

PRIVATISIERUNG MIT AUGENMASS

Voraussetzungen und Verfahren für die Veräußerung kommunaler Anteile

Die Städte als Gesellschafter kommunaler Unternehmen sind in bestimmten Situationen interessiert, sich (teilweise) von einer Beteiligung an einem ihrer Unternehmen zu trennen und diese zu veräußern. Dabei können die Motivlagen vielfältig sein. So kann die Anteilsübertragung der Beschaffung neuer Haushaltsmittel, der Veräußerung eines verlustträchtigen Betriebs oder beispielsweise der Erweiterung des operativen Know-hows und der Erzielung von Skaleneffekten und Verbundvorteilen dienen.

Dabei ist keinesfalls von der Veräußerung kommunalen Tafelsilbers das Wort zu reden. Es soll vielmehr dargestellt werden, dass eine solche Veräußerung von Anteilen nur im Rahmen eines strukturierten Verfahrens erfolgen kann. Hierzu ist das bei der Veräußerung einzuhaltende Verfahren näher zu erläutern.

Strukturiertes Bieterverfahren

Möchte eine Kommune eine Beteiligung an einem kommunalen Unternehmen veräußern, stellt sich die Frage, welche rechtlichen Rahmenbedingungen sie bei der Veräußerung zu beachten hat.

Ein Verkauf der Beteiligung von Anteilen an einem kommunalen Unternehmen durch eine Kommune ohne ein Bieterverfahren (sog. „freihändiger Verkauf“) scheidet in der Regel aus, da die Kommune gehalten ist, gewisse rechtliche Grundsätze zu beachten, was bei einem freihändigen Verkauf in der Regel nicht möglich ist.



Von der Veräußerung kommunalen Tafelsilbers soll hier nicht die Rede sein.

Auch das gesetzlich geregelte Vergabeverfahren kommt bei einer Veräußerung des Anteils einer Kommune an einem ihrer Unternehmen grundsätzlich nicht zur Anwendung. Denn Voraussetzung für ein Vergabeverfahren ist, dass dem Vorgang ein Beschaffungscharakter zukommt. Dies ist jedoch bei der Veräußerung eines Anteils an einem kommu-

nal Unternehmen, mit Ausnahme einiger besonderer Konstellationen, nicht der Fall.

Tatsächlich ist bei einer Veräußerung eines Anteils an kommunalen Unternehmen durch kommunale Anteilseigner ein sog. strukturiertes Bieterverfahren (oder auch „Interessenbekundungsverfahren“) durchzuführen. Das strukturierte

Bieterverfahren ist gesetzlich nicht normiert. Vielmehr ergibt sich die Ausgestaltung des Verfahrens aus den rechtlichen Rahmenbedingungen, die die Kommunen als Körperschaften öffentlichen Rechts zu beachten haben.

Nachfolgend werden die rechtlichen Rahmenbedingungen des strukturierten Bieterverfahrens skizziert und das Verfahren im Einzelnen näher vorgestellt. Abschließend ist kurz auf die Anwendbarkeit des Vergabeverfahrens in Ausnahmefällen hinzuweisen.

▶ Anteile sollen nur veräußert werden, wenn die wirtschaftlichen und kommunalpolitischen Interessen der Kommune gewahrt bleiben.

Rechtliche Rahmenbedingungen

Bei der Veräußerung eines Gesellschaftsanteils hat die Kommune verschiedene Grundsätze zu beachten. Diese rechtlich relevanten Rahmenbedingungen ergeben sich aus verschiedenen Rechtsgrundlagen. So kommen sowohl Grundsätze aus der Gemeindeordnung, europarechtliche und verfassungsrechtliche Grundsätze, aber auch Regelungen aus dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (im Folgenden „GWB“) zur Anwendung.

