|  |  |
| --- | --- |
|  | **Prüfung der Aufsicht über die Betätigung der Kommunen gemäß §§ 121 ff Hessische Gemeindeordnung (HGO) als Teil der kommunalen Finanzaufsicht**  Stand: 29.08.2013 |
|  |

In der Zeit vom 19. bis 22. Oktober 2010 hat der Hessische Rechnungshof (HRH) in der Kommunalabteilung des Hessischen Ministerium des Innern und für Sport (HMDIS) und bei den Regierungspräsidien in Darmstadt und Kassel die Betätigung der Kommunen als Teil der kommunalen Finanzaufsicht geprüft.

Das Ergebnis der Prüfung und die Sichtweise des HMDIS sind in den Bemerkungen 2011 des HRH zur Haushalts- und Wirtschaftsführung des Landes Hessen vom 29. März 2012 Teil II Bemerkungen zu den Einzelplänen des HMDIS (Epl. 03) Abschnitt 9 Aufsicht über die Betätigung der Kommunen als Teil der kommunalen Finanzaufsicht (Kap. 0301, Buchungskreis 2200, Produkt Nr. 11) (Seiten 237 – 243) enthalten.

Der HRH weist insbesondere daraufhin, dass es für die Kommunalaufsicht über die Prüfung der Voraussetzungen, unter denen Kommunen sich wirtschaftlich betätigen dürfen, keine einheitlichen Prüfmuster gebe. Der HRH empfiehlt, eine einheitliche und risikoorientierte Aufsicht durch einheitliche Maßstäbe und Verfahren sicherzustellen. Prüfmaßstäbe und Prüfverfahren sollten in einer Checkliste festgehalten werden. Des Weiteren wurde angemerkt, dass hinsichtlich kommunaler Unternehmen die Einhaltung des Spekulationsverbots und die Möglichkeiten von Konsolidierungsbeiträgen kommunaler Unternehmen nicht hinreichend geprüft würden. Als erheblich wurde ebenfalls angesehen, dass Kommunale Richtlinien zur „Corporate Governance“ nicht auf Kongruenz zu bundes- und landesgesetzlichen Vorschriften hin überprüft würden.

Getragen von der gemeinsamen Sorge um die Aufrechterhaltung der finanziellen Leistungsfähigkeit der Kommunen wurden die Bemerkungen des HRH genutzt, um den Einsatz des aufsichtsrechtlichen Instrumentariums weiterhin zu optimieren. Aus diesem Grunde wurde in Abstimmung mit den Regierungspräsidien und dem HRH ein systematisches Aufsichtsraster versehen mit Erläuterungen zu Maßstäben und Anforderungen erstellt. Dieses umfasst insbesondere die wesentlichen Aspekte im Rahmen einer Anzeige nach § 127a HGO und soll in der operativen Tätigkeit zu einer gleichmäßigen Handhabung, damit zu einer einheitlichen Aufsicht bei der Betätigung der Kommunen, beitragen. Die aktuellen Auswirkungen der „energiewirtschaftlichen“ Regelungen und der „Schutzschirmgesetzgebung“ sind einbezogen.

Das „Aufsichtsraster“ ist in den folgenden Abschnitten dargestellt und erläutert und ist von den Aufsichtsbehörden einheitlich anzuwenden:

**I. a) Checkliste im Rahmen einer Anzeige nach § 127a HGO**

**I. b) Maßstäbe und Anforderungen zur Checkliste im Rahmen einer Anzeige nach   
§ 127a HGO**

**II. a) Checkliste im Rahmen der laufenden Ausübung wirtschaftlicher Betätigung nach §§ 121 ff HGO**

**II. b) Maßstäbe und Anforderungen zur Checkliste im Rahmen der laufenden Ausübung wirtschaftlicher Betätigung nach §§ 121 ff HGO**

