

RA H.-J. Knäpple · Sonnenstr. 19 · 78073 Bad Dürkheim

Innenministerium Baden-Württemberg
Abteilung 2
Dorotheenstr. 6

70173 Stuttgart

11.01.2007
zvb12

Beschwerde über das Regierungspräsidium Freiburg (Kommunalaufsicht) wegen unterlassenem Einschreiten und verweigerter Akteneinsicht

Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit erhebe ich

Beschwerde

über das Regierungspräsidium Freiburg wegen unterlassenem Einschreiten (I.) und verweigerter Akteneinsicht (II.)

I. Beschwerde wegen unterlassenem Einschreiten

Der Unterzeichner hat das Regierungspräsidium Freiburg mit

Schriftsatz vom 19.09.2006

Anlage 1

gebeten, gegen den Zweckverband Gasfernversorgung Baar mit Sitz in Villingen-Schwenningen einzuschreiten. Grund für diesen Antrag war und ist die nachgewiesene und unbestrittene Tatsache, dass der ZVB Jahr für Jahr Eigenkapitalrenditen nach Steuern erzielt, die in den Jahren 2003 bis 2005 zwischen 36,33 % und 16,87 % lagen.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf Anlage 1 verwiesen.

Die Verzinsung des Anlagekapitals des ZVB belief sich vor Steuern - berechnet auf Grundlage der Angaben in den Geschäftsberichten des ZVB - im Jahr 2003 auf 36,7 %, im Jahr 2004 auf 39,4 % und im Jahr 2005 auf 26,0 %.

Insoweit verweise ich auf die Aufstellung "Verzinsung des Anlagekapitals".

Anlage 2

Der ZVB hat in der Verbandssatzung geregelt, dass für die Wirtschaftsführung das Eigenbetriebsgesetz anzuwenden ist. Nach § 12 Abs. 3 Satz 2 Eigenbetriebsgesetz soll eine marktübliche Verzinsung des Eigenkapitals erwirtschaftet werden. Diese beträgt nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg ca. 6 %, was dem Zinssatz für langfristige Kommunalkredite entspricht (vgl. hierzu Gössl, KAG BW § 14, S. 36; VGH Mannheim, Urteil vom 27.10.1983 2 S 199/80 und 2 S 3310/94 vom 26.09.1996 RN 73; zitiert nach juris sowie 2 S 2806/02 vom 07.10.2004, RN 52).

Wie bereits ausgeführt, liegen die vom ZVB erzielten Eigenkapitalrenditen Jahr für Jahr weit über diesen 6 % und sind insoweit rechtswidrig. Ausschüttungen an die Verbandsmitglieder sind daher von diesen an den Zweckverband zu erstatten soweit eine Eigenkapitalrendite von über 6 % zur Ausschüttung gelangt ist. Diese Mittel stehen den Kunden des ZVB zu, der damit steigende Bezugspreise auffangen oder den aktuellen Gasbezugspreis senken kann.

Das Regierungspräsidium hat die Beschwerde mit Schreiben vom 27.11.2006

Anlage 3

mit der Begründung zurückgewiesen, die Erwirtschaftung einer marktüblichen Verzinsung des Eigenkapitals sei als Mindestmaß und nicht als Höchstmaß zu betrachten (1.). Ferner sei die Festlegung des Gaspreises gem. § 315 BGB nach billigem Ermessen zu treffen. Zuständig für die Gaspreispolitik sei die Landeskartellbehörde (Wirtschaftsministerium), die sich bereits mit den Gaspreisen des ZVB befasst habe. Das Regierungspräsidium verweist deshalb den Unterzeichner "auf die zivilen Gerichte, die überhöhte Preise in einem Klageverfahren feststellen können (2.).

Zu 1.: marktübliche Verzinsung des Eigenkapitals als Höchstmaß

Aus der Systematik des kommunalen Wirtschaftsrechts ergibt sich zweifelsfrei, dass die Erzielung einer marktüblichen Verzinsung des Eigenkapitals als Maximum zu verstehen ist, das von einem Eigenbetrieb bzw. vorliegend durch Verweisung vom Zweckverband erwirtschaftet werden darf.

