

Gemeindegewirtschaftsrecht in Sachsen-Anhalt

**Handbuch
über die
wirtschaftliche
Betätigung der
Gemeinden
in Sachsen-Anhalt**

Impressum

Ministerium für Inneres und Sport des Landes Sachsen-Anhalt
Referat 32 – Kommunalfinzen und kommunale Wirtschaft
Halberstädter Straße 2 / am „Platz des 17. Juni“
39112 Magdeburg
www.mi.sachsen-anhalt.de

Hinweis:

Dieses Handbuch wurde nach bestem Wissen erstellt. Dennoch ist nicht ausgeschlossen, dass Texte fehlinterpretiert werden können. Sofern Rückfragen entstehen, können Sie sich gern an das für diese Broschüre zuständige Referat wenden.

Druck: KOCH-DRUCK, Halberstadt

Vorwort

Kommunale Unternehmen sind wichtige Instrumente der Kommunen zur Erledigung ihrer vielfältigen öffentlichen Aufgaben und gewinnen in der kommunalen Praxis zunehmend an Bedeutung. Die rechtlichen Rahmenbedingungen für die wirtschaftliche Betätigung geben das europäische Gemeinschaftsrecht, das Verfassungsrecht und die bundes- und landesgesetzlichen Regelungen vor. Letztere ergeben sich aus den §§ 116-124 der Gemeindeordnung für das Land Sachsen-Anhalt, § 65 der Landkreisordnung für das Land Sachsen-Anhalt, dem Handelsgesetzbuch sowie den Spezialvorschriften Eigenbetriebsgesetz und Eigenbetriebsverordnung, Anstaltsgesetz und Anstaltsverordnung, GmbH- und Aktiengesetz.



Zur Verdeutlichung der unterschiedlichen Positionen der finanzwirksamen unternehmerischen Tätigkeit der Kommunen einerseits und der Kontrolle und Steuerung ihrer Unternehmen und Beteiligungen andererseits sowie der daraus erwachsenen besonderen Verantwortung der Kommune wurde vom Ministerium für Inneres und Sport in Zusammenarbeit mit den kommunalen Spitzenverbänden und Vertretern des Landesrechnungshofes ein Handbuch über die kommunalwirtschaftliche Betätigung der Kommunen erstellt.

Das Handbuch soll vor allem den Entscheidungsträgern in den Kommunen eine Hilfestellung für die Entscheidungsfindung vor Ort geben. Daher werden in überschaubarer und praxisorientierter Form die Zulässigkeitsvoraussetzungen und Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung einer Kommune, die Grundsätze der privatrechtlichen Unternehmens- und Beteiligungsführung, das kommunale Teilnehmungsmanagement sowie das Prüfungs-, Vergabe- und Beihilferecht dargestellt. Gleichwohl kann das Handbuch nicht alle Einzelfälle des kommunalen Wirtschaftsrechts abdecken und soll in erster Linie die Anwender vor Ort für die einzelnen Bereiche des kommunalen Wirtschaftsrechts und die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten sensibilisieren.

Im Handbuch nicht näher bezeichnete Paragraphen beziehen sich auf die Gemeindeordnung.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Holger Stahlknecht'.

Holger Stahlknecht
Minister

Abkürzungsverzeichnis

AktG	Aktiengesetz
AnstG	Gesetz über die kommunalen Anstalten des öffentlichen Rechts
AnstVO	Verordnung über die kommunalen Anstalten des öffentlichen Rechts
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
EigBG	Gesetz über die kommunalen Eigenbetriebe im Land Sachsen Anhalt
GemHVO Doppik	Gemeindehaushaltsverordnung Doppik
GenG	Genossenschaftsgesetz
GKG	Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GO LSA	Gemeindeordnung für das Land Sachsen-Anhalt
HGB	Handelsgesetzbuch
HGrG	Haushaltsgrundsätzegesetz
Kommune	Gemeinde, Kreisfreie Stadt, Landkreis
LKO LSA	Landkreisordnung für das Land Sachsen-Anhalt
LRH	Landesrechnungshof
MitBestG	Mitbestimmungsgesetz
RPA	Rechnungsprüfungsamt
VOB/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil A

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	3
Abkürzungsverzeichnis	5
I. Allgemeine Ausführungen zur kommunalwirtschaftlichen Betätigung	11
II. Zulässigkeit und Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung	15
1. Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung – § 116 GO LSA	15
1.1. <i>Voraussetzungen einer wirtschaftlichen Betätigung</i>	15
1.1.1. Örtlichkeitsprinzip	15
1.1.2. Öffentlicher Zweck – § 116 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GO LSA	15
1.1.3. Leistungsfähigkeit und voraussichtlicher Bedarf – § 116 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GO LSA	16
1.1.4. Subsidiaritätsklausel	17
1.2. <i>Ausnahmen für besondere Bereiche wirtschaftlicher Betätigung</i>	17
1.2.1. Wirtschaftliche Betätigung in den Bereichen der Strom, Gas- und Wärmeversorgung, der Wasserversorgung, Abfallentsorgung, Abwasserbeseitigung, Wohnungswirtschaft und des öffentlichen Verkehrs – § 116 Abs. 2 Satz 1 GO LSA	17
1.2.2. Untergeordnete Dienstleistungen i.S.d. § 116 Abs. 2 Satz 2 GO LSA	18
1.3. <i>Ausnahmen vom Örtlichkeitsprinzip – § 116 Abs. 3 bis 5 GO LSA</i>	18
1.4. <i>Verbot von Bankunternehmen § 116 Abs. 6 GO LSA</i>	19
2. Monopolmissbrauch	19
3. Unternehmen in Privatrechtsform	19
3.1. <i>Rechtliche Voraussetzungen</i>	19
3.1.1. Vorrang des öffentlich – rechtlichen Unternehmens – § 117 Abs. 1 Nr. 1 GO LSA	19
3.1.2. Absicherung des öffentlichen Zwecks im Gesellschaftsvertrag	20
3.1.3. Absicherung eines angemessenen Einflusses	20
3.1.4. Haftungsbegrenzung	21
3.1.5. Leistungsfähigkeitsbezug	21
3.1.6. Begrenzung der Verlustübernahme	21
3.2. <i>Abwägung bei der Errichtung eines Unternehmens in</i>	

<i>Privatrechtsform</i>	22
3.3. <i>Mittelbare Beteiligung gem. § 117 Abs. 2 GO LSA</i>	22
III. Vorlage- und Anzeigepflicht gem. § 123 GO LSA	23
IV. Formen der wirtschaftlichen Betätigung	25
1. Kriterien zur Wahl der Rechtsform	25
2. Öffentlich-rechtliche Unternehmen	26
3. Privatrechtliche Unternehmen	27
4. Sonderformen wirtschaftlicher Betätigung	28
4.1. <i>Querverbund</i>	28
4.2. <i>ARGE</i>	28
4.3. <i>Stiftung</i>	29
5. Beteiligungsformen	30
V. Gründung eines kommunalen Unternehmens	31
1. Eigenbetrieb	31
2. Kommunale Anstalt	31
3. Kapitalgesellschaften	32
VI. Grundsätze für die privatrechtliche Unternehmens- und Beteiligungsführung	34
1. Gesellschafter/Gesellschafterversammlung	35
2. Aufsichtsrat	36
2.1. <i>Bildung des Aufsichtsrates</i>	36
2.2. <i>Aufgaben und Zuständigkeiten</i>	37
2.3. <i>Aufwendungen für den Aufsichtsrat</i>	38
2.4. <i>Interessenkonflikte</i>	39
2.5. <i>Weisungsbefugnis des Gemeinderats</i>	39
2.6. <i>Verschwiegenheitspflicht</i>	40
2.7. <i>Haftung</i>	41
3. Geschäftsführung	42
3.1. <i>Dauer der Bestellung</i>	42
3.2. <i>Aufgaben und Zuständigkeit</i>	42
3.3. <i>Zusammensetzung der Vergütung</i>	43
3.4. <i>Altersgrenze</i>	44
3.5. <i>Haftung</i>	44
4. Zusammenwirken von Geschäftsführung und Aufsichtsrat	44
5. Vermögensschaden- / Haftpflichtversicherung	44
VII. Beteiligungsmanagement	45

1.	Strukturen und Steuerungselemente des Beteiligungsmanagement	46
1.1.	<i>Strategisches Beteiligungsmanagement</i>	46
1.2.	<i>Beteiligungscontrolling</i>	46
1.3.	<i>Mandatsbetreuung</i>	48
1.4.	<i>Personalmanagement</i>	48
2.	Beteiligungsverwaltung	49
3.	Beteiligungsbericht	50
4.	Stand der Erfüllung des öffentlichen Zwecks	52
VIII.	Prüfung kommunaler Beteiligungen	54
1.	Betätigungsprüfung der Kommune	54
2.	Buch-, Betriebs- und Kassenprüfung	54
3.	Sicherung der Prüfungsrechte der für die Kommune zuständigen Prüfungseinrichtungen	54
4.	Jahresabschlussprüfung	56
4.1.	<i>Erweiterte Jahresabschlussprüfung</i>	57
4.2.	<i>IDW Prüfungsstandard: „Prüfung von Beihilfen nach Artikel 107 AEUV insb. zugunsten öffentlicher Unternehmen (IDW EPS 700)</i>	58
4.3.	<i>Wahl und Beauftragung des Abschlussprüfers</i>	59
5.	Interne Revision	60
IX.	Vergaberecht	61
1.	Schwellenwerte / Vergabeverfahren	61
2.	In-House-Vergabe	63
X.	Beihilferecht	64
1.	De-Minimis-Verordnungen	64
2.	Altmark-Paket	65
3.	Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung	66
Anlagen	67
Anlage 1	– Muster Gesellschaftsvertrag	67
Anlage 2	– Muster Geschäftsführervertrag	79
Anlage 3	– Muster Geschäftsordnung Aufsichtsrat	85
Anlage 4	– Prüfungsschema LRH	90
Anlage 5	– Auszug §§ 44, 53, 54 Haushaltsgrundsätzegesetz	92
Anlage 6	– Erlass MI zur Inhousevergabe	94
Anlage 7	– Erlass MI Kommunale Bürgschaften und Europäisches Beihilfenrecht	96

I. Allgemeine Ausführungen zur kommunalwirtschaftlichen Betätigung

Das durch Artikel 28 Abs. 2 des Grundgesetzes und durch Artikel 87 der Landesverfassung garantierte Recht der kommunalen Selbstverwaltung ermöglicht es den Gemeinden und Landkreisen grundsätzlich auch, sich in Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft außerhalb ihrer Kernverwaltung in Unternehmen des öffentlichen und des privaten Rechts zu betätigen. Die Organisationshoheit garantiert den Kommunen die Freiheit der Entscheidung, ob sie eine Aufgabe selbst durchführen, mit anderen Kommunen kooperieren oder sich Dritter bedienen. Die Festlegung von Zulässigkeitskriterien und von Grenzen der kommunalwirtschaftlichen Betätigung obliegt jedoch dem Gesetzgeber. Die gesetzlichen Regelungen dienen einerseits dem Schutz der Kommunen vor den Risiken einer überzogenen wirtschaftlichen Betätigung. Andererseits sollen sie aber auch private Unternehmen in bestimmtem Umfang vor dem Wettbewerb durch Kommunalunternehmen schützen. Das Gemeindefirtschaftsrecht ist im Dritten Teil, 3. Abschnitt der Gemeindeordnung für das Land Sachsen-Anhalt (§§ 116 ff.) geregelt. Die Vorschriften sind auf die Wirtschaftsführung der Landkreise gem. § 65 LKO LSA entsprechend anzuwenden.

Zur Auslegung des Begriffes der wirtschaftlichen Betätigung wird in der Literatur überwiegend auf die in den Ausführungsbestimmungen zu § 67 der Deutschen Gemeindeordnung (DGO) enthaltene Beschreibung zurückgegriffen. Wirtschaftliche Unternehmen sind demnach solche Einrichtungen und Anlagen der Gemeinde, die auch von einem Privatunternehmer mit der Absicht der Gewinnerzielung betrieben werden können. Diese Definition wird heute zunehmend kritisch bewertet und stattdessen auf die Teilnahme der Gemeinde am allgemeinen Wirtschaftsleben abgestellt. Andernfalls würden u.a. Schulen, Krankenhäuser und Kindertagesstätten der wirtschaftlichen Betätigung unterfallen, da diese Einrichtungen von Privaten mit Gewinnerzielungsabsicht angeboten werden können. Viele Länder behelfen sich bei den gesetzlichen Regelungen mit Negativkatalogen, in denen z.B. Einrichtungen, zu denen die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist (Abwasserentsorgung, Abfallbeseitigung, Bestattungswesen etc.), Einrichtungen des Unterrichts- Erziehungs- und Bildungswesens, kulturelle Einrichtungen, Einrichtungen der körperlichen Ertüchtigung und der Gesundheits- und Wohlfahrtspflege (Krankenhäuser, Altenpflegeheime, Kindertagesstätten, Museen, Theater u.ä.) sowie Hilfsbetriebe, die ausschließlich der Deckung des Eigenbedarfs dienen (Bauhöfe, Gärtnereien etc.) nicht der wirtschaftlichen Betätigung unterfallen.

Abzugrenzen ist die wirtschaftliche Betätigung von der Vermögensverwaltung. Eine reine Vermögensverwaltung liegt in der Regel vor, wenn Vermögen genutzt, zum Beispiel Kapitalvermögen verzinslich angelegt oder unbewegliches Vermögen vermietet oder verpachtet wird (so die Definition in § 14 Abgabenordnung).

Das Kommunalrecht bietet den Gemeinden zur Aufgabenerfüllung eine Reihe von Organisationsformen an. Je nach Art der Aufgabe obliegt es der Gemeinde unter Beachtung der gesetzlichen Voraussetzungen zu entscheiden, ob sie diese im Rahmen einer unmittelbaren Verwaltung innerhalb des Gemeindehaushaltes (z.B. Amt oder Regiebetrieb) oder als mittelbare Kommunalverwaltung außerhalb des Gemeindehaushaltes in öffentlich rechtlicher (z.B. Eigenbetrieb, kommunale Anstalt des öffentlichen Rechts oder Zweckverband) oder privatrechtlicher Form (z.B. Eigen-gesellschaft) erfüllt.

Die wirtschaftliche Betätigung einer Kommune außerhalb ihrer öffentlichen Verwaltung stellt sowohl die Verwaltungsspitze als auch die ehrenamtlichen Mandatsträger vor eine zusätzliche Verantwortung, weil sich die Kommune nunmehr in einer Doppelfunktion befindet: Sie ist Aufgabenträgerin und Unternehmerin zugleich. Neben den öffentlich-rechtlichen Bestimmungen hat sie insofern auch die maßgeblichen Vorgaben des Wirtschafts- und Gesellschaftsrechts zu beachten. Zudem sind die europarechtlichen Rahmenbedingungen bei der wirtschaftlichen Betätigung zu berücksichtigen.

Bei der wirtschaftlichen Betätigung bestehen vielfältige Bezugspunkte zu den Gemeindeorganen und der Verwaltung.

Der Gemeinderat hat insoweit folgende Befugnisse:

- *Entscheidung über die Errichtung, Übernahme, wesentliche Erweiterung, Einschränkung oder Auflösung kommunaler Einrichtungen und Unternehmen, die Beteiligung an Unternehmen in einer Rechtsform des Privatrechts und die Änderung der Beteiligungsverhältnisse sowie die Umwandlung der Rechtsform kommunaler Einrichtungen und Unternehmen (§ 44 Abs. 3 Nr. 9).*

Diese Zuständigkeit kann der Gemeinderat nicht übertragen.

Zu beachten ist, dass sich diese Kompetenz nicht auf mittelbare Beteiligungen der Gemeinde erstreckt. Hier liegt die Entscheidungskompetenz bei der Tochtergesellschaft der Gemeinde. Das Vertretungsorgan der Tochtergesellschaft (bei einer GmbH der Geschäftsführer) handelt dabei für die GmbH im Außenverhältnis, den inneren Entscheidungsprozess übernehmen die entsprechenden Organe der GmbH (Gesellschafterver-

sammlung bzw. Aufsichtsrat). Ungeachtet dessen ist es dem Inhaber der Gesellschaft – also der Gemeinde – faktisch zumeist möglich, Einfluss auf die Willensbildung der GmbH-Organe zu nehmen (siehe Ausführungen in Abschnitt II, Punkt 3.3).

Grundinformationen zu den Beteiligungen der Kommune erhalten die Gemeinderatsmitglieder schon durch die in § 118 Abs. 2 Satz 3 geregelte Verpflichtung, den jährlichen Beteiligungsbericht in öffentlicher Sitzung zu erörtern.

Alle Mitglieder des Gemeinderates müssen jedoch infolge ihres Informationsrechts über alle relevanten Vorgänge und Kennzahlen im Bezug auf die Beteiligungen in geeigneter Weise informiert werden. Eine Differenzierung in Gemeinderäte „1. Klasse“ (Gemeinderat mit Mandat in einem Gremium eines kommunalen Unternehmens) und Gemeinderäte „2.Klasse“ (Gemeinderat ohne Mandat) darf es, um bei den die Beteiligungen betreffenden Grundsatzentscheidungen eine fundierte Meinungsbildung möglich zu machen, nicht geben.

Die GO LSA gibt vor,

- *Entscheidungen über die Verpachtung von Unternehmen und sonstigen Einrichtungen der Gemeinde und solchen, an denen die Gemeinde beteiligt ist, sowie die Übertragung der Betriebsführung dieser Unternehmen und Einrichtungen auf Dritte (§ 44 Abs. 3 Nr. 8).*
- *Entscheidung über die Bestellung und Abberufung von weiteren Vertretern der Gemeinde in Eigengesellschaften und anderen Unternehmen, an denen die Gemeinde beteiligt ist (§ 44 Abs. 3 Nr. 12).*

obliegen dem Gemeinderat.

Der Gemeinderat trägt weiterhin Verantwortung für die Einhaltung bzw. Erfüllung der Zulässigkeitsvoraussetzungen einer wirtschaftlichen Betätigung gem. der §§ 116 und 117 (siehe hierzu Abschnitt II).

Die Verwaltung einer Kommune hat in vielfältiger Weise Verknüpfungspunkte mit den kommunalen Beteiligungsunternehmen. Neben einer „normalen“ Verwaltungsarbeit (Rechtsamt - Vertragsgestaltung für bzw. mit Unternehmen/ Amt für Finanzen etc.) haben insbesondere die Beteiligungsverwaltung, das Rechnungsprüfungsamt und der Bürgermeister intensiven Kontakt mit den Beteiligungsunternehmen.

Die Beteiligungsverwaltung ist für alle Fragen der kommunalen Beteiligungsunternehmen zuständig. Sie wird dabei durch die fachlich zuständigen Ämter der Verwaltung unterstützt.

Das Rechnungsprüfungsamt einer Kommune hat gegenüber den Beteiligungsgesellschaften die ihm eingeräumten Prüfrechte wahrzunehmen.

In Gemeinden, in denen ein Rechnungsprüfungsamt nicht eingerichtet ist und die sich nicht eines anderen kommunalen Rechnungsprüfungsamtes bedienen, obliegt die Rechnungsprüfung im Rahmen des § 129 Abs. 1 dem Rechnungsprüfungsamt des Landkreises auf Kosten der Gemeinde (§ 127 Abs. 2). Nach § 129 Abs. 2 kann der Gemeinderat dem Rechnungsprüfungsamt, im Fall des § 127 Abs. 2 durch entsprechende Vereinbarung, weitere Aufgaben übertragen, insbesondere

- die Prüfung der Organisation, Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der Verwaltung,
- die Prüfung der Vorräte und Vermögensbestände der Gemeinde und der Eigenbetriebe,
- die Prüfung der Wirtschaftsführung der Sondervermögen,
- die Prüfung der Betätigung der Gemeinde als Gesellschafter oder Aktionär in Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit,
- die Buch-, Betriebs- und Kassenprüfungen, die sich die Gemeinde bei einer Beteiligung, bei der Ausreichung eines Kredites oder sonst vorbehalten hat.

Der Bürgermeister ist zuständig für die Koordination der Arbeit der kommunalen Beteiligungen, die Durchsetzung der kommunalen Gesamtinteressen und die Gesamtkontrolle der Aufgabenerledigung der Beteiligungen durch die Gemeinde.

Es wird empfohlen, die Beschlüsse der Eigen- und Beteiligungsgesellschaften, die von grundsätzlicher Bedeutung für die Gemeinde sind (strategische Entscheidungen, bedeutsame Investitionsvorhaben, Zielvereinbarungen etc.) vorab in den Dienstberatungen des Bürgermeisters zu besprechen, um eine Abstimmung innerhalb der Verwaltung zu gewährleisten. Etwaige Konflikte mit den Vorgaben des Gesellschaftsrechts hinsichtlich Geheimhaltung und Verschwiegenheit sind dabei jedoch zu beachten.

II. Zulässigkeit und Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung

Kommunen können aktiv am Wirtschaftsleben teilnehmen. Die wirtschaftliche Betätigung muss der öffentlichen Aufgabenerfüllung dienen und darf nicht zur alleinigen Gewinnerzielung erfolgen. Gleichwohl kann als Nebenzweck die Erzielung eines möglichst hohen Ertrages angestrebt werden, soweit dies dem öffentlichen Interesse, das mit der wirtschaftlichen Betätigung verfolgt wird, nicht entgegensteht.

1. Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung – § 116 GO LSA

1.1. Voraussetzungen einer wirtschaftlichen Betätigung

Nach § 116 Abs. 1 Satz 1 darf sich die Gemeinde in Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft wirtschaftlich betätigen, wenn ein öffentlicher Zweck die Betätigung rechtfertigt, wirtschaftliche Betätigungen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf stehen und der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann. Damit sind im Einzelnen folgende Kriterien zu beachten:

1.1.1. Örtlichkeitsprinzip

§ 116 Abs. 1 Satz 1 begrenzt die wirtschaftliche Betätigung grundsätzlich auf Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft.

1.1.2. Öffentlicher Zweck – § 116 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GO LSA

Bei dem „öffentlichen Zweck“ handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff mit Beurteilungsspielraum. Die Gemeinden sind nach § 2 Abs. 1 Satz 2 verpflichtet, in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit die für ihre Einwohner erforderlichen sozialen, kulturellen und wirtschaftlichen öffentlichen Einrichtungen bereitzustellen. Dies können die Kommunen auch durch wirtschaftliche Betätigung erfüllen. Inwieweit die wirtschaftliche Betätigung dem Kriterium des Gemeinwohls unterfällt, ist hauptsächlich der Anschauung und Entschließung ihrer maßgebenden Organe überlassen und hängt von den örtlichen Verhältnissen, finanziellen Möglichkeiten, Bedürfnissen der Einwohnerschaft und anderen Faktoren ab. Der Begriff des öffentlichen Zwecks unterliegt aufgrund der wirtschaftlichen, technischen, politischen und sozialen Entwicklung einer ständigen Entwicklung und Veränderung. Nach dem Urteil des BVerfG vom 23.11.1988 (sog. Rastede-Entscheidung, BVerfGE 79, 127, 152) handelt es sich bei dem Begriff „öffentlicher Zweck“ um keinen „ein für allemal feststehenden Aufgabenkreis; ebenso ist deutlich, dass dieser auch nicht für alle Gemeinden

unerachtet etwa ihrer Einwohnerzahl, flächenmäßigen Ausdehnung und Struktur gleich sein kann“. Demnach handelt es sich bei der Auslegung des öffentlichen Zwecks um eine Frage sachgerechter Kommunalpolitik, die von Zweckmäßigkeitserwägungen bestimmt wird.

Ein öffentlicher Zweck ist dann gegeben, wenn zum Nutzen der Einwohner der kommunalen Gebietskörperschaft gehandelt wird. Das umfasst jedweden im Aufgabenbereich der Gemeinde liegenden Gemeinwohlbelang und schließt lediglich die Gewinnerwirtschaftung als öffentlichen Zweck aus (OVG NRW, Beschluss vom 01.04.2008 (Az. 15 B 122/08)). Anerkannt ist die Sicherung des Eigenbedarfs der Kommune und ihrer Einwohner sowie des ortsansässigen Gewerbes und der Industrie mit öffentlichen Versorgungs- und Dienstleistungen (Daseinsvorsorge), die kommunale Wohnungsversorgung, städtebauliche Entwicklungs- und Sanierungsmaßnahmen, die Bereitstellung einer öffentlichen Infrastruktur, die Unterstützung der Wirtschaftsförderung, die Berücksichtigung sozialer Belange der Einwohner oder die Beseitigung sozialer und sonst unzuträglicher Missstände.

1.1.3. Leistungsfähigkeit und voraussichtlicher Bedarf – § 116 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GO LSA

Die wirtschaftliche Betätigung muss nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinden stehen. Durch den Leistungsfähigkeitsbezug sollen die Kommunen vor Aktivitäten geschützt werden, die ihre Verwaltungs- und/ oder Finanzkraft überfordern bzw. die erzielbaren Vorteile aufwiegen. Die Regelung greift lediglich die allgemeine Leistungsgrenze der Kommune auf. Die Kommune ist hier angehalten, die geplante Initiative gezielt unter folgendem Gesichtspunkt zu überprüfen:

- Haushaltslage (ausgeglichen bzw. beschlossene Konsolidierung)
- bereits bestehende kommunale Unternehmensformen (Eigenbetrieb, GmbH, Anstalt des öffentlichen Rechts, ggf. AG) mit entsprechend hoher Bindung kommunaler Vermögenswerte (Übertragung von Stammkapital und ggf. Rücklagen an die Unternehmen)
- finanzielle Verpflichtungen (Zuschüsse, Nachschusspflichten, Verlustausgleiche) bzw. Einnahmen (Gewinnausschüttungen, Konzessionsabgaben) der Kommune durch die bestehenden Unternehmen
- grundsätzliche finanzielle Risiken bei der neuen wirtschaftlichen Betätigung aufgrund der Wahl der Unternehmensform und des betreffenden Sachgebiets (klassischer Zuschussbetrieb oder gebührenfinanzierte bzw. ertragreiche Einrichtung mit positiven Ergebnissen)

Die vorgegebene Ausrichtung am voraussichtlichen Bedarf betrifft sowohl die Vermeidung von Über- als auch Unterkapazitäten.

1.1.4. Subsidiaritätsklausel

Mit dem Vierten Gesetz zur Änderung der Gemeindeordnung vom 30.11.2011 ist die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen durch die Einführung der „einfachen Subsidiaritätsklausel“ in § 116 wieder erleichtert worden. Danach ist eine wirtschaftliche Betätigung der Kommune bereits dann zulässig, wenn sie den erforderlichen öffentlichen Zweck genauso gut und wirtschaftlich erfüllt bzw. erfüllen kann wie ein privater Dritter.

