

IHK Darmstadt Rhein Main Neckar (IHK) zur wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen am Beispiel der Energieversorgung in der Stadt Darmstadt

In unserem IHK-Bereich stellen wir die Tendenz fest, dass sich kommunale Unternehmen zunehmend auch in so genannten neuen Geschäftsfeldern betätigen, also in solchen Bereichen, die in der Vergangenheit von den Kommunen bzw. ihren Unternehmen nicht oder nur in untergeordnetem Umfang wahrgenommen worden sind.

Diese Entwicklung erscheint uns höchst bedenklich, da eine unternehmerische Betätigung der Kommunen außerhalb eines eng definierten Rahmens der Daseinsvorsorge wirtschaftlich weder sinnvoll noch im Rahmen einer marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung angezeigt ist.

Wir verkennen keineswegs das Interesse der Kommunen, alle Möglichkeiten auszuschöpfen, um die schwierige Finanzsituation der kommunalen Haushalte zu bewältigen. Auch sehen wir, dass sich die Rahmenbedingungen für kommunales wirtschaftliches Handeln aus kommunaler Sicht verschlechtert haben, indem aus Regulierung entstandene monopolistische Spielräume ganz oder teilweise abgeschafft wurden. Zu nennen ist hier insbesondere das Energiewirtschaftsrecht, das die Wettbewerbssituation völlig verändert und weit reichende Folgen für die kommunale Versorgungswirtschaft hat.

Das Thema neue Geschäftsfelder berührt indes grundlegend das Verhältnis zwischen Kommunalwirtschaft und Privatwirtschaft. Während von kommunaler Seite teilweise geltend gemacht wird, wegen der veränderten Rahmenbedingungen sei eine Lockerung des Gemeindefirtschaftsrechts über eine „flexible“ Auslegung des geltenden Rechts oder über Gesetzesänderungen notwendig, wenden wir uns strikt gegen eine Expansion in neue lukrative Geschäftsfelder, die weit über den bisherigen Bestandsschutz der kommunalen Stadtwerke hinaus geht und die weder unseren ordnungspolitischen Vorstellungen noch den bereits derzeit geltenden Bestimmungen des hessischen Gemeindefrechts entsprechen.

Insoweit müssen einzelne, mit dem Gemeindefirtschaftsrecht unvereinbare Aktivitäten von Kommunen von der Kommunalaufsicht kritischer als bislang betrachtet und konsequent beanstandet werden.

Im Mittelpunkt dieses Papiers steht (noch einmal) die Fragestellung, inwieweit das weitreichende Engagement der Stadt auf dem Gebiet der Energieversorgung durch die HEAG Südhessische Energie AG (HSE) unter gemeinwohlbezogenen Erwägungen zu rechtfertigen ist oder aber diesen entgegensteht.

A. HEAG Südhessische Energie AG (HSE)

Die HEAG Südhessische Energie AG (HSE) ist der größte eigenständige Dienstleister für Energie, Wasser und Entsorgung in Südhessen. Die Stadt Darmstadt ist über ihre Stadtwerke HEAG Holding AG mit 53 % Mehrheitseigentümerin.

In der Unternehmenssatzung wird der Zweck der AG wie folgt beschrieben (Satzung der Aktiengesellschaft, § 2 Gegenstand des Unternehmens, August 2009):

„(1) Gegenstand des Unternehmens ist die Versorgung mit Energie und Wasser sowie die Entsorgung einschließlich des Baus, Betriebs und der sonstigen Nutzung von Erzeugungsanlagen aller Art einschließlich Heizwerken, von Transportsystemen für Energie, Wasser und Abwasser, die Planung, Baureifmachung, Errichtung, Betreuung, Bewirtschaftung und Verwaltung von Bauten und Grundstücken in allen Rechts- und Nutzformen sowie die Erbringung von Dienstleistungen in diesen Bereichen.

(2) Die Gesellschaft ist zu allen Geschäften und Maßnahmen berechtigt, die geeignet erscheinen, dem Gegenstand des Unternehmens zu dienen. Sie kann sich hierbei anderer Unternehmen bedienen, sich an ihnen beteiligen oder solche Unternehmen gründen, erwerben, pachten oder verpachten sowie Interessengemeinschafts- und Unternehmensverträge schließen.“

Im „Leitbild“ der HSE (http://www.hse.ag/konzern/download/hse_leitbild.pdf) wird formuliert:

„Unsere Unternehmensstrategie hat das Interesse des Unternehmens und seine Lebensfähigkeit im Blick. Damit untrennbar verbunden ist die Stärkung der Marktstellung durch die Maximierung des Kundennutzens und der Innovationskraft. Wir haben eine unternehmerische Mission, der Kunde steht bei uns im Mittelpunkt. Als der führende Energiedienstleister in der Region Rhein-Main-Neckar stiften wir Nutzen, der allen zugute kommt: unseren Kunden, unseren Aktionären, unseren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern sowie nicht zuletzt der Region, der wir besonders verbunden sind. [...].

