

Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung von Kommunen

M A S L A T O N

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Leipzig · München · Köln

Holbeinstraße 24, 04229 Leipzig

Prof. Dr. Martin Maslaton, Recht der Erneuerbaren Energien
TU Chemnitz
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

MASLATON Rechtsanwaltsgesellschaft mbH · www.maslaton.de · Linstow, 08.11.2018 1
27. Windenergietage

Referent:

Prof. Dr. Martin Maslaton



Prof. Dr. Martin Maslaton ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Verwaltungsrecht sowie geschäftsführender Gesellschafter der MASLATON Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, die sich schwerpunktmäßig mit sämtlichen Fragen des Rechts der Erneuerbaren Energien befasst.

Als Hochschullehrer unterrichtet er das Recht der Erneuerbaren Energien und das Umweltrecht an der TU Chemnitz und referiert national und international zu diesen Themen, mit denen er sich seit 1987 im Rahmen seiner Tätigkeit als Referent im Deutschen Bundestag beschäftigt. Er ist Herausgeber und Autor des im C.H.Beck Verlag erschienenen Standardwerks „Windenergieanlagen“ und ist als Funktionsträger in einer Reihe von Branchenverbänden engagiert.

MASLATON Rechtsanwaltsgesellschaft mbH · www.maslaton.de · Linstow, 08.11.2018 2
27. Windenergietage



MASLATON Rechtsanwaltskanzlei mbH

Kanzlei:

- Hauptsitz in Leipzig mit weiteren Standorten in Köln und München, 2002 gegründet
- Beratungsschwerpunkte sind das Verwaltungsrecht, Energierecht, Zivilrecht mit Fokus auf dezentralen Erneuerbare-Energien- und KWK-Projekten, Datenschutzrecht, Luftverkehrsrecht
- Wissenschaftliche Expertise durch Beiträge/ universitäre Vorlesungen
- Standort Leipzig in der Eigenversorgung durch KWK- und PV-Anlage, E-Mobilität
- Verbandsengagement, sachverständige Stellungnahmen im Gesetzgebungsverfahren



I. Möglichkeiten,
Chancen und
Risiken
kommunaler
Beteiligung

II. Kommunal-
wirtschaftliche
Grundlagen

III. Beteiligung an
Gesellschaften
in Privatrechts-
form

I. Grundsätzliche Möglichkeiten, Chancen und Risiken kommunaler Beteiligung



I. Möglichkeiten, Chancen und Risiken kommunaler Beteiligung

II. Kommunalwirtschaftliche Grundlagen

III. Beteiligung an Gesellschaften in Privatrechtsform

1. Grundsätzliche Möglichkeiten der Beteiligung einer Gemeinde an einem Windenergieprojekt (nicht abschließend)

- direkte gesellschaftsrechtliche Beteiligung der Gemeinde an der Betreibergesellschaft
- kommunaler Eigenbetrieb (z.B. Stadtwerke) als Beteiligter an der Betreibergesellschaft
- finanzielle Beteiligung an der Betreibergesellschaft (Genussscheine, Inhaberschuldverschreibungen etc.)
- Zurverfügungstellung der für das Windprojekt benötigten Flächen aus dem Gemeindeeigentum (Vermietung/ Verkauf)
- Gemeinde schließt einheitliche Vorverträge für die benötigten Flächen, dann einheitliche Übertragung an einen Projektierer, Gemeinde bleibt als „Flächenmanager“ im Boot



I. Möglichkeiten, Chancen und Risiken kommunaler Beteiligung

II. Kommunalwirtschaftliche Grundlagen

III. Beteiligung an Gesellschaften in Privatrechtsform

2. Chancen der Beteiligung einer Gemeinde an einem Windenergieprojekt

- Wertschöpfung am Ort behalten
- Einnahmen für die Gemeinde
- Akzeptanzsteigerung nicht nur bei der Gemeinde, sondern v.a. auch bei den Gemeindeeinwohnern („Teilhabe schafft Akzeptanz“)
- tatsächliche Umsetzung einer klimafreundlichen Kommunalpolitik
- Vorbeugung bauleitplanerischer Probleme
- Energiewende als gesamtgesellschaftliche Aufgabe
- BVerfG: Sicherstellung der Energieversorgung als „Gemeinschaftsinteresse höchsten Ranges“, „absolutes Gemeinschaftsgut“, „zur Sicherstellung einer menschenwürdigen Existenz unumgänglich“

→ **insgesamt: Konfliktminimierung!**



I. Möglichkeiten,
Chancen und
Risiken
kommunaler
Beteiligung

II. Kommunal-
wirtschaftliche
Grundlagen

III. Beteiligung an
Gesellschaften
in Privatrechts-
form

**3. Risiken der Beteiligung einer Gemeinde an einem
Windenergieprojekt**

- bei zu offensivem Tätigwerden der Gemeinde: Behinderung des Wettbewerbs
- Missbrauch der Bauleitplanung

aber: Gemeinde = Hoheitsträger

Zweck = der Allgemeinheit dienen

- hieraus ergeben sich strenge Anforderungen an gemeindliche (wirtschaftliche) Betätigung und in der Folge erhebliche Rechtsunsicherheiten

→ **Angriffsmöglichkeiten** für private Konkurrenten!



I. Möglichkeiten,
Chancen und
Risiken
kommunaler
Beteiligung

II. Kommunal-
wirtschaftliche
Grundlagen

III. Beteiligung an
Gesellschaften
in Privatrechts-
form

II.

