

## **Regionale Planungsgemeinschaft Prignitz-Oberhavel**

### **Auftaktveranstaltung „Beteiligungsmodelle für Kommunen und Bürger, -innen“**

## **- Beteiligungsmodelle aus rechtlicher Sicht -**

**Neuruppin, 6. November 2013**

**Rechtsanwalt Dominik Hanus, LL.M.**

**Kanzlei Müller-Wrede & Partner**

**Leibnizstraße 53, 10629 Berlin**

# Gliederung

## I. Kommunale Beteiligung

1. Grundsätzliches zur kommunalen Beteiligung
2. Schrankentrias der Gemeindeordnungen
3. Weitere Vorgaben der GOen für kommunale Beteiligungen
4. Vergaberecht

## II. Bürgerbeteiligungsmodelle

1. Was wird unter Bürgerbeteiligung verstanden?
2. Schuldrechtliche Bürgerbeteiligungsmodelle – Anleihen / Genussrechte / Darlehen
3. Schuldrechtliche Bürgerbeteiligungsmodelle – Sparbrief
4. Gesellschaftsrechtliche Beteiligungsmodelle – GmbH & Co. KG
5. Gesellschaftsrechtliche Beteiligungsmodelle – Genossenschaft
6. „Beteiligung“ der örtlichen Gemeinschaft durch Unterstützung gemeinnütziger Bürgerstiftungen und Vereine

# I. Kommunale Beteiligung

# 1. Grundsätzliches zur kommunalen Beteiligung

- Gemeinden ist eine wirtschaftliche Betätigung nur eingeschränkt erlaubt
- Begründung:
  - Schutz der Privatwirtschaft
  - (weitgehende) Beschränkung des staatlichen Handelns auf Kernaufgaben
  - „Privat vor Staat“
- Schranken ergeben sich im Wesentlichen aus den **Gemeindeordnungen** der einzelnen Bundesländer in unterschiedlicher Intensität
- Tendenz der letzten Jahre: Aufweichung der Einschränkungen

## 2. Schrankentrias der Gemeindeordnungen

### Vgl. z.B. § 91 Abs. 2 und 3 BbgKVerf

#### ➤ Öffentlicher Zweck

- Jede gemeinwohlorientierte, im öffentlichen Interesse der Einwohner liegende Zielsetzung, mithin die Wahrnehmung einer sozial-, gemeinwohl- und damit einwohnernützigen Aufgabe
- Reine Gewinnerzielungsabsicht genügt nicht

#### ➤ Angemessenes Verhältnis zur Leistungsfähigkeit und zum Bedarf der Gemeinde

#### ➤ Subsidiarität der wirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden

- Überwiegend „*unechte Subsidiarität*“ (z.B. BbgKVerf) und/oder Ausnahmen für den Bereich der Energieversorgung

➔ Vgl. VG Schleswig, Urteil v. 24.05.2012 – 6 A 108/11

### 3. Weitere Vorgaben der GOen für kommunale Beteiligungen

#### Weitere Vorgaben

- Grundsatz: Beschränkung der kommunalwirtschaftlichen Betätigung auf das Gemeindegebiet (Begründung: Territorialprinzip gemäß Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG)
  - Vgl. jedoch z.B. Sonderregelung in § 91 Abs. 4 Nr. 1 BbgKVerf: Versorgung mit Elektrizität vom Örtlichkeitsprinzip ausgenommen!
- Wirtschaftlichkeitsanalyse und Stellungnahme IHK/Handwerkskammer (§ 92 Abs. 3 BbgKVerf)
- Nur Rechtsformen zulässig, die die Haftung der Gemeinde auf einen bestimmten Betrag begrenzt (also z.B. GmbH, KG, nicht aber GbR oder OHG)
  - Subsidiarität der Aktiengesellschaft (vgl. § 96 Abs. 4 BbgKVerf)
- Angemessener Einfluss der Gemeinde in Aufsichtsgremien (bei Genossenschaft problematisch)

## 4. Vergaberecht

### Vergaberecht zu beachten?

- Erwerb eines EE-Projektes kann dem Vergaberecht unterliegen
- „Eingekapselter Beschaffungsvorgang“ z.B.: Erwerb einer Projektgesellschaft, die den Projektentwickler mit der Planung und Errichtung des Windparks beauftragt
- Voraussetzungen u.a.: Staatliche Beherrschung; Überschreitung der Schwellenwerte (bei Bauleistungen z.Z. EUR 5 Mio.)
- Ggf. Direktvergabe möglich (bei Ausschließlichkeitsrechten), ansonsten i.d.R. Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit Bekanntmachung
- Bei Vertragsabschluss ohne Durchführung eines erf. Vergabeverfahrens: „Schwebende Wirksamkeit“ des Vertrages; Geltendmachung des Verstoßes innerhalb von max. sechs Monaten; danach: Vertrag endgültig wirksam