**I. a) Checkliste im Rahmen einer Anzeige nach § 127a HGO**

|  |
| --- |
| **A) Anzeige** |
| Anzeige der Kommune vom  Gremienbeschluss gem. §§ 50, 51 HGO / §§ 29, 30 HKO vom  Aus der Anzeige ist / ist nicht zu ersehen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen der  §§ 121 ff HGO erfüllt sind.  Folgende Unterlagen wurden der Anzeige beigefügt: |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **B) Grunddaten** | Status | |
| Unternehmensbezeichnung |  | |
| Unternehmenszweck und -gegenstand |  | |
| Kapital- und Gesellschafterstruktur |  | |
| Unmittelbare/ mittelbare Beteiligung |  | |
| Organe der Gesellschaft |  | |
|  | |  |
| **C) Voraussetzungen** **wirtschaftlicher Betätigung gemäß**  **§ 121 HGO** | Erläuterungs-feld | Status  (erfüllt: ja / nein  ggf.  Erläuterungen/ Hinweise) |
| Wirtschaftliche Betätigung   * § 121 Abs. 1 (1. Halbsatz) HGO * § 121 Abs. 9 HGO * § 121 Abs. 2 HGO | C 1 |  |
| Öffentlicher Zweck (§ 121 Abs. 1 Nr. 1 HGO)  Ggf. verbundene Tätigkeiten (§ 121 Abs. 4 HGO) | C 2 |  |
| Leistungsfähigkeit und Bedarf (§ 121 Abs. 1 Nr. 2 HGO) | C 3 |  |
| Schutzschirmregelungen betroffen? | C 4 |  |
| Bestandsschutz (§ 121 Abs. 1 Satz 2 HGO) | C 5 |  |
| Subsidiarität (§ 121 Abs. 1 Nr. 3 HGO) | C 6 |  |
| Wirtschaftliche Betätigung im Bereich erneuerbarer Energien  (§ 121 Abs. 1a HGO) | C 7 |  |
| Örtlichkeitsprinzip (§ 121 Abs. 5 HGO) | C 8 |  |
| Markterkundung (§ 121 Abs. 6 HGO) | C 9 |  |
| Wirtschaftsführung (§ 121 Abs. 8 HGO) | C 10 |  |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **D) Voraussetzungen wirtschaftlicher Betätigungen in verschiedenen Organisationsformen** | Erläuterungs-feld | Status  (erfüllt: ja / nein  ggf.  Erläuterungen/ Hinweise) |
| Begrenzung der Haftung und Einzahlungsverpflichtung  (§ 122 Abs. 1 Nr. 2 HGO) | D 1 |  |
| Angemessener Einfluss (§ 122 Abs. 1 Nr. 3 HGO) und  Vertretung in Organen (§ 125 HGO) | D 2 |  |
| Sonderregelung Aktiengesellschaft (§ 122 Abs. 3 HGO) | D 3 |  |
| Sonderregelung eingetragene Kreditgenossenschaft  (§ 122 Abs. 6 HGO) | D 4 |  |
| Aufstellung und Prüfung Jahresabschluss/ Lagebericht gemäß  den Vorschriften großer Kapitalgesellschaften  (§ 122 Abs. 1 Nr. 4 HGO) | D 5 |  |
| Zulassung von Ausnahmen zu D 1, D 2 und D 5  (§ 122 Abs. 1 Satz 2 HGO) | D 6 |  |
| Vorliegen der Voraussetzungen D 1, D 2 und D 5 und  Nachweis eines wichtigen Interesses **bei nichtwirtschaftlichen Unternehmen in** **Gesellschaftsform** (§ 122 Abs. 2 HGO) | D 7 |  |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **E) Beteiligungsspezifische Zulässigkeitsvoraussetzungen**  **und Hinwirkungsverpflichtungen** | Erläuterungs-feld | Status  (erfüllt: ja / nein  ggf.  Erläuterungen/ Hinweise) |
| Wirtschaftsplan/Finanzplanung (§ 122 Abs. 4 Nr. 1 lit. a) und  b) HGO) | E 1 |  |
| Wirtschaftsführung (§ 122 Abs. 4 Nr. 2 HGO) | E 2 |  |
| Ausübung der Prüfungsrechte nach § 53 Abs. 1 HGrG  (§ 123 Abs. 1 Nr. 1 HGO) | E 3 |  |
| Zulassung von Ausnahmen zu E 3 (§ 123 Abs. 1 Satz 2 HGO) | E 4 |  |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **F) Weitere Hinwirkungsverpflichtungen** | Erläuterungs-feld | Status  (erfüllt: ja / nein  ggf.  Erläuterungen/ Hinweise) |
| Einräumung der Prüfungsrechte nach § 54 HGrG bei  kommunaler Mehrheitsbeteiligung (§ 123 Abs.1 Nr. 2 HGO) | F 1 |  |
| Zulassung von Ausnahmen zu F 1 (§ 123 Abs. 1 Satz 2 HGO) | F 2 |  |
| Einräumung der Unterrichtungs- und Prüfungsrechte nach  §§ 53 und 54 HGrG bei kommunaler Minderheitsbeteiligung  (§ 123 Abs. 2 HGO) | F 3 |  |
| Veröffentlichung der Bezüge bei kommunaler Mehrheitsbeteiligung  nach § 53 HGrG (§ 123a Abs. 2 Satz 2 HGO) | F 4 |  |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **G) Zulässigkeitsvoraussetzungen**  **bei einflussmindernden Rechtsgeschäften** | Erläuterungs-feld | Status  (erfüllt: ja / nein  ggf.  Erläuterungen/ Hinweise) |
| Keine Beeinträchtigung der Erfüllung der Aufgabe  (§ 124 HGO) | G 1 |  |

**I. b) Maßstäbe und Anforderungen zur Checkliste im Rahmen einer Anzeige nach   
§ 127a HGO**

**Anzeigepflichtig** sind folgende Entscheidungen:

1. Errichtung, Übernahme oder wesentliche Erweiterung eines **wirtschaftlichen Unternehmens**.

Unternehmen sind verselbständigte Wirtschafts- und ggf. Rechtssubjekte; sie können öffentlich-rechtlich oder zivilrechtlich organisiert sein.

Der Begrifflichkeit unterliegen daher **Eigenbetriebe** (§ 115 Abs. 1 Nr. 3 HGO, § 127 Abs. 1 HGO – wirtschaftliches Unternehmen ohne Rechtspersönlichkeit), **Anstalten des öffentlichen Rechts** (§ 126a Abs. 1 HGO – rechtsfähiges Unternehmen, zum Verweis vgl. § 126a Abs. 2 HGO) - soweit nicht auf spezialgesetzlicher Grundlage errichtet - und **privatrechtliche Vereinigungen** (§ 126 HGO).

