

Thema: Das Verbot ausschließlicher Konzessionsverträge und die kommunale Selbstverwaltung

Zeitschrift: DVBI. - Das Deutsche Verwaltungsblatt

Autor: Joachim Wieland/Johannes Hellermann

Rubrik: Abhandlungen

Referenz: DVBI 1996, 401 (Ausgabe 08)

Das Verbot ausschließlicher Konzessionsverträge und die kommunale Selbstverwaltung

*Universitätsprofessor Dr. Joachim Wieland/Wissenschaftlicher Assistent Dr. Johannes Hellermann, Bielefeld**

I. Einleitung

Seit einigen Jahren gibt es auf der Ebene der Europäischen Gemeinschaft bzw. Union Bemühungen um die Schaffung eines Energie-, insbesondere Elektrizitätsbinnenmarktes. Die Kommission hat 1988 ein Weißbuch über den Energiebinnenmarkt vorgelegt¹. Den ersten Schritt zu seiner Verwirklichung bilden die Transit- und die Transparenzrichtlinie von 1990². Als zweite Liberalisierungsstufe ist eine Richtlinie des Rates betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt geplant, deren Gegenstand gemeinsame Vorschriften für den Marktzugang, Kriterien und Verfahren zur Genehmigungserteilung für die Erzeugung, Übertragung und Verteilung von Elektrizität sowie für den Betrieb des Verbundnetzes sein sollen³. Der erste Entwurf der Kommission vom 24. 2. 1992 sah die Abschaffung ausschließlicher Rechte im Bereich der Erzeugung und des Leitungsbaus, die Einführung eines Netzzugangs Dritter, eine Unterscheidung zwischen Netzbetrieb und "Stromhandel" sowie die Einrichtung unparteilicher Netzbetreiber vor⁴. Dieser ursprüngliche Richtlinienentwurf sowie im weiteren Verlauf von der Kommission vorgelegte abgeänderte Fassungen haben unter den Mitgliedstaaten und im Europäischen Parlament bislang keine Mehrheit gefunden. So ist derzeit ungewiß, wann und mit welchem genauen Inhalt diese zweite Richtlinie zustande kommen wird. Es bleibt jedoch davon auszugehen, daß die Europäische Union das Vorhaben einer Liberalisierung des Strommarktes weiterverfolgen wird. Ungeachtet der Kontroversen und Ungewißheiten hinsichtlich der näheren Ausgestaltung des Strombinnenmarktes darf weiter angenommen werden, daß ein Regelungselement jedenfalls die Beseitigung des bisherigen bundesdeutschen Systems der sog. Konzessionsverträge zwischen Gemeinden und Versorgungsunternehmen über die Einräumung von (in aller Regel) ausschließlichen Nutzungsrechten am kommunalen Wegenetz für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zur Energieversorgung des Gemeindegebiets sein soll⁵.

Bereits konkretere Gestalt haben gleichgerichtete Bestrebungen der Bundesregierung in dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Energiewirtschaftsrechts⁶ gefunden, den das Bundesministerium für Wirtschaft am 15. 2. 1994 vorgelegt hat. Der Gesetzesentwurf sieht in seinem Art. 2 eine Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vor, die den bisherigen § 103 GWB, der in seinem Abs. 1 Nr. 2 ausschließliche Konzessionsverträge zwischen Gebietskörperschaften und Versorgungsunternehmen kartellrechtlich ausdrücklich sanktioniert, beseitigt und durch eine Neuordnung über die Durchleitungsverpflichtung der Betreiber von Elektrizitäts- und Gasleitungen ersetzt. Art. 1 des Entwurfs will das - zwar mehrfach novellierte, in seiner Grundstruktur aber unverändert bis heute geltende - Energiewirtschaftsgesetz aus dem Jahre 1935 durch ein neues Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz - EnWG) ablösen. § 8 dieses Gesetzesentwurfs (im folgenden: EnWG-RefE) sieht eine Regelung über "Wegenutzungsverträge" vor; sein zentraler Absatz 1 hat folgenden Wortlaut:

"Gebietskörperschaften haben ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und für den Betrieb von Leitungen zur Fortleitung und Abgabe von Energie diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen."

Die Umsetzung dieser Rechtsetzungsvorhaben hätte für die Kommunen gravierende Folgen⁷. Es stehen nicht nur finanzielle Nachteile zu befürchten, weil zweifelhaft erscheint, ob das Aufkommen an

Konzessionsabgaben aus der - u. U. auch mehrfachen - Verleihung einfacher Wegrechte dieselbe Höhe erreichen könnte wie bislang die Einnahmen aus ausschließlichen Konzessionsverträgen, die fiskalisch von erheblicher Bedeutung sind. Vor allem verlören die Kommunen mit dem Verbot ausschließlicher Konzessionsverträge entscheidend an Einflußmöglichkeit auf den jeweiligen Träger und die sachliche Ausgestaltung der Energieversorgung für die Bürger. Das betrifft etwa die Tarifgestaltung: Mit dem Wegfall geschlossener Versorgungsgebiete entfielen die Möglichkeit, das sogenannte "Rosinenpicken" anderer Energieversorgungsunternehmen durch eine besonders billige Versorgung von Großabnehmern mittels Sticheleitungen zu verhindern; dieses "Rosinenpicken" hat zur Folge, daß die verbleibenden Abnehmer einen größeren Anteil der Festkosten und damit höhere Energiepreise zu tragen haben. Weiter betroffen wären Bemühungen der Kommunen um eine ressourcen- und umweltschonende Energieversorgung: So würde der Betrieb dezentraler Energieerzeugungsanlagen mit Kraft-Wärme-Koppelung, die neben dem erzeugten Strom auch die anfallende Wärme zur Deckung des lokalen Wärmebedarfs nutzen, in Frage gestellt, wenn ein kontinuierlicher Absatz von Fernwärme und Strom wegen des möglichen Verlusts einzelner Stromgroßabnehmer nicht sichergestellt ist. Auch die - erfolgreich unternommenen - Versuche von Stadtwerken, die Schadstoffbelastung ihrer Gemeinden zu minimieren, sind nur in einem geschlossenen Versorgungsgebiet möglich. Diese möglichen Auswirkungen werfen die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit der beabsichtigten Beschränkungen kommunaler Betätigungs- und Gestaltungsmöglichkeiten auf dem Sektor der örtlichen Energieversorgung auf.

II. Grenzen der Zulässigkeit europarechtlicher Regelungen der örtlichen Energieversorgung

Die Berufung der Kommunen auf eine spezielle Garantie ihrer Selbstverwaltung verspricht gegenüber europarechtlichen Beschränkungen freilich keine Aussicht auf Erfolg; gelegentliche Versuche zur Herleitung einer solchen Garantie auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene oder zur Aktivierung der grundgesetzlichen Gewährleistung gegenüber der europäischen Rechtsetzung vermögen nicht zu überzeugen und haben sich nicht durchsetzen können⁸. Das Augenmerk richtet sich deshalb ganz auf sonstige Grenzen der europarechtlichen Regelungsbefugnis.

1. Energierechtliche Kompetenzen der Europäischen Union

Weder die Europäische Gemeinschaft noch die Europäische Union verfügen über eine Kompetenz-Kompetenz, vielmehr sind sie auf die Kompetenzen und Befugnisse beschränkt, die ihnen die Mitgliedstaaten als Herren der Verträge zugewiesen haben⁹. Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung¹⁰ wird ergänzt durch das Subsidiaritätsprinzip¹¹. Es knüpft im Bereich konkurrierender Zuständigkeiten, in den auch Maßnahmen zur Verwirklichung des Binnenmarktes fallen¹², ein Handeln der Gemeinschaft an zwei Voraussetzungen, die kumulativ vorliegen müssen: nicht ausreichende Möglichkeiten zur Verwirklichung eines Ziels auf der Ebene der Mitgliedstaaten *und* bessere Möglichkeiten auf Gemeinschaftsebene¹³.

