

Kreisverwaltung Kleve • Postfach 15 52 • 47515 Kleve

Bürgermeister  
der Gemeinde Kerken  
Dionysiusplatz 4  
47647 Kerken

**Fachbereich:** Zentrale Verwaltung  
**Abteilung:** Zentrale Dienste  
Dienstgebäude: Nassauerallee 15 - 23, Kleve  
Telefax: 02821 85-510  
Ansprechpartner/in: Frau Klüsener  
Zimmer-Nr.: E.150  
Durchwahl: 02821 85-157  
(Bitte stets angeben) ⇒ Zeichen: 01-1.2-15-14-50/00003-001  
Datum: 20.07.2021

## Kommunalaufsicht;

### Stellungnahme zur Zulässigkeit einer Finanzbeteiligung an der Windenergie in Form eines Nachrangdarlehens im Hinblick auf die Vorschriften des § 90 Abs. 2 GO NRW

#### Ihre Anfrage vom 07.06.2021

Sehr geehrter Herr Möcking,

mit E-Mail vom 07.06.2021 baten Sie, aufgrund eines Antrages der BVK-Fraktion im Rat der Gemeinde Kerken, um eine schriftliche Stellungnahme zur Zulässigkeit einer Finanzbeteiligung an der Windenergie in Form eines Nachrangdarlehens im Hinblick auf die Vorgaben des § 90 Abs. 2 GO NRW und den Runderlass des Ministeriums für Inneres und Kommunales vom 11.12.2012 (in der Fassung vom 19.12.2017).

Dem Ratsinformationssystem der Gemeinde Kerken konnte entnommen werden, dass diese Stellungnahme als Beratungsgrundlage für die Sitzung des Haupt-, Finanz- und Wirtschaftsausschusses der Gemeinde Kerken am 21.07.2021 und des Rates der Gemeinde Kerken am 28.07.2021 dienen soll.

Die Abgabe einer Stellungnahme stellt sich etwas problematisch dar, weil dadurch Einfluss auf ein laufendes Beratungs- und Beschlussverfahren durch die Aufsichtsbehörde genommen wird, was die Gefahr einer vorlaufenden direktiven Aufsicht birgt. Des Weiteren geht eine schriftliche Stellungnahme als Beratungsgrundlage über den Rahmen der Aufgabe der präventiven Aufsicht hinaus, da dies grundsätzlich eine umfassende rechtliche Würdigung der Sachlage erfordert. Für die Zukunft bitte ich deshalb von solchen Anfragen Abstand zu nehmen.

Trotz dieser Problematik teile ich Ihnen hiermit das Ergebnis meiner Prüfung mit.

Der Gemeinde Kerken wird eine Finanzierungsbeteiligung in Höhe von 500.000 Euro an der SL Windpark Kerken-Eyll GmbH & Co. KG in Aussicht gestellt, die auf dem Gebiet der Gemeinde drei neue Windkraftanlagen betreiben wird. Die Anlagen befinden sich aktuell im Bau.

**Lieferanschrift**  
Kreisverwaltung Kleve  
Nassauerallee 15 – 23  
47533 Kleve

**Sprechzeiten**  
montags bis donnerstags  
von 09:00 bis 16:00 Uhr  
freitags von 09:00 bis 12:00 Uhr

**Sparkasse Rhein-Maas**  
IBAN: DE04 3245 0000 0005 0016 98  
BIC: WELADED1KLE

**Sparkasse Krefeld**  
IBAN: DE51 3205 0000 0323 1121 44  
BIC: SPKRDE33

**Postbank Köln**  
IBAN: DE32 3701 0050 0027 9175 01  
BIC: PBNKDEFF

Die finanzielle Beteiligung soll in Form eines Nachrangdarlehens erfolgen. Durch das Nachrangdarlehen werden keine Geschäftsanteile erworben. Das Nachrangdarlehen hat zur Folge, dass im Falle einer Insolvenz oder der Liquidation der SL Windpark Kerken-Eyll GmbH & Co. KG erst die Ansprüche und Forderungen aller anderen vorrangigen Gläubiger entsprechend § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 Insolvenzordnung bedient werden, bevor das Darlehen der Gemeinde zurückgezahlt wird (siehe auch Ziffer 6 des Vertragsmusters). Die Darlehensgewährung erfolgt insofern ohne Sicherheiten für die Gemeinde.

