

Zulässigkeit, Steuerung und Kontrolle kommunaler Unternehmen in Privatrechtsform

Leitfaden Nr. 1

für kommunale Entscheidungsträger,
Aufsichtsratsmitglieder in kommunalen Unternehmen
sowie
Mitarbeiter in den Beteiligungsverwaltungen der Kommunen

Inhaltsverzeichnis:

I.	Einleitung	
	1. Vorwort	Seite 4
	2. Begriffsdefinitionen / Vorausbemerkungen	Seite 5
II.	Voraussetzungen für die Unterhaltung, Errichtung, Übernahme, wesentliche Erweiterung eines Unternehmens in Privatrechtsform oder die Beteiligung daran	Seite 7
	1. Regelmäßige Prüfung, ob kommunale Aufgaben wirtschaftlich erfüllt werden	Seite 7
	2. Zulässigkeitskriterien für eine Aufgabenerfüllung außerhalb der öffentlichen Verwaltung	Seite 7
	a) Rechtfertigung durch einen öffentlichen Zweck	Seite 8
	b) Leistungsfähigkeit / Voraussichtlicher Bedarf	Seite 8
	c) Nachweis, dass die Kommune die Aufgabe durch ein eigenes Unternehmen besser und wirtschaftlicher als ein anderer erfüllt oder erfüllen kann	Seite 9
	3. Zulässigkeit eines wirtschaftlichen Unternehmens in der Rechtsform des Eigenbetriebes und der Anstalt des öffentlichen Rechts	Seite 9
	4. Analyse über die Vor- und Nachteile der öffentlich-rechtlichen und der privatrechtlichen Organisationsform	Seite 10
	5. Vorlage- und Anzeigepflicht	Seite 10
	6. Zulässigkeitskriterien für ein Unternehmen in Privatrechtsform	Seite 10
	a) Grundsätzliches	Seite 10
	b) Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages bzw. der Satzung	Seite 11
	c) Sicherstellung des öffentlichen Zwecks	Seite 11
	d) Absicherung eines angemessenen Einflusses auf das Unternehmen	Seite 12
	e) Haftungsbegrenzung der Kommune	Seite 13
	f) Ausrichtung an der finanziellen Leistungsfähigkeit der Kommune	Seite 13
	g) Begrenzung der Übernahme von Verlusten	Seite 13
III.	Vertretung der Kommune in einer GmbH und in einer AG	Seite 13
	1. Organe der GmbH und der AG	Seite 13
	2. Besetzung der Organe	Seite 14

IV. Prüfung der Kommunen und ihrer Gesellschaften	Seite 15
1. Betätigungsprüfung der Kommune	Seite 15
2. Buch-, Betriebs- und Kassenprüfung	Seite 15
3. Sicherung der Prüfungsrechte der kommunalen Prüfungseinrichtungen nach § 54 Haushaltsgrundsätzegesetz i.V.m. § 129 Abs. 3 und 4 GO LSA	Seite 15
4. Jahresabschluss und Jahresabschlussprüfung der Gesellschaft	Seite 17
a) Jahresabschluss	Seite 17
b) Jahresabschlussprüfung	Seite 17
c) Wahl und Beauftragung des Abschlussprüfers	Seite 18
5. Erweiterte Jahresabschlussprüfung der Gesellschaft gem § 121 Abs. 3 GO LSA bzw. § 129 Abs. 4 GO LSA	Seite 19
Anlagen	
Anlage 1: Kommunalrechtliche Vorgaben für den Gesellschaftsvertrag bzw. für die Satzung eines Unternehmens in Privatrechtsform	Seite 21
Anlage 2: Auszüge aus dem Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG)	Seite 22

I. Einleitung

1. Vorwort

Kommunen dürfen sich zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben nach Maßgabe des § 116 Abs. 1 der Gemeindeordnung für das Land Sachsen-Anhalt (GO LSA) auch außerhalb ihrer öffentlichen Verwaltung (= *Kommunalverwaltung/Kernverwaltung*) in den Rechtsformen des Eigenbetriebes, der Anstalt des öffentlichen Rechts oder in einer Rechtsform des Privatrechts betätigen.

Betätigt sich eine Kommune außerhalb ihrer öffentlichen Verwaltung, stellt das sowohl die Verwaltungsspitze als auch die ehrenamtlichen Mandatsträger vor eine zusätzliche Verantwortung, da sich die Kommune nunmehr in einer Doppelfunktion befindet: Sie ist Aufgabenträgerin und Unternehmerin zugleich. Neben den öffentlich-rechtlichen Bestimmungen, die zum Landesrecht gehören (wie insbesondere die Gemeindeordnung für das Land Sachsen-Anhalt), hat sie die maßgeblichen Statuten des Wirtschafts- und Gesellschaftsrechts (insbesondere das Handelsgesetzbuch), bei denen es sich um Bundesrecht handelt, zu beachten.

Erwägt eine Kommune, eine Aufgabe künftig außerhalb ihrer Kommunalverwaltung wahrnehmen zu lassen, wird allzu oft von vornherein an die Errichtung eines Unternehmens in Privatrechtsform gedacht, weil ein solches Unternehmen die öffentliche Aufgabe vermeintlich am effektivsten erfüllen kann. Tatsächlich können Unternehmen in Privatrechtsform im Einzelfall gegenüber Eigenbetrieben und Anstalten des öffentlichen Rechts steuerliche, haushaltsrechtliche, finanzielle und personalwirtschaftliche Vorzüge aufweisen. Aber wo Licht ist, ist auch Schatten: So besteht die Gefahr, dass sich kommunale Unternehmen in Privatrechtsform mit der Zeit verselbständigen, was wiederum zu schwindender Transparenz und damit zwangsläufig zu einer Schwächung der kommunalen Selbstverwaltung führen kann, deren Teil die Unternehmen in Privatrechtsform trotz ihrer formal-rechtlichen Selbständigkeit bleiben. Der Landesgesetzgeber hat daher den öffentlich-rechtlichen Unternehmensformen Eigenbetrieb und Anstalt des öffentlichen Rechts Vorrang vor den privatrechtlichen Unternehmensformen eingeräumt.

Die außerhalb der Kommunalverwaltung geführten Unternehmen werden außerhalb des Haushalts (Kernhaushalt) der jeweiligen Kommune geführt. Der Haushalt der Kommune bietet daher keinen Überblick über die tatsächliche finanzielle Situation der Kommune, die ihr eventuell durch die unternehmerische Betätigung drohenden finanziellen Risiken und über das von ihr insgesamt zu verantwortende Tätigkeitsspektrum. Um diesbezüglich Transparenz herzustellen, verpflichtet die GO LSA die Kommunen, ihren Entscheidungsträgern und ihren Bürgern die unternehmerische Betätigung offenzulegen. Zudem enthält die GO LSA Regelungen, die gewährleisten sollen, dass die Entscheidungsträger, insbesondere die demokratisch legitimierten Kommunalpolitiker und die kommunalen Vertreter in den Aufsichtsgremien der Unternehmen, einen angemessenen Einfluss auf die kommunalen Unternehmen ausüben und die ihnen obliegende Aufgabe der Steuerung, Lenkung und Kontrolle der Unternehmen und der unternehmerischen Betätigung der Kommune wahrnehmen können.