Unter Berücksichtigung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung und des Subsidiaritätsprinzips verfügt die Europäische Gemeinschaft über folgende Kompetenzgrundlagen für ein Handeln im Energiesektor: Neben Art. 129b EGV, der einen Beitrag der Gemeinschaft zum Auf- und Ausbau transeuropäischer Netze u. a. im Bereich Energieinfrastruktur vorsieht, ist Art. 3 lit. t EGV zu nennen, demzufolge die Tätigkeit der Gemeinschaft nach Maßgabe des EG-Vertrages u. a. Maßnahmen im Bereich Energie umfaßt. Das Primärrecht der Gemeinschaft räumt jedoch keine allgemeine energiepolitische Zuständigkeit ein. Auf einen entsprechenden Vorschlag der Kommission konnte sich die Regierungskonferenz zum Vertrag über die Europäische Union nicht einigen. Die Meinungsunterschiede zwischen den Regierungen der Mitgliedstaaten und der Kommission werden in der Erklärung der Konferenz von Maastricht¹⁴ deutlich, wonach die Frage der Einfügung von Titeln über die in Art. 3 lit. t EGV genannten Bereiche in den EG-Vertrag - also eines Titels Energiepolitik - nach dem Verfahren gemäß Art. N Abs. 2 EUV anhand eines Berichts geprüft werden soll, den die Kommission dem Rat spätestens 1996 vorlegen wird. Gleichzeitig hat die Kommission erklärt, daß die Gemeinschaft ihre Tätigkeit in diesen Bereichen auf der Grundlage der bisherigen Bestimmungen der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften fortsetzen wird. Sie wird sich also bemühen, in möglichst weitem Umfang Energiepolitik auch ohne eine entsprechende Ergänzung des EG-Vertrages zu betreiben. Ihr Vorschlag, den EG-Vertrag um einen Titel Energiepolitik zu ergänzen, zeigt allerdings mehr als deutlich, daß auch die Kommission davon ausgeht, daß die gegenwärtige Fassung des Vertrages ihr eine eigene Energiepolitik nicht erlaubt. Andernfalls hätte keinerlei Notwendigkeit bestanden, der Regierungskonferenz eine entsprechende Ergänzung des EG-Vertrages vorzuschlagen. Will die Kommission nicht den Standpunkt vertreten, sie verfüge über eine Kompetenz-Kompetenz - ein

Standpunkt, der spätestens seit dem Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts für die Bundesrepublik Deutschland aus verfassungsrechtlichen Gründen unannehmbar wäre¹⁵ -, muß sie ihr Handeln auf die Maßnahmen beschränken, die von den gegenwärtig im Vertrag enthaltenen Kompetenzgrundlagen gedeckt werden¹⁶ .

Das Fehlen einer Gemeinschaftskompetenz für Energiepolitik will die Kommission ausweislich der Präambel ihres Richtlinienentwurfs durch einen Rückgriff auf Art. 66 in Verbindung mit Art. 57 Abs. 2 EGV einerseits und Art. 100a EGV andererseits überspielen. Art. 57 Abs. 2 EGV ermächtigt den Rat, vor dem Ende der Übergangszeit Richtlinien zur *Koordinierung* der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten zu erlassen; diese Vorschriften finden gemäß Art. 66 EGV auch für Dienstleistungen Anwendung. Der Beschränkung der damit eröffneten Gemeinschaftskompetenz auf eine Koordinierung von Vorschriften der Mitgliedstaaten mißt das europarechtliche Schrifttum keinerlei Bedeutung bei¹⁷ . Ein derartig großzügiger Umgang mit dem Text von Ermächtigungsgrundlagen läßt das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung weitgehend leerlaufen, indem es die handlungsbegrenzende Funktion des Wortlauts der einschlägigen Kompetenzvorschrift beseitigt. Nimmt man dieses Prinzip ernst, wie in Deutschland nicht zuletzt von Verfassungen wegen geboten, setzt die Koordinierung von Rechtsvorschriften voraus, daß die Mitgliedstaaten weiterhin für den Erlaß dieser Vorschriften zuständig sind, während die Gemeinschaft dafür Sorge zu tragen hat, daß die Ergebnisse der nationalen Rechtsetzung in einem sinnvollen Verhältnis zueinander stehen. Das ist deutlich weniger, als es eine eigene Rechtsgestaltung der Gemeinschaft wäre. Deshalb reicht Art. 66 in Verbindung mit Art. 57 Abs. 2 EGV als Kompetenzgrundlage für die geplante Richtlinie zum Energiebinnenmarkt nicht aus, die unabhängig von nationalen Regelungen den Energiebinnenmarkt eigenständig gestalten will. Das gleiche gilt für Art. 100a EGV: Während die Kommission eine Befugnis des Rates angestrebt hatte, alle die Verwirklichung des Binnenmarktzieles betreffenden Rechtsakte mit qualifizierter Mehrheit zu erlassen¹⁸ , weist die Bestimmung dem Rat ausschließlich die wesentlich beschränktere Kompetenz zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten zu. Dementsprechend kann sie nur Rechtsgrundlage von Gemeinschaftsmaßnahmen sein, die die Auswirkungen der Unterschiedlichkeit oder der territorial beschränkten Geltung der *nationalen Rechtsordnungen* auf die Errichtung oder das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben¹⁹ . Dagegen verleiht Art. 100a EGV nicht die Befugnisse, alle die Verwirklichung des Binnenmarktzieles betreffenden Rechtsakte zu erlassen, und ermächtigt noch viel weniger zur Gestaltung der Energiepolitik auf europäischer Ebene, die die Kommission zwar seit langem erstrebt hat, die der Union aber von den Mitgliedstaaten nicht übertragen worden ist²⁰ . Gerade die Gestaltung des Binnenmarktes auf europäischer Ebene soll aber Gegenstand der von der Kommission vorgeschlagenen Richtlinie sein²¹ .

Angesichts dieses Sachverhalts vermag es nicht zu überraschen, daß sowohl der Bundesrat²² als auch maßgebliche Stimmen in der Literatur der Kommission eine Überschreitung ihrer Kompetenzen vorwerfen. Kompetenzen zur Rechtsangleichung ermächtigen weder zur Wirtschaftslenkung auf europäischer Ebene noch begründen sie Zuständigkeiten für Materien, für die der Gemeinschaft Rechtsetzungsbefugnisse fehlen²³ . Rechtsangleichung setzt voraus, daß die materielle Zielrichtung nationaler Normen gewahrt wird²⁴ . Dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung widerspräche es, wenn die Kompetenz zur Rechtsangleichung in Art. 100a EGV, die nicht einmal dazu ermächtigt, alle die Verwirklichung des Binnenmarktzieles betreffenden Rechtsakte mit qualifizierter Mehrheit zu erlassen, in der praktischen Handhabung wie eine Kompetenz-Kompetenz behandelt würde. Deshalb ist Versuchen zu widersprechen, die der Rechtsangleichung schon vom Begriff her immanenten Grenzen zu überschreiten²⁵ . Rechtsangleichung ist schon ihrem Begriff nach darauf beschränkt, die Abschottung nationaler Märkte zu überwinden, öffnet der Gemeinschaft jedoch nicht den Zugriff auf die innere Ordnung der nationalen Märkte. Auch insoweit darf die Gemeinschaft gemäß dem Subsidiaritätsprinzip nur rechtsangleichend tätig werden, wie nicht die Mitgliedstaaten durch nationale Regelungen einer Abschottung entgegenwirken können. Soweit kommunale Ausschließlichkeitsrechte im Bereich der Energieversorgung überhaupt einen Einfluß auf die grenzüberschreitende Lieferung von Elektrizität haben sollten, ist nicht ersichtlich, warum nicht die Mitgliedstaaten in der Lage sein sollten, einer Marktabschottung entgegenzuwirken. Eine Regelung der kommunalen Wirtschaftsbetätigung im Bereich der Energieversorgung ist der Europäischen Gemeinschaft also aus kompetentiellen Gründen verwehrt.

2. Befugnisse der Kommunen aus Art. 90 Abs. 2 EGV

Die Gemeinschaft bedarf für eine Regelung des Energiemarktes aber nicht nur einer Kompetenzgrundlage im Primärrecht, sondern muß auch dessen Schranken, insbesondere Art. 90 Abs. 2 Satz 1 EGV beachten. Danach gelten die Vorschriften des EG-Vertrages für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, "soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert". Diese Vorschrift ist nach der neueren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs unmittelbar anwendbar²⁶. Da Art. 90 Abs. 2 EGV sowohl privatrechtlich als auch öffentlich-rechtlich organisierte Betriebe erfaßt²⁷, kommt es nicht darauf an, ob kommunale Versorgungsunternehmen als Eigenbetriebe oder als Eigengesellschaften geführt werden; entscheidend ist allein, daß eine Kommune für das Verhalten des Unternehmens besondere Verantwortung trägt, die es ihr ermöglicht, Einfluß auf seine kaufmännischen Entscheidungen auszuüben²⁸. Der Dienstleistungsbegriff des Art. 90 Abs. 2 EGV bezieht auch das Bereithalten, Bereitstellen und Verteilen von Waren ein. Nach allgemeiner Auffassung stellt dementsprechend "eine verlässliche und einwandfrei funktionierende, flächendeckende, öffentliche Elektrizitätsversorgung zu möglichst niedrigen Kosten und auf sozial verträgliche Weise" eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse dar²⁹.