Zu Genossenschaften und Gesellschaften als Ausprägungsform eines wirtschaftlichen Unternehmens siehe nachfolgend c) bzw. b).

1. Gründung, erstmalige Beteiligung sowie die wesentliche Erhöhung einer Beteiligung an einer **Gesellschaft**. Für mittelbare Beteiligungen gilt § 127a Abs. 2 HGO.
2. Erwerb eines Geschäftsanteils einer **eingetragenen Genossenschaft**.
3. **Einflussmindernde Rechtsgeschäfte** i.S.v. § 124 HGO.

Gemeint sind im Wesentlichen Beteiligungsveräußerungen an Gesellschaften.

**Anzeigefrei** ist die Gründung rechtlich unselbstständiger örtlicher **Stiftungen** (Sondervermögen im Sinne von § 115 Abs. 1 Nr. 2 HGO) und die Aufnahme wirtschaftlicher Betätigung durch die Kommune selbst (**Regiebetrieb**).

Die Gründung von **Zweckverbänden** (§ 10 KGG) sowie der Beitritt und das Ausscheiden von Verbandsmitgliedern (§ 21 KGG) ist genehmigungspflichtig und unterliegt daher nicht einer gesonderten Anzeigepflicht nach § 127a HGO.

**Zu C 1:**

Es bedarf der Feststellung, ob eine **wirtschaftliche Betätigung** vorliegt.

Kraft gesetzlicher Fiktion sind als wirtschaftliche Betätigung nicht die Tätigkeiten anzusehen, die unter den Ausnahmekatalog des § 121 Abs. 2 HGO fallen. Die Erfüllung des vorrangigen öffentlichen Zwecks wird unterstellt bzw. vermutet.

Wenn und soweit Dritte mit Leistungen der Kommune versorgt werden, ist keine Tätigkeit zur Deckung des Eigenbedarfs mehr gegeben. Eigenbedarf ist damit auf die jeweilige kommunale Infrastruktureinrichtung bezogen, nicht auf den Gesamtbedarf der örtlichen Bevölkerung.

Soweit die Kommune ihren Vermögensbestand gemäß § 108 Abs. 2 HGO wirtschaftlich verwaltet und damit zur Erzielung von Vorteilen auch im Sinne einer Nachnutzung brachliegender Vermögensgegenstände einsetzt, ist keine wirtschaftliche Betätigung im Sinne von § 121 Abs. 1 HGO gegeben. Voraussetzung ist, dass der eigentliche Nutzungszweck des Vermögensgegenstandes nicht beeinträchtigt oder wesentlich verändert wird.

**Zu C 2:**

Ein öffentlicher Zweck muss die Betätigung rechtfertigen. Der Begriff umgreift jedweden im Aufgabenbereich der Kommune liegenden Gemeinwohlbelang und schließt lediglich „reine“ Gewinnerwirtschaftung als Zwecksetzung aus. Hierbei ist die Einschätzungsprärogative der Kommune zu beachten, welche Ausfluss des kommunalen Selbstverwaltungsrechts ist. Mit dem Erfordernis der öffentlichen Zwecksetzung ist die Kommunalwirtschaft auf Gemeinwohlbelange festgelegt. Deshalb sind Maßnahmen zur Verbesserung der örtlichen Infrastruktur, der Wettbewerbssicherung, der Gewährleistung einer krisenfesten Versorgung der Einwohner, der Arbeitsplatzsicherung aber auch des Umweltschutzes durch einen öffentlichen Zweck gedeckt.

Die Kommune hat auch gegenüber der Kommunalaufsicht darzulegen, welcher öffentliche Zweck mit der Betätigung verfolgt wird und dass dieser nicht bereits abgedeckt wird.

Annextätigkeiten, dies sind üblicherweise im Wettbewerb zusammen mit der Hauptleistung erbrachte, verbundene Tätigkeiten, werden durch den öffentlichen Zweck der Hauptbetätigung als gerechtfertigt angesehen. Die an Markterfordernissen ausgerichtete Weiterentwicklung kommunaler Betätigung soll ermöglicht werden. Eine verbundene Tätigkeit liegt nicht mehr vor, wenn eine untergeordnete Annexaufgabe zum Hauptgegenstand der Tätigkeit übernommen wird.

Die Kommunen sind jedoch gehalten, mit der Ausführung der verbundenen Tätigkeiten nach Möglichkeit private Dritte zu beauftragen, soweit dies nicht unwirtschaftlich ist.

**Zu C 3:**

Die Betätigung muss nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Kommune und zum voraussichtlichen Bedarf stehen.

Die Klärung eines voraussichtlichen Bedarfs basiert auf einer entsprechenden Prüfung und Analyse der Kommune. Die Bedarfsbegründung hat auch gegenüber der Kommunalaufsicht die Notwendigkeit der eigenen Betätigung und deren örtlichen Bezug darzulegen.

Die avisierte Betätigung muss in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Kommune stehen, d.h. sie darf ihre finanziellen Möglichkeiten nicht übersteigen aber auch die Verwaltungskapazitäten nicht überfordern. Die entsprechende Einschätzung der Kommune ist auf Grundlage der nach § 121 Abs. 6 HGO durchzuführenden Markterkundung - mit den darin darzustellenden Chancen und Risiken der wirtschaftlichen Betätigung – auch gegenüber der Kommunalaufsicht darzulegen.