Unser Ziel ist der Ausbau unserer führenden Position im Energiemarkt. Durch wirtschaftliches Wachstum sichern wir den Erfolg sowie die Eigenständigkeit des Unternehmens und tragen auch zukünftig zum Wohlstand der Region und ihrer Menschen bei. Durch Investitionen in der Region erhalten wir Arbeitsplätze und übernehmen Verantwortung für den Wirtschaftsstandort. Wir arbeiten an der Zukunft unserer Energieversorgung. Eine Ausweitung der Eigenerzeugungskapazität und erhebliche Investitionen in erneuerbare Energien garantieren unsere Eigenständigkeit und Unabhängigkeit – damit Entscheidungen für die Region auch weiterhin in der Region getroffen werden. Wir werden besser sein als die Wettbewerber – besser aus Sicht unserer Kunden und besser aus Sicht unserer Aktionäre – weil wir die Effizienz weiter steigern. Unsere Vertriebsstrukturen und unsere Produkte entwickeln wir entsprechend den Bedürfnissen unserer Kunden. Ihre Loyalität und größtmögliche Zufriedenheit sind unser Ziel. [...].“

Zum konkreten Ziel der HSE AG, in den nächsten Jahren das Investitionsprogramm in erneuerbare Energien deutschlandweit weiter auszubauen, heißt es im jüngst vorgelegten Geschäftsbericht (Geschäftsbericht 2009, S. 1, 84, 85):

„[...] Ein neues Denken, das unsere Rolle als Konzern neu definiert hat: vom klassischen Versorger hin zu einem Vorsorger, der die Zukunft aktiv gestaltet [...]“.

„Die Unternehmensstrategie, als ökologisch nachhaltiger Energie- und Infrastrukturdienstleister Treiber der deutschen Energiewirtschaft zu sein, wird in den nächsten Jahren konsequent weiterverfolgt und zunehmend auch in den technischen Unternehmen umgesetzt. Ein konzernweites Nachhaltigkeitsmanagementsystem wird aufgebaut. Die Vertriebsaktivitäten der ENTEGA werden Schritt für Schritt weiter ausgebaut und die Chancen, die sich aus der deutschlandweiten Positionierung als Anbieter von Ökostrom und CO₂-neutralem Erdgas im Wettbewerb ergeben, werden genutzt. [...]“.

Die HSE AG besitzt (teils 100 %ige) Anteile an mehr als dreißig Gesellschaften im gesamten Bundesgebiet sowie im Ausland. Deren Tätigkeiten umfassen dabei die Erzeugung, die Übertragung (Netz), den Vertrieb (Handel) sowie mannigfaltige technische Dienstleistungen rund um das Thema „Energie“. Beispielhaft seien genannt (zu den vielfachen Beteiligungen der HSE AG s. a. auf der HSE-website unter <http://www.hse.ag/index.php?uid=30>):

Name der Gesellschaft	Sitz der Gesellschaft	Anteil in %	Unternehmensprofil
Bioenergie Aschaffenburg GmbH	Aschaffenburg	25,10	Errichtung und Betrieb eines Biomasseheizkraftwerks
citiworks AG	München	39,00	Erbringung von wirtschaftlichen Dienstleistungen für Unternehmen und Privatpersonen, insbesondere Portfoliomanagement-Dienstleistungen und komplexe Abrechnungsdienstleistungen
COUNT+CARE GmbH	Darmstadt	74,90	Erbringung von wirtschaftlichen Dienstleistungen für Unternehmen und Privatpersonen, insbesondere Mess- und Abrechnungsdienstleistungen, Messstellenbetrieb, Abrechnungen, Forderungsmanagement sowie die dazugehörigen unterstützenden IT-Systeme
ENTEKA Haustechnik GmbH & Co. KG	Darmstadt	100,00	Gas-, Wasser-, Heizungs- sowie Lüftungs- u. Klimainstallation sowie weitere Erbringung von wirtschaftlichen Dienstleistungen für Unternehmen und Privatpersonen, insbesondere Elektroinstallationen oder Zukunftsenergien (regenerative Energietechniken) wie Photovoltaikanlagen, Wärmepumpen und Pelletanlagen
ENTEKA Vertrieb GmbH & Co. KG	Darmstadt	74,90	Vertrieb von Strom, Erdgas, Wasser, Wärme
HEAG MediaNet GmbH	Darmstadt	100,00	Telekommunikation: Daten-Services, Telefonie und Internet
HSE Solarpark Leiwien GmbH & Co. KG	München	100,00	Elektrizitätserzeugung
HSE Wohnpark GmbH & Co. KG	Darmstadt	100,00	Vermietung, Verpachtung von eigenen oder geleasteten Grundstücken, Gebäuden und Wohnungen
Piecki sp.z.o.o.	Polen	Erwerb einer Beteiligung vom AR in 2009 beschlossen	Bau eines Windparks
Stadtwerke Freiberg AG	Freiberg (Sachsen)	49,00	Energieversorgung durch Strom, Erdgas und Wärme
Wetfeet Offshore Windenergy GmbH	Wolfschlugen	24,90	Gewinnung erneuerbarer Energien mittels Offshore-Windkraftanlagen

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten: es ist weder ein lokaler Bezug noch ein Bezug zur Versorgungssicherung der Darmstädter Bevölkerung erkennbar; die HSE AG agiert als nationaler Player im Bereich der erneuerbaren Energien.