- Grundsatz der Wirtschaftlichkeit
Ausgangspunkt ist der in der Gemeindeordnung normierte Grundsatz der Wirtschaftlichkeit. So dürfen beispielsweise nach § 90 Abs. 3 GO NRW Vermögensgegenstände in der Regel nur zu ihrem vollen Wert veräußert werden. Dabei wird der volle Wert durch den Preis bestimmt, der am Markt zu erzielen ist. Daher schließt dieses Gebot in Konsequenz auch die Verpflichtung ein, sich im Veräußerungsprozess ein Bild über den Marktwert zu machen. Dies kann insbesondere durch eine Ausschreibung des Anteils geschehen, innerhalb derer der echte Marktpreis ermittelt wird.
- Europarechtliche Grundsätze
Gleichzeitig muss das Verkaufsverfahren den allgemeinen Grundsätzen des Europarechts, insbesondere den Grundsätzen zur Verwirklichung des Binnenmarktes genügen.

Aus diesen folgt, dass das Verfahren diskriminierungsfrei, also ohne Benachteiligung von potenziellen Käufern gestaltet werden muss. Gewahrt werden kann das Diskriminierungsverbot vor allem dann, wenn das Verfahren als öffentliches, an alle potenziellen Käufer gerichtetes, transparentes Verfahren gestaltet wird.

Daneben untersagen die europarechtlichen Regelungen in Art. 107 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) die Vergabe von unzulässigen Beihilfen durch die Mitgliedstaaten. Dementsprechend muss vermieden werden, dass der Verkauf der Anteile den Charakter einer staatlichen Beihilfe erhält. Eine solche Qualifizierung kommt etwa dann in Betracht, wenn die Anteile unter dem Verkehrswert veräußert werden. Im Umkehrschluss kann dagegen davon ausgegangen werden, dass keine Beihilfe vorliegt, wenn die Veräußerung zum Marktwert erfolgt. Diese Voraussetzung kann dann erfüllt werden, wenn der Verkauf im Rahmen eines öffentlichen Bieterverfahrens geschieht, da sich der Marktpreis durch die Angebote der Interessenten ergibt.

- Verfassungsrechtlicher Gleichheitsgrundsatz
Daneben sind verfassungsrechtliche Vorgaben zu beachten. Es wird insbesondere durch den allgemeinen Gleichheitssatz in Art. 3 Abs. 1 GG klargestellt, dass die öffentliche Hand die Auswahl des Käufers nach sachgerechten und nicht nach willkürlichen Gesichtspunkten zu treffen hat. Das hat zur Folge, dass allen potenziellen Käufern die Gelegenheit gegeben werden muss, in einen entsprechenden Bieterwettbewerb zu treten. Dies kann, entsprechend den vorstehenden Ausführungen zu den europarechtlichen Vorgaben dann gewährleistet werden, wenn die Veräußerung im Rahmen eines strukturierten und transparenten Verfahrens erfolgt, dem außerdem vorab ermittelte Bewertungsfaktoren zugrunde gelegt werden.
- Grundsätze des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Schließlich sind unter Umständen auch die Vorschriften des GWB zu beachten. Nach § 20 GWB darf ein marktbeherrschendes Unternehmen ein anderes Unternehmen gegenüber gleichartigen Unternehmen nicht ohne sachlich gerechtfertigten Grund unterschiedlich behandeln. Kommunen sind mit ihren Unternehmen nach § 19 GWB dann marktbeherrschend, wenn sie eine Monopolstellung

innehaben, beispielsweise im Bereich der Wasserversorgung. Soweit die Regelungen des GWB einschlägig sind, ist ein Ausschreibungsverfahren geboten, um zu dokumentieren, dass eine Diskriminierung im Sinne des § 20 GWB nicht vorliegt.

Allgemeine Anforderungen an das strukturierte Bieterverfahren

Aus den vorstehenden rechtlichen Rahmenbedingungen ergeben sich die weiteren Anforderungen, die bei der Veräußerung einer Beteiligung an einem kommunalen Unternehmen zu beachten sind und die damit die Grundlage für das Bieterverfahren bilden.

Bei diesem strukturierten Bieterverfahren müssen zunächst alle in Frage kommenden Kaufinteressenten die Möglichkeit haben, die Anteile an dem kommunalen Unternehmen zu erwerben. Es dürfen also keine Interessenten grundlos von dem Verkaufsprozess ausgeschlossen werden, gleichzeitig ist eine gewisse abstrakte Vorauswahl zweckmäßig. Zudem sind auch alle Interessenten gleich zu behandeln, es müssen insbesondere alle Interessenten die gleichen Informationen als Entscheidungsgrundlage erhalten.

