

Teil 2:

Regelungskonzept und rechtliche Beurteilung

A. Das Konzept eines Ordnungsrahmens für die „energiewirtschaftliche Betätigung“

Das hier vorgeschlagene Regelungskonzept besteht in der Einführung einer neuen Kategorie kommunaler wirtschaftlicher Betätigung, ausschließlich bezogen auf den Energiemarkt, und zwar unmittelbar durch Gesetz. Unter diese Kategorie der „kommunalen energiewirtschaftlichen Betätigung“ sollen sämtliche Betätigungen von Kommunen als Anbieter von Dienstleistungen in den Bereichen Strom, Gas, Wärme und von funktional darauf bezogenen Dienstleistungen fallen. Dieser Kategorie wird sodann ein neuer Ordnungsrahmen zugeordnet. Er beinhaltet den Wegfall bestimmter bisheriger rechtlicher Bindungen einerseits, und von bislang bestehenden rechtlich begründeten Vorteilen andererseits. Mit diesem Regelungskonzept wird der Anspruch erhoben, den Erkenntnissen der oben (Teil 1 B) unternommen kritischen Analyse des gegenwärtigen Rechtszustandes ebenso Rechnung tragen zu können wie den vom Auftraggeber formulierten politischen Zielvorstellungen.

In diesem Abschnitt soll die neue Kategorie vorgestellt werden (II–III). Um die zu ihnen führenden Überlegungen besser nachvollziehen zu können, wird zunächst ein vergleichender Blick auf bereits bestehende bzw. sogar realisierte Regelungskonzepte geworfen (I), mit denen ebenfalls der Anspruch erhoben wird, diagnostizierten Defiziten und daraus abgeleiteten veränderten politischen Zielvorstellungen begegnen zu können.

I. Regelungskonzepte aus anderen Bundesländern und aus der Wissenschaft

Nachfolgend werden kurz vorgestellt und sodann bewertet die in der GO des Landes Sachsen-Anhalt (GO LSA)⁵⁷ getroffenen Regelungen für wirtschaftliche Betätigungen in den Bereichen „Strom-, Gas- und Wärmeversorgung“ (1), die Regelungen der Thüringer Kommunalordnung (ThürKO)⁵⁸

57 I.d.F.d.B. vom 10. 8. 2009 (GVBl. LSA, S. 383).

58 I.d.F.d.B. vom 28. 1. 2003 (GVBl., S. 41), zuletzt geändert durch G. vom 8. 4. 2009 (GVBl., S. 345).

betreffend das sog. Fiskalunternehmen (2) und schließlich das von dem Rechtswissenschaftler *Hans D. Jarass* entfaltete Regelungskonzept des „kommunalen Wettbewerbsunternehmens“ (3).

Nicht weiter vertieft werden braucht die jüngst in Rheinland-Pfalz vorgenommene Änderung im kommunalen Wirtschaftsrecht,⁵⁹ weil hierdurch zwar für Tätigkeiten im Bereich der „Energieversorgung“ besondere Regelungen getroffen worden sind; diese stehen aber lediglich in einer Modifizierung der Subsidiaritätsklausel und erweiterten Befugnissen zur überörtlichen Betätigung, sie knüpfen mithin an den bereits bislang in § 107 GO NRW bestehenden Rechtszustand an.⁶⁰

1. Sachsen-Anhalt

In § 116 GO LSA ist seit Ende 2007 ein Regelungskonzept für den Bereich der „Strom-, Gas- und Wärmeversorgung“ realisiert worden, das die folgenden Merkmale aufweist:

- Es wird gesetzlich unmittelbar vermutet, dass Betätigungen in diesen Bereichen „einem öffentlichen Zweck“ dienen und daher grundsätzlich zulässig seien (§ 116 Abs. 2 Satz 1 GO LSA);
- Dienstleistungen, die mit diesen Bereichen „verbunden“ sind, sollen nur dann statthaft sein, wenn ihnen im Vergleich zum Hauptzweck eine „untergeordnete Bedeutung“ zukommt und wenn die Gemeinde „den Zweck genau so gut und wirtschaftlich erfüllen kann wie ein anderer“ (§ 116 Abs. 2 Satz 2 GO LSA; diese Subsidiaritätsklausel ist großzügiger als die gemäß Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 der Vorschrift geltende allgemeine Subsidiaritätsklausel, wonach es darauf ankommt, dass die Gemeinde die verfolgten Zwecke „besser“ erfüllen können muss als Private);
- die überörtliche wirtschaftliche Betätigung in diesen Bereichen wird für grundsätzlich zulässig erklärt, sie muss allerdings nach „Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde stehen“ und wiederum ist die abgeschwächte Subsidiaritätsklausel zu beachten; ferner die „berechtigten Interessen“ der hiervon betroffenen Gemeinden (§ 116 Abs. 3 Satz 1 GO LSA). Gemäß § 116 Abs. 5 GO LSA ist für eine wirtschaftliche Betätigung im Ausland in allen Bereichen, also auch in den Bereichen der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung, eine „Genehmigung“ erforderlich.

