



Ministerium des Innern des Landes Brandenburg  
14411 Potsdam C Postfach 601165

Landräte und  
Oberbürgermeister  
des Landes Brandenburg

Potsdam, 9. März 1996

Gesch.Z.: II/4-1610  
(Bei Antwort bitte angeben)

Bearbeiter: Herr Seeberg

Hausanschluß: 2241

### Runderlaß II Nr. 2/1996

#### Voraussetzungen für die Anzeige bzw. die Genehmigung von kommunalen Unternehmen gem. § 110 GO

##### Vorbemerkung

Mit Runderlaß III Nr. 61/1994 wurden bereits die Grundsätze für *“die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen und die Beteiligung Privater nach den Regelungen der Kommunalverfassung Brandenburg vom 15. Oktober 1993”* dargestellt.

In Absatz 4 der Vorbemerkung hierzu hatte ich darauf hingewiesen, daß zu den Fragen der Genehmigungspraxis der Anzeige- bzw. Genehmigungspflichten nach § 110 GO ein weiterer Erlaß ergeht. Dieser Ankündigung komme ich hiermit nach.

Dem Erlaß ist eine Checkliste beigelegt, in der die kommunalaufsichtsrechtlichen sowie die für die Genehmigung relevanten gesellschaftsrechtlichen Prüfungskriterien enthalten sind. Zu diesen einzelnen Punkten sind von den Antragstellern Angaben zu machen bzw. Unterlagen vorzulegen und die Genehmigungsbehörden haben diese Prüfungskriterien für das Genehmigungsverfahren zu beachten. In diesem Zusammenhang sind auch die Vorlage- und Genehmigungsfristen nach § 110 GO zu berücksichtigen. Insoweit verweise ich auf Nr. 16 dieses Erlasses.

Aus diesem Grunde empfiehlt es sich, daß die anliegende Checkliste nicht nur von den Genehmigungsbehörden verwandt wird, sondern bereits Grundlage der Antragstellung ist, damit unnötige Nachfragen und die Nachreichung von Unterlagen vermieden werden können.

Zu jedem einzelnen Punkt dieser Checkliste werde ich im weiteren Verlauf Erläuterungen geben bzw. auf bestehende oder in Kürze nachfolgende Runderlasse verweisen, soweit hier sehr spezielle Vorschriften zu beachten sind.

Wichtig ist vorab die Feststellung, daß im Rahmen des kommunalaufsichtlichen Genehmigungsverfahrens nicht automatisch die registerrechtlichen Voraussetzungen für die Gesellschaftsgründung mit überprüft werden. Vielmehr besteht für die kommunalaufsichtliche Genehmigung ein eigener, gemeinderechtlich orientierter Fragenkatalog.

Hiervon unbeschadet sind jedoch die **grundlegenden** Voraussetzungen des GmbH-, Aktien-, Mitbestimmungs-, HGB-Gesetzes usw. zu beachten. Das heißt z. B., daß die Zusammensetzung des Aufsichtsrates nicht nur den kommunalaufsichtsrechtlichen, sondern auch den gesellschaftsrechtlichen Normen zu entsprechen hat, schon allein um ein Neuaufrollen des Gründungsaktes bei Zurückweisung durch das Registergericht mit einer dadurch auch bedingten kommunalaufsichtlichen Neuprüfung zu vermeiden.

Die Prüfungskriterien bzw. Genehmigungsvoraussetzungen gemäß anliegender Checkliste lauten wie folgt:

### **1. Wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne von § 100 Abs. 1 GO**

(siehe Runderlaß III Nr. 61/1994)

Da die Legaldefinition des § 100 Abs. 1 GO durch die Neuregelung vom 15. Oktober 1993 sehr weit gefaßt ist, wird dieses Kriterium in der Regel als erfüllt anzusehen sein. Es dürfte nicht mehr viele Aufgaben geben, die nicht zumindest theoretisch mit der Absicht der Gewinnerzielung durchgeführt werden könnten.

Zu beachten ist hierbei allerdings, daß gem. § 101 Abs. 2 GO die Gemeinde auch dann - genehmigungspflichtig - Unternehmen gründen, erwerben oder sich an Ihnen beteiligen kann,

1. wenn sie zur Erfüllung der Aufgaben gesetzlich verpflichtet ist,
2. zum Betreiben von Einrichtungen des Bildungs-, des Gesundheits- und Sozialwesens, der Kultur, des Sports, der Erholung sowie von Einrichtungen ähnlicher Art.

Auch bei der Aufgabenerfüllung gemäß dieser Vorgabe dürfte in aller Regel eine wirtschaftliche Tätigkeit i. S. d. § 100 Abs. 1 GO gegeben sein; für eine Genehmigung solcher Unternehmen muß diese Voraussetzung jedoch nicht zwingend vorliegen und ist damit auch nicht Prüfungskriterium.

Aus dieser Differenzierung kann bereits entnommen werden, daß die gesetzlichen Genehmigungsvoraussetzungen und somit auch die Prüfungskriterien gemäß anliegender Checkliste nicht alle kumulativ, sondern zum Teil auch nur alternativ herangezogen werden können.

An dieser Stelle soll auch noch einmal darauf hingewiesen werden, daß die Kriterien für die zulässige wirtschaftliche Betätigung für die Kommunen für alle Formen der kommunalen Aufgabenerfüllung gelten, also bei

- normaler Aufgabenerledigung durch gemeindliche Verwaltung,
- Regiebetrieb (rechtlich und wirtschaftlich unselbständig, aber innerhalb des Haushalts eigenständige Position)
- Eigenbetrieb (wirtschaftlich selbständig, rechtlich Teil der Gemeinde)
- Eigengesellschaft (rechtlich und wirtschaftlich selbständig)
- Beteiligung an einer Gesellschaft.

Genehmigungsrelevant sind die vorgenannten gesetzlichen Kriterien jedoch nur für den Bereich der **Unternehmen** (§ 101 Abs. 3 GO) und hier auch nur gem. § 110 Abs. 1 letzter Satz GO für solche Unternehmen in einer Rechtsform des privaten Rechts. Das heißt, daß zwar auch für die Gründung eines Eigenbetriebes die Voraussetzungen des § 100 GO vorliegen müssen, eine kommunalaufsichtliche Genehmigung ist hierfür jedoch nicht erforderlich, auch wenn diese kommunale Unternehmen i. S. d. § 101 Abs. 3 Nr. 1 GO sind.

Allerdings besteht für die Betriebsatzung des Eigenbetriebes eine Anzeigepflicht gem. § 5 Abs. 3 Satz 2 GO. Der Anzeige ist ein Bericht über die Erfüllung der kommunalrechtlichen Vorschriften zur Gründung eines Unternehmens anhand der Nummer 1 - 10 und 15 der anliegenden Check-Liste beizufügen.

## **2. Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft (§ 100 Abs. 2 GO)**

(siehe hierzu Runderlaß III Nr. 61/1994 - Nr. I. 1.2.1)

## **3. Öffentlicher Zweck (§ 100 Abs. 2 Nr. 1 GO)**

(siehe Runderlaß III Nr. 61/1994 - Nr. I. 1.2.2)

## **4. Betätigung in angemessenem Verhältnis zur Leistungsfähigkeit (§ 100 Abs. 2 Nr. 2 1. Halbsatz GO)**

(siehe Runderlaß III Nr. 61/1994 - Nr. I. 1.2.3)

Hier ist vor allem die **finanzielle** Leistungsfähigkeit des Antragstellers zu prüfen. Das heißt, bestehen auch nur geringe Bedenken, daß die durch die Gesellschaft zu erledigende kommunale Aufgabe die Möglichkeiten der Gemeinde überfordern könnte, so sind in jedem Fall detaillierte Wirtschaftlichkeitsanalysen bzw. -konzeptionen vorzulegen.