Gemäß § 102 Abs. 1 Nr. 1 Gemeindeordnung dürfen Gemeinden wirtschaftliche Unternehmen nur errichten oder sich daran beteiligen, wenn der öffentliche Zweck des Unternehmens das rechtfertigt. Im Zusammenhang mit der Gasversorgung besteht der öffentliche Zweck darin, die Gaskunden im Verbandsgebiet preisgünstig mit Gas zu versorgen. Die Gewinnerzielung darf nur Sekundärfunktion sein.

Zitat aus Kunze/Bronner/Katz Gemeindeordnung Baden-Württemberg § 102 RN 61.

"Im Vordergrund stehen die gemeindlichen Aufgaben im Sinne einer auch in der Art und Weise ihrer Durchführung dem Gemeinwohl verpflichteten und den sozialen Belangen gerecht werdenden Bedürfnisbefriedigung (bezüglich dem "Wie")"

Rein erwerbswirtschaftlich-fiskalische Unternehmen sind unzulässig (so Ade, Kommentar zur GemO, § 102 S. 334).

Vorliegend geht es dem Zweckverband und seinen Mitgliedern in erster Linie darum, durch die Gasversorgung unter Ausnutzung ihrer Monopolstellung möglichst hohe Gewinne bzw. Einnahmen für die Gemeindekassen zu erzielen. Dies ergibt sich in aller Deutlichkeit aus der Äußerung des Herrn OB Thorsten Frei in der Neckarquelle vom 28.06.2006. Anlage 4

Herr OB Frei: "Die Kommunen erwarten, dass der ZVB Gewinne erzielt – wir sind kein soziales Unternehmen".

Damit ignoriert er, dass ein kommunaler Zweckverband bei der Gewinnerzielung spezifischen kommunalrechtlichen Beschränkungen unterliegt, die für private Versorgungsunternehmen (EON, RWE, EnBW etc.) nicht gelten.

Auch Herrn OB Frei käme wohl kaum in den Sinn, eine Wasserversorgungsgebühr oder eine privatrechtliches Wasserversorgungsentgelt eines kommunalen Versorgers rechtfertigen zu wollen, die bzw. das der Kommune alljährlich Gewinne von 20 % oder mehr beschert. Für die kommunale Gasversorgung gelten hinsichtlich der Gewinne, die hierdurch erzielt werden dürfen, keine anderen Vorschriften als für die kommunale Wasserversorgung, nämlich § 102 Abs. 1 und 3 GemO, § 14 Abs. 1 Satz 2 KAG (angemessener Ertrag zulässig) bzw. § 12 Abs. 3 Satz 2 EigenbetriebsG (marktübliche Verzinsung des Eigenkapitals), wenn die Versorgungseinrichtung als Eigenbetrieb geführt wird. Diese Bindungen bestehen auch dann, wenn von der kommunalen Versorgungseinrichtung statt einer Gebühr ein privatrechtliches Entgelt gefordert wird (siehe BGH, Urteil vom 21.09.2005 VIII ZR 8/05).

Durch den anhaltenden Gewinnexzess stellt der ZVB seine Existenzberechtigung in Frage.

Gemäß § 102 Abs. 3 GO sind wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinde so zu führen, dass der öffentliche Zweck erfüllt wird; sie sollen einen Ertrag für den Haushalt der Gemeinde abwerfen. Durch das Eigenbetriebsgesetz wird das Maß des Ertrages auf eine marktübliche Verzinsung des Eigenkapitals bzw. im Anwendungsbereich des Kommunalabgabengesetzes (§ 14 Abs. 1 Satz 2 KAG) auf eine angemessene Verzinsung des Anlagekapitals begrenzt.