Kommunale Unternehmen in Privatrechtsform, und hier insbesondere Eigengesellschaften, und die Handlungen ihrer Organe sind der kommunalen Trägerkörperschaft zuzurechnen.

Mit der Verlagerung einzelner Aufgaben von der Kernverwaltung auf kommunale Unternehmen in Privatrechtsform können sich die Kommunen somit nicht ihrer Verantwortung für die ordnungsmäßige Wahrnehmung der Aufgabe entledigen. Im Gegenteil: Mit der Verlagerung wächst die Verantwortung der Entscheidungsträger der Kommune, insbesondere der demokratisch legitimierten Kommunalpolitiker und der kommunalen Vertreter in den Aufsichtsgremien der Unternehmen.

Der Leitfaden zeigt auf, was die Kommunen, d.h. deren Verwaltungsorgane und kommunalen Mandatsträger, vor und nach der Errichtung, Übernahme, wesentlichen Erweiterung eines Unternehmens in Privatrechtsform oder der Beteiligung daran, zu beachten haben und welche Rechte und Pflichten sich für die jeweilige Kommune aus ihrer Funktion als Unternehmerin ergeben.

Adressaten des Leitfadens sind sowohl die Entscheidungsträger der kommunalen Verwaltung, deren Mitarbeiter, die kommunalen Mandatsträger und die kommunalen Vertreter in den Aufsichtsorganen der kommunalen Unternehmen. Er ersetzt jedoch nicht die Kommentierungen zur GO LSA bzw. zur wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen. Fragen, die der Leitfaden offen lässt oder erst aufwirft, sind anhand der Literatur und der Rechtsprechung zu klären. Die kommunalen Mandatsträger sollten sich diesbezüglich an das Beteiligungsmanagement ihrer Kommune wenden (s. hierzu gesonderten Leitfaden).

2. Begriffsdefinitionen / Vorausbemerkungen

a) Der Begriff „Kommune/n“

Der Begriff „**Kommune/n**“ bezeichnet im Folgenden sowohl Gemeinden, Städte als auch Landkreise. Die kommunalwirtschaftlichen Bestimmungen der Gemeindeordnung für das Land Sachsen-Anhalt - GO LSA – vom 5. Oktober 1993 (GVBl. LSA S. 568), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 22. Dezember 2004 (GVBl. LSA S. 852) und durch Artikel 1 des Gesetzes vom 22. Dezember 2004 (GVBl. LSA S. 856), auf die im Folgenden verwiesen wird, gelten gemäß § 65 der Landkreisordnung für das Land Sachsen-Anhalt vom 5. Oktober 1993 (GVBl. LSA S. 598), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 22. Dezember 2004 (GVBl. LSA S. 856), auch für die Landkreise.

Im Folgenden werden - ausschließlich der besseren Lesbarkeit wegen - nur die Verwaltungsorgane der Gemeinde (Gemeinderat und Bürgermeister) genannt. Aus dem gleichen Grund wird auf eine Paarformel-Bezeichnung (männliche/weibliche Form) verzichtet.

b) Kommunale Unternehmen

Kommunale Unternehmen bzw. **wirtschaftliche Unternehmen der Kommune** sind nach § 116 Abs. 1 GO LSA Eigenbetriebe, Anstalten des öffentlichen Rechts (= Kommunalunternehmen) und Unternehmen in der Rechtsform des Privatrechts, mit denen sich Kommunen außerhalb ihrer öffentlichen Verwaltung betätigen.

c) Kommunale Unternehmen in Privatrechtsform

Um ein **kommunales Unternehmen in Privatrechtsform** handelt es sich, wenn einer Kommune Anteile an einem Unternehmen in Privatrechtsform gehören. Dabei können der Kommune sämtliche Anteile (= **Eigengesellschaft**) oder neben anderen juristischen oder natürlichen Personen ein Teil der Anteile (= **Beteiligungsgesellschaft**) gehören.

Die Voraussetzungen, unter denen eine Kommune ein Unternehmen in Privatrechtsform unterhalten (laufender Betrieb), errichten (Unternehmensgründung), übernehmen (z.B. Unternehmenskauf), wesentlich erweitern (z.B. Betriebserweiterungen, Erweiterungen des Unternehmenszweckes) oder sich daran beteiligen (Erwerb von Anteilen) darf, bestimmt § 117 i.V.m. § 116 Abs. 1 GO LSA.

Zu den **Unternehmen in Privatrechtsform** zählen Einzelunternehmen und Gesellschaftsunternehmen. Gesellschaftsunternehmen sind Personengesellschaften, Kapitalgesellschaften und Genossenschaften. **Personengesellschaften** sind insbesondere die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, die Offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Co. Kommanditgesellschaft (GmbH & Co. KG). **Kapitalgesellschaften** sind insbesondere die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), die Aktiengesellschaft (AG) und die Kommanditgesellschaft auf Aktien.

Bei den Unternehmen in Privatrechtsform, die Kommunen nach Maßgabe des § 117 GO LSA unterhalten, errichten, übernehmen und wesentlich erweitern oder an denen sich Kommunen beteiligen dürfen, kann es sich – um es vorwegzunehmen – grundsätzlich nur um Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHs) und nachrangig Aktiengesellschaften (AGs) handeln. Daher wird im Folgenden neben dem Begriff „Unternehmen in Privatrechtsform“ auch der Begriff „**Gesellschaft/en**“ verwendet.

d) Mittelbare Beteiligung einer Kommune

Unternehmen in Privatrechtsform dürfen als juristische Personen des privaten Rechts ebenfalls Unternehmen in Privatrechtsform (sogenannte Tochterunternehmen) unterhalten, errichten, übernehmen, wesentlich erweitern oder sich daran beteiligen. Eine kommunale Eigengesellschaft oder Beteiligungsgesellschaft (= unmittelbare Beteiligung einer Kommune), an der eine Kommune allein oder zusammen mit anderen kommunalen Körperschaften die Mehrheit der Anteile hält, darf ein Tochterunternehmen (= **mittelbare Beteiligung einer Kommune**) gemäß § 117 Abs. 2 GO LSA allerdings – wie die Kommune selbst - nur unter den in § 117 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 GO LSA normierten Voraussetzungen unterhalten, errichten, übernehmen, wesentlich erweitern oder sich daran beteiligen. Daher gelten die folgenden Ausführungen für mittelbare Beteiligungen der Kommunen entsprechend.

Zu berücksichtigen ist jedoch, dass Adressat der GO LSA lediglich die Kommunen sind, nicht also deren Eigen- oder Beteiligungsgesellschaften. Daraus folgt, dass § 117 Abs. 2 GO LSA die Kommunen verpflichtet, sicherzustellen, dass bezüglich mittelbarer Beteiligungen § 117 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 GO LSA beachtet wird. Daher sollten die Kommunen in den Gesellschaftsverträgen bzw. in den Satzungen ihrer Gesellschaften regeln, ob und ggf. unter welchen konkreten Voraussetzungen (insbesondere den in § 117 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 GO LSA normierten Voraussetzungen) diese Unternehmen ein anderes Unternehmen unterhalten, errichten, übernehmen, wesentlich erweitern oder sich daran beteiligen dürfen.