**Kommunalwirtschaftliche Grundlagen der
Beteiligung von Gemeinden an
Windenergieprojekten:**

**Öffentlicher Zweck, Leistungsfähigkeit
und Bedarf, Subsidiaritätsgrundsatz**



I. Möglichkeiten,
Chancen und
Risiken
kommunaler
Beteiligung

II. Kommunal-
wirtschaftliche
Grundlagen

III. Beteiligung an
Gesellschaften
in Privatrechts-
form

1. Einführung: Gründung von/ Beteiligung an Energiegesellschaften durch Gemeinden

In der Praxis finden sich drei Möglichkeiten des Betriebs von
Windenergieanlagen durch kommunale Gebietskörperschaften

→ 3 Möglichkeiten:

1. WEA zur Deckung des Energiebedarfs, der bei Aufgabenerfüllung durch die Gemeinde entsteht
2. WEA zur Energieversorgung im Rahmen gemeindlicher Daseinsvorsorge (Direktvermarktung; ggf. Gründung eigener Stadtwerke)
3. WEA zur Einspeisung des erzeugten Stroms in das öffentliche Netz



I. Möglichkeiten,
Chancen und
Risiken
kommunaler
Beteiligung

II. Kommunal-
wirtschaftliche
Grundlagen

III. Beteiligung an
Gesellschaften
in Privatrechts-
form

1. Einführung: Gründung von/ Beteiligung an Energiegesellschaften durch Gemeinden

Problem: Rechtliche Zulässigkeit des Betriebs von
Windenergieanlagen durch eine Gemeinde

Grundsatz: Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG: gemeindliche Selbstverwaltung

- umfasst auch wirtschaftliche Betätigung zur Erfüllung gemeinde-eigener Aufgaben
- unterschiedliche Regelungen in Gemeindeordnungen der Bundesländer zu kommunaler wirtschaftlicher Betätigung im Bereich Stromerzeugung und Stromversorgung
 - Geltung allgemeiner Vorgaben für gemeindliche Unternehmen
 - Sonderregelungen zur stromwirtschaftlichen Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets in vielen Gemeindeordnungen



I. Möglichkeiten,
Chancen und
Risiken
kommunaler
Beteiligung

II. Kommunal-
wirtschaftliche
Grundlagen

III. Beteiligung an
Gesellschaften
in Privatrechts-
form

1. Einführung: Gründung von/ Beteiligung an Energiegesellschaften durch Gemeinden

→ Prüfungserfordernisse für den Betrieb von WEA durch die Gemeinde
bzw. Beteiligung daran:

1. öffentlicher Zweck des Unternehmens
2. angemessenes Verhältnis des Unternehmens zu
Leistungsfähigkeit und Bedarf der Gemeinde
3. Subsidiaritätsgrundsatz im Verhältnis zur Aufgabenerfüllung
durch private Dritte
4. Bezug des Unternehmens zur örtlichen Gemeinschaft

→ Im Einzelnen:



I. Möglichkeiten,
Chancen und
Risiken
kommunaler
Beteiligung

II. Kommunal-
wirtschaftliche
Grundlagen

III. Beteiligung an
Gesellschaften
in Privatrechts-
form

2. Einzelheiten

a. Öffentlicher Zweck

→ **Beispiel 1: § 136 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 KV Nds:**

*„Sie dürfen Unternehmen nur errichten, übernehmen oder wesentlich
erweitern, wenn und soweit*

1. *der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigt.“*

→ **Beispiel 2: Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GemO BY:**

*„Die Gemeinde darf ein Unternehmen im Sinne von Art. 86 nur errichten,
übernehmen oder wesentlich erweitern, wenn*

1. *der öffentliche Zweck das Unternehmen erfordert [...].“*

→ Siehe auch: § 68 Abs. 2 Nr. 1 KV M-V, § 91 Abs. 2 Nr. 1 KV Bbg, § 94a Abs. 1 Nr. 1 SächsGO, § 71
Abs. 2 Nr. 1 ThürKO, § 128 Abs. 1 Nr. 1 KVG LSA, § 121 Abs. 1 Nr. 1 HGO, § 107 Abs. 1 Nr. 1 GO
NRW, § 85 Abs. 1 Nr. 1 GemO RP, § 102 Abs. 1 Nr. 1 GemO BW



I. Möglichkeiten,
Chancen und
Risiken
kommunaler
Beteiligung

II. Kommunal-
wirtschaftliche
Grundlagen

III. Beteiligung an
Gesellschaften
in Privatrechts-
form

2. Einzelheiten

a. Öffentlicher Zweck

- Tätigkeit der Gemeinde muss sich im Rahmen ihrer sachlichen und örtlichen Zuständigkeit bewegen
- Aber: Aufgabenfindungsrecht der Gemeinden aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG

→ Gemeinden dürfen sich ohne besonderen Kompetenztitel aller Aufgaben annehmen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder zu ihr einen spezifischen Bezug haben, also den Gemeindegewohnern als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und –wohnen der Menschen in der Gemeinde betreffen (BVerfGE 79, 127, 150 ff.)

→sog. Allzuständigkeit



I. Möglichkeiten,
Chancen und
Risiken
kommunaler
Beteiligung

II. Kommunal-
wirtschaftliche
Grundlagen

III. Beteiligung an
Gesellschaften
in Privatrechts-
form

2. Einzelheiten

a. Öffentlicher Zweck

- Begriff des öffentlichen Zwecks im Sinne des Gemeindegewirtschaftsrechts meint das allgemeine Wohl der Gemeinde
- worin die Gemeinde eine Förderung des allgemeinen Wohls erblickt, soll hauptsächlich den entsprechenden Organen überlassen sein und hängt von den Verhältnissen vor Ort ab, den finanziellen Möglichkeiten der Gemeinde, den speziellen Bedürfnissen der Einwohner und anderen auf den Ort bezogenen Faktoren
- **BEACHTEN:**
 - der öffentliche Zweck ist nicht auf das Gebiet der Daseinsvorsorge begrenzt
 - es können auch andere wirtschaftliche Unternehmungen durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt sein, solange nicht ausschließlich und vorrangig die Gewinnerzielung angestrebt wird

→ vgl. BVerwGE, 39, 329 (333f.)