Unabhängig davon, welches Amt beim Landkreis die Genehmigung nach § 110 GO erteilt, ist in der Regel auch eine fachliche Stellungnahme der für die haushalts- bzw. wirtschaftsrechtlichen Genehmigungen nach den §§ 85 - 87 GO zuständigen Stelle über die derzeitige und mittelfristige Finanzsituation des Antragstellers einzuholen. Es ist zu prüfen, ob ein eventuell bestehender Zuschußbedarf - dieses ist grundsätzlich nur im **Ausnahmefall** zulässig - in der 5-jährigen Finanzplanung vorgesehen ist, ggf. auch in einem Haushaltssicherungskonzept gem. § 74 Abs. 4 GO. Solche Fragen der finanziellen Leistungsfähigkeit sind insbesondere relevant bei der Genehmigung von Gesellschaften mit größerer finanzieller Tragweite wie z. B. Messe-, Stadthallen-, Theater-, Kurbetriebsgesellschaften usw.

Da in diesen Fällen oft auch andere Landesministerien beteiligt sind - vielfach z. B. als Zuschußgeber - sind ggf. Stellungnahmen dieser Fachressorts durch den Antragsteller mit vorzulegen.

Liegen nicht ausreichend eigene gesicherte Erkenntnisse darüber vor, ob die avisierte Betätigung die Leistungsfähigkeit der Gemeinde überfordern könnte, sind ggf. Erfahrungen mit ähnlichen Projekten aus anderen Städten heranzuziehen.

Zusammenfassend kann hierzu festgestellt werden, daß in keinem Fall Strukturen durch kommunalaufsichtliche Genehmigung sanktioniert werden sollten, deren Existenzfähigkeit zumindest auf mittlere Sicht nicht eindeutig gesichert erscheint.

## **5. Betätigung in angemessenem Verhältnis zum Bedarf (§ 100 Abs. 2 Nr. 2, 2. Halbsatz GO)**

(siehe Runderlaß III Nr. 61/1994 - Nr. I. 1.2.3)

Auch zur Beantwortung dieser Frage sollte im Regelfall eine Bedarfsanalyse, Markterkundungsstudie, Wirtschaftlichkeitskonzeption oder ähnliches durch den Antragsteller mit vorgelegt werden. Gerade wenn auch Zweifel an der Angemessenheit von wirtschaftlicher Tätigkeit im Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde bestehen, ist der voraussichtliche Bedarf einer besonders kritischen Prüfung zu unterziehen.

Die Erfahrungen im Umgang mit den überzogenen und nicht angemessenen Investitionen in der Vergangenheit z. B. im Abwasserbereich zeigen die besondere Bedeutung, die dieser Frage beizumessen ist.

Bei beabsichtigter Gründung eines Unternehmens im Versorgungs- wie im Entsorgungsbereich, aber auch bei Messe- und Stadthallen-Gesellschaften usw. ist eine genaue und realistische Bedarfsberechnung vorzulegen, die im Regelfall durch ein neutrales Gutachten oder eine entsprechende Stellungnahme belegt sein sollte. Ausschließlich eigene Berechnungen und Analysen des Antragstellers können in Zweifelsfällen nicht als ausreichend angesehen werden.

Letztlich wird es jeweils vom Einzelfall abhängig sein, welche Unterlagen und Stellungnahmen vorzulegen sind, insoweit ist eine Standardisierung bei dieser Fragestellung kaum möglich.

Grundsätzlich ist jedoch zu beachten, daß die Aussagekraft und die Verbindlichkeit einer Bedarfsberechnung in dem Umfang höheren Ansprüchen genügen muß, wie auch das in Rede stehende Finanzvolumen ansteigt.

## **6. Aufgabenerfüllung durch die Gesellschaft sparsamer und wirtschaftlicher als durch die Gemeinde selber**

Dieses Kriterium ist unmittelbar und wörtlich nicht aus den Regelungen der GO über die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen zu entnehmen. Dieses ergibt sich vielmehr aus dem allgemeinen Kontext der Gemeindeordnung zur wirtschaftlichen und sparsamen Haushaltsführung, als Haushaltsgrundsatz normiert in § 74 Abs. 2 GO.

Diese Forderung bedingt den Nachweis, daß die offenkundigen Nachteile einer Verlagerung von Zuständigkeiten aus der allgemeinen Verwaltung in die eines rechtlich und wirtschaftlich selbständigen Unternehmens wie z. B. die relative Entscheidungsferne zur Gemeindevertretung, die nur indirekte Kontrollierbarkeit von Geschäftsführung und Aufsichtsrat usw. ausgeglichen werden muß durch den Vorteil einer sparsameren und wirtschaftlicheren Aufgabenerledigung, also einem meßbaren Effizienzgewinn.

D. h., wird eine Zuständigkeit bzw. Aufgabenerledigung aus der Verwaltung heraus in eine Gesellschaft verlagert und werden durch dieses neue Unternehmen auch neue personelle Strukturen geschaffen, so ist zunächst einmal nachzuweisen, daß die entsprechenden Personalkapazitäten bei der Gemeindeverwaltung eingespart, Personalkosten zumindestens reduziert werden.

Ebenso sind Angaben darüber zu machen, ob und ggf. inwieweit die Zuschußsituation durch die beabsichtigte Gesellschaftsgründung verändert wird. An dieser Stelle ist bereits darauf hinzuweisen, daß in der Regel bindende Verpflichtungen zur Gewährung von Zuschüssen in der Zukunft nicht zulässig und damit auch eine entsprechende Gesellschaftsgründung nicht genehmigungsfähig wäre.

Weiterhin ist auch deutlich zu machen, wodurch und in welcher Form das Kommunalunternehmen besser geeignet ist, den Effizienzforderungen der Gemeindeordnung nach Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Aufgabenerfüllung gerecht zu werden.

Bei Vorhaben von größerer finanzieller Bedeutung kann die Erstellung von Synopsen für die Personal- und Sachkosten erforderlich werden. In jedem Fall ist eine nachvollziehbare und schlüssige Darstellung der neu zu schaffenden Unternehmensformen und -ziele darzustellen, durch die die erforderlichen Wirtschaftlichkeitseffekte erreicht werden sollen.

## **7. Vorhaben öffentlich bekanntgemacht (§ 101 Abs. 4 GO)**

(siehe Runderlaß III Nr. 61/1994 - Nr. I. 2.2.1)

Eine Ausfertigung bzw. Ablichtung der Veröffentlichung in der Tageszeitung oder einem entsprechenden Veröffentlichungsblatt ist in jedem Fall der Antragstellung beizufügen.

## **8. Liegen Angebote Dritter vor, insbesondere bei Vorhaben, die für eine Privatisierung grundsätzlich in Betracht kommen (§ 101 Abs. 4 Satz 2 GO)**

(siehe Runderlaß III Nr. 61/1994 - Nr. I. 2.2.2)

Ergänzend zu den vorgenannten Hinweisen meines Runderlasses III Nr. 61/1994 weise ich aufgrund der Erfahrungen bei der Genehmigungspraxis darauf hin, daß nicht nur der Nachweis der Veröffentlichung, ggf. verbunden mit der direkten Aufforderung zur Angebotsvorlage, sondern auch das **Ergebnis** dieser Veröffentlichung vorliegen muß.