## II. Bürgerbeteiligungsmodelle



# 1. Was wird unter Bürgerbeteiligung verstanden?

- **Bürgerbeteiligung i.e.S:** Bürger beteiligen sich mit finanziellen Beiträgen und/oder durch Überlassung von Grundstücken
  - Schuldrechtliche/finanzielle Beteiligungsformen – Bürger als Geldgeber: Flächenpachtmodell, Anleihe, Genussrecht, Sparbrief, Darlehen
  - Gesellschaftsrechtliche Beteiligungsformen – Bürger als Miteigentümer: GmbH & Co. KG, Genossenschaft
  
- **Bürgerbeteiligung i.w.S:** Zuwendungen unabhängig von eigenen Beiträgen der Bürger
  - Erträge und/oder Pachten fließen in gemeinnützige Projekte der örtlichen Gemeinschaft: Verein und Bürgerstiftung (indirekter Nutzen)
  - EE senken die Energiekosten der Bürger: Bürgerstrommodelle (direkter Nutzen)

## 2. Schuldrechtliche Beteiligungsmodelle – Anleihen / Genussrechte / Darlehen

- **Anleihen**, insb. Inhaber- oder Namens-Schuldverschreibungen, also Wertpapiere, die eine Forderung verbriefen und mit welchem der Aussteller dem Berechtigten eine Leistung verspricht, i.d.R. die Rückzahlung eines Darlehens
- **Genussrechte** räumen dem Gläubiger gegen Überlassung des Genusskapitals auf schuldrechtlicher Grundlage typische Vermögenspositionen eines Gesellschafters ein; je nach Ausgestaltung Fremd- oder Eigenkapital; bei Verlustbeteiligung ggf. Anwendbarkeit des KAGB
- **Darlehen** (mit o. ohne Gewinnbeteiligung)
- Gesetzliche Prospektpflicht bei Anleihen und Genussrechten (§ 3 WpPG bzw. § 1 Abs. 2 VermAnlG)
- Zur Vermeidung eines erlaubnispflichtigen Einlagegeschäftes (KWG) **Nachrang** vereinbaren
  - Risiko des Totalverlustes für den Anleger

### 3. Schuldrechtliche Beteiligungsmodelle – Sparbrief

- Sparbriefe sind Namensschuldverschreibungen
  - Aufgrund der bei nicht nachrangigen Namensschuldverschreibungen erforderlichen KWG-Erlaubnis werden Sparbriefe i.d.R. nur von Banken und Sparkassen ausgegeben
  - daher nur indirekte Finanzierung von EE-Projekten möglich (Refinanzierung eines von der Bank der Projektgesellschaft gewährten Darlehens), ausdrückliche Kopplung an einen bestimmten Verwendungszweck sinnvoll
  - Rückzahlung und durch die Bank gewährter Zins durch Einlagensicherungsfonds abgedeckt
- Teilweise wird der Sparbrief-Zins vom Betreiber aus den Erlösen des EE-Projekts „aufgestockt“ → insoweit aber keine Abdeckung durch Einlagensicherungsfonds
- Lt. einer Studie von energate aus November 2012 ist der Sparbrief das beliebteste Bürgerbeteiligungsmodell