Daneben muss das Bieterverfahren transparent geführt und dokumentiert werden und nach rein sachlichen Kriterien erfolgen. Vorab festzulegen ist vor allem, anhand welcher wesentlichen Kriterien die Auswahl erfolgt und wie die einzelnen Kriterien gewichtet werden.

So ist die Kommune zwar aufgrund des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes grundsätzlich gehalten, die Anteile an den Meistbietenden zu veräußern. Aber gerade dann, wenn die Gesellschaft, die veräußert werden soll, einen Versorgungsauftrag hat (Energieversorgung, ÖPNV, Krankenhäuser, Pflegeheime etc.), ist zu beachten, dass die Gegenleistung nicht nur in der Zahlung eines Kaufpreises zu sehen ist, sondern auch noch weitere Leistungen und Aspekte eine Rolle spielen können (beispielsweise Versorgungssicherheit, preiswerte Leistungen für die Bürger, Leistungsqualität, Standortaspekte, Arbeitsplätze, Umweltgesichtspunkte etc.).

Daher kommt es im Rahmen des Bieterverfahrens nicht ausschließlich auf den Kaufpreis an, sondern vielmehr auch auf die weiteren von den Kommunen (in der Regel: vom Rat) festzulegenden und vorab zu gewichtenden Kriterien. Anhand dieser muss überprüft werden, ob die vorgelegten

Angebote eine adäquate Lösung für die vorgegebenen Aspekte bieten.

Besteht dagegen kein Versorgungsauftrag und dient die Veräußerung daher nur der Beschaffung von zusätzlichen Haushaltsmitteln, kommt der Höhe des Kaufpreises in der Regel ein sehr starkes Gewicht zu. Der Kaufpreis muss aber in jedem Fall anhand der weiteren Bedingungen des Erwerbsvorganges beurteilt werden, etwa vor dem Hintergrund der zu Lasten der Kommune vereinbarten Gewährleistungs-, Nebenleistungs- und Kostentragungspflichten. Gerade hier sollten die Kommunen ihren Verhandlungsspielraum nutzen.

Bei dem gesamten Bieterverfahren ist zudem darauf zu achten, dass keine Personen mitwirken, die bei ihrer Entscheidung möglicherweise einem Interessenkonflikt ausgesetzt sind.

Üblicher Ablauf eines strukturierten Bieterverfahrens

Zur Wahrung der vorgenannten Kriterien hat sich in der Praxis ein bestimmtes Verfahren herausgebildet, das grundsätzlich in drei Stufen abläuft. Nachstehend sind die üblichen Strukturen kurz dargestellt.

Die Ausführungen sind jedoch nicht als starre Anforderungen zu verstehen. Vielmehr handelt es sich um Verfahrensschritte, die gewöhnlich Teil eines strukturierten Bieterverfahrens sind. Es ist jedoch zwingend erforderlich, im Einzelfall zu prüfen, ob alle nachstehend aufgeführten Schritte durchzuführen oder weitere Verfahrensschritte notwendig sind.

– Planungsphase

Erste Stufe ist die Planungsphase, in der erste Vorbereitungen für die Veräußerung der Beteiligung getroffen werden. Dabei werden zunächst intern die Transaktionsziele durch die veräußernde Kommune festgelegt und ein Kriterienkatalog für die Veräußerung erstellt. Dieser Kriterienkatalog enthält primäre und sekundäre Kriterien, die der Käufer erfüllen muss. Daneben wird in dieser Planungsphase ein Informationsmemorandum für die potenziellen Käufer zusammengestellt. Das Informationsmemorandum enthält dabei grundsätzliche Aussagen zu der geplanten Veräußerung und der wirtschaftlichen Situation des zu veräußernden Unternehmens und zu den Bedingungen des Kaufvertrages. Auch die Bewertungs-

kriterien sollten schon benannt werden, ihre Gewichtung aber zweckmäßigerweise nicht.

