



GEMEINDE AU

Landkreis
Breisgau-Hochschwarzwald

BERATUNGSVORLAGE

Bearbeiter: badenova AG & Co KG

Gremium:
Gemeinderat Au

Sitzung:
öffentlich

Sitzungstag:
29. Oktober 2020

TOP 4

badenova AG & Co. KG

hier: Kapitalerhöhung und Änderung des Gesellschaftsvertrags

1. Ausgangslage

Bei Gründung der badenova AG & Co. KG im Jahr 2001 hatten die Gründungsgesellschafter bereits vorgesehen, dass die Gesellschaft für die Beteiligung weiterer Gesellschafter offen sein solle. In der Folge erweiterte sich die Anzahl der Gesellschafter von ursprünglich sechs auf nunmehr 98. Insbesondere durch das Projekt KOMPAS konnte eine Vielzahl an neuen Kommanditisten gewonnen werden.

Im Rahmen des Projektes KOMPAS wurde den neuen Gesellschaftern nicht nur die Möglichkeit geboten, sich direkt durch den Erwerb von Kommanditanteilen an der badenova AG & Co. KG zu beteiligen. Darüber hinaus konnten auch stille Beteiligungen begründet werden. Hintergrund war, dass nicht genügend Kommanditanteile zur Verfügung standen, um allen Kommunen/Kommanditisten eine ihrer Größe adäquate Beteiligung anzubieten. Die stille Beteiligung konnte im Verhältnis 1:2 (Erwerbspreis Kommanditbeteiligung zu stille Beteiligung) begründet werden.

Von den 81 Kommunen, die im Rahmen des KOMPAS Projekts neue Kommanditisten der badenova AG & Co. KG geworden sind, haben 48 daneben noch stille Beteiligungen begründet in einem Gesamtwert von 41,881 Mio. EUR.

Seit 2015 hat die Energiekartellbehörde des Landes Baden-Württemberg (EKartB) Ermittlungen gegen die badenova AG & Co. KG aufgenommen, da aus Sicht der EKartB Teile des KOMPAS Projektes nicht zulässig gewesen sein sollten. Das KOMPAS Projekt wurde seinerzeit von vielen Stellen geprüft, beispielsweise vom Innenministerium, der Regierungspräsidien, aber auch vom Steinbeis-Institut und für zulässig erachtet. Allerdings wurde damals nicht das Hauptaugenmerk auf das Kartellrecht gelegt und insofern wurde die EKartB nicht beteiligt. Im Zuge der Ermittlungen der EKartB konnte eine Einigung zur Beendigung der Verfahren gefunden werden. Ein wesentlicher Punkt der Einigung war die Beendigung aller stillen Gesellschaften. Zwischenzeitlich wurden alle stillen Beteiligungen gekündigt und sind beendet.

Um den Kommanditisten, die stille Beteiligungen gezeichnet hatten, aber trotzdem in einem adäquaten Umfang an der badenova AG & Co. KG zu beteiligen, soll diesen die Möglichkeit gegeben werden, bis zur Höhe ihrer bisherigen stillen Einlage an einer Kapitalerhöhung teilzunehmen.

Insgesamt kann das Eigenkapital also nominal um bis zu 41,881 Mio. EUR erhöht werden. Neben der Stärkung der kommunalen Beteiligung soll mit der Erhöhung des Eigenkapitals auch die Kapitalstruktur der badenova AG & Co. KG gestärkt werden. Dies wird sich nachhaltig positiv auf die weitere wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens auswirken.

Der Gesellschaftsvertrag der badenova AG & Co. KG sieht in § 8 Abs. 2 lit. o) vor, dass jeder Kommanditist berechtigt ist, seine Kapitalanteile entsprechend seiner bisherigen Kapitalbeteiligung an der Gesellschaft aufzustocken, wenn die festen Kapitalanteile erhöht werden. Mit der Kapitalerhöhung wäre dies der Fall. Aktuell soll aber lediglich den ehemals stillen Gesellschaftern die Erhöhung ihrer Kapitalanteile um den Betrag ihrer ehemals stillen Beteiligung angeboten werden. Jeder Kommanditist soll also wie zuvor an der badenova AG & Co. KG beteiligt bleiben, nur diesmal ausschließlich direkt. Daher ist ein Verzicht der Kommanditisten ohne stille Beteiligung auf das Aufstockungsrecht erforderlich.

