

Gutachterliche Stellungnahme zum Beteiligungs- angebot der EWE AG

Hannover, 28.06.2013

bbt Rechts- und Steuerkanzlei
Theaterstraße 16
30159 Hannover
Telefon: 05 11 / 22 00 74 - 0
Telefax: 05 11 / 22 00 74 - 99
E-Mail: info@bbt-kanzlei.de

Inhaltsverzeichnis

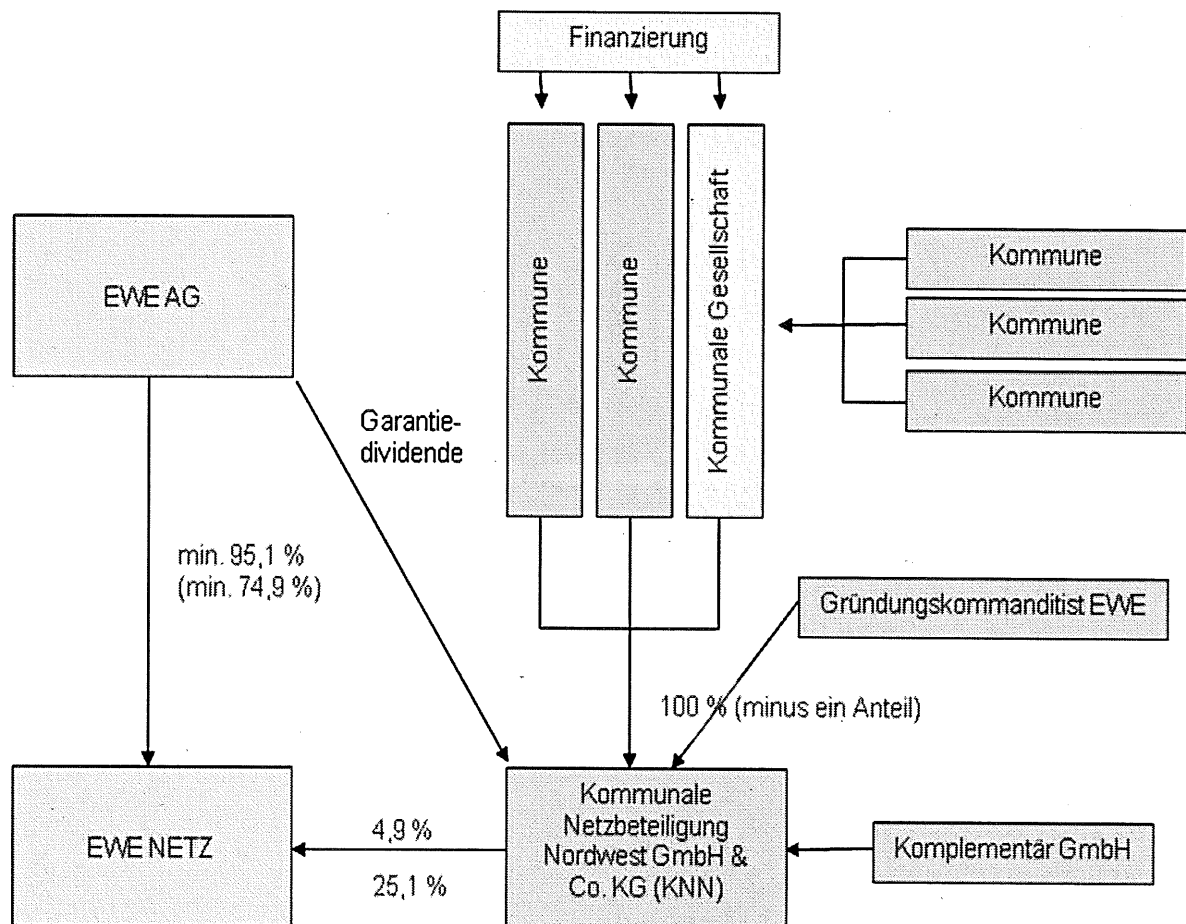
A.	Vertrags- und gesellschaftsrechtliche Prüfung des Angebots.....	4
1.	Vertrags- und gesellschaftsrechtliche Gestaltung.....	4
2.	Kommunale Netzbeteiligung Nordwest GmbH & Co. KG (Beteiligungsgesellschaft)	6
a.	Beteiligung	6
b.	Einflussmöglichkeiten.....	7
c.	Ausstieg/Ausscheiden aus der Gesellschaft.....	9
d.	Haftung	10
e.	Fazit	10
3.	EWE Netz GmbH (Netzgesellschaft).....	11
a.	Beteiligung	11
b.	Einflussmöglichkeiten.....	11
c.	Ausstieg/Ausscheiden aus der Gesellschaft.....	12
d.	Haftung	13
e.	Fazit	13
4.	Konsortialvertrag	14
a.	Regelungsgehalt	14
b.	Fazit	16
B.	Kommunalrechtliche Zulässigkeit der Beteiligung	17
1.	Gemeindewirtschaftsrechtliche Zulässigkeit gemäß § 136 NKomVG	17
a.	Öffentlicher Zweck	18
b.	Leistungsfähigkeit	19
c.	Ausnahme von der Subsidiaritätsklausel	20
2.	Anforderungen an Beteiligung gemäß § 137 NKomVG	21
3.	Anzeigepflicht gegenüber der Kommunalaufsicht.....	22
C.	Wechselwirkungen zwischen Beteiligung und Konzessionsvertrag	23
1.	Netzbetriebsverhältnis als Voraussetzung für die Beteiligung	23
2.	Auswirkungen auf Konzessionsvertragsabschluss, -laufzeit und -beendigung	24

3.	Wechselwirkungen zwischen Wirtschaftlichkeit und Konzessionsvertrag ..	25
4.	Auswirkungen auf die Konzessionsvergabe	26
5.	Fazit	27
D.	Steuerliche Auswirkungen	28
1.	Vermögensverwaltende Tätigkeit	28
2.	Besteuerung der KNN	29
a.	Halten der Beteiligung im Hoheitsvermögen	33
b.	Halten der Beteiligung in einem Betrieb gewerblicher Art oder einer Tochtergesellschaft	34
c.	Weitere steuerliche Auswirkungen der Beteiligung an der KNN (Querverbund)	36
4.	Fazit	37
E.	Gesamtfazit	38
1.	Vertragsgestaltung	39
2.	Kommunalrechtliche Aspekte	40
3.	Wirtschaftliche Aspekte	40
	Anlage Modellrechnung	42

A. Vertrags- und gesellschaftsrechtliche Prüfung des Angebots

1. Vertrags- und gesellschaftsrechtliche Gestaltung

Das Beteiligungsangebot der EWE stellt sich graphisch wie folgt dar.



Die EWE AG ist zurzeit 100%ige Anteilseignerin der EWE Netz GmbH. Die EWE AG wird ihren Anteil an Gesellschaftsrechten um maximal 4,9 % 2013 und ggf. weiterer Anteile bis zu maximal 25,1 % 2018 reduzieren. Neuer Gesellschafter in dieser Höhe kann die Kommunale Netzbeteiligung Nordwest GmbH & Co. KG (nachfolgend auch Beteiligungsgesellschaft oder KNN genannt) werden. Gesellschafter der Kommunale Netzbeteiligung Nordwest GmbH & Co. KG können Kommunen bzw. kommunale Gesellschafter werden. Welche Kommunen bzw. kommunale Gesellschafter sich an der Kommunale Netzbeteiligung Nordwest GmbH & Co. KG beteiligen können, ist im Gesellschaftsvertrag dezidiert geregelt. Zwischen der EWE AG und der EWE Netz GmbH wird ein Unternehmensvertrag abgeschlossen. Dieser beinhaltet auch eine Gewinnabführungsverpflichtung der Netz GmbH und eine Garantiedividende für den Minderheitsgesellschafter, Kommunale Netzbeteiligung Nordwest GmbH.

Die Konditionen und Voraussetzungen, zu denen Kommunen sich an der Beteiligungsgesellschaft beteiligen können und zu denen die Kommunale Netzbeteiligung Nordwest GmbH & Co. KG sich dann an der EWE Netz beteiligt, sind im Verkaufsprospekt dargestellt und in dem Konsortial- und Beitrittsvertrag ausführlich geregelt.

Die nachfolgende Betrachtung befasst sich vorwiegend mit dem Gesellschaftsvertrag der EWE Netz GmbH, dem Gesellschaftsvertrag der Kommunalen Netzbeteiligung Nordwest GmbH & Co. KG sowie dem Konsortialvertrag. Bezüglich der weiteren Vertragswerke wird auf die ausführliche Darstellung im Verkaufsprospekt verwiesen.

2. Kommunale Netzbeteiligung Northwest GmbH & Co. KG (Beteiligungsgesellschaft)

Der Unternehmensgegenstand der Gesellschaft ist ausschließlich das Halten der Beteiligung an der EWE Netz GmbH. Eine darüber hinausgehende Tätigkeit ist ausgeschlossen; dies gilt selbst für vermögensverwaltende Tätigkeiten.

a. Beteiligung

Die Beteiligungsmöglichkeiten an der KNN ergeben sich insbesondere aus den §§ 4 (Festkapital der Gesellschaft, Gesellschafter, Kapitalanteil, Haftsumme, Definition) und 5 (Beitritt weiterer Kommanditisten). Gemäß § 5 Abs. 1 wird das Festkapital durch Aufnahme von weiteren Kommanditisten im Jahr 2013 (1. Beteiligungsphase) erhöht. Gegründet wurde die GmbH und Co. KG durch die EWE als Gründungskommanditist (§ 4 Abs. 3) und die persönlich haftende kommunale Netzbeteiligung Northwest Verwaltungs GmbH, die jedoch kein Kapitalanteil an der KG hält. Die Gesellschaftanteile an der Kommunale Netzbeteiligung Northwest Verwaltungs GmbH werden wiederum vollumfänglich von der KG gehalten. Es handelt sich somit um eine sogenannte Einheitsgesellschaft. Für die Gründungskommanditisten sind in § 4 Abs. 3 Sonderregelungen aufgeführt.

