

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

ZDF
Redaktion Frontal 21
z. Hd. Herrn Steffen Judzikowski
Unter den Linden 36-38

10117 Berlin

29.06.2007
zdf Judzikowski.doc

Gasprotest - Energiewirtschaftsrecht versus Gemeindefirtschaftsrecht

Sehr geehrter Herr Judzikowski,

wie gestern Abend verabredet, fasse ich die Rechtsauffassung des "Forums Gaspreis runter " wie folgt zusammen:

1. Der ZVB darf höchstens eine marktübliche Verzinsung des Eigenkapitals erwirtschaften.
2. Für kommunal beherrschte Stadtwerke gilt dies entsprechend.
3. Das Energiewirtschaftsrecht ändert daran nichts.
4. Die Gaspreise des ZVB und der SVS sind missbräuchlich im Sinne des § 19 Absatz 4 Nr. 2 GWB.

Begründung:

1. Der ZVB ist ein Zweckverband (Körperschaft des öffentlichen Rechts) auf der Grundlage des Gesetzes über kommunale Zusammenarbeit Baden-Württemberg (GKZ). Der ZVB hat die Gasversorgung der Bürger im Verbandsgebiet als freiwillige Aufgabe übernommen. Gemäß § 10 Abs. 1 der Verbandssatzung gelten für die Wirtschaftsführung des ZVB "sinngemäß die

Vorschriften des Eigenbetriebsrechts". Gemäß § 12 Abs. 3 Satz 2 des Eigenbetriebesgesetzes (EigBG) "soll eine marktübliche Verzinsung des Eigenkapitals erwirtschaftet werden". Schon aus dem Wortlaut ergibt sich, dass die marktübliche Verzinsung des Eigenkapitals eine Höchstgrenze bildet, weil eine Verzinsung jenseits dieser Grenze nicht marktüblich ist. Nur diese Auslegung steht im Einklang mit den Vorschriften des kommunalen Wirtschaftsrechts.

Gemäß § 5 Abs. 2 GKZ finden auf den Zweckverband die für Gemeinden geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung, soweit nicht ein Gesetz oder die Verbandssatzung besondere Vorschriften trifft. Vorliegend regelt die Verbandssatzung die Anwendung des Eigenbetriebesgesetzes und damit des § 12 EigBG.

Auch ohne den Verweis auf das Eigenbetriebesgesetz in der Verbandssatzung des ZVB wären aufgrund § 5 Abs. 2 GKZ die §§ 102 bis 108 der Gemeindeordnung (GemO) anwendbar. Gemäß § 102 Abs. 3 GemO sind wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinde, z. B. ein kommunales Unternehmen der Gasversorgung, so zu führen, dass der öffentliche Zweck erfüllt wird; sie sollen einen Ertrag für den Haushalt der Gemeinde abwerfen. Nach dem Wortlaut des Gesetzes steht also die Erfüllung des öffentlichen Zwecks, sprich die preisgünstige und sichere Gasversorgung, im Vordergrund. Die Erzielung eines Ertrags für den Haushalt der Gemeinde ist nur ein untergeordneter Nebenzweck, den die Gemeinde nicht unbedingt erfüllen muss. Durch die Regelung in § 12 Abs. 3 EibG wird der Ertrag für Eigenbetriebe konkretisiert auf die marktübliche Verzinsung. Da es aber weder für kommunale Unternehmen in Form eines Regiebetriebes eine Gewinnerzielungspflicht gibt, noch für Eigenbetriebe, kann es sich bei der "marktüblichen Verzinsung" nach dem Eigenbetriebesgesetz nur um eine Höchstgrenze handeln.

2. Die Rechtslage ist für Stadtwerke in der Rechtsform einer GmbH oder Aktiengesellschaft, die von kommunalen Anteilseignern beherrscht wird, im Ergebnis nicht anders. Zwar finden dann die vorgenannten Vorschriften des Gemeindegewirtschaftsrechts bzw. Eigenbetriebsrechts keine unmittelbare Anwendung. Es ist jedoch seit Jahren vom Bundesgerichtshof anerkannt, dass die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, und sei es auch einer freiwilligen Aufgabe, durch eine Kommune in der Rechtsform einer GmbH oder AG nicht dazu führt, dass die Kommune der öffentlich-rechtlichen Bindungen ledig wird. So hat der BGH im Urteil vom 21.09.2005 (VIII ZR 8/05) entschieden, 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 die öffentlich-rechtlichen

Vorgaben zu beachten hat. **"Sie hat neben den Grundrechten jedenfalls die grundlegenden Prinzipien des öffentlichen Finanzgebarens zu beachten".**

Die Begrenzung der Gewinne bei kommunalen Unternehmen durch das Gemeindefinanzrecht zählt zu diesen grundlegenden Prinzipien. Der BGH führt in der vorgenannten Entscheidung weiter aus, dass dem Bürger nicht Entgelte für Leistungen abverlangt werden sollen, für die bei öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses Abgaben nicht erhoben werden dürften.

Bei öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses (wie dies beim ZVB der Fall ist) dürfte – wie oben ausgeführt – planmäßig eine Verzinsung des Eigenkapitals von maximal 6 % erwirtschaftet werden. Die 6 % entsprechen dem langjährigen Durchschnitt für Kommunalkredite und wurden vom Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg als eine von zwei zulässigen Methoden anerkannt (entweder langjährige Durchschnittsverzinsung für Kommunalkredite oder aktuelle jährliche Verzinsung).

