt des notwendigen Brennstoffs und der Hilfsenergie für die Anlagentechnik errechnet, und der weiteren Energiemenge, die außerhalb des Gebäudes in vorgelagerten Prozessketten bei der Gewinnung, Umwandlung und Verteilung der Brennstoffe und Stoffe entsteht.²⁰⁰ Heizt ein Gebäudeeigentümer sein Gebäude mit Fernwärme, wird also der Jahres-Primärenergiebedarf anhand des Endenergiebedarfs errechnet, wobei auch die genutzte Fernwärme mit einem Primärenergiefaktor in die Berechnung einfließt. Damit wirkt sich der Primärenergiefaktor der Fernwärme auf die Pflicht des einzelnen Gebäudeeigentümers zur Einhaltung der individuellen Höchstwerte des Jahres-Primärenergiebedarfs aus. Im Rahmen der Gebäudeplanung und der Investitionsentscheidungen bezüglich des Anschlusses an ein Fernwärmenetz wird der Primärenergiefaktor der Fernwärme damit zu einem entscheidenden Faktor. Daher ist es auch für den Fernwärmeerzeuger von grundlegendem Interesse, Fernwärme mit einem möglichst geringen Primärenergiefaktor anbieten zu können.

Und jetzt kommt das Relevante für jeden Fernwärmenetzbetreiber und für den indirekten Kohleausstieg: Der Primärenergiebedarf wird bestimmt, indem der Endenergiebedarf je nach genutztem Energieträger mit pauschalen Faktoren zur Umweltwirksamkeit (Primärenergiefaktoren und Umrechnungsfaktoren) bewertet wird. Die insoweit ins Spiel kommenden Primärenergiefaktoren enthalten u.a. sämtliche Umstände der Primärenergieerzeugung und sind somit Indikatoren für die effiziente Gewinnung von Strom und Wärme. In den schon vorerwähnten DIN bzw. auch den Werten aus den Berechnungstabellen der Fernwärmenetzgutachter (AGFW Arbeitsblatt FW 309-1) ergibt sich danach derzeit, dass für Braunkohle ein Primärenergiefaktor von 1,2 und für Steinkohle ein Primärenergiefaktor von 1,1 anzusetzen ist, während z.B. für Abwärme aus der Müllverbrennung ein Primärenergiefaktor von 0 und für feste Biomasse (Holz) von 0,2 anzusetzen ist.²⁰¹ Auf Basis dieser Pauschalwerte muss bei unterschiedlichen Erzeugungsstrukturen mit unterschiedlicher Wärmeerzeugung der Primärenergiefaktor für die Nah- oder Fernwärme mithin im Einzelfall für ein jedes Netz berechnet werden.

Stets sind also schon heute die Primärenergiefaktoren des jeweiligen Energieträgers (Brennstoffs), der im jeweiligen Kraftwerk eingesetzt wird, aber auch die spezifische Anlagentechnik (insbesondere ob KWK genutzt wird) und der jeweils eingesetzte Brennstoff-Mix mit dem jeweiligen Aufwand und Verlust für Gewinnung, Speicherung, Transport und Verteilung der Brennstoffe zur Erzeugungsanlage zu berücksichtigen.

Diese Primärenergiefaktoren haben sich auch über die Jahre geändert (EnEV 2009, EnEV 2013, EnEV 2016). Auch das neue **Gebäudeenergiegesetz (GEG)**, das bisher nur im Entwurf vorliegt, befasst sich damit und wird hier möglicherweise Änderungen ergeben. Denn im **ak-**

²⁰⁰ vgl. zu alledem u.a. Behm, in: ZUR 2013, 598 m.w.N.

²⁰¹ vgl. u.a. <https://www.bundestag.de/blob/487664/1a1c2135f782ff50b84eb3e7e0c85ef3/wd-5-103-16-pdf-data.pdf>

tuellen Koalitionsvertrag ist schließlich auch das Thema „CO₂-Relevanz“ in diesem Zusammenhang betrachtet, so heißt es dazu auf Seite 114 des Koalitionsvertrages wörtlich:

„Wir wollen für die Erreichung der Klimaziele und zur Beschleunigung der Energiewende im Wärmesektor die Energieeffizienz und den Einsatz Erneuerbarer Energien im Gebäudebereich weiter voranbringen. Dabei gelten für uns weiterhin die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit, der Technologieoffenheit, der Vereinfachung sowie der Freiwilligkeit. Die anzustrebenden CO₂-Einsparungen können auch auf Quartiersebene bilanziert werden.“

Wir werden das Ordnungsrecht entbürokratisieren und vereinfachen und die Vorschriften der EnEV, des EnergieeinsparG und des EEWärmeG in einem modernen Gebäudeenergiegesetz zusammenführen und damit die Anforderungen des EU-Rechts zum 1. Januar 2019 für öffentliche Gebäude und zum 1. Januar 2021 für alle Gebäude umsetzen. Dabei gelten die aktuellen energetischen Anforderungen für Bestand und Neubau fort. Wir wollen dadurch insbesondere den weiteren Kostenauftrieb für die Mietpreise vermeiden. Zusätzlich werden wir den Quartiersansatz einführen. Mögliche Vorteile einer Umstellung künftiger gesetzlicher Anforderungen auf die CO₂-Emissionen werden wir prüfen. Die mögliche Umstellung soll spätestens bis zum 1. Januar 2023 eingeführt werden.“²⁰²

Gerade die beiden letzten Zeilen dieses Zitats aus dem Koalitionsvertrag lassen vermuten, dass bereits unter diesem Aspekt CO₂-Faktoren bei der Fernwärme ggf. in Kürze von wirtschaftlicher Relevanz sein werden, zumal der bereits in der letzten Legislaturperiode vorgelegte Entwurf des GEG, der nunmehr in Kürze wohl wieder in ähnlicher Form wird vorgelegt werden, ebenfalls bereits eine Neujustierung der Primärenergiefaktoren nach deren Klimawirkung vorgesehen hat. Aber auch selbst ganz unabhängig von diesen letztgenannten, teilweise nur vorpolitischen bzw. politischen Erwägungen gilt, dass rechtlich aufgrund EnEV, EEWärmeG in heutiger Fassung auch schon heute der Wechsel der Erzeugungsstruktur für einen Wärmenetzbetreiber ein wirtschaftlich relevanter Faktor ist, der sich über die Primärenergiefaktoren unmittelbar und zwar positiv auf die Vermarktungsfähigkeit der Fernwärme auswirkt.²⁰³

Zwischenergebnis: Der „Kohleausstieg“ des Fernwärmelieferanten ist vertraglich in der Regel ohne große zivilrechtliche „Gefahren“ im Lieferverhältnis zum Endkunden hin möglich, es bedarf aber selbst bei AVBFernwärmeV-konformer Ausgestaltung aller Fernwärmelieferverträge eines sehr sorgsamem Vorgehens, welches hier nur kurz skizziert wurde und im Detail (nicht von der Gemeinde sondern dem privatwirtschaftlichen Unternehmen an dem diese beteiligt ist) auszuarbeiten wäre.

Möglich ist es auch, dass Individualverträge mit Fernwärmekunden (gerade mit größeren Kunden aus Industrie oder Gewerbe) oder auch mit Kraftwerksbetreibern bestehen, die teils

²⁰² Zitat von Seite 114 des Koalitionsvertrages der aktuellen Bundesregierung, veröffentlicht u.a. in: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975226/847984/5b8bc23590d4cb2892b31c987ad672b7/2018-03-14-koalitionsvertrag-data.pdf?download=1>

²⁰³ Im Falle der Verbesserung besteht, anders als bei einer Verschlechterung, zwar keine Verpflichtung zur Anpassung des Primärenergiefaktors, aber selbstverständlich ein Anreiz.

erheblich von der hier dargestellten Regel-Struktur abweichen. Gerade das ist dementsprechend sorgsam zu prüfen, wenn ein Wärmelieferant zum Kohleausstieg bewegt werden soll. Hier sollte sich bemüht werden Einblick in alle Verträge – ggf. mithilfe der Transparenzgesetze der Länder/des Bundes – zu erhalten. Diese Unterlagen sind sodann einer gründlichen zivilrechtlichen Prüfung zu unterziehen (Einzelfallprüfung). Insbesondere Laufzeiten und Kündigungsmöglichkeiten in etwaig vorhandenen Einkaufsverträgen mit vom Wärmelieferanten unabhängigen Kraftwerksbetreibern sind dabei in den Blick zu nehmen. Sofern hierbei dann eine Beendigungs-/Kündigungsmöglichkeit (ohne Vertragsstrafen- oder Schadensersatzfolgen) gesehen wird, ist die Kommune mithilfe der Bürgerbegehren dahingehend zu zwingen, diese Beendigungs-/Kündigungsmöglichkeit auch auszuüben. Dabei ist zu differenzieren, je nach Art der Beteiligung der Kommune und je nach konkreter Ausgestaltung des das Kraftwerk oder das Fernwärmenetz betreibenden Unternehmens.²⁰⁴

VI. Konkrete Fallgruppen für Bürgerbegehren

Sind damit die gesetzlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen skizziert, stellt sich die Frage, wie man dies konkret umsetzen kann. Denn in den Teilen II-V wurde immer wieder auf die Notwendigkeit konkreter Prüfungen verwiesen. Hier stellen wir daher mögliche, konkrete Vorgehensweisen für potentielle Bürgerbegehren anhand von einigen Beispielen dar, die in Zusammenarbeit mit den Auftraggebern ausgewählt wurden.

Ziel soll es dabei jeweils sein, zu erreichen, die Kommune möglichst weitestgehend zu zwingen, die vorhandene kommunale Beteiligung in der Art und Weise zu nutzen, dass ein Abschalten des Kohlekraftwerks (**Fallgruppe 1**) erwirkt werden muss oder der Einfluss auf die Betreibergesellschaft des Fernwärmenetzbetriebes möglichst weitestgehend ausgenutzt werden soll (**Fallgruppe 2**). Dabei werden zu beiden Fallgruppen beispielhaft ganz konkrete Beispielfälle untersucht, um daraus Erkenntnis auch für andere kommunale Beteiligungen an Kohlekraftwerken oder Fernwärmenetzen zu gewinnen, durch die aus Kohle produzierte Wärme durchgeleitet wird.

Schließlich wird auch untersucht, welche Möglichkeiten ein Bürgerbegehren in solchen Kommunen hat, in denen es zwar Fernwärmeleitungen gibt, durch die aus Kohle erzeugte Wärme durchgeleitet wird, in denen aber zugleich die Kommune selbst in keinerlei Weise weder am Kohlekraftwerk, noch am Fernwärmenetz beteiligt ist (**Fallgruppe 3**).

Außerdem soll kurz auf die Situation eingegangen werden, in der ersichtlich auf dem Gebiet der Kommune weder ein Kohlekraftwerk steht, noch eine Fernwärmeleitung vorhanden ist, durch die aus Kohle produzierte Wärme durchgeleitet wird. Auch hier kann sich die Frage stellen, welche Möglichkeiten ein Bürgerbegehren zur klimapolitischen Einflussnahme auf z.B. eine gemeindliche Beteiligung an einem örtlichen Stadtwerk hat (**Fallgruppe 4**). Kurz soll daher auch für solche Kommunen skizziert werden, wie hier durch andere Maßnahmen

²⁰⁴ siehe dazu oben in Kapitel IV.

mittels Bürgerbegehren auf eine klimafreundlichere Tätigkeit der kommunalen Unternehmen im Bereich der Energieversorgung hingewirkt werden könnte.

Aufgrund der vorstehend herausgearbeiteten Kriterien wird als grobes Prüfschema zur materiellen Rechtmäßigkeit eines Bürgerbegehrens dabei im Folgenden wie folgt geprüft:

1. *Liegt das Ziel des Bürgerbegehrens im kommunalen Kompetenzbereich?*
 - a. *Ist ein kommunales Unternehmen bereits vorhanden, ist die Kompetenz für beschränkende Maßnahmen impliziert.*
 - b. *Ist kein kommunales Unternehmen vorhanden, folgt die inhaltliche Kompetenz aus der Kompetenz der Gemeinde für Klimaschutzmaßnahmen und aus der Klimafolgenbetroffenheit der Kommunen.*
2. *Soll auf ein Unternehmen eingewirkt werden, stellt sich die Frage, wie durch die Gemeinde innerhalb einer wirtschaftlichen Betätigung überhaupt gehandelt werden kann (v.a. gesellschaftsrechtlicher Rahmen).*
3. *Sowohl beim Einwirken auf ein Unternehmen als auch bei allen anderen kommunalen Handlungen muss das Ziel des Bürgerbegehrens materiell rechtmäßig sein. Hier sind dann u.a. Grundrechte, die Wirtschaftsgrundsätze des Kommunalrechts und bestehende vertragliche Bindungen zu berücksichtigen.*

Aufgrund begrenzter Datengrundlagen können Teile dieser notwendigen Prüfung im Rahmen der vorliegenden Prüfung nicht abschließend durchgeführt werden, weshalb diese Fallprüfungen nicht mit einem konkreten Abstimmungsentwurf für ein Bürgerbegehren abschließen.

1. Kommunale Beteiligung an einem Kohlekraftwerk

Bei der ersten Fallgruppe wird eine vorhandene Beteiligung einer Kommune an einem Kohlekraftwerk in den Blick genommen. Dies ist sozusagen der unmittelbarste Fall: Es ist bekannt oder kann durch Transparenzgesetze der Bundesländer herausbekommen werden, dass die Kommune an einem Unternehmen beteiligt ist, das ein Kohlekraftwerk (oder „Heizkraftwerk“) betreibt.

Wie könnte ein Bürgerbegehren die Kommune bzw. deren Vertreter zwingen, ihre Beteiligung an dem Kohlekraftwerk in der Weise auszuüben, dass dieses Kohlekraftwerk möglichst schnell stillgelegt wird?

Dies soll daher im folgenden Kapitel behandelt werden, wobei zwischen unterschiedlichen Intensitäten der Beteiligung differenziert wird, also abgestuft nach der Höhe und der Struktur der Beteiligung durch die Kommune.

a) Flensburg

Die Stadtwerke Flensburg betreiben ein Heizkraftwerk, das Strom erzeugt und das Fernwärmenetz versorgt. Hauptbrennstoff der drei im Grundlast-Betrieb eingesetzten Kesselanlagen ist Kohle. Die Stadt Flensburg führt die Stadtwerke in der Rechtsform der GmbH und hält **100 % der Gesellschaftsanteile**.

Hier ist denkbar, dass ein Bürgerbegehren darauf abzielt, innerhalb einer bestimmten Frist die Nutzung von Kohle als Brennstoff einzustellen.

Eine mögliche Frage des Bürgerbegehrens, u.a. konkret gerichtet auf die Änderung des Gesellschaftsvertrags würde lauten:

„Sind Sie dafür, dass die Stadt Flensburg

a) die Geschäftsführung der Stadtwerke Flensburg GmbH anweist, das Kraftwerk Flensburg bis zum Jahr 20xx vollständig stilllegen und ab diesem Zeitpunkt keine Kohle mehr zur Strom- oder Wärmeproduktion einzusetzen sowie

b) § 2 des Gesellschaftsvertrags der Stadtwerke Flensburg GmbH wie folgt ändert: ‚(1) Zweck und Gegenstand des Unternehmens ist die Energie- und Wasserversorgung *auf umweltschützende Weise*, [...]

(2) [...]

(3) Im Konflikt zwischen verschiedenen Aspekten des Unternehmenszwecks und –gegenstands genießt der Umweltschutz grundsätzlich Vorrang.

(4) [der bisherige Absatz 3 wird Absatz 4]‘ ?“

Ein solcher Beschluss ist zulässig, da er sich auf eine Maßnahme richtet, die in der **Kompetenz** der Stadt Flensburg liegt. Da es hier nur um eine Beschränkung einer bereits bestehenden wirtschaftlichen Tätigkeit geht, muss nicht die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Tätigkeit an sich geprüft werden. Die Kompetenz der Gemeinde für eine die wirtschaftliche Tätigkeit beschränkende Maßnahme besteht, denn es liegt in ihrem Ermessen, wie sie die wirtschaftliche Tätigkeit zur Energieversorgung konkret ausgestaltet, vgl. oben III.2.

Als Alleingesellschafterin der Stadtwerke GmbH hat die Stadt Flensburg auch die nötigen **gesellschaftsrechtlichen Einwirkungsmöglichkeiten**. Sie kann der Geschäftsführung Weisungen erteilen und muss als Alleingesellschafterin hierfür gesellschaftsrechtlich nicht einmal zwingend einen förmlichen Gesellschafterbeschluss herbeiführen. Die Stadt kann der Geschäftsführung daher die Weisung erteilen, dass die Stadtwerke nach einer bestimmten Übergangszeit zur Strom- und Wärmeproduktion keine Kohle mehr einsetzen dürfen.

Sie kann zusätzlich den Gesellschaftsvertrag ändern und den Gesellschaftsgegenstand dahingehend ergänzen, dass etwa (nach einer bestimmten Übergangszeit) die Strom- und Wärmeproduktion durch Kohleverbrennung ausgeschlossen ist.

