

An

die Landkreise und kreisfreien Städte
im Land Brandenburg

über Fach

Bearb.: Herr Seeberg
Herr Lechleitner

Gesch.Z.: 33-360-00

Hausruf: (0331) 866-2331

Fax: (0331) 866-2302

Internet: www.mi.brandenburg.de

Bus: 695; Tram: 90, 92, 93, 96, X98

die der Aufsicht des Innenministeriums unterliegenden Zweckverbände

gem. Verteiler B

die kreisangehörigen Gemeinden, Ämter und Zweckverbände im Land Brandenburg

über

die Landräte

als allgemeine untere Landesbehörden

Potsdam, 13. November 2013

**Rundschreiben zu den Regelungen der Kommunalverfassung über die wirtschaftliche
Betätigung der Kommunen (§§ 91-100 BbgKVerf)
zugleich Aufhebungsrunderlass 2/2013**

1. Vorbemerkungen.....	2
2. Allgemeine Voraussetzungen für die Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung der Kommunen (§ 91).....	3
2.1. Begriff der wirtschaftlichen Betätigung.....	3
2.2. Rechtfertigung durch einen öffentlichen Zweck.....	3
2.3. Angemessenheit der wirtschaftlichen Betätigung im Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf.....	3
2.4. Einfache Subsidiaritätsklausel.....	4
2.5. Örtlichkeitsgrundsatz.....	4
2.6. Zulässige Nebenleistungen.....	5
2.7. Nachweisführung über die Voraussetzungen.....	6

3. Kommunale Unternehmen (§ 92)	6
3.1. Beteiligungen an Anstalten des öffentlichen Rechts und an Gesellschaften in privater Rechtsform	6
3.2. Unternehmensgründung und wesentliche Erweiterungen des Unternehmensgegenstandes	7
3.3. Voraussetzungen für die Unternehmensgründung.....	7
3.3.1. Bekanntmachung	8
3.3.2. Wirtschaftlichkeitsanalyse	8
3.3.3. Beteiligung der Kammern.....	8
3.3.4. Entscheidung durch die Gemeindevertretung	8
4. Unternehmen in privater Rechtsform (§ 96).....	9
4.1. Obligatorische Regelungen im Gesellschaftsvertrag	9
4.1.1. Ausrichtung des Unternehmens auf den öffentlichen Zweck und Sicherstellung der Erfüllung der kommunalen Aufgabe.....	9
4.1.2. Angemessener Einfluss in den Aufsichtsgremien.....	10
4.1.3. Begrenzung von Verlustausgleichsverpflichtungen.....	11
4.1.4. Jahresabschluss und Lagebericht	11
4.1.5. Zustimmung der Gemeindevertretung zu Unternehmensbeteiligungen.....	12
4.2. Pflicht zur Anpassung des Gesellschaftsvertrages.....	12
5. Vertretung der Gemeinde in rechtlich selbständigen Unternehmen (§ 97).....	13
5.1. Vertretung der Gemeinde in der Gesellschafterversammlung	13
5.2. Vertretung der Gemeinde im Aufsichtsrat	15
5.3. Unterrichtung der Gemeindevertretung.....	17
5.4. Vergütungen aus einer Tätigkeit als Vertreter der Gemeinde in wirtschaftlichen Unternehmen.....	17
6. Anzeige- und Genehmigungspflichten nach § 100.....	18
Anlage: Checkliste für die Prüfung der wichtigsten Zulässigkeitsvoraussetzungen ...	20

1. Vorbemerkungen

1. Dieses Rundschreiben enthält Erläuterungen zu Rechtsfragen des Gemeindefinanzrechts in Brandenburg, die in der kommunalaufsichtlichen Beratung von besonderer Bedeutung sind. Mit diesem Rundschreiben werden zudem Hinweise gegeben zu den speziellen Änderungen, die das Gemeindefinanzrecht mit dem Gesetz zur Stärkung der kommunalen Daseinsvorsorge vom 9. Januar 2012 (GVBl. I/12, [Nummer 1]) erfahren hat.

2. Die Runderlasse 61/1994 vom 30. Dezember 1994 und 2/1996 vom 9. März 1996 sowie das Rundschreiben vom 20. November 2008, die sich auf die jeweils damals geltenden Regelungen bezogen haben, sind obsolet und werden hiermit aufgehoben. Durch Zeitablauf erledigt sind zudem die Runderlasse über die Gebühren für die Jahresabschlussprüfung kommunaler Wirtschaftsbetriebe. Zur Rechtsbereinigung werden daher auch die Runderlasse 9/2000 vom 13. Juni 2000, 3/2001 vom 1. Februar 2001, 1/2002 vom 7. Januar 2002, 3/2003 vom 27. Januar 2003, 1/2004 vom 2. Februar 2004, 2/2005 vom 2. April 2005 und 1/2006 vom 20. Februar 2006 aufgehoben.

2. Allgemeine Voraussetzungen für die Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung der Kommunen (§ 91)

2.1. Begriff der wirtschaftlichen Betätigung

Mit der Novelle vom 9. Januar 2012 ist – ergänzend zum unveränderten Absatz 1 – zur Klarstellung § 91 Absatz 7¹ eingefügt worden, wonach die Vermögensverwaltung durch die Gemeinde keine wirtschaftliche Betätigung darstellt, insbesondere das unmittelbare oder mittelbare Halten von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft, wenn mit dem Vermögen keine kommunale Aufgabenerfüllung verbunden ist. Dem Bereich der Vermögensverwaltung sind diejenigen Einnahmen zuzurechnen, die dadurch erzielt werden, dass das Vermögen im Sinne einer reinen Fruchtziehung genutzt wird. Demgemäß gehören insbesondere die Vermietung und Verpachtung von Grundvermögen und die verzinsliche Anlage von Kapitalvermögen (siehe hierzu § 78 Abs. 2 Satz 3) nicht zur wirtschaftlichen Betätigung. Auch das Halten und die Verwaltung von Anteilen an Kapitalgesellschaften können der Vermögensverwaltung zuzuordnen sein. So ist zum Beispiel das Halten von Anteilen an E.DIS-Aktien der Gemeinden, die diese im damaligen Strom-Vergleich (1993–1995) von der Treuhandanstalt als Surrogat für eigene Energieerzeugungs- und -versorgungsunternehmen erhalten hatten, keine wirtschaftliche Betätigung. Wenn allerdings die Kommunen über das Halten der Aktien an der Gesellschaft hinaus Einfluss auf die Geschäftsführung ausüben, um nicht nur vorrangig eine angemessene Rendite zu erhalten, sondern um auch auf die Aufgabenerfüllung zum Beispiel im Bereich der regionalen Energieerzeugung- und -versorgung Einfluss zu nehmen, so ist nicht mehr von einer reinen Vermögensverwaltung, sondern von einer eigenen wirtschaftlichen Betätigung auszugehen.

2.2. Rechtfertigung durch einen öffentlichen Zweck

Bei der Frage, ob der öffentliche Zweck die wirtschaftliche Betätigung rechtfertigt, steht der Gemeinde ein weiter Beurteilungsspielraum zu, der durch die Kommunalaufsichtsbehörden nur eingeschränkt überprüft werden kann. Bei Aufgaben, die den in § 2 Absatz 2 bezeichneten Betätigungsfeldern zuzurechnen sind (beispielsweise die Energieversorgung einschließlich der Energieproduktion), ist von einer Rechtfertigung durch einen öffentlichen Zweck auszugehen (zu den gesetzlich zulässigen Ausnahmen von der öffentlichen Zwecksetzung für Nebenleistungen siehe Ziffer 2.6.).

2.3. Angemessenheit der wirtschaftlichen Betätigung im Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf

1. Soll zur Erfüllung der kommunalen Aufgabe ein Unternehmen gegründet werden, so muss das Unternehmen voraussichtlich fachlich und wirtschaftlich so leistungsfähig sein, dass eine unangemessene und möglicherweise sogar den Haushaltsausgleich gefährdende Inanspruchnahme des kommunalen Haushaltes vermieden wird. Wird ein Unternehmen gegründet, bei dem gesetzliche, satzungrechtliche und vertragliche Zahlungs- oder Verlustausgleichspflichten nicht bestehen, ist bei der Prüfung der Leistungsfähigkeit nur das Risiko der Gemeinde auf Verlust des eingebrachten Vermögens zu berücksichtigen.

2. Bei der Bedarfsprognose ist nur der Bedarf zu berücksichtigen, den die Gemeinde im Rahmen ihres Zuständigkeitsbereiches decken darf. Soweit das Örtlichkeitsprinzip nach § 91 Absatz 4 nicht gilt, wie zum Beispiel im Bereich der Energieversorgung, kann ein entsprechend erweiterter Bedarf berücksichtigt werden. Soweit für den Bereich der Energieproduktion im Erneuerbare-Energien-Gesetz eine Abnahmepflicht und eine entsprechende Vergütung durch

¹ §§ ohne Gesetzesangaben beziehen sich im Folgenden auf die BbgKVerf.

den Netzbetreiber vorgesehen sind, kann davon ausgegangen werden, dass auch bei einer deutlich über dem örtlichen Bedarf liegende Energieerzeugung ein angemessenes Verhältnis zum Bedarf besteht.

2.4. Einfache Subsidiaritätsklausel

1. Mit der Gesetzesnovelle 2012 wurde die strenge Subsidiaritätsklausel in § 91 Absatz 3 durch eine einfache ersetzt, die nur greift, wenn private Anbieter wirtschaftlicher sind als die Kommune. Der Begriff der Wirtschaftlichkeit umfasst dabei nicht nur den Preis, sondern auch Merkmale wie Qualität und Zuverlässigkeit.

2. Zum erforderlichen Leistungsvergleich waren bisher Angebote einzuholen und Vergleichsberechnungen vorzunehmen. Nunmehr stehen Angebotseinholung und Vergleichsberechnung als gleichwertige Alternativen nebeneinander. „Angebote einholen“ bedeutet, dass die Kosten und Bedingungen für die zu erbringende Leistung in der Regel von mehr als einem privaten Anbieter ermittelt werden müssen. Eine öffentliche Bekanntmachung ist dabei im Rahmen des § 91 Absatz 3 nicht erforderlich (anders bei einer Unternehmensgründung nach § 92 Absatz 3). Vergleichsberechnungen kann die Gemeinde von sachverständigen Dritten erstellen lassen oder aufgrund eigenen Sachverständes oder aus öffentlich zugänglichen Quellen selbst erstellen.