Auch kommunale Stadtwerke in der Rechtsform einer GmbH oder einer AG unterliegen daher im Ergebnis spezifisch öffentlich-rechtlichen Bindungen, die den Gewinn begrenzen.

Diese Rechtsfolge ergibt sich auch unmittelbar aus § 103 Abs. 1 Nr. 2 GemO, wonach die Gemeinde ein Unternehmen in einer Rechtsform des privaten Rechts nur errichten, übernehmen, wesentlich erweitern oder sich daran beteiligen darf, wenn "im Gesellschaftsvertrag oder in der Satzung sichergestellt ist, dass der **öffentliche Zweck des Unternehmens erfüllt wird**". Auch bei kommunalen GmbHs oder Aktiengesellschaften muss daher die Erfüllung der übernommenen Aufgabe als Hauptzweck im Vordergrund stehen und die Erzielung eines Gewinns darf nur ein Nebenzweck sein. Wird planmäßig eine Verzinsung des Eigenkapitals über die marktübliche Verzinsung hinaus angestrebt, dann wird die Gewinnerzielungsabsicht zum Hauptzweck und die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe ist nur Mittel zum Zweck – wie bei privaten Energieversorgern.

Auch für die kommunale GmbH oder AG gilt § 102 Abs. 3 GemO, wonach wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinde – ungeachtet ihrer Rechtsform – so zu führen sind, dass der öffentliche Zweck erfüllt wird. Auch die kommunale GmbH oder AG soll (muss aber nicht) einen Ertrag für den Haushalt der Gemeinde abwerfen. Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Gewinnerzielungsabsicht eines Stadtwerks begrenzt ist auf eine marktübliche Verzinsung des Eigenkapitals.

3. Aus dem Energiewirtschaftsrecht ergibt sich entgegen der Auffassung von Herrn Ministerialdirigent Prof. Dr. Willi Weiblen, dem obersten Landeskartell- und Landesregulierungsbeamten, nichts anderes.

Herr Weiblen begründet seine Auffassung, dass die kommunalwirtschaftlichen Vorschriften keine Anwendung finden mit dem Grundsatz Bundesrecht bricht Landesrecht (Art. 31 GG). Damit verkennt er jedoch die Rechtslage.

Zunächst gibt es im Energiewirtschaftsrecht keine Vorschrift aus der sich ergibt, wie hoch die die Eigenkapitalverzinsung der Energieversorger sein darf. Bereits deshalb kann das Energiewirtschaftsrecht des Bundes das Landesrecht nicht brechen.

Das Energiewirtschaftsrecht schafft wirtschaftliche Rahmenbedingungen, die auf alle Energieversorger - privat oder kommunal - Anwendung finden. Die Regulierungsregelungen des EnWG wirken sich nur mittelbar Gewinn begrenzend aus, regeln aber die Gewinnbegrenzung nicht unmittelbar und bezwecken dies auch nicht. Vielmehr sollen die Regulierungsregelungen den Wettbewerb fördern und hierdurch sollen die Energiepreise sinken.

Bundesrecht kann auch nur dann Landesrecht brechen, wenn der Bund auf dem jeweiligen Gebiet eine Gesetzgebungskompetenz besitzt (Art. 72 GG ff.). Gemeinderecht und Gemeindewirtschaftsrecht ist jedoch ausschließlich Landesrecht. Die Regelung dieser Materien ist nach der kompetenziellen Zuständigkeitsregelung des Grundgesetzes den Ländern vorbehalten. Enthielte das Energiewirtschaftsrecht des Bundes Regelungen, die dem kommunalen Organisations- und Wirtschaftsrecht entgegenstünden, dann wäre die entsprechende bundesrechtliche Regelung verfassungswidrig, weil der Bund damit in die Gesetzgebungskompetenz der Länder eingegriffen hätte.

Vorliegend stehen zwei Rechtskreise nebeneinander: einerseits das Energiewirtschaftsrecht des Bundes und andererseits das landesrechtliche Gemeindewirtschaftsrecht. Das Energiewirtschaftsrecht des Bundes berührt nicht die organisationsrechtlichen und gemeindewirtschaftlichen Regelungen wie sie in der Gemeindeordnung, dem GKZ oder dem Eigenbetriebsgesetz enthalten sind. Ein kommunaler Zweckverband zur Gasversorgung muss einerseits die Vorschriften des Energiewirtschaftsgesetzes einhalten, aber zusätzlich auch die Vorschriften des kommunalen Wirtschaftsrechts. Da letztere Gewinn begrenzende

Regelungen enthalten, führt dies im Ergebnis dazu, dass von Zweckverbänden und kommunalen GmbHs und AGs planmäßig nur eine marktübliche Verzinsung des Eigenkapitals angestrebt werden darf, die bei ca. 6 % liegt.

4. Wegen des Preismissbrauchs verweise ich auf die Ihnen bereits übergebene Begründung der Petition, die auch unter www.vsbd-gaspreis.de zu finden ist.

Mit freundlichen Grüßen

Knäpple

Rechtsanwalt