59 Durch Art. 1 des Gesetzes vom 7. 4. 2009 (GVBl., S. 162).

60 Zu den dahinterstehenden Überlegungen vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs der Landesregierung Rh.-Pf. vom 13. 1. 2009, LT-Drucks. 15/3032, S. 7.

Diese Regelung enthält einige interessante Anstöße, insbesondere im Hinblick auf die Problematik der funktional zugeordneten Dienstleistungen und im Hinblick auf den differenzierten Einsatz der Subsidiaritätsklausel. Vor allem aber könnte die gesetzliche Fingierung des öffentlichen Zwecks ein interessantes Regelungsmuster bilden. Was freilich fehlt, ist ein gesamthaft verwirklichter Ordnungsrahmen, d.h. etwaigenfalls bestehende rechtlich begründete Vorteile zugunsten der kommunalen unternehmerischen Betätigung werden durch die Vorschrift nicht angesprochen und mithin auch nicht abgebaut. Im Bereich der Subsidiaritätsklausel bleibt die Regelung hinter der bereits jetzt in Nordrhein-Westfalen bestehenden Ausgangslage zurück, während sie hinsichtlich des Erfordernisses einer Genehmigung für die ausländische wirtschaftliche Betätigung mit der dortigen Regelung lediglich Gleichstand erreichen würde.

2. Thüringen

Die Thüringer Kommunalordnung (die gleichermaßen für Gemeinden und Kreise gilt) hat vor einigen Jahren ein Regelungskonzept verwirklicht, das das Recht der kommunalwirtschaftlichen Betätigung (geregelt in den §§ 71 ff. ThürKO) im Grundsatz unverändert lässt und in der Struktur der Regelung in § 107 GO NRW entspricht. Dafür ist aber innerhalb der die „Vermögenswirtschaft“ betreffenden Vorschriften der ThürKO ein neuartiges Rechtsinstitut eingeführt worden. So heißt es in § 66 Abs.2 ThürKO: *„Die Gemeinden oder Unternehmen, an denen die Gemeinde unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist, dürfen Geschäftsanteile oder Aktien solcher Unternehmen in privater Rechtsform besitzen, an denen die Gemeinde unmittelbar oder mittelbar beteiligt war, bevor durch einen von der Rechtsaufsichtsbehörde genehmigten Gemeinderatsbeschluss festgestellt worden ist, dass der öffentliche Zweck dieses Unternehmens entfallen ist. In begründeten Ausnahmefällen kann die Rechtsaufsichtsbehörde den Erwerb oder Besitz anderer Aktien oder Geschäftsanteile einer Gemeinde oder eines Unternehmens, an dem die Gemeinde unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist, genehmigen. Die Beteiligung der Gemeinde soll auf Dauer grundsätzlich in eine Minderheitsbeteiligung überführt werden.“* Nach der Amtlichen Begründung des Gesetzentwurfs soll sich ein solches Unternehmen „frei von den Beschränkungen der kommunalen Unternehmen im Markt bewegen“ dürfen.⁶¹ Mit diesem Konzept einer Art Fiskalisierung wird an Überlegung

⁶¹ LT-Drucks. 3/2206, S. 47; vgl. hierzu auch Vetzberger, LKV 2003, S. 345 (349); Oebbecke, DVBl. 2009, S. 1152 (1154 f.); skeptisch Jarass, Reform des Kommunalwirtschaftsrechts, S. 24; Leder, DÖV 2008, S. 173 (180 f.).