**Sind Angebote privater Dritter aufgrund der Veröffentlichung eingegangen und entscheidet sich die Gemeindevertretung gleichwohl für die kommunale Aufgabenerfüllung in Form eines kommunalen Unternehmens, so ist dieses detailliert und spezifiziert zu begründen.**

Wie bereits mit Runderlaß III Nr. 61/1994 festgestellt, hat der Gesetzgeber bei Neufassung der Gemeindeordnung neben der Privatisierungsklausel bewußt auch die Autonomie der Gemeindevertreterbeschlüsse als Grundprinzip festgeschrieben. Diese Beschlußfassung über die zukünftige Aufgabenerfüllung kann jedoch nicht willkürlich von den Gemeindevertretern ausgeübt werden, sondern sie unterliegt allen gemeindehaushaltsrechtlichen Forderungen nach sparsamer und wirtschaftlicher Aufgabenerfüllung und bedingt somit im Normalfall die Wahl des günstigeren Angebots. Nur wenn in Ausnahmefällen übergeordnete Gründe - seien sie sozial, kulturell o. ä. - vorliegen und diese auch von einem objektiven Dritten nachzuvollziehen sind, kann von dieser Verpflichtung abgewichen werden. Dieses Abweichen ist der kommunalen Aufsichtsbehörde umfassend und schlüssig nachzuweisen. Anderenfalls kann eine Genehmigung zur Gründung eines kommunalen Unternehmens nicht erteilt werden.

## **9. Beachtung der Grundsätze nach § 100 Abs. 3 GO**

(siehe Runderlaß III Nr. 61/1994 - Nr. I. 2.2.3 i.V.m. I. 2.1)

**10. Beachtung der Wirtschaftsgrundsätze nach § 107 GO**

(siehe Runderlaß III Nr. 61/1994 - Nr. I. 2.4)

**11. Erfüllung der Aufgabe durch Gesellschaftsvertrag bzw. durch Satzung sichergestellt (§ 102 Nr. 1 GO)?**

(siehe Runderlaß III Nr. 61/1994- Nr. I 2.3.1)

**12. Angemessener Einfluß der Gemeinde in Gesellschafterversammlung und Aufsichtsrat oder entsprechendem Überwachungsorgan sichergestellt (§ 102 Nr. 2 GO) ?**

(siehe Runderlaß III Nr. 61/1994 - Nr. I. 2.3.2 i.V.m. Anlage 1 und 2 des Erlasses)

Unabhängig von den zugewiesenen Entscheidungskompetenzen ist zunächst einmal zu prüfen, ob der Einfluß der Gemeinde in der Gesellschafterversammlung bzw. im Aufsichtsrat oder einem entsprechenden Überwachungsorgan durch eine angemessene **zahlenmäßige** Vertretung sichergestellt ist.

Dieses ist bei der **Gesellschafterversammlung** vergleichsweise einfach festzustellen, da unabhängig von der Zahl der Vertreter eines Gesellschafters bei der Gesellschafterversammlung jeder Gesellschafter seine ihm gemäß der Stammeinlage zustehenden Stimmrechte nur einstimmig ausüben kann. Das heißt, unabhängig davon, ob entsprechend § 104 Abs. 1 Satz 1 GO der Bürgermeister oder Landrat die Gemeinde/den Kreis in der Gesellschafterversammlung vertritt oder von ihm berufene Bedienstete oder eine sonstige Regelung i. S. d. § 104 Abs. 1 Satz 2 und 3 gefunden wird, bleibt das Stimmenverhältnis immer gleich. Dabei kann die Gemeindevertretung ihr Weisungsrecht nach § 104 Abs. 1 letzter Satz GO unabhängig davon ausüben, wer die Gemeinde in der Gesellschafterversammlung vertritt.

Schwieriger ist die Frage der Sicherung des angemessenen Einflusses der Gemeinde im **Aufsichtsrat**.

Wenn aus sachlich und fachlich gebotenen Gründen lt. Gesellschaftsvertrag bzw. -satzung ganz bestimmte Funktionsträger als geborene Mitglieder des Aufsichtsrates benannt werden sollen, wie z. B. der Leiter der Sparkasse, der Industrie- und Handelskammer usw., ist zunächst darauf zu achten, daß laut Satzung für die Gemeinde eine ausreichende Zahl von eigenen Aufsichtsratssitzen zur Verfügung steht.

Bei einer Eigengesellschaft dürfte hier eine 2/3-Mehrheit als ausreichend anzusehen sein.

Bei einer Mehrpersonengesellschaft mit einer kommunalen Beteiligung von mehr als 50 % muß sich dieses Mehrheitsverhältnis auch im Aufsichtsrat widerspiegeln.

Ist die Voraussetzung der angemessenen Zahl von Aufsichtsratsplätzen für die Gemeinde laut Satzung geregelt, so ist noch festzustellen, wer die Gemeinde dort vertreten kann.

§ 104 Abs. 1 GO verweist hierfür auf die Regelungen des § 50 Abs. 2 und 3 GO über die Mitgliedschaft in den Ausschüssen. Danach werden die Mitglieder nach dem Hare-Niemeyer-Verfahren aus dem Kreis der Abgeordneten nach Fraktions-Vorschlag bestimmt. Die sinn-gemäße Übertragung dieses Verfahrens auf die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder dürfte im Normalfall keine Schwierigkeiten bereiten. Problematischer ist dagegen die Frage, inwieweit auch ein hiervon abweichendes Verfahren gewählt werden kann, so wie dieses im § 50 Abs. 10 GO für die Ausschußbesetzung ausdrücklich geregelt ist. Zwar enthält der § 104 Abs. 1 GO nur den Verweis auf die Absätze 2 und 3 des § 50 GO. Dieses ist jedoch eher als redaktionelles Versehen einzustufen, da im § 50 Abs. 6 GO ausdrücklich auch die Bestellung von Vertretern für Organe in kommunalen wirtschaftlichen Unternehmen nach dem Ausschuß-Wahl-Verfahren geregelt wird und die Ausnahmebestimmung des § 50 Abs. 10 GO wieder-um ausdrücklich diesen Abs. 6 mit einbezieht.

Für die Ausschußbesetzung gem. § 50 Abs. 10 GO kann bei Einstimmigkeit der Beschlußfassung ein von den Absätzen 2 - 4 und 6 abweichendes Verfahren von der Gemeindevertretung bestimmt werden kann. Zwar wird bei diesem abweichenden Verfahren grundsätzlich von der Entsendung von Gemeindevertretern ausgegangen. Da jedoch gem. § 104 Abs. 2 GO die Ausschußregelungen der gesellschaftlichen Organe nur sinngemäß anzuwenden sind, können hier bei Einstimmigkeit der Gemeindevertreterentscheidung ausnahmsweise auch Funktions-träger der Gemeindeverwaltung bestimmt werden. Insoweit ist der Begriff "Verfahren" hier nicht nur auf die Wahl der Mitglieder, sondern insgesamt auf das gesamte Entsendeverfahren einschließlich der **Auswahl** der zu Wählenden zu beziehen. Dieses ist analog auch für die Besetzung des Aufsichtsrates oder vergleichbarer Überwachungsorgane anzuwenden. D. h., bei Einstimmigkeit der Beschlußfassung können auch Funktionsträger der Gemeindeverwaltung über die Gemeindeliste in den Aufsichtsrat entsandt werden.

Schwierig gestaltet sich auch die Durchsetzung des angemessenen Einflusses der Gemeinde bei Gesellschaften, die gesetzlichen Mitbestimmungsregelungen zur Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat unterliegen.