Von der einfachen Subsidiaritätsklausel werden nur die Bereiche erfasst, die nicht bereits gänzlich von einem Subsidiaritätsvorbehalt freigestellt worden sind (siehe nachfolgende Ausführungen).

1.2. Ausnahmen für besondere Bereiche wirtschaftlicher Betätigung

1.2.1. Wirtschaftliche Betätigung in den Bereichen der Strom, Gas- und Wärmeversorgung, der Wasserversorgung, Abfallentsorgung, Abwasserbeseitigung, Wohnungswirtschaft und des öffentlichen Verkehrs – § 116 Abs. 2 Satz 1 GO LSA

Die wirtschaftliche Betätigung in diesen Bereichen der engeren Daseinsvorsorge ist insoweit privilegiert, als hier bereits ein öffentlicher Zweck gem. § 116 Abs. 1, Satz 1 Nr. 1 gesetzlich unterstellt wird und die entsprechenden Betätigungen unter keinen Subsidiaritätsvorbehalt fallen.

Dabei ist jedoch zu beachten, dass Tätigkeiten auch in diesen Wirtschaftsbereichen mit reiner Gewinnerzielungsabsicht gemäß § 116 Abs. 1 Satz 2 keinem öffentlichen Zweck entsprechen. Derartiges Handeln dient nicht der im öffentlichen Interesse liegenden Versorgung der (eigenen) Bevölkerung im Sinne der in § 1 Abs. 1 Satz 2 verankerten Zielstellung, das Wohl der Einwohner zu fördern, und unterfällt damit nicht der Daseinsvorsorge.

Bei der Bereitstellung von Gütern und Dienstleistungen ausschließlich für Abnehmer außerhalb des Gemeindegebietes handelt es sich zudem nicht um eine gem. § 116 Abs. 1 Satz 1 erforderliche Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft.

Zu prüfen bleibt die Zulässigkeit gem. § 116 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, wie in 1.1.3 dargestellt.

1.2.2. Untergeordnete Dienstleistungen i.S.d. § 116 Abs. 2 Satz 2 GO LSA

Dienstleistungen, die mit der wirtschaftlichen Betätigung in den Bereichen der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung, der Wasserversorgung, Abfallentsorgung, Abwasserbe-seitigung, Wohnungswirtschaft und des öffentlichen Verkehrs verbunden sind, sind zulässig, wenn sie eine untergeordnete Bedeutung zum Hauptzweck haben und der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann.

Untergeordnet ist eine Dienstleistung, sofern sie im Zusammenhang mit dem Hauptprodukt angeboten wird und einen Zusatznutzen für den Abnehmer darstellt (beispielsweise Wartung von Anlagen zur Gas- und Wärmeerzeugung, etc.).

1.3. Ausnahmen vom Örtlichkeitsprinzip – § 116 Abs. 3 bis 5 GO LSA

Vom Örtlichkeitsprinzip kann unter bestimmten Voraussetzungen abgewichen werden.

In den Bereichen der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung wird der öffentliche Zweck auch bei überörtlicher Betätigung per Gesetz unterstellt. Die wirtschaftliche Betätigung in diesen Bereichen ist zulässig, wenn sie nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht und der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann.

In allen übrigen Wirtschaftsbereichen ist die überörtliche Betätigung nur in begründeten Ausnahmefällen zulässig. Zudem muss ein öffentlicher Zweck die Betätigung rechtfertigen und diese nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde stehen.

Für mit dem Hauptzweck verbundene Dienstleistungen gelten für alle Tätigkeitsbereiche ebenfalls die unter 1.2.2. genannten Zulässigkeitsvoraussetzungen.

In jedem Fall müssen die berechtigten Interessen der betroffenen Gemeinde gewahrt sein. Zudem ist der wettbewerbsrechtliche Ordnungsrahmen zu beachten.

Die betroffene Gemeinde ist so rechtzeitig vor der Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit in ihrem Gemeindegebiet zu informieren, dass sie ihre berechtigten Interessen geltend machen kann. Sowohl bei der betroffenen als auch bei der Gemeinde, die ihre wirtschaftliche Betätigung über die Gemeindegrenzen hinaus erweitern möchte, entscheidet der

Gemeinderat über das Vorhaben. Demzufolge muss die entsprechende Information über das Vorhaben zeitlich und inhaltlich so erfolgen, dass der Gemeinderat der betroffenen Gemeinde in ordnungsgemäß einberufener Sitzung darüber befinden kann (§§ 51 ff.).

Eine Genehmigungspflicht bei einer überörtlichen wirtschaftlichen Tätigkeit im Inland besteht nicht. Gleichwohl sollte, sofern eine Einigung zwischen den Gemeinden nicht zustande kommt, die Kommunalaufsicht in beratender Funktion einbezogen werden.

Beabsichtigt eine Gemeinde sich im Ausland zu betätigen, bedarf dies einer Genehmigung durch die Kommunalaufsichtsbehörde.

1.4. Verbot von Bankunternehmen § 116 Abs. 6 GO LSA

Bankunternehmen darf die Gemeinde weder betreiben noch sich an ihnen beteiligen. Für das öffentliche Sparkassenwesen verbleibt es bei den besonderen Vorschriften.

2. Monopolmissbrauch

Bei Unternehmen im Sinn des § 116 Abs. 1, für die kein Wettbewerb gleichartiger Privatunternehmen besteht, dürfen der Anschluss und die Belieferung nicht davon abhängig gemacht werden, dass auch andere Leistungen oder Lieferungen abgenommen werden.

3. Unternehmen in Privatrechtsform

3.1. Rechtliche Voraussetzungen

Nach § 117 Abs. 1 darf die Gemeinde ein Unternehmen in einer Rechtsform des Privatrechts nur unterhalten, errichten, übernehmen, wesentlich erweitern oder sich daran beteiligen, wenn die Voraussetzungen des § 116 und die nachfolgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

3.1.1. Vorrang des öffentlich - rechtlichen Unternehmens – § 117 Abs. 1 Nr. 1 GO LSA

Nur wenn der öffentliche Zweck des Unternehmens nicht ebenso durch eine öffentlich-rechtliche Organisationsform erfüllt wird oder erfüllt werden kann, darf die Kommune ein Unternehmen in Privatrechtsform wählen. Die Rechtsformen sind nachfolgend unter Punkt III. aufgeführt.

Der Vorrang öffentlich-rechtlicher Organisationsformen soll die Erhaltung der Steuerungs-, Einfluss- und Kontrollmöglichkeit der Kommune sicherstellen.

Insbesondere die Anstalt des öffentlichen Rechts (AöR) stellt als neuere Rechts- und Betriebsform eine Alternative zur privatrechtlichen Unternehmensform dar. Sie genießt Vorzüge einer öffentlich-rechtlichen Organisationsform (Vermeidung von Steuerungsdefiziten, hoheitliche Befugnisse, Dienstherrenfähigkeit, im Unterschied zur GmbH nicht kraft Gesetzes steuerpflichtig) und besitzt gleichwohl durch ihre rechtliche Verselbständigung eine starke unternehmerische Flexibilität.

Wenn sich dieser Nachweis nicht erbringen lässt, wäre der Aufbau einer eigenen Betriebsstruktur wirtschaftlich unvernünftig, zumal deren Kontrolle und Steuerung weiterhin Personal der Kernverwaltung binden würde. Bei der Errichtung, Unterhaltung, Übernahme und wesentlichen Erweiterung eines kommunalen Unternehmens in Privatrechtsform oder einer Beteiligung daran ist ferner zu bedenken, dass sich ein solches Unternehmen verselbständigen und sich infolgedessen der Kontrolle und Steuerung durch die Kommune entziehen könnte.

3.1.2. Absicherung des öffentlichen Zwecks im Gesellschaftsvertrag

Die Unterhaltung, Errichtung, Übernahme oder wesentliche Erweiterung eines Unternehmens in Privatrechtsform oder eine Beteiligung daran verpflichtet die Kommune durch die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages oder der Satzung sicherzustellen, dass der öffentliche Zweck des Unternehmens anhaltend erfüllt wird (§ 117 Abs. 1 Nr. 2).

Privatrechtliche Unternehmen sind als eigenständige juristische Personen ihren gesellschaftsrechtlichen Interessen verpflichtet, die nicht fortwährend mit den Interessen der Kommune übereinstimmen müssen. Ohne Reglementierung könnten sich die Unternehmen beispielsweise von dem Zweck, für den sie errichtet worden sind, abwenden oder neue Geschäftsfelder erschließen, die gegen die Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 117 Abs. 1 Nr. 1 verstoßen. Dadurch würde die Beteiligung der Kommune an dem Unternehmen unter Umständen rechtswidrig.

3.1.3. Absicherung eines angemessenen Einflusses

Damit die Kommune das Unternehmen effektiv steuern und kontrollieren kann, verpflichtet § 117 Abs. 1 Nr. 3 sie, dafür Sorge zu tragen, dass sie einen angemessenen Einfluss auf die Gesellschaft, insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan der Gesellschaft erhält und sich die Art und Weise der Einflussnahme – möglichst im Gesellschaftsvertrag – sichern lässt. Als angemessen ist der Einfluss der Kommune regelmäßig anzusehen, wenn sich das Stimmgewicht in den Gremien und Organen des Unternehmens an der Quote ihrer Beteiligung orientiert.

Lediglich dann, wenn die Kommune alleinige Gesellschafterin einer GmbH ist, ist eine Sicherung im Gesellschaftsvertrag nicht zwingend erforderlich, weil es der Kommune in diesem Falle möglich ist, der Geschäftsleitung jederzeit ohne Einhaltung einer Form Weisungen zu erteilen. Das ergibt sich aus § 37 Abs. 1 GmbHG. Die Einflussnahme auf den Vorstand einer AG ist dagegen durch die verbindlichen Regelungen im AktG wesentlich begrenzter. Zudem fehlt ein Weisungsrecht der Kommune gegenüber den von ihr in den Aufsichtsrat einer AG entsandten Mitgliedern. Nicht zuletzt aus dieser Tatsache folgt ein Vorrang der GmbH vor der AG. Die Unterhaltung, Errichtung, Übernahme, wesentliche Erweiterung einer AG oder die Beteiligung daran kann deshalb nur beim Vorliegen besonderer Umstände und für kapitalintensive „Großunternehmen“ kommunalaufsichtlich akzeptiert werden.

3.1.4. Haftungsbegrenzung

Zur Vermeidung finanzieller Risiken ist die Kommune gem. § 117 Abs. 1 Nr. 4 verpflichtet, ihre Haftung für das Unternehmen auf einen ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag zu begrenzen. Die Kommune darf sich daher nicht an Unternehmen beteiligen, deren Gesellschafter unbeschränkt haften, wie z.B. bei einer Offenen Handelsgesellschaft (OHG). Als Gesellschafter einer GmbH haftet die Kommune mit ihrer Stammeinlage; als Aktionär einer AG haftet sie mit ihrem Aktienbesitz. Die Regelung des § 117 Abs. 1 Nr. 4 soll die Kommune (wie auch § 117 Abs. 1 Nr. 5 und 6) vor wirtschaftlichen Risiken bewahren, die sie aus eigener Kraft nicht beherrschen kann.

3.1.5. Leistungsfähigkeitsbezug

Weiterhin ist erforderlich, dass die Einzahlungsverpflichtungen der Gemeinde in einem angemessenen Verhältnis zu ihrer Leistungsfähigkeit stehen (§ 117 Abs. 1 Nr. 5).

3.1.6. Begrenzung der Verlustübernahme

Die Kommune darf sich nach § 117 Abs. 1 Nr. 6 nicht zur Übernahme von Verlusten in unbestimmter oder unangemessener Höhe verpflichten. Auch diese Regelung soll die Kommune vor einer unbegrenzten Nachschusspflicht schützen und damit ebenfalls verhindern, dass sie in ihrer Leistungsfähigkeit merklich beeinträchtigt wird.

Ist die Kommune nicht allein an einem Unternehmen beteiligt, wird sich die Angemessenheit der Höhe der Verlustübernahme im Regelfall zudem an der Quote der Beteiligung zu orientieren haben.

3.2. *Abwägung bei der Errichtung eines Unternehmens in Privatrechtsform*

Sofern die im § 117 Abs. 1 Nr. 1 geregelten Grundvoraussetzungen für die Unterhaltung, Errichtung, Übernahme, wesentliche Erweiterung eines Unternehmens in Privatrechtsform oder die Beteiligung daran vorliegen, wird die Kommune eine Entscheidung über die konkrete Unternehmensform herbeiführen müssen (siehe III.)

Die unter § 117 Abs. 1 Nummern 2 bis 6 dargelegten Voraussetzungen stellen für die Kommune Verpflichtungen dar, die sie zu erfüllen und dauerhaft einzuhalten hat. Die Ausgestaltung des § 117 Abs. 1 erfolgte insoweit nicht zum Selbstzweck, sondern im Interesse der Kommune; nur dadurch lässt sich das unternehmerische Risiko, das die Kommune mit der Beteiligung an einem Unternehmen in Privatrechtsform eingeht, begrenzen.

Daher sind die Kommunen gehalten, sich ernsthaft mit den Vorgaben des § 117 Abs. 1 auseinander zu setzen. Im Rahmen dessen haben sie Gestaltungsspielraum um insbesondere bei Vereinbarungen mit etwaigen Mitgesellschaftern oder letztlich durch die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages bzw. der Satzung weitgehend Einfluss zu nehmen.

Erfüllt die Kommune die Verpflichtungen hingegen nicht oder nicht mehr, wäre die Beteiligung allein aus diesem Grunde rechtswidrig und somit aufzugeben.

3.3. *Mittelbare Beteiligung gem. § 117 Abs. 2 GO LSA*

Die Regelungen des § 117 Abs. 1 Nrn. 2 bis 6 gelten entsprechend, wenn ein Unternehmen in einer Rechtsform des Privatrechts, an dem eine Gemeinde allein oder zusammen mit anderen kommunalen Körperschaften mit mehr als 50 v.H. beteiligt ist, eine Gesellschaft oder eine andere Vereinigung in einer Rechtsform des Privatrechts unterhalten, errichten, übernehmen, wesentlich erweitern, sich daran beteiligen oder eine Beteiligung aufrechterhalten will. Bei einer geringeren Beteiligung hat die Gemeinde darauf hinzuwirken, dass die Regelungen des § 117 Abs. 1 Nrn. 2 bis 6 entsprechend umgesetzt werden.

Bei Beteiligungen, die eine Tochtergesellschaft der Gemeinde unterhält, verliert die Gemeinde deutlich an Einflussmöglichkeiten gegenüber der unmittelbaren Beteiligung. Eine rechtliche Entscheidungskompetenz des Gemeinderates im Sinne von § 44 Abs. 3 Nr. 9 ist nicht gegeben (siehe Ausführungen in Abschnitt I auf Seite 8 unten). Die Gemeinde muss daher die Möglichkeiten der politischen Einflussnahme nutzen, etwa über eine Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung.

III. Vorlage- und Anzeigepflicht gem. § 123 GO LSA

Entscheidungen der Gemeinde über

1. die Errichtung, Übernahme und wesentliche Erweiterung sowie die Änderung der Rechtsform oder des öffentlichen Zwecks gemeindlicher Unternehmen,
2. die unmittelbare oder mittelbare Beteiligung der Gemeinde an Unternehmen,
3. die gänzliche oder teilweise Veräußerung gemeindlicher Unternehmen oder Beteiligungen,
4. die Auflösung der Anstalt

sind einschließlich der Unternehmenssatzung der Kommunalaufsicht rechtzeitig, mindestens aber sechs Wochen vor ihrem Vollzug der Kommunalaufsichtsbehörde vorzulegen (§ 123 Abs. 2 Satz 1). Keine Anzeigepflicht besteht in den Fällen von Punkt 2 und 3, sofern die Entscheidung weniger als 5 % der Anteile des Unternehmens betrifft.

Aus der Vorlage muss zu ersehen sein, ob die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind und ob die Deckung der Kosten tatsächlich und rechtlich gesichert ist (§ 123 Abs. 2 Satz 3).

Beabsichtigt eine Gemeinde, ein Unternehmen in einer Rechtsform des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts zu errichten, zu übernehmen oder wesentlich zu erweitern, so hat sie zudem eine Analyse über die Vor- und Nachteile der öffentlichen und der privatrechtlichen Organisationsformen im konkreten Einzelfall zu erstellen; diese Analyse ist auch bei einer Rechtsformänderung innerhalb des Privatrechts vorgeschrieben (§ 123 Abs. 1 Satz 1).

Die Analyse nach § 123 Abs. 1 Satz 1 ist unverzüglich, spätestens sechs Wochen vor der Entscheidung, der Kommunalaufsichtsbehörde zur Prüfung vorzulegen (§ 123 Abs. 1 Satz 3), damit diese Gelegenheit hat, der Kommune zur Vorbereitung der Entscheidung durch das beschließende Gemeindeorgan etwaige Anregungen und Bedenken mitzuteilen. Dabei prüft die Kommunalaufsichtsbehörde auch, ob die Kommune den ihr zustehenden Beurteilungsspielraum eingehalten hat.

Grundsätzlich wird den Kommunen empfohlen, bereits rechtzeitig im Vorfeld der beabsichtigten wirtschaftlichen Betätigung den Kontakt zur zuständigen Kommunalaufsichtsbehörde aufzunehmen, um fallspezifische Anforderungen an das jeweilige Anzeigeverfahren abzustimmen. Besonderes Augenmerk ist auf die Begründung des öffentlichen Zwecks, die Beachtung des EU-Rechts (insbesondere Vergaberecht, Beihilferecht)

und die finanziellen Auswirkungen für die Kommune (Wirtschaftlichkeitsanalyse, Leistungsfähigkeit der Kommune, Zuschussbelastung) zu legen. Hier kann die frühzeitige Einbindung der Kommunalaufsichtsbehörde dabei helfen, dass Probleme rechtzeitig erkannt und die Anzeigeverfahren innerhalb der gesetzlichen Fristen zum Abschluss gebracht werden können.

Der Umfang einer Anzeige sowie der dazu benötigten Unterlagen ist abhängig von der Art der anzuzeigenden wirtschaftlichen Betätigung (Gesellschaftsgründung, Anteilsveräußerung, Anpassung der Satzung bzw. des Gesellschaftsvertrages an gesetzliche Änderungen). Beispielsweise werden bei einer Gesellschaftsgründung wesentlich umfangreichere Unterlagen sowohl für die Entscheidungsfindung und Beschlussfassung durch die einzelnen Gremien als auch für die Kommunalaufsicht zur Prüfung der Anzeige benötigt, als bei der bloßen Umstellung eines Gesellschaftsvertrages.

IV. Formen der wirtschaftlichen Betätigung

1. Kriterien zur Wahl der Rechtsform

Um die jeweils richtige Organisationsform zu finden, muss die Kommune Entscheidungskriterien heranziehen, die geeignet sind, unter den gegebenen Umständen ein Optimum zu ermitteln. Ein wichtiges Entscheidungskriterium ist die Einflussmöglichkeit der Kommune auf das Unternehmen. Sofern die Kommune eine privatrechtliche Organisationsform wählt, soll sie im Rahmen ihrer Möglichkeiten durch hinreichende Regelungen im Gesellschaftsvertrag ihre Einflussnahme im Unternehmen mindestens entsprechend ihrer Anteile sicherstellen.

Zu beachten ist, dass der Landesgesetzgeber den öffentlich-rechtlichen Unternehmensformen gegenüber den privatrechtlichen Unternehmensformen einen Vorrang eingeräumt hat (siehe Ausführungen zu II.).

Die außerhalb der Kommunalverwaltung gebildeten Unternehmen werden nicht im Haushalt (Kernhaushalt) der jeweiligen Kommune geführt. Der Haushalt der Kommune bietet daher weder einen Überblick über die tatsächliche finanzielle Situation der Kommune, die ihr eventuell durch die unternehmerische Betätigung drohenden finanziellen Risiken noch über das von ihr insgesamt zu verantwortende Tätigkeitsspektrum. Um diesbezüglich Transparenz herzustellen, verpflichtet § 118 die Kommunen, die unternehmerische Betätigung in Form eines Beteiligungsberichtes offenzulegen.

Zudem enthält die Gemeindeordnung Regelungen, die gewährleisten sollen, dass die Entscheidungsträger, insbesondere die demokratisch legitimierten Mandatsträger und die kommunalen Vertreter in den Aufsichtsgremien der Unternehmen, einen angemessenen Einfluss auf die kommunalen Unternehmen ausüben und die ihnen obliegende Aufgabe der Steuerung, Lenkung und Kontrolle der Unternehmen und der unternehmerischen Betätigung der Kommune wahrnehmen können.

Aus den in § 90 normierten Haushaltsgrundsätzen der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit resultiert für die Kommunen u.a. die Verpflichtung, regelmäßig zu prüfen, ob die Wahrnehmung ihrer Aufgaben effektiv erfolgt. Dabei ist auch zu prüfen, ob die jeweiligen Aufgaben durch die Wahl einer anderen Organisationsform zweckmäßiger und wirtschaftlicher erfüllt werden können. Das gilt unabhängig davon, ob die Aufgaben innerhalb oder bereits außerhalb der öffentlichen Verwaltung wahrgenommen werden.

Die im Folgenden auch aufgeführten Organisationsformen GmbH & Co. KG und ARGE sollten aufgrund ihrer Nachteile nur in Ausnahmefällen gewählt werden. Sie stellen sich gerade infolge der mangelhaften Einflussmöglichkeit der Kommune bzw. der im Folgenden dargestellten Risiken als wirtschaftliches Wagnis dar. Zur Vermeidung unübersehbarer Risiken wird daher ausdrücklich empfohlen, auf andere mögliche Rechtsformen zurück zu greifen.

Die folgenden Ausführungen geben einen Überblick über die verschiedenen Rechtsformen und sind nicht als abschließende Darstellung der Formen der wirtschaftlichen Betätigung zu verstehen.

2. Öffentlich-rechtliche Unternehmen

	Regiebetrieb	Eigenbetrieb	Anstalt des öffentlichen Rechts
Spezialgesetzliche Regelungen	keine	Gesetz über die kommunalen Eigenbetriebe im Land Sachsen Anhalt (EigBG)	Gesetz über die kommunalen Anstalten des öffentlichen Rechts (AnstG), Anstaltsverordnung (AnstVO)
Rechtsnatur	Rechtlich unselbstständig, Teil es Gemeindevermögens	rechtlich unselbstständig, Sondervermögen der Gemeinde	juristische Person des öffentlichen Rechts, besitzt Dienstherrenfähigkeit
Satzung	Keine Satzung	Betriebssatzung	Unternehmenssatzung
Eigenkapitalgeber	Gemeinde	Gemeinde (Stammeinlage)	Gemeinde (Stammkapital)
Organe	keine eigenen Organe	Betriebsleitung, Betriebsausschuss, Gemeinderat, Bürgermeister	Vorstand, Verwaltungsrat
Beteiligung	keine Beteiligung möglich	keine Beteiligung am Eigenbetrieb möglich	Beteiligung weiterer Kommunen möglich (gem. kommunale Anstalt)
Haftung	Gemeinde haftet unbeschränkt für Verbindlichkeiten	Gemeinde haftet unbeschränkt für Verbindlichkeiten	Gemeinde haftet unbeschränkt für Verbindlichkeiten

Rechtsträger von Eigenbetrieben können neben Gemeinden und Landkreisen auch Zweckverbände sein. Als spezialgesetzlicher Regelungsbe-
reich ist das Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit (GKG) zu be-
achten. Der Zweckverband ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts
und besitzt Dienstherrnenfähigkeit. Eigenkapitalgeber sind die Mitgliedsge-
meinden.

3. Privatrechtliche Unternehmen

	GmbH	AG	Genossenschaft
Rechtsgrundlage	HGB, GmbHG	HGB, AktG	GenG
Rechtsnatur	juristische Person des Privatrechts	juristische Person des Privatrechts	juristische Person des Privatrechts
Satzung	Gesellschaftsvertrag	Satzung	Satzung
Eigenkapitalgeber	Gesellschafter	Aktionäre	Genossenschafts- mitglieder
Organe	Geschäftsführer, Aufsichtsrat, Gesellschafter- versammlung	Vorstand, Aufsichtsrat, Hauptversammlung	Vorstand, Aufsichtsrat, Generalversammlung
Beteiligung	Beteiligung weiterer Kommunen oder Privatpersonen möglich	Beteiligung weiterer Kommunen oder Privatpersonen möglich	Beteiligung (Mitgliedschaft) weiterer Kommunen oder Privatpersonen möglich
Haftung	beschränkt auf das Gesellschafts- vermögen	beschränkt auf das Gesellschafts- vermögen	beschränkt in Höhe des Genossenschafts- vermögen

In der kommunalen Praxis haben sich im Wesentlichen die GmbH und die AG bewährt. Im Regelfall ist die GmbH die übliche Form der kommunalen Aufgabenerfüllung in privater Rechtsform.

Da die Haftung der Kommune begrenzt sein muss, scheiden bei der Wahl der Rechtsform die offene Handelsgesellschaft (OHG) oder die Komplementärrolle bei der Kommanditgesellschaft (KG), Kommanditgesellschaft auf Aktien (KG a.A.) oder GmbH- und Co. KG aus.

4. Sonderformen wirtschaftlicher Betätigung

4.1. Querverbund

Betriebe gewerblicher Art (BgA) von juristischen Personen des öffentlichen Rechts sind nach § 1 Abs. 1 Nr. 6 des Körperschaftsteuergesetzes (KStG) unbeschränkt steuerpflichtig. Durch den sogenannten „steuerlichen Querverbund“ wird es einer Kommune ermöglicht, Gewinne und Verluste verschiedener BgA im Sinne des § 4 KStG untereinander auszugleichen. Im Rahmen des Jahressteuergesetzes 2009 ist diese anerkannte Gestaltungsmöglichkeit durch die Anfügung eines neuen § 4 Abs. 6 KStG inzwischen auf eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage gestellt worden.

Danach kann ein BgA mit einem oder mehreren anderen BgA zusammengefasst werden, wenn

- sie gleichartig sind,
- zwischen ihnen nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse objektiv eine enge wechselseitige technisch-wirtschaftliche Verflechtung von einigem Gewicht besteht oder
- BgA im Sinne des § 8 Abs. 3 KStG (Versorgungs-, Verkehrs- oder Hafenbetriebe) vorliegen.

