

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

Regierungspräsidium Freiburg  
Referat 14

79083 Freiburg i. Br.

19.09.2006  
zvb4

## Rechtsaufsichtsbeschwerde gegen den Zweckverband Gasfernversorgung Baar (ZVB) wegen überhöhter Gewinne und Gaspreise

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich beziehe das Gas für die Heizung meines Wohnhauses und meiner Kanzleiräume in Bad Dürkheim (mangels einer Alternative) vom ZVB. Ich bin der Auffassung, dass der Gaspreis niedriger sein könnte und auch sein müsste, wenn der ZVB die erzielten Gewinne nur im Rahmen des rechtlich Zulässigen ausschütten würde.

Der ZVB hat im Jahr 2005 und in den beiden vorangegangenen Jahren Renditen erzielt und an die Mitglieder des Zweckverbandes (Donauschingen 31,73 %, Bad Dürkheim 17,63 %, Bräunlingen 4,81 %, Stadtwerke Villingen-Schwenningen GmbH 45,83 % Beteiligungsquote) Gewinne ausgeschüttet, die weit über eine marktübliche Verzinsung hinausgehen.

Aus dem Verhältnis von Eigenkapital zu den Ausschüttungen an die Verbandsmitglieder errechnet sich folgende Verzinsung des Eigenkapitals nach Steuern:

<b>2005 16,87%</b>	<b>2004 36,33%</b>	<b>2003 22,42%</b>
--------------------	--------------------	--------------------

Nach Steuern wurden ausgeschüttet für:

<b>2005 520.000 €</b>	<b>2004 1.029.000 €</b>	<b>2003 635.000 €</b>
-----------------------	-------------------------	-----------------------

Einzelheiten hierzu ergeben sich aus der Aufstellung Eigenkapitalverzinsung. Anlage 1  
Die Zahlen beruhen auf den Geschäftsberichten des ZVB.

Ausschüttungen an die ZVB-Mitglieder in dieser Höhe sind aus mehreren Gründen rechtswidrig.

Der ZVB ist ein wirtschaftliches Unternehmen für den gemäß § 5 Abs. 2 GKZ § 102 GO gilt. Nach Abs. 3 dieser Vorschrift sind wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinde so zu führen, dass der öffentliche Zweck erfüllt wird. Sie sollen einen Ertrag für den Haushalt der Gemeinde abwerfen. Ferner gilt gemäß § 5 Abs. 4 GKZ das Kommunalabgabengesetz. Nach § 14 Abs. 1 Satz 2 KAG können Versorgungseinrichtungen und wirtschaftliche Unternehmen einen **angemessenen Ertrag** für den Haushalt der Gemeinde abwerfen (sie müssen es nicht). Da der ZVB in der Verbandssatzung gemäß § 20 GKZ bestimmt hat, dass die Vorschriften des Eigenbetriebsgesetzes unmittelbar Anwendung finden, so soll nach § 12 Abs. 3 S. 2 EigBG eine **marktübliche Verzinsung** des Eigenkapitals erwirtschaftet werden.

Zwar erhält der ZVB für den Gasbezug ein privatrechtliches Leistungsentgelt, was grundsätzlich zulässig ist. Dennoch ist er als öffentlich-rechtliche Körperschaft aufgrund des von ihm zu verfolgenden öffentlichen Zwecks und seines weiterhin fortbestehenden Versorgungsmonopols mittelbar an öffentlich-rechtliche Vorgaben, insbesondere an die grundlegenden Prinzipien öffentlichen Finanzgebarens, gebunden.