Zu klären bleibt, ob die kommunalen Versorgungsunternehmen mit Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse *betraut* sind³⁰. Der Gerichtshof hat 1974 entschieden, daß Art. 90 Abs. 2 EGV als Ausnahmenvorschrift eng auszulegen sei und deshalb - so die deutsche Übersetzung der Entscheidung - ein "Hoheitsakt der öffentlichen Gewalt" erforderlich sei, um ein privates Unternehmen zu betrauen³¹. Anders als die deutsche Übersetzung qualifizieren die französische und die englische Fassung der Entscheidung den erforderlichen Akt nicht näher, sondern heben nur auf die öffentliche Gewalt als notwendigen Urheber ab. Da die Entscheidung gemäß der ständigen Praxis des Gerichtshofs in Französisch abgesetzt wurde und in dieser Fassung jeder Akt eines Trägers öffentlicher Gewalt für das Betrauen ausreicht, dürfte es als Ungenauigkeit der Übersetzung anzusehen sein, daß im deutschen Urteilstext von einem "Hoheitsakt" der öffentlichen Gewalt die Rede ist. Es ist nicht anzunehmen, daß der Gerichtshof der deutschen Verwaltung, die im Prinzip sowohl öffentlich-rechtlich als auch privatrechtlich handeln kann, eine bestimmte Rechtsform vorschreiben wollte. Diese Interpretation entspricht auch dem Sinnzusammenhang der Entscheidung, die darauf zielte, privatrechtlich organisierte Unternehmen im Sinne von Art. 90 Abs. 2 EGV von beliebigen anderen Privatunternehmen abzugrenzen. Das Erfordernis eines Hoheitsaktes wäre anderen europäischen Verwaltungsrechtsordnungen zudem fremd: In Großbritannien wird nicht zwischen öffentlichrechtlichem und privatrechtlichem Verwaltungshandeln unterschieden, in Frankreich reicht es für einen *service public* aus, daß er von der öffentlichen Hand kontrolliert wird und seine Tätigkeit zum Teil öffentlich-rechtlich geregelt ist³². Ein Unternehmen ist also im Sinne von Art. 90 Abs. 2 EGV mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut, wenn ein Träger öffentlicher Gewalt ihm diese Dienstleistungen hoheitlich oder privatrechtlich handelnd anvertraut hat³³. Das ist für kommunale Versorgungsunternehmen deshalb von Bedeutung, weil sie regelmäßig nicht durch einen Hoheitsakt, sondern durch die als privatrechtlich qualifizierten Konzessionsverträge mit ihren Aufgaben betraut sind³⁴.

Art. 90 Abs. 2 EGV befreit kommunale Versorgungsunternehmen in weitem Umfang von gemeinschaftsrechtlichen Regelungen. Während der Europäische Gerichtshof in seiner früheren Rechtsprechung die europarechtlichen Wettbewerbsregeln solange für verbindlich hielt, "wie nicht nachgewiesen ist, daß die Anwendung dieser Regeln mit der Erfüllung ihrer besonderen Aufgaben unvereinbar ist"³⁵, hat er diese restriktive Interpretation in der Rechtssache *Corbeau* nicht wiederholt. Vielmehr betont das Gericht, daß der Inhaber eines ausschließlichen Rechts über "wirtschaftlich tragbare Bedingungen" bzw. "wirtschaftlich ausgewogene Bedingungen"³⁶ verfügen müsse, um seine im allgemeinen Interesse liegende Aufgabe zu erfüllen. Dementsprechend könne dem Inhaber ausschließlicher Rechte gestattet werden, rentable Dienstleistungen ausschließlich zu erbringen, um Defizite in anderen Bereichen seiner Tätigkeit auszugleichen. Eine Beschränkung oder sogar ein Ausschluß des Wettbewerbs in diesen Bereichen seien daher zulässig, weil Privatunternehmer nicht zu einem derartigen Ausgleich gezwungen seien³⁷. Die Wettbewerbsregeln des Gemeinschaftsrechts können also schon dann außer acht gelassen werden, wenn sie das wirtschaftliche Gleichgewicht eines mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmens gefährden³⁸. Diese Ausführungen hat der Gerichtshof in seiner *Almelo*-Entscheidung wiederholt und bekräftigt³⁹. Soweit kommunale Versorgungsunternehmen also mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, kann es aus wirtschaftlichen Gründen erforderlich sein, ihnen ein Monopol einzuräumen, damit sie ihrem Versorgungsauftrag zu

angemessenen Bedingungen nachkommen können. Art. 90 Abs. 2 EGV läßt ein solches Monopol insbesondere dann zu, wenn es das Erbringen von rentablen Dienstleistungen ermöglichen soll, um Defizite in anderen Bereichen der Tätigkeit des betrauten Unternehmens auszugleichen.

III. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines bundesgesetzlichen Verbots ausschließlicher Konzessionsverträge

Kann nach dem Ergebnis der bisherigen Überlegungen das Europarecht dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten ein Verbot ausschließlicher Konzessionsverträge nicht vorgeben, so stellt sich nun die Frage, ob der nationale Gesetzgeber der Bundesrepublik aus eigenem Recht in der Lage ist, eine derartige Regelung zu treffen. Der darauf abzielende Gesetzentwurf des Bundeswirtschaftsministeriums bedarf verfassungsrechtlich der Überprüfung in zwei Hinsichten.

1. Gesetzgebungskompetenz des Bundes

In formeller Hinsicht ist - auch bereits mit Blick auf das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht - zu fragen, ob der Bund nach der grundgesetzlichen Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeiten zwischen Bund und Ländern kompetentiell zu einer solchen Regelung befugt ist. Eine kompetenzwidrige Beschränkung der kommunalen Selbstverwaltung durch den Bundesgesetzgeber verletzt die Garantie des Art. 28 Abs. 2 GG; wie das Bundesverfassungsgericht⁴⁰ entschieden hat, gehören die Art. 70 ff. GG zu jenen Bestimmungen des Grundgesetzes, die das verfassungsrechtliche Bild der Selbstverwaltung mitbestimmen, weil sie grundsätzlich Gemeindeangelegenheiten der Gesetzgebungskompetenz der Länder zuweisen und Eingriffe des Bundesgesetzgebers in das kommunale Selbstverwaltungsrecht vorbehaltlich besonderer Kompetenzbestimmungen ausschließen. Als ein solcher spezieller Kompetenztitel kommt hier allein Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 i. V. mit Art. 72 Abs. 2 GG in Betracht, der dem Bund eine konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit für das Recht der Wirtschaft, namentlich auch der Energiewirtschaft, verleiht.

a) Die Regelungsmaterie der "Energiewirtschaft"

Voraussetzung dafür wäre zunächst, daß diese Regelungsmaterie der "Energiewirtschaft" auch die in §8 EnWG-RefE vorgesehene Regelung über Wegenutzungsverträge der Gebietskörperschaften erfaßt.