Typischer Anwendungsfall ist die organisatorische Zusammenfassung des ÖPNV mit einem Versorgungsbetrieb. Ein BgA kann jedoch gemäß § 4 Abs. 6 Satz 2 KStG nicht mit einem Hoheitsbetrieb (insbesondere Abwasser- oder Abfallentsorgung) zusammengefasst werden. Hinsichtlich der Behandlung verdeckter Gewinnausschüttungen ist § 8 Abs. 7 KStG zu beachten.

Nähere Ausführungen finden sich bei Fiand/Klaiber, KStZ 2009, 41 und Leippe, ZKF 2009, 81. Den Kommunen wird empfohlen, bei Zweifelsfragen steuerlichen Rat einzuholen.

4.2. ARGE

Äußerst kritisch ist die unmittelbare oder mittelbare Beteiligung von Kommunen im Rahmen einer wirtschaftlichen Betätigung an einer sogenannten „Arbeitsgemeinschaft“ (ARGE) zu sehen. In den letzten Jahren haben

sich insbesondere im Immobilienbereich Kommunen selbst bzw. ihre Beteiligungsgesellschaften in einer solchen Form wirtschaftlich betätigt. Vor allem die häufig vereinbarte unbegrenzte Beteiligung der Gesellschafter am Verlust einer solchen ARGE bzw. die unbegrenzte Nachschusspflicht verstößt insbesondere gegen die Regelung des § 117 Abs. 1 Nr. 4, wonach sich eine Gemeinde nur an einem privatrechtlichen Unternehmen beteiligen darf, wenn ihre Haftung „auf einen ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag begrenzt wird.“

Eine ARGE ist als privatrechtliche BGB-Gesellschaft anzusehen. Nach §§ 705 ff. BGB verfügt sie über drei konstitutive Merkmale:

- Vertrag zwischen mehreren Personen
- Gemeinsamer Zweck
- Förderungspflicht (Jeder Gesellschafter muss zur gemeinsamen Zweckverfolgung seinen vereinbarten Beitrag leisten. Dies ist z. B. mit dem finanziellen Beitrag der Gesellschafter, mit geplanter gemeinsamer Leistungserbringung und mit dem Einverständnis zur Verwendung der individuellen Referenzen der Partner der Fall.)

Neben der meist nicht begrenzten Haftung der Gesellschafter einer ARGE ist es insbesondere problematisch, dass nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 29.01.2001 (BGHZ 146, S. 341) die BGB-Gesellschaft als Außengesellschaft auch rechtsfähig ist. Dies hat zur Folge, dass nicht jeder Gesellschafter einzeln verklagt werden muss, sondern dass alle Gesellschafter von einer Klage, welche gegen die BGB-Gesellschaft gerichtet ist, erfasst werden. In einem solchen Fall kann es zu gravierenden materiellen und immateriellen Folgen negativer Art für die Gesellschafter der ARGE selbst und auch deren Anteilseigner kommen.

Aufgrund der aufgezeigten Risiken sollen sich Kommunen nicht unmittelbar in einer ARGE engagieren und auch in ihren unmittelbaren und mittelbaren Beteiligungsgesellschaften soweit möglich darauf hin wirken, dass diese sich nicht in der risikobehafteten Form einer ARGE betätigen.

4.3. *Stiftung*

Die wirtschaftliche Betätigung in Form einer Stiftung ist ein Ausnahmefall.

Eine Stiftung ist eine rechtsfähige Einrichtung, die einen vom Stifter bestimmten Zweck mit Hilfe eines dazu gewidmeten Vermögens dauernd fördern soll. Die Stiftung entsteht durch ein Stiftungsgeschäft und die Anerkennung als rechtsfähig durch die zuständige Landesbehörde (§ 80

BGB). Entsprechend der Regelung des § 115 darf Gemeindevermögen nur im Rahmen der Aufgabenerfüllung der Gemeinde und nur dann in Stiftungsvermögen eingebracht werden, wenn der mit der Stiftung verfolgte Zweck auf andere Weise nicht erreicht werden kann.

Rechtlich selbstständige örtliche Stiftungen sind gem. § 111 Abs. 1 als Treuhandvermögen anzusehen. Für Treuhandvermögen gelten gem. § 111 Abs. 1 Satz 2 die Bestimmungen des § 110 Abs. 4 Satz 2 - 4.

Als Treuhandvermögen der Kommune sollte die Stiftung im Rahmen der Informationspflicht der Kommune gegenüber der Öffentlichkeit im Beteiligungsbericht aufgenommen werden.

5. Beteiligungsformen

Eine Beteiligung an einer Gesellschaft ist dann gegeben, wenn der Kommune alle Anteile oder neben anderen juristischen oder natürlichen Personen ein Anteil an dem Unternehmen in Privatrechtsform gehört. Sofern die Kommune selbst Anteilseigentümerin ist, spricht man von unmittelbarer Beteiligung. Eine mittelbare Beteiligung der Kommune an einem Unternehmen in Privatrechtsform ist gegeben, wenn eine Beteiligung nicht direkt vollzogen wird, sondern durch dazwischen geschaltete Unternehmen (Muttergesellschaft gründet Tochtergesellschaft).

V. Gründung eines kommunalen Unternehmens

Ein kommunales Unternehmen wird je nach Organisationsform durch Gemeinderatsbeschluss, gesellschaftsrechtliche Satzung oder durch Gesellschaftsvertrag gegründet.

1. Eigenbetrieb

Der Eigenbetrieb ist Teil der Gemeinde und besitzt keine eigene Rechtspersönlichkeit. Die Errichtung des Eigenbetriebes erfordert daher nur einen Gemeinderatsbeschluss dahingehend, dass bestimmte Teile des Gemeindevermögens organisatorisch als Sondervermögen verselbständigt werden sollen.

Anders als beispielsweise die Satzung der Aktiengesellschaft ist die Betriebssatzung des Eigenbetriebes somit für die Entstehung des Unternehmens nicht rechtsbegründend, sie ergänzt das Eigenbetriebsrecht. Die Betriebssatzung muss sich in den Rahmen des Eigenbetriebsrechtes einfügen und darf ihm nicht widersprechen.

Pflichtinhalte der Betriebssatzung sind nach § 4 EigBG vor allem Gegenstand und Name des Eigenbetriebs, die Höhe des Stammkapitals sowie Regelungen über die Zusammensetzung und die Befugnisse der Betriebsleitung und des Betriebsausschusses.

Die Betriebssatzung wird mit der Mehrheit der Mitglieder des Gemeinderates beschlossen.

2. Kommunale Anstalt

Die kommunalen Gebietskörperschaften können selbstständige Unternehmen als rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts (Kommunalunternehmen) durch Umwandlung bestehender Regiebetriebe und Eigenbetriebe im Wege der Gesamtrechtsnachfolge oder durch Neuerrichtung gründen (§ 1 Abs. 1 AnstG). Auch Zweckverbände können eine kommunale Anstalt errichten (§ 1 Abs. 2 AnstG).

Die Umwandlung eines Zweckverbandes in eine Anstalt des öffentlichen Rechts ist möglich, wenn der Wegfall von Verbandsmitgliedern dazu führt, dass nur noch eine Gemeinde als Verbandsmitglied verbleibt (§ 15a GKG).

Zur Gründung sind der Erlass und die Bekanntmachung einer Unternehmenssatzung (Anstaltssatzung) erforderlich, in welcher die Rechtsverhältnisse der Anstalt geregelt werden.

Pflichtinhalte der Satzung sind nach § 2 AnstG Name und Zweck der Anstalt, die Anzahl der Mitglieder des Verwaltungsrates und die Höhe des Stammkapitals. Daneben sind nach § 4 AnstVO Bestimmungen über die Geschäftsordnung des Verwaltungsrates und des Vorstands (sofern dieser aus mehreren Personen besteht), die Beschlussfähigkeit des Verwaltungsrates, die Zahlung einer Entschädigung für ehrenamtliche Mitglieder des Verwaltungsrates und die ortsübliche Bekanntmachung des Beschlusses zur Feststellung des Jahresabschlusses aufzunehmen.

3. Kapitalgesellschaften

Die GmbH wird durch den Abschluss eines Vertrages zwischen den Gesellschaftern gegründet. Dieser Gesellschaftsvertrag bedarf der notariellen Form. Liegen alle Gesellschaftsanteile in der Hand der Kommune, tritt an die Stelle des Gesellschaftsvertrages deren einseitige notariell beurkundete Erklärung.

Der Gesellschaftsvertrag (Anlage 1) wird auch als Satzung – jedoch nicht im kommunalverfassungsrechtlichen Sinn – bezeichnet. Er muss mindestens die Firma und den Sitz der Gesellschaft, den Gegenstand des Unternehmens, die Zahl und Nennbeträge der Geschäftsanteile, die jeder Gesellschafter gegen Einlage auf das Stammkapital übernimmt (§ 3 Abs. 1 GmbHG) sowie eine etwaige zeitliche Beschränkung des Unternehmens und etwaige festgelegte Verpflichtungen der Gesellschafter über die Leistung von Kapitaleinlagen hinaus (§ 3 Abs. 2 GmbHG) enthalten.

Die Gründung der AG erfolgt ebenfalls durch Satzung/Gesellschaftsvertrag und ist bereits durch eine Person – in diesem Fall die Kommune – möglich.

Mindestinhalt der Satzung sind im Wesentlichen Angaben zu der Firma und dem Sitz der Gesellschaft, dem Gegenstand des Unternehmens, der Höhe des Grundkapitals, Darlegungen zu der Art, Gattung und Anzahl der Aktien und zur Mitgliederzahl des Vorstandes sowie zu den Bestimmungen über die Form der Bekanntmachung der Gesellschaft (§ 23 Abs. 3 bis 5 AktG).

Über den gesellschaftsrechtlich normierten Mindestinhalt hinaus ist die Gemeinde bei der Unterhaltung, Errichtung, Übernahme oder wesentlichen Erweiterung eines Unternehmens in Privatrechtsform oder der Beteiligung daran nach § 117 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 verpflichtet, durch die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages oder der Satzung sicherzustellen,

dass der öffentliche Zweck des Unternehmens erfüllt wird. Dies gilt auch im Fall der mittelbaren Beteiligung (§ 117 Abs. 2).

Das GmbHG lässt über § 45 jederzeit durch entsprechende Gestaltung des Gesellschaftsvertrags ausreichende Einflussmöglichkeiten der Gemeinde als Gesellschafterin auf die Gesellschaft zu. Bei der Aktiengesellschaft sind laut § 23 Abs. 5 Satz 2 AktG ebenfalls ergänzende Bestimmungen der Satzung zulässig, sofern das Gesetz keine abschließende Regelung enthält.

Darüber hinaus besteht für den oder die Gesellschafter Vertragsfreiheit, welche die Kommunen für zusätzliche Regelungen unbedingt nutzen sollten. Oftmals wird nämlich erst im Konfliktfall festgestellt, dass es Regelungslücken gibt (siehe Anlage 1 – Mustervertrag).

Hierzu bieten sich beispielsweise die gesetzlich nicht zwingend im Gesellschaftsvertrag oder der Satzung zu regelnden Voraussetzungen der privatwirtschaftlichen Betätigung an (§ 117 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 bis 6, siehe hierzu Abschnitt II. Nr. 3.1.):

- Absicherung eines angemessenen Einflusses der Kommune im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan des Unternehmens
- Haftungsbegrenzung der Kommune
- Ausrichtung an der finanziellen Leistungsfähigkeit der Kommune
- Begrenzung der Verlustübernahme

Es empfiehlt sich, für die Erstellung eines Gesellschaftsvertrages etc. fachliche fundierte Beratung in Anspruch zu nehmen. Bei Bedarf ist der Vertrag zu ändern und neuen Erkenntnissen oder Bedingungen anzupassen.

VI. Grundsätze für die privatrechtliche Unternehmens- und Beteiligungsführung

Die Vertretung der Kommune in den Organen der Unternehmen erfolgt nach Maßgabe des § 119. Danach vertritt der Bürgermeister kraft Gesetzes (geborenes Mitglied) die Gemeinde in der Gesellschafterversammlung oder in dem entsprechenden Organ des privatrechtlichen Unternehmens, an dem die Gemeinde beteiligt ist. Er kann einen Beamten oder Arbeitnehmer der Gemeinde mit seiner Vertretung im Einzelfall oder dauerhaft beauftragen und diese Delegation jederzeit wieder zurückziehen. Die Gemeinde kann weitere Vertreter entsenden, die über die jeweils notwendige wirtschaftliche Erfahrung und Sachkunde verfügen sollen.

Als ein geborenes Mitglied werden Mitglieder eines ansonsten gewählten Gremiums bezeichnet, die kraft ihres Amtes automatisch dem Gremium angehören. Als gekorenes Mitglied werden Mitglieder bezeichnet, die durch eine zusätzliche Handlung (hier Wahl des Vertreters der Kommune durch den Gemeinderat) dem Gremium angehören.

Sämtlichen Vertretern der Gemeinde kann der Gemeinderat Weisungen erteilen, soweit nicht die Vorschriften des Gesellschaftsrechts dem entgegenstehen.

Die Vielschichtigkeit wirtschaftlichen Handelns und die Schwierigkeiten im Umgang mit der Rechtsmaterie erfordern, nur solche Vertreter in die Organe zu entsenden, die über die notwendige Sachkenntnis und wirtschaftliche Erfahrung verfügen. Nur so ist gewährleistet, dass die Interessen der Kommune gewahrt werden und sie einen angemessenen Einfluss auch tatsächlich ausüben kann. Die besondere Sachkenntnis der Vertreter kann durch berufliche Erfahrungen und Kenntnisse, aber auch durch eine langjährige kommunalpolitische Tätigkeit in vergleichbaren Funktionen nachgewiesen werden.

Zur Vermeidung einer Interessenkollision bestimmt § 119 Abs. 1a, dass sich eine Kommune nicht durch ein und dieselbe Person sowohl in einem geschäftsführenden Organ (Geschäftsführung/Vorstand) als auch in einem Aufsichtsorgan (Aufsichtsrat, Vertreterversammlung, Hauptversammlung) desselben Unternehmens vertreten lassen darf.

Die nachfolgenden Ausführungen stellen im Wesentlichen auf die GmbH als gebräuchlichste Form der privatrechtlichen Betätigung ab. Die Vorgaben entsprechen zum einen den Regelungen des Gesellschaftsrechts

und resultieren zum anderen aus den Vorschriften der §§ 116 ff. über die Zulässigkeit einer kommunalwirtschaftlichen Betätigung. Die Grundsätze für privatrechtliche Unternehmens- und Beteiligungsführung sollen insbesondere der Stellung der Gemeinde als Gesellschafterin Rechnung tragen. Es liegt daher im Interesse der Gemeinde, diese Grundsätze entsprechend ihrer Einflussmöglichkeit anzuwenden.

1. Gesellschafter/Gesellschafterversammlung

Die Gesellschafter nehmen ihre Rechte grundsätzlich in der Gesamtheit der Gesellschafter durch Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung wahr. Die Gesellschafterversammlung ist oberstes Organ der GmbH.

Handelt es sich um eine Eigengesellschaft (100 %) der Kommune, soll die Gesellschafterversammlung neben dem gesetzlich geborenen Mitglied keine entbehrlichen Mitglieder enthalten, um wirtschaftliche Entscheidungen im Unternehmensinteresse nicht durch parteipolitische Interessen zu gefährden.

Eine Gesellschafterversammlung findet mindestens einmal jährlich statt und zwar spätestens acht Monate nach Ablauf des Geschäftsjahres zur Feststellung des Jahresabschlusses. Sie wird von der Geschäftsführung unter Angabe der Tagesordnung einberufen.

Die Gesellschafter legen den Gegenstand des Unternehmens – als erste strategische Ausrichtung – im Hinblick auf den öffentlichen Auftrag der Gesellschaft fest. Dieser stellt für die Geschäftsleitung und die Aufsichtsratsmitglieder eine unabdingbare Handlungsleitlinie dar. Der Gegenstand des Unternehmens wird bei der Gründung der Gesellschaft im Gesellschaftsvertrag niedergeschrieben.

Bestimmte Rechte und Aufgaben sind den Gesellschaftern gesetzlich zugeordnet (Änderung des Gesellschaftsvertrages, Einforderung von Nachschüssen, Auflösung der Gesellschaft) bzw. müssen ihnen im Gesellschaftsvertrag einer kommunalen GmbH vorbehalten sein (Bestellung der Geschäftsführer, Feststellung des Jahresabschlusses und Ergebnisverwendung, Abschluss und Änderung von Unternehmensverträgen im Sinne der §§ 291 und 292 Abs. 1 AktG, Übernahme neuer Aufgaben von besonderer Bedeutung im Rahmen des Unternehmensgegenstandes, Errichtung, Erwerb und Veräußerung von Unternehmen und Beteiligungen).

Weitere grundsätzliche Rechte und Kompetenzen der Gesellschafterversammlung sind die Weisungsbefugnis gegenüber der Geschäftsführung, die Überwachung der Geschäftsführung und die strategische Steuerung der Gesellschaft. Bei Töchter- und Enkelgesellschaften wird bei wesentlichen Beschlüssen der Gesellschafterversammlung die Zustimmung der Gesellschafterversammlung der Muttergesellschaft vorausgesetzt.

Neben den wirtschaftlichen Zielen sollen auch Ziele und Erwartungen im Rahmen des öffentlichen Auftrags klar formuliert werden. Der Stand der Strategieumsetzung soll in regelmäßigen Abständen zwischen Gesellschaftern und Geschäftsführung erörtert werden.

2. Aufsichtsrat

2.1. Bildung des Aufsichtsrates

Die Bildung eines Aufsichtsrats oder eines vergleichbaren Aufsichtsorgans soll im Gesellschaftsvertrag auch bei solchen Unternehmen aufgenommen werden, bei denen keine gesetzliche Pflicht dazu besteht. Davon kann abgewichen werden, wenn dies aufgrund Größe, Aufgaben und Bedeutung der Beteiligung nicht angemessen erscheint.

Während bei der Aktiengesellschaft die Bildung eines Aufsichtsrates gesetzlich zwingend vorgegeben ist (Näheres regeln die §§ 90 ff. AktG), ist dieses für weitere Unternehmensformen – unter anderem die GmbH – nur für Unternehmen gesetzlich vorgesehen, die in der Regel mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigen (§ 6 i.V.m. § 1 MitBestG). Sofern ein Aufsichtsrat gesetzlich vorgeschrieben ist, handelt es sich um einen sogenannten „obligatorischen“ Aufsichtsrat.

Besteht keine gesetzliche Verpflichtung, kann im Gesellschaftsvertrag der GmbH auch die Bestellung eines sogenannten „fakultativen“ Aufsichtsrates festgelegt werden. § 52 GmbHG verweist für diesen Fall auf die entsprechende Anwendung von Regelungen des Aktiengesetzes – vorbehaltlich abweichender Regelungen im Gesellschaftsvertrag.

Die Besetzung des fakultativen Aufsichtsrates der GmbH erfolgt grundsätzlich durch Wahl in der Gesellschafterversammlung. Darüber hinaus besteht nach § 119 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 die Möglichkeit für die Gemeinde, Mitglieder in den Aufsichtsrat zu entsenden – wenn im Gesellschaftsvertrag entsprechende Festlegungen getroffen worden sind – und die Entsendung jederzeit zurückzunehmen. Entsendete Mitglieder des Aufsichtsrates haben die selben Rechte und Pflichten wie gewählte Mitglieder.

Sowohl bei den Wahlvorschlägen als auch der Entsendung sollte der Gemeinderat darauf achten, dass dem Aufsichtsrat Mitglieder angehören sollen, die über die zur ordnungsgemäßen Wahrnehmung der Aufgaben erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und fachlichen Erfahrungen verfügen und hinreichend unabhängig sind. Ferner sollten die Tätigkeit des Unternehmens und potenzielle Interessenkonflikte berücksichtigt werden. Die Gesellschafter sollten für eine kompetente und interessenkonfliktfreie Besetzung des Aufsichtsrats sorgen.

2.2. Aufgaben und Zuständigkeiten

Der Aufsichtsrat ist das wichtigste Überwachungs- und Kontrollorgan des Unternehmens. Aufgabe des Aufsichtsrates ist es, die Geschäftsführung bei der Leitung des Unternehmens regelmäßig zu überwachen und zu beraten. Gegenstand der Überwachung sind die Ordnungsmäßigkeit, Zweckmäßigkeit und die Wirtschaftlichkeit der Geschäftsführung. Hierzu gehört insbesondere,

- ob sich das Unternehmen im Rahmen seiner satzungsmäßigen Aufgaben betätigt und die maßgebenden Bestimmungen beachtet;
- ob die Geschäfte mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Kaufmanns wirtschaftlich und sparsam geführt werden;
- die Kontrolle der Übereinstimmung der strategischen Planung der Geschäftsführung mit den strategischen Zielvorgaben;
- die Kontrolle der Übereinstimmung der operativen Ziele mit den strategischen Zielvorgaben/der strategischen Planung der Beteiligung;
- die Kontrolle der Einhaltung der operativen Ziele der Beteiligung und
- sowohl die Überwachung der Einrichtung sowie die Anwendung eines Steuerungs-, Kontroll- und Risikomanagementsystems durch die Geschäftsführung.

Der Aufsichtsrat hat den Jahresabschluss, den Lagebericht und den Vorschlag für die Verwendung des Bilanzgewinns, bei Konzernobergesellschaften auch den Konzernabschluss und den Konzernlagebericht zu prüfen und über das Ergebnis seiner Prüfung an die Gesellschafterversammlung schriftlich zu berichten. Er gibt gegenüber der Gesellschafterversammlung eine Empfehlung ab, ob der Jahresabschluss festgestellt und den Geschäftsführern Entlastung erteilt werden soll.

In regelmäßigen Abständen sollen vom Aufsichtsrat die Wertgrenzen für die unter einem Zustimmungsvorbehalt stehenden Arten von Geschäften und Rechtshandlungen auf ihre Zweckmäßigkeit und Praktikabilität überprüft werden.

Im Gesellschaftsvertrag kann bestimmt werden, dass Geschäfte und Rechtshandlungen der Geschäftsführung von grundsätzlicher Bedeutung der Zustimmung des Aufsichtsrats bedürfen. Hierzu gehören Entscheidungen oder Maßnahmen, die die Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage des Unternehmens grundlegend verändern. Darüber hinaus können im Gesellschaftsvertrag weitere Maßnahmen der Geschäftsführung unter den Vorbehalt der vorherigen Zustimmung durch den Aufsichtsrat gestellt werden. Die Wertgrenzen dieses Zuständigkeitskatalogs bzw. weitere Zuständigkeitsfragen werden in einer Geschäftsordnung durch den Aufsichtsrat festgelegt.

Aufsichtsratsmitglieder haben ihr Mandat persönlich auszuüben. Sie können ihre Aufgaben nicht durch andere wahrnehmen lassen. Abwesende Mitglieder können durch die Überreichung schriftlicher Stimmabgaben an der Beschlussfassung des Aufsichtsrates und seiner Ausschüsse teilnehmen. Falls ein Mitglied des Aufsichtsrates in einem Geschäftsjahr an weniger als der Hälfte der Sitzungen des Aufsichtsrates teilgenommen hat, soll dies im Bericht des Aufsichtsrates vermerkt werden.

Die Mitglieder des Aufsichtsrates sollen durch eigene persönliche und fachliche Fort- und Weiterbildung dafür sorgen, dass sie ihre Aufgaben und Verantwortlichkeit erfüllen können. Die Gesellschaften sollen die Fort- und Weiterbildung der Aufsichtsratsmitglieder durch geeignete Maßnahmen (z.B. Seminare, Fachexkursionen) unterstützen.

Ein Muster für eine Geschäftsordnung für den Aufsichtsrat ist in Anlage 3 vorgegeben.

2.3. Aufwendungen für den Aufsichtsrat

Über die Höhe der an die Aufsichtsratsmitglieder zu zahlenden Aufwendungen entscheidet die Gesellschafterversammlung entsprechend der wirtschaftlichen Lage und dem Erfolg des Unternehmens. Dabei sollen der Vorsitz und der stellvertretende Vorsitz im Aufsichtsrat sowie der Vorsitz und die Mitgliedschaft in den Ausschüssen hinreichend berücksichtigt werden. § 113 AktG gilt entsprechend.

Sind an dem Kapital eines Unternehmens unmittelbar oder mittelbar nur öffentlich-rechtliche Einrichtungen beteiligt oder werden die Aufwendungen des Unternehmens ganz oder zu einem überwiegenden Teil von der öffentlichen Hand getragen, sollten keine Vergütungen, sondern nur ein Auslagenersatz (Fahrtkosten etc.) gezahlt werden. In besonders begrün-

deten Fällen können an Personen, die nicht in einem Anstellungsverhältnis zur Kommune stehen, Sitzungsgelder bzw. Verdienstausfallentschädigungen gezahlt werden.

Die Aufwandsentschädigung der Aufsichtsratsmitglieder soll im Anhang des Jahresabschlusses – aufgegliedert nach Bestandteilen – ausgewiesen werden.

2.4. Interessenkonflikte

Jedes Mitglied des Aufsichtsrats ist dem Unternehmensinteresse verpflichtet. Gleichzeitig soll der Vertreter der Kommune im Aufsichtsrat die besonderen Interessen der Kommune, insbesondere die Beschlüsse der Ausschüsse bzw. des Gemeinderates, berücksichtigen.

Die kommunalen Vertreter in den Aufsichtsräten haben die Umsetzung der im Gesellschaftsvertrag festgelegten Zielsetzung sowie den öffentlichen Zweck sorgfältig zu überprüfen und die Ausübung der Geschäftstätigkeit ggf. kritisch zu hinterfragen.

Ein Aufsichtsratsmitglied darf bei seinen Entscheidungen weder persönliche Interessen verfolgen, noch Geschäftschancen, die dem Unternehmen zustehen, für sich nutzen.

Geschäfte zwischen dem Unternehmen und Mitgliedern der Geschäftsführung oder des Aufsichtsrats oder diesen nahe stehenden Personen sind zu vermeiden. Sollten sie unvermeidlich sein, so haben sie den branchenüblichen Standards zu entsprechen. Wesentliche Geschäfte sollten der Zustimmung des Aufsichtsrats bedürfen.

Berater- oder sonstige Dienstleistungs- und Werkverträge eines Mitglieds des Aufsichtsrats mit dem Unternehmen sind zu vermeiden. Sie sind nur im Ausnahmefall zulässig und bedürfen der vorherigen Zustimmung des gesamten Aufsichtsrats.