gen von *Ernst Forsthoff* angeknüpft, der in den 30er Jahren des vorigen Jahrhunderts zwischen Unternehmensbeteiligungen, mit denen kommunale Aufgaben wahrgenommen werden, und Unternehmensbeteiligungen, die primär fiskalischen Interessen dienen, unterschieden hatte. Dies bildete zugleich den Ausgangspunkt für seine bekannten Analysen zum Institut der Daseinsvorsorge, welches dann eine inhaltliche Konkretisierung des erstgenannten Bereichs darstellte.⁶² Das Fiskalunternehmen der ThürKO ist nicht den Beschränkungen des Gemeindewirtschaftsrechts, namentlich dem Örtlichkeitsprinzip, unterworfen. Andererseits sind zugunsten dieses Unternehmens kommunale Zuschüsse und Bürgschaften untersagt.⁶³

Diese in sich nicht ganz widerspruchsfreie Regelung (einerseits kann die Gemeinde weitere Anteile an einem Unternehmen erwerben, andererseits ist sie gehalten, die Anteile auf eine Minderheitsbeteiligung zu reduzieren) entspräche zum einen nicht den politischen Zielvorstellungen der Landesregierung in NRW (infolge des vollständigen Entfallens einer Orientierung auf das öffentliche Interesse und der vollständigen Überführung in das kommunale Vermögen). Zum anderen liegt auch hier kein durchgehend ausgeführtes Konzept des Abbaus rechtlich begründeter Vorteile zugrunde. Unklar sind schließlich die (etwaigen?) materiellen Voraussetzungen, unter denen die Gemeinde den in § 66 Abs. 2 Satz 1 ThürKO geforderten „Gemeinderatsbeschluss“ fassen kann. Bezogen auf den Energiesektor dürfte das Konzept des Fiskalunternehmens kaum realistisch sein, weil die Gemeinde hier in der Regel nicht nur ein Unternehmen, d. h. Vermögen, *haben* will, sondern gestaltend tätig *sein* möchte; in das kommunale Vermögensrecht wird man die sich in diesem Sektor stellenden Herausforderungen also nicht verschieben können.

3. Das kommunale Wettbewerbsunternehmen nach den Vorstellungen von Hans D. Jarass

Jarass hat im Jahre 2005⁶⁴ im Anschluss an eine umfassend angelegte Untersuchung aus dem Jahre 2002⁶⁵ ein Regelungskonzept mit einem Ordnungsrahmen für „kommunale Wettbewerbsunternehmen“ vorgelegt. Dieses Konzept beansprucht, einerseits denjenigen kommunalen Unternehmen, die

62 *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts I, 1955, S. 287 ff.

63 Dies ergibt sich aus §§ 66 Abs. 3 Satz 2, 64 Abs. 2 Satz 1 ThürKO.

64 Reform des Kommunalwirtschaftsrechts.

65 Unter dem Titel „Kommunale Wirtschaftsunternehmen im Wettbewerb – eine Analyse aktueller verfassungsrechtlicher, EG-rechtlicher und kommunalrechtlicher Probleme sowie ein Reformvorschlag“, 2002; eine Kurzversion findet sich in DÖV 2002, S. 489.

sich dem Wettbewerb stellen wollen und müssen, eine Zukunftsperspektive eröffnen zu können, und andererseits den berechtigten Sachzielen des Kommunalwirtschaftsrechts (Schutz vor Überforderung und Schutz vor Nachbargemeinden und der Privatwirtschaft) weiterhin ausreichend Rechnung tragen zu können. Demzufolge können die neu geschaffenen Wettbewerbsunternehmen in den Wettbewerb mit den privaten Unternehmen eintreten, und zwar befreit von einigen rechtlichen Bindungen, während es für die anderen kommunalen Unternehmen bei den herkömmlichen Vorgaben verbleiben soll. Mit der getroffenen Entscheidung, die von der jeweiligen Gemeinde nur in Bezug auf bereits bestehende Unternehmen getroffen werden könnte, würde allerdings auch der Verlust einiger bislang bestehender Vorzugsstellungen einhergehen.⁶⁶ Noch weitergehend hat *Walendy* in einer Dissertation aus dem Jahr 2006⁶⁷ die Auffassung vertreten, dass die Gemeinden ganz ohne explizite gesetzliche Regelung frei von bestehenden Bindungen als Wettbewerbsunternehmen agieren könnten, weil die bestehende Schrankentrias mit dem Europarecht nicht vereinbar sei und eine entsprechende Befugnis der Kommunen im Interesse der Schaffung von Wettbewerb in monopolistisch geprägten Märkten unmittelbar aus Art. 28 Abs. 2 GG abzuleiten sei. Im Schrifttum ist der Regelungsvorschlag eines kommunalen Wirtschaftsunternehmens bislang überwiegend skeptisch aufgenommen worden.⁶⁸