Das bisherige Energiewirtschaftsrecht des Bundes kennt vergleichbare Regelungen nicht. Vielmehr behandelt das derzeit geltende Recht die Nutzung des kommunalen Wegenetzes für Zwecke der Energieversorgung als einen Aspekt anderer Regelungsmaterien, die prinzipiell in der Gesetzgebungszuständigkeit der Länder liegen. Zunächst ist sie ein Regelungsgegenstand des Straßen- und Wegerechts, das in die Gesetzgebungskompetenz der Länder fällt, soweit es nicht um den Bau und die Unterhaltung von Landstraßen für den Fernverkehr geht; insoweit begründet Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG eine konkurrierende Zuständigkeit des Bundes. Das Straßen- und Wegerecht ist notwendig berührt, weil die Verlegung von Leitungen zur Fortleitung und Abgabe von Energie eine Benutzung der Straßen über den Gemeingebrauch hinaus darstellt. Würde sie von den einschlägigen allgemeinen straßenrechtlichen Bestimmungen erfaßt, bedürfte sie als genehmigungspflichtige Sondernutzung der Erlaubnis der Straßenbaubehörde. Die Landesstraßengesetze - und für seinen Anwendungsbereich auch das Bundesfernstraßengesetz - enthalten jedoch regelmäßig Sonderregelungen, die die Benutzung der öffentlichen Wege und Straßen für Zwecke der öffentlichen Versorgung aus dem öffentlich-rechtlichen Regime des Straßenrechts herausnehmen und statt dessen in das bürgerliche Recht verweisen und von der Zustimmung der Gemeinde abhängig machen, die die Eigentümerin der Gemeindestraßen ist⁴¹. Weiter ist der Abschluß von Konzessionsverträgen nach geltendem Recht eine Frage des - unstreitig der Ländergesetzgebungskompetenz unterfallenden⁴² - Gemeinde(wirtschafts)rechts. Ihm geht es um die näheren Voraussetzungen der wirtschaftlichen Betätigung und der Eigentumsnutzung durch die Kommunen. Eine Reihe von Gemeindeordnungen enthält Regelungen, die den Kommunen die konzessionsvertragliche Einräumung von Nutzungsrechten an ihrem Wegeeigentum ausdrücklich nur unter Wahrung ihrer wirtschaftlichen Interessen und öffentlichen Aufgaben gestatten⁴³.

Diese bisherige Rechtslage beruht darauf, daß Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG dem Bund die Gesetzgebungszuständigkeit (nur) für das Recht der Energie *wirtschaft* im Rahmen einer übergreifenden Kompetenz für das Recht der Wirtschaft gibt. Dieses umfaßt, wie das Bundesverfassungsgericht allgemein formuliert, alle "das wirtschaftliche Leben und die wirtschaftliche Betätigung als solche regelnde Normen"⁴⁴. Entsprechend zählen zum Recht der Energiewirtschaft alle Regelungen, die das wirtschaftliche Leben und die

wirtschaftliche Betätigung auf dem Energiesektor betreffen. Kraft seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz kann der Bund daher das wirtschaftliche Handeln der Energieversorgungsunternehmen, auch der kommunalen Unternehmen, regeln. Eben dies ist auch der Regelungsgegenstand des geltenden Energiewirtschaftsrechts. § 8 EnWG-RefE überschreitet diesen Kompetenzrahmen seinem Regelungsadressaten und seinem Regelungsgegenstand nach: Sein Regelungsadressat sind nicht die Wirtschaftssubjekte auf dem Energiesektor, sondern dem Wortlaut nach allgemein die "Gebietskörperschaften", der Sache nach speziell die Gemeinden; sein Regelungsgegenstand ist nicht die wirtschaftliche Betätigung auf dem Energiesektor, sondern die Nutzung des Wegeeigentums der Gebietskörperschaften, speziell der Gemeinden, nämlich ihre Verpflichtung, die öffentlichen Straßen und Wege für Zwecke der Energieversorgung zur Verfügung zu stellen. Dieser Regelung ist zwar der energierechtliche Charakter nicht abzuspüren. Dem Bund steht jedoch nach dem Grundgesetz keine Zuständigkeit für das Energierecht insgesamt zu, sondern lediglich eine begrenzte - hier überschrittene - energiewirtschaftsrechtliche Gesetzgebungskompetenz.

b) Die Erforderlichkeit i. S. von Art. 72 Abs. 2 GG

Im übrigen ist Art. 72 Abs. 2 GG zu beachten. Seit seiner Neufassung reicht das Ziel der Wahrung der Rechtseinheit nicht mehr per se für die Inanspruchnahme der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz durch den Bund aus. Auch ein neues, erweitertes Energiewirtschaftsrecht des Bundes läßt sich deshalb nicht allein mit dem Wunsch nach einer bundeseinheitlichen Regelung rechtfertigen. Vielmehr setzt Art. 72 Abs. 2 GG voraus, daß eine bundesgesetzliche Regelung zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder zur Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse *erforderlich* ist. Daß der derzeitige Rechtszustand, der die Nutzung der öffentlichen Wege und Straßen von Gemeinden zur Energieversorgung der landesrechtlichen Regelung überläßt, diesen Zielen abträglich wäre, aber ist nicht ersichtlich. Gerade gegenüber dem Versuch des Bundesgesetzgebers, eine bislang von den Ländern zufriedenstellend geregelte Materie an sich zu ziehen, muß die Neuregelung von Art. 72 Abs. 2 GG greifen, wenn sie tatsächlich die Länderkompetenzen besser wahren und die konkurrierende Bundesgesetzgebungszuständigkeit wirksamer beschränken soll.

2. Materielle Vereinbarkeit mit Art. 28 Abs. 2 GG

Über diesen Kompetenzverstoß hinaus bleibt abschließend die Kernfrage nach der materiellen Vereinbarkeit eines gesetzlichen Verbots ausschließlicher Konzessionsverträge mit der verfassungsrechtlichen Garantie der kommunalen Selbstverwaltung.

a) Die konzessionsvertragliche Regelung der örtlichen Energieversorgung als Selbstverwaltungsaufgabe

Art. 28 Abs. 2 GG sichert, wie das Bundesverfassungsgericht formuliert, den Gemeinden einen grundsätzlich alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft umfassenden Aufgabenbereich sowie die Befugnis zu eigenverantwortlicher Führung der Geschäfte in diesem Bereich⁴⁵. Als Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft definiert es diejenigen Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben, die also den Gemeindeeinwohnern gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der Gemeinde betreffen⁴⁶. Zu den danach anerkannten Selbstverwaltungsaufgaben zählt auch die örtlich radizierte Daseinsvorsorge, soweit sie - wie bereits seit der Mitte des vergangenen Jahrhunderts und bis heute vielfältig praktiziert - von den Gemeinden bzw. gemeindlichen Unternehmen selbst für ihre Bürger wahrgenommen wird. Dazu gehört die Versorgung der Bürger mit leitungsgebundener Energie durch die Gemeinden; das Bundesverfassungsgericht zählt in einer Kammer-Entscheidung aus dem Jahr 1989 "die Durchführung der Wasser- und Energieversorgung zu den typischen, die Daseinsvorsorge betreffenden Aufgaben der kommunalen Gebietskörperschaften"⁴⁷. Es ist allerdings eine weitere Frage, ob die Kommunen auf dem Gebiet der örtlichen Energieversorgung auch dann in Wahrnehmung von Selbstverwaltungsaufgaben handeln, wenn sie nicht selbst wirtschaftlich tätig werden, sondern die Leistungserbringung auf der Grundlage von (ausschließlichen) Konzessionsverträgen Dritten übertragen.

Das setzt zunächst voraus, daß der Abschluß privatrechtlicher Konzessionsverträge überhaupt noch der Wahrnehmung spezifisch öffentlicher Aufgaben durch die Gemeinde zuzurechnen ist. Zweifel daran klingen an, wenn das zugrundeliegende kommunale Wegeeigentum als "private Rechtsstellung" und "systematisch

eher fernstehender Titel" gekennzeichnet wird, der der Gemeinde sozusagen zufällig, ohne zureichenden sachlichen Bezug zu einer hervorgehobenen Position in der Energieversorgung ver helfe⁴⁸. Dieses Bedenken verkennt jedoch, daß zwischen dem in kommunalem Eigentum stehenden lokalen Wegenetz und der Versorgung der Bürger mit leitungsgebundener Energie ein sachlich notwendiger, enger Zusammenhang besteht. Auf dem Weg vom Produzenten zum Letztverbraucher ist das kommunale Wegenetz unverzichtbar; wie der BGH gesagt hat, "... stellt die Verfügungsmöglichkeit über die öffentlichen Wege die Grundlage für die Durchführung der Stromversorgung dar. Ohne diese Verfügungsmöglichkeit ist eine Lieferung von elektrischer Energie praktisch nicht möglich und für eine Zuweisung der Stromversorgung an einen bestimmten Versorgungsträger kein Raum"⁴⁹. Ebenso wie es eine unverzichtbare Grundlage für die - üblicherweise Art. 28 Abs. 2 GG subsumierte - eigene gemeinwohlgerechte wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde auf dem Energiesektor ist, gibt das Wegeeigentum auch eine legitime Basis dafür ab, kommunalen Einfluß auf die Leistungserbringung durch sonstige Energieversorgungsunternehmen zu nehmen. So ist denn auch in der Rechtsprechung anerkannt, daß die Gemeinden ihr Wegeeigentum einsetzen können, um "im Interesse des Gemeinwohls eine möglichst einheitliche und kostengünstige Versorgung" aller Abnehmer zu erreichen⁵⁰.