§ 4 Abs. 4 f. regelt wie und zu welchen Konditionen weitere Kommanditisten der Gesellschaft beitreten können. Insbesondere sind dort die Mindestausgabebeträge und die Agio-Zahlungen geregelt. Die Beteiligung der Kommunen ist der Höhe nach begrenzt. Es gibt eine sog. Mindestbeteiligungshöhe, die sich aus einem Mindestkommanditanteil in Höhe von € 218,00 und einen Mindestagio in Höhe von € 9.827,44 zusammensetzt. Die maximale Beteiligungshöhe ist in der Anlage 5.2 aufgeführt.

§ 5 enthält zum einen Regelungen bzgl. der 2. Beteiligungsphase (2018) sowie die detaillierten Voraussetzungen wer berechtigt ist, der Gesellschaft beizutreten. Ein Beitritt ist grundsätzlich durch die Kommune selbst möglich, jedoch können mehrere Kommunen sich auch zu einer sogenannten kommunalen Tochtergesellschaft zusammenschließen und gemäß entsprechenden Bedingungen der Gesellschaft beitreten (vgl. § 5 Abs. 4 f.).

b. Einflussmöglichkeiten

Die Einflussmöglichkeiten der Kommune ergeben sich insbesondere aus § 7 (Kontrollrechte, Handelsregistervollmacht, Wettbewerbsverbot) sowie den §§ 9 f. des Gesellschaftsvertrages. In § 7 werden den Kommanditisten die gesetzlich zustehenden Kontroll- und Informationsrechte gemäß § 166 HGB eingeräumt. Zur Vertretung und Geschäftsführung ist die Komplementärin gemäß § 9 Abs. 1 berechtigt und verpflichtet. Neben dieser muss ferner mindestens eine Kommanditistin zur Geschäftsführung berechtigt sein. Bis zu einem abweichenden Beschluss der Gesellschafterversammlung wird dies die Gründungskommanditistin sein (§ 9 Abs. 2). Sowohl die Komplementärin als auch die geschäftsführende Kommanditistin sind zu allen Handlungen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes berechtigt. Dies umfasst somit sämtliche Tätigkeiten die vom Gesellschaftszweck und Gegenstand der Gesellschaft umfasst sind und nicht als außergewöhnliche Geschäfte angesehen werden. Außergewöhnliche Rechtsgeschäfte bedürfen der Zustimmung der Gesellschafterversammlung. Das in § 164 HGB vorgesehene Widerspruchsrecht ist ausgeschlossen. § 164 HGB sieht grundsätzlich vor, dass die von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Kommanditisten einer Handlung der zur Geschäftsführung Berechtigten widersprechen können, sofern diese über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehen. Der Ausschluss dieses Wider-

spruchsrecht ist konsequent, sofern diese Geschäfte der vorherigen Zustimmung der Gesellschafterversammlung bedürfen.

Die Einflussmöglichkeiten der nicht zur Geschäftsführung berufenen Kommanditisten ergeben sich somit vorwiegend aus den Möglichkeiten der Gesellschafterversammlung. Gemäß § 12 Abs. 3 berechtigt jeder Euro einer Kommanditeinlage zu einer Stimme. Die Aufgaben der Gesellschafterversammlung und die zustimmungspflichtigen Rechtsgeschäfte sind in § 13 des Gesellschaftsvertrages aufgeführt. § 13 Abs. 1 gibt die gesetzliche Grundregelung wieder. In § 13 Abs. 2 sind die regelhaften der Gesellschafterversammlung zugewiesenen Aufgaben aufgeführt, insbesondere Feststellung des Jahresabschlusses, Aufnahme und Ausschluss von Gesellschaftern, Änderungen des Gesellschaftsvertrages etc. In § 13 Abs. 3 sind die Rechtsgeschäfte aufgelistet, die der vorherigen Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung bedürfen. Hierunter fallen insbesondere der Erwerb und die Veräußerung von Unternehmen, die Aufnahme von Darlehen und Verbindlichkeiten, sämtlich Rechtsgeschäfte der Gesellschaft gegenüber Gesellschaftern und mit diesen verbundenen Unternehmen, sowie die Stimmabgabe der Gesellschaft in ihrer Eigenschaft als Gesellschafterin der Netzgesellschaft. In § 13 Abs. 4 sind 6 Beschlussgegenstände aufgeführt, die abweichend von der Grundregelung nicht mit der einfachen Mehrheit beschlossen werden können. Mit einer qualifizierten Mehrheit von 75 % ist die Ergebnisverwendung zu beschließen. Einstimmige Gesellschafterbeschlüsse sind erforderlich für die Aufnahme von Gesellschaftern, den Ausschluss von Gesellschaftern, Änderungen und Ergänzung des Gesellschaftsvertrages, Umwandlungen im Sinne des Umwandlungsgesetzes sowie die Auflösung, Liquidation der Gesellschaft. Ferner sind der Erwerb und die Veräußerung von Unternehmen nur durch einen einstimmigen Gesellschafterbeschluss möglich. Aus dem vorstehenden folgt, dass wesentliche Rechtsgeschäfte bzw. Rechtsgeschäfte die eine wesentliche Veränderung gegenüber der Ursprungssituation begründen nur mit Zustimmung aller Gesellschafter erfolgen können.

Aufgrund des sehr begrenzten Unternehmensgegenstands wird ein Großteil der in § 13 aufgeführten Rechtsgeschäfte faktisch nicht relevant werden.

c. Ausstieg/Ausscheiden aus der Gesellschaft

Die Ausscheidensgründe sind in § 17 niedergelegt. Eine erstmalige Kündigung ist gemäß § 17 Abs. 1 i. V. m. § 3 Abs. 3 frühestens zum 31.12.2028 möglich. Danach ist jeweils eine 3-jährige Kündigungsfrist vorgesehen. In § 17 Abs. 2 sind wichtige Gründe aufgeführt, die – unter Berücksichtigung eines einstimmigen Gesellschafterbeschlusses – einen Ausschluss aus der Gesellschaft begründen. Ein solcher Grund ist insbesondere dann anzunehmen, wenn zwischen dem Gesellschafter und der Netzgesellschaft kein Netzbetriebsverhältnis mehr besteht oder aber gegen die in § 5 Abs. 6 niedergelegten Anteilseignerpflichten verstoßen wird.

Für den Fall des Ausscheidens regelt § 18 die Höhe des Abfindungsguthabens. Scheidet ein Gesellschafter durch Kündigung – frühestens zum Ende des 31.12.2028 – aus der Gesellschaft aus, erhält er ein Abfindungsanspruch entsprechend dem Anteil am Unternehmenswert der Gesellschaft. Der Unternehmenswert gem. § 18 wird durch ein Unternehmenswertgutachten ermittelt. Der Gutachtenwert kann somit über oder unter dem Einstandspreis liegen.

Scheidet ein Gesellschafter durch Ausschluss aus der Gesellschaft aus, erhält er ein Abfindungsguthaben in Höhe des Kapitalkontos I und II sowie seines Verrechnungskontos. Auf dem Kapitalkonto I ist die Kapitaleinlage, auf dem Kapitalkonto II das Agio verbucht. Bei „normalem“ Geschäftsverlauf wird der Abfindungsbetrag im Falle eines Ausschlusses dem eingezahlten Kapital (Kommanditbeteiligung zzgl. Agio) entsprechen. Eine weitergehende Beteiligung am Unternehmenswert der Gesellschaft ist ausgeschlossen.

Die EWE Netz GmbH kann die Herabsetzung der Beteiligung der KNN an der Gesellschaft verlangen, wenn Gesellschafter der KNN ihre Netzbetriebsverhältnisse beenden. Die Gesellschafter der KNN haben sich verpflichtet, im Falle der Beendigung eines Netzbetriebsverhältnisses ihre Beteiligung an der KNN und damit die Beteiligung der KNN an der EWE Netz GmbH entsprechend zu reduzieren, sofern EWE dies verlangt. Grundgedanke ist somit, dass für jedes Netzbetriebsverhältnis eine Beteiligungsmöglichkeit der Kommunen vorgesehen ist. Wird die Anzahl der Netzbetriebsverhältnisse reduziert, hat sich auch auf Wunsch der EWE die entsprechende Beteiligung in der gesamten Unternehmenskette zu reduzieren.