Ob dieses Regelungskonzept mit den Vorgaben im Verfassungs- und im Europäischen Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, soll an dieser Stelle nicht erörtert werden, weil sich insoweit teilweise die gleichen Fragen ergeben wie im Hinblick auf das nachfolgend vorgeschlagene Regelungskonzept. Festgestellt werden kann aber, dass das Regelungskonzept des „kommunalen Wirtschaftsunternehmens“ für eine lediglich sektorenspezifische Veränderung des Ordnungsrahmens nicht geeignet erscheint, da es gerade eine konzeptionelle Differenzierung und nicht eine Differenzierung nach Sektoren vornehmen möchte. Kritisch zu bemerken ist, dass es nur für bestehende Unternehmen gelten soll (was Abgrenzungsschwierigkeiten aufwirft und konkret mit der dynamischen Entwicklung auf den Energiemärkten kaum vereinbar erschiene; vgl. oben Teil 1 B II 2 a). Ferner ist das Erfordernis eines jeweiligen Ratsbeschlusses der Gemeinde vor Überwechseln in den Status des „Wettbewerbsunternehmens“ umständlich und vielfach langwierig.

66 Dies knüpft wiederum an Forderungen an, die auf dem Deutschen Juristentag 2002 erhoben worden waren (vgl. hierzu den Bericht von *Lechleitner*, JZ 2003, S. 185 [194]).

67 Theorie kommunaler Wettbewerbsunternehmen.

68 Vgl. an dieser Stelle nur *Ehlers*, Der Landkreis 2003, S. 22 (23); *Papier*, DVBl. 2003, S. 686 (689); positiv hingegen *Leder*, DÖV 2008, S. 182.

Auch dürften nicht immer fachliche Erwägungen eine Rolle spielen. Fehlentscheidungen sind bei diesem Konzept erwartbar, seien sie politischer Art, seien sie rechtlicher Art. So stellt sich die Frage, was geschieht, wenn zwischen der Aufsichtsbehörde und der Gemeinde Dissens über die Zuordnung eines bestimmten kommunalen Unternehmens zum Typus des kommunalen Wettbewerbsunternehmens entsteht. Mit Blick auf Gemeinden, die über eine Vielzahl von kommunalen Unternehmen in einem bestimmten Markt verfügen, besteht schließlich die Gefahr des Rosinenpickens dahingehend, dass einige Unternehmen gezielt zu kommunalen Wirtschaftsunternehmen ausgebaut, andere hingegen (zur ungehinderten Nutzung fortbestehender rechtlich begründeter Vorteile) in dem bestehenden System verbleiben würden, und all dies innerhalb des gleichen Stadtwerkekonzerns.

II. Eigenes Konzept: Gesetzesunmittelbare Entfaltung eines spezifischen Ordnungsrahmens „energiewirtschaftliche Betätigung“

In Anknüpfung an die bislang unter der GO NRW bestehende Systematik, werden die neu gestalteten Anforderungen nicht an die Organisationseinheiten (d.h. die einzelnen Unternehmen) geknüpft, sondern an die Betätigung als solche. So tritt neben die in § 107 Abs. 1 GO NRW geregelte „wirtschaftliche Betätigung“ und die in § 107 Abs. 2 GO NRW geregelte „nichtwirtschaftlichen Betätigung“ die „energiewirtschaftliche Betätigung“. Gegenüber den Begriffen „Wettbewerb“ (wie etwa beim soeben vorgestellten Vorschlag eines „kommunalen Wettbewerbsunternehmens“) oder „Markt“ hat der Begriff „energiewirtschaftlich“ den Vorzug, dass er nicht an Umstände bzw. Rahmenbedingungen anknüpft, sondern unmittelbar an das, was geschieht: Gemeinden bieten Leistungen in Austauschverhältnissen, also nicht in hoheitlicher Weise an. Der Begriff „wirtschaftlich“ (bzw. konkreter „energiewirtschaftlich“) bezeichnet somit den Modus des gemeindlichen Handelns.

