



Gemeinsamen Veranstaltung des LKT SH und des SHGT am 07. Dezember 2009 in Rendsburg „Lokale und landesweite Netzgesellschaften aus Sicht von Kommunalrecht, Regulierung und Versorgungspolitik“

Vortrag von Frau Manuela Söller-Winkler

Leiterin der Abteilung für kommunale Angelegenheiten, Ordnungsrecht, Wahlen und Sport im Innenministerium des Landes Schleswig-Holstein

Kommunaler Erwerb von Energienetzen: Was sagt das Kommunalrecht?

Einleitung

Die meisten Strom-Konzessionsverträge in SH laufen in den nächsten 3 Jahren nach 20 Jahren aus (überwiegend Ende 2009). Der Gesetzgeber hat einen Wettbewerb um Energienetze vorgesehen (Wegenutzungsverträge nach § 46 Energiewirtschaftsgesetz – EnWG). Über die Neuvergabe entscheidet die jeweilige Gemeinde.

Den Gemeinden stehen nunmehr drei Handlungsalternativen zur Verfügung:

- Vergabe an den bisherigen Netzbetreiber – ohne direkte Auswirkung
- Vergabe an einen neuen Netzbetreiber – ohne direkte Auswirkung
- Übernahme von Netzen durch Gemeinden.

Bei der Übernahme von Netzen durch Gemeinden stehen nach gegenwärtiger Kenntnis der Kommunalaufsicht des Innenministeriums grundsätzlich drei Modelle zur Diskussion:

I. Übernahme von Netzen durch die Gemeinde selbst

durch Gründung eines eigenen privatrechtlichen (Eigengesellschaft) oder öffentlich-rechtlichen Unternehmens (Eigenbetrieb, AöR- Kommunalunternehmen), z.

B. mit folgenden Ausprägungen:

- Betriebsführung in Eigenregie
- Betriebsführung durch Dritten

II. Übernahme von Netzen durch einen (externen) kommunalen Dritten

- Die übernehmende (= die Netz erwerbende) Gemeinde gründet eine eigene Gesellschaft
- Die übernehmende Gemeinde gründet eine gemeinsame Gesellschaft mit der die Konzession erteilenden Gemeinde

III. Gemeinschaftliche Beteiligung einer Vielzahl von Gemeinden an einer landesweiten, mehrheitlich von privaten Anteilseignern beherrschten Netzgesellschaft

- Beteiligungsangebot der E.ON Hanse AG

Bewertung

A. Gemeindewirtschaftsrecht

Grundsätzlich ist es Gemeinden nach §§ 101 und 102 Gemeindeordnung (GO) möglich, wirtschaftliche Unternehmen in öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Form zu errichten bzw. zu gründen und sich an Unternehmen und deren Gründung zu beteiligen, wenn die folgenden Zulassungsvoraussetzungen, auch „Schrankentrias“ genannt, kumulativ erfüllt sind:

- 1) Ein öffentlicher Zweck, dessen Erfüllung im Vordergrund der Unternehmung stehen muss, rechtfertigt das Unternehmen.
- 2) Das Unternehmen steht nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf.
- 3) Der Zweck kann nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erfüllt werden.

Darüber hinaus muss ein wirtschaftliches Unternehmen der Gemeinde grundsätzlich das sog. „Örtlichkeitsprinzip“ erfüllen, welches sich aus dem Territorialprinzip als Be-

tätigungsgrenze ergibt (s. § 101 Abs. 2 GO).

Zum Örtlichkeitsprinzip - § 101 Abs. 2 GO:

Artikel 28 Abs. 2 Satz 1 Grundgesetz (GG) ist Grundlage für die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, auch wenn die Gemeinde in der Rechtsform des privaten Rechts handelt. Als Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft werden diejenigen Bedürfnisse und Interessen verstanden, die in der jeweiligen Gemeinschaft wurzeln oder zu ihr in einem besonderen Bezug stehen.