Aufgrund der Beendigung der stillen Beteiligungen und der Erhöhung des Kommanditkapitals muss zudem der Gesellschaftsvertrag der badenova AG & Co. KG geändert werden. Zum einen sieht der Gesellschaftsvertrag in § 4 Abs. 3 vor, dass eine Änderung der Kapitalanteile nur durch Änderung des Gesellschaftsvertrags möglich ist. Zum anderen durften bisher gem. § 11 Abs. 2 lit. d) die ehemals stillen Gesellschafter ein Aufsichtsratsmitglied stellen. Aufgrund der Beendigung der stillen Gesellschaften muss hier eine neue Regelung gefunden werden.

Die erforderliche Änderung des Gesellschaftsvertrags soll zum Anlass genommen werden, auch weitere sinnvolle Anpassungen vorzunehmen.

2. Grundlage und Umsetzung Kapitalerhöhung

Zur Durchführung der Kapitalerhöhung musste zunächst der Unternehmenswert der badenova AG & Co. KG ermittelt werden. Auf Basis des IDW S 1 Standards hat die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Deloitte GmbH den Ertragswert der badenova AG & Co. KG zum Stichtag 31.12.2020 ermittelt und kommt zu einem Unternehmenswert in Höhe von 998,7 Mio. EUR. Das Gesamtvolumen der Kapitalerhöhung von 41,881 Mio. EUR entspricht also einem Anteil von 4,193 Prozent an diesem Unternehmenswert.

Auf dieser Grundlage sollen die ehemaligen stillen Gesellschafter neue Kapitalanteile zusätzlich zu ihrer bisher bestehenden Kapitalbeteiligung zeichnen können. Sofern einzelne ehemalige stille Gesellschafter ihr ehemaliges stilles Beteiligungskapital nicht bzw. nicht in voller Höhe als neues Eigenkapital einzahlen, fällt die gesamte Kapitalerhöhung um das nicht bzw. nicht in voller Höhe eingezahlte Eigenkapital niedriger aus. Dieses Recht soll also nicht ersatzweise durch andere Gesellschafter ausgeübt werden.

Durch die geplante Kapitalerhöhung kommt es zu einer geringfügigen Verwässerung der Kapitalanteile der weiteren Gesellschafter. Allerdings entfällt auch die Verzinsung der stillen Beteiligungen.

Dieser Effekt überkompensiert - abhängig von der jeweiligen Gewinnentwicklung - den Effekt der verwässerten Kapitalanteile, so dass sich insgesamt die Gewinn-anteile der weiteren Gesellschafter voraussichtlich geringfügig erhöhen werden.

Da die Kapitalerhöhung begrenzt auf die ehemaligen Einlagen der stillen Gesellschafter sein soll, sollen die weiteren Gesellschafter nicht von ihrem Recht auf eine entsprechende anteilige Kapitalerhöhung Gebrauch machen. Insofern bedarf es von jedem Gesellschafter, der keine stille Beteiligung an der badenova AG & Co. KG gezeichnet hatte, einer Verzichtserklärung bezüglich seines Aufstockungsrechts.

3. Änderung des Gesellschaftsvertrags

Aufgrund der notwendigen Anpassung des Gesellschaftsvertrags allein wegen der Kapitalerhöhung, soll dieser insgesamt überarbeitet und auf einen aktuellen Stand gebracht werden. Die Grundlage des Gesellschaftsvertrags stammt aus dem Gründungsjahr 2001 der badenova AG & Co. KG. Im Laufe der Jahre haben sich die Rahmenbedingungen und die Konzernstrukturen der badenova AG & Co.

KG verändert, so dass einzelne Regelungen im Gesellschaftsvertrag nunmehr durch zeitgemäße Regelungen zu ersetzen sind.

Der Gesellschaftsvertrag mit allen Änderungsvorschlägen ist als Anlage der beigefügt. Die Änderungsvorschläge wurden zwischen der Stadt Freiburg, der Thüga AG und der badenova AG & Co. KG abgestimmt.

