

*Ministerium für Inneres und Bundesangelegenheiten / Verfügung*Ministerium für Inneres und Bundesangelegenheiten
Postfach 71 25 | 24171 KielLandrätin und Landräte der Kreise
als untere Kommunalaufsichtsbehörden
m. d. B. um Weiterleitung an die ihrer Aufsicht
unterstehenden KommunenKreise und kreisfreie Städte, kreisangehörige
Städte über 20 000 Einwohnernachrichtlich:Arbeitsgemeinschaft der kommunalen Landes-
verbände Schleswig-HolsteinsIhr Zeichen:
Ihre Nachricht vom:
Mein Zeichen: IV 369-164.01-203/2015-2060/2016-
UV-14485/2016
Meine Nachricht vom: 13. Juni 2016Oliver.Lehmann
Oliver.Lehmann@im.landsh.de
Telefon: 0431 988-2936
Telefax: 0431 988 614-2936**nur per E-Mail**

2. September 2016

**Gesetz zur Stärkung der Kommunalwirtschaft;
Einführungserlass**

- 1 Am 29. Juli 2016 ist das Gesetz zur Stärkung der Kommunalwirtschaft vom 21. Juni 2016 (GVOBl. Schl-H. S. 528) **in Kraft getreten**. Das Gesetz sieht folgende Änderungen vor:
 - A. Die gesetzlichen Hürden für die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen werden gesenkt (Rn. 2 ff.). Die Kommunen sollen so in die Lage versetzt werden, sich mehr noch als bisher in der Energiewende und beim Ausbau einer flächendeckenden Breitbandinfrastruktur zu engagieren.
 - B. Da ein Mehr an wirtschaftlicher Freiheit mit einem erhöhtem Risiko einhergeht, hält das Gesetz die Kommunen im Gegenzug dazu an, sich die zur Steuerung und Kontrolle ihrer Gesellschaften erforderlichen Rechte in deren Satzungen bzw. Gesellschaftsverträgen vorzubehalten (Rn. 44 ff.).

Überdies werden

- C. die Anforderungen, welche das Gemeindewirtschaftsrecht an die verschiedenen Rechts- und Organisationsformen stellt, harmonisiert und weiterentwickelt (Rn. 69 ff.) sowie

D. das kommunalaufsichtliche Anzeigeverfahren vereinfacht (Rn. 75 ff.).

Im Einzelnen:

A. Erweiterung der wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten der Kommunen

2 Um die wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten der Kommunen zu erweitern, werden die **Zulässigkeitsvoraussetzungen entschärft**. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen waren bislang abschließend in § 101 Abs. 1 der Gemeindeordnung (GO) geregelt („Schrankentrias“). Um den Kommunen zu erleichtern, ihren Beitrag zur Energiewende zu leisten, werden

- I. für eine energiewirtschaftliche Betätigung in einem neuen § 101 a GO eigenständige Zulässigkeitsvoraussetzungen eingeführt, die gesetzlichen Hürden insoweit gesenkt (Rn. 3 ff.).
- II. Entfällt für alle wirtschaftlichen Betätigungen die Bedarfsklausel, was insbesondere den überörtlichen Ausbau einer flächendeckenden Breitbandinfrastruktur vereinfacht (Rn. 44 ff.) und
- III. wird die bisherige Anzeigepflicht für wirtschaftliche Betätigungen außerhalb Schleswig-Holsteins durch einen Genehmigungsvorbehalt für Auslandsbetätigungen ersetzt (Rn. 41 ff.).

I. Eigenständige Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Energiewirtschaft

3 Der neu eingeführte **§ 101 a GO** senkt die gesetzlichen Hürden gemeindlichen Wirtschaftens im Bereich der Energiewirtschaft:

1. Für eine energiewirtschaftliche Betätigung der Kommunen wird vermutet, dass diese grundsätzlich einem öffentlichen Zweck dient (Vermutensregelung; Rn. 5 ff.).
2. An der Vermutensregelung nimmt auch die von einem Versorgungsauftrag losgelöste Erzeugung oder Gewinnung von erneuerbaren Energien teil, sofern diese ortsnahe erfolgt (Rn. 10 ff.).

Als Zulässigkeitsvoraussetzung ist für eine energiewirtschaftliche Betätigung somit

3. lediglich die um die Bedarfsprüfung gekürzte Relationsklausel, also der Leistungsfähigkeitsbezug (§ 101 Abs. 1 Nr. 2 GO) zu beachten (Rn. 14 ff.).

4. Von der Subsidiaritätsklausel (§ 101 Abs. 1 Nr. 3 GO werden die Kommunen im Hinblick auf ihre Energiewirtschaft befreit (Rn. 37 ff.).

1. Energiewirtschaftliche Betätigung

- 4 Die energiewirtschaftliche Betätigung wird in § 101 a Abs. 1 **Satz 1** GO
 - a) zunächst legaldefiniert und für sie ein öffentlicher Zweck vermutet (Rn. 5 ff.). Von dem öffentlichen Zweck können
 - b) auch untergeordnete Annex Tätigkeiten mitgetragen sein (Rn. 8 f.).
- a) Legaldefinition
- 5 Eine energiewirtschaftliche Betätigung im Sinne des § 101 a Abs. 1 Satz 1 GO umfasst die Erzeugung, Gewinnung, den Vertrieb oder die Verteilung von Energie zur Strom-, Gas-, Wärme- oder Kälteversorgung. Die Legaldefinition orientiert sich an § 3 Nr. 36 des Energiewirtschaftsgesetzes. Ihr unterfallen somit **sämtliche Stufen der Produktion und Distribution von Endenergie**, insbesondere auch deren Speicherung zur Sicherung der Versorgung und der Netzstabilität.
- 6 In § 101 a Abs. 1 Satz 1 GO wird widerlegbar vermutet, dass eine energiewirtschaftliche Betätigung grundsätzlich durch einen öffentlichen Zweck, nämlich dem der Daseinsvorsorge, gerechtfertigt ist. Der öffentliche Zweck ist **insoweit nicht mehr darzulegen**, weder im Abwägungsbericht (Rn. 46) noch im Anzeigeverfahren (Rn. 75 ff.).
- 7 Ein öffentlicher Zweck ist dann gegeben, wenn die wirtschaftliche Betätigung den Einwohnerinnen und Einwohnern vor Ort nützlich ist, hat die Kommune doch deren Wohl zu fördern (§ 1 Abs. 1 Satz 2 GO). Der öffentliche Zweck muss in den Bedürfnissen und Interessen der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben (BVerfG, Beschl. v. 23. November 1988 – 2 BvR 1691/83, 2 BvR 1628/83 – Juris, Rn. 59). Die Vermutung, dass die energiewirtschaftliche Betätigung der Kommunen einem öffentlichen Zweck dient, ist gerechtfertigt, weil die örtliche Energieversorgung zu den durch Art. 28 Abs. 2 Satz 1 des Grundgesetzes (GG) gewährleisteten Selbstverwaltungsangelegenheiten örtlich relevanten Charakters gehört (BVerwG, Urt. v. 18. Mai 1995 – 7 C 58/94 – Juris, Rn. 13). Auch die Liberalisierung der Energiemärkte hat daran grundsätzlich nichts geändert (BT-Drs. 13/ 9211, S. 3). Vollends entfallen kann die Prüfung der Zweckbindung allerdings nicht. Dem steht das Rechtsstaatsprinzip entgegen (*Ehlers*, JZ 1990, 1089, 1091). Daher muss die Vermutung **im atypischen Einzelfall widerlegbar** bleiben. Die Darlegungslast zur Begründung einer solchen Ausnahme trägt dann jedoch die Kommunalaufsichtsbehörde (LT-Drs. 18/ 3152, S. 36 f.). Zu denken ist hier an Fälle, in denen die energiewirtschaftliche Betätigung nicht mehr in erster Linie der Versorgung der Einwohnerinnen und Einwohner dient, der Ortsbezug somit nicht mehr gegeben ist (Rn. 40).

b) Annextätigkeiten

- 8 Von dem öffentlichen Zweck der energiewirtschaftlichen Betätigung zur Daseinsvorsorge können auch untergeordnete (Rn 9) Annextätigkeiten mitgetragen sein, etwa dann, wenn sie sich wirtschaftlich gesehen und wegen des Sachzusammenhangs als bloße **Arrondierung der dem öffentlichen Zweck dienenden Hauptleistung** darstellen (VerfGH Rheinland-Pfalz, Urt. v. 28. März 2000 – VGH N 12/98 – Juris, Rn. 29). Zu denken ist hier an Maßnahmen für ein Energiemanagement, z. B. an die Errichtung „intelligenter Netze“, welche eine Abstimmung des Energiebedarfs mit der Energieproduktion erlauben, ferner an sog. *contracting*-Modelle, in denen die Verbraucher bei der Einführung von Energieeffizienzmaßnahmen technisch und auch finanziell unterstützt werden und für diese Leistungen auf einen Teil ihrer Energiekostensparnis verzichten. Beim *contracting* ist zu beachten, dass die Finanzierungsfunktion nicht im Vordergrund stehen darf, da es sich dann z. B. um ein erlaubnispflichtiges Finanzierungsleasing (§ 1 Abs. 1 a Satz 2 Nr. 10 des Kreditwirtschaftsgesetzes), mithin um ein unzulässiges Bankgeschäft (§ 101 Abs. 6 GO) handeln könnte. Im Zweifel sollte das Vorhaben auch der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) vorgelegt werden.
- 9 Ob eine Annextätigkeit **der Haupttätigkeit untergeordnet** ist, kann anhand des Verhältnisses des für die Haupt- und für die Annextätigkeit eingesetzten Kapitals (Bilanzsummen) ermittelt werden. Ein Verhältnis von 1:20 (5 %) ist dabei regelmäßig als unproblematisch anzusehen.