B. Rechtliche Vorgaben

Nach der deutschen Verfassungsordnung ist eine öffentliche Wirtschaftsteilnahme grundsätzlich zulässig. Trotz einer grundsätzlichen Wahlfreiheit bei der Organisation öffentlicher Unternehmen muss allerdings – so die einhellige Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum – gewährleistet sein, dass

- diese Unternehmen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen,
- die öffentliche Hand über ausreichende Ingerenzrechte¹ verfügt, um die Tätigkeit der Unternehmen steuern zu können, und
- alle wesentlichen Unternehmensentscheidungen von demokratisch legitimierten Entscheidungsträgern getroffen werden.

I. Öffentliche Aufgaben

1) Grundgesetzliche Vorgaben

Dem Grundgesetz lassen sich keine einschränkenden Vorgaben einer wirtschaftlichen Betätigung durch die Kommunen entnehmen – es ist in dieser Frage wirtschaftspolitisch neutral. Trotzdem und trotz der grundsätzlich dem Recht der kommunalen Selbstverwaltung unterfallenden wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen, kann sich aber auch die Gemeindegewirtschaft nach Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG nur im Rahmen der Gesetze bewegen.

2) Gemeindegewirtschaftsrechtliche Vorgaben

Nach unserer Auffassung liegt der maßgebliche ordnungspolitische Gesichtspunkt hinsichtlich der Kommunalwirtschaft und damit auch hinsichtlich städtischer Aktivitäten im Bereich der Energiewirtschaft in der Regelung nach § 121 Abs. 1 HGO. Danach darf die Stadt ungeachtet der Rechtsform wirtschaftliche Unternehmen nur errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern, wenn der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigt. Außerdem hat sie den Örtlichkeitsgrundsatz zu beachten. Beides zusammen bedeutet, dass der Stadt keine Befugnis zu beliebiger Wirtschaftsführung zukommt; das unterscheidet sie von der Privatwirtschaft. Ein öffentlicher Zweck im Sinne des § 121 Abs. 1 Nr. 1 HGO ist

¹ Das Recht der kommunalen Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 GG beinhaltet auch die Pflicht, auf ein in einer privatrechtlichen Organisationsform betriebenes öffentliches Unternehmen mit geeigneten Mitteln so einzuwirken, dass die Einhaltung der durch das öffentliche Recht bestimmten besonderen rechtlichen Bindungen jederzeit sichergestellt werden kann.

dann gegeben, wenn die Lieferungen und Leistungen des kommunalen Unternehmens sachlich und räumlich im gemeindlichen Wirkungskreis liegen und dazu dienen, Bedürfnisse der Gemeindeeinwohner zu befriedigen. Die Betätigung muss den öffentlichen Interessen der Einwohner dienen, also aus Gründen des Gemeinwohls erfolgen. Daran fehlt es, wenn die Lieferungen und Leistungen nicht mehr selbst durch einen öffentlichen Zweck gedeckt sind, sondern allein der Gewinnerzielung oder der Stärkung der kommunalen Finanzkraft dienen. Nach herrschender Meinung in Wissenschaft und Praxis sind rein erwerbswirtschaftlich-fiskalische Unternehmen der Kommunen unzulässig. Stimmen in der Wissenschaft, die auch die Gewinnerzielung als von einem öffentlichen Zweck gerechtfertigt ansehen, weil Gewinne der Unternehmen ganz oder teilweise dem Gemeindehaushalt zukommen würden und damit den Interessen der Gemeindeeinwohner dienen, sind vereinzelte Ausnahme geblieben. Ihnen kann auch nicht gefolgt werden, weil mit dieser Auslegung dem Erfordernis der „Rechtfertigung durch einen öffentlichen Zweck“ jede begrenzende Wirkung genommen würde.

Folgerichtig hat das Bundesverfassungsgericht in mehreren Entscheidungen die Gewinnerzielung des Staates begrenzt: Staatsaufgaben müssen vorrangig durch Steuern finanziert werden. Der Finanzverfassung liege – so das Bundesverfassungsgericht – die Vorstellung zugrunde, dass der Staat seine Aufgaben grundsätzlich aus den in den Art. 105 ff. GG genannten Steuerquellen finanzieren müsse und sich nur unter besonderen Voraussetzungen sonstige Einnahmequellen erschließen dürfe (BVerfGE 78, 249, 266). Es kann daher von einer Grundsatzentscheidung der Verfassung für die Finanzierung der Staatsaufgaben durch Steuern gesprochen werden.

Dieser Auffassung folgend wird in Hessen jegliche gewinnorientierte Betätigung der Kommune durch das aus dem Gebührenrecht und der Gemeindeordnung abzuleitenden Ertragsprinzip begrenzt, welches das kommunale Wirtschaftsunternehmen verpflichtet, einen Ertrag/Überschuss *für den Haushalt* (!) abzuwerfen (§ 10 Abs. 2 KAG i. V. m. § 121 Abs. 8 HGO). Dabei fällt auf, dass die genannten Regelungen zwar ausdrücklich ein Ertragsprinzip anordnen, dabei aber die Bindung des wirtschaftlichen Unternehmens an den öffentlichen Zweck betonen: das wirtschaftliche Unternehmen ist so zu führen, dass „dies mit der Erfüllung des öffentlichen Zwecks in Einklang zu bringen ist“ (§ 121 Abs. 8 HGO).

