Kommunalisierung von Gas- und Stromnetzen

Hier: Kommunaler Erwerb von Anteilen an Netzgeselischaften/Neufassung

Schreiben d. MI vom 04.04.2013
Az. 32.1-10212/2 (Netzbetreiber)

Kommunen dürfen sich zur Erledigung ihrer Aufgaben wirtschaftlich betätigen (§§ 136 ff. NKomVG). Das beinhaltet grundsätzlich auch die Beteiligung an Netzgesellschaften. Regelmäßig betreffen derartige Beteiligungsgeschäfte eine Vielzahl von gleichartigen Fällen. Zur Wahrung einer einheitlichen kommunalaufsichtlichen Bewertung gebe ich die folgenden grundsätzlichen Hinweise, die Aspekte des Kartellrechtes (Landeskartellbehörde/ Niedersächsisches Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr) sowie des Wegenutzungsrechtes im Zusammenhang mit der Konzessionsabgabenverordnung (Niedersächsisches Ministerium für Umwelt, Energie und Klimaschutz) einbeziehen. Diese Neufassung[1] ersetzt den Erlass "*Kommunalisierung von Gas- und Stromnetzen*" vom 13.02.2013 (Az. wie oben).

1.) Begriffsbestimmung

- *Energienetze* im Sinne dieses Erlasses sind Energieversorgungsnetze im Sinne des § 3 Nr. 16 des Gesetzes über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz - EnWG) zur regionalen Versorgung.
- *Netzgesellschaft* im Sinne dieses Erlasses ist eine juristische Person, welche ein Energienetz betreibt.
- *Veräußerer* im Sinne dieses Erlasses ist eine Person, welche Anteile an einer Netzgesellschaft verkauft.

2.) Zuständige Kommunalaufsichtsbehörde

Die Beteiligung einer Kommune an einer Netzgesellschaft ist im Regelfall ein kommunalrechtlich **anzeigepflichtiger Vorgang** (§ 152 Abs. 1 S. 1 Ziffer 2 NKomVG). Im Einzelfall bedarf es zusätzlich der **Genehmigung von Sicherheiten oder Gewährleistungen für Dritte** (insbesondere Bürgschaften, § 121 Abs. 2 NKomVG) oder **kreditähnlicher Rechtsgeschäfte** (§ 120 Abs. 6 NKomVG).

Soweit eine kreis- oder regionsangehörige Gemeinde Anteile erwirbt, ist grundsätzlich der **Landkreis respektive die Region zuständige Kommunalaufsichtsbehörde** (§ 171 Abs. 2 NKomVG). Eine Zuständigkeit des MI gemäß § 171 Abs. 4 NKomVG, mithin bei einer Beteiligung des Landkreises/der Region "in anderer Weise", dürfte nur in engen Ausnahmefällen in Betracht kommen.

Insbesondere im Lichte der aktuellen Rechtsprechung des VG Oldenburg (Beschluss vom 17.07.2012, 1 B 3594/12, Seite 22) wäre selbst bei weiter Auslegung des Begriffes der "Beteiligung in anderer Weise" eine Zuständigkeit des MI als oberste Kommunalaufsicht nur dann gegeben, wenn ein unmittelbarer Nachteil respektive Vorteil für den Landkreis/die Region als jeweilige Kommunalaufsichtsbehörde und gleichzeitiger **Anteilseigner des Veräußerers** durch eine aufsichtsrechtliche Entscheidung angenommen werden kann. Dies ist regelmäßig auszuschließen, soweit der Landkreis/die Region nur mittelbarer Gesellschafter an dem Veräußerer ist. Ist der Landkreis/die Region unmittelbarer Gesellschafter des Veräußerers, muss anhand des Beteiligungsgrades differenziert werden. Bei einem Anteil kleiner als einem Prozent wird man einen signifikanten Einfluss des Landkreises/der Region auf den Veräußerer und damit einen unmittelbaren Vorteil respektive Nachteil ausschließen können, sodass es bei der Zuständigkeitsverteilung nach § 171 Abs. 2 NKomVG bleibt.

Ist der Landkreis/die Region unmittelbarer oder mittelbarer Mitgesellschafter an der Netzgesellschaft, gilt das oben gesagte entsprechend.