2. Erzeugung oder Gewinnung erneuerbarer Energien ohne Versorgungsauftrag

- 10 Die Vermutensregelung des § 101 a Abs. 1 Satz 1 GO gilt nach dem Wortlaut der Legaldefinition einer energiewirtschaftlichen Betätigung zunächst nur für die Energieversorgung (Rn. 5 f.). Um den Kommunen ohne Stadtwerke zu ermöglichen, einen energiewirtschaftlichen Beitrag zum Umwelt- und Klimaschutz (Art. 11 der Verfassung des Landes Schleswig-Holstein) zu leisten, wird ihnen in § 101 a Abs. 2 GO die Möglichkeit eröffnet, regenerative Energien ortsnah zu erzeugen oder zu gewinnen, z. B. in einem kommunalen Windpark oder im Wege einer Beteiligung an einem Bürgerwindpark. **Erneuerbare Energien** sind Wasserkraft einschließlich der Wellen-, Gezeiten-, Salzgradienten- und Strömungsenergie, Windenergie, solare Strahlungsenergie, Geothermie und Energie aus Biomasse einschließlich Biogas, Biomethan, Deponiegas und Klärgas sowie aus dem biologisch abbaubaren Anteil von Abfällen aus Haushalten und Industrie (§ 5 Nr. 14 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes).
- 11 Eine von einem Versorgungsgebiet losgelöste Erzeugung und Gewinnung regenerativer Energien ist **nur vor Ort**, d. h. auf dem Gebiet der betreffenden Gemeinde sowie auf dem Gebiet angrenzender Gemeinden zulässig, wobei § 101 a Abs. 2 Satz 2 GO im Falle eines atypischen Verlaufs der Gemeindegrenzen eine arrondierende Betrachtung

tung erlaubt. Die örtliche Beschränkung ist geboten, da der öffentliche Zweck, einen Beitrag zum Umwelt- und Klimaschutz leisten zu wollen, anders als z. B. die Daseinsvorsorge nicht an ein Versorgungsgebiet anknüpft und somit dem Ort und Umfang nach unbegrenzt zu verwirklichen wäre. Auch besteht die Gefahr, dass eine übermäßige ortsferne wirtschaftliche Betätigung die Leistungsfähigkeit der Kommunen (Rn. 14 ff.) gefährdet.

- 12 Ferner verlangt § 101 a Abs. 2 Satz 2 GO, dass das **Einvernehmen mit der Nachbargemeinde** hergestellt wird (LT-Drs. 18/ 3152, S. 38). Denn die grenzüberschreitende Betätigung ist geeignet, deren Planungshoheit, mithin deren Recht auf Selbstverwaltung zu verletzen. Im Übrigen gilt es angesichts der Immissionen, die z. B. von Windkraftanlagen ausgehen, eine Störung des „kommunalen Friedens“ zu vermeiden. Das Einvernehmen kann formlos erteilt werden.
- 13 Für die Erzeugung oder Gewinnung **regenerativer Energien im Rahmen des Versorgungsauftrags** von Stadtwerken gelten die Beschränkungen des § 101 a Abs. 2 GO nicht. Denn hierbei handelt es sich um eine energiewirtschaftliche Betätigung im Sinne der Legaldefinition (Rn. 5).

3. Leistungsfähigkeitsbezug

- 14 Bei einer energiewirtschaftlichen Betätigung (Rn. 5) muss lediglich sichergestellt sein, dass sie in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Kommune und des kommunalen Unternehmens steht (§ 101 a Abs. 1 Satz 1, § 101 Abs. 1 Nr. 2 GO). Die Leistungsfähigkeit muss sowohl hinsichtlich
 - a) der Finanzkraft (Rn. 15 ff.), als auch
 - b) der Verwaltungskraft (Rn. 20 ff.)

gegeben sein. Die Bedarfsklausel des § 101 Abs. 1 Nr. 2 2. Alt. GO a. F. ist entfallen (Rn. 40). Die so **entschärfte Relationsklausel** gilt für jedwede wirtschaftliche Betätigung der Kommunen, also nicht nur für den Bereich der Energiewirtschaft.

a) Finanzkraft

- 15 Die (finanzielle) Leistungsfähigkeit der Gemeinde im Sinne des § 101 Abs. 1 Nr. 2 GO gilt dann als vollumfänglich gegeben, wenn der Haushalt der Kommune dauernd leistungsfähig im Sinne des § 85 Abs. 2 bzw. § 95 g Abs. 2 GO ist, wenngleich der gemeindewirtschaftsrechtliche Begriff der Leistungsfähigkeit nicht mit dem des Gemeindehaushaltsrechts gleichzusetzen ist. Haushaltsrechtlich gilt die **dauernde Leistungsfähigkeit** als gesichert, wenn die Kommune voraussichtlich in der Lage ist, ihren bestehenden Verpflichtungen nachzukommen, ihr Vermögen pfleglich und wirtschaftlich zu verwalten und die Finanzierungskosten und Folgekosten bevorstehender notwen-

diger Investitionen zu tragen. Ob die dauernde Leistungsfähigkeit der Kommune gegeben ist, wird regelmäßig im Rahmen der Gesamtgenehmigung der vorgesehenen Kreditaufnahmen für Investitionen und Investitionsförderungsmaßnahmen nach § 85 Abs. 2 Satz 1 bzw. § 95 g Abs. 2 Satz 1 GO festgestellt. Fehlen in der Haushaltssatzung (genehmigungsbedürftige) Festsetzungen zur Kreditaufnahme kann von der dauernden Leistungsfähigkeit der Kommune ausgegangen werden, wenn die Voraussetzungen der § 85 Abs. 6 bzw. § 95 g Abs. 6 GO erfüllt sind.

- 16 **Ist die dauernde Leistungsfähigkeit der Kommune nicht gegeben**, kommt eine wirtschaftliche Betätigung dennoch in Betracht wenn
- diese zur Erfüllung eines öffentlichen Zwecks **dringend geboten** ist und von der Bürgermeisterin bzw. vom Bürgermeister gegenüber der Gemeindevertretung bzw. dem Hauptausschuss sowie gegenüber der Kommunalaufsichtsbehörde gesondert begründet wird, wobei eine Dringlichkeit regelmäßig im Hinblick auf den öffentlichen Zweck der Daseinsvorsorge in Betracht kommt (VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 29. November 2012 – 1 S 1258/12 – Juris, Rn. 61)

und

- entweder das davon ausgehende Risiko für die Leistungsfähigkeit der Kommune hinnehmbar ist, weil die wirtschaftliche Betätigung der Kommune insgesamt, d. h. auch unter Berücksichtigung des neuen Vorhabens, **keine Bonitäts- oder Stabilitätsmängel** (Rn. 17 f.) aufweist

oder

- sich durch die wirtschaftliche Betätigung die Risiken **nicht zum Nachteil der Kommune** verändern, wobei auch dies gegenüber der Gemeindevertretung bzw. dem Hauptausschuss sowie gegenüber der Kommunalaufsichtsbehörde gesondert zu begründen ist; an einer nachteiligen Veränderung des Risikos für die Kommune fehlt es regelmäßig dann, wenn eine bestehende wirtschaftliche Betätigung nur in eine andere Rechtsform verlagert wird und der Umfang der unmittelbaren und mittelbaren Haftungsverpflichtung der Kommune dadurch nicht zunimmt. Dabei sind auch Ergebnisabführungen zu berücksichtigen, insbesondere bei einer Verrechnung im Rahmen eines Querverbunds.
- 17 Ob hinsichtlich der wirtschaftlichen Betätigung **Bonitäts- oder Stabilitätsmängel** vorliegen, ist anhand einer Konzernbetrachtung der Unternehmen zu ermitteln. Dabei ist auch das anstehende Vorhaben zu berücksichtigen. Um die Konzernbetrachtung nicht durch die in der Gründungsphase typischen Investitionen und Verluste zu verzerren, sollten für das anstehende Vorhaben die Plan-Bilanz und die Plan-Gewinn- und Verlustrechnung für das 5. Geschäftsjahr in Ansatz gebracht werden.