Für eine Selbstverwaltungsaufgabe ist darüber hinaus der örtliche Charakter der Aufgabe konstitutiv. Das erforderliche Maß an örtlichen Bezügen eignet der konzessionsvertraglichen Regelung der Nutzung der öffentlichen Wege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zur Fortleitung und Abgabe von Energie durch die enge sachliche Verknüpfung mit anderen Aufgaben der Gemeinde, etwa als Träger öffentlicher Einrichtungen mit hohem eigenem Energiebedarf oder als Planungsträger mit für die lokale Energieversorgung bedeutsamen Festsetzungsmöglichkeiten⁵¹, insbesondere aber durch den Bezug auf das lokale Wegenetz. Dieses ist gerade dadurch charakterisiert, daß es die einzelnen Grundstücke einer Gemeinde miteinander verbindet und dadurch den Verkehr und die Kommunikation zwischen den Gemeindebewohnern ermöglicht, womit es eine unerläßliche Voraussetzung dafür ist, daß eine eigentliche örtliche Gemeinschaft überhaupt existiert. In dieser Funktion der wegemäßigen Erschließung eines umgrenzten Versorgungsgebiets sind die öffentlichen Wege die sachliche Grundlage für die Energieversorgung der Gemeindebürger. Der so begründete örtliche Bezug geht auch dann nicht verloren, wenn die Gemeinde im Konzessionsvertrag die Durchführung der Energieversorgung für ihr Gebiet einem regionalen oder überregionalen Energieversorgungsunternehmen überträgt⁵². Daß die Leistungserbringung überörtlichen Trägern überlassen wird, beruht auf einer freien, wieder rückholbaren Entscheidung der Kommune; diese Rückholbarkeit hat sich gerade zuletzt in - zumeist umweltpolitisch motivierten - Tendenzen zur Rekommunalisierung der Energieversorgung aktualisiert. Im Konzessionsvertrag nimmt die Gemeinde also ihre hoheitliche Verantwortung für die Energieversorgung der örtlichen Gemeinschaft⁵³ und damit eine Selbstverwaltungsaufgabe⁵⁴ wahr.

Die Erledigung dieser Selbstverwaltungsaufgabe würde den Gemeinden durch das Verbot der Einräumung ausschließlicher Wegenutzungsrechte zwar nicht förmlich untersagt, faktisch aber doch entzogen. Gerade die Ausschließlichkeit des Konzessionsvertrages gibt den Gemeinden - etwa mit Blick auf die Tarifgestaltung und Umweltbelange - die Möglichkeit zu einer gemeinwohlgerechten Ausgestaltung der örtlichen Energieversorgung. Nimmt der Gesetzgeber den Gemeinden diese auf ihrem Wegeeigentum gründende rechtliche Möglichkeit, beraubt er ihre Rolle in der Energieversorgung des spezifisch öffentlichen Charakters und reduziert sie auf eine rein fiskalische oder private als Wegeeigentümer, der ein Nutzungsentgelt erzielt, oder auch als Energieversorgungsunternehmer, der in Konkurrenz zu anderen privatwirtschaftlich tätig wird.

b) Der Schutz vor der Aufhebung kommunaler Aufgaben zugunsten der Privatwirtschaft

Die Selbstverwaltungsaufgabe der Ausgestaltung der örtlichen Energieversorgung würde den Gemeinden damit nicht - wie etwa in dem der Rastede-Entscheidung zugrundeliegenden Konflikt um die "Höherzonung" abfallrechtlicher Zuständigkeiten - zugunsten übergeordneter staatlicher Stellen entzogen; vielmehr wäre die Zielrichtung die einer Zurücknahme jeglicher hoheitlichen Regulierung und einer verstärkten Öffnung für die privatwirtschaftliche Aufgabenerledigung. Ob Art. 28 Abs. 2 GG die Gemeinden insoweit überhaupt schützt, ist nicht unumstritten.

aa) In der Literatur findet sich ein Verständnis von Art. 28 Abs. 2 GG als rein staatsorganisatorisches Prinzip, das allein vor der sog. Höherzonung schützen, für die hier interessierende Aufgabenabgrenzung im Verhältnis zum privaten Sektor hingegen bedeutungslos sein soll. Diese These ist früher unter Hinweis auf ein allgemeines verfassungsrechtliches Subsidiaritätsprinzip begründet worden, kraft dessen die Kommune vor der Aufgabenverlagerung "nach unten", zu nachgeordneten gesellschaftlichen Kräften nicht geschützt sei⁵⁵.

Zuletzt ist - gerade mit Blick auf den Energiesektor - darauf abgehoben worden, daß Art. 28 Abs. 2 GG keinen Kompetenz- oder Eingriffstitel im Verhältnis zu Privaten vermittele; die Selbstverwaltungsgarantie legitimierte nicht zu Eingriffen in den Aufgabenbestand der Privaten⁵⁶ und hindere deshalb auch nicht die gesetzliche Übertragung von Aufgaben an Private. Aus diesem Grunde sollen die Gemeinden insbesondere zur eigenen wirtschaftlichen Betätigung in der Energieversorgung "nur kraft ausdrücklicher kompetenzrechtlicher Ermächtigung befugt" sein⁵⁷. Ebenso müßte es auch dem Gesetzgeber überlassen sein, ob er der Gemeinde das Recht zugesteht, gestützt auf das gemeindliche Wegeigentum die privatwirtschaftliche Energieversorgung auszuschließen bzw. zu beschränken.

bb) In der Tat entspricht es herrschender Ansicht, daß Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG keine Ermächtigungsgrundlage für Eingriffe in die Rechte Privater, die einer gesetzlichen Grundlage bedürfen, darstellt, eine solche nicht ersetzt oder entbehrlich macht⁵⁸. Von dem mangelnden Charakter als bürgergerichtete Befugnisnorm und der bloßen Funktion als staatsgerichtete Aufgabennorm, die über die Kompetenzverteilung zwischen verschiedenen Hoheitsträgern etwas aussagt, darf jedoch nicht kurzgeschlossen werden, Art. 28 Abs. 2 GG könne nicht gegenüber dem Staat die Kompetenz zu einem gemeindlichen Handeln im Verhältnis zu den Bürgern bzw. der Privatwirtschaft garantieren. Beide Regelungsgehalte stehen in keinem logisch zwingenden Zusammenhang und auch in keiner notwendigen faktischen Verknüpfung, denn der Annahme einer staatsgerichteten Garantie der gemeindlichen Kompetenz zu wirtschaftlicher Betätigung steht nicht entgegen, daß die Wahrnehmung dieser Aufgabe ohne Eingriffsbefugnisse gar nicht möglich wäre.

Die gegenteilige Ansicht geht zunächst von einer unzutreffenden Beurteilung des verfassungsrechtlichen Staat-Bürger-Verhältnisses insgesamt und damit auch des Gemeinde-Bürger-Verhältnisses aus, wenn sie meint, die Gemeinde dürfe - jedenfalls ohne parlamentsgesetzliche Ermächtigung - gegenüber der Privatwirtschaft nicht tätig werden. Die den älteren Stellungnahmen zugrundeliegende Annahme eines verfassungsrechtlich vorgegebenen allgemeinen Subsidiaritätsprinzips hat sich nicht durchsetzen können; daß die Verfassung ein Tätigwerden staatlicher Stellen überhaupt nur zuließe, wenn Private zur Aufgabenwahrnehmung nicht in der Lage sind, wird heute nicht mehr angenommen⁵⁹. Auch die Annahme, die Gemeinde dürfe im Verhältnis zur Privatwirtschaft - sei es durch eigene wirtschaftliche Aktivität, sei es durch Nutzung ihres Eigentums - nur auf der Grundlage einer ausdrücklichen kompetenzrechtlichen Ermächtigung tätig werden, ist unzutreffend. Es gibt verfassungsrechtlich keinen solchen Totalvorbehalt für jegliches staatliches Tätigwerden in Konkurrenz zum privaten Sektor, für jede staatliche Wahrnehmung einer sonst Privaten offenstehenden Aufgabe, sondern nur einen begrenzten Gesetzesvorbehalt für bestimmte, insbesondere in Freiheitsrechte des Bürgers eingreifende Maßnahmen. Solange dieser nicht greift, kann die Gemeinde ebenso wie ein anderer Träger öffentlicher Verwaltung eine öffentliche Aufgabe durch wirtschaftliche Betätigung⁶⁰ oder durch Nutzung ihres privatrechtlichen Eigentums wahrnehmen, ohne einer gesetzlichen Grundlage zu bedürfen.