**Zu C 4:**

Die Teilnahme einer Kommune am Kommunalen Schutzschirm steht der Aufnahme einer wirtschaftlichen Betätigung per se nicht im Wege.

Im Hinblick auf § 121 Abs. 1 Nr. 2 HGO gilt zunächst weiterhin, dass die avisierte Betätigung in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Kommune stehen muss.

Es ist jedoch zusätzlich zwingend darauf zu achten, dass die mit einer wirtschaftlichen Betätigung verbundenen Investitionen und Aufwendungen nicht zu einer Abweichung vom vertraglich vereinbarten Konsolidierungspfad führen. Mehraufwendungen an entsprechender Stelle müssen daher durch entsprechende zusätzliche Erträge bzw. Aufwandreduzierungen an anderer Stelle kompensiert werden, sofern dies zur Einhaltung des Konsolidierungspfades erforderlich ist. Sollte sich die avisierte Betätigung nachweislich haushaltsneutral umsetzen lassen, stünde deren Aufnahme nicht in einem Konflikt mit dem Schutzschirmgesetz.

Zur Klärung dieser Frage bedarf es der Abstimmung zwischen der gem. § 4 Abs. 3 Satz 1 Schutzschirmgesetz zuständigen (Finanz-) Aufsichtsbehörde, der jeweiligen Kommune und dem Landrat. Hinsichtlich der anzuzeigenden Entscheidungen bzgl. wirtschaftlicher Betätigungen hat der Gesetzgeber keinen Genehmigungsvorbehalt vorgesehen. Hier verbleibt die Aufsicht bei dem zuständigen Landrat. Wegen der haushaltsmäßigen Auswirkungen der Entscheidungen hinsichtlich wirtschaftlicher Betätigung ist es erforderlich, jeden Einzelfall einer gesonderten, umfassenden Prüfung bzgl. Einhaltung der „Schutzschirmregelungen“ zu unterziehen.

Die Kommune hat darzulegen, dass von dem vereinbarten Konsolidierungspfad nicht abgewichen wird.

**Zu C 5:**

Liegt eine gerechtfertigte und den Verhältnissen der Kommune angemessene wirtschaftliche Betätigung vor, bedarf es in einem nächsten Prüfungsschritt der Feststellung, ob die Betätigung schon vor dem Stichtag 01. April 2004 ausgeübt wurde.

Für bereits vor dem Stichtag durch die Kommune wahrgenommenen Betätigungen entfallen diesbezüglich weitere Prüfungsschritte auf Grund des gesetzlich normierten Bestands- schutzes.

Der Bestandsschutz erstreckt sich darüber hinaus auf vollständig dem Wettbewerb geöffnete Tätigkeiten. Diese dürfen im Rahmen der sonstigen Vorgaben des § 121 Abs. 1 HGO quantitativ ausgedehnt und qualitativ im Leistungsumfang entsprechend den Marktgegebenheiten weiterentwickelt werden. Dies umfasst die Gewinnung neuer Kunden und den Aufbau neuer Geschäftsfelder. Der Bestandsschutz erstreckt sich daher auch auf nach dem Stichtag erfolgte Erweiterungen eines bestehenden Unternehmens.

**Zu C 6:**

Falls keine bestandsgeschützte Betätigung ausgeübt wird, ist weiter zu prüfen, ob der öffentliche Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt wird oder werden kann (strenge Subsidiarität). Die Ausübung der Tätigkeit durch die Kommune statt durch einen privaten Dritten muss demnach entweder in Bezug auf die Wirtschaftlichkeit oder in einer Gesamtschau der Anforderungen im Vergleich besser zu bewerten sein, um die Betätigung zu rechtfertigen. In die Bewertung dürfen neben Qualität, erforderlicher Quantität und Zuverlässigkeit der Leistungserbringung sowie Nachhaltigkeit der Leistung auch sozialpolitische Gesichtspunkte einbezogen werden.

Aus der Formulierung des Gesetzes hinsichtlich der Subsidiarität ergibt sich, dass eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde nur dann zulässig ist, wenn diese die öffentliche Aufgabe besser und wirtschaftlicher erfüllen kann, als dies ein Privater vermag. Dies ist seitens der Kommune darzulegen; erforderlich ist eine nachvollziehbare Abwägung.

**Zu C 7:**

Sollte sich die Betätigung auf das Gebiet der Erzeugung, Speicherung und Einspeisung erneuerbarer Energien sowie ggf. auf die Verteilung von hieraus gewonnener thermischer Energie erstrecken, kann alternativ zu C 6 unter Beachtung der weiter normierten Restriktionen vorgegangen werden. Auf die zwingende Durchführung einer Subsidiaritätsprüfung wird bei bestimmten Fallkonstellationen (bei kommunaler Beteiligung bis 50 %) energiewirtschaftlicher Betätigung nach dem EEG verzichtet. Netzbetrieb, außer der Verteilung von aus erneuerbaren Energien gewonnener thermischer Energie, unterliegt weiterhin dem Nachrangigkeitsgrundsatz.