Für alle Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Gesellschaftsvertrag ist eine Schiedsklausel der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e. V. (DIS) vereinbart.

d. Haftung

Die Haftung ist auf das eingezahlte Vermögen seitens der Kommune begrenzt. Eine Nachschusspflicht ist gemäß § 4 Abs. 8 ausgeschlossen.

e. Fazit

Es handelt sich um einen sehr umfangreichen und dezidierten Gesellschaftsvertrag. Die Einflussmöglichkeiten der Kommune sind auf die Rechte der Gesellschafterversammlung begrenzt. Insbesondere die Stimmabgabe in der Gesellschafterversammlung der EWE Netz GmbH bedarf der Zustimmung der Gesellschafterversammlung. Eine weitere Einflussnahme der jeweiligen Kommune auf das operative Geschäft (z.B. Einfluss auf Ortsnetz, regionales Netz) – soweit es zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb zählt – ist faktisch nicht

möglich. Einzige Tätigkeit der Gesellschaft ist das Halten der Beteiligung und damit die Wahrnehmung der Rechte in der Gesellschafterversammlung der EWE Netz GmbH. Die Haftung ist auf das eingezahlte Vermögen begrenzt.

3. EWE Netz GmbH (Netzgesellschaft)

a. Beteiligung

Der Gesellschaftsvertrag der EWE Netz GmbH enthält keine besonderen Regelungen und Voraussetzungen für die Gesellschafter/Gesellschafterstellung. Die Aufnahme von neuen Gesellschaftern wird somit durch Beschluss der Gesellschafterversammlung geregelt. Gesellschafter der EWE Netz GmbH soll die Beteiligungsgesellschaft werden. Näheres dazu ist im Konsortial- und Beteiligungsvertrag (vgl. unter 4.) ausgeführt.

b. Einflussmöglichkeiten

Neben den Ausführungen im Konsortialvertrag enthält der Gesellschaftsvertrag für die Geschäftsführung Regelungen in den §§ 4 bis 6, für die Gesellschafterversammlung in den §§ 7 und 8 sowie für den Aufsichtsrat in den §§ 9 bis 13. Die Regelung zur Geschäftsführung in § 4 entspricht den üblichen Regelungen in einem GmbH-Gesellschaftsvertrag. In § 5 sind die zustimmungspflichtigen Rechtsgeschäfte aufgeführt, zu deren Abschluss die Zustimmung der Gesellschafterversammlung erforderlich ist. Hierbei handelt es sich insbesondere um den Erwerb und die Veräußerung von Beteiligungen, die Auflösung des Unternehmens, die Einleitung bzw. das Führen von grundsätzlichen oder besonders bedeutsamen Rechtsstreitigkeiten sowie besonderer Personalmaßnahmen. Ferner sind Vertragsabschlüsse mit einer Wertgrenze von über 1 Mio. € zustimmungsbedürftig. In § 6 sind die

zustimmungspflichtigen Rechtsgeschäfte aufgeführt, die erst nach Vorliegen der Zustimmung des Aufsichtsrates durchgeführt werden können. Hier sind insbesondere Grundstücksgeschäfte sowie die Belastung von Grundstücken ab einem Wert von € 50.000 aufgeführt. Ferner ist die Erteilung von Prokuren sowie die Anschaffung von Finanzanlagen zustimmungsbedürftig.

Die Aufgaben der Gesellschafterversammlung sind in § 7 aufgeführt. Die Regelung zur Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung ergeben sich aus § 8. Hiernach werden Gesellschafterbeschlüsse, soweit gesetzlich zulässig, mit der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst.

Die Regelungen zum Aufsichtsrat sind in § 9 f. aufgeführt. Der Aufsichtsrat hat die Regelung des § 52 GmbHG sowie das Drittelbeteiligungsgesetz zu beachten. Der Aufsichtsrat wird aus 18 Mitgliedern bestehen. 6 Mitglieder sind nach den Bestimmungen des Drittelbeteiligungsgesetzes. Die weiteren Regelungen des Konsortialvertrages sind in dem Gesellschaftsvertrag der EWE Netz GmbH nicht aufgenommen. Die weiteren Regelungen zum Aufsichtsrat beinhalten unseres Erachtens keine nennenswerten Besonderheiten.

Der Konsortialvertrag sieht unter Punkt 3.4 zusätzlich vor, dass die Veräußerung von Strom- und Gasnetzen in Gebieten einer Beteiligungskommune unter bestimmten Voraussetzungen nicht ohne die Zustimmung der Beteiligungsgesellschaft zu erfolgen hat.

c. Ausstieg/Ausscheiden aus der Gesellschaft

Eine Kündigungsmöglichkeit ist nicht vorgesehen. § 16 regelt die Grundsätze für die Übertragung von Geschäftsanteilen. Diese ist mit Zustimmung der Gesellschafterversammlung möglich. Eine Ausnahme von diesem Zustimmungserfordernis regelt § 16 Abs. 2 für die EWE AG

Gemäß § 17 des Gesellschaftsvertrages ist die Einziehung von Geschäftsanteilen zulässig, wenn entweder der betroffene Gesellschafter zustimmt oder aber die Voraussetzung von § 17 Abs. 2 f. vorliegt. Hierin ist insbesondere geregelt, dass eine Einziehung des Geschäftsanteils der Beteiligungsgesellschafter zulässig ist, wenn durch diese die Regelung des Konsortialvertrages verletzt werden oder sonst in anderer Weise Pflichten gegenüber der EWE Netz GmbH vorsätzlich oder grob fahrlässig verletzt werden und die Interessen der Gesellschaft erheblich geschädigt werden können.

d. Haftung

Die Haftung ist grundsätzlich auf das Vermögen der EWE Netz GmbH und damit die eingezahlten Geschäftsanteile seitens der Beteiligungsgesellschaft begrenzt. Gemäß den Regelungen des Konsortialvertrages ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass die Gesellschaft in eine Personenhandelsgesellschaft umgewandelt werden soll. Jedoch ist auch für diesen Fall davon auszugehen, dass für die Beteiligungsgesellschaft keine unbegrenzte Haftung sich ergeben wird, sondern die Haftung auf dann eine entsprechende Kommanditeinlage begrenzt sein wird.

e. Fazit

Der Gesellschaftsvertrag enthält wenige Besonderheiten. Ausschlaggebend sind insbesondere die Regelungen im Konsortialvertrag. Die Regelung zur Besetzung des Aufsichtsrates, die der Konsortialvertrag vorsieht, sind nicht in den Gesellschaftsvertrag übernommen worden.

Die Einflussmöglichkeiten der KNN im Rahmen der Gesellschafterversammlung der EWE Netz GmbH entsprechen somit grundsätzlich der bestehenden Beteiligungshöhe.

4. Konsortialvertrag

a. Regelungsgehalt

Der Konsortialvertrag konkretisiert in einer Vielzahl von Punkten Regelungsbereiche des Gesellschaftsvertrages der EWE Netz GmbH sowie der KNN.

Im ersten Abschnitt werden allgemeine Ausführungen über die Art und Weise der Zusammenarbeit zwischen den Gesellschaften und Gesellschaftern niedergelegt. In § 3 wird unter der Überschrift „Zusammenarbeit in den Organen der Netzgesellschaft“ insbesondere die Besetzung des Aufsichtsrates dargestellt. Insbesondere wird aufgeführt, dass die Besetzung des Aufsichtsrats mit maximal drei Mitgliedern auf Vorschlag der KNN vorzunehmen ist. Drei Aufsichtsratsmitglieder kann die KNN benennen, wenn sie mit mehr als 20 % an der EWE Netz GmbH beteiligt ist. Bei einer Beteiligung von 4 % bis 20 % können zwei Aufsichtsratsmitglieder benannt werden. Bei einer Beteiligung unter 4 % wird nur ein Aufsichtsratsmitglied durch die KNN bestimmt. Ferner werden Verpflichtungen der Gesellschafter zu bestimmtem Abstimmungsverhalten bei der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern niedergelegt. Diese Regelungen sind in Verbindungen zu dem jeweiligen Gesellschaftsvertrag zu sehen. Klargestellt wird insbesondere, dass der Vorsitzende des Aufsichtsrates der Netzgesellschaft auf Vorschlag der EWE AG zu wählen ist. Ferner wird unter § 3.3 klargestellt, dass die Besetzung der Geschäftsführung der Netzgesellschaft ausschließlich durch den Mehrheitsgesellschafter zu erfolgen hat.

In § 4 werden die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen und Eckpunkte der Investitionsplanung und Finanzierung erörtert. Die Wirtschaftsplanung und die Verabschiedung des Wirtschaftsplans erfolgt durch Beschluss der Gesellschafterversammlung mit einfacher Mehrheit. Bezüglich der Garantiedividende sind detaillierte Ausführungen zu den Berechnungsmethoden aufgenommen. Klargestellt wird auch, dass die Vereinbarung der Garantiedividende für die gesamte Mindestlaufzeit (2028) erfolgen soll. Hierbei ist anzumerken, dass eine mögliche Erhöhungen von Steuerbelastung nicht zu einer Erhöhung der Garantiedividende führen wird, sodass der Nettoertrag auf Seiten der Kommune ggf. sinken kann, wenn entsprechende Steuergesetzgebungen verwirklicht werden.

In § 5 werden die Beteiligungsmöglichkeiten und diesbezüglichen Regularien umfangreich erläutert. § 6 enthält eine Vielzahl von Regelungen bzgl. der Übertragungen von Geschäftsanteilen.

