|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  |  |
|  |  | |

**Aufsicht über die Betätigung der Kommunen gemäß §§ 121 ff Hessische Gemeindeordnung (HGO) als Teil der kommunalen Finanzaufsicht**

**Modifikation des „Aufsichtsrasters“ vom 29.08.2013**

**Stand 07.02.2017**

Das am 29. August 2013 erstellte erste „Aufsichtsraster“ des HMdIS resultierte aus dem Stand der Hessischen Gemeindeordnung (HGO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 07. März 2005, zuletzt geändert durch Gesetz vom 27. Mai 2013. Es berücksichtigte von daher die mit dem Gesetz zur Änderung der Hessischen Gemeindeordnung und anderer Gesetze vom 16. November 2011 erfolgten, umfassenden Neuregelungen zur kommunalwirtschaftlichen Betätigung in Hessen. Dieses „Aufsichtsraster“, welches im Rahmen des Anzeigeverfahrens kommunalwirtschaftlicher Betätigung nach § 127a HGO Anwendung findet, wird durch nachfolgende Version ersetzt.

Die Modifikation der Ziffern I. a) (Checkliste im Rahmen einer Anzeige nach § 127a HGO) und I. b) (Maßstäbe und Anforderungen zur Checkliste im Rahmen einer Anzeige nach   
§ 127a HGO) des einheitlichen Prüfmusters ist durch zwischenzeitlich erfolgte punktuelle, jedoch teilweise als gravierend zu bezeichnende Änderungen des zu Grunde liegenden Regelungskanons der Gemeindeordnung angezeigt.

So wurden mit Gesetz zur Änderung der Hessischen Gemeindeordnung vom 18. Juli 2014 die Bestimmung des § 121 Abs. 1a HGO über die wirtschaftliche Betätigung im „Energiesektor“ neu gefasst, in Abs. 2 Nr. 2 des § 121 HGO wurde die Breitbandversorgung in den Katalog der „fiktiv“ nichtwirtschaftlichen Betätigungen aufgenommen und nach § 123 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGO hat die Gemeinde bei „Mehrheitsbeteiligungen“ nunmehr sicherzustellen, dass die ihr und dem zuständigen überörtlichen Prüfungsorgan die in § 54 Haushaltsgrundsätzegesetz vorgesehenen Befugnisse eingeräumt werden. Seither hatte die Gemeinde hierauf lediglich hinzuwirken.

Mit dem Gesetz zur Erleichterung der Bürgerbeteiligung auf Gemeindeebene und zur Änderung kommunalrechtlicher Rechtsvorschriften vom 20. Dezember 2015 wurde u.a. § 51 Nr. 11 und 12 HGO (analog § 30 Nr. 10 und 11 der Hessischen Landkreisordnung) neu gefasst. Die kommunalen Vertretungsorgane können ihre Beschlussfassung über Sachverhalte im mittelbaren Beteiligungsbereich auf Beteiligungen von größerer Bedeutung beschränken. Bisher konnten entsprechende Entscheidungen nicht übertragen werden; es bestand die ausschließliche Zuständigkeit. Satz 2 des § 123 Abs. 1 HGO wurde aufgehoben, denn das oben angeführte kodifizierte Anordnungsregime der Gemeindeordnung in der Neufassung der Bestimmung lässt keinen Raum mehr für die Zulassung von Ausnahmen durch die Aufsichtsbehörden bei Ausübung der Rechte nach HGrG. In § 125 Abs. 2 Satz 1 HGO wurde eingefügt, dass der Gemeindevorstand bei der personellen Besetzung von Aufsichtsgremien darauf hinwirken soll, dass die Gemeinde möglichst paritätisch durch Frauen und Männer vertreten wird.