Der Gemeinde steht bezüglich des Darlehens ein ordentliches Kündigungsrecht zu und zwar erstmalig zum 30.09.2031 (nach rund 10 Jahren) und unter der Maßgabe, dass jährlich nur 25% der ursprünglichen Darlehenssumme kündbar sind. Die Rückforderung ist jedoch ausgeschlossen, sofern diese zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens führen würde. Ansonsten wird mit Ende der Vertragslaufzeit im Jahr 2041 der Darlehensbetrag in einer Summe erstattet.

Für die Laufzeit des Nachrangdarlehens von 20 Jahren wird eine Verzinsung von durchschnittlich 5 % p.a. (4,8% für die Jahre 1 bis 10 und 5,2% für die Jahre 11 bis 20) vereinbart. Für die Laufzeit würden der Gemeinde jährlich durchschnittlich 25.000 € Zinsen (brutto) zufließen. Der Windpark Kerken-Eyll weist ein voraussichtliches Gesamtinvestitionsvolumen von 23,4 Mio. € aus, von denen 20 Mio. € aus vorrangigen Bankdarlehen finanziert werden. 2 Mio. € sollen auf Nachrangdarlehen der Gemeinde/Bürgerbeteiligungen entfallen, der Rest von 1,4 Mio. € entfällt auf eingebrachtes Eigenkapital. Die drei Windenergieanlagen (WEA) werden auf 16 bzw. 20 Jahre abgeschrieben. Die Einspeisevergütung für die drei WEA wird für die Dauer von 20 Jahren garantiert.

§ 90 Abs. 2 Satz 2 GO NRW verpflichtet die Gemeinde, ihre angelegten Gelder ausreichend mit Sicherheiten zu hinterlegen. Gleichzeitig soll sich die Gemeinde darum bemühen, mit der Geldanlage einen angemessenen Ertrag zu erzielen.

Gemäß Ministerialerlass vom 11.12.2012 (in der Fassung vom 19.12.2017) zu § 90 Abs. 2 GO NRW haben Kommunen bei Kapitalanlagen auf eine ausreichende Sicherheit und eine angemessene Verzinsung zu achten. Bei Kapitalanlagen müssen mögliche Risiken bekannt, begrenzt und beherrschbar sein.

Lt. Erlass können Gemeinden Anlageformen nutzen, die von kommunalen Versorgungskassen und Zusatzversorgungskassen nach § 16 Abs. 2 VKZVKG i.V.m. § 215 des Gesetzes zur Modernisierung der Finanzaufsicht über Versicherungen genutzt werden dürfen. Dieser § 16 Abs. 2 verweist wiederum auf die Anlagenmöglichkeiten gemäß § 215 Abs. 1 und 2 des Gesetzes zur Modernisierung der Finanzaufsicht über Versicherungen vom 01.04.2015 und die Anlagenverordnung (AnIV).

§ 215 Abs. 2 Nr. 1 führt als Anlagemöglichkeit Darlehensforderungen, Schuldverschreibungen und Genussrechte auf und § 215 Abs. 2 Nr. 8 i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 9 AnIV führt als Anlagemöglichkeit Forderungen aus nachrangigen Verbindlichkeiten oder aus Genussrechten an Unternehmen mit Sitz in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraums auf.

Das Nachrangdarlehen wird nicht als Anlageform aufgelistet.

In Ihrer rechtlichen Würdigung wird ausgeführt, dass Genussrechte den Nachrangdarlehen entsprechen, was ihre Sicherheit betrifft und dass § 2 Abs. 1 Nr. 13 AnIV auch eine Firmenbeteiligung an GmbH & Co. KG zulässt und in diesem Falle die Finanzbeteiligung auch unter dem Eigenkapital steht und im Falle der Insolvenz der Betreiberfirma das gleiche Risiko vorliegt, da

Gesellschafter/Kommanditisten mit Ihren Geschäftsanteilen gegenüber den vorrangigen Gläubigern (Kreditinstitute) haften.