Markterkundung zur Erreichung der privaten Beteiligungen setzt voraus, dass eine Vorgehensweise gewählt wird, die geeignet ist, dass ein unbestimmter Kreis von Einwohnern und Privatunternehmern von den Betätigungsabsichten Kenntnis erlangen kann. Die Vorgabe einer Beteiligung privater Dritter von mindestens 50% setzt dem kommunalen Anteil eine – allerdings auch nach oben variable – Grenze. Bestandsgeschützte, kommunal (mit-) getragene Gesellschaften in Zivilrechtsform sind in diesem Zusammenhang als private Dritte zu qualifizieren und damit quotal anzurechnen. Sie standen und stehen weiterhin hinsichtlich ihrer Betätigung im akzeptierten wettbewerblichen Marktbezug und müssen und sollen sich daher dem normalen Wettbewerb mit „rein“ Privaten stellen. Eine weitergehende Beeinträchtigung berechtigter Interessen rein privater Konkurrenz ist nicht zu beanstanden, da eine entsprechende Betätigung originär im Rahmen der Bestandsschutzregelung ausgeübt werden könnte. Eine neue und unerwünschte Konkurrenzsituation entsteht nicht. Auch unter der Prämisse des Vorrangs privater Betätigung war es nicht Absicht des Gesetzgebers, tatsächlich geeignete und weithin erfahrene Partner durch formales Abstellen auf deren Rechtsform dem Wettbewerb von vornherein zu entziehen.

Ein Markterkundungsverfahren (vgl. unten C 9) ist bei Aufnahme wirtschaftlicher Betätigung (nach dem EEG) auch dann durchzuführen, wenn von vornherein feststeht, dass die Kommune die quotal festgelegte maximale Beteiligungshöhe nicht überschreitet. Denn es wird eine Befassung mit Chancen und Risiken der Betätigung und den ökonomischen Auswirkungen auf Private erwartet.

Die konkrete kommunale Beteiligungsquote kann erst festgelegt werden, wenn im Rahmen des Markterkundungsverfahrens die Beteiligungshöhe privater Dritter bekannt ist (§ 121 Abs. 1a i. V. m. Abs. 1b HGO).

**Zu C 8:**

Grundsätzlich liegt der Gemeindeordnung eine spezifische Ortsbezogenheit zu Grunde, somit ist der Kommune zunächst nur eine begrenzte Betätigungskompetenz in räumlicher Hinsicht eingeräumt. Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets ist jedoch zulässig, wenn die normierten Voraussetzungen erfüllt sind (§ 121 Abs. 5 HGO).

Zulässig erachtete Betätigung nach dem EEG auf dem Gebiet der erneuerbaren Energien ist überörtlich gestattet, wenn sie im regionalen Umfeld in den Formen interkommunaler Zusammenarbeit und unter Beteiligung privater Dritter erfolgt. Voraussetzung interkommunaler Zusammenarbeit ist also, dass es um Bedarfsbefriedigung geht, die in allen beteiligten örtlichen Gemeinschaften wurzelt. Der Begriff der interkommunalen Zusammenarbeit ist weit auszulegen und daher nicht auf deren Formen nach KGG (Zweckverbände und öffentlich-rechtliche Vereinbarungen) beschränkt, sondern schließt insbesondere gesellschaftsrechtliche Gestaltungen mit ein.

**Zu C 9:**

Markterkundung ist eine qualitative Form der Marktuntersuchung, bei der anlassbezogen marktrelevante Informationen gesammelt werden. Zweck ist es, eine Einschätzung der kommunalen Positionierung hinsichtlich Chancen und Risiken zu ermöglichen. Weiter müssen private Dritte die Möglichkeit erhalten darzulegen, ob und in wieweit sie öffentlichen Zwecken dienende Tätigkeiten ebenso gut und wirtschaftlich erbringen können. Eine besondere Form ist für das Verfahren nicht vorgegeben, die Ergebnisse sind jedoch schriftlich zu dokumentieren.

Das Markterkundungsverfahren ist vor Entscheidung des zuständigen Vertretungsorgans der Kommune durchzuführen, da auf dessen Grundlage zu unterrichten ist. Es handelt sich um eine verfahrensmäßige Anforderung zum Schutz der Kommune. Für bloße Änderungen der Unternehmensform ist die Markterkundung nicht vorgeschrieben. Die Aufnahme wirtschaftlicher Betätigung durch die Kommune, beispielsweise in Form eines Regiebetriebs, ist von der Verpflichtung zur Markterkundung nicht erfasst.

Im Rahmen des Entscheidungsverfahrens muss die Kommune zunächst den örtlichen Kammern und Verbänden Gelegenheit zur Stellungnahme geben, soweit deren Geschäftsbereich betroffen ist. Die Stellungnahmen sind dem zur Entscheidung berufenen kommunalen Vertretungsorgan zur Kenntnis zu geben.

Das Ergebnis der Markterkundung und die einzuholenden Stellungnahmen sind vorzulegen.

**Zu C 10:**

Wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinde sind so zu führen, dass sie einen Überschuss für den Haushalt der Kommune generieren, soweit dies mit der Erfüllung des öffentlichen Zwecks in Einklang zu bringen ist. Gewinnaufschläge insbesondere bei privatrechtlichen Entgelten sind nicht ausgeschlossen. Die Umsetzung ist im Rahmen der laufenden Ausübung der wirtschaftlichen Betätigung dauerhaft zu überwachen (vgl. II. b) zu 3).