I. Möglichkeiten, Chancen und Risiken kommunaler Beteiligung

II. Kommunalwirtschaftliche Grundlagen

III. Beteiligung an Gesellschaften in Privatrechtsform

2. Einzelheiten

a. Öffentlicher Zweck

→ **Konsequenzen für die oben dargestellten Gestaltungsmöglichkeiten des Betriebs von WEA durch Gemeinden:**

1. Fall: Eigenversorgung von Gemeindeeinrichtungen durch Windenergieanlage

→ öffentlicher Zweck der Einrichtung schließt dazu erforderliche Ausstattung (auch des Gebäudes) ein; für WEA aber wohl selten praktisch relevant



I. Möglichkeiten, Chancen und Risiken kommunaler Beteiligung

II. Kommunalwirtschaftliche Grundlagen

III. Beteiligung an Gesellschaften in Privatrechtsform

2. Einzelheiten

a. Öffentlicher Zweck

2. Fall: WEA zur Energieversorgung der Gemeindeeinwohner im Rahmen der Daseinsvorsorge → ggf. in Form der Direktvermarktung

➤ *Gemeinde betreibt mehrere WEA und versorgt die Einwohner unmittelbar mit Strom (ggf. über eigene Stadtwerke)*

➤ **Achtung: Gemeinde = Energieversorger**

➤ öffentlicher Zweck (+)

➤ die Versorgung muss jedoch in einem angemessenen Verhältnis zum tatsächlichen Bedarf stehen (hierzu gleich mehr)



I. Möglichkeiten, Chancen und Risiken kommunaler Beteiligung

II. Kommunalwirtschaftliche Grundlagen

III. Beteiligung an Gesellschaften in Privatrechtsform

2. Einzelheiten

a. Öffentlicher Zweck

3. Fall: Einspeisung des regenerativ erzeugten Stroms in das öffentliche Netz (der „klassische“ Fall)

→ Daseinsvorsorge als öffentlicher Zweck regelmäßig nicht gegeben; Ausnahme ggf. bei „kapazitätsauslastender“ Randnutzung

→ kann auch ökonomisch motivierte Windenergieanlage bei entsprechender Begründung zulässig sein?

z.B. Beitrag zur Energiewende, Klimaschutz?

z.B. Steigerung der lokalen Akzeptanz?



I. Möglichkeiten, Chancen und Risiken kommunaler Beteiligung

II. Kommunalwirtschaftliche Grundlagen

III. Beteiligung an Gesellschaften in Privatrechtsform

2. Einzelheiten

a. Öffentlicher Zweck

• Der öffentliche Zweck muss letztlich auf die Belange der örtlichen Gemeinschaft zurückzuführen sein

(P) Vorrangige Gewinnerzielung

➤ Ist der öffentliche Zweck auch dann gewahrt, wenn das Unternehmen mit dem vorrangigen Ziel der Gewinnerzielung bzw. Gewinnmaximierung betrieben wird?

• **Beispiel: § 87 Abs. 1 S. 2 GemO BY**

*„Alle Tätigkeiten oder Tätigkeitsbereiche, mit denen die Gemeinde oder ihre Unternehmen an dem vom Wettbewerb beherrschten Wirtschaftsleben teilnehmen, um Gewinn zu erzielen, entsprechen **keinem** öffentlichen Zweck.“*

➤ grundsätzlich also (-)



I. Möglichkeiten,
Chancen und
Risiken
kommunaler
Beteiligung

II. Kommunal-
wirtschaftliche
Grundlagen

III. Beteiligung an
Gesellschaften
in Privatrechts-
form

2. Einzelheiten

a. Öffentlicher Zweck

- grundsätzlich (-)
- Allein die Sanierung des Gemeindehaushalts durch die EEG-Vergütung/ Marktprämie genügt im Hinblick auf die Rechtfertigungspflicht als öffentlicher Zweck nicht.

Vgl. auch OVG Schleswig, Urt. v. 11.07.2013 – 2 LB 32/12

- Das OVG Schleswig verlangt deshalb ausschließliche oder zumindest vordergründige Vermarktung des erzeugten Stroms unmittelbar an die Gemeindeeinwohner.
- In diesem Sinne entschied auch das OVG Magdeburg hinsichtlich einer durch die Kommune betriebenen Photovoltaikanlage (Urt. v. 07.05.2015 - 4 L 163/14)
- **ABER:** ggfs. Fiktion des öffentlichen Zwecks durch Gesetz! (dazu folgende Folie)



I. Möglichkeiten,
Chancen und
Risiken
kommunaler
Beteiligung

II. Kommunal-
wirtschaftliche
Grundlagen

III. Beteiligung an
Gesellschaften
in Privatrechts-
form

2. Einzelheiten

a. Öffentlicher Zweck

- Der öffentliche Zweck wird in einigen Bundesländern bei der Energieversorgung fingiert:
- **Beispiel 1: § 85 Abs. 1 S. 2 GemO RP:**
„Die Errichtung, Übernahme oder wesentliche Erweiterung eines wirtschaftlichen Unternehmens im Bereich Energieversorgung wird stets durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt“
- **Beispiel 2: § 128 Abs. 2 S. 1 KVG LSA:**
„Betätigungen in den Bereichen der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung, [...] dienen einem öffentlichen Zweck.“

→ Siehe auch: § 68 Abs. 2 S. 3 KV M-V, § 136 Abs. 1 S. 4 Nds. KVG, § 107 a Abs. 1 GO NRW

ACHTUNG! In anderen Bundesländern muss bei der gemeindewirtschaftlichen Betätigung der öffentliche Zweck also weiterhin geprüft werden



I. Möglichkeiten,
Chancen und
Risiken
kommunaler
Beteiligung

II. Kommunal-
wirtschaftliche
Grundlagen

III. Beteiligung an
Gesellschaften
in Privatrechts-
form

2. Einzelheiten

a. Öffentlicher Zweck

- **Besonderheit in Sachsen:** der öffentliche Zweck wird nur außerhalb des Gemeindegebiets fingiert

§ 94a Abs. 5 SächsGemO:

„Die Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets in den Bereichen der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung dient einem öffentlichen Zweck und ist zulässig, wenn sie nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht.“

- Für innerörtliche gemeindewirtschaftliche Betätigung liegen – nach dem Gesetzeswortlaut – demnach strengere Voraussetzungen vor als bei außergebietlicher wirtschaftlicher Betätigung der Gemeinde
- Muss die Fiktion nach Sinn und Zweck demnach erst recht für die innerörtliche Betätigung gelten?