Im Folgenden sind die wesentlichen Änderungen erläutert:

Präambel

Die Aufnahme einer Präambel ist auf eine Initiative des Gemeinderats der Stadt Freiburg aus dem Jahr 2012 zurückzuführen. Seinerzeit wurde seitens des Vorstandes zugesagt, bei einer Änderung des Gesellschaftsvertrags in Abstimmung mit den weiteren Hauptgesellschaftern eine Präambel mit aufzunehmen, die herausstellt, dass die badenova ihren Beitrag zur Umweltentlastung, Klimaschutz und der Energiewende leistet. Dies als auch der kommunale Bezug wird mit der vorgesehenen Präambel berücksichtigt. Eine nähere Konkretisierung des konkreten Beitrags der badenova zum Klimaschutz und der Energiewende ist aus Sicht der badenova nicht Aufgabe einer Präambel, die die Ziele einer Gesellschaft allgemein umschreibt, aber nicht dazu geeignet ist, konkrete operative Vorgaben zu machen. Der qualitative Beitrag der badenova zu diesen Zielen hängt nicht zuletzt von den gesetzlichen Rahmenbedingungen ab, die sich nicht dauerhaft vorhersagen lassen. Eine umfangreichere Präambel wird auch von der Thüga AG, ohne die die zur Gesellschaftsvertragsänderung erforderliche $\frac{3}{4}$ - Mehrheit nicht erreicht wird, abgelehnt.

§ 4 Abs. 2

Nach Durchführung der Kapitalerhöhung werden sich die Kapitalanteile der Kommanditisten, die an der Kapitalerhöhung teilnehmen noch verändern. Die jeweilige Höhe wird dann entsprechend der tatsächlichen Kapitalerhöhung angepasst werden.

§ 5 Abs. 1 und 2 - Konten der Gesellschafter

Die Bezeichnung „Privatkonto“ soll in „Kontokorrentkonto“ geändert werden und ebenso soll dieses Konto nicht „eingrichtet“, sondern „geführt“ werden. Dies entspricht dem Vorgehen der badenova seit ihrer Gründung. Die Kommanditisten haben kein eigenes Konto. Vielmehr wird ein Kontokorrent geführt, aus dem die Ergebnisausschüttung vorgenommen wird. Die Änderung der Bezeichnung setzt sich in den §§ 20 und 21 fort.

§ 8 Abs. 1 / § 13 Abs. 7 – Gesellschafterversammlung / Einberufung und Beschlussfassung des Aufsichtsrats

Die bisherige Formulierung spiegelte nicht mehr den technischen Stand der möglichen Beschlussfassungen wieder und soll auf einen modernen Stand gebracht werden, indem auch Beschlussfassungen in der Gesellschafterversammlung als auch im Aufsichtsrat durch „Telefon- oder Videokonferenz oder außerhalb einer Sitzung durch Einholung mündlicher, fernmündlicher, schriftlicher oder in Textform übermittelter Stimmabgaben“ möglich sein sollen. Auch die „kombinierte Stimmabgabe“, also teilweise persönlich in einer Sitzung als auch zeitgleich per Videokonferenz soll möglich sein. Auch das Erfordernis der Einstimmigkeit bzgl. der neuen Art der Beschlussfassung soll in der Gesellschafterversammlung einer $\frac{3}{4}$ -Mehrheitsentscheidung weichen, um den Abstimmungsprozess praktikabel zu machen. Insbesondere die Corona-Pandemie hat gezeigt, wie wichtig es ist, auch formal flexibel reagieren zu können, wenn große Versammlungen nicht durchgeführt werden können. Bislang waren Telefon- und Videokonferenzen nicht untersagt, weshalb hierauf bereits in der Corona-Pandemie zurückgegriffen werden konnte. Ihre ausdrückliche Zulässigkeit soll aber jetzt klargestellt werden.

§ 8 Abs. 2 lit. a) – Gesellschafterversammlung

Der Erweiterung der Feststellung auch des „Konzernabschlusses“ und des „Konzernlageberichts“ trägt der Weiterentwicklung der badenova AG & Co. KG zum Konzern Rechnung.