In Bezug auf die unter den Ziffern I. bis III. genannten Konstellationen ist das Örtlichkeitsprinzip insbesondere in den Fällen der Übernahme/ Pacht der Netze bzw. der Betriebsführung durch einen (externen) kommunalen Dritten von Bedeutung (s.o., Ziffern II.). Hierzu ist festzuhalten, dass der Bundesgesetzgeber gerade gem. § 46 EnWG (Wegenutzungsverträge) den Wettbewerb um Netze wollte und dass bei einer Vergabe eines Wegenutzungsrechtes etc. an einen Dritten die Zustimmung durch die Gemeinde zu einer Betätigung Dritter auf ihrem Gebiet vorausgesetzt werden kann. In dem zuvor beschriebenen Rahmen sind dadurch die jeweiligen Gemeinden legitimiert, sich jeweils nicht nur auf dem eigenen Gemeindegebiet, sondern auch in „fremden“ Gemeinden zu betätigen.

Zum öffentlicher Zweck - § 101 Abs. 1 Nr. 1 GO:

Die zweite wesentliche Zulässigkeitsvoraussetzung kommunaler Wirtschaftstätigkeit ist die Rechtfertigung durch einen öffentlichen Zweck. Weil sämtliches Handeln der Träger der Staatsgewalt durch einen öffentlichen Zweck gedeckt sein muss, müssen die kommunalen Lieferungen und Leistungen selbst einem öffentlichen Zweck dienen. Die Verpflichtung auf den öffentlichen Zweck soll zudem nach traditionellem Verständnis von Staats-/Kommunalwirtschaft und Privatwirtschaft einschränkend wirken auf das Wirtschaften der Gemeinden.

Wie sich aus dem Grundsatzurteil des Bundesverwaltungsgerichtes ergibt, steht den Gemeinden bei der Beurteilung dieser Frage ein weiter Beurteilungsspielraum zu. Gerade im umfassenden Bereich der Energieversorgung, welche historisch als klassische Daseinsvorsorge gilt, ist von einem öffentlichen Zweck auszugehen. Daher ist bei dem Kauf von Energienetzen mit oder ohne Aufbau einer eigenen Energieversor-

gung (Energieförderung) unstrittig ein öffentlicher Zweck und eine Bedarfsdeckung gegeben. Die Frage der Leistungsfähigkeit und der Zweckerfüllung ist immer im Einzelfall zu prüfen, wie noch darzulegen sein wird.

Das Vorliegen eines öffentlichen Zwecks für die Gebietsüberschreitung wird so lange und so weit zu bejahen sein, wie mit dem Hauptzweck des wirtschaftlichen Unternehmens unmittelbar die Wahrnehmung einer einwohnernützigen Aufgabe im eigenen Gemeindegebiet verfolgt wird. Dieser Aspekt ist von besonderer Bedeutung in der oben unter Ziffer III. dargestellten Fallkonstellation der gemeinschaftlichen Beteiligung einer Vielzahl von Gemeinden an einer landesweiten Netzgesellschaft: Anders als in den Fällen, in denen eine Gemeinde die Energienetze vollständig von einem (externen) Dritten besitzen und betreiben lässt und dementsprechend diese Aufgabe selbst gar nicht wahrnimmt (s.o., Ziffer II.), behält jede sich an einer landesweiten Netzgesellschaft beteiligende Gemeinde diese Aufgabe zumindest anteilig; sie nimmt diese allerdings in ihrem Gemeindegebiet gemeinschaftlich mit einer Vielzahl anderer Gesellschafter wahr, so wie sie ihrerseits nun über ihre Anteile an der Netzgesellschaft die Aufgabe auch in anderen Gemeinden anteilig mit wahrnimmt. Hier kann zur Rechtfertigung der Beteiligung an der Gesellschaft nicht allein auf eine generalisierende Betrachtung dergestalt abgestellt werden, dass es landesweit um die (gemeinschaftliche) Erfüllung eines öffentlichen Zwecks gehe. Wichtig ist vielmehr, dass jede Gemeinde mit ihrer Mitgliedschaft in der Gesellschaft die Erfüllung eines öffentlichen Zwecks speziell in ihrem Gemeindegebiet verfolgt. Daraus resultiert die Notwendigkeit, die Durchsetzbarkeit des ortsbezogenen öffentlichen Zwecks durch ausreichende Mitbestimmungs- und –gestaltungsrechte jeder Gemeinde abzusichern.