Inwieweit die Stadtwerke GmbH **längerfristig vertraglich** gebunden ist, kann mangels Datengrundlage hier nicht untersucht werden. Relevant könnten hier längerfristige vertragliche

Verpflichtungen zur Kohleabnahme sein. Eventuellen Verpflichtungen zu Wärme und Stromlieferung könnte die Stadtwerke GmbH auch durch anderweitig erzeugten Strom und Wärme entsprechen.

Soweit eine baldige Stilllegung zunächst einen Verzicht auf Erträge bedeutet oder zusätzliche Ausgaben für Modernisierungs- und Anpassungsmaßnahmen nötig macht, steht das **kommunalrechtliche Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit** dem nicht entgegen. Denn die Gemeinde darf nach der hier vertretenen Ansicht durch die Anpassung ihrer Energieversorgung auch das Nebenziel eines lokalen Kohleausstiegs verfolgen.²⁰⁵ Das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit verlangt dann nur, diese so von der Gemeinde verfolgten Ziele möglichst wirtschaftlich zu erreichen, wenn diese Ziele sich auch auf den Umweltschutz beziehen, ist dieses Ziel in die Prognose der Wirtschaftlichkeit einzubeziehen.

Zudem wäre im Kontext einer rechtlichen Überprüfung durch ein Gericht (etwa im Falle einer Ablehnung des Bürgerbegehrens) im Rahmen der wirtschaftlichen Betrachtung auch die steigenden CO₂-Preise einzubeziehen (derzeit ca. 20€/t), sowie die drohende Haftung der Erzeuger für durch CO₂-Emissionen verursachten Folgeschäden des Klimawandels in den Blick zu nehmen. Das OLG Hamm hat kürzlich bestätigt, dass ein deutscher Energieversorger für die durch seine CO₂-Emissionen mitverursachten weltweiten Klimafolgeschäden und dadurch notwendig gewordene Anpassungsmaßnahmen haften kann.²⁰⁶ Diese drohende Haftung ist im Rahmen der wirtschaftlichen Betrachtung mit zu berücksichtigen.

Die (sehr konservative) Schätzung des Bundesverkehrswegeplans 2030 geht beispielsweise derzeit volkswirtschaftlicher Perspektive von Klimafolgeschäden in Höhe von € 145 pro emittierte Tonne CO₂ aus.²⁰⁷ Andere wissenschaftlich fundierte Schätzungen reichen von € 390 pro Tonne CO₂.²⁰⁸ Aber auch weit höhere Schäden sind keinesfalls ausgeschlossen, betrachtet man Schäden auf einer individualrechtlichen Ebene. Aufgrund der bestehenden Unsicherheiten ist der handelnden Gemeinde hier ein weiter Einschätzungsspielraum zuzubilligen.

Auch der Wandel der öffentlichen Meinung zur Kohleverstromung kann berücksichtigt werden. Eine hieran orientierte Unternehmenspolitik dient der langfristigen Kundenbindung und Öffentlichkeitsarbeit des Unternehmens und bringt daher ebenfalls wirtschaftliche Vorteile. Es ist der Kommune auch unbenommen, ihren aktiven Klimaschutz im Hinblick auf die erheblichen Kosten der Anpassung in der örtlichen Gemeinschaft und an gemeindlichem Infrastruktur zu rechtfertigen – selbst wenn der Umfang der Auswirkungen des Klimawandels durch viele Akteure bestimmt wird, kann jede zusätzliche frühzeitige eingesparte Tonne helfen, diese im überschaubaren Rahmen zu halten. Dies wird u.a. auch dem unter I. eingeführten aktuellen IPCC-Sonderbericht zum 1,5°C-Ziel deutlich. Gleiches gilt für die oben beschriebene Möglichkeit für die Stadtwerke den Primärenergiefaktor des Fernwärmenetzes anheben zu

²⁰⁵ hierzu bereits oben unter III.3.

²⁰⁶ vgl. hierzu OLG Hamm, Beschluss vom 30. November 2017 – I-5 U 15/17, ZUR 2018, 118 f., sowie *Frank*, NVwZ 2018, 960 ff.

²⁰⁷ Methodenhandbuch zum Bundesverkehrswegeplan 2030, 2016, S. 111.

²⁰⁸ Vgl. die Schätzung von Umweltkosten durch das Umweltbundesamt, November 2018, <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/oekonomische-bewertung-von-umweltschaeden-0>

können, wenn als neuer Primärenergieträger statt der Kohle ein klimaschonender Brennstoff gewählt wird.²⁰⁹

b) Köln-Merkenich

Anders gestaltet sich die Rechtslage bei dem Heizkraftwerk Köln-Merkenich, das auch Braunkohle verfeuert. Betreiberin des Kraftwerks ist die RheinEnergie AG. Die Aktien der RheinEnergie AG sind zu 80 % in der Hand der GEW Köln AG. Die Aktien der GEW Köln AG hält die Stadt Köln zu 10 % direkt und zu 90 % über die die Stadtwerke Köln GmbH. Es liegt mithin keine direkte Beteiligung der Stadt Köln an der Kraftwerksgesellschaft vor, aber eine deutlich mehrheitliche indirekte.

Auch hier liegt eine Beschränkung der bereits bestehenden wirtschaftlichen Tätigkeit in der **Kompetenz** der Stadt Köln, denn es liegt in ihrem Ermessen, wie sie die wirtschaftliche Tätigkeit zur Energieversorgung konkret ausgestaltet.²¹⁰

Die Stadt Köln hat vollen Einfluss auf die GEW Köln AG. Zu einem geringen Teil (10 %) ist sie selbst Aktionärin. Entscheidend ist aber, dass sie Alleingesellschafterin der Stadtwerke Köln GmbH ist, die wiederum die restlichen 90 % der Aktien der GEW Köln AG hält. Zwischen der Stadtwerke Köln GmbH und der GEW Köln AG besteht ein **Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag**.²¹¹ Aufgrund des Beherrschungsvertrags kann die Stadtwerke Köln GmbH dem Vorstand der GEW Köln AG umfassende Weisungen erteilen. Ob die Weisung für die GEW Köln AG vor- oder nachteilhaft ist, ist irrelevant.²¹²

Die GEW Köln AG wiederum hält 80 % der Aktien der RheinEnergie AG, während die restlichen 20 % in Besitz der innogy SE sind. Zwischen der GEW Köln AG und der RheinEnergie AG besteht ein Ergebnisabführungsvertrag, aber kein Beherrschungsvertrag.²¹³

Beim **gesellschaftsrechtlichen Rahmen** wird es indes komplexer: Der Einfluss der GEW Köln AG auf die RheinEnergie AG ist aufgrund der strengeren Regeln des Aktienrechts begrenzt. Die GEW Köln AG ist zwar Mehrheitseignerin, kann aber wegen der Weisungsfreiheit von Vorstand und Aufsichtsrat keine bindenden Weisungen zur Geschäftsführung erteilen.²¹⁴

Möglich ist ihr aber die Einflussnahme durch eine **Satzungsänderung**. Hierfür ist grundsätzlich nach § 13 Abs. 1 der Satzung der RheinEnergie AG (Stand: 29.6.2018) eine einfache Stimmenmehrheit des in der Hauptversammlung vertretenen Grundkapitals ausreichend. Für Änderungen des Unternehmensgegenstands verlangt § 179 Abs. 2 Satz 2 AktG allerdings

²⁰⁹ siehe dazu oben unter V.3. b), ab Seite 45.

²¹⁰ vgl. oben unter Ziffer III. 2.

²¹¹ Vgl. Beteiligungsbericht der Stadt Köln 2016, Stand: 31. Dezember 2016, S. 3-5 und RheinEnergie AG, Geschäftsbericht 2017, S 58.

²¹² Vgl. § 308 AktG. Auch die Haftung nach § 117 AktG ist daher ausgeschlossen, § 117 VII Nr. 1 AktG. Zudem kann die Anfechtung eines Hauptversammlungsbeschlusses nicht auf § 243 II AktG gestützt werden, § 304 III 2 AktG.

²¹³ Vgl. RheinEnergie AG, Geschäftsbericht 2017, S. 08.

²¹⁴ Vgl. *Mann*, in: Handbuch der Kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 2, Kommunale Wirtschaft, 3. Aufl. 2011, § 46 Rn. 66.

zwingend eine Mehrheit von drei Vierteln des bei Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals. Für bestimmte Grundlagengeschäfte verlangt § 13 Abs. 2 der Satzung RheinEnergie AG eine Mehrheit von 80 % des stimmberechtigten Grundkapitals. Aufgrund ihres Anteils in Höhe von 80 % des Grundkapitals kann die GEW Köln AG diese Mehrheitserfordernisse erfüllen und somit auch gegen den Willen des Minderheitsaktionärs eine Änderung des Unternehmensgegenstands beschließen. Der Unternehmensgegenstand lautet derzeit auszugsweise:

„Gegenstand des Unternehmens ist die

- Versorgung mit Elektrizität, Gas, Wasser und Wärme,
[...]*
- die Nutzung von Einsatzstoffen in Anlagen zur Energieerzeugung
[...]*²¹⁵

Eine mögliche Abstimmungsfrage könnte lauten:

„Sind Sie dafür, dass die Stadt Köln die Geschäftsführung der Stadtwerke Köln GmbH anweist, den Vorstand der GEW Köln AG aufzufordern, § 3 der Satzung der RheinEnergie AG im vorgesehenen Verfahren wie folgt zu ändern:

,(1) Gegenstand des Unternehmens ist die

- umweltverträgliche Versorgung mit Elektrizität, Gas, Wasser und Wärme

[...]

(2)-(3) [...]

[neu eingefügt:]

(4) Ab dem Jahr 20xx setzt die Gesellschaft in keiner Form mehr Kohle zur Energieerzeugung ein. Sämtliche von der Gesellschaft betriebenen Kohlekraftwerke werden bis dahin vollständig stillgelegt. Ihre Veräußerung oder Verpachtung ist ausgeschlossen.

(5) Im Konflikt zwischen verschiedenen Aspekten des Unternehmenszwecks und –gegenstands genießt der Umweltschutz grundsätzlich Vorrang.“

Eine solche Änderung des Unternehmensgegenstandes und der Satzung bindet dann auch Vorstand und Aufsichtsrat, so dass diese entsprechende Umsetzungsmaßnahmen ergreifen müssten. Um zu vermeiden, dass das Kraftwerk in Umsetzung des veränderten Unternehmensgegenstands lediglich an eine andere Gesellschaft verkauft wird und diese das Kraftwerk dann weiterbetreibt, sollte sichergestellt sein, dass eine solche Veräußerung der Zustimmung der Hauptversammlung bedarf.

Die Änderung des Unternehmensgegenstandes durch Hauptversammlungsbeschluss ist nach zutreffender Auffassung nicht an § 311 AktG zu messen, hierzu bereits oben unter IV.6.b), so dass auch das System der §§ 311 ff. AktG dem nicht entgegensteht.

²¹⁵ § 3 Abs. 1 erster Spiegelstrich der Satzung der RheinEnergie AG (Stand: 29.6.2018).

Im Hinblick auf das **kommunalrechtliche Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit** ist wieder die legitime Verfolgung des Klimaschutzes als Nebenziel sowie die drohende Haftung für durch CO₂-Emissionen verursachte Folgeschäden des Klimawandels zu beachten. Das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit steht den Maßnahmen daher nicht entgegen, siehe hierzu bereits unter VI.1.a).

Inwieweit eine der beteiligten Gesellschaften, insbesondere die RheinEnergie AG, **vertraglich gebunden** ist, kann mangels Datengrundlage hier nicht untersucht werden. Relevant könnten hier ebenfalls längerfristige vertragliche Verpflichtungen zur Kohleabnahme sein. Eventuellen Verpflichtungen zu Wärme- und Stromlieferung könnte die RheinEnergie AG auch mittels Wärme bzw. Strom nachkommen, die sie auf andere Weise erzeugt. Dabei kann sie auch hier den oben schon benannten Vorteil der Verbesserung des Primärenergiefaktors ihrer Fernwärme erzielen – und damit im Ergebnis die Vermarktungsfähigkeit ihres Fernwärmeproduktes erheblich steigern.

c) **Hannover**

Das letzte Kraftwerk, das im Rahmen dieser Stellungnahme betrachtet werden soll, ist das Kohlekraftwerk in Hannover.

Das Heizkraftwerk in Hannover-Stöcken wird von der **Gemeinschaftskraftwerk Hannover GmbH** betrieben. Mehrheitsgesellschafterin ist mit 84,7 % die **enercity AG** (ehemals Stadtwerke Hannover AG). Diese wiederum wird mehrheitlich (75,09 %) von der **Versorgungs- und Verkehrsgesellschaft Hannover mbH** gehalten. Deren Hauptgesellschafterin (80,49 %) ist die **Stadt Hannover**.

Aufgrund dieser Mehrheitsverhältnisse gleichen die Einwirkungsmöglichkeiten der Stadt Hannover den unter b) dargestellten Einwirkungsmöglichkeiten der Stadt Köln. Vorbehaltlich spezieller Regelungen in den Gesellschaftsverträgen ist davon auszugehen, dass es der Stadt Hannover möglich ist, die notwendige Änderung des Unternehmensgegenstands der VVGmbH durchzusetzen. Als Mehrheitsgesellschafterin kann sie die Geschäftsführung der Versorgungs- und Verkehrsgesellschaft Hannover mbH anweisen, deren Stimmrechte in der Hauptversammlung der enercity AG nach ihren Vorstellungen auszuüben. Dies ermöglicht es, den Unternehmensgegenstand der enercity AG nach den Vorstellungen der Stadt Hannover anzupassen. Gemäß der Satzung der enercity umfasst dieser bereits

„auch die Betätigung auf dem Gebiet des Umweltschutzes“²¹⁶.

Dies kann ausgebaut und konkretisiert werden, indem – entsprechend dem Vorschlag für den Fall Köln-Merkenich – die Energieerzeugung auf solche aus erneuerbaren Energieträgern eingegrenzt, ein vollständiger Verzicht auf Kohle ab einem bestimmten Datum festgelegt und die Veräußerung des Unternehmens von der Zustimmung der Hauptversammlung abhängig gemacht wird. Der Vorstand der enercity AG ist hieran gebunden und muss entsprechend auf

²¹⁶ § 2 der Satzung der enercity AG.

die Gemeinschaftskraftwerk Hannover GmbH einwirken. Aufgrund der Mehrheitsbeteiligung von 84,7 % kann die enercity AG entsprechende Gesellschafterbeschlüsse herbeiführen und der Geschäftsführung der Gemeinschaftskraftwerk Hannover GmbH entsprechende Weisungen erteilen.²¹⁷

Im Hinblick auf das das **kommunalrechtliche Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit** ist wieder die legitime Verfolgung des Klimaschutzes als Nebenziel sowie die drohende Haftung durch CO₂-Emissionen verursachten Folgeschäden des Klimawandels zu beachten. Das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit steht den Maßnahmen daher nicht entgegen, siehe hierzu bereits unter VI.1.a).

Inwieweit eine der beteiligten Gesellschaften, insbesondere die Gemeinschaftskraftwerk Hannover GmbH **vertraglich gebunden** ist, kann mangels Datengrundlage hier nicht untersucht werden. Relevant könnten hier ebenfalls längerfristige vertragliche Verpflichtungen zur Kohleabnahme sein. In Bezug auf eventuelle Verpflichtungen zu Wärme- und Stromlieferungen dürfte auch hier eine Erfüllung auf andere Art und Weise möglich sein. Zumal auch hier der Wandel der öffentlichen Meinung zur Kohleverstromung positiv zu berücksichtigen sein wird. Auch hier wird man sehr positiv anführen können, dass eine an diesem gesellschaftlichen Wandel orientierte Unternehmenspolitik langfristig ebenso wirtschaftliche Vorteile bringt wie die oben beschriebene Möglichkeit den Primärenergiefaktor des Fernwärmenetzes sogar noch anheben zu können, wenn als neuer Primärenergieträger statt der Kohle ein klimaschonender Brennstoff gewählt wird.²¹⁸

2. Kommunale Beteiligung an einem Fernwärmenetz

Anders als in dem vorstehenden Kapitel – in dem die Rechtslage bei der Beteiligung einer Kommune an einem Kohlekraftwerk behandelt wurde – stellt sich die Rechtslage in dem nun folgenden Kapitel dar. Denn hier geht es darum, dass eine kommunale Beteiligung nur an dem Fernwärmenetz vorliegt, d.h. dass die Kommune „nur“ an der Gesellschaft beteiligt ist, die die Wärme-Infrastruktur bzw. die verzweigten Wärmeleitungen zur Verteilung der Wärme betreibt, nicht aber das Kohlekraftwerk selbst.

a) Grundsätzliches zur Rechtslage

Zur „Welt der Fernwärme“ ist oben unter V.3 bereits überblicksartig ausgeführt worden. Hier geht es nun konkreter um die Einflussmöglichkeiten der Kommune als Betreiber eines Fernwärmenetzes:

In rechtlicher Hinsicht könnte man zu der reinen Netzbetreiberkonstellation zunächst meinen, dass eine Kommune, die ein Fernwärmenetz betreibt bzw. anteilig an diesem beteiligt ist, grundsätzlich verpflichtet sei, jedem Kraftwerk mit der von ihm produzierten Wärme Zugang

²¹⁷ Ausweislich des Jahresabschlusses 2017 der Gemeinschaftskraftwerk Hannover GmbH besteht ein Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrag mit der Stadtwerke Hannover AG (inzwischen umbenannt in enercity AG). Dies erhöht die Einflussmöglichkeiten der enercity AG noch.