Die Selbstverwaltungsgarantie erfordert den Schutz dieser außengerichteten, das Verhältnis zum privatwirtschaftlichen Sektor betreffenden Betätigung der Kommune gegenüber dem staatlichen Gesetzgeber. Die Entstaatlichung, der Verweis bestimmter Tätigkeiten in die rein privatwirtschaftliche Erledigung durch den Gesetzgeber hindert die Kommune - ebenso wie auch die Höherzonung von staatlichen Aufgaben - an der eigenverantwortlichen Wahrnehmung von Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft⁶¹. Eben diese Entscheidungsbefugnis darüber, welche Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft die Kommune in welcher Weise wahrnehmen will, macht aber die gemeindliche Selbstverwaltung aus. Für wirtschaftliche wie für sonstige Betätigungen der Gemeinden stellt Art. 28 Abs. 2 GG deshalb dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt einen Verwaltungsvorbehalt gegenüber, der ersterem eine inhaltliche Grenze zieht. "Der Selbstverwaltung widerspricht wesensmäßig eine Durchnormierung des den Selbstverwaltungsträgern zugeordneten Wirkungsbereichs."⁶² Der Selbstverwaltungsgarantie einen Totalvorbehalt für jegliche wirtschaftliche Betätigung entgegenzuhalten, würde die Gemeinde von einer gesetzlichen Aufgabenzuweisung abhängig machen und damit genau das bestreiten, was nach der Rastede-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts die Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden wesensmäßig kennzeichnet: die Universalität oder Allzuständigkeit im Sinne eines von gesetzlicher Zuweisung unabhängigen Aufgabenzugriffsrechts⁶³.

c) Die materiellen Bindungen des Gesetzgebers

Ein gesetzliches Verbot ausschließlicher Konzessionsverträge müßte sich also an Art. 28 Abs. 2 GG messen lassen und im Rahmen der verfassungsrechtlichen Bindungen halten, die der die Selbstverwaltung ausgestaltende und beschränkende Gesetzgeber danach zu beachten hat.

aa) Für den einfachen Gesetzgeber absolut unantastbar sein soll das "Essentiale" der verfassungsrechtlich garantierten Institution der kommunalen Selbstverwaltung, das man aus ihr nicht entfernen kann, ohne deren Struktur und Typus zu verändern⁶⁴. Diesen sogenannten Wesensgehalt oder Kernbereich hat das Bundesverfassungsgericht im Rastede-Beschluß inhaltlich neu konzipiert; danach "gehört zum Wesensgehalt der gemeindlichen Selbstverwaltung kein gegenständlich bestimmter oder nach feststehenden Merkmalen bestimmbarer Aufgabenkatalog, wohl aber die Befugnis, sich aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, die nicht durch Gesetz bereits anderen Trägern öffentlicher Verwaltung übertragen sind, ohne besonderen Kompetenztitel anzunehmen ("Universalität" des gemeindlichen Wirkungskreises)"⁶⁵. Darüber hinaus hält das Gericht als Kernbereichsschranke fest am Verbot der rechtlichen oder faktischen Beseitigung des Selbstverwaltungsrechts durch ein Gesetz, das die gemeindliche Selbstverwaltung innerlich aushöhlt, ihr die Gelegenheit zu kraftvoller Betätigung raubt und sie auf ein Schattendasein verweist⁶⁶.

Da nach dieser Konzeption der Kernbereich nicht mehr einen bestimmten, inhaltlich umschreibbaren Aufgabenbestand absolut garantiert, kann der gesetzgeberische Entzug einer einzelnen, bislang kommunalen Aufgabe nicht von vornherein deshalb untersagt sein, weil diese zum Kernbereich der Selbstverwaltung gehöre; auch die örtliche Energieversorgung kann danach nicht mehr - wie nicht selten geschehen⁶⁷ - einfach als unentziehbare Kernbereichsaufgabe der Kommunen qualifiziert werden. Eine gesetzgeberische Entziehung oder Beschränkung einzelner kommunaler Aufgaben kann den Kernbereich oder Wesensgehalt allenfalls verletzen, wenn sie zu einer Aushöhlung der Selbstverwaltungsgarantie führt, indem sie den Gemeinden das unabdingbare Minimum an Betätigungsmöglichkeiten nimmt. Das könnte etwa auch anzunehmen sein, wenn der Gesetzgeber die Gemeinden aus der örtlichen Versorgungswirtschaft insgesamt hinausdrängte. Ein gesetzliches Verbot ausschließlicher Konzessionsverträge, so gravierend die Folgen für den kommunalen Einfluß auf die Energieversorgung auch wären, würde eine so weitreichende innere Aushöhlung der kommunalen Selbstverwaltung noch nicht bewirken.

bb) Art. 28 Abs. 2 GG will jedoch - wie das Bundesverfassungsgericht im Rastede-Beschluß betont hat - den Gemeinden einen grundsätzlich alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft umfassenden Aufgabenbereich sichern und bindet deshalb den Gesetzgeber auch in dem dem Kernbereich vorgelagerten sogenannten Randbereich⁶⁸. Das Gericht hat diese Bindung dort in einem verfassungsrechtlichen Aufgabenverteilungsprinzip zugunsten der Gemeinden konkretisiert⁶⁹, das für das Staat- bzw. Kreis-Gemeinde-Verhältnis, das Problem der sogenannten "Höherzonung", entwickelt worden und deshalb nicht ohne weiteres auf die Konstellation übertragbar ist, daß bislang gemeindliche Aufgaben dem Markt überlassen werden sollen. Jedoch müssen an derartige gesetzliche Vorgaben gleich hohe Rechtfertigungsanforderungen gestellt werden; auch hier geht es um den gemeindlichen Aufgabenkreis, um die Kompetenz der Gemeinde, bestimmte Interessen und Bedürfnisse der örtlichen Gemeinschaft aufzugreifen, und aus gemeindlicher Perspektive stimmen die Verlagerung zu übergeordneten staatlichen Stellen und der Vorbehalt zugunsten der Privatwirtschaft in der Wirkung des Aufgabenentzugs überein. Das Prinzip der gemeindlichen Allzuständigkeit für alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft erfordert auch insoweit, daß die Entscheidung über das kommunale Engagement in der örtlich radizierten Daseinsvorsorge prinzipiell bei den Gemeinden verbleibt und der staatliche Gesetzgeber Beschränkungen nur um der Verfolgung konkreter, überwiegender Interessen des Gemeinwohls willen vornehmen darf, d. h. vor allem dann, wenn anders die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung nicht sicherzustellen wäre; ein gesetzgeberischer Aufgabenentzug aus Gründen bloßer Verwaltungseffizienz oder -ökonomie ist danach nicht zulässig. Auch hier gilt: "... die Verfassung setzt diesen ökonomischen Erwägungen ... den politisch-demokratischen Gesichtspunkt der Teilnahme der örtlichen Bürgerschaft an der Erledigung ihrer öffentlichen Aufgaben (...) entgegen und gibt ihm den Vorzug"⁷⁰.

Daß die Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Aufgabenerfüllung, die danach in erster Linie als rechtfertigender Grund des Gemeininteresses anzuerkennen wäre, die Regelung des § 8 Abs. 1 EnWG-RefE erforderte, wird vom Bundeswirtschaftsministerium nicht vorgebracht und ist auch nicht erkennbar; die Kommunen erfüllen ihre Aufgabe der Energieversorgung der örtlichen Gemeinschaft auf der Grundlage ausschließlicher Konzessionsverträge seit langem sicher und zuverlässig. Das einzige bislang erkennbare

Argument für ein Verbot von Ausschließlichkeitsbindungen ist die Hoffnung, die Ermöglichung von Wettbewerb um den Endverbraucher werde zu einer Preissenkung führen. Diese Prognose ist in tatsächlicher Hinsicht - angesichts des zu erwartenden, in seinen Folgen bereits angesprochenen "Rosinenpickens" - für die überwiegende Mehrzahl aller Stromabnehmer in einer Gemeinde zumindest äußerst unsicher. Vor allem bleibt in rechtlicher Hinsicht hervorzuheben, daß das Bundesverfassungsgericht das Argument größerer wirtschaftlicher Effizienz für einen Aufgabenentzug gerade nicht ausreichen läßt. Auf dieser Grundlage läßt sich das in § 8 EnWG-RefE geplante Verbot von ausschließlichen Wegenutzungsverträgen der Kommunen vor der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG nicht rechtfertigen.