3.) Örtlichkeitsprinzip

Die Beteiligung einer Kommune an einer Netzgesellschaft mit einem über die jeweils eigenen kommunalen Gebietsgrenzen hinausgehenden Netzgebiet stellt grundsätzlich keinen Verstoß gegen das sog. **Örtlichkeitsprinzip** dar.

Örtliche Versorgungssicherheit respektive der Energietransport und die Ertüchtigung des Energienetzes sind nicht kleinräumig zu bewerkstelligen. Daher dient in der Regel die Ertüchtigung des Gesamtnetzes immer auch der örtlichen Versorgungssicherheit, somit der Daseinsvorsorge der örtlichen Gemeinschaft. Jedoch darf eine solche Ausdehnung nicht in andere örtliche Gemeinschaften eingreifen. Bei freiwilligen Zusammenschlüssen mehrerer Kommunen in einer Netzgesellschaft wird indes ein unzulässiger Eingriff in die Sphäre der jeweils anderen Kommunen respektive ein Verstoß gegen das Örtlichkeitsprinzip regelmäßig auszuschließen sein.

4.) Öffentlicher Zweck

Die Beteiligung an einer Netzgesellschaft ist geeignet, einen **öffentlichen Zweck** im Sinne von § 136 Abs. 1 S. 2 Ziffer 1 NKomVG darzustellen. Dieser ist seitens der Kommune ausführlich im Rahmen des kommunalrechtlichen Anzeigeverfahrens zu beschreiben.

Der öffentliche Zweck kann sich aus vielfältigen Aspekten ergeben. Die unmittelbare oder mittelbare Beteiligung an einer Netzgesellschaft stellt grundsätzlich eine gemeinwohlorientierte und einwohnernützige Betätigung und damit einen Teil der örtlichen Daseinsvorsorge dar. Der damit auch verbundene Einfluss auf die Struktur und den Zustand der örtlichen Energienetze durch die Mitsprache bei der Netzertüchtigung dient ebenfalls der Sicherung der örtlichen Lebensgrundlagen und stellt insbesondere einen zulässigen öffentlichen Zweck dar. Auch dadurch Einfluss auf die Energiewende nehmen zu wollen, kann einen tauglichen öffentlichen Zweck beschreiben. Als Nebeneffekt Erträge für den Haushalt zu erwirtschaften, steht im Einklang mit § 149 Abs. 1 NKomVG. Jedoch muss die entsprechende Zweckbeschreibung der Kommune eindeutig erkennen lassen, dass die Gewinnerzielungsmöglichkeit tatsächlich allein ein Nebeneffekt ist. Anderenfalls wäre eine Beteiligung an einer Netzgesellschaft unzulässig.

5.) Angemessener Einfluss

Grundsätzlich muss die Kommune einen dem (Gesellschafts-) Anteil entsprechenden Einfluss an der Netzgesellschaft haben, damit dieser **angemessen** ist (§ 137 Abs. 1 Ziffer 6 NKomVG). Konkret muss das Stimmenverhältnis bzw. Sitzverhältnis in der Gesellschafterversammlung oder einem vergleichbaren Organ mindestens der Höhe der Anteile an der Netzgesellschaft entsprechen.

Regelmäßig dürften die kommunalen Anteile an der Netzgesellschaft in eigenen Gesellschaften gebündelt werden, Problematisch ist grundsätzlich das Modell der Kommanditgesellschaft einschließlich der Sonderform der GmbH & Co KG, Soweit die Kommune ausschließlich als Kommanditist und damit als reiner Kapitalgeber fungiert, fehlt der notwendige angemessene Einfluss, Anders ist die Sonderform der sog, "Einheits GmbH & Co KG" zu bewerten, bei der die Kommanditgesellschaft selbst Gesellschafter der Komplementär-GmbH ist. Mithin bestimmen dort die Kommanditisten als Gesellschafter der Komplementärin auch die Grundzüge der Geschäftsführung, die bei einer Kommanditgesellschaft grundsätzlich bei der Komplementärin liegt (vergl. § 164 HGB). Zugleich ist das Haftungsrisiko der Kommune hinreichend beschränkt.

