

> POSITIONSPAPIER

Erleichterungen für die Gründung kommunaler Enkelgesellschaften und mittelbare Beteiligungen

- Vorschläge zur Entbürokratisierung -

Köln/Düsseldorf, 19. November 2019

I. Sachverhalt und Problemlage

Kommunale Versorgungsunternehmen sind auf Geschäftsfeldern tätig, die zu den Kernaufgaben der kommunalen Daseinsvorsorge gehören. Sofern diese Aufgaben vollständig oder zum Teil auf Unternehmen in einer Rechtsform des privaten Rechts übertragen worden sind, sind die betreffenden kommunalen Gebietskörperschaften zumeist (Mehrheits-)Gesellschafter.

Für einen Teil der kommunalen Daseinsvorsorge – namentlich die Energieversorgung – ist seit einigen Jahren ein grundlegender Wandel zu verzeichnen. Energiewende, Digitalisierung und hoher Kosten- und Wettbewerbsdruck verändern derzeit die Energiewirtschaft so radikal und schnell wie kaum eine andere Branche. Hierauf müssen die im Energiesektor tätigen kommunalen Unternehmen reagieren können, um handlungs- und damit wettbewerbsfähig zu bleiben. Dies gilt vor allem auch in zeitlicher Hinsicht, da bei kommunalen Energieversorgungsunternehmen im operativen Geschäft mehr denn je Fallgestaltungen auftreten, die zügige Entscheidungen erfordern. In besonderem Maße gilt dies für die Gründung von oder die Beteiligung an (neuen) kommunalen „Enkelgesellschaften“, die auf neuen, häufig innovativen Geschäftsfeldern tätig werden sollen. In vielen Fällen geht es dabei auch um Kooperationen mit anderen kommunalen Energieversorgungsunternehmen. Einige dieser Kooperationsgesellschaften haben inzwischen über 50 Kommunen und kommunale Unternehmen als Gesellschafter.

Für diese Sachverhalte muss es für kommunale Unternehmen möglich sein, eine schnelle und den Marktgegebenheiten entsprechende Unternehmensneugründung oder -beteiligung herbeizuführen.

Dem steht derzeit jedoch das Erfordernis des § 108 Abs. 6 GO NRW entgegen. Hiernach bedürfen gesellschaftsrechtliche Beteiligungen von kommunalen Unternehmen an anderen Gesellschaften u. a. der vorherigen Entscheidung der jeweiligen Räte. Die Beteiligung ist zudem nach § 115 GO NRW gegenüber der zuständigen Aufsichtsbehörde anzuzeigen. Dies gilt unabhängig von der Größe der Beteiligung und auch unabhängig davon, ob es sich um eine unmittelbare oder eine mittelbare bzw. sogar um eine mehrstufige mittelbare Beteiligung handelt.

Ein ganz wesentlicher Schritt zur Entbürokratisierung und zugleich zur Beschleunigung der zumeist sehr langwierigen Neugründungs- oder Beteiligungsprozesse läge in dem Verzicht bzw. zumindest der Begrenzung des *Zustimmungserfordernisses der Räte*. Diese Ausnahme sollte jedenfalls für mittelbare Beteiligungen im Bereich der Energieversorgung und ggf. auch für weitere wettbewerblich geprägte Tätigkeitsfelder, wie z. B. dem Telekommunikationsbereich, gelten.

In besonderem Maße zeigt sich die vorgenannte Problematik am Beispiel der sog. Kooperationsgesellschaften, zu denen sich viele kommunale Unternehmen in den vergangenen Jahren zusammengeschlossen haben, um kommunalwirtschaftliche Interessen zu bündeln und Synergieeffekte zu nutzen. Diese Kooperationsgesellschaften sind wichtig, da die Kommunen und ihre Unternehmen Entwick-

lungsmotoren für den Aufbau dezentraler Versorgungseinrichtungen im Energiebereich sind und ihre Wettbewerbsfähigkeit gerade auch durch eine verbesserte interkommunale Zusammenarbeit gesteigert wird. Will nun eine solche Kooperationsgesellschaft Tochtergesellschaften gründen oder sich an anderen Gesellschaften beteiligen, erfordert § 108 Abs. 6 GO NRW auch in diesen Fällen vorherige Ratsbeschlüsse *aller* beteiligten Kommunen. Hinzu kommt jeweils ein Anzeigeverfahren. Die Dauer der Gremienläufe bis zum Abschluss des Anzeigeverfahrens beträgt hier im Durchschnitt ca. 6 bis 9 Monate.