– Angebotsphase

In der folgenden Angebotsphase spricht die Kommune, die die Anteile veräußern möchte, potenzielle Kaufinteressenten an. Dies erfolgt in der Regel durch die Veröffentlichung einer entsprechenden Anzeige in geeigneten Blättern. Dazu zählen neben den Amtsblättern gerade überregionale Tageszeitungen. Zu beachten ist, dass unter Umständen auch eine Veröffentlichung beispielsweise im EU-Amtsblatt in Betracht kommt, soweit auch Kaufinteressenten aus dem EU-Ausland zu erwarten sind. Die Veröffentlichung der Veräußerungsabsicht wird dabei kombiniert mit der Aufforderung zur Abgabe einer Interessensbekundung an dem Erwerb der Gesellschaftsanteile. Diese Aufforderung sollte eine Ausschlussfrist enthalten, so dass nur potenzielle Käufer beachtet werden, die sich fristgerecht melden. Daneben kann im Einzelfall eine freilich nur diskriminierungsfreie Direktansprache von Interessenten in Betracht kommen.

Als Nächstes werden in dieser Phase sogenannte „indikative Angebote“ von den Käufern eingeholt. Die indikativen Angebote erstellen die potenziellen Käufer auf der Grundlage der Informationsmemoranden, welche sie nach der Interessensbekundung erhalten und ggf. weiteren Informationen, die (dann aber allen Interessenten!) von der Kommune nachgefordert werden können.

Aufgrund dieser indikativen Angebote sollte anhand einer vorab aufgestellten und gewichteten Bewertungsmatrix eine Vorauswahl an potenziellen Käufern getroffen werden. Diesen Käufern wird Zugang zu den weiteren Daten, welche für die Transaktion relevant sind, gewährt (z. B. in einem virtuellen Datenraum) und die Prüfung der Daten ermöglicht („Due-Diligence“). Auf Grundlage der Auswertungen geben dann die Käufer konkretisierte Angebote ab. Anhand dieser konkretisierten Angebote wird durch die Kommune eine weitere Auswahl getroffen.

– Verhandlungsphase

Mit den verbleibenden Kaufinteressenten tritt die Kommune in die konkreten Vertragsverhandlungen ein. Dabei können und sollten die Verhandlungen mit den Interessenten parallel geführt werden. Durch die gleichzeitige Verhandlung mit den Kaufinteressenten sollte dann die Wett-

bewerbsituation zwischen den Interessenten zur Verbesserung der Angebote und der Erfüllung der aufgestellten Kriterien genutzt werden. Die Verhandlungen müssen wieder diskriminierungsfrei geführt und dokumentiert werden.

Die Verhandlungen werden bis zu der Erstellung konkreter und weitgehend endgültiger Vertragswerke mit den verschiedenen Kaufinteressenten geführt. Dies schließt die Verhandlung des Kaufpreises sowie sämtlicher sonstiger Leistungen und Vertragskonditionen mit ein.

Der Kaufinteressent gibt das Angebot als verbindliches Angebot ab. Soweit dies für die Übertragung der Anteile erforderlich ist, ist dieses notariell zu beurkunden. Auf Grundlage der Ergebnisse der Verhandlungen wählt die Kommune das Angebot mit den besten Bedingungen aus. Dieses Angebot wird dann durch die Kommune, nach Befassung der zuständigen Gremien mit der Angelegenheit, angenommen. Die nicht berücksichtigten potenziellen Käufer sind über die Entscheidung zu informieren.

Als vierte Phase schließt sich die Umsetzung der Veräußerung an, die eigene Problemstellungen mit sich bringt.

Zusätzliches Vergabeverfahren bei Veräußerung

Wie bereits eingangs angemerkt, ist bisweilen die Durchführung eines strukturierten Bieterverfahrens für die Wahrung der gesetzlichen Anforderungen nicht ausreichend. Unter bestimmten Bedingungen ist ggf. zusätzlich zu dem strukturierten Bieterverfahren ein Vergabeverfahren durchzuführen.

Ein Vergabeverfahren ist insbesondere immer dann notwendig, wenn die Veräußerung der Gesellschaftsanteile als indirekte Vergabe eines öffentlichen Auftrages zu beurteilen ist, die eigentlich den Vergaberegeln unterliegen würde.