6.) Zwischengesellschaft

Soweit der Erwerb von Anteilen an einer Netzgesellschaft über eine kommunale Eigengesellschaft (sog. Zwischengesellschaft) realisiert wird, sind im Rahmen eines gegebenenfalls notwendigen Anzeigeverfahrens zur Gründung der Zwischengesellschaft die Hinweise aus diesem Erlass entsprechend anzuwenden, Die Beteiligung der Zwischengesellschaft an der Netzgesellschaft selbst stellt einen gemäß § 152 Abs. 1 S. 1 Ziffer 3 NKomVG anzeigepflichtigen Vorgang dar.

7.) Wegenutzungsverträge/Konzessionsabgabenverordnung (MU)

Soweit die Möglichkeit der Beteiligung an einer Netzgesellschaft an Kommunen gerichtet ist, mit denen Wegenutzungsverträge bestehen oder rechtswirksam neu abgeschlossen wurden und die erbringt, wird darin kein Verstoß gegen § 3 der Verordnung über Konzessionsabgaben für Strom und Gas (Konzessionsabgabenverordnung - KAV) gesehen. Gleiches gilt für eine Vereinbarung, wonach Kommunen aus der Netzgesellschaft ausscheiden, wenn die Wegenutzungsverträge mit dieser nicht verlängert werden.

[1] Die Neufassung wurde gegenüber der Fassung vom 13.02.2013 ausschließlich um die Ziffer 9 ergänzt.

Unzulässig wäre dagegen eine Vereinbarung, die eine Beteiligungsmöglichkeit der Kommunen an einer Netzgesellschaft von einer Verlängerung eines bestehenden Wegenutzungsvertrags nach dessen Auslaufen abhängig macht und damit einen Automatismus im Hinblick auf die Verlängerung des Wegenutzungsvertrages bewirken würde.

8.) Kartellrecht (MW)

Die Vergabe von Wegerechten nach § 46 EnWG (Konzessionsvergaben) stellt keine Vergabe öffentlicher Aufträge i.S,d, §§ 97 ff. GWB dar, so dass diese Vorschriften keine Anwendung finden Das kartellrechtliche Vergaberecht ist jedoch regelmäßig anwendbar, wenn ein kommunales Stadtwerk - ggf. im Rahmen eines Konzessionsverfahrens - einen Beteiligungspartner für die Erfüllung seiner energiewirtschaftlichen Aufgaben sucht.

Da die Kommunen im Rahmen der ihnen nach § 46 EnWG obliegenden Konzessionsvergaben als marktbeherrschende Unternehmen i.S.d. § 19 Abs.2 Nr. 1 GWB anzusehen sind, haben sie bei der Erfüllung dieser Tätigkeit insbesondere die kartellrechtlichen Anforderungen aus §§ 19, 20 GWB zu beachten.

Demnach dürfen im Wettbewerb um die Konzession nach § 46 EnWG keine Bewerber behindert oder diskriminiert werden. Das erfordert - neben der Beachtung der Vorgaben des § 46 EnWG - aus kartellrechtlicher Sicht eine transparente und alle Bewerber gleich behandelnde Verfahrensgestaltung ohne Vorfestlegung auf einen Bewerber sowie eine diskriminierungsfreie und transparente Anwendung der von der Kommune aufgestellten Auswahl- und Bewertungskriterien. Die von der ausschreibenden Kommune aufgestellten und angewendeten Kriterien müssen mit den kartell- und energierechtlichen Vorgaben im Einklang stehen. Neben der kartellrechtlich gebotenen Transparenz und Nichtdiskriminierung bedeutet das insbesondere, dass die Kommune bei der Aufstellung der Kriterien die Vorgaben aus § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG, deren Netzbezug und die sich aus § 3 KA Vergebenden Einschränkungen zu beachten hat. Innerhalb dieser gesetzlichen Vorgaben steht den Kommunen jedoch ein Gestaltungsspielraum zu, der sich in der Bestimmung der anzuwendenden Auswahlkriterien, deren Gewichtung und deren Anwendung äußert.