In der Praxis hat sich gezeigt, dass dadurch sich bietende Marktchancen zugunsten der kooperierenden Kommunen bzw. ihrer Unternehmen faktisch vereitelt wurden. Jedenfalls aber wird der Gesellschafts- bzw. Beteiligungserwerb zumindest ganz erheblich erschwert. Dadurch kommt es zu gravierenden Wettbewerbsnachteilen zeitlicher Art gegenüber privaten Konkurrenten und auch kommunalen Unternehmen aus anderen Bundesländern, die entweder keinen oder aber zumindest deutlich weniger restriktiven Vorgaben unterliegen als nordrhein-westfälische Unternehmen. Die Regelung des § 108 Abs. 6 GO NRW trägt damit den heutigen Verhältnissen auf dem Energiemarkt nicht mehr Rechnung und widerspricht dem Postulat der Wettbewerbsgleichheit.¹

Fragwürdig erscheint sie zudem aber auch mit Blick auf die betroffenen kommunalen Gremien, die Räte. Diese nämlich werden in zunehmendem Maße mit Vorlagen befasst, die aufgrund des Anteils der einzelnen Kommune an der Beteiligungsgesellschaft bzw. der im Raume stehenden weiteren (mittelbaren) Beteiligung für die jeweilige Kommune selbst eine sehr geringe, in einigen Fällen auch eine kaum noch ermittelbare wirtschaftliche Auswirkung besitzen. Angesichts dessen besteht an der individuellen Genehmigung solcher Beteiligungen auch kein politisches Interesse. Dies gilt erst recht bei mehrstufigen mittelbaren Beteiligungen. Abgesehen davon bedeuten solche Beschlusserfordernisse eine zusätzliche Belastung im Tagesgeschäft der kommunalen Gremien. Insgesamt ist hier mithin also ein dringender Handlungsbedarf zu attestieren.

II. Lösung

Um einerseits den heutigen Verhältnissen auf dem Energiemarkt Rechnung zu tragen und andererseits die Räte zu entlasten, bietet es sich an, das Ratsbefassungserfordernis in Fällen geringerer wirtschaftlicher Bedeutung mit Hilfe einer De-Minimis-Regelung zumindest zu begrenzen. Dazu bedarf es entweder einer Änderung bzw. Ergänzung des § 108 Abs. 6 GO NRW oder aber einer Rechtsverordnung im Rahmen der Experimentierklausel des § 129 GO NRW. Letzteres ist zu bevorzugen.

Mit der Schaffung einer De-Minimis-Regelung würde ein Kompromiss gefunden, der einerseits die Steuerungskompetenz des Rates bei allen *strategisch relevanten* Unternehmensgründungen und mittelbaren Beteiligungen erhält und andererseits bei Gründungen und Beteiligungen *geringerer*

¹ Die Notwendigkeit, Wettbewerbsgleichheit zwischen öffentlichen und privaten Unternehmen sicherzustellen, hebt auch der Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD vom März 2018 ausdrücklich hervor; vgl. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, 12. März 2018, S. 55.

Bedeutung den kommunalen Unternehmen die Möglichkeit zur zeitnahen Realisierung sich bietender Chancen erhält und die Räte entlastet. Dem Argument einer scheinbaren Entmachtung der Räte ist entgegenzuhalten, dass diese Vertreter in die Entscheidungsgremien der Gesellschaft entsenden und somit durchaus auch in Entscheidungen von geringerer Bedeutung mit eingebunden sind.