3. Die bisherige Ausnahme von der Subsidiaritätsklausel („sofern dies mit dem öffentlichen Interesse vereinbar ist“) wurde mit der Gesetzesnovelle 2012 erweitert. Danach gilt weder die einfache Subsidiaritätsklausel noch die Verpflichtung zur Einholung von Angeboten beziehungsweise zur Erstellung von Vergleichsberechnungen, „wenn die Gemeindevertretung oder in den Fällen des § 50 Absatz 2 der Hauptausschuss eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde im öffentlichen Interesse für erforderlich hält.“ Eine solche Ausnahmesituation kann etwa vorliegen, weil der kommunalpolitische Gestaltungswille auf anderem Wege nicht zu gewährleisten ist (zum Beispiel bei bestimmten Kultureinrichtungen) oder die kommunale Trägerschaft objektiv alternativlos ist (zum Beispiel bei Landes- und Bundesgartenschauengesellschaften). Wenn die nicht-wirtschaftlichen Erwägungen den Ausschlag gegeben haben, ist die Entscheidung zu begründen. D.h., aus dem Beschluss der Gemeindevertretung (beziehungsweise des Hauptausschusses), aus der Beschlussvorlage oder Erklärungen in der Sitzung muss nachvollziehbar sein, welche Überlegungen bei der Mehrheit der Gemeindevertreter zu der getroffenen Entscheidung geführt haben.

2.5. Örtlichkeitsgrundsatz

1. Nach § 91 Absatz 2 Satz 1 darf sich die Gemeinde nur zur „Erledigung von Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft“ wirtschaftlich betätigen. Dieses Örtlichkeitsprinzip wird in § 91 Absatz 4 modifiziert. Der Gesetzgeber hat mit der Gesetzesnovelle 2012 die zulässigen Ausnahmen von diesem Grundsatz erweitert.

2. Ohne weiteres mit dem Örtlichkeitsprinzip vereinbar sind zunächst alle Tätigkeiten, die innerhalb des Gemeindegebietes den Einwohnern der Gemeinde zugute kommen. Die gesetzliche Formulierung „Nutzung von Einrichtungen beziehungsweise Angeboten in der Gemeinde“ schließt ausdrücklich Leistungen ein, die im Gemeindegebiet angeboten werden, aber auch von auswärtigen Besuchern genutzt werden (insbesondere in Gemeinden mit zentralörtlicher Funktion). Die Versorgung der örtlichen Gemeinschaft umfasst zudem Tätigkeiten, die außerhalb des Gemeindegebiets stattfinden, aber unmittelbar der örtlichen Gemeinschaft dienen, wie etwa das Betreiben eines auswärts gelegenen Schullandheimes, die Betreuung einer Kläranlage oder Deponie mangels geeigneter eigener Flächen in einer anderen Kommune oder die Anbindung des Landkreises an den ÖPNV des Nachbarkreises.

3. Nach § 91 Absatz 4 Satz 2 Nummer 1 ist die Energie- und Fernwärmeversorgung vom Örtlichkeitsprinzip ausgenommen. Zur Energieversorgung rechnet auch die Energieproduktion (siehe § 3 Nummer 36 Energiewirtschaftsgesetz). Die gesetzlichen Vorgaben in Brandenburg für die Kommunen beziehungsweise die kommunalen Unternehmen beschränken die eigene Energieproduktion hinsichtlich des Örtlichkeitsgrundsatzes ausdrücklich auch nicht auf Mengen, die der Versorgungsgröße für die eigene Bevölkerung entsprechen. Hiervon unabhängig bleiben allerdings die in Absatz 2 genannten Kriterien der Leistungsfähigkeit und des Bedarfes für die Frage der Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung beachtlich.

4. § 91 Absatz 4 Nummer 2 ermöglicht eine wirtschaftliche Betätigung außerhalb der Versorgung der örtlichen Gemeinschaft oder außerhalb des Gemeindegebiets im Rahmen von Vereinbarungen oder Konzessionen der betroffenen Gemeinden, Gemeindeverbände oder kommunalen Unternehmen. Hier hat der Gesetzgeber mit der Gesetzesnovelle Erleichterungen für die Kommunen und ihre Unternehmen geschaffen, indem sowohl die bisherige Voraussetzung des „regionalen Bezuges“ als auch die Einschränkung „wenn eine Wahrnehmung dieser Aufgabe gemäß § 1 GKG grundsätzlich möglich wäre“ gestrichen wurden. Zur Überwindung des Örtlichkeitsprinzips ist nunmehr lediglich eine Vereinbarung oder Konzession erforderlich. Bei den Vereinbarungen im Sinne des Absatzes 4 muss es sich nicht zwingend um Vereinbarungen nach dem GKG handeln. Ausreichend ist auch ein öffentlich-rechtlicher Vertrag zwischen den Gemeinden beziehungsweise kommunalen Unternehmen, aus dem sich ergibt, dass die betroffene Gemeinde mit der wirtschaftlichen Betätigung in ihrem Gebiet einverstanden ist. Auch ein privatrechtlicher Vertrag über eine Dienstleistungserbringung im anderen Gemeindegebiet, etwa aufgrund einer öffentlichen Ausschreibung, ist eine solche Vereinbarung, die mit den Gemeinden, Gemeindeverbänden oder kommunalen Unternehmen getroffen werden kann. Das Erfordernis einer Vereinbarung bedeutet aber auch, dass ein lediglich einseitig bekundetes oder konkludent erklärtes Einverständnis nicht ausreicht.

5. Die Regelung in Absatz 4 über die wirtschaftliche Betätigung im Ausland wurde mit der Gesetzesnovelle 2012 eingefügt, um für die betroffenen Kommunen Rechtssicherheit zu schaffen. Eine solche Betätigung ist nunmehr zulässig, wenn die Voraussetzungen des § 91 Absatz 2 und 3 erfüllt sind und Interessen des Bundes und des Landes nicht entgegenstehen. Da für die Kommunen, die sich mit entsprechenden Absichten beschäftigen, nur schwer zu übersehen ist, wann zum Beispiel die außen- oder handelspolitischen Interessen des Bundes oder des Landes tangiert sind, sowie zur Sicherstellung der berechtigten Interessen von Bund und Land ist die Kommunalaufsichtsbehörde rechtzeitig vor Aufnahme der Tätigkeit zu unterrichten. Unter „rechtzeitig“ kann eine Frist von vier bis sechs Wochen verstanden werden. Im Rahmen der Unterrichtung prüft die Kommunalaufsicht auch, ob sich Anhaltspunkte ergeben, dass die Vorgaben der Absätze 2 und 3 nicht eingehalten werden.

2.6. Zulässige Nebenleistungen

1. Die Regelungen in § 91 Absatz 5 über die zulässigen Nebenleistungen wurden mit der Gesetzesnovelle 2012 in weiten Bereichen neu gefasst. Dabei wird ausdrücklich unterschieden zwischen Annex Tätigkeiten (Absatz 5 Nummer 1) und Randnutzungen (Absatz 5 Nummer 2).

2. Annex Tätigkeiten sind zulässig, wenn diese im Wettbewerb üblicherweise zusammen mit der (durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigten) Hauptleistung angeboten werden und den öffentlichen Hauptzweck nicht beeinträchtigen. Beispiele für solche Nebenleistungen sind kommerzielle Angebote in den Krankenhäusern wie Friseurladen, Kiosk, Cafeteria usw. oder Fitness- und Saunastudios in kommunalen Hallen- und Freibädern. Gegenüber der alten Fassung hat sich für die Kommunen insbesondere dadurch eine deutliche Verbesserung ergeben,

als dass das bisherige Erfordernis der Bedeutungsnachrangigkeit gegenüber dem Hauptzweck („für die Geschäftstätigkeit von untergeordneter Bedeutung“) entfallen ist.

3. Mit der Durchführung dieser Annex Tätigkeiten sollen private Anbieter beauftragt werden. Eine vollständige Aufgabenübertragung ist hingegen nicht erforderlich. Die Beauftragung kann beispielsweise durch Rahmenverträge oder Konzessionen erfolgen. Die Beauftragung Privater ist nicht erforderlich, wenn berechtigte Interessen entgegenstehen. Dies ist kommunalaufsichtlich überprüfbar. Die bloße Feststellung, dass durch die Beauftragung der – nicht durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigten – Annex Tätigkeiten an private Dritte der Kommune oder dem kommunalen Unternehmen Einnahmen entgehen, ist hierfür nicht ausreichend. Berechtigte Gründe können die Unwirtschaftlichkeit der Beauftragung sein oder die Erforderlichkeit der Einnahmen zur Sicherstellung der Hauptleistung.

4. Neu in die Kommunalverfassung aufgenommen wurde die Regelung in § 91 Absatz 5 Nummer 2, wonach Nebenleistungen auch erbracht werden dürfen, die der Ausnutzung bestehender, sonst brachliegender Kapazitäten bei der Gemeinde oder dem Unternehmen dienen (sog. Randnutzungen). Wesentlich ist, dass nur bestehende und somit nicht neu geschaffene Kapazitäten genutzt werden können.

5. Alle Nebenleistungen – also sowohl Annex Tätigkeiten wie auch Randnutzungen – sind in der Regel nicht im Gesellschaftsgegenstand der Unternehmenssatzung zu benennen, da sie keine originär kommunalen Aufgaben darstellen und damit auch nicht als gesellschaftsvertraglich vereinbarte Unternehmensaufgaben für eine kommunale Gesellschaft gelten können, auch wenn sie unter den vorgenannten Voraussetzungen zulässig sind.

2.7. Nachweisführung über die Voraussetzungen

1. Die nach § 91 Absatz 6 erforderliche Nachweisführung ist erstmals im Beteiligungsbericht für das 2012 beginnende Wirtschaftsjahr, danach alle 10 Jahre vorzunehmen. Aus der 2012 eingeführten Sollvorschrift ergibt sich nunmehr, dass in Ausnahmefällen von einem Nachweis abgesehen werden kann. Dies kann insbesondere für Unternehmen der Fall sein, die erst kurz vor der Berichterstattung gegründet wurden.

3. Kommunale Unternehmen (§ 92)

3.1. Beteiligungen an Anstalten des öffentlichen Rechts und an Gesellschaften in privater Rechtsform

1. Als eigenständige Unternehmensform definiert § 92 Absatz 2 Nummer 4 die Beteiligungen der Gemeinde an Gesellschaften in privater Rechtsform und an Anstalten des öffentlichen Rechts. Es ist beabsichtigt, die erforderliche Rechtsgrundlage für eine von mehreren Kommunen getragene kommunale Anstalt im Rahmen der gesetzlichen Neuregelungen der kommunalen Zusammenarbeit zu schaffen.