Weiterhin führen Sie aus, dass aufgrund der Langfristigkeit der Kapitalanlage und der für die Laufzeit des Darlehensvertrages zeitgleich gesicherten Einspeisevergütung, die auf dem bundes-/landespolitisch gewollten Ausbau der erneuerbaren Energien basiert, das Risiko überschaubar und eher als gering einzustufen ist. Dem bundespolitisch gewollten Ausbau der erneuerbaren Energien und der für die Vertragslaufzeit garantierten Einspeisevergütung würden insofern nur nachfolgende wirtschaftliche Risiken gegenüberstehen: 1. technischer Komplettausfall oder 2. ein Entzug der Betriebserlaubnis. Anlagen würden über langfristige Wartungsverträge verfügen und sind versichert, was Risiko Nr. 1 minimiere. Gründe für einen Entzug der Betriebserlaubnis seien aufgrund der politisch gewollten Förderung des Ausbaus der erneuerbaren Energien und aktuellen Gesetzeslage nicht zu erwarten (Baugenehmigung und Betriebserlaubnis liegen vor; nach Errichtung besteht i.d.R. grundsätzlicher Bestandsschutz der Anlagen). Der Bau der Windenergieanlagen werde zudem zu rd. 85% aus vorrangigen Bankdarlehen finanziert (lt. Aussage SL-Geschäftsführer auch Großteile durch die NRW.Bank). Die Banken würden die Kreditwürdigkeit im Rahmen ihrer Vorgaben ausführlich prüfen.

Nach Ansicht der Kommunalaufsicht dürfte die geplante Finanzierungsbeteiligung grundsätzlich zu den Finanzanlagen mit erhöhtem Risiko zählen, da eine mögliche Insolvenz des Unternehmens bzw. der Unternehmensgruppe generell nicht auszuschließen ist und die Gewährung des Nachrangdarlehens ohne Absicherung für die Gemeinde erfolgt.

Ein Anleger, der einem Unternehmen ein Darlehen gibt, ist an diesem nicht als Gesellschafter beteiligt. Er hat also keinen Einfluss auf die Geschäfte und auch keinen ausreichenden Einblick in die Geschäftsentwicklung des Unternehmens. Diese Intransparenz stellt für den Anleger ein enormes Risiko dar. Er spekuliert auf das wirtschaftliche Überleben des Unternehmens, ohne dass ihm die Informations- und Kontrollrechte eines Gesellschafters zustünden. Ein Anleger, der sich auf einen qualifizierten Nachrang einlässt, muss sein Kapital wie ein Gesellschafter gerade dann im Unternehmen belassen, wenn es in eine wirtschaftliche Schieflage gerät. Das Unternehmen kann das Kapital des Anlegers in einer solchen Lage aufgrund des Nachrangs zugunsten anderer Gläubiger verbrauchen, ohne Insolvenz anmelden zu müssen.

Damit steht die Risikogeneigtheit einer solchen Darlehensgewährung an ein privates Drittunternehmen deutlich im Vordergrund, da das Nachrangdarlehn gegenüber anderen Banken zu einem gewissen Teil als Eigenkapital gilt und damit den Kreditrahmen des Unternehmens erweitert. Eine Rückgewähr nach der Laufzeit des Nachrangdarlehens setzt also eine besonders günstige wirtschaftliche Entwicklung voraus, die nicht nur die Rückführung der ausgeweiteten vorrangigen Kreditverbindlichkeiten, sondern zusätzlich auch die des Nachrangdarlehens ermöglicht.

Dem Gesichtspunkt der Sicherheit sollte im Zweifel immer einen Vorrang vor dem erzielbaren höheren Ertrag eingeräumt werden.

Das Vorliegen einer ausreichenden Sicherheit im Sinne von § 90 GO und des Runderlasses des Ministeriums für Inneres u. Kommunales aus Dezember 2012 (in der Fassung vom 19.12.2017) kann nicht bestätigt werden. Die geplante Anlagenvariante des Nachrangdarlehens wird deshalb aktuell kritisch bewertet.

Abschließend weise ich darauf hin, dass weitere Vorschriften nicht abschließend geprüft wurden. So könnte in der Gewährung eines qualifizierten Nachrangdarlehns zeitgleich auch eine Begünstigung der vorrangigen Gläubiger gesehen werden, die wirtschaftlich einer Bürgschaft gemäß § 87 Abs. 3 GO NRW gleichkommt, so dass die Gewährung nur im Rahmen der Erfüllung von gemeindlichen Aufgaben erfolgen dürfte.

Mit freundlichen Grüßen  
In Vertretung  
Gez.  
Boxnick