²¹⁸ siehe dazu oben unter V.3. b), ab Seite 45.

zu diesem Fernwärmenetz zu gewähren, d.h. auch einem Kohlekraftwerk. Die Frage der Netzöffnung für Dritte („third party access“ – TPA) ist schließlich ein kartell- bzw. wettbewerbsrechtliches Gebot, das seit Jahrzehnten grundsätzlich auch bei den Wärmenetzen zu beachten ist.²¹⁹

Im Folgenden sei gleichwohl untersucht, welche Möglichkeiten eine Kommune dennoch hat, auch über ihre Rolle als „bloßer“ Fernwärmenetzbetreiber Klimaschutzpolitik zu betreiben und rechtlich mit Aussicht auf Erfolg durchzusetzen. Dabei beschränken sich die folgenden Darstellungen auf eine isolierte Betrachtung der kommunalen Beteiligung am Fernwärmenetz selbst. Dass darüber hinaus denknotwendig – jedenfalls ist uns keine andere Konstellation ersichtlich – die Kommune damit zugleich Konzessionsgeberin des Konzessionsvertrages über ihr (eigenes) Fernwärmenetz ist und dass sich aus dieser Rolle als Konzessionsgeberin heraus auch (andere) klimaschutzpolitische Möglichkeiten der Kommune bieten, wird jedoch hier noch nicht, sondern erst im nächsten Kapitel behandelt.²²⁰

Kurz: In dieser Fallgruppe geht es erst einmal „nur“ darum, was aus der Rolle der Kommune als Wegerechts- bzw. Konzessionsinhaberin und damit zugleich Betreiberin des Fernwärmenetzes folgt, nicht hingegen darum, was daraus folgt, dass die Kommune zugleich Konzessionsgeberin (u.a. Gestattung der Sondernutzung der öffentlichen Wege) zugunsten ihres (eigenen) kommunalen Fernwärmenetzes ist.

aa) Verfassungsrecht und EU-Grundfreiheiten

In verfassungsrechtlicher Hinsicht ließe sich zunächst anführen, dass jede Kohlekraftwerksgesellschaft, die mit Kohle Wärme produziert und diese Wärme durch ein kommunales Fernwärmenetz durchleiten will, sich dann, wenn es sich um eine nicht in mehrheitlicher öffentlicher Hand²²¹ befindliche deutsche Kraftwerksgesellschaft handelt, auf Artikel 14 GG (Eigentumsschutz) und auch Artikel 12 GG (Berufsfreiheit) berufen könnte.²²² Aber nicht nur solche deutschen Kohlekraftwerksbetreiber, sondern auch ausländische Betreibergesellschaften (des öffentlichen Rechts), die mehrheitlich von einem EU-Staat gehalten werden und im EU-Ausland ihren Sitz haben und ein Kohlekraftwerk in dem Gebiet der jeweiligen Kommune in Deutschland betreiben, sind geschützt. Zwar mangels ihrer „Privatheit“ und „Inländigkeit“ nicht durch die deutschen Grundrechte aus dem Grundgesetz,²²³ aber durch die so genannten

²¹⁹ vgl. Immenga/Mestmäcker III, 2. Teil. Sonderbereiche VII. Abschnitt. Recht der leitungsgebundenen Energieversorgung (Strom, Gas, Fernwärme) Rn. 1 ff., Rn. 63 ff. beck-online

²²⁰ siehe dazu Kapitel VI.3.d).

²²¹ Weil inländische juristische Personen, die mehrheitlich in öffentlicher Hand stehen, bereits nicht grundrechtsfähig sind (BVerfGE 4, 27, 30; 15, 256, 262; 21, 362, 368 ff.; 35, 263, 271; 45, 63, 78; 61, 82, 100 f.), könnte sich eine inländische Kohlekraftwerksgesellschaft, die mehrheitlich in der öffentlichen Hand steht, mithin von vornherein nicht auf die Grundrechte berufen und auch keine Verfassungsbeschwerde gegen ein vermeintlich verfassungswidriges Verhalten eines (kommunalen) Fernwärmenetzbetreibers einlegen (vgl. BVerfGE 45, 63, 78; 68, 193, 206 m.w.N.).

²²² vgl. BVerfGE 111, Seite 147, 155 = NJW 2004, 2814 = NVwZ 2004, 1483 L; st. Rspr.

²²³ vgl. dazu BVerfG, 06.12.2016, 1 BvR 2821/11, für den freilich leicht anders gelagerten Fall, dass „nur“ die rein staatlichen Eigentümer hinter der Kraftwerksgesellschaft aus dem EU-Ausland (hier: Schweden) stammen, die Gesellschaft selbst aber eine „inländische“ deutsche Gesellschaft (hier: eine deutsche GmbH) ist: „Eine erwerbswirtschaftlich tätige inländische juristische Person des Privatrechts, die vollständig von einem Mitgliedstaat der Europäischen Union getra-

EU-Grundfreiheiten, namentlich die Warenverkehrsfreiheit aus Art. 28 ff. AEUV oder die Niederlassungsfreiheit aus Art. 49 i.V.m. Art. 54 Abs. 2 AEUV. Hier ließe sich insbesondere anführen, dass ein kommunaler Fernwärmenetzbetreiber, der sein Leitungsnetz dem Kraftwerksbetreiber aus dem EU-Ausland zur Durchleitung nicht mehr zur Verfügung stellt, diese Freiheit des Warenverkehrs verletzt.²²⁴

Indes ist auch über die Warenverkehrsfreiheit ebenso wie über die (deutschen) Grundrechte nicht jede bloße auf die Zukunft gerichtete Chance, Hoffnung oder Erwartung geschützt. Insofern hat ein Kohlekraftwerksbetreiber, der heute ein kommunales Fernwärmenetz nutzt, keinen verfassungsrechtlich oder durch EU-Grundfreiheiten (namentlich die Warenverkehrsfreiheit) garantierten Schutz dahingehend, dies auch noch in Zukunft unverändert (quasi „auf immer und ewig“) tun zu können. Es gibt kein absolutes Recht auf einen dauerhaften Absatz von Kohlestrom unter Inanspruchnahme kommunaler Netze. Unseres Erachtens fehlt es insoweit bereits an einem Eingriff in diese Grundrechte.

Hinzu kommt, dass die beiden Grundrechte aus Art. 12 und 14 GG ebenso wie die EU-Grundfreiheiten der Warenverkehrsfreiheit und der Niederlassungsfreiheit ohnehin nicht schrankenlos bestehen²²⁵, sondern auch eingeschränkt werden können und zudem eine Einschränkung bei bestehenden Lieferverträgen ggf. vertraglich vorgegeben ist. Es hätte, mit anderen Worten, im Rahmen der Prüfung von Erforderlichkeit und Angemessenheit eines Eingriffs in diese Grundrechte (bzw. EU-Grundfreiheiten) – so er denn vorläge – in einem weiteren zweiten Schritt stets auch noch – und unabhängig vom Vorbehalt des Gesetzes – eine individuelle Abwägung zwischen den grundrechtlichen Belangen bzw. den durch die EU-Grundfreiheiten geschützten Belangen beider Beteiligter zu erfolgen.²²⁶ Zugunsten des Klimaschutzes würden dabei die besonderen öffentlichen Interessen des Klimaschutzes streiten, die u.a. in Art. 20a GG Verfassungsrang genießen, aber auch die so genannten anerkanntswürdigen Gemeinwohlinteressen sowie der in Artikel 36 AEUV explizit als Rechtfertigungsgrund hervorgehobene Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen sowie gar von Tieren und Pflanzen.²²⁷

Bei den entsprechenden rechtlichen Prüfungen wäre dann insbesondere zu beachten, dass sich der negative Einfluss auf Umwelt und Klima sowie Gesundheit der Menschen (und Tiere) durch die **Wärmeerzeugung** mit Kohle als Primärenergie auch in der Nutzung des Fernwärmenetzes selbstverständlich – wenn auch nur indirekt – fortsetzt. Denn dadurch wird die Kapazität (der „Platz“) im Fernwärmenetz für andere Wärme, die klimaschonender/gesundheitsfreundlicher aus anderen Primärenergien produziert wird, verbraucht bzw. besetzt. Namentlich Wärme aus erneuerbaren Energien (Holz, Solarthermie, Biomethan, Bio-

gen wird, kann sich wegen der Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes in Ausnahmefällen auf die Eigentumsfreiheit berufen und Verfassungsbeschwerde erheben.“ (Leitsatz 2, BVerfG, aaO).

²²⁴ vgl. dazu Ehlers, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 3. Aufl. 2015, Abschnitt B. Rn. 10.

²²⁵ vgl. für die Warenverkehrsfreiheit Streinz/W. Schroeder, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 34 Rn. 73f.

²²⁶ BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 12. April 2007 – 1 BvR 78/02 –, Rn. 31, juris.

²²⁷ zum Schutz der Umwelt vgl. auch Art. 11 und 191 AEUV und Gundel Anm. EuZW 2001, 143, 148 f. sowie Streinz/W. Schroeder, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 36 Rn. 41 und 42.

gas, etc.) kann dann nicht mehr ins Fernwärmenetz hinein. Diese Probleme sind aus dem Strombereich bekannt, wo Anlagen, die mit Erneuerbaren Energien Strom produzieren, wie namentlich Windenergieanlagen, in Zeiten, in denen mehr Strom im Netz ist, als verbraucht wird, abgeregelt bzw. gedrosselt werden müssen (vgl. § 13 EnWG und §§ 14, 15 EEG 2017). Dies auch, weil das Stromnetz mit anderem, aus Steinkohle oder Atomenergie produzierten Strom „verstopft“ ist. Auch dies ist ein unter Klimaschutz- und Gesundheitsaspekten bedenklicher Umstand, der freilich anschaulich zeigt, dass auch über das Netz und dessen Betrieb Klima- und Gesundheitsschutz ausgeübt werden muss bzw. kann. Diese indirekte Wirkung von Kohle-Wärme auch im Fernwärmenetz könnte daher unseres Erachtens selbst dann mit Erfolg gegen die Verfassungswidrigkeit angeführt werden, wenn man einen Eingriff in die Grundrechte aus Art. 12 und 14 GG der Kohlekraftwerksbetreiber bzw. gegen die EU-Warenverkehrsfreiheit bejahen würde. Dies zumindest dann, wenn die Versagung des Zugangs von Kohle-Wärme in kommunale Fernwärmenetze auf die Zukunft gerichtet ist. Zwar hätte ein an ein kommunales Fernwärmenetz angeschlossenes Kohlekraftwerk dann im Falle des Verbots der Einspeisung/Durchleitung mangels Absatzmöglichkeit seiner Wärme wohl keine wirtschaftliche Perspektive mehr,²²⁸ aber dies wäre, wie aufgezeigt, bereits kein Eingriff, hilfsweise aber auch im Wege der individuellen Abwägung rechtfertigbar, weil im Interesse des Klima- und Gesundheitsschutzes liegend.

Auch wenn die Kommune in besonderem Maße der Daseinsvorsorge verpflichtet ist und mithin einen Versorgungsauftrag hat sowie einer besonderen Grundrechtsbindung und auch Bindung an die EU-Grundfreiheiten untersteht,²²⁹ hindert dies sie nicht daran, diese Bindung in der Weise auszunutzen, dass sie zukünftig nur klima- und gesundheitsschonende Wärme in ihr Wärmenetz lässt. Insofern bestehen – in den Grenzen des Gesellschafts- und des Vertragsrechts – gegen einen solchen „indirekten Kohleausstieg“ ebenfalls keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Denn gesellschafts- und vertragsrechtlich zulässiges Handeln kann auch hier keine Grundrechtsverletzung sein.²³⁰

Zusammenfassend: Zwar wäre es nach jetziger Rechtslage vermutlich nicht möglich, den Betrieb eines nach modernen Standards und unter Einhaltung sämtlicher immissionsrechtlicher Vorschriften neu errichteten Kohleheizkraftwerks direkt zu verhindern. Durch die Anwendung von Klimaschutz-Kriterien für die Nutzung des kommunalen Fernwärmnetzes ließe sich aber gleichwohl faktisch die Nutzung dieses Kohlekraftwerks „indirekt“ einschränken, ohne dass dem aus Sicht der EU-Grundfreiheiten oder der deutschen Grundrechte a priori Bedenken entgegenstünden.

bb. Vertragsrecht

Auf zivilrechtlicher Ebene ist freilich stets das Vertragsrecht zu beachten. Insbesondere ist zu prüfen, ob der kommunale Fernwärmenetzbetreiber durch Verträge mit Kohlekraftwerksbe-

²²⁸ selbst dies kann man angreifen und in Abrede nehmen, weil Kohlekraftwerke über die Kraft-Wärme-Kopplungstechnik (KWK) auch aus Stromeinnahmen Wirtschaftlichkeit erzielen können.

²²⁹ vgl. EuGH, Slg. 1990, I-4625 Rn. 16f. – Hennen Olie BV.

²³⁰ dazu bereits oben, in Kapitel V. 1 m.w.N.

treibern zur langfristigen Abnahme/Durchleitung dieser Kohlewärme durch sein Netz gezwungen ist oder wie sonst das vertragsrechtliche Verhältnis zwischen Kohlekraftwerksbetreiber und Fernwärmenetzbetreiber ausgestaltet ist.²³¹ Sofern in derartigen Verträgen (Durchleitungsverträgen, Einspeiseverträgen, o.ä.) zunächst ordentlich nicht kurzfristig kündbare Rechte des Kohlekraftwerksbetreibers vertraglich abgesichert sind, ist es erforderlich, Einblick in diese Verträge – etwa mithilfe der Transparenzgesetze der Länder/des Bundes – zu verlangen um sie sodann einer gründlichen zivilrechtlichen Prüfung zu unterziehen. Insbesondere Laufzeiten und Kündigungsmöglichkeiten sind dabei in den Blick zu nehmen. Sofern hierbei dann eine Beendigungs-/Kündigungsmöglichkeit gesehen wird, ist die Kommune mithilfe der Bürgerbegehren dahingehend aufzufordern, diese Beendigungs-/Kündigungsmöglichkeit auch auszuüben. Dabei ist zu differenzieren nach der Form der Beteiligung der Kommune und nach der konkreten Ausgestaltung der das Fernwärmenetz betreibenden juristischen Person, d.h. je nach Gesellschaftsform und kommunalen Beteiligungsverhältnissen an der Fernwärmenetz- bzw. Fernwärmeversorgungsgesellschaft.²³²

cc. Kartellrecht

Abgesehen von dieser verfassungs- und zivilrechtlichen Perspektive könnte ein absolutes Verbot jeglicher Durchleitung von aus Kohle produzierter Wärme schließlich auch im Widerspruch zu geltendem **Wettbewerbsrecht** stehen.

Konkret könnte ein kommunaler Fernwärmenetzbetreiber als Unternehmen, das eine Monopolinfrastuktur vorhält, gegen §§ 19, 20 GWB (**Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen**) verstoßen, wenn er ab sofort die Einspeisung/Durchleitung von Kohle-Wärme in sein kommunales Fernwärmenetz verböte. Jede Kommune könnte demzufolge auch aus kartellrechtlichen Gründen an der Versagung der Durchleitung von Kohle-Wärme durch ihr kommunales Fernwärmenetz gehindert sein. Anders ausgedrückt: Der Kohlekraftwerksbetreiber könnte – trotz einer möglicherweise für den Fernwärmenetzbetreiber gegebenen vertragsrechtlichen Kündigungsmöglichkeit des Durchleitungs- bzw. Einkaufsvertrages – dennoch nach § 19 GWB einen kartellrechtlichen Anspruch auf Wärmedurchleitung durch das kommunale Fernwärmenetz haben (mit der Folge, dass er einen Anspruch auf unmittelbaren Neuausschluss eines Durchleitungsvertrages hätte, was einer Art Kontrahierungszwang des kommunalen Fernwärmenetzbetreibers gleichkäme).

Im Folgenden wird daher untersucht, ob ein Kohlekraftwerksbetreiber nach Kartellrecht einen solchen Anspruch gegen den Fernwärmenetzbetreiber haben könnte. Dies setzt nach § 19 Abs. 1 GWB zunächst voraus, dass der Fernwärmenetzbetreiber ein Unternehmen ist, das eine marktbeherrschende Stellung innehat und diese missbräuchlich ausnutzt.

Irrelevant ist es dabei, dass der Fernwärmenetzbetreiber in kommunaler Hand ist. Denn § 19 Abs. 1 GWB ist auch gegenüber Unternehmen der öffentlichen Hand anwendbar, d.h. auch gegenüber solchen, die in mehrheitlichem, kommunalem Eigentum stehen. Dies hat seinen

²³¹ dazu bereits oben in Kapitel V. 3.

²³² hierzu kann auf die Ausführungen oben in Kapitel IV. und V.3. verwiesen werden.

Grund in § 185 Abs. 1 GWB, wonach das Kartellrecht auch auf solche Unternehmen anwendbar ist, die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen. Ist die Kommune nur Minderheitsbeteiligte am Netz, ist § 19 Abs. 1 GWB ohnehin auf den Fernwärmenetzbetreiber anwendbar.

