



Stellungnahme der Bundesnetzagentur

Bonn, 24. Mai 2013

Stellungnahme zum Entwurf einer Neufassung der IDW Stellungnahme zur Rechnungslegung: Rechnungslegung nach § 6b Energiewirtschaftsgesetz (IDW ERS ÖFA 2 n.F.) (Stand: 19.11.2012)

Vorbemerkung

Der Fachausschuss für öffentliche Unternehmen und Verwaltungen (ÖFA) des IDW hat am 19.11.2012 den „Entwurf einer Neufassung der IDW-Stellungnahme zur Rechnungslegung: Rechnungslegung nach § 6b Energiewirtschaftsgesetz (IDW ERS ÖFA 2 n.F.)“ verabschiedet. Die bisherige Fassung der Verlautbarung stammt vom 14.02.2006. Eine erste Überarbeitung dieser Verlautbarung hat der IDW bereits am 14.11.2011 als Entwurf vorgelegt. Hintergrund war der Erlass des Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften. Auf Grund des Dritten Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften vom 20.12.2012 hält der IDW eine weitere Überarbeitung für erforderlich.

Die Bundesnetzagentur nimmt im Folgenden zu Gliederungspunkt Nr. 2 des überarbeiteten Entwurfs (IDW ERS ÖFA 2 n.F. (Stand: 19.11.2012)) Stellung:

Gliederungspunkt Nr. 2 der IDW Stellungnahme: Betroffene Unternehmen

Nach § 6b Abs. 1 S. 1 EnWG sind vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen (viEVU) i.S.d. § 3 Nr. 38 EnWG von der Pflicht erfasst, einen Jahresabschluss und einen Lagebericht aufzustellen, prüfen zu lassen und offenzulegen. Der Gesetzeswortlaut des § 6b Abs. 1 S. 1 EnWG stellt klar, dass zu den viEVU auch diejenigen rechtlich selbständigen Unternehmen zählen, die zu einer Gruppe verbundener Elektrizitäts- oder Gasunternehmen gehören und mittelbar oder unmittelbar energiespezifische Dienstleistungen erbringen.

a) Kommunale Unternehmen

Es stellt sich die Frage, ob kommunale Unternehmen, die ihren Tätigkeitsschwerpunkt außerhalb der Energiewirtschaft haben (z.B. Krankenhäuser, Wohnungsbaugesellschaften oder Bäderbetriebe) und daneben ein Blockheizkraftwerk (BHKW) oder eine Photovoltaik-Anlage (PV-Anlage) betreiben, den Pflichten nach § 6b EnWG unterfallen, wenn die Kommune zugleich an einem viEVU beteiligt ist.

Unter Rn. 5 seines Entwurfs vertritt der IDW die Auffassung, dass „aufgrund der Beteiligung einer Gebietskörperschaft (z.B. Gemeinde) an verschiedenen Unternehmen des Energiesektors nach der Definition des § 3 Nr. 38 EnWG ein vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen bestehen kann, auch wenn zwischen diesen Unternehmen keine Beteiligungen vorliegen.“ Zur Begründung dieser Auffassung verweist er auf die in § 3 Nr. 38 EnWG zugrunde gelegte Gruppendifinition des Art. 3 Abs. 2 FKVO.¹

Nach Ansicht der Bundesnetzagentur wird es zwischen dem kommunalen Unternehmen und dem viEVU jedoch in der Regel an einer hinreichenden Verbundenheit i.S.d. Art. 3 Abs. 2 FKVO fehlen. Diese Einschätzung wird auch durch sachnahe Erwägungen des Bundesrates getragen. Im Rahmen der Beratung des Entwurfs des Achten Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen äußerte der Bundesrat, dass allein die Trägerschaft mehrerer Unternehmen durch eine kommunale Gebietskörperschaft keine Anhängigkeit, Beherrschung oder Konzernstruktur zwischen diesen Unternehmen schaffe.² Hingewiesen sei auch auf die zur Fusionskontrollverordnung mitgeteilten Erwägungen der Europäischen Kommission. Bei der Beurteilung, ob durch den Zusammenschluss von Unternehmen, die derselben öffentlich-rechtlichen Körperschaft oder Gemeinde angehören, Kontrolle erworben wird, stellt die Europäische Kommission maßgeblich darauf ab, ob die Unternehmen unterschiedliche wirtschaftliche Einheiten bilden und eine autonome Entscheidungsbefugnis besitzen. Ist dies auch nach dem Zusammenschluss der Fall, liegt keine Kontrolle im Sinne der Fusionskontrollverordnung und damit auch kein bestimmender Einfluss im Sinne des Art. 3 Abs. 2 FKVO vor.³

¹ Art. 3 Abs. 2 FKVO: „Die Kontrolle wird durch Rechte, Verträge oder andere Mittel begründet, die einzeln oder zusammen unter Berücksichtigung aller tatsächlichen oder rechtlichen Umstände die Möglichkeit gewähren, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben, insbesondere durch: a) Eigentums- oder Nutzungsrechte an der Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des Unternehmens; b) Rechte oder Verträge, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren.“

² Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG), BR-Drs. 176/1/12 v. 30.04.2012, S. 6.

³ Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 95 v. 16.04.2008, S. 1, Rn 52; ersetzt insoweit die Mitteilung der Kommission über den Begriff der beteiligten Unternehmen in der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 66 v. 02.03.1998, S. 14, Rn 55.

Eine Verbundenheit i.S.d. Art. 3 Abs. 2 FKVO ist in den hier fraglichen Fallkonstellationen nur dann zu bejahen, wenn die Kommune einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des kommunalen Unternehmens ausübt. Teilweise wird vertreten, dass ein bestimmender Einfluss allein im Über-/Unterordnungsverhältnis möglich sei.⁴ Eine Zugehörigkeit zum viEVU entfalle immer schon dann, wenn verschiedene Unternehmen zwar unter einer einheitlichen Leitung (z.B. einer Gebietskörperschaft) stehen, aber gegenseitig keinen beherrschenden Einfluss aufeinander ausüben können. Die Vertreter dieser Auffassung übersehen allerdings, dass unabhängige Unternehmen unter einer gemeinsamen Holding organisiert sein können und auf diese Weise eine zentrale, aufeinander abgestimmte Lenkung durch die Gemeinde möglich ist. Eine Verbundenheit zwischen zwei Unternehmen ist daher grundsätzlich auch im Gleichordnungsverhältnis denkbar. Ob eine im Sinne der oben genannten Vorschrift ausreichende Einflussnahme vorliegt, hängt daher nicht von der Ebene des Zuordnungsverhältnisses zwischen dem kommunalen Unternehmen und dem viEVU ab, sondern bestimmt sich vielmehr danach, ob durch die Gemeinde eine gezielte Koordinierung der Unternehmen erfolgt. Klarzustellen ist, dass es für die Frage der Koordinierung naturgemäß nur auf den jeweiligen energiespezifischen Geschäftsbereich des kommunalen Unternehmens ankommen kann. In welchem Maße eine Gemeinde auf den schwerpunktmäßigen sektorfremden Geschäftsbereich des Unternehmens einwirkt, ist also unerheblich.

Eine gezielte Koordinierung durch die Gemeinde wird in der Mehrzahl der Fälle nicht feststellbar sein. Diese Einschätzung resultiert bereits aus der folgenden Grundsatzvermutung: Gemeinden haben im Rahmen der Daseinsvorsorge eine Vielzahl von Aufgaben wahrzunehmen. Um den hiermit verbundenen Pflichten nachzukommen, sind sie an diversen Unternehmen beteiligt, wie beispielsweise an einem Bäderbetrieb oder an einer Wohnungsbaugesellschaft. Sie sind einem gesetzlichen Handlungsauftrag verpflichtet und können ihre Gestaltungsfelder nicht uneingeschränkt frei wählen. Wenn beispielsweise eine Gemeinde im Zusammenhang mit einem Bäderbetrieb ein BHKW errichtet, liegt die generelle Hauptmotivation in der Bereitstellung des Bäderbetriebes. Die Errichtung des BHKW ist damit weniger ein primär beabsichtigter Zweck, als vielmehr die sinnvolle Nutzung einer sich bietenden Gelegenheit. Aus diesem Grund wird es in den meisten Fällen an einer gezielten Koordinierung zwischen dem jeweiligen kommunalen Unternehmen und dem viEVU fehlen. Letztlich folgt aus der vorgegebenen spezifischen Aufgabenzuweisung der Gemeinde die grundsätzliche Vermutung, dass es sich bei der Errichtung und dem Betrieb entsprechender Anlagen um einen mit dem viEVU nicht zielgerichtet koordinierten Nebenzweck des kommunalen Unternehmens handelt.

⁴ Hierzu *Theobald*, in: *Danner/Theobald*, *Energierrecht*, 76. EL 2012, § 3 EnWG, Rn. 297.