Insoweit verweise ich auf die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und erlaube mir aus dem Urteil des BGH vom 21.09.2005 (VIII ZR 8/05) wie folgt zu zitieren:

"Es ist zwar grundsätzlich richtig, dass die öffentliche Hand, wenn sie sich entschließt, Leistungsverhältnisse im Rahmen der Daseinsvorsorge in privatrechtlicher Form zu regeln, bei der Festsetzung der Tarife und Entgelte auch öffentlich-rechtliche Vorgaben zu beachten hat. Sie hat neben den Grundrechten jedenfalls die grundlegenden Prinzipien öffentlichen Finanzgebarens zu beachten (Urteil vom 5. Juli 2005, aaO, unter II 2 c bb (1); BGHZ 115, 311, 318; 91, 84, 96 f.). Entscheidend dafür ist die Schutzbedürftigkeit des einzelnen Bürgers gegenüber der Erschließung gesetzwidriger Finanzquellen durch die öffentliche Verwaltung, die dem Bürger nicht Entgelte für Leistungen abverlangen soll, für die bei öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses Abgaben nicht erhoben werden dürften (BGHZ 115, 311, 318; 91, 84, 97). ..... Das Kostendeckungsprinzip

gehört zu den grundlegenden Prinzipien öffentlichen Finanzgebarens, die die öffentliche Hand auch dann zu beachten hat, wenn sie öffentliche Aufgaben in den Formen des Privatrechts wahrnimmt (BGHZ 115, 311, 318)."

Das Kostendeckungsprinzip, das die Regel darstellt, wird bei Versorgungseinrichtungen und wirtschaftlichen Unternehmen durch die oben genannten Vorschriften des Kommunalabgabenrechts bzw. des Eigenbetriebsgesetzes durchbrochen, weil ein angemessener Ertrag bzw. eine marktübliche Verzinsung des Eigenkapitals ausnahmsweise für zulässig erklärt wird – mehr aber nicht.

Somit ist im Falle des ZVB die marktübliche Verzinsung des Eigenkapitals die Obergrenze dessen, was an die Verbandsmitglieder ausgeschüttet werden darf.

Für die marktübliche Verzinsung gelten keine anderen Grundsätze wie für die angemessene Verzinsung des Anlagekapitals gem. § 14 Abs. 3 Nr. 1 KAG. In einer Entscheidung des VGH Baden-Württemberg vom 07.10.2004 (2 S 2806/02) beurteilt er den durchschnittlichen Zinssatz für langfristige Kommunalkredite als angemessene Anlagekapitalverzinsung. Dieser beläuft sich auf ca. 6 %.

Die Durchschnittsrendite von Anleihen der öffentlichen Hand beträgt im Zeitraum von **1956 bis 2005 6,88 %** und im Durchschnitt des Jahres **2005 3,16 %**. Insoweit verweise ich auf die Kapitalmarktstatistik der Deutschen Bundesbank. Anlage 2

Dies ist die marktübliche Verzinsung i. S. des § 12 Abs. 3 S. 2 EigBG. Somit sind Renditen unangemessen soweit sie 6 % übersteigen und darüber hinausgehende Ausschüttungen rechtswidrig. Die von den ZVB-Mitgliedern erzielten Renditen und die Ausschüttungen liegen jedoch Jahr für Jahr weit über diesen Grenzen.

Nettorenditen, die deutlich über der marktüblichen Verzinsung liegen, sind auch mit dem öffentlichen Zweck nicht vereinbar, den § 102 GO zur Rechtfertigung für die Errichtung eines wirtschaftlichen Unternehmens stets erfordert. Die Erzielung eines Gewinns darf bei kommunalen wirtschaftlichen Unternehmen nur Nebenfolge aber nicht der Hauptzweck sein, auch wenn es sich um ein Versorgungsunternehmen handelt. Bei den hier in Rede stehenden Renditen drängt sich jedoch der Verdacht auf, dass die preiswerte und sichere Versorgung der Einwohner mit Gas nicht mehr der Hauptzweck ist, den die Verbandsmitglieder verfolgen,

sondern vielmehr die Erzielung möglichst hoher Gewinne und Ausschüttungen für die Gemeindekassen.