1. Standort und Verhältnis zu den beiden bisherigen Kategorien

Das hier vorgeschlagene Regelungskonzept lässt die beiden bislang bestehenden Kategorien (die wirtschaftliche Betätigung nach § 107 Abs. 1 GO NRW und die nichtwirtschaftliche Betätigung nach § 107 Abs. 2 GO NRW) nach Anwendungsbereichen und Rechtsfolgen unberührt. Im Falle seiner Umsetzung würden allerdings die wirtschaftlichen Betätigungen auf dem Energiesektor aus der Kategorie der wirtschaftlichen Betätigung nach § 107 Abs. 1 GO NRW herausgenommen und einer eigenen Kategorie unterstellt.

Diese Kategorie soll die Bezeichnung „energiewirtschaftliche Betätigung“ tragen. Sie könnte in einem neu gefassten § 107a GO NRW oder (was vorzugswürdig erscheint) in einem neuen § 107 Abs. 1a GO NRW eingeführt werden. Die seit längerem geäußerte Kritik an der bislang bestehenden Differenzierung zwischen wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Betätigung⁶⁹ braucht im folgenden Zusammenhang nicht vertieft zu werden, weil die im Sektor der Energiewirtschaft in Frage stehenden Dienstleistungen eindeutig nicht der Kategorie der nichtwirtschaftlichen Betätigungen zugeordnet werden können.

An die Zuordnung zur Kategorie der „energiewirtschaftlichen Betätigung“ werden sodann verschiedene Rechtsfolgen geknüpft. Dies beinhaltet den Wegfall bislang bestehender rechtlich begründeter Vorteile (gegenüber Unternehmen der Privatwirtschaft) und gleichsam im Gegenzug hierzu den Wegfall bestimmter Rechtsbindungen, v. a. zwecks Erleichterung der überörtlichen Betätigung. Einige Rechtsbindungen sollen, ggf. teilweise modifiziert, fortbestehen. Die jeweils erforderlichen Regelungen würden unmittelbar im Zusammenhang mit der Bestimmung des Anwendungsbereichs der neuen Kategorie (also entweder in § 107a oder in § 107 Abs. 1a GO NRW n. F.) getroffen. Alle Rechtsfolgen würden bei Erfüllung des Anwendungsbereichs (der sogleich näher beschrieben wird) unmittelbar von Gesetzes wegen ausgelöst. Anders als bei dem soeben vorgestellten Konzept eines „kommunalen Wettbewerbsunternehmens“ (*Jarass*) hängt das Eingreifen der spezifischen Rechtsfolgen mithin nicht von einem Ratsbeschluss oder einer vergleichbaren expliziten Entscheidung auf der Ebene der jeweiligen Gemeinde ab. Dahinter steht die Überlegung, dass die Dynamik der wirtschaftlichen Betätigung nicht mit einzelnen, oftmals hinterherhinkenden Ratsbeschlüssen bewältigt werden kann. Vor allem aber bildet im vorliegenden Konzept nicht eine einzelne Organisationseinheit das Regelungsobjekt (und mithin den Gegenstand von Ratsbeschlüssen), sondern die Betätigung als solche, welche naturgemäß nicht punktuell eingefangen werden kann.

Mit Inkrafttreten der neuen gesetzlichen Regelung, ggf. nach einer gewissen Übergangsfrist zwecks Vornahme von für erforderlich gehaltener Anpassungen, würde das neue Regime für alle energiewirtschaftlichen Betätigungen von Kommunen einsetzen.

Regelmäßig wird die Gemeinde eine wirtschaftliche Betätigung nicht durch ihre unmittelbare Verwaltung (Behörden und Ämter), sondern durch eigens zu diesem Zweck gegründete Einheiten, d. h. durch öffentliche Unternehmen i. S. der EU-Transparenz-Richtlinie Nr. 2006/111/EG vom