Das dem aktuellen Gesetzesstand angepasste und um Erläuterungen zu § 125 HGO ergänzte „Aufsichtsraster“ ist in den folgenden Abschnitten dargestellt und erläutert. Ihm liegt die Fassung der Gemeindeordnung die diese durch Gesetz vom 20. Dezember 2015 erhalten hat zu Grunde. Das Raster ist von den Aufsichtsbehörden mit sofortiger Wirkung 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** | | **Erläuterungsfeld** | **Status**  **(erfüllt: ja / nein**  **ggf.**  **Erläuterungen/Hinweise)** |
|  | Unternehmensbezeichnung | |  |  |
|  | Unternehmenszweck und  Unternehmensgegenstand | |  |  |
|  | Unmittelbare Beteiligung | |  |  |
|  | Mittelbare Beteiligung  von größerer Bedeutung | | B 4 |  |
|  | Kapital- und Gesellschafterstruktur | |  |  |
|  | Organe der Gesellschaft | |  |  |
| **C)** | **Voraussetzungen wirtschaftlicher Betätigung gemäß § 121 HGO** | | **Erläuterungsfeld** | **Status**  **(erfüllt: ja / nein**  **ggf.**  **Erläuterungen/ Hinweise)** |
|  | Wirtschaftliche Betätigung  § 121 Abs. 1 (1. Halbsatz) HGO  § 121 Abs. 9 HGO | | C 1 |  |
|  | § 121 Abs. 2 HGO | |  |  |
|  | 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 |  |
|  | energiewirtschaftliche Betätigung (§ 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 Gesellschaften gemäß § 122 HGO** | | **Erläuterungsfeld** | **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 3 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 nichtwirt-schaftlichen Unternehmen in** **Gesellschaftsform** (§ 122 Abs. 2 HGO) | |  |  |
| **E)** | **Zulässigkeitsvoraussetzungen bei unmittelbaren Beteiligungen mit mehr als 50%** | | **Erläuterungsfeld** | **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 |  |
| **F)** | **Pflichten nach §§ 123, 123a HGO** | | **Erläuterungsfeld** | **Status**  **(erfüllt: ja / nein**  **ggf.**  **Erläuterungen/ Hinweise)** |
|  | Ausübung der Prüfungsrechte nach § 53 Abs. 1 HGrG  (§ 123 Abs. 1 Nr. 1 HGO) | | F 1 |  |
|  | Sicherstellung der Prüfungsrechte für Kommune und ü.-ö. Prüfung nach § 54 HGrG bei kommunaler Mehrheitsbeteiligung (§ 123 Abs.1 Nr. 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** | | **Erläuterungsfeld** | **Status**  **(erfüllt: ja / nein**  **ggf.**  **Erläuterungen/ Hinweise** |
|  | Keine Beeinträchtigung der Erfüllung der Aufgabe (§ 124 HGO) | | G 1 |  |

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | **Maßstäbe und Anforderungen zur Checkliste im Rahmen einer Anzeige nach**  **§ 127a HGO** | | |
|  | **Anzeigepflichtig** sind folgende Entscheidungen: | | |
|  | a) | 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). | |
|  | b) | Gründung, erstmalige Beteiligung sowie die wesentliche Erhöhung einer Beteiligung an einer **Gesellschaft**. Für mittelbare Beteiligungen gilt § 127a Abs. 2 HGO. | |
|  | c) | Erwerb eines Geschäftsanteils einer **eingetragenen Genossenschaft.** |  |
|  | d) | Einflussmindernde Rechtsgeschäfte i.S.v. § 124 HGO.  Gemeint sind im Wesentlichen Beteiligungsveräußerun-gen an Gesellschaften. |  |
|  | e) | Die Entscheidungen der Gemeinde sind der Aufsichtsbehörde unverzüglich, spätestens 6 Wochen vor Beginn des Vollzugs, schriftlich mitzuteilen (§ 127a Abs. 1 S.1 HGO) | |

**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 B 4:**

Zuordnungsfälle zum Begriff „von größerer Bedeutung“ können individuell und bedarfsgerecht durch eine Grundsatzentscheidung der Gemeindevertretung festgelegt werden. Erfolgt kein Grundsatzbeschluss der Gemeindevertretung, verbleibt es grundsätzlich bei der Zuständigkeit dieses Organs, da dies impliziert, dass der mittelbare Beteiligungsbereich umfassend als von „größerer Bedeutung“ angesehen wird. Eine Einzelfallregelung kann in diesem Fall, sofern als notwendig erachtet, jedoch durch entsprechende, separate Beschlussfassung herbeigeführt werden.

Soweit nicht die Vertretungskörperschaft selbst über die wirtschaftliche Betätigung entschieden hat, ist im Rahmen entsprechender Anzeigen von Kommunen nach § 127a HGO die gültige Beschlusslage unter Darlegung der Erwägungen zur konkreten Zuordnung aufzuzeigen.

**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 der Gemeinden sich ausschließlich auf den Bereich der Erzeugung, Speicherung und Einspeisung und des Vertriebs von Strom, Wärme und Gas aus erneuerbaren Energien sowie der Verteilung von elektrischer und thermischer Energie bis zum Hausanschluss erstrecken, kann alternativ zu C 6 unter Beachtung der weiter normierten Restriktionen vorgegangen werden. Insbesondere der Erwerb und Betrieb von Verteilnetzen ist erleichtert möglich. Die prüfungsfreie Betätigung ist hierbei auf den örtlichen Wirkungskreis bzw. das regionale Umfeld und dann in Formen interkommunaler Zusammenarbeit beschränkt. Voraussetzung interkommunaler Zusammenarbeit ist es, dass Bedarfe befriedigt werden sollen, die in allen beteiligten örtlichen Gemeinschaften wurzeln. 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.

Dabei sollen die Kommunen die wirtschaftliche Beteiligung der Einwohner weiterhin ermöglichen. Der Schutz des Handwerks und der mittelständischen Wirtschaft bleibt gewährleistet. Die Erleichterung der Aufnahme kommunaler Betätigung bezieht sich ausschließlich auf Verteilnetze bis zum privaten Anschluss des Endabnehmers.