Die Einräumung von Durchleitungsrechten wird von der Rechtsprechung zudem als unternehmerische Tätigkeit im Sinne eines funktionalen Unternehmensbegriffs angesehen, so dass die Regelungen des GWB in diesem Bereich anwendbar sind.²³³

Bezüglich der Einräumung eines Durchleitungsrechtes durch das eigene Fernwärmenetz hat der kommunale Fernwärmenetzbetreiber schließlich auch eine marktbeherrschende Stellung inne. Denn ein Unternehmen ist nach § 18 Abs. 1 GWB marktbeherrschend, soweit es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt (1.) ohne Wettbewerber ist, (2.) keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder (3.) eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung innehat. Vorliegend ist davon auszugehen, dass es keine parallel verlegten Fernwärmenetze gibt, auch wenn es freilich daneben noch Strom- und Gasnetze in den Kommunen geben wird. Auf dem Markt der Wärmeversorgung²³⁴ ist damit aber der Fernwärmenetzbetreiber jedenfalls ein Anbieter, der entweder eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung innehat oder aber zumindest keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist. Dies gilt erst recht, wenn man von verschiedenen Märkten hinsichtlich der Energieart (wie z.B. der zentralen Versorgung über Fernwärme oder dezentralen Versorgung über eine Ölheizung im Objekt) ausgeht.²³⁵ Zudem sind kostenintensive Stichleitungen auf der Ebene der Marktabgrenzung ebenfalls nicht als wirksame Alternative zu berücksichtigen.²³⁶ In geographischer Hinsicht ist der relevante Markt zur Nutzung der Fernwärmeversorgung schließlich eindeutig auf dessen Ausdehnung beschränkt.

Zu der Frage, ob diese solchermaßen aus mehreren Gründen zu bejahende marktbeherrschende Stellung eines Fernwärmenetzbetreibers auch rechtsmissbräuchlich ausgenutzt würde, wenn das Fernwärmeversorgungsunternehmen Kohlekraftwerke nicht mehr in sein Netz ließe, sind zunächst die in § 19 Abs. 2 GWB freilich nicht abschließend aufgeführten Beispiele für einen Missbrauch dieser marktbeherrschenden Stellung zu prüfen. Jedenfalls nach diesen Beispielfällen soll nicht nur regelmäßig ein missbräuchliches Verhalten vorliegen. Gleichzeitig konkretisiert dieser Absatz 2 des § 19 GWB die Generalklausel aus Absatz 1, sodass hieraus

²³³ BGH, KZR 43/07, Rn. 19.

²³⁴ Wärmeenergie für Haushalte bildet dabei nach Auffassung der Rechtsprechung jedenfalls einen einheitlichen Markt, vgl. BGH v. 23.6.2009 WuW/E DE-R 2739, 2740 „Entega I“; s. aber OLG Düsseldorf v. 23.2.2005 NJOZ 2005, 2184; OLG München v. 19.10.2006 DE-R 1887 „Münchener Fernwärme“, die sachliche Marktabgrenzung wurde später von BGH v. 25.9.2007 WuW/E DE-R 2267 für fehlerhaft eingestuft; vgl. dazu insgesamt nur: Immenga/Mestmäcker/Fuchs/Möschel, 5. Aufl. 2014, GWB § 18 Rn. 73 m.w.N.

²³⁵ vgl. dazu: BGH v. 21.10.1986 WuW/E BGH 2309, 2310 f.; OLG Hamburg v. 2.5.1985 WuW/E OLG 3650 „Glockenheide“: selbstständiger Markt für die Lieferung von Fernwärme; auch BGH v. 9.7.2002 WuW/E DE-R 1006 „Fernwärme Börsen“.

²³⁶ vgl. OLG Düsseldorf, 04.10.2007, IV Kart 1/06 (V), Rn. 108.

Rückschlüsse hinsichtlich des materiell-rechtlichen Begriffs des Missbrauchs i. S. d. Kartellrechts zu ziehen sind.²³⁷

Vorliegend kommt insbesondere das Regelbeispiel des **§ 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB** in Betracht. Danach liegt ein Missbrauch insbesondere dann vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen sich weigert, einem anderen Unternehmen gegen angemessenes Entgelt Zugang zu den eigenen Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen (so genannten *essential facilities*)²³⁸ zu gewähren und wenn es dem anderen Unternehmen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ohne die Mitbenutzung dieses Netzes nicht möglich ist, auf dem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens tätig zu werden.

Aus dieser Norm wird daher gemeinhin zwar einerseits ein kartellrechtlicher Zugangsanspruch abgeleitet,²³⁹ andererseits ist zu dieser Norm aber gleichfalls anerkannt, dass sie zwingend auch dadurch determiniert wird, wie der Zugang ausgestaltet ist. Konkret ist auch im Rahmen des Zugangsanspruchs also zu beachten, ob der Gesetzgeber aus ökologischen oder klimapolitischen Gründen neue Energieformen etablieren will, welche mit den vorhandenen (konventionellen) Kraftwerken in Wettbewerb treten und als infrastrukturabhängige Leistungen ebenfalls auf die Mitbenutzung der Netzinfrasturktur angewiesen sind.

Hier drückt namentlich das bereits oben benannte Sondergesetz des **EEWärmeG** ein besonderes öffentliches Interesse an der Förderung erneuerbare Energien im Wärmebereich aus. Zusätzlich subventionieren dem Beihilferecht der Art. 107 ff. AUEV unterliegende staatliche Förderprogramme ökologisch wünschenswerte Technologien.²⁴⁰ Nicht zuletzt im **KWKG** (Kraft-Wärme-Kopplungs-Gesetz) hat, wie bereits oben aufgezeigt, der Gesetzgeber zudem zu erkennen gegeben, dass der Gesetzgeber ortsnah erzeugte Wärme aus Kleinkraftwerken vorrangig in nahe gelegene Fernwärmenetze integrieren will und aus Kohle erzeugte KWK gar nicht mehr fördern will (vgl. § 7 Abs. 2, § 10 Abs. 1, § 35 Abs. 2 und 5 KWKG). Auch die **AVBFernwärmeV** zeigt in ihrem § 3 Satz 3, dass jeder Wärmekunde, der an sich zur Gesamtbedarfsdeckung gegenüber seinem Wärmelieferanten verpflichtet ist, stets berechtigt ist, Vertragsanpassung – d.h. Reduzierung der Gesamtbedarfsdeckungspflicht auf vertraglicher Ebene – zu verlangen, wenn und soweit er seinen Wärmebedarf unter Nutzung regenerativer Energiequellen (inklusive Holz) decken will.

Auch dies zeigt, dass monopolartige Strukturen im Wärmebereich seit jeher zugunsten klimaschonender Wärmegewinnung eingeschränkt sind. Auch das ist Teil des Wettbewerbs – sozusagen des internen Wettbewerbers, welchem Wärmeverkäufer (und mithin Kraftwerksbetrei-

²³⁷ Weyer in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 89. Lieferung 08.2017, § 19 GWB, Rn. 64.

²³⁸ woraus die aus dem US-amerikanischen Recht entwickelte „essential facilities-Doktrin“ entwickelt wurde, die letztendlich Vorbild für § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB war, vgl. dazu auch die Bronner-Entscheidung des EuGH aus 1998 (Slg. 1998 I-7791).

²³⁹ vgl. nur KG Berlin, WRP 2002, 564, 570.

²⁴⁰ ebenso: Säcker, Wettbewerbliche Bindungen der Fernwärmenetzbetreiber, in: RdE 2011, 277.

ber) seit jeher ausgesetzt sind. Auch die staatlich geförderte Erschließung neuer Wärmequellen – etwa auch im Bereich der Solarthermie (solarthermische Großkraftwerke) oder der Geothermie – zeigt ein komplexes Spannungsverhältnis zwischen dem generellen wettbewerblichen Zugangsanspruch einerseits und dem teilweise widerstreitenden Beihilferecht und den umweltpolitischen Spezialgesetzen (EEG, KWKG, EEWärmeG) andererseits auf. Das bringt die Frage hervor, wie dieses Spannungsverhältnis im Rahmen des Wettbewerbsrechts zu lösen ist bzw. aufgelöst werden kann.

Unseres Erachtens spielen außerwettbewerbliche („vergabefremde“) Aspekte – wie der Klimaschutz – im Rahmen von wettbewerbsrechtlichen Erwägungen durchaus relevant eine Rolle und müssen u.E. daher auch Berücksichtigung finden. Dieser Standpunkt – und darauf sei explizit hingewiesen – ist freilich auch im Wettbewerbsrecht weiterhin umstritten.²⁴¹

Immerhin hat der BGH bereits in mehreren Fällen klargestellt, dass die §§ 19, 20 GWB im Rahmen der notwendigen Interessenabwägung öffentliche Belange berücksichtigen und dabei eben auch den Umwelt- und Klimaschutz, aber auch die Versorgungssicherheit und soziale Belange.²⁴² Dem ist die juristische Literatur gefolgt.²⁴³

Das Interesse am funktionierenden Wettbewerb kann danach u.E. nicht losgelöst von den Allgemeinwohlinteressen, insbesondere dem des Klimaschutzes, bewertet werden.²⁴⁴ Selbst die Gesetzesbegründung zur damaligen Einführung dieser Norm des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB führte aus: *„Damit liegt ein Mißbrauch nicht vor, wenn das Verhalten aufgrund spezialgesetzlicher Regelungen zulässig ist.“*²⁴⁵

Dies zeigt zumindest, dass auch der Wille bei Schaffung der Norm nicht auf einen rein wettbewerblichen Aspekt beschränkt war, sondern „wettbewerbsfremde“ Rechtfertigungen für eine vermeintliche Verletzung des Wettbewerbsrechts durchaus von Beginn an angelegt und mithin als möglich angesehen wurden.

Zumindest für den Strommarkt haben außerdem sowohl das BVerfG, als auch das Bundeskartellamt eine Berücksichtigung der energiepolitischen Wertungen des EnWG ebenfalls bejaht.²⁴⁶

Wir meinen daher, dass es vertretbar und durchsetzbar ist, ein missbräuchliches Ausnutzen einer marktbeherrschenden Position des Fernwärmenetzbetreibers und damit einen Verstoß

²⁴¹ vgl. dazu nur Torsten Körber, Drittzugang zu Fernwärmenetzen, JWV 2011, S. 80 ff. mit einer detaillierten Darstellung des Streitstandes sowie die Sektoruntersuchung Fernwärme des Bundeskartellamtes, Abschlussbericht gemäß § 32e GWB aus August 2012, Seite 106, Rn. 235.

²⁴² BGH, WuW/E DE-R 2163, 2165; BGH WuW/E DE-R 1951, 1952; BGH WuW/E DE-R 2581, 2584.

²⁴³ siehe u.a. Säcker/Mohr/Wolf, Konzessionsverträge im System der europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts, 2010, S. 121 f.; Körber, aaO, S. 85.

²⁴⁴ ebenso: Säcker/Wolf, RdE 2011, 277, 281 unter Hinweis auf BVerwG, 28.11.1996, 8 B 216/96.

²⁴⁵ Zitat aus BT-Drs. 13/9720.

²⁴⁶ BVerfG NVwZ 2001, 789f und BKartA WuW/E DE-V 149.

gegen das Kartellrecht (§ 19 GWB) zu verneinen, wenn dieser Netzbetreiber – gezwungen durch ein Bürgerbegehren/einen Bürgerbescheid im Zuge seiner kommunalen Einflussnahmemöglichkeiten – beschließt, einem Kraftwerksbetreiber, der aus Kohle Wärme produziert, keinen Zugang mehr zu seinem Fernwärmenetz zu gewähren.

Zu beachten ist darüber hinaus, dass der kartellrechtliche Zugangsanspruch nach § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 Nr. 4 GWB zusätzlich unter dem **Vorbehalt der tatsächlichen Möglichkeit der Zugangsgewährung sowie der Zumutbarkeit für den Betreiber der Infrastruktureinrichtung** (hier also des Fernwärmenetzes) steht. Auch hierüber lässt sich daher oftmals ein Zugangsanspruch eines (Kohle-) Kraftwerksbetreibers ablehnen. Denkbar ist es im Einzelfall beispielsweise, dass eine Mitbenutzung des Netzes zukünftig nur noch realisierbar ist, wenn dazu wesentliche Netzerweiterungsmaßnahmen getroffen werden müssten. Dann könnte der Netzbetreiber den Zugangsanspruch auch etwa wegen betriebsbedingter Unmöglichkeit ablehnen, hilfsweise wegen Unzumutbarkeit. Auch ist es denkbar, dass die Bewilligung eines Durchleitungsbegehrens einen so massiven Eingriff in eine ansonsten effiziente Netzsteuerung und Anlagenfahrweise bedeuten würde, dass eine Interessenabwägung zu Lasten des Durchleitungspetenten (hier: des Kohlekraftwerksbetreibers) ausfallen muss. Sofern man in entsprechenden Fällen nicht bereits die Möglichkeit des Netzzugangs verneinen will, erscheint es jedenfalls sehr zweifelhaft, ob die Pflicht zur Einräumung der Mitbenutzung eines Netzes nach § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 Nr. 4 GWB den Netzbetreiber auch verpflichtet, ggf. Wärmemengen, die wegen Kapazitätsengpässen nicht zwischen Teilnetzen fließen können, durch entsprechende Drosselung bzw. Erhöhung der eigenen Wärmeproduktion in den verschiedenen Teilnetzen auszugleichen. Dies käme letztlich einer Verpflichtung zu einem echten Bilanzkreismanagement gleich, was mithin ebenfalls als Unzumutbarkeit des Netzzugangs im Einzelfall seitens des Netzbetreibers gegen den Netzzugangsanspruch des Kohlekraftwerksbetreibers angeführt werden kann.

An dieser Stelle sei insofern auch noch einmal auf eine weitere Besonderheit der Fernwärme verwiesen: Aufgrund des geschlossenen Wärmekreislaufs müssen zusätzlich (von Dritten) in diesen Kreislauf eingespeiste Wärmemengen immer mit der eigenen Wärmeerzeugung (oder der Wärmeerzeugung anderer Dritter) austariert werden. Anders als beim Strom können dabei dann aber nicht überschüssige oder fehlende Mengen über eine jeweils vorgelagerte Netzebene ausgeglichen werden. Das stellt Fernwärmenetzbetreiber also immer vor immense Herausforderungen, die gleichfalls im Einzelfall gegen kartellrechtliche Zugangsansprüche von Kohlekraftwerksbetreibern angeführt werden können und auch etwa gegen den gleichfalls denkbaren **Anspruch auf Abnahme aus § 20 Abs. 1 GWB** (aufgrund des Gebots diskriminierungsfreier Wärmebeschaffung), sodass die Interessenabwägung auch deswegen eher zu Gunsten des Fernwärmenetzbetreibers ausfallen dürfte und dementsprechend ein kartellrechtswidriger Missbrauch bei Nichtgewährung des Zugangs/der Abnahme auch mit diesen Gründen abgelehnt werden kann. Eine missbräuchliche Verweigerung der Abnahme läge damit bei einer Verweigerung der Abnahme von Kohlewärme u.E. ebenfalls nicht vor.

b) Konkrete Fallbeispiele

Sind damit die wesentlichsten rechtlichen Determinanten aufgezeigt, die in dieser Fallgruppe im Speziellen zu den bereits oben aufgezeigten allgemeinen Anforderungen hinzukommen, sei im Folgenden anhand von Beispielfällen aufgezeigt, wie man Bürgerbegehren bei ganz konkreten Fernwärmenetzen anlegen könnte. Hierbei wird zunächst ein Fall der minderheitlichen kommunalen Beteiligung (Braunschweig), ein Fall der hälftigen kommunalen Beteiligung (Zolling) und sodann ein Fall der mehrheitlichen kommunalen Beteiligung (Rostock) betrachtet.

Schließlich wird auftragsgemäß (unter dd) außerdem noch auf die Sondersituation der Fernwärmeversorgung in der Rhein-Neckar-Region (Mannheim/Heidelberg/ Schwetzingen/Edingen-Neckarhausen) eingegangen, die alle über ein über-regionales Verteilnetz an das Großkohlekraftwerk in Mannheim angeschlossen sind.

aa) Braunschweig

Das Braunschweiger Fernwärmenetz wird betrieben von der „BS Energy“, die mit vollem Namen Braunschweiger Versorgungs-AG & Co. KG heißt. Neben dem Fernwärmenetz betreibt diese Kommanditgesellschaft auch mehrere Wärme- und Stromerzeugungsanlagen, so u.a. auch eine noch mit Steinkohle betriebene Gas- und Dampfturbinen-Anlage (GuD) im sogenannten „Heizkraftwerk Mitte“, das seit Ende 2010 in Betrieb ist, eine thermische Leistung von rund 60 Megawatt aufweist und, wie es auf der homepage der BS Energy heißt, bei dem zumindest „zukünftig“ und zumindest zu einem „Teil des bisher aus Steinkohle erzeugten KWK-Stroms“ dann aus Erdgas Wärme und Strom (in KWK) erzeugt werden soll (freilich ohne die Angabe, wann dieses „zukünftig“ beginnen soll).²⁴⁷

Es handelt sich bei der Betriebsgesellschaft des Fernwärmenetzes – aber auch des Kohlekraftwerkes – also um eine Kommanditgesellschaft, bei der allerdings keine GmbH, sondern eine Aktiengesellschaft (AG) Komplementärin ist.