2.5. Weisungsbefugnis des Gemeinderats

Nach § 119 Abs. 1 Satz 5 kann die Gemeinde ihren Vertretern Weisungen erteilen, soweit nicht Vorschriften des Gesellschaftsrechts dem entgegenstehen. Das kommunale Weisungsrecht steht also unter dem Vorbehalt, dass nicht durch das Gesellschaftsrecht etwas anderes bestimmt ist. Eine solche andere gesetzliche Regelung stellt § 52 Abs. 1 GmbHG dar, demzufolge auf einen fakultativen, d. h. (nur) nach dem Gesellschaftsvertrag zu bestellenden Aufsichtsrat verschiedene Vorschriften des Aktiengesetzes, unter anderem die über die Weisungsfreiheit der Aufsichtsratsmitglie-

der, entsprechend anzuwenden sind, soweit nicht im konkreten Gesellschaftsvertrag ein anderes bestimmt ist.

2.6. Verschwiegenheitspflicht

Die kommunalen Aufsichtsratsmitglieder unterliegen grundsätzlich der Verschwiegenheitspflicht.

Nach § 116 AktG i.V.m. § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG haben die Mitglieder des Aufsichtsrates über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, die ihnen durch ihre Tätigkeit im Aufsichtsrat bekannt geworden sind, Stillschweigen zu bewahren. Diese Verschwiegenheitspflicht gilt nicht nur für Aufsichtsräte in Aktiengesellschaften, sondern auch beim obligatorischen und fakultativen Aufsichtsrat einer GmbH. Für den obligatorischen Aufsichtsrat ergibt sich die Verschwiegenheitspflicht aus § 25 Abs. 1 und 2 MitBestG i.V.m. §§ 116, 93 Abs. 1 Satz 3 AktG; für den fakultativen Aufsichtsrat aus § 52 GmbHG, der ausdrücklich auf § 116 AktG verweist.

Die Verschwiegenheitspflicht ist für die Rechts- und Pflichtenstellung der Aufsichtsratsmitglieder von zentraler Bedeutung und Ausdruck der allgemeinen Treuepflicht der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber ihrer Gesellschaft. Aufsichtsratsmitglieder, die auf Veranlassung einer Gemeinde in den Aufsichtsrat gewählt oder entsandt worden sind, unterliegen allerdings hinsichtlich der Berichte, die sie der Gemeinde zu erstatten haben, keiner Verschwiegenheitspflicht. Für vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, gilt dies aber nicht, wenn ihre Kenntnis für die Zwecke der Berichte nicht von Bedeutung ist.

Die Verschwiegenheitspflicht gilt gegenüber Dritten, die nicht zu den Gesellschaftsorganen gehören. Aufsichtsratsmitglieder einer AG haben daher grundsätzlich auch gegenüber der sie entsendenden Gemeinde Geheimhaltung zu bewahren.

Bei einer GmbH besteht die Verschwiegenheitspflicht nicht gegenüber den Geschäftsführern und den Gesellschaftern. Ist die Gemeinde Gesellschafter, besteht gegenüber dem Bürgermeister als ihrem gesetzlichen Vertreter keine Verschwiegenheitspflicht.

Bei der Beurteilung, welche Tatsachen schützenswert und damit geheimhaltungsbedürftig sind, ist eine objektive Betrachtungsweise entschei-

dend. Diese orientiert sich an einer vernünftigen und sachkundigen Unternehmensführung und dem Interesse der Gesellschaft. Alles, was im Hinblick auf ihren Nutzen und ihr Ansehen jetzt noch unbekannt bleiben sollte, ist als geheimhaltungsbedürftig anzusehen.

Eine Durchbrechung des Verschwiegenheitsgrundsatzes ist nur dann vertretbar, wenn es darum geht, „das Bild der Gesellschaft nach innen und außen günstig zu beeinflussen“ (BGHZ 64, 325). So kann es gerade im Interesse des Unternehmens notwendig sein, eine im Aufsichtsrat besprochene Angelegenheit anderweitig im einem geschlossenen Kreis oder auch öffentlich zu erörtern, um Missverständnisse auszuräumen, Gerüchten entgegenzutreten, Unruhe zu vermeiden oder sonst die Beziehungen und das Bild der Gesellschaft nach innen und außen günstig zu beeinflussen (BGHZ 64, 325). Es ist allerdings empfehlenswert, z.B. vor einem selbstständigen Vorgehen zunächst eine Verlautbarung des Vorstands oder des Aufsichtsrates anzuregen (BGHZ 64, 325).

2.7. Haftung

Aufsichtsratsmitglieder können nach § 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. §§ 116, 93 Abs. 2 AktG für einen Schaden des Unternehmens haftbar gemacht werden, sofern sie schuldhaft gehandelt haben – und der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt. Schuldhaft ist ein Verhalten, wenn im Einzelfall und nach den gesetzlichen Bestimmungen dem Handelnden sein Verhalten auch persönlich vorgeworfen werden kann. Hier unterscheidet man zwischen zwei Schuldformen, Vorsatz oder Fahrlässigkeit. Vorsatz ist die konkrete Absicht, eine Handlung auszuführen. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt (§ 276 Abs. 1 BGB).

Die einzelnen Aufsichtsratsmitglieder haften gesamtschuldnerisch für den Ersatz des Schadens. Grundsätzlich liegt die Darlegungs- und Beweislast bei dem Unternehmen.

Sofern die Vertreter der Gemeinde den Schaden nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt haben, hat ihnen die Gemeinde gemäß § 119 Abs. 3 Satz 1 den Schaden zu ersetzen. Gleiches gilt bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit, wenn die Vertreter der Gemeinde nach Weisung gehandelt haben (§ 119 Abs. 3 Satz 2).

3. Geschäftsführung

Die Geschäftsführung kann aus einer oder mehreren Personen bestehen. Die Geschäftsführung wird in der Regel durch die Gesellschafterversammlung bestellt und abberufen. Bei mehreren Personen soll eine Geschäftsordnung die Geschäftsverteilung und die Zusammenarbeit in der Geschäftsführung, insbesondere die Vertretung, regeln (siehe Anlage 2 - Muster Geschäftsführervertrag).

Die Geschäftsführung soll sich bei ihren Entscheidungen auch an den kommunalen Zielen orientieren und damit der öffentlichen Verantwortung Rechnung tragen.

Zuständig für den Abschluss von Anstellungsverträgen mit den Geschäftsführern soll generell die Gesellschafterversammlung sein. Der Aufsichtsrat oder ein ihm gleichstehendes Gremium soll im Vorfeld Empfehlungen zur Besetzung der Geschäftsführung abgeben.

3.1. Dauer der Bestellung

Eine Bestellung zum Geschäftsführer sollte in der Regel für fünf Jahre erfolgen. Eine wiederholte Bestellung oder Verlängerung der Amtszeit, jeweils höchstens für fünf Jahre, ist zulässig. Sie bedarf eines erneuten Beschlusses der Gesellschafterversammlung der frühestens ein Jahr vor Ablauf der bisherigen Amtszeit gefasst werden kann.

3.2. Aufgaben und Zuständigkeit

Die Geschäftsführung führt die Geschäfte der Gesellschaft. Der oder die Geschäftsführer haben in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns anzuwenden.

Sie vertritt die Gesellschaft entweder jeweils allein, gemeinschaftlich oder zusammen mit einem Prokuristen gerichtlich und außergerichtlich. Die Geschäftsführung soll dafür Sorge tragen, dass bei allen Entscheidungen, soweit sie nicht nur unwesentliche Bedeutung haben, innerhalb der Gesellschaft das Vier-Augen-Prinzip gewahrt wird.

Die Geschäftsführung hat ein Berichtswesen zu implementieren und informiert den Aufsichtsrat und das Beteiligungsmanagement (siehe hierzu Abschnitt VII.) im Interesse der Gemeinde zeitnah und umfassend über alle für das Unternehmen relevanten Fragen der Planung, der Geschäftsentwicklung, der Risikolage und des Risikomanagements. Sie geht auf Abweichungen des Geschäftsverlaufs von den aufgestellten Plänen und Zielen unter Angabe von Gründen ein. Ad-hoc-Berichte können jederzeit

vom gesamten Aufsichtsrat bzw. der Gesellschafterin/den Gesellschaftern abgefordert werden. Die Geschäftsführung soll das Beteiligungsmanagement der Kommune aktiv bei der Erstellung des Beteiligungsberichtes unterstützen, indem sie frühzeitig die benötigten Daten zur Verfügung stellt.

Die Geschäftsführung hat dafür zu sorgen, dass die sonstigen Aufwendungen des Unternehmens, insbesondere für Beratungen, Repräsentation und Sponsoring, Fachexkursionen, Aufmerksamkeiten sowie für Veranstaltungen unter dem Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit vertretbar sind.

Die Geschäftsführung sorgt für ein angemessenes Risikomanagement und Risikocontrolling einschließlich eines wirksamen internen Revisions-/Kontrollsystems im Unternehmen.

Die Geschäftsführung stellt den Jahresabschluss und den Lagebericht gemäß den Vorschriften des Dritten Buches des Handelsgesetzbuches (HGB) für große Kapitalgesellschaften und den Vorschriften des Haushaltsgesetzes (HGrG) auf.

3.3. Zusammensetzung der Vergütung

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass mit der Geschäftsführung eines ganz oder überwiegend im kommunalen Besitz befindlichen Unternehmens nicht die gleichen unternehmerischen Risiken verbunden sind wie mit der eines Unternehmens der freien Wirtschaft. Von daher können die diese Risiken aufwiegenden Höhen der Bezüge und „Extras“ (Dienstwagen, Spesen etc.) in der Privatwirtschaft nicht Maßstab in der kommunalen Wirtschaft sein.

Die Vergütung der Mitglieder der Geschäftsführung soll von der Gesellschafterversammlung in angemessener Höhe in Anlehnung an den Tarifvertrag öffentlicher Dienst (TVöD) auf der Grundlage einer Leistungsbeurteilung festgelegt werden. Kriterien für die Angemessenheit der Vergütung bilden insbesondere die Aufgaben des jeweiligen Geschäftsführers, seine persönliche Leistung, die Gesamtleistung der Geschäftsführung sowie die wirtschaftliche Lage, der Erfolg und die Zukunftsaussichten des Unternehmens unter Berücksichtigung seines Vergleichsumfeldes.

Nebentätigkeiten, insbesondere Aufsichtsratsmandate, dürfen nur mit Zustimmung des zuständigen Organs ausübt werden. Sollen Neben-

tätigkeiten übernommen werden, die im Interesse der Gesellschaft liegen, hat die Gesellschaftsversammlung über deren Umfang zu entscheiden.

3.4. Altersgrenze

Die Altersgrenze für Geschäftsführungsmitglieder soll den Vorgaben des gesetzlichen Renteneintrittsalters entsprechen.

3.5. Haftung

Das Gesellschaftsrecht enthält eine Reihe von besonderen Haftungsrisiken für den Geschäftsführer (beispielsweise § 9a GmbHG – Haftung bei unzutreffenden Angaben über die Stammeinlage). Der Geschäftsführer hat gemäß § 43 Abs. 1 GmbHG in den Angelegenheiten der GmbH „die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes“ walten zu lassen. Wenn er diesen Grundsatz nicht beachtet, dann können Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegenüber dem Geschäftsführer entstehen.

4. Zusammenwirken von Geschäftsführung und Aufsichtsrat

Geschäftsführung und Aufsichtsrat arbeiten zum Wohle des Unternehmens unter Beachtung der Erfüllung des öffentlichen Zwecks und des wirtschaftlichen Unternehmenserfolges vertraulich zusammen.

Gute Unternehmensführung setzt eine offene Diskussion zwischen Geschäftsführung und Aufsichtsrat voraus. Die Wahrung der Vertraulichkeit und die Einhaltung der Verschwiegenheitspflicht soll sichergestellt sein.

Die Geschäftsführung informiert den Aufsichtsrat regelmäßig, zeitnah und umfassend über alle für das Unternehmen relevanten Fragen der Planung, der Geschäftsentwicklung und der Risikolage.

5. Vermögensschaden- / Haftpflichtversicherung

Eine Vermögenshaftpflichtversicherung für die Mitglieder von Geschäftsführung und Aufsichtsrat (D & O-Versicherung) soll nur von Unternehmen abgeschlossen werden, die erhöhten unternehmerischen Risiken ausgesetzt sind. Eine Versicherung für Aufsichtsratsmitglieder, die von der Kommune entsandt worden sind, ist wegen der Haftungsregelung in § 119 Abs. 3 nicht abzuschließen. Es ist sicherzustellen, dass Leistungen im Versicherungsfall unmittelbar an das Unternehmen gezahlt werden und ein angemessener Selbstbehalt vereinbart wird. Der Abschluss einer D & O-Versicherung bedarf der Zustimmung der Gesellschafterversammlung, zudem sollte der Abschluss der Versicherung von der Kommune geprüft werden.

VII. Beteiligungsmanagement

Die wirtschaftliche Betätigung jeder Kommune bedarf einer klaren Beteiligungspolitik. Diese soll weniger durch Reagieren im Einzelfall als vielmehr durch systematisches und geplantes Einwirken auf die Beteiligungen gekennzeichnet sein. Dabei muss ein ausgewogenes Verhältnis zwischen der Selbstständigkeit der Beteiligungen einerseits und der Steuerung und Kontrolle durch die Kommune andererseits gefunden werden. Instrument zur Umsetzung der von der jeweiligen Kommune angestrebten Beteiligungspolitik ist das Beteiligungsmanagement (§ 118).

Damit die Verwaltungsspitze und insbesondere die ehrenamtlichen Mandatsträger ihre Funktion als Aufsicht und Ratgeber gegenüber den Geschäfts- und Betriebsführungen bei operativen und strategischen Entscheidungen verantwortungsgerecht und qualifiziert wahrnehmen können, soll das Beteiligungsmanagement ihnen gesellschaftsrechtliche und betriebswirtschaftliche Unterstützung leisten, sie über ihre Rechte und Pflichten informieren und sie bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben in den Organen der Unternehmen fachlich unterstützen.

Diese Aufgabe erfordert die Schaffung besonderer Strukturen und die Einrichtung von Steuerungsinstrumenten. Diese sind je nach Größe insbesondere:

- die Organisation einer Beteiligungsverwaltung,
- die Erstellung des jährlichen Beteiligungsberichtes,
- die Implementierung eines Beteiligungscontrollings,
- die Mandatsbetreuung,
- die Schaffung eines Personalmanagements und
- die Einrichtung eines strategischen Beteiligungsmanagements.

Das Beteiligungsmanagement kann innerhalb der Kernverwaltung als eigenständiges Amt, als Abteilung oder Stabsstelle oder außerhalb der eigentlichen Kernverwaltung in Form eines Eigenbetriebes, einer Anstalt des öffentlichen Rechts, einer privatrechtlichen Gesellschaft oder einer Holding angesiedelt werden. Angesichts des erforderlichen Aufwandes ist eine externe Lösung nur in größeren Kommunen mit einer erheblichen Anzahl von Beteiligungen vorteilhaft.

Aufgrund der regelmäßig hohen Bedeutung der Funktion für die Kommune sind eine gewisse Eigenständigkeit und eine Angliederung des Beteiligungsmanagements an die Verwaltungsspitze empfehlenswert. Die fachlichen Anforderungen an die Mitarbeiter im Beteiligungsmanagement erfordern profunde betriebswirtschaftliche Kenntnisse.

1. Strukturen und Steuerungselemente des Beteiligungsmanagement

Die nachfolgenden Punkte sind Empfehlungen, die je nach Umfang der entsprechenden Beteiligungen der Kommune umgesetzt werden sollten.

1.1. Strategisches Beteiligungsmanagement

Die Aufgaben des strategischen Beteiligungsmanagements liegen darin, die wesentlichen Erfolgsfaktoren eines Unternehmens für die mittlere Zukunft zu identifizieren und Wege aufzuzeigen, wie diese Faktoren - wenn sie bereits voll oder ansatzweise vorhanden sind – aufrecht erhalten bzw. intensiviert werden können oder – wenn sie noch nicht vorhanden sind (entwickelt werden können).

Die Grundausrichtung eines Unternehmens muss mit den Gesellschaftern abgestimmt sein. Die Festlegung der Eckwerte einer Strategie und der konkreten Zielvorgaben ist das zentrale Vorrecht des alleinigen oder maßgeblich beteiligten Anteilseigners.

Bei diesem strategischen Steuerungsprozess kommt dem Beteiligungsmanagement eine wichtige Unterstützungsfunktion zu. Je stärker im Rahmen des Beteiligungsmanagements neben der Überwachung operativer Prozesse die strategische Ausrichtung in den Mittelpunkt gerückt und in Form von Stellungnahmen für die kommunalen Entscheidungsträger aufbereitet wird, desto besser kann die Kommune ihre Gesellschafterrolle wahrnehmen.

Im Rahmen des Beteiligungsmanagements sind daher nicht nur operative Controllingdaten auszuwerten und zu kommentieren. Vielmehr müssen die operativen Zahlen der Unternehmen in eine strategische Perspektive gesetzt und die wesentlichen Informationen daraus formuliert werden.

Strategisches Beteiligungsmanagement betrifft jedoch nicht nur jedes einzelne Unternehmen allein. Aus der Summe der Folgerungen für jede kommunale Beteiligung ist eine entsprechende Gesamtstrategie für den jeweiligen „Konzern Kommune“ zu entwickeln, welche die Ziele der künftigen Entwicklung der „ausgelagerten“ Aufgabenerfüllung darstellt.

1.2. Beteiligungscontrolling

Das Beteiligungscontrolling übernimmt die Funktion eines „Frühwarnsystems“ sowie einer Entscheidungs- und Führungsunterstützung. Dazu

sollen die wichtigen betrieblichen Daten und Vorgänge zeitnah ausgewertet und zur Entscheidungsvorbereitung zusammengefasst werden. Das Beteiligungscontrolling baut dabei auf folgende Instrumente auf:

- Wirtschaftsplananalysen,
- Quartalsberichte und die
- Jahresabschlussanalyse.

Im Rahmen des Beteiligungscontrollings und der Wirtschaftsplanung ist es notwendig, klare Zielvorgaben mit der Kommune zu vereinbaren, z.B. in welcher Höhe im Laufe des Wirtschaftsjahres finanzielle Beiträge erwartet werden oder Zuschüsse nicht überschritten werden dürfen. Das Beteiligungsmanagement soll ein ganzheitliches Beteiligungscontrolling aufbauen, das in die Unternehmen zu implementieren ist. Bei Unternehmen mit mehreren Sparten sind Spartenrechnungen zu führen.

Bei einem Beteiligungscontrolling, das einen vollständigen Überblick über die wichtigsten betrieblichen Vorgänge gewährleisten soll, gehören folgende Unternehmensdaten zum Berichtsumfang:

a) Erfolgsrechnung

Die Erfolgsrechnung bildet den Periodenerfolg als Saldo von Erträgen und Aufwendungen ab.

b) Bilanz

Die Bilanz zum Ende des Geschäftsjahres ist eine Bestandsrechnung und stellt die Vermögensstruktur eines Unternehmens sowie dessen Finanzierungs- und Besitzverhältnisse dar.

c) Leistungsdaten

Die Leistungsdaten geben mittels branchen- oder geschäftsspezifischer nichtmonetärer Größen Informationen über die Art und den Umfang der sachlichen Unternehmensleistung und erlauben ggf. durch spezifische Kennzahlenbildung die Beurteilung der Unternehmensleistung (z.B. Personenkilometer bei ÖPNV-Unternehmen). Sie erlauben die Analyse, ob die Unternehmen ihre Leistung wirtschaftlich erbringen und welche Kosten die Leistungserstellung beeinflussen.

d) Finanzrechnung

Die Finanzrechnung stellt die Mittelherkunft und -verwendung sowie anhand von Einnahmen und Ausgaben den Liquiditätsverlauf und die Veränderung der Finanzierungsverhältnisse differenziert dar. Hier sind re-

gelmäßig die Gesellschafterzuschüsse zum Verlustausgleich bzw. zur Investitionstätigkeit abgebildet. Die Finanzplanung umfasst regelmäßig drei Jahre.

e) Investitionsrechnung

Die Investitionsrechnung ist eine detaillierte Darstellung der Investitionstätigkeit.

f) Personaldaten

Die Personaldaten umfassen die Mitarbeiterzahlen, gegliedert nach Funktionen bzw. angestellten und gewerblichen Arbeitnehmern, Auszubildenden und Teilzeitkräften. Die Bereinigung der Zahlen bezüglich Teilzeitbeschäftigten und Fluktuationen - durch die Erhebung von Vollzeitbeschäftigten und Durchschnittsbildung - ermöglichen eine Vergleichbarkeit.

1.3. Mandatsbetreuung

Unter Mandatsbetreuung ist die fachliche Unterstützung der entsandten Mitglieder in den Aufsichtsgremien zu verstehen. Sie dient in erster Linie einer fachlich tieferen Aufarbeitung der Vorlagen sowie der zeitlichen Entlastung der Mandatsträger. Im Rahmen der Mandatsbetreuung sollen Sitzungsunterlagen im Vorfeld der nächsten Sitzung gesichtet, ausgewertet und in Form einer Stellungnahme auf wesentliche Punkte der Vorlagen hingewiesen werden.

Weiterhin soll im Rahmen der Mandatsbetreuung die Möglichkeit der Wahrnehmung von internen oder externen Fortbildungsmaßnahmen in rechtlichen, betriebswirtschaftlichen und branchenspezifischen Fragen geschaffen werden.

1.4. Personalmanagement

Zur Realisierung einer guten Unternehmenspolitik ist das Personalmanagement ein bedeutender Einflussfaktor. Insbesondere bei der Besetzung von Positionen in der Unternehmensführung ist das Personalmanagement gefordert.

Bei der Besetzung des Geschäftsführers sind im Vorfeld Kriterien für die Besetzung der Position genauestens festzulegen, weil sich im Falle einer vorzeitigen Vertragsauflösung Fehler bei dieser Personalentscheidung vor allem durch die übliche Ablösungszahlung sehr kostenintensiv für das Unternehmen auswirken könnten.

Die Begleitung oder Durchführung des Auswahlverfahrens zur Besetzung eines Geschäftsführerpostens durch externe Dienstleister (Unternehmensberatung etc.) sollte nur nach genauer Kosten-Nutzen-Analyse und unter Vereinbarung von Festpreisen in Anspruch genommen werden.

Eine weitere Aufgabe des Personalmanagements ist die Erarbeitung von Mustergeschäftsführerverträgen und Muster-Geschäftsordnungen für die Geschäftsführung.

2. Beteiligungsverwaltung

Die Kompetenzverteilung und die Organisation des Zusammenwirkens zwischen Kommunalverwaltung und Unternehmen sowie der diesbezüglich tätig werdenden Gremien setzen den Rahmen für die Beteiligungsverwaltung und sind daher für das reibungslose Funktionieren eines Beteiligungsmanagements wichtig.

Die Beteiligungsverwaltung umfasst

- die Klärung von Grundsatzfragen der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde,
- die Aktenverwaltung und -führung für alle wirtschaftlichen Unternehmen
- die Durchführung von Anzeigeverfahren gegenüber den Aufsichtsbehörden,
- die regelmäßige Überprüfung und Aufarbeitung aller die Unternehmen betreffenden Fragen,
- die Analyse und Aufbereitung der Jahresabschlüsse, Wirtschaftspläne und Quartalsberichte der Beteiligungsunternehmen,
- die Planung und Abstimmung der finanziellen Auswirkungen durch die wirtschaftliche Betätigung auf den Haushalt,
- die Erarbeitung des jährlichen Beteiligungsberichtes,
- die Erarbeitung von Beteiligungsrichtlinien,
- die Beschlusskontrolle,
- die Überprüfung von Berichtspflichten,
- die Terminüberwachung,
- den Entwurf von Mustersatzungen und Gesellschaftsverträgen und (optional)
- die Überwachung der Besetzung der Aufsichtsgremien.

Die unmittelbaren und mittelbaren Beteiligungsunternehmen der Kommune sind in geeigneter Form zu veranlassen, die Unterlagen dem Beteiligungsmanagement unaufgefordert, kontinuierlich und zeitnah zur Verfügung zu stellen. Des Weiteren soll die Beteiligungsverwaltung die von der

Gemeinde entsandten Vertreter in den Unternehmensgremien im Rahmen ihrer Möglichkeiten bei der Aneignung von Fachkenntnissen unterstützen. Sie soll als zuverlässiger Ansprechpartner in allen relevanten rechtlichen, betriebswirtschaftlichen und organisatorischen Fragen zur Verfügung stehen. Neben der Besetzung der Beteiligungsverwaltung mit kompetenten Mitarbeitern ist deshalb auch die örtliche Nähe zu den Verantwortlichen in den einzelnen Gremien erforderlich.

3. Beteiligungsbericht

Eines der wichtigsten Instrumente des Beteiligungsmanagements ist der Beteiligungsbericht. Er ist ein Informations- und Dokumentationsinstrument sowohl für die Mitglieder des Gemeinderates als auch für die Öffentlichkeit, mit dem ein Beitrag zur größeren Transparenz der Kommunalverwaltung hinsichtlich ihrer Aufgabenerfüllung durch ausgegliederte Unternehmen und Einrichtungen geleistet wird.

Der Beteiligungsbericht soll Transparenz schaffen und Grundlageninformationen für die Beteiligungssteuerung liefern. Er ist nach § 118 Abs. 2 dem Entwurf der Haushaltssatzung als Anlage beizufügen und im Rat bzw. dem Kreistag in öffentlicher Sitzung zu erörtern. Der nach § 50 Abs. 2 bzw. § 39 Abs. 2 LKO eingeräumte Ausschluss der Öffentlichkeit bleibt hierbei unberührt. Nach § 118 Abs. 3 sind die Einwohner über den Beteiligungsbericht in geeigneter Weise zu unterrichten.

Zur Erstellung des Beteiligungsberichtes benötigt die Verwaltung bzw. das Beteiligungsmanagement rechtzeitig die hierzu benötigten Informationen. Daher sind den kommunalen Unternehmen entsprechende Berichtspflichten vorzuschreiben. Dies soll durch eine Regelung in der Satzung, im Gesellschaftsvertrag oder in der Beteiligungsrichtlinie der Kommune erfolgen. Der Berichtstermin soll im 2. Quartal des Wirtschaftsjahres liegen.