**Zu D 1:**

Haftung und Einzahlungsverpflichtung sind auf einen der Leistungsfähigkeit der Kommune angemessenen Betrag zu begrenzen. Es ist im Einzelfall festzustellen, ob die Finanzkraft der Kommune die beabsichtigte Haftsumme und Einzahlungsverpflichtung zulässt. Nachschussverpflichtungen sind nach Maßgabe des § 104 HGO genehmigungspflichtig. Über die Verweisung in § 126 HGO gilt das Erfordernis der Haftungsbeschränkungen auch für Genossenschaften.

Die mit den Rechtsformen der GmbH und der eG erreichbaren Haftungsbeschränkungen werden erst nach Eintragung in das jeweilige Register wirksam. In den Gesellschaftsverträgen sollte daher verankert werden, dass die Geschäftstätigkeit in der Regel erst zum Eintragungszeitpunkt aufgenommen wird.

Unter dem Begriff Haftung wird die Gesamtheit der Regelungen verstanden, die sich darauf beziehen, auf welche Vermögensmassen die Gläubiger, in welchem Umfang und unter welchen Voraussetzungen zugreifen können, um durch den Erlös aus deren Verwertung ihre Ansprüche zu befriedigen. Von beschränkter Haftung wird gesprochen, wenn Gesellschafter oder Genossen nach Leistung der vereinbarten Einlage nicht mehr zur Deckung von Verbindlichkeiten ihrer Unternehmung herangezogen werden können. Dies gilt für die Kommanditisten der KG (§ 171 HGB), die Gesellschafter der GmbH, die Aktionäre der AG und die Genossen der eG, deren Statut keine Nachschusspflicht (vgl. §§ 6 Nr. 3 und 105 GenG) vorsieht. Voraussetzung ist jedoch, dass die festgelegte Einlage geleistet ist.

Haften für die Verbindlichkeit einer Unternehmung neben dem Unternehmensvermögen die Gesellschafter mit ihrem gesamten Privatvermögen, so spricht man von unbeschränkter Haftung. In dieser Weise müssen die Gesellschafter der OHG (§§ 105, 128 HGB) und die Komplementäre der KG (161 HGB) unmittelbar als Gesamtschuldner einstehen. In dieser rechtlichen Festlegung liegt der Grund dafür, dass es den Kommunen untersagt ist, eine derartige Gesellschafterstellung unmittelbar einzunehmen. Zulässig ist es dagegen, mittels einer GmbH in einer Kommanditgesellschaft die Komplementärstellung einzunehmen.

**Zu D 2:**

Es besteht die sogenannte Ingerenzpflicht. Die Kommune soll die Möglichkeit haben, entsprechend ihres Kapitalanteils auf die Erfüllung des öffentlichen Zwecks hinzuwirken, der das Eingehen der Beteiligung veranlasst und begründet hat. Zur Durchsetzung der Möglichkeiten der Einflussnahme ist auf die Einhaltung der Regelungen nach § 125 HGO zu achten.

Bei Beteiligungen werden den Möglichkeiten der Gemeinden insoweit Grenzen gezogen sein. Angemessen im Sinne von § 122 Abs. 1 Nr. 3 HGO bedeutet demnach, dass die konkreten Möglichkeiten im Rahmen der bestehenden gesellschaftsrechtlichen Anteils- und Stimmrechtsverhältnisse zu berücksichtigen sind.

Bei Gesellschaften, die nicht kraft Gesetzes einen Aufsichtsrat zu bilden haben, ist es empfehlenswert, dass im Gesellschaftsvertrag ein entsprechendes Überwachungsorgan vorgesehen wird. In einer Gesamtschau wäre ggf. darzulegen, weshalb auf die Einrichtung eines Kontrollorgans verzichtet wurde.

Im Spannungsfeld von Ingerenzpflicht und genossenschaftsrechtlichen Vorgaben wird auf die Möglichkeit - insbesondere bereits in der Gründungssatzung - kommunale Sonderrechte in Bezug auf die Bestellung von Vorstandspositionen festzulegen, hingewiesen.

**Zu D 3:**

Eine Betätigung in dieser oder Beteiligung an dieser Rechtsform ist - wegen der besonders abgesicherten Unabhängigkeit des Vorstands und des Aufsichtsrates - lediglich in Ausnahmefällen zulässig. Wesentliche Voraussetzung ist, dass der öffentliche Zweck des Unternehmens nicht ebenso gut in einer anderen Rechtsform erfüllt werden kann.

Die Bestimmung dient, wegen eingeschränkter Steuerungsmöglichkeiten der Organe der AG, zur Konkretisierung des § 122 Abs. 1 Nr. 3 HGO. Finanzanlagen, z.B. durch Beimischung von Aktien in Fonds, sind durch die Regelung nicht angesprochen.

Das Tätigwerden in der Rechtsform der Aktiengesellschaft ist eine Ausnahmeentscheidung. Die Gründe für die Wahl oder Beteiligung an Unternehmen in dieser Rechtsform sind durch die Kommune zu benennen.

**Zu D 4:**

Geschäftsanteile an eingetragenen Kreditgenossenschaften dürfen erworben werden, wenn eine Nachschusspflicht ausgeschlossen oder die Haftsumme auf einen bestimmten Betrag beschränkt ist.

Die Bestimmung konkretisiert § 122 Abs. 1 Nr. 2 HGO und bildet einen Ausnahmetatbestand zu § 121 Abs. 9 HGO ab.

