

Professor Dr. Martin Burgi

Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Öffentliches Recht,
Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht
www.rub.de/burgi

Juristische Fakultät

Sektorenspezifische Modernisierung des kommunalen Wirtschaftsrechts in NRW: Ein neuer Ordnungsrahmen für die energiewirtschaftliche Betätigung

Zentrale Elemente des dem
Wirtschaftsministerium NRW erstatteten
Gutachtens
(vorgestellt am 10. Januar 2010)

Teil 1: Ausgangslage und Fragestellung

A. Leistungsprofil des Gutachtens

- Sektorenspezifischer Ansatz
- Rechtswissenschaftliche Analyse, nicht Rechtspolitik
- Leitidee: Lockerung einzelner Bindungen bei gleichzeitigem Wegfall bestehender rechtlich begründeter Vorteile

- Umsetzung durch einen Sondertatbestand „energiewirtschaftliche Betätigung“ mit zu spezifischen Rechtsfolgen

- ➔ Künftig also:
 - Wirtschaftliche Betätigung (allgemein): § 107 Abs. 1 GO NRW
 - Nichtwirtschaftliche Betätigung: § 107 Abs. 2 GO NRW
 - Energiewirtschaftliche Betätigung: § 107 Abs. 1a GO NRW oder § 107a GO NRW (n.F.)

B. Gründe

- Realbereichsanalyse:
 - Dynamisierung des Marktgeschehens bei sich verstärkendem Wettbewerbsdruck und unter Kreierung immer neuerer innovativer Dienstleistungen und Produkte
 - Entörtlichung und Internationalisierung des Marktgeschehens
 - Zunahme und wachsende Formenvielfalt von Kooperationen

- Fortbestehen teilweise oligopolistischer Strukturen zugunsten der vier großen privatwirtschaftlichen Verbundunternehmen, insbesondere auf der Erzeugungsstufe (Gutachten Monopolkommission)
- Vermehrtes Auftreten von Stadtwerken aus anderen Bundesländern in NRW

- Rechtssystematische Kritik des bestehenden Regelungskonzepts im Hinblick auf den Energiesektor:
 - Unausgewogenheiten im Gesamtbild von Rechtspflichten und rechtlich begründeten Vorteilen
 - Erhebliche Intransparenz
 - Bürokratielasten
 - Aus EU-Recht keine Rechtspflicht zur Veränderung, aber Anstöße in zweifacher Hinsicht: Dortiges Regelungskonzept konträr zum Ansatz der GO NRW; Streitige Diskussion um die Bedeutung der EU-Grundfreiheiten

Teil 2: Regelungskonzept und rechtliche Beurteilung

A. Ordnungsrahmen für die „energiewirtschaftliche Betätigung“

- Bausteine:
 - Sondertatbestand, dem unmittelbar durch Gesetz alle energiewirtschaftlichen Betätigungen sowie Tätigkeiten mit unmittelbar funktionalem Bezug zur Energieversorgung zugeordnet werden
 - Opt-out-Klausel, wenn durchgehend ausschließlich innerhalb des eigenen Gemeindegebiets und ausschließlich für die eigenen Einwohner agiert werden soll
- Vergleich mit Regelungskonzepten aus anderen Bundesländern und aus der Wissenschaft

B. Fortbestehende, teilweise modifizierte Rechtsbindungen

I. Jedenfalls mittelbare Erfüllung eines öffentlichen Zwecks

- Wahrung der verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen, weil es nicht um ausschließlich am Zwecke der Gewinnerzielung orientierte Aktivitäten geht

Bisherige Rechtslage:

- „Dringender öffentlicher Zweck“ + „Erfordern der wirtschaftlichen Betätigung“ (allerdings: Entschließungsantrag der Fraktionen von CDU und FDP vom 5.9.2007 [LT-Drucks. 14/4961, S. 1] und Erlass des IM NRW vom 15.4.2008)

Künftige Rechtslage:

- Vermutung des Inhalts, dass Betätigungen in den erfassten Bereichen einem öffentlichen Zweck dienen, die aus sachlichen Gründen und zusätzlich dadurch, dass auf Grund der Verwendung der Erlöse öffentliche Zwecke gefördert werden.