II. Voraussetzungen für die Unterhaltung, Errichtung, Übernahme, wesentliche Erweiterung eines Unternehmens in Privatrechtsform oder die Beteiligung daran

1. Regelmäßige Prüfung, ob kommunale Aufgaben wirtschaftlich erfüllt werden

Aus den in § 90 GO LSA normierten Haushaltsgrundsätzen der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit resultiert für die Kommunen u.a. die Verpflichtung, regelmäßig zu prüfen, ob die Wahrnehmung ihrer Aufgaben effektiv erfolgt. Dabei ist auch zu prüfen, ob einzelne Aufgaben durch eine andere Organisationsform innerhalb der öffentlichen Verwaltung (Amt, Regiebetrieb) oder außerhalb der öffentlichen Verwaltung öffentlich-rechtlich (Eigenbetrieb, Anstalt des öffentlichen Rechts) oder privatrechtlich (Unternehmen in Privatrechtsform) zweckmäßiger und wirtschaftlicher erfüllt werden können. Das gilt unabhängig davon, ob die Aufgaben innerhalb oder bereits außerhalb der öffentlichen Verwaltung wahrgenommen werden.

Um die jeweils richtige Organisationsform zu finden, müssen die Kommunen Entscheidungskriterien heranziehen, die geeignet sind, unter den gegebenen Umständen ein Optimum zu ermitteln.

Es ist nicht möglich, eine generelle Aussage darüber zu treffen, welche Organisations- bzw. Rechtsform zu bevorzugen ist. Die Entscheidung hängt vor allem von der zu erfüllenden Aufgabe ab und kann daher nur in Abhängigkeit vom Einzelfall getroffen werden. Grundsätzlich ist aber zu berücksichtigen, dass die öffentlich-rechtliche Organisationsform Vorrang vor der privatrechtlichen Organisationsform genießt. Das ergibt sich aus § 116 Abs. 1 GO LSA und aus § 117 Abs. 1 Nr. 1 GO LSA.

Bei der Abwägung jedes einzelnen der im folgenden skizzierten Schritte hat die Kommune die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten.

2. Zulässigkeitskriterien für eine Aufgabenerfüllung außerhalb der öffentlichen Verwaltung

Artikel 28 Abs. 2 Satz 1 des Grundgesetzes und Artikel 87 Abs. 1 der Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt gewährleisten den Kommunen das Recht, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Dieses Recht beinhaltet die Organisationshoheit, nach der die Kommunen grundsätzlich frei entscheiden können, durch welche Organisations- und Rechtsformen sie ihre Aufgaben erfüllen möchten.

Beabsichtigt eine Kommune, Aufgaben außerhalb ihrer öffentlichen Verwaltung (Kernverwaltung) in den Rechtsformen des Eigenbetriebes, der Anstalt des

öffentlichen Rechts oder in einer Rechtsform des Privatrechts zu erfüllen, so ist das allerdings Beschränkungen, der sogenannten Schrankentrias, unterworfen.

Die Schrankentrias wird durch § 116 Abs. 1 Nr. 1 – 3 GO LSA bestimmt. Danach ist eine wirtschaftliche Betätigung außerhalb der öffentlichen Verwaltung nur möglich, wenn

- a) ein öffentlicher Zweck die Betätigung rechtfertigt,
- b) die wirtschaftliche Betätigung des beabsichtigten Unternehmens nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Kommune und zum voraussichtlichen Bedarf steht und
- c) die Kommune im Rahmen des § 123 GO LSA nachweist, dass sie den Zweck besser und wirtschaftlicher als ein anderer erfüllt oder erfüllen kann (sogenannte „scharfe“ Subsidiaritätsklausel).

a) Zu a: Rechtfertigung durch einen öffentlichen Zweck

Erstes Erfordernis für eine Betätigung außerhalb der Kernverwaltung ist, dass ein öffentlicher Zweck die Aufgabenwahrnehmung außerhalb der Kernverwaltung rechtfertigt (§ 116 Abs. 1 Nr. 1 GO LSA).

Eine Legaldefinition des „öffentlichen Zwecks“ gibt es nicht. Es ist jedoch anerkannt, dass ein „öffentlicher Zweck“, der sich einer „Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft“ zurechnen lassen muss, vorliegt, wenn ein Tun oder Unterlassen dem Wohl der Bürger einer Kommune dient. Diese Gemeinwohlorientierung verbietet den Kommunen eine beliebige wirtschaftliche Betätigung.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stellt die Entscheidung, ob ein öffentlicher Zweck ein kommunales Unternehmen erfordert, eine Frage sachgerechter Kommunalpolitik dar, die von Zweckmäßigkeitserwägungen bestimmt wird (BVerfGE 39, 329, 334). Die Entscheidung obliegt der Kommune. Ihr steht dabei ein relativ weiter Ermessensspielraum zu. Die Kommunalaufsicht hat allerdings – wie auch die Gerichte – zu prüfen, ob die Kommune den Beurteilungsspielraum eingehalten hat.

Als öffentliche Zwecksetzungen kommen Wirtschaftsförderung, Standortsicherung, Wettbewerbssicherung, krisenfeste und ungestörte Versorgung der Bevölkerung, Arbeitsplatzsicherung sowie die Verbesserung der örtlichen Infrastruktur in Betracht. Die Wahrnehmung einer hoheitlichen (Pflicht-) Aufgabe entspricht immer einem öffentlichen Zweck. Der Nachweis des öffentlichen Zwecks entfällt somit zwangsläufig bei den Unternehmen, die pflichtige Aufgaben wahrnehmen sollen.

Betätigungen in den Bereichen Energie- und Wasserversorgung, Abfall- und Abwasserbeseitigung, Wohnungswirtschaft und öffentlicher Verkehrs dienen einem öffentlichen Zweck (§ 116 Abs. 2 Satz 1 GO LSA) und sind deshalb unter den Voraussetzungen des § 116 Abs. 1 Nr. 2 GO LSA zulässig.

Die alleinige Gewinnerzielungsabsicht kann keinen öffentlichen Zweck begründen.

b) Zu b: Leistungsfähigkeit / Voraussichtlicher Bedarf

Das kommunale Unternehmen, durch das die Kommune die Aufgabe wahrnehmen lassen möchte, muss nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur personellen und finanziellen Leistungsfähigkeit der Kommune und zum voraussichtlichen Bedarf stehen (§ 116 Abs. 1 Nr. 2 GO LSA). Das ist insbesondere

dann der Fall, wenn die Kommune jederzeit in der Lage ist, das Unternehmen kontrollieren und steuern und etwaige finanzielle Risiken tragen zu können.