Zitat aus Kunze/Bronner/Katz GemO Baden-Württemberg, § 102 RN 63:

"Diese Voraussetzung verlangt von den Betrieben keinesfalls eine Gewinnmaximierung, sondern unter Beachtung der öffentlichen Zweckerfüllung **nach Möglichkeit die Erzielung eines angemessenen Gewinns**. Das Ertragsstreben muss also mit der öffentlichen Zielsetzung des Unternehmens abgestimmt werden. Bei der Dominanz des öffentlichen Zweckes und der Vorrangigkeit der Inpflichtnahme der kommunalen Unternehmen als Instrumente für die Bedürfnisbefriedigung der Einwohnerschaft ist gegebenenfalls teilweise oder ganz auf einen Ertrag zu verzichten. Das nur als 'Soll' normierte Rentabilitätsgebot, das ein Streben nach Ertrag und keine Gewinngarantie festlegt, muss eben im Konfliktfall zurücktreten und Ausnahmen zulassen (bloße Kostendeckung in der Regel bei der Wasserversorgung)."

Zitat aus Kunze/Bronner/Katz GemO Baden-Württemberg, § 102 RN 64:

"Die Höhe des nach § 102 Abs. 3 anzustrebenden Ertrages ist nicht ausdrücklich geregelt. Für den **Regelfall** gilt, dass ein **Gewinn in Höhe einer angemessenen Verzinsung des Eigenkapitals**, angemessener Beträge für Rückstellungen und Rücklagen sowie der notwendigen Mittel für die technische und wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens erwirtschaftet wird. Für Eigenbetriebe soll neben den Abschreibungen usw. eine **marktübliche Verzinsung des Eigenkapitals** erwirtschaftet werden. **Die Gemeinden haben danach zu streben, optimale Leistungen bei minimalen Kosten zu erreichen** (rational- oder ökonomisches Prinzip als wichtige Handlungsmaxime). "

In § 78 Abs. 2 Satz 2 GO heißt es, dass die Gemeinde bei der Beschaffung der zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Einnahmen "auf die wirtschaftlichen Kräfte ihrer Abgabepflichtigen Rücksicht zu nehmen" hat.

Der oberste Grundsatz im kommunalen Abgabenrecht ist der Kostendeckungsgrundsatz. Bei wirtschaftlichen Unternehmen und Versorgungseinrichtungen hat der Gesetzgeber hiervon eine Ausnahme zugelassen und in Abwägung mit dem öffentlichen Zweck, den das wirtschaftliche Unternehmen in erster Linie verfolgen muss, bestimmt, dass ein angemessener Ertrag erzielt werden soll. Zugleich hat der Gesetzgeber für Eigenbetriebe die Höhe dieses Betrages begrenzt auf eine marktübliche Verzinsung des Eigenkapitals. In der Fachwelt besteht Einigkeit, dass sich "angemessener Ertrag" und "marktübliche Verzinsung" inhaltlich nicht unterscheiden.

Die vom Regierungspräsidium Freiburg vertretene Auffassung ist daher offensichtlich unrichtig. Es erstaunt, dass mit dem kommunalen Wirtschaftsrecht und dem öffentlichen Abgabenrecht vertraute Beamte die Auffassung vertreten, dass Eigenbetriebe mindestens eine marktübliche Verzinsung des Eigenkapitals erzielen müssten, die aber der Höhe nach nicht begrenzt ist. Diese abwegige Rechtsauffassung lässt sich nur damit erklären, dass der politische Einfluss der beteiligten Gemeinden auf die Leitung des Regierungspräsidiums die Rechtskenntnis der verantwortlichen Beamten überwogen hat.

Zu 2.: billiges Ermessen / Landeskartellbehörde

Mit dem Verweis auf § 315 BGB versucht das Regierungspräsidium sich seiner Verantwortung als Rechtsaufsichtsbehörde des ZVB zu entziehen. Es trifft zwar zu, dass der Gaskunde die Billigkeit des vom Versorgungsunternehmen festgesetzten Gasbezugspreises vor den Zivilgerichten überprüfen lassen kann (was für ihn mit einem erheblichen Prozesskostenrisiko verbunden ist). Dies entbindet die Kommunalaufsichtsbehörde jedoch nicht davon, die Einhaltung der für das kommunale Wirtschaftsrecht geltenden Vorschriften zu überwachen und bei einem evidenten Rechtsverstoß – wie vorliegend – einzuschreiten.