Die Regelung des § 121 Abs. 6 HGO betreffend die Ausübung der Betätigung der Kommune in Unternehmensform bleibt zu berücksichtigen. Die Entscheidung über eine einschlägige wirtschaftliche Betätigung ist auf der Grundlage einer Markterkundung zu treffen. 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. Es wird eine Befassung mit Chancen und Risiken der Betätigung und den ökonomischen Auswirkungen auf Private erwartet. Den örtlichen Kammern und Verbänden ist Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben (vgl. auch die Anmerkungen zu C 9).

**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).

**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.

Für unmittelbare Beteiligungen der Kommune an einer Gesellschaft gilt danach Abs. 1 des § 125 HGO. Der Gemeindevorstand vertritt in diesen Fällen die Gemeinde in der Gesellschafterversammlung, wobei zu beachten ist, dass ausschließlich der Bürgermeister kraft Amtes die Vertretung für den Gemeindevorstand wahrnimmt. Die mögliche Bestellung weiterer Mitglieder muss hingegen immer der Entscheidungs- und Auswahlkompetenz des Gemeindevorstandes vorbehalten bleiben (Abs.1 S.3). Regelungen im Gesellschaftsvertrag, wonach die Gemeindevertretung die Mitglieder „wählt“ sind daher ebenso wenig rechtskonform wie die gesellschaftsvertragliche Festlegung der weiteren Mitglieder. Allenfalls ein Vorschlags-

recht gegenüber dem Gemeindevorstand darf im Gesellschaftsvertrag verankert werden.

Mit der Bestellungskompetenz korrespondiert das Weisungs- und Abberufungsrecht des Gemeindevorstandes (S. 4 und 6), das der Gemeindevorstand über entsprechende Beschlussfassungen des Gremiums ausüben kann. Die Weisungsrechte als wesentliches Instrument der Einflussnahme sind in einer GmbH regelmäßig gesellschaftsrechtlich durchsetzbar, bei Einrichtung eines fakultativen Aufsichtsrates sollte die Gemeinde dies auch in diesem Organ im Rahmen des § 52 GmbHG schon im Gesellschaftsvertrag sicherstellen. Da hingegen die Vertreter in den Organen einer AG regelmäßig nicht an Weisungen gebunden sind, ist gemäß § 122 Abs.3 HGO die Beteiligung der Kommunen an einer AG nur noch ausnahmsweise zulässig. Im Außenverhältnis zur Gesellschaft hat immer der Gemeindevorstand die Weisungen umzusetzen, im Verhältnis zur Gemeindevertretung allerdings deren Entscheidungskompetenz in allen wichtigen Angelegenheiten der Gemeinde zu beachten.

Die Vertreter der Gemeinde haben den Gemeindevorstand über alle wichtigen Angelegenheiten der Gesellschaft frühzeitig zu unterrichten und Auskunft zu erteilen (S.5). Dies gilt ohne weiteres auch für Aufsichtsratsmitglieder, da die Verschwiegenheitspflicht nach § 394 AktG ausdrücklich dann nicht gilt, wenn die Berichtspflicht auf Gesetz beruht.

Um auch in anderen Gesellschaftsorganen (insbes. Aufsichtsrat) und bei mittelbaren Beteiligungen dem Erfordernis des angemessenen Einflusses (§ 122 Abs.1 Nr.3 HGO) hinreichend Rechnung zu tragen, sollte sich die Gemeinde gesellschaftsvertraglich regelmäßig Entsendungsrechte einräumen lassen. In diesem Fall gilt gem. § 125 Abs.2 S. 1 HGO der Abs.1 des § 125 in vollem Umfang entsprechend.

Angemessen im Sinne von § 122 Abs. 1 Nr. 3 HGO bedeutet im Übrigen, 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.

Die Repräsentation von Frauen in Aufsichtsgremien soll durch die gesetzgeberische Weichenstellung gefördert werden. Eine starre Ergebnis-Quote ist nicht festgelegt.

**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 gesellschaftsvertragliche 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 F 1:**

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 F 2:**

Die Einräumung der Befugnisse nach § 54 HGrG ist im Falle von Mehrheitsbeteiligungen am Kapital nach HGrG seitens der Kommune sicherzustellen. Die Befugnisse nach § 54 HGrG sind der Kommune und dem überörtlichen Prüfungsorgan einzuräumen.

Die bisherige Formulierung, die Gemeinden haben „darauf hinzuwirken“, dass sowohl sie selbst als auch das zuständige überörtliche Prüfungsorgan die Prüfungsrechte erhalten wurde ersetzt; sie sind obligatorisch einzuräumen. Für Ausnahmen hiervon besteht spätestens nach ersatzloser Streichung des § 123 Abs. 1 Satz 2 HGO mit Gesetz vom 20. Dezember 2015 kein Raum mehr.

**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 entsprechender  Betätigung (§ 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.

Anlass- und einzelfallbezogen ist seitens der Kommune darzulegen, ob und wie sie ihrer Verpflichtung nachgekommen ist. Entsprechende Unterlagen sollen bei Bedarf dann angefordert werden.

**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.