- 18 In der Konzernbetrachtung sollte **für sämtliche Einrichtungen und wirtschaftlichen Unternehmen** der Kommune die Eigenkapitalquote und der Schuldendeckungsgrad berechnet werden. (Einrichtungen meint hier nichtwirtschaftliche Unternehmen, was sich nunmehr auch im Gesetz klargestellt findet, vgl. § 95 o Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 101 Abs. 4 GO.) Für die Konzernrechnung kann das vom Ministerium für Inneres und Bundesangelegenheiten bereitgestellte Muster eines Unternehmenskatasters herangezogen werden. Es findet sich diesem Erlass nebst Erläuterungen beigelegt.
- 19 Was das **sich beteiligenden Unternehmen** angeht, sollte auch dessen Stabilität und Bonität in einer Konzernrechnung überprüft werden. Die Ausführungen zur Finanzkraft der Kommune gelten insoweit entsprechend.

b) Verwaltungskraft

- 20 Ein angemessenes Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Kommune und des kommunalen Unternehmens (Rn. 36) muss nicht nur hinsichtlich der Finanzkraft, sondern auch der Verwaltungskraft bestehen. Die Kommune ist zur Steuerung und Kontrolle ihrer Einrichtungen und wirtschaftlichen Unternehmen (**Beteiligungsmanagement**) verpflichtet (§ 109 a Abs. 1 Satz 1 GO). Der Pflicht liegt Verfassungsrecht zugrunde, nämlich das Rechtsstaats- und Demokratieprinzip. Die Kommune hat insbesondere sicherzustellen, dass mit der wirtschaftlichen Betätigung ein öffentlicher Zweck verfolgt wird (§ 107 Satz 1 GO). Sie hat ferner angemessenen Einfluss zunehmen, insbesondere, indem sie ihren Einrichtungen und wirtschaftlichen Unternehmen (strategische) Ziele vorgibt und deren Einhaltung kontrolliert (§ 27 Abs. 1 Satz 1 und 2, § 28 Satz 1 Nr. 27, § 45 b Abs. 4 GO).
- 21 Strategische Ziele sind **Sach- und Finanzziele**. Sachziele müssen dem öffentlichen Zweck dienen, der die Einrichtung bzw. das wirtschaftliche Unternehmen rechtfertigt (§ 101 Abs. 1 Nr. 1 GO). Sie sollten als messbare Anforderungen an die Art, die Menge und/ oder den Zeitpunkt oder an andere messbare Kriterien der Leistungserbringung, z. B. an den Anschlussgrad gefasst werden. Finanzziele sollen sicherstellen, dass die (finanzielle) Leistungsfähigkeit der Kommune und des Unternehmens gewahrt bleibt (§ 101 Abs. 1 Nr. 2 GO). Eingedenk der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (§ 8 GO) sind sie als messbare Anforderungen zumindest an die Rentabilität (§ 107 Satz 2 GO) bzw. an die Kostendeckung der Leistungserbringung auszugestalten.
- 22 Überdies obliegt es der Kommune, **wichtige unternehmerische Entscheidungen** selbst zu treffen. Es handelt sich dabei insbesondere um die Entscheidung, in welcher Rechts- oder Organisationsform sie ihre Einrichtungen und wirtschaftlichen Unternehmen führen will und wie diese rechtlich ausgestaltet werden sollen sowie um die Entscheidung, wer die Kommune in den Einrichtungen und Unternehmen vertreten soll. Für die Gesellschaften stellt der neue § 28 Satz 1 Nr. 20 GO bzw. § 23 Satz 1 Nr. 19 der Kreisordnung (KrO) klar, dass die Kommune nicht nur im Falle von Eigengesellschaften (vgl. auch § 104 Abs. 1 Satz 1 GO a. F.), sondern auch bei Beteiligungen ge-

ringeren Umfangs sowie bei Genossenschaften über die Bestellung von Vertreterinnen und Vertretern entscheidet.

- 23 Hinsichtlich der **Strukturentscheidungen** wurden die Entscheidungsvorbehalte der Gemeindevertretung bzw. des Hauptausschusses überarbeitet. Nach dem neuen § 28 Satz 1 Nr. 17 GO bzw. § 23 Satz 1 Nr. 16 KrO haben die kommunalen Gremien auch über die „Übernahme“ und „wesentliche Änderung der Satzung“ ihrer Einrichtungen und wirtschaftlichen Unternehmen zu entscheiden. In § 28 Satz 1 Nr. 18 GO bzw. § 23 Satz 1 Nr. 17 KrO finden sind die Entscheidungsvorbehalte zu Strukturentscheidungen zu Gesellschaften, die bisher z. T. spezialgesetzlich geregelt waren (§ 102 Abs. 5 Satz 3, § 103 Abs. 2 GO a. F.) zusammengeführt, wobei nicht mehr nach Art oder Umfang der Beteiligung unterschieden wird (Rn. 44). Der Wortlaut des § 28 Satz 1 Nr. 19 GO bzw. § 23 Satz 1 Nr. 18 KrO wurde dahingehend geändert, dass auch die nunmehr nach § 106 Satz 1 GO eingeführten Regiebetriebe (Rn. 69) umfasst sind.
- 24 In der Kommune wird das Beteiligungsmanagement vom Ehrenamt, d. h. von der Gemeindevertretung bzw. vom Hauptausschuss wahrgenommen. Die Gremien sind befugt, den kommunalen Vertreterinnen und Vertretern in den Einrichtungen und wirtschaftlichen Unternehmen **Weisungen** (Rn. 59) zu erteilen (§ 25 Abs. 1 GO), u. a. der Bürgermeisterin bzw. dem Bürgermeister (§ 25 Abs. 1 i. V. m. § 55 Abs. 6, § 65 Abs. 6 GO).
- 25 Beim Beteiligungsmanagement soll die Kommune durch eine Beteiligungsverwaltung unterstützt werden. Die **Beteiligungsverwaltung** ist im Regelfall als Teil der durch die Bürgermeisterin bzw. durch den Bürgermeister zu leitenden Verwaltung (§ 65 Abs. 1 Satz 1 GO) einzurichten. Die Zuständigkeit der Gemeindevertretung bzw. des Hauptausschusses für die Steuerung und Kontrolle der Einrichtungen und wirtschaftlichen Unternehmen (§ 27 Abs. 1 Satz 2, § 28 Satz 1 Nr. 17 bis 20, 26 und 27, § 45 b Abs. 4, § 102 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GO) bleibt davon unberührt (LT-Drs. 18/ 3152, S. 53). Vertreten die Mitarbeiterinnen oder Mitarbeiter der Beteiligungsverwaltung die Bürgermeisterin bzw. den Bürgermeister in einer Gesellschafterversammlung, können sie die (aktiven) Informationsrechte der gemeindlichen Gesellschafterin (§ 51 a GmbHG) geltend machen (§ 109 a Abs. 2 GO), dies jedoch nur dann, wenn der Bürgermeisterin bzw. dem Bürgermeister dort nicht lediglich ein Teilnahmerecht eingeräumt ist (Rn. 61 f.).
- 26 Der Beteiligungsverwaltung ist eine **Relaisfunktion** zwischen der Sphäre der Kommune und der ihrer Einrichtungen und wirtschaftlichen Unternehmen zugeordnet. Sie darf sich dazu, soweit andere Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen, jederzeit über Angelegenheiten der wirtschaftlichen Unternehmen, Einrichtungen und Beteiligungen informieren, an deren Sitzungen teilnehmen und Unterlagen einsehen (§ 109 a Abs. 2 GO). Sie soll die Gemeindevertretung und ihre Ausschüsse informieren, beraten und deren Sitzungen fachlich vorbereiten (§ 109 a Abs. 3 Nr. 2 GO), z. B. Quartalsberichte der Gesellschaften (§ 90 des Aktiengesetzes – AktG, § 52 Abs. 1 des GmbHG) auswerten und diese im Rahmen des Berichtswesens nach § 45 c Satz 4 GO (§ 109 a Abs. 3 Nr. 1 GO) für das Ehrenamt aufbereiten. Das Ministerium