Zitat aus Gern, Kommunalrecht Baden-Württemberg 9. Auflage 2005, RN 394:

"Werden Vertragsentgelte für die Inanspruchnahme von Unternehmen festgelegt, die im Rahmen eines privatrechtlich ausgestalteten Benutzungsverhältnisses Leistungen der Daseinsvorsorge anbieten, auf deren Inanspruchnahme der andere Vertragsteil im Bedarfsfall angewiesen ist, so unterliegen diese Entgelte **zusätzlich** der Billigkeitskontrolle des § 315 Abs. 3 BGB."

Unabhängig von der zivilrechtlich möglichen Billigkeitskontrolle hat die Kommunalaufsicht pflichtgemäß über die Einhaltung der maßgeblichen öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu wachen und bei einem schwerwiegenden Rechtsverstoß – wie vorliegend – einzuschreiten. Der Verweis des Regierungspräsidiums auf den Zivilrechtsweg zeigt, dass es sich nicht als Schutzpatron der Bürger versteht, sondern als Institution zum Schutz der Gemeinden.

Auch der Umstand, dass sich die Landeskartellbehörde bereits mit den Gaspreisen des ZVB befasst hat, entbindet das Regierungspräsidium nicht davon, Rechtsverstößen nachzugehen und jedenfalls bei schwerwiegenden Rechtsverstößen – wie vorliegend – gegen die Gemeinden bzw. die gemeindlichen Einrichtungen einzuschreiten. Dies ergibt sich bereits daraus, dass die rechtlichen Voraussetzungen für ein Einschreiten der Kartellbehörde (Kontrolle des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung) mit den Voraussetzungen für ein Einschreiten durch die Kommunalaufsicht (Kontrolle der Einhaltung der Vorschriften des kommunalen Wirtschaftsrechts und öffentlichen Gebührenrechts) nicht identisch sind. Hierbei handelt es sich um zwei eigenständige Rechtsgebiete, die von der zuständigen Kommunalaufsicht bzw. Kartellbehörde in eigener Verantwortung und in eigener Zuständigkeit zu überwachen sind. Aufgrund der Vorgaben der Gemeindeordnung für wirtschaftliche Unternehmen sowie des Eigenbetriebsgesetzes und des Kommunalabgabengesetzes ist die Zulässigkeit der Gewinnerzielung für wirtschaftliche Unternehmen und Versorgungseinrichtungen der Gemeinden - und somit auch für den ZVB - deutlich stärker begrenzt als für rein privatwirtschaftliche Unternehmen durch das Kartellrecht.

Nach Aussage des Herrn von Fritsch (Referatsleiter Landeskartellbehörde Wirtschaftsministerium) am 29.11.2006 prüft die Landeskartellbehörde erst ab einer Verzinsung des Eigenkapitals von 10 % die Frage des Rechtsmissbrauchs. Durch die aufgezeigten Vorschriften des kommunalen Wirtschaftsrechts liegt diese Schwelle bei kommunalen Unternehmen jedoch bereits bei 6 %. Zur Durchsetzung dieser (bei privatrechtlichen Entgelten mittelbaren) Preisgrenze ist die Kommunalaufsicht beim Regierungspräsidium Freiburg berufen.

Ein Einschreiten gegen den ZVB liegt auch im öffentlichen Interesse, weil der ZVB massiv gegen die gewinnbegrenzenden Vorschriften des kommunalen Wirtschaftsrecht verstößt und tausende von Gaskunden von diesem Rechtsverstoß betroffen sind, weil ihnen von den Mitgliedsgemeinden Geld vorenthalten wird, das ihnen zusteht und die Gaskunden infolge der überhöhten Gewinne überhöhte Gaspreise bezahlen müssen.

Ich bitte Sie daher, das Regierungspräsidium Freiburg anzuweisen, darauf hinzuwirken, dass

1. der ZVB ab sofort den Gasverkaufspreis so kalkuliert, dass eine Verzinsung des Eigenkapitals von nur noch 6 % zu erwarten ist,
2. die Verbandsmitglieder die Beschlüsse über die Gewinnverwendung für die Jahre 2005, 2004 und 2003 ändern soweit Ausschüttungen beschlossen wurden, die 6 % des Eigenkapitals übersteigen, und
3. die Verbandsmitglieder rechtswidrige Gewinnausschüttungen, also solche über 6 % des Eigenkapitals, für die Jahre 2005, 2004 und 2003 an den ZVB zurückerstatten und der ZVB die erstatteten Ausschüttungen Kosten mindernd verwendet.

