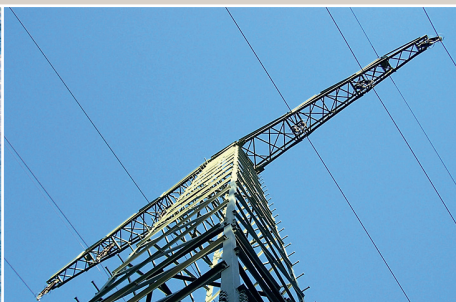




Neuer Ordnungsrahmen für die energiewirtschaftliche Betätigung der Kommunen

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-415-04494-4

E-ISBN 978-3-415-05018-1

© Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG, 2010

Scharrstraße 2

70563 Stuttgart

www.boorberg.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Gesamtherstellung: Laupp & Göbel, Talstraße 14, 72147 Nehren

Vorwort

Mit dieser Untersuchung wird der Öffentlichkeit ein Rechtsgutachten zugänglich gemacht, das der *Verf.* dem Ministerium für Wirtschaft, Mittelstand und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen erstattet hat. Frau *Brigitta Knust* ist für die Betreuung des Manuskripts, Frau stud. iur. *Alexandra Saager* für redaktionelle Abschlussarbeiten herzlich zu danken. Herr Wiss. Mitarbeiter *Jörg Henkel* hat sich als „Sparringspartner“ verdient gemacht.

Bochum, im Februar 2010

Martin Burgi

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Abkürzungsverzeichnis	11
Literaturverzeichnis	15
Teil 1: Ausgangslage und Fragestellung	21
A. Einführung und Aufbau	21
B. Kritische Analyse des gegenwärtigen Rechtszustandes	22
I. Realbereichsanalyse	22
1. Wertschöpfungsstufen im Energiemarkt	23
2. Faktoren der gegenwärtigen und künftigen Entwicklung .	25
3. Skizze der gegenwärtigen und künftigen Entwicklung ..	28
II. Kritik des § 107 GO NRW mit Blick auf den Energiemarkt ..	30
1. Skizze des Regelungskonzepts	30
2. Konfrontation mit dem Entwicklungsszenario im Energie-	
markt	30
a) Dynamisierung, Innovations- und Wettbewerbsdruck:	31
b) Oligopol-situation auf dem Erzeugermarkt:	32
c) Entörtlichung/Internationalisierung:	32
d) Kooperationsnotwendigkeit:	33
3. Dogmatische Schwächen des Regelungskonzepts	33
a) Rechtspflichten und rechtlich begründete Vorteile ..	34
b) Die europarechtliche Perspektive	35
C. Politische Zielvorstellungen	39
Teil 2: Regelungskonzept und rechtliche Beurteilung	41
A. Das Konzept eines Ordnungsrahmens für die „energie-	
wirtschaftliche Betätigung“	41
I. Regelungskonzepte aus anderen Bundesländern und aus	
der Wissenschaft	41
1. Sachsen-Anhalt	42
2. Thüringen	43
3. Das kommunale Wettbewerbsunternehmen nach den	
Vorstellungen von Hans D. Jarass	44

II. Eigenes Konzept: Gesetzesunmittelbare Entfaltung eines spezifischen Ordnungsrahmens „energiewirtschaftliche Betätigung“	46
1. Standort und Verhältnis zu den beiden bisherigen Kategorien	46
2. Anwendungsbereich	48
a) Tätigwerden innerhalb der Energieversorgung	48
b) Tätigkeiten mit unmittelbar funktionalem Bezug zur Energieversorgung	50
3. Opt-out-Klausel	52
B. Fortbestehende, teilweise modifizierte Rechtsbindungen	53
I. Jedenfalls mittelbare Erfüllung eines öffentlichen Zwecks	54
1. Regelungsvorschlag	55
2. Beachtung der verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen	56
a) Inhalt	56
b) Beurteilung	58
II. Leistungsfähigkeit nebst Vorgaben zur Begrenzung des wirtschaftlichen Risikos	60
C. Wegfallende rechtlich begründete Vorteile	62
I. Konzeptidee	62
II. Ausschluss der öffentlich-rechtlichen Organisationsformen	63
III. Verbot der Kapitalzufuhr?	65
1. Ausgangslage und beihilferechtlicher Rahmen	65
2. Bewertung	66
IV. Verbot der Leistung von Krediten, Bürgschaften und Sicherheiten	67
1. Ausgangslage, v. a. bei den sog. Kommunalkrediten	67
2. Bewertung	69
V. Haftungsbeschränkung	70
VI. Vergaberechtspflicht trotz vorliegender Inhouse-Voraussetzungen	71
1. Ausgangslage	71
2. Die sog. Inhouse-Ausnahme	73
3. Bewertung	74
D. Wegfallende Rechtsbindungen	74
I. Grundsätzliche Statthaftigkeit der überörtlichen Betätigung	75
1. Künftige Voraussetzungen	75
a) Jedenfalls mittelbare Verfolgung eines öffentlichen Zwecks	75