Nach § 76 Abs. 1 Betriebsverfassungsgesetz (BVerfG) ist bei Aktiengesellschaften grundsätz-lich ein Aufsichtsrat zu bilden, der zu einem Drittel aus Vertretern der Arbeitnehmer besteht. Nach § 77 Abs. 1 BVerfG gilt dies bei GmbH's erst bei einer Größenordnung von mehr als 500 Arbeitnehmern.

Ab einer Größe von 2.000 Arbeitnehmern ist gem. §§ 6 und 7 Mitbestimmungsgesetz (MitbestG) eine paritätische Besetzung des Aufsichtsrates vorzunehmen. Dies gilt sowohl für GmbH's als auch für Aktiengesellschaften. Nach § 27 Abs. 1 MitbestG wird der Vorsitzende von 2/3 der Mitglieder aus der Mitte des Aufsichtsrates gewählt. Ist eine solche Mehrheit nicht zu erreichen, wählen gem. § 27 Abs. 2 MitbestG die Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner den Aufsichtsratsvorsitzenden und Mitglieder der Arbeitnehmer seinen Vertreter.

Diese Regelungen haben zur Folge, daß bei obligater Bildung eines Aufsichtsrates mit vorgegebener Arbeitnehmervertretung in einer Gesellschaft, an der die Gemeinde mit knapp über 50 % beteiligt ist, sie im Aufsichtsrat keine Mehrheit mehr stellen kann.

In solchen Fällen ist es möglich, ggf. sogar notwendig, daß sich die öffentlich-rechtlichen Anteilseigner zu einem Verband/Verein zusammenschließen oder in einem Konsortialvertrag eine gemeinsame Stimmabgabe vereinbaren. Hierdurch kann ggf. vermieden werden, daß eine Gemeinde als Mehrheitsgesellschafter im Aufsichtsrat überstimmt werden kann.

### **13. Haftung und Einzahlungsverpflichtung auf angemessenem Betrag begrenzt (§ 102 Nr. 3 GO)**

(siehe Runderlaß III Nr. 61/1994 - Nr. I. 2.3.3)

Diese Voraussetzung, die in § 102 Nr. 3 GO noch einmal ausdrücklich normiert ist, entspringt den grundlegenden Haushaltsprinzipien der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit sowie der Wahrheit und Klarheit. Eine Gemeinde kann grundsätzlich keine Unternehmensgründungen vornehmen, wenn diese mit nicht kalkulierbaren finanziellen Risiken in der Zukunft belastet sind.

Aus diesem Grund scheiden bestimmte Organisationsformen des privaten Rechts in der Regel aus. Hierzu gehören vorrangig alle Formen der Personengesellschaft wie z. B. der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), der offenen Handelsgesellschaft (oHG) und der Kommanditgesellschaft (KG).

Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (auch BGB-Gesellschaft genannt) ist gem. §§ 705 ff BGB eine auf Vertrag beruhende Personenvereinigung ohne Rechtsfähigkeit, bei der sich die Gesellschafter gegenseitig verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beträge zu leisten. Wichtig ist hierbei vor allem die Feststellung, daß die Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden unbeschränkt, also auch mit ihrem Privatvermögen, gesamtschuldnerisch haften (§§ 714, 427 und 431 BGB).

Dieses ist mit der gesetzlich geforderten Begrenzung der Haftung der Gemeinde auf einen festen Betrag nicht zu vereinbaren.

Eine vergleichbare Einschränkung hinsichtlich ihrer Anwendbarkeit im kommunalen Bereich ist für die offene Handelsgesellschaft (siehe § 105 ff BGB) zu treffen. Die oHG ist gem. § 105 Abs. 1 BGB eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, bei der alle Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern uneingeschränkt haften.

Schließlich scheidet auch die Kommanditgesellschaft aus.

Hinsichtlich der Haftung sind zwei Arten von Kommanditgesellschaftern zu unterscheiden: **Komplementäre**, d.h. persönlich haftende Gesellschafter, von denen es zumindest einen geben muß, haften den Gesellschaftsgläubigern gegenüber unbeschränkt. Die Haftung der **Kommanditisten** gegenüber den Gesellschaftsgläubigern ist auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage beschränkt. Mit Rücksicht auf die dargestellte Notwendigkeit einer kommunalen Haftungsbeschränkung auf einen bestimmten Betrag könnte allenfalls eine Beteiligung als Kommanditist an einer KG für eine Kommune in Betracht gezogen werden. Da aber der Kommanditist wesentlich geringere Befugnisse hat als der unbeschränkt haftende Komplementär, hat auch diese Organisationsform im kommunalen Bereich i. d. R. keine rechtliche Grundlage.

Für eine wirtschaftliche Tätigkeit könnten als Organe des privaten Rechts noch in Frage kommen (nicht als Personengesellschaften), sondern als Körperschaften, der nicht rechtsfähige (§ 54 BGB) bzw. der rechtsfähige Verein (§ 21 BGB) oder die Genossenschaft.

Auf einen nicht rechtsfähigen Verein, also einen Verein, der nicht in das Vereinsregister eingetragen ist, finden gem. § 54 Satz 2 BGB die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung. Da folglich auch bei einem nicht rechtsfähigen Verein die Vereinsmitglieder persönlich mit ihrem gesamten Vermögen für rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten des Vereins haften, scheidet diese Organisationsform - wie zuvor die Personengesellschaften - für die Kommune jedenfalls als Träger eines wirtschaftlichen Unternehmens aus.

Bei einem rechtsfähigen Verein sind zwei Arten zu unterscheiden: der **wirtschaftliche Verein** (§ 22 BGB) und der Verein, der nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist (sogenannter Idealverein § 21 BGB).

Während ein Idealverein die Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Vereinsregister des zuständigen Amtsgerichtes erlangt, bedarf der wirtschaftliche Verein zu seiner Rechtsfähigkeit einer staatlichen Verleihung. Maßgeblich für die Abgrenzung ist der vom Verein beabsichtigte Zweck, wobei insoweit in erster Linie die Vereinssatzung heranzuziehen ist. Der eingetragene Verein ist gegenüber der Kommune als juristische Person mit eigener Rechtspersönlichkeit rechtlich und organisatorisch verselbständigt, Organe des Vereins sind die Mitgliederversammlung und der Vorstand. Die Haftung ist auf das Vereinsvermögen beschränkt, d. h. eine persönliche Haftung der Vereinsmitglieder kommt nicht in Betracht.

Wie bereits dargestellt, kann gem. § 22 BGB ein wirtschaftlicher Verein seine Rechtsfähigkeit jedoch nur durch staatliche Verleihung erlangen. Die Verleihung der Rechtsfähigkeit ist allerdings **subsidiär**, d. h. die Kommune muß vorrangig im Hinblick auf ein Wirtschaftsunternehmen auf die zur Verfügung stehenden Organisationsformen des Handelsrechts zurückgreifen. Vorrangig sind demzufolge GmbH bzw. Aktiengesellschaft, so daß kaum noch ein Anwendungsfall für den subsidiären wirtschaftlichen Verein im kommunalen Bereich vorstellbar ist.

**14. Sind Entscheidungen, die nach § 35 Abs. 2 GO der Gemeindevertretung vorbehalten sind, analog der Beschlußfassung der Gesellschafterversammlung unterworfen ?**

Die Wahl von Organisationsformen des privaten Rechts zur Erfüllung kommunaler Aufgaben darf nicht zur Aushöhlung der grundgesetzlich (siehe Art. 28 GG) festgelegten Prinzipien der kommunalen Selbstverwaltung und Selbstverantwortung führen. Aus diesem Grunde sind auch die Zuständigkeitsregelungen der Gemeindeordnung zu beachten.