Auch eine Aktiengesellschaft kann Komplementärin einer KG sein,²⁴⁸ weist allerdings einige Besonderheiten auf, weil der Komplementär den Regeln der AG folgen muss. Das kann zu einem Konflikt mit den Regeln der KG führen, die nicht dem Recht der AG, sondern dem Recht der Kommanditgesellschaft folgt. Erste Schlussfolgerung daraus ist zunächst, dass Eingriffsrechte des Kommanditisten in die Organisation der Aktiengesellschaft selbstverständlich – wie bei der GmbH & Co KG – nicht bestehen.²⁴⁹ Demgemäß hat der BGH z.B. auch entschieden, dass ein bloßer Kommanditist auf die Auswahl des Vorstands der Komplementär-AG keinen Einfluss hat, sondern dass der Aufsichtsrat der AG hierüber allein entscheidet.²⁵⁰

²⁴⁷ <https://www.bs-energy.de/privatkunden/unternehmen/erzeugungsanlagen/konventionelle-energien/>

²⁴⁸ vgl. MüKoHGB/Grunewald, 3. Aufl. 2012, HGB § 161 Rn. 104.

²⁴⁹ Siehe dazu bereits oben in dem Kapitel IV.5.

²⁵⁰ BGH, ZIP 2009, 1162, 1164.

Vorliegend sind an dieser AG & Co. KG laut den Angaben der BS Energy selbst²⁵¹ die Thüga mit 24,8 %, die Veolia mit 50,1 % und die Stadt Braunschweig mit 25,1 % beteiligt. Der Gesellschaftsvertrag der AG & Co. KG ist, soweit ersichtlich, nicht öffentlich abrufbar. Aus den reinen Angaben auf der Homepage der BS Energy wird auch nicht ganz deutlich, ob die Stadt damit nur als Kommanditistin mit also 25,1 % Kommanditeilen an der KG beteiligt ist oder ob sich diese 25,1 % auf die Komplementärin, also die AG, beziehen. Gleiches gilt für die Seite der Braunschweiger Beteiligungs GmbH, auf der alle Beteiligungen der Stadt Braunschweig veröffentlicht sind. Auch hier wird lediglich auf eine 25,1-%-ige Beteiligung an der AG & Co. KG verwiesen.²⁵² Aus einem Wikipedia-Eintrag sowie der Seite der Stadt Braunschweig ergibt sich jedoch, dass die Stadt Braunschweig mit dem Oberbürgermeister den Vorsitzenden des Aufsichtsrates der AG stellt.²⁵³ Ein aktueller Blick in die Unternehmensstruktur der Braunschweiger Versorgungs AG & Co. KG zeigt indes, dass der Vorsitzende des Vorstands nunmehr Herr Julien Mounier ist. Die anderen beiden aktuellen Mitglieder des Vorstandes der AG sind Herr Paul Anfang und Herr Matthias Henze, die beide, soweit ersichtlich, ebenfalls keine Vertreter der Stadt Braunschweig sind.

Aus alledem ergibt sich bereits, dass erst eine weitergehende Befassung mit der Unternehmensstruktur der BS Energy wirklich zeigen wird, wie hoch die kommunale Beteiligung und damit Einflussnahme der Stadt Braunschweig am Fernwärmenetzbetreiber ist. Diese Befassung wäre vor Durchführung eines Bürgerbegehrens erforderlich.

Geht man vorliegend davon aus, dass die 25,1-%-ige Beteiligung als Beteiligung an der Komplementärin, also der Aktiengesellschaft, zu verstehen ist, so hätte die Kommune immerhin eine Sperrminorität in der Hauptversammlung oder im Aufsichtsrat der Komplementär-AG. Andererseits ist laut aktueller Internet-Recherche (07.10.2018) aber kein Vertreter der Kommune mehr im Vorstand. Der Vorstand hat bei einer AG, wie oben aufgezeigt, indes nicht nur die Geschäftsführung, sondern auch die Unternehmensleitung inne. Er handelt insoweit eigenverantwortlich und weisungsfrei. Daher kann weder die Hauptversammlung noch der Aufsichtsrat noch können Dritte dem Vorstand Weisungen erteilen, sodass die kommunale Einflussnahme hier von vornherein nur sehr begrenzt scheint.

Nicht auszuschließen ist aber, dass gemäß § 111 Abs. 4 S. 2 AktG bestimmte Arten von Geschäften von der Zustimmung des Aufsichtsrats abhängig sind, sodass ein Bürgerbegehren immerhin über diesen Weg die insoweit möglicherweise vorhandene kommunale Mitwirkung an der BS Energy steuern könnte. Denn immerhin scheint der Vorsitzende des Aufsichtsrats der Oberbürgermeister der Stadt Braunschweig zu sein.

Zwischenergebnis: Es muss genauer geprüft werden, wie die Vertragsstruktur, der Gesellschaftsvertrag und die Gesellschaftsverhältnisse der Braunschweiger Versorgung AG & Co.

²⁵¹ siehe https://www.bs-energy.de/fileadmin/BS_ENERGY/unternehmen/bs_energy_im_profil/organigramm_stand2018.pdf

²⁵² http://www.stadtwerke-bs.de/downloads/stadtwerke_tab.pdf.

²⁵³ https://de.wikipedia.org/wiki/BS_Energy und http://www.braunschweig.de/politik_verwaltung/ob/einkuenfte.html.

KG ausgestaltet sind. Sobald dies bekannt ist, erscheint es trotz der nur geringen Beteiligung der Stadt Braunschweig (hier nur 25,1 %) über deren Einflussnahme im Aufsichtsrat der AG nicht ausgeschlossen, dass ein Bürgerentscheid hier eine wirksame Verpflichtung der Kommune und deren in der Hauptversammlung bzw. im Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft befindlicher Vertreter schaffen könnte, sich für sämtliche Maßnahmen zum Kohleausstieg einzusetzen, wie z.B. für eine Änderung der Satzung der AG dahingehend, dass keine aus Kohle produzierte Wärme mehr durch das von der BS Energy betriebene Fernwärmenetz geleitet werden soll oder dass die BS Energy keine aus Kohle produzierte Wärme mehr an ihre Fernwärmekunden verkauft – oder dass auch das „Heizwerk Mitte“ die Nutzung der Kohle als Brennstoff so schnell wie möglich einstellt. Alle solche Maßnahmen könnten hier formuliert und – unter Beachtung der oben dargestellten Maßgaben – umgesetzt werden.

Die Abstimmungsfrage würde dann etwa lauten:

„Sind Sie dafür, dass die Stadt Braunschweig sich als Gesellschafterin der xxAG nachdrücklich und kontinuierlich dafür einsetzt, dass die Satzung der xx AG dahingehend geändert wird, dass diese als Geschäftsführerin der BS Energy den Beschluss fasst/herbeiführt und umsetzt, keine Energie mehr aus Kohle zu produzieren und keine aus Kohle erzeugte Wärme mehr in das von der BS Energy betriebene Netz einzuspeisen?“

Darüber hinaus käme als Gegenstand eines Bürgerbegehrens auch eine Verpflichtung der Kommune zur Erhöhung des kommunalen Anteils am Fernwärmenetz in Betracht, verbunden mit der Verpflichtung diesen erhöhten Anteil in der Weise auszunutzen, dass der Einsatz von Kohle in sämtlichen Kraftwerken der BS Energy so schnell wie rechtlich möglich beendet wird und dass Bezüge von Wärme aus Kohle auch für die Zukunft ebenso ausgeschlossen werden, wie auch eine Durchleitung von Kohlewärme durch das Fernwärmenetz nicht (mehr) gestattet wird.

Freilich wären dann im Einzelnen die oben beschriebenen Grenzen der materiellen Rechtmäßigkeit zu prüfen, also insbesondere die Grundrechtsbindung, Konzernrechtliche Grenzen, der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit sowie bestehende vertragliche Bindungen.

Inwieweit die Braunschweiger Versorgung AG & Co. KG **längerfristig vertraglich** gebunden ist, kann auch hier insofern mangels Datengrundlage noch nicht untersucht werden, müsste dann aber gleichfalls geprüft werden. Bei den Verpflichtungen zu Wärme und Stromlieferung an die Kunden der BS Energy wäre freilich zu beachten, dass hier ein Wechsel des Primärenergieträgers recht problemlos möglich wäre und sogar die oben aufgezeigten Vorteile haben könnte. Aber selbst wenn der Verzicht auf den Kohleeinkauf bzw. die Kohleproduktion in dem „Heizkraftwerk Mitte“ einen Verzicht auf Erträge/Gewinnmargen der BS Energy bedeuten würde oder zusätzliche Ausgaben für Modernisierungs- und Anpassungsmaßnahmen nötig macht, steht das **kommunalrechtliche Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit** dem nicht per se entgegen. Denn die Gemeinde darf durch die Anpassung ihrer Energie-

versorgung auch das Nebenziel eines lokalen Kohleausstiegs verfolgen.²⁵⁴ Das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit verlangt dann nur, diese so von der Gemeinde verfolgten Ziele möglichst wirtschaftlich zu erreichen.

Zudem ist im Rahmen der wirtschaftlichen Betrachtung, wie ebenfalls bereits aufgezeigt, auch die drohende Haftung der Erzeuger für durch CO₂-Emissionen verursachten Folgeschäden des Klimawandels in den Blick zu nehmen, was angesichts des weiten Einschätzungsspielraums der Gemeinde weiter positiv zu berücksichtigen ist.²⁵⁵ Auch der Wandel der öffentlichen Meinung zur Nutzung der Kohle zur Wärmeerzeugung muss hier wieder berücksichtigt werden. Im Rahmen der direkten Kundenbeziehung zum Wärmekunden gilt umso mehr, dass eine hieran orientierte Unternehmenspolitik der langfristigen Kundenbindung des Fernwärmelieferanten dient und daher höchst wahrscheinlich ebenfalls erhebliche wirtschaftliche Vorteile mit sich bringt. Das wird noch deutlicher, wenn man die oben beschriebene Möglichkeit hinzuzieht, dass die BS Energy den Primärenergiefaktor des Fernwärmenetzes anheben kann, wenn als neuer Primärenergieträger statt der Kohle ein klimaschonender Brennstoff gewählt wird²⁵⁶, was sich deutlich positiv auf den wirtschaftlichen Wert des Wärmeproduktes und damit des Fernwärmenetzes insgesamt auswirkt.

bb) Zolling

Das Zollinger Fernwärmenetz wird von der Fernwärmeversorgung Freising GmbH betrieben. An dieser ist mit 50 % der Eigenbetrieb Stadtwerke Freising beteiligt; im Gesellschaftsvertrag der Fernwärmeversorgung Freising GmbH heißt es daher verkürzt, Gesellschafterin sei die Stadt Freising.²⁵⁷ Weiterer Gesellschafter ist die Bayernwerk AG.²⁵⁸ Davon zu unterscheiden ist die Freisinger Stadtwerke Versorgungs-GmbH, eine 100-prozentige Tochter des Eigenbetriebs Freisinger Stadtwerke. In das Fernwärmenetz Zolling wird Wärme aus dem Kohlekraftwerk der Energie Kraftwerk Zolling GmbH eingeleitet.

Über den kommunalen Eigenbetrieb könnte ein potentiell Bürgerbegehren direkt auf die Gesellschafterversammlung der Fernwärmeversorgung Freising GmbH Einfluss nehmen.

Der Aufsichtsrat der Fernwärmeversorgung Freising GmbH besteht gemäß § 10 Nr. 1 Gesellschaftsvertrag (GV) aus sechs Mitgliedern, welche von den beiden Gesellschaftern nach ihren Beteiligungsverhältnissen am Stammkapital entsandt werden. Aufgrund des kommunalen Anteils von 50 % entsendet die Stadt somit drei Aufsichtsratsmitglieder. Vorsitzender des Aufsichtsrats ist zudem derzeit der Oberbürgermeister der Stadt Freising, Herr Tobias Eschenbacher.

²⁵⁴ hierzu bereits oben unter III.3.

²⁵⁵ siehe hierzu oben unter VI. 1. A) am Ende m.w.N. unter anderem auf den Beschluss des OLG Hamm, aaO.

²⁵⁶ siehe dazu oben unter V.3. b), ab Seite 45.

²⁵⁷ vgl. auch <https://www.freisinger-stadtwerke.de/de/Kopfnavigation/Unternehmen/Gesellschaften/Fernwaermeversorgung-Freising-GmbH.html>.

²⁵⁸ <https://www.freisinger-stadtwerke.de/de/Kopfnavigation/Unternehmen/Gesellschaften/Fernwaermeversorgung-Freising-GmbH.html>

Gemäß § 11 Nr. 2.4 GV ist der Aufsichtsrat u.a. zuständig für die Aufhebung von Unternehmens- und Versorgungsverträgen. Hätte die Stadt Freising über ihren Eigenbetrieb eine 2/3-Mehrheit am Stammkapital und somit vier der sechs Stellen im Aufsichtsrat, dann könnte sie eine Kündigung der Verträge mit Zulieferern von Fernwärme aus Kohlekraftwerken beschließen, wobei geltende Kündigungsfristen beachtet werden müssten. Der Anteil von 50 % genügt hierfür noch nicht.

Zu beachten ist: Die Kündigung von Verträgen ist eine Geschäftsführungsmaßnahme. Dafür ist im Grundsatz der Vorstand (in der AG) / die Geschäftsführung (in der GmbH) / die persönlich haftenden Gesellschafter (in Personengesellschaften) zuständig. Hier weist der Gesellschaftsvertrag die Kündigung von Verträgen dem Aufsichtsrat zu. Um eine Entscheidung des Aufsichtsrats zu erzwingen, wird die 2/3-Mehrheit benötigt, weil diese proportional in den Aufsichtsratsplätzen widergespiegelt wird.

Zweckmäßig wäre es daher, die Stadt Freising mittels eines Bürgerbegehrens zu verpflichten, alles ihr Mögliche zu unternehmen, um ihren Anteil an der Fernwärmeversorgung Freising GmbH auf 62,5 % zu erhöhen (um so einen vierten Platz im Aufsichtsrat zu erlangen). Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit wird das Mögliche freilich insofern einschränken, als nicht jedwedes (überteuerte) Verkaufsangebot der Mitgesellschafterin Bayernwerk AG angenommen werden darf. Wie oben ausgeführt ist eine maßvolle kurzfristige wirtschaftliche Benachteiligung jedoch nicht grundsätzlich ausgeschlossen.

Zweiter Punkt des Bürgerbegehrens könnte es daher sein, nach erfolgreicher Aufstockung der Anteile sodann im Aufsichtsrat die Kündigung von Fernwärmelieferungsverträgen mit Betreibern von Kohlekraftwerken zu beschließen.

Ein Verstoß gegen das Koppelungsverbot dürfte hierin nicht zu sehen sein, weil der Zukauf von Anteilen bis zu einer Beteiligung von 62,5 % notwendige Voraussetzung dafür ist, die Kündigung der Verträge erzwingen zu können. Es wird nicht die Zustimmung zu der einen Frage ausgenutzt, um die andere Frage gleichzeitig „durchzudrücken“. Die Souveränität des Abstimmungsvolkes wird damit nicht umgangen.

Auch hier wären dann wieder im Einzelnen die oben beschriebenen **Grenzen der materiellen Rechtmäßigkeit** zu prüfen. Inwieweit hier **längerfristige vertragliche Bindungen** mit der Kohlekraftwerks-GmbH (d.h. der Energie Kraftwerk Zolling GmbH) bestehen, kann auch hier insofern mangels Datengrundlage noch nicht untersucht werden, müsste dann aber gleichfalls geprüft werden.

Bei den Verpflichtungen zu Wärmelieferung (und ggf. auch Stromlieferungen) an Kunden der Fernwärmeversorgung Freising GmbH wäre sodann auch hier positiv anführbar, dass auch in diesem Vertragsverhältnis ein Wechsel des Primärenergieträgers recht problemlos möglich sein dürfte und sogar die oben aufgezeigten Vorteile haben könnte. Und selbst wenn der Verzicht auf den Kohleeinkauf einen Verzicht auf Erträge/Gewinnmargen der Fernwärmeversorgung Freising GmbH bedeuten würde oder zusätzliche Ausgaben für Modernisierungs- und Anpassungsmaßnahmen nötig machen würde, stünde dem auch hier das **kommunalrechtli-**

che Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit nicht per se entgegen. Denn die Gemeinde darf durch die Anpassung ihrer Energieversorgung auch das Nebenziel eines lokalen Kohleausstiegs verfolgen.²⁵⁹ Das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit verlangt dann nur, diese so von der Gemeinde verfolgten Ziele möglichst wirtschaftlich zu erreichen.

Dabei kann dann auch hier wieder der Wandel der öffentlichen Meinung zur Nutzung der Kohle zur Wärmeerzeugung positiv berücksichtigt werden und zwar nicht nur im Rahmen der direkten Kundenbeziehung zum Wärmekunden. In dieser Letztkundenbeziehung zum Grundstückseigentümer gilt aber natürlich auch hier wieder, dass die mögliche Anhebung des Primärenergiefaktors des Fernwärmenetzes²⁶⁰ sich deutlich positiv auf den wirtschaftlichen Wert des Wärmeproduktes und damit des Fernwärmenetzes insgesamt auswirkt.

cc) Rostock

Die Hansestadt Rostock ist Alleingesellschafterin der Rostocker Versorgungs- und Verkehrs-Holding GmbH (RVV), welche 74,9 % an der Stadtwerke Rostock AG hält. Diese betreibt das Rostocker Fernwärmenetz.