Die Mindestinhalte eines Beteiligungsberichtes werden in § 118 Abs. 2 Nr. 1 - 4 definiert. Alle Berichtsgegenstände, die nicht spezifisch nur den jeweiligen Berichtszeitraum betreffen (Grundinformationen) sollen in einem Beteiligungshandbuch zusammengestellt werden, das nur bei Bedarf ergänzt wird. Im Beteiligungsbericht sind sowohl die öffentlich-rechtlichen Unternehmensformen als auch die unmittelbaren und mittelbaren privatrechtlichen Beteiligungen der Kommune darzustellen. Danach soll der Bericht insbesondere Angaben enthalten über:

1. den Gegenstand des Unternehmens, die Beteiligungsverhältnisse, die Besetzung der Organe und die Beteiligungen des Unternehmens,

2. den Stand der Erfüllung des öffentlichen Zwecks durch das Unternehmen,
3. die Grundzüge des Geschäftsverlaufs, die Lage des Unternehmens, die wichtigsten Kennzahlen der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens, die Kapitalzuführungen und -entnahmen durch die Gemeinde und die Auswirkungen auf die Haushaltswirtschaft für das jeweilige letzte Geschäftsjahr sowie im Vergleich mit den Werten des vorangegangenen Geschäftsjahres die durchschnittliche Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer,
4. die Gesamtbezüge nach § 285 Nr. 9 Buchst. a HGB, die den Mitgliedern der Organe des Unternehmens zugeflossen sind; § 286 Abs. 4 HGB findet sinngemäß Anwendung.

Die in Nr. 3 geforderten Angaben – auch für zurückliegende Jahre – sollte jedoch nur aufgeführt werden, soweit sie als Grundlage für Analysen und Bewertungen unverzichtbar sind. Von der Aufnahme vollständiger oder zusammengefasster Bilanzen und Gewinn- und Verlustrechnungen sollte abgesehen werden.

Hinsichtlich Nr. 4 ist die sinngemäße Anwendung von § 286 Abs. 4 HGB zu beachten. Danach kann die Angabe der Gesamtbezüge unterbleiben, wenn es sich nur um einzelne Personen handelt und deren Gesamtbezüge anhand dieser Daten offengelegt werden, was datenschutzrechtlich bedenklich sein könnte.

Für jede unmittelbare und für jede mittelbare Beteiligung, an der die Kommune mit mehr als 5 v. H. des Gesellschaftskapitals beteiligt ist, sind dabei darstellbar:

- Ausführungen zum Verlauf des letzten Geschäftsjahres und zur Prognose/ zu Zielstellungen für das nächste Geschäftsjahr, Angaben zu Änderungen in den Geschäftsfeldern, bei Unterbeteiligungen, Anteilsverhältnissen usw.
- Geschäfts- und Ertragslage in Zahlen, d.h. Angaben zu Umsatzerlösen, zum Personalaufwand, zu Abschreibungen, zum Finanzergebnis, zum operativen Geschäftsergebnis und zum Jahresergebnis.
- Zahlen zu direkten Finanzbeziehungen zwischen dem kommunalen Haushalt des Gesellschafters und der Beteiligung, d.h., Angaben zu Gewinnabführungen an den Haushalt, zu Verlustabdeckungen/ Kapitalzuführungen/ Darlehensgewährungen aus dem Haushalt und zu Zuschüssen an die Beteiligung für laufende Zwecke oder für Investitionen.

- Indirekte Finanzbeziehungen in Zahlen, also zum Verzicht auf die Rückzahlung von Zuschüssen, zum Wert der gewährten Vorteile bei Darlehen zu Vorzugsbedingungen, zur Gewährung von finanziellen Vergünstigungen durch Verzicht auf Gewinne oder Nichteinziehung von Schuldforderungen, zum Verzicht auf eine marktübliche Verzinsung des aus öffentlichen Mitteln finanzierten Kapitals sowie zu gewährten Bürgschaften und Provisionen. Diese Angaben sind insbesondere notwendig, um für Steuerzwecke Transparenz zu schaffen und indirekte Subventionen deutlich zu machen.
- Zahlen zu Finanzbeziehungen, die nicht aus dem Gesellschafterstatus resultieren, also zu Umsätzen aus gegenseitigen Lieferungen und Leistungen, zu Verwaltungskostenerstattungen, zu Konzessionsabgaben und zu Zuschüssen für laufende Zwecke und / oder Investitionen. Diese Art von Finanzbeziehungen sollte ausgewiesen werden, wenn das für die Beurteilung der Situation der Beteiligung wesentlich ist.
- Anzahl der Beschäftigten, getrennt nach Gruppen (Vollzeitstellen einschließlich Auszubildende/ durchschnittlicher Stand im Berichtszeitraum).
- Darstellung der Investitionstätigkeit des Unternehmens (verbal und in Zahlen).
- Ausgewählte Kennzahlen zur Ertragslage (Umsatzrentabilität/ Eigenkapitalrentabilität/ Gesamtkapitalrentabilität/ Cashflow/ Materialintensität/ Pro-Kopf-Ertrag/ Umsatz je Beschäftigten).
- Kennzahlen zur Vermögens- und Kapitalstruktur (Bilanzkennzahlen) wie (Sach-) Anlagenintensität, Eigenkapitalquote, Fremdkapitalquote, Finanzierungsstruktur (Verhältnis langfristige Verbindlichkeiten zu Anlagevermögen).

4. Stand der Erfüllung des öffentlichen Zwecks

Die Gemeindeordnung fordert weiterhin in § 118 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Angaben zum Stand der Erfüllung des öffentlichen Zwecks durch das Unternehmen. Diese Vorgabe hat den Sinn, im Rahmen der Erarbeitung jedes Beteiligungsberichtes zu überprüfen, ob die jeweilige Beteiligungsgesellschaft überhaupt noch einen öffentlichen Zweck und damit die Grundvoraussetzung wirtschaftlicher Betätigung einer Gemeinde gem. § 116 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 erfüllt. Die periodische Überprüfung der Erfüllung des öffentlichen Zwecks zielt letztendlich darauf ab, dass sich die Kommune beim Wegfall der Voraussetzungen von der unmittelbaren bzw. mittelbaren Beteiligung wieder trennt.

Es reicht nicht aus, den öffentlichen Zweck des Unternehmens laut Gesellschaftsvertrag zu benennen und Kennzahlen zu dieser Aufgabenerfüllung aufzuführen, vielmehr ist in jedem Beteiligungsbericht für jede Gesellschaft deren öffentlicher Zweck neu zu begründen.

Dabei sind zwei unterschiedliche Fragestellungen zu beantworten:

- Liegt ein öffentlicher Zweck vor, der die Beteiligung erfordert bzw. besteht der öffentliche Zweck, der die Beteiligung ursprünglich forderte, noch fort?
- Entspricht die Geschäftstätigkeit des Unternehmens den durch Gründungsbeschluss, Satzung, Gesellschaftsvertrag usw. festgelegten Zielen?

VIII. Prüfung kommunaler Beteiligungen

Kommunale Beteiligungsgesellschaften unterliegen nicht nur Prüfungen, welche sich aus dem Wirtschafts- und Unternehmensrecht herleiten, sondern auch denen aufgrund des Kommunalrechtes, wobei letztere in einigen Punkten andere Sicht- und Herangehensweisen haben. Geprüft werden dabei nicht nur die Unternehmen selbst, sondern auch die Tätigkeit der Kommune als Unternehmerin (siehe Anlage 4 – Prüfschema LRH).

1. Betätigungsprüfung der Kommune

Gegenstand der Betätigungsprüfung nach § 129 Abs. 2 Nr. 4 ist die Kommune in ihrer Funktion als Gesellschafter oder Aktionär, also nicht das Unternehmen. Im Mittelpunkt der Betätigungsprüfung steht die Wahrnehmung der Gesellschafterrechte durch die Kommune, wobei insbesondere die Tätigkeit der Personen geprüft wird, die für die Kommune in die Organe des Unternehmens entsandt wurden. Die Betätigungsprüfung vermittelt sowohl der Kommunalverwaltung, dem Gemeinderat und den entsandten Personen selbst nützliche Erkenntnisse.

Da Prüfungsgegenstand die Kommune bzw. deren Vertreter in den Aufsichtsgremien der Gesellschaft ist, kann die Betätigungsprüfung nur vom Rechnungsprüfungsamt vorgenommen werden.

Der Gemeinderat sollte daher einen Beschluss fassen, infolgedessen das Rechnungsprüfungsamt mit der Betätigungsprüfung beauftragt wird.

2. Buch-, Betriebs- und Kassenprüfung

Der Gemeinderat kann das Rechnungsprüfungsamt nach § 129 Abs. 2 Nr. 5 zudem mit der Durchführung einer Buch-, Betriebs- und Kassenprüfung bei einer Beteiligung beauftragen. Eine solche Prüfung kann sich die Gemeinde aus Sicherheits- und Kontrollzwecken im Einzelfall u.a. bei Darlehensgaben, Bürgschaften oder Zuschüssen vorbehalten, um möglichst rechtzeitig und umfassend über eine Gefährdung der gemeindlichen Interessen, wie z.B. einer möglichen Inanspruchnahme als Bürge, Kenntnis zu erlangen.

3. Sicherung der Prüfungsrechte der für die Kommune zuständigen Prüfungseinrichtungen

Gehören einer Gemeinde an einem Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit Anteile in dem in § 53 HGrG bezeichneten Umfang, so hat sie gemäß § 129 Abs. 3 darauf hinzuwirken, dass den für sie zuständigen Prüfungseinrichtungen die in § 54 HGrG vorgesehenen Befugnisse eingeräumt werden.

Das vom Gemeinderat mit der Betätigungsprüfung oder der Buch-, Betriebs- und Kassenprüfung beauftragte Rechnungsprüfungsamt wird der Verwaltung und den Entscheidungsträgern der Kommune in der Regel verwertbare Ergebnisse nur vorlegen können, wenn es ihm gestattet ist, sich zur Klärung von Fragen, die bei der Prüfung auftreten, unmittelbar bei dem von der Betätigungsprüfung erfassten Unternehmen unterrichten und dort zu diesem Zweck den Betrieb, die Bücher und die Schreiben des Unternehmens einsehen zu können. Diese über das Gesellschaftsrecht hinausgehenden Rechte werden dem Rechnungsprüfungsamt durch § 54 des HGrG eröffnet. Gleiches trifft auf die für die überörtliche Prüfung zuständigen Prüfungseinrichtungen (RPA des Landkreises / LRH) zu.

Die Kommune sollte sich und den für sie zuständigen Prüfungseinrichtungen die in § 54 HGrG vorgesehenen Unterrichts- und Einsichtsrechte im Gesellschaftsvertrag sichern lassen. Das ist auch dann sinnvoll, wenn der Kommune die Mehrheit der Anteile an dem Unternehmen gehört oder sie gar Alleingesellschafterin ist.

Sowohl die Betätigungsprüfung als auch die Buch-, Betriebs- und Kassenprüfung sollten grundsätzlich im objektiven Interesse der Kommune liegen, insbesondere, weil die Errichtung, Übernahme oder wesentliche Erweiterung einer Gesellschaft wie auch die Beteiligung daran, öffentliche Gelder bindet oder deren Einsatz erfordert. Daher wird empfohlen, dass den nach §§ 126, 127 zuständigen Prüfungseinrichtungen die Möglichkeit eingeräumt wird, sich unmittelbar bei dem Unternehmen zu unterrichten und die entsprechenden Unterlagen einsehen zu können.

Ist eine Gemeinde allein oder zusammen mit anderen Gebietskörperschaften an einem Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit nicht in dem in § 53 HGrG bezeichneten Umfang beteiligt, so soll die Gemeinde, soweit ihr Interesse dies erfordert, darauf hinwirken, dass ihr die Rechte nach § 53 Abs. 1 HGrG sowie ihr und den für sie zuständigen Prüfungseinrichtungen die Befugnisse nach § 54 HGrG eingeräumt werden (§ 129 Abs. 4).

Sofern der Gemeinde dies aufgrund der geringen Beteiligung und Einflussnahmemöglichkeit nicht gelingt, sollte sie die Vorteile und Nachteile ihrer Beteiligung abwägen und dabei prüfen, welche Auswirkungen eine Aufgabe der Beteiligung auf die Erfüllung des öffentlichen Zweckes hätte.

4. Jahresabschlussprüfung

Gemäß § 121 Abs. 1 Nr. 2 hat eine Kommune, der an einer Gesellschaft entweder die Mehrheit der Anteile gehört oder der mindestens 25 % der Anteile gehört und der zusammen mit anderen Gebietskörperschaften die Mehrheit der Anteile zusteht, dafür Sorge zu tragen, dass im Gesellschaftsvertrag die Aufstellung des Jahresabschlusses und des Lageberichts in entsprechender Anwendung der Vorschriften des Dritten Buchs des HGB für große Kapitalgesellschaften und die Prüfung des Jahresabschlusses und des Lageberichts in entsprechender Anwendung der Vorschriften des Dritten Buchs des HGB für große Kapitalgesellschaften oder der Vorschriften über die Jahresabschlussprüfung bei Eigenbetrieben vorgeschrieben werden, sofern nicht die Vorschriften des HGB bereits unmittelbar gelten oder weitergehende gesetzliche Vorschriften gelten oder andere gesetzliche Vorschriften entgegenstehen. Das bedeutet, dass die kleinen und mittelgroßen kommunalen Kapitalgesellschaften (vgl. § 267 HGB) die im Dritten Buch des HGB vorgesehenen Befreiungen (z.B. § 264 Abs. 1 Satz 3 HGB) und Erleichterungsmöglichkeiten (z.B. § 274a und § 276 HGB) nicht in Anspruch nehmen können.

So muss die Kommune beispielsweise sicherstellen, dass auch die Gesellschaft, bei der es sich um eine kleine Kapitalgesellschaft im Sinne des § 267 Abs. 1 HGB handelt, einen Lagebericht aufstellt, was kleine Kapitalgesellschaften nach § 264 Abs. 1 Satz 3 HGB ansonsten nicht müssen.

Hinsichtlich der Prüfung des Jahresabschlusses und des Lageberichts bedeutet die Regelung des § 121 Abs. 1 Nr. 2 sinngemäß, dass

- der Jahresabschluss und der Lagebericht einer kommunalen Gesellschaft, bei der es sich um eine große oder mittelgroße Kapitalgesellschaft im Sinne des § 267 Abs. 2 und 3 HGB handelt, gemäß der Vorschriften des Dritten Buchs des HGB für große Kapitalgesellschaften (§§ 316 ff. HGB) zu prüfen sind,
- der Jahresabschluss und der Lagebericht einer kommunalen Gesellschaft, bei der es sich um eine kleine Kapitalgesellschaft im Sinne des § 267 Abs. 1 HGB handelt, in entsprechender Anwendung der Vorschriften des Dritten Buchs des HGB für große Kapitalgesellschaften (§§ 316 ff. HGB) oder der Vorschriften über die Jahresabschlussprüfung bei Eigenbetrieben (§ 19 EigBG) zu prüfen sind.

§ 19 Abs. 1 EigBG verweist durch die Regelung, dass für die Jahresabschlussprüfung eines Eigenbetriebes die entsprechenden Vorschriften des Dritten Buches des HGB gelten, wieder auf dieses zurück. Somit geht

es bei der hier in Rede stehenden Wahlmöglichkeit (Prüfung entweder durch unmittelbare Anwendung der Vorschriften des Dritten Buchs des HGB oder nach den Eigenbetriebsvorschriften) im Ergebnis allein darum, nach § 131 Abs. 2 Satz 2 zu entscheiden, ob die Jahresabschlussprüfung durch einen Abschlussprüfer im Sinne des § 319 Abs. 1 des HGB oder durch das Rechnungsprüfungsamt vorgenommen werden soll.

Allerdings darf – wie bei den Eigenbetrieben – das Rechnungsprüfungsamt die Prüfung nur dann selbst durchführen, wenn die Gesellschaft nach Art und Umfang eine Prüfung durch einen Abschlussprüfer (Wirtschaftsprüfer / Wirtschaftsprüfungsgesellschaft) nicht erfordert. § 267 Abs. 1 Satz 1 HGB gilt entsprechend.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass es zwischen einer Prüfung durch einen Abschlussprüfer i.S.v. § 319 Abs. 1 HGB und der Prüfung durch ein Rechnungsprüfungsamt letztlich keinen inhaltlichen Unterschied gibt.

Ist eine Kommune allein oder zusammen mit anderen Gebietskörperschaften an einer Gesellschaft nicht in dem in § 53 des HGrG bezeichneten Umfang beteiligt, so soll sie nach § 121 Abs. 2 darauf hinwirken, dass ihr im Gesellschaftsvertrag die Befugnisse nach § 121 Abs. 1 eingeräumt werden. Handelt es sich um eine kleine Gesellschaft, muss sich die Kommune auch dafür einsetzen, dass der Jahresabschluss und der Lagebericht geprüft werden.

4.1. Erweiterte Jahresabschlussprüfung

Die Prüfung des Jahresabschlusses einer kommunalen Gesellschaft ist grundsätzlich um eine Prüfung und Beurteilung der Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung sowie der wirtschaftlichen Verhältnisse der Gesellschaft zu erweitern.

Wird der Jahresabschluss einer kommunalen Gesellschaft nach den Vorschriften des Dritten Buchs des HGB für große Kapitalgesellschaften geprüft, was die Regel sein wird, und

- a) gehört einer Kommune an der Gesellschaft
- entweder die Mehrheit der Anteile oder
 - mindestens der vierte Teil der Anteile und steht ihr zusammen mit anderen Gebietskörperschaften die Mehrheit der Anteile zu,
- hat die Kommune gemäß § 121 Abs. 3 Sorge dafür zu tragen, dass das zuständige Organ der Gesellschaft verpflichtet wird, den Abschlussprüfer mit einer Erweiterung der Abschlussprüfung nach Maßgabe des § 53 Abs. 1 Nr. 1 und 2 des HGrG zu beauftragen;

- b) ist eine Kommune allein oder zusammen mit anderen Gebietskörperschaften an einer Gesellschaft nicht in dem in § 53 des HGrG bezeichneten Umfang beteiligt, muss sie nach Maßgabe des § 129 Abs. 4 ebenfalls darauf hinwirken, dass der Abschlussprüfer mit einer Erweiterung der Abschlussprüfung nach § 53 des HGrG beauftragt wird.

Die Erweiterung der Abschlussprüfung liegt grundsätzlich immer im Interesse der Kommune, nicht zuletzt auch deshalb, weil die Beteiligung an einem Unternehmen öffentliche Gelder bindet oder deren Einsatz erfordert.

Die Kommune sollte das für die Beauftragung des Abschlussprüfers zuständige Organ durch eine Regelung im Gesellschaftsvertrag oder in der Satzung dazu verpflichten, den Abschlussprüfer mit einer Erweiterung der Abschlussprüfung nach § 53 des HGrG zu beauftragen. Auf eine entsprechende Regelung sollte die Kommune insbesondere hinwirken, wenn ihr nicht die Mehrheit der Anteile an der Gesellschaft gehört.

Erfolgt die Jahresabschlussprüfung einer kleinen kommunalen Gesellschaft dauerhaft nach den Eigenbetriebsvorschriften, erübrigt sich die Sicherung der in § 53 Abs. 1 des HGrG normierten Befugnisse, da die Vorschriften über die Jahresabschlussprüfung bei Eigenbetrieben (§ 131 Abs. 1) die erweiterte Prüfung bereits beinhalten.

4.2. IDW Prüfungsstandard: „Prüfung von Beihilfen nach Artikel 107 AEUV insb. zugunsten öffentlicher Unternehmen (IDW EPS 700)

Den Prüfungsstandards des Instituts der Wirtschaftsprüfer kommt nach der herrschenden Meinung besondere Bedeutung zu, da die Nichtanwendung ohne ausreichende Begründung und Dokumentation eine Berufspflichtverletzung darstelle.

Der vorliegende IDW Prüfungsstandard befasst sich primär mit der Würdigung beihilfenrechtlicher Sachverhalte zugunsten öffentlicher Unternehmen im Rahmen von Jahresabschlussprüfungen, da die staatliche Finanzierung von zumeist defizitären Aufgaben der Daseinsvorsorge einer der wichtigsten Anwendungsfälle des EU-Beihilfenrechts ist.

Die Unternehmensleitung ist demgemäß verpflichtet, sich über die „Rechtfertigung“ einer Beihilfe zu informieren, gegenüber den zuständigen Behörden an z.B. Notifizierungsverfahren mitzuwirken sowie z.B.

durch Beantragung eines Betrauungsaktes nach dem Montipaket auf die beihilfenrechtskonforme Ausgestaltung einer Ausgleichsleistung hinzuwirken. Die Kommunikation mit der gewährenden Stelle ist sorgfältig zu dokumentieren. Eine Verletzung dieser Verhaltenspflichten begründet unter Umständen die solidarische Haftung z.B. der Geschäftsführer nach § 43 Abs.2 GmbHG.

Der Abschlussprüfer hat gemäß dem IDW EPS 700 zunächst einzuschätzen, ob erhaltene Beihilfen rechtmäßig gewährt worden sind oder ob eine Rückgewährspflicht besteht. Auswirkungen auf den Jahresabschluss des Unternehmens können sich aus der Pflicht ergeben, Rückstellungen für noch ungewisse Rückzahlungsverpflichtungen zu bilden bzw. konkretisierbare Rückzahlungsverpflichtungen zu bilanzieren. Die Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme als Voraussetzung einer Bilanzierung muss u.a. stichhaltig und ernsthaft begründbar sein. Dies ist regelmäßig erst der Fall, wenn bei der EU-Kommission, Aufsichtsbehörden oder den anteilhaltenden kommunalen Körperschaften Beschwerdeverfahren anhängig sind. Je weiter diese Verfahren fortschreiten, desto dringlicher wird der Bilanzierungsbedarf.

Eine größere Relevanz kommt dem hingegen den Darstellungen im Lagebericht zu den Risiken voraussichtlicher Entwicklungen zu. Unzulässige Beihilfen an öffentliche Unternehmen sind regelmäßig schon aufgrund des Umfangs der potentiellen Rückforderung einschließlich Verzinsung durchweg bestandsgefährdend, vor allem, weil sie regelmäßig über längere Zeit geleistet werden, um eine wirtschaftliche Schiefelage überhaupt erst zu verhindern. Darüber hinaus sind sie aufgrund der erheblichen Fehlerfolgen wie z.B. Nichtigkeit von Verträgen und Bürgschaften immer entscheidungserheblich. Da die Entgegennahme unzulässiger Beihilfen die Ausfallwahrscheinlichkeit von Krediten beeinflusst, berücksichtigen Banken und andere Geschäftspartnern dies in internen Ratings, mit der Folge evtl. schlechterer Kreditkonditionen oder dem Scheitern einer Finanzierung von Vorhaben insgesamt.

4.3. Wahl und Beauftragung des Abschlussprüfers

Gemäß § 318 Abs. 1 Satz 1 HGB wird der Abschlussprüfer grundsätzlich von der Gesellschafterversammlung gewählt. Bei einer GmbH kann der Gesellschaftsvertrag etwas anderes bestimmen (vgl. § 318 Abs. 1 Satz 2 HGB). Der entsprechende Wahlvorschlag ist möglichst von den Gesellschaftern, also der Kommune bzw. deren Beteiligungsmanagement, und nicht vom Unternehmen selbst zu unterbreiten, um so die Unabhängigkeit

des Abschlussprüfers von der zu prüfenden Gesellschaft auch gegenüber Dritten zu unterstreichen. Der Prüfungsauftrag muss dann unverzüglich nach der Wahl erteilt werden.

Zuständig für die Auftragserteilung ist bei einer AG und bei einer GmbH der Aufsichtsrat (§ 318 Abs. 1 Satz 4 HGB, § 111 Abs. 2 Satz 3 AG, § 52 Abs. 1 GmbHG). Bei einer GmbH, die über einen Aufsichtsrat nicht verfügt, erteilt der Geschäftsführer den Auftrag.

Der Prüfungsauftrag muss sich auf die Prüfung nach § 53 Abs. 1 Nr. 1 und 2 des HGrG (= erweiterte Jahresabschlussprüfung) erstrecken.

Erfolgt die Jahresabschlussprüfung einer kommunalen Gesellschaft nach den Vorschriften über die Jahresabschlussprüfung bei Eigenbetrieben, kann das Rechnungsprüfungsamt nach § 131 Abs. 2 i.V.m. § 19 Abs. 3 EigBG einen Wirtschaftsprüfer beauftragen.

5. Interne Revision

Zu den Aufgaben der Kommune bei der Optimierung ihrer Beteiligungen und von deren Strukturen gehört es, ein in der Gesamtheit des „Konzerns Kommune“ funktionierendes System der Internen Revision aufzubauen. Insbesondere sind zu analysieren:

- der aufgrund der Konzerngröße bzw. der in den einzelnen Beteiligungen vorhandene Revisionsbedarf,
- das in den verschiedenen Tätigkeitsfeldern liegende Risiko und
- die bisherigen Organisationsstrukturen.

Die Überlegungen zur Organisation sollten, unter Berücksichtigung der Wirtschaftlichkeit, von der generell externen Vergabe von Revisionsaufgaben bis hin zum Aufbau einer zentralisierten „Konzernrevision“ reichen. Die Wirtschaftlichkeit einer eigenen Internen Revision kann weiterhin dadurch gesteigert werden, dass diese, ausgehend von den in ihren Prüfungen getroffenen Feststellungen, Aufgaben hinsichtlich der Optimierung der Unternehmensorganisation erfüllt. Hierdurch können Ausgaben für externe Beratung und Begutachtung eingespart werden.

IX. Vergaberecht

1. Schwellenwerte / Vergabeverfahren

Öffentliche Aufträge stellen infolge des hohen Ausgabevolumens der Gemeinden insgesamt einen bedeutenden Wirtschaftsfaktor dar. Aus diesem Grunde wurden Regelungen aufgestellt, um allen interessierten Unternehmen die Möglichkeit zu geben, öffentliche Aufträge zu erhalten und sicher zu stellen, dass öffentliche Mittel sparsam und wirtschaftlich verwendet werden. Zudem dient die öffentliche Vergabe auch der Transparenz, inwieweit Steuergelder zur Bedarfsdeckung sachgerecht eingesetzt wurden.

Vergaberecht, das auch als öffentliches Auftrags-, Beschaffungs-, Verdingungswesen bezeichnet wird, umfasst die Gesamtheit der Regeln und Vorschriften, die ein Träger öffentlicher Gewalt bei der Beschaffung von sachlichen Mitteln und Leistungen, die er zur Erfüllung seiner Aufgaben benötigt, zu beachten hat. Bei der Auftragsvergabe ist die Gemeinde beim Vertragsabschluss – wie jeder Dritte – zivilrechtlichen Regelungen unterworfen.

Das Vergaberecht zeichnet sich einerseits durch seine Zweiteilung in die Regelungsbereiche oberhalb und unterhalb der europäischen Schwellenwerte, andererseits durch eine Vielzahl von Rechtsquellen aus.

Die nachfolgenden Schwellenwerte ergeben sich aus der Verordnung (EG) Nr. 1177/2009 vom 30. November 2009.