Diese Maßstäbe gelten auch für Auswahlverfahren nach § 46 EnWG, bei denen sich die ausschreibende Kommune an einer am Konzessionsvergabeverfahren teilnehmenden Netzgesellschaft beteiligen möchte oder bereits an dieser beteiligt ist. In diesen Fällen sollte zur Wahrung der Diskriminierungsfreiheit zukünftiger Auswahlverfahren. die Beteiligung an der Netzgesellschaft an die Laufzeit der Konzession geknüpft sein.

Die Landeskartellbehörde Niedersachsen behält sich vor, die konkrete Ausgestaltung einzelner kommunaler Auswahlverfahren einer kartellrechtlichen Prüfung zu unterziehen, wenn sie Anhaltspunkte für Verstöße einer Kommune gegen §§ 19, 20 GWB hat

9.) Leistungsfähigkeit der Kommune/Kredite/Bürgschaften

Inwieweit eine Kommune die hinreichende Leistungsfähigkeit zum Erwerb von Anteilen an einer Netzgesellschaft besitzt (§ 137 Abs. 1 Ziffer 3 NKomVG), ist wie die Frage der eventuellen Genehmigungsfähigkeit von Krediten, kreditähnlichen Rechtsgeschäften oder Bürgschaften seitens der zuständigen Kommunalaufsichtsbehörde im Einzelfall zu bewerten.

a.) Eine unmittelbare **Kreditfinanzierung** des Anteilserwerbes durch die Kommune unter den Voraussetzungen des § 111 Abs. 6 NKomVG ist grundsätzlich zulässig, soweit die Kommune gemäß § 23 GemHKVO dauernd leistungsfähig ist.

Bei fehlender dauernder Leistungsfähigkeit muss zur Feststellung der Genehmigungsfähigkeit von Krediten das Vorliegen eines Regelausnahmefalles (§ 120 Abs. 2 Satz 3 NKomVG) seitens der Kommunalaufsichtsbehörde ausdrücklich festgestellt werden. Dabei muss insbesondere hinreichend sicher angenommen werden können, dass durch die Kreditaufnahme die Wiedererlangung der dauernden Leistungsfähigkeit nicht gefährdet wird. In concreto dürfte dies gegeben sein, wenn der Zinsaufwand sowie die Tilgung durch gesicherte Erträge kompensiert werden kann. Eine entsprechende Bewertung muss auch für Kommunen, die in den letzten drei Haushaltsjahren eine Bedarfszuweisung erhalten oder einen sog. Zukunftsvertrag geschlossen haben, vorgenommen werden.

b.) Die unter a.) dargestellten Bedingungen gelten für die Anteilfinanzierung mittels eines **kreditähnlichen Rechtsgeschäftes** (§ 120 Abs. 6 NKomVG) entsprechend. Denkbare Konstellation ist insbesondere, dass der Kaufpreis für die Anteile an der Netzgesellschaft oder der Zwischengesellschaft (vergl. oben Ziffer 7.) zunächst gestundet wird und die Rückzahlungsverpflichtung zuzüglich möglicher Zinsen dabei mit zukünftigen Dividendenansprüchen verrechnet wird. Soweit diese nicht ausreichen kommen gegebenenfalls gesonderte Nachschusspflichten hinzu. Dabei dürften nur Nachschusspflichten zulässig sein, welche auf die Höhe der fälligen Zins- und Tilgungszahlungen begrenzt sind (vergl. § 137 Abs. 1 NKomVG). Derartige Vereinbarungen kommen, soweit die Kommune unmittelbare Vertragspartnerin ist, wirtschaftlich insgesamt einer Kreditverpflichtung im Sinne von § 120 Abs. 6 NKomVG gleich und bedürfen damit der kommunalaufsichtlichen Genehmigung.

c.) Im Rahmen einer möglicherweise notwendigen **Bürgschaftsgewährung** (§ 121 Abs. 2 NKomVG) seitens der Kommune zur Besicherung der Finanzierung des Anteilserwerbes gelten die unter a.) gemachten Ausführungen entsprechend. Als Bürgschaftsform kommt im Regelfall nur eine (unmodifizierte) Ausfallbürgschaft in Betracht.