Zu beachten ist unseres Erachtens insbesondere der Regelungsgehalt von § 8 Kaufoptionen und Einziehung bzgl. der Anteile an der Netzgesellschaft. Die Regelungen in diesem Bereich sind bedeutsam. Jedwede Veränderungen von Netzbetriebsverhältnissen können gemäß dieser Regelung zu einer entsprechenden Veränderung der Beteiligungsstruktur führen. Die entsprechende Veränderung an der Beteiligungsstruktur stellt sich bei genauerer Betrachtung als recht aufwendig dar. Aufgrund der „langen“ Beteiligungskette bis zu der jeweiligen Kommune hat eine gesellschaftsrechtliche Veränderung in allen zwischengeschalteten Gesellschaften zu erfolgen. Eine notwendige Veränderung der EWE Netz GmbH setzt somit auch die veränderte Beteiligungshöhe auf Ebene der KNN voraus, was dazu führen kann, dass auch eine kommunale Tochtergesellschaft, die an der KNN beteiligt ist, in ihrer Beteiligungsstruktur verändert werden muss.

Aufgrund der sehr detaillierten und umfangreichen Regelungen im Konsortialvertrag ist dieser faktisch als Bestandteil der Gesellschaftsverträge zu sehen. Bei der Darstellung der Rechte und Pflichten sowie Möglichkeiten im Rahmen der jeweiligen Gesellschafterversammlung ist jeweils der Konsortialvertrag mit zu prüfen und zu berücksichtigen. Der Konsortialvertrag selbst enthält wiederum eine Regelung für mögliche streitige Auseinandersetzungen. Sofern eine einvernehmliche Lösung zu den im Konsortialvertrag geregelten Themen nicht möglich ist, wird die Schiedsstelle entsprechend den Regelungen im Gesellschaftsvertrag anzurufen sein.

b. Fazit

Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass die Gesellschaftsverträge und der Konsortialvertrag als Einheit betrachtet werden müssen, wenn die Einflussrechte, die Verantwortlichkeiten sowie die gesellschaftsrechtlichen Verpflichtungen betrachtet werden. Auch wenn die Vereinbarung im Konsortialvertrag rechtlich eine andere Qualität aufweist als die Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag selbst, handelt es sich nicht lediglich um Absichtserklärungen, sondern um verbindliche vertragliche Regelungen. Deren Nichtbeachtung würde ggf. Schadensersatzansprüche nach sich ziehen. Die weitergehenden Vereinbarungen wie Beitrittserklärungen etc. können an dieser Stelle vorerst unkommentiert bleiben.

B. Kommunalrechtliche Zulässigkeit der Beteiligung

1. Gemeindewirtschaftsrechtliche Zulässigkeit gemäß § 136 NKomVG

Aus kommunalrechtlicher Sicht sind bei der Beteiligung an einer Gesellschaft die §§ 136 und 137 NKomVG zu beachten. Gemäß § 136 Abs. 1 S. 2 NKomVG dürfen Kommunen Unternehmen nur errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern, wenn und soweit

1. der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigt,
2. die Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Kommunen und zum voraussichtlichen Bedarf stehen und
3. beim Tätigwerden außerhalb der Energieversorgung, der Wasserversorgung, des öffentlichen Personennahverkehrs sowie des Betriebes von Telekommunikationsleitungsnetzen einschließlich der Telefondienstleistungen der öffentliche Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt wird oder erfüllt werden kann.

Diese Voraussetzung sind sowohl bei einer unmittelbaren Beteiligung der Kommune an einer Gesellschaft (§ 137 Abs. 1 NKomVG) als auch bei einer mittelbaren Beteiligung der Kommune über eine Tochtergesellschaft (§ 137 Abs. 2 NKomVG) zu beachten. Damit ist das Vorliegen der Voraussetzungen sowohl für die Beteiligung der Kommune an der KNN als auch an der EWE Netz GmbH zu prüfen.

a. Öffentlicher Zweck

Bei der Frage, ob die Beteiligung an einer Netzgesellschaft durch den öffentlichen Zweck gerechtfertigt ist, steht der Kommune ein weiter Beurteilungsspielraum zu, der durch die Kommunalaufsichtsbehörden und die Gerichte nur eingeschränkt überprüfbar ist. Ein öffentlicher Zweck ist anzunehmen, wenn sich die Betätigung am Gemeinwohl orientiert, also insbesondere dem Ziel dient, das Wohl der Einwohner zu fördern.

Nach Auffassung des MI (vgl. sog. Energienetzerlass in der Fassung vom 04.04.2013, 32.1-1005/§ 152, Nr. 4) stellt die unmittelbare oder mittelbare Beteiligung an einer Netzgesellschaft 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 die Einflussnahme auf die Energiewende 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.

An diesen durch das MI vorgegebenen Grundsätzen ist auch die Beteiligung an der KNN und der EWE Netz GmbH zu prüfen. Unternehmensgegenstand der KNN ist gemäß § 2 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags ausschließlich der Erwerb, das Halten sowie das Verwalten von Geschäftsanteilen an der EWE NETZ GmbH. Die Gesellschaft dient dazu, die Kommunen an dem Stammkapital der EWE Netz GmbH zu beteiligen und damit die

Netzinfrastruktur zu verbessern. Die Gesellschaft soll insoweit eine gemeinsame Willensbildung ihrer Gesellschafter in Bezug auf ihre Beteiligung an der EWE Netz GmbH ermöglichen. Die Möglichkeiten der tatsächlichen Einflussnahme auf das operative Geschäft sind allerdings beschränkt. Unternehmensgegenstand der EWE Netz GmbH ist u.a. wiederum gemäß § 2 des Gesellschaftsvertrags die Errichtung, Erwerb und Betrieb von Leitungs- bzw. Versorgungsnetzen in den Bereiche Energie (Strom und Gas) sowie Wasser, Telekommunikation und Straßenbeleuchtung, einschließlich der dazugehörigen Anlagen. Die Einflussnahme entspricht im Ergebnis dem Anteil der Kommune an der KNN bzw. der Kommunen an der EWE Netz GmbH. Bei der Beurteilung seitens der Kommune, inwieweit durch die Beteiligung an der KNN bzw. der EWE Netz GmbH ein öffentlicher Zweck verfolgt wird, hat die Kommune einen weiten Beurteilungsspielraum. Der öffentliche Zweck ist darzulegen.

b. Leistungsfähigkeit

Für jede Kommune ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Beteiligung an der KNN und der EWE Netz GmbH in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Kommune steht.

Das MI hat die zu beachtenden Aspekte dargelegt (vgl. sog. Energienetzerlass in der Fassung vom 04.04.2013, 32.1-1005/§ 152; Nr. 9). Im vorliegenden Fall sollte die Leistungsfähigkeit der einzelnen Kommune insbesondere vor dem Hintergrund der Höhe der Beteiligung und der Vereinbarung einer Garantiedividende nicht beeinträchtigt werden. Sofern eine Beteiligung nicht aus Eigenmitteln sondern nur mit Fremdmitteln möglich ist, sollten jedoch die haushaltsrechtlichen und finanzpolitischen Auswirkungen sorgfältig geprüft werden.

c. Ausnahme von der Subsidiaritätsklausel

Grundsätzlich bedarf es gemäß § 136 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 NKomVG des Nachweises, dass der öffentliche Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt wird oder erfüllt werden kann (sog. Subsidiaritätsklausel). Ausgenommen hiervon ist ein Tätigwerden im Bereich der Energieversorgung, der Wasserversorgung und des öffentlichen Personennahverkehrs sowie dem Betrieb von Telekommunikationseinrichtung. Tätigkeiten im Bereich der Bereichsausnahmen sollen auch dann erlaubt und zulässig sein, wenn nicht nachgewiesen wird, bzw. nicht nachgewiesen werden kann, dass entsprechende Bereiche wirtschaftlicher oder ebenso wirtschaftlich durchgeführt werden können wie dies durch ein privates Unternehmen getan werden könnte.

Das MI hat in dem angeführten Energienetzerlass nicht ausgeführt, inwiefern der Betrieb eines Energieversorgungsnetzes eine Betätigung im Bereich der Energieversorgung ist (vgl. sog. Energienetzerlass in der Fassung vom 04.04.2013, 32.1-1005/§ 152). Auf Grund des Verweises auf die Begriffsbestimmungen des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) ist jedoch davon auszugehen, dass sämtliche im Energiewirtschaftsgesetz geregelten Bereiche und damit sowohl die Energieerzeugung, die Energieverteilung als auch der Energievertrieb und das Energiemesswesen von dem Begriff der Energieversorgung erfasst werden. Insofern wird auch der Betrieb eines Energieversorgungsnetzes im Sinne des § 3 Nr. 16 des Gesetzes über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz – EnWG) von der Bereichsausnahme in § 136 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 NKomVG erfasst.

Vorliegend sind die KNN und die EWE Netz GmbH im Bereich der Energieversorgung tätig, so dass die Bereichsausnahme eingreift.

2. Anforderungen an Beteiligung gemäß § 137 NKomVG

Für die Führung von Unternehmen und Einrichtungen in einer privaten Rechtsform enthält das Kommunalrecht besondere Vorgaben (§ 137 NKomVG). Danach darf sich eine Kommune an wirtschaftlichen Unternehmen des Privatrechts beteiligen bzw. diese errichten, wenn u. a. eine Rechtsform gewählt wird, welche die Haftung der Gemeinde auf einen bestimmten Betrag begrenzt, keine Verpflichtung zur Übernahme von Verlusten in unbestimmter oder unangemessener Höhe eingegangen werden und die Gemeinde einen angemessenen Einfluss auf das Unternehmen erhält.