I. Möglichkeiten,
Chancen und
Risiken
kommunaler
Beteiligung

II. Kommunal-
wirtschaftliche
Grundlagen

III. Beteiligung an
Gesellschaften
in Privatrechts-
form

2. Einzelheiten

b. Leistungsfähigkeit und Bedarf

- **Beispiel: § 136 Abs. 1 Nr. 2 KV Nds:**

„Sie dürfen Unternehmen nur errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern, wenn und soweit

2. ... die Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu

a) der Leistungsfähigkeit der Kommunen und

b) zum voraussichtlichen Bedarf

stehen [...]“

- Siehe auch: § 68 Abs. 2 Nr.2 KV M-V, § 91 Abs. 2 Nr. 2 KV Bbg, § 94a Abs. 1 Nr. 2 SächsGO, § 71 Abs. 2 Nr. 2 ThürKO, § 128 Abs. 1 Nr. 2 KVG LSA, § 121 Abs. 1 Nr. 2 HGO, § 102 Abs. 1 Nr. 2 GemO BW, Art. 87 Abs. 1 Nr. 2 GemO BY

- **Grundsatz:** Prüfung der Verhältnismäßigkeit zur Leistungsfähigkeit und lokalem Bedarf



I. Möglichkeiten,
Chancen und
Risiken
kommunaler
Beteiligung

II. Kommunal-
wirtschaftliche
Grundlagen

III. Beteiligung an
Gesellschaften
in Privatrechts-
form

2. Einzelheiten

b. Leistungsfähigkeit und Bedarf

(1) Leistungsfähigkeit

- Die kommunalwirtschaftliche Betätigung im Bereich der Energieerzeugung bzw. –versorgung muss in einem nach Art und Umfang angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Kommune stehen.
- Soweit die Haftung der Gemeinde sich im Rahmen ihrer Leistungsfähigkeit bewegt, ist die Art und der Umfang der Betätigung angemessen, denn die Gemeinde soll durch das Angemessenheitserfordernis lediglich vor „finanziellen Abenteuern“ bewahrt werden.
- Die Gemeinde muss also im Rahmen ihrer jeweiligen Haushaltssituation in der Lage sein, die mit der wirtschaftlichen Betätigung einhergehenden unternehmerischen Risiken zu tragen.

so z.B. ausdrücklich geregelt in § 85 Abs. 1 S. 2 GO RP



I. Möglichkeiten,
Chancen und
Risiken
kommunaler
Beteiligung

II. Kommunal-
wirtschaftliche
Grundlagen

III. Beteiligung an
Gesellschaften
in Privatrechts-
form

2. Einzelheiten

b. Leistungsfähigkeit und Bedarf

(2) Bedarf

- Bedarf bezieht sich auf das Gemeindegebiet
- konkrete Bedarfsprognose vor Einleitung von Gründungs- oder Beteiligungsschritten nötig

→ **Beispielsfall:**

- Gemeinde mit weniger als 10.000 Einwohnern plant Beteiligung an Windpark-Betreibergesellschaft
 - geplant ist Repowering von 50 Alt-Anlagen durch ca. 25 neue WEA
 - für Versorgung der Gemeinde genügt Leistung von ca. 2 bis 3 Windenergieanlagen
- Errichtung einer solchen Anzahl steht außer Verhältnis zum Bedarf der Gemeinde



I. Möglichkeiten, Chancen und Risiken kommunaler Beteiligung

II. Kommunalwirtschaftliche Grundlagen

III. Beteiligung an Gesellschaften in Privatrechtsform

2. Einzelheiten

c. Subsidiaritätsgrundsatz

- Nahezu alle Gemeindeordnungen bzw. Kommunalverfassungen beinhalten im Rahmen der kommunalen Betätigung einen Subsidiaritätsgrundsatz.
- Dieser besagt, dass eine Gemeinde grundsätzlich nur dann wirtschaftlich tätig werden darf, wenn die Aufgabe nicht auch durch einen (privaten) Dritten entsprechend erfüllt werden kann.
- Dieser Grundsatz findet in den jeweiligen Gemeindeordnungen bzw. Kommunalverfassungen unterschiedliche Ausgestaltung.
 - Dabei unterscheidet man zwischen der sog. „harten“ und „weichen“ Subsidiarität.
 - teilweise Ausnahmen für die Energieversorgung: z.B. § 85 Abs. 1 Nr. 3 GO RP, § 136 Abs. 1 S. 2 Nr. 3, S. 3 KV Nds, § 71 Abs. 2 Nr. 2 ThürKO



I. Möglichkeiten, Chancen und Risiken kommunaler Beteiligung

II. Kommunalwirtschaftliche Grundlagen

III. Beteiligung an Gesellschaften in Privatrechtsform

2. Einzelheiten

c. Subsidiaritätsgrundsatz

- Weiche Subsidiarität

„Die Gemeinde darf wirtschaftliche Unternehmen nur errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern, wenn

[...] der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise/ durch einen privaten Dritten erfüllt wird oder erfüllt werden kann.“

→ So z.B. § 101 Abs. 1 Nr. 3 GemO S-H; § 91 Abs. 3 S. 1 KV Bbg; § 94a Abs. 1 Nr. 3 SächsGO



I. Möglichkeiten,
Chancen und
Risiken
kommunaler
Beteiligung

II. Kommunal-
wirtschaftliche
Grundlagen

III. Beteiligung an
Gesellschaften
in Privatrechts-
form

2. Einzelheiten

c. Subsidiaritätsgrundsatz

- Harte Subsidiarität

„Die Gemeinde darf wirtschaftliche Unternehmen nur errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern, wenn und soweit

