



SCHLESWIG-HOLSTEINISCHER LANDTAG

18. Wahlperiode

Drucksache 18/3152

2015-06-30

Gesetzentwurf

der Landesregierung

Entwurf eines Gesetzes

zur Stärkung der Kommunalwirtschaft

Federführend ist das Ministerium für Inneres und Bundesangelegenheiten

A. Problem

Den Kommunen und ihren Unternehmen kommt bei der Energiewende große Bedeutung zu. Gleiches gilt für den Ausbau einer flächendeckenden Breitbandinfrastruktur (Glasfaser). Um die Kommunen und ihre Unternehmen für diese Aufgaben zu ertüchtigen, sollen ihnen erweiterte wirtschaftliche Betätigungsmöglichkeiten eingeräumt werden, dies auch im Hinblick auf eine grenzüberschreitende Betätigung. Allerdings birgt dieses Mehr an kommunalwirtschaftlicher Freiheit auch Risiken. Gerade die Bereiche der Energiewirtschaft und der Telekommunikation sind in besonderem Maße investitionsträchtig. Daher soll die Erweiterung der wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten mit einer Stärkung der demokratischen Kontrolle über die kommunalen Unternehmen einhergehen.

B. Lösung

Zur Erweiterung der wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten ist es erforderlich, die rechtlichen Hürden für das kommunale Wirtschaften herabzusetzen. Dazu sieht der Entwurf vor, die Bedarfsklausel zu streichen. Nach der Bedarfsklausel muss ein kommunales Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zum voraussichtlichen Bedarf der Gemeinde stehen (§ 101 Abs. 1 Nr. 2 der Gemeindeordnung – GO). Eng ausgelegt könnte diese Zulässigkeitsvoraussetzung dem Aufbau überörtlicher Netzstrukturen insbesondere im Bereich der Telekommunikation entgegenstehen. Ferner soll im Gesetz davon ausgegangen werden, dass kommunale Energieversorgungsunternehmen in aller Regel einem öffentlichen Zweck dienen. In der Folge ist diese Zulässigkeitsvoraussetzung also nicht mehr darzulegen. In diesem Zusammenhang war aufgrund eines Urteils des Obergerichtes Schleswig strittig (Az. 2 LB 32/12), ob und in welchem Umfang es den Kommunen gestattet ist, regenerative Energien – z. B. in Wind- oder Solarparks – losgelöst von einem Versorgungsgebiet zu produzieren. Der Entwurf schafft hier Rechtssicherheit. Weiterhin soll für den Bereich der Energiewirtschaft die Subsidiaritätsklausel (§ 101 Abs. 1 Nr. 3 GO), also der Nachweis der Gleichrangigkeit gemeindlichen Wirtschaftens, entfallen. Dies ist möglich, da sich die Handwerkerschaft und die Energiewirtschaft im Vorfeld zum Gesetzgebungsverfahren auf eine Marktpartnervereinbarung verständigen konnten, so dass es einer gesetzlichen Regelung insoweit einstweilen nicht mehr bedarf.

Ein Mehr an kommunalwirtschaftlicher Freiheit bedeutet auch mehr Risiko. Und so gilt es, die Leistungsfähigkeit der Kommunen zu wahren, aber auch die Bindung des

gemeindlichen Wirtschaftens an einen öffentlichen Zweck sicherzustellen. Daher sieht der Entwurf eine Stärkung der demokratischen Kontrolle der Unternehmen vor. Die Kommunen sollen dazu angehalten werden, sich die zur Steuerung ihrer Unternehmen erforderlichen Rechte zu sichern und verbrieften zu lassen sowie diese dann auch effektiv wahrzunehmen, und zwar unabhängig von der Art und dem Umfang der kommunalen Unternehmensbeteiligung. Um die Steuerungsaufgabe auch organisatorisch zu verankern, sollen die Kommunen eine Beteiligungsverwaltung einrichten. Bei der Steuerung sind die Kommunen gut beraten, sich auf unternehmerische Grundsatzfragen zu konzentrieren. Ein Hineinregieren in das operative Geschäft sollte vermieden werden. Der Gesetzentwurf sieht deswegen die Möglichkeit vor, dass sich die Gemeindevertretung bei der Ausübung ihres Weisungsrechts dahingehend selbstbeschränkt.

Zur Stärkung der Kommunalwirtschaft ist es auch geboten, die bürokratischen Hürden der Zulassung kommunaler Unternehmen zu senken. Bei einer grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Betätigung soll die Kommunalaufsicht künftig nicht schon bei einem Überschreiten der Landes-, sondern erst der Bundesgrenze beteiligt werden. Ferner sieht der Entwurf eine erhebliche Vereinfachung des Anzeigeverfahrens vor.

C. Alternativen

Keine.

Zwar wäre ein stärkeres kommunales Engagement in den Sektoren der Energiewirtschaft und der Telekommunikation grundsätzlich auch im geltenden Rechtsrahmen möglich, dies jedoch nur punktuell. Das zeigt das besagte Urteil des Oberverwaltungsgerichts zur Unzulässigkeit eines kommunalen Windparks. Vor dem Hintergrund, dass es den Kommunen ermöglicht werden soll, einen substantiellen Beitrag zur Energiewende und zum Ausbau einer flächendeckenden Breitbandinfrastruktur zu leisten, besteht somit keine Alternative. Hinzukommt, dass diese investitionsträchtigen Geschäftsfelder in besonderem Maße der Rechtssicherheit bedürfen. Daher sind klare gesetzliche Regelungen erforderlich, wie sie der Entwurf vorsieht.

D. Kosten und Verwaltungsaufwand

Der Entwurf verursacht keine erheblichen Kosten und verpflichtet auch nicht zu zusätzlichem Verwaltungsaufwand. Mit der Energiewende und mit dem Ausbau einer

flächendeckenden Breitbandinfrastruktur wird die Privatwirtschaft gestärkt. Der Entwurf trägt hierzu bei. Im Einzelnen:

1. Kosten

Zur Stärkung der demokratischen Kontrolle der Gesellschaften sind deren Gesellschaftsverträge anzupassen. Um dabei zusätzliche Kosten zu vermeiden – denn die Änderung eines Gesellschaftsvertrags ist durch einen Notar zu beglaubigen – sieht der Entwurf eine Übergangszeit von fünf Jahren vor. Da davon auszugehen ist, dass innerhalb der Übergangszeit ein Großteil der Gesellschaftsverträge ohnehin zu ändern ist, so dass deren Anpassung an das neue Gemeindegewirtschaftsrecht bei dieser Gelegenheit miterfolgen kann, ergeben sich allenfalls geringe zusätzliche Kosten. Im Einzelfall hängen die Kosten der Beglaubigung von der Höhe des Gesellschaftskapitals ab. Die davon ausgehende finanzielle Belastung dürfte auch deswegen überschaubar bleiben, da viele kommunale Gesellschaften mit beschränkter Haftung lediglich mit der Mindesteinlage von 25.000 Euro ausgestattet sind.

Die Einführung einer Beteiligungsverwaltung löst keine unmittelbaren Kosten aus, zumal der Entwurf insoweit an die Organisationsentscheidung der Bürgermeisterin oder des Bürgermeisters anknüpft. Größere Verwaltungen haben eine Beteiligungsverwaltung bereits eingerichtet. Da die Einrichtung einer Beteiligungsverwaltung die Steuerung der kommunalen Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen optimieren soll und somit im kommunalen Eigeninteresse liegt, besteht keine Konnexität, zumal keinerlei Vorgaben zur personellen und sachlichen Ausstattung der Beteiligungsverwaltung gemacht werden.

2. Verwaltungsaufwand

Der Gesetzentwurf vereinfacht das Gemeindegewirtschaftsrecht. Sechs von zwölf Anzeigepflichten entfallen. Ein vermehrter Verwaltungsaufwand ist somit weder bei den Kommunalaufsichten noch bei den Gemeinden zu erwarten.

3. Auswirkungen auf die private Wirtschaft

Die private Wirtschaft ist von dem Gesetzentwurf nur dann betroffen, wenn sie an einem kommunalen Unternehmen beteiligt ist. In diesem Fall können – wie unter 1. dargelegt – zusätzliche Kosten für eine notarielle Beglaubigung des zu ändernden Gesellschaftsvertrags entstehen.

Indem die Energiewende und der Ausbau einer flächendeckenden Breitbandinfrastruktur flankiert werden, ist der Entwurf geeignet, die Privatwirtschaft zu stärken. Beeinträchtigungen des Wettbewerbs sind durch das Wettbewerbs- und Beihilferecht faktisch ausgeschlossen.

E. Information des Landtages nach Artikel 28 der Landesverfassung

Der Landtag ist am 22. Dezember 2014 über den Gesetzentwurf unterrichtet worden.

F. Federführung

Federführend ist das Ministerium für Inneres und Bundesangelegenheiten.

**Gesetz zur
Stärkung der Kommunalwirtschaft**

Vom

Der Landtag hat das folgende Gesetz beschlossen:

**Artikel 1
Änderung der Gemeindeordnung**

Die Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein in der Fassung der Bekanntmachung vom 28. Februar 2003 (GVOBl. Schl.-H. S. 57), zuletzt geändert durch (GVOBl. Schl.-H.), wird wie folgt geändert:

1. Im Inhaltsverzeichnis wird im Sechsten Teil die Angabe „101-109“ durch die Angabe „101-109 a“ ersetzt.
2. In § 1 wird nach dem Absatz 1 folgender neuer Absatz 1a eingefügt:

„(1a) Gehören einer Gemeinde Anteile an einer Gesellschaft (§ 102), soll sie darauf hinwirken, dass die Gesellschaft Maßnahmen ergreift, die der Verwirklichung des Grundrechtes 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.“

3. § 28 Satz 1 wird wie folgt geändert:
 - a) Nummer 13 wird wie folgt geändert:
 - aa) Das Komma wird durch ein Semikolon ersetzt.

bb) Folgender Halbsatz wird angefügt:

„die Gemeindevertretung kann die Entscheidung im Rahmen der Betätigung eines Eigenbetriebes durch Hauptsatzung auf den zuständigen Ausschuss übertragen,“

b) Nummer 17 erhält folgende Fassung:

„17. die Errichtung, die Übernahme, die wesentliche Erweiterung, die wesentliche Änderung der Satzung oder die Auflösung von wirtschaftlichen Unternehmen (§ 101 Absatz 1) oder Einrichtungen (§ 101 Absatz 4),“

c) Nummer 18 erhält folgende Fassung:

„18.

a) die unmittelbare oder mittelbare Gründung von Gesellschaften (§ 102), Genossenschaften oder anderen privatrechtlichen Vereinigungen (§ 105) oder die Beteiligung an diesen oder an deren Gründung,

b) die Erhöhung solcher Beteiligungen oder ein Rechtsgeschäft nach § 103 sowie

c) wesentliche Änderungen des Gesellschaftsvertrages oder der Satzung von Gesellschaften, Genossenschaften oder anderen privatrechtlichen Vereinigungen, insbesondere des Gesellschaftszwecks;

die Gemeindevertretung kann die Entscheidung auf den Hauptausschuss übertragen, wenn die Beteiligung der Gemeinde einen in der Hauptsatzung bestimmten Betrag oder Vomhundertsatz der Beteiligung nicht übersteigt,“

d) In Nummer 19 wird das Wort „Eigenbetrieben“ durch die Worte „wirtschaftlichen Unternehmen ohne eigene Rechtspersönlichkeit“ ersetzt.

e) In Nummer 20 werden die Worte „Eigengesellschaften und anderen privatrechtlichen Vereinigungen“ durch die Worte „Gesellschaften (§ 102), Genossenschaften oder anderen privatrechtlichen Vereinigungen (§ 105)“ ersetzt.

4. In § 95 o Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 werden die Worte „Unternehmen und“ gestrichen.
5. § 97 Absatz 1 wird wie folgt geändert:
 - a) In Satz 1 wird vor dem Wort „Rechtspersönlichkeit“ das Wort „eigene“ eingefügt.
 - b) In Satz 4 wird die Angabe „§ 102 Absatz 1 Satz 1 Nummer 5 Halbsatz 2“ durch die Angabe „§ 102 Absatz 2 Satz 1 Nummer 7 Halbsatz 2“ ersetzt.
6. § 101 wird wie folgt geändert:
 - a) Absatz 1 Nummer 2 erhält folgende Fassung:

„2. die wirtschaftliche Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und des Unternehmens steht und“
 - b) Absatz 3 wird wie folgt geändert:
 - aa) In Satz 1 werden die Worte „außerhalb Schleswig-Holsteins“ durch die Worte „im Ausland“ ersetzt.
 - bb) Satz 2 erhält folgende Fassung:

„Ihre Aufnahme bedarf der vorherigen Genehmigung durch die Kommunalaufsichtsbehörde.“
 - c) Absatz 4 wird wie folgt geändert:
 - aa) In Satz 1 Nummer 1 wird das Wort „Unternehmen“ durch das Wort „Einrichtungen“ ersetzt.
 - bb) In Satz 2 werden die Worte „Unternehmen und“ gestrichen.
 - cc) In Satz 3 werden die Worte „Unternehmen und“ gestrichen.

7. Nach § 101 wird folgender § 101 a eingefügt:

„§ 101 a
Energiewirtschaftliche Betätigung

(1) Die wirtschaftliche Betätigung zur Erzeugung oder zur Gewinnung, zum Vertrieb oder zur Verteilung von Energie zur Strom-, Gas-, Wärme- oder Kälteversorgung (energiewirtschaftliche Betätigung) dient grundsätzlich einem öffentlichen Zweck und ist zulässig, soweit die Voraussetzungen des § 101 Absatz 1 Nummer 2 erfüllt sind. § 101 Absatz 2 und 3 gelten entsprechend; zuständig für die Genehmigung nach § 101 Absatz 3 Satz 2 ist die oberste Kommunalaufsichtsbehörde.

(2) Eine Betätigung ausschließlich zur Erzeugung oder Gewinnung von Energie im Bereich erneuerbarer Energien (§ 5 Nummer 14 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes) ist unabhängig von einer Versorgung nach Absatz 1 zulässig, wenn dessen Voraussetzungen erfüllt sind. Betätigungen nach Satz 1 sollen außerhalb des Gemeindegebietes auf angrenzende Gemeinden beschränkt sein und sind nur im Einvernehmen mit der betroffenen Gemeinde zulässig.“

8. § 102 erhält folgende Fassung:

„§ 102
Gründung von und
Beteiligung an Gesellschaften

(1) Die Gemeinde darf unmittelbar oder mittelbar Gesellschaften gründen, sich an der Gründung von Gesellschaften beteiligen oder sich an bestehenden Gesellschaften beteiligen, wenn ein wichtiges Interesse der Gemeinde an der Gründung oder der Beteiligung vorliegt und die kommunale Aufgabe dauerhaft mindestens ebenso gut und wirtschaftlich wie in Organisationsformen des öffentlichen Rechts erfüllt wird. Vor der Gründung oder der Beteiligung hat die Bürgermeisterin oder der Bürgermeister die Vor- und Nachteile im Verhältnis zu den Organisationsformen des öffentlichen Rechts sowie im Hinblick auf die Voraussetzungen des Absatzes 2 umfassend abzuwägen, dies der Gemeindevertretung oder bei einer Übertragung der Entscheidung auf den Hauptausschuss nach § 28 Satz 1 Nummer 18 dem Hauptausschuss in einem Bericht darzulegen und dabei insbesondere die Angemessenheit und die soziale Ausgewo-

genheit von Gebühren- und Beitragsgestaltungen sowie die personalwirtschaftlichen, mitbestimmungsrechtlichen und gleichstellungsrechtlichen Änderungen darzustellen. Ferner müssen die Voraussetzungen des § 101 oder des § 101 a erfüllt sein.

(2) Durch den Gesellschaftsvertrag oder durch die Satzung ist, soweit andere gesetzliche Vorschriften nicht entgegenstehen, sicherzustellen,

1. dass die Gesellschaft auf den öffentlichen Zweck ausgerichtet wird,
2. dass die Haftung und die Einzahlungsverpflichtung der Gemeinde auf einen ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag begrenzt wird,
3. dass die Gemeinde einen angemessenen Einfluss, insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan, erhält; ihr ist insbesondere das Recht einzuräumen, Mitglieder in das Überwachungsorgan zu entsenden, und den entsandten sowie den auf ihre Veranlassung hin gewählten Mitgliedern Weisungen (§ 25 Absatz 1) zu erteilen,
4. dass Entscheidungen über Angelegenheiten nach § 28 Satz 1 Nummer 18 der Beschlussfassung durch die Gesellschafterversammlung oder der Zustimmung des Aufsichtsrats vorbehalten sind,
5. dass der Jahresabschluss und der Lagebericht, soweit nicht weitergehende gesetzliche Vorschriften gelten, in entsprechender Anwendung der Vorschriften des Dritten Buchs des Handelsgesetzbuchs für große Kapitalgesellschaften aufgestellt und geprüft werden; § 11 des Kommunalprüfungsgesetzes ist zu beachten,
6. dass für jedes Wirtschaftsjahr ein Wirtschaftsplan in sinngemäßer Anwendung der Vorschriften der Eigenbetriebsverordnung aufgestellt, der Wirtschaftsführung eine fünfjährige Finanzplanung zugrunde gelegt und die Pläne der Gemeinde vorab zur Kenntnis gegeben werden,
7. dass, soweit nicht weitergehende gesetzliche Vorschriften gelten, die für die Tätigkeit im Geschäftsjahr gewährten Gesamtbezüge im Sinne des § 285 Nummer 9 des Handelsgesetzbuches der Mitglieder der Ge-

schäftsführung, des Aufsichtsrates, des Beirates oder einer ähnlichen Einrichtung auf der Internetseite des Finanzministeriums sowie im Anhang zum Jahresabschluss jeweils für jede Personengruppe sowie zusätzlich unter Namensnennung die Bezüge jedes einzelnen Mitglieds dieser Personengruppen unter Aufgliederung nach Komponenten im Sinne des § 285 Nummer 9 Buchstabe a des Handelsgesetzbuches veröffentlicht werden; die individualisierte Ausweisungspflicht gilt auch für:

a) Leistungen, die den genannten Mitgliedern für den Fall einer vorzeitigen Beendigung ihrer Tätigkeit zugesagt worden sind und deren Voraussetzungen,

b) Leistungen, die den genannten Mitgliedern für den Fall der regulären Beendigung ihrer Tätigkeit zugesagt worden sind, mit ihrem Barwert sowie den von der Gesellschaft während des Geschäftsjahres hierfür aufgewandten oder zurückgestellten Betrag unter Angabe der vertraglich festgelegten Altersgrenze,

c) während des Geschäftsjahres vereinbarte Änderungen dieser Zusagen und

d) Leistungen, die einem früheren Mitglied, das seine Tätigkeit im Laufe des Geschäftsjahres beendet hat, in diesem Zusammenhang zugesagt und im Laufe des Geschäftsjahres gewährt worden sind;

eine Sicherstellung für die individualisierte Ausweisung von Bezügen und Leistungszusagen ist im Falle der Beteiligung an einer bestehenden Gesellschaft auch dann gegeben, wenn in Gesellschaftsvertrag oder Satzung die erstmalige individualisierte Ausweisung spätestens für das zweite Geschäftsjahr nach Erwerb der Beteiligung festgelegt ist.

Die Kommunalaufsichtsbehörde kann Ausnahmen von Satz 1 zulassen, insbesondere in den Fällen, in denen trotz Hinwirkens der gemeindlichen Vertreter eine Änderung des Gesellschaftsvertrages oder der Satzung nicht zustande kommt. Eine Ausnahme von Satz 1 Nummer 7 kann nur zugelassen werden, wenn eine Ausnahme von Satz 1 Nummer 5 zugelassen wird.

(3) Absatz 2 Satz 1 Nummer 7 gilt für die erstmalige unmittelbare oder mittelbare Beteiligung an einer Gesellschaft einschließlich der Gründung einer Gesellschaft, wenn der Gemeinde alleine oder zusammen mit anderen Gemeinden, Kreisen, Ämtern oder Zweckverbänden oder zusammen mit einer Beteiligung des Landes mehr als 50 % der Anteile gehören. Bei am ... [einsetzen Tag des Inkrafttretens des Vergütungsoffenlegungsgesetzes] bestehenden Gesellschaften, an denen die Gemeinde alleine oder zusammen mit anderen Gemeinden, Kreisen, Ämtern oder Zweckverbänden unmittelbar oder mittelbar oder zusammen mit dem Land mit mehr als 50 % beteiligt ist, trifft die Gemeinde eine Hinwirkungspflicht zur Anpassung an die Vorgaben des Absatzes 2 Satz 1 Nummer 7. Die Hinwirkungspflicht nach Satz 2 bezieht sich sowohl auf die Anpassung von Gesellschaftsvertrag oder Satzung als auch auf die mit Absatz 2 Satz 1 Nummer 7 verfolgte Zielsetzung der individualisierten Ausweisung der dort genannten Bezüge und Leistungszusagen.

(4) Im Übrigen sind im Falle der Gründung von oder der Beteiligung an einer Gesellschaft, die vor dem ... [einsetzen Tag des Inkrafttretens dieses Gesetzes] erfolgte, der Gesellschaftsvertrag oder die Satzung bis spätestens zum 31. Dezember 2020 nach Maßgabe des Absatzes 2 Satz 1 anzupassen. Absatz 2 Satz 2 gilt entsprechend.“

9. § 103 Absatz 2 wird gestrichen. Der bisherige Absatz 1 wird zu § 103.

10. § 104 erhält folgende Fassung:

„§ 104

Vertretung der Gemeinde in Gesellschaften

(1) ¹Die Vertreterinnen und Vertreter der Gemeinde in Gesellschaften, an denen die Gemeinde unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist, werden von der Gemeinde bestellt. Soweit andere gesetzliche Vorschriften nicht entgegenstehen, gelten im Falle einer mittelbaren Beteiligung hinsichtlich der zur Zustimmung vorbehaltenen Angelegenheiten (§ 102 Absatz 2 Satz 1 Nummer 4) als Vertreterinnen und Vertreter der Gemeinde im Sinne des § 25 auch Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer sowie Mitglieder von sonstigen Organen und ähnlichen Gremien der Gesellschaft, die von der Gemeinde entsandt oder auf ihre Veranlassung hin in das Organ oder Gremium bestellt oder gewählt worden sind. Die Vertreterinnen und Vertreter haben der Gemeinde auf Verlangen Auskunft zu erteilen

und sie über Entscheidungen zur Steuerung der Unternehmen zur Erreichung strategischer Ziele möglichst frühzeitig zu unterrichten, insbesondere über Kreditaufnahmen, die nicht im Wirtschaftsplan der Gesellschaft enthalten sind.

(2) Die Gemeinde kann das Weisungsrecht (§ 25 Absatz 1) gegenüber Mitgliedern des Aufsichtsrats allgemein durch die Hauptsatzung oder im Einzelfall durch Beschluss auf Entscheidungen im Sinne des Absatzes 1 Satz 3 beschränken.“

11. § 105 erhält folgende Fassung:

„§ 105
Beteiligungen an Genossenschaften und an
anderen privatrechtlichen Vereinigungen

§ 102 mit Ausnahme des Absatzes 2 Satz 1 Nummer 3 2. Halbsatz, Nummer 5 und 6 sowie die §§ 103 und 104 gelten für Beteiligungen an Genossenschaften und an anderen Vereinigungen in einer Rechtsform des privaten Rechts entsprechend. Für deren wirtschaftliche Betätigung gelten ferner § 102 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 2. Halbsatz, Nummer 5 und 6 sowie die §§ 107 bis 109 entsprechend.“

12. § 106 erhält folgende Fassung:

„§ 106
Eigenbetriebe

Wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinde ohne eigene Rechtspersönlichkeit sollen als Eigenbetrieb geführt werden, wenn deren Art und Umfang einer selbständigen Wirtschaftsführung bedürfen. Die Organisation und die Wirtschaftsführung der Eigenbetriebe werden durch die Eigenbetriebsverordnung und durch die Betriebssatzung geregelt.“

13. § 106 a wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 Satz 3 wird wie folgt geändert:

aa) Der Punkt wird durch ein Semikolon ersetzt.

bb) Folgender Halbsatz wird angefügt:

„der Vorstand des Kommunalunternehmens kann in ein Beamtenverhältnis auf Zeit für die Dauer von fünf Jahren berufen werden.“

b) Absatz 1 Satz 4 erhält folgende Fassung:

„Die Voraussetzungen des § 101 oder des § 101 a gelten entsprechend.“

c) Nach Absatz 1 wird folgender Absatz 1a eingefügt:

„(1a) Ein Unternehmen in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft, an dem ausschließlich die Gemeinde beteiligt ist, kann durch Formwechsel in ein Kommunalunternehmen umgewandelt werden. Die Umwandlung ist nur zulässig, wenn keine Sonderrechte im Sinne des § 23 des Umwandlungsgesetzes (UmwG) und keine Rechte Dritter an den Anteilen der Gemeinde bestehen. Der Formwechsel setzt den Erlass der Unternehmenssatzung durch die Gemeinde und einen sich darauf beziehenden Umwandlungsbeschluss der formwechselnden Gesellschaft voraus. Die §§ 193 bis 195, 197 bis 199, 200 Absatz 1 und § 201 UmwG sind entsprechend anzuwenden. Die Anmeldung zum Handelsregister entsprechend § 198 UmwG erfolgt durch das vertretungsberechtigte Organ der Kapitalgesellschaft. Die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in ein Kommunalunternehmen wird mit dessen Eintragung oder, wenn es nicht eingetragen wird, mit der Eintragung der Umwandlung in das Handelsregister wirksam; § 202 Absatz 1 und 3 UmwG ist entsprechend anzuwenden. Ist bei der Kapitalgesellschaft ein Betriebsrat eingerichtet, bleibt dieser nach dem Wirksamwerden der Umwandlung als Personalrat des Kommunalunternehmens bis zu den nächsten regelmäßigen Personalratswahlen bestehen.“

d) In Absatz 2 Satz 3 wird die Angabe „§ 102 Absatz 1 Satz 1 Nummer 5 Halbsatz 2“ durch die Angabe „§ 102 Absatz 2 Satz 1 Nummer 7 Halbsatz 2“ ersetzt.

e) Absatz 2 Satz 5 wird gestrichen.

f) In Absatz 4 wird folgender Satz angefügt:

„Das Rechnungsprüfungsamt der Gemeinde hat das Recht, sich zur Klärung von Fragen im Zusammenhang mit der Prüfung nach § 116 Absatz 2 Nummer 3 unmittelbar zu unterrichten und zu diesem Zweck den Betrieb, die Bücher und die Schriften der Anstalt einzusehen.“

g) In Absatz 6 wird die Angabe „§ 102 Absatz 1 Nummer 5“ durch die Angabe „§ 102 Absatz 2 Nummer 7“ ersetzt.

14. In § 107 Satz 1 werden nach dem Wort „Unternehmen“ die Worte „und Gesellschaften“ eingefügt.

15. § 108 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 Satz 1 erhält folgende Fassung:

„Will die Gemeinde unmittelbar oder mittelbar

1. ein Unternehmen oder eine Einrichtung im Sinne des § 101 Absatz 1 oder 4 mit Ausnahme eines Regiebetriebs errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern oder über eine wesentliche Änderung der Satzung entscheiden,

2. eine Gesellschaft (§ 102) gründen, sich an der Gründung einer Gesellschaft oder an einer bestehenden Gesellschaft beteiligen, die Gesellschaft wesentlich erweitern oder über eine wesentliche Änderung des Gesellschaftsvertrages oder der Satzung entscheiden

hat sie dies der Kommunalaufsichtsbehörde spätestens sechs Wochen vor der Beschlussfassung der Gemeindevertretung oder des Hauptausschusses bei einer Übertragung der Entscheidung auf den Hauptausschuss nach § 28 Satz 1 Nummer 18 anzuzeigen.

b) Absatz 2 erhält folgende Fassung:

„(2) Im Falle einer mittelbaren Beteiligung bedarf es eines Anzeigeverfahrens nach Absatz 1 nur dann, wenn die Gemeinde an dem sich beteiligenden Unternehmen unmittelbar oder mittelbar mit mehr als 25 % beteiligt ist.“

16. Nach § 109 wird folgender § 109 a eingefügt

„§ 109 a
Beteiligungsmanagement

(1) Die Gemeinde hat ihre wirtschaftlichen Unternehmen, Einrichtungen und Beteiligungen wirksam zu steuern und zu kontrollieren, um sicherzustellen, dass der öffentliche Zweck erfüllt und die strategischen Ziele erreicht werden. Sie wird dabei durch die für die Beteiligungsverwaltung zuständige Beschäftigte oder durch den für die Beteiligungsverwaltung zuständigen Beschäftigten (Beteiligungsverwaltung) unterstützt.

(2) Die Beteiligungsverwaltung darf sich, soweit andere Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen, jederzeit über Angelegenheiten der wirtschaftlichen Unternehmen, Einrichtungen und Beteiligungen informieren, an deren Sitzungen teilnehmen und Unterlagen einsehen.

(3) Die Beteiligungsverwaltung soll insbesondere

1. den Bericht nach § 45 c Satz 4 vorbereiten,
2. die Gemeindevertretung und ihre Ausschüsse informieren, beraten und deren Sitzungen fachlich vorbereiten,
3. Vertreterinnen und Vertreter der Gemeinde in den Organen der wirtschaftlichen Unternehmen, Einrichtungen und Beteiligungen informieren, beraten und Angebote für deren Qualifizierung und Weiterbildung im Rahmen des aus dieser Tätigkeit resultierenden Bedarfs in betriebswirtschaftlichen und rechtlichen Fragen vorhalten und
4. ein strategisches Beteiligungscontrolling und Risikomanagement einrichten.“

17. In § 116 Absatz 2 Nummer 3 werden nach dem Wort „Wirtschaftsführung“ die Worte „der Kommunalunternehmen,“ eingefügt.

18. § 135 wird folgender Absatz 6 angefügt:

„(6) Das für Inneres zuständige Ministerium wird ermächtigt, durch Verordnung inhaltliche Anforderungen an das Berichtswesen nach § 45 c Satz 4 zu stellen, insbesondere zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen der §§ 101 und 101 a.“

Artikel 2 **Änderung der Kreisordnung**

Die Kreisordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 28. Februar 2003 (GVOBl. Schl.-H. S. 94), zuletzt geändert durch Artikel 4 des Gesetzes vom 10. Dezember 2014 (GVOBl. Schl.-H. S. 473), wird wie folgt geändert:

1. In § 1 wird nach Absatz 1 folgender neuer Absatz 1a eingefügt:

„(1a) Gehören einem Kreis Anteile an einer Gesellschaft (§ 102 der Gemeindeordnung), soll er darauf hinwirken, dass die Gesellschaft Maßnahmen ergreift, die der Verwirklichung des Grundrechtes 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.“

2. In § 2 Absatz 1 Satz 3 wird die Angabe „§ 102 Abs. 1 und 5“ durch die Angabe „§ 102“ ersetzt.

Artikel 3 **Änderung der Amtsordnung**

§ 18 der Amtsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 28. Februar 2003 (GVOBl. Schl.-H. S. 112), zuletzt geändert durch Artikel 2 Nummer 14 des Gesetzes vom 12. November 2014 (GVOBl. Schl.-H. S. 328), wird wie folgt geändert:

1. Der bisherige Text wird Absatz 1.
2. Folgender neuer Absatz 2 wird angefügt:

„(2) Gehören einem Amt Anteile an einer Gesellschaft (§ 102 der Gemeindeordnung), soll es darauf hinwirken, dass die Gesellschaft Maßnahmen ergreift, die der Verwirklichung des Grundrechtes 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.“

Artikel 4 **Änderung des Gesetzes über kommunale Zusammenarbeit**

§ 14 des Gesetzes über kommunale Zusammenarbeit in der Fassung der Bekanntmachung vom 28. Februar 2003 (GVOBl. Schl.-H. S. 122), zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 19. Juni 2015 (GVOBl. Schl.-H. S.), wird wie folgt geändert:

1. Nach Absatz 1 wird folgender neuer Absatz 2 eingefügt:

„(2) Gehören einem Zweckverband Anteile an einer Gesellschaft (§ 102 der Gemeindeordnung), soll er darauf hinwirken, dass die Gesellschaft

Maßnahmen ergreift, die der Verwirklichung des Grundrechtes 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.“

2. Der bisherige Absatz 2 wird Absatz 3.

Artikel 5

Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am Tage nach seiner Verkündung in Kraft.

Das vorstehende Gesetz wird hiermit ausgefertigt und ist zu verkünden.

Kiel,

Torsten Albig
Ministerpräsident

Stefan Studt
Minister für Inneres und
Bundesangelegenheiten

B e g r ü n d u n g

Allgemeiner Teil

Der Gesetzentwurf soll die Kommunalwirtschaft stärken. Die Kommunen und ihre Unternehmen sollen in die Lage versetzt werden, mehr noch als bisher

- zur Energiewende und
- zum Ausbau einer flächendeckenden Breitbandinfrastruktur

beizutragen. Einerseits werden damit die energiepolitischen Ziele des Landes umgesetzt, andererseits die Breitbandstrategie des Landes flankiert, wonach in Schleswig-Holstein bis zum Jahr 2030 eine nachhaltige Infrastruktur auf Basis von Glasfasernetzen aufgebaut werden soll.

Um den Kommunen und ihren Unternehmen die Betätigung in den Bereichen der Energiewirtschaft und der Telekommunikation zu erleichtern, müssen in der Gemeindeordnung

1. die rechtlichen Hürden für das gemeindliche Wirtschaften (Zulässigkeitsvoraussetzungen) herabgesetzt werden.

Da die Bereiche der Energiewirtschaft und der Telekommunikation in besonderem Maße investitionsträchtig sind und hier ein Mehr an kommunalwirtschaftlicher Freiheit mit einem erhöhten Risiko einhergeht, gilt es,

2. die demokratische Kontrolle der Unternehmen durch die Kommunen zu stärken, dies allerdings ohne, dass dadurch die betrieblichen Abläufe gestört werden.

Die Kommunen sollen sich auf strategische Entscheidungen konzentrieren. Es ist hierin auch ein Beitrag zur Stärkung der kommunalen Selbstverwaltung zu sehen. Diesem Ziel dient

3. die Vereinfachung des Anzeigeverfahrens.

4. Wird mit dem Gesetzentwurf eine Systematisierung, Vereinfachung und Harmonisierung des Gemeindegewirtschaftsrechts angestrebt.

1. Erleichterung der Zulässigkeitsvoraussetzungen

Nach geltendem Recht (§ 101 Abs. 1 GO) darf eine Kommune sich wirtschaftlich betätigen, wenn das Unternehmen

- durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt ist (Zweckbindung),
- es nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit und zum Bedarf der Gemeinde steht (Leistungsfähigkeitsbezug und Bedarfsklausel) und
- der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erfüllt werden kann (Subsidiarität).

Dieser sog. Schrankentrias liegt Verfassungsrecht zugrunde, nämlich das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 und 3 des Grundgesetzes – GG) sowie die Garantie der gemeindlichen Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG). Daher ist ein Abweichen von den Zulässigkeitsvoraussetzungen nur bedingt möglich. Gleichwohl gilt es, zur Stärkung der Kommunalwirtschaft bestehende Spielräume – soweit zweckmäßig – auszuschöpfen, und zwar

- a) durch eine gesetzliche Vermutung, wonach die Energiewirtschaft einem öffentlichen Zweck dient, dieser im Einzelfall also nicht mehr darzulegen ist (Vermutensregelung, § 101 a Abs. 1 und Abs. 2 GO),
- b) durch eine Streichung der Bedarfsklausel, um insbesondere dem Erfordernis überörtlicher Netzstrukturen in den Bereichen der Energiewirtschaft und der Telekommunikation Rechnung zu tragen (§ 101 Abs. 1 Nr. 2 GO), und
- c) indem angesichts des Abschlusses einer Marktpartnervereinbarung für den Bereich der Energiewirtschaft auf die Subsidiaritätsklausel verzichtet wird.

Dem Gesetzentwurf ging ein intensiver Dialogprozess mit den kommunalen Landesverbänden, den kommunalen Unternehmensverbänden und den Interessenvertretungen der Wirtschaft und des Handwerks voraus. An dem Dialog beteiligten sich

auch der Landesrechnungshof sowie die Ministerien für Energiewende, Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume und für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Technologie. Durch die frühzeitige Einbindung der betroffenen Verbände wurde angestrebt, den notwendigen gesellschaftlichen Interessenausgleich bereits im Vorfeld herzustellen. Denn Ziel des Gesetzentwurfes ist es, auf Jahre verlässliche Rahmenbedingungen für die Kommunen und ihre Unternehmen zu schaffen.

a) Einführung einer Vermutensregelung zum öffentlichen Zweck (§ 101 a GO)

Zur Erleichterung einer energiewirtschaftlichen Betätigung der Kommunen soll klargestellt werden, dass diese grundsätzlich einem öffentlichen Zweck dient (BVerwG, Urt. v. 18. Mai 1995 – 7 C 58/94 – Juris, Rn. 13). Der öffentliche Zweck wird widerlegbar vermutet und ist somit nicht mehr im Einzelfall darzulegen (§ 101 a Abs. 1 Satz 1 GO).

Im Falle erneuerbarer Energien ist ein öffentlicher Zweck selbst dann anzunehmen, wenn diese ohne oder losgelöst von einem örtlichen Versorgungsgebiet erzeugt werden (§ 101 a Abs. 2 GO). Der öffentliche Zweck der Energieerzeugung ist insoweit zwar nicht in dem „klassischen“ Versorgungsauftrag, wohl aber in dem gemeindlichen Bedarf zu sehen, einen Beitrag zum Umwelt- und Klimaschutz zu leisten (Art. 11 der Landesverfassung – LV). Damit der Ortsbezug der Zweckbindung (Art. 28 Abs. 2 GG) dabei nicht außer Acht gerät (OVG Schleswig, Urt. v. 11. Juli 2013 – 2 LB 32/12 – Juris, Rn. 90 ff.), müssen die Errichtung und der Betrieb von z. B. Wind- oder Solarparks allerdings im Regelfall auf das Gebiet der Gemeinde bzw. der Nachbargemeinden beschränkt bleiben. Auf diese Weise wird auch die Leistungsfähigkeit der vornehmlich kleineren Gemeinden in Schleswig-Holstein gewahrt.

Eine solche Vermutensregelung wurde auch für eine wirtschaftliche Betätigung im Bereich der Telekommunikation erwogen. Anders als der historisch gewachsene Versorgungsauftrag der kommunalen Energiewirtschaft (BVerwG, ebd.) lässt sich der öffentliche Zweck einer wirtschaftlichen Betätigung im Bereich der Telekommunikation jedoch nur schwer in der für eine Vermutensregelung erforderlichen Sicherheit und Schärfe abgrenzen. Dies liegt zunächst daran, dass der Begriff der Telekommunikation ein breites Spektrum von wirtschaftlichen Betätigungen umfasst: angefangen von der Bereitstellung von Leerrohren, über den Bau und Betrieb von Netzen bis hin zum Anbieten von Telekommunikationsdienstleistungen (z. B. Telefon, Telefax, Mobiltelefon, Internet) sowie u. U. von Tele- und Mediendiensten (z. B. Internetzugang, diverse Informationsdienste, Telespiele, Teleshopping). Hinzukommt, dass es im Be-

reich der Telekommunikation – im Unterschied zur Energiewirtschaft – hinsichtlich der Versorgung bzw. des Netzausbaus nicht lediglich um den Anschluss an sich, sondern insbesondere um dessen Bandbreite geht.

Angesichts des gemeindlichen Infrastrukturauftrags (*Ehlers*, DVBl. 1998, 497, 499) und des Ziels der Breitbandstrategie des Landes Schleswig-Holstein kann ein öffentlicher Zweck zwar regelmäßig für den Bau und Betrieb von Lichtwellenleiternetzen (Glasfaser) vermutet werden. Jedoch griffe eine auf Ausbau einer Breitbandinfrastruktur beschränkte Vermutensregelung zu kurz. Denn um diesen wirtschaftlich, d. h. rentabel, leisten zu können, kann es erforderlich sein, dass die Kommunen und ihre Unternehmen zur weiteren Wertschöpfung auch Telekommunikationsdienstleistungen bzw. Tele- und Mediendienste anbieten. Und ein solches Angebot kann im Einzelfall durchaus zulässig sein, sei es im Hinblick auf eine Grundversorgung als Teil der Daseinsvorsorge, sei es darüber hinausgehend als untergeordnete Nebentätigkeit. Jedoch sind auch zahlreiche Fälle denkbar, in denen eine Betätigung im Bereich der Telekommunikation nicht mehr von einem öffentlichen Zweck abgedeckt ist, z. B. wenn ein Telespiele- oder Teleshopping-Angebot den Hauptunternehmensgegenstand bildet. Daher ist eine Regelvermutung insoweit nicht hinreichend sicher möglich, so dass es der Prüfung des Einzelfalls bedarf.

Im Zuge dieser Einzelfallprüfung könnte dann allerdings eine auf den Bau und Betrieb von Lichtwellenleiternetzen beschränkte Vermutensregelung dahingehend missverstanden werden, dass im Umkehrschluss pauschal von der Unzulässigkeit sonstiger Betätigungen im Bereich der Telekommunikation ausgegangen wird. Dieses Missverständnis würde die Kommunen in ihren Möglichkeiten zur Wertschöpfung beschränken und wäre infolgedessen faktisch geeignet, den zügigen Ausbau einer Breitbandinfrastruktur zu behindern. So hat sich die Landesregierung im Einvernehmen mit den betroffenen Verbänden dazu entschlossen, auf eine nur unzureichend zu regelnde Vermutung besser ganz zu verzichten.

b) Streichung der Bedarfsklausel

Den überörtlichen Netzstrukturen in den Bereichen der Energiewirtschaft und der Telekommunikation Rechnung tragend, wird die Bedarfsklausel gestrichen. Die Streichung ist geboten, da der Wortlaut des geltenden § 101 Abs. 1 Nr. 2 GO angesichts der Ortgebundenheit des öffentlichen Zwecks (Art. 28 Abs. 2 GG) den Schluss nahelegt, dass eine wirtschaftliche Betätigung stets überwiegend, also zu mindestens 50 %, der Deckung des Eigenbedarfs der Gemeinde dienen müsse. Eine derart

enge Auslegung geht an den tatsächlichen Verhältnissen, insbesondere am Telekommunikationsmarkt, vorbei und ist auch verfassungsrechtlich nicht geboten (BVerwG, Urt. v. 20. Januar 2005 – Juris, Rn. 36 f.).

Das eigentliche Ziel der Bedarfsklausel, nämlich die haushaltsrechtliche Begrenzung der unternehmerischen Tätigkeit (OVG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 17. Februar 2011 – 2 L 126/09 – Juris, Rn. 37), lässt sich hinreichend dadurch erreichen, dass der Leistungsfähigkeitsbezug nicht nur an die Kommune selbst, sondern auch an das betreffende Unternehmen angelegt wird. Dazu ist eine entsprechende Ergänzung des nach der Streichung der Bedarfsklausel verbleibenden § 101 Abs. 1 Nr. 2 GO vorgesehen.

c) Verzicht auf die Subsidiaritätsklausel für den Bereich der Energiewirtschaft

Als weitere Erleichterung soll die Energiewirtschaft von der Subsidiaritätsklausel entbunden werden. Dies ist möglich, da die gesetzliche Festschreibung eines Nach- bzw. Gleichrangs gemeindlichen Wirtschaftens verfassungsrechtlich nicht zwingend ist (Oster, Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden und Gemeindeverbände, Bonn 2006, S. 67 f.) und der damit bezweckte Schutz der Privatwirtschaft, insbesondere des Handwerks, auch auf andere Weise sichergestellt werden kann. Im Zuge der Vorbereitung des Gesetzentwurfs haben sich die Handwerkerschaft und die Energiewirtschaft nämlich auf eine Marktpartnervereinbarung verständigen können, so dass sich der Gesetzgeber insoweit einstweilen zurücknehmen kann.

2. Stärkung der demokratischen Kontrolle der Unternehmen durch die Kommunen

Was die demokratische Kontrolle der Unternehmen durch die Kommunen angeht, besteht in Schleswig-Holstein noch Optimierungspotential. Insoweit gilt es, die Gemeindevertretung zu stärken und kommunalwirtschaftliche Entscheidungen noch transparenter zu machen. Infolge der beabsichtigten Erleichterung der Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Bereiche der Energiewirtschaft und der Telekommunikation stellt sich das Problem unter veränderten Prämissen. Denn diese Sektoren sind im besonderen Maße investitionsträchtig. Problematisch sind die erweiterten Betätigungsmöglichkeiten jedoch nicht nur im Hinblick auf die Finanzkraft der Kommunen. Sofern zur Beschaffung des notwendigen Kapitals und *know hows* private Investoren beteiligt werden, steht zudem zu befürchten, dass der dem kommunalen Wirtschaften zugrunde liegende öffentliche Zweck außer Acht gerät.

Um diese Risiken beherrschbar zu machen, muss die Steuerung der kommunalen Unternehmen gestrafft werden. Daher hält der Gesetzentwurf die Kommunen dazu an,

- a) sich zunächst die zur Beteiligungssteuerung erforderlichen Rechte vorzubehalten (z. B. Zweckbindung, angemessene Einflussnahme im Aufsichtsrat) und sie als „Leitplanken“ in den Gesellschaftsverträgen bzw. in den Satzungen ihrer Unternehmen zu verankern und
- b) diese Rechte dann auch zur effektiven Beteiligungsteuerung wahrzunehmen, wobei das Ehrenamt, d. h. die Gemeindevertretung bzw. der Hauptausschuss, dabei durch eine Beteiligungsverwaltung unterstützt werden soll, deren Rechte und Pflichten sich im Entwurf geregelt finden.

Das Ziel einer Stärkung der demokratischen Kontrolle durch das Ehrenamt darf allerdings nicht dahingehend missverstanden werden, dass der gemeindliche Einfluss auf die Unternehmen zu maximieren wäre. Ein Hineinregieren in das operative Geschäft gilt es zu vermeiden. Denn dieses wäre geeignet, den Unternehmenserfolg zu gefährden. Und so sollte sich die Kommune

- c) auf eine Globalsteuerung konzentrieren, z. B. indem sie ihr Weisungsrecht gegenüber Aufsichtsräten aufgrund des neuen § 104 Abs. 2 GO auf strategische Entscheidungen beschränkt.

Um das für eine solche Selbstbeschränkung erforderliche Vertrauen zwischen den Organen der Kommune und der Unternehmen zu schaffen, bietet sich

- d) eine Verständigung im Wege eines *Public Corporate Governance Codex* an, welche das Ministerium für Inneres und Bundesangelegenheiten durch die Herausgabe eines Musterkodexes zu unterstützen beabsichtigt.

- a) „Leitplanken“

Die Mehrzahl der kommunalen Unternehmen ist in der (privatrechtlichen) Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) verfasst. Zwar verlangt bereits das geltende Recht als eine der Voraussetzungen für die Gründung einer Gesellschaft (Gründungsvoraussetzungen), dass die Gemeinde einen angemessenen Einfluss auf ihr Unternehmen bzw. ihre Unternehmensbeteiligung ausüben soll (geltender § 102 Abs. 1 Satz. 1 Nr. 3 GO). Eine solche Einflussnahme bedarf aber der Ver-

ankerung im Gesellschaftsvertrag bzw. in der Satzung (Statut) des Unternehmens. Andersfalls kommen die allgemeinen Bestimmungen des Gesellschaftsrechts zur Anwendung (GmbH-Gesetz und/ oder Aktiengesetz). Denn diese gehen dem (landesrechtlichen) Gemeindegewirtschaftsrecht als Bundesrecht vor.

Zur Stärkung der demokratischen Kontrolle sollen daher die Gründungsvoraussetzungen dahingehend präzisiert werden, dass die Bindung an den öffentlichen Zweck und die für eine angemessene Einflussnahme erforderlichen Rechte im Unternehmensstatut festzuschreiben sind, etwa in Form von Weisungs- und Entsenderechten, wobei letztere u. a. sicherstellen, dass die Kommune die ihr zustehenden Sitze im Aufsichtsrat der Gesellschaft nach Maßgabe des Gleichstellungsgesetzes paritätisch besetzen kann. Derart als „Leitplanken“ im Statut eingezogen, finden sich die Bedingungen gemeindlichen Wirtschaftens nachhaltig im Unternehmen gesichert, d. h. auch dann noch, wenn die Kommune Anteile veräußert, jedenfalls solange wie sie sich eine Sperrminorität (25 % und eine Stimme) vorbehält.

Anders als im geltenden Recht soll dabei nicht zwischen der Art und dem Umfang der Beteiligungen unterschieden werden. Angesichts der öffentlich-rechtlichen Bindung der Kommunen und ihrer Unternehmen bedarf es einer demokratischen Kontrolle gleichermaßen für unmittelbare und für mittelbare sowie für Mehrheits- und für Minderheitsbeteiligungen. Da die Ausgestaltung des Unternehmensstatuts allerdings unter dem Vorbehalt des im Einzelfall gesellschaftsrechtlich Zulässigen und – angesichts der Mehrheitsverhältnisse – faktisch Möglichen steht, soll die Kommunalaufsichtsbehörde Ausnahmen von den Anforderungen erteilen können. Für die Umstellung des Statuts bestehender Gesellschaften sieht der Entwurf eine fünfjährige Übergangsregelung vor.

b) Beteiligungsverwaltung

Zur Straffung der Steuerung kann auch die Verwaltung beitragen. Im Regelfall haben zumindest größere Kommunen bereits eine Stelle zur Verwaltung ihrer Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen eingerichtet. Die Beteiligungsverwaltung nimmt insoweit laufende Geschäfte wahr und unterstützt das Ehrenamt in seiner Steuerungsfunktion.

Um die Beteiligungsverwaltung für diese Aufgaben zu ertüchtigen, sollen deren Rechte und Pflichten künftig im Gesetzesrang geregelt werden. Auch sieht der Entwurf eine Verordnungsermächtigung vor, wonach die Inhalte des gemeindeinternen

Berichtswesens (§ 45 c GO) insbesondere im Hinblick auf die Einhaltung der Zulässigkeitsvoraussetzungen präzisiert werden können, so z. B. was die Erreichung des öffentlichen Zwecks und die Wahrung der Leistungsfähigkeit der Kommune angeht.

c) Globalsteuerung

Die zur demokratischen Kontrolle der Unternehmen erforderliche Straffung der Steuerung darf allerdings nicht dazu führen, dass die Kommune in das operative Geschäft ihrer Unternehmen hineinregiert. Vor allem gilt es, eine Störung betrieblicher Abläufe zu vermeiden. Überdies müssen auch kommunale Unternehmen, um am Markt zu bestehen, ihre Geschäftsgeheimnisse wahren. Ein Zuviel an gemeindlicher Einflussnahme ist somit geeignet, den Unternehmenserfolg zu gefährden, was letztendlich zu Lasten des gemeindlichen Haushalts ginge. Und so sind die Kommunen angehalten, sich auf eine Globalsteuerung der Unternehmen zur Erreichung ihrer strategischen Ziele zu beschränken.

Strategische Ziele sind Sach- und Finanzziele. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen geben insoweit die Richtung vor: Sachlich muss das Unternehmen einen öffentlichen Zweck verfolgen. Finanziell ist die Leistungsfähigkeit zu wahren. Konkret geht es dabei um unternehmerische Grundsatzentscheidungen, insbesondere

- über Unternehmensgründungen und -beteiligungen,
- über die Erhöhung bzw. die Veräußerung von Beteiligungen sowie
- über wesentliche Änderungen des Gesellschaftsvertrags bzw. der Satzung.

Es sind dies Angelegenheiten, die bereits nach geltendem Recht der Gemeindevertretung bzw. dem Hauptausschuss zur Entscheidung vorbehalten sind und die sich nunmehr zur Rechtsklarheit in § 28 GO zusammengefasst finden.

Um die aus Gründen der wirtschaftlichen Praktikabilität gebotene Beschränkung der kommunalen Einflussnahme rechtlich abzusichern, sieht der Gesetzentwurf die Möglichkeit vor, das Weisungsrecht des Ehrenamts gegenüber den Aufsichtsräten in der Hauptsatzung auf Entscheidungen zur strategischen Steuerung der Unternehmen zu beschränken (§ 104 Abs. 2 GO). Im Hinblick auf die Bürgermeisterin bzw. auf den Bürgermeister ist dies bereits nach dem geltenden § 27 Abs. 1 Satz 3 GO möglich.

d) *Public Corporate Governance Codex*

Die Selbstbeschränkung des Ehrenamtes auf eine Globalsteuerung setzt voraus, dass die Organe der Gemeinde und der Unternehmen vertrauensvoll zusammenarbeiten. Hierfür kann das Gesetz nur einen Rahmen vorgeben. Auszugestalten ist dieser durch die Akteure vor Ort, sprich durch die Gemeindevertreterinnen und Gemeindevertreter, durch die Bürgermeisterinnen und Bürgermeister sowie durch die Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer. Als Instrument für eine solche Einigung hat sich ein *Public Corporate Governance Codex* bewährt. Es handelt sich dabei um eine Selbstverpflichtung aller Beteiligten, die erforderlichenfalls auch den Abschluss eines Moderationsprozesses bilden kann. Das Ministerium für Inneres und Bundesangelegenheiten wird die Einführung solcher Kodizes begleiten und dazu ein Muster vorlegen.

3. Vereinfachung des kommunalaufsichtlichen Anzeigeverfahrens

Um Schaden von den Kommunen abzuwenden, sind bedeutsame Rechtsgeschäfte der Kommunalaufsichtsbehörde anzuzeigen. Hieran ist festzuhalten. Allerdings ist es zum Abbau bürokratischer Hemmnisse geboten, das Anzeigeverfahren erheblich zu vereinfachen. Dazu sollen die derzeit zwölf bestehenden Anzeigepflichten auf sechs zurückgeführt werden, und zwar unter Harmonisierung der Anforderungen, welche für öffentlich-rechtliche Unternehmen, also für Eigenbetriebe und Kommunalunternehmen, gelten, mit jenen, die an (privatrechtliche) Gesellschaften gestellt werden. Und so entfällt die Anzeigepflicht insbesondere für Rechtsgeschäfte, welche die Veräußerung beziehungsweise Auflösung eines Unternehmens betreffen.

4. Systematisierung, Vereinfachung und Harmonisierung des Gemeindegewirtschaftsrechts

Im Übrigen dient der Entwurf einer Systematisierung, Vereinfachung und Harmonisierung des Gemeindegewirtschaftsrechts. Wie im Zusammenhang mit der Anzeigepflicht bereits dargelegt, sollen für öffentlich-rechtliche Unternehmen und Gesellschaften grundsätzlich ähnliche Standards gelten, insbesondere, was die Rechnungsprüfung für Kommunalunternehmen angeht (§ 116 Abs. 2 Nr. 3; § 106 a Abs. 4 Satz 3 GO). Eine weitergehende Angleichung der Anforderungen ist in der Eigenbetriebs- und in der Kommunalunternehmensverordnung beabsichtigt. Auch sollen zur Rechtsklarheit die im Gesetz verwendeten Begriffe „wirtschaftliche Unternehmen“, „Einrichtungen“ und „Gesellschaften“ deutlicher unterschieden werden.

Einzelbegründungen

Zu Art. 1 – Änderung der Gemeindeordnung

Zu Art. 1, Nr. 1 – Inhaltsverzeichnis

Dem 3. Abschnitt des Sechsten Teils der Gemeindeordnung soll ein § 109 a angefügt werden. Das Inhaltsverzeichnis wird daher entsprechend geändert.

Zu Art. 1, Nr. 2 – § 1 GO

Die Förderung der rechtlichen und tatsächlichen Gleichstellung von Frauen und Männern ist gemäß Art. 9 LV Aufgabe des Landes, der Gemeinden und Gemeindeverbände sowie der anderen Träger der öffentlichen Verwaltung. Anders als die Eigenbetriebe (§ 106 GO) und die Kommunalunternehmen (§ 106 a GO) sind die Gesellschaften der Gemeinden (§ 102 GO) jedoch nicht vom Geltungsbereich des Gesetzes zur Gleichstellung der Frauen im öffentlichen Dienst umfasst.

Um eine Förderung der rechtlichen und tatsächlichen Gleichstellung von Frauen und Männern gemäß Art. 9 LV auch bei den Gesellschaften der Gemeinden, unabhängig vom jeweiligen Anteil, zu erreichen, sollen die Gemeinden darauf hinwirken, dass die Gesellschaft Maßnahmen ergreift, die der Verwirklichung des Grundrechtes der Gleichberechtigung von Frauen und Männern dienen. Inhaltlich wird an die Ziele des Gleichstellungsgesetzes angeknüpft, jedoch ohne dessen Geltungsbereich auszuweiten. Ansprüche Einzelner, zum Beispiel auf Entgeltgleichheit bei unterschiedlichen Positionen, sind damit nicht verbunden. Die Regelung soll insbesondere den gleichstellungspolitischen Diskurs innerhalb der Gemeinde befördern und unterliegt der vollumfassenden Einschätzungsprärogative der Gemeinde.

Zu Art. 1, Nr. 3 – § 28 GO

§ 28 Satz 1 GO enthält einen Katalog von Angelegenheiten, deren Entscheidung grundsätzlich der Gemeindevertretung vorbehalten ist. Im Hinblick auf das Gemeindegewirtschaftsrecht (Nrn. 17 bis 20 der Vorschrift) handelt es sich dabei um den Kernbestand unternehmerischer Grundsatzfragen (vgl. Art. 1, Nr. 8 des Entwurfs). Die mit diesen Entscheidungen einhergehende Globalsteuerung ist eingedenk des Demokratieprinzips durch das Ehrenamt wahrzunehmen und darf insbesondere nicht der Unternehmensführung überlassen bleiben. Zwar ist eine Delegation einzelner Entschei-

dungen möglich, dies allerdings nur in den gesetzlich vorgesehenen Ausnahmefällen, so regelmäßig auf den Hauptausschuss oder – wie künftig nach Nr. 13 der Vorschrift – auf den für die betreffende Angelegenheit zuständigen Ausschuss.

Im geltenden Recht finden sich die gemeindefinanziellen Entscheidungs- vorbehalte der Gemeindevertretung bzw. des Hauptausschusses allerdings nicht sämtlich in § 28 GO, sondern auch vereinzelt im 3. Abschnitt des Sechsten Teils der Gemeindeordnung (§§ 101 ff.) geregelt. Zur Rechtsklarheit werden sie von dort nach § 28 GO überführt. Die Überführung erfolgt allerdings nicht 1:1, sondern sie folgt dem Ziel, die Steuerung der Unternehmen zu straffen (vgl. Art. 1, Nr. 8 des Entwurfs). Ferner sollen die Anforderungen, welche für öffentlich-rechtliche Unternehmen gelten, denen für Gesellschaften angeglichen werden (vgl. ebd., Nrn. 12 f.). Es wird insoweit den Änderungen des § 102 GO sowie der §§ 106 und 106 a GO Rechnung getragen. Überdies werden die Entscheidungsvorbehalte im Lichte des Katalogs der anzeigepflichtigen Rechtsgeschäfte (§ 108 GO) harmonisiert (vgl. Art. 1, Nr. 15 des Entwurfs). Im Einzelnen sind folgende Änderungen vorgesehen:

Nr. 13 wird um eine Delegationsbefugnis erweitert, wonach die Entscheidung über die Festsetzung privatrechtlicher Entgelte im Rahmen der Betätigung eines Eigenbetriebs durch Hauptsatzung auf den dafür zuständigen Ausschuss übertragen werden kann. Nach dem geltenden § 28 Satz 1 Nr. 13 GO ist die Festsetzung der Entgelte mangels Delegationsbefugnis zwingend der Gemeindevertretung vorbehalten. Problematisch ist dies vor allem im Hinblick auf Energieversorgungsunternehmen. Werden sie als Eigenbetriebe (§ 106 GO) geführt, bedürfen sämtliche Preisanpassungen der Beschlussfassung durch die Gemeindevertretung. Damit geht ein erheblicher Verwaltungsaufwand einher. Auch kann sich angesichts der bei der Beschlussfassung einzuhaltenden Ladungsfristen und der Sitzungsfrequenz der Gemeindevertretungen eine notwendige Anpassung der Entgelte derart verzögern, dass dem Eigenbetrieb daraus ein Wettbewerbsnachteil erwächst. Die Gesetzesänderung schafft hier Abhilfe, indem die Anforderungen, welche das geltende Recht insoweit an Eigenbetriebe stellt, den Regelungen für Gesellschaften angeglichen wird. Denn bei diesen ist kraft Gesellschaftsvertrag oder Satzung regelmäßig das dem Werkausschuss vergleichbare Organ des Aufsichtsrats für Festsetzung der Entgelte zuständig. Da ein Werkausschuss jedoch nicht in jeder Kommune gebildet wird, lautet die Delegationsbefugnis auf den insoweit zuständigen Ausschuss.

Nr. 17 wird um die Tatbestände der „Übernahme“ und der „wesentlichen Änderung der Satzung“ von Einrichtungen (vgl. auch Art. 1, Nr. 6 des Entwurfs) und wirtschaftli-

chen Unternehmen ergänzt. Es wird insoweit der Auffassung der Kommentierung gefolgt, wonach die Entscheidung über eine Unternehmensübernahme von besonderer finanzwirtschaftlicher Bedeutung ist, welche der Gemeindevertretung vorbehalten werden muss. Entsprechendes gilt für die Änderung des Unternehmenszwecks (*Spenger*, Kommunalverfassungsrecht Schleswig-Holstein – KVR SH, Rn. 4 und 11 zu § 108 GO), mithin für wesentliche Änderungen der Satzung. Ausgehend von der besonderen Rechtsbindung der Kommune ist eine Satzungsänderung dann als wesentlich anzusehen, wenn sie den Kernbestand der gemeindewirtschaftlichen Anforderungen berührt, nämlich die Wahrung der Zweckbindung, der gemeindlichen Leistungsfähigkeit und Einflussnahme (vgl. Art. 1, Nr. 15 des Entwurfs). Mit der Ergänzung wird der Katalog der vorbehaltenen mit dem der anzeigepflichtigen Rechtsgeschäfte (§ 108 Abs. 1 GO) harmonisiert.

Nr. 18 wird um bisher im Gemeindewirtschaftsrecht spezialgesetzlich geregelte Entscheidungsvorbehalte der Gemeindevertretung bzw. des Hauptausschusses ergänzt. Die Überführung der Vorschriften erfolgt zur Rechtsklarheit und, um die Struktur des § 28 GO als einheitlichen Katalog zu stärken. Zur besseren Lesbarkeit wird die Vorschrift als Unterkatalog gefasst.

In **Buchst. a** geht der geltende § 28 Satz 1 Nr. 18 1. HS GO ein. Dabei wird klargestellt, dass Genossenschaften den privatrechtlichen Vereinigungen gleichgestellt sind (vgl. Art. 1, Nr. 11 des Entwurfs). Inhaltlich bleibt die Regelung unverändert.

In **Buchst. b** kommt das Tatbestandsmerkmal der „Erhöhung solcher Beteiligungen“ hinzu, d. h. von Beteiligungen an Gesellschaften, Genossenschaften oder anderen privatrechtlichen Vereinigungen (Buchst. a). Anders als nach dem geltenden § 102 Abs. 5 Satz 3 GO soll die Gemeindevertretung bzw. der Hauptausschuss einer Erhöhung der Beteiligung jedoch nicht nur in dem dort geregelten Fall einer mittelbaren Beteiligung, sondern in jedem Fall zustimmen. Denn zur Straffung der Steuerung der Unternehmen und zur Stärkung der demokratischen Kontrolle durch das Ehrenamt wird die bisher vorgenommene Unterscheidung nach Art und Umfang der Beteiligungen aufgegeben (vgl. Art. 1, Nr. 8 des Entwurfs). Ferner wird in Buchst. b der Zustimmungsvorbehalt des geltenden § 103 Abs. 2 GO unter Verweis auf den Wortlaut des bisherigen Abs. 1 der Vorschrift (nunmehr § 103 GO) in den Katalog des § 28 GO aufgenommen. Dabei geht es um die teilweise oder vollständige Veräußerung eines wirtschaftlichen Unternehmens oder einer Beteiligung an einer Gesellschaft sowie andere Rechtsgeschäfte, durch die die Gemeinde ihren Einfluss verliert oder vermindert. Der geltende § 103 Abs. 2 GO kann infolgedessen entfallen (vgl. Art. 1, Nr. 9 des Entwurfs).

Buchst. c übernimmt den Zustimmungsvorbehalt des geltenden § 102 Abs. 5 Satz 3 GO im Hinblick auf eine „wesentliche Änderung des Gesellschaftsvertrages, insbesondere des Gesellschaftszwecks“. Der Wortlaut wird, um sämtlichen Rechtsformen gerecht zu werden, welche den Gründungsvoraussetzungen des § 102 GO unterfallen, um den Begriff der „Satzung“ ergänzt. Es handelt sich hierbei um eine redaktionelle Klarstellung. Im Übrigen gilt im Hinblick auf die Art und den Umfang der Beteiligungen das unter Buchst. b zu § 102 Abs. 5 Satz 3 GO Gesagte.

Die Änderung der **Nr. 19** (Umwandlung der Rechtsform, vollständige und teilweise Verpachtung) trägt dem Umstand Rechnung, dass das Gesetz künftig die Errichtung von Regiebetrieben zulässt (vgl. Art. 1, Nr. 12 des Entwurfs), für die im Hinblick auf die Anzeigepflicht nach § 108 GO und die gemeindlichen Entscheidungsvorbehalte (§ 28 GO) nichts anderes gelten soll als wie bisher für Eigenbetriebe. Daher wird das Tatbestandsmerkmal des „Eigenbetriebs“ durch das eines „wirtschaftlichen Unternehmens ohne eigene Rechtspersönlichkeit“ ersetzt, dem sowohl Eigen- als auch Regiebetriebe unterfallen.

In **Nr. 20** wird das Wort „Eigengesellschaften“ durch das Wort „Gesellschaften“ ersetzt. Die Eigengesellschaft findet sich im geltenden Recht in § 104 Abs. 1 Satz 1 GO legaldefiniert. Danach handelt es sich um eine Gesellschaft, die der Gemeinde gehört. Sie ist somit von Gesellschaften zu unterscheiden, an der neben der Gemeinde auch andere Gesellschafter Anteile halten. Infolge der Änderung des § 104 GO entfällt diese Legaldefinition (vgl. Art. 1, Nr. 10 des Entwurfs). Sie ist verzichtbar, da die Unterscheidung nach Art und Umfang der Beteiligungen aufgegeben wird (vgl. ebd., Nr. 8). Dass von der Gemeinde bestellte Vertreter im Rahmen des gesellschaftsrechtlich Zulässigen und Möglichen von der Gemeindevertretung bzw. dem Hauptausschuss auch in Gesellschaften entsandt werden können, die nicht Eigengesellschaften sind, ergibt sich bereits aus dem weiteren Wortlaut des geltenden § 28 Satz 1 Nr. 20 GO („andere privatrechtliche Vereinigungen“). Die Änderung wirkt sich also auf die Rechtslage nicht aus. Sie dient lediglich der Rechtsbereinigung. Im Übrigen wird klargestellt, dass Genossenschaften den privatrechtlichen Vereinigungen gleichgestellt sind (vgl. Art. 1, Nr. 11 des Entwurfs).

Zu Art. 1, Nr. 4 – § 95 o GO

Zur Rechtsklarheit werden Unternehmen und Einrichtungen, die nach § 101 Abs. 4 GO als nicht wirtschaftliche Unternehmen gelten, einheitlich als Einrichtungen be-

zeichnet (vgl. Art. 1, Nr. 6 des Entwurfs). Infolgedessen ist der Wortlaut in § 95 o Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GO anzupassen.

Zu Art. 1, Nr. 5– § 97 Absatz 1 GO

Als redaktionelle Änderung wird in Satz 1 klargestellt, dass mit der ggf. fehlenden Rechtspersönlichkeit eines wirtschaftlichen Unternehmens lediglich die „Eigene“ gemeint ist (**Buchst. a**). Denn auch ohne selbst rechtsfähig zu sein, ist das Unternehmen nicht ganz ohne Rechtspersönlichkeit, sondern teilt jene des gemeindlichen Verwaltungsträgers. Diese sprachliche Differenzierung ist im Kommunalverfassungsrecht der Länder üblich (§ 92 Abs. 2 Nr. 1 der Kommunalverfassung des Landes Brandenburg – BbgKVerf, § 88 Abs. 1 der Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern – GO BY, § 109 Abs. 1 Satz 1 des Saarländischen Kommunalselbstverwaltungsgesetzes – KSVG SL, ferner § 75 Abs. 2 Satz 2 der Thüringer Kommunalordnung – ThürKO) und findet sich auch im hiesigen Landesverwaltungsgesetz (dort §§ 41 Abs. 1 und 46 Abs. 1). Angepasst wird nicht nur der Wortlaut des § 97 Abs. 1 GO, sondern auch der des § 106 GO (vgl. Art. 1, Nr. 11 des Entwurfs, ferner Nr. 3 Buchst. d, § 28 Satz 1 Nr. 19 GO).

Infolge der Neufassung des § 102 GO ist der Verweis in § 97 Abs. 1 Satz 4 GO fortzuschreiben. Es handelt sich bei **Buchst. b** also lediglich um eine redaktionelle Änderung.

Zu Art. 1, Nr. 6 – § 101 GO

Der geltende **Abs. 1 Nr. 2** verlangt, dass ein kommunales Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis u. a. zum Bedarf der Gemeinde steht. Im Hinblick auf die Ortsgebundenheit des öffentlichen Zwecks (Art. 28 Abs. 2 GG) kann die Bedarfsklausel dahingehend ausgelegt werden, dass die wirtschaftliche Betätigung stets überwiegend der Deckung des Eigenbedarfs der Gemeinde dienen müsse und hierbei ein streng quantifizierender Maßstab anzulegen sei.

So verstanden wäre die Bedarfsklausel geeignet, eine wirtschaftliche Betätigung der Kommunen vor allem im Bereich der Telekommunikation erheblich zu behindern. Denn auf das Gemeindegebiet beschränkte Netze sind nur schwer rentabel zu betreiben. Auch lassen sich solche Kleinstnetze am Telekommunikationsmarkt kaum platzieren. Hier bedarf es größerer Einheiten. Ähnliches gilt für den Bereich der Energiewirtschaft.

Eine derart enge Auslegung der Bedarfsklausel ist verfassungsrechtlich allerdings nicht geboten. Zwar ist angesichts Ortsgebundenheit des öffentlichen Zwecks auf den Bedarf im Gemeindegebiet abzustellen, dies allerdings nur im Wege einer funktionsbezogenen Betrachtung der Einwohnernützigkeit, bei der insbesondere das Erfordernis überörtlicher Netzstrukturen, aber auch die Vorteile einer interkommunalen Zusammenarbeit Berücksichtigung finden können (BVerwG, Urt. v. 20. Januar 2005 – Juris, Rn. 36 f.). Bei der Bedarfsprüfung handelt sich somit um eine Einzelfallentscheidung, die sich einer pauschalen Quantifizierung entzieht und bei der die Rechtsprechung den Gemeinden einen Beurteilungsspielraum zugesteht (OVG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 17. Februar 2011 – 2 L 126/09 – Juris, Rn. 37).

Der missverständliche Wortlaut der geltenden Bedarfsklausel birgt somit die Gefahr, dass die Kommunen über das verfassungsrechtlich gebotene Maß hinausgehend in ihrer wirtschaftlichen Betätigung beschränkt werden. Und insoweit steht die Bedarfsklausel der beabsichtigten Erleichterung der Zulässigkeitsvoraussetzungen entgegen. Sie wird daher gestrichen.

Entfallen kann die Bedarfsklausel aber nur dann, wenn ihr eigentliches Ziel, nämlich die haushaltsrechtliche Begrenzung der unternehmerischen Tätigkeit (OVG Sachsen-Anhalt, ebd.), auf andere Weise sichergestellt wird. Dazu soll im Leistungsfähigkeitsbezug des § 101 Abs. 1 Nr. 2 GO klargestellt werden, dass die dortige Relativitätsklausel nicht nur an die Gemeinde, sondern auch an das betreffende Unternehmen anzulegen ist. An dieser Stelle ist anzumerken, dass der Begriff Gemeinde hier nach wie vor im materiellen Sinne zu verstehen ist, also sowohl die Verwaltung als auch die kommunalen Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen umfasst. Denn nach dem Sinn und Zweck der Norm ist hier eine Konzernbetrachtung geboten.

Was den Ortsbezug der wegfallenden Bedarfsklausel angeht, kann dieser ersatzlos gestrichen werden. Dass die wirtschaftliche Betätigung in den Bedürfnissen und Interessen der örtlichen Gemeinschaft wurzeln muss (BVerfG, Beschl. v. 23. November 1988 – 2 BvR 1619/83, 2 BvR 1626/83 – Juris, Rn. 59), ergibt sich bereits aus der Zweckbindung, dies aber lediglich in dem oben dargelegten – verfassungsrechtlich gebotenen – Umfang.

Im Hinblick auf eine grenzüberschreitende Betätigung wird mit der Änderung des **Abs. 3** die Schwelle für eine Befassung der Kommunalaufsichtsbehörde angehoben. Sie soll nicht schon bei einem Überschreiten der Landes-, sondern erst der Bundesgrenze beteiligt werden. Es stellt dies eine Verwaltungsvereinfachung dar. Insoweit

wird zu der vormals geltenden Rechtslage zurückgekehrt. Danach war die Kommunalaufsichtsbehörde vor der Aufnahme einer gemeindewirtschaftlichen Betätigung im Ausland rechtzeitig zu unterrichten (§ 101 Abs. 3 der Gemeindeordnung in der Fassung vom 28. Februar 2003, GVOBl. Schl.-H. S. 57, zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 13. März 2012, GVOBl. Schl.-H. S. 370). Ein solcher Anzeigevorbehalt wird jedoch nicht mehr als ausreichend erachtet. Angesichts der erheblichen Risiken, welche mit einer wirtschaftlichen Betätigung im Ausland einhergehen, bedarf es zum Schutz der Gemeinden eines Genehmigungsverfahrens (LT-Drs. 17/1663, S. 62).

Der Wechsel vom Anzeige- hin zum Genehmigungsverfahren ändert nichts an den Zulässigkeitsvoraussetzungen bezüglich der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen im Ausland. Aufgrund der Komplexität einer Auslandsbetätigung in Bezug auf die rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen ist jedoch eine intensive Prüfung des Vorhabens durch die Kommunalaufsicht zwingend angezeigt. Dies wird durch das Genehmigungsverfahren sichergestellt.

Im Genehmigungsverfahren werden die Zulässigkeitsvoraussetzungen im Einzelfall abgeprüft. Dabei sind grundsätzlich drei Kategorien von Auslandsbeteiligungen zu unterscheiden: grenznahe Betätigungen, Betätigungen innerhalb der Europäischen Union zzgl. Norwegen und Schweiz sowie darüber hinausgehende Betätigungen. Dabei sind insbesondere die Betätigungen außerhalb der Europäischen Union zzgl. Norwegen und Schweiz intensiv zu begründen, um nachzuweisen, dass die kommunalrechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen vor Ort vollumfänglich und durchgehend eingehalten werden können. Im Gegensatz dazu sind grenzüberschreitende Betätigungen von Kommunen in Dänemark, insbesondere von hiesigen grenznahen Kommunen, aufgrund der gesicherten rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen in Dänemark, im Regelfall genehmigungsfähig. Durch die Übernahme der Kommunalaufsichtsfunktion bei energiewirtschaftlichen Betätigungen im Ausland durch das Ministerium für Inneres und Bundesangelegenheiten wird diese Verwaltungspraxis noch gestärkt.

In **Abs. 4** werden Unternehmen und Einrichtungen, die nach § 101 Abs. 4 GO als nicht wirtschaftliche Unternehmen gelten, einheitlich als Einrichtungen bezeichnet. Die Änderung dient der Rechtsklarheit. Vgl. auch die Folgeänderungen in Art. 1, Nr. 3 und Nr. 4 des Entwurfs.

Zu Art. 1, Nr. 7 – § 101 a GO

Um den Kommunen und ihren Unternehmen bei der Energiewende erweiterte wirtschaftliche Betätigungsmöglichkeiten einzuräumen, sieht ein neuer § 101 a GO erleichterte Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine energiewirtschaftliche Betätigung vor. Es handelt sich hierbei um eigenständige, bereichsspezifische Anforderungen, die exklusiv, d. h. neben den (allgemeinen) Voraussetzungen des § 101 GO zur Anwendung kommen. Mit dieser Regelungssystematik wird dem nordrhein-westfälischen Gemeindewirtschaftsrecht gefolgt (LT-Drs. 14/27, S. 11 zu § 107 a der Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen – GO NRW), an dem sich die Vorschrift auch im Weiteren orientiert.

Zunächst wird der Begriff einer energiewirtschaftlichen Betätigung in Anlehnung an § 3 Nr. 36 des Energiewirtschaftsgesetzes legal definiert als Erzeugung oder Gewinnung, Vertrieb oder Verteilung von Energie im Bereich der Strom-, Gas-, Wärme- und Kälteversorgung. Umfasst sind damit sämtliche Stufen der Produktion und Distribution von Endenergie, insbesondere auch deren Speicherung zur Sicherung der Versorgung und der Netzstabilität.

Nach den (allgemeinen) Anforderungen des § 101 GO ist eine wirtschaftliche Betätigung nur dann zulässig, wenn sie

- durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt ist (Zweckbindung),
- die Leistungsfähigkeit der Kommune gewahrt bleibt (Leistungsfähigkeitsbezug) und
- der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erfüllt werden kann (Subsidiarität).

Zur Erleichterung einer energiewirtschaftlichen Betätigung wird diese sog. Schrankentrias im Rahmen des verfassungsrechtlich Möglichen und Zweckmäßigen wie folgt modifiziert:

Zur Verfahrenserleichterung wird in **Abs. 1 Satz 1** widerlegbar vermutet, dass eine energiewirtschaftliche Betätigung durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt ist. Der öffentliche Zweck ist im Abwägungsbericht nach § 102 GO bzw. im Anzeigeverfahren nach § 108 GO somit nicht mehr darzulegen. Ihr Vorbild findet die Regelung

in § 107 a GO NRW und in § 116 Abs. 2 der Gemeindeordnung für das Land Sachsen-Anhalt – GO LSA. Die Vermutung ist gerechtfertigt, weil die örtliche Energieversorgung zu den durch Art. 28 Abs. 2 Satz 1 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 des Abs. 1 Satz 1 im atypischen Einzelfall widerlegbar bleiben. Die Darlegungslast zur Begründung einer solchen Ausnahme trägt dann jedoch die Kommunalaufsichtsbehörde.

Von dem Leistungsfähigkeitsbezug können keine Abstriche gemacht werden. Abs. 1 Satz 1 verweist insoweit auf die Voraussetzungen des § 101 Abs. 1 Nr. 2 GO. Denn eine energiewirtschaftliche Betätigung, welche die Verwaltungs- und Finanzkraft der Kommune übersteigt, ist fiskalisch nicht zu verantworten.

Gestaltungsspielraum besteht allerdings bei der Subsidiarität. Diese ist verfassungsrechtlich nicht zwingend (*Oster*, Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden und Gemeindeverbände, Bonn 2006, S. 67 f.), so dass sie zumindest bereichsspezifisch entfallen kann. Im Hinblick auf eine energiewirtschaftliche Betätigung dient die Subsidiaritätsklausel insbesondere dem Schutz des Handwerks, so z. B. was Installations-, Bau- und Wartungsdienstleistungen angeht. Da sich die Belange des Handwerks mittlerweile durch den Abschluss einer Marktpartnervereinbarung zwischen den Unternehmensverbänden und der Handwerkerschaft geschützt finden, bedarf es dazu einer gesetzlichen Regelung einstweilen nicht mehr. Fiele die Vereinbarung weg, könnte das allerdings Anlass für eine Gesetzesinitiative geben.

Im weiteren verweist **Abs. 1 Satz 2** auf die in § 101 Abs. 2 und 3 GO vorgesehenen Ausnahmen von dem Örtlichkeitsprinzip. Dieser Verweis ist aufgrund der eingangs dargelegten Exklusivität der Normen erforderlich. Andernfalls wäre der kommunalen Energiewirtschaft eine grenzüberschreitende Betätigung nicht möglich. § 101 Abs. 3 GO wurde dahingehend geändert, dass einer kommunalaufsichtlichen Genehmigung nicht schon die wirtschaftliche Betätigung außerhalb Schleswig-Holsteins, sondern erst eine solche im Ausland bedarf (vgl. Art. 1, Nr. 6 des Entwurfs). Ergänzend dazu bestimmt Abs. 1 Satz 2, dass für die Genehmigung einer energiewirtschaftlichen Betätigung im Ausland stets die oberste Kommunalaufsichtsbehörde zuständig sein soll, da die dabei zu berücksichtigenden Interessen des Bundes und des Landes im besonderen Maße betroffen sein können.

Abs. 2 trägt dem Umstand Rechnung, dass die Rechtfertigung des öffentlichen Zwecks einer energiewirtschaftlichen Betätigung in den Fällen problematisch ist, in denen Energie losgelöst von einem örtlichen Versorgungsgebiet produziert wird (OVG Schleswig, Urt. v. 11. Juli 2013 – 2 LB 32/12 – Juris). Dennoch soll den Kommunen und ihren Unternehmen auch dann eine rechtssichere Möglichkeit eröffnet werden, einen Beitrag zur Energiewende zu leisten, wenn sie nicht durch eigene Stadt- oder Gemeindewerke einen Versorgungsauftrag im Sinne des § 101 a Abs. 1 GO-E wahrnehmen. Verfassungsrechtlich zulässig ist dies allerdings nur in dem Umfang, in dem der öffentlichen Zweck auf einen örtlichen „Bedarf“ an Umwelt- und Klimaschutz zurückzuführen ist (Art. 11 LV). Hieraus folgt in sachlicher Hinsicht eine Beschränkung auf den Bereich erneuerbarer Energien im Sinne des § 5 Nr. 14 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes. Da als öffentlicher Zweck die örtliche Energieversorgung nicht geltend gemacht werden kann, muss der Ortsbezug der verfassungsrechtlich gebotenen Zweckbindung im besonderen Maße Rechnung getragen werden. Daher sieht **Abs. 2 Satz 2** vor, dass derartige energiewirtschaftliche Betätigungen nur auf dem Gebiet der betreffenden Gemeinde und auf dem angrenzender Gemeinden zulässig sein sollen, wobei die Sollvorschrift im Falle eines atypischen Verlaufs gemeindlicher Grenzen eine arrondierende Betrachtung erlaubt. Ferner muss zum Erhalt des „kommunalen Friedens“ ggf. das Einvernehmen mit den Nachbargemeinden hergestellt werden.

Zu Art. 1, Nr. 8 – § 102 GO

§ 102 GO regelt die Voraussetzungen, unter denen eine Kommune sich an einer (privatrechtlichen) Gesellschaft beteiligen oder eine solche gründen darf (Gründungsvoraussetzungen). Die Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 101 oder des § 101 a GO, welche kraft des Verweises in **Abs. 1 Satz 3** (vormals § 102 Abs. 2 GO) auch für Gesellschaften gelten (vgl. auch Art. 1, Nr. 7 des Entwurfs), werden insoweit Rechtsform-spezifisch ausgestaltet. Dabei geht es insbesondere darum, einen angemessenen Einfluss der Gemeinde auf die Gesellschaft sicherzustellen, um sie in die Lage zu versetzen, ihr Unternehmen bzw. ihre Unternehmensbeteiligung so zu steuern, dass ein öffentlicher Zweck verfolgt wird und die Leistungsfähigkeit der Kommune gewahrt bleibt.

Infolge der Erleichterung der Zulassungsvoraussetzungen für eine gemeindewirtschaftliche Betätigung in den Bereichen der Energiewirtschaft (vgl. Art. 1, Nr. 7 des Entwurfs) und der Telekommunikation (vgl. ebd., Nr. 6) wird die Frage der Steuerung kommunaler Beteiligungen neu aufgeworfen, bergen diese Geschäftsfelder doch er-

hebliche wirtschaftliche Risiken für die Kommune. So sind z. B. für die Errichtung und den Betrieb eines Lichtwellenleiternetzes („Breitband“) oder eines Windparks regelmäßig hohe Investitionen erforderlich. Sofern zur Beschaffung von Kapital und *know how* private Investoren an der Gesellschaft beteiligt werden, besteht zudem die Gefahr, dass die Bindung an den öffentlichen Zweck außer Acht gerät. Überhaupt hat die kommunalaufsichtliche Praxis gezeigt, dass bei der Steuerung kommunaler Unternehmen Optimierungspotential besteht.

Eine Straffung der Gründungsvoraussetzungen ist zudem verfassungsrechtlich angezeigt: Entscheidet sich eine Kommune dafür, ihre Aufgaben in einer privaten Rechtsform wahrzunehmen, entbindet sie dies nämlich nicht von ihren öffentlich-rechtlichen Pflichten. Das Rechtsstaats- und das Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 und 3 GG) gelten für sie nach wie vor. Auf Art und Umfang der Unternehmensbeteiligung kommt es dabei nicht an. Vor diesem Hintergrund wird die bisherige Differenzierung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Beteiligungen sowie zwischen den verschiedenen Graden von Mehrheits- und Minderheitsbeteiligungen aufgegeben. An deren Stelle wird in Anlehnung an § 96 BbgKVerf ein einheitlicher Katalog von Gründungsvoraussetzungen gestellt, die – und auch das ist neu – grundsätzlich durch geeignete Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag bzw. in der Satzung des Unternehmens (Statut) – gewissermaßen als Leitplanken – zu verankern sind (**Abs. 2 Satz 1**). Auf diese Weise wird der gemeindliche Einfluss nachhaltig gesichert. Denn was im Statut geregelt ist, kann nur durch eine qualifizierte Mehrheit (75 %) geändert werden. Und so wäre es z. B. unschädlich, wenn die Gemeinde später einen Teil ihrer Anteile veräußert und infolgedessen Stimmrechte verliert, solange sie nur eine Sperrminorität (25 % und eine Stimme) behält (*Garbe/ Emden*, LKV 2013, 97, 99).

Die Gestaltung des Statuts steht allerdings unter dem Vorbehalt des gesellschaftsrechtlich Machbaren. Im Einzelfall können die Mehrheitsverhältnisse der Anteilseigner oder die als Bundesrecht vorrangig geltenden Bestimmungen des Gesellschaftsrechts entgegenstehen. Solche Hindernisse sind jedoch nicht ohne weiteres hinzunehmen. Fehlt es der Kommune an der erforderlichen Mehrheit, hat sie in anderer Weise darauf hinzuwirken, dass das Statut in einer ihrer Rechtsbindung angemessenen Weise angepasst wird (*Garbe/ Emden*, ebd.). Sollte dies nicht gelingen, ist zu prüfen, ob die gemeindewirtschaftliche Betätigung in der beabsichtigten Form dennoch erforderlich und damit ausnahmsweise zulässig ist. Daher sieht **Abs. 2 Satz 2** vor, dass die Kommunalaufsichtsbehörde im Einzelfall Ausnahmen von den Gründungsvoraussetzungen erteilen kann. Bei der Entscheidung über die Erteilung einer Ausnahme hat die Kommunalaufsichtsbehörde im pflichtgemäßen Ermessen abzuwägen, ob das

Ziel der wirtschaftlichen Betätigung, insbesondere die Erreichung des öffentlichen Zwecks, es rechtfertigt, im Einzelfall davon abzusehen, die besonderen Bedingungen des gemeindlichen Wirtschaftens als Leitplanken im Gesellschaftsvertrag bzw. in der Satzung zu verankern. Im Übrigen stellt **Abs. 2 Satz 3** den geltenden Abs. 1 Satz 3 GO dahingehend klar, dass eine Ausnahme von den Transparenzpflichten des Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 nur dann zulässig ist, wenn eine Befreiung von der Pflicht zur Aufstellung und Prüfung eines Jahresabschlusses (Abs. 2 Satz 1 Nr. 5) erteilt wurde.

Die Anforderungen, die sich aus der besonderen Rechtsstellung des gemeindlichen Gesellschafter, insbesondere aus dem Rechtsstaats- und dem Demokratieprinzip, ergeben, sind bereits bei der unternehmerischen Grundsatzentscheidung der Wahl der Rechtsform zu berücksichtigen: Haftungsrisiken von reinen Personengesellschaften sind zu vermeiden, ebenso gesellschaftsrechtliche Beschränkungen des gemeindlichen Einflusses, wie sie z. B. in Aktiengesellschaften (AG) aufgrund der strengeren Trennung von Kapital und Geschäftsführung bestehen. Diskutiert werden sollte dies bereits im Abwägungsbericht, welcher zur Vorbereitung des gemeindlichen Beschlusses über die Gründung von bzw. die Beteiligung an einer Gesellschaft anzufertigen ist. Genügte es bisher, in dem Bericht die Privatisierungsentscheidung an sich zu begründen, verlangt **Abs. 1**, dass nunmehr auch die Gründungsvoraussetzungen des Abs. 2 einzubeziehen sind, um im Lichte dieser Anforderungen die Vor- und Nachteile der für die Privatisierung in Betracht kommenden Rechtsformen abzuwägen. Ferner wird klargestellt, dass die gemeindliche Aufgabe in der privaten Rechtsform nicht nur ebenso gut, sondern auch ebenso wirtschaftlich wie in einer Organisationsform des öffentlichen Rechts zu erledigen ist (*Sprenger*, KVR SH, Rn. 13 zu § 102 GO).

Zu den Änderungen der Gründungsvoraussetzungen im Einzelnen:

Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 sieht eine Stärkung der Zweckbindung vor. Sie soll nicht mehr wie bisher erst bei einer Beteiligung von mehr als 75 % im Statut festzuschreiben sein, sondern in jedem Fall. Dies ist schon deshalb geboten, da es sich bei der Zweckbindung um eine Zulässigkeitsvoraussetzung handelt (§ 101 Abs. 1 Nr. 1 GO). Ein Abweichen davon ist verfassungsrechtlich nicht möglich, gründet sie doch im Rechtsstaatsprinzip (*Ehlers*, JZ 1990, 1089, 1091).

Die Regelung zur Haftungsbegrenzung des bisherigen § 102 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GO bleibt im Wesentlichen unverändert. Sie findet lediglich einen neuen Regelungsort in **Abs. 2 Satz 1 Nr. 2**.

Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 konkretisiert die Möglichkeiten der gemeindlichen Einflussnahme. Um ihren Einfluss in der Gesellschaft geltend zu machen, muss sich die Gemeinde Vertreter bedienen. Zu denken ist hier nicht nur an Mandatsträger, sondern auch an Personen, die zwar nicht den kommunalen Gremien angehören, die aber wegen ihrer besonderen Sachkunde mit der Vertretung der Kommune im Unternehmen beauftragt wurden. Die Gemeindevertretung bzw. der Hauptausschuss kann diesen gemeindlichen Vertretern Weisungen erteilen (§ 25 Abs. 1 ggf. i. V. m. § 55 Abs. 6 bzw. § 65 Abs. 6 GO, vgl. auch Art. 1, Nr. 10). Diesem kommunalrechtlichen Weisungsrecht kann im Einzelfall Gesellschaftsrecht entgegenstehen, so z. B. was die Mitglieder des Aufsichtsrats angeht. Denn Aufsichtsräte sind grundsätzlich der Gesellschaft verpflichtet. Gemeinhin wird jedoch zumindest ein Weisungsrecht des gemeindlichen Gesellschafters gegenüber Mitgliedern eines fakultativen, d. h. nicht z. B. durch das Mitbestimmungsrecht geforderten, Aufsichtsrats einer GmbH als zulässig erachtet, wobei ein solches Weisungsrecht – wie nunmehr als Gründungsvoraussetzung verlangt – im Statut festgeschrieben werden sollte (*Pauly/ Schüler*, DÖV 2012, 339, 340 ff.). Haftungsrechtliche Konsequenzen für die Gemeinde ergeben sich aus der Festschreibung des Weisungsrechts nicht (*Ziche/ Herrmann*, DÖV 2014, 111, 116).

Das kommunalrechtliche Weisungsrecht gegenüber den gemeindlichen Vertretern in der Gesellschafterversammlung bzw. in der Hauptversammlung bedarf keiner Festschreibung im Statut. Insoweit werden nur die Rechte des gemeindlichen Eigners geltend gemacht (*Oster*, ebd., S. 129 und 132).

Das Weisungsrecht ist prinzipiell unbeschränkt. Eine gesetzliche Grenzen findet es lediglich gegenüber der Bürgermeisterin bzw. dem Bürgermeister, nämlich dann, wenn Geschäfte der laufenden Verwaltung betroffen sind (§ 55 Abs. 1 Satz 2 bzw. § 65 Abs. 1 Satz 2 GO). Gleichwohl ist es im Regelfall zweckmäßig, dass die Gemeindevertretung bzw. der Hauptausschuss zurückhaltend von ihrem bzw. von seinem Weisungsrecht Gebrauch macht. Denn mit der Wahl der Rechtsform geht auch eine Entscheidung über die Verselbständigung der Aufgabenwahrnehmung einher. Dem Rechnung tragend sollten die Gemeindevertretung bzw. der Hauptausschuss Eingriffe in das operative Geschäft vermeiden und sich auf eine Globalsteuerung beschränken. Für eine solche Selbstbeschränkung bedarf es allerdings eines vertrauensvollen Miteinanders der Entscheidungsträger in der Gemeinde und in den Unternehmen. Grundlage hierfür kann ein *Public Corporate Governance Codex* (PCGC) sein. Ergänzend dazu besteht die Möglichkeit, das Weisungsrecht im Einzelfall durch gemeindlichen Beschluss oder allgemein in der Hauptsatzung zu beschränken, dies

sowohl gegenüber der Bürgermeisterin bzw. gegenüber dem Bürgermeister (§ 27 Abs. 1 Satz 3 GO) als auch – wie der Gesetzentwurf in Art. 1, Nr. 10 vorsieht – gegenüber den Aufsichtsratsmitgliedern.

Ferner regelt **Abs. 2 Satz 1 Nr. 3**, dass der Gesellschaftsvertrag bzw. die Satzung der Kommune das Recht einräumen muss, Mitglieder in den Aufsichtsrat bzw. in ein entsprechendes Überwachungsorgan zu entsenden. Die gesellschaftsrechtliche Verankerung eines Entsenderechts stellt sicher, dass diejenigen Personen, die von der Gemeindevertretung als gemeindliche Vertreter in die Überwachungsorgane bestellt werden (§ 28 Satz 1 Nr. 20 GO), dort auch ihre Sitze einnehmen können. Der Besetzung kann dann jedenfalls Gesellschaftsrecht nicht mehr entgegengehalten werden. Eine Entsendung von gemeindlichen Vertretern ist sowohl in einer GmbH als auch in einer AG möglich, wobei in Letzterer die Zahl der entsandten Mitglieder ein Drittel nicht übersteigen darf (§ 101 Abs. 2 AktG).

Durch die gesellschaftsrechtliche Verankerung eines Entsenderechts wird u. a. das Gleichstellungsgesetz (GStG) flankiert. Danach soll der gemeindliche Gesellschafter bei der Besetzung eines Gremiums, wie z. B. des Aufsichtsrats, Frauen und Männer jeweils hälftig berücksichtigen (§ 15 Abs. 1 GStG). Das Gebot der paritätischen Besetzung gilt allerdings nur in dem Umfang, wie Mitglieder der Überwachungsorgane durch einen Träger der öffentlichen Verwaltung zu besetzen sind (§ 2 Abs. 1 GStG). Etwaige private Mitgesellschafter sind daran in Hinblick auf die von ihnen zu besetzenden Sitze nicht gebunden. Da der gemeindliche Gesellschafter durch das ihm eingeräumte Weisungsrecht (§ 25 Abs. 1 i. V. m. § 102 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GO und Gesellschaftsvertrag bzw. Satzung) überdies Einfluss auf die Besetzung der Überwachungsorgane von Tochter- und Enkelgesellschaften nehmen kann, ist er auch insoweit verpflichtet, auf eine paritätische Besetzung der Gremien hinzuwirken. Gesellschaftsrechtlich abgesichert wird dies wiederum dadurch, dass auch das Statut des Tochter- oder Enkelunternehmens dem gemeindlichen Gesellschafter ein Entsenderecht vorbehält.

Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 trägt dem Umstand Rechnung, dass Weisungsbeschlüsse der Gemeindevertretung bzw. des Hauptausschusses in der Gesellschaft nur dann durchgreifen können, wenn die betreffenden Gegenstände in den mit gemeindlichen Vertretern besetzten Organen der Gesellschaft überhaupt beraten werden. Daher ist im Statut sicherzustellen, dass zumindest der Kernbestand unternehmerischer Grundsatzfragen der alleinigen Entscheidung des Vorstands bzw. der Geschäftsführung entzogen ist. Socher Entscheidungsvorbehalte bedarf es insbesondere im Falle

einer AG. Denn der Vorstand führt die Gesellschaft grundsätzlich eigenverantwortlich. Hier ist von der gesellschaftsrechtlichen Möglichkeit Gebrauch zu machen, bestimmte Arten von Geschäften der Zustimmung des Aufsichtsrats vorzubehalten (§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG). Im Falle einer GmbH findet sich die Geschäftsführung regelmäßig durch § 37 GmbHG beschränkt. Die Vorschrift kann jedoch abbedungen werden. Daher sind auch in einer GmbH Entscheidungsvorbehalte im Statut vorzusehen, wobei hier die Wahl besteht, ob sie bei der Gesellschafterversammlung oder beim Aufsichtsrat angesiedelt werden.

Kernbestand unternehmerischer Grundsatzentscheidungen sind die Gründung von Einzelunternehmen, die Beteiligung an einem Unternehmen sowie deren Erhöhung und Veräußerung, ferner die wesentliche Änderungen des Statuts, insbesondere des Gesellschaftszwecks. Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 verweist diesbezüglich auf die der Gemeindevertretung nach § 28 Satz 1 Nr. 18 GO vorbehaltenden Rechtsgeschäfte (vgl. Art.1, Nr. 3 des Entwurfs).

Die Rechnungslegungspflichten des geltenden § 102 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 GO erhalten einen neuen Regelungsort in **Abs. 2 Satz 1 Nr. 5**. Um den Katalog der Gründungsvoraussetzungen zur Rechtsklarheit zu vervollständigen, wird die Vorschrift um einen deklaratorischen Hinweis auf die Prüfrechte des § 11 des Kommunalprüfungsgesetzes ergänzt.

Die Pflichten zur Wirtschafts- und Finanzplanung des geltenden § 102 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 und 2 GO finden sich nunmehr in **Abs. 2 Satz 1 Nr. 6** geregelt. Daraus folgt, dass sie im Statut zu verankern sind, und zwar unabhängig von der Art und dem Umfang der Beteiligung. Bisher war eine Wirtschafts- und Finanzplanung nur im Falle von Mehrheitsbeteiligungen vorgesehen und dies auch lediglich als Verpflichtung, im Unternehmen darauf hinzuwirken. Da es sich bei der Wirtschafts- und Finanzplanung aber um wesentliche Steuerungsinstrumente handelt, ist deren Verankerung im Unternehmensstatut in jedem Fall geboten. Ergänzend zum geltenden Recht wird klar gestellt, dass sowohl der Wirtschafts- als auch der Finanzplan der Gemeinde vorab zur Kenntnis 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.

Die Transparenzpflichten des geltenden Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 werden in **Abs. 2 Satz 1 Nr. 7** überführt. Der geltende Abs. 2 wird zu **Abs. 3**.

Abs. 4 enthält eine Übergangsvorschrift, wonach im Falle der Gründung von oder der Beteiligungen an Gesellschaften, die vor Inkrafttreten des Gesetzes erfolgten, die neuen Gründungsvoraussetzungen bis spätestens zum 31. Dezember 2020 im Statut festzuschreiben sind. Die erforderlichen Regelungen können somit im Zuge ohnehin anstehender Anpassungen des Statuts eingeführt werden. Auf diese Weise soll der Anpassungsaufwand, der eigens durch dieses Gesetz entsteht, so gering wie möglich gehalten werden. Im Übrigen wird klargestellt, dass die Kommunalaufsichtsbehörde auch bei der Anpassung an die neuen Gründungsvoraussetzungen Ausnahmen von diesen zulassen kann.

Zu Art. 1, Nr. 9 – § 103 GO

In § 103 GO wird der Zustimmungsvorbehalt des Abs. 2 gestrichen. Die Vorschrift erhält einen neuen Regelungsort in § 28 Satz 1 Nr. 18 Buchst. b GO und kann daher in § 103 GO entfallen (vgl. Art. 1, Nr. 3 des Entwurfs). Es handelt sich somit um eine Folgeänderung.

Zu Art. 1, Nr. 10 – § 104 GO

Um ihren Einfluss in einer Gesellschaft geltend zu machen, muss sich die Gemeinde Vertreter bedienen. § 104 GO regelt deren Rechtsstellung.

Am bisherigen **Abs. 1 Satz 1**, wonach ergänzend zu § 28 Satz 1 Nr. 20 GO klargestellt wird, dass die Vertreterinnen bzw. Vertreter in den kommunalen Gesellschaften von den Kommunen bestellt werden, wird festgehalten. Da infolge der Neufassung des § 102 GO die Beteiligungen nicht mehr nach Art und Umfang unterschieden werden, kann allerdings die Legaldefinition der „Eigengesellschaft“ entfallen (vgl. auch Art. 1, Nr. 3 des Entwurfs).

Der geltende Abs. 1 Satz 2, wonach die Bürgermeisterin bzw. der Bürgermeister die Gemeinde als gesetzliche Vertreterin bzw. als gesetzlicher Vertreter in der Gesellschafterversammlung vertreten soll, wird gestrichen. Dadurch findet sich die kommunale Selbstverwaltung gestärkt. Denn die Gemeinden werden nicht mehr in der Auswahl ihrer Vertreterinnen bzw. Vertreter beschränkt. Es wird damit zur Rechtslage vor dem Gesetz zur Änderung kommunalverfassungs- und wahlrechtlicher Vorschriften vom 22. März 2012 (GVOBl. S. 371, 375) zurückgekehrt. Werden keine Vertreterinnen bzw. Vertreter von der Gemeindevertretung bzw. vom Hauptausschuss bestellt, vertritt die Bürgermeisterin bzw. der Bürgermeister die Gemeinde in der Gesellschaf-

tersversammlung kraft ihrer bzw. seiner Eigenschaft als deren gesetzliche Vertreterin bzw. als deren gesetzlicher Vertreter (§§ 51, 56 GO).

Der neue **Abs 1 Satz 2** geht auf die Neufassung des § 102 GO zurück. Infolge des Wegfalls der Unterscheidung der Gründungsvoraussetzungen nach Art und Umfang der Beteiligungen (vgl. Art. 1, Nr. 8 des Entwurfs), entfällt u. a. der geltende § 102 Abs. 5 GO. Die dortigen Regelungen sind aber nicht vollends entbehrlich, insbesondere nicht die Fiktion des Satzes 4, wonach in Gesellschaften, an denen eine Gemeinde nur mittelbar beteiligt ist, als gemeindliche Vertreter auch die Geschäftsführung, Vorstände sowie Mitglieder von sonstigen Organen und ähnlichen Gremien der Gesellschaft gelten, sofern sie von der Gemeinde oder auf ihre Veranlassung hin in das Organ oder Gremium entsandt oder gewählt worden sind. Die so fingierten gemeindlichen Vertreter unterliegen mithin dem Weisungsrecht der Gemeindevertretung (§ 25 Abs. 1 GO). Die Vorschrift stellt eine Verfahrenserleichterung zur gemeindlichen Steuerung von Gesellschaften dar und findet einen neuen Regelungsort in § 104.

Denn im Falle mittelbarer Beteiligungen vertritt die Unternehmensführung der Muttergesellschaft diese regelmäßig in der Gesellschafterversammlung der Tochter, also ähnlich der Bürgermeisterin bzw. dem Bürgermeister, die bzw. der von der Gemeinde als deren gesetzliche Vertreterin bzw. als deren gesetzlicher Vertreter in der Gesellschafterversammlung einer unmittelbaren Beteiligung regelmäßig entsandt wird. Die Bürgermeisterin bzw. der Bürgermeister unterliegt dem gemeindlichen Weisungsrecht (§ 25 Abs. 1 i. V. m. §§ 55 Abs. 6 bzw. 65 Abs. 6 GO), nicht aber ohne weiteres die Geschäftsführung. Diese wird nämlich nicht nach § 28 Satz 1 Nr. 20 GO durch die Gemeinde bestellt. Zwar lässt sich das Mandat der Geschäftsführung als Vertreterin in der Gesellschafterversammlung des Tochterunternehmens durch einen Beschluss in der Gesellschafterversammlung der Unternehmensmutter binden, so dass der Wille der Gemeindevertretung über die Organe der Gesellschaft vermittelt werden kann. Ein solcher Transmissionsprozess ist aber aufwendig und geeignet, die Fassung von notwendigen Beschlüssen zu verzögern. Vor diesem Hintergrund sieht bereits die Fiktion des geltenden § 102 Abs. 5 Satz 4 GO vor, dass die Gemeindevertretung bzw. der Hauptausschuss unmittelbar auf die Unternehmensführung Einfluss nehmen kann, dies aber nur, soweit sie die Muttergesellschaft in der Gesellschafterversammlung der Tochter vertritt.

Allerdings verzichtet der Entwurf in Abs. 1 Satz 2 bei der Übernahme der Fiktion des geltenden § 102 Abs. 5 Satz 4 GO auf die Nennung der Vorstände. Denn anders als

die Geschäftsführung einer GmbH leiten Vorstände einer AG die Gesellschaft in eigener Verantwortung (§ 76 Abs. 1 AktG). Insoweit ist das sich aus der Rechtstellung der (fingierten) gemeindlichen Vertreter ergebende Weisungsrecht mit dem vorrangig geltenden Gesellschaftsrecht nicht vereinbar (*Rehn/ Cronauge/ von Lennep/ Knirsch*, Erl. X Nr. 1 zu § 108 GO NRW). Um weiteren Konflikten vorzubeugen, z. B. im Hinblick auf die Weisungsungebundenheit von Mitgliedern obligatorischer Aufsichtsräte, wird die Regelung vorsorglich unter den Vorbehalt vorrangig geltender Vorschriften gestellt. Im Übrigen entspricht Abs. 1 Satz 2 dem geltenden Recht, wobei dem Regelungskontext des § 102 Abs. 5 GO dadurch Rechnung getragen wird, dass die Vertreterereignis auf die nunmehr nach § 102 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 GO der Entscheidung der Gesellschafterversammlung bzw. der Zustimmung des Aufsichtsrats vorbehaltenen Angelegenheiten (§ 28 Satz 1 Nr. 18 GO), sprich auf unternehmerische Grundsatzentscheidungen zur Globalsteuerung der Gesellschaft, beschränkt wird (vgl. Art. 1, Nr. 3 des Entwurfs).

Im Übrigen wird abweichend von dem geltenden § 102 Abs. 5 Satz 4 GO im Wortlaut der Fiktion klargestellt, dass eine Bestellung oder Wahl auf Veranlassung der Gemeinde einer Entsendung des (fingierten) gemeindlichen Vertreters gleichsteht. Zu denken ist hier an Aufsichtsräte von mittelbaren Beteiligungen, die, sofern sie nicht unmittelbar von der Gemeinde bestellt werden, auch dann als gemeindliche Vertreter anzusehen sind, wenn sie mit den Stimmen des gemeindlichen Gesellschafters von der Gesellschafterversammlung gewählt worden sind.

Ferner wird in **Abs. 1 Satz 3** die Auskunfts- und Berichtspflicht der gemeindlichen Vertreter konkretisiert. Die (reaktive) Auskunftspflicht („auf Verlangen Auskunft zu erteilen“) soll angesichts der grundsätzlichen Allzuständigkeit der Gemeindevertreter nach wie vor inhaltlich unbeschränkt bleiben. Die (aktive) Berichtspflicht („möglichst frühzeitig unterrichten“), die das geltende Recht an eine „wichtige Angelegenheit“ knüpft, soll künftig hingegen erst dann bestehen, wenn Entscheidungen zur Steuerung des Unternehmens zur Erreichung strategischer Ziele anstehen.

Das Tatbestandsmerkmal der „wichtigen Angelegenheit“ hatte sich in der Vollzugpraxis nicht bewährt, da es sich bei der Entscheidung, welche Angelegenheiten wichtig sind, um eine Politische handelt, welche letztendlich die Gemeinde selbst trifft (OVG Schleswig, Beschl. v. 2. Oktober 1991 – 2 L 3/91 – Die Gemeinde 1991, 393, 394). Das Tatbestandsmerkmal der Entscheidung zur Steuerung des Unternehmens zur Erreichung strategischer Ziele soll die Schwelle für die Berichtspflicht objektivieren, und zwar ausgerichtet am Erfordernis einer Globalsteuerung, auf welche sich die

Gemeindevertretung konzentrieren soll. Strategische Ziele sind Sach- und Finanzziele des Unternehmens, also jedenfalls diejenigen Angelegenheiten, die § 28 Satz 1 GO der Gemeindevertretung bzw. dem Hauptausschuss vorbehalten (vgl. Art. 1, Nr. 3 des Entwurfs).

Von gemeindlichem Interesse sind insbesondere außerplanmäßige Kreditaufnahmen. Dies stellt Abs. 1 Satz 3 klar. Die Regelung flankiert den neuen § 102 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 GO. Danach sind der Gemeinde die Wirtschaftspläne und somit planmäßige Kreditaufnahmen vorab zur Kenntnis zu geben (vgl. Art. 1, Nr. 8 des Entwurfs). Die Kombination beider Regelungen stellt sicher, dass die Gemeindevertretung bzw. der Hauptausschuss ein aktuelles und vollständiges Bild über die Finanzsituation ihrer Beteiligungen erhält.

Adressat der Auskunfts- und Berichtspflicht ist nach geltendem Recht lediglich die Gemeindevertretung. Diese Beschränkung birgt die Gefahr, dass andere gemeindliche Gremien vom Informationsfluss abgeschnitten werden, insbesondere der mit der Steuerung der Beteiligungen befasste Hauptausschuss (§ 45 b Abs. 4 GO). Daher sieht der Entwurf vor, dass die Auskunfts- und Berichtspflicht gegenüber der Gemeinde schlechthin bestehen soll. Gemeinde meint hier deren sämtliche Organe (Gemeindevertretung und Bürgermeisterin bzw. Bürgermeister) sowie die von diesen abgeleiteten Teilorgane (Ausschüsse und Beiräte), nicht aber Organteile (einzelne Rats-, Ausschuss- oder Beiratsmitglieder). Als Organteile sind auch Fraktionen anzusehen (*Faber, Gesellschaftsrechtliche Bindungen für Aufsichtsratsmitglieder von kommunalen Eigengesellschaften im Spannungsfeld zum hessischen Kommunalverfassungsrecht*, Frankfurt a. M. 2010, S. 145 ff.).

Wie bereits im Zusammenhang mit der Änderung des § 102 GO dargelegt (vgl. Art. 1, Nr. 8 des Entwurfs), sollten die Gemeindevertretung bzw. der Hauptausschuss Eingriffe in das operative Geschäft der kommunalen Unternehmen vermeiden und sich auf eine Globalsteuerung beschränken. Insbesondere sollte sie von ihrem Weisungsrecht zurückhaltenden Gebrauch machen. Andernfalls steht zu befürchten, dass geschäftliche Abläufe gestört werden und der Unternehmenserfolg infolge dessen ausbleibt, was letztendlich zu Lasten des gemeindlichen Haushaltes geht. Für eine Beschränkung der gemeindlichen Einflussnahme bietet sich eine Selbstverpflichtung der Entscheidungsträger sowohl auf der Seite der Gemeinde als auch auf Seite der Unternehmen an, z. B. in einem PCGC. Flankierend dazu sieht ein neuer **Abs. 2** vor, dass das Weisungsrecht gegenüber den Aufsichtsratsmitgliedern im Einzelfall durch gemeindlichen Beschluss oder allgemein in der Hauptsatzung auf Ent-

scheidungen über strategische Ziele beschränkt werden kann. Im Hinblick auf die Bürgermeisterin bzw. auf den Bürgermeister als gesetzliche Vertreterin bzw. als gesetzlichen Vertreter in der Gesellschafterversammlung besteht die Möglichkeit einer solchen Beschränkung des gemeindlichen Weisungsrechts bereits kraft § 27 Abs. 1 Satz 3 GO. Abs. 2 schließt hinsichtlich der Aufsichtsräte somit eine Regelungslücke.

Im Übrigen wird die Regelung über die Rechtsstellung der gemeindlichen Vertreter in Gesellschaften gestrafft: Maßgaben des geltenden § 104 GO, die bereits allgemein für das Ehrenamt geregelt sind (§§ 19 ff. GO), werden gestrichen. Der geltende **Abs. 1 Satz 3** wird um die Pflicht zur Wahrnehmung des gemeindlichen Interesses und die Sollregelung zur Befolgung von Weisungsbeschlüssen der Gemeindevertretung kupiert. Denn insoweit kommen bereits beamtenrechtliche Treuepflichten bzw. solche für das Ehrenamt (§ 23 GO) zum Tragen. Der **geltende Abs. 2** ist verzichtbar, da Aufsichtsräte von dem gemeindlichen Weisungsrecht nicht ausgenommen sind (vgl. auch Art. 1, Nr. 8 des Entwurfs). Soweit der geltende § 104 Abs. 2 GO ein Weisungsrecht gegenüber Vorständen einer AG vorsieht, steht dem Gesellschaftsrecht entgegen (s. o.).

Zu Art. 1, Nr. 11 – § 105 GO

Nach dem geltenden § 105 GO sind die Gründungsvoraussetzungen für Gesellschaften auch auf privatrechtliche Vereinigungen anzuwenden, dies mit Ausnahme des geltenden § 102 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 (Pflicht zur Aufstellung und Prüfung eines Jahresabschlusses; nunmehr § 102 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5), des geltenden § 102 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 und 2 (Hinwirkungspflicht zur Aufstellung einer Wirtschafts- und Finanzplanung; nunmehr § 102 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6) und des geltenden § 102 Abs. 4 Satz 2 (Hinwirkungspflicht zur Regelung eines Weisungsrechts gegenüber den gemeindlichen Vertretern im Aufsichtsrat; nunmehr § 102 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 2. HS.). Überdies sollen die Maßgaben des geltenden § 103 GO zur Veräußerung von Unternehmen und Beteiligungen sowie des geltenden § 104 GO zur Rechtsstellung der gemeindlichen Vertreter gelten. Die privatrechtlichen Vereinigungen finden sich insoweit den Gesellschaften gleichgestellt.

Der Entwurf stellt zunächst klar, dass an dieser Gleichstellung auch die Genossenschaften teilnehmen. Denn entgegen dem Wortlaut des § 1 Abs. 1 des Genossenschaftsgesetzes handelt es sich bei einer Genossenschaft nicht um eine Gesellschaft im Sinne der §§ 705 ff. BGB. Vielmehr steht ihre Rechtsnatur der eines Vereins nahe.

Weiterhin wird der Vorschrift ein Satz 2 angefügt, durch den die Beteiligungen an Genossenschaften und an anderen privatrechtlichen Vereinigungen im Hinblick auf deren wirtschaftliche Betätigung den Gesellschaften auch insoweit gleichgestellt werden, dass für sie die Gründungsvoraussetzungen des § 102 vollumfänglich gelten, ferner die Wirtschaftsgrundsätze (§ 107), die Anzeigepflicht (§ 108) und das Verbot des Monopolmissbrauchs (§ 109). Auf diese Weise werden die rechtlichen Anforderungen an das gemeindliche Wirtschaften systemgerecht vereinheitlicht.

Für den Fall, dass sich die für Gesellschaften geltenden Gründungsvoraussetzungen nicht ohne weiteres auf Genossenschaften oder auf andere privatrechtliche Vereinigungen übertragen lassen, sei es auch nur wegen einer abweichenden Bezeichnung der Organe, sehen die Verweise lediglich deren entsprechende Anwendung vor.

Zu Art. 1, Nr. 12 – § 106 GO

§ 106 GO wird ein neuer **Satz 1** vorangestellt. Dieser eröffnet den Kommunen die Möglichkeit, wirtschaftliche Unternehmen ohne eigene Rechtspersönlichkeit auch in der Organisationsform eines Regiebetriebs zu führen. 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.

Bisher konnte als Organisationsform ohne eigene Rechtspersönlichkeit nur der Eigenbetrieb gewählt werden. Der Eigenbetrieb ist Teil der Kommunalverwaltung, aber dem gemeindlichen Haushalt ausgegliedert. Die Ausgliederung war bislang geboten, da die Kameralistik nicht geeignet ist, die Rechnungsführung eines solchen Betriebs angemessen abzubilden. Mit Einführung der Doppik durch die GemHVO-Doppik und auch des Gesamtabchlusses (§ 95 o GO) ist dieses Hindernis entfallen, so dass zumindest kleinere Betriebe auch im Haushalt, nämlich als Regiebetriebe, geführt werden können. Zu denken ist hier z. B. an Betriebe zur Parkhausbewirtschaftung, welche die Bestellung einer nach dem Eigenbetriebsrecht vorgesehenen Werkleitung (§ 2 der Eigenbetriebsverordnung) nicht rechtfertigen. Hierin ist eine Vereinfachung zu sehen. Auch wird das gemeindliche Organisationsermessen gestärkt. Der geltende Satz 1 wird zu **Satz 2** und im Lichte des neuen Satz 1 redaktionell überarbeitet.

Zu Art. 1, Nr. 13 – § 106 a GO

§ 106 a GO regelt die Erledigung gemeindlicher Aufgaben in der Rechtsform eines Kommunalunternehmens. Bei einem Kommunalunternehmen handelt es sich um eine Anstalt des öffentlichen Rechts, also um eine verselbständigte Organisationsform mit eigener Rechtspersönlichkeit. Der Entwurf will zunächst die Dienstherrneigenschaft der Kommunalunternehmen stärken (Buchst. a). Ferner gilt es, die Kommunalunternehmen einer Prüfung durch die (gemeindlichen) Rechnungsprüfungsämter zugänglich zu machen. In Angleichung an das insoweit für Gesellschaften geltende Recht, sollen die dafür erforderlichen Prüfbefugnisse eingeführt werden (Buchst. f). Auch wird die Möglichkeit eröffnet, Kapitalgesellschaften wie z. B. eine GmbH in ein Kommunalunternehmen umzuwandeln (Buchst. c). Im Übrigen entfällt infolge der Änderung des Anzeigeverfahrens (vgl. Art. 1, Nr. 15 des Entwurfs) der geltende Abs. 2 Satz 4, wonach die Satzung eines Kommunalunternehmens der Kommunalaufsichtsbehörde anzuzeigen ist (Buchst. e). Die Änderungen in Buchst. b, d und g sind redaktioneller Art und der Einfügung des § 101 a GO (vgl. Art. 1, Nr. 7 des Entwurfs) sowie der Neufassung des § 102 GO (vgl. Art. 1, Nr. 8 des Entwurfs) geschuldet.

Als Anstalten des öffentlichen Rechts besitzen Kommunalunternehmen bereits nach geltendem Recht die Dienstherrnfähigkeit, zumal sie im Wege des Anschluss- und Benutzungszwangs (§ 106 a Abs. 3 GO) auch hoheitlich tätig werden können. Problematisch ist jedoch die Berufung in ein Beamtenverhältnis auf Zeit. Denn dafür bedarf es einer besonderen Ermächtigung (§ 7 Abs. 1 Satz 1 des Landesbeamtengesetzes). Bisher wurde die Berufung in ein Beamtenverhältnis auf Zeit im Einzelfall durch eine Genehmigung im Rahmen der Experimentierklausel des § 135 a GO ermöglicht. Um hier ein Mehr an Transparenz und Rechtssicherheit zu gewährleisten, soll in **Abs. 1 Satz 3** die erforderliche Rechtsgrundlage geschaffen 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 Landesverordnung über Kommunalunternehmen als Anstalt des öffentlichen Rechts zurück. Danach bestellt der Verwaltungsrat den Vorstand auf höchstens fünf Jahre.

Der neue **Abs. 4 Satz 3** räumt den gemeindlichen Rechnungsprüfungsämtern bei der Prüfung von Kommunalunternehmen Unterrichts- und Einsichtsrechte ein, nämlich jene, die im Hinblick auf die Prüfung von Gesellschaften bereits nach § 54 des Haushaltsgrundsätzegesetzes bzw. nach § 11 des Kommunalprüfungsgesetzes vorgesehen sind. Die Anforderungen, welche das Gemeindegewirtschaftsrecht an öffent-

lich-rechtliche Rechtsformen stellt, werden insoweit jenen, die für (privatrechtliche) Gesellschaften gelten, angeglichen. 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 (vgl. Art. 1, Nr. 16 des Entwurfs).

Was die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft angeht, kann diese grundsätzlich nur nach den Regeln des Umwandlungsgesetzes (UmwG) erfolgen. Danach ist die Möglichkeit eines Formwechsels zu einem Kommunalunternehmen nicht vorgesehen (§ 226 UmwG). Allerdings steht das Umwandlungsgesetz unter dem Vorbehalt spezialgesetzlicher Regelungen, sowohl des Bundes- als auch des Landesrechts (§ 1 Abs. 2 UmwG). Vor diesem Hintergrund sieht § 19 c Abs. 4 GkZ bereits die Möglichkeit vor, eine Kapitalgesellschaft in ein gemeinsames Kommunalunternehmen im Sinne des § 19 d GkZ umzuwandeln. Für (einfache) Kommunalunternehmen fehlt es an einer solchen Ausnahmeregelung. Diese Lücke schließt der neue **Abs. 1a** der Vorschrift in Anlehnung an § 19 c Abs. 4 GkZ.

Der geltende **Abs. 2 Satz 4** entfällt, da die Gründung eines Kommunalunternehmens nach dem neuen § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GO (ebenso wie nach dem geltenden § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 GO) anzuzeigen ist und als zur Prüfung der Anzeige erforderliche Unterlage auch dessen Satzung vorzulegen ist. Einer gesonderten Regelung in § 106 a bedarf es dazu nicht.

Zu Art. 1, Nr. 14 – § 107 GO

In § 107 Satz 1 wird klargestellt, dass die Wirtschaftsgrundsätze für wirtschaftliche Unternehmen (§ 101 Abs. 1 GO) auch dann gelten, wenn sie in der Rechtsform einer Gesellschaft (§ 102 GO) geführt werden.

Zu Art. 1, Nr. 15 – § 108 GO

Relevante Rechtsgeschäfte ihrer wirtschaftlichen Betätigung haben die Gemeinden der Kommunalaufsichtsbehörde anzuzeigen. Durch die Anzeigepflicht wird die Kommunalaufsichtsbehörde in die Lage versetzt, ihrem Beratungsauftrag nachzukommen und ggf. gegen rechtswidrige Beschlüsse einzuschreiten. Den Umfang der Anzeigepflicht sowie das Anzeigeverfahren regelt § 108 GO.

Nach geltendem Recht bestehen zwölf Anzeigepflichten, deren Gegenstände sich z. T. überschneiden (§ 101 Abs. 2 Satz 4, Abs. 3 Satz 2, § 106 a Abs. 2 Satz 4 und § 108 GO). Die Anzeigepflichten sollen vereinfacht, zusammengefasst und auf den Kernbestand gemeindewirtschaftsrechtlicher Anforderungen zurückgeführt werden. Ein solcher Kernbestand ist in dem zusehen, was zur Wahrung der Zweckbindung und der gemeindlichen Leistungsfähigkeit sowie zur Sicherstellung einer angemessenen Steuerung der Unternehmen durch die Kommune („Leitplanken“) erforderlich ist (vgl. Art. 1, Nr. 8, auch Nr. 3 des Entwurfs).

Diesen Maßstab angelegt, können sämtliche Anzeigepflichten, die eine vollständige Veräußerung bzw. Auflösung von Unternehmen betreffen (geltender § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, 5 und 8 GO), in **Abs. 1 Satz 1** entfallen; teilweise Veräußerungen sind regelmäßig im Zuge der damit einhergehenden Änderung des Status anzuzeigen. Infolge des in § 101 Abs. 3 Satz 2 GO weggefallenen Anzeigevorbehalts für eine gemeindewirtschaftliche Betätigung außerhalb der Landesgrenzen, wird auch der geltende § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 GO gestrichen (vgl. Art. 1, Nr. 6 des Entwurfs). Ferner entfällt der geltende § 106 a Abs. 2 Satz 4 GO (vgl. Art. 1, Nr. 13 des Entwurfs).

Außerdem sollen die anzeigepflichtigen Unternehmen nicht mehr nach einzelnen Rechtsformen unterschieden werden (z. B. geltender § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 GO „Kommunalunternehmen“), sondern lediglich danach, ob es sich um (öffentlich-rechtliche) Unternehmen und Einrichtungen (§ 101 GO) oder um (privatrechtliche) Gesellschaften (§ 102 GO) handelt. Es wird damit der Systematik des Gemeindewirtschaftsrechts gefolgt (vgl. Art. 1, Nr. 7 des Entwurfs). Auch sollen an öffentlich-rechtliche Unternehmen ähnliche Anforderungen gestellt werden wie an Gesellschaften. Danach unterfallen der einheitlichen Anzeigepflicht nur noch

- die Entstehung (Errichtung oder Übernahme bzw. Gründung oder Beteiligung) von Unternehmen, Einrichtungen und Gesellschaften,
- deren wesentliche Erweiterung sowie –

und dies gewissermaßen als Auffangtatbestand, der sich insbesondere auf eine wesentliche Änderung des Zwecks (geltender § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 4 GO) erstreckt –

- die wesentliche Änderung des Unternehmensstatuts (Gesellschaftsvertrag oder Satzung; vgl. Art. 1, Nr. 3 Buchst. b des Entwurfs),

so dass sich die Zahl der Anzeigepflichten halbiert.

Was den Anwendungsbereich der Anzeigepflichten angeht, soll dieser nach wie vor grundsätzlich alle, d. h. sowohl unmittelbare als auch mittelbare Unternehmensbeteiligungen umfassen. Dies wird in Abs. 1 Satz 1 klargestellt. Eine Anzeigepflicht ist aber nur dann zweckmäßig, wenn die Gemeinde überhaupt in der Lage ist, etwaigen kommunalaufsichtlichen Maßgaben nachzukommen. An dem dazu erforderlichen Handlungsspielraum fehlt es, wenn die Kommune mangels Stimmgewicht keinen maßgeblichen Einfluss auf das Unternehmen auszuüben vermag. Dies ist dann der Fall, wenn die Gemeinde an einer Gesellschaft nicht einmal eine Sperrminorität (25 % und eine Stimme) hält (vgl. Art. 1, Nr. 8 des Entwurfs). Daher kann bei solchen Minderbeteiligungen auf eine Anzeigepflicht verzichtet werden. Der Schwellenwert gilt allerdings nur für mittelbare Beteiligungen. Hinsichtlich der Rechtsgeschäfte unmittelbarer Beteiligungen wird von einer Beschränkung der Anzeigepflicht abgesehen.

Zu Art. 1, Nr. 16 – § 109 a GO

Abs. 1 verankert die bei vielen Kommunen bereits eingerichtete Beteiligungsverwaltung in der Gemeindeordnung. Aufgabe der Beteiligungsverwaltung ist es, die Gemeinde bei der Steuerung und Kontrolle ihrer wirtschaftlichen Unternehmen, Einrichtungen und Beteiligungen zu unterstützen, wobei die eigentliche Steuerungsaufgabe dem Hauptausschuss obliegt (§ 45 b Abs. 4 GO). Denn die strategischen Ziele werden vom Ehrenamt vorgegeben und deren Erreichung im Wege des Berichtswesens nach § 45 c GO überwacht. Berichtspflichtig ist die Bürgermeisterin bzw. der Bürgermeister, mithin die Beteiligungsverwaltung. Abs. 1 lässt bestehende kommunalrechtliche Kompetenzen somit unberührt.

Auf Vorgaben zur Personalausstattung der Beteiligungsverwaltung verzichtet der Entwurf, um nicht in die gemeindliche Organisationshoheit einzugreifen. Zweckmäßig ist es, die Personalausstattung nach dem konkreten Aufgabenumfang zu bemessen, z. B. nach der Anzahl der gemeindlichen Unternehmen und Unternehmensbeteiligung bzw. nach der Anzahl der zu unterstützenden gemeindlichen Vertreter in den Unternehmen. Die Vorschrift knüpft insoweit an die Organisationsentscheidung der Bürgermeisterin bzw. des Bürgermeisters an.

Um die Gemeinde bei der Steuerung der Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen kompetent unterstützen zu können, muss die Beteiligungsverwaltung in die Lage versetzt werden, sich die dafür erforderlichen Informationen zu verschaffen. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf das Berichtswesen (§ 45 c GO). **Abs. 2** versieht die Beteiligungsverwaltung daher mit einem Auskunfts- und Einsichtsrecht sowie mit dem Recht, an Sitzungen der Organe der Unternehmen teilzunehmen.

Sofern die Bürgermeisterin bzw. der Bürgermeister die Gemeinde in dem Unternehmen vertritt (vgl. Art. 1, Nr. 10 des Entwurfs), steht ihr bzw. ihm ein Auskunfts- und Einsichtsrecht bereits nach § 51 a Abs. 1 GmbHG zu. Was wirtschaftliche Unternehmen ohne eigene Rechtspersönlichkeiten (Regie- und Eigenbetriebe) angeht, kann die Bürgermeisterin bzw. der Bürgermeister insoweit von ihrem bzw. seinem dienstrechtlichen Direktionsrecht Gebrauch machen. Die Regelung des Abs. 2 zielt somit vor allem auf Kommunalunternehmen (§ 106 a GO) ab. Denn gegenüber einer (selbständigen) Anstalt können Auskunfts- und Einsichtsrechte nur dann durchgesetzt werden, wenn das Gesetz eine Befugnis dafür vorsieht. Es gilt hier nichts anderes wie für die Prüfrechte der Rechnungsprüfungsämter (vgl. Art. 1, Nr. 13 des Entwurfs). Und so ist Abs. 2 auch ein Beitrag zur Angleichung der gemeindewirtschaftsrechtlichen Anforderungen, die an öffentlich-rechtliche Rechtsformen, insbesondere an Kommunalunternehmen, gestellt werden, an jene, die für Gesellschaften gelten.

Die Informationsbefugnisse der Beteiligungsverwaltung sollen unter dem Vorbehalt zwingend entgegenstehender Rechtsvorschriften gestellt werden. Dies betrifft insbesondere das Recht auf Sitzungsteilnahme. So gilt z. B. für einen Aufsichtsrat, dass grundsätzlich nur dessen Mitglieder an den Sitzungen teilnehmen sollen, wenngleich Ausnahmen hiervon möglich sind (§ 110 AktG). Der Vorbehalt des Abs. 2 trägt diesbezüglich dem Vorrang des Gesellschaftsrechts Rechnung. Gleichwohl ist der gemeindliche Gesellschafter angehalten, darauf hinzuwirken, dass – soweit erforderlich – das Recht auf Sitzungsteilnahme im Gesellschaftsvertrag bzw. in der Satzung des Unternehmens festgeschrieben wird. Entsprechendes gilt für die Satzung von Kommunalunternehmen, um eine regelmäßige Teilnahme der Beteiligungsverwaltung an den Sitzungen des Verwaltungsrats zu ermöglichen.

Im Rahmen ihrer unterstützenden Funktion obliegt es der Beteiligungsverwaltung zunächst, den von der Bürgermeisterin bzw. vom Bürgermeister vorzulegenden Bericht nach § 45 c GO vorzubereiten (**Abs. 3 Nr. 1**). Um die Aussagekraft des Berichts zu stärken behält sich das Ministerium für Inneres und Bundesangelegenheiten vor,

durch Verordnung inhaltliche Anforderungen zu stellen. Dazu wird § 135 GO um eine entsprechende Verordnungsermächtigung ergänzt (vgl. Art. 1, Nr. 18 des Entwurfs).

Ferner soll die Beteiligungsverwaltung die Gemeindevertretung und ihre Ausschüsse informieren und beraten sowie deren Sitzungen vorbereiten (**Abs. 3 Nr. 2**). Es handelt sich hierbei im Wesentlichen um Auskunfts- und Berichtspflichten der Bürgermeisterin bzw. des Bürgermeisters, die ihre Grundlage bereits in den §§ 30 und 36 GO finden.

Weiterhin soll die Beteiligungsverwaltung die gemeindlichen Vertreter in den Organen der Unternehmen, Einrichtungen und Beteiligungen informieren und beraten, dies z. B. zur Vorbereitung auf Aufsichts- oder Verwaltungsratssitzungen. Ergänzend zu dieser anlassbezogenen Mandatsbetreuung sieht **Abs. 3 Nr. 3** vor, dass die Beteiligungsverwaltung auch die Qualifizierung und Weiterbildung der gemeindlichen Vertreter gewährleisten soll, indem sie Fortbildungsveranstaltungen anbietet oder vermittelt. Es wird hier der (allgemeine) Fortbildungsanspruch des § 32 Abs. 3 Satz 3 GO gemeindefinanzrechtlich konkretisiert.

Auch wenn der Bericht nach § 45 c GO inhaltlich gestärkt wird, kann er nur Nachschau sein und ist somit als Instrument für eine (vorausschauenden) Steuerung nur bedingt geeignet. Dazu bedarf es der Einrichtung eines strategischen Beteiligungscontrollings (**Abs. 3 Nr. 4**). Dabei geht es um die Entwicklung und Analyse geeigneter Kennzahlen (Zielsystem), um die Erreichung der strategischen Ziele der Gemeinde, vor allem des öffentlichen Zwecks (§ 101 Abs. 1 Nr. 1 GO) bei Wahrung der Leistungsfähigkeit (§ 101 Abs. 1 Nr. 2 GO), zu überprüfen und ggf. Optimierungspotentiale aufzuzeigen.

Die Einrichtung eines Risikomanagements dient dem Ziel, Risiken, die sich für eine Gemeinde aus ihrer wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Betätigung ergeben, frühzeitig zu erfassen, zu bewerten und zu steuern. Es gilt, insbesondere bei Krisen, Handlungsoptionen aufzuzeigen, um die Leistungsfähigkeit der Gemeinde nicht zu gefährden.

Abs. 3 fasst die Pflichten der Beteiligungsverwaltung als Sollregelung. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass im atypischen Einzelfall von diesen abgesehen werden kann, so z. B. im Hinblick auf die Qualifizierung und Weiterbildung der gemeindlichen Vertreter (Abs. 3 Nr. 3), wenn diese aufgrund bereits vorhandener Vorkenntnisse tatsächlich nicht erforderlich ist. Andererseits ist der Katalog des Abs. 3 nicht

abschließend, so dass die Gemeinde die Unterstützung der Beteiligungsverwaltung zur Steuerung ihrer Unternehmen und Unternehmensbeteiligung erforderlichenfalls auch in anderer Weise in Anspruch nehmen kann.

Zu Art. 1, Nr. 17 – § 116 GO

Mit der Ergänzung des § 116 Abs. 2 Satz 3 GO wird den Kommunen die Möglichkeit eröffnet, ihre Rechnungsprüfungsämter mit der Prüfung von Kommunalunternehmen zu beauftragen. Die Kommunalunternehmen werden insoweit anderen Rechtsformen, insbesondere den Gesellschaften (dort Nr. 4), gleichgestellt. § 106 a Abs. 4 Satz 3 GO räumt den Rechnungsprüfungsämtern die für die Prüfung erforderlichen Befugnisse ein (vgl. Art. 1, Nr. 13 des Entwurfs).

Zu Art. 1, Nr. 18 – § 135 GO

Um die demokratische Kontrolle der kommunalen Unternehmen und Unternehmensbeteiligung durch die Gemeindevertretung bzw. durch den Hauptausschuss zu stärken (vgl. Art. 1, Nr. 8 des Entwurfs), soll § 135 GO um eine Verordnungsermächtigung ergänzt werden, wonach das Ministerium für Inneres und Bundesangelegenheiten inhaltliche Anforderungen an das Berichtswesen nach § 45 c Satz 4 GO stellen kann. Die Anforderungen könnten insbesondere vorsehen, dass der Bericht Aussagen über die Einhaltung der Zulässigkeitsvoraussetzungen der §§ 101 und 101 a GO enthält, also über die Erfüllung des öffentlichen Zwecks, die Wahrung der Leistungsfähigkeit der Kommune und die Beachtung der Subsidiarität gemeindlichen Wirtschaftens.

Zu Art. 2 – Änderung der Kreisordnung

Zu Art 2, Nr. 1 - § 1 KrO

Die Regelung entspricht der des neuen § 1 Abs. 1a GO. Es wird insoweit auf die Begründung zu Art. 1, Nr. 2 des Entwurfs verwiesen.

Zu Art 2, Nr. 2 - § 2 KrO

Der Verweis auf § 102 Abs. 1 und 5 GO wird aufgrund der Neufassung der Vorschrift angepasst.

Zu Art. 3 – Änderung der Amtsordnung

Zu Art 3, § 18 AO

Die Regelung entspricht der des neuen § 1 Abs. 1a GO. Es wird insoweit auf die Begründung zu Art. 1, Nr. 2 des Entwurfs verwiesen. Diese Regelung findet nur Anwendung, wenn auch die der Errichtung der Gesellschaft zugrundeliegende Aufgabenträgerschaft nach § 5 der Amtsordnung beim Amt liegt.

Art. 4 – Änderung des Gesetzes über kommunale Zusammenarbeit

Die Regelung entspricht der des neuen § 1 Abs. 1a GO. Es wird insoweit auf die Begründung zu Art. 1, Nr. 2 des Entwurfs verwiesen. Diese Regelung findet nur Anwendung, wenn auch die der Errichtung der Gesellschaft zugrundeliegende Aufgabenträgerschaft beim Zweckverband liegt.

Art. 5 – Inkrafttreten

Die Vorschrift regelt das Inkrafttreten des Artikelgesetzes.