II. Leistungsfähigkeit nebst Vorgaben zur Begrenzung des wirtschaftlichen Risikos

- 1:1-Übernahme der bestehenden Regelung
- Zusätzliche Immunisierung im Verhältnis zwischen Gemeinde und energiewirtschaftliches Unternehmen durch die nachfolgend vorgeschlagenen Veränderungen bei der Haftung im Insolvenzfall sowie bei der Gewährung von Krediten etc.

- Umwandlung der bisherigen Soll-Vorschrift des § 112 GO (Brückennorm zu § 53 Abs. 1 HGrG) in eine Muss-Vorschrift: Demnach muss die jeweilige Kommune verlangen, dass über die nach Handelsrecht bereits vorgesehenen Gegenstände hinaus die „Ordnungsgemäßheit der Geschäftsführung und vor allem die wirtschaftlichen Verhältnisse einschließlich der Entwicklung der Vermögens- und Ertragslage sowie die Liquidität und Rentabilität der Gesellschaft“ durch eine erweiterte Jahresabschlussprüfung beurteilt werden.

C. Wegfall der rechtlich begründeten Vorteile (als Bausteine für die politische Diskussion)

- Ausschluss der öffentlich-rechtlichen Organisationsformen in diesem Sektor
- Verbot der Leistung von Krediten nach Maßgabe kommunalwirtschaftlicher Vorzugskonditionen sowie von Bürgschaften und Sicherheiten für die Unternehmen (beachte bereits § 108 Abs. 1 Nr. 9 Satz 2 GO NRW)
- Beschränkung der Haftung der Gemeinde auf den Anteil am Stammkapital (vgl. wiederum § 108 Abs. 1 Nr. 9 Satz 1 GO NRW)
- Vergaberechtspflicht trotz vorliegender Inhouse-Voraussetzungen

D. Wegfallende Rechtsbindungen

I. Grundsätzliche Statthaftigkeit der überörtlichen Betätigung

- Schon bisher kein vollständiges Verbot der überörtlichen Betätigung
- Nunmehr Ausdehnung der Möglichkeiten
- Infolgedessen dessen und angesichts des Gesamtkonzepts Vereinbarkeit mit dem Verfassungsrecht:
 - Garantie der kommunalen Selbstverwaltung
 - Gebot demokratischer Legitimation
 - Grundrechte der privatwirtschaftlichen Unternehmen

Bisherige Rechtslage:

Gemäß § 107 Abs. 3 GO ist die wirtschaftliche Betätigung „außerhalb des Gemeindegebietes“ an das Vorliegen der Voraussetzungen des Absatzes 1 geknüpft:

- Dringender öffentlicher Zweck
- Leistungsfähigkeit
- Beachtung der „berechtigten Interessen der betroffenen kommunalen Gebietskörperschaften“ (im Energiewirtschaftssektor spezifiziert)

Neue Rechtslage:

Statthaftigkeit der Betätigung außerhalb des Gemeindegebietes, wenn eine Betätigung innerhalb des Gemeindegebiets statthaft wäre → Wegfall des kaum je einmal erfüllbaren Kriteriums des „dringenden öffentlichen Zwecks“; Fortbestand des Kriteriums der Leistungsfähigkeit (s.o.)

- Beibehaltung der bisherigen Schutzklausel zugunsten der Nachbargemeinden

➤ Für Betätigungen auf ausländischen Märkten zusätzlich Genehmigungspflicht

➤ Umwandlung der Genehmigungsin eine Anzeigepflicht für die Betätigung auf ausländischen Märkten

Teil 3: Summary/Fazit

- Die Stadtwerke in NRW sind bereits jetzt Hechte im Karpfenteich des Energiemarktes
- Sie dürfen aber nur in Teilen des Teiches schwimmen
- Sie wissen oftmals nicht, ob sie überhaupt schwimmen dürfen
- Dafür müssen sie künftig stärker mit der Gefahr des Untergehens rechnen!