§ 8 Abs. 2 lit. I) – Gesellschafterversammlung

Bis dato war gesellschaftsvertraglich nicht sichergestellt, dass die „Verfügung von bzw. über Unternehmen oder Beteiligungen oder Anteile an Tochter-/Enkelgesellschaften oder deren Vermögensgegenstände, sofern diese im Verhältnis zum Geschäftsumfang der Gesellschaft wesentlich oder von besonderer Bedeutung für die Erfüllung des Unternehmensgegenstandes sind“ zuvor durch die Gesellschafterversammlung zu genehmigen sind. Durch die Änderung des § 8 Abs. 2 lit. l) wird dies nun sichergestellt. Zudem wird durch die beispielhafte Aufzählung der bnNETZE GmbH und der badenova WÄRMEPLUS GmbH & Co. KG klargestellt, was von besonderer Bedeutung für den Unternehmensgegenstand der badenova AG & Co. KG ist. Durch die Veränderung der badenova AG & Co. KG in den letzten Jahren zu einem Konzern ist dieser Erweiterung erforderlich um die wesentlichen Recht der Gesellschafterversammlung sicherzustellen.

§ 8 Abs. 2 lit. q – Gesellschafterversammlung

Bisher fehlte eine Regelung über die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung über die „Veräußerung oder sonstige Verfügung über das Unternehmen im Ganzen oder in Teilen“. Dies wird nun mit dem neuen § 8 Abs. 2 lit. q) nachgeholt.

§ 9 Abs. 2 / § 13 Abs. 2– Einberufung der Gesellschafterversammlung / Einberufung und Beschlussfassung des Aufsichtsrats

Ebenso wie die Änderung in § 8 Abs. 1 soll auch hier den modernen Kommunikationswegen Rechnung getragen werden. Künftig soll zudem auch ein „geschützter Datenraum“ genutzt werden können.

§ 10 Abs. – 1 und 3 Vorsitz und Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung

Die Streichung des 2. stellvertretenden Vorsitzenden ist darin begründet, dass dieser gem. § 12 Abs. 1 der Vertreter der Arbeitnehmer ist. Dieser ist aber nicht Mitglied der Gesellschafterversammlung und sollte diese somit auch nicht leiten. Sollte der Vorsitzende bzw. sein 1. Stellvertreter nicht anwesend sein, muss die Gesellschafterversammlung für diese konkrete Sitzung einen Vorsitzenden aus seinen Reihen bestimmen.

§ 11 Abs. 2 – Aufsichtsrat

Durch die Beendigung der stillen Gesellschaften können diese, wie es bisher in § 11 Abs. 2 lit d) vorgesehen war, kein Mitglied mehr vorschlagen. Um aber die „KOMPAS“ Gesellschafter weiterhin wie zuvor im Aufsichtsrat zu repräsentieren, sollen die weiteren Gesellschafter nunmehr „2 Mitglieder“ stellen dürfen.

§ 13 Abs. 6 / Einberufung und Beschlussfassung des Aufsichtsrats

Bis dato ist bei Verhinderung eines Aufsichtsratsmitglieds nur die Stimmrechts-übertragung möglich. Dies soll nun durch die „schriftliche Stimmabgabe durch ein anderes Aufsichtsratsmitglied“ ergänzt werden, wie dies auch das Aktien-gesetz vorsieht.

§ 15 Abs. 1 – Aufgaben des Aufsichtsrats

Aufgrund der rechtlichen Weiterentwicklung bei der Liberalisierung des Energiemarkts und dem regen Wettbewerb im Konzessionsrecht können einige Themen vom Aufsichtsrat nicht mehr beschlossen werden, da es diese entweder nicht mehr gibt (allgemeine Tarifpreise Strom und Erdgas; siehe Streichung § 15 Abs. 1 lit.c)) oder es rechtlich, aufgrund von vorgeschriebenen öffentlichen Ausschreibungen nicht mehr möglich ist (Konzessionsverträge). Um aber sicherzustellen, dass der Aufsichtsrat weiterhin vollumfassend informiert wird, um seiner gesetzlichen Aufsichtspflicht nachkommen zu können, wurde eine umfangreiche Berichtspflicht in den Gesellschaftsvertrag mit aufgenommen. So ist stets über die einzelnen „Geschäftsfelder“, die „Tochter- oder Enkelgesellschaften“ und insbesondere auch über die „laufenden Konzessionsbewerbungen“ und die „aktuellen Entwicklungen in den Ausschreibungsverfahren“ regelmäßig zu berichten. Dies geschieht derzeit ohnehin. Durch die Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag wird es aber nochmals manifestiert.