§ 35 Abs. 2 GO führt ennumerativ die Zuständigkeiten auf, die der Gemeindevertretung ausschließlich vorbehalten sind. Analog dieser Regelungen sind unter Berücksichtigung gesellschaftsrechtlicher Vorschriften die Zuständigkeiten der Überwachungsorgane Gesellschafter/Gesellschafterversammlung (§§ 45 ff GmbHG) und Aufsichtsrat (§ 52 GmbHG für den fakultativen Aufsichtsrat; obligatorischer Aufsichtsrat nach dem Betriebsverfassungsgesetz und dem Mitbestimmungsgesetz) auszugestalten.

Besteht kein Aufsichtsrat, sind folgende Entscheidungen der Gesellschafterversammlung vorbehalten:

**1. Festsetzung allgemeiner privatrechtlicher Entgelte**

Die Zuständigkeit beschränkt sich allein auf die Entgelte für **freiwillige** Selbstverwaltungsaufgaben. Soweit es sich um Entgeltfestsetzungen für **pflichtige** Selbstverwaltungsaufgaben handelt, bleibt die originäre Zuständigkeit der Gemeindevertretung gem. § 35 Abs. 2 Nr. 15 GO bestehen, da in diesen Fällen Private nur als Erfüllungsgehilfen der Gemeinde tätig werden können.

**2. Festsetzung des Wirtschaftsplanes**

Ist im Gesellschaftsvertrag die Aufstellung eines Wirtschaftsplanes vorgesehen, so obliegt der Gesellschafterversammlung die Festsetzung des Wirtschaftsplanes, der sich z. B. aus dem Investitions-, dem Finanz- und Erfolgsplan sowie einer Stellenübersicht zusammensetzt.

**3. Bürgschaften, Gewährverträge, sonstige Sicherheiten für Dritte**

Für die Übernahme von Bürgschaften, den Abschluß von Gewährverträgen, die Bestellung anderer Sicherheiten für Dritte sowie Rechtsgeschäfte, die den Vorgenannten wirtschaftlich gleichkommen, gilt grundsätzlich, daß diese Rechtsgeschäfte nur in Ausnahmefällen getätigt werden sollten.

Im Gesellschaftsvertrag sollte dieser Grundsatz zum Ausdruck kommen. Zudem bedürfen diese Rechtsgeschäfte der Zustimmung, sobald sie eine im Gesellschaftsvertrag oder in der entsprechenden Geschäftsordnung eines Unternehmensorgans (Geschäftsführung, Aufsichtsrat und/oder Gesellschafterversammlung) festzulegende Wertgrenze überschreiten. Bei der Festsetzung von Wertgrenzen ist zu beachten, daß die finanzwirtschaftlichen Risiken dieser Rechtsgeschäfte sowohl für das Unternehmen als auch für die Haushaltswirtschaft der Gemeinde zu minimieren sind.

#### **4. Abschluß, Änderung und Aufhebung von Grundstücksgeschäften**

Der Abschluß, die Änderung und Aufhebung von Grundstücksgeschäften bedarf der Zustimmung, soweit sie einen bestimmten Wert überschreiten oder den üblichen laufenden Geschäften nicht zugerechnet werden können. Die Abgrenzung ist im Gesellschaftsvertrag oder in der Geschäftsordnung eines Unternehmensorgans zu regeln.

#### **5. Gründung, Erwerb, Pacht und Beteiligung an einer Gesellschaft**

Grundsätzlich sollte der Gesellschaft nicht das Recht eingeräumt werden, Unternehmen zu gründen, zu erwerben, zu pachten oder sich an anderen Unternehmen zu beteiligen. Diese restriktive Vorgehensweise ist notwendig, da andernfalls die Gesellschaft ein weit verzweigtes Unternehmensgefüge aufbauen kann, das sich der gemeindlichen Kontrolle weitgehend entzieht. Zudem könnten auf diese Weise Geschäftsfelder erschlossen werden, die in keinem Zusammenhang zum kommunalen Aufgabenfeld stehen. Die Möglichkeit, solche Rechtsgeschäfte tätigen zu können, sollte der Gesellschaftsvertrag nur in begründeten Fällen zulassen.

Für diesen Ausnahmetatbestand ist generell die Zustimmung der Gesellschafterversammlung erforderlich.

Hierbei ist auch zu berücksichtigen, daß gem. § 35 Abs. 2 Nr. 26 GO die Entscheidung über Art und Umfang der Beteiligung **der** Unternehmen, an denen die Gemeinde mehr als ein Viertel der Geschäftsanteile hält, an weiteren Unternehmen, der Gemeindevertretung vorbehalten ist. Da gesellschaftsrechtlich Handlungen einer Gesellschaft nicht von der Zustimmung externer Entscheidungsträger abhängig gemacht werden können, ist dieses Recht der Gemeindevertretung in Form der Ausübung des Weisungsrechts an den/die Vertreter der Gemeinde in der Gesellschafterversammlung gem. § 104 Abs. 1 letzter Satz GO wahrzunehmen.

#### **6. Auflösung und Veräußerung von Unternehmen sowie Beteiligungen**

Diese Rechtsgeschäfte sind an die Zustimmung der Gesellschafterversammlung zu binden, da sie aus dem laufenden Geschäftsrahmen herausfallen.

## 7. Feststellung des Jahresergebnisses und dessen Verwendung

Es handelt sich hierbei um originäre Aufgaben der Gesellschafterversammlung, die nach dem GmbH-Recht aber auf andere Organe übertragen werden können. Aus gemeinde-rechtlicher Sicht sind sie jedoch im Zuständigkeitsbereich der Gesellschafter analog den Regelungen des § 35 Abs. 2 Nr. 16 GO zu belassen.

Soweit im Gesellschaftsvertrag als Überwachungsorgan nur die Gesellschafterversammlung vorgesehen ist, ergänzen und konkretisieren die o. a. Zuständigkeiten den Aufgabenkreis der Gesellschafter gem. § 46 GmbHG.

Bei Installierung eines fakultativen oder obligatorischen Aufsichtsrates oder eines Organs, das vergleichbare Funktionen wahrnimmt, sollte die Zuständigkeitsverteilung wie folgt aussehen:

Die Festsetzung allgemeiner privatrechtlicher Entgelte bei freiwilligen Aufgaben (Nr. 1), die Festsetzung des Wirtschaftsplanes (Nr. 2), die Entscheidung über die Gründung, den Erwerb und die Pacht von Unternehmen sowie die Beteiligung an anderen Unternehmen (Nr.5), die Auflösung und Veräußerung von Unternehmen wie auch Beteiligungen (Nr. 6) und die Feststellung des Jahresergebnisses und dessen Verwendung (Nr. 7) sind ausschließlich dem Zuständigkeitsbereich der Gesellschafterversammlung zuzuweisen.

Bei den Punkten 3. (Bürgschaften, Gewährverträge und sonstige Sicherheiten für Dritte) und 4. (Abschluß, Änderung und Aufhebung von Grundstücksgeschäften) können dem Aufsichtsrat Entscheidungskompetenzen bis zu einer in der Geschäftsordnung festzulegenden Wertgrenze übertragen werden.