Die Gesellschaftsverträge der KNN und der EWE Netz GmbH erfüllen die Voraussetzungen des § 137 NKomVG. Insbesondere ist eine Rechtsform gewählt, die eine Haftungsbegrenzung auf das eingezahlte Stammkapital ermöglicht. Die Übernahme von Verlusten zu Lasten der Kommunen ist ausgeschlossen. Zugleich ist das Haftungsrisiko der Kommune hinreichend beschränkt.

Grundsätzlich muss die Kommune auch einen dem (Gesellschafts-)Anteil entsprechenden Einfluss an der Netzgesellschaft haben, damit dieser angemessen ist. Nach Auffassung des MI ist entscheidend, dass das Stimmenverhältnis bzw. Sitzverhältnis in der Gesellschafterversammlung oder einem vergleichbaren Organ mindestens der Höhe der Anteile an der Netzgesellschaft entsprechen muss (vgl. sog. Energienetzerlass in der Fassung vom 04.04.2013, 32.1-1005/§ 152, Nr. 5).

Dieses ist vorliegend der Fall. Die Einflussnahmemöglichkeiten der Kommunen sowohl in der KNN als auch in der EWE Netz GmbH entsprechen der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung (max. 4,9 % in 2013 sowie max. 25,1 % in 2018). Es werden jedoch auch keine nennenswerten zusätzlichen Einflussrechte gewährt.

3. Anzeigepflicht gegenüber der Kommunalaufsicht

In § 152 NKomVG sind die bestehenden Anzeige- und Genehmigungspflichten bei der wirtschaftlichen Betätigung von Kommunen zusammengefasst. Die Anzeige ist der Aufsichtsbehörde mindestens 6 Wochen vor Beginn des Vollzugs des betreffenden Rechtsgeschäfts schriftlich vorzulegen. 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)).

C. Wechselwirkungen zwischen Beteiligung und Konzessionsvertrag

1. Netzbetriebsverhältnis als Voraussetzung für die Beteiligung

Geschäftsgrundlage des Beteiligungsmodells ist ein bestehendes Netzbetriebsverhältnis zwischen der Kommune und der EWE Netz GmbH (vgl. 1.5 des Konsortial- und Beitrittsvertrags). Voraussetzung für die Beteiligung der Kommune an der KNN und damit auch an der EWE Netz GmbH ist ein abgeschlossener Wegenutzungsvertrag im Sinne des § 46 Abs. 2 S. 1 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) für die Verlegung und Inbetriebnahme von Energieverteilernetzen der allgemeinen Versorgung für Strom und/oder Gas. Ein Netzbetriebsverhältnis liegt auch vor, wenn die EWE Netz GmbH in der Kommune Betreiber des Elektrizitätsverteilernetzes und/oder des Gasverteilernetzes der allgemeinen Versorgung im Sinne des § 46 Abs. 2 EnWG ist, ohne dass ein Wegenutzungsvertrag besteht.

Nach diesem Netzbetriebsverhältnis richtet sich nicht nur die Möglichkeit der Beteiligung der Kommune, sondern auch die Höhe der Beteiligung.

In dem Konsortial- und Beitrittsvertrag werden jedoch keine Inhalte der Wegenutzungsverträge bzw. Konzessionsverträge geregelt. Insbesondere werden durch den Konsortial- und Beitrittsvertrag keine zusätzlichen Informationsrechte oder Mitbestimmungsrechte in Bezug auf Betätigung EWE Netz GmbH im Gebiet der jeweiligen Kommune vereinbart.

Auch wenn das Netzbetriebsverhältnis Voraussetzung für die Beteiligung an der KNN und damit mittelbar an der EWE Netz GmbH ist, sind die Vergaben der Konzessionsverträge und auch die Inhalte der Konzessionsverträge getrennt hiervon zu betrachten. Da das Bestehen eines

Netzbetriebsverhältnisses jedoch Voraussetzung für die Beteiligung ist, haben die Laufzeit des Konzessionsvertrags und eine Beendigung des Vertragsverhältnisses erhebliche Auswirkungen.

2. Auswirkungen auf Konzessionsvertragsabschluss, -laufzeit und -beendigung

Sofern ein Konzessionsvertrag bzw. Wegenutzungsvertrag endet, hat dieses sowohl Auswirkung auf die Beteiligung der Kommune an der KNN als auch auf die Beteiligung dieser Gesellschaft an der EWE Netz GmbH. Diese Auswirkungen sind sehr umfassend in § 8 des Konsortial- und Beitrittsvertrags beschrieben.

Bei Wegfall eines Netzbetriebsverhältnisses, kann die EWE Netz AG den Geschäftsanteil an der Kommunale Netzbeteiligung Nordwest GmbH & Co. KG erwerben, welche der Höhe nach dem betreffenden, weggefallenen Netzbetriebsverhältnis entspricht. Der Kaufpreis entspricht der in den Jahren 2013 und/oder 2018 gewährten Einlage (Nennbetrag zzgl. Agio). Dieses betrifft zunächst das Verhältnis zwischen EWE Netz GmbH und KNN.

Nach Vollzug einer Kaufoption durch die EWE besteht eine Pflicht der KNN zur Herabsetzung der Beteiligung der Kommune. Die Anteile der betreffenden Kommune an der KNN sind entsprechend der Höhe des fortgefallenen Netzbetriebsverhältnisses herabzusetzen. Auch hierbei ist als Kaufpreis die gewährte Einlage der Kommune (Nennbetrag zzgl. Agio) vereinbart.

Sofern die Kommune kein einziges Netzbetriebsverhältnis mit der EWE Netz GmbH hat, besteht die Verpflichtung zum Ausschluss der Kommune aus der KNN.

In dem Konsortial- und Beitrittsvertrag werden zudem ausführliche Regelungen für den Fall getroffen, dass die Kommune sich über eine Tochtergesellschaft beteiligt, bzw. mehrere Kommune eine gemeinsame Gesellschaft errichten. Die Vorgehensweise bei Wegfall des Netzbetriebsverhältnisses verläuft jedoch nach den gleichen Prinzipien.

3. Wechselwirkungen zwischen Wirtschaftlichkeit und Konzessionsvertrag

Bei der Entscheidung über den Beitritt zu der KNN ist in Bezug auf die Wirtschaftlichkeit der Beteiligung darauf zu achten, welche Laufzeit ein Netzbetriebsverhältnis mit der EWE Netz GmbH hat und wann das jeweilige Netzbetriebsverhältnis endet.

Insbesondere bei einer Finanzierung der Beteiligung an der KNN mit Fremdmitteln/Kredite ist darauf zu achten, dass die Laufzeit des Konzessionsvertrags mit der Laufzeit des Kredits übereinstimmt. Sollte der Konzessionsvertrag während der Laufzeit des Kreditvertrags auslaufen, und kein Neuabschluss mit der EWE Netz GmbH erfolgen, wäre hieraus die Konsequenz, dass die Beteiligung der Kommune herabgesetzt wird und damit auch, sofern die Kreditaufnahme mit dem Erwerb der Beteiligung verbunden wird, der Kreditvertrag beendet wird. Hieraus können für die Kommune weitere Kosten entstehen (z. B. Vorfälligkeitsentschädigungen), die die Wirtschaftlichkeit der Beteiligung in Frage stellen können. Zumindest sollten ggf. Sonderkündigungsrechte vereinbart werden. Wie hoch die wirtschaftlichen Risiken sind, richtet sich nicht nur nach der Finanzierung sondern auch nach der Höhe der Beteiligung der jeweiligen Kommune.

4. Auswirkungen auf die Konzessionsvergabe

In dem Energienetzerlass des MI vom 04.04.2013 (32.1-1005 aus § 152) hat die Landeskartellbehörde des MW darauf hingewiesen, dass die Vergabe von Konzessionsverträgen nach § 46 EnWG im Rahmen eines transparenten und alle Bewerber gleichbehandelnden Verfahrens zu erfolgen hat. Hier wurde klargestellt, dass die Maßstäbe auch für Auswahlverfahren gelten, bei denen sich die Kommune an einer am Konzessionsvergabeverfahren teilnehmende Netzgesellschaft beteiligen möchte oder bereits an dieser beteiligt ist. In diesen Fällen sollten zur Wahrung der Diskriminierungsfreiheit zukünftige Auswahlverfahren, die Beteiligung einer Netzgesellschaft an die Laufzeit der Konzession geknüpft sein.

Im vorliegenden Fall ist vorgesehen, dass die Beteiligung der Kommune an der KNN und damit mittelbar an der EWE Netz GmbH auf unbestimmte Zeit erfolgt. Allerdings steht diese Bestimmung nicht im Widerspruch zu den Vorgaben der Landeskartellbehörde, da bei einer Beendigung des Konzessionsvertrags mit der EWE Netz GmbH auch die Beteiligung an der KNN herabgesetzt bzw. beendet wird.

Zu beachten ist allerdings bei der Konzessionsvergabe, dass eine Konzessionsvergabe sich an den Zielen des § 1 EnWG - Versorgungssicherheit, Preisgünstigkeit, Verbraucherfreundlichkeit, Effizienz und Umweltverträglichkeit – zu orientieren hat. Entscheidend ist jedoch aus kartellrechtlicher Sicht, dass andere Bewerber nicht diskriminiert werden (vgl. hierzu umfassend Schau, Die Vergabe von Strom- und Gasnetz Konzession durch die Kommune in Niedersachsen und ihre Folgen, NdsVBI 2013, S. 89 f.).