§ 15 Abs.2 lit. e)– Aufgaben des Aufsichtsrats

Der Wettbewerb um die Konzessionsverträge hat sich in den letzten Jahren, auch aufgrund höchstrichterlicher Rechtsprechung, weiterentwickelt. Musterkonzessionsverträge gibt es in dieser Form nicht mehr. Vielmehr werden aufwändige öffentliche Ausschreibungen durchgeführt. Aufgrund

des Vergaberechtsregimes ist die Vorbefassung durch den Aufsichtsrat allein schon aufgrund der starren und kurzen Bewerbungsfristen nicht möglich. Zudem ist der Einfluss auf die Vertragsgestaltung ohnehin marginal, da der Konzessionsvertrag von der jeweiligen Kommune gestellt wird. In den letzten Jahren hatte der Aufsichtsrat bereits per Beschluss die Kompetenz auf die Geschäftsführung übertragen. Die Streichung des § 15 Abs. 1 lit. e) ist lediglich die Fortführung, um das gebotene Handeln auch in Einklang mit dem Gesellschaftsvertrag zu bringen.

§ 15 Abs.2 lit. i)– Aufgaben des Aufsichtsrats

Bis dato musste sich der Aufsichtsrat mit jeder Beschlussfassung eines Beteiligungsunternehmens befassen, dass vertraglich eine $\frac{3}{4}$ Mehrheit vorgesehen hatte. Hier waren bspw. Beschlüsse über die Entlastung von Mitgliedern des Aufsichtsrats der Beteiligungsgesellschaft umfasst, an denen die badenova nur eine Minderheitsbeteiligung hält. Um dies auf ein praktikables Maß zu reduzieren, sollen nur noch Beschlüsse in Beteiligungsgesellschaften zuvor in den Aufsichtsrat der badenova, wenn diese „auf Grund einer gesetzlichen Regelung erforderlichen $\frac{3}{4}$ -Mehrheit“ unterliegen oder wesentlich sind.

§ 15 Abs.2 lit. m)– Aufgaben des Aufsichtsrats

Neben der klassischen Konzessionsvergabe werden vermehrt zweistufige Verfahren durchgeführt. Auf einer ersten Stufe wird ein Partner für eine mit der ausschreibenden Kommune zusammen zu gründende Netz- oder Energiegesellschaft gesucht. Auf der 2. Stufe wird dann die Konzession ausgeschrieben, auf die sich dann die neue, gemeinsame Gesellschaft bewerben soll. Auch die Partnersuche unterliegt dem öffentlichen Vergaberecht, so dass auch hier aufgrund des Fristenregimes und der vertraglichen Vorgaben im Vergaberecht eine vorherige Entscheidung im Aufsichtsrat nicht möglich ist. Daher soll die „Neugründung von Kooperationsgesellschaften im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Wegenutzungsvertrages“ nicht mehr der Kompetenz des Aufsichtsrats unterliegen. Im Rahmen der Berichtspflicht gem. 15 Abs. 1 ist aber sichergestellt, dass der Aufsichtsrat stets vollumfänglich informiert wird. Zudem ist die Gründung einer Netz- bzw. Energiegesellschaft mit den „kommunalen Hauptgesellschaftern“ hiervon ausgenommen.

§ 18 - Wirtschaftsplan und mittelfristige Planung

Auch hier ist eine Anpassung aufgrund der Weiterentwicklung der badenova zu einem Konzern erforderlich. So wird sichergestellt, dass die Wirtschaftsplanung für den gesamten Konzern aufgestellt wird.

§ 19 - Geschäftsjahr, Jahresabschluss

Auch hier wird wiederum die Konzernbetrachtung mit aufgenommen.