2. Auch die Beteiligung an einer Genossenschaft kommt in Betracht. Hier ist das Erfordernis einer angemessenen Vertretung der Kommune in den Aufsichtsgremien im Sinne des § 96 Absatz 1 Nummer 2 zu beachten. Nach § 43 Absatz 3 Genossenschaftsgesetz hat in der Generalversammlung jedes Mitglied einer Genossenschaft im Regelfall nur eine Stimme. Der Umfang der Beteiligung darf nicht wesentlich über den Stimmanteil der Gemeinde hinausgehen. Wollen Kommunen eine Genossenschaft zur Erledigung gemeinsamer (Querschnitts) Aufgaben gründen, ist zudem zu beachten, dass die Möglichkeiten der Mitglieder zur Steuerung des Vorstands der Genossenschaft im Vergleich zu den Einflussmöglichkeiten der Gesellschafter einer GmbH deutlich eingeschränkt sind.

Beteiligt sich eine Kommune an einer Bürgergenossenschaft, wie z.B. einer Energiegenossenschaft, vorrangig mit dem Ziel einer symbolischen Unterstützung der Anliegen der Genossenschaft, etwa vor dem Hintergrund, dass die Akzeptanz und das Engagement der Bürger für eine ortsnahe und umweltgerechte Energieversorgung unterstützt und gefördert werden soll, so liegt keine wirtschaftliche Betätigung im Sinne der §§ 91–100 vor. Bei einer Beteiligung von bis zu 10.000 € können die Kommunalaufsichten in der Regel davon ausgehen, dass bei einer solchen Beteiligung keine wirtschaftliche Betätigung vorliegt.

3.2. Unternehmensgründung und wesentliche Erweiterungen des Unternehmensgegenstandes

1. Gründung bedeutet die Schaffung eines neuen Unternehmens. Da nach der Definition in § 92 Absatz 2 Nummer 4 auch Beteiligungen Unternehmen sind, ist der erstmalige Erwerb einer Beteiligung eine Unternehmensgründung. Die Erhöhung eines Anteils ist dagegen keine Unternehmensgründung. Auch eine Umwandlung im Wege des Formwechsels oder nach § 2 Nummer 1 Umwandlungsgesetz (Aufschmelzung) ist keine Gründung. Soll ein Eigenbetrieb in ein Unternehmen des privaten Rechts oder in eine Anstalt des öffentlichen Rechts umgewandelt werden, so gelten die Regelungen des § 92 Absatz 3 allerdings gemäß § 93 Absatz 4 entsprechend.

2. Die wesentliche Erweiterung des Unternehmensgegenstandes ist nach § 92 Absatz 5 der Gründung gleichgestellt. Der Unternehmensgegenstand kennzeichnet Bereich und Art der Betätigung des Unternehmens. Davon zu unterscheiden ist der Unternehmenszweck, bei Kommunen also die Erfüllung einer kommunalen Aufgabe, nicht hingegen die Gewinnerzielung. Unternehmensgegenstand ist z. B. der Betrieb einer Wasserversorgungsanlage (ggf. mit näherer Bezeichnung der zu versorgenden Gebiete) oder eines Krankenhauses (ggf. mit näherer Bezeichnung der Fachabteilungen).

3. Eine Erweiterung liegt auch vor, wenn neue Gegenstände hinzukommen und zugleich andere entfallen sollen. Auch die Ausdehnung des räumlichen Tätigkeitsbereiches ist eine Erweiterung, wenn sich aus dem bisherigen Gesellschaftsvertrag eine räumliche Begrenzung ergibt.

4. Die Erweiterung muss wesentlich sein. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn ein wirtschaftliches Unternehmen um einen weiteren, bisher nicht vorhandenen Betriebszweig ergänzt werden soll, etwa wenn ein Versorgungsunternehmen beabsichtigt, als neues zusätzliches Angebot zukünftig Fernwärme zu liefern. Ein allgemeiner Maßstab für die Wesentlichkeit einer Gegenstandserweiterung kann nicht definiert werden, sondern es muss auf den jeweiligen Einzelfall abgestellt werden. Maßgeblich sind insbesondere Art und Größe des Unternehmens sowie der betroffene Markt. Zu fragen ist immer, ob die Erweiterung so gewichtig ist, dass die Gleichstellung mit der Unternehmensgründung und damit die Geltung der besonderen Vorgaben des § 92 gerechtfertigt ist.

3.3. Voraussetzungen für die Unternehmensgründung

§ 92 Absatz 3 ist durch die Novelle 2012 wesentlich geändert worden. Die Wirtschaftlichkeitsanalyse ist nunmehr nicht mehr nachrangig gegenüber der öffentlichen Bekanntmachung des Vorhabens, sondern steht den Kommunen als gleichrangige Alternative zur Verfügung. Zudem kann von einer Wirtschaftlichkeitsanalyse oder Bekanntmachung abgesehen werden, wenn die Unternehmensgründung im öffentlichen Interesse für erforderlich gehalten wird.

3.3.1. Bekanntmachung

1. Öffentlich ist eine Bekanntmachung, wenn ein nicht abgegrenzter Personenkreis, der für eine Aufgabenerledigung in Betracht kommt, Kenntnis von der Bekanntmachung erlangen kann. Die Anwendung der Bekanntmachungsverordnung ist nicht vorgeschrieben. Es muss aber sichergestellt sein, dass der potenzielle Interessentenkreis von dem Vorhaben erfahren kann. Dies hängt von Art und Umfang des Vorhabens sowie vom jeweiligen Markt ab. Lediglich ein Aushang im Rathaus wird im Regelfall nicht als ausreichend anzusehen sein. Geeignet ist regelmäßig eine Veröffentlichung im Amtsblatt der Gemeinde, in regionalen Tageszeitungen oder auf den Internetseiten der Gemeinde.

2. Inhalt der Bekanntmachung ist das „Vorhaben“. Anzugeben sind zumindest Unternehmensform und -gegenstand sowie die Art des Vorhabens (Gründung, wesentliche Erweiterung). In jedem Fall muss die Bekanntmachung verbunden sein mit der Aufforderung an private Anbieter, eigene Angebote vorzulegen. Eine angemessene Fristsetzung, die vier Wochen nicht unterschreiten sollte, ist möglich.

3.3.2. Wirtschaftlichkeitsanalyse

1. Anstelle einer Bekanntmachung kann eine Wirtschaftlichkeitsanalyse vorgenommen werden. Die Formulierung „unabhängig“ verdeutlicht, dass im Regelfall eine durch die Kommune selbst oder ein Unternehmen der Kommune erstellte Analyse nicht ausreichend ist. Nur bei Unternehmensgründungen, die für die Gemeinde eine geringe wirtschaftliche Bedeutung haben, kann die Wirtschaftlichkeitsanalyse durch die Gemeinde selbst erstellt werden. Voraussetzung dafür ist, dass eine Prüfung dieser Analyse durch das Rechnungsprüfungsamt der Gemeinde oder in den Fällen des § 101 Absatz 2 des Landkreises - auf Kosten der Gemeinde – erfolgt.

2. Vergleichbar mit der Regelung in § 91 Absatz 3 ist nach § 92 Absatz 3 Satz 2 weder eine Bekanntmachung noch eine Wirtschaftlichkeitsanalyse erforderlich, wenn die Gemeindevertretung die Gründung eines eigenen Unternehmens im öffentlichen Interesse für erforderlich hält. Auch hier ist die Notwendigkeit zur Begründung dieser Entscheidung normiert. Die Begründung muss sich hier darauf beziehen, warum eine kommunale Leistungserbringung im öffentlichen Interesse für erforderlich gehalten wird und warum hierfür ein Unternehmen gegründet werden soll, auch wenn möglicherweise ein privater Anbieter die Leistung wirtschaftlicher erbringen könnte.

3.3.3. Beteiligung der Kammern

Obligatorisch und daher in keinem Fall verzichtbar ist die Beteiligung der örtlichen Industrie- und Handelskammer beziehungsweise Handwerkskammer. Zu beteiligen ist diejenige Kammer, in welcher das von dem Vorhaben betroffene Unternehmen Mitglied wäre. Die Kammer muss dabei zumindest über Unternehmensform und -gegenstand sowie die Art des Vorhabens (Gründung, wesentliche Erweiterung) in Kenntnis gesetzt werden. Es kann eine angemessene Frist (vier bis sechs Wochen) für die Stellungnahme gesetzt werden. Ob und ggf. mit welchem Inhalt eine solche Stellungnahme abgegeben wird, fällt in den Verantwortungsbereich der Kammer.

3.3.4. Entscheidung durch die Gemeindevertretung

Nach § 92 Absatz 3 Satz 4 sind der Gemeindevertretung vor der Beschlussfassung über die Unternehmensgründung die Angebote privater Unternehmen oder ersatzweise die Wirtschaftlichkeitsanalyse sowie die Stellungnahme der jeweiligen Kammer vorzulegen. Wird auf eine öffentliche Bekanntmachung beziehungsweise eine Wirtschaftlichkeitsanalyse verzichtet, ist zu

beachten, dass die Gemeindevertretung hierfür eine Begründung geben muss. Es bietet sich daher an, die Begründung in die Beschlussvorlage der Verwaltung aufzunehmen. Eine die kommunale Unternehmensgründung ablehnende Stellungnahme der IHK bzw. der Handwerkskammer ist dabei für die Gemeindevertretung nicht bindend.

4. Unternehmen in privater Rechtsform (§ 96)

In § 96 werden besondere Voraussetzungen für Unternehmen in privater Rechtsform normiert.

4.1. Obligatorische Regelungen im Gesellschaftsvertrag

Die Vorgaben des § 96 Absatz 1 gelten nur, wenn den kommunalen Trägern zusammen die Mehrheit der Anteile an dem Unternehmen zusteht. Durch die Gesetzesänderung vom 9. Januar 2012 wurde der Adressatenkreis präzisiert. In Absatz 1 wird nunmehr klargestellt, dass die folgenden Regelungen für alle kommunalen Mehrheitsbeteiligungen gelten, unabhängig davon, ob es sich um unmittelbare oder mittelbare Beteiligungen handelt.