IV. Schluß

Solange die Gemeinden zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Selbstverwaltungsaufgabe der örtlichen Energieversorgung in der Lage sind, ist also nach dem Primärrecht der Europäischen Union und nach dem Grundgesetz ein Verbot ausschließlicher Konzessionsverträge weder im europäischen Recht noch im nationalen bundesdeutschen Recht zulässig. Den Kommunen muß das Recht unbenommen bleiben, auf der Grundlage ihres Eigentums am Wegenetz Energieversorgungsunternehmen Ausschließlichkeitsrechte einzuräumen. Sie behalten damit eine entscheidende Rechtsposition, die es ihnen erlaubt, auf der Basis bürgerschaftlicher Partizipation die örtlichen Gemeinwohlinteressen in der Energieversorgung zur Geltung zu bringen.

*

Der Beitrag ist aus einer Untersuchung hervorgegangen, die die Verfasser für den Verband kommunaler Unternehmen durchgeführt haben (*Wieland/Hellermann, Der Schutz des Selbstverwaltungsrechts der Kommunen gegenüber Einschränkungen ihrer wirtschaftlichen Betätigung im nationalen und europäischen Recht, 1995*).

1

KOM (88), 238 endg.

2

Richtlinie 90/377/EWG des Rates vom 29. 6. 1990 zur Einführung eines gemeinschaftlichen Verfahrens zur Gewährleistung der Transparenz der vom industriellen Endverbraucher zu zahlenden Gas- und Strompreise (ABl. L 185, S. 16) und Richtlinie 90/547/EWG des Rates vom 29. 10. 1990 über den Transit von Elektrizitätslieferungen über große Netze (ABl. L 313, S. 30).

3

Art. 1 Richtlinienentwurf vom 24. 2. 1992 (ABl. C 65, S. 4).

4

Dazu *Dehmer*, RdE 1993, 91 (92); dort auch Ausführungen zum geplanten "unbundling".

5

Vgl. dazu *Baumanns*, in: Hoffmann-Riem/Schneider (Hrsg.), *Umweltpolitische Steuerung in einem liberalisierten Strommarkt*, 1995, S. 95 ff.

6

Abgedruckt bei *Hoffmann-Riem/Schneider* (Fußn. 5), S. 275 ff.

7

Vgl. dazu *Weigt*, RdE 1994, 209.

8

Ausführlicher dazu *Wieland/Hellermann* (Fußn. *), S. 118 ff.

9

Näher dazu BVerfGE 89, 155 (188 ff.).

10

Art. 3b Abs. 1 EGV und Art. E EUV.

11

Art. 3b Abs. 2 EGV; vgl. dazu die neueren Monographien von *Lecheler*, Das Subsidiaritätsprinzip, Strukturprinzip einer Europäischen Union, 1993; *Pieper*, Subsidiarität. Ein Beitrag zur Begrenzung der Gemeinschaftskompetenzen, 1994; *Schima*, Das Subsidiaritätsprinzip im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1994.

12

Ress, DÖV 1992, 944 (948).

13

Der Europäische Gerichtshof trägt dem Subsidiaritätsprinzip in seiner neueren Rechtsprechung seit dem Keck-Urteil vom 24. 11. 1993 (JZ 1994, 358) auch durchaus Rechnung, indem er das primäre Gemeinschaftsrecht jedenfalls in Teilen restriktiver anwendet; siehe dazu *Jickeli*, JZ 1995, 57; ferner *Arndt*, ZEP 1994, 188 (191); *Emmerich*, WiB 1994, 244 (245); *Möschel*, NJW 1994, 429 (431); *Petschke*, EuZW 1994, 107 (111); *Reich*, ZIP 1993, 1815 (1818); *Ress*, EuZW 1993, 745; *Steindorff*, ZHR 158 (1994), 149; a.A. *Weyer*, DZWir. 1994, 89 (94).

14

Abgedruckt im Bulletin der Bundesregierung Nr. 16 vom 12. 2. 1992, S. 179.

15

BVerfGE 89, 155 (188 ff.).

16

Zum Fehlen einer energiepolitischen Kompetenz der Gemeinschaft H. P. *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, 49/1 und 49/26, der bereits von mehr als 20 Jahren von einem gemeinsamen Energiemarkt "außerhalb der Normen" gesprochen hat; aus neuerer Zeit siehe die grundlegenden Ausführungen bei *Steindorff*, Grenzen der EG-Kompetenzen, 1990, S. 75 ff. mit umfassenden Nachw. in Fußn. 214.

17

Troberg, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EWG-Vertrag, 4. Aufl. 1991, Art. 57 Rdnr. 27, unter Bezugnahme auf *Lochner*, ZStaatsw. 1962, 35: "Die Grenzen der Koordinierung fallen, hinsichtlich ihrer Intensität und ihrer Methoden, mit den Grenzen desjenigen zusammen, was überhaupt Inhalt von Richtlinien sein kann"; ähnlich *Beutler/Pipkorn/Streil*, Die Europäische Union, 4. Aufl. 1993, S. 391; *Oppermann*, Europarecht, 1991, Rdnr. 1084; *Schweitzer/Hummer*, Europarecht, 4. Aufl. 1993, S. 343.

18

Siehe das bei *Ehlermann*, CMLR 1987, 361 (405), abgedruckte Kommissionspapier.

19

Pipkorn, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Fußn. 17), Art. 100a Rdnr. 36.

20

Offenbar wegen des Fehlens ausreichender Kompetenzgrundlagen hatte die EG-Kommission in ihrem Weißbuch "Vollendung des Binnenmarktes" 1985 den Energiesektor nicht erwähnt; siehe Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Vollendung des Binnenmarktes, Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat, KOM (85), 310 endg.

21

Näher zu den Vorstellungen der Kommission *Eiß/Lukes/Bick/Schulz*, Die Ordnung des Elektrizitätsmarktes in der Europäischen Gemeinschaft, Schriften des Energiewirtschaftlichen Instituts, Bd. 37, 1990, S. 53 ff.

22

BR-Drucks. 160/92 (Beschluß), Nr. 5 ff. (S. 3f.).

23

Scholz/Langer, Europäischer Binnenmarkt und Energiepolitik, 1992, S. 212 ff.

24

Steinberg/Britz, DÖV 1993, 313 (314 ff.).

25

So aber *Everling*, in: ders. (Hrsg.), Das Europäische Gemeinschaftsrecht im Spannungsfeld von Politik und Wirtschaft (Rechtsangleichung), 1976, S. 328, wonach aus der Begrenzung auf "Angleichung" keine inhaltliche Begrenzung mehr hergeleitet werde.

26

EuGHE 1989, 803 - Ahmed Saeed -, Rdnr. 55-57; EuGHE 1991, I-2995 - ERT -, Rdnr. 33f.; EuGHE 1993, I-2533 - Corbeau -, Rdnrn. 17 und 19; EuGHE 1994, I-1477 - Almelo -, Rdnr. 50; vgl. ferner die Ausführungen von Generalanwalt *Darmon* in seinen Schlußanträgen vom 8. 2. 1994, EuGHE 1994, I-1480 (Rdnrn. 123 ff.).

27

EuGHE 1974, 313 - BRT/Sabam und Fonior -, Rdnr. 20.

28

EuGHE 1982, 2545 - Frankreich, Italien und Vereinigtes Königreich/Kommission -, Rdnrn. 12 und 26.

29

Entscheidung der EG-Kommission vom 16. 1. 1991 C 91/50/EW, Az. IV/32.732, ABl. L 32 vom 2. 2. 1991, abgedruckt auch in et 1991, 330 (332) m. Anm. *Dehmer*, S. 333 ff.; 1992 hat die Kommission sogar ausdrücklich betont, daß die deutschen Elektrizitätsversorgungsunternehmen in den Anwendungsbereich von Art. 90 EGV fallen, soweit sie die Grundversorgung mit Elektrizität gewährleisten, Entscheidung 93/126/EWG vom 22. 12. 1992, ABl. 1993 L 50/14, abgedruckt in WuW 1993, 161; ebenso EuGHE 1994, I-1508 - Almelo -, Rdnrn. 47-50, und Generalanwalt *Darmon*, EuGHE 1994, I-1480, Rdnrn. 136 ff.; vgl. früher schon H. P. *Ipsen*, NJW 1964, 2338; *Gleiss/Hirsch*, Kommentar zum EWG-Kartellrecht, 3. Aufl. 1978, Art. 90 Rdnr. 12; *Hochbaum*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Fußn. 17), Art. 90 Rdnr. 46; *Pernice*, in: Grabitz/Hilf, Kommentar zum EWG-Vertrag, Loseblatt, Art. 90 Rdnr. 37; *Püttner*, in: Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft (Hrsg.), Die Zukunft der öffentlichen Wirtschaft in der Europäischen Gemeinschaft, 1992, S. 37 (41 f.); *Tettinger*, DVBl. 1994, 88 (89 ff.).