II. Beschwerde wegen verweigerter Akteneinsicht

Nachdem das Regierungspräsidium ein Einschreiten abgelehnt hatte, beantragte der Unterzeichner mit Schreiben vom 01.12.2006 Anlage 5
Akteneinsicht.

Mit Schreiben vom 09.11.2006 Anlage 6
teilte das Regierungspräsidium dem Unterzeichner mit, dass "Rechtsauskünfte von dritter Seite eingeholt werden". Da diese Rechtsauskünfte für das weitere Vorgehen des Unterzeichners von Interesse sind und ebenso die Art und Weise, wie die Beschwerde innerhalb des Regierungspräsidiums behandelt wurde, besteht nach wie vor ein berechtigtes Interesse an der Akteneinsicht.

Mit Schreiben vom 27.12.2006 Anlage 7
lehnte das Regierungspräsidium das Akteneinsichtsgesuch mit der Begründung ab, dass ein Beschwerdeführer nicht die Stellung eines Beteiligten in einem Verwaltungsverfahren erlange, weil die Rechtsaufsichtsbehörde ausschließlich im öffentlichen Interesse und nicht im Interesse Einzelner tätig werde. Dies führt aber nicht dazu, dass kein Recht auf Akteneinsicht besteht.

Gemäß § 29 Abs. 1 VwVfG hat die Behörde den Beteiligten Einsicht in die das Verfahren betreffenden Akten zu gestatten, soweit deren Kenntnis zur Geltendmachung oder Verteidigung ihrer rechtlichen Interessen erforderlich ist.

Durch die Beschwerde des Unterzeichners ist ein Verwaltungsverfahren im Sinne des § 9 VwVfG entstanden, weil der Antrag des Unterzeichners auf Einschreiten (Erlass eines Verwaltungsakts gemäß §§ 121, 122 GemO) gegen den ZVB bzw. die beteiligten Gemeinden gerichtet war und ist. Der Antrag des Unterzeichners und die Zielrichtung des Antrags – Erlass eines Verwaltungsakts – erfüllen den Begriff des Verwaltungsverfahrens (vgl. hierzu Kopp, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Auflage, § 9 RN 11 a und RN 14). Durch den Antrag auf Einschreiten wurde der Unterzeichner zum Beteiligten gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG. Die Kenntnis der durch den Antrag auf Einschreiten entstandenen Akten ist zur Geltendmachung der rechtlichen Interessen des Unterzeichners auch erforderlich. Dies gilt insbesondere für die von dritter Seite eingeholte Stellungnahme (der das Regierungspräsidium gefolgt ist), deren Kenntnis für das weitere Vorgehen bzw. die Argumentation des Unterzeichners von Bedeutung ist. Das Akteneinsichtsrecht ist umfassend. Ausgeschlossen von der Akteneinsicht sind nur solche Akten, die unter keinem denkbaren Gesichtspunkt für die Entscheidung über das weitere Vorgehen von Bedeutung sein können. Wegen weiterer Einzelheiten verweise ich auf die Kommentierung von Kopp, VwVfG § 29 RN 15 f.

Unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 29 Abs. 1 VwVfG ergibt sich der Anspruch auf Akteneinsicht aus der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, wonach ein solcher Anspruch besteht, "soweit dies zur Verfolgung berechtigter Interessen des Betroffenen angezeigt ist" (VGH Baden-Württemberg 9 S 1518/94 RN 17; zitiert nach juris).

Die Weigerung des Regierungspräsidiums dem Unterzeichner Akteneinsicht zu gewähren, belegt aufs Neue, dass die Kommunalaufsicht in einer finanziell bedeutsamen Angelegenheit nur die Interessen der beteiligten Gemeinden im Blick hat und nicht bereit ist, sich für die betroffenen Bürger (Kunden des ZVB) einzusetzen.

Das Wirtschaftsministerium (Landeskartellbehörde) erhält eine Mehrfertigung dieses Schreibens.

Mit freundlichen Grüßen

Knäpple
Rechtsanwalt

Anlagen: 6