b)	Leistungsfähigkeit	76
c)	Beachtung derjenigen Interessen der betroffenen anderen kommunalen Gebietskörperschaften, die nach den Vorschriften des Energiewirtschaftsgesetzes eine Einschränkung des Wettbewerbs zulassen	77
d)	Anzeige- statt Genehmigungspflicht für die energiewirtschaftliche Betätigung im Ausland	78
2.	Vereinbarkeit mit Art. 28 Abs. 2 GG bzw. Art. 78 Verf NRW	79
a)	Verfassungsrechtsdogmatische Ausgangslage	80
b)	Notwendigkeit und Reichweite einer gesetzlichen Erweiterungsklausel	81
c)	Vereinbarkeit mit dem Selbstverwaltungsrecht der betroffenen anderen Kommunen	85
3.	Vereinbarkeit mit dem Gebot demokratischer Legitimation	88
4.	Vereinbarkeit mit den Grundrechten der privatwirtschaftlichen Unternehmen	89
II.	Modifizierung der Pflicht zur Marktanalyse nach § 107 Abs. 5 GO NRW	89
Teil 3: Management Summary		91

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
ABl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
allg.	allgemein
Anm.	Anmerkung
AöR	rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts
	Archiv des öffentlichen Rechts
ARegV	Anreizregulierungsverordnung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BayGO	Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern
BFH	Bundesfinanzhof
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BHO	Bundeshaushaltsordnung
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BStBl.	Bundessteuerblatt
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
d. h.	das heißt
DJT	Deutscher Juristentag
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
EG/EGV	EG-Vertrag
endg.	endgültig
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
Erl.	Erläuterung
EU/EUV	EU-Vertrag
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Europarecht
EurUP	Zeitschrift für Europäisches Umwelt- und Planungsrecht
et	Energiewirtschaftliche Tagesfragen
etc.	et cetera
e. V.	eingetragener Verein
f./ff.	folgende
FR	FinanzRundschau
FS	Festschrift

G.	Gesetz
GBL.	Gesetzblatt
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GO BW	Gemeindeordnung für Baden-Württemberg
GO NRW	Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen
GO LSA	Gemeindeordnung für das Land Sachsen-Anhalt
GO-ReformG	Gemeindeordnungsreformgesetz
GO SH	Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HdbStR	Handbuch des Staatsrechts
HGB	Handelsgesetzbuch
HGrG	Haushaltsgrundsätzegesetz
Hrsg.	Herausgeber
i. d. F.	in der Fassung
i. d. F. d. B.	in der Fassung der Bekanntmachung
i. E.	im Erscheinen
InsolvenzO	Insolvenzordnung
IR	InfrastrukturRecht
i. S.	im Sinne
i. S. d.	im Sinne des
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
JZ	JuristenZeitung
KGAG NRW	Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit
KOM	Kommission
KommJur	Kommunaljurist
KrO NRW	Kreisordnung Nordrhein-Westfalen
KWG	Kreditwesengesetz
KWK	Kraft-Wärme-Kopplung
LHO	Landeshaushaltsordnung
Lit.	Literatur
lit.	littera
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
LT-Drucks.	Landtagsdrucksache
m. Anm.	mit Anmerkung
m. E.	meines Erachtens
MessZV	Messzugangsverordnung
MW	Megawatt