30

In den anderen Gemeinschaftssprachen ist von "chargé", "incarito", "belast" bzw. "entrusted" die Rede.

31

EuGHE 1974, 313 (318) - BRT-Sabam und Fonior; die französische Fassung der Entscheidung spricht von "un acte de la puissance publique", in der englischen Fassung der Entscheidung ist von einem "act of the public authority" die Rede.

32

Moreau, Droit administratif, 1989, S. 311; zur engen Anlehnung des Art. 90 Abs. 2 EGV an das französische Institut des service public H. P. *Ipsen*, NJW 1964, 2338, und *Deringer*, in: WuW/EWG-Kommentar, Art. 90 Abs. 2 Rdnrn. 64 ff.

33

Ebenso *Oppermann* (Fußn. 17), Rdnr. 921; *Scholz/Langer* (Fußn. 23), S. 157ff.; *Seidel*, EuR 1988, 129 (142); v. *Wilmowsky*, ZHR 155 (1991), 545 (550 ff.); eine umfassende Darstellung des aktuellen Meinungsstandes zu dieser in der deutschen Literatur bislang sehr umstrittenen Frage findet sich bei *Britz*, Örtliche Energieversorgung nach nationalem und europäischem Recht, 1994, S. 184 ff.; Nachweise ebenfalls bei *Tettinger*, DVBl. 1994, 88 (89 f. mit Fußn. 16 ff.).

34

Verlangt man für die Anwendung von Art. 90 Abs. 2 EGV entgegen der hier vertretenen Auffassung einen Hoheitsakt, könnten die Kommunen diesen jederzeit in Ausübung ihres Selbstverwaltungsrechts durch

Satzung oder Verwaltungsakt nachholen.

35

EuGHE 1974, 409 - Sacchi -, Rdnr. 15.

36

EuGHE 1993, I-2533, Rdnrn. 16 und 17.

37

Rdnr. 18.

38

So Generalanwalt *Darmon*, EuGHE 1994, I-1477 - Almelo -, Rdnrn. 146 ff.

39

EuGHE 1994, I-1477, Rdnrn. 49 f.

40

BVerfGE 56, 298 (310).

41

Vgl. § 8 Abs. 10 BFernStrG sowie - exemplarisch - § 23 Abs. 1 i. V. mit §§ 47 Abs. 1, 11 StrWG NW für Gemeindestraßen, § 23 Abs. 2 und 3 StrWG NW für sonstige Ortsdurchfahrten.

42

Vgl. nur BVerfGE 22, 180 (210); 26, 172 (181); 56, 298 (310); *Gönnenwein*, Gemeinderecht, 1963, S. 168; *Maunz*, in: ders./Dürig, Grundgesetz, Art. 28 Rdnr. 68; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland I, 2. Aufl. 1984, S. 429; *Rengeling*, in: BK, Art. 74 Rdnr. 56; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 3. Aufl. 1995, Art. 74 Rdnr. 24.

43

Vgl. § 107 Abs. 1 Satz 1 GO Bad.-Württ.; § 101 Abs. 1 Satz 1 SächsGO; § 76 Abs. 1 KV M.-V.; § 109 Abs. 1 Satz 1 GO Bbg.; § 124 Abs. 1 Satz 1 GO Sa.-Anh.

44

BVerfGE 29, 402 (409); st. Rspr.

45

BVerfGE 26, 228 (237 f.); 56, 298 (312); 59, 216 (226); 79, 127 (143).

46

BVerfGE 79, 127 (Leitsatz 4, 151 f.).

47

Beschluß vom 16. 5. 1989 - 1 BvR 705/88 -, JZ 1990, 335.

48

Schmidt-Aßmann, in: Festschrift für Fabricius, 1989, S. 251 (254 f.).

49

BGH, NJW 1984, 2947 (2949).

50

OLG Bamberg, Urteil vom 15. 1. 1988, abgedruckt in VKU-Nachrichtendienst Nr. 471; bestätigt vom BGH mit Beschluß vom 15. 3. 1989, VKU-Nachrichtendienst Nr. 484; dazu *Hermes*, Der Staat 31 (1992), 281, und *Püttner*, Zur Rückgewinnung der Stadtwerke in den neuen Ländern, 1991, S. 44.

51

Vgl. dazu *Hermes*, Der Staat 31 (1992), 281 (298 f.).

52

Zur Annahme einer "Entörtlichung" von Energieerzeugung und -verteilung vgl. *Löwer*, Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und Wirtschaft, 1989, S. 229, und *Ossenbühl*, DÖV 1992, 1 (8 f.).

53

Vgl. etwa *Evers*, Das Recht der Energieversorgung, 2. Aufl. 1983, S. 89; ähnlich *Schmidt-Abmann* (Fußn. 48), S. 253; *Scholz*, Gemeindliche Gebietsreform und regionale Energieversorgung, 1977, S. 38; *Stern*, Die verfassungsrechtliche Position der kommunalen Gebietskörperschaften in der Elektrizitätsversorgung, 1966, S. 37; *Tettinger*, NWVBl. 1989, 1 (2); *Württemberg*, WiVerw. 1985, 188 (199).

54

Wesener, Energieversorgung und Energieversorgungskonzepte, 1986, S. 175.

55

Vgl. etwa *Dürig*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 19 Abs. 3 Rdnr. 47; *ders.*, BayVBl. 1959, 201 (203); *Peters*, AfK 1967, 5 (18); *Ule*, Zeitschrift für Sozialreform 1962, 701 (712 f.). Vgl. dazu *Grabbe*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Aufgaben, 1979, S. 86, sowie *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 1968, S. 248 m. w. N. in Fußn. 102.

56

Vgl. *Löwer* (Fußn. 52), insbes. S. 217 ff.; *ders.*, DVBl. 1991, 132 (140); *Schmidt-Abmann* (Fußn. 48), S. 261; *ders.*, in: Franßen/Redeker/Schlichter/Wilke (Hrsg.), Festschrift für Sandler, 1991, S. 121 (131); *Ossenbühl*, DÖV 1992, 1 (8).

57

Löwer (Fußn. 52), S. 224.

58

Schmidt/Abmann (Fußn. 48), S. 261; *ders.* (Fußn. 56), S. 131. Zur Frage, ob Art. 28 Abs. 2 GG auch den Anspruch gegenüber dem staatlichen Gesetzgeber auf Aufrechterhaltung bzw. Schaffung der für gemeindliche Selbstverwaltung erforderlichen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen umfassen kann, vgl. - im Ergebnis ablehnend - *Clemens*, NVwZ 1990, 834 (838).

59

Vgl. etwa *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 98 f.

60

Vgl. H. H. *Klein*, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, 1968, S. 159 ff. und 275 ff.; *Ronellenfisch*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3, 1988, § 84 Rdnr. 38. Für die Annahme eines Gesetzesvorbehalts insoweit hingegen etwa *Emmerich*, AG 1985, 293 (295); *Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen, 2. Aufl. 1985, S. 123.

61

Frenz, Die Verwaltung 28 (1995), 33 (50); *Grabbe* (Fußn. 55), S. 87.

62

Ossenbühl, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3, 1988, § 62 Rdnr. 57.

63

Hermes, Der Staat 31 (1992), 281 (294).

64

Vgl. *Stern* (Fußn. 42), S. 416.

65

BVerfGE 79, 127 (146).

66

BVerfGE 79, 127 (155; vgl. auch 148); vgl. dazu *Schmidt-Aßmann* (Fußn. 56), S. 134 f.

67

W. *Müller*, Die Entscheidung des Grundgesetzes für die gemeindliche Selbstverwaltung im Rahmen der europäischen Integration, 1992, S. 38 m. w. N. in Fußn. 65; *Püttner*, Das Recht der kommunalen Energieversorgung, 1967, S. 16; *Stern* (Fußn. 53), S. 32 ff.

68

BVerfGE 79, 127 (147).

69

BVerfGE 79, 127 (150, 152 ff.).

70

BVerfGE 79, 127 (153).