5. Fazit

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass im Hinblick auf die Wirtschaftlichkeit einer Beteiligung einer Kommune an der KNN und damit mittelbar an der EWE Netz GmbH auch zu berücksichtigen ist, welche Laufzeiten die bestehenden Konzessionsverträge haben. Bei einer Finanzierung der Beteiligung über Fremdmittel ist darauf zu achten, dass die Laufzeit der Finanzierung an die Laufzeit des Konzessionsvertrags angepasst wird oder ggf. Sonderkündigungsrechte bestehen. Insbesondere bei einer Finanzierung durch Fremdmittel sind die Risiken einer Beteiligung zu prüfen.

Bei der Neuvergabe von Konzessionsverträgen ist insbesondere bei der Festlegung der Auswahlkriterien darauf zu achten, dass andere Bewerber nicht benachteiligt bzw. die EWE Netz GmbH nicht bevorzugt wird.

D. Steuerliche Auswirkungen

Ausgehend von der mit Datum vom 30.01.2013 erteilten verbindlichen Auskunft dazu, dass es sich bei der Kommunale Netzbeteiligung Nordwest GmbH & Co. KG (KNN) nicht um eine gewerblich geprägte Personengesellschaft gem. § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG handelt, nehmen wir zu den steuerdeklaratorischen Auswirkungen einer Beteiligung an der Gesellschaft Stellung.

1. Vermögensverwaltende Tätigkeit

Die Finanzverwaltung hat aufgrund des Antrags auf Erteilung einer verbindlichen Auskunft diese dahingehend erteilt, dass es sich bei der KNN nach dem vorgelegten Gesellschaftsvertrag nicht um eine gewerblich geprägte Personengesellschaft i. S. d. § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG handelt, sondern um eine vermögensverwaltende Personengesellschaft, die keine gewerblichen Einkünfte erzielt und nicht der Gewerbesteuerpflicht unterliegt.

Der Antrag auf Erteilung einer verbindlichen Auskunft, die darin gestellten Konkreten Rechtsfragen als auch die diesem Antrag beigelegten Unterlagen liegen uns nicht vor. Ein Antrag auf Erteilung einer verbindlichen Auskunft wird regelmäßig dann gestellt, wenn Unsicherheiten bezüglich einer rechtlichen Würdigung für einen geplanten Sachverhalt bestehen. Die Abwägung zwischen verschiedenen rechtlichen Auffassungen und der Darlegung der eigenen Rechtsauffassung ist typischer Inhalt eines Antrags auf Erteilung einer verbindlichen Auskunft. Eine Einschätzung, inwieweit im Antrag auch Ausführungen hinsichtlich des Vorliegens einer gewerblichen Tätigkeit gem. § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG enthalten sind, ist uns nicht möglich.

Im Zusammenhang mit Venture Capital Gesellschaften und Privat Equity Fonds sind Abgrenzungskriterien von der Finanzverwaltung formuliert worden. Ob diese Kriterien im vorliegenden Fall Inhalt des Antrages bei der Finanzverwaltung waren oder anderweitig geprüft wurden, ist für uns nicht ersichtlich. Es ist darauf zu achten, dass der Sachverhalt, der in der verbindlichen Auskunft unterstellt wurde, nicht überschritten wird, d.h. dass sich die KNN auf den in der Satzung umschriebenen Unternehmensgegenstand „Halten der Beteiligung an der EWE Netz GmbH“ beschränkt. Für die steuerlichen Auswirkungen der Beteiligung an der KNN für die kommunalen Gesellschafter wird nachfolgend aufgrund der Aktenlage eine vermögensverwaltende Tätigkeit der KNN unterstellt.

2. Besteuerung der KNN

Die Besteuerungsfolgen bei einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft sind mit denen eines vermögensverwaltenden geschlossenen Fond vergleichbar. Die vermögensverwaltende Personengesellschaft ist nicht gewerbesteuerpflichtig und ertragsteuerlich transparent. Die vermögensverwaltende Personengesellschaft ist selbst kein Besteuerungssubjekt. Die Erträge aus der Beteiligung an der KNN an der EWE Netz GmbH sind bei den Gesellschaftern anteilig nach deren persönlichen Merkmalen der Körperschaftsteuer zu unterwerfen.

Die kommunalen Gesellschafter der KNN werden so gestellt, als ob diese nicht mittelbar sondern unmittelbar an der EWE Netz GmbH beteiligt wären.

Unbeschadet dessen wird die KNN jährlich eine Erklärung zur gesonderten und einheitlichen Feststellung der Besteuerungsgrundlagen der Gesellschafter erstellen und das Finanzamt diese feststellen. Die Einkünfte aller Gesellschafter werden auf Ebene der KNN als Überschuss der Einnahmen

über die Werbungskosten (Einkünfte aus Kapitalvermögen) ermittelt. Diese Grundsätze gelten unabhängig davon, ob die Beteiligung im Rahmen der Vermögensverwaltung oder in einem Betrieb gewerblicher Art bei den kommunalen Gesellschaftern gehalten wird, es sei denn, die KNN erklärt von sich aus betriebliche Einkünfte, die sie nach Betriebsvermögensvergleich ermittelt hat.

Werden von der KNN Überschusseinkünfte gesondert und einheitlich erklärt und festgestellt, ist bei kommunalen Gesellschaftern, die die Beteiligung in einem Betrieb gewerblicher Art halten, wie folgt zu verfahren (BMF-Schreiben vom 29.04.1994):

- a. Der Gesellschafter hat grundsätzlich alle Wirtschaftsgüter der vermögensverwaltenden Personengesellschaft anteilig im Rahmen seines eigenen Buchführungswerks zu erfassen und den Gewinnanteil, der sich für ihn aus den einzelnen Geschäftsvorfällen der Personengesellschaft ergibt, nach den Grundsätzen der Gewinnermittlung zu berechnen und anzusetzen. Diese Verfahrensweise ist vor allem im Hinblick darauf geboten, dass der Anteil an der Personengesellschaft steuerlich kein selbständiges Wirtschaftsgut ist (vgl. BFH-Beschluss vom 25. Juni 1984, BStBl II S. 751 (763)). Hinsichtlich der anteiligen Berücksichtigung von AfA, erhöhten Absetzungen und Sonderabschreibungen gilt § 7a Abs. 7 EStG (vgl. auch Abschnitt 44 Abs. 7 EStR).
- b. Ermittelt die vermögensverwaltende Personengesellschaft freiwillig ergänzend zur Überschussrechnung den Gewinnanteil des Gesellschafters nach § 4 Abs. 1, § 5 EStG, so bestehen keine Bedenken dagegen, den in der Feststellungserklärung angegebenen Anteil am Gewinn oder Verlust dem für den Erlass des Folgebescheids zuständigen Finanzamt als nachrichtlichen Hinweis zu übermitteln und die Angabe dort bei der Veranlagung zur Körperschaftsteuer auszuwerten. Weist der Steuerpflichtige den übermit-

telten Anteil am Gewinn oder Verlust gesondert in seinem Jahresabschluss aus, so kann aus Vereinfachungsgründen auf eine Einzelberechnung verzichtet werden, wenn der angegebene Betrag nicht offensichtlich unzutreffend ist.

- c. Ist der Steuerpflichtige an der Gesellschaft zu weniger als 10% beteiligt, so ist regelmäßig davon auszugehen, dass er die zur Durchführung der Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 1, § 5 EStG erforderlichen Angaben von der Gesellschaft nur unter unverhältnismäßigem Aufwand erlangen kann. Außerdem ist bei einer Beteiligung von weniger als 10% die in Tz. 15 des BMF-Schreibens vom 20. Dezember 1990, BStBl I, S. 884, für den gewerblichen Grundstückshandel bestimmte Beteiligungsgrenze nicht erreicht. Vor diesem Hintergrund bestehen keine Bedenken dagegen, in einem solchen Fall den Anteil am Gewinn oder Verlust aus Vereinfachungsgründen in Höhe des Ergebnisanteils zu schätzen, der vom Betriebsfinanzamt nach den Grundsätzen der Überschussrechnung gesondert und einheitlich festgestellt worden ist. Der geschätzte Anteil am Gewinn oder Verlust ist auf einem "Beteiligungs"-Konto erfolgswirksam zu buchen. Auf dem Konto sind außerdem alle Vermögenszuführungen des Beteiligten in die vermögensverwaltende Personengesellschaft und alle Vermögensauskehrungen an den Beteiligten zu erfassen.

Wird der Anteil an der Personengesellschaft veräußert, so ist als Gewinn der Unterschied zwischen dem Veräußerungserlös (nach Abzug von Veräußerungskosten) und dem bis dahin fortentwickelten Buchwert der "Beteiligung" anzusetzen. Auf diese Weise werden Gewinne aus der Veräußerung von Wirtschaftsgütern der vermögensverwaltenden Personengesellschaft spätestens im Zeitpunkt der Veräußerung der Beteiligung versteuert. Der Gewinn aus der Veräußerung des Anteils an der vermögensverwaltenden Personengesellschaft ist als laufender Gewinn aus Gewerbebetrieb zu behandeln. Diese Ausführungen gelten für den Fall

der Entnahme des Gesellschaftsanteils, der Beendigung der Gesellschaft oder in anderen gleichzustellenden Fällen sinngemäß.