Diese Bindung der Gewinnerzielung an den öffentlichen Zweck des Unternehmens schränkt das gemeindliche Ermessen ein, indem sie die Gewinnerzielung eindeutig und uneingeschränkt dem öffentlichen Zweck unterordnet. Die Gewinnerzielung ist in der Diktion der HGO demnach kein „Zweck“ bzw. kein „Nebenzweck“, da nur von „dem“ (einen) öffentlichen Zweck die Rede ist, worunter die Gewinnerzielung aber gerade nicht zu verstehen ist. Da das Ertragsprinzip in § 121 Abs. 8 HGO jedoch die Gewinnerzielung zu einem Unternehmensziel erklärt, kann man die Gewinnerzielung zumindest als Nebenzweck im materiellen Sinne bezeichnen. Die Verfolgung des Nebenzwecks der Gewinnerzielung ist nur zulässig soweit ihr Hauptzweck dem nicht entgegensteht. Der Vorrang des öffentlichen Zwecks begrenzt als eine dem Ertragsprinzip immanente Schranke die Gewinnerzielung. Aus der konkreten Ausgestaltung des Prinzips und seiner inhaltlichen Verknüpfung mit dem

Zweckserfordernis geht hervor, dass die Gewinnerzielung nicht der primäre Zweck des Unternehmens sein darf.

3) Subsidiaritätsklausel

Dem Vorbild anderer Bundesländer folgend (z. B. Bayern, Baden-Württemberg, Rheinland-Pfalz) entschied sich der hessische Gesetzgeber 2005, eine „echte Subsidiaritätsklausel“ in das Gesetz aufzunehmen. Mit dem neuen Gesetz soll – so die amtliche Begründung (vergl. Landtags-Drucksache 16/2463 vom 6.7.2004) – im öffentlichen Interesse und im Interesse der Privatwirtschaft eine durch den öffentlichen Auftrag nicht gerechtfertigte wirtschaftliche Betätigung der Kommunen verhindert werden. Nunmehr ist jede kommunalwirtschaftliche Betätigung qualitativ an den Zulassungsvoraussetzungen des § 121 Abs. 1 HGO zu messen. Durch die Schaffung der echten Subsidiaritätsklausel in § 121 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGO sollen die Kommunen vor überflüssigen wirtschaftlichen Risiken bewahrt und die Privatwirtschaft vor einer Beeinträchtigung ihrer berechtigten Interessen geschützt werden. Nach Auffassung des Gesetzgebers wird dies dadurch erreicht, indem der Privatwirtschaft nun ein Vorrang gegenüber der Gemeinde eingeräumt wird, wenn sie den Zweck mindestens ebenso gut und wirtschaftlich erfüllen kann (vergl. Landtags-Drucksache 16/2463, S. 59). Es gilt der Grundsatz „Privat vor Staat“.

4) Wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Betätigung im Bereich der Energieversorgung

In Deutschland gehört die Versorgung mit Strom und Gas traditionell zur Daseinsvorsorge. Allerdings erlaubt der Pauschalbegriff der Daseinsvorsorge kein Urteil über öffentliche oder private Wirtschaft. Vielmehr zeigt die Koexistenz von öffentlichen und privaten Unternehmen in der Energiewirtschaft, dass private Unternehmen ebenso gut der Daseinsvorsorge verpflichtet werden können. Allein die Präsenz und auch die mögliche Konkurrenz von privaten Unternehmen machen deutlich, dass es sich um wirtschaftliche Unternehmen handelt. Das Energiewirtschaftsgesetz sieht zwar Regulierungsbedarf, schreibt aber nicht vor, in wessen Hand die Versorgung mit Strom und Gas liegen soll. § 1 Abs. 2 EnWG spricht eindeutig von der *Sicherstellung* der Aufgabe der Daseinsvorsorge nicht aber von deren *Erfüllung*. Die bundesrechtliche (Anschluss-) und Versorgungspflicht gemäß § 10 Abs. 1 EnWG gilt für privatwirtschaftliche wie für gemeinwirtschaftliche Energieversorger gleichermaßen. Auch die HGO enthält keinen Hinweis auf eine kommunale Pflichtaufgabe, öffentliche Energieversorgung selbst betreiben zu müssen. Wenn überhaupt ist nur die Verantwortung in Form ausreichender Energieangebote öffentliche Aufgabe.

Die entscheidende Frage ist demnach nicht das grundsätzliche „Ob“ einer wirtschaftlichen Betätigung der Kommune. Entscheidend ist vielmehr, wo im Hinblick auf die rechtlichen Vorgaben die Grenzen wirtschaftlicher Betätigung durch die Kommunen liegen.