Neu aufgenommen wurde in § 96 Absatz 1 Satz 3 die Definition des „kommunalen Trägers“. Dies sind die Gemeinden, Landkreise, Ämter, Zweckverbände und kommunalen Anstalten sowie die Unternehmen, an denen die Mehrheit der Anteile kommunalen Trägern zusteht. Diese Definition gewährleistet, dass die Vorgaben des § 96 grundsätzlich gesellschaftsrechtlich umsetzbar sind, auch wenn nicht die Kommunen selbst, sondern kommunal beherrschte Unternehmen Gesellschafter sind. Auf jeder unternehmerischen Ebene muss mindestens eine kommunale Mehrheit bestehen, um so von einem kommunalen Träger sprechen und die Vorgaben des § 96 durchsetzen zu können. Diese kommunale Mehrheit kann sich ergeben aus der unmittelbaren Beteiligung von Kommunen, aber auch aus der Beteiligung kommunal beherrschter Unternehmen. In der amtlichen Begründung zum Gesetz zur Stärkung der kommunalen Daseinsvorsorge (Landtagsdrucksache 5/3023, abrufbar unter www.parldok.brandenburg.de) sind Beispiele benannt, wann von einer kommunalen Trägerschaft gesprochen werden kann und wann nicht.

Da es jedoch auch Fälle gibt, bei denen trotz mehrheitlicher Beteiligung kommunaler Träger eine gesellschaftsrechtliche Durchsetzung der Vorgaben nicht möglich ist – zum Beispiel weil Sperrminoritäten durch Gesellschaftsvertrag vorgesehen sind –, ist in § 96 Absatz 1 Satz 2 die Regelung aufgenommen worden, dass in einem solchen Fall Absatz 1 nicht gilt. Allerdings gilt dann – wie auch für die Fälle der geringeren Beteiligung als nach Absatz 1 Satz 2 – gemäß § 96 Absatz 3 eine Hinwirkungspflicht für die Verankerung der Vorgaben des § 96 im Gesellschaftsvertrag.

Bei einer mittelbaren Beteiligung gilt die Hinwirkungspflicht nach § 96 Absatz 3 nur, wenn den kommunalen Trägern mehr als ein Viertel der Anteile zusteht.

4.1.1. Ausrichtung des Unternehmens auf den öffentlichen Zweck und Sicherstellung der Erfüllung der kommunalen Aufgabe

1. Bei der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages sind der Zweck der Gesellschaft und der Gesellschaftsgegenstand so zu definieren, dass Zielstellung des Unternehmens erkennbar die Erfüllung öffentlicher Aufgaben ist. Im Gesellschaftsvertrag ist genau einzugrenzen, mit welchem Unternehmensgegenstand beziehungsweise mit welchen Aufgaben das Unternehmen betraut werden soll. Formulierungen im Gesellschaftsvertrag, wonach das Unternehmen zu allen Maßnahmen befugt ist, die mittelbar dem Unternehmensgegenstand dienen, sind daher unzulässig. Will man nicht nur dem Unternehmensgegenstand *unmittelbar* dienende Maßnahmen zulassen, kann z.B. eine Formulierung gewählt werden, wonach das Unternehmen zu

allen Maßnahmen befugt ist, die mit dem Unternehmensgegenstand in Verbindung stehen. Das kann z.B. der Fall sein, wenn ein Krankenhausunternehmen die für den Betrieb erforderliche Energie (Strom, Fernwärme usw.) nicht auf dem Markt kaufen, sondern selbst erzeugen möchte. Auszuschließen ist jedoch jede Tätigkeit, die nur insoweit der Erfüllung des Gesellschaftsgegenstandes dient, als die zusätzlichen Einnahmen aus einer solchen Tätigkeit für den eigentlichen Unternehmensgegenstand verwandt werden. Gleiches gilt für die Zulassung von Ausgründungen von der Muttergesellschaft.

2. Ein häufiges Missverständnis besteht in der Annahme, dass die Erfüllung der Vorgabe des § 96 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 dadurch erfolgt, dass im Gesellschaftsvertrag folgende Formulierung aufgenommen wird: „Das Unternehmen ist am öffentlichen Zweck ausgerichtet.“ Erforderlich ist jedoch die konkrete Ausgestaltung des Unternehmenszwecks und –gegenstandes, die die Ausrichtung am öffentlichen Zweck erkennen lässt.

3. Um die Erfüllung der Aufgabe der Gemeinde sicherzustellen, ist es auch notwendig, der Gemeinde über die Gesellschafterversammlung ausreichende Einwirkungsmöglichkeiten zu geben. Die ihrem Gesellschaftsanteil entsprechende Mitwirkungsbefugnis der Gemeinde in der Gesellschafterversammlung erhält die Gemeinde durch das ihr zustehende, quantitativ gewichtete Stimmrecht. Gesellschaftsrechtlich kann die Gemeinde nur auf ihre Vertreter in der Gesellschafterversammlung einwirken (§ 97 Absatz 1 Satz 6), nicht aber auf das Unternehmen selbst. Bei der Formulierung des Gesellschaftsvertrages ist daher darauf zu achten, dass bestimmte grundlegende Entscheidungen an die Zustimmung der Gesellschafterversammlung gebunden sind. In der Regel sollten dies die Entscheidungen sein, die entsprechend in der Gemeinde der Gemeindevertretung gemäß § 28 Absatz 2 vorbehalten sind.

4. Ist kein Aufsichtsrat eingerichtet, sollten der Gesellschafterversammlung – neben den gesellschaftsrechtlichen Vorgaben – folgende Zuständigkeiten zugewiesen werden:

- die Festsetzung allgemeiner privatrechtlicher Entgelte,
- die Festsetzung des Wirtschaftsplans,
- Bürgschaften, Gewährverträge, sonstige Sicherheiten für Dritte ab einer bestimmten Wertgrenze,
- Abschluss, Änderung und Aufhebung von Grundstücksgeschäften ab einer bestimmten Wertgrenze,
- Gründung, Erwerb, Pacht und Beteiligung an einer Gesellschaft,
- Auflösung und Veräußerung von Unternehmen sowie Beteiligungen,
- Feststellung des Jahresergebnisses und dessen Verwendung.

Besteht ein Aufsichtsrat, können Entscheidungen über die Festsetzung allgemeiner privatrechtlicher Entgelte sowie Bürgschaften, Gewährverträge und sonstigen Sicherheiten für Dritte und über den Abschluss, Änderung und Aufhebung von Grundstücksgeschäften bis zu einer im Gesellschaftsvertrag oder in einer von der Gesellschafterversammlung beschlossenen Geschäftsordnung für den Aufsichtsrat festzulegenden Grenze auch durch den Aufsichtsrat wahrgenommen werden.

4.1.2. Angemessener Einfluss in den Aufsichtsgremien

1. Nach § 96 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 muss durch den Gesellschaftsvertrag sichergestellt werden, dass ein angemessener Einfluss der Gemeinde in den satzungsgemäßen Aufsichtsgremien – insbesondere im Aufsichtsrat – gewährleistet ist. Sofern nicht besondere Vorschriften einen obligatorischen Aufsichtsrat vorsehen (Drittelbeteiligungsgesetz, Mitbestimmungsgesetz, Montanmitbestimmungsgesetz, Mitbestimmungsergänzungsgesetz), ist die Einrichtung eines Aufsichtsrates bei einer GmbH fakultativ.

2. Aufsichtsgremien können nach GmbH-Recht nur der Aufsichtsrat und die Gesellschafterversammlung sein. Auf die Bezeichnung des Gremiums kommt es dabei nicht an. Werden allerdings Gremien wie Beiräte, Kuratorien, Verwaltungsräte, Gesellschafterausschüsse, Familienräte, Justizausschüsse usw. eingerichtet, denen nach dem Gesellschaftsvertrag nur beratende und empfehlende, nicht aber entscheidende Funktion zukommt, sind sie keine Aufsichtsgremien im Sinne des § 96 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2. Die Sicherung des gemeindlichen Einflusses in den Aufsichtsgremien durch Gesellschaftsvertrag bezieht sich vor allem auf den Aufsichtsrat, da der Einfluss in der Gesellschafterversammlung durch die gesellschaftsrechtliche Bindung des Stimmrechts an die jeweils gehaltenen Anteile im Regelfall keiner besonderen Sicherung im Gesellschaftsvertrag bedarf.

3. Ein angemessener Einfluss besteht, wenn das Stimmgewicht in dem Gremium annähernd der Beteiligungsquote entspricht. Unerheblich ist hierfür, durch wen die Gemeinde in dem Gremium vertreten wird; insbesondere ist eine Mehrheit aus Mitgliedern der Gemeindevertretung nicht erforderlich (näheres hierzu siehe Erläuterungen zu § 97 Absatz 1 und 2). Ist eine Gemeinde mehrheitlich oder allein beteiligt, ist es erforderlich, aber auch ausreichend, dass die Vertreter der Gemeinde in dem Gremium eine Stimmenmehrheit haben.

4.1.3. Begrenzung von Verlustausgleichsverpflichtungen

In § 96 Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 ist vorgesehen, dass die Gemeinde sich nur im Ausnahmefall zur Übernahme von Verlusten verpflichten darf und die Verlustausgleichsverpflichtung, soweit sie unumgänglich ist, auf einen bestimmten Betrag begrenzt sein muss, der sich seiner Höhe nach an der finanziellen Leistungsfähigkeit der Gemeinde ausrichtet. Die Begrenzung der möglichen Inanspruchnahme kann entweder durch die Wahl der Rechtsform oder eine entsprechende vertragliche Gestaltung sichergestellt werden. Eine Beteiligung oder Betätigung in Form einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts - GbR - (§§ 705 ff. BGB) scheidet im Regelfall aus, da eine Haftungsbegrenzung nur schwer erreichbar ist. Dies ist darin begründet, dass bei der GbR die Haftung der Gesellschafter gesetzlich nicht auf das Gesellschaftsvermögen begrenzt ist. Eine Begrenzung der Haftung ist nur durch Rechtsgeschäfte und Bekanntgabe der Haftungsbegrenzung gegenüber dem jeweiligen Vertragspartner im Außenverhältnis möglich. Die Beteiligung einer Gemeinde ist grundsätzlich unzulässig, wenn sie als Gesellschafterin unbeschränkt haftet, wie z. B. als Gesellschafterin einer OHG oder Komplementärin einer KG.