- für Inneres und Bundesangelegenheiten ist ermächtigt, durch Verordnung inhaltliche Anforderungen an das Berichtswesen nach § 45 c Satz 4 GO zu stellen, insbesondere zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen der §§ 101 und 101 a GO (§ 135 Abs. 6 GO bzw. § 73 Satz 4 KrO). Vor dem möglichen Erlass einer solchen Verordnung sollen zunächst vollzugspraktische Erfahrungen mit dem neuen Gesetz gesammelt werden. Denn einer staatlichen Regelung bedarf es ja nur dann, wenn das kommunale Berichtswesen sich als korrekturbedürftig erweist.
- 27 Ist absehbar, dass in den Einrichtungen oder wirtschaftlichen Unternehmen in erheblicher Weise von den strategischen Zielen (Rn. 21) bzw. von den daraus abgeleiteten Wirtschaftsplänen abgewichen wird, soll die Beteiligungsverwaltung das Ehrenamt **unverzüglich unterrichten**. Sofern die Gemeindevertretung bzw. der Hauptausschuss dazu keine Festlegung getroffen hat, ist eine Unterschreitung der Ziel- bzw. Planvorgaben von mehr als 20 % als erheblich anzusehen. Um den Informationsfluss zwischen den gemeindlichen Vertretern in den Gesellschaften und den gemeindlichen Gremien zu verbessern, ist § 104 Abs. 1 Satz 3 GO überarbeitet worden. Danach wird nunmehr zwischen einer (reaktiven) Auskunftspflicht auf Verlangen und einer (aktiven) Berichtspflicht zu Entscheidungen zur Erreichung von strategischen Zielen unterschieden, wobei der Bericht möglichst frühzeitig, d. h. im Regelfall unverzüglich zu erfolgen hat. Von gemeindlichem Interesse und somit Gegenstand der Berichtspflicht sind insbesondere außerplanmäßige Kreditaufnahmen. Die Regelung flankiert den neuen § 102 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 GO, wonach der Gemeinde die Wirtschaftspläne, mithin die planmäßigen Kreditaufnahmen vorab zur Kenntnis zu geben sind (Rn. 65).
- 28 Die Beteiligungsverwaltung soll ferner die Vertreterinnen bzw. Vertreter in den Organen der Einrichtungen und wirtschaftlichen Unternehmen **fachlich unterstützen** (§ 109 a Abs. 3 Nr. 3 GO), so z. B. die Aufsichtsräte bei der Beratung der Geschäftsführungen zur Einführung und Fortentwicklung eines betriebsinternen Controllings (Rn. 36), welches auf die Zielvorgaben der Kommune ausgerichtet sein sollte.
- 29 Weiterhin soll die Beteiligungsverwaltung **Angebote zur Qualifizierung und Fortbildung** der kommunalen Vertreterinnen und Vertreter anbieten (§ 109 a Abs. 3 Nr. 3 GO). Zur ordnungsgemäßen Wahrnehmung ihrer Aufgaben sollten sie über zumindest diejenigen betriebswirtschaftlichen und rechtlichen Kenntnisse verfügen, die es braucht, um alle normalerweise anfallenden Geschäftsvorgänge auch ohne fremde Hilfe verstehen und sachgerecht beurteilen zu können (BGH, Urt. v. 15. November 1982 – II ZR 27/82 – Juris, Rn. 10).
- 30 Überdies soll die Beteiligungsverwaltung ein **strategisches Beteiligungscontrolling und Risikomanagement** einrichten. Es handelt sich hierbei um Instrumente zur Bewertung der wirtschaftlichen Betätigung der Kommune insgesamt. Sie sind von dem betriebsinternen Controlling (Rn. 36) in den einzelnen Einrichtungen und wirtschaftlichen Unternehmen zu unterscheiden.
- 31 Das strategische Beteiligungscontrolling umfasst die „klassische“ **Bilanzanalyse und die Entwicklung von Kennzahlensystemen**, Letzteres auch im Hinblick auf die

- Sachziele (Rn. 21). Ferner dient das strategische Beteiligungscontrolling insbesondere dazu, Möglichkeiten für Synergien zwischen den einzelnen Einrichtungen und wirtschaftlichen Unternehmen aufzudecken und ggf. Beteiligungs- bzw. Unternehmenswerte zu ermitteln.
- 32 Bei dem Risikomanagement handelt es sich um ein **Überwachungssystem zur Früherkennung** von Entwicklungen, welche geeignet sind, die (finanzielle) Leistungsfähigkeit der Kommune und/ oder ihrer Einrichtungen oder wirtschaftlichen Unternehmen zu gefährden (Rn. 15 ff.). Das Risikomanagement sollte als Kennzahlensystem im Rahmen des strategischen Beteiligungscontrollings (Rn. 31) entwickelt werden.
- 33 Das Gesetz zur Stärkung der Kommunalwirtschaft stellt keine konkreten Anforderungen an die **Ausstattung der Beteiligungsverwaltung** mit Personal- und Sachmitteln (LT-Drs. 18/ 3152, S. 53). Da sich die einzelnen Einrichtungen und wirtschaftlichen Unternehmen hinsichtlich ihres Steuerungs- und Kontrollaufwands mitunter erheblich unterscheiden, sind pauschale Maßstäbe nur schwer zu setzen. Es kann sich z. B. an den Empfehlungen der Kommunalen Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsmanagement (KGSt) orientiert werden, wonach im Falle von Kommunen bis zu 400.000 Einwohnern auf jeden Mitarbeiter nicht mehr als 8,8 Beteiligungen entfallen sollen (*KGSt, Steuerung kommunaler Beteiligungen, Bericht Nr. 3/ 2012, S. 68*).
- 34 Gleichwohl ist die Kommunalaufsichtsbehörde im Einzelfall unter Berücksichtigung des Spielraums, der den Kommunen bei der Beurteilung der Leistungsfähigkeit eingeräumt wird, befugt, gegen ein Vorhaben einzuschreiten, wenn die verfassungsmäßig gebotene Steuerung und Kontrolle der Einrichtungen und wirtschaftlichen Unternehmen nicht einmal im Kernbereich wahrgenommen wird bzw. angesichts einer mangelhaften Ausstattung der Beteiligungsverwaltung nicht wahrgenommen werden kann (Rn. 20). Zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Errichtung, Übernahme oder wesentliche Erweiterung einer Einrichtung oder eines wirtschaftlichen Unternehmens ist dies allerdings in der Regel schwer absehbar. Zwar kann die Kommunalaufsichtsbehörde im Anzeigeverfahren (Rn. 75 ff.) Auskunft über die Ausstattung der Beteiligungsverwaltung verlangen bzw. über Pläne, diese aufzustocken (§ 122 Satz 1 GO). Steuerungs- oder Kontrolldefizite, die ein **kommunalaufsichtliches Einschreiten** erfordern, dürften jedoch erst im weiteren Betrieb offensichtlich werden, z. B. wenn es der Kommune nicht gelingt, konkrete Ziele zu definieren oder wenn der Betrieb der Einrichtungen und wirtschaftlichen Unternehmen regelmäßig erheblich von den Zielen (Rn. 21) und/ oder von der Wirtschaftsplanung abweicht.
- 35 In **atypischen Ausnahmefällen** kann auf die Einrichtung einer Beteiligungsverwaltung verzichtet werden, z. B. bei Kommunen, die sich nicht oder nur geringfügig wirtschaftlich betätigen. Von einer geringfügigen Betätigung kann jedenfalls dann ausgegangen werden, wenn die Kommune lediglich Regiebetriebe (Rn. 69) führt und/ oder weniger als fünf Einrichtungen oder Unternehmen, welche die Voraussetzungen für eine Befreiung von der Prüfung des Jahresabschlusses erfüllen (§ 12 Abs. 1 und 2 des Kommunalprüfungsgesetzes – KPG).

- 36 Was die **Verwaltungskraft des Unternehmens** (§ 101 Abs. 1 Nr. 2 2. Alt. GO) angeht, muss sichergestellt sein, dass ein betriebsinternes Controlling eingerichtet ist, das – falls die hinzugekommene Betätigung in dem Unternehmen angesiedelt ist, z. B. als Tochterunternehmen – auch deren Steuerung und Kontrolle gewährleistet. Anhaltspunkte dafür, dass dies nicht der Fall ist, ergeben sich zumeist nach der Errichtung, Übernahme oder wesentlichen Erweiterung (Rn. 77) der wirtschaftlichen Betätigung, nämlich dann, wenn es regelmäßig zu erheblichen Abweichungen von den Zielen z. B. von dem für das Vorhaben aufgestellten Business Case kommt.

4. Befreiung der Energiewirtschaft von der Subsidiaritätsklausel

- 37 Das Gesetz zur Stärkung der Kommunalwirtschaft nimmt die energiewirtschaftliche Betätigung (Rn. 5) der Kommunen von der Subsidiaritätsklausel (§ 101 Abs. 1 Nr. 3 GO) aus. Es wird damit den veränderten Bedingungen am liberalisierten Energiemarkt Rechnung getragen. Um die Stadtwerke zu stärken, sollen deren **wirtschaftlichen Spielräume erweitert** werden, dies insbesondere im Hinblick auf die Erschließung neuer Geschäftsfelder (vgl. auch NW. LT-Drs. 12/ 3730, S. 105; 12/ 3947, S. 94). Zu denken ist hier vor allem an den Bereich der Energiedienstleistungen, z. B. an die Planung, Vorfinanzierung, Installation und die Instandhaltung sowie an den Betrieb von effizienteren Energieanlagen beim Verbraucher (Rn. 8 f.).
- 38 Auf diesem Markt ist allerdings auch das Handwerk tätig. Dessen Interesse sieht die Landesregierung aber als gewahrt an, da es den betroffenen Verbänden im Vorfeld zum Gesetzgebungsverfahren gelang, sich für den Bereich der energiewirtschaftlichen Annextätigkeiten auf eine **Marktpartnervereinbarung** zu verständigen (LT-Drs. 18/ 3152, S. 24 und 37).
- 39 Um klarzustellen, dass den Kommunen mit der bereichsspezifischen Streichung der Subsidiaritätsklausel kein Recht auf Unwirtschaftlichkeit eingeräumt wird, ist § 107 GO dahingehend geändert worden, dass die **Wirtschaftsgrundsätze** auch für die als Gesellschaften verfassten Energieversorgungsunternehmen der Kommunen gelten. Danach sind wirtschaftliche Unternehmen u. a. so zu führen, dass sie mindestens eine marktübliche Verzinsung des Eigenkapitals erwirtschaften (*Sprenger*, KVR SH, Rn. 5 zu § 107 GO).