[...] der Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Anbieter erfüllt wird oder erfüllt werden kann“

- § 108 Abs. 1 Nr. 3 KSVG SL , § 121 Abs. 1 Nr. 3 HGO (mit einschränkender Besonderheit), Art. 87 Abs. 1 Nr. 4 GemO BY (Einschränkung nur außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge), § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO BW (Einschränkung nur außerhalb der Daseinsvorsorge)
- § 136 Abs. 1 Nr. 3 KV Nds. (Einschränkung nur außerhalb der Energieversorgung u.a.) – so auch viele andere Bundesländer, z.B.: § 121 Abs. 1 a HGO, § 68 Abs. 2 S. 3 KV M-V, § 107 Abs. 1 Nr. 3 GO NRW



I. Möglichkeiten,
Chancen und
Risiken
kommunaler
Beteiligung

II. Kommunal-
wirtschaftliche
Grundlagen

III. Beteiligung an
Gesellschaften
in Privatrechts-
form

2. Einzelheiten

d. Bezug zur örtlichen Gemeinschaft

- Grundsätzlich ist gemeindliche Betätigung auf das eigene Gemeindegebiet beschränkt, Art. 28 Abs. 2 GG
- Diesbezüglich hat vor einiger Zeit das OVG Magdeburg im Fall einer durch den Landkreis errichteten Photovoltaikanlage entschieden:

„Der Betrieb einer Photovoltaikanlage, die lediglich eine Einspeisung in ein überörtliches Netz gegen Vergütung nach dem EEG vornimmt und gerade nicht zielgerichtet der Versorgung von Abnehmern im Kreisgebiet dient, ist [keine] originäre Kreis Aufgabe [...]. [Sie verletzt das] zwingend geltende Örtlichkeitsprinzip [nur dann] nicht [...] [wenn bei] funktionsbezogene[r] Betrachtung zu einem bestimmten Anteil eine gezielte Versorgung von Abnehmern im Gebiet der betreibenden Kommune durch den erzeugten Strom erfolg[te].“

OVG Magdeburg, Urt. v. 07.05.2015 – 4 L 163/14



I. Möglichkeiten,
Chancen und
Risiken
kommunaler
Beteiligung

II. Kommunal-
wirtschaftliche
Grundlagen

III. Beteiligung an
Gesellschaften
in Privatrechts-
form

2. Einzelheiten

d. Bezug zur örtlichen Gemeinschaft

- zum Teil werden jedoch Ausnahmen im Gesetz zugelassen:
 - zulässige wirtschaftliche Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets, wenn berechtigte Interessen der betroffenen kommunalen Gebietskörperschaft gewahrt werden
so z.B: § 101 Abs. 2 S. 1 GO S-H, § 121 Abs. 5 HGO (mit weiterer Besonderheit s. u.), § 108 Abs. 4 KSVG SL, § 102 Abs. 7 GO BW, § 107a Abs. 3 S. 1 GO NRW, § 85 Abs. 2 S. 1 GO RP, § 71 Abs. 5 ThürKO, Art. 87 Abs. 2 GO BY
- In der Literatur wird vertreten (Scharpf in NVwZ 2005, 148 ff.):
 - Gebietsüberschreitung muss durch öffentlichen Zweck gerechtfertigt werden (welcher teilweise durch Gesetz fingiert wird)
 - es darf das kommunale Selbstverwaltungsrecht anderer Gemeinden nicht beeinträchtigt werden



I. Möglichkeiten,
Chancen und
Risiken
kommunaler
Beteiligung

II. Kommunal-
wirtschaftliche
Grundlagen

III. Beteiligung an
Gesellschaften
in Privatrechts-
form

2. Einzelheiten

d. Bezug zur örtlichen Gemeinschaft

- teilweise gesetzliche Erleichterung:
 - bei der Versorgung mit Strom und Gas gelten nur die Interessen als berechtigt, die nach den Bestimmungen des Energiewirtschaftsgesetzes eine Einschränkung des Wettbewerbs zulassen
- § 111 EnWG – Verhältnis zum Gesetz gg. Wettbewerbsbeschränkungen
- teilweise Bezug zur örtlichen Gemeinschaft durch Gesetz ausgenommen
so § 85 Abs. 1 u. 2 GO RLP; § 107a Abs. 3 GO NRW; § 68 Abs. 2 S. 3 KV M-V; § 136 Abs. 1 S. 3, S. 5 KV Nds.; § 94a Abs. 5 SächsGemO § 121 Abs. 1a HGO (jedoch mit Beschränkung auf das Gemeindegebiet und das „regionale Umfeld“)



I. Möglichkeiten,
Chancen und
Risiken
kommunaler
Beteiligung

II. Kommunal-
wirtschaftliche
Grundlagen

III. Beteiligung an
Gesellschaften
in Privatrechts-
form

III.

Beteiligung von Gemeinden an Windprojektgesellschaften in Privatrechtsform

Kommunalrechtliche Vorgaben und ihre praktische Umsetzung



I. Möglichkeiten,
Chancen und
Risiken
kommunaler
Beteiligung

II. Kommunal-
wirtschaftliche
Grundlagen

III. Beteiligung an
Gesellschaften
in Privatrechts-
form

1. Beteiligungsbegriff und -modelle

- Beteiligung = tatsächliche Möglichkeit der Gemeinde, auf Unternehmenstätigkeit Einfluss zu nehmen
(Abgrenzung zur bloßen Kapitalanlage)
- Beteiligungsmodelle:
 - **direkte** gesellschaftsrechtliche Beteiligung der Gemeinde an der Betreibergesellschaft durch eigenen Erwerb von Mitinhaber- oder Mitgliedschaftsrechten
 - **mittelbare** Beteiligung an Betreibergesellschaft durch Erwerb von Mitinhaber- oder Mitgliedschaftsrechten mittels einer Gesellschaft, an der die Gemeinde selbst beteiligt ist