Damit die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung geprüft werden können, ist es zunächst erforderlich, für den hier in Rede stehenden Energiebereich die wirtschaftliche Betätigung zu definieren. Insoweit enthalten (mindestens) die Gemeindeordnungen Nordrhein-Westfalens und Brandenburgs positive Bestimmungen. Danach (§ 107 Abs. 1 GO NW) ist *als wirtschaftliche Betätigung der Betrieb von Unternehmen zu verstehen, die als Hersteller, Anbieter oder Verteiler von Gütern oder Dienstleistungen am Markt tätig werden, sofern die Leistung ihrer Art nach auch von einem Privaten mit der Absicht der Gewinnerzielung erbracht werden könnte*. Unter diese weite Begriffsdefinition wirtschaftlicher Betätigung von Kommunen ist das Aufgabenfeld der Energieversorgung angesichts der oben skizzierten Tätigkeiten zu fassen.

Dieses Ergebnis wird insoweit in Hessen auch durch § 121 Abs. 2 HGO bestätigt, nach dem bestimmte Tätigkeiten ausdrücklich *nicht* als wirtschaftliche Betätigung im Sinne des Gemeindefinanzrechts gelten. Nicht hierzu gehören neben den Tätigkeiten, zu denen die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist (§ 121 Abs. 2 Nr. 1 HGO), Tätigkeiten des Bildungs-, Gesundheits- und Sozialwesens, der Kultur, des Sports, der Erholung und der der Abfall- und Abwasserbeseitigung (§ 121 Abs. 2 Nr. 2 HGO). Die Energieversorgung ist nicht genannt, die HGO unterstellt damit, dass sich die Stadt durch ihre Mehrheitsbeteiligung in diesem Geschäftsbereich in Konkurrenz zu privaten Unternehmen wirtschaftlich betätigt.

5) Wirtschaftliche Betätigung im Bereich der Energieversorgung – Rechtfertigung der wirtschaftlichen Tätigkeit durch einen öffentlichen Zweck

Ein öffentlicher Zweck ist jede gemeinwohlorientierte, im öffentlichen Interesse der Einwohner liegende Zielsetzung. Allerdings kann das alleinige Ziel der Stärkung der kommunalen Finanzkraft oder die alleinige Gewinnerzielungsabsicht nach heute herrschender Meinung selbst dann keinen öffentlichen Zweck begründen, wenn der Ertrag den Gemeindehaushalt entlastet.

Für den Bereich der städtischen Energiewirtschaft bedeutet dies folgendes: Ein öffentlicher Zweck liegt nur dann vor, wenn ohne eine Überlassung der Energieversorgung an das kommunale Unternehmen die Versorgungssicherheit bzw. der Bestand oder die Funktionsfähigkeit der kommunalen Energieversorgungseinrichtung gefährdet würde.

Der öffentliche Zweck ist – wie etwa die Bereiche Energie, Telekommunikation oder Verkehr gezeigt haben – nichts Statisches, er unterliegt einem möglicherweise zunehmenden Wandel bzw. einer Anpassungsverpflichtung an sich ändernde Rahmenbedingungen und erschließt sich bereits insofern nur schwer einer dauerhaft geltenden und handhabbaren Begriffsdefinition.

- Wirft man zunächst einen Blick in die Satzung der HSE (s. o.), so fällt auf, dass hier die Verfolgung eines öffentlichen Zwecks nicht genannt ist, nicht einmal auf das öffentliche Interesse allgemein Bezug genommen wird, die Aussagen jegliche Verfolgung eines öffentlichen Zwecks gar zu negieren scheinen.

- Auch im jüngsten HSE Geschäftsbericht 2009 finden sich keinerlei Hinweise auf den öffentlichen Auftrag – obwohl dies nahe gelegen hätte, da doch offenkundig ist, dass dieser öffentlichen Gesellschaft eine potentielle Divergenz zwischen dem auf Durchsetzung der öffentlichen Aufgaben gerichteten Interessen der öffentlichen Hand und dem auf Gewinnmaximierung gerichteten Interesse des privaten Anteilseigners bereits immanent ist. Angesichts dieser Divergenz reicht es u. E. nicht aus, hier auf einen „ungeschriebenen Vorrang“ zugunsten öffentlicher Zwecke zu vertrauen und somit schlicht die „öffentlichen Interessen“, welche die HSE zu erfüllen hat, als satzungsgemäße Eigeninteressen der Gesellschaft zu verstehen. Erfolgt vielmehr, wie im vorliegenden Fall, keine weitere Präzisierung des Gesellschaftszwecks in der Satzung, so bleibt nur der Unternehmensgegenstand als Erkenntnisquelle für den Gesellschaftszweck, d. h. der Betrieb eines wirtschaftlichen Unternehmens indiziert, dass der Gesellschaftszweck primär auf Gewinnerzielung gerichtet ist.
- Dem steht auch der Vortrag der HSE in ihrem „Leitbild“ nicht entgegen, nach dem der Unternehmensbetrieb positive Auswirkungen auf die Arbeitsmarktstruktur und damit auf die Wirtschaftsstruktur der Stadt Darmstadt habe. Die Schaffung von Arbeitsplätzen erfüllt allein für sich genommen – so positiv diese gesehen werden muss – noch nicht die Voraussetzungen für eine wirtschaftliche Betätigung der Kommunen. Anderenfalls wäre nahezu jede wirtschaftliche Betätigung zulässig, weil sie in irgendeiner Weise immer mit der Schaffung oder Erhaltung von Arbeitsplätzen zusammenhängt. Sonst wäre auch eine unbegrenzte Schaffung von Stellen in der Verwaltung ebenfalls ein öffentlicher Zweck.