II. Streichung der Bedarfsklausel

- 40 Die geltende Bedarfsklausel war nach ihrem Wortlaut geeignet, die Kommunen über das verfassungsrechtlich gebotene Maß hinaus in ihrer wirtschaftlichen Betätigung zu beschränken (LT-Drs. 18/ 3152, S. 33 f.). Investitionen in regenerative Energien und in den Breitbandausbau waren den Risiken einer **rechtlichen Grauzone** ausgesetzt. Um hier Rechts- und Planungssicherheit zu schaffen, ist die Bedarfsklausel vorsorglich gestrichen worden. Die Ortsbindung der wirtschaftlichen Betätigung ergibt sich somit nunmehr allein aus der Ortsbindung, die dem öffentlichen Zweck zu eigen ist (Rn. 7).

Um die haushaltsrechtliche Begrenzung der unternehmerischen Tätigkeit der Kommunen auch nach einem Wegfall der Bedarfsklausel sicherzustellen, wurde der Leistungsfähigkeitsbezug dahingehend erweitert, dass dieser nicht nur an die Kommune, sondern auch an das betreffende Unternehmen anzulegen ist.

III. Genehmigung von wirtschaftlichen Betätigungen im Ausland

- 41 Die Anzeigepflicht für wirtschaftliche Betätigungen außerhalb Schleswig-Holsteins wurde durch einen Genehmigungsvorbehalt für Auslandsbetätigungen ersetzt (§ 101 Abs. 3 Satz 2 GO). Im Genehmigungsverfahren hat die Kommunalaufsichtsbehörde zu prüfen, ob die **kommunalrechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen vor Ort** vollumfänglich und durchgehend eingehalten werden können. Dabei lassen sich grundsätzlich drei Kategorien von Auslandsbetätigungen unterscheiden:
- grenznahe Betätigungen,
 - Betätigungen innerhalb der Europäischen Union zzgl. Norwegen und Schweiz sowie
 - darüber hinausgehende Betätigungen.

Grenznahe Betätigungen von Kommunen in Dänemark, insbesondere von hiesigen grenznahen Kommunen, sind aufgrund der gesicherten rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen in Dänemark im Regelfall genehmigungsfähig. Bei einer Betätigungen außerhalb der Europäischen Union zzgl. Norwegen und Schweiz bedarf es hingegen einer eingehenden Prüfung (LT-Drs. 18/ 3152, S. 34 f.).

- 42 Wird eine Auslandsbetätigung ohne Genehmigung aufgenommen, sind die betreffenden Rechtsgeschäfte schwebend unwirksam (§ 118 Abs. 1 GO, § 184 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs – BGB). Wird die Genehmigung nachträglich nicht erteilt, **haftet der Vertreter der Kommune** bzw. der Einrichtung oder des Unternehmens, der das Rechtsgeschäft vorgenommen hat (§ 179 Abs. 1, § 276 BGB).
- 43 Für die Genehmigung einer **energiewirtschaftlichen Betätigung** (Rn. 5) im Ausland ist stets das Ministerium für Inneres und Bundesangelegenheiten als oberste Kommunalaufsichtsbehörde zuständig (§ 101 a Abs. 1 Satz 2 GO). Die Konzentration trägt dem Umstand Rechnung, dass dabei die Interessen des Bundes und des Landes im besonderen Maße zu berücksichtigen sein können (LT-Drs. 18/ 3152, S. 37).

B. Stärkung der demokratischen Kontrolle über die kommunalen Gesellschaften

- 44 Da das Mehr an wirtschaftlicher Freiheit, das den Kommunen eingeräumt wird, auch mit wirtschaftlichen Risiken verbunden ist, werden die Kommunen dazu angehalten, sich in den Satzungen bzw. in den Gesellschaftsverträgen ihrer Gesellschaften die zu

deren Steuerung und Kontrolle (Rn. 20 ff.) erforderlichen Rechte vorzubehalten. Anders als bisher wird dabei nicht danach unterschieden, ob die Kommune an der Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar, als Mehrheitsgesellschafterin oder als Minderheitsgesellschafterin beteiligt ist. Die Gründungsvoraussetzungen des § 102 Abs. 2 Satz 1 GO gelten grundsätzlich **für alle Gesellschaften** bzw. Beteiligungen der Kommunen. Sofern deren Anwendung auf Genossenschaften und privatrechtliche Vereinigungen praktikabel ist, gelten sie auch für diese, wobei insoweit zwischen einer wirtschaftlichen (§ 101 Abs. 1, § 101 a GO) und einer nicht wirtschaftlichen Betätigung (§ 101 Abs. 4 GO) unterschieden wird (§ 105 GO). Die Gründungsvoraussetzungen sind

- I. im Abwägungsbericht darzulegen (Rn. 45 ff.) und
- II. in der Satzung bzw. im Gesellschaftsvertrag festzuschreiben (Rn. 48 ff.). Im Einzelfall kann die Kommunalaufsichtsbehörde
- III. Ausnahmen von den Gründungsvoraussetzungen erteilen (Rn. 67 f.).

I. Abwägungsbericht

- 45 Die Gründungsvoraussetzungen des § 102 Abs. 2 Satz 1 GO ergeben sich aus der **besonderen Rechtsstellung der gemeindlichen Gesellschafterin**, insbesondere aus dem Rechtsstaatsprinzip und aus dem Demokratieprinzip. Im Kern geht es darum, dass sich eine Kommune nur zu einem öffentlichen Zweck und unter Wahrung ihrer Leistungsfähigkeit (Rn. 14 ff.) wirtschaftlich betätigen darf, wobei sie hinreichend Einfluss auf die Steuerung und die Kontrolle ihrer Einrichtungen bzw. ihrer wirtschaftlichen Unternehmen nehmen muss (Rn. 20 ff.).
- 46 Die Anforderungen, welche das Gemeindegewirtschaftsrecht an die wirtschaftliche Betätigung stellt, d. h. sowohl die Zulässigkeitsvoraussetzungen (§§ 101, 101 a GO) als auch die Gründungsvoraussetzungen für Gesellschaften (§ 102 Abs. 2 Satz 1 GO) sind bereits bei der unternehmerischen Grundsatzentscheidung der **Wahl der Rechtsform** (Rn. 22 f.) zu berücksichtigen und im Abwägungsbericht zu diskutieren (§ 102 Abs. 1 Satz 2 GO). Eine Privatisierung ist nur dann zulässig, wenn die kommunale Aufgabe dauerhaft nicht nur mindestens ebenso gut, sondern nunmehr auch ebenso wirtschaftlich wie in einer Organisationsform des öffentlichen Rechts erfüllt wird (§ 102 Abs. 1 Satz 1 GO). Ferner sind z. B. Haftungsrisiken von reinen Personengesellschaften zu vermeiden, ebenso gesellschaftsrechtliche Beschränkungen des gemeindlichen Einflusses, wie sie z. B. in Aktiengesellschaften aufgrund der strengeren Trennung von Kapital und Geschäftsführung bestehen.
- 47 Vor diesem Hintergrund bestimmt der neue § 102 Abs. 4 GO, dass die Rechtsform einer Aktiengesellschaft nur dann gewählt werden darf, wenn der öffentliche Zweck nicht ebenso gut in einer anderen Rechtsform erfüllt wird oder erfüllt werden kann. Angesichts dieses **Nachrangs der Aktiengesellschaft** kommt die Rechtsform nur

noch ausnahmsweise in Betracht, etwa dann, wenn der öffentliche Zweck den Einsatz von mehrheitlich privatem Kapital erfordert (Umdruck 18/ 6152, S. 9).

II. Gründungsvoraussetzungen

48 Die Gründungsvoraussetzungen des § 102 Abs. 2 Satz 1 GO sind grundsätzlich sämtlich in den Satzungen bzw. in den Gesellschaftsverträgen der kommunalen Gesellschaften festzuschreiben, nämlich

- 1 die Zweckbindung,
- 2 die angemessene Haftungsbegrenzung,
- 3 die gemeindliche Einflussnahme, insbesondere das Entsende- und Weisungsrecht,
- 4 das Recht des gesetzlichen Vertreters der Kommune, an Gesellschafterversammlungen zumindest teilnehmen zu dürfen,
- 5 die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung bzw. des Aufsichtsrats für Strukturentscheidungen (Rn. 23),
- 6 die qualifizierte Rechnungslegung und
- 7 die Wirtschaftsplanung nach dem Eigenbetriebsrecht sowie
- 8 die Offenlegungspflichten des sog. Transparenzgesetzes.