Zur Leistungsfähigkeit und Bedarfsdeckung - § 101 Abs. 1 Nr. 2 GO

Die Zulassungsvoraussetzung "Leistungsfähigkeit und Bedarf", welche besagt, dass das wirtschaftliche Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf der Gemeinde stehen muss, dient an erster Stelle der Risikobegrenzung. Hierbei handelt es sich um eine Voraussetzung zum Schutz der Gemeinde, die sich bei ihrer wirtschaftlichen Betätigung und hier hauptsächlich bei Höhe und Risiko des Engagements an der Größe und der Leistungsfähigkeit/Wirtschaftskraft der Gemeinde bzw. des Gemeindehaushaltes zu orientieren hat.

Bei der Übernahme von Energienetzen durch die Gemeinde (s.o., Ziffer I.) sind der öffentlichen Zweck und die Bedarfsdeckung, wie oben beschrieben, zu bejahen. Darüber hinaus ist der Bezugspunkt für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit die Finanzkraft der Gemeinde. Ob eine Gefährdung der Leistungsfähigkeit einer Gemeinde vorliegt, muss je Einzelfall im Detail geprüft werden und hängt insbesondere von der Leistungsfähigkeit der Gemeinde selbst, aber auch vom finanziellen Volumen der Transaktion ab. Bei den Energienetzen, als regulierter Markt, ist generell von einem geringeren Risiko auszugehen als im „reinen“ Wettbewerbsmarkt, da sich einerseits die Netzentgelte an den Netzkosten orientieren und andererseits durch die Ermittlung der Erlösbergrenzen durch die Bundesnetzagentur eine Planung der zukünftigen Netzerlöse und der Netzkosten möglich ist.

Der inhaltliche Schwerpunkt der zu prüfenden Fragestellungen bezüglich der Übernahme von Energienetzen liegt im Fachbereich des Energieministeriums und kann vom Innenministerium nicht abschließend bewertet werden. Der Bezug zum Innenministerium reduziert sich auf die kommunalrechtliche Bewertung.

Bei der Übernahme von Energienetzen durch einen (externen) kommunalen Dritten (s.o., Ziffer II.) sind ebenfalls der öffentlichen Zweck und die Bedarfsdeckung zu bejahen. Darüber hinaus ist hier ebenfalls der Bezugspunkt für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit die Finanzkraft der Gemeinde. Dies gilt ganz besonders im Zusammenhang mit gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit außerhalb des Gemeindegebietes. Wenn eine Gemeinde ein Unternehmen mit einem sehr weit über die Gemeindegrenzen hinausreichenden Aktionsradius errichtet und hierdurch erhebliche finanzielle Investitionen notwendig sind und damit dem Risiko des Verlustes der Investitionen einhergehend oder finanzielle Verluste drohen, kann der notwendige Leistungsbezug nicht mehr gegeben sein.

Wie bereits beschrieben, kann die Frage, ob das Kriterium der Leistungsfähigkeit beachtet ist, jeweils nur anhand der Umstände des konkreten Falls festgestellt werden. Danach sind vor einem gemeindlichen Engagement die wirtschaftlichen Risiken, insbesondere auch nach Worst-Case-Szenarien des geplanten Geschäftsverlaufs zu ermitteln. In Bezug auf die Übernahme von Energienetzen durch einen (externen) kommunalen Dritten ist bei der Prüfung der Zulässigkeitsvoraussetzung „Leistungsfähigkeit“ festzuhalten, dass die bisher dargelegten Denkmodelle auf eine ortsnahe

Ausdehnung des eigenen gemeindlichen Stromnetzes zur Erzielung von Synergieeffekte abzielen und andererseits die Bewirtschaftung eines Stromnetzes mit geringeren als den marktüblichen Risiken verbunden ist, so dass hier der Nachweis der Leistungsfähigkeit möglich erscheint.

Zur Subsidiarität - § 101 Abs. 1 Nr.3 GO

In Schleswig-Holstein gilt das Prinzip des „einfachen Schrankentrias“ mit der „einfachen Subsidiaritätsklausel“, welche zur Bedingung macht, dass das wirtschaftliche Handeln der Gemeinden nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erfüllt werden kann. Die Gemeinden haben nachzuweisen, dass die kommunale wirtschaftliche Betätigung mindestens ebenso gut wie andere Maßnahmen zur öffentlichen Zweckerfüllung geeignet ist. Beurteilungsmaßstab dafür, was "besser" ist, stellt allein die öffentliche Zwecksetzung dar. Hingegen stellt das Kriterium der Wirtschaftlichkeit eine Beziehung zwischen Zwecksetzung und Mitteleinsatz her. Die Kriterien "besser und wirtschaftlicher" gelten hier kumulativ.