**Zu D 5:**

Entsprechendes ist gesellschaftsvertraglich zu vereinbaren. Die Erleichterungen, die das HGB für kleine und mittelgroße Kapitalgesellschaften vorsieht, dürfen aus Gründen der Vergleichbarkeit und Transparenz nicht in Anspruch genommen werden.

**Zu D 6:**

Besondere Fälle im Sinne des § 122 Abs. 1 Satz 2 HGO setzen eine völlig atypische Konstellation voraus. Selbst wenn diese vorliegt, handhabt die Kommunalaufsicht die Zulassung von Ausnahmen restriktiv.

**Zu E 1:**

Die Verpflichtungen zu einer Finanzplanung werden für den Fall von Mehrheitsbeteiligungen der Kommune am Kapital auf die betroffene Gesellschaft ausgedehnt. Auf die Implementierung der Planungsgrundsätze durch gesellschafts-vertragliche Regelung ist daher in diesen Fällen hinzuwirken. Die Kommune hat ggf. darzulegen, wie sie der Hinwirkungspflicht gerecht geworden ist.

**Zu E 2:**

Vergleiche C 10.

**Zu E 3:**

Bei Erfüllung der Beteiligungsquote hat die Gemeinde die Rechte nach § 53 Abs. 1 HGrG auszuüben. Bei derartigen Beteiligungsverhältnissen hat die Kommune zu verlangen, dass im Rahmen der Abschlussprüfung die Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung mitgeprüft wird, der Abschlussprüfer beauftragt wird, die Entwicklung der Vermögens- und Ertragslage sowie der Liquidität und Rentabilität dargestellt wird, wesentliche verlustbringende Geschäfte und Ursachen von Verlusten wesentlicher Bedeutung sowie die Ursachen von Jahresfehlbeträgen benannt werden. Zu verlangen hat die Kommune weiter, dass die Prüfungsberichte unverzüglich übersandt werden.

**Zu E 4:**

Die Zulassung von Ausnahmen durch die Kommunalaufsicht ist hinsichtlich § 123 Abs. 1 Nr. 1 HGO restriktiv zu handhaben.

**Zu F 1:**

Auf Einräumung der Befugnisse nach § 54 HGrG ist im Falle von Mehrheitsbeteiligungen am Kapital nach HGrG seitens der Kommune hinzuwirken. Die Befugnisse nach § 54 HGrG sind der Kommune und dem überörtlichen Prüfungsorgan einzuräumen. Für eine anordnende, auf sichtliche Maßnahme, das Prüfungsrecht - insbesondere hinsichtlich des überörtlichen Prüfungsorgans - aufzunehmen, besteht derzeit keine Rechtsgrundlage.

Mit der Anzeige ist seitens der Kommune ggf. darzulegen, ob und wie sie ihren Hinwirkungsverpflichtungen nachgekommen ist.

**Zu F 2:**

Die Zulassung von Ausnahmen durch die Kommunalaufsicht ist hinsichtlich § 123 Abs. 1 Nr. 2 HGO restriktiv zu handhaben. Im Übrigen sieht die Kommunalaufsicht keinen Raum, Ausnahmen von der Hinwirkungspflicht zu gewähren.

**Zu F 3:**

Die Gemeinde hat bei Erfüllung der vorgegebenen quotalen Verhältnisse eine entsprechende Hinwirkungsverpflichtung.

Mit der Anzeige ist seitens der Kommune ggf. darzulegen, ob und wie sie ihren Hinwirkungsverpflichtungen nachgekommen ist.

**Zu F 4:**

Auf die Mitteilung und Veröffentlichung der Einzelbezüge der Organmitglieder ist hinzuwirken. Die Kommune ist gehalten, bei Gesellschaftsverträgen das Veröffentlichungsgebot durchzusetzen.

Mit der Anzeige ist seitens der Kommune ggf. darzulegen, ob und wie sie ihren Hinwirkungsverpflichtungen nachgekommen ist oder nachkommen wird.

**Zu G 1:**

Es ist durch die Kommune darzulegen, dass die Erfüllung der Aufgaben nicht beeinträchtigt wird.

**II. a) Checkliste im Rahmen der laufenden Ausübung wirtschaftlicher Betätigung nach**

**§§ 121 ff HGO**

|  |  |
| --- | --- |
| **Anforderungen** | Erläuterungsfeld |
| Jährliche Vorlage der Ergebnisse energiewirtschaftlicher  Betätigung nach dem EEG (§ 121 Abs. 1a letzter Satz HGO) | 1 |
| Erfüllungs- und Übertragungsprüfung (§ 121 Abs. 7 HGO) | 2 |
| Wirtschaftsführung (§ 122 Abs. 4 Nr.2 i. V. m. § 121 Abs. 8 HGO),  Konsolidierungsbeiträge, Spekulationsverbot | 3 |
| Ausübung der Rechte nach § 53 Abs. 1 HGrG (§ 123 Abs. 1 Nr. 1  HGO; ggf. § 123 Abs. 2 i. V. m. § 123 Abs. 1 Nr. 1 HGO)  § 1 Abs. 4 Ziffer 10 GemHVO | 4 |
| Erstellung eines Beteiligungsberichtes / Veröffentlichung der  Bezüge / Erörterung (§ 123a HGO) | 5 |
| „Corporate Governance“ | 6 |

**II. b) Maßstäbe und Anforderungen zur Checkliste im Rahmen der laufenden Ausübung wirtschaftlicher Betätigung nach §§ 121 ff HGO**

**Zu 1:**

Die wirtschaftlichen Ergebnisse der Betätigung nach § 121 Abs. 1a HGO sind einmal jährlich dem kommunalen Vertretungsorgan vorzulegen.