Diese Regelung verbietet der Kommune also, ein für ihre Verhältnisse großes und damit von ihr nicht zu kontrollierendes Unternehmen zu errichten. Aber auch die Errichtung eines für die Verhältnisse der Kommune sehr kleinen Unternehmens in Privatrechtsform scheidet nach dieser Regelung grundsätzlich aus, da sich für kleine Unternehmen der Regiebetrieb oder der Eigenbetrieb anbieten.

c) Zu c: Nachweis, dass die Kommune die Aufgabe durch ein eigenes Unternehmen besser und wirtschaftlicher als ein anderer erfüllt oder erfüllen kann

Das letzte Erfordernis beinhaltet die sogenannte „scharfe“ Subsidiaritäts-Klausel, nach der eine Betätigung außerhalb der Kernverwaltung nur zulässig ist, wenn die Kommune im Rahmen der gemäß § 123 Abs. 1 Satz 1 GO LSA zu erstellenden Analyse (s. hierzu unter Ziffer 4.) nachweist, dass ein eigenes kommunales Unternehmen die entsprechende Aufgabe besser und wirtschaftlicher als ein anderer erfüllt oder erfüllen kann (§ 116 Abs. 1 Nr. 3 GO LSA). „Anderer“ in diesem Sinne ist sowohl eine natürliche Person als auch eine juristische Person des privaten als auch des öffentlichen Rechts.

Wenn sich der geforderte Nachweis nicht erbringen lässt, wäre der Aufbau einer eigenen Betriebsstruktur wirtschaftlich unvernünftig, zumal deren Kontrolle und Steuerung weiterhin Personal der Kernverwaltung binden würde.

Hinsichtlich der Errichtung, Unterhaltung, Übernahme und wesentliche Erweiterung eines kommunalen Unternehmens in Privatrechtsform oder einer Beteiligung daran ist ferner zu bedenken, dass sich ein solches Unternehmen verselbständigen und sich infolgedessen der Kontrolle und Steuerung durch die Kommune entziehen könnte. Daraus könnte ein Risiko für die Kommune erwachsen.

Ausgenommen vom Nachrang einer kommunalwirtschaftlichen Betätigung sind gemäß § 116 Abs. 2 Satz 1 GO LSA Betätigungen in den Bereichen Energie- und Wasserversorgung, Abfall- und Abwasserbeseitigung, Wohnungswirtschaft sowie öffentlicher Verkehr. Für diese Betätigung gilt die Subsidiaritätsklausel somit nicht.

3. Zulässigkeit eines wirtschaftlichen Unternehmens in der Rechtsform des Eigenbetriebes und der Anstalt des öffentlichen Rechts

Wenn die Voraussetzungen der Schrankentrias vorliegen, ist es der Kommune rechtlich möglich, sich außerhalb der Kernverwaltung in den Rechtsformen des Eigenbetriebes und der Anstalt des öffentlichen Rechts zu betätigen. In der Rechtsform des Privatrechts darf sich die Kommune allerdings nach § 117 Abs. 1 Nr. 1 GO LSA nur dann betätigen, wenn die Aufgabe durch ein Unternehmen in Privatrechtsform nachweislich besser und wirtschaftlicher als durch einen Eigenbetrieb oder eine Anstalt des öffentlichen Rechts erfüllt wird oder erfüllt werden kann. § 117 Abs. 1 Nr. 1 GO LSA räumt damit dem Eigenbetrieb und der Anstalt des öffentlichen Rechts Vorrang vor den privatrechtlichen Unternehmensformen ein.

Mit dieser Regelung ist der Landesgesetzgeber den Weg, den er mit der in § 116 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GO LSA normierten sogenannten „scharfen“ Subsidiaritätsklausel vorgegeben hat, konsequent weitergegangen.

4. Analyse über die Vor- und Nachteile der öffentlich-rechtlichen und der privatrechtlichen Organisationsform

Die Entscheidungsfindung bezüglich der Aufgabenübertragung und der Wahl der geeigneten Organisationsform ist regelmäßig mit schwierigen rechtlichen, organisatorischen, betriebswirtschaftlichen, personellen und finanziellen Fragestellungen verbunden. § 123 Abs. 1 GO LSA verpflichtet die Kommune, sich den Fragestellungen zur internen Vorbereitung der Auswahlentscheidung anzunehmen, indem sie eine Analyse über die Vor- und Nachteile der öffentlich-rechtlichen und der privatrechtlichen Organisationsform im konkreten Einzelfall zu erstellen hat.

Die Analyse kann durch die Verwaltung selbst erstellt werden. Die Kommune kann sich aber auch externer Hilfe durch eine unabhängige sachverständige Stelle bedienen. Die Entscheidung hierüber obliegt der Kommune.

Aufgrund des Vorranges der öffentlich-rechtlichen Unternehmensformen des Eigenbetriebes und der Anstalt des öffentlichen Rechts vor den privatrechtlichen Unternehmensformen darf die Kommune nur dann die Privatrechtsform wählen, wenn deren Vorteile nachweislich überwiegen.

5. Vorlage- und Anzeigepflicht

Die Analyse nach § 123 Abs. 1 Satz 1 GO LSA ist unverzüglich nach ihrer Erstellung der Kommunalaufsichtsbehörde gemäß § 123 Abs. 1 Satz 3 GO LSA zur Prüfung vorzulegen, damit die Kommunalaufsichtsbehörde Gelegenheit hat, der Kommune zur Vorbereitung der Entscheidung durch das beschließende Gemeindeorgan etwaige Anregungen und Bedenken mitzuteilen. Dabei hat die Kommunalaufsichtsbehörde auch zu prüfen, ob die Kommune den ihr zustehenden Beurteilungsspielraum eingehalten hat (s. oben unter Buchstabe a).

Die getroffene Entscheidung ist der Kommunalaufsichtsbehörde nach Maßgabe des § 123 Abs. 2 GO LSA ebenfalls rechtzeitig, mindestens aber sechs Wochen vor ihrem Vollzug vorzulegen.

6. Zulässigkeitskriterien für ein Unternehmen in Privatrechtsform

a) Grundsätzliches

Spätestens dann, wenn die unter § 117 Abs. 1 Nr. 1 GO LSA normierten Grundvoraussetzungen für die Unterhaltung, Errichtung, Übernahme, wesentliche Erweiterung eines Unternehmens in Privatrechtsform oder die Beteiligung daran vorliegen, wird die Kommune eine Entscheidung über die konkrete Unternehmensform herbeiführen müssen. Die Kommune hat jedoch nicht die Möglichkeit, unter den vielfältigen privatrechtlichen Unternehmensformen die aus ihrer – individuellen – Sicht beste Unternehmensform auszuwählen. Unter Berücksichtigung der unter § 117 Abs. 1 Nummern 2 bis 6 GO LSA normierten Kriterien wird im Regelfall allein eine Kapitalgesellschaft und dabei insbesondere die GmbH zulässig sein. Gleichzeitig stellen die unter § 117 Abs. 1 Nummern 2 bis 6 GO LSA normierten Kriterien aber auch Verpflichtungen dar, die die Kommune zu erfüllen und dauerhaft einzuhalten hat, wenn sie sich entscheidet, ein privatrechtliches Unternehmen zu unterhalten, zu

errichten, zu übernehmen, wesentlich zu erweitern oder sich daran zu beteiligen. Erfüllt die Kommune die Verpflichtungen nicht oder nicht mehr, wäre die Beteiligung allein aus diesem Grunde rechtswidrig.

Die Einhaltung der Kriterien liegt im Interesse der Kommune; nur dadurch lässt sich das unternehmerische Risiko, das die Kommune mit der Beteiligung an einem Unternehmen in Privatrechtsform eingeht, begrenzen.