Aufgabenkreis	Schwellenwert
Bauaufträge	4.845.000 Euro
Lieferung und Leistung	193.000 Euro
Trinkwasserbereich	387 000 Euro
Energieversorgungsbereich	387.000 Euro
Verkehrsbereich	387.000 Euro

Oberhalb der Schwellenwerte setzt das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) die europarechtlichen Anordnungen zweier EG-Richtlinien um, einerseits die RL 2004/18/EG für Dienstleistungsaufträge, Lieferaufträge und Bauaufträge, sowie RL 2004/17/EG für Aufträge im Bereich Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung und im Telekommunikationssektor).

Unterhalb der Schwellenwerte sind die Grundfreiheiten des EG-Vertrages (Dienstleistungs- und Warenverkehrsfreiheit, Nichtdiskriminierungsgebot) sowie das nationale Haushaltsrecht Grundlage des Vergaberechts. Für die Kommunen schreiben deshalb § 29 GemHVO Doppik und § 32 Abs. 1 der kamerale GemHVO vor, dass „dem Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen eine Öffentliche Ausschreibung vorausgehen muss, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen“. Darüber hinaus sind nach § 32 Abs. 2 GemHVO (katedral) bzw. § 29 Abs. 2 GemHVO Doppik bei der Vergabe von Aufträgen durch Kommunen die Vergabegrundsätze des Landes anzuwenden. Die Erlasse des Ministeriums für Wirtschaft und Arbeit werden somit in den Rang einer Rechtsverordnung erhoben (sog. Inkorporiertes Vergaberecht).

Nach den gesetzlichen Grundlagen zur Vergabe öffentlicher Aufträge ist daher jede Kommune verpflichtet, die Vergabe von Aufträgen grundsätzlich im Wege einer öffentlichen Ausschreibung durchzuführen.

Ab dem 01.01.2012 gelten entsprechend dem Runderlass des MW vom 08.12.2010 im Bereich der Dienst- und Lieferleistungen für Beschränkte Ausschreibungen die Wertgrenze von 50.000 € und für Freihändige Vergaben von 25.000 €. Für Bauleistungen gelten dann die allgemeinen Wertgrenzen des § 3 VOB/A (Ausgabe 2009).

Diese Verpflichtung zur Anwendung des Vergaberechts gilt gemäß § 98 GWB für alle Öffentlichen Auftraggeber; sie ist daher von der Kommune z.B. per Regelung im Gesellschaftsvertrag auch auf die Unternehmen, an welchen sie beteiligt ist, die sie kontrolliert oder die sie überwiegend finanziert, zu übertragen.

Darüber hinaus müssen die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit bei jeder wirtschaftlichen Betätigung der Kommune eingehalten werden. Vor allem angesichts knapper werdender Mittel müssen daher auch die Gesellschaften, an denen die Kommune nur Minderheitsgesellschafter ist, einen Betrag zur Konsolidierung des kommunalen Haushaltes leisten. Eine Anwendung des Vergaberechts muss im Übrigen auch auf eventuelle Tochter- und Enkelgesellschaften ausgedehnt werden.

Von der Pflicht zur Durchführung eines Vergabeverfahrens gibt es nur wenige Ausnahmen. Vergabeverfahrensfreiheit besteht selbstverständlich bei einer gesetzlichen Pflicht zur Erledigung von Aufgaben und im Falle vollständiger und befreiender Aufgabenübertragungen.

2. In-House-Vergabe

Die so genannte In-house-Vergabe beinhaltet die Auftragserteilung von Kommunen an durch sie kontrollierte Unternehmen ohne formelles Vergabeverfahren.

Vergaberecht findet also keine Anwendung, wenn ein öffentlicher Auftraggeber einen Auftrag von der eigenen Verwaltung, also „in-house“ (= im eigenen Haus) erledigen lässt. Demnach kann ein Vergabeverfahren nur dann vermieden werden, wenn es sich bei der Auftragsvergabe um eine interne Maßnahme und nicht um eine Vereinbarung zwischen verschiedenen Institutionen handelt.

Mit der Organisationshoheit des Staates lässt sich darüber hinaus begründen, dass der Auftraggeber dies ebenfalls darf, wenn er die eigene Verwaltung entweder alleine oder mit anderen Öffentlichen Auftraggebern zusammen in eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgliedert hat. Diese In-house-Vergabe setzt eine Beteiligung des Auftraggebers an der „ausgliederten“ Gesellschaft voraus, er muss über sie eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausüben, und die Gesellschaft muss im Wesentlichen für die öffentlich-rechtlichen Körperschaften tätig sein, die an ihr beteiligt sind (EuGH „Teckal“).

Eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle wird dann nicht ausgeübt, wenn die dienstleistungserbringende Gesellschaft eine Marktausrichtung (EuGH „Parking Brixen“: durch weitgehende Entscheidungsbefugnis der Geschäftsführung oder die Gesellschaftsstruktur) oder bereits eine Marktbeteiligung (EuGH „Stadt Halle“: Private Anteilshalter) aufweist, wobei mögliche Umgehungen mittels einer Gesamtschau ausgeschlossen werden (EuGH „Mödling“: erst Beauftragung, dann Verkauf der Gesellschaftsanteile). Nach neuester EuGH-Rechtsprechung gilt die Inhouse-Ausnahme auch für Arbeitsgemeinschaften ohne eigene Rechtspersönlichkeit, d.h. gemeinsame Aufgabenerledigung von Auftraggebern z.B. in Form der Gemeinsamen Geschäftsführung oder der Einkaufsgemeinschaft (EuGH „Stadtreinigung Hamburg“).

Der Auftragnehmer ist im Wesentlichen für die Anteilshalter tätig, wenn er mindestens 90% seines Umsatzes bzw. seiner Arbeitsleistung (wertende Betrachtung) für sie aufwendet.

X. Beihilferecht

Gemäß Artikel 107 des Vertrages über die Arbeitsweise der EU (AEUV) sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

Unter dem Begriff der Begünstigung ist die Einräumung jedes wirtschaftlichen Vorteils (Leistung ohne marktübliche Gegenleistung) zu sehen, dies umfasst nicht nur die Geldleistung, sondern auch die Bürgschaft, die Stundung oder der Erlass von Abgaben, sowie das über dem Marktüblichen liegende Entgelt.

Artikel 108 AEUV legt darüber hinaus fest, dass jede Beihilfe und jede Beihilfenregelung vor ihrer Vergabe bei der Europäischen Kommission anzumelden und von ihr zu genehmigen ist (Notifizierung).

Bis zur Genehmigung gilt ein Durchführungsverbot. Wird dies nicht beachtet, ist das Rechtsgeschäft entsprechend § 134 BGB nichtig. Daher hat auch der Empfänger einer Vergünstigung, wie z.B. das kommunale Unternehmen, ein erhebliches Interesse an der Beihilfenrechtskonformität der Leistung. Das Beihilfenverbot hat darüber hinaus drittsschützende Wirkung. Die Rückforderung beihilfenrechtswidriger Zuwendungen kann daher nicht nur von der Kommission verfügt, sondern auch durch einen Konkurrenten vor einem nationalen Gericht erstritten werden.

Die Notifizierungspflicht besteht nicht, wenn die Maßnahme eine bestimmte Größenordnung nicht überschreitet (De-Minimis-Verordnungen) oder wenn die Beihilfe aufgrund einer generellen Entscheidung der Kommission (Freistellungsbeschluss, Gruppenfreistellungsverordnung) freigestellt ist¹:

1. De-Minimis-Verordnungen²

Wirtschaftliche Begünstigungen von Unternehmen sind dann keine Beihilfen, wenn sie eine Summe von 200.000 Euro – bzw. 500.000 Euro bei finanzieller Unterstützung der Erledigung von Aufgaben der Daseinsvorsorge – in drei Steuerjahren nicht überschreiten. Denn bis zu dieser Größenordnung ist eine Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten ausgeschlossen.

1 Vgl. auch „Handreichung zum Monti-Paket, RdErl. vom 11.09.2006, 34.21-46106/12; MBl. LSA 42/2006, 649“.

2 Verordnung (EG) Nr. 1998/2006 der Kommission vom 15. Dezember 2006 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf „De-minimis“-Beihilfen; Verordnung (EU) Nr. 360/2012 der Kommission vom 25.4.2012 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die DAWI erbringen.

Die De-Minimis-Verordnungen schreiben ein bestimmtes Verfahren vor, das der eigentlichen Zuwendung vorgeschaltet ist. Daher genügt es nicht, eine getätigte Zuwendung nachträglich als De-Minimis-Beihilfe zu bezeichnen.

2. Altmark-Paket³

Die Europäische Kommission hat vor im November 2005, ausgehend von der wegweisenden EuGH-Entscheidung „AltmarkTrans“ (24. Juli 2003; C-280/00), ein Maßnahmenpaket erlassen, welches den Rechtsrahmen für die Finanzierung der Daseinsvorsorge definiert. Dieses Maßnahmenpaket ist im Jahre 2012 überarbeitet worden⁴.

Sein wichtigster Teil, der sog. Freistellungsbeschluss, ist für kommunale Unternehmen von wesentlicher Bedeutung. Er enthält verschiedene Bedingungen, bei deren Vorliegen Ausgleichsleistungen der kommunalen Körperschaften an ihre kommunalen Unternehmen zur Finanzierung der Erledigung von Aufgaben der Daseinsvorsorge von der Notifizierungspflicht nach Art. 108 Abs. 3 AEUV freigestellt sind.

Vor allem muss das jeweilige Unternehmen mit der Erbringung der Aufgabe der Daseinsvorsorge ausdrücklich betraut werden. Die Form des Betrauungsaktes zur Übertragung einer DAWI an ein Unternehmen kann grds. frei bestimmt werden. Aus steuerrechtlichen Gründen sind zwei Verwaltungsakte zu empfehlen (die Betrauung getrennt von einem Zuwendungsbescheid).

Es müssen folgende Voraussetzungen im Betrauungsakt genau festgelegt werden:

- Gegenstand und Dauer (im Regelfall nicht länger als 10 Jahre) der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung,
- das Unternehmen und ggf. das betreffende Gebiet,
- Art etwaiger dem Unternehmen durch die Bewilligungsbehörde gewährter ausschließlicher oder besonderer Rechte,
- Beschreibung des Ausgleichsmechanismus und Parameter für die Berechnung, Überwachung und Änderung der Ausgleichsleistungen,
- Maßnahmen zur Vermeidung und Rückforderung von Überkompensationszahlungen und
- einen Verweis auf den Freistellungsbeschluss 2012/21/EG (Art. 4 2012/21/EU).

3 Die Bezeichnungen wechselten je nach EU-Wettbewerbskommissar (Monti, Kroes, Almunia), so dass sich nunmehr der Begriff Altmark-Paket einbürgert.

4 Mitteilung der Kommission über die Anwendung von Beihilfavorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von DAWI (2012/ C 8/02).

3. Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung⁵

Die Gruppenfreistellungsverordnung fasst mehrere vormals separat geregelte Gruppen von Beihilfen zusammen und erklärt sie mit dem Gemeinsamen Markt für vereinbar (Freistellung vom Notifizierungsverfahren). Die Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung enthält Regelungen zu Beihilfen für kleine und mittlere Unternehmen (KMU), Forschungs- und Entwicklungsbeihilfen für KMU, Beschäftigungs- und Ausbildungsbeihilfen sowie Regionalbeihilfen, Umweltschutzbeihilfen, Innovationsbeihilfen, Forschungs- und Entwicklungsbeihilfen für große Unternehmen, Risikokapitalbeihilfen und Beihilfen für neugegründete Frauenunternehmen. Auch hier sind vorgeschaltete Verfahrens- und Publizitätspflichten zu berücksichtigen, deren Nichteinhaltung zur Nichtigkeit und Rückforderung der Zuwendung führen.

5 Verordnung (EG) Nr. 800/2008 der Kommission vom 6. August 2008.

Anlagen

Anlage 1 – Muster Gesellschaftsvertrag

MUSTER Gesellschaftsvertrag der GmbH

§ 1

Firma, Sitz

- (1) Die Firma der Gesellschaft lautet: „.....“.
- (2) Die Gesellschaft hat ihren Sitz in der....Kommune.

§ 2

Zweck und Gegenstand des Unternehmens

Gegenstand des Unternehmens ist.....

§ 3

Dauer der Gesellschaft, Geschäftsjahr

- (1) Die Dauer der Gesellschaft ist nicht begrenzt.
- (2) Das Geschäftsjahr der Gesellschaft ist das Kalenderjahr.

§ 4

Stammkapital, Stammeinlagen

- (1) Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt.....€ (in Worten:..... EURO).
- (2) Am Stammkapital der Gesellschaft sind beteiligt: mit einer Stammeinlage i.H.v..... € (in Worten:..... EURO). Die Stammeinlage ist voll erbracht / in bar entrichtet /

§ 5

Organe der Gesellschaft

Organe der Gesellschaft sind:

1. die Gesellschafterversammlung,
2. der Aufsichtsrat,
3. die Geschäftsführung.

§ 6

Gesellschafterversammlung

- (1) Die Gesellschafterversammlung wird von der Geschäftsführung schriftlich (mit Empfangsbekennnis oder mit Einwurf-Einschreiben) unter Mitteilung der Tagesordnung und unter Übersendung der dazugehörigen Unterlagen einberufen. Die Gesellschafterversammlung findet grundsätz-

lich am Sitz der Gesellschaft statt. Die Einberufung aus einem wichtigen Grund im Interesse der Gesellschaft kann von der Gesellschafterversammlung, dem Aufsichtsrat oder der Geschäftsführung unter Angabe des Grundes und der Eilbedürftigkeit verlangt werden. Zwischen dem Tag des Zugangs der Ladung und dem Tag der Sitzung muss mindestens eine Frist von vier Wochen liegen. In dringenden Fällen kann die Einberufungsfrist verkürzt werden; darf aber auch in diesen Fällen nicht weniger als vier Werktage betragen.

(2) Eine ordentliche Gesellschafterversammlung findet in den ersten acht Monaten des Geschäftsjahres statt. Außerordentliche Gesellschafterversammlungen sind einzuberufen, wenn dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich ist. Dabei kann in eilbedürftigen Fällen auf Form und Frist bei der Einberufung verzichtet werden, wenn die Gesellschafter dem zustimmen.

(3) Jeder Gesellschafter kann sich in der Gesellschafterversammlung vertreten lassen. In der Gesellschafterversammlung wird die ...*Name Kommune* durch den Oberbürgermeister vertreten.

(4) Die Gesellschafterversammlung ist beschlussfähig, wenn nach ordnungsgemäßer Einberufung die Gesellschafter oder deren Bevollmächtigte vertreten sind. Bei mehreren Gesellschaftern ist die Gesellschafterversammlung beschlussfähig, wenn mindestens v. H. des Stammkapitals vertreten sind. Erweist sich eine Gesellschafterversammlung als nicht beschlussfähig, so ist binnen 14 Kalendertagen eine neue Gesellschafterversammlung mit gleicher Tagesordnung einzuberufen, die ohne Rücksicht auf die Höhe des vertretenen Stammkapitals beschlussfähig ist. Hierauf ist in der Einladung hinzuweisen.

(5) Beschlüsse der Gesellschafter werden grundsätzlich in einer Gesellschafterversammlung gefasst. Gesellschafterbeschlüsse können in besonderen Fällen auch schriftlich, fernschriftlich oder per Telekopie (schriftliches Abstimmungsverfahren) und auch fernmündlich gefasst werden, wenn kein Gesellschafter dem Verfahren widerspricht. Findet das schriftliche Abstimmungsverfahren auf Betreiben der Geschäftsführung oder des Aufsichtsrates statt, so sind der Beschlussgegenstand und eine Begründung über das besondere Abstimmungsverfahren darzulegen; es muss ein ausformulierter Beschlussvorschlag unterbreitet werden, der durch einfache Zustimmung angenommen werden kann. Im schriftlichen Abstimmungsverfahren und fernmündlich gefasste Beschlüsse sind von der Geschäftsführung unverzüglich zu protokollieren und den Gesellschaftern und dem Bereich Beteiligungsmanagement der*Name Kommune* bekannt zu geben. Soweit das Gesetz nicht eine andere Mehrheit vorschreibt, werden Beschlüsse der Gesellschafterversammlung mit ein-

facher Mehrheit des bei der Beschlussfassung vertretenen Stammkapitals gefasst, wobei je € eine Stimme gewähren.

(6) Die Geschäftsführung nimmt an den Gesellschafterversammlungen teil, sofern die Gesellschafterversammlung im Einzelfall nichts anderes bestimmt. Die Teilnahme weiterer Personen an den Sitzungen bestimmt die Gesellschafterversammlung. Ein Vertreter des Bereiches Beteiligungsmanagement der*Name Kommune*

Die*Name Kommune* ist befugt, an den Sitzungen der Gesellschafterversammlung teilzunehmen.

(7) Über die Verhandlungen und Beschlüsse der Gesellschafterversammlung hat die Geschäftsführung - soweit nicht notarielle Beurkundung erfolgt - unverzüglich eine Niederschrift anzufertigen. In der Niederschrift sind Ort und Tag der Sitzung, Dauer der Sitzung, die Teilnehmer, die Gegenstände der Tagesordnung, der wesentliche Verlauf und die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung im Wortlaut sowie das Abstimmungsergebnis anzugeben. Die Urschrift der Niederschrift ist vom/ von der Vorsitzenden der Gesellschafterversammlung sowie dem/ der Protokollführer/ in zu unterzeichnen und zu den Akten der Gesellschaft zu nehmen. Abschriften der Niederschriften sind den Gesellschaftern sowie dem Bereich Beteiligungsmanagement der *Name Kommune* zu übersenden.

§ 7

Aufgaben der Gesellschafterversammlung

(1) Der Entscheidung der Gesellschafterversammlung obliegen alle Angelegenheiten, die nicht durch Gesetz oder in diesem Gesellschaftsvertrag anderen Organen zugewiesen sind, insbesondere:

- a) Änderung des Gesellschaftsvertrages einschließlich Kapitalerhöhung bzw. Kapitalherabsetzung,
- b) Umwandlung gemäß Umwandlungsgesetz,
- c) Veräußerung des Unternehmens im Ganzen oder wesentlichen Teilen,
- d) Auflösung der Gesellschaft und Verwendung des Gesellschaftsvermögens,
- e) Entscheidung zur Teilung von Geschäftsanteilen und Aufnahme von Gesellschaftern,
- f) Belastung, Veräußerung oder Einziehung von Geschäftsanteilen, soweit nicht bereits im Wirtschaftsplan enthalten,
- g) Erwerb, Veräußerung, Auflösung und Errichtung sowie Pacht von Unternehmen, Teilen von Unternehmen und Beteiligungen, soweit nicht bereits im Wirtschaftsplan enthalten,
- h) Vereinbarungen über Sozialpläne und Interessenausgleich,

- i) Feststellung des Jahresabschlusses und der Verwendung des Ergebnisses,
- j) Wahl des Abschlussprüfers/ der Abschlussprüferin und der Prüfer/innen für außerordentliche Prüfungen,
- k) Entlastung der Mitglieder des Aufsichtsrates und der Geschäftsführung,
- l) Feststellung des Wirtschaftsplanes und dessen Änderung.
- m) Genehmigung der Geschäftsordnung des Aufsichtsrates und dessen Ausschüsse,
- n) Benennung/ Bestellung und Abberufung ordentlicher Aufsichtsratsmitglieder,
- o) Festlegung der Vergütung und des Auslagenersatzes der Aufsichtsratsmitglieder,
- p) Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer/innen sowie Abschluss, Änderung, Aufhebung und Kündigung der Anstellungsverträge der Geschäftsführer/innen,
- q) Befreiung der Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB,
- r) Abschluss von D & O – Versicherungen,
- s) Erteilung und Widerruf von Prokura,
- t) Aufnahme neuer Geschäftsfelder und Aufgabe bisheriger Geschäftsfelder im Rahmen des Unternehmensgegenstandes,
- u) Aufnahme und Hingabe von Darlehen, Übernahme von Bürgschaften, Verpflichtungen aus Gewährverträgen und Bestellung von Sicherheiten, soweit nicht bereits im Wirtschaftsplan enthalten,
- v) Erwerb, Veräußerung und Belastung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten, soweit nicht bereits im Wirtschaftsplan enthalten.

(2) Durch Beschluss kann die Gesellschafterversammlung weitere Geschäfte an sich ziehen oder für zustimmungspflichtig erklären.

§ 8

Zusammensetzung, Bildung und Amtsdauer des Aufsichtsrates

(1) Die Gesellschaft hat einen Aufsichtsrat. Für ihn gelten die Bestimmungen des § 52 GmbHG sowie die dort genannten Vorschriften und der § 394 AktG entsprechend, soweit dieser Gesellschaftsvertrag nichts Abweichendes bestimmt. Der Aufsichtsrat besteht aus Mitgliedern. Dem Aufsichtsrat gehören an:

- a) der Oberbürgermeister der *Name Kommune* bzw. der Beigeordnete für(bzw. der Geschäftsbereichsleiter für) als Vorsitzender/ Vorsitzende des Aufsichtsrates,

b)

c)

Der/ die stellvertretende Vorsitzende des Aufsichtsrates wird vom Aufsichtsrat aus seiner Mitte gewählt.

(2) Die Amtszeit des Aufsichtsrates beginnt, wenn sämtliche Mitglieder die Annahme ihres Amtes gegenüber der Gesellschaft erklärt haben. Die Amtszeit endet mit Beendigung der Gesellschafterversammlung, die über die Entlastung für das vierte Geschäftsjahr nach Beginn der Amtszeit beschließt. Das Geschäftsjahr, in dem die Amtszeit beginnt, wird nicht mitgerechnet. Der alte Aufsichtsrat führt die Geschäfte bis zur Bildung des neuen Aufsichtsrates entsprechend Satz 1 fort. Scheidet ein Aufsichtsratsmitglied während der Amtszeit aus, so erfolgt eine neue Bestellung für den Rest der Amtszeit. Die erneute Bestellung zum Aufsichtsratsmitglied nach Ablauf der Amtszeit ist möglich.

(3) Jedes Mitglied des Aufsichtsrates kann sein Amt unter Einhaltung einer vierwöchigen Frist durch schriftliche Erklärung gegenüber dem Vorsitzenden des Aufsichtsrates und der Gesellschaft niederlegen.

§ 9

Innere Ordnung des Aufsichtsrates

(1) Der Aufsichtsrat wird vom Aufsichtsratsvorsitzenden oder im Verhinderungsfall von dessen Stellvertreter einberufen, so oft es die Geschäfte der Gesellschaft erfordern. Die Einberufung erfolgt schriftlich unter Mitteilung der Tagesordnung und Übersendung der dazugehörigen Unterlagen, insbesondere Beschlussanträge. Zwischen dem Tag des Zugangs der Ladung und dem Tag der Sitzung muss mindestens eine Frist von drei Wochen liegen. In dringenden Fällen kann der Vorsitzende eine andere Form der Einladung und eine kürzere Frist wählen; § 6 Abs. 1 S. 5 gilt entsprechend. Der Aufsichtsrat soll einmal im Kalendervierteljahr einberufen werden (oder: er ist mindestens einmal im Kalenderhalbjahr einzuberufen).

(2) Der Aufsichtsrat ist einzuberufen, wenn dies von einem Geschäftsführer oder zwei Aufsichtsratsmitgliedern unter Angabe des Zwecks und der Gründe verlangt wird. Absatz 1 gilt entsprechend.

(3) Die Geschäftsführung nimmt an den Sitzungen des Aufsichtsrates teil, sofern der Aufsichtsrat im Einzelfall nichts anderes bestimmt. Die Teilnahme weiterer Personen an den Sitzungen bestimmt der Aufsichtsrat. Ein Vertreter des Bereiches Beteiligungsmanagement der*Name Kommune* ist befugt, an den Sitzungen des Aufsichtsrates teilzunehmen.

(4) Der Aufsichtsrat ist beschlussfähig, wenn er ordnungsgemäß geladen und mindestens die Hälfte der Mitglieder, aus denen er nach diesem

Gesellschaftsvertrag zu bestehen hat, an der Beschlussfassung teilnehmen, darunter der Vorsitzende oder sein Stellvertreter. Im Falle der Beschlussunfähigkeit ist unverzüglich mit einer Frist von einer Woche eine neue Sitzung mit derselben Tagesordnung einzuberufen. In dieser Sitzung ist der Aufsichtsrat ohne Rücksicht auf die Zahl der an der Beschlussfassung teilnehmenden Mitglieder beschlussfähig; auf diesen Umstand ist in der Einladung hinzuweisen. Unter Verzicht auf Form und Frist bei der Einberufung ist der Aufsichtsrat beschlussfähig, wenn alle Mitglieder des Aufsichtsrates dem zustimmen.

(5) Beschlüsse des Aufsichtsrates werden in der Regel in Sitzungen gefasst. Sie kommen mit einfacher Mehrheit der an der Beschlussfassung teilnehmenden Mitglieder zustande, sofern nicht durch Gesetz etwas anderes bestimmt ist. Bei Stimmgleichheit entscheidet die Stimme des Vorsitzenden; bei dessen Abwesenheit die seines Stellvertreters. Abwesende Aufsichtsratsmitglieder können in Anwendung von § 108 Abs. 3 AktG an der Beschlussfassung teilnehmen. Zudem können Beschlüsse auch im gemischten Abstimmungsverfahren gefasst werden, wenn durch einstimmigen Beschluss abwesenden Aufsichtsratsmitgliedern die Möglichkeit einer nachträglichen Stimmabgabe gegeben werden soll.

(6) In eilbedürftigen oder einfach gelagerten Angelegenheiten können nach dem Ermessen des Aufsichtsratsvorsitzenden Beschlüsse auch durch Einholung schriftlicher oder fernmündlicher Erklärungen gefasst werden, wenn kein Mitglied des Aufsichtsrates innerhalb der vom Vorsitzenden gesetzten Frist dem Verfahren widerspricht. Ein Beschluss kommt nur zustande, wenn mindestens die Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsrates an der Beschlussfassung teilnehmen. Im schriftlichen Abstimmungsverfahren und fernmündlich gefasste Beschlüsse sind unverzüglich von der Geschäftsführung zu protokollieren und den Aufsichtsratsmitgliedern sowie dem Bereich Beteiligungsmanagement der *Name Kommune* bekannt zu geben.

(7) Über die Sitzungen des Aufsichtsrates hat die Geschäftsführung innerhalb von drei Wochen eine Niederschrift anzufertigen, die vom Vorsitzenden der Sitzung und dem Protokollführer zu unterzeichnen ist. In der Niederschrift sind Ort und Tag der Sitzung, Dauer der Sitzung, die Teilnehmer, die Gegenstände der Tagesordnung, der wesentliche Verlauf und die Beschlüsse des Aufsichtsrates im Wortlaut sowie das Abstimmungsergebnis anzugeben. Abschriften der Niederschriften sind den Aufsichtsratsmitgliedern und dem Bereich Beteiligungsmanagement der*Name Kommune* zu übersenden.