## 4. Gesellschaftsrechtliche Beteiligungsmodelle – GmbH & Co. KG

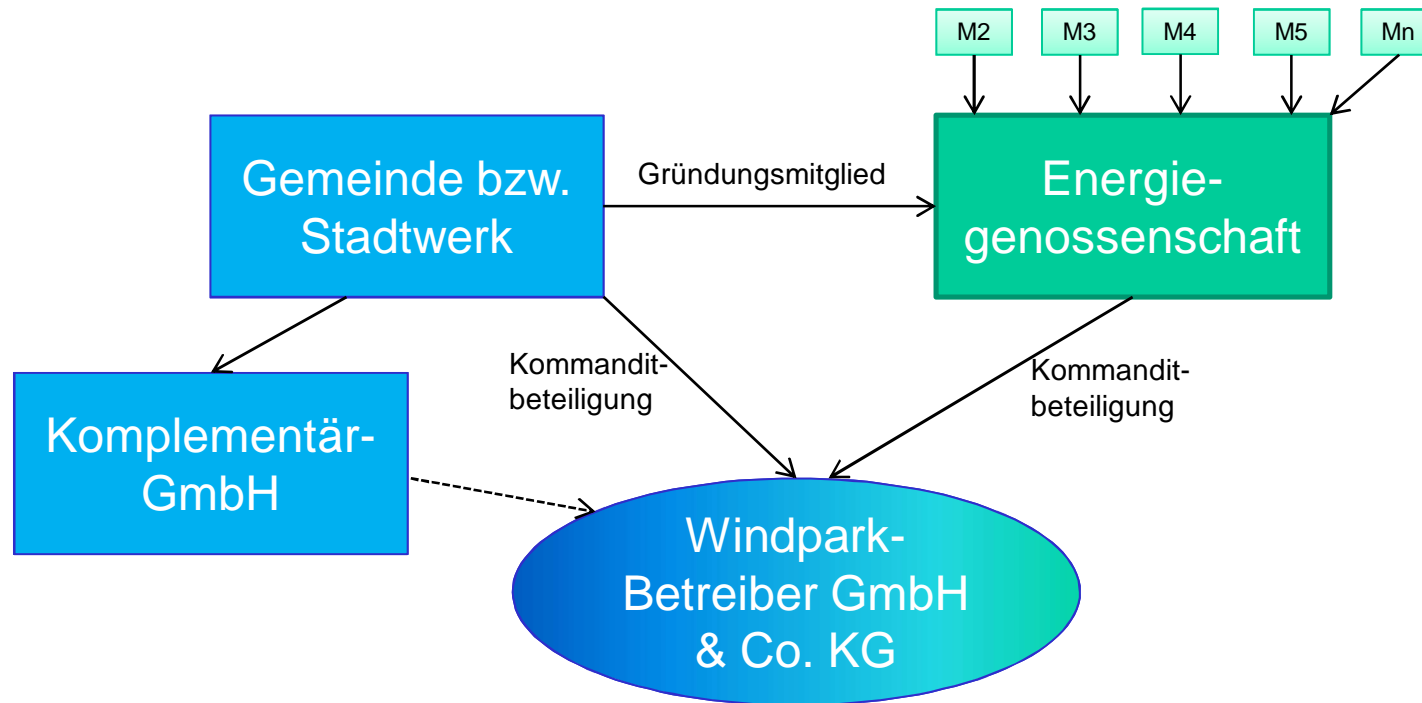
- Windkraft in Deutschland begann mit Bürgerwindparks als GmbH & Co. KG
- Gesellschaftsrechtliche Beteiligung der Bürger an Betreibergesellschaft als Kommanditisten, ggf. gemeinsam mit Grundeigentümer, Gemeinde etc.
- Beteiligung durch Leistung der Pflichteinlage, ggf. zzgl. Agio, ggf. zzgl. Gesellschafterdarlehen
- Geschäftsführung: Komplementär-GmbH, bei großem Anlegerkreis ggf. Einheits-KG
- Anteilsübertragung i.d.R. nur mit Zustimmung der Gesellschafterversammlung
- (I.d.R.) Prospektpflicht gemäß VermAnlG
- Zudem zu beachten: Anlegerschutzrecht, insbesondere Prospekthaftung, Anlageberaterhaftung, Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften, Sonderrecht der Publikumsgesellschaft
- KAGB!

## 5. Gesellschaftsrechtliche Beteiligungsmodelle – Genossenschaft

- Häufige Rechtsform für die Verwirklichung von Bürger-EE-Anlagen (2011: 450 Energiegenossenschaften in Deutschland [Quelle: Umweltministerium NRW])
- Zweck der eG: Förderung des Erwerbs o. der Wirtschaft der Mitglieder o. deren soziale und kulturelle Belange durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb
  - Nur mittelbare Teilhabe der Mitglieder am Erfolg der Genossenschaft (durch Gewinnverteilung) genügt nicht
  - Folglich unzulässig: reine „*Dividendengenossenschaft*“
- Mitgliederprinzip
  - Kopfstimmrecht (one man one vote)
  - „Geschäftsanteile“ bezeichnen lediglich Einlagebetrag, vermitteln aber keine Beteiligung am Vermögen/Geschäftswert (sondern nur am Gewinn)
- Einfache Beteiligungsmöglichkeit und einfacher Austritt
  - Folge der einfachen Austrittsmöglichkeit: Strukturelle Eigenkapitalschwäche

## 5. Gesellschaftsrechtliche Beteiligungsmodelle – Genossenschaft

### Gestaltungsbeispiel Joint Venture



**Vorteil:** Gemeinde / Stadtwerk kann auf der Ebene der Betreibergesellschaft seinen - den Mehrheitsverhältnissen am Gesamtprojekt widerspiegelnden - Einfluss ausüben und führt die Geschäfte der Betreibergesellschaft durch die Komplementär-GmbH!