Ergänzend sei angemerkt, daß nach dem GmbHG Entscheidungen über

- Satzungsänderungen (§ 53) einschließlich Kapitalerhöhung (§ 55 sowie Kapitalerhöhungsgesetz) und Kapitalherabsetzungen (§ 58)
- rechtsformwechselnde und übertragende Umwandlungen nach dem Umwandlungsgesetz (UmwG)
- Verschmelzungen, Spaltungen und Vermögensübertragungen nach dem UmwG
- Unternehmensverträge i. S. d. Konzernrechts
- Ausschließung eines Gesellschafters (§ 15 GmbHG)
- Auflösung bzw. Fortsetzung der Gesellschaft (§ 60 GmbHG)
- Einforderung von Nachschüssen (§ 26 Abs. 1 GmbHG)
- Auswahl und Abberufung der Liquidatoren (§ 66 GmbHG)
- Wahl, Entlastung und Abberufung der Aufsichtsratsmitglieder (§ 52 GmbHG)
- Wahl der Abschlußprüfer (§ 318 Abs. 1 Handelsgesetzbuch - HGB -)

zwingend dem Zuständigkeitsbereich der Gesellschafterversammlung zuzurechnen sind.

### **15. Beschlußfassung der Gemeindevertretung gem. § 35 Abs. 2 Nr. 25 - 27 GO**

Die in § 110 Abs. 1 Nr. 1 - 7 GO genannten Entscheidungen der Gemeinde sind gem. § 35 Abs. 2 Nr. 25 - 27 GO im Katalog der exklusiven Aufgabenzuweisung an die Gemeindevertretung enthalten und dürfen nicht auf andere Organe der Gemeinde wie z. B. Bürgermeister oder Ausschuß übertragen werden.

Aus diesem Grunde sind jedem Genehmigungsantrag oder jeder Anzeige die erforderlichen Beschlüsse **mit Begründung** beizufügen.

Zwar führt die Beschlußfassung durch ein nicht dazu ermächtigtes Organ nicht zur Unwirksamkeit des getätigten Rechtsgeschäftes - im Gegensatz zu einer versagten Genehmigung. Durch diese Bindung an die kommunalaufsichtliche Genehmigung kann jedoch größerer Schaden für die Gemeinde durch evtl. Schadensersatzforderungen des Geschäftspartners vermieden werden. Aus diesem Grunde ist grundsätzlich eine Genehmigung nach § 110 GO nur dann zu erteilen, wenn alle erforderlichen Beschlüsse durch die hierzu befugten und zuständigen Organe vorliegen und sie allen gesetzlichen Erfordernissen genügen.

Dabei ist zu beachten, daß bei Aufnahme einer bestimmten wirtschaftlichen Betätigung i. S. d. § 110 Abs. 1 GO i.d.R. mindestens zwei Gemeindevertretungsbeschlüsse vorliegen müssen, nämlich

- ein Beschluß über die beabsichtigte Maßnahme, die einer Veröffentlichung gemäß den Regelungen des § 101 Abs. 4 GO bedarf,
- ein Beschluß **nach** Veröffentlichung und Überprüfung der möglichen Handlungsalternativen aufgrund vorliegender privater Angebote.

Wie bereits festgestellt, ist ein Gemeindevertreterbeschuß, der bewußt nicht die wirtschaftlichere Variante wählt, ausführlich zu begründen, da dieses nur im Ausnahmefall unter Berücksichtigung besonderer, übergeordneter Gesichtspunkte genehmigungsfähig ist.

### **16. Anzeige- bzw. Genehmigungsfristen beachtet ( § 110 Abs. 1 und 4 GO)**

Die in § 110 GO normierten Fristen haben seit Inkrafttreten der neuen Kommunalverfassung immer wieder zu Irritationen und Nachfragen geführt, insbesondere zur Vereinbarkeit der 6-Wochen-Frist nach Abs. 1 mit den 2-Monats-Fristen nach Abs. 4.

Hierzu ist vorab festzustellen, daß die Fristenregelungen nach § 110 Abs. 1 und Abs. 4 GO alternativ zu verstehen sind, d. h., Abs. 1 bezieht sich auf den Zeitraum der Geltungsdauer der Anzeigepflicht und Abs. 4 auf den der Genehmigungspflicht. Diese Zeiträume sind durch die Stichtagsregelung zum 31.12.1998 klar voneinander getrennt, so daß es in keinem Fall zu konkurrierenden Regelungen kommen kann.

## **16.1 Anzeigepflicht nach § 110 Abs. 1 GO**

Die 6-Wochen-Frist nach Absatz 1 bezieht sich auf den Zeitraum der rechtlich wirksamen Anzeigepflicht, d. h. also ab dem 01. Januar 1999. Durch diese Frist soll sichergestellt werden, daß die Gemeinde vor Abschluß der aufsichtsbehördlichen Prüfung jede rechtliche Bindung vermeidet, die sich aus dem Vollzug der Entscheidung ergibt. Diese rechtliche Bindung, also der Beginn des Vollzuges der Beschlußfassung der Gemeindevertretung, setzt in der Regel ein bei Abschluß einer vertraglichen Vereinbarung.

Unabhängig davon, ob dieser Vertrag notariell beglaubigt werden muß oder nicht, werden mit Vertragsabschluß zumindest schuldrechtliche Bindungen eingegangen, die zu haftungsrechtlichen Ansprüchen führen können. Die in § 110 Abs. 1 Nr. 1 - 7 genannten Rechtsgeschäfte setzen in der Regel ein solches schuldrechtliches Vertragsverhältnis voraus, unabhängig vom weiteren Vollzug z. B. in Form der handelsregisterrechtlichen Eintragung.

Ohne daß dieses im Gesetz *expressis verbis* genannt ist, verlängert sich diese 6-Wochen-Frist bei der Anzeigepflicht automatisch, wenn die Aufsichtsbehörde um entsprechende Nachreichung von Angaben bzw. Unterlagen bittet. Andererseits kann sich selbstverständlich diese Frist dadurch abkürzen, daß die Aufsichtsbehörde bereits vor Fristablauf erklärt, keine Bedenken gegen die geplante Maßnahme der Gemeinde zu haben.

Auf die Berechnung der 6-Wochen-Frist finden die §§ 187 und 188 BGB Anwendung.

Eine Anzeige hat grundsätzlich schriftlich zu erfolgen. Eine lediglich mündlich oder fernmündlich abgegebene Erklärung vermag also auch die gesetzliche 6-Wochen-Frist nicht in Lauf zu setzen.

Beginnt im Rahmen eines Anzeigeverfahrens eine Gemeinde mit dem Vollzug des Vorhabens trotz ggf. von der Aufsichtsbehörde erhobener Bedenken, so sind Rechtsgeschäfte, die sie in diesem Zusammenhang abschließt, dennoch rechtswirksam. Dasselbe gilt, wenn die Gemeinde, ohne den Ablauf der 6-Wochen-Frist abzuwarten, mit dem Vollzug beginnt oder wenn sie die Anzeige überhaupt unterlassen hat.

Die Aufsichtsbehörde hat dann ggf. von ihren kommunalaufsichtsrechtlichen Mitteln nach §§ 123 ff. GO Gebrauch zu machen, um den weiteren Vollzug der schon eingeleiteten Maßnahmen zu verhindern bzw. um diese wieder rückgängig zu machen. Die sich hieraus möglicherweise ergebende Schadensersatzhaftung ist durch die Gemeinde zu tragen.

## **16.2 Genehmigungspflicht nach § 110 Abs. 4 GO**

Die bis zum 31. Dezember 1998 bestehende Genehmigungspflicht entfaltet dagegen andere Rechtswirkungen.

Zunächst einmal wird die 6-Wochen-Frist aus Absatz 1 durch die speziellen Fristen für die Genehmigungstatbestände nach Absatz 4 ersetzt.

Vor Erteilung der Genehmigung ist ein evtl. bereits getätigtes Rechtsgeschäft schwebend unwirksam, bei Versagung der Genehmigung ist dieses endgültig rechtsunwirksam.