(8) Erklärungen des Aufsichtsrates werden von dessen Vorsitzenden oder bei dessen Verhinderung von dessen Stellvertreter namens des Auf-

sichtsrates unter der Bezeichnung „Aufsichtsrat der GmbH“ abgeben.

(9) Ist der Vorsitzende des Aufsichtsrates an der Ausübung der ihm durch Gesetz, Gesellschaftsvertrag und Geschäftsordnung des Aufsichtsrates auferlegten Aufgaben verhindert, so hat diese für die Dauer der Verhinderung der Stellvertreter zu übernehmen.

(10) Der Aufsichtsrat soll sich eine Geschäftsordnung geben, die der Genehmigung der Gesellschafterversammlung bedarf. Der Aufsichtsrat kann beratende bzw. empfehlende Ausschüsse bilden. Das Nähere regelt die Geschäftsordnung.

§ 10

Aufgaben des Aufsichtsrates

(1) Der Aufsichtsrat nimmt die vom Gesetz und diesem Gesellschaftsvertrag zugewiesenen Aufgaben wahr. Der Aufsichtsrat berät und überwacht die Geschäftsführung, insbesondere deren rechtmäßiges, zweckmäßiges und wirtschaftliches Handeln. Er kann die zu diesem Zweck erforderlichen Maßnahmen und Prüfungen veranlassen. Der Aufsichtsrat erledigt die ihm darüber hinaus von der Gesellschafterversammlung übertragenen Aufgaben, soweit sie gesellschafts- oder kommunalrechtlich nicht ausschließlich der Gesellschafterversammlung vorbehalten sind. Die Geschäftsführung hat dem Aufsichtsrat auf Verlangen jede gewünschte Auskunft umfassend und nach den Grundsätzen einer gewissenhaften und getreuen Rechenschaft zu erteilen. Der Aufsichtsrat vertritt die Gesellschaft gegenüber den Geschäftsführern gerichtlich und außergerichtlich. Dies gilt nicht für den Abschluss, die Änderung, die Aufhebung und die Kündigung von Geschäftsführeranstellungsverträgen. Zudem vertritt der Aufsichtsrat die Gesellschaft bei der Erteilung des Prüfauftrages an den Abschlussprüfer für den Jahresabschluss.

(2) Der Aufsichtsrat berät eigene Vorlagen und die Vorlagen der Geschäftsführung für die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung und gibt insbesondere zu nachfolgenden Sachverhalten eigene Beschlussempfehlungen für die Gesellschafterversammlung ab:

- a) Vorschlag zur Wahl des Abschlussprüfers/ der Abschlussprüferin,
- b) Vereinbarungen über Sozialpläne und Interessenausgleich.

(3) Der Aufsichtsrat prüft den Jahresabschluss, den Lagebericht und den Vorschlag für die Verwendung des Bilanzergebnisses. In Anwendung des § 171 Abs. 2 AktG berichtet er der Gesellschafterversammlung schriftlich über das Ergebnis seiner Prüfung. Zudem berät der Aufsichtsrat den Wirtschaftsplan sowie dessen Änderung; er gibt dazu eine Beschlussempfehlung für die Gesellschafterversammlung ab.

(4) Der Aufsichtsrat beschließt über:

- a) Geschäftsordnung der Geschäftsführung sowie Geschäftsverteilungsplan für die Geschäftsführung bei Vorhandensein mehrerer Geschäftsführer/innen,
- b) Einstellung von leitenden Angestellten, soweit diese Einstellung vom genehmigten Sollstellenplan des Wirtschaftsplanes abweicht,
- c)

(5) Folgende Geschäfte der Geschäftsführung bedürfen der vorherigen Zustimmung des Aufsichtsrates, soweit im Einzelfall für das jeweilige Geschäft eine in der Geschäftsordnung der Geschäftsführung festzulegende Wertgrenze überschritten ist:

- a) Einleitung gerichtlicher oder schiedsgerichtlicher Verfahren sowie deren Beendigung durch Rücknahme der Anträge oder Vergleich,
- b) Abschluss, Änderung und Aufhebung von Betriebsführungs- und Dienstleistungs-, Betriebspacht- und anderen Betriebsüberlassungsverträgen,
- c) Leistungen freiwilliger sozialer Zuwendungen (einschließlich sogenannter Gratifikationen) und von sonstigen außerordentlichen Vergütungen,
- d) Gewährung von Darlehen an die Geschäftsführer, die Prokuristen, die Handlungsbevollmächtigten und deren Angehörige,
- e) Hingabe von Spenden, Schenkungen und sonstigen freiwilligen Zuwendungen,
- f) Abschluss und Änderung von Verträgen mit einem einmaligen oder einem jährlich wiederkehrenden Entgelt,
- g) Abschluss von Miet- und Pachtverträgen mit einer Laufzeit von mehr als zwölf Monaten,
- h) Abschluss, Änderung, Aufhebung und Kündigung von Verträgen mit Gesellschaftern,
- i) Vergleiche, Stundung und Erlass von Forderungen, ausgenommen bei Liefergeschäften und sonstigen Geschäften des gewöhnlichen Geschäftsverkehrs, Abgabe von Anerkenntnissen,
- j) Übernahme von Akzeptverbindlichkeiten,
- k) Verpflichtung der Gesellschaft durch Rechtsgeschäfte,
- l)

(6) Der Aufsichtsrat kann durch Beschluss oder in seiner Geschäftsordnung bestimmen, dass weitere Arten von Geschäften oder Einzelgeschäfte nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürfen.

(7) Zudem beauftragt der Aufsichtsrat den Abschlussprüfer mit der Prüfung des Jahresabschlusses gemäß § 111 Abs. 2 S. 3 AktG.

(8) Die Zustimmung des Aufsichtsrates nach Abs. 5 und 6 kann in

Fällen, in denen unverzügliches Handeln im Interesse der Gesellschaft geboten erscheint und eine Beschlussfassung des Aufsichtsrates nicht rechtzeitig herbeigeführt werden kann, durch vorherige Zustimmung des Aufsichtsratsvorsitzenden ersetzt werden, der sich mit seinem Stellvertreter nach Möglichkeit abstimmen soll. Kann auch die Zustimmung des Aufsichtsratsvorsitzenden nicht rechtzeitig eingeholt werden, so handelt die Geschäftsführung nach pflichtgemäßem Ermessen. Die Gründe für die Notwendigkeit der Eilentscheidung und die Art der Erledigung sind dem Aufsichtsrat so bald als möglich, spätestens jedoch in der nächsten Sitzung mitzuteilen.

§ 11

Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft

(1) Die Gesellschaft hat einen Geschäftsführer oder mehrere Geschäftsführer.

(2) Ist nur ein Geschäftsführer bestellt, so vertritt er die Gesellschaft allein. Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, so wird die Gesellschaft durch zwei Geschäftsführer gemeinschaftlich oder einen Geschäftsführer in Gemeinschaft mit einem Prokuristen vertreten.

(3) Die Gesellschafterversammlung kann einen Geschäftsführer oder mehrere Geschäftsführer ganz oder teilweise von den Beschränkungen des § 181 BGB befreien.

(4) Die Bestellung der Geschäftsführer soll höchstens für die Dauer von fünf Jahren erfolgen; eine wiederholte Bestellung ist zulässig.

(5) Die Geschäftsführung vertritt die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich.

(6) Die Geschäftsführung leitet die Gesellschaft unter Beachtung der Gesetze, dieses Gesellschaftsvertrages, der Beschlüsse der Gesellschafterversammlung und des Aufsichtsrates sowie der Anstellungsverträge auf der Grundlage einer vom Aufsichtsrat zu bestätigenden Geschäftsordnung.

(7) Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, so haben diese einen Geschäftsverteilungsplan aufzustellen. In Verbindung mit der Geschäftsordnung und unbeschadet der gemeinsamen Verantwortung für alle Geschäftsvorgänge ergeben sich aus diesem die Arbeits- und Verantwortungsbereiche des Vorsitzenden der Geschäftsführung und der einzelnen Geschäftsführer. Der Geschäftsverteilungsplan bedarf des Einvernehmens aller Geschäftsführer und der Zustimmung des Aufsichtsrates. Können sich die Geschäftsführer auf keinen Geschäftsverteilungsplan einigen, wird dieser vom Aufsichtsrat erlassen.

(8) Die Geschäftsführung hat geeignete Maßnahmen zu treffen, insbe-

sondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit die den Fortbestand der Gesellschaft gefährdenden Entwicklungen frühzeitig erkannt werden.

(9) Die Geschäftsführung berichtet dem Aufsichtsrat mindestens vierteljährlich schriftlich über den Gang der Geschäfte, die Lage und Liquidität der Gesellschaft sowie über die beabsichtigte Geschäftspolitik und andere grundsätzliche Fragen der künftigen Geschäftsführung; diese Berichte sind zeitgleich den Gesellschaftern und dem Beteiligungsmanagement der*Name Kommune* zu übersenden. Aus wichtigem Anlass hat die Geschäftsführung dem Aufsichtsrat, in dringenden Fällen dem Vorsitzenden, unverzüglich in geeigneter Form zu berichten; die Berichte sind baldmöglichst schriftlich niederzulegen.

§ 12 Wirtschaftsplan

(1) Die Geschäftsführung stellt so rechtzeitig einen jährlichen Wirtschaftsplan auf, dass ihn die Gesellschafterversammlung vor Beginn des Geschäftsjahres genehmigen kann.

(2) Der Wirtschaftsplan umfasst insbesondere den Investitions-, Erfolgs- und Finanzplan sowie den Stellenplan. Dem Wirtschaftsplan ist eine fünfjährige, fortzuschreibende Erfolgs- und Finanzplanung zugrunde zu legen. Die kommunalrechtlichen Bestimmungen sind zu beachten.

(3) Die Geschäftsführung unterrichtet die Gesellschafterversammlung und den Aufsichtsrat über den Vollzug des Wirtschaftsplanes im Rahmen der Berichterstattung gemäß § 11 Abs. 9 S. 1.

§ 13 Buchführung, Jahresabschluss, Lagebericht und Prüfung

(1) Die Rechnungs- und Buchführungspflichten richten sich nach den Vorschriften des Dritten Buches des Handelsgesetzbuches.

(2) Jahresabschluss (Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung und Anhang) und Lagebericht sind von der Geschäftsführung in den ersten drei Monaten des Geschäftsjahres für das vergangene Geschäftsjahr aufzustellen.

(3) Die Geschäftsführung hat den Jahresabschluss zusammen mit dem Lagebericht und dem Prüfungsbericht des Abschlussprüfers sowie den Vorschlag zur Ergebnisverwendung unverzüglich nach Eingang des Prüfungsberichtes dem Aufsichtsrat zur Prüfung und gleichzeitig den Gesellschaftern vorzulegen. Beizufügen ist eine schriftliche Stellungnahme der Geschäftsführung, in der auch die Maßnahmen anzugeben sind, die sie zur Behebung im Prüfungsbericht festgestellter Mängel zu ergreifen beabsichtigt. Der Bericht des Aufsichtsrates über das Ergebnis seiner Prüfung

ist den Gesellschaftern zusammen mit dem Vorschlag der Geschäftsführung zur Ergebnisverwendung ebenfalls unverzüglich vorzulegen.

(4) Die Gesellschafter haben bis spätestens zum Ablauf der ersten acht Monate des Geschäftsjahres über die Feststellung des Jahresabschlusses des vorigen Geschäftsjahres und die Ergebnisverwendung zu beschließen.

(5) Jahresabschluss und Lagebericht sind nach den für große Kapitalgesellschaften geltenden Vorschriften des Dritten Buches des Handelsgesetzbuches aufzustellen und zu prüfen. Der Auftrag an den Abschlussprüfer ist auch auf die Aufgaben nach § 53 Abs. 1 Nr. 1 und 2 Haushaltsgrundsätzegesetz zu erstrecken.

(6) Den für die örtliche und überörtliche Prüfung zuständigen Prüfungseinrichtungen werden im Rahmen ihrer Betätigungsprüfung die Auskunfts- und Einsichtsrechte nach § 129 Abs. 3, 4 GO LSA i.V.m. §§ 53, 54 HGrG eingeräumt.

§ 14

Ergebnisverwendung

(1) Die Gesellschafterversammlung beschließt nach freiem Ermessen darüber, ob der Gewinn oder ein in den Vorjahren gebildeter Gewinnvortrag ganz oder teilweise den Gewinnrücklagen zugeführt, als Gewinn vortragen oder ausgeschüttet wird.

(2) An Gewinnausschüttungen nehmen die Gesellschafter im Verhältnis ihrer Geschäftsanteile teil.

(3) Die Gesellschafter können aus dem Bilanzgewinn auf das eingebrachte Kapital eine angemessene Rendite erwarten.

(4) Sonstige Vermögenswerte, die nicht als angemessene Gegenleistung für besondere geldwerte Leistungen anzusehen sind, dürfen den Gesellschaftern nicht zugewendet werden.

§ 15

Verfügungen über Geschäftsanteile

(Regelung ist nur bei mehreren Gesellschaftern erforderlich)

Die Veräußerung, Abtretung und Verpfändung von Geschäftsanteilen oder von Teilen von solchen bedarf der Genehmigung der Gesellschafterversammlung.

ggf. § 16

Ausschluss eines Gesellschafters

(Regelung ist nur bei mehreren Gesellschaftern erforderlich)

z. B. wichtiger Grund

ggf. § 17

Kündigung der Gesellschaft

(Regelung ist nur bei mehreren Gesellschaftern erforderlich)

z. B. Austrittsrechte der Gesellschafter

ggf. § 18

Abfindung

(Regelung ist nur bei mehreren Gesellschaftern erforderlich)

.....

§ 19

Vergabe von Aufträgen

Die Gesellschaft hat bei der Vergabe von Aufträgen die für die Kommune geltenden vergaberechtlichen Bestimmungen zu beachten.

§ 20

Bekanntmachungen

Die Bekanntmachungen der Gesellschaft erfolgen im elektronischen Bundesanzeiger und sonstige Veröffentlichungen im Amtsblatt der*Name Kommune*.

§ 21

Salvatorische Klausel

Sollten einzelne Bestimmungen dieses Gesellschaftsvertrages unwirksam sein, oder werden, oder aus Rechtsgründen nicht durchgeführt werden können, soll dadurch die Gültigkeit der übrigen Bestimmungen dieses Gesellschaftsvertrages nicht berührt werden. Die unwirksame oder undurchführbare Bestimmung ist durch eine andere rechtlich zulässige Regelung zu ersetzen, die dem mit den unwirksamen oder undurchführbaren Bestimmungen angestrebten Zweck und der wirtschaftlichen Zielsetzung gerecht wird.

Anlage 2 – Muster Geschäftsführervertrag

MUSTER Geschäftsführervertrag

Zwischen
der GmbH,
im Folgenden kurz „Gesellschaft“ genannt,
vertreten durch
und
Herrn/Frau
geboren am, wohnhaft in
im Folgenden kurz „Geschäftsführer“ genannt,
wird folgender Vertrag geschlossen:

§ 1 Aufgabenbereich

(1) Herr/Frau wird durch Beschluss der Gesellschafterversammlung mit Wirkung vom zur Geschäftsführerin / zum Geschäftsführer der Gesellschaft bestellt. Er steht ab diesem Zeitpunkt in einem Anstellungsverhältnis zur Gesellschaft.

(2) Der Geschäftsführer vertritt die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich. Die Rechte und Pflichten des Geschäftsführers bestimmen sich nach der Maßgabe dieses Vertrages, des Gesellschaftsvertrages, der jeweils geltenden Geschäftsordnung und der ergänzenden gesetzlichen Vorschriften.

(3) Der Geschäftsführer hat Beschlüsse des Aufsichtsrates und der Gesellschafterversammlung auszuführen, soweit Vereinbarungen in diesem Vertrag nicht entgegenstehen.

§ 2 Umfang der Geschäftsführungsbefugnis

Der Geschäftsführer wird sein Amt mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes führen. Alle Geschäfte, die außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes liegen, bedürfen der vorherigen Zustimmung der Gesellschafterversammlung bzw. Aufsichtsrat. Hierzu gehören insbesondere die im Gesellschaftervertrag und der Geschäftsordnung aufgeführten zustimmungsbedürftigen Geschäfte.

§ 3 Bezüge

(1) Als Vergütung für seine Tätigkeit erhält der Geschäftsführer ein festes Jahresgrundgehalt in Höhe von.....€ brutto (in Worten.....EUR). Das Gehalt wird nach Abzug der gesetzlichen Abgaben in zwölf gleichen Monatsraten jeweils am Ende eines Kalendermonats ausgezahlt.

(2) Das Grundgehalt wird jährlich überprüft. Die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft und die persönliche Leistung des Geschäftsführers sollen dabei angemessen berücksichtigt werden. Über eine Änderung der Höhe des Grundgehaltes entscheidet die Gesellschafterversammlung.

(3) Der Geschäftsführer erhält zusätzlich zu seinem Grundgehalt eine variable Zieltantieme. Über die tatsächliche Höhe der Tantieme entscheidet die Gesellschafterversammlung. Maßstab für die Höhe der zur Auszahlung kommenden Tantieme ist der Grad der Erreichung vereinbarter Ziele. Diese Ziele werden spätestens zu Beginn eines jeden Kalenderjahres zwischen dem Geschäftsführer und der Gesellschafterversammlung schriftlich vereinbart. Die Auszahlung der Tantieme erfolgt nach Feststellung des Zielerreichungsgrades anhand des testierten Jahresabschlusses jeweils spätestens im Dezember des Folgejahres bzw. nach Beendigung des Vertrages. Bei unterjährigem Eintritt oder Austritt berechnet sich die Zieltantieme pro rata temporis. Die Zieltantieme kann bis zu % des Jahresgrundgehaltes gemäß § 3 Abs. 1 des Vertrages betragen. Wird der Geschäftsführervertrag von der Gesellschaft aus wichtigem Grund gekündigt, so entfällt für das Jahr, in dem die Kündigung wirksam wird, der Anspruch auf die Tantieme.

(4) Der Geschäftsführer stimmt zu, dass die Vergütung im Anhang des Jahresabschlusses aufgeteilt nach Fixum und erfolgsbezogenen Komponenten ausgewiesen wird.

§ 4 Gehaltsfortzahlung bei Krankheit und Tod

(1) Wird der Geschäftsführer an der Ausübung seiner Tätigkeit durch Krankheit oder andere durch ihn nicht verschuldete Gründe verhindert, so erhält er für die Dauer von sechs Monaten, längstens jedoch bis zur Beendigung des Anstellungsverhältnisses, einen Zuschuss zu den Barleistungen seiner gesetzlichen oder privaten Krankenversicherung, der zusammen mit diesem Krankengeld die Höhe seiner Nettobezüge gemäß § 3 Abs. 1 erreicht. Der Tantiemenanspruch gemäß § 3 Abs. 3 bleibt daneben unverändert bestehen; er vermindert sich jedoch pro rata temporis, wenn die Arbeitsunfähigkeit ununterbrochen länger als sechs Monate dauert.

(2) Verstirbt der Geschäftsführer während der Dauer dieses Anstel-

lungsvertrages, so wird seinem Ehepartner das Grundgehalt gemäß § 3 Abs. 1 für die auf den Sterbemonat folgenden drei Monate fortbezahlt. Ist der Ehepartner zu diesem Zeitpunkt bereits verstorben, so steht dieser Anspruch den unterhaltsberechtigten Kindern des Geschäftsführers zu.

§ 5 Nebenleistungen

(1) Für die Erstattung der Kosten anlässlich von Dienstreisen gelten die Richtlinien der Gesellschaft, die insoweit Bestandteil dieses Vertrages sind. Übersteigen die aufgewendeten Spesen die nach den steuerlichen Vorschriften zulässigen Pauschalbeträge, so sind sie im Einzelnen zu belegen.

(2) Die Gesellschaft stellt dem Geschäftsführer für die Dauer des Dienstvertrages einen angemessenen Dienstwagen im Wert von....€ / für einen Leasingbetrag in Höhe von.....€ im Jahr zur Verfügung, der auch zu Privatfahrten benutzt werden kann. Betriebs- und Unterhaltungskosten trägt die Gesellschaft. Die auf den geldwerten Vorteil für die private Nutzung anfallenden Steuern gehen zu Lasten des Geschäftsführers.

(3) Die Gesellschaft schließt zugunsten des Geschäftsführers für die Dauer des Dienstvertrages eine Unfallversicherung mit folgenden Deckungssummen ab:

für den Todesfall:

für den Invaliditätsfall:

Die Ansprüche aus der Versicherung stehen unmittelbar dem Geschäftsführer oder dessen Erben zu. Soweit die Prämien der Unfallversicherung der Lohnsteuer unterliegen, trägt die Steuern der Geschäftsführer.

§ 6 Urlaub

(1) Der Geschäftsführer hat Anspruch auf einen bezahlten Jahresurlaub von 30 Arbeitstagen. Der Urlaub ist so festzulegen, dass die Belange der Gesellschaft nicht beeinträchtigt werden. Der Urlaub ist mit dem Vorsitzenden des Aufsichtsrates abzustimmen.

(2) Kann der Geschäftsführer einen Jahresurlaub nicht nehmen, weil die Interessen der Gesellschaft entgegenstehen, so ist der Urlaubsanspruch auf das nächste Jahr zu übertragen und bis zum 31.03. des Folgejahres zu gewähren. Bis zu diesem Zeitpunkt nicht genommener Urlaub entfällt.

(3) Der Geschäftsführer hat dafür zu sorgen, dass er auch im Urlaub kurzfristig erreichbar ist.

§ 7

Altersversorgung

(1) Zur Alters- und Hinterbliebenenversorgung des Geschäftsführers schließt die Gesellschaft eine Direktversicherung auf dem Erlebens- und Todesfall nach § 1 Abs. 2 des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung mit einem Beitragsaufwand von € pro Versicherungsjahr ab. Der Beitragsaufwand sowie die auf diesen Beitrag entfallende pauschale Lohn- und Einkommenssteuer gehen nicht zu Lasten des Geschäftsführers.

(2) Scheidet der Geschäftsführer vor Fälligwerden der Lebensversicherung aus den Diensten der Gesellschaft aus, steht ihm das Recht zu, die Lebensversicherung unter Mitnahme bisher erreichter Anwartschaften auf eigene Rechnung fortzuführen. Liegt zu diesem Zeitpunkt eine unverfallbare Versorgungsanwartschaft im Sinne von § 1 Abs. 1 des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung vor, gelten die gesetzlichen Vorschriften.

§ 8

Nebentätigkeit

Der Geschäftsführer verpflichtet sich, seine ganze Arbeitskraft in den Dienst der Gesellschaft zu stellen. Die Übernahme oder Fortsetzung jeder Nebentätigkeit bedarf der vorherigen Zustimmung der Gesellschafterversammlung. Das gilt auch für die Beteiligung an anderen Unternehmen sowie die Mitwirkung in Aufsichtsgremien anderer Gesellschaften. Die Zustimmung wird erteilt, wenn keine Interessen der Gesellschaft entgegenstehen.

§ 9

Diensterfindungen

Für Erfindungen, die der Geschäftsführer während der Dauer des Anstellungsvertrages macht, gelten die Vorschriften des Gesetzes für Arbeitnehmererfindungen in der jeweiligen Fassung und der dazu ergangenen Vergütungsrichtlinien entsprechend. Die Verwendung von technischen oder organisatorischen Verbesserungsvorschlägen des Geschäftsführers steht ohne gesonderte Vergütung stets der Gesellschaft zu.

§ 10

Geheimhaltung

(1) Der Geschäftsführer verpflichtet sich, über alle ihm im Rahmen seiner Tätigkeit zur Kenntnis gelangenden geschäftlichen und betrieblichen Angelegenheiten, insbesondere Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse,

Stillschweigen zu bewahren. Diese Geheimhaltungspflicht dauert auch, soweit rechtlich zulässig, nach Beendigung des Dienstverhältnisses fort.

(2) Die Gesellschaft behält sich in jedem einzelnen Fall der Verletzung der Verschwiegenheitspflicht das Recht vor, den entstandenen Schaden und eventuell weitere Ansprüche gerichtlich einzufordern.

(3) Der Geschäftsführer verpflichtet sich, bei seinem Ausscheiden oder seiner Abberufung als Geschäftsführer alle in seinem Besitz befindlichen Unterlagen, Korrespondenzen, Aufzeichnungen, Datenträger und dergleichen, die im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit stehen, an die Gesellschaft zurückzugeben.

§ 11

Vertragsdauer und Kündigung

(1) Dieser Vertrag wird mit Wirkung zum ... für die Dauer von fünf Jahren abgeschlossen. Wird er nicht zwölf Monate vor seinem Ablauf von der Gesellschaft oder dem Geschäftsführer gekündigt, so verlängert er sich jeweils auf die Dauer von fünf Jahren. Die Kündigung des Vertrages bedarf der Schriftform.

(2) Die ersten sechs Monate des Anstellungsverhältnisses gelten als Probezeit. Während der Probezeit kann das Anstellungsverhältnis beiderseits mit einer Frist von einem Monat zum Monatsende ohne Angabe von Gründen gekündigt werden.

(3) Unabhängig von den Regelungen nach Absatz 1 endet der Vertrag bei Erreichen der Altersgrenze von 67 Jahren mit Ablauf des Monats, in dem das 67. Lebensjahr vollendet wird.

(4) Eine Vertragsbeendigung im beiderseitigem Einvernehmen oder durch Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 626 BGB bleibt unberührt. Ein wichtiger Grund liegt für die Gesellschaft insbesondere vor:

- a) wenn der Geschäftsführer länger als ein Jahr durch Krankheit oder andere unverschuldete Ursachen in der Ausübung seiner Tätigkeit verhindert ist;
- b) wenn der Geschäftsführer gegen die Bestimmungen über die Nebentätigkeit verstößt;
- c) wenn der Geschäftsführer Maßnahmen gemäß § 2 Satz 3 vornimmt ohne die vorherige Zustimmung des Aufsichtsrates oder der Gesellschaftsversammlung und der Gesellschaft dadurch ein Schaden entsteht oder der Geschäftsführer trotz Abmahnung wiederholt solche Verstöße begeht;
- d) wenn der Geschäftsführer schwere Verstöße gegen die Weisungen der Gesellschaftsversammlung begeht, es sei denn, dass diese ein gesetzwidriges Verhalten des Geschäftsführers fordern;

- e) bei Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung gemäß § 38 Abs. 2 GmbHG und
- f) wenn das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft eröffnet oder die Gesellschaft liquidiert wird.