Inwieweit die Kommune die Kriterien erfüllt, kann sie – anders als bei den oben unter Ziffer 2 genannten Voraussetzungen - durch die Herbeiführung entsprechender Ratsbeschlüsse, Vereinbarungen mit etwaigen Mitgesellschaftern oder letztlich durch die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages bzw. der Satzung allerdings weitgehend selbst beeinflussen.

b) Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages bzw. der Satzung

Unternehmen in Privatrechtsform, werden durch einen Gesellschaftsvertrag begründet.

Bei einer GmbH, die ausschließlich von einer Kommune errichtet und unterhalten werden soll (Ein-Personen-Gesellschaft oder Eigengesellschaft) handelt es sich allerdings nicht um einen „echten“ Vertrag, sondern um eine Errichtungserklärung als einseitiges Rechtsgeschäft. Eine AG wird in der Regel immer von mehreren Personen errichtet.

Durch den „echten“ Gesellschaftsvertrag, der bei AGs und GmbHs häufig auch als Satzung bezeichnet wird, verpflichten sich zwei oder mehrere – sowohl natürliche als auch juristische – Personen, einem gemeinsamen Zweck nachzugehen und die Verfolgung dieses Zwecks zu fördern. Das folgt aus § 705 BGB. Weiterhin regelt der Gesellschaftsvertrag die Rechte und Pflichten aller gegenwärtigen und zukünftigen Beteiligten sowie die rechtlichen Konsequenzen im Falle ihrer Verletzung sowie die wesentlichen Aufgaben der Organe. Dagegen erschöpft sich der Gesellschaftsvertrag bei einer Ein-Personen-GmbH hauptsächlich in der internen Bindung eines etwaigen Fremdgeschäftsführers.

Sowohl das GmbH-Gesetz als auch das Aktiengesetz enthalten Bestimmungen über den Mindestinhalt des jeweiligen Gesellschaftsvertrags (s. § 3 Abs. 1 GmbHG und § 23 AktG).

Der gesellschaftsrechtlich normierte Mindestinhalt des Gesellschaftsvertrags ist zudem um die im Folgenden erwähnten kommunalrechtlichen Vorgaben zu ergänzen. Darüber hinaus besteht für den oder die Gesellschafter Vertragsfreiheit, die die Kommunen für zusätzliche Regelungen unbedingt nutzen sollten. Oftmals wird nämlich erst im Konfliktfall festgestellt, dass es Regelungslücken gibt. Es empfiehlt sich daher, den Gesellschaftsvertrag mit Bedacht abzufassen und dafür fachlich versierte Beratung in Anspruch zu nehmen. Bei Bedarf ist der Gesellschaftsvertrag zu ändern und neuen Erkenntnissen oder Bedingungen anzupassen.

Gesellschaftsverträge bedürfen der notariellen Beurkundung.

c) Sicherstellung des öffentlichen Zwecks

Die Unterhaltung, Errichtung, Übernahme, wesentliche Erweiterung eines Unternehmens in Privatrechtsform oder die Beteiligung daran verpflichtet die Kommune gemäß § 117 Abs. 1 Nr. 2 GO LSA, durch die Ausgestaltung des

Gesellschaftsvertrages sicherzustellen, dass der öffentliche Zweck des Unternehmens erfüllt wird.

Privatrechtliche Unternehmen sind als eigenständige juristische Personen ihren eigenen Interessen verpflichtet, die nicht immer mit den Interessen der Kommune übereinstimmen müssen. Ohne Reglementierung könnten sich die Unternehmen beispielsweise dem Zweck, für den sie errichtet worden sind, abwenden oder neue Geschäftsfelder erschließen, die gegen die Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 117 Abs. 1 Nr. 1 GO LSA verstoßen. Dadurch würde die Beteiligung der Kommune an dem Unternehmen unter Umständen rechtswidrig. Es liegt daher im kommunalem Interesse, den Unternehmenszweck bzw. die vom Unternehmen zu erfüllenden Aufgaben in der Satzung bzw. im Gesellschaftsvertrag so präzise wie möglich zu benennen.

d) Absicherung eines angemessenen Einflusses auf das Unternehmen

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

Lediglich dann, wenn die Kommune alleinige Gesellschafterin einer GmbH ist, ist eine Sicherung im Gesellschaftsvertrag nicht zwingend erforderlich, weil es der Kommune in diesem Fall ohne weiteres möglich ist, der Geschäftsleitung jederzeit ohne Einhaltung einer Form Weisungen zu erteilen. Das ergibt aus § 37 Abs. 1 GmbHG.

Die Einflussnahme auf den Vorstand einer AG ist dagegen durch die verbindlichen Regelungen im AktG wesentlich begrenzter. Zudem fehlt ein Weisungsrecht der Kommune gegenüber den von ihr in den Aufsichtsrat einer AG entsandten Mitgliedern (s. hierzu auch den Leitfaden Nr. 2). Nicht zuletzt aus dieser Tatsache folgt ein Vorrang der GmbH vor der AG. Die Unterhaltung, Errichtung, Übernahme, wesentliche Erweiterung einer AG oder die Beteiligung daran kann deshalb nur beim Vorliegen besonderer Umstände und für kapitalintensive „Großunternehmen“ kommunalaufsichtlich geduldet werden.

Die GmbH ist die geeignete Organisationsform für kleinere und mittlere Unternehmen, die auf den Kapitalmarkt nicht angewiesen sind. Ihr Vorteil liegt in der beweglichen Vertragsgestaltung, die es ermöglicht, für die jeweiligen Bedürfnisse die richtige Organisation – und damit Steuerungsmöglichkeiten - zu finden.

Die AG ist nach ihrer rechtlichen Gestaltung die geeignete Organisationsform für Unternehmen, die zur Durchführung ihrer Vorhaben einen großen Kapitalbedarf haben. So wird die AG als Sammelbecken der Kapitalbeiträge vieler natürlicher oder juristischer Personen vornehmlich von Großunternehmen der Industrie, des Handels und des Verkehrs sowie von Banken und Versicherungsunternehmen bevorzugt.

e) Haftungsbegrenzung der Kommune

§ 117 Abs. 1 Nr. 4 GO LSA verpflichtet die Kommune zur Vermeidung finanzieller Risiken, ihre Haftung für das Unternehmen auf einen ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag zu begrenzen. Die Kommune darf sich daher nicht an Unternehmen beteiligen, deren Gesellschafter unbeschränkt haften, wie z.B. bei einer Offenen Handelsgesellschaft (OHG). Die Wahl der Unternehmensform reduziert sich damit im Ergebnis auf die GmbH und die AG.

Als Gesellschafter einer GmbH haftet die Kommune mit ihrer Stammeinlage; als Aktionär einer AG haftet sie mit ihrem Aktienbesitz.