69 Vgl. u. a. Ehlers, Gutachten zum 64. DJT, S. 135 f.; Leder, DÖV 2008, S. 174 f.

16. 11. 2006 (ABl. EU L 318/17), wahrnehmen. Dann gelten auch künftig die sich aus den unterschiedlichsten Vorschriften ergebenden *allgemeinen* Anforderungen an die Gründung und die Führung öffentlicher Unternehmen.⁷⁰ Diese Vorschriften bilden zum größten Teil die einfachgesetzliche Umsetzung der verfassungsrechtlichen Anforderungen, die sich insbesondere aus dem Gebot der demokratischen Legitimation nach Art. 20 Abs. 2 GG ergeben (sog. Einwirkungspflicht).⁷¹ Für Erleichterungen zugunsten der energiewirtschaftlichen Betätigung bestünden in diesem Regelungsbereich mithin kaum Spielräume und es entspricht auch nicht der politischen Absicht, an dem hierdurch aufgerichteten Steuerungsmaßstab im Interesse der Gewährleistung der Funktionsfähigkeit auch jener öffentlichen Unternehmen als Instrument der Kommunalpolitik etwas zu ändern. In Bezug auf zwei dieser Regelungsgegenstände beinhaltet das nachfolgend entwickelte Konzept sogar eine Verschärfung der Anforderungen, nämlich soweit es um die Leistung von Krediten, Bürgschaften und Sicherheiten sowie um die Haftung im Insolvenzfall geht (C IV u. V). Dies geschieht im Interesse der Gewährleistung gleicher Bedingungen im Verhältnis von privatwirtschaftlichen und kommunalen Energieunternehmen.

2. Anwendungsbereich

Adressat der neu geschaffenen Regelungen bliebe, wie bisher, die Gemeinde, insbesondere bei der Gründung bzw. Fortführung von Unternehmen und bei der Beteiligung an Unternehmen (so die Wendung des § 108 Abs. 1 Satz 1 GO NRW).

a) Tätigwerden innerhalb der Energieversorgung

Der hier vorgeschlagene neue Ordnungsrahmen wird bei einem Tätigwerden innerhalb der Energieversorgung unmittelbar von Gesetzes wegen eröffnet. Das Merkmal „Tätigwerden“ im Bereich der „Energieversorgung“ findet sich bereits bislang in § 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GO NRW, weil insoweit die Subsidiaritätsklausel suspendiert ist. Es bedarf daher keiner zusätz-

⁷⁰ Sie sind bündig zusammengestellt bei *Burgi*, Kommunalrecht, § 17 Rdnr. 71 ff.; *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 55 ff., *Oebbecke*, in: Hoppe/Uechtritz (Hrsg.), Handbuch kommunale Unternehmen, §§ 8 u. 9.

⁷¹ Eingehend hierzu *Burgi*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 6 Rdnr. 24 f.; konkret zu NRW vgl. die Kommentierungen von *Rehn/Cronauge*, in: GO NRW, §§ 108 ff.

lichen definitorischen Anstrengung, vielmehr würde alles, was bislang unter das Merkmal „Energieversorgung“ fällt, künftig in den Anwendungsbereich der neuen Vorschrift als „energiewirtschaftliche Betätigung“ fallen. Dies umschließt neben den einleitend beschriebenen Leistungen im Zusammenhang mit Energie in Gestalt von Elektrizität und Gas auch die Dienstleistungen im Bereich der Wärme- oder Kälteversorgung.

Eindeutig nicht hiervon erfasst wären beispielsweise Reinigungs- oder Hausmeisterdienstleistungen, etwa an den versorgten Gebäuden. Will eine Gemeinde solche Leistungen anbieten, so sollte sie dies auch in Zukunft nicht unter erleichterten Voraussetzungen tun können. Engagements dieser Art wären vielmehr weiterhin anhand der vorhandenen Kategorien zu prüfen und somit als wirtschaftliche Betätigung i. S. d. § 107 Abs. 1 GO NRW einzustufen. Der Anwendungsbereich der neuen Vorschrift endet mithin dort, wo es sich sachlich nicht mehr um ein Tätigwerden in der Energieversorgung handelt. Die Beurteilung von sog. Randnutzungen (Beispiel: Vermietung von Werbeflächen an der Außenfläche des kommunalen Kraftwerks) würde wie bisher erfolgen, d.h. nach Maßgabe des § 107 Abs. 1 GO NRW. Von nicht-energiewirtschaftlichen Betätigungen und von Randnutzungen zu unterscheiden sind Tätigkeiten mit immerhin funktionalem Bezug zur Energieversorgung; auf sie ist noch bei b) zurückzukommen.