§ 26 Abs. 2 – Zahlung der Abfindung

Ein fester Zinssatz in Höhe von 4% per anno ist auch vor dem Hintergrund der anhaltenden Niedrigzinsphase mit negativen Referenzzinssätzen nicht mehr zeitgemäß. Dieser soll durch eine flexiblere Regelung ersetzt werden, die den jeweiligen „Basiszinssatzes gemäß § 247 BGB zuzüglich 2 Prozentpunkten“ berücksichtigt. Zudem soll flankierend vermieden werden, dass die Verzinsung unter 1 % sinkt, um zumindest eine moderate Verzinsung sicher zu stellen.

§ 27 Steuerklausel

Eine Steuerklausel gab es bis dato im Gesellschaftsvertrag noch nicht. Sie ist mittlerweile in Gesellschaftsverträgen obligatorisch. Mit ihr wird sichergestellt, dass die Gesellschafter vor fremdbestimmten steuerlichen Mehrbelastungen geschützt werden, die durch andere Mitgesellschafter ausgelöst wurden.

4. Rechtsaufsicht

Sowohl die Kapitalerhöhung als auch die Änderung des Gesellschaftsvertrags wurde von der Stadt Freiburg mit dem Regierungspräsidium Freiburg erörtert. Das Regierungspräsidium sieht beide Vorhaben als rechtlich zulässig an. Zudem unterliegen diese nicht dem Genehmigungserfordernis seitens der zuständigen Rechtsaufsicht.

Des Weiteren wurde auch der EKartB die Kapitalerhöhung vorgestellt. Auch diese hat keine, insbesondere kartellrechtliche Bedenken.

5. Verfahren und Zeitplan

Im Rahmen der Sitzung des Aufsichtsrates am 17. Juli 2020 sowie im Rahmen eines Umlaufbeschlusses der Gesellschafter der badenova AG & Co. KG wurde die Geschäftsführung der badenova beauftragt, die Kapitalerhöhung der badenova AG & Co. KG zu entwickeln und zur finalen Beschlussfassung in der Sitzung am 27. November 2020 vorzulegen. Im September 2020 werden die Gesellschafter der badenova nochmal im Detail über die anstehenden Beschlussfassungen informiert. Über die Änderung des Gesellschaftsvertrags und die Kapitalerhöhung soll die Gesellschafterversammlung in ihrer nächsten turnusgemäßen Wintersitzung (voraussichtlich 27. November 2020) entscheiden. Bis zu diesem Zeitpunkt sollten die Oberbürgermeister/Bürgermeister/Vertreter der badenova Kommanditisten alle erforderlichen Ermächtigungen/Beschlüsse für die Stimmabgabe in der Gesellschafterversammlung der badenova AG & Co. KG eingeholt haben. Die Kapitalerhöhung soll dann im 1. Quartal 2021 erfolgen, mit wirtschaftlicher Rückwirkung zum 01.01.2021.

Beschlussvorschlag:

- 1. Zur Stärkung und zur Ausweitung der engeren kommunalen Zusammenarbeit stimmt der Gemeinderat der Kapitalerhöhung bei der badenova AG & Co.KG um maximal 41.881.000 EUR auf Grundlage der Anlage zu.**
- 2. Der Gemeinderat stimmt der Änderung des Gesellschaftsvertrages der badenova AG & Co. KG gemäß Anlage zu.**
- 3. Der Gemeinderat stimmt den im Zuge der Aufstockung der Kapitalerhöhung einzelner Kommanditisten erforderlichen Änderungen des Gesellschafterkreises und der Kapitalanteile in § 4 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages der badenova AG & Co. KG, zu.**
- 4. Der Gemeinderat stimmt dem Verzicht auf eine Aufstockung der Kapitalbeteiligung an der badenova AG & Co. KG durch die Gemeinde Au auf Grundlage der Anlage zu.**
- 5. Der Gemeinderat beauftragt den Bürgermeister bzw. seinen Stellvertreter oder anderweitig Bevollmächtigten, die zum Vollzug der Beschlussziffer 1, 2 und 3 in der(n) Gesellschafterversammlung(en) der badenova AG & Co. KG erforderlichen Erklärungen abzugeben.**

Anlagen

- Lesefassung Gesellschaftsvertrag**
- Änderungsmodus Gesellschaftsvertrag**
- Formular „Verzichtserklärung“**