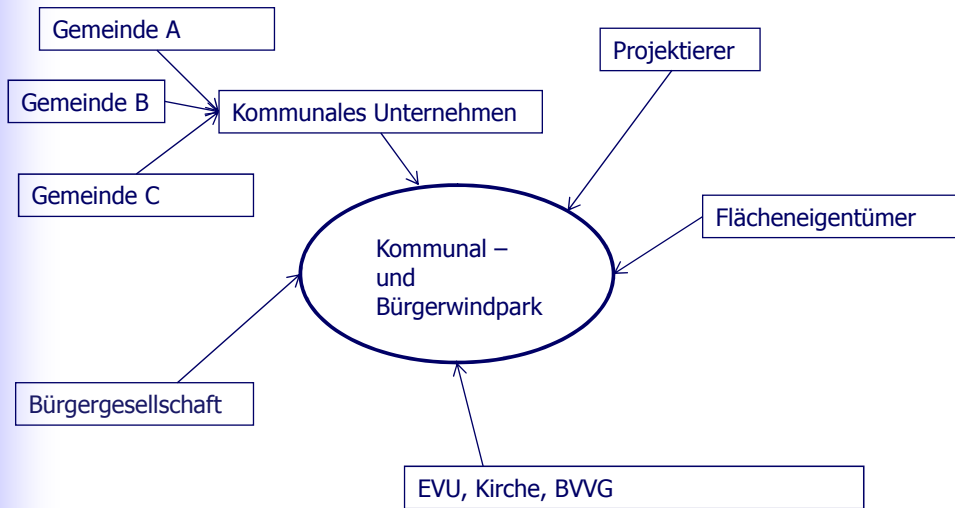
1. Beteiligungsbegriff und -modelle

I. Möglichkeiten, Chancen und Risiken kommunaler Beteiligung

II. Kommunalwirtschaftliche Grundlagen

III. Beteiligung an Gesellschaften in Privatrechtsform

Beispiel 1:



1. Beteiligungsbegriff und -modelle

I. Möglichkeiten, Chancen und Risiken kommunaler Beteiligung

II. Kommunalwirtschaftliche Grundlagen

III. Beteiligung an Gesellschaften in Privatrechtsform

Beispiel 2:





I. Möglichkeiten,
Chancen und
Risiken
kommunaler
Beteiligung

II. Kommunal-
wirtschaftliche
Grundlagen

III. Beteiligung an
Gesellschaften
in Privatrechts-
form

2. Gesetzliche Regelungen in KV / GemO

a. Grundsätze

- Beteiligung richtet sich nach länderspezifischen Regelungen in KV/
GemO
- Ziele:
 - Konzentration der Gemeindekräfte auf Erfüllung ihrer (Haupt-)
Aufgaben als Trägerin öffentlicher Verwaltung
 - Verhinderung der „Flucht ins Privatrecht“
 - Vermeidung von Verdrängungskonkurrenz
 - Wahrung der Gemeinden vor wirtschaftlichen Risiken
- Erstreckung der Vorschriften über direkte Beteiligung auch auf
mittelbare Beteiligungen
 - teilw. durch entsprechende Anwendung der Regelungen (z.B. § 97 Abs. 1
SächsGemO; § 122 Abs. 5 HessGO; § 137 Abs. 2 NdsKomVG; § 117 Abs. 2
SachsAnhGO)
 - teilw. durch Zustimmungserfordernis, das vom Vorliegen der Voraussetzungen über
die direkte Beteiligung abhängig gemacht wird (z.B. § 91 Abs. 1 GemO RIP; § 69 Abs.
2 GemO M-V; § 105a Abs. 1 GemO B-W; § 108 Abs. 6 GemO NRW)



I. Möglichkeiten,
Chancen und
Risiken
kommunaler
Beteiligung

II. Kommunal-
wirtschaftliche
Grundlagen

III. Beteiligung an
Gesellschaften
in Privatrechts-
form

2. Gesetzliche Regelungen in KV / GemO

a. Grundsätze

Beteiligung an Unternehmen in Privatrechtsform nur zulässig,
wenn sichergestellt werden kann, dass:

- der **öffentliche Zweck** des Unternehmens erfüllt wird
- die Gemeinde einen **angemessenen Einfluss** auf die
Gesellschaft erhält
- die **Haftung** der Gemeinde auf einen ihrer Leistungsfähigkeit
angemessenen Betrag **begrenzt** wird
- die **Einzahlungspflicht** in einem **angemessenen
Verhältnis zur Leistungsfähigkeit** der Kommunen steht

(vgl. § 96 Abs. 1 SächsGemO; § 87 Abs. 1 GemO RIP; § 69 Abs. 1 GemO M-V; § 96
Abs. 1 KV Bbg; Art. 92 Abs. 1 BayGemO; § 103 Abs. 1 GemO B-W; § 129 Abs. 1 KVG
LSA; § 108 Abs. 1 GemO NRW; § 138 Abs. 1 KV Nds)



I. Möglichkeiten,
Chancen und
Risiken
kommunaler
Beteiligung

II. Kommunal-
wirtschaftliche
Grundlagen

III. Beteiligung an
Gesellschaften
in Privatrechts-
form

2. Gesetzliche Regelungen in KV / GemO

a. Grundsätze

Hinzu kommen weitere länderspezifische Regelungen:

- **Zustimmung der Gesellschafterversammlung**, bspw. für die Errichtung, Übernahme und Änderung des Unternehmens
- **Vorlagepflicht** für Jahresabschluss, Lagebericht und Prüfungsbericht an Rechtsaufsichtsbehörde
- **Lockerung der Verschwiegenheitspflichten**
- **Erstellung von Teilnehmungsberichten** (z.B. § 99 Abs. 1 SächsGemO; § 90 GemO RIP; § 73 Abs. 3 KV M-V; § 123 a HessGemO; § 98 KV Bbg; Art. 94 Abs. 3 BayGemO; § 105 Abs. 2 GemO B-W; § 130 KVG LSA; § 75a ThürKO)
- **Subsidiarität** zum Eigenbetrieb (z.B. § 102 Abs. 1 Satz 1 SHGO; § 69 Abs. 1 Nr. 1 MVKV)
- **Deckung** von mind. **25 Prozent des Umsatzerlöses** durch das Unternehmen (z.B. § 103 Abs. 1 Nr. 1 BWGemO)