Die Stadt Rostock hat in einer sog. Fernwärmesatzung²⁶¹ festgelegt, dass mit der Fernwärmeversorgung eine Gesellschaft beauftragt wird (dies ist die Stadtwerke Rostock AG). In der Präambel der Fernwärmesatzung heißt es: „Zweck dieser Satzung ist der Schutz der natürlichen Grundlagen des Lebens. Sie dient der Verbesserung der örtlichen Umweltsituation und damit dem Wohl der Einwohner der Hansestadt Rostock sowie dem globalen Klima- und Ressourcenschutz.“ Die beauftragte Gesellschaft betreibe das Fernwärmenetz „als dem öffentlichen Wohl dienende Einrichtung.“

Die Satzung der Stadtwerke Rostock AG ist, soweit ersichtlich, nicht veröffentlicht. Dank der Mehrheit von 74,9 % an den Anteilen ist die Stadt Rostock jedoch in jedem Fall zu beträchtlichem Einfluss in der Lage, und kann gem. §§ 119 Abs. 1 Nr. 3, 120 Abs. 1 S. 1 AktG die Entlastung des Vorstandes (oder einzelner seiner Mitglieder) verhindern. Dies kann sie dem Vorstand für den Fall in Aussicht stellen, dass er sich weigert, Fernwärmeeinkaufsverträge mit Betreibern von Kohlekraftwerken zum nächstmöglichen Zeitpunkt zu kündigen, und ihn so unter Druck setzen, dies zu tun.

Die Abstimmungsfrage könnte hier etwa lauten:

„Sind Sie dafür, dass die Stadt Rostock den Vorstand der Stadtwerke Rostock AG ersucht, Fernwärmeeinkaufsverträge mit Betreibern von Kohlekraftwerken zum nächstmöglichen Zeitpunkt zu kündigen?“

Wahrscheinlich ist, dass die Satzung hier auch andere, konkretere Fragestellungen zulässt.

²⁵⁹ hierzu bereits oben unter III.3.

²⁶⁰ siehe dazu oben unter V.3. b), ab Seite 45.

²⁶¹ http://rathaus.rostock.de/sixcms/media.php/rostock_01.a.894.de/datei/7_03_2.pdf.

Auch hier wären dann wieder im Einzelnen die oben beschriebenen **Grenzen der materiellen Rechtmäßigkeit** zu prüfen. Inwieweit hier **längerfristige vertragliche Bindungen** mit dem Kohlekraftwerksbetreibern bestehen, kann auch hier insofern mangels Datengrundlage noch nicht untersucht werden, müsste dann aber im Rahmen einer Bürgerinitiative gleichfalls geprüft werden.

Bei den Verpflichtungen zu Wärmelieferung (und ggf. auch Stromlieferungen) an Kunden der RVV wäre sodann auch hier positiv auszuführen, dass auch in diesem Vertragsverhältnis ein Wechsel des Primärenergieträgers recht problemlos möglich sein dürfte und sogar die oben aufgezeigten Vorteile haben könnte. Und selbst wenn der Verzicht auf den Kohleeinkauf einen Verzicht auf Erträge/Gewinnmargen der RVV bedeuten würde oder zusätzliche Ausgaben für Modernisierungs- und Anpassungsmaßnahmen nötig machen würde, stünde dem auch hier das **kommunalrechtliche Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit** nicht per se entgegen. Denn die Gemeinde darf durch die Anpassung ihrer Energieversorgung auch das Nebenziel eines lokalen Kohleausstiegs verfolgen.²⁶² Das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit verlangt dann nur, diese so von der Gemeinde verfolgten Ziele möglichst wirtschaftlich zu erreichen.

Dabei kann dann auch hier wieder der Wandel der öffentlichen Meinung zur Nutzung der Kohle zur Wärmeerzeugung positiv berücksichtigt werden und zwar nicht nur im Rahmen der direkten Kundenbeziehung zum Wärmekunden. In dieser Letztkundenbeziehung zum Grundstückseigentümer gilt aber natürlich auch hier wieder, dass die mögliche Anhebung des Primärenergiefaktors des Fernwärmenetzes²⁶³ sich deutlich positiv auf den wirtschaftlichen Wert des Wärmeproduktes und damit des Fernwärmenetzes insgesamt auswirkt.

dd) Rhein-Neckar-Region

Schlussendlich soll auch die Situation des Fernwärmenetzes in der Rhein-Neckar-Region betrachtet werden, bei der mehrere Formen der Beteiligung von insgesamt vier Kommunen (Mannheim/Heidelberg/Schwetzingen/Edingen-Neckarhausen) vorliegen. Technisch besteht hier die Besonderheit, dass die Wärme aus dem von der Großkraftwerk Mannheim AG betriebenen Steinkohlekraftwerk in Mannheim über ein verzweigtes Netz in sogar vier Kommunen weitergeleitet wird. Denn die vier Fernwärmenetze in Mannheim, in Heidelberg, in Schwetzingen und in Edingen-Neckarhausen sind überregional über ein Verteilnetz miteinander verbunden und erhalten so alle Wärme aus diesem Kohlekraftwerk.

Die Beteiligungsverhältnisse sind dabei grob wie folgt aufgebaut:

Das zwischen den vier lokalen Netzen bestehende **Verteilnetz** wird von der Fernwärme Rhein-Neckar GmbH betrieben. Diese befindet sich zur Hälfte in der Hand der Netze BW

²⁶² hierzu bereits oben unter III.3.

²⁶³ siehe dazu oben unter V.3. b), ab Seite 45.

GmbH, welche zu 100 % der EnBW AG gehört, und zur anderen Hälfte in der Hand der MVV RHE GmbH.²⁶⁴

Für die an dieses Verteilnetz angeschlossenen, lokalen Netze selbst stellt es sich wie folgt dar:

Die Stadt **Mannheim** hält 100 % an der MVV GmbH, welche 99,99 % an der MVV Mannheimer Verkehr GmbH hält. Die restlichen 0,01 % an der MVV Mannheimer Verkehr GmbH hält die Stadt Mannheim direkt.

Die MVV Verkehr GmbH ihrerseits hält wiederum 50,1 % an der MVV Energie AG, welche das Mannheimer Fernwärmenetz betreibt. In dieses speist sie Fernwärme aus dem Großkraftwerk Mannheim ein.

Die Stadt **Heidelberg** hält 100 % an der Stadtwerke Heidelberg GmbH, welche ihrerseits mit 94,9 % an der Stadtwerke Heidelberg Netze GmbH beteiligt ist. Diese betreibt das Heidelberger Fernwärmenetz, welches über das Verteilnetz mit Wärme aus dem Mannheimer Fernwärmenetz versorgt wird.²⁶⁵

Die Stadt **Schwetzingen** ist mit 54,9 % an der Stadtwerke Schwetzingen Verwaltungsgesellschaft mbH beteiligt; weitere 25,1 % an dieser sind in der Hand der Stadtwerke Heidelberg GmbH, 10 % in der Hand der MVV Energie AG und 10 % in der Hand der EnBW AG. Die Stadtwerke Schwetzingen Verwaltungsgesellschaft mbH ist die Komplementärin der Stadtwerke Schwetzingen GmbH & Co. KG. Diese betreibt das Schwetzinger Fernwärmenetz, welches über das Verteilnetz mit Wärme aus dem Mannheimer Fernwärmenetz versorgt wird.

Zusätzlich kommt Wärme aus Mannheim über das Verteilnetz auch der Gemeinde **Edingen-Neckarhausen** zugute.

Denkbare Handlungsansätze und Ideen für mögliche Bürgerbegehren könnten daher – **vorbehaltlich einer genauen Prüfung der gesellschaftsrechtlichen Verträge** – die folgenden sein:

Die **Stadt Mannheim** hat über ihre Stellung als Alleingesellschafterin der MVV GmbH vollen Einfluss auf die MVV Verkehr GmbH. Diese hat aufgrund ihrer Mehrheitsbeteiligung (50,1 %) die Mehrheit in der Hauptversammlung der MVV Energie AG. Die Stadt Mannheim

²⁶⁴ vgl. die Angaben von EnBW (unter:

<https://www.enbw.com/unternehmen/konzern/energieerzeugung/fernwaerme/versorgungsgebiet.html>) : „An der Fernwärme Rhein-Neckar GmbH (FRN) sind die Netze BW GmbH und die MVV RHE AG mit jeweils 50 % beteiligt. Die FRN versorgt über eine 6,4 km lange Transportleitung die Städte Heidelberg und Schwetzingen sowie die Gemeinde Edingen-Neckarhausen inklusive der Liegenschaften der US-Army mit Fernwärme aus dem Großkraftwerk Mannheim (GKM). Insgesamt werden pro Jahr ca. 700 Millionen Kilowattstunden bei einer maximalen Fernwärmeleistung von 165 MW transportiert, wobei der überwiegende Anteil an die Stadtwerke Heidelberg geliefert werden, die dann die weitere Verteilung im Stadtgebiet übernehmen.“

²⁶⁵ vgl. dazu die Angaben der Stadtwerke Heidelberg unter: <https://www.swhd.de/unternehmen> sowie die Fernwärmesatzung der Stadt Heidelberg, veröffentlicht unter:

https://www.heidelberg.de/site/Heidelberg_ROOT/get/documents_E1886943793/heidelberg/Objektdatenbank/30/PDF/30_pdf_ortsr_7-9_Fernwaermesatzung.pdf

kann zwar dem Vorstand wegen § 76 Abs. 1 AktG nicht im Wege eines Hauptversammlungsbeschlusses eine Weisung in Geschäftsführungsangelegenheiten geben. Sie kann jedoch einen Hauptversammlungsbeschluss – etwa anlässlich der Entscheidung über die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat – erwirken, der ihre Auffassung über Geschäftsführungsangelegenheiten klarstellt. Dieser Beschluss bindet den Vorstand rechtlich nicht, ist aufgrund der zukünftigen Einwirkungsmöglichkeiten der Hauptversammlung (z.B. über die Bestellung des Aufsichtsrats mittelbare Einflussnahme auf die personelle Zusammensetzung des Vorstands, Verweigerung der Entlastung) gleichwohl von Gewicht. Der Vorstand kann hierauf dann auch durch Vorlage einer Geschäftsführungsfrage an die Hauptversammlung reagieren, vgl. § 119 Abs. 2 AktG, woraufhin diese dann zuständig ist. Auch in diesem Fall kann die Stadt daher sinnvoll Einfluss nehmen. Ein Bürgerbegehren könnte daher darauf abzielen, dass die Stadt Mannheim ihren gesellschaftsrechtlichen Einfluss auf die MVV Energie AG dahingehend ausübt, dass diese so bald wie möglich keine Wärme aus dem Großkraftwerk Mannheim oder anderen Kohlekraftwerken mehr in das Fernwärmenetz Mannheim einspeist bzw. durchleitet.

Zusätzlich denkbar wäre, mittels eines Bürgerbegehrens die Stadt Mannheim zu verpflichten, den Gesellschaftsvertrag der MVV GmbH und – mit ihr zusammen, vermittelt durch eine Anweisung der Geschäftsführung – den Gesellschaftsvertrag der MVV Mannheimer Verkehr GmbH dahingehend zu ändern, dass sich die Gesellschaften aktiv für den Abschied von „Kohle-Wärme“ einsetzen und sich nicht mehr an Gesellschaften beteiligen dürfen, die diese Wärmeerzeugungsform beziehen oder einspeisen.

Die **Stadt Heidelberg** wiederum könnte per Bürgerbegehren dazu verpflichtet werden, als Gesellschafterin der Stadtwerke Heidelberg GmbH deren Geschäftsführung – dank der Stellung als Alleingesellschafterin ebenfalls auch ohne Beschluss – wiederum ebenfalls anzuweisen, in der Gesellschafterversammlung der Stadtwerke Heidelberg Netze GmbH deren Geschäftsführung anzuweisen, den Bezug von Fernwärme aus dem Verteilnetz zu beenden, wenn nicht dessen Betreiberin (die Fernwärme Rhein-Neckar GmbH) ihren Fernwärmelieferungsvertrag mit der Großkraftwerk Mannheim AG zum nächstmöglichen Zeitpunkt kündigt.

Zugleich könnte ein Bürgerbegehren die **Stadt Schwetzingen** möglicherweise dazu verpflichten, mit ihrem Anteil von 54,9 % in der Gesellschafterversammlung der Stadtwerke Schwetzingen Verwaltungsgesellschaft mbH deren Geschäftsführung anzuweisen, für die GmbH als Komplementärin der Stadtwerke Schwetzingen GmbH & Co. KG keine Fernwärme mehr aus dem Verteilnetz zu beziehen, wenn dieses sich über die Kündigungsfrist hinaus weiter aus dem Großkraftwerk Mannheim beliefern lässt.

Auch in der **Gemeinde Edingen-Neckarhausen** könnte per Bürgerbegehren versucht werden, kommunale Einflussnahmemöglichkeiten auf den Bezug von Fernwärme aus dem Verteilnetz auszunutzen. Hierzu müssten zunächst weitergehende Vertragsgrundlagen geprüft werden.

Alles dies zeigt, dass in dieser Sondersituation der Rhein-Neckar-Region, in der mehrere kommunale Netze durch ein regionales Verteilnetz verbunden und an ein Kohlegroßkraftwerk angeschlossen sind, mittels eines Zusammenspiels von Bürgerinitiativen in den unterschiedlichen Gemeinden je nach der konkreten Ausgestaltung der Gesellschaftsverträge auch gemein-

same parallele Bürgerbegehren denkbar sind. Freilich wird man hier im Einzelfall sehr sorgsam zunächst vor einer endgültigen Formulierung der Bürgerbegehren diese Gesellschaftsverträge prüfen müssen, um sodann möglicherweise in der Tat die hier skizzierten Bürgerbegehren durchführen zu können.

Auch hier wären dann wieder im Einzelnen die oben beschriebenen **Grenzen der materiellen Rechtmäßigkeit** zu prüfen. Inwieweit hier **längerfristige vertragliche Bindungen** mit dem Kohlekraftwerksbetreiber (also der Großkraftwerk Mannheim AG) bestehen, kann im Rahmen dieses Gutachtens mangels Datengrundlage noch nicht abschließend untersucht werden, müsste dann aber im Rahmen der Bürgerinitiativen gleichfalls geprüft werden.

Bei den Verpflichtungen zu Wärmelieferung an Kunden der vier Fernwärmelieferanten wäre auch dann freilich wieder positiv anzuführen, dass auch in diesem Vertragsverhältnis ein Wechsel des Primärenergieträgers recht problemlos möglich sein dürfte und sogar die oben aufgezeigten Vorteile haben könnte. Und selbst wenn der Verzicht auf den Bezug der Wärme aus dem Kohlegroßkraftwerk einen Verzicht auf Erträge/Gewinnmargen dieser Fernwärmelieferanten bedeuten würde oder zusätzliche Ausgaben für Modernisierungs- und Anpassungsmaßnahmen nötig machen würde, stünde dem auch hier das **kommunalrechtliche Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit** nicht per se entgegen. Denn auch für diese vier Gemeinden gilt natürlich, dass diese durch die Anpassung ihrer Energieversorgung auch das Nebenziel eines lokalen Kohleausstiegs verfolgen dürfen.²⁶⁶ Dabei kann dann auch hier wieder der Wandel der öffentlichen Meinung zur Nutzung der Kohle zur Wärmeerzeugung positiv berücksichtigt werden und zwar nicht nur im Rahmen der direkten Kundenbeziehung zum Wärmekunden. In dieser Letztkundenlieferbeziehung zum Grundstückseigentümer/Wärmekunden gilt aber natürlich auch hier wieder, dass die mögliche Anhebung des Primärenergiefaktors der Fernwärmenetze²⁶⁷ sich deutlich positiv auf den wirtschaftlichen Wert des Wärmeproduktes und damit der Fernwärmenetze insgesamt auswirken dürfe. Insofern spricht auch hier vieles für die grundsätzliche Möglichkeit von Bürgerbegehren.

3. Keine oder nur sehr geringe kommunale Beteiligung an dem vorhandenen Fernwärmenetz

Nachdem damit sowohl die Beteiligung am Kraftwerk als auch am Fernwärmenetz betrachtet wurde, soll nun im Rahmen einer 3. Fallgruppe die Konstellation untersucht werden, bei der auf dem Gemeindegebiet zwar ein Fernwärmenetz vorhanden ist, durch das auch aus Kohle produzierte Wärme durchgeleitet wird, auf der anderen Seite aber an dem Fernwärmenetz entweder gar keine oder aber nur eine so geringe Beteiligung der Kommune besteht, dass sich über die gesellschaftsrechtlichen Optionen kein Zugriff für ein Bürgerbegehren ergibt. Hier stellt sich die Frage, welche anderen Optionen für Bürgerbegehren in Betracht kommen.

²⁶⁶ hierzu bereits oben unter III.3.