Vor diesem Hintergrund ist es sachgerecht und zugleich aber auch erforderlich, unter grundsätzlicher Beibehaltung des Zustimmungserfordernisses eine *Ausnahme* hiervon zumindest dann zuzulassen, wenn eine Gemeinde an einer sich beteiligenden Gesellschaft mit weniger als 10 % beteiligt ist. Da angestrebte Beteiligungen in ihrer Höhe stark variieren können, bietet es sich an, das Zustimmungserfordernis dann allerdings gleichwohl in den Fällen beizubehalten, in denen die Beteiligung der sich beteiligenden Gesellschaft mehr als 10 % ihres bilanziellen Eigenkapitals ausmacht.

Zur Umsetzung dieses Lösungsansatzes wird folgende Formulierung – entweder im Wege einer Einfügung eines neuen Satzes 2 in § 108 Abs. 6 GO NRW oder über eine Rechtsverordnung im Rahmen der Experimentierklausel – vorgeschlagen:

„Einer Entscheidung des Rates nach § 108 Abs. 6 Satz 1 GO NRW bedarf es nicht, wenn die unmittelbare oder mittelbare Beteiligung der Gemeinde an der Gesellschaft unterhalb von 10 vom Hundert liegt. Dies gilt nicht, wenn die Gründung, Beteiligung oder Beteiligungserhöhung der Gesellschaft mehr als 10 vom Hundert ihres bilanziellen Eigenkapitals ausmacht.“

Zudem sollte § 111 Abs. 2 GO NRW um einen Satz 2 ergänzt bzw. eine entsprechende Ausnahmeregelung durch Rechtsverordnung wie folgt erlassen werden:

„Einer Entscheidung des Rates nach § 111 Abs. 2 Satz 1 GO NRW bedarf es nicht, wenn die unmittelbare oder mittelbare Beteiligung der Gemeinde an der Gesellschaft unterhalb von 10 vom Hundert liegt.“

Für nach dieser Regelung weiterhin erforderliche Ratsbeschlüsse oberhalb der 10 %-Grenze sollte es im Interesse der Gewährleistung der Wettbewerbsfähigkeit der kommunalen Unternehmen dann allerdings zudem einen ministeriellen Erlass zur Zulässigkeit von sog. *Vorratsbeschlüssen* geben. Dadurch wird gewährleistet, dass bei Vorliegen einer sich bietenden Marktchance und Eintritt der vom Rat vorab gesetzten Bedingungen der Bürgermeister in die rechtliche Lage versetzt wird, den Ratsbeschluss kurzfristig selbst umzusetzen, ohne dass eine (weitere) Ratssitzung hierfür erforderlich wäre. Um Rechts- und Investitionssicherheit zu erreichen, sollten im Interesse aller Beteiligten die allgemeinen Kriterien für die Zulässigkeit eines Vorratsbeschlusses landesweit einheitlich feststehen. Zu diesem Zweck sollten die Kriterien eines solchen Beschlusses in einem an die Aufsichtsbehörden gerichteten ministeriellen Erlass transparent gemacht werden. Dieser sollte klarstellend auf die grundsätzliche Zulässigkeit derartiger Beschlüsse eingehen und die konkreten rechtlichen Erfordernisse für deren Inhalt vorgeben.

Der Notwendigkeit, in liberalisierten Märkten schnelle Entscheidungen treffen zu können, würde durch den vorstehenden Lösungsansatz zwar nur teilweise Rechnung getragen und es verbliebe bei Wettbewerbsnachteilen gegenüber privaten Versorgern und kommunalen Unternehmen aus anderen Bundesländern. Andererseits trüge eine De-Minimis-Regelung aber zumindest ein Stückweit dazu bei, den in der Praxis aufgetretenen Problemen bei Gründungen von Einzelgesellschaften und mittelbaren Beteiligungen – insbesondere im Falle von Kooperationsgesellschaften – gerecht zu werden.