Letztlich folgt aus § 1 Energiewirtschaftsgesetz, der u. a. eine möglichst preisgünstige Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas bezweckt, dass Gaspreise nicht privatwirtschaftlich sondern nur bedarfswirtschaftlich kalkuliert werden dürfen. Dies bedeutet, dass über die Kostendeckung hinaus lediglich eine angemessene Verzinsung des Eigenkapitals erzielt werden darf. Dies hat der BGH (VIII ZR 240/90, Urteil vom 02.10.1991, NJW-RR 1992, 183 ff.) bereits zu § 12 BtOElt entschieden. Durch das Energiewirtschaftsgesetz hat sich an diesem Grundsatz jedoch nichts geändert. Zitat:

"Die möglichst sichere und preiswürdige Lieferung elektrischer Energie ist demnach Zweck auch des zwischen den Prozessparteien herrschenden Interimsverhältnisses und entspricht dem rechtlich anerkannten Interesse der Beklagten. Dieser Gesichtspunkt muss in die Ermessensentscheidung der Klägerin eingehen. Er bedeutet in materiell-rechtlicher Hinsicht, dass sich der von ihr geforderte Strompreis an den Kosten der Belieferung mit elektrischer Energie ausrichtet. Über die Deckung der Kosten für die Erzeugung und Leitung der elektrischen Energie sowie der Vorhaltung der dazu notwendigen Anlagen hinaus steht der Klägerin allerdings auch ein Gewinn zu, aus dem sie die erforderlichen Rücklagen bilden und Investitionen tätigen kann. Weiterhin ist ihr eine angemessene Verzinsung zuzugestehen, ohne die sie Fremdkapital nicht aufnehmen und Anlagekapital nicht gewinnen kann."

Nichts anderes gilt für die Lieferung von Gas, wobei der ZVB zudem an § 12 Abs.3 S 2 EigBG gebunden ist.

Somit bleibt festzuhalten, dass die vom ZVB erzielten Gewinne sowie die Ausschüttungen an die Verbandsmitglieder rechtswidrig sind und der vom ZVB geforderte Gaspreis unbillig im Sinne des § 315 BGB ist.

Das Regierungspräsidium wird daher gebeten 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.

Die Höhe der an den ZVB zu erstattenden Beträge ergibt sich aus Anlage 1. Bei einer rechtskonformen Kalkulation des Gaspreises und Erstattung der rechtswidrig ausgeschütteten Gewinnanteile können die laut ZVB gestiegenen Gasbezugskosten aufgefangen werden, so dass eine Erhöhung des Gasbezugspreises für einen längeren Zeitraum nicht erforderlich ist.

Ihrer Antwort sehe ich mit Interesse entgegen und verbleibe

mit freundlichen Grüßen

Knäpple  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Anlagen: 2

RA Knäpple, Bad Dürkheim

## ZVB – Zweckverband Gasversorgung Baar

Eigenkapitalverzinsung	2005	2004	2003
	in T€	in T€	in T€
erhaltene Ausschüttung nach Steuern	520	1.029	635
Eigenkapital	3.082	2.832	2.832
erzielte Eigenkapitalverzinsung in Prozent nach Steuern	16,87%	36,33%	22,42%
angemessene Eigenkapitalverzinsung vor Steuern 6,00 %	185	170	170
abzüglich 40 % Ertragssteueranteil = angemessene Eigenkapitalverzinsung nach Steuern 3,60 %	111	102	102
Ausschüttung abzüglich angemessene Eigenkapitalverzinsung nach Steuern <b>= Rückerstattung der Verbandsmitglieder an ZVB</b>	409	927	533

Der Zinssatz für die angemessene Eigenkapitalverzinsung ergibt sich aus dem kalkulatorischen Zinsfuß von 6% (=Bruttorendite vor Steuern) abzüglich 40% Ertragssteueranteil (Berechnung:  $6\% \cdot 60 / 100 = 3,6\%$  = Nettoendite nach Steuern).