4.1.4. Jahresabschluss und Lagebericht

1. Bei kleinen Kapitalgesellschaften (§ 267 Absatz 1 HGB) sind im Normalfall Jahresabschluss und Lagebericht in entsprechender Anwendung der für Eigenbetriebe geltenden Vorschriften aufzustellen und zu prüfen. An die Stelle der Organe der Gemeinde treten die entsprechenden Organe der Gesellschaft. „In entsprechender Anwendung“ bedeutet, dass alle Bestimmungen der Eigenbetriebsverordnung, die sich mit der Aufstellung und Prüfung des Jahresabschlusses sowie des Lageberichtes befassen, zu Grunde zu legen sind. Das schließt auch die Ausnahme- beziehungsweise Befreiungsregelungen nach § 34 Absatz 3 Eigenbetriebsverordnung ein. Antragsteller ist hierbei nicht das Unternehmen, sondern die Trägerkommune.

2. Mit der Gesetzesnovelle 2012 wurde es ermöglicht, in der Satzung oder dem Gesellschaftsvertrag vorzusehen, dass für den Jahresabschluss die Vorschriften des HGB für mittelgroße Kapitalgesellschaften an die Stelle der Regelungen der Eigenbetriebsverordnung treten, ohne dass es einer Genehmigung nach § 34 Eigenbetriebsverordnung bedarf.

4.1.5. Zustimmung der Gemeindevertretung zu Unternehmensbeteiligungen

1. Der 2012 neugefasste § 96 Absatz 1 Satz 1 Nummer 8 gewährleistet die Zustimmung der Gemeindevertretung bei mittelbaren Beteiligungen. Die Entscheidungsbefugnis der Gemeindevertretung nach § 28 Absatz 2 Satz 1 Nummer 21 gilt nur für unmittelbare Beteiligungen der Gemeinde. Für Beteiligungen der zweiten Stufe gilt § 28 Absatz 2 Satz 1 Nummer 22. Will sich beispielsweise eine von einer Kommune getragene GmbH an einer anderen GmbH beteiligen, muss der Vertreter der Gemeinde in der Gesellschafterversammlung aufgrund dieser kommunalrechtlichen Vorschrift die Zustimmung der Gemeindevertretung einholen. Darüber hinaus ist der Zustimmungsvorbehalt durch Regelung im Gesellschaftsvertrag auch gesellschaftsrechtlich abzusichern. Bei Beteiligungen ab der dritten Stufe schließlich wären ohne gesellschaftsvertragliche Regelung keine kommunalen Organe mehr in die Entscheidung einbezogen. Kommunalrechtliche Zustimmungsvorbehalte können daher nicht mehr greifen. Daher ist hier die gesellschaftsvertragliche Verankerung der Zustimmungspflicht vorgeschrieben.

2. Der Zustimmungsvorbehalt für den Umfang der Beteiligung bezieht sich auf Änderungen in der Höhe der Beteiligung einschließlich der erstmaligen Beteiligung oder Gründung einer Tochtergesellschaft. Auch die Veräußerung der Anteile oder die Auflösung des Unternehmens sind eingeschlossen.

3. Die Art der Beteiligung bezieht sich auf die Rechtsform der Gesellschaft, die Regelung von besonderen Gesellschafterrechten oder -pflichten sowie auf Gesellschaftszweck und -gegenstand.

4. Da § 96 Absatz 1 auch für mittelbare Beteiligungen gilt, muss der Zustimmungsvorbehalt in den Gesellschaftsverträgen der kommunalen Unternehmen auf jeder Beteiligungsstufe vorgesehen sein. Allerdings sieht § 96 Absatz 1 Satz 1 Nummer 8 für Beteiligungen ab der dritten Stufe vor, dass die Gemeindevertretung auf die Zustimmung verzichten kann. Hat beispielsweise eine Gemeinde eine Stadtwerke Holding GmbH gegründet, die eine Wohnungs-GmbH als Tochtergesellschaft hat, welche wiederum Gesellschafterin der Wohnungs-Service-GmbH ist, ergibt sich die Zustimmungspflicht der Gemeindevertretung für die Gründung der Stadtwerke Holding aus § 28 Absatz 2 Satz 1 Nummer 21. Die Zustimmungspflicht für die Gründung der Wohnungs-GmbH ergibt sich aus der obligatorischen Verankerung dieser Pflicht im Gesellschaftsvertrag der Holding sowie aus § 28 Absatz 2 Satz 1 Nummer 22. Für die Gründung der Wohnungs-Service-GmbH hingegen muss die Zustimmungspflicht im Gesellschaftsvertrag der Wohnungs-GmbH nicht zwingend verankert werden. Hier kann die Gemeindevertretung verzichten. Dieser Verzicht ist jedoch ausdrücklich durch Beschluss zu erklären und kann nicht konkludent erfolgen.

4.2. Pflicht zur Anpassung des Gesellschaftsvertrages

1. In § 96 Absatz 2 ist durch die Gesetzesnovellierung 2012 der Stichtag für die Anpassungspflicht vom 1. Januar 2008 auf das Inkrafttreten der Kommunalverfassung am 28. September 2008 geändert worden. Dadurch kommen alle Unternehmen, die vor diesem Stichtag gegründet worden sind, in den Genuss der fünfjährigen Anpassungsfrist, also auch diejenigen Unternehmen, die nach dem 31. Dezember 2007 gegründet worden sind. Damit die Fünfjahresfrist nicht mitten im Geschäftsjahr abläuft, wurde das Fristende nunmehr auf den 31. Dezember 2013 verschoben, so dass eine neue Gesellschaftssatzung mit Beginn des neuen Geschäftsjahres in Kraft treten kann. Zugleich wurde die Pflicht zur Anpassung in eine Soll-Regelung umgewandelt. Dies soll insbesondere dazu dienen, dass Änderungen des Gesellschaftsvertrages, die zum Beispiel im Zusammenhang mit Änderungen der Beteiligungsverhältnisse in absehbarer Zeit anstehen, abgewartet werden können und es somit keiner doppelten Änderung innerhalb kurzer Zeit bedarf.

2. Sofern aus gesellschaftsrechtlichen Gründen eine Anpassung nicht durchsetzbar ist, insbesondere weil qualifizierte Mehrheiten erforderlich sind und nichtkommunale Anteilseigner von der Sperrminorität Gebrauch machen, tritt an die Stelle der Sicherstellungspflicht eine Hinwirkungspflicht.

5. Vertretung der Gemeinde in rechtlich selbständigen Unternehmen (§ 97)

§ 97 enthält Sonderregelungen zur Vertretung der Gemeinde in rechtlich selbständigen Unternehmen.

5.1. Vertretung der Gemeinde in der Gesellschafterversammlung

1. § 97 Absatz 1 gilt für Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit. Der kommunalrechtliche Unternehmensbegriff ist in § 92 Absatz 2 gesetzlich definiert. Da Eigenbetriebe (§ 92 Absatz 2 Nummer 1) keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen und für kommunale Anstalten des öffentlichen Rechts (§ 92 Absatz 2 Nummer 2) Sonderregelungen gelten (§ 95 Absatz 2 unter Verweis auf § 97), gilt die Vertretungsregelung unmittelbar nur für Gesellschaften des Privatrechts (§ 92 Absatz 2 Nummer 3) und Beteiligungen an diesen (§ 92 Absatz 2 Nummer 4).

2. Für Vereine oder sonstige Einrichtungen, die keine Unternehmen sind (zum Beispiel gemeinnützige eingetragene Vereine) oder die keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen, gilt § 97 Absatz 1 daher – im Gegensatz zur früheren Regelung in § 104 Absatz 1 GO – nicht. In diesen Fällen gelten nur § 28 Absatz 2 Nummer 6, wonach die Gemeindevertretung über die Bestellung der Vertreter der Gemeinden in Vereinen und sonstigen Einrichtungen entscheidet, sowie die Regelungen in den §§ 40, 41 über das Bestellungsverfahren.

3. Nach § 97 Absatz 1 Satz 1 wird die Gemeinde in der Gesellschafterversammlung oder in dem der Gesellschafterversammlung entsprechenden Organ durch den Hauptverwaltungsbeamten (HVB) vertreten. Bei amtsangehörigen Gemeinden konnte der Amtsdirektor nach altem Recht die amtsangehörigen Gemeinden nicht vertreten, wenn mehrere amtsangehörige Gemeinden oder das Amt selbst gemeinsam mit diesen Unternehmensträger waren. Nunmehr ist in § 135 Absatz 4 geregelt, dass § 97 Absatz 1 den allgemeinen Vertretungsregeln vorgeht und somit der Amtsdirektor als zuständiger HVB die Vertretung der amtsangehörigen Gemeinden in der Gesellschafterversammlung übernimmt. Sollten Interessenskollisionen durch Mehrfachvertretungen zu befürchten sein, so hat die Gemeindevertretung durch das ihr zustehende Weisungsrecht nach § 97 Absatz 1 Satz 6 die Möglichkeit, ihre Interessen durch eine entsprechende Weisung an den Amtsdirektor durchzusetzen.

4. Ein von § 97 Absatz 1 Satz 1 abweichender Beschluss über die Vertretung in der Gesellschafterversammlung ist nicht zulässig.

5. Nach § 97 Absatz 1 Satz 1 letzter Halbsatz kann der HVB „einen Beschäftigten der Gemeinde mit der Wahrnehmung dieser Aufgabe dauerhaft betrauen.“ „Beschäftigte“ können Beamte oder Arbeitnehmer der Gemeinde sein. „Mit der Wahrnehmung betrauen“ bedeutet, dass der vom HVB benannte Beschäftigte die Aufgabe mit allen Rechten und Pflichten wahrnimmt und nicht lediglich in ein Vertretungsverhältnis eintritt. Anders als zum Beispiel der allgemeine Vertreter nach § 56 Absatz 1 Satz 2 nimmt der betraute Beschäftigte die Aufgabe auch wahr, wenn kein Fall der Verhinderung oder Vakanz vorliegt. Hat der HVB einen Beschäftigten mit der Wahrnehmung betraut, treten die allgemeinen Vertretungsvorschriften zurück. Die Kommunalverfassung gibt auch nicht vor, aus welchem Kreis der Beschäftigten (zum Beispiel Beigeordnete, Dezernenten oder Amtsleiter) der HVB den zu Betrauenden auszuwählen hat. Die

Regelung in § 97 Absatz 3 über die besondere Berücksichtigung des für das Finanzwesen oder den betroffenen Fachbereich zuständigen Beschäftigten bezieht sich nur auf die Beschäftigten, die von der Gemeindevertretung für den Aufsichtsrat bestimmt werden.