²⁶⁷ siehe dazu oben unter V.3. b), ab Seite 45.

a) „Tschüss Kohle“ – Hamburg

Zum Einstieg soll hier zunächst das Beispiel Hamburg dienen. Hamburg verfügt bereits über ein Fernwärmenetz, diesem soll aber neu auch Wärme aus dem Kohlekraftwerk Moorburg zugeführt werden. Dort wurde im Rahmen der Volksinitiative „Tschüss Kohle“²⁶⁸ folgender Gesetzestext vorgeschlagen, vor allem um den **Neubau** von Fernwärmenetzen beeinflussen zu können.

„Im Eigentum der Freien und Hansestadt Hamburg stehende Flächen, für die das Hamburgische Wegegesetz nicht gilt, werden für die Verlegung von neuen Wärmenetzen nicht zur Verfügung gestellt, wenn diese für den Transport von Wärme, bei deren Erzeugung Stein- oder Braunkohle als Energieträger eingesetzt wird, verwendet werden sollen.“

Zur Einfügung in das hamburgische Landesstraßen- und Wegegesetz (§ 19) wurde zusätzlich eine Klausel vorgeschlagen, um Einfluss auf straßenrechtliche Entscheidungen zu nehmen:

„(1a) Bei Entscheidungen über die Erteilung der Erlaubnis für die Verlegung und Nutzung von Wärmenetzen im Sinne des § 2 Absatz 3 des Hamburgischen Klimaschutzgesetzes ist der Klimaschutz als besonderes öffentliches Interesse zu berücksichtigen, wobei jeder Treibhausgas-Emissionsbeitrag im Interesse der Erreichung der Ziele des Pariser Klimaschutzabkommens möglichst zu vermeiden ist.“

Die erste Klausel bezieht sich dabei auf den Fall, dass eine der Stadt gehörende Fläche durch die Wärmeleitung oder das Wärmenetz neu genutzt werden soll.

Die zweite Klausel ist eine konkrete Regelung zur Beeinflussung der Ermessensausübung bei der Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen (dazu näher unten). Im Rahmen der nach Straßenrecht gebotenen Interessenabwägung soll auch geprüft werden, woher die Wärme stammt, die durch die zu prüfende Wärmeleitung/das Wärmenetz geführt wird und insbesondere, dass jeder Treibhausgas-Emissionsbeitrag im Interesse der Erreichung der Ziele des Pariser Klimaschutzabkommens möglichst zu vermeiden ist.

Rechtlich würde dies (vorbehaltlich einer spezielleren vertraglichen Regelung, siehe dazu auch unten) – tritt das Gesetz in Kraft – bedeuten dass bei Wärmeleitungen wegerechtlich zu differenzieren sein wird: stammt die Wärme in der Wärmeleitung/dem Wärmenetz aus einem Kohlekraftwerk, steht der Gewährung der Sondernutzungserlaubnis dieses Vermeidungsgebot im Sinne des Klimaschutzes entgegen. Stammt die Wärme hingegen aus einem Biomasseheizkraftwerk oder einer Solarthermieanlage, spricht der Belang des Klimaschutzes als besonderer öffentlicher Belang für die Gewährung der Sondernutzungserlaubnis.

Die Hamburger Initiative ist aber gerichtet auf die Landesebene und begegnet daher anderen Problemen als ein Bürgerbegehren. Das Straßen- und Wegegesetz eines Landes kann durch ein Bürgerbegehren nicht geändert werden.

²⁶⁸ Inzwischen hat die Stadt Hamburg den Erwerb des Fernwärmenetzes beschlossen.

b) Straßenrecht und kommunale Kompetenzen

Fernwärmenetze sind physische Anlagen, die unterirdisch oder auch überirdisch verlegt werden und Haushalte oder Betriebe mit Wärme aus einer oder mehreren Anlagen versorgen. Ebenso wie bei elektrischem Strom und Telekommunikation werden dabei öffentliche Straßen, Wege und Parks für das Netz genutzt. Dabei ist – das sei vorausgesetzt – regelmäßig davon auszugehen, dass – wenn es ein Wärmenetz gibt – auch ein Konzessionsvertrag zwischen Gemeinde und dem Betreiber des Fernwärmenetzes vorhanden sein wird.²⁶⁹

Grundsätzlich verfügen Kommunen über Kompetenzen im Bereich des Straßen- und Wege-rechts, die an dieser Stelle genutzt werden könnten. Dies gilt für alle Stadt- bzw. Gemein-destraßen, für die die Gemeinde die Straßenbaulastträgerschaft im Sinne der Landesstraßen-gesetze trägt. Straßenbaulast ist das juristische Konstrukt für die öffentlich-rechtliche Verant-wortung für eine öffentliche Straße bzw. einen öffentlichen Weg. Das zivilrechtliche Eigen-tum an der Straße bzw. Straßenflächen folgt dem regelmäßig²⁷⁰.

Straßenrecht ist Landesrecht, setzt also auch die Bedingungen und Grenzen der Kompetenzen der Gemeinden. Straßenrecht regelt vor allem die Art der Nutzung der öffentlichen Wege. Dabei ist zu unterscheiden zwischen dem Gemeingebrauch und Sondernutzung. Nur diese Regelungen sind hier im Weiteren relevant.

Gemeingebrauch ist freier Gebrauch im Rahmen der Widmung innerhalb der „verkehrsübli-chen“ Nutzung. Zur Definition des Gemeingebrauchs ist jeweils das Landesstraßenrecht zu Grunde zu legen, und zwar auch, um diesen von Sondernutzungen abzugrenzen.²⁷¹ Der Be-trieb und die Verlegung von Leitungen unter oder auf öffentlichen Straßen stellt keinen Ge-meingebrauch dar, sondern ist – etwa für Strom und Gas in § 46 EnWG spezialgesetzlich ge-regelt, für Telekommunikationsleitungen in der §§ 68 ff TKG.

Sondernutzungsrecht ist – allgemein gesagt – das Recht der Gemeinde (oder den anderen Straßenbaulastträger) über den Gemeingebrauch hinaus Nutzungen an ihren öffentlichen Stra-ßen und Wegen zuzulassen. Sondernutzungen sind grundsätzlich erlaubnispflichtig.

In Landes-Straßengesetzen ist dies etwa so geregelt: Der Gemeingebrauch der öffentlichen Straßen ist jedermann im Rahmen der Widmung²⁷² und der Straßenverkehrsvorschriften in-nerhalb der verkehrsüblichen Grenzen gestattet. Die Benutzung der Straßen über den Ge-meingebrauch hinaus ist Sondernutzung, die der Erlaubnis der Straßenbehörde bedarf.

Landesrecht erlaubt den Gemeinden auch, die Benutzung ihrer öffentlichen Einrichtungen und damit auch die Bedingungen für die Erlaubniserteilung zu regeln, vgl. etwa Art. 24 I Nr. 1

²⁶⁹ dann ist eine zusätzliche Sondernutzungserlaubnis wahrscheinlich entbehrlich, vgl. Schütte/Hortskotte/Seeliger, Lei-tungsrecht, 2011, S. 75

²⁷⁰ hierzu ausführlich Kodal, 7.Auflage, Straßenrecht, S. 249 ff.

²⁷¹ vgl. Verheyen, in: Koch, Umweltrecht, 2018 (im Erscheinen), § 14 .

²⁷² vgl. etwa § 6 StrWG NRW. Eine Widmung ist die Allgemeinverfügung [*also ein Verwaltungsakt*], durch die Straßen, Wege und Plätze die Eigenschaft einer öffentlichen Straße erhalten.

BayGO. Z.B. nach dem Straßengesetz in NRW gilt diese Satzungsautonomie auch für Straßen, die nicht in ihrer Straßenbaulast stehen (bei Ortsdurchfahrten):

§ 19 StrWG NRW: Die Gemeinde kann durch Satzung bestimmte Sondernutzungen in den Ortsdurchfahrten und in den Gemeindestraßen von der Erlaubnispflicht befreien und die Ausübung regeln. Die Satzung bedarf für die nicht in der Baulast der Gemeinde stehenden Ortsdurchfahrten der Zustimmung des Trägers der Straßenbaulast.

Kommunen haben also in dem ihnen nach Landesrecht gesetzten Rahmen Satzungsautonomie, können also die generelle Ausübung ihrer Sondernutzungsrechte auch durch kommunales Gesetz regeln (Sondernutzungssatzung).

In Betracht kommt daher generell im hier untersuchten Kontext zur Steuerung von Fernwärmenetzen:

- Änderung /Aufstellung einer Sondernutzungssatzung
- Vorgaben für die Gemeinde für den Abschluss oder die Verlängerung von Konzessionsverträgen /Gestattungsverträgen
- direkte „Vorgabe“ durch ein Bürgerbegehren an die Gemeinde, für öffentliche Straßen nur noch unter bestimmten Voraussetzungen die Sondernutzung zu erlauben (hier wegen der Konzessionsverträge unwahrscheinlich und deshalb nicht weiter zu erörtern)

Dabei wird hier – ggf. im Unterschied zu den unter 2) diskutierten Konstellationen – davon ausgegangen, dass eine vergaberechtliche Problematik nicht vorliegen kann. Nur diejenigen Entscheidungen des Staates, mit denen neben Verteilungszwecken zugleich ein Beschaffungszweck verfolgt wird, fallen in den Anwendungsbereich des Vergaberechts. Dessen Regelungen sind nicht anwendbar, wenn der Beschaffungszweck fehlt. Dies ist sowohl in der Vergaberichtlinie für öffentliche Aufträge (2014/24/EU, Art. 1 II) als auch in der Richtlinie über die Vergabe von Konzessionen (2014/23/EU; Art. 1 I) geregelt.²⁷³ Der *EuGH* hat dies inzwischen bestätigt: nicht sämtliche Vereinbarungen, die das Recht eines Wirtschaftsteilnehmers betreffen, öffentliche Bereiche oder Liegenschaften zu nutzen, unterfallen dem Vergaberecht, sondern nur Vorgänge, mit denen ein Beschaffungszweck verfolgt wird.²⁷⁴

Anders kann dies eventuell für die kartellrechtliche Dimension aussehen. Die Gemeinde ist im Hinblick auf die Nutzung der öffentlichen Straßen in einer Monopolstellung.²⁷⁵

c) Sondernutzungssatzungen

Denkbar wäre eine Änderung der oft gemeindlich bereits vorhandenen Sondernutzungssatzung, um die Sondernutzung für Fernwärme aus Kohlekraftwerken auszuschließen, ebenso

²⁷³ so übersichtlich Burgi: Die Straße als Wettbewerbsraum: Beschaffung und Verteilung bei Sondernutzungstatbeständen, NVwZ 2017, 257

²⁷⁴ *EuGH*, C-458/14 und C 67/15, EuZW 2016, 657 – Promoiimpresa.

²⁷⁵ siehe dazu oben unter Ziffer IV.2. a) cc).

wie manche Nutzungen in den Satzungen generell von der Erlaubnispflicht freigestellt werden oder eine Gebührenstaffelung verankert wird.

Die Rechtsetzungshoheit der Gemeinden in Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft gehört zum Garantiebereich des Art. 28 Abs. 2 S 1 GG²⁷⁶. Eine Gemeinde wird im Rahmen ihrer Satzungsautonomie als Legislative²⁷⁷ und nicht als Exekutive tätig – anders also als wenn eine Sondernutzungserlaubnis erteilt wird oder wenn ein Konzessionsvertrag abgeschlossen wird.

Die Grenzen der Satzungsautonomie sind im Kontext der Frage, was eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft darstellt, immer wieder umstritten. Nach einer Meinung dürfen speziell Sondernutzungssatzungen „keine Materien einbeziehen, die keinen straßenrechtlichen Bezug aufweisen“.²⁷⁸ Gegenstand können danach nur Verhaltensweisen sein, die eine öffentlich-rechtliche Sondernutzung darstellen.

Dies ist aber erkennbar eine verkürzte und wohl auch nicht mit der aktuellen Rechtsprechung vereinbare Sichtweise. Die Frage, ob der Ausschluss von Energie aus Kohle eine örtliche Angelegenheit sein kann, wurde oben mehrfach erörtert. Unserer Auffassung nach ist es allein angesichts der sehr erheblichen Belastungen die bei den unterschiedlichen Graden bzw. Szenarien des Klimawandels auf deutsche Kommunen zukommen, nicht vertretbar zu argumentieren, aktiver Klimaschutz sei keine örtliche Angelegenheit. Wie schon unter I. erörtert gibt es auch keine umfassende anderweitige Zuständigkeit. In keinem Fall kann etwa argumentiert werden, die immissionsschutzrechtliche Genehmigung eines Kraftwerkes führe zu einer zwingenden Sondernutzung von öffentlichem Raum. Etwa die Pflicht aus § 12 der 13. BImSchV (GroßfeuerungsanlagenVO), wonach der Betreiber bei der Errichtung oder wesentlichen Änderung einer Anlage Maßnahmen zur Kraft-Wärme-Kopplung durchzuführen hat richtet sich an den Betreiber und bindet nicht die Kommune. Anderweitige Rechtsprechung ist nicht ersichtlich. Hier wird auch nicht – so oft ein Argument gegen umweltrechtliche Anforderungen von Bürgerbegehren – die Einheit der Rechtsordnung gefährdet. Nur weil ein Fachgesetz eine Anlage für zulässig erachtet (hier: Das BImSchG) kann es dennoch nach einem anderen Gesetz unzulässig sein (etwa: WHG oder BNatSchG). Solange es sich nicht um eine direkt anlagenbezogene Regelung handelt, steht das BImSchG dem Ausschluss eines Kohlekraftwerks vom Zugang zum Fernwärmenetz oder auch der Verweigerung einer Sondernutzungserlaubnis nicht entgegen.

Zudem hat selbst das BVerfG zugestanden, dass es straßenrechtsfremde Erwägungen geben kann, die zur Erteilung oder Verweigerung von Sondernutzungserlaubnissen führen.²⁷⁹ Nichts

²⁷⁶ ständige Rechtsprechung, vgl. BVerfGE 21, 54.

²⁷⁷ das BVerwG hat allerdings mehrfach darauf hingewiesen, dass die Gemeindevertretung kein Parlament, sondern Organ einer Selbstverwaltungskörperschaft ist und damit sei die Rechtsetzungstätigkeit der Gemeinden trotz eines gewissen legislatorischen Charakters im System der staatlichen Gewaltenteilung eher dem Bereich der Verwaltung und nicht dem der Gesetzgebung zuzuordnen ist (vgl. BVerwGE 90, 359)

²⁷⁸ Sauthoff in: Johlen/Oerder, MA Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2017

²⁷⁹ kein legitimes Interesse i.S. von § 16 BadWürttStrG ist der Schutz konkurrierender Gewerbetreibender angesichts von diesen zu entrichtender hoher Mieten. (Leitsätze der Redaktion), durchaus möglich sind aber andere geschützte Interesse (BVerfG, Beschluß vom 12. 4. 2007 - 1 BvR 78/02 – juris.

anderes kann dann auch für eine Satzung gelten. Ausdrücklich hat das OVG Berlin-Brandenburg im Fall einer verweigerten Sondernutzungserlaubnis für eine mit Heizpilzen erwärmte Außengaststätte befunden:

*„Gemäß § 11 Abs. 2 des Berliner Straßengesetzes können der Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis auch straßenferne öffentliche Interessen wie der Klimaschutz entgegengehalten werden.“*²⁸⁰

Zum Thema Umweltziele und Sondernutzungssatzungen hatten die deutschen Gerichte in den 90er Jahren allerdings eine Anzahl von Fällen zu entscheiden, die sich mit Verboten oder Abgaben auf Einwegverpackungen in Satzungen befassten. Solche Satzungen waren mit den Vorgaben des Finanzverfassungsrechts nicht vereinbar²⁸¹, oder sie kollidierten mit Grundrechten.

Das BVerwG befand zum Fall der Münchner Abfallsatzung im Jahr 1992

*„Die in Art. 28 II 1 GG gewährleistete Satzungsautonomie verleiht den Gemeinden noch nicht die Befugnis, durch Satzung in das Grundrecht der Berufsfreiheit einzugreifen (hier: Verbot von Einwegzeugnissen und Verpflichtung zur Rücknahme von Abfällen für den Einzelhandel). Dazu bedarf es einer dem Regelungsvorbehalt des Art. 12 I 2 GG genügenden Ermächtigung des staatlichen Gesetzgebers.“*²⁸²

Maßgeblich war hier der konkrete Konflikt mit dem bundesrechtlichen Abfallrecht (damals noch AbfG) sowie der – dort vorliegende – Eingriff in die Berufsfreiheit der Gewerbetreibenden in München und den damit zusammenhängenden speziellen Gesetzesvorbehalt in Art 12 Abs. 1 GG.

Art. 12 Abs.1 S. 2 GG erlaubt Eingriffe in die Berufsfreiheit nur auf der Grundlage einer gesetzlichen Regelung, die Umfang und Grenzen des Eingriffs deutlich erkennen lässt. Dabei muß der Gesetzgeber selbst alle wesentlichen Entscheidungen treffen, soweit sie gesetzlicher Regelung zugänglich sind. Eine solche gesetzliche Regelung fehlte hier, lag also weder auf Bundesebene noch auf Ebene der Kommunalverfassung (Landesrecht) vor.

Das BVerwG ließ in dieser Entscheidung offen, ob Regelungen über das Verbot von Einwegzeugnissen in Einzelhandelsgeschäften und über Rücknahmepflichten für bestimmte Abfälle noch zu den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft gehören.