Durch die **Festschreibung in der Satzung bzw. im Gesellschaftsvertrag** wird die Einhaltung der Gründungsvoraussetzungen nachhaltig gesichert. Denn was im Statut bestimmt ist, kann regelmäßig nur durch eine qualifizierte Mehrheit (75 %) geändert werden (§ 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG). Im Falle der Gründung von oder der Beteiligung an einer Gesellschaft, die vor dem 29. Juli 2016 erfolgte, ist der Gesellschaftsvertrag oder die Satzung bis spätestens zum 31. Dezember 2020, im Übrigen schon jetzt anzupassen. Bei der Umsetzung der Gründungsvoraussetzungen kann sich an dem mit E-Mail vom 13. Juni 2016 übersandten Muster-Gesellschaftsvertrag orientiert werden.

1. Zweckbindung

49 Durch die Satzung bzw. durch den Gesellschaftsvertrag ist sicherzustellen, dass die Gesellschaft einen öffentlichen Zweck erfüllt (§ 102 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GO). Die Zweckbindung ist **unabhängig vom Umfang des kommunalen Anteils** an der Gesellschaft in deren Statuten festzuschreiben, und nicht wie bislang erst bei einer Beteiligung von mehr als 75 % (§ 102 Abs. 4 GO a. F.).

- 50 **Öffentlicher Zweck** (Rn. 7) kann jedweder im Aufgabenbereich der Kommune liegende Gemeinwohlbelang sein, nicht aber eine bloße Gewinnerzielungsabsicht (*Dehn/Wolf in Bracker/Dehn*, Erl. zu § 101 Abs. 1 Nr. 1 GO). Angesichts dieser Abweichung vom erwerbswirtschaftlichen Prinzip, das üblicherweise einer Gesellschaft zugrunde liegt, verlangt bereits das Gesellschaftsrecht, dass der öffentliche Zweck in den Statuten festzulegen ist (*Fischer* in Münchener Kommentar, Rn. 12 f. zu § 1 GmbHG m. w. N.). Eingedenk des Örtlichkeitsgebots des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG ist dabei auch der Ort bzw. das Gebiet zu benennen, an bzw. in dem der Unternehmenszweck erfüllt werden soll (z. B. „Energieversorgung der Gemeinde X“).

2. Haftungsbegrenzung

- 51 Die Regelung zur Begrenzung der Haftung und der Einzahlungsverpflichtung (§ 102 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GO a. F.) bleibt im Wesentlichen **unverändert** (§ 102 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GO). Im Falle einer Kapitalgesellschaft (GmbH, AG) ist die Haftung bereits durch die Rechtsform begrenzt. Darüber hinausgehender Bestimmungen in der Satzung bzw. im Gesellschaftsvertrag bedarf es dann nicht. Gesellschaftsrechtliche Regelungen bezüglich (pauschaler) Verlustübernahmen durch die Kommunen sind weiterhin unzulässig.

3. Angemessene Einflussnahme

- 52 Durch die Satzung bzw. durch den Gesellschaftsvertrag muss sichergestellt sein, dass die Kommune einen angemessenen Einfluss auf ihre Gesellschaft hat. Die Kommune muss in der Lage sein, ihre **Gesellschaft zu steuern und zu kontrollieren** (Rn. 20 ff.). Insbesondere geht es darum, die Verfolgung des öffentlichen Zwecks sicherzustellen (§ 107 Satz 1 GO) und Gefahren für die Leistungsfähigkeit der Kommune abzuwenden (Rn. 14).
- 53 Ferner soll die Kommune darauf hinwirken, dass die Gesellschaft Maßnahmen ergreift, die der Verwirklichung des Grundrechts der **Gleichberechtigung von Frauen und Männern** dienen. Die Maßnahmen sollen darauf ausgerichtet sein, Arbeitsbedingungen zu schaffen, die für beide Geschlechter die Vereinbarkeit von Familie und Beruf ermöglichen, Nachteile zu kompensieren, die vor allem Frauen als Folge der geschlechtsspezifischen Arbeitsteilung erfahren, Entgeltgleichheit zwischen beiden Geschlechtern zu erreichen und eine paritätische Gremienbesetzung zu erzielen; über diese Maßnahmen und deren Wirksamkeit ist der zuständigen Kommunalaufsichtsbehörde alle vier Jahre unter Einbindung der zuständigen Gleichstellungsbeauftragten zu berichten (§ 1 Abs. 1 a GO, § 1 Abs. 1 a KrO, § 18 Abs. 2 der Amtsordnung, § 14 Abs. 2 des Gesetzes über kommunale Zusammenarbeit – GkZ). Ansprüche Einzelner, zum Beispiel auf Entgeltgleichheit bei unterschiedlichen Positionen, sind damit nicht verbunden. Die Regelung soll insbesondere den gleichstellungspolitischen Diskurs in-

nerhalb der Kommune befördern und unterliegt vollumfassend deren Einschätzungsprärogative (LT-Drs. 18/ 3152, S. 29).

- 54 Die gemeindliche Einflussnahme erfolgt über die Gesellschafterversammlung (Rn. 61 f.). Sie ist aber auch über den **Aufsichtsrat** oder über ein entsprechendes Überwachungsorgan sicherzustellen (§ 102 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GO). Daraus folgt zunächst, dass in einer Gesellschaft regelmäßig ein (fakultativer) Aufsichtsrat einzurichten ist, d. h. auch dann, wenn dies mitbestimmungsrechtlich nicht erforderlich ist (§§ 1, 6 ff. des Mitbestimmungsgesetzes, § 1 des Drittelbeteiligungsgesetzes).
- 55 Auf die Einrichtung eines Aufsichtsrats kann gegebenenfalls bei einer **mittelbaren Beteiligung** verzichtet werden, wenn dies aufgrund der Größe, Aufgaben und der Bedeutung der Gesellschaft angemessen erscheint und sichergestellt ist, dass der Aufsichtsrat der anteilsinhabenden Beteiligung („Muttersgesellschaft“) angemessenen Einfluss auf die mittelbare Beteiligung erhält. Angemessen ist der Einfluss jedenfalls dann, wenn die Satzung bzw. der Gesellschaftsvertrag der Muttersgesellschaft bestimmt, dass die Geschäftsführung ihre Stimmabgabe in der Gesellschafterversammlung der „Tochtergesellschaft“ dem Aufsichtsrat der „Muttersgesellschaft“ zur Zustimmung vorzulegen hat (§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG ggf. i. V. m. § 52 Abs. 1 GmbHG), wobei gewährleistet sein muss, dass die Gesellschafterversammlung der „Tochtergesellschaft“ Strukturentscheidungen (Rn. 23) vorbehalten sind (§ 102 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 GO), da die Einflussnahme über die Geschäftsführung der „Muttersgesellschaft“ andernfalls ins Leere laufen würde.
- 56 Um einen angemessenen Einfluss der Kommune auf den Aufsichtsrat sicherzustellen, soll sich die kommunale Gesellschafterin in der Satzung bzw. im Gesellschaftsvertrag das Recht vorbehalten,
- a) Mitglieder in das Überwachungsgremium zu entsenden (Rn. 57 f.) und
 - b) den entsandten sowie den auf ihre Veranlassung hin gewählten Mitgliedern Weisungen zu erteilen (Rn. 59).
 - c) Das Weisungsrecht sollte auf Entscheidungen über die Steuerung des Unternehmens zur Erreichung strategischer Ziele beschränkt werden (Rn. 60).

Im Unterschied zur vormaligen Rechtslage ist das **Entsende- und Weisungsrecht** nicht nur in den Satzungen bzw. Gesellschaftsverträgen von Mehrheitsbeteiligungen (§ 102 Abs. 5 Satz 2 GO a. F.), sondern in allen kommunalen Gesellschaften zu verankern.

a) Entsenderecht

- 57 Welche Vertreterinnen und Vertreter der Kommune in den Aufsichtsrat zu entsenden sind, entscheidet die kommunale Gesellschafterin nach kommunalverfassungsrechtli-

cher Vorschriften, z. B. anhand der Gemeindeordnung als Organisationsrecht (§ 28 Satz 1 Nr. 20 GO). Die Satzung bzw. der Gesellschaftsvertrag muss somit lediglich bestimmen, dass die Kommune eine **angemessene Anzahl von Vertretern** in den Aufsichtsrat entsenden darf, nicht aber wer z. B. von Amts wegen entsandt wird (*Becker*, NZG 1999, 58, 59). Angemessen ist die Anzahl der Vertreter jedenfalls dann, wenn sie dem Umfang der kommunalen Beteiligung entspricht (*Sprenger*, KVR SH, Rn. 15 zu § 102 GO).