6. Da in der Vergangenheit unterschiedliche Auffassungen dazu vertreten wurden, ob die Beauftragung durch den HVB auch punktuell, also zum Beispiel nur für eine Sitzung, erfolgen kann, hat der Gesetzgeber mit der Novelle 2012 hierzu klargestellt, dass diese Betrauung nur „dauerhaft“ erfolgen kann. Das schließt allerdings nicht das Recht aus, dass der HVB die Betrauung zurücknehmen kann und selbst die Vertretung wahrnimmt oder einen anderen Beschäftigten betraut. Auch diese Maßnahmen sind nur „dauerhaft“ und nicht punktuell für eine Sitzung zulässig.

7. Übernimmt der HVB selbst die Vertretung und es tritt ein Fall der kurzfristigen Verhinderung ein, so greifen die allgemeinen Vertretungsregelungen nach § 56. Liegt eine Betrauung vor und der Betraute ist verhindert, so ist durch die Gesetzesnovelle 2012 die Regelung neu mit aufgenommen worden, dass in diesem Fall nicht der Regelvertreter des Betrauten, sondern der HVB die Verhinderungsververtretung übernimmt. Der HVB kann auch einen anderen Beschäftigten mit der Verhinderungsververtretung dauerhaft betrauen. Damit stellt sich auch nicht die Frage der Vakanzvertretung. Scheidet die betraute Person aus dem Beschäftigungsverhältnis aus, entfällt die Betrauung und der HVB kann entweder selbst wieder die Vertretung übernehmen oder einen anderen Beschäftigten für die Betrauung benennen.

8. Ebenso wie bei der Entscheidung des HVB darüber, ob er die Vertretung selbst wahrnehmen oder einen Beschäftigten mit der Wahrnehmung betrauen will, unterliegt auch seine Entscheidung über die Auswahl des Beschäftigten, der die Vertretung übernehmen soll, nicht dem Weisungsrecht durch die Gemeindevertretung. Auch durch entsprechende Vorgaben im Gesellschaftsvertrag darf dem HVB diese Entscheidungsfreiheit nicht genommen werden.

9. Die Vertretung der Gemeinde in der Gesellschafterversammlung durch den HVB oder einen betrauten Beschäftigten muss nicht in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden, da es sich um interne Regelungen des Gesellschafters „Gemeinde“ handelt. Wenn solche Bestimmungen vorgesehen sind, müssen sie mit § 97 Absatz 1 vereinbar sein. Insbesondere darf nicht lediglich geregelt werden, dass die Gemeinde in der Gesellschafterversammlung durch den HVB vertreten wird, da damit die Möglichkeit der Betrauung eines Beschäftigten missachtet wird. Zur Vermeidung von Missverständnissen kann daher im Gesellschaftsvertrag auf die Regelung in § 97 Absatz 1 verwiesen werden. Dieser – dynamische – Verweis ist gegenüber einer wörtlichen Wiederholung des Gesetzestextes im Gesellschaftsvertrag vorzuziehen, da ansonsten bei jeder Rechtsänderung auch der Gesellschaftsvertrag angepasst werden müsste.

10. Der HVB oder der von ihm betraute Beschäftigte soll alleiniger Vertreter der Gemeinde in der Gesellschafterversammlung sein. Nur ausnahmsweise können der Gemeinde weitere Sitze zustehen. Ein Ausnahmefall kann zum Beispiel vorliegen, wenn ein Zweckverband Unternehmensträger ist und sich das besondere Bedürfnis ergibt, dass alle oder zumindest mehrere Verbandsmitglieder in der Gesellschafterversammlung vertreten sind, oder in einer bestimmten zeitlichen Phase nach einer Gemeindefusion.

11. Soweit der Gemeinde ausnahmsweise weitere Sitze in der Gesellschafterversammlung zustehen, sind diese nach § 97 Absatz 1 Satz 2 gemäß § 40 beziehungsweise § 41 zu besetzen. Steht der Gemeinde nach Gesellschaftsvertrag ein weiteres Mitglied (neben dem HVB) zu, wird dieses gemäß § 40 gewählt. Stehen der Gemeinde mehrere weitere Mitglieder zu, gilt § 41. Durch Satz 4 wurde klargestellt, dass solche ausnahmsweise gewählten Vertreter „aus der Mitte der Gemeindevertretung“ bestimmt werden müssen. Die Wahl erfolgt nach § 97 Absatz 1 Satz 4 nur für die laufende Wahlperiode. Eine Abwahl ist nicht erforderlich, eine vorzeitige Be-

endigung ist aber gemäß den Regelungen zu §§ 40, 41 möglich. Bedienstete des Unternehmens können nach § 97 Absatz 1 Satz 5 i.V.m. § 12 Absatz 1 BbgKWahlG nicht in die Gesellschafterversammlung entsandt werden. Auch bei einer Mehrfach-Besetzung in der Gesellschafterversammlung kann die Gemeinde als Gesellschafterin ihre Stimme nur einheitlich abgeben.

12. Es ist zulässig, dass der Gesellschaftsvertrag die Teilnahme mehrerer - zusätzlicher - Vertreter eines Gesellschafters zulässt, die eigene Teilnahmerechte (zum Beispiel Rede- und Antragsrechte) haben, aber kein eigenes Stimmrecht. Diese stimmrechtslosen Teilnehmer sind jedoch keine Mitglieder im Sinne des § 97 Absatz 1, so dass die grundsätzlich geltende Unzulässigkeit der Entsendung mehrerer Vertreter nach § 97 Absatz 1 Satz 2 hierdurch nicht berührt wird. Die Bestellung dieser Teilnehmer erfolgt ebenfalls nach §§ 40, 41, da diese Regelungen bei jeder Form einer Einzel- beziehungsweise Gremienwahl Anwendung finden. Die stimmrechtslosen Vertreter müssen nicht nach § 97 Absatz 1 Satz 4 aus der Mitte der Gemeindevertretung gewählt werden.

13. Das in § 97 Absatz 1 letzter Satz geregelte Weisungsrecht, welches (generelle) Richtlinien und (punktuelle) Einzelweisungen umfasst, kann an alle Vertreter der Gemeinde gerichtet werden, unabhängig davon, ob es sich um den HVB, den von ihm betrauten Beschäftigten oder sonstige zulässige Vertreter handelt. Die Weisungsbeschlüsse kommen durch Abstimmung (§ 39 Absatz 1 Satz 2), nicht durch Wahl zustande, auch wenn es um Weisungen zu Personalauswahlentscheidungen des Unternehmens geht (zur Bestimmung der Aufsichtsratsmitglieder siehe Ziffer 5.2.9).

14. Die Missachtung einer Weisung hat grundsätzlich keine Auswirkungen auf die zivilrechtliche Wirksamkeit der Erklärungen des Vertreters in der Gesellschafterversammlung und somit auch nicht auf die Wirksamkeit der entsprechenden Beschlüsse der Gesellschafterversammlung. Entsteht der Gemeinde ein Schaden, können ehrenamtliche Vertreter gemäß § 31 Absatz 2 in Verbindung mit § 25 Absatz 1 schadensersatzpflichtig sein. Für den Hauptverwaltungsbeamten gelten die beamtenrechtlichen Schadensersatzpflichten, zudem kann er disziplinarrechtlich zur Verantwortung gezogen werden. Für einen betrauten Beschäftigten gilt dies ebenfalls; ist er kein Beamter, gelten die entsprechenden arbeitsrechtlichen Haftungs- und Sanktionsregelungen.

15. Auch bei Weisungsbeschlüssen gemäß § 97 Absatz 1 Satz 6 kommt dem HVB eine Beanstandungspflicht nach § 55 Absatz 1 zu, wenn er der Auffassung ist, dass dieser Beschluss rechtswidrig ist. Diese Beanstandungspflicht gilt auch für Verstöße gegen gesetzliche Vorgaben des Gesellschaftsrechts (VGH Hessen, Urteil vom 9. Februar 2012 – 8 A 2043/10).

5.2. Vertretung der Gemeinde im Aufsichtsrat

1. Die Regelungen des § 97 Absatz 2 findet auch Anwendung, wenn ein Organ mit einer anderen Bezeichnung eingesetzt wird, das ganz oder teilweise die Funktion eines Aufsichtsrates ausübt.

2. Die Verweisung in Absatz 2 für die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder auf die Regelungen zu der Vertretung in der Gesellschafterversammlung wurde durch die Gesetzesnovelle 2012 neu gefasst. Dabei wurden nur die Sätze 1, 4 und 5 des Absatzes 1 für anwendbar erklärt. Somit gilt die Regelung über die Verhinderungsververtretung nicht, da das Aufsichtsratsmandat grundsätzlich höchstpersönlicher Natur ist. Zwar gilt für GmbHs ohne obligatorischen Aufsichtsrat und ohne ausdrücklichen Verweis auf § 101 Absatz 3 AktG das Stellvertretungsverbot nicht, so dass in diesen Fällen die Regelung einer Stellvertretung im Gesellschaftsvertrag zulässig ist. Dies ist aber in das Ermessen der Gesellschafter gestellt.

3. Durch die Präzisierung des Verweises ist zudem klargestellt worden, dass für den Aufsichtsrat – neben dem HVB – weitere Mitglieder nicht nur in Ausnahmefällen bestimmt werden können. Nimmt der HVB neben der Vertretung der Gemeinde in der Gesellschafterversammlung auch ein Aufsichtsratsmandat wahr und bittet der Aufsichtsrat (als Ganzes oder für einzelne Mitglieder) um Entlastung durch die Gesellschafterversammlung, so liegt ein Fall der rechtlichen Verhinderung vor und der allgemeine Vertreter hat den HVB bei diesem TOP in der Gesellschafterversammlung zu vertreten.

4. Gemäß § 97 Absatz 2 Satz 2 können auch sachkundige Dritte und Beschäftigte der Gemeinde für den Aufsichtsrat bestimmt werden. „Dritte“ können auch Personen sein, die keine Einwohner der Gemeinde im Sinne des § 11 Absatz 1 sind. Soweit Beschäftigte zu Aufsichtsratsmitgliedern bestimmt werden, ist zudem § 97 Absatz 3 zu beachten. Werden Beschäftigte oder Dritte von der Gemeindevertretung bestimmt, ist eine Mindestzahl von Mitgliedern der Gemeindevertretung, die in den Aufsichtsrat zu entsenden sind, nicht zu beachten.

