

# Becker Büttner Held

Überörtliche Anwaltssozialität

Büro Marburg

Becker Büttner Held • Postfach 11 69 • 35001 Marburg

Büro Marburg:

Rechtsanwälte  
Dr. Peter Becker Naber \*  
Dr. Dorothea Meurer-Melchauer  
Reinhard Karasek  
Holger Fröhlich  
Eberhard von Heydewolf  
Matthias Albrecht

In Kooperation mit:

Rechtsanwälte  
Kuhbler + Maess-Fouquet

Büro Hamburg:  
Senator a.D.  
Jörg Kuhbler  
Rechtsanwalt

Büro Berlin:

Rechtsanwälte  
Wolf Büttner  
Christian Held  
Dr. Carolyn Tomerius  
Christian Theobald

Büro Brüssel:  
Dörte Fouquet  
Avocate allemande

Büro Leipzig:

Rechtsanwälte  
Dr. Martin Riedel  
Nico Sauer

Rechtsanwälte  
von Waldenbach & Kollegen  
München

\* Fachanwalt für Verwaltungsrecht



Marburg, 20.04.1999

I/ko ko/D9/D9088

(Bitte stets angeben)

## STELLUNGNAHME

zu Art. 1 des 1. nordrhein-westfälischen Modernisierungsgesetzes  
betreffend die geplante Änderung  
der §§ 107 und 108 der Gemeindeordnung

Diese Stellungnahme wird abgegeben aus der Sicht eines Rechtsanwalts, der zahlreiche Stadtwerke in Ost und West berät und u. a. den sogenannten Stromstreit vor dem Bundesverfassungsgericht geführt hat.

Stellung wird nur genommen zu den §§ 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Abs. 5 und 108 Abs. 3. Sie geht in einem einleitenden Kapitel auf die Stellung kommunaler Unternehmen im Wettbewerb ein und untersucht dann die beabsichtigten Änderungen.

### I. Die Stellung kommunaler Unternehmen im Wettbewerb

Die Kommunalwirtschaft vereinigt heute auf sich 62 Mrd. DM Jahresumsatz, 139.000 Beschäftigte und jährliche Investitionen von 13 Mrd. DM. Sie garantiert in etwa der Hälfte aller Kommunen die Versorgung mit Energie und Wasser. Mit den Erträgen aus diesen Bereichen wird weithin der öffentliche Personennahverkehr finanziert. Außerdem stellen die Unternehmen mit der Ergebnisabführung und den Konzessionsabgaben zu einem erheblichen Anteil die Finanzierung kommunaler Aufgaben sicher.

Büro Marburg:  
Wilhelm-Roos-Strasse 25  
35037 Marburg  
Telefon (0 64 21) 2 30 27  
Telefax (0 64 21) 1 58 28

Büro Berlin:  
Köpenicker Straße 9  
10997 Berlin  
Telefon (030) 511 284 090  
Telefax (030) 511 284 099

Büro Leipzig:  
Tschakowakstraße 23  
04108 Leipzig  
Telefon (0341) 98 00 300  
Telefax (0341) 98 00 390

Bankverbindungen Büro Marburg:  
Postbank: Frankfurt/Main  
(BLZ 500 100 60) 6676-606  
Sparkasse Marburg-Biedenkopf  
(BLZ 833 600 00) 1 000 664 070

Telefonische Absprachen bedürfen schriftlicher Bestätigung

Eine Erhebung zu den Folgen des Wettbewerbs beim Strom unter repräsentativen kommunalen Unternehmen, die der Verfasser im Rahmen eines bundesverfassungsgerichtlichen Verfahrens vorgenommen hat, ergab folgendes Bild:

Den kommunalen Unternehmen gehen zunehmend Sondervertragskunden und im Wege der Bündelung auch Tariffkunden verloren. Der Ertrag aus dem Stromgeschäft ist schon heute um etwa 10 % gesunken. Im Bereich der Mittelspannungs-Sondervertragskunden sind bereits Erlöseinbußen von bis zu 40 % eingetreten. Ähnliche Tendenzen gibt es bei den Niederspannungs-Kunden. Entsprechend sinken die Konzessionsabgaben. Das führt insbesondere zu drei Konsequenzen, die sich bereits heute gravierend bemerkbar machen:

- Eine sichere Versorgung mit tariffierten Preisen kann nur durchgeführt werden, wenn zumindest die Kosten des Netzbetriebs gesichert sind. Das ist infolge mehrerer Fehlkonstruktionen des Energiewirtschaftsgesetzes nicht mehr der Fall. Insbesondere können dritte EVU mit Hilfe von Direktleitungen große Industriekunden oder mit eigenen Netzinvestitionen Neubau- oder Gewerbegebiete abziehen. Die allgemeine Versorgung ist gefährdet;
- kommunale Heizkraftwerke, die durch Kraft-Wärme-Kopplung (KWK) zu Ressourcenschonung und Klimaschutz beitragen, sind unter den Rahmenbedingungen von Monopolpreisen ausgelegt worden. Strombezugspreise, die unter die Betriebskosten fallen, machen die Anlagen unwirtschaftlich. Die Befragung hat ergeben, daß schon jetzt 10 bis 20 % kommunaler KWK geschlossen wird und daß es geplant ist, bis zu 70 % dieser Anlagen stillzulegen. Der Fremdbezug von Strom und die isolierte Wärmeerzeugung sind für die Kommunen wirtschaftlicher. Die Primärenergieeinsparung und der Klimaschutz durch KWK gehen verloren;
- die finanziellen Einbußen führen zu einem Zusammenbrechen der Finanzbeiträge für die kommunalen Haushalte.

Zu wettbewerblichen Reaktionen in die Versorgungsgebiete der Wettbewerber sind die kommunalen Unternehmen aus wirtschaftlichen und rechtlichen Gründen nicht in der Lage: Die Unternehmen sind durch langfristige Strombezugsverträge auf hohe Bezugspreise "festgenagelt" und können daher in einem aggressiven Preiswettbewerb nicht mithalten. Strombezug von Dritten, insbesondere ausländischen Wettbewerbern, scheitert an Durchleitungsverweigerungen durch die Netzbetreiber. Wäre Wettbewerb wirtschaftlich möglich, scheiterten die Kommunen an gemeinderechtlichen Schranken.

Demgegenüber haben die Verbundunternehmen, die teilweise dem Staat gehören, und ihre Regionalversorger ganz andere Startpositionen für den Wettbewerb. Sie können über die ihnen gehörenden Verbund- und Regionalnetze durchleiten und mit ihrer überlegenen Angebots- und Finanzmacht praktisch alle kommunalen Kunden, eingeschlossen die Tariffkunden, zu sich herüberziehen. Es liegt auf der Hand, daß jede Maßnahme des Gesetzgebers, die den Start der kommunalen Unternehmen in den Wettbewerb zusätzlich behindert, die Chancenungleichheit vergrößert und den Kommunen die Eigenversorgung über kurz oder lang unmöglich macht. Dieser Befund hat verfassungsrechtliche Qualität.

## II. Die europa- und bundesverfassungsrechtlichen Vorgaben

### 1. Die rechtlichen Vorgaben

Die wettbewerbliche Neuordnung auch des deutschen Energierechts ist europarechtlich vorgegeben worden. Auch europarechtlich gibt es aber einen Funktionsschutz für die kommunale Wirtschaftstätigkeit in einem wettbewerblich geprägten Umfeld. Dieser ist dreifach verankert:

Nach Art. 90 Abs. 2 EGV (Art. 86 nach Amsterdamer Zählung) können für Dienste von allgemeiner wirtschaftlicher Bedeutung wettbewerbliche Bereichsausnahmen vorgesehen werden, wenn das Gemeinschaftsziel des Wettbewerbs um Sondervertragskunden dadurch nicht beeinträchtigt wird.