Bei allem Verständnis für den Wunsch der Einnahmebeschaffung seitens der öffentlichen Hand und bei allem Verständnis für das nachvollziehbare Interesse der HSE, sich in einem schwierigen und wegen vieler Teilregulierungen unübersichtlichen Energiemarkt erfolgreich positionieren zu müssen: es fehlt einem solch beliebigen Wirtschaften an der notwendigen Legitimation, weil es nicht zur Erfüllung kommunaler Aufgaben erfolgt. Die Ziele der HSE sind rein betriebswirtschaftlicher Natur, sie dienen ausschließlich der Gewinnerzielung. Ihr wirtschaftliches Engagement betreibt sie – salopp formuliert – nur zum Zwecke des Geldverdienens.

6) Bestandsschutz für Altunternehmen

Die HSE AG genießt auch keinen Bestandsschutz, etwa weil die wirtschaftliche Tätigkeit bereits vor dem 1. April 2004 ausgeübt wurde (§ 121 Abs. 1 letzter Satz HGO).

Richtig ist, dass die HSE AG bereits vor dem 1. April 2004 als Energieversorger tätig war. Allerdings sieht auch der Gesetzgeber keine rechtliche Notwendigkeit, rein erwerbsorientierten Altunternehmen zeitlich unbegrenzt Bestandsschutz zu gewähren.

Der Bestandsschutz des § 121 Abs. 1 letzter Satz HGO zielt vielmehr ersichtlich nur auf solche Tätigkeiten, in denen *kommunale „Daseinsvorsorger“* im wirtschaftlichen Wettbewerb

standen bzw. stehen („soweit Tätigkeiten [...] ausgeübt wurden, sind sie ohne die in Satz 1 Nr. 3 genannten Einschränkungen² zulässig“). Damit entfällt aber nicht zugleich die Notwendigkeit der Legitimation durch einen öffentlichen Zweck (§ 121 Abs. 1 Nr. 1 HGO), der im vorliegenden Fall nicht vorhanden ist.

Diesem Ergebnis steht im übrigen auch nicht das Urteil des Verfassungsgerichtshofs Rheinland-Pfalz (VerfGH Koblenz, 2000-03-28, VGH N 12/98) entgegen, das der Hessische Innenminister in der Begründung des Gesetzesentwurf anführt (Landtags-Drucksache 16/2463 S. 39). In diesem Urteil ging es um die Verfassungsmäßigkeit der Subsidiaritätsklausel in der Gemeindeordnung Rheinland-Pfalz. Sie wurde vom Gericht unter anderem damit bejaht, dass vorhandenen kommunalen Unternehmungen ein Bestandsschutz zukommt, indem sie weitergeführt werden „dürfen“ (nicht: „müssen“! – Urteilsbegründung unter I. 2. a. bb.). Das in der Entwurfsbegründung aufgestellte Postulat eines allumfassenden Bestandsschutzes formuliert der Verfassungsgerichtshof gerade nicht. Zudem hat das Gericht – zur Wahrung kommunalen Selbstverwaltungsspielraums – wichtige Einschränkungen für die Anwendung gesetzt. So hat das Gericht ausdrücklich festgestellt, dass dauerhafte Überkapazitäten, ebenso wie der Aufbau neuer Kapazitäten zur Gewinnerzielung unter dem Aspekt des Bestandsschutzes unzulässig sind.

7) Räumliche Beschränkung der wirtschaftlichen Betätigung

Die Tätigkeit der Kommunen ist auf der Grundlage von Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG grundsätzlich auf die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft beschränkt. Diesen Grundsatz enthält auch § 121 Abs. 5 HGO. Soweit das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 79, 127, 151f.) dem örtlichen Wirkungskreis nur solche Aufgaben zugerechnet hat, „die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf die örtliche Gemeinschaft eigenverantwortlich und selbständig bewältigt werden können“ (BVerfGE 86, 148, 229 f), betraf diese Aussage jeweils den hoheitlichen Tätigkeitskreis der Gemeinden. Sie gilt aber gleichwohl für das unternehmerische Engagement der Gemeinden, sofern man – wovon wir in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung ausgehen – die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen in Verfolgung öffentlicher Zwecke als materielle Verwaltung begreift. Eine gegenteilige Auffassung würde sich dem Widerspruch aussetzen, einerseits die kommunale Wirtschaftsaktivität unter den Schutz der Selbstverwaltungsgarantie zu stellen, andererseits aber die aus Art. 28 Abs. 2 GG und aus der allein auf die örtliche Gemeinschaft fragmentierte demokratische Legitimation folgende örtliche Verwurzelung negieren zu wollen.

Die wirtschaftliche Betätigung darf daher, unabhängig von der hierbei gewählten Rechtsform, nicht gebietlich entgrenzt werden. Dies gilt jedenfalls stets dann, wenn wie im vorliegenden Fall, die Stadt via HSE eine gezielte Erweiterung des operativen Geschäfts auf die Befriedigung einer Nachfrage, die überwiegend „extra muros“ besteht, vorantreibt. Die übergemeindliche Wirtschaftstätigkeit dient dann nicht primär der Verbesserung des

² Der Zweck kann nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt werden.