5. Nach der Änderung des § 97 Absatz 4 im Jahr 2012 sollen alle Mitglieder „über die zur ordnungsmäßigen Wahrnehmung der Aufgaben erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und fachliche Eignung verfügen“. Stehen nicht in ausreichendem Umfang Personen mit entsprechendem Sachverstand zur Verfügung, hat die Gemeinde – und hier kommt insbesondere der Beteiligungsverwaltung gemäß § 98 eine besondere Bedeutung zu – für die erforderliche Qualifizierung zu sorgen. Kommt ein Mitglied trotz mehrmaliger Aufforderung seiner Fortbildungspflicht nicht nach, obwohl ein Bedarf hierfür gegeben ist, ist zu prüfen, ob eine Abwahl nach § 40 Absatz 5 beziehungsweise § 41 Absatz 7 in Betracht kommt.

6. Steht der Gemeinde ein Sitz im Aufsichtsrat zu, nimmt diesen der HVB oder ein von ihm betrauter Beschäftigter wahr. Stehen der Gemeinde zwei Sitze zu, wird das weitere Mitglied nach § 40 durch die Gemeindevertretung bestimmt. Stehen der Gemeinde drei oder mehr Sitze zu, werden die weiteren Mitglieder nach § 41 durch die Gemeindevertretung bestimmt.

7. Nach § 52 Absatz 1 GmbHG in Verbindung mit § 101 Absatz 1 Satz 1 AktG werden die Mitglieder des Aufsichtsrats von der Gesellschafterversammlung gewählt oder vom Gesellschafter als Entsendungsberechtigten in den Aufsichtsrat entsandt. Ein Entsendungsrecht des Gesellschafters muss im Gesellschaftsvertrag geregelt werden. Demzufolge bestehen zwei Möglichkeiten, wie die Gemeindevertretung die weiteren Vertreter der Gemeinde im Aufsichtsrat „bestimmen“ kann: Ist im Gesellschaftsvertrag ein Entsendungsrecht vorgesehen, erfolgt die Wahl nach §§ 40, 41 und die gewählten Personen werden von der Gemeinde unmittelbar in den Aufsichtsrat entsandt. Ist kein Entsendungsrecht vorgesehen, ist der Beschluss über die Wahl der weiteren Vertreter nach §§ 40, 41 zugleich ein Weisungsbeschluss im Sinne des § 97 Absatz 1 Satz 6 gegenüber dem Vertreter der Gemeinde in der Gesellschafterversammlung. Bei der Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder durch die Gesellschafterversammlung ist also dieses Wahlergebnis für das Stimmverhalten des Vertreters der Gemeinde in der Gesellschafterversammlung verbindlich. Dieser darf in der Gesellschafterversammlung die gemeindlichen Aufsichtsratsmitglieder weder gegen noch ohne einen Wahlbeschluss der Gemeindevertretung bestellen.

8. Bei Gesellschaften mit obligatorischem Aufsichtsrat ist zu beachten, dass nach § 101 Absatz 3 Satz 2 Aktiengesetz ein Entsendungsrecht nur für ein Drittel der Mitglieder zulässig ist.

9. Alle weiteren Vertreter der Gemeinde im Aufsichtsrat sind durch die Gemeindevertretung zu bestimmen. Eine Übertragung des Bestimmungsrechts auf den Hauptausschuss oder den HVB ist unzulässig (§ 28 Absatz 2 Satz 1). Davon zu unterscheiden ist die Möglichkeit, Dritten (beispielsweise der Arbeitnehmerschaft oder einem Interessenverband) im Gesellschaftsvertrag

die Möglichkeit einzuräumen, eigenständig einen oder mehrere Sitze im Aufsichtsrat zu besetzen. Solche nicht von der Gemeinde zu bestimmende Aufsichtsratsmitglieder sind nicht Vertreter der Gemeinde im Aufsichtsrat. Daher ist in solchen Fällen die Vorgabe des § 96 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 besonders zu beachten, wonach ein angemessener Einfluss der Gemeinde im Aufsichtsrat sicherzustellen ist.

10. Für die Dauer der Amtszeit des Aufsichtsrates gilt § 97 Absatz 1 Satz 4.

11. Ein Richtlinien- und Weisungsrecht der Gemeindevertretung gegenüber dem Aufsichtsrat besteht grundsätzlich nicht. Dies ergibt sich aus dem Aktienrecht, das insoweit gemäß § 52 Absatz 1 GmbHG für GmbHs entsprechend gilt. Bei GmbHs mit fakultativem Aufsichtsrat kann ein Weisungsrecht allerdings im Gesellschaftsvertrag verankert werden. Das Bundesverwaltungsgericht hat hierzu in seinem Urteil vom 31. August 2011 – Az.: 8 C 16/10 – festgestellt: „Schließt der Gesellschaftsvertrag einer GmbH, bei der eine Gemeinde Mehrheitsgesellschafterin ist, die Anwendung der Bestimmungen des Aktiengesetzes (*einschl. der Weisungsfreiheit*) für den vorgesehenen fakultativen Aufsichtsrat aus, so muss er regeln, was stattdessen gelten soll. Dazu gehört auch die Regelung eines eventuellen Weisungsrechtes der zuständigen kommunalen Organe.“ Soll daher bei Gesellschaften mit fakultativem Aufsichtsrat ein Weisungsrecht eingeführt werden, empfiehlt es sich, im Gesellschaftsvertrag nicht lediglich die in § 52 Absatz 1 GmbHG genannten Bestimmungen des Aktiengesetzes auszuschließen, sondern eine ausdrückliche Regelung zur Weisungsgebundenheit der Aufsichtsratsmitglieder zu treffen. Dabei kann auch eine Weisungsgebundenheit nur für bestimmte Angelegenheiten des Aufsichtsrates vorgesehen werden.

5.3. Unterrichtung der Gemeindevertretung

1. Abweichend von den bisherigen Regelungen haben die Vertreter der Gemeinde gemäß § 97 Absatz 7 Satz 1 – in Anlehnung an die Regelungen der §§ 394, 395 AktG und das Urteil des OVG Lüneburg vom 3. Juni 2009, Az.: 10 LC 217/07 – nicht mehr die Gemeindevertretung, sondern den HVB über alle Angelegenheiten von besonderer Bedeutung frühzeitig zu unterrichten. Der Hauptausschuss beziehungsweise die Gemeindevertretung wiederum haben im Gegenzug den Auskunftsanspruch nicht mehr unmittelbar gegenüber den Vertretern der Gemeinde, sondern ebenfalls gegenüber dem HVB. Die Aufsichtsratsmitglieder unterliegen zwar der Verschwiegenheitspflicht gemäß § 52 GmbHG in Verbindung mit §§ 116 und 93 Absatz 1 Satz 2 AktG. § 394 AktG, der nach herrschender Rechtsauffassung auch für GmbHs anzuwenden ist, macht hiervon jedoch für die Aktiengesellschaften zu Gunsten von Gebietskörperschaften insoweit eine Ausnahme, als „gemeindliche Aufsichtsratsmitglieder hinsichtlich der Berichte, die sie der Gebietskörperschaft zu erstatten haben, keiner Verschwiegenheitspflicht unterliegen.“ Die Vorschrift enthält somit keine generelle Beseitigung der Verschwiegenheitspflicht, sondern räumt lediglich ein Informationsprivileg für Zwecke der Berichterstattung ein. Adressat solcher Berichte ist gemäß § 97 Absatz 7 Satz 1 der HVB.

2. Zudem ist in § 97 Absatz 7 Satz 3 ergänzt worden, dass § 29 und § 54 Absatz 2 unberührt bleiben. Dadurch wird klargestellt, dass das Auskunftsrecht jedes einzelnen Gemeindevertreters und die hiermit korrespondierende Unterrichtungspflicht des HVB neben die Rechte und Pflichten nach § 97 Absatz 7 tritt.

5.4 Vergütungen aus einer Tätigkeit als Vertreter der Gemeinde in wirtschaftlichen Unternehmen

1. § 97 Absatz 8 sieht eine Abführungspflicht für Vergütungen aus der Tätigkeit als Vertreter der Gemeinde in Unternehmen vor, soweit die Vergütung eine angemessene Aufwandsentschädigung übersteigt. Durch die Gesetzesänderung 2012 wurde klargestellt, dass in der

Hauptsatzung beziehungsweise in einer gesonderten Satzung nur noch die Höhe der angemessenen Aufwandsentschädigung zu regeln ist und nicht mehr die Höhe des abzuführenden Betrages. Dieser ist von der Höhe der gezahlten Vergütung abhängig, die jedoch in jedem Unternehmen unterschiedlich festgesetzt ist.

2. Der HVB als Regelvertreter in den Aufsichtsgremien der kommunalen Unternehmen erhält die Aufwandsentschädigung nach § 97 Absatz 8 unbeschadet der Regelungen nach der Kommunaldienstaufwandsentschädigungsverordnung.

6. Anzeige- und Genehmigungspflichten nach § 100

1. Mit dem Gesetz zur Stärkung der kommunalen Daseinsvorsorge hat der Gesetzgeber in weiten Bereichen bisherige Genehmigungspflichten nach § 100 in Anzeigepflichten umgewandelt. Die Gemeinde kann die Kommunalaufsicht bereits vor der Gründung beteiligen, Gesellschaftsvertragsentwürfe vorlegen und um Einschätzung der rechtlichen Zulässigkeit des Vorhabens bitten. Die Kommunalaufsicht nimmt diese Beratungsaufgabe im Rahmen ihrer Kapazitäten wahr. In diesem Rahmen kann die Kommunalaufsicht auch nach erfolgter Anzeige die Rechtskonformität der angezeigten Entscheidungen bestätigen. Soweit angezeigte Entscheidungen der Gemeinde rechtswidrig sind, kann die Kommunalaufsicht die Entscheidung beanstanden, wenn ein öffentliches Interesse besteht.

2. Der Anzeigepflicht unterliegen nur Entscheidungen über unmittelbare Beteiligungen, also die Gründung oder Übernahme einer Eigengesellschaft, die Gründung einer Gesellschaft in Privatrechtsform, deren Anteile der Gemeinde nicht vollständig gehören, sowie die erstmalige Übernahme eines Anteils an einer solchen Gesellschaft. Darüber hinaus sind Entscheidungen über die wesentliche Erweiterung solcher Unternehmen anzeigepflichtig. Entscheidungen über Eigenbetriebe unterliegen keiner Anzeigepflicht (für die Eigenbetriebssatzung besteht jedoch eine Anzeigepflicht nach § 93 Abs. 1). Keine Anzeigepflicht besteht auch für die Anteilserhöhung bei bereits bestehenden Beteiligungen.