Zu beachten ist also in jedem Fall, dass ein Eingriff in bestehende Berufsausübungsrechte über eine Satzung allein nicht erfolgen dürfte, es sei denn, eine andere gesetzliche Grundlage ist im konkreten Fall als Rechtfertigung anwendbar. Eine solch gesetzliche Grundlage könnte

²⁸⁰ OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 3. 11. 2011 – OVG 1 B 65/10 – juris.

²⁸¹ vgl. etwa OVG Münster, Urteil vom 07. Juli 1995 – 15 A 295/91 –, juris: 1. Die Gemeinden sind nicht zur Erhebung einer Getränkeverpackungssteuer befugt, die sich nach der Ausgestaltung der Steuersatzung als eine mangels örtlicher Radizierung des Steuertatbestandes überörtliche Verbrauchsteuer darstellt.

²⁸² BVerwG, Beschluß vom 07.09.1992 - 7 NB 2/92 - juris

ggf. auch in einem Landesklimaschutzgesetz bereits vorliegen. Dies wäre aber weitergehend zu prüfen. .

d) Konzessionsverträge

In der Regel werden aber ohnehin bereits Konzessionsverträge vorliegen und daher eine reine Satzungsregelung nicht in Betracht kommen.

aa)

Konzessionsverträge sind zunächst auf Grundlage des § 46 EnWG verpflichtend für Strom und Gas. Nach § 46 EnWG haben Gemeinden im Strom-/Gasbereich ihre öffentlichen Verkehrswege als Eigentümer für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen „diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen“. Sie sind auch für Fernwärmenetze üblich und werden oft auch als Wegenutzungsverträge bezeichnet.

Ein Konzessionsvertrag besitzt einen „Doppelcharakter“: die Gemeinde räumt Wegenutzungsrechte ein und sorgt dafür, die Gebietsgrundversorgung nach gemeinwohlorientierten Zielen sicherzustellen. Der Konzessionär (also hier der rein private Fernwärme-Betreiber) ist im Gegenzug regelmäßig verpflichtet, (1) im Rahmen der Allgemeinen Bedingungen jedermann an das Versorgungsnetz anzuschließen, (2) Versorgungssicherheit zu gewährleisten und (3) den Gemeinden eine Konzessionsabgabe zu bezahlen²⁸³.

Die rechtliche Einordnung der Konzessionsverträge ist oft unklar und müsste ggf. im Einzelfall geklärt werden (sind es zivilrechtliche oder öffentlich-rechtliche Verträge?). Soweit es konkret Konzessionsverträge gibt, die privatrechtlicher Natur sind, können sie die öffentlich-rechtliche Sondernutzung überlagern. Die Gemeinden sind dann als Wegeeigentümerinnen und nicht als öffentlich-rechtliche Genehmigungsbehörde gefragt und die Konzessionsabgaben sind privatrechtliche Entgelte.

Der Fernwärme-Konzessionsvertrag der Stadt Berlin aber ist vom VG Berlin als öffentlich-rechtlich eingeordnet worden, weil sich in Berlin die Überlassung der Wegrechte nach dem Straßenrecht richtet.²⁸⁴ In diesem Fall hatte das Gericht aus dem Straßenrecht auch direkt einen Anspruch des Fernwärmebetreibers auf ein unbefristetes Wegerecht in Gestalt einer Sondernutzungserlaubnis entnommen.

Aus hiesiger Sicht ist das aber für die hier relevante Fragestellung nur wenig relevant. Vergaberecht wäre – wie bereits oben beschrieben – ohnehin nur anwendbar, wenn die Gemeinde das Wegerecht aktiv „anbietet“, um sich öffentliche Versorgung zu beschaffen.²⁸⁵

bb)

²⁸³ Katz: Kommunales Konzessionierungsverfahren – am Beispiel der Strom-/Gas- und Wasserkonzessionsverträge, KommJur 2018, 1. Dazu auch BVerwG, NVwZ 2017, 329 ff..

²⁸⁴ VG Berlin, Urt. v. 30.6.2017 – VG 4 K 16.15 – juris.

²⁸⁵ differenziert und wohl eher für die Anwendung des Vergaberechts *Sauer*: Die Vergabe von Wegenutzungsverträgen für die Verlegung und den Betrieb von Fernwärmenetzen, IR 2018, 4.

Besteht also ein Konzessionsvertrag wäre dieser (ggf. in Auszügen) zu beschaffen und die konkreten Regelungen und Laufzeit zu bestimmen. Mit der hier vertretenen Rechtsauffassung zur „örtlichen Aufgabe“ im Sinne des Art 28 Abs. 2 GG und unter Berücksichtigung der oben bereits zitierten Rechtsprechung wäre es für die Gemeinde jederzeit möglich, die Konzession zu beschränken oder zu beenden oder aber den Konzessionsvertrag nicht wieder an denselben Betreiber zu vergeben.

Die Abstimmungsfrage würde dann etwa lauten:

„Sind Sie dafür, dass der Konzessionsvertrag xx mit dem Unternehmen xy nicht verlängert wird?“

oder /und

„Sind Sie dafür, dass die Gemeinde xx nach Auslaufen des Konzessionsvertrags xx Sondernutzungsrecht nur an Unternehmen vergibt, die zusichern, bei der Wärmegewinnung keine Kohle einzusetzen?“

Da auch bei einer solchen Entscheidung die Gemeinde der Grundrechtsbindung unterliegt, wären allerdings die Belange (Betreiberrechte, Laufzeit, Ersatzmöglichkeiten für die Endkunden) konkret zu berücksichtigen. Hierzu wurde oben bereits ausführlich ausgeführt.

Läuft ein Konzessionsvertrag aus, sind die Rechte und Pflichten – je nach Bundesland – wohl straßenrechtlich zu regeln. In diesem Fall ist eine Regelung wie im Hamburger Beispiel zulässig und sinnvoll: Wenn die Stadt (auch für kleinere Bereiche des Gemeindegebiets, die vielleicht nicht vom Konzessionsvertrag erfasst sind) Sondernutzungsrechte vergeben will, müsste sie dies unter Berücksichtigung der Klimawirkungen der Wärme.

Für den Fall, dass ein Konzessionsvertrag noch gilt, sind anhand der konkreten Fallgestaltung Möglichkeiten der Beendigung zu prüfen. Diese werden ggf. allerdings nur mit Entschädigungsregelungen bestehen.

e) Gemeindeeigene Flächen

Das Hamburger Beispiel ist aus unserer Sicht problemlos auf Gemeinden übertragbar. Da Flächen kostbar sind und vielfältigen Nutzungsansprüchen unterliegen kann die Gemeinde – solange sie nicht willkürlich handelt – frei über die Zurverfügungstellung entscheiden. Die Abstimmungsfrage lautet dann etwa:

„Sind Sie dafür, dass die Gemeinde xx ihre eigenen Flächen für die Verlegung von Fernwärmeleitungen nur an Unternehmen zur Verfügung stellt, wenn dieses zusichert, keine Kohle bei der Wärmeerzeugung einzusetzen?“

f) Rekommunalisierung

Schließlich kommt in Betracht, die kommunalen Netze zu übernehmen, so dass die Kommune wieder über Entscheidungs- und Vertragshoheit über die Durchleitung von Wärme verfügt.

Diese Frage ist bereits mehrfach Gegenstand mehrerer Volksinitiativen gewesen, zumal in Hamburg und Berlin, und auch in Stuttgart. Diese Frage soll hier nicht weiter erörtert werden, beurteilt sich aber letztlich nach den im Teil II skizzierten Grundsätzen. Der maßgebliche Unterschied liegt hier darin, dass es sich bei der Übernahme um eine neue wirtschaftliche Betätigung der Kommune handelt, die in sich im Kontext des Kommunalrechts (örtliche Angelegenheit, wirtschaftliche Tätigkeit zulässig?) zu beurteilen wäre.

4. Kein Kohlekraftwerk und keine kommunale Beteiligung an einem Fernwärmenetz vorhanden

Als Letztes wird schließlich kurz auf die Fälle eingegangen, bei denen weder ein Kohlekraftwerk noch ein Fernwärmenetz mit kommunaler Beteiligung auf dem Gebiet der Kommune vorhanden sind. Auch für diese Fälle soll kurz skizziert werden, welche Möglichkeiten über Bürgerbegehren hier offen stehen.

Vielfach wird man z.B. die Konstellation haben, dass die Kommune am örtlichen Stadtwerk beteiligt ist. Dieses Stadtwerk produziert zumeist entweder selber Strom oder kauft jedenfalls Strom ein. Der solchermaßen zugekaufte Strom mag dabei auch aus Kohle produziert sein. Ein möglicher Ansatzpunkt des Bürgerbegehrens könnte es daher in diesen Konstellationen sein, das kommunal mitbestimmte Stadtwerk zu veranlassen, z.B. auf einen solchen Zukauf von Kohlestrom zukünftig zu verzichten und stattdessen mehr auf dezentral produzierten Solarstrom und/oder KWK-Strom aus kleinen hocheffizienten Blockheizkraftwerken (BHKWs) zu setzen. Außerdem könnte das Bürgerbegehren etwa zum Ziel haben, die Kommune zu zwingen, für ihre eigenen Immobilien und Liegenschaften (das Rathaus, die Stadtbibliothek, etc.) oder auch für Unternehmen, an denen sie nur beteiligt ist, künftig nur noch „grünen, klimaschonenden Strom“ einzukaufen. Gleiches könnte man für den Aufbau von kommunalen E-Fahrzeugflotten oder E-Ladestationen im Zuge der anstehenden Verkehrswende verlangen. Auch hierüber ließe sich Klimaschutz erzielen.

Sofern dieser Weg beschritten werden soll, ist neben den bereits oben mehrfach aufgezeigten gesellschaftsrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der Beteiligung der Kommune am Stadtwerk (die natürlich auch in dieser Konstellation zu prüfen wären), in rechtlicher Hinsicht außerdem Folgendes zu beachten: Immer dann, wenn die Kommune, sei es für ihre eigenen Bedürfnisse oder sei es über ihre Beteiligungen an Unternehmen/Stadtwerken, Aufträge vergibt bzw. Waren (hier: Strom) einkauft, ist sie in der Regel an das **Vergaberecht** gebunden. Nur bei der Bestimmung der eigenen Geschäftspolitik des Stadtwerks – etwa in Richtung eines verstärkten Zubaus von z.B. PV-Mieterstrommodellen – bestünde eine solche Bindung selbstverständlich nicht. Hier wären allenfalls das Wirtschaftlichkeitsgebot (Sparsamkeitsgebot) sowie weitere gesellschaftsrechtliche Fragen zu beachten (auch dazu kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden).

Ziel des Bürgerbegehrens sollte es in dieser Fallgruppe daher sein, dass – neben diesen Fragen der Hinwirkung auf eine mehr auf die eigene erneuerbare Stromproduktion des örtlichen Stadtwerkes bezogene Ausrichtung – auch öffentliche Aufträge zur Energieversorgung (in Form von Strom und Wärme), die durch die Kommune oder Unternehmen, an denen diese

beteiligt ist, künftig vergeben werden, keine solche Beschaffung mehr zum Gegenstand haben sollen, bei der die Energie (in Form von Strom und Wärme) aus Braun- oder Steinkohle erzeugt wird.

Die Abstimmungsfrage könnte also lauten:

„Sie Sie dafür, dass in öffentlichen Aufträge sicher gestellt wird, dass der Einsatz von Kohle als Primärenergieträger so gering wie möglich erfolgt, und im Hinblick auf die Beschaffung von Strom vollständig ausgeschlossen wird?“

Vergaberechtlich wäre die Verankerung eines solchen Zieles unseres Erachtens zulässig. Im Vergaberecht ist gemäß **§ 97 Abs. 3 GWB** nämlich wie folgt geregelt: *„Bei der Vergabe werden Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte nach Maßgabe dieses Teils berücksichtigt.“* Das wird dann in **§ 128 Abs. 2 GWB** sogar noch weiter konkretisiert: *„Öffentliche Auftraggeber können darüber hinaus besondere Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags (Ausführungsbedingungen) festlegen, sofern diese mit dem Auftragsgegenstand entsprechend § 127 Absatz 3 in Verbindung stehen. Die Ausführungsbedingungen müssen sich aus der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen ergeben. Sie können insbesondere wirtschaftliche, innovationsbezogene, umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange oder den Schutz der Vertraulichkeit von Informationen umfassen.“*

Das Verbot, aus Kohle produzierte Wärme oder produzierten Strom einzukaufen, ist ein umweltbezogener Belang, der mithin nach unserer Auffassung auch bei künftigen Ausschreibungen einer Kommune (oder eines Unternehmens/Stadtwerks, an dem sie beteiligt ist) selbst vergaberechtlich zulässig berücksichtigt werden darf. In der wissenschaftlichen Diskussion (auf europarechtlicher Ebene) ist es zwar immer noch nicht entschieden, ob neben dem Preis auch die Berücksichtigung auftragsfremder Kriterien unter bestimmten Voraussetzungen grundsätzlich EU-rechtlich zulässig sei, aber der EuGH hat dies in zwei Fällen immerhin bestätigt.²⁸⁶ In Deutschland hat diese Auffassung durch die Novelle des § 97 GWB noch mehr Aufwind bekommen²⁸⁷ und ist daher unseres Erachtens gut vertretbar.

Die Möglichkeit der Integration des Klimaschutzes in die Vergabe besteht allerdings freilich nur dann, wenn diese „vergabefremde Kriterium“ in sachlichem Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand steht und sich aus der Leistungsbeschreibung ergibt. Beides ist vorliegend erfüllbar, so dass es unseres Erachtens auf Basis des § 97 Abs. 3 GWB i.V.m. § 128 Abs. 2 GWB aber auch vergaberechtlich zulässig ist: Diese Normen überlassen es explizit der Entscheidung des jeweiligen öffentlichen Auftraggebers, ob und inwieweit er umweltpolitische Aspekte mit der Auftragsvergabe verknüpft. Dies ist auch sachgerecht, denn der einzelne Auftraggeber muss nach seinen Zwecken und Bedürfnissen beschaffen und ggf. auch die Mehrkosten tragen, die aus der Einbeziehung umweltpolitischer Aspekte bei der Auftragsvergabe resultieren.

²⁸⁶ vgl. Rust, EuZW 1999, 453; 2000, 205, m.w.N.; Seidel/Mertens, in: Dausen/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 44. EL Februar 2018, H. IV. Öffentliches Auftragswesen, Rn. 282ff.; EuGH E 1988, I/4035; EuGH E 2000, I/7445.

²⁸⁷ vgl. dazu nur Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Auflage 2013, zu § 97 Abs. 4 [Eignungskriterien] GWB a.F., Rn. 80 ff. m.w.N. insbesondere in Fn. 284.

Dem steht auch nicht das uns in derartigen Konstellationen immer wieder – und daher möglicherweise auch künftigen Bürgerbegehren – entgegen gehaltene Gebot der Sparsamkeit der Energieverwertung entgegen. Denn aus dem hier für die Strombeschaffung ja einschlägigen **§ 1 Abs. 1 EnWG** folgt die Sparsamkeit als absolutes Kriterium gerade nicht. § 1 Abs. 1 EnWG bezeichnet als Zweck des EnWG vielmehr gleichermaßen „eine möglichst (...) effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht.“ Selbst daraus ergibt sich also, dass die Sparsamkeit der Energieverwertung auch nach dem EnWG kein absolutes Ziel ist. Es wird vielmehr gleichrangig eine umweltverträgliche Energieversorgung angestrebt. Eine Stromerzeugung auf Kohlebasis ist aber nicht umweltverträglich. Selbst der gleichfalls in diesem Zusammenhang oft bemühte Einwand, dass in einer Vergleichsbetrachtung auch zu beachten sei, dass die Erzeugung von Strom auf nicht umweltverträgliche Art und Weise durch den Einsatz der KWK-Technologie ja immerhin effizienter würde (in einem KWK-Kohlekraftwerk), beseitigt nicht den Umstand, dass diese Form der Strom- und Wärmeerzeugung nicht umweltverträglich bleibt.

Jeder CO₂-Emissionsbeitrag ist in Anbetracht der aktuellen Belastung der Atmosphäre zu vermeiden und das kann unseres Erachtens selbstverständlich auf Basis des § 97 GWB in (freilich sorgsam zu formulierende) Vergabekriterien einer Ausschreibung aufgenommen werden.

Stützen können sich diese Überlegungen auch auf die bereits oben erwähnte Entscheidung des OVG Berlin-Brandenburg zum Verbot des Aufstellens von Gasheizpilzen durch die Berliner Straßenbehörde. Auch dort ließ das OVG den Klimaschutz als besonderes öffentliches Interesse zur Rechtfertigung dieses Verbots genügen.²⁸⁸ Und auch dies ließe sich selbstverständlich für ein Bürgerbegehren nutzen und zur Rechtfertigung eines „indirekten Kohleausstieges“ bzw. eines Hinwirkens auf vornehmlich erneuerbare lokale Stromproduktion in der Kommune rechtlich anführen.

--

Hamburg im November 2018

Dr. Dirk Legler - Dr. Roda Verheyen - André Horenburg - Maike Lorenz

²⁸⁸ OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 3. 11. 2011 – OVG 1 B 65/10 – juris, in: NvwZ-RR, 217 (218).