I. Möglichkeiten,
Chancen und
Risiken
kommunaler
Beteiligung

II. Kommunal-
wirtschaftliche
Grundlagen

III. Beteiligung an
Gesellschaften
in Privatrechts-
form

2. Gesetzliche Regelungen in KV / GemO

a. Grundsätze

Hinzu kommen weitere länderspezifische Regelungen:

- **Verbot** der Verpflichtung zur **Übernahme von Verlusten** in unbestimmter oder unangemessener Höhe (z.B. § 87 Abs. 1 GemO RIP; § 108 Abs. 1 GemO NRW; § 73 Abs. 1 ThürKO; § 138 Abs. 1 KV Nds)
- Gewährleistung, dass **Jahresabschluss** und **Lagebericht** entsprechend der für Kapitalgesellschaften geltenden Vorschriften des HGB **aufgestellt und geprüft** werden (z.B. § 122 Abs. 1 HessGemO; § 96 Abs. 1 KV Bbg; § 108 Abs. 1 GemO NRW)
- Gebot, dass für jedes Wirtschaftsjahr ein **Wirtschaftsplan aufgestellt** und der Wirtschaftsführung eine fünfjährige Finanzplanung zu Grunde gelegt wird (z.B. § 87 Abs. 1 GemO RIP; § 96 Abs. 1 KV Bbg (jährlicher Wirtschaftsplan); § 103 Abs. 1 GemO B-W)
- Vorliegen eines **wichtigen Interesses** der Gemeinde (z.B. § 69 Abs. 1 KV M-V; § 108 Abs. 1 GemO NRW)



I. Möglichkeiten, Chancen und Risiken kommunaler Beteiligung

II. Kommunalwirtschaftliche Grundlagen

III. Beteiligung an Gesellschaften in Privatrechtsform

2. Gesetzliche Regelungen in KV / GemO

b. Einzelheiten

(1) Öffentlicher Zweck erfüllt

- Begriff „öffentlicher Zweck“ wertungsgleich zu II.
 - keine abschließende Definition
 - keine Beschränkung auf örtliche Angelegenheiten (str.)
 - reine Gewinnerzielungsabsicht nicht ausreichend
- Sicherstellung der Zweckerfüllung durch hinreichende Ausrichtung des Gesellschaftsvertrages/der Satzung auf den öffentlichen Zweck, insb. durch:
 - sorgfältige Formulierung des Unternehmensgegenstandes
 - Beteiligungsklauseln, die gewährleisten, dass der öffentliche Zweck nicht in den Hintergrund gedrängt wird



I. Möglichkeiten, Chancen und Risiken kommunaler Beteiligung

II. Kommunalwirtschaftliche Grundlagen

III. Beteiligung an Gesellschaften in Privatrechtsform

2. Gesetzliche Regelungen in KV / GemO

b. Einzelheiten

(2) Angemessener Einfluss der Gemeinde

Zur Sicherstellung der ordnungsgemäßen und reibungslosen Aufgabenerfüllung ist es erforderlich, dass die Gemeinde auf die Betriebsführung und die Art der Aufgabenerledigung hinreichend einwirken kann.

Mögliche Einflussnahme durch:

- Eigentumsverhältnisse am Unternehmen
- Vertretung der Gemeinde in Organen des Unternehmens
- Kontrolle der Wirtschaftsführung
- Einwirkung auf Gemeindevertreter (Weisungsrechte)



I. Möglichkeiten,
Chancen und
Risiken
kommunaler
Beteiligung

II. Kommunal-
wirtschaftliche
Grundlagen

III. Beteiligung an
Gesellschaften
in Privatrechts-
form

2. Gesetzliche Regelungen in KV / GemO

b. Einzelheiten

(2) Angemessener Einfluss der Gemeinde: Eigentumsverhältnisse

- streitig, ob Erwerb der Mehrheit der Gesellschaftsanteile (50+1) zwingend erforderlich ist oder ob sich das Erfordernis des angemessenen Einflusses der Gemeinde auf das Gewicht ihrer tatsächlichen (auch Minderheits-) Beteiligung beschränkt



I. Möglichkeiten,
Chancen und
Risiken
kommunaler
Beteiligung

II. Kommunal-
wirtschaftliche
Grundlagen

III. Beteiligung an
Gesellschaften
in Privatrechts-
form

2. Gesetzliche Regelungen in KV / GemO

b. Einzelheiten

(2) Angemessener Einfluss der Gemeinde: **Organvertretung**

- Einflussnahme durch Beteiligung der Gemeinde am Vertretungs- oder Überwachungsorgan oder Erweiterung deren Zuständigkeiten
- Beispiele:
 - Recht der Gemeinde, Mitglieder in den Aufsichtsrat (z.B. Art 93 Abs. 2 BayGO) oder in die Gesellschafterversammlung (§ 104 Abs. 1 BWGO) zu entsenden
 - Pflicht zu Einrichtung eines fakultativen Aufsichtsrates, wenn es die Gesellschafterstellung zulässt (vgl. § 52 GmbHG) und Pflicht zur Aufnahme des Entsendungsrechts in den Gesellschaftsvertrag/Satzung (str.)
 - Erweiterung der Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung bspw. für Abschluss und Änderung von Unternehmensverträgen (vgl. § 291, 292 AktG), Erwerb und Veräußerung von Beteiligungen, Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern (vgl. § 108 Abs. 3 GO NRW)