- 58 Bei der Entsendung der kommunalen Vertreter in den Aufsichtsrat sind u. a. die Belange der Gleichstellung zu beachten. So fordert § 15 Abs. 1 des Gleichstellungsgesetzes, dass die Entsendung der Aufsichtsratsmitglieder **paritätisch** erfolgen soll.

b) Weisungsrecht

- 59 Ferner hat sich die kommunale Gesellschafterin im Gesellschaftsvertrag das Recht vorzubehalten, den entsandten sowie den auf ihre Veranlassung hin gewählten Mitgliedern durch die Gemeindevertretung bzw. durch den Hauptausschuss Weisungen zu erteilen (§ 102 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GO), sofern dem nicht andere Vorschriften, insbesondere des Mitbestimmungsrechts, entgegenstehen. Das Weisungsrecht **durchbricht den aktienrechtlichen Grundsatz**, wonach die Aufsichtsratsmitglieder allein dem Unternehmensinteresse verpflichtet sind und im Rahmen der ihnen persönlich obliegenden Amtsführung keinen Weisungen unterliegen (§ 111 Abs. 6 und § 116, § 93 AktG, § 52 Abs. 1 GmbHG). Dieser Grundsatz ist im Falle einer kommunalen Gesellschaft und eines fakultativen, d. h. mitbestimmungsrechtlich nicht gebotenen Aufsichtsrats aber abdingbar (BVerwG, Urt. v. 31. August 2011 – 8 C 16/10 – Juris, Rn. 18 ff.; auch *Pauly/Schüler*, DÖV 2012, 339, 340 ff.).

c) Inhaltliche Beschränkung des Weisungsrechts

- 60 Die inhaltliche Beschränkung des Weisungsrechts auf die Steuerung des Unternehmens zur Erreichung **strategischer Ziele** trägt dem Umstand Rechnung, dass es im Regelfall zweckmäßig ist, wenn die Gemeindevertretung bzw. der Hauptausschuss zurückhaltend mit ihrem bzw. mit seinem Weisungsrecht umgeht (LT-Drs. 18/ 3152, S. 41). Ein kleinteiliges Hineinregieren in das operative Geschäft durch die gemeindlichen Gremien oder deren Vertreter gilt es zu vermeiden, zumal dieses geeignet wäre, den Unternehmenserfolg zu gefährden, was letztendlich zu Lasten des gemeindlichen Haushaltes ginge (ebd., S. 27). Gleichwohl kann das gemeindliche Weisungsrecht aus verfassungsrechtlichen Gründen staatlicherseits nicht beschränkt werden (Umdruck 18/ 6152, S. 8). Die inhaltliche Beschränkung des Weisungsrechts in der Satzung bzw. im Gesellschaftsvertrag ist somit als Selbstverpflichtung zu verstehen, welche dem Mindeststandard der Gründungsvoraussetzung des § 102 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GO folgt. Überdies kommt eine Beschränkung des Weisungsrechts gegenüber den gemeindlichen Vertretern im Aufsichtsrat kraft Hauptsatzung in Betracht (§ 104 Abs. 2 GO).

4. Teilnahmerecht des gesetzlichen Vertreters an der Gesellschafterversammlung

- 61 Bisher sah **§ 104 Abs. 1 Satz 2 GO a. F.** vor, dass die Bürgermeisterin bzw. der Bürgermeister in ihrer Funktion als gesetzliche Vertreterin bzw. als gesetzlicher Vertreter der Kommune (§§ 51 Abs. 1, 56 Abs. 1 GO) in die Gesellschafterversammlung entsandt werden sollte. Diese Vorschrift ist entfallen. Den Kommunen steht es nunmehr frei, weitere oder andere Vertreter in die Gesellschafterversammlung zu entsenden (§ 28 Satz 1 Nr. 20 GO). Werden keine weiteren oder anderen Vertreter von der Gemeindevertretung bzw. vom Hauptausschuss bestellt, bleibt es bei der gesetzlichen Vertretung (LT-Drs. 18/ 3152, S. 44 f.).
- 62 Für den Fall, dass die Kommune **andere Vertreter** in die Gesellschafterversammlung entsendet, ist es zweckmäßig, dass die Bürgermeisterin bzw. der Bürgermeister zumindest Kenntnis von den dort verhandelten Vorgängen erhält, zumal die Beteiligungsverwaltung (Rn. 25 ff.) bei ihr bzw. ihm angesiedelt ist. Da an der Gesellschafterversammlung aber grundsätzlich nur deren Mitglieder teilnehmen dürfen und somit zu befürchten steht, dass der Bürgermeisterin bzw. dem Bürgermeister der Zugang verweigert wird (Umdruck 18/ 6152, S. 8), soll durch die Satzung bzw. durch den Gesellschaftsvertrag sichergestellt sein, dass der gesetzlichen Vertreterin bzw. dem gesetzlichen Vertreter der Kommune zumindest das Recht eingeräumt wird, an der Gesellschafterversammlung teilzunehmen (§ 102 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 GO).

5. Vorbehalt der Strukturentscheidungen

- 63 Weisungsbeschlüsse der Gemeindevertretung bzw. des Hauptausschusses können in der Gesellschaft nur dann durchgreifen, wenn die betreffenden Gegenstände in den mit gemeindlichen Vertretern besetzten Organen der Gesellschaft beraten werden. Daher ist im Statut sicherzustellen, dass zumindest der Kernbestand unternehmerischer Grundsatzfragen, nämlich Strukturentscheidungen (Rn. 23), die nach § 28 Satz 1 Nr. 18 GO den kommunalen Gremien vorbehalten sind, der alleinigen **Entscheidung des Vorstands bzw. der Geschäftsführung entzogen** sind. Solcher Entscheidungsvorbehalte bedarf es insbesondere im Falle einer Aktiengesellschaft. Denn der Vorstand einer Aktiengesellschaft führt die Gesellschaft grundsätzlich eigenverantwortlich (Rn. 47).

6. Rechnungslegung

- 64 Die Rechnungslegungspflichten des bisherigen § 102 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 GO a. F. erhalten einen neuen Regelungsort in § 102 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 GO. Um den Katalog der Gründungsvoraussetzungen zur Rechtsklarheit zu vervollständigen, wird die Vorschrift um einen deklaratorischen Hinweis auf die in der Satzung bzw. im Gesellschaftsvertrag zu verankernden Prüfrechte des **§ 11 KPG** ergänzt (LT-Drs. 18/ 3152,

S. 43). Dabei geht es um die Umsetzung der §§ 53 und 54 des Haushaltsgrundsätze-gesetzes (HGrG).

7. Wirtschaftsführung

- 65 Die Pflichten zur Wirtschafts- und Finanzplanung des vormaligen § 102 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 und 2 GO a. F. finden sich nunmehr in § 102 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 geregelt. Dar- aus folgt, dass sie in der Satzung bzw. im Gesellschaftsvertrag stets zu verankern sind, d. h. **unabhängig vom Umfang der Beteiligung**. Überdies wird klargestellt, dass sowohl der Wirtschafts- als auch der Finanzplan der Kommune vorab zur Kennt- nis zugeben sind, wobei eine Kenntnisnahme durch die Bürgermeisterin bzw. durch den Bürgermeister als gesetzliche Vertreterin bzw. als gesetzlichen Vertreter der Kommune in der Gesellschafterversammlung genügt (LT-Drs. 18/ 3152, S. 43). Die haushaltsrechtliche Pflicht zur Veröffentlichung der Wirtschaftspläne im Anhang zur Haushaltssatzung (§ 1 Abs. 2 und 3 der Gemeindehaushaltsverordnung-Doppik; § 2 Abs. 2 und 3 der Gemeindehaushaltsverordnung-Kameral) bleibt davon unberührt.

8. Offenlegungspflichten nach dem sog. Transparenzgesetz

- 66 Vgl. **Einführungserlass vom 28. Oktober 2015** dazu.

II. Ausnahmen von den Gründungsvoraussetzungen

- 67 Die Gestaltung der Satzung bzw. des Gesellschaftsvertrags steht unter dem Vorbehalt des rechtlich und faktisch Machbaren. Im Einzelfall können einer Umsetzung der Gründungsvoraussetzungen z. B. die Mehrheitsverhältnisse der Anteilseigner entge- genstehen. Solche Hindernisse sind jedoch nicht ohne weiteres hinzunehmen. Fehlt es der Kommune an der erforderlichen Mehrheit, hat sie in anderer Weise darauf hin- zuwirken, dass das Statut in einer ihrer Rechtsbindung (Rn. 20) angemessenen Weise angepasst wird. Sollte dies nicht gelingen, ist zu prüfen, ob die gemeindewirtschaftli- che Betätigung in der beabsichtigten Form dennoch erforderlich und damit aus- nahmsweise zulässig ist (vgl. auch LT-Drs. 18/ 2234, S. 36). Daher sieht § 102 Abs. 2 Satz 2 GO vor, dass die Kommunalaufsichtsbehörde im Einzelfall **Ausnahmen** von den Gründungsvoraussetzungen erteilen kann. Bei der Entscheidung über die Ertei- lung einer Ausnahme hat die Kommunalaufsichtsbehörde im pflichtgemäßen Ermes- sen abzuwägen, ob das Ziel der wirtschaftlichen Betätigung, insbesondere die Errei- chung des öffentlichen Zwecks, es rechtfertigt, im Einzelfall davon abzusehen, die be- sonderen Bedingungen des gemeindlichen Wirtschaftens in der Satzung bzw. im Ge- sellschaftsvertrag zu verankern (LT-Drs. 18/ 3152, S. 39 f.).
- 68 Was die Verankerung der Offenlegungspflichten des **sog. Transparenzgesetzes** angeht, ist eine Ausnahme davon nur dann zulässig, wenn eine Befreiung von der Pflicht, den Jahresabschluss in entsprechender Anwendung der Vorschriften des Drit-

ten Buchs des Handelsgesetzbuchs für große Kapitalgesellschaften aufzustellen und zu prüfen (§ 102 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 GO), erteilt wurde. Es wird insoweit auf den Einführungserlass zum Transparenzgesetz vom 28. Oktober 2015 verwiesen.