Kommunale Unternehmen dürfen nach dem Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 2 EGV im Wettbewerb mit privaten Unternehmen nicht benachteiligt werden.

Die Mitgliedsstaaten sind gemäß Art. 16 (7 d) EGV verpflichtet, die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu schaffen bzw. zu gewährleisten.

Das bedeutet für das deutsche Recht, daß sowohl die kommunale Selbstverwaltungsgarantie gemäß Art. 28 Abs. 2 GG als auch die nachgeordneten staatlichen Gesetze im Lichte dieser Vorgaben auszulegen sind bzw. gestaltet werden müssen. Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie umfaßt die Daseinsvorsorge im Bereich der Versorgung mit Energie und Wasser, wie das Bundesverfassungsgericht (im HEW-Beschluß vom 16.05.1989, der Bundesgerichtshof im Urteil vom 07.07.1992 und das Bundesverwaltungsgericht in der sehr grundsätzlichen Saalkreis-Entscheidung vom 18.05.1995) übereinstimmend gesagt haben. Danach muß den Kommunen die Kompetenz belassen werden, selbst zu entscheiden, wie sie die Belange der Versorgung mit Energie und Wasser regeln wollen. Staatliche Vorgaben dürfen die Entscheidung für die Eigenversorgung nicht wirtschaftlich unmöglich machen.

Wenn beispielsweise Wettbewerber im Gemeindegebiet versorgen dürften, während kommunale Unternehmen nicht über die Gemeindegrenzen hinauskommen, wäre im Ergebnis die Sicherstellung der Daseinsvorsorge durch die Kommune nicht mehr möglich, weil ihr die wirtschaftliche Basis entzogen würde.

Schließlich gehört noch zu den bundesverfassungsrechtlichen Vorgaben, daß sich das Grundgesetz nicht für eine bestimmte Wirtschaftsordnung, also auch nicht etwa für einen Vorrang privater vor öffentlichen Unternehmen, entschieden hat.

### 2. Die gesellschaftsrechtlichen Strukturentscheidungen und der Konzessionsvertrag als kommunalpolitisches Steuerungsinstrument

Die gemeinderechtlichen Vorschriften sind ersichtlich von zwei Sorgen geprägt:

- Der öffentliche Sektor könne sich zu sehr zu Lasten des privaten ausbreiten und dabei unberechtigte Wettbewerbsvorteile in Anspruch

- nehmen;
- kommunalwirtschaftliche Unternehmen könnten sich der demokratischen Kontrolle entziehen.

Beide Sorgen sind unbegründet:

Entscheidet sich eine Kommune für die Eigenversorgung, kann durch die Vorgaben für die Besetzung und die Aufsichtsgremien sichergestellt werden, daß der kommunalpolitische Einfluß auf die Geschäftspolitik funktioniert. Dabei zeigt die Erfahrung, daß zwar einseitige politische Einflußnahmen hin und wieder vorkommen. Die Regel ist aber der Allparteienkonsens, so daß gerade grundlegende Strukturfragen nicht vom Wechselspiel politischer Interessen abhängen.

Mit dem Konzessionsvertrag kann darüber entschieden werden, in welchem Umfang das kommunale Unternehmen in der Energieversorgung, bei Energiedienstleistungen und auf sonstigen Geschäftsfeldern tätig wird. Es kann ein ortsspezifischer Ausgleich zwischen den divergierenden Interessen - Versorgungssicherstellung einerseits, Interessen von Handwerk und Industrie mit den kommunalen Verpflichtungen zur Sicherstellung von Arbeitsplätzen und ihren Interessen an der Gewerbesteuer andererseits - erreicht werden.

Es ist durch nichts belegt, daß - sachfernere - Aufsichtsinstanzen oder gar Gerichte zur Wahrnehmung dieser Aufgaben besser gerüstet seien.