Leistungsangebots und der Kostensenkung im Interesse der örtlichen Gemeinschaft, vielmehr steht die Gewinnerzielung im Vordergrund.

II. Ingerenzpflichten

Dem Recht auf gemeindliche Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG) folgt mithin auch die Verpflichtung, die Einheit der Gemeindeverwaltung zu wahren und ihre Kontrolle zu sichern. So verpflichtet auch § 122 Abs. 1 Satz 3 HGO die öffentliche Hand, sich bei der Gründung von oder Beteiligung an Gesellschaften des privaten Rechts einen „angemessenen Einfluss“, insbesondere in einem Überwachungsorgan der Gesellschaft vorzubehalten – denn es soll ja ein politisches Ziel umgesetzt werden.

Voraussetzung für die Einrichtung und die Tätigkeit der juristischen Personen ist auch hier zunächst, dass ein öffentlicher Zweck des Unternehmens vorliegt. Demzufolge bestimmt auch das hessische Gemeinderecht (§§ 121 Abs. 1, 122 Abs. 1 Satz 1 HGO), dass von den Gemeinden betriebene Unternehmen einem öffentlichen Zweck zu dienen haben. Von dieser öffentlich-rechtlichen Bindung können sich die Gemeinden nicht dadurch entlasten, dass sie ihre Tätigkeit in Form privater Gesellschaften ausüben. Das bedeutet im vorliegenden Fall für die Stadt, dass sie darauf zu achten hat, dass in der HSE AG die Bindung an den öffentlichen Zweck erhalten bleibt und die Geschäftspolitik der HSE AG durch inhaltliche Zielvorgaben (z. B. Satzung!) sowie personelle und organisatorische Maßnahmen überwacht wird. Aus diesem Grund besteht eine Einwirkungspflicht der Gemeinden auf die gebildeten Unternehmen (Ingerenzpflicht der Gemeinden), um sicherzustellen, dass der vorgegebene öffentliche Zweck auch tatsächlich verwirklicht wird.

Selbst wenn man im vorliegenden Fall also einen öffentlichen Zweck bejaht, ist die Sicherung des öffentlichen Zwecks und eine Unterordnung ökonomischer Ziele unter politisch definierte Sachziele hier höchst fraglich: mangels Einflussssicherung durch Satzung (s. o.) und angesichts der tatsächlichen Aktivitäten der HSE (s. o.) scheint sich die Ziel-Mittel-Relation eher umzukehren. Wirtschaftliche Ziele werden politisch-öffentlichen Interessen übergeordnet.

Es kommt hinzu, dass die Rechtsform der AG der öffentlichen Hand angesichts der rechtlichen Unverbindlichkeit von Weisungen an den Vorstand faktisch keine rechtlich gesicherten Einwirkungsmöglichkeiten eröffnet. Während etwa das GmbH-Recht angesichts der starken Stellung der Gesellschafter und der Möglichkeit zur Einräumung von Sonderrechten (insbesondere Entsendungsrechten) rechtliche Optionen bereithält, um der öffentlichen Hand bereits auf der institutionellen Ebene eine dominierende Stimmrechtsmacht in der Anteilseignerversammlung und einen Einfluss bei der Bestellung der Leitungs- und Aufsichtsorgane sichert, bestehen bei der – zudem mitbestimmten – AG insoweit bereits gewisse rechtliche Hindernisse (etwa begrenzte Entsendungsrechte in den Aufsichtsrat; kein direkter Einfluss auf die Bestellung des Vorstands). Rechtlich problematisch für den hier zur Rede stehenden Fall ist insbesondere der aktienrechtliche

Grundsatz, nachdem die Aufsichtsratsmitglieder ihr Amt unabhängig zu führen haben und dabei allein dem Unternehmensinteresse verpflichtet sind. Diese aktienrechtliche Unzulässigkeit eines imperativen Mandats von Aufsichtsratsmitgliedern (allein dem Unternehmensinteresse verpflichtet) kollidiert mit der im kommunalen Wirtschaftsrecht postulierten Weisungsbindung entsandter Aufsichtsratsmitglieder. Im vorliegenden Fall potenziert sich das Problem durch die zwischengeschaltete HEAG Holding AG, die gutachterlichen Empfehlungen entgegen nicht in eine GmbH überführt wurde.

III. Wer entscheidet hier was?

Zwar erkennen wir an, dass die Stadt im zur Rede stehenden Fall versucht, über Beteiligungsverwaltung, über Wirtschaftspläne (die durch sie als Eigentümerin zu genehmigen sind) und nicht zuletzt personalpolitisch über die Besetzung der Vorstandsposten Einfluss auf die HSE zu bewahren. Angesichts zunehmender „Ökonomisierung“ kommunaler Wirtschaftstätigkeit in der Folge von Liberalisierung und Deregulierung drohen diese herkömmlichen Steuerungsinstrumente jedoch de facto immer weniger zu greifen. Wie oben aufgezeigt, wird weder in der HSE-Unternehmenssatzung noch in deren Wirtschaftsplan der anvisierte öffentliche Auftrag überhaupt formuliert, um als Steuerungsinstrument der gewachsenen Komplexität kommunaler Wirtschaftstätigkeit in einem offenen Markt gerecht zu werden. Nicht anders steht es mit der Steuerung der HSE über den Aufsichtsrat, der sich als externes Laiengremium massiver Vorstrukturierung der Aufsichtsratssitzungen durch den Vorstand gegenüber sieht und als Laiengremium die Diskrepanz zur Professionalität des HSE-Managements nicht überwinden kann.