C. Harmonisierung und Weiterentwicklung des Gemeindegewirtschaftsrechts

- 69 Das Gesetz zur Stärkung der Kommunalwirtschaft erweitert das gemeindliche Organisationsermessen um die Wahl des Regiebetriebs. **Regiebetriebe** sind Unternehmen und Einrichtungen ohne eigene Rechtspersönlichkeit, deren Wirtschaftsführung im Haushalt erfolgt. Für den Fall, dass Art und Umfang des Unternehmens eine selbständige Wirtschaftsführung erfordern, räumt die Sollregelung dem Eigenbetrieb allerdings Vorrang vor dem Regiebetrieb ein (§ 106 Satz 1 GO). Die Organisationsform des Regiebetriebs kommt somit in erster Linie für kleinere Betriebe in Betracht. Zu denken ist hier z. B. an Betriebe zur Parkhausbewirtschaftung, welche die Bestellung einer nach dem Eigenbetriebsrecht vorgesehenen Werkleitung (§ 2 der Eigenbetriebsverordnung) nicht rechtfertigen (LT-Drs. 18/ 3152, S. 49).
- 70 Was die **Eigenbetriebe** angeht, kann die Gemeindevertretung die Entscheidung über die Festsetzung allgemeiner privatrechtlicher Entgelte künftig einem Ausschuss, z. B. dem Werkausschuss übertragen (§ 28 Satz 1 Nr. 13 GO). Das Eigenbetriebsrecht wird zur Verfahrensbeschleunigung insoweit an das Gesellschaftsrecht angeglichen. Denn in einer Gesellschaft ist regelmäßig der Aufsichtsrat für die Festsetzung der Entgelte zuständig. Im Übrigen beabsichtigt das Ministerium für Inneres- und Bundesangelegenheiten, die Eigenbetriebsverordnung zu überarbeiten
- 71 Im Hinblick auf die **Kommunalunternehmen** sieht das Gesetz vor,
- deren Dienstherrneigenschaft zu stärken
 - sie einer Prüfung durch die (gemeindlichen) Rechnungsprüfungsämter zugänglich zu machen und
 - die Möglichkeit zu eröffnen, Kapitalgesellschaften wie z. B. eine GmbH in ein Kommunalunternehmen umzuwandeln.

Eine Überarbeitung der Kommunalunternehmensverordnung wird vorbereitet.

- 72 In § 106 a Abs. 1 Satz 3 GO werden die Kommunalunternehmen ermächtigt (§ 7 Abs. 1 Satz 1 des Landesbeamtengesetzes), den **Vorstand in ein Beamtenverhältnis auf Zeit zu berufen**. Dazu musste bislang die Experimentierklausel des § 135 a GO betätigt werden. Die Berufung in ein Beamtenverhältnis auf Zeit wird auf fünf Jahre befristet. Die Dauer der Befristung geht auf § 4 Abs. 1 Satz 2 der Kommunalunternehmensverordnung zurück (LT-Drs. 18/ 3152, S. 50).

- 73 Um die Rechnungsprüfungsstandards für Gesellschaften und Kommunalunternehmen zu harmonisieren, räumt ein neuer § 106 a Abs. 4 Satz 3 GO den **gemeindlichen Rechnungsprüfungsämtern** bei der Prüfung von Kommunalunternehmen die gleichen Unterrichts- und Einsichtsrechte ein wie sie im Hinblick auf die Prüfung von Gesellschaften nach § 54 HGrG bzw. nach § 11 KPG vorgesehen sind. Eine Betätigung der Prüfbefugnisse setzt voraus, dass dem Rechnungsprüfungsamt die Aufgabe der Prüfung nach dem neuen § 116 Abs. 2 Nr. 3 GO durch die Gemeindevertretung übertragen worden ist (LT-Drs. 18/ 3152, S. 50 f.).
- 74 Das Umwandlungsgesetz sieht die Möglichkeit, eine Kapitalgesellschaft **in ein Kommunalunternehmen umzuwandeln**, nicht vor (§ 226 UmwG). Es bedarf dafür einer spezialgesetzlichen Rechtsgrundlage wie sie etwa § 19 c Abs. 4 GkZ für die Umwandlung in ein gemeinsames Kommunalunternehmen vorsieht. Diese wird in dem neuen § 106 a Abs. 1 a GO für (einfache) Kommunalunternehmen geschaffen (LT-Drs. 18/ 3152, S. 51).

D. Vereinfachung des kommunalaufsichtlichen Anzeigeverfahrens

- 75 Bisher bestanden zwölf Anzeigepflichten, deren Gegenstände sich z. T. überschneiden (§ 101 Abs. 2 Satz 4, Abs. 3 Satz 2, § 106 a Abs. 2 Satz 5 und § 108 Abs. 1 Satz 1 GO a. F.). Die Anzeigepflichten wurden vereinfacht, zusammengefasst und auf den **Kernbestand gemeindewirtschaftsrechtlicher Anforderungen** zurückgeführt. Ein solcher Kernbestand ist in dem zu sehen, was zur Wahrung der Zweckbindung und der gemeindlichen Leistungsfähigkeit sowie zur Sicherstellung einer angemessenen Steuerung und Kontrolle der Einrichtungen und wirtschaftlichen Unternehmen durch die Kommune erforderlich ist (Rn. 52). Vor diesem Hintergrund entfallen insbesondere diejenigen Anzeigepflichten, welche eine Veräußerung bzw. Auflösung von Einrichtungen oder wirtschaftlichen Unternehmen betreffen (§ 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, 5 und 8 GO a. F.).
- 76 Die anzeigepflichtigen Einrichtungen und wirtschaftliche Unternehmen werden **nicht mehr nach einzelnen Rechtsformen unterschieden**, sondern lediglich danach, ob sie öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich verfasst sind. Danach unterfallen der einheitlichen Anzeigepflicht
- die Entstehung (Errichtung oder Übernahme bzw. Gründung oder Beteiligung) von Unternehmen, Einrichtungen und Gesellschaften,
 - deren wesentliche Erweiterung (Rn. 77) sowie
 - die wesentliche Änderung der Satzung bzw. des Gesellschaftsvertrags der Einrichtung oder des wirtschaftlichen Unternehmens als Auffangtatbestand.
- 77 **Wesentlich erweitert** wird eine Einrichtung oder ein wirtschaftliches Unternehmen, wenn – mittelfristig (5-jährige Finanz- bzw. Wirtschaftsplanung) – z. B. ein neuer Be-

triebszweig von eigenem Gewicht hinzukommt. Von einer wesentlichen Erweiterung ist jedenfalls dann auszugehen, wenn die hinzugekommene wirtschaftliche Betätigung den Umsatz der Einrichtung oder des Unternehmens im Vergleich zum Vorjahr um mehr als ein Drittel erhöht.

- 78 Was den Anwendungsbereich der Anzeigepflichten angeht, stellt § 108 Abs. 1 Satz 1 GO klar, dass dieser grundsätzlich alle Einrichtungen (§ 101 Abs. 4 GO) und wirtschaftlichen Unternehmen (§ 101 Abs. 1, § 101 a GO), d. h. sowohl in unmittelbarer als auch in mittelbarer Trägerschaft der Kommune umfasst. **Mittelbare Beteiligungen** sind nur dann anzuzeigen, wenn die Kommune an dem sich beteiligenden Unternehmen unmittelbar oder mittelbar mit mindestens 25 % beteiligt ist (§ 108 Abs. 2 GO).
- 79 Um das Anzeigeverfahren auch vollzugspraktisch zu erleichtern, stellt das Ministerium für Inneres und Bundesangelegenheiten die beigefügte „**Checkliste**“ zur Verfügung. Sie soll von den antragstellenden Kommunen ausgefüllt werden.

Oliver Lehmann

Anlagen:

- Gemeindefirtschaftsrechtliches Prüfprogramm im kommunalaufsichtlichen Anzeigeverfahren nach § 108 GO – „Checkliste“
- Konzept für ein Bewertungsanalyseverfahren in einem Unternehmenskataster
- Unternehmenskataster (Excel-Datei)