Bei der Übernahme des Stromnetzes durch die Gemeinde oder einen (externen) kommunalen Dritten ist festzuhalten, dass der öffentliche Zweck für die Gemeinde und bei ortsnaher wirtschaftlicher Betätigung außerhalb des Gemeindegebietes für den gemeindlichen Dritten gegeben ist. Den Gemeinden ist es daher generell möglich nachzuweisen, dass die kommunale wirtschaftliche Betätigung mindestens ebenso gut wie andere Maßnahmen, hier weitere Vergabe der Wegenerrechte an den bisherigen Netzbetreiber oder einen anderen privaten Netzbetreiber, zur öffentlichen Zweckerfüllung geeignet ist. Beurteilungsmaßstab dafür, was "besser" ist, stellt allein die öffentliche Zwecksetzung - Versorgung mit Energie -, dar. Ein qualitativer Unterschied bei der Energieversorgung zwischen Energieversorgungsunternehmen der Gemeinden und der Privatwirtschaft ist nicht zu erkennen.

Bei der Beurteilung des Kriteriums der Wirtschaftlichkeit ist festzuhalten, dass hier eine Beziehung zwischen Zwecksetzung und Mitteleinsatz besteht. Die Kriterien "besser und wirtschaftlicher" gelten hier kumulativ. Allerdings kann aus hiesiger Sicht nicht erkannt werden, dass ein Unterschied in der Wirtschaftlichkeit der Energieversorgung zwischen Energieversorgungsunternehmen der Gemeinden und der Privat-

wirtschaft besteht, was eine Verneinung der Zulassungsvoraussetzung „Subsidiarität“ zur Folge gehabt hätte.

B. Gemeindehaushaltsrecht:

Durch die dargestellten Modelle zur Übernahme der Netze entsteht bei den Gemeinden ein erheblicher Finanzmittelbedarf, der regelmäßig nur durch eine Kreditaufnahme zu decken sein wird. Nach § 85 Abs. 1 GO bzw. § 95 g Abs. 1 GO dürfen Kredite nur unter der Voraussetzung des § 76 Abs. 3 GO und nur für Investitionen, Investitionsförderungsmaßnahmen und Umschuldung aufgenommen werden.

Zu den Investitionen gehören alle Ausgaben für die Veränderung des Anlagevermögens, d. h. von Vermögensgegenständen, die dauernd dem Geschäftsbetrieb, hier also dem öffentlichen Zweck, dienen. Auch der Erwerb von Gesellschaftsanteilen bzw. die Aufbringung des Stammkapitals und ggf. weiteren Eigenkapitals für die Errichtung einer Gesellschaft, eines Eigenbetriebes oder einer Anstalt des öffentlichen Rechts ist als Investition i. S. der §§ 85 Abs. 1 bzw. 95 g Abs. 1 GO zu bewerten.

Für die Genehmigung des Gesamtbetrages der Kredite gilt - soweit Genehmigungspflicht vorliegt - § 85 Abs. 2 GO bzw. § 95 g Abs. 2 GO. Auf den Runderlass zur Kreditwirtschaft der Gemeinden vom 20. September 2007 (Amtsbl. Schl.-H. S. 1055) wird hingewiesen; und hier insbesondere auf Ziffer 2.3 Nr. 3 (rentierliche Maßnahmen). Für Eigenbetriebe gilt nach § 12 EigVO § 95 g GO entsprechend.

C. EU-Beihilferecht

Auf das EU-Beihilferecht und sich daraus ggf. ergebene Notifizierungspflichten bei der EU-Kommission wird ebenso wie auf die Bürgschaftserlasse vom 17. Juli 2008 (IV 305 – 163.101 - § 86) und vom 23. Oktober 2008 (IV 343 - 517.220 - 71) hingewiesen. Sämtliche Informationen zum EU-Beihilfenrecht für Gemeinden sind im Internetauftritt der Landesregierung Schleswig-Holstein auf den Seiten des Innenminis-

teriums (<http://www.schleswig-holstein.de>) im Bereich „Kommunales und Sport“ zu finden.