Entsprechende Unterlagen sollten im Rahmen des Haushaltsgenehmigungsverfahrens vorgelegt werden.

**Zu 2:**

Im Laufe einer Wahlzeit hat eine Bestandsaufnahme wirtschaftlicher Betätigung im Hinblick auf die Voraussetzungen des § 121 Abs. 1 HGO unter Betrachtung möglicher Übertragung der Betätigung auf private Dritte zu erfolgen (Privatisierungsprüfung). Das Vertretungsorgan hat hierüber zu befinden.

Entsprechende Unterlagen werden angefordert.

**Zu 3:**

Sofern eine Mehrheitsbeteiligung an einer Gesellschaft besteht und ein wirtschaftliches Unternehmen betrieben wird, ist die Kommune gehalten darauf hinzuwirken, dass nach den Wirtschaftsgrundsätzen gemäß § 121 Abs. 8 HGO verfahren wird. Neben Vermögenserhalt durch Thesaurierung von Erträgen liegt der Schwerpunkt der Regelung darin, dass wirtschaftliche Unternehmen einen Überschuss für den Haushalt der Kommune abwerfen sollen, soweit dies mit der Erfüllung des öffentlichen Zwecks in Einklang zu bringen ist. Es ist im Zusammenhang mit „Vermögenserhalt“ auf den Erlass StAnz 11/2009 Seite 701 (Spekulationsverbot) zu verweisen. Dies gilt auch für kommunale Unternehmen.

Wie bereits im Rahmen des Schutzschirmverfahrens ausgeübt, sollte darauf geachtet werden, ob Möglichkeiten eines Konsolidierungsbeitrages zum Haushalt durch kommunale Gesellschaften bspw. durch eine angepasste Eigenkapitalausstattung oder Ergebnisausschüttung bestehen. Die Kommunen sind im Bedarfsfall angehalten entsprechende Beschlüsse herbeizuführen.

Konsolidierungsbeiträge sind insbesondere bei unausgeglichenen Ergebnishaushalten (unter Verweis auf Ziffer 9. der Leitlinie zur Konsolidierung der kommunalen Haushalte) einzufordern. Die kommunale Dokumentation hierüber kann im Rahmen der Berichtspflicht nach § 28 GemHVO erfolgen. Die weitere Vorgehensweise ergibt sich aus Ziffer 16. der Konsolidierungsleitlinie.

Die Aufsichtsbehörden werden generell im Rahmen der Haushaltsgenehmigungen auf diese Tatbestände explizit hinweisen.

**Zu 4:**

Die Kommune kann nach § 53 HGrG bei Mehrheitsbeteiligung qualifizierte Prüfungsanforderungen stellen und Darstellungen verlangen. Diese Berichtsteile sind im Prüfungsbericht des Abschlussprüfers enthalten.

Als verpflichtende Anlagen zum Haushaltsplan, sind diesem Unterlagen gemäß § 1 Abs. 4 Ziffer 10 GemHVO beizufügen. Diese sind aufsichtsseitig hinsichtlich der Auswirkungen auf den kommunalen Haushalt zu prüfen.

Anlass- und einzelfallbezogen sind die Prüfungsberichte anzufordern.

**Zu 5:**

Beteiligungsberichte sind zur Information zumindest mit dem gesetzlich festgelegten Mindestinhalt zu erstellen. Es besteht eine Hinwirkungspflicht auf die Veröffentlichung der Bezüge von Organmitgliedern, sofern die Beteiligung der Kommune die Voraussetzungen des § 53 HGrG erfüllt. Der Bericht ist in öffentlicher Sitzung zu erörtern, die Einwohner sind über das Vorliegen des Berichts in geeigneter Form zu unterrichten.

Der Beteiligungsbericht ist von der Kommune anzufordern.

Auf § 131 Abs. 2 Ziffer 6 HGO wird im Hinblick auf die Prüfung der Betätigung der Gemeinden bei Unternehmen hingewiesen.

**Zu 6:**

Der Rechnungshof vertritt die Auffassung, dass Richtlinien zur guten Unternehmensführung auf kommunaler Ebene ein sinnvoller Beitrag zu einem besseren Verwaltungshandeln sein können, sodass langfristig das Ziel einer einheitlichen Regelung erstrebenswert wäre. Dabei sollte in einem besonderen Teil der spezifische Regelungs- und Anpassungsbedarf für kommunale Unternehmen berücksichtigt werden; redundante Formulierungen zu gesetzlichen Vorgaben (z.B. AktG, GmbHG, HGB) seien entbehrlich. Erforderlich sei eine Umsetzung und Berücksichtigung von landesgesetzlichen Vorschriften, insbesondere der HGO.

Anlass- und einzelfallbezogen sind die Richtlinien der Kommunen zur Unternehmensführung auf Kongruenz zu kommunalrechtlichen Regelungen hin zu überprüfen.