3. Des Weiteren sind Umwandlungen eines Unternehmens in eine andere Rechtsform anzeigepflichtig. Die Anzeigepflicht für Umwandlungen betrifft alle bestehenden Unternehmen im Sinne des § 92 Absatz 2, also Eigenbetriebe, Anstalten, Eigengesellschaften und die Umwandlung von Anstalten und Gesellschaften in Privatrechtsform, an denen die Gemeinde beteiligt ist. Keine anzeigepflichtige Umwandlung ist die Umwandlung eines Regiebetriebs in einen Eigenbetrieb; die Umwandlung eines Regiebetriebs in eine Eigengesellschaft stellt eine anzeigepflichtige Unternehmensneugründung dar. Eine Umwandlung liegt nicht nur vor, wenn zwischen den Unternehmensformen Eigenbetrieb, AöR und Eigengesellschaft gewechselt wird, sondern auch, wenn die Rechtsform einer Eigengesellschaft geändert wird. Dem Wortlaut nach umfasst ist auch die Umwandlung einer Anstalt oder einer GmbH in einen Eigenbetrieb. Da aber die Gründung eines Eigenbetriebs nicht anzeigepflichtig ist, muss Gleiches für die Umwandlung in einen Eigenbetrieb gelten.

4. Gegenstand der Anzeige sind nicht die Unternehmensgründung und gleichgestellte Maßnahmen selbst, sondern die Entscheidungen der Gemeinde über die Gründung, Übernahme oder Umwandlung des Unternehmens. Vorzulegen ist daher der Beschluss des zuständigen Gemeindeorgans. Darüber hinaus sind alle weiteren Unterlagen vorzulegen, die zum Nachweis der Beachtung der gesetzlichen Vorschriften erforderlich sind, also bei Gründungen und wesentlichen Erweiterungen insbesondere der Gesellschaftsvertrag, die Marktanalyse oder der Nachweis über die Bekanntmachung des Vorhabens einschließlich etwaiger Angebote Dritter beziehungsweise die Begründung der Gemeindevertretung, warum im öffentlichen Interesse von Marktanalyse und Bekanntmachung abgesehen wurde, sowie die Stellungnahme der zuständigen Kammer.

5. Entscheidungen über die Gründung einer kommunalen Anstalt, die Umwandlung eines Unternehmens in eine kommunale Anstalt und die wesentliche Erweiterung des Gegenstandes einer kommunalen Anstalt unterliegen weiterhin der Genehmigungspflicht. Für die Genehmigungen nach § 100 gelten die allgemeinen Regelungen zu Genehmigungen der Kommunalaufsichtsbehörden in § 111.

Im Auftrag

gez.

Keseberg

MI.Brandenburg.de

Anlage: Checkliste für die Prüfung der wichtigsten Zulässigkeitsvoraussetzungen

1. Sind die Begriffsmerkmale einer **wirtschaftlichen Betätigung** im Sinne des § 91 Abs. 1 erfüllt?
2. Wenn ja, handelt es sich möglicherweise um die **Verwaltung des Gemeindevermögens** im Sinne des § 91 Abs. 7?
3. Rechtfertigt der **öffentliche Zweck** die wirtschaftliche Betätigung im Sinne des § 91 Abs. 2 Nr. 1?

Wenn dies nicht in vollem Umfang bejaht werden kann, liegen **zulässige Nebenleistungen** im Sinne des § 91 Abs. 5 vor?

4. Werden Aufgaben der **örtlichen Gemeinschaft** (§ 91 Abs. 2) wahrgenommen?
Wenn nicht, liegen **Ausnahmetatbestände** gemäß § 91 Abs. 4 vor?
5. Steht die vorgesehene Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur **Leistungsfähigkeit** der Gemeinde im Sinne des § 91 Abs. 2 Nr. 2 (erste Voraussetzung)?
6. Steht die Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zum voraussichtlichen **Bedarf** gemäß § 91 Abs. 2 Nr. 2 (zweite Voraussetzung)?
7. Wurden die Vorgaben der **einfachen Subsidiaritätsklausel** in § 91 Abs. 3 beachtet?
8. Soll ein **Unternehmen** gemäß § 92 Abs. 2 Nr. 2 bis 4 gegründet oder der Unternehmensgegenstand wesentlich erweitert werden? Falls ja, Prüfung der weiteren Voraussetzung des § 92:
9. Wurde das Vorhaben **öffentlich bekannt** gemacht verbunden mit der Aufforderung an private Dritte, Angebote vorzulegen im Sinne des § 92 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 1 Var. 1?
10. Falls keine öffentliche Bekanntgabe erfolgte, wurde eine **unabhängige sachverständige Wirtschaftlichkeitsanalyse** im Sinne des § 92 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 1 Var. 2 erstellt?

11. Für den Fall, dass weder eine öffentliche Bekanntgabe noch eine unabhängige Wirtschaftlichkeitsanalyse i.S.d. § 92 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 1 vorliegt: Ist eine Wirtschaftlichkeitsanalyse durch die Gemeinde im Sinne des § 92 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 erstellt worden und haben die Voraussetzungen einer solchen Wirtschaftlichkeitsanalyse vorgelegen?

- a) Die Unternehmensgründung hat für die Gemeinde eine **geringe wirtschaftliche Bedeutung** und
- b) die Prüfung durch das **Rechnungsprüfungsamt** ist erfolgt.

12. Soweit keine Bekanntmachung und keine Wirtschaftlichkeitsanalyse erfolgt sind, haben die Voraussetzungen nach § 92 Abs. 3 Satz 2 vorgelegen?
- a) Hat die Gemeindevertretung die Unternehmensgründung im **öffentlichen Interesse für erforderlich gehalten**?
 - b) Liegt eine ausreichende **Begründung der Entscheidung** der Gemeindevertretung vor?
13. Ist der örtlichen **Industrie- und Handelskammer bzw. Handwerkskammer** Gelegenheit zur Stellungnahme zu der Maßnahme gegeben worden?
14. Haben der Gemeindevertretung **vor der Beschlussfassung** über die Unternehmensgründung die Angebote privater Dritter bzw. die Wirtschaftlichkeitsanalyse sowie die Stellungnahme der zuständigen Kammer vorgelegen?
15. Handelt es sich bei dem zu gründenden Unternehmen um eine Mehrheitsbeteiligung in Form einer unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung in der Rechtsform des Privatrechts? (§ 96 Abs. 1 Satz 1)?

Falls ja

- a) Ist die Erfüllung der Aufgabe der Gemeinde durch **Gesellschaftsvertrag bzw. -satzung sichergestellt**? (§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1)
- b) Hat der kommunale Träger i.S.d. § 96 Abs. 1 Satz 3 einen **angemessenen Einfluss** in den satzungsmäßigen Aufsichtsgremien erhalten? (§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2)
- c) Ist eine **Verlustausgleichsverpflichtung** vorgesehen? (§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3)
Falls ja, liegt hier eine gerechtfertigte **Ausnahmesituation** vor?
Falls ja, ist die Verlustausgleichsverpflichtung auf einen **angemessenen Betrag** begrenzt?
- d) Ist durch den Gesellschaftsvertrag sichergestellt, dass bei kleinen Kapitalgesellschaften der **Jahresabschluss und der Lagebericht** in entsprechender Anwendung der für **Eigenbetriebe geltenden Vorschriften** aufgestellt und geprüft wird? (§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Var. 1)
Falls nein, ist durch den Gesellschaftsvertrag sichergestellt, dass bei kleinen Kapitalgesellschaften der **Jahresabschluss und der Lagebericht** in entsprechender **Anwendung** der für **mittelgroße Kapitalgesellschaften** nach dem Handelsgesetzbuch geltenden **Vorschriften** aufgestellt und geprüft wird? (§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Var. 2)
- e) Wurde im Gesellschaftsvertrag die verpflichtende Wahrnehmung der **Rechte nach §§ 53, 54 Haushaltsgesetz** geregelt? (§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5)
- f) Ist im Gesellschaftsvertrag die Aufstellung eines **Wirtschaftsplanes** in entsprechender Anwendung der für Eigenbetriebe geltenden Vorschriften vorgesehen? (§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6).

- g) Ist im Gesellschaftsvertrag geregelt, dass der Wirtschaftsplan sowie wesentliche Abweichungen hiervon der **Gemeinde unverzüglich zur Kenntnis** gegeben werden? (§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7)
- h) Ist im Gesellschaftsvertrag vorgesehen, dass Art und Umfang der Beteiligung an weiteren Unternehmen an die **Zustimmung der Gemeindevertretung** gebunden ist? (§ 96 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 erster Halbsatz)
Falls nein, handelt es sich bei der Gesellschaft um eine Beteiligung ab der zweiten Stufe (Tochtergesellschaft eines kommunalen Unternehmens/Enkelgesellschaft der Gemeinde) und hat die Gemeindevertretung auf die Zustimmung allgemein für Beteiligungen der nächstfolgende Stufe oder für das zu gründende Unternehmen verzichtet?
16. Liegt die **Beschlussfassung der Gemeindevertretung** gemäß § 28 Abs. 2 Nr. 21, 22 oder 23 vor?
17. Sofern der Gesellschaftsvertrag Vertretungsregelungen für die **Gesellschafterversammlung** enthält: Wurde § 97 Abs. 1 beachtet?
18. Wenn für die Gemeinde **mehrere Sitze** in der Gesellschafterversammlung vorgesehen sind:
Liegt eine begründete **Ausnahmesituation** vor? (§ 97 Abs. 1 Satz 3)
19. Entspricht die Regelung über die Bildung des **Aufsichtsrates** den Vorgaben des § 97 Abs. 2?
20. Ist sichergestellt, dass die Mitglieder des Aufsichtsrates über die zur ordnungsgemäßen Wahrnehmung der Aufgaben **erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und fachlicher Eignung** verfügen? (§ 97 Abs. 4) (Hinweis: Die BbgKVerf normiert die entsprechende Erwartung an die Qualifikation der Mitglieder, setzt aber nicht die gesellschaftsvertragliche Absicherung oder Festschreibung voraus)
21. Ist im Gesellschaftsvertrag geregelt, dass der Beteiligungsverwaltung (§ 98) ein **aktives Teilnahmerecht** entsprechend § 30 Abs. 3 bei den Aufsichtsratssitzungen eingeräumt worden ist? (§ 97 Abs. 5)
22. Gibt es für die Gemeinde eine Regelung in der Hauptsatzung oder in einer anderen Satzung über die Höhe einer **angemessenen Aufwandsentschädigung**? (§ 97 Abs. 8)