Die Regelung des § 117 Abs. 1 Nr. 4 GO LSA soll die Kommune – wie auch § 117 Abs. 1 Nr. 5 und 6 GO LSA - vor wirtschaftlichen Risiken bewahren, die sie aus eigener Kraft nicht beherrschen kann.

f) Ausrichtung an der finanziellen Leistungsfähigkeit der Kommune

§ 117 Abs. 1 Nr. 5 GO LSA bestimmt, dass etwaige Einzahlungsverpflichtungen der Kommune in einem angemessenen Verhältnis zu ihrer Leistungsfähigkeit stehen müssen. Das ergibt sich bereits aus § 116 Abs. 1 Nr. 2 GO LSA und konkretisiert die in § 90 Abs. 2 GO LSA normierten Haushaltsgrundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit.

g) Begrenzung der Übernahme von Verlusten

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

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

III. Vertretung der Kommune in einer GmbH und in einer AG

1. Organe der GmbH und der AG

Von der Organisationsform des Unternehmens ist es abhängig, welche Organe zwingend sind und welche Aufgaben die Organe wahrzunehmen haben. Die entsprechenden Regelungen enthält das jeweilige Gesellschaftsrecht (hier das GmbH-Gesetz und das Aktiengesetz).

Das Aktiengesetz schreibt für die AG einen Vorstand (§§ 76 – 94 AktG), einen Aufsichtsrat (§§ 95 – 116 AktG) und eine Hauptversammlung (§§ 118 – 147) vor.

Für die Organisationsform der GmbH erfordert das GmbH-Gesetz zwingend nur die Einrichtung der Geschäftsführung (§ 6 GmbHG) und der Gesellschafterversammlung (§§ 45 ff. GmbHG). Nach dem Willen der Gesellschafter kann aber ein – fakultativer – Aufsichtsrat eingerichtet werden (§ 52 GmbHG).

Die Pflicht zur Einrichtung eines – obligatorischen – Aufsichtsrates kann sich für eine GmbH allerdings aus anderen Gesetzen ergeben. In erster Linie sind hier die

§§ 1 Abs. 1 Nr. 3, 2 Abs. 2 des Drittelbeteiligungsgesetzes und § 6 des Mitbestimmungsgesetzes zu nennen. Das Drittelbeteiligungsgesetz schreibt für eine GmbH mit in der Regel mehr als 500 Beschäftigten die Bildung eines Aufsichtsrates zwingend vor; das Mitbestimmungsgesetz fordert einen Aufsichtsrat für große Gesellschaften i.S.d. § 267 Abs. 3 HGB.

Um eine effektive Steuerung und Kontrolle einer GmbH zu gewährleisten, ist es zweckmäßig, grundsätzlich einen Aufsichtsrat zu installieren. Lediglich bei GmbHs, deren alleiniger Gesellschafter die Kommune ist und die aufgrund ihrer Art und ihres Umfangs bereits effektiv durch die Kommune (insbesondere durch deren Beteiligungsverwaltung) gesteuert und kontrolliert werden können, dürfte sich die Einrichtung eines fakultativen Aufsichtsrats erübrigen.

Über die Einrichtung eines fakultativen Aufsichtsrates entscheidet der Gemeinderat.

2. Besetzung der Organe

Die Vertretung der Kommune in den Organen der GmbH oder der AG erfolgt nach Maßgabe des § 119 GO LSA.

Die Personen, die die Kommune in den Organen vertreten, tragen Verantwortung für die Geschäftspolitik. Die Vielschichtigkeit wirtschaftlichen Handelns und die Schwierigkeiten im Umgang mit der Rechtsmaterie gebieten es, nur solche Vertreter in die Organe zu entsenden, die die notwendige Sachkenntnis und wirtschaftliche Erfahrung in sich vereinigen. Nur so ist gewährleistet, dass die Interessen der Kommune gewahrt werden und sie einen angemessenen Einfluss auch tatsächlich ausüben kann. Die besondere Sachkenntnis der Vertreter kann durch berufliche Erfahrungen und Kenntnisse, aber auch durch eine langjährige kommunalpolitische Tätigkeit in vergleichbaren Funktionen nachgewiesen werden.

Darf die Kommune neben dem Bürgermeister oder des von ihm Beauftragten weitere Vertreter in ein Organ entsenden, so kann die Kommune neben Mitgliedern des Gemeinderates auch sachkundige Bürger als Vertreter bestellen (§ 119 Abs. 1 Satz 2 GO LSA und § 119 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 119 Abs. 1 Satz 2 GO LSA). Über die Bestellung dieser weiteren Vertreter entscheidet gemäß § 44 Abs. 3 Nr. 12 GO LSA der Gemeinderat. Ggf. sollte die Kommune auch anstreben, dass Wirtschaftsexperten ein ständiges oder auf bestimmte Themenstellungen begrenztes Gastrecht in den Gesellschaftsorganen eingeräumt wird, welches keine Beschlussrechte beinhaltet.

Zur Vermeidung einer Interessenkollision bestimmt § 119 Abs. 1a GO LSA, dass sich eine Kommune nicht durch ein und dieselbe Person sowohl in einem geschäftsführenden Organ (Geschäftsführung/Vorstand) als auch in einem Aufsichtsorgan (Aufsichtsrat, Vertreterversammlung, Hauptversammlung) desselben Unternehmens vertreten lassen darf. Dagegen darf ein und dieselbe Person die Kommune allerdings in mehreren geschäftsführenden Organen oder aber in mehreren Aufsichtsorganen des Unternehmens vertreten.

Die Vertreter der Kommune in den Organen der Gesellschaft sollten im Übrigen aus eigenem Interesse im Rahmen ihrer Möglichkeiten dafür Sorge tragen, dass die Kommune ein Beteiligungsmanagement vorhält, dass in der Lage ist, ihnen gesellschaftsrechtliche und betriebswirtschaftliche Unterstützung zu leisten, sie über ihre Rechte und Pflichten zu informieren und sie bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben in den Organen fachlich zu unterstützen. Ggf. könnte das Beteiligungsmanagement auch Schulungen anbieten.

Zur Qualifikation, die Mitglieder eines Aufsichtsrats aufweisen sollten, und den Rechten und Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder enthält der **Leitfaden Nr. 2** nähere Ausführungen.

Hinsichtlich der Errichtung eines Beteiligungsmanagements und dessen konkreten Aufgaben wird auf den **Leitfaden Nr. 3** „Kommunales Beteiligungsmanagement / Inhalt eines Beteiligungsberichts“ verwiesen.

IV. Prüfung der Kommunen und ihrer Gesellschaften

1. Betätigungsprüfung der Kommune

Gegenstand der Betätigungsprüfung nach § 129 Abs. 2 Nr. 4 GO LSA ist die Kommune in ihrer Funktion als Gesellschafter oder Aktionär, also nicht das Unternehmen. Im Mittelpunkt der Betätigungsprüfung steht die Wahrnehmung der Gesellschafterrechte durch die Kommune, wobei insbesondere die Tätigkeit der Personen geprüft wird, die für die Kommune in die Organe des Unternehmens entsandt wurden. Die Betätigungsprüfung vermittelt sowohl der Kommunalverwaltung, dem Gemeinderat und den entsandten Personen selbst nützliche Erkenntnisse. Nicht zuletzt aus diesem Grunde ist eine regelmäßige Betätigungsprüfung für die Unterhaltung eines effektiven Beteiligungsmanagements und für die Steuerung und Kontrolle des Unternehmens durch den Gemeinderat und die Verwaltung unerlässlich.