Wie also werden öffentliche Interessen – ohne deren statutarische Verankerung – bei der Entscheidungsfindung im Aufsichtsrat erreicht? Welche Entscheidungsrechte haben hier das unmittelbar demokratisch legitimierte Parlament bzw. die Stadtverordnetenversammlung? Wer hat hier Einfluss auf wen?

Eine Antwort gibt womöglich der Beschluss des Aufsichtsrats der HSE vom Januar (?) 2010, „ohne vorherige Zustimmung des Parlaments bis zu 100 Millionen Euro aus eigenen Mitteln in Anlagen zur Herstellung von regenerativen Energien investieren oder sich an entsprechenden Gesellschaften beteiligen zu dürfen“.

C. Schlussfolgerungen

- 1) Das Legitimationserfordernis der kommunalen wirtschaftlichen Betätigung durch einen öffentlichen Zweck ist verfassungs- bzw. kommunalrechtlich notwendig und auch bei sich wandelndem Begriffsverständnis weiterhin unverzichtbar.
- 2) Wettbewerb zwingt zur Überprüfung bestehender Strukturen und zu einem marktgerechten Dienstleistungsangebot. Hierbei ist das Streben nach Sicherung der

- Existenz kommunaler Unternehmen allein für sich genommen keine hinreichende Legitimation für alle hierzu scheinbar notwendigen wirtschaftlichen Engagements.
- 3) Das energiewirtschaftliche Engagement der HSE AG dient nicht mehr einem öffentlichen Zweck. Dies gilt insbesondere deshalb, da privatwirtschaftliche Anbieter (auch und insbesondere HSE AG) bereit und in der Lage sind, die bislang von der Stadt erfüllte Daseinsvorsorgeaufgabe unter Beachtung der erforderlichen Gemeinwohlbindung wahrzunehmen. Dies gilt erst recht, da die HSE AG heute längst national, ja sogar international tätig ist und ihre im lokalen Bezug stehenden Geschäftstätigkeiten zur Zweckerfüllung eher marginal als vorrangig sind. Die HSE AG hat ihre Rolle als ehemals klassisches Unternehmen der Kommunalwirtschaft längst abgelegt.
 - 4) Die Existenz der HSE AG als städtisches Unternehmen ist daher nicht (mehr) notwendig. Ihre Aufgaben sind materiell zu privatisieren mit der Folge, dass die Stadt auf weiteres Tätigwerden hinsichtlich dieser privatisierten Aufgabe verzichtet, ihr Eigentum an der AG aufgibt (und allenfalls die Verantwortung dafür behält, dass diese Aufgabe überhaupt noch angeboten wird). Die Folgen einer materiellen Privatisierung – stärkere Nutzung von privatem Kapital und Know-how, Verringerung des städtischen Einflusses, Belebung von Marktkräften und Eröffnung neuer Handlungsspielräume – wäre für alle Akteure von Vorteil.
 - 5) Einer Übernahme der E.ON-Anteile (40 % an HSE AG) im Wert von 305 Millionen Euro via HEAG Holding AG – wie in den politischen Gremien diskutiert und zuletzt im Aufsichtsrat der HEAG Holding AG beschlossen – ist eine klare Absage zu erteilen. Zusätzliche Investitionen in neue Beteiligungen sind mit Bezug auf das Gemeindefinanzrecht nicht zu begründen. Es handelte sich um eine reine Finanzanlage, mithin um ein risikobehaftetes Spekulationsgeschäft in einer Größenordnung, die in deutlichem Missverhältnis zur Größe der Kommune und ihrer wirtschaftlichen Situation stünde.
 - 6) Eine solche Beteiligung ist der Stadt versagt, da es ihr an der notwendigen Legitimation fehlt; sie dient nicht der Erfüllung kommunaler Aufgaben.
 - 7) Eine solche Beteiligung wäre schließlich auch nicht im Interesse der HSE AG: Sie würde den im Wettbewerb notwendigen Handlungsspielraum des Unternehmens einschränken. Außerdem würde das Unternehmen mit Zins und Tilgung der für den Erwerb erforderlichen Kredite belastet. Der Erwerb erfolgte nach dem Prinzip der als „Heuschrecken“ titulierten Finanzinvestoren. Denn über die Finanzierung des Kaufpreises hinaus soll dem Unternehmen über Ausschüttungen zusätzlich Liquidität – möglicherweise sogar Substanz – entzogen werden. Eine aus Unternehmenssicht möglicherweise erforderliche Kapitalerhöhung, um die Herausforderungen im Markt zu bestehen, wäre ausgeschlossen.