Voraussetzung für die dargestellte Verfahrensweise ist ein entsprechender Antrag des Steuerpflichtigen und die im Benehmen mit dem Betriebsfinanzamt zu erteilende Zustimmung des Wohnsitzfinanzamts, die im Fall des Drohens ungerechtfertigter Steuervorteile versagt bzw. mit Wirkung für den nächsten Veranlagungszeitraum widerrufen werden kann. Ein ungerechtfertigter Steuervorteil droht vor allem dann, wenn

- die Vermögensauskehrungen von der Gesellschaft an den Gesellschafter zu einem Negativsaldo auf dem Beteiligungskonto führen bzw. einen bereits vorhandenen Negativsaldo erhöhen, oder
- die aus der Veräußerung von Wirtschaftsgütern des Gesellschaftsvermögens stammenden Gewinne offenkundig so hoch sind, dass ein Aufschub ihrer Besteuerung unvertretbar erscheint.

Der gesondert und einheitlich festgestellte Anteil an den Überschusseinkünften der Personengesellschaft, die Entwicklung des Kontos "Beteiligung" sowie der Gewinn aus einer etwaigen Veräußerung des Anteils an der Personengesellschaft sind im Jahresabschluss des Gesellschafters gesondert auszuweisen. Ein Wechsel zu der anderen möglichen zuvor genannten Ermittlungsmethode ist nur einmal möglich; durch Ansatz eines entsprechenden Übergangsgewinns oder -verlusts ist beim Wechsel sicherzustellen, dass der Totalgewinn zutreffend erfasst wird.

- d. Ermittelt der Gesellschafter seinen Gewinn nach § 4 Abs. 3 EStG, so kann sinngemäß nach den oben dargestellten Regelungen verfahren werden. Dabei ist ein dem Konto "Beteiligung" entsprechender Posten im Anlageverzeichnis des Gesellschafters zu führen und fortzuentwickeln.

3. Besteuerung der Beteiligungskommunen

Bei der Besteuerung der an der KNN beteiligten Kommunen ist im jeweiligen Einzelfall zu unterscheiden, ob die Beteiligung in einem Betrieb gewerblicher Art, einer Tochtergesellschaft oder im Hoheitsvermögen gehalten wird.

a. Halten der Beteiligung im Hoheitsvermögen

Durch das Halten der Beteiligung an der für ertragsteuerliche Zwecke transparenten KNN, können die Kommunen die Beteiligung im Hoheitsvermögen halten. Anders wäre dies, wenn die KNN nicht vermögensverwaltend, sondern gewerblich tätig wäre. In diesem Fall würde die Beteiligung an der Personengesellschaft stets einen Betrieb gewerblicher Art darstellen. Die Kommune wird vorliegend so gestellt, als ob diese eine Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft hält. Das bloße Halten von Beteiligungen an Kapitalgesellschaften ist keine wirtschaftliche Tätigkeit und stellt damit keinen Betrieb gewerblicher Art dar.

Die Gewinnausschüttungen bzw. Ausgleichszahlungen der EWE Netz GmbH an die KNN als auch die Gewinne und Verluste aus der Übertragung der Anteile an der EWE Netz GmbH und der KNN unterliegen bei der Kommune dann keiner zusätzlichen Besteuerung. Die Gewinnausschüttungen bzw. Ausgleichszahlungen der EWE Netz GmbH sind jedoch kapitalertragsteuerpflichtig. Die Kapitalertragsteuer beläuft sich im Fall des Haltens der Beteiligung im Hoheitsvermögen auf 15 % zuzüglich Solidaritätszuschlags. Voraussetzung für die Anwendung des reduzierten Kapitalertragsteuersatzes ist, dass die Kommune eine Bescheinigung des Finanzamtes vorlegt, dass es sich bei dieser um eine juristische Person des öffentlichen Rechts handelt. Weiterhin muss die Kommune bestätigen, dass

die Anteile an der KNN nicht in einem Betrieb gewerblicher Art gehalten werden.

Die Kapitalertragsteuer und der Solidaritätszuschlag können nicht auf Steuern der Kommune angerechnet werden und sind definitiv Belastungen. Die Berücksichtigung von Finanzierungskosten zur Reduzierung der definitiven Kapitalertragsteuer ist nicht möglich.

b. Halten der Beteiligung in einem Betrieb gewerblicher Art oder einer Tochtergesellschaft

Da es sich bei der Beteiligung an der transparenten KNN im Ergebnis um eine Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft (EWE Netz GmbH) handelt, kann diese auch einem Betrieb gewerblicher Art als gewillkürtes Betriebsvermögen zugeordnet werden.

Die Gewinnausschüttungen bzw. Ausgleichszahlungen der EWE Netz GmbH an die KNN als auch die Gewinne und Verluste aus der Übertragung der Anteile an der EWE Netz GmbH und der KNN unterliegen bei der Kommune in ihrem Betrieb gewerblicher Art der Besteuerung mit Körperschaft- und Gewerbesteuer. Die Gewinnausschüttungen bzw. Ausgleichszahlungen sind grundsätzlich insgesamt zu 95% steuerfrei, wenn die Beteiligung an der EWE Netz GmbH mindestens 10% beträgt (Ausschüttungen ab 28.02.2013). Andernfalls sind die sogenannten Steuerbesitzdividenden vollumfänglich steuerpflichtig.

Die Gewinnausschüttungen bzw. Ausgleichszahlungen der EWE Netz GmbH sind kapitalertragsteuerpflichtig. Die Kapitalertragsteuer beläuft sich im Fall des Haltens der Beteiligung in einem Betrieb gewerblicher Art auf 25% zuzüglich Solidaritätszuschlags.

Die Kapitalertragsteuer und der Solidaritätszuschlag können auf die Körperschaftsteuer und den Solidaritätszuschlag des Betriebes gewerblicher Art angerechnet werden. Die im Zusammenhang mit der Finanzierung des Beteiligungserwerbs anfallenden laufenden Finanzierungskosten (z.B. Darlehenszinsen) stellen Betriebsausgaben dar.

Die steuerlichen Folgen für das Halten der Beteiligung an der KNN in einem Betrieb gewerblicher Art können sinngemäß auf das Halten der Beteiligung in einer Tochterkapitalgesellschaft übertragen werden. Für die Anteile an der Tochterkapitalgesellschaft ist ebenfalls danach zu unterscheiden, ob diese in einem Betrieb gewerblicher Art oder im Hoheitsvermögen gehalten werden.

Werden die Anteile an der vermögensverwaltenden KNN in einer Tochterpersonengesellschaft gehalten, ist wieder danach zu unterscheiden, ob es sich bei der Tochtergesellschaft um eine vermögensverwaltende Personengesellschaft oder eine gewerblich tätige Personengesellschaft handelt. Handelt es sich auch auf dieser Ebene um eine vermögensverwaltende Personengesellschaft, ist diese aus ertragsteuerlicher Sicht ebenfalls transparent. Die Ausführungen zu den steuerlichen Auswirkungen der Beteiligung an der KNN gelten hier sinngemäß. Würde es sich bei der Tochterpersonengesellschaft um eine gewerblich tätige Gesellschaft handeln, ist diese gewerbsteuerpflichtig und stellt bei der Kommune stets einen Betrieb gewerblicher Art dar.

**c. Weitere steuerliche Auswirkungen der Beteiligung an der KNN
(Querverbund)**

Die Beteiligung an einer als transparent geltenden vermögensverwaltenden Tätigkeit ähnelt im Ergebnis der direkten Beteiligung am Zielobjekt, vorliegend an einer Kapitalgesellschaft. Die Beteiligungen an Kapitalgesellschaften stellen keine Tätigkeiten dar, sodass diese nicht mit anderen steuerlich relevanten Tätigkeiten auf Ebene der Kommune zusammengefasst werden können. Die Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft kann jedoch zur Stärkung eines dauerverlustigen Betriebes gewerblicher Art genutzt werden und in diesen als gewillkürtes Betriebsvermögen eingelegt werden, sofern das Dauerverlustgeschäft gem. § 8 Abs. 7 Satz 2 KStG begünstigt ist.

Die Einlage der Beteiligung in einen Betrieb gewerblicher Art bietet die Möglichkeit, dass die einbehaltene Kapitalertragsteuer nebst Solidaritätszuschlag auf die festgesetzte Steuer des Betriebes gewerblicher Art angerechnet werden kann. Handelt es sich bei dem Betrieb gewerblicher Art um einen „steuerbegünstigten“ Dauerverlustbetrieb (z. B. Bäder, Kindergärten) kann eine vollständige Erstattung der einbehaltenen Steuern erreicht werden. Dies ist dann möglich, wenn der handelsrechtliche Jahresfehlbetrag des Betriebes gewerblicher Art höher ist als die in die Steuerbemessungsgrundlage einfließende Gewinn-ausschüttung bzw. Ausgleichszahlung. Die Schaffung eines sog. kleinen Querverbundes, der eine vollständige Erstattung der einbehaltenen Steuer ermöglichen würde, sollte im Vorfeld mit der Finanzverwaltung abgestimmt werden. In Niedersachsen liegen jedoch diesbezüglich bereits positive Ergebnisse vor.