Schließlich mochten aufsichtliche Regularien einem monopolistisch verfaßten System adäquat sein. Der neue Rechtsrahmen ist aber dem Wettbewerb als Regulans verpflichtet. Deswegen passen bürokratisch-hierarchische Entscheidungsstrukturen nicht mehr dazu.

### III. Zu den einzelnen Vorschriften

#### 1. Die Subsidiaritätsklausel in § 107 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 3

Die Regelung ist abzulehnen.

Durch § 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ist zunächst sichergestellt, daß die gemeindegewirtschaftliche Betätigung durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt ist. Für die Entscheidung der Frage, ob der öffentliche Zweck "durch andere Unternehmen nicht besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann", fehlt Aufsichtsinstanzen und Gerichten die Beurteilungsgrundlage. Es handelt sich um komplexe prognostische Entscheidungen, die von einer Vielzahl von Faktoren abhängen. Zwar mag im Einzelfall, gestützt auf die vorgeschlagene Regelung, nachgewiesen werden können, daß ein Wettbewerber bestimmte Dienstleistungen billiger erledigen kann. Ist es aber vernünftig, daß der Gesetzgeber davon eine aufsichtsbehördliche oder gar gerichtliche Entscheidung abhängig macht?

#### 2. Zur Betätigung im Ausland, § 107 Abs. 4

Es gibt in Nordrhein-Westfalen zahlreiche kommunale Unternehmen, die an der Grenze zu Belgien oder Holland liegen. Für sie ist der grenzüberschreitende Energiebezug von entscheidender Bedeutung für ihre

Position im Wettbewerb und von der Marktöffnung durch die Vorgaben des Europarechts gewollt. Wieso soll eine Genehmigungsbehörde die von einer Unternehmensleitung zu verantwortenden Entscheidungen besser und sachnäher beurteilen können als das Unternehmen?

Dasselbe gilt auch für grenzüberschreitende Absatzpolitik. Warum sollen etwa holländische oder belgische Strom- oder Gaskunden nicht in Deutschland kaufen und andersherum? Warum soll vom grenzüberschreitenden Handel, dessen Förderung das Europarecht wollte, gerade kommunale Unternehmen ausgeschlossen sein?

### **3. Das Erfordernis der Marktanalyse, § 107 Abs. 5**

Diese Regelung hat allenfalls deklaratorische Funktion. Ein sorgfältig geführtes kommunales Unternehmen muß ohnehin marktanalytisch tätig sein. Die Frage, ob einem kommunalen Unternehmen die Tätigkeit auf einem bestimmten Geschäftsfeld erlaubt werden soll, muß außerdem gesellschaftsrechtlich entschieden werden. Es ist fraglich, ob Gemeindevertreter ohne unternehmensinternen Sachverstand zur Beurteilung der anstehenden Fragen ausreichend qualifiziert sind.

### **4. Zum Nachrang der Aktiengesellschaft, § 108 Abs. 3**

Die Kommunen müssen Freiheit bei der Wahl der effizientesten Gesellschaftsform haben. Gerade die Aktiengesellschaft kann überdies eine attraktive Form sein, um die Gemeindebürger an ihrem kommunalwirtschaftlichen Unternehmen zu interessieren. Was befürchtete Steuerungs- oder Kontrolldefizite angeht, können durch Satzung und die Gestaltung der Aufsichtsorgane und -kompetenzen Vorkehrungen getroffen werden, daß die öffentliche Kontrollaufgabe sachgerecht erfüllt werden kann.

Auch hier ist wiederum zu fragen, warum ausgerechnet eine Aufsichtsinstanz besser gerüstet sein soll, die anstehenden komplexen Fragestellungen besser zu beurteilen als die Gemeinde, die vor einer - in der Regel - entsprechenden Umgründungsentscheidung steht und daher die Erfahrungen aus der vorhandenen oder mangelnden Bewährung der bisher praktizierten Gesellschaftsform einbringen kann.

  
Dr. Peter Becker  
- Rechtsanwalt -