(5) Nach einer ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung dieses Vertrages, gleich durch welche Partei, ist die Gesellschaft jederzeit berechtigt, den Geschäftsführer von seiner Verpflichtung zur Arbeitsleistung unter Fortzahlung der Bezüge bis zur Beendigung des Anstellungsvertrages sofort zu beurlauben. Ein solcher Urlaub ist auf einen dem Geschäftsführer etwa noch zustehenden Urlaub gemäß § 6 noch anzurechnen.

(6) Die Bestellung des Geschäftsführers kann durch Beschluss der Gesellschaftsversammlung jederzeit widerrufen werden, unbeschadet seiner Ansprüche nach diesem Vertrag. Der Widerruf gilt als Kündigung des Dienstvertrages zum nächst zulässigen Zeitpunkt.

§ 12

Wettbewerbsverbot

Dem Geschäftsführer ist es untersagt, während der Dauer dieses Vertrages in selbständiger, unselbständiger oder sonstiger Weise für ein Unternehmen tätig zu werden, welches mit der Gesellschaft in direktem oder indirektem Wettbewerb steht. In gleicher Weise ist es dem Geschäftsführer untersagt, während der Dauer dieses Vertrages ein solches Unternehmen zu errichten, zu erwerben oder sich hieran unmittelbar zu beteiligen.

§ 13

Schlussbestimmungen

(1) Vereinbarungen außerhalb dieses Vertrages wurden nicht getroffen, Änderungen und Ergänzungen des Vertrages bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Eine Befreiung von der Schriftform durch mündliche Vereinbarung ist unwirksam.

(2) Sollten einzelne Bestimmungen des Vertrages unwirksam sein oder werden, so berührt dies nicht Gültigkeit der übrigen Bestimmungen. Anstelle der unwirksamen Bestimmung oder zur Ausfüllung eventueller Lücken des Vertrages soll eine angemessene Regelung treten, die dem am nächsten kommt, was die Parteien nach ihrer wirtschaftlichen Zwecksetzung gewollt haben.

..... den den

.....

Anlage 3 – Muster Geschäftsordnung Aufsichtsrat

MUSTER Geschäftsordnung des Aufsichtsrates der GmbH

§ 1 Allgemeines

Die Mitglieder des Aufsichtsrates der GmbH üben ihre Tätigkeit nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen, des Gesellschaftsvertrages in der jeweils gültigen Fassung, dieser Geschäftsordnung des Aufsichtsrates sowie in bestimmten, von der Gesellschafterversammlung dem Aufsichtsrat zugewiesenen Angelegenheiten aus. Sie erfüllen eine Überwachungs- und Kontrollfunktion, die den Interessen des Unternehmens verpflichtet ist, und unterstützen die Geschäftsführung bei der strategischen Unternehmensplanung.

§ 2 Sitzungen

(1) Die Entscheidungen des Aufsichtsrates werden in Form von Beschlüssen in einer Aufsichtsratssitzung gefasst. Die Aufsichtsratssitzungen werden entsprechend der Regelung des § GV einberufen. Die Sitzungen des Aufsichtsrates sind nicht öffentlich.

(2) Der Aufsichtsratsvorsitzende eröffnet, leitet und schließt die Sitzungen. Er überwacht die Einhaltung der Tagesordnung und übt während der Sitzungen das Hausrecht im Sitzungssaal aus. Der Aufsichtsratsvorsitzende erteilt das Wort nach der Reihe der Wortmeldungen. Beschlüsse, zu denen keine geeigneten Unterlagen zugestellt worden sind, dürfen nur behandelt werden, wenn kein Aufsichtsratsmitglied dem widerspricht.

(3) Anträgen auf Erweiterung der Tagesordnung ist zu entsprechen, wenn es von einem Mitglied des Aufsichtsrates oder der Geschäftsführung verlangt wird. Eine sich daraus ergebende Beschlussfassung darf nur erfolgen, wenn kein Aufsichtsratsmitglied dem widerspricht.

(4) Der Aufsichtsrat ist berechtigt, neben Vertretern des Bereiches Beteiligungsmanagement der ... (*Kommune*) und der Geschäftsführung auch Dritte zu den Aufsichtsratssitzungen hinzuzuziehen, sofern nicht die Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder dem widerspricht. Bei der Behandlung des Jahresabschlusses ist der Abschlussprüfer zur Bilanzsitzung hinzuzuziehen.

§ 3 Beschlussfassung

(1) Beschlüsse des Aufsichtsrates kommen mit einfacher Mehrheit der an der Beschlussfassung teilnehmenden Mitglieder entsprechend § GV zustande. Eine Stimmenthaltung gilt nicht als abgegebene Stimme bei der Bestimmung der Mehrheit. Bei Stimmgleichheit ist die Stimme des Vorsitzenden, falls dieser an der Beschlussfassung persönlich nicht teilnimmt, die des stellvertretenden Vorsitzenden, entscheidend. Abwesende Aufsichtsratsmitglieder können in Anwendung von § 108 Abs. 3 AktG an der Beschlussfassung teilnehmen. Zudem können Beschlüsse auch im gemischten Abstimmungsverfahren gefasst werden, wenn durch einstimmigen Beschluss abwesenden Aufsichtsratsmitgliedern die Möglichkeit einer nachträglichen Stimmabgabe gegeben werden soll, sofern keines der abwesenden Aufsichtsratsmitglieder einer solchen Verfahrensweise widerspricht. Für Beschlussfassungen außerhalb von Aufsichtsratssitzungen gilt § GV.

(2) Die Abstimmung erfolgt durch Handzeichen; es ist geheim abzustimmen, wenn die Mehrheit der anwesenden Aufsichtsratsmitglieder dies fordert. Wahlen und Personalentscheidungen sind auf Antrag eines Aufsichtsratsmitgliedes geheim durchzuführen.

§ 4 Niederschriften von Sitzungen

(1) Über die Sitzungen des Aufsichtsrates sind entsprechend § GV Niederschriften zu fertigen. In der Niederschrift sind Ort und Tag der Sitzung, Dauer der Sitzung, die Teilnehmer/innen, die Gegenstände der Tagesordnung, der wesentliche Verlauf und die Beschlüsse des Aufsichtsrates im Wortlaut sowie das Abstimmungsergebnis anzugeben. Die Niederschrift über die Aufsichtsratssitzungen sind nach deren Unterzeichnung durch den Vorsitzenden der Sitzung und den Protokollführer bei der Gesellschaft zu verwahren.

(2) Sofern im Wege des schriftlichen Verfahrens abgestimmt wurde, ist in der Niederschrift über den Beschluss der Beschlusstext und das Ergebnis der Abstimmung aufzunehmen sowie zu bestätigen, dass sämtliche Aufsichtsratsmitglieder an der Beschlussfassung teilgenommen haben. Die Niederschrift ist vom Aufsichtsratsvorsitzenden und vom Geschäftsführer zu unterzeichnen.

(3) Abschriften der Niederschriften über Aufsichtsratssitzungen sollen innerhalb von Wochen nach der Sitzung an die Aufsichtsratsmitglieder und an das Beteiligungsmanagement der Kommune versandt werden und in der Folgesitzung durch die anwesenden Aufsichtsratsmitglieder bestätigt werden.

(4) Werden im Aufsichtsrat zu einzelnen Punkten der Tagesordnung un-

terschiedliche Meinungen vertreten, ist die Niederschrift so abzufassen, dass der Gang der Diskussion erkennbar wird. Jedes Aufsichtsratsmitglied kann verlangen, dass seine Abstimmung sowie förmliche Erklärungen im Wortlaut zu Protokoll genommen werden.

§ 5 Ausschüsse

(1) Der Aufsichtsrat kann beratende und/ oder empfehlende Ausschüsse als ständige und/ oder zeitweilige Ausschüsse bilden. Im Übrigen gilt § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG entsprechend.

(2) Die Ausschussmitglieder werden mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gewählt. Der Aufsichtsrat bestellt ein Ausschussmitglied zum Ausschussvorsitzenden.

(3) Der Ausschussvorsitzende kann Aufsichtsratsmitglieder, die dem Ausschuss nicht angehören, beratend hinzuziehen.

(4) Für die Einberufung der Ausschüsse gilt § GV entsprechend.

(5) Beschlüsse der Ausschüsse werden in der Regel in Sitzungen und mit einfacher Stimmenmehrheit gefasst, soweit das Gesetz und der Gesellschaftsvertrag in der jeweils gültigen Fassung nichts anderes bestimmen. Beschlüsse können auch als schriftliche, fernschriftliche, fernmündliche oder telegrafische Abstimmung gefasst werden, wenn kein Mitglied diesem Verfahren unverzüglich widerspricht.

(6) Über die Sitzungen der Ausschüsse sind Protokolle anzufertigen. Diese sind allen Aufsichtsratsmitgliedern und an das Beteiligungsmanagement der Kommune zu übersenden. § 4 Abs. 3 Geschäftsordnung gilt entsprechend.

§ 6 Aufgaben des Aufsichtsrates

(1) Der Aufsichtsrat vertritt die Gesellschaft gegenüber den Geschäftsführern gerichtlich und außergerichtlich. Dies gilt nicht für den Abschluss, die Änderung, die Aufhebung und die Kündigung von Geschäftsführer-anstellungsverträgen. Zudem vertritt der Aufsichtsrat die Gesellschaft bei der Erteilung des Prüfauftrages an den Abschlussprüfer für den Jahresabschluss.

(2) Der Aufsichtsrat berät eigene Vorlagen und gibt Beschlussempfehlungen zu den Vorlagen der Geschäftsführung an die Gesellschafterversammlung ab.

(3) Dem Aufsichtsrat obliegt die Beschlussfassung gemäß §GV.

(4) Bei zustimmungspflichtigen Geschäften gemäß § GV werden folgende Wertgrenzen festgelegt:

.....

§ 7 Verschwiegenheitsverpflichtung

(1) Die Mitglieder des Aufsichtsrates sind grundsätzlich verpflichtet, über Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Gesellschaft während und nach ihrer Amtszeit hinaus Stillschweigen zu bewahren, soweit sie ihnen durch ihre Tätigkeit im Aufsichtsrat bekannt geworden sind. Die Aufsichtsratsmitglieder sind insbesondere zur Verschwiegenheit über erhaltene vertrauliche Berichte und vertrauliche Beratungen verpflichtet (§§ 93 Abs. 1, 116 AktG). Kriterium für die Geheimhaltungsbedürftigkeit ist das Unternehmensinteresse, welches verlangt, dass Geheimnisse und vertrauliche Angaben nicht in unbefugte Hände gelangen.

(2) Aufsichtsratsmitglieder, die auf Veranlassung der*Kommune* in den Aufsichtsrat der Gesellschaft gewählt oder entsandt worden sind, unterliegen hinsichtlich der Berichte, die sie der *Kommune* zu erstatten haben, keiner Verschwiegenheitspflicht. Dies gilt nicht für Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, wenn ihre Kenntnis für die Zwecke der Berichte nicht von Bedeutung ist (§ 394 AktG). Eine direkte Berichterstattung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen vor dem Stadtrat /Kreistag der *Kommune* und deren Ausschüssen oder eine Zuleitung derartiger Berichte an diese ist daher nicht nur nicht geboten, sondern mit der in § 394 AktG geforderten wirksamen körperschaftsinternen Geheimhaltung nicht vereinbar.

(3) Die Vertreter/innen des Bereiches Beteiligungsmanagement der *Kommune*, die an den Sitzungen des Aufsichtsrates teilnehmen, haben über Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, die ihnen aus den Berichten nach § 394 AktG bekannt geworden sind, Stillschweigen zu bewahren; dies gilt nicht im dienstlichen Verkehr (§ 395 Abs. 1 AktG).

(4) Die Aufsichtsratsmitglieder haben auch nach Ablauf ihres Mandates Sorge dafür zu tragen, dass vertrauliche Unterlagen nicht in unbefugte Hände gelangen. Es wird daher empfohlen, dass nach Ablauf des Mandates diejenigen Unterlagen, die dem Aufsichtsratsmitglied von der Gesellschaft in der Mandatszeit zur Verfügung gestellt worden sind, an die Gesellschaft zurückgegeben werden.

§ 8 Anfragen

Sofern ein Mitglied des Aufsichtsrates Anfragen an die Gesellschaft stellt, ist die Anfrage an die Geschäftsführung der Gesellschaft mit einer Durchschrift an die/ den Vorsitzende/n des Aufsichtsrates zu stellen. Die Antwort der Geschäftsführung ist an das anfragende Aufsichtsratsmitglied mit einer Durchschrift an den Aufsichtsratsvorsitzenden zu richten, wenn nicht der Anfragende eine Unterrichtung der anderen Aufsichtsratsmitglieder gewünscht hat.

§ 9 Änderungen und Ergänzungen

Einzelne Regelungen der Geschäftsordnung des Aufsichtsrates können vom Aufsichtsrat jederzeit in Abstimmung mit der Gesellschafterversammlung durch Beschluss dauerhaft oder vorübergehend auf diesen Einzelfall bezogen ergänzt, geändert oder aufgehoben werden.

§ 10 Wirksamkeit

Sollten eine oder mehrere Bestimmungen dieser Geschäftsordnung unwirksam sein, bleiben die übrigen Bestimmungen hiervon unberührt.

§ 11 Inkrafttreten

Diese Geschäftsordnung tritt am in Kraft.

Anlage 4 – Prüfungsschema LRH

Beteiligungsmanagement

Durchsetzung §§ 116 – 124 GO LSA

- **Beteiligungsverwaltung**
 - zentrale Aktenverwaltung
 - zentrale Datenverwaltung
 - Beschlusskontrolle
 - Satzung/Gesellschaftsverträge
 - Besetzung der Aufsichtsgremien

- **Beteiligungsbericht**
 - Anforderungen an den BB gem. § 118 Abs. 2 GO LSA
 - Aktualität und Aussagekraft
 - Termine/Veröffentlichung
 - Vollständigkeit der Beteiligungen, auch EB, ZV)

- **Beteiligungscontrolling**
 - Festlegung zu Controlling – Berührungspunkte zum Haushalt der Kommune
 - Jahresabschlussanalyse
 - Erfüllung der Wirtschaftspläne der Unternehmen
 - Berichtswesen
 - Risikomanagement nach KonTraG

- **Mandatsbetreuung**
 - Vorbereitung von Gremiumssitzungen
 - Mandatsträgerschulungen

- **Personalmanagement**
 - Auswahl der Geschäftsführer
 - Geschäftsführerverträge

- **konsolidierte kommunale Konzernbilanz**
 - erst mit Einführung der Doppik in der Kernverwaltung relevant
 - derzeit Auswirkungen der Beteiligungen auf den kommunalen Haushalt
 - ZH, Haushaltspläne, Wirtschaftspläne der Unternehmen

Prüfung in einzelnen Gesellschaften
(Inhalt der Unterrichtung nach § 129 Abs. 3, 4 GO LSA)

Prüfungsschwerpunkte

1. Unternehmenstätigkeit
2. Wirtschafts- und Finanzplanung; Wirtschaftsführung
3. Liefer- und Leistungsbeziehungen mit den Gesellschaftern und anderen Beteiligungsunternehmen
4. Leistungsentgelte und Einnahmebeschaffung
5. Personalwesen
6. Vergabewesen
7. Aufwand für Unternehmensorgane, Zuwendungen an Dritte
8. Sonstige wichtige Verträge (Beratungs-, Miet- und Pachtverträge)
9. Staatliche Zuwendungen (§ 44 LHO)

Anlage 5 – Auszug §§ 44, 53, 54 Haushaltsgrundsätzegesetz

§ 44

Prüfung staatlicher Betätigung bei privatrechtlichen Unternehmen

(1) Der Rechnungshof prüft die Betätigung des Bundes oder des Landes bei Unternehmen in einer Rechtsform des privaten Rechts, an denen der Bund oder das Land unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist, unter Beachtung kaufmännischer Grundsätze.

(2) Absatz 1 gilt entsprechend bei Genossenschaften, in denen der Bund oder das Land Mitglied ist.

§ 53

Rechte gegenüber privatrechtlichen Unternehmen

(1) Gehört einer Gebietskörperschaft die Mehrheit der Anteile eines Unternehmens in einer Rechtsform des privaten Rechts oder gehört ihr mindestens der vierte Teil der Anteile und steht ihr zusammen mit anderen Gebietskörperschaften die Mehrheit der Anteile zu, so kann sie verlangen, dass das Unternehmen

1. im Rahmen der Abschlussprüfung auch die Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung prüfen lässt;
2. die Abschlussprüfer beauftragt, in ihrem Bericht auch darzustellen
 - a) die Entwicklung der Vermögens- und Ertragslage sowie die Liquidität und Rentabilität der Gesellschaft,
 - b) verlustbringende Geschäfte und die Ursachen der Verluste, wenn diese Geschäfte und die Ursachen für die Vermögens- und Ertragslage von Bedeutung waren,
 - c) die Ursachen eines in der Gewinn- und Verlustrechnung ausgewiesenen Jahresfehlbetrag
3. ihr den Prüfungsbericht der Abschlussprüfer und, wenn das Unternehmen einen Konzernabschluss aufzustellen hat, auch den Prüfungsbericht der Konzernabschlussprüfer unverzüglich nach Eingang übersendet.

(2) Für die Anwendung des Absatzes 1 rechnen als Anteile der Gebietskörperschaft auch Anteile, die einem Sondervermögen der Gebietskörperschaft gehören. Als Anteile der Gebietskörperschaft gelten ferner Anteile, die Unternehmen gehören, bei denen die Rechte aus Absatz 1 der Gebietskörperschaft zustehen.

§ 54

Unterrichtung der Rechnungsprüfungsbehörde

(1) In den Fällen des § 53 kann in der Satzung (im Gesellschaftsvertrag) mit Dreiviertelmehrheit des vertretenen Kapitals bestimmt werden, dass sich die Rechnungsprüfungsbehörde der Gebietskörperschaft zur Klärung von Fragen, die bei der Prüfung nach § 44 auftreten, unmittelbar unterrichten und zu diesem Zweck den Betrieb, die Bücher und die Schriften des Unternehmens einsehen kann.

(2) Ein vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes begründetes Recht der Rechnungsprüfungsbehörde auf unmittelbare Unterrichtung bleibt unberührt.

Anlage 6 – Erlass MI zur Inhousevergabe

Erlass des MI vom 9. September 2009, Az. 34.21-46106/26

EU-Vergaberecht;

Urteil des EuGH vom 09.06.2009 (C- 480/06) zur Vergaberechtsfreiheit von Interkommunalen Kooperationen z.B. in Form der Arbeitsgemeinschaft

Ausgehend von der EU-Richtlinie 2004/18/EG vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge sowie der EuGH-Rechtsprechung im Fall Teckal vom 18.11.1999 (C-107/98) gelten auch für den Bereich der Interkommunalen Kooperationen die allgemeinen Grundsätze der Diskriminierungsfreiheit, der Verhältnismäßigkeit und der Transparenz. Im Regelfall ist daher die Durchführung eines Vergabeverfahrens erforderlich, es sei denn, es kann aufgrund des Vorliegens der Teckal-Kriterien ausnahmsweise von einer Durchführung eines Vergabeverfahrens abgesehen werden kann (Inhouse-Vergabe).

Der EuGH dehnt in einem aktuellen Urteil vom 09. Juni 2009 (C-480/06) diese „Vergabeverfahrensfreiheit“ auf eine weitere Form der interkommunalen Zusammenarbeit aus, und zwar auf die Arbeitsgemeinschaft gemäß § 2 Abs.2 GKG-LSA.

Gegenstand der Entscheidung war eine Vereinbarung zwischen der Stadtreinigung Hamburg (Anstalt des öffentlichen Rechts) und umliegenden Landkreisen über die Entsorgung ihrer Abfälle in einer neuen Müllverbrennungsanlage, ohne dass vorher eine Ausschreibung bzw. ein Vergabeverfahren vorgeschaltet wurde.

Die Stadtreinigung Hamburg bündelte der Vereinbarung zufolge die erforderlichen Entsorgungskapazitäten, vereinbarte die Entsorgung für sich und die anderen Vertragsparteien mit dem Betreiber der Müllverbrennungsanlage, zog bzw. zieht von den Vertragsparteien ein Jahresentgelt für die Entsorgungsleistungen aufgrund vertraglich vereinbarter Berechnungsmethode ein und vertritt die vertragsschließenden Körperschaften bei Streitigkeiten auch vor Gericht. Die Durchführung dieser Leistungen wurde der Stadtreinigung Hamburg von den Vertragspartnern nicht entgolten.

Nach Auffassung der EU-Kommission hätten die Landkreise mit Hamburg entweder eine gemeinsame öffentliche Körperschaft errichten oder aber die Entsorgung ihres Mülls öffentlich ausschreiben müssen. Dieser Auffassung widerspricht nun der EuGH und urteilt, dass eine öffentliche Stelle ihre im Interesse liegenden Aufgaben mit ihren eigenen Mitteln und auch in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen erfüllen kann, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden, die nicht zu ihren Dienststellen gehören.

Das europäische Recht schreibe öffentlichen Stellen keine bestimmte Rechtsform für eine gemeinsame Wahrnehmung ihrer öffentlichen Aufgaben vor. Er stellt darüber hinaus fest, dass am Streitgegenständlichen Vertrag keine Privaten beteiligt sind, dass keine privaten Unternehmen besser gestellt werden als ihre Wettbewerber, und dass lediglich die gemeinsame Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben verabredet wurde. Eine Verpflichtung zur Durchführung eines Vergabeverfahrens bestünde in diesem Fall daher nicht.

Der EuGH dehnt mit seinem Urteil vom 09.06.2009 (C-480/06) somit im Ergebnis die Anwendbarkeit der In-House-Grundsätze seiner Teckal-Rechtsprechung auf Kooperationsformen ohne eigene Rechtspersönlichkeit aus. Dies betrifft vor allem die Arbeitsgemeinschaft gemäß § 2 Abs.2 GKG-LSA in der Ausprägung der gemeinsamen Geschäftsführung oder der Einkaufsgemeinschaft.

Voraussetzung ist allerdings, dass nicht der Austausch von Leistungen, sondern eine gemeinsame Aufgabenerledigung Gegenstand der Vereinbarung ist. Unschädlich in diesem Sinne dürfte es auch sein, zu vereinbaren, dass bei Zusammenlegung von Teilen der Verwaltung der Vertragsparteien zwischen den Beteiligten ein Kostenausgleich nach einem vorab vereinbarten Schlüssel vorgenommen wird.

Anlage 7 – Erlass MI Kommunale Bürgschaften und Europäisches Beihilfenrecht

Erlass des MI vom 14.10.2008, Az.: 34.2-46106/16

Kommunalaufsicht; Kommunale Bürgschaften und Europäisches Beihilfenrecht (§ 101 Abs.2 Satz 2 GO LSA)

Genehmigungsvorbehalte sind Mittel vorbeugender Staatsaufsicht. Durch sie soll verhindert werden, dass Rechtsakte Geltung erhalten, die mit den gesetzlichen Vorgaben nicht in Einklang stehen. Prüfungsgegenstand der Bürgschaftsgenehmigung gem. § 101 Abs.2 Satz 2 GO LSA ist somit die Rechtmäßigkeit der Bürgschaftsgewährung.

1.

Beihilfen sind grundsätzlich EG-vertraglich verboten, daher muss zum Gewährungszeitpunkt, aus kommunalaufsichtlicher Sicht jedoch spätestens zum Genehmigungszeitpunkt eine beihilfenrechtliche Rechtfertigung der Bürgschaftserteilung an ein Unternehmen vorliegen. Eine Verengung der Prüfungsmaterie auf haushaltswirtschaftliche Aspekte widerspricht dem höherrangigen Ziel der Rechtmäßigkeit des kommunalen Handelns.

2.

Es wird darauf hingewiesen, dass die Kommunalaufsichtsbehörden verpflichtet sind, die Kommunen im Bemühen um eine beihilfenrechtliche „Rechtfertigung“ beratend zu unterstützen und vor allem auf eine Gestaltung entsprechend der sonstigen beihilfenrechtlichen „Rechtfertigungsinstrumente“ wie der De-Minimis-VO, der Allgemeinen Gruppenfreistellungs-VO oder der Freistellungsentscheidung (Monti-Paket) hinzuwirken, wobei insbesondere die Freistellungsentscheidung im Rahmen der kommunalen Daseinsvorsorge das geeignete Instrument ist. Die Durchführung eines Notifizierungsverfahrens ist nur zu empfehlen, wenn die Voraussetzungen der o.g. europarechtlichen Instrumente nicht erfüllt sind.

3.

Bürgschaftserteilungen an Unternehmen, die mit Aufgaben der Daseinsvorsorge betraut sind, sollten zunächst entsprechend der Vorgaben der „Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften“ (2008/C155/02 vom 20.06.2008, S.10) ausgestaltet

werden. Danach handelt es sich dann nicht um eine Beihilfe im Sinne des Art.87 Abs.1 EGV, wenn - neben anderen Voraussetzungen - die Garantie mit einer marktüblichen Prämie (Aval) entgolten wird. Ist das Unternehmen mit der Erledigung einer Aufgabe der Daseinsvorsorge betraut, gilt die Beschränkung der Garantie auf nur 80 % des besicherten Kredits nicht, d.h. die Bürgschaft kann über 100 % der Kreditsumme erteilt werden.

Gleichzeitig schließt die Kommune mit dem Unternehmen einen Betrauungsakt gemäß der „Entscheidung der Kommission vom 28. November 2005 über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden“ (*K(2005) 2673 / 2005/842/EG*), in dem sie die notwendigen Punkte zur Erledigung der Aufgabe der Daseinsvorsorge festschreibt. Auf Basis dieses Betrauungsaktes können dem Unternehmen die aus dieser Aufgabenerledigung entstehenden und nach den vorab verabredeten Parametern errechneten Kosten (Defizite) erstattet werden. Neben Zins, Tilgung, Personal- und Nebenkosten usw. fließen nämlich auch die Prämien für die Bürgschaftsgewährung in die Bilanz ein und belasten das Ergebnis.

4.

Ich mache darauf aufmerksam, dass beihilfenrechtswidrige Bürgschaftserteilungen aus der Vergangenheit mit einer Umstellung auf eine wie oben dargelegte Gestaltung für die Zukunft „geheilt“ werden können. Eine Heilung liegt nicht nur im Interesse eines rechtmäßigen Verwaltungshandelns, sondern auch im Interesse der kreditgebenden Banken, deren Sicherheiten von der Nichtigkeitsfolge beihilfenrechtlicher Verstöße bedroht sind.