Der Verkauf der Beteiligung ist in der Zukunft auch dem Betrieb gewerblicher Art zuzurechnen und in diesem steuerlich zu erfassen. Anders als die Garantiedividende ist ein Veräußerungsgewinn jedoch nach derzeitiger

Rechtslage gem. § 8b Abs. 2 und Abs. 3 KStG insgesamt zu 95% steuerfrei. In Abhängigkeit der zum Schluss des letzten Veranlagungszeitraums vor der Veräußerung der Beteiligung bestehenden Kapitalstruktur im Betrieb gewerblicher Art, kann Kapitalertragsteuer auf eine fiktive Ausschüttung an die Kommune anfallen. Es ist jedoch bei einem Dauerverlustbetrieb, bei dem der laufende jährliche Verlust höher ist als die Garantiedividende, davon auszugehen, dass insgesamt ein Verlust verbleibt, der durch eine fiktive Einlage der Kommune als ausgeglichen gilt. Diese fiktiven Einlagen führen zum Aufbau eines steuerlichen Einlagekontos und nicht zu positiven Neurücklagen. Ein im Betrieb gewerblicher Art eventuell entstehender Gewinn im Jahr der Veräußerung der Beteiligung wird dann aus dem steuerlichen Einlagekonto „finanziert“ und unterliegt nicht der Kapitalertragsteuer.

4. Fazit

Aus steuerlicher Sicht ist für die Kommune jeweils individuell zu überprüfen, welche Gestaltung die geeignetste ist. Bei einer direkten Beteiligung ist die Zuordnung bei der Kommune von Bedeutung, bei der Zwischenschaltung einer kommunalen Gesellschaft ist deren Rechtsform und damit steuerrechtliche Einordnung ausschlaggebend.

E. Gesamtfazit

Das Beteiligungsangebot der EWE betrifft die EWE Netz GmbH. An dieser ist bisher die EWE AG allein beteiligt. Die EWE AG ermöglicht es der Kommunale Netzbeteiligung Northwest GmbH & Co. KG (KNN), sich mit 4,9 % (2013) und im Jahr 2018 mit maximal 25,1 % an dieser zu beteiligen. Die Kommunen können sich direkt an der Kommunale Netzbeteiligung Northwest GmbH & Co. KG beteiligen. Den Kommunen steht es jedoch auch frei, sich zusammenzuschließen und mit mehreren Kommunen gemeinsam eine Gesellschaft zu gründen, die sich wiederum an der Kommunale Netzbeteiligung Northwest GmbH & Co. KG beteiligt. Die Beteiligung der Kommunen ist der Höhe nach begrenzt. Es gibt eine sog. Mindestbeteiligungshöhe, die sich aus einem Mindestkommanditanteil in Höhe von € 218,00 und einen Mindestagio in Höhe von € 9.827,44 zusammensetzt. Die maximale Beteiligungshöhe ist in der Anlage 5.2 aufgeführt. Über die Beteiligung der Kommunen an der Kommunale Netzbeteiligung Northwest GmbH & Co. KG sind diese dann mittelbar mit max. 4,9 % (2013) und 25,1 % (2018) an der EWE Netz GmbH beteiligt. Über diese Beteiligung kann eine der Beteiligungshöhe entsprechende Einflussnahme auf das operative Geschäft der EWE Netz GmbH erfolgen. Ferner wird der KNN die Möglichkeit eingeräumt, Aufsichtsratsmitglieder in dem Aufsichtsrat der EWE Netz GmbH zu entsenden. Der KNN wird eine Garantiedividende zugesichert, so dass die Rendite aus der Beteiligung an der EWE Netz GmbH über die KNN bis zum 31.12.2028 festgeschrieben ist. Die Struktur der Beteiligungsmöglichkeiten ist dem Schaubild auf der Seite 4 dieses Gutachtens zu entnehmen.

1. Vertragsgestaltung

Voraussetzung für die Beteiligung an der KNN ist ein bestehendes Netzbetriebsverhältnis (Konzessionsvertrag). Ein Wegfall eines Netzbetriebsverhältnisses führt in der Regel zu einer Herabsetzung der Beteiligung; sofern kein Netzbetriebsverhältnis besteht, scheidet die Kommune aus der KNN aus.

Die vertragliche Ausgestaltung des EWE Beteiligungsmodells und den damit im Zusammenhang stehenden Vereinbarungen ist aus rechtlicher Sicht nicht zu beanstanden.

Aufgrund der Berücksichtigung von vielfältigen Gestaltungsmöglichkeiten in den Vertragswerken ist die gesellschaftsrechtliche Struktur und der gesellschaftsrechtliche Aufbau des Beteiligungsmodells sehr umfangreich geregelt. Jedwede Veränderung führt zu gesellschaftsrechtlichen Änderungen, die mit einem erheblichen Zeit- und Kostenaufwand verbunden sind.

Eine Nachschusspflicht ist weder in der EWE Netz GmbH noch in der KNN vorgesehen. Die Haftung ist somit auf den Ausgabebetrag (Kommanditbeteiligung plus Agio) begrenzt. Eine Beteiligung an einem möglichen Zuwachs des Unternehmenswertes der EWE Netz GmbH ist nur dann möglich, wenn die Beteiligung mind. bis zum 31.12.2028 gehalten wird und kein Ausschluss der Kommune erfolgt, sondern diese selbst kündigt. Ein Ausschluss kommt immer dann in Betracht, wenn die Netzbetriebsverhältnisse nicht mehr bestehen. In einem solchen Fall kommt eine Abfindung nur in Höhe der Buchwerte (Kommanditbeteiligung plus Agio) in Betracht.

2. Kommunalrechtliche Aspekte

Die Einflussnahme auf das operative Geschäft der EWE Netz GmbH durch die KNN entspricht der jeweiligen Höhe der gehaltenen Beteiligung. Die Möglichkeiten der Einflussnahme der einzelnen Kommune läuft über die KNN und ist abhängig vom Anteil der Gemeinde an der KNN.

Aus kommunalrechtlicher Sicht ist es erforderlich, dass die Beteiligung an der KNN und damit mittelbar an der EWE Netz GmbH einen öffentlichen Zweck begründet. Dies ist nur über die Einflussnahme auf das operative Geschäft der EWE Netz GmbH möglich. Diesbezüglich steht den Kommunen ein weiter Beurteilungsspielraum zur Verfügung, so dass davon auszugehen ist, dass ein öffentlicher Zweck bejaht werden kann. Die Verwaltung der Beteiligung an der KNN, die entweder über eine Kommune direkt oder aber über eine zwischengeschaltete kommunale Tochtergesellschaft erfolgt, wird dann zeit- und kostenintensiv, wenn gesellschaftsrechtliche Veränderungen vorzunehmen sind. Insbesondere dann, wenn bestehende Netzbetriebsverhältnisse aufgegeben werden und die sich daraus ergebenden Veränderungen zu planen bzw. umzusetzen sind, ist der administrative Aufwand erheblich.

3. Wirtschaftliche Aspekte

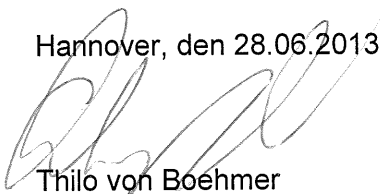
Im Hinblick auf die Wirtschaftlichkeit einer Beteiligung einer Kommune an der KNN ist somit auch zu berücksichtigen, welche Laufzeiten die bestehenden Konzessionsverträge haben. Bei einer Finanzierung der Beteiligung über Fremdmittel ist darauf zu achten, dass die Laufzeit der Finanzierung an die Laufzeit des Konzessionsvertrags angepasst wird oder ggf. Sonderkündigungsrechte bestehen.

Sofern die bestehenden Netzbetriebsverhältnisse langfristig, d.h. mind. bis zum 31.12.2028 bestehen bleiben, wird die Verwaltung der Beteiligung an der KNN bzw. mittelbar an der EWE Netz GmbH recht überschaubar bleiben. Die laufende Belastung mit Verwaltungsaufwendungen und möglichen Beratungsaufwendungen werden relativ gering sein. Sollten in dem Zeitraum bis zum 31.12.2028 nennenswerte Veränderungen der Netzbetriebsverhältnisse eintreten, wird der Zeit- und Kostenaufwand für die gesellschaftsrechtliche Umsetzung der jeweiligen Veränderungen nicht zu vernachlässigen sein. Diesbezügliche Kosten sind von der Rendite, die sich aus der beigefügten Übersicht berechnen lässt, in Abzug zu bringen. Gleiches gilt für notwendige Fremdfinanzierungskosten. Es ist durch jede Kommune selbst zu entscheiden, inwieweit sie lediglich die sog. Mindestbeteiligung zeichnet, um die gesellschaftsrechtlichen Einflussmöglichkeiten – insbesondere Informationsrechte – zu erhalten, oder aber zur möglichen Einflussmaximierung die maximale Beteiligungshöhe, die sich aus der Anlage 5.2 ergibt, zeichnen möchte.

Die steuerlichen Auswirkungen bzw. Gestaltungs-möglichkeiten auf Ebene der Kommunen und die Rendite nach Steuern unterscheiden sich deutlich. Dies kann der beigefügten Anlage entnommen werden.

Ob die zu erzielende Rendite angemessen und die Einflussmaßnahmenmöglichkeiten ausreichend sind, ist durch jede Kommune individuell zu entscheiden.

Hannover, den 28.06.2013


Thilo von Boehmer
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Steuerrecht
Steuerberater


Dr. Dietrich Borchert
Rechtsanwalt