Nun mag es vorkommen, dass in ein und derselben Organisationseinheit (etwa einer Stadtwerke-GmbH) gleichermaßen energiewirtschaftliche Betätigungen und nicht-energiewirtschaftliche Betätigungen, etwa in Gestalt eines Bäderbetriebs oder Ähnlichem, zusammengefasst sind. Angesichts der ja nicht auf die Organisationseinheit, sondern auf die Betätigung bezogenen Regelungskonzeption ist der neue Ordnungsrahmen nur insoweit maßgeblich, als es sich um eine energiewirtschaftliche Betätigung handelt. Konkret: Der Bäderbetrieb dürfte damit nicht überörtlich ausgedehnt werden. Da allerdings ein Teil der hier vorgeschlagenen Rechtsfolgen, nämlich der Wegfall rechtlich bislang begründeter Vorteile bei der Gewährung von Krediten, Bürgschaften und Sicherheiten (vgl. unten C IV) auf Organisationseinheiten und nicht auf das Tätigwerden bezogen ist, würden hiervon die betroffenen Organisationseinheiten in Gänze erfasst, d.h. vom Wegfall dieser bislang rechtlich begründeten Vorteile wäre mithin auch der Teil der Organisationseinheit betroffen, der mit einer nicht-energiewirtschaftlichen Betätigung (im Beispiel: mit dem Bäderbetrieb) befasst ist. Dies mag einen Zwang zur Abtrennung der energiewirtschaftlichen Betätigungen unter Bildung einer separaten Organisationseinheit auslösen, wie es vielerorts sowieso seit langem praktiziert wird.

Die unter dem Titel des sog. steuerlichen Querverbundes möglichen Gestaltungsoptionen⁷² würden dadurch übrigens nicht entfallen, weil sie nicht auf die Zusammenfassung defizitärer und gewinnbringender Bereiche in ein und derselben Organisationseinheit beschränkt sind, sondern auch im Falle der Zusammenfassung mittels „Organschaft“, d.h. in einer größeren Holdingstruktur (wo dann neben der Bäder-GmbH die Energie-GmbH angesiedelt ist) möglich sind.⁷³ Generell wird man davon ausgehen können, dass die hiermit verbundenen steuerlichen Vorteile auf anderen Umständen als der gegenwärtig bestehenden kommunalwirtschaftsrechtlichen Restriktion, namentlich des überörtlichen Tätigwerdens beruhen, weswegen deren Wegfall auch nicht zum Ausschluss jener Optionen führen kann.

b) Tätigkeiten mit unmittelbar funktionalem Bezug zur Energieversorgung

Die Realbereichsanalyse (oben Teil 1 B 1) hat ergeben, dass es neben den unmittelbar mit der Energieversorgung zusammenhängenden Dienstleistungen verschiedene hierauf funktional bezogene Dienstleistungen gibt, insbesondere die sog. shared-services (z.B. Abrechnungsdienstleistungen), die unter dem Begriff „contracting“ zusammengefassten Dienstleistungen, Dienstleistungen des facility managements sowie die Energieberatung (Energieconsulting), wozu letztlich auch die Aktivitäten auf dem Gebiet des Zähler- und Messwesens gehören. Dienstleistungen dieses Typs werden von Rechtsprechung und Literatur zum kommunalen Wirtschaftsrecht bislang als „Hilfs- und Nebentätigkeiten“ qualifiziert und danach beurteilt, ob sie sich auf diesen Charakter beschränken (und deswegen noch innerhalb des erforderlichen „öffentlichen Zwecks“ realisiert werden können), oder ob sie eine Dimension angenommen haben, die es verbietet, die Rechtfertigungsfähigkeit zugunsten der unmittelbar energiebezogenen Tätigkeiten in Anspruch zu nehmen.⁷⁴ Wie bereits erwähnt (I 1), hat der Landesgesetzgeber in Sachsen-Anhalt insoweit folgende Formulierung getroffen: „Mit den Bereichen Strom-, Gas- und Wärmeversorgung verbundene Dienstleistungen sind zulässig, wenn ihnen im Vergleich zum Hauptzweck eine untergeordnete Bedeutung zukommt ...“. Dabei soll der Begriff „verbunden“ den funktionalen Be-

72 Die durch das Jahressteuergesetz 2009 erst gerade wieder auf eine sichere Grundlage gestellt worden sind (vgl. *Bracksiek*, FR 2009, S. 15, und im Hinblick auf das europäische Beihilferecht *Weitemeyer*, FR 2009, S. 1 ff.), was durch eine Entscheidung des BFH (BStBl. II, 2007, S. 961 = FR 2007, S. 1160 m. Anm. *Orth*) notwendig geworden war.

73 Vgl. nur *Beinert*, in: Hoppe/Uechtritz (Hrsg.), Handbuch kommunale Unternehmen, § 11 Rdnr. 121 ff., 129 f.

74 Ausführlich hierzu *Rehn/Cronauge*, in: GO NRW, § 107 VI.