## 5. Gesellschaftsrechtliche Beteiligungsformen – Genossenschaft

### **Vorteile** der Bürger-Energiegenossenschaften:

- Beteiligung der Bürger in der Region am finanziellen Erfolg des EE-Projekts
- einfache Beteiligungsmöglichkeit, bereits mit geringem finanziellen Einsatz des einzelnen Mitglieds
- demokratische Willensbildung
- keine gesetzliche Prospektpflicht (aber „faktische“ Prospektpflicht)
- im KAGB privilegiert

### **Nachteile** der Bürger-Energiegenossenschaft

- Wg. fehlender Beteiligung am Vermögen nur bedingt als Anlagevehikel geeignet
- wegen nicht dispositiver egalitärer Grundordnung ist bei sehr unterschiedlichen Beiträgen Interessenausgleich der Mitglieder schwierig
- beschränkte Absicherung der Interessen der Initiatoren (wenig Gestaltungsmöglichkeiten hins. Mehrfachstimmrechte; kaum Einflussmöglichkeit auf Organbestellung)

## 6. „Beteiligung“ der örtlichen Gemeinschaft durch Unterstützung gemeinnütziger Bürgerstiftungen und Vereine

### Zweck

- Förderung und Stärkung des kommunalen Gemeinwesens durch Errichtung und / oder Unterstützung einer gemeinnützigen **Bürgerstiftung** oder eines **Vereins**

### Was ist eine Bürgerstiftung?

- Definition Stiftung:  
*„Nicht verbandsmäßig organisierte Institution, die dauerhaft einen vom Stifter vorgegebenen Zweck mittels eines dazu gewidmeten Vermögens verfolgt“*  
(vgl. Schwanke, NZG 2008, 248)
- Die Bürgerstiftung widmet sich der Förderung gemeinnütziger Zwecke in der Gemeinde bzw. Region, in der sie ihren Sitz hat



## 6. „Beteiligung“ der örtlichen Gemeinschaft durch Unterstützung gemeinnütziger Bürgerstiftungen und Verein

- Stiftung ist „auf ewig“ angelegt, d.h. ihr Stiftungsvermögen bleibt dauerhaft erhalten
  - Verwendet wird nicht das Grundstockvermögen, sondern die hieraus erwirtschafteten Erträge (Ausnahme: Spenden)
  - Es bedarf somit zumindest mittelfristig des Aufbaus eines relativ hohen Grundstockvermögens
  - Forderung der Stiftungsbehörden zur Anerkennung der Stiftung: Ausreichendes Anfangskapital zur Zweckerfüllung
  
- Beispiele der Zuwendungen im Rahmen eines EE-Projektes:
  - Zuwendung von anteiligen Pachtentgelten
    - Vorauszahlung für künftige Jahre zur Aufbringung des Grundstockvermögens
    - laufende Zuwendung (als Zustiftung oder Spende)
  
  - Laufende Zuwendung anteiliger Stromerlöse (als Zustiftung oder Spende)

## 6. „Beteiligung“ der örtlichen Gemeinschaft durch Unterstützung gemeinnütziger Bürgerstiftungen und Vereine

### Vorprüfung vor Errichtung einer Bürgerstiftung

- Besteht bereits eine Bürgerstiftung in der Gemeinde / in der Region?
- Finden sich Persönlichkeiten der Gemeinde, die sich in der Bürgerstiftung engagieren werden / wollen?
- Ist absehbar, dass die Bürgerstiftung weitere finanzielle Unterstützer findet (z.B. Unternehmen vor Ort, Banken/Sparkasse, Bürger)?

### Alternative zur Bürgerstiftung: Gemeinnütziger Verein

- Relativ geringer Aufwand
- Unmittelbare Mittelverwendung, kein Grundstockvermögen erforderlich
- Hierdurch jedoch Abhängigkeit von Spenden

**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!**

Rechtsanwalt Dominik Hanus, LL.M.  
hanus@mwp-berlin.de