Hiervon unbeschadet bleibt jedoch auch in diesen Fällen ein möglicher Anspruch des Vertragspartners auf Schadensersatz, da eine Nichtigkeit des Vertrages mit wesentlich eingeschränkten Schadensersatzansprüchen erst einsetzt, wenn ein Rechtsgeschäft gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Dieses ist aber nur selten der Fall bei Versagung der Genehmigung. Eine Nichtigkeit bei Versagung einer notwendigen behördlichen Genehmigung ist in der Regel erst dann gegeben, wenn das Rechtsgeschäft von beiden Seiten in Umgehungsabsicht abgeschlossen wird. Die Umgehungsabsicht nur einer Partei ist hierbei unschädlich.

Eine Nichtigkeit kann ggf. noch gem. § 138 BGB eintreten bei Abschluß von gemeindlichen Verträgen, deren Erfüllung nur unter **schwerer** Verletzung von Haushaltsvorschriften möglich ist.

Verstreicht die in § 110 Abs. 4 GO genannte Frist von zwei Monaten, ohne daß die Genehmigungsbehörde tätig geworden ist, setzt die gesetzlich vorgesehene Genehmigungsfiktion ein. Diese steht einer tatsächlich erteilten Genehmigung gleich. Dieses ist ggf. der Gemeinde bei Verlangen, z. B. durch das Registergericht, formlos zu bestätigen.

Fordert die Aufsichtsbehörde zur notwendigen Sachaufklärung noch weitere Unterlagen, Angaben oder Begründungen etc. an, so beginnt eine erneute 2-Monats-Frist, die normalerweise durch Genehmigung, Versagung der Genehmigung oder Genehmigungsfiktion durch Fristablauf bei Untätigkeit der Aufsichtsbehörde endet.

Ähnlich wie bei der Anzeigepflicht ist jedoch auch hier darauf hinzuweisen, daß bei offenkundiger Lücken- bzw. Fehlerhaftigkeit nachgeforderter Unterlagen die 2-Monats-Frist erneut ausgesetzt wird. In besonderen Fällen bei erneuter Unzulänglichkeit der nachgereichten Unterlagen kann sich dieses wiederholen.

Auch für die Fristen nach § 110 Abs. 4 GO gelten die §§ 187 und 188 BGB.

Hinsichtlich des Genehmigungsverfahrens ist auf folgendes hinzuweisen:

Eine Genehmigung kann im Normalfall nur für ein **getätigtes**, nicht für ein **beabsichtigtes** Rechtsgeschäft erteilt werden, da ansonsten zwischen Genehmigung und Abschluß des Rechtsgeschäftes noch Änderungen vorgenommen werden könnten. Um jedoch zeit- und vor allem kostenaufwendige Vertragsänderungen mit notarieller Beglaubigung vermeiden zu können, ist in § 110 Abs. 4 GO der Begriff "Genehmigung" zu verstehen als "Feststellung der Genehmigungsfähigkeit". Diese Feststellung, ggf. unter Maßgaben erteilt, ist der für die Fristen des § 110 Abs. 4 entscheidende Zeitpunkt. Die Vollziehung der Genehmigung eines notariell beglaubigten Rechtsgeschäftes ist der abschließende Akt, der jedoch aufgrund längerer Abwicklungsprobleme möglicherweise erst nach Monaten eintreten kann.

Dieses Verfahren hat den weiteren Vorteil, daß die Registergerichte einen ohne Maßgaben genehmigten Vertrag erhalten und nicht mehr prüfen müssen, ob die von der Aufsichtsbehörde erteilten Auflagen und Maßgaben ordnungsgemäß in das abgeschlossene Rechtsgeschäft eingearbeitet wurden. Auch dieses hat in der Vergangenheit oft zu zeitaufwendigen Nachfragen und Recherchen geführt.

Abschließend wird den Aufsichtsbehörden empfohlen, von den Kommunen vorgelegte "Anzeigen" von Unternehmensgründungen bis zum 31. Dezember 1998 als Anträge auf Genehmigung zu qualifizieren und sie auch so zu behandeln, um unnötige Zeitverluste zu vermeiden. Die Antragsteller sind hierüber zu unterrichten.

### **17. Entlohnung der Geschäftsführer bzw. leitenden Angestellten**

Zwar sind im Rahmen der Gründung einer Gesellschaft der Kommunalaufsichtsbehörde normalerweise keine Angaben über die Höhe der Gehälter für Geschäftsführer und der leitenden Angestellten zu machen. Gleichwohl sollte darauf hingewirkt werden, daß im Rahmen der zu treffenden Regelungen für die Eingruppierung bzw. Entlohnung gerade auch der leitenden Angestellten in der Gesellschaft angemessene Bezüge zugrundegelegt werden. In der Regel können Hinweise hierzu jedoch nur empfehlenden Charakter haben.

Grundsätzlich sollte jedoch in Fällen von Umwandlungen nachgefragt werden, ob und inwieweit Besoldungsveränderungen vorgenommen worden sind gegenüber den bisherigen öffentlich-rechtlichen Regelungen.

Anhaltspunkte für eine Prüfung der Angemessenheit können sich ergeben durch Vergleich mit der

- WerkleiterbesoldungsVO (gilt zwar nur für Beamte, kann jedoch auf Angestellte **entsprechend** angewandt werden).
- Gehaltsspiegel des Verbandes der Führungskräfte in Bergbau, Energiewirtschaft und Umweltschutz eV (VdF)
- tarifrechtlichen Regelungen
- sonstige Unterlagen und Angaben z. B. des Verbandes kommunaler Unternehmen (VKU), Verband der kommunalen Arbeitgeber (KAV), der kommunalen Gemeinschaftsstelle der Verwaltungsvereinfachung (KGSt), von Wirtschaftsprüfungsinstituten usw.

**18. Sind die Prüfungsrechte nach §§ 53 und 54 Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG) nach § 105 Abs. 1 GO eingeräumt?**

Besitzt eine Gemeinde die Mehrheit der Anteile einer Gesellschaft oder besitzt sie mindestens 25 % der Anteile und gehört ihr zusammen mit anderen Gebietskörperschaften mehr als 50 %, so soll die Gemeinde die Rechte nach § 53 Abs. 1 HGrG ausüben, d. h. durch Regelung im Gesellschaftsvertrag ist grundsätzlich zu verlangen, daß im Rahmen der Abschlußprüfung zusätzlich die Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung mitgeprüft und über die wirtschaftlichen Verhältnisse Bericht erstattet wird. Zur Berichterstattung über die wirtschaftlichen Verhältnisse zählen z. B. die Entwicklung der Vermögens- und Ertragslage, die Rentabilität der Gesellschaft, verlustbringende Geschäfte und ihre Ursachen, wenn die Geschäfte für die Ertragslage der Gesellschaft von Bedeutung sind, und die Ursachen eines in der Gewinn- und Verlustrechnung ausgewiesenen Fehlbetrages.

Nach § 54 HGrG kann in den Fällen des § 53 HGrG im Gesellschaftsvertrag bestimmt werden, daß sich die zuständige Rechnungsprüfungsbehörde zur Klärung von Fragen, die bei der Prüfung nach § 44 HGrG (Prüfung staatlicher Betätigung bei privatrechtlichen Unternehmen) auftreten, unmittelbar unterrichten und zu diesem Zweck den Betrieb, die Bücher und die Schriften des Unternehmers einsehen kann. Dieses Recht sollte grundsätzlich im Gesellschaftsvertrag verankert und zur Genehmigungsvoraussetzung gemacht werden.