I. Möglichkeiten, Chancen und Risiken kommunaler Beteiligung

II. Kommunalwirtschaftliche Grundlagen

III. Beteiligung an Gesellschaften in Privatrechtsform

2. Gesetzliche Regelungen in KV / GemO

b. Einzelheiten

(2) Angemessener Einfluss der Gemeinde: Weisungsrechte

- Einflussnahme durch Einwirkung auf gemeindliche Vertreter, die innerhalb der Gesellschaft Aufgaben wahrnehmen
- Beispiele:
 - Pflicht der entsendeten Vertreter, die besonderen Gemeindeinteressen zu berücksichtigen (vgl. § 104 Abs. 3 BWGO)
 - Bindung des Aufsichtsrates an Ratsbeschlüsse (vgl. § 113 Abs. 1 GemONRW)
 - frühzeitige Unterrichtungspflicht über Angelegenheiten von besonderer Bedeutung (vgl. § 125 Abs. 1 HessGO)
- Vorbehalt des Gesellschaftsrechts: Einflussnahme auf Gemeindevertreter nur, wenn dies mit gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen vereinbar ist



I. Möglichkeiten, Chancen und Risiken kommunaler Beteiligung

II. Kommunalwirtschaftliche Grundlagen

III. Beteiligung an Gesellschaften in Privatrechtsform

2. Gesetzliche Regelungen in KV / GemO

b. Einzelheiten

(3) Haftungsbegrenzung

- Haftung der Gemeinde muss auf einen ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag begrenzt sein (vgl. unter II.)
- Auswirkung auf:
 - Rechtsformwahl
 - Nachschusspflichten
 - Verlustübernahme
 - Vorgründungsphase
 - Konzernhaftung



I. Möglichkeiten,
Chancen und
Risiken
kommunaler
Beteiligung

II. Kommunal-
wirtschaftliche
Grundlagen

III. Beteiligung an
Gesellschaften
in Privatrechts-
form

2. Gesetzliche Regelungen in KV / GemO

b. Einzelheiten

(3) Haftungsbegrenzung: Rechtsformwahl

Um die Haftungsbegrenzung zu gewährleisten, kommt eine Beteiligung nur an solchen Gesellschaften in Betracht, bei denen eine Haftungsbegrenzung (auf den Beteiligungsbetrag) überhaupt möglich ist.

Hierzu gehören:

- Aktiengesellschaften (AG)
- Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH; [Komplementär-]GmbH & Co.KG)
- Genossenschaften mit beschränkter Nachschusspflicht
- Beteiligung als Kommanditist an Kommanditgesellschaft (KG), GmbH & Co.KG und Kommanditgesellschaften auf Aktien (KGaA)
- Stille Gesellschaften

Ausgeschlossen sind Beteiligungen an:

- BGB-Gesellschaften (GbR)
- Offenen Handelsgesellschaften (oHG)
- Nichtrechtsfähigen Vereinen
- Genossenschaften mit unbeschränkter Nachschusspflicht
- Komplementärbeteiligungen an Kommanditgesellschaften (KG) und Kommanditgesellschaften auf Aktien (KGaA)



I. Möglichkeiten,
Chancen und
Risiken
kommunaler
Beteiligung

II. Kommunal-
wirtschaftliche
Grundlagen

III. Beteiligung an
Gesellschaften
in Privatrechts-
form

2. Gesetzliche Regelungen in KV / GemO

b. Einzelheiten

(3) Haftungsbegrenzung: Verbot der Nachschusspflicht

- Unbegrenzte Nachschusspflicht wirkt wie unbegrenzte Haftung und ist daher unzulässig
- teilweise länderspezifische Regelungen (z.B. § 96 Abs. 1 Nr. 3 BbgKV; § 108 Abs. 1 GO NRW), andernfalls aus Notwendigkeit der Haftungsbegrenzung abgeleitet
- §§ 26 ff. GmbHG als Beteiligungshindernisse für Gemeinden → entsprechende Regelungen im Gesellschaftsvertrag/Satzung müssen vor Anteilserwerb beseitigt werden
- ggfs. Ausnahmegenehmigung durch Aufsichtsbehörde möglich (vgl. § 108 Abs. 1 Satz 2 GO NRW)



I. Möglichkeiten,
Chancen und
Risiken
kommunaler
Beteiligung

II. Kommunal-
wirtschaftliche
Grundlagen

III. Beteiligung an
Gesellschaften
in Privatrechts-
form

2. Gesetzliche Regelungen in KV / GemO

b. Einzelheiten

(3) Haftungsbegrenzung: **Verbot unbeschränkter Verlustübernahme**

- Gemeinde darf sich nicht zur Übernahme von Verlusten in unbestimmter oder unangemessener Höhe verpflichten

(vgl. § 117 Abs. 1 Nr. 6 SachsAnhGemO; § 96 Abs. 1 Nr. 3 BbgKV)

- Schutz vor unübersehbaren Risiken; entsprechende Regelungen in Gesellschaftsvertrag/Satzung sind zu streichen



I. Möglichkeiten,
Chancen und
Risiken
kommunaler
Beteiligung

II. Kommunal-
wirtschaftliche
Grundlagen

III. Beteiligung an
Gesellschaften
in Privatrechts-
form

2. Gesetzliche Regelungen in KV / GemO

b. Einzelheiten

(3) Haftungsbegrenzung: **Vorgründungsphase**

- Gesellschaften in Vorgründungsphase sind als BGB-Gesellschaft bzw. OHG zu werten und führen zu einer unbeschränkten Haftung der Gemeinde gegenüber der Gesellschaft

- Daher:

- darf die Gemeinde ihr Einverständnis zur Aufnahme der Geschäftstätigkeiten während der Gründungsperiode nicht erteilen
- muss die Gemeinde bei Beteiligung an einer Vorgründungsgesellschaft eine entsprechende Regelung im GV/Satzung vornehmen



I. Möglichkeiten,
Chancen und
Risiken
kommunaler
Beteiligung

II. Kommunal-
wirtschaftliche
Grundlagen

III