So kann die Kommune einen öffentlichen Auftrag nach der Rechtsprechung des EuGH bekanntermaßen ohne ein Vergabeverfahren an eine eigene Gesellschaft vergeben (sog. „In-house-Vergabe“).

Würden nun in einem engen zeitlichen und sachlichen Zusammenhang die Anteile an einem kommunalen Unternehmen veräußert, das zuvor im Rahmen einer In-house-Vergabe einen Auftrag erhalten hat, würde dies zu einer unzulässigen Umgehung des vergaberechtlichen Verfahrens führen. Dann ist in der Veräußerung der Anteile die indirekte

Vergabe eines öffentlichen Auftrages zu sehen, die die Durchführung eines Vergabeverfahrens erforderlich macht.

In einem solchen Fall ist zusätzlich zu dem strukturierten Bieterverfahren ein Vergabeverfahren durchzuführen. Denn das Vergabeverfahren ist nicht geeignet, den Anforderungen und Interessenlagen eines strukturierten Bieterverfahrens gerecht zu werden und dieses zu ersetzen. Andersherum ersetzt das Bieterverfahren eine förmliche Auftragsvergabe nicht. Daher sind in einem solchen Fall beide Verfahren zu kombinieren.

Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass ein freihändiger Verkauf von Anteilen an einem kommunalen Unternehmen grundsätzlich nicht möglich ist. Vielmehr muss regelmäßig ein strukturiertes Bieterverfahren durchgeführt werden, in dem sämtliche in Frage kommenden Kaufinteressenten die Möglichkeit zum Kauf der Beteiligung eingeräumt wird. Nur in besonders gelagerten Fällen ist das strukturierte Bieterverfahren mit einem Vergabeverfahren für öffentliche Aufträge zu kombinieren.

Immer zu bedenken ist schließlich, dass eine Abgabe von Anteilen an kommunalen Beteiligungen besser unterbleibt, wenn die Angebote des Marktes nicht sowohl die wirtschaftlichen als auch die kommunalpolitischen Interessen der Kommune erfüllen. In diesem Fall ist eine interkommunale Kooperation häufig die bessere Alternative.



*Eike Christian Westermann,
Rechtsanwalt/Steuerberater,
PriceWaterhouseCoopers Legal AG,
Düsseldorf*

eike.christian.westermann@de.pwc.com



UMFASSENDE UND PRAXISORIENTIERTE DARSTELLUNG.

WWW.BOORBERG.DE

**Die Verwaltungsentscheidung
Bescheide – Schriftsätze – Schreiben – Verfügungen
von Werner Volkert, Vizepräsident a.D. der
Fachhochschule Osnabrück
2010, 5. Auflage, 292 Seiten, € 22,80
ISBN 978-3-415-04489-0**

Das klar und übersichtlich gegliederte Standardwerk enthält konkrete Formulierungsvorschläge, zahlreiche eingängige Beispiele sowie Anwendungshinweise. Inhalt und Aufbau des behördlichen Erstbescheides sowie des Widerspruchsbescheides und des Abhilfebescheides bilden die Schwerpunkte des Werks und sind im Detail erläutert. Ein eigenes Kapitel ist dem »Öffentlich-rechtlichen Vertrag« als Instrument effizienten und flexiblen Verwaltungshandelns vorbehalten. Darüber hinaus berücksichtigt der Verfasser die Erfahrungen aus der Praxis mit dem elektronischen Verwaltungsakt.

»Durch viele nützliche Einzelheiten ... haben die Leser ein ausgezeichnetes Nachschlagewerk für nahezu sämtliche zu beachtende Details im Zusammenhang mit Verwaltungsentscheidungen.«

Regierungsdirektorin Sabine Weidtmann-Neuer im Staatsanzeiger für das Land Hessen 42/2010

BOORBERG

RICHARD BOORBERG VERLAG FAX 0711/7385-100 · 089/4361564 TEL 0711/7385-0 · 089/436000-0 BESTELLUNG@BOORBERG.DE

SZ0111