Ob die Gemeinde den vorstehend umschriebenen Informations- und Prüfungsverpflichtungen im Einzelfall nachkommt, wird auch von den Rechnungshöfen und Rechnungsprüfungsämtern durch die sogenannte Betätigungsprüfung überprüft. Diese Betätigungsprüfung zielt also nicht auf die Tätigkeit des kommunalen Unternehmens, sondern auf die Betätigung der kommunalen Trägerkörperschaft als Gesellschafter, Aktionär oder Mitglied in Gesellschaften ab.

Wesentliche Zielsetzung ist die dem öffentlichen Haushaltsrecht entsprechende Kontrolle der eingesetzten öffentlichen Mittel, insbesondere auch daraufhin, ob die von der Trägerkommune eingesetzten Mittel auch erhalten bleiben.

Die Betätigungsprüfung wird - im Gegensatz zur regelmäßigen Jahresabschlußprüfung - nur fallweise und nur insoweit durchgeführt, wie andere Informationen nicht ausreichen. Der Katalog von § 53 Abs. 1 HGrG korrespondiert grundsätzlich mit § 90 Abs. 1 Aktiengesetz.

**19. Liegt ein Beteiligungsbericht von Seiten des Antragstellers vor (§ 105 Abs. 3 GO)?**

Der Beteiligungsbericht im Sinne des § 105 Abs. 3 GO soll einen Überblick über die wirtschaftliche Tätigkeit der Gemeinde vermitteln und damit gleichzeitig eine verbesserte Steuerung und Kontrolle im Gesamtgeflecht der gesellschaftlichen Beteiligung der Kommune ermöglichen. In den Beteiligungsbericht sind alle Beteiligungen an Unternehmen und Einrichtungen in der Rechtsform des Privatrechts aufzunehmen. Dabei sollen insbesondere der Erfüllung des öffentlichen Zwecks, die Beteiligungsverhältnisse und die Zusammensetzung der Organe dargestellt werden.

Ein ausdrücklicher Hinweis darauf, auch die wirtschaftliche Lage der jeweiligen Unternehmen und Einrichtungen zu dokumentieren, fehlt, da bisher hierzu der Lagebericht als ausreichend angesehen worden ist. Es ist jedoch durchaus zu begrüßen, wenn dieser Lagebericht oder zumindest seine wichtigsten Inhalte in dem Beteiligungsbericht mit eingegliedert werden.

Zwar ist weder in § 105 GO noch in § 110 GO ausdrücklich geregelt, daß die Vorlage des Beteiligungsberichtes zwingende Voraussetzung für eine Genehmigung nach § 110 GO ist. Dieses sollte auch kurzfristig noch nicht so gehandhabt werden, da die gesetzliche Regelung durch die Kommunalverfassung vom 15.10.1993 neu aufgenommen worden ist und die Verwaltungen erst dabei sind, sich mit diesem Informationsinstrumentarium vertraut zu machen.

Mittel- bis langfristig ist jedoch ein solcher Bericht zu verlangen und auch zur Genehmigungsvoraussetzung zu machen, da die Neugründung einer GmbH nicht isoliert betrachtet werden kann. Vielmehr hängt die Genehmigungsfähigkeit letztendlich auch von dem gesamten gesellschaftlichen Umfeld der kommunalen Beteiligung mit ab.

**20. Sind die Gesellschaftsanteile für private Dritte ausgeschrieben worden?**

Hierzu ergeht in Kürze ein gesonderter Runderlaß (II Nr. 3/1996).

**21. Wurde die Beachtung von VOB/VOL im Gesellschaftsvertrag verankert?**

Hierzu ergeht in Kürze ein gesonderter Runderlaß (II Nr. 3/1996).

gez. Werner Müller  
Werner Müller

## Prüfungsvermerk für Genehmigungen nach § 110 GO BB

Name der Gesellschaft :  
 Antragsteller :  
 Antrag vom :  
 Art des Genehmigungstatbestandes nach § 110  
 (alle §§-Angaben beziehen sich auf die GO BB)

<b>1.</b> Wirtschaftliche Tätigkeit i. S. d. § 100 (1)	
<b>2.</b> Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft - kommunale Aufgaben - Regionalprinzip (§ 100 (2) Nr. 1)	
<b>3.</b> Rechtfertigt der öffentliche Zweck die wirtschaftliche Betätigung? (§100 (2))	
<b>4.</b> Betätigung in angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit? (§ 100 (2) Nr. 2)	
<b>4.a</b> Liegen hierzu externe Stellungnahmen vor?	

## Prüfungsvermerk für Genehmigungen nach § 110 GO

Name der Gesellschaft :

Antrag vom :

<p><b>5.</b> Wirtschaftliche Betätigung in angemessenem Verhältnis zum Bedarf (§100 (2) Nr. 2, 2. Halbsatz)</p>	
<p><b>6.</b> Ist die Aufgabenerfüllung durch die Gesellschaft sparsamer und wirtschaftlicher als durch die Gemeinde selber? (§ 74 (2))</p>	
<p><b>7.</b> Wurde das Vorhaben öffentlich bekanntgemacht? (§ 101 (4))</p>	
<p><b>8.</b> Liegen Angebote Dritter vor bei Vorhaben, die für eine Privatisierung in Frage kommen? (§ 101 (4) S. 2)</p>	
<p><b>9.</b> Wurden die Grundsätze nach § 100 (3) beachtet? (§101 (4) S. 3)</p>	
<p><b>10.</b> Wurden die Wirtschaftsgrundsätze nach § 107 beachtet?</p>	

## Prüfungsvermerk für Genehmigungen nach § 110 GO

Name der Gesellschaft :

Antrag vom :

<p><b>11.</b> Erfüllung der Aufgabe durch Gesellschaftsvertrag bzw. Satzung sichergestellt? (§ 102 (1))</p>	
<p><b>12.</b> Angemessener Einfluß der Gemeinde in Gesellschaftsversammlung und Aufsichtsrat (§ 102 (2))</p>	
<p><b>13.</b> Haftung und Einzahlungsverpflichtung begrenzt? (§ 102 (3))</p>	
<p><b>14.</b> Sind Entscheidungen, die nach § 35 (2) GO der Gemeindevertretung vorbehalten sind, analog der Beschlußfassung durch die Gesellschafterversammlung unterworfen?</p>	
<p><b>15.</b> Liegt Beschlußfassung der Gemeindevertretung vor, ggf. mit Begründung? (§ 35 (2))</p>	
<p><b>16.</b> Anzeige- bzw. Genehmigungsfristen beachtet? (§ 110 (1) bzw. (4))</p>	

## Prüfungsvermerk für Genehmigungen nach § 110 GO

Name der Gesellschaft :

Antrag vom :

<p style="text-align: center;"><b>17.</b></p> <p>Aussagen über Entlohnung der Geschäftsführer bzw. leitenden Angestellten (keine Regelabfrage!)</p>	
<p style="text-align: center;"><b>18.</b></p> <p>Sind die Prüfungsrechte nach §§ 53 und 54 HGrG eingeräumt? (§ 105 (1))</p>	
<p style="text-align: center;"><b>19.</b></p> <p>Beteiligungsbericht beigefügt bzw. vorgesehen? (§ 105 (3))</p>	
<p style="text-align: center;"><b>20.</b></p> <p>Sind die Gesellschaftsanteile für private Dritte ausgeschrieben worden?</p>	
<p style="text-align: center;"><b>21.</b></p> <p>Wurde die Beachtung von VOB/VOL im Gesellschaftsvertrag verankert?</p>	
<p style="text-align: center;"><b>22.</b></p> <p>Sonstiges</p>	