Zur Bestätigung dieser grundsätzlichen Annahme ist es erforderlich, dass der energiespezifische Geschäftsbereich des betreffenden kommunalen Unternehmens eine bestimmte Größe nicht überschreitet. Der Umfang der energiewirtschaftlichen Betätigung muss im Vergleich zum Umfang der sektorfremden Betätigung von geringem Ausmaße sein. Zur Klärung der Frage, unter welchen Voraussetzungen von einem geringen Betätigungsumfang gesprochen werden kann, lässt sich auf verschiedene Anhaltspunkte zurückgreifen. Einer der Anhaltspunkte ergibt sich aus einer auf den Umsatz bezogenen relativen Größenbegrenzung. Ist in der Kalkulation vorgesehen, dass sich der Umsatz des energiespezifischen Geschäftsbereichs dauerhaft unter 5 Prozent des Gesamtumsatzes des kommunalen Unternehmens bewegt, kann der Umfang der energiewirtschaftlichen Betätigung jedenfalls als gering eingestuft werden. Ein kumulativ geltender Anhaltspunkt resultiert aus einer auf die elektrische Leistungsstärke bezogenen absoluten Größenbegrenzung. In Anlehnung an die De-Minimis Regel des § 117a EnWG bietet es sich an, für die Anlagen eine Leistungsgrenze von 500 Kilowatt festzulegen.

Die Feststellung, dass der Umfang der energiewirtschaftlichen Betätigung von nur geringem Ausmaße ist, dient letztlich der Manifestierung der zuvor getroffenen Einschätzung, dass die Gemeinde keine gezielte Koordinierung vornimmt.

Die grundsätzliche Annahme, dass es sich bei der Errichtung und dem Betrieb eines BHKW oder einer PV-Anlage um einen nicht zielgerichtet koordinierten Nebenzweck handelt, kann allerdings auch widerlegt werden. Der Annahme eines Nebenzwecks stehen insbesondere die folgenden Umstände entgegen: Wenn anstatt der Inanspruchnahme geregelter Märkte aktive Direktvermarktungsstrategien verfolgt werden, beseitigt dies die grundsätzliche Regelvermutung. Entsprechendes gilt, wenn zwischen der Gemeinde und dem jeweiligen kommunalen Unternehmen eine ausdrückliche Koordinationsvereinbarung geschlossen wird oder in den jeweiligen Verantwortungsbereichen von Gemeinde und kommunalem Unternehmen Personenidentität herrscht.

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass die fraglichen kommunalen Unternehmen nur dann den Verpflichtungen des § 6b EnWG nachkommen müssen, wenn i.S.d. Art. 3 Abs. 2 FKVO eine hinreichende Verbundenheit zum jeweiligen viEVU besteht. Eine hierfür erforderliche Einflussnahme seitens der Gemeinde ist aber zu verneinen, wenn es an einer gezielten Koordinierung zwischen dem kommunalen Unternehmen und dem viEVU fehlt. Ist dies der Fall, besteht keine Gefahr von Diskriminierung und Quersubventionierung. Im Übrigen ist zu beachten, dass anhand der Umstände des Einzelfalls entschieden werden muss, ob es sich bei der Errichtung und dem Betrieb der betreffenden Anlage tatsächlich um einen nicht zielgerichtet koordinierten Nebenzweck handelt. Die dargelegten Grenzwerte sind als Orientierungswerte zu verstehen.

b) Dienstleistungsunternehmen

Wie unter Rn. 6 des IDW-Entwurfs richtigerweise dargestellt, können unter bestimmten Voraussetzungen auch solche Unternehmen den Verpflichtungen des § 6b EnWG unterfallen, die für das viEVU mittelbar oder unmittelbar energiespezifische Dienstleistungen erbringen. Welche Dienstleistungen dies konkret sein können, ergibt sich aus der Gesetzesbegründung.⁵

Klarzustellen ist, dass die Unternehmen von der in § 3 Nr. 38 EnWG niedergelegten Definition des viEVU mitumfasst sind. Sie werden als optionale Zusatzbestandteile des gesamten viEVU angesehen, da sie für dessen Kernbereiche Dienstleistungen erbringen. Unternehmen dieser Art würden für sich allein betrachtet also keine viEVU darstellen, sie werden aber durch ihre Verbundenheit mit solchen in die Begriffsdefinition des § 3 Nr. 38 EnWG einbezogen.

Unter Rn. 6 a.E. vertritt der IDW die Auffassung, dass eine Dienstleistung nicht zur energiespezifischen Dienstleistung wird, weil sie an ein Unternehmen nach § 6 Abs. 1 S. 1 EnWG erbracht wird. Diesbezüglich ist allerdings zu beachten, dass der Begriff der energiespezifischen Dienstleistung weit auszulegen ist. Es genügt, wenn das entsprechende Unternehmen nach seinem Gründungsvertrag den spezifischen Zweck verfolgt, das viEVU in seinen Kernaufgaben zu unterstützen.

⁵ Siehe hierzu Begründung zum Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften, BT-Drs. 17/10754 v. 24.09.2012, S. 18 (S. 21).