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

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

2. Buch-, Betriebs- und Kassenprüfung

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

3. Sicherung der Prüfungsrechte der kommunalen Prüfungseinrichtungen nach § 54 Haushaltsgrundsätze-gesetz i.V.m. § 129 Abs. 3 und 4 GO LSA

Das vom Gemeinderat mit der Betätigungsprüfung oder der Buch-, Betriebs- und Kassenprüfung beauftragte Rechnungsprüfungsamt wird der Verwaltung und den Entscheidungsträgern der Kommune in der Regel verwertbare Ergebnisse nur vorlegen können, wenn es dem Rechnungsprüfungsamt gestattet ist, sich zur Klärung von Fragen, die bei der Prüfung auftreten, unmittelbar bei dem von der Betätigungs-

prüfung erfassten Unternehmen unterrichten und dort zu diesem Zweck den Betrieb, die Bücher und die Schreiben des Unternehmens einsehen zu können. Diese über das Gesellschaftsrecht hinausgehenden Rechte werden dem Rechnungsprüfungsamt durch § 54 des Haushaltsgrundsätzegesetzes – HGrG – (s. Anlage 1) eröffnet.

Gemäß § 129 Abs. 3 GO LSA ist eine Kommune, der an einem Unternehmen in Privatrechtsform

- entweder die Mehrheit der Anteile gehört
- oder der mindestens 25 % der Anteile gehört und der zusammen mit anderen Gebietskörperschaften die Mehrheit der Anteile zusteht,

verpflichtet darauf hinzuwirken, dass den für sie zuständigen Prüfungseinrichtungen, zu denen neben dem eigenen Rechnungsprüfungsamt auch das für die überörtliche Prüfung zuständige Rechnungsprüfungsamt des Landkreises bzw. der Landesrechnungshof gehört, die in § 54 des Haushaltsgrundsätzegesetzes vorgesehenen Unterrichts- und Einsichtsrechte eingeräumt werden.

Wenn die Kommune allein oder zusammen mit anderen Gebietskörperschaften die Mehrheit der Gesellschaftsanteile bzw. der Aktien an einem Unternehmen hält, wird die Kommune die Verpflichtung ausnahmslos erfüllen können.

Die Verpflichtung besteht unabhängig davon, ob der Gemeinderat das Rechnungsprüfungsamt mit der Durchführung einer Betätigungsprüfung beauftragt hat bzw. noch beauftragen wird.

Gehört der Kommune allein oder zusammen mit anderen Gebietskörperschaften nicht die Mehrheit der Anteile an einer Gesellschaft, so soll sie gemäß § 129 Abs. 4 GO LSA darauf hinwirken, dass ihr und den für sie zuständigen Prüfungseinrichtungen die Befugnisse nach § 54 HGrG eingeräumt werden, soweit ihr Interesse dies erfordert.

Eine Betätigungsprüfung wie auch eine Buch-, Betriebs- und Kassenprüfung liegt grundsätzlich immer im Interesse der Kommune, nicht zuletzt deshalb, weil die Errichtung, Übernahme, oder wesentliche Erweiterung einer Gesellschaft wie auch die Beteiligung daran, öffentliche Gelder bindet oder deren Einsatz erfordert. Insoweit liegt es auch im Interesse der Kommune, dass dem Rechnungsprüfungsamt die Möglichkeit eingeräumt wird, sich unmittelbar bei dem Unternehmen unterrichten und dort Bücher und Unterlagen einsehen zu können.

Hält die Kommune nur einen kleinen Anteil an der Gesellschaft und gelingt es ihr aus diesem Grunde gegenüber den anderen Gesellschaftern nicht, den für sie zuständigen Prüfungseinrichtungen die Befugnisse nach § 54 HGrG einräumen zu lassen, so sollte die Kommune die Vorteile und Nachteile ihrer Beteiligung einmal mehr abwägen und dabei prüfen, welche Auswirkungen eine Aufgabe der Beteiligung auf die Erfüllung des öffentlichen Zweckes hätte.

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

4. Jahresabschluss und Jahresabschlussprüfung der Gesellschaft

a) Jahresabschluss

Gemäß § 121 Abs. 1 Nr. 2 GO LSA hat eine Kommune, der an einer Gesellschaft entweder

- die Mehrheit der Anteile gehört oder
- der mindestens 25 % der Anteile gehört und der zusammen mit anderen Gebietskörperschaften die Mehrheit der Anteile zusteht,

dafür Sorge zu tragen, dass im Gesellschaftsvertrag

- die Aufstellung des Jahresabschlusses und des Lageberichts in entsprechender Anwendung der Vorschriften des Dritten Buchs des Handelsgesetzbuchs für große Kapitalgesellschaften und
- die Prüfung des Jahresabschlusses und des Lageberichts in entsprechender Anwendung der Vorschriften des Dritten Buchs des Handelsgesetzbuchs für große Kapitalgesellschaften oder der Vorschriften über die Jahresabschlussprüfung bei Eigenbetrieben

vorgeschrieben werden, sofern nicht die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs bereits unmittelbar gelten oder weitergehende gesetzliche Vorschriften gelten oder andere gesetzliche Vorschriften entgegenstehen. Das bedeutet, dass die kleinen und mittelgroßen kommunalen Kapitalgesellschaften (vgl. § 267 HGB) die im Dritten Buch des Handelsgesetzbuchs vorgesehenen Befreiungen (s. z.B. § 264 Abs. 1 Satz 3 HGB) und Erleichterungsmöglichkeiten (z.B. § 274 a und § 276 HGB) nicht in Anspruch nehmen können.

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

b) Jahresabschlussprüfung

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

- dass der Jahresabschluss und der Lagebericht einer kommunalen Gesellschaft, bei der es sich um eine große oder mittelgroße Kapitalgesellschaft im Sinne des § 267 Abs. 2 und 3 HGB handelt, gemäß der Vorschriften des Dritten Buchs des Handelsgesetzbuchs für große Kapitalgesellschaften (§§ 316 ff. HGB) zu prüfen sind, da diese Vorschriften des Handelsgesetzbuchs bereits unmittelbar für diese Gesellschaften gelten und weder weitergehende gesetzliche Vorschriften gelten noch andere gesetzliche Vorschriften entgegenstehen,
- dass der Jahresabschluss und der Lagebericht einer kommunalen Gesellschaft, bei der es sich um eine kleine Kapitalgesellschaft im Sinne des § 267 Abs. 1 HGB handelt, in entsprechender Anwendung der Vorschriften des Dritten Buchs des Handelsgesetzbuchs für große Kapitalgesellschaften (§§ 316 ff. HGB) oder der

Vorschriften über die Jahresabschlussprüfung bei Eigenbetrieben (§ 14 Eigenbetriebsverordnung) zu prüfen sind.

Für **kleine Kapitalgesellschaften** gelten die Prüfungsvorschriften des Handelsgesetzbuchs für die großen Kapitalgesellschaften nicht zwingend: So müssen der Jahresabschluss und der Lagebericht einer kleinen Gesellschaft nicht durch einen Abschlussprüfer i.S.d. § 319 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs geprüft werden (vgl. § 316 Abs. 1 Satz 1 des Handelsgesetzbuchs). Die Kommunen können als Gesellschafter daher wählen, ob der Jahresabschluss und der Lagebericht ihrer Gesellschaft in entsprechender Anwendung der Vorschriften des Dritten Buchs des Handelsgesetzbuchs für große Kapitalgesellschaften oder nach den Vorschriften über die Jahresabschlussprüfung bei Eigenbetrieben (§ 131 GO LSA i.V.m. §14 EigVO) geprüft werden sollen.

§ 14 Abs. 1 EigVO verweist durch die Regelung, dass für die Jahresabschlussprüfung eines Eigenbetriebes die entsprechenden Vorschriften des Dritten Buches des Handelsgesetzbuches gelten, wieder auf das Handelsgesetzbuch zurück. Somit geht es bei der hier in Rede stehenden Wahlmöglichkeit (Prüfung entweder durch unmittelbare Anwendung der Vorschriften des Dritten Buchs des Handelsgesetzbuchs oder nach den Eigenbetriebsvorschriften) im Ergebnis allein darum, nach § 131 Abs. 2 Satz 2 GO LSA zu entscheiden, ob die Jahresabschlussprüfung durch einen Abschlussprüfer im Sinne des § 319 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs oder durch das Rechnungsprüfungsamt vorgenommen werden soll. Allerdings darf – wie bei den Eigenbetrieben – das Rechnungsprüfungsamt die Prüfung nur dann selbst durchführen, wenn die Gesellschaft nach Art und Umfang eine Prüfung durch einen Abschlussprüfer (Wirtschaftsprüfer/Wirtschaftsprüfungsgesellschaft) nicht erfordert. Das wird nicht bei jeder „kleinen“ Gesellschaft nach § 267 Abs. 1 Satz 1 HGB der Fall sein. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass eine „kleine“ Gesellschaft im Sinne des § 267 Abs. 1 Satz 1 HGB für viele Kommunen bereits ein relativ großes Unternehmen darstellen dürfte. Deshalb findet auch § 16 EigVO entsprechende Anwendung: Nur Gesellschaften, die zwei der drei in § 16 Abs. 1 EigVO genannten Merkmale aufweisen und die nicht eine der in § 16 Abs. 2 EigVO genannten Aufgaben erledigen, können vom Rechnungsprüfungsamt selbst geprüft werden.

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

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

c) Wahl und Beauftragung des Abschlussprüfers

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

gegenüber Dritten zu unterstreichen. Der Prüfungsauftrag muss dann unverzüglich nach der Wahl erteilt werden.

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

Der Prüfungsauftrag muss sich auf die Prüfung nach § 53 Abs. 1 Nr. 1 und 2 des Haushaltsgrundsätzegesetzes (= erweiterte Jahresabschlussprüfung, siehe hierzu unter Ziffer 5) erstrecken.

Erfolgt die Jahresabschlussprüfung einer kleinen kommunalen Gesellschaft nach den Vorschriften über die Jahresabschlussprüfung bei Eigenbetrieben, kann das Rechnungsprüfungsamt den Abschlussprüfer beauftragen, wenn es die Prüfung nicht selbst durchführen will. Das ergibt sich aus § 131 Abs. 2 GO LSA i.V.m. § 18 Abs. 3 Eigenbetriebsgesetz.

5. Erweiterte Jahresabschlussprüfung der Gesellschaft gemäß § 121 Abs. 3 GO LSA bzw. § 129 Abs. 4 GO LSA

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

Wird der Jahresabschluss einer kommunalen Gesellschaft nach den Vorschriften des Dritten Buchs des Handelsgesetzbuchs für große Kapitalgesellschaften geprüft, was die Regel sein wird (s. hierzu unter Ziffer 4 b), und ...

- a) ... gehört einer Kommune an der Gesellschaft
 - entweder die Mehrheit der Anteile oder
 - mindestens der vierte Teil der Anteile und steht ihr zusammen mit anderen Gebietskörperschaften die Mehrheit der Anteile zu, hat die Kommune gemäß § 121 Abs. 3 GO LSA Sorge dafür zu tragen, dass das zuständige Organ der Gesellschaft verpflichtet wird, den Abschlussprüfer mit einer Erweiterung der Abschlussprüfung nach Maßgabe des § 53 Abs. 1 Nr. 1 und 2 des Haushaltsgrundsätzegesetzes (s. Anlage 1) zu beauftragen;
- b) ... ist eine Kommune allein oder zusammen mit anderen Gebietskörperschaften an einer Gesellschaft nicht in dem in § 53 des Haushaltsgrundsätzegesetzes bezeichneten Umfang beteiligt, muss sie nach Maßgabe des § 129 Abs. 4 GO LSA ebenfalls darauf hinwirken, dass der Abschlussprüfer mit einer Erweiterung der Abschlussprüfung nach § 53 des Haushaltsgrundsätzegesetzes beauftragt wird.

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

Die Kommune sollte das für die Beauftragung des Abschlussprüfers zuständige Organ durch eine Regelung im Gesellschaftsvertrag oder in der Satzung dazu verpflichten, den Abschlussprüfer mit einer Erweiterung der Abschlussprüfung nach

§ 53 des Haushaltsgrundsätzegesetzes zu beauftragen. Auf eine entsprechende Regelung sollte die Kommune insbesondere hinwirken, wenn ihr nicht die Mehrheit der Anteile an der Gesellschaft gehört.

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

Auszüge aus dem Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG)**§ 44****Prüfung staatlicher Betätigung bei privatrechtlichen Unternehmen.**

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

(2) Absatz 1 gilt entsprechend bei Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, in denen der Bund oder das Land Mitglied ist.

§ 53**Rechte gegenüber privatrechtlichen Unternehmen.**

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

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

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

§ 54**Unterrichtung der Rechnungsprüfungsbehörde.**

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

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

Jahresabschlussprüfung gemäß § 121 Abs. 1 Nr. 2 GO LSA		
<p>... für kleine Eigengesellschaften i.S.d. § 267 Abs. 1 HGB alternativ</p> <ul style="list-style-type: none"> - nach den Vorschriften des Dritten Buchs des HGB für große Kapitalgesellschaften plus erweiterte Prüfung nach § 53 Abs. 1 Nr. 1 und 2 HGrG aufgrund des § 121 Abs. 3 GO LSA <p>oder alternativ</p> <ul style="list-style-type: none"> - nach den Vorschriften über die Jahresabschlussprüfung bei Eigenbetrieben (= § 18 Abs. 3 EigBG, § 14 EigVO, § 16 EigVO und § 131 GO LSA) 	<p>... für mittelgroße Eigengesellschaften i.S.d. § 267 Abs. 2 HGB</p> <ul style="list-style-type: none"> - nach den Vorschriften des Dritten Buchs des HGB für große Kapitalgesellschaften plus erweiterte Prüfung nach § 53 Abs. 1 Nr. 1 und 2 HGrG aufgrund des § 121 Abs. 3 GO LSA 	<p>... für große Eigengesellschaften i.S.d. § 267 Abs. 3 HGB</p> <ul style="list-style-type: none"> - nach den Vorschriften des Dritten Buchs des HGB für große Kapitalgesellschaften plus erweiterte Prüfung nach § 53 Abs. 1 Nr. 1 und 2 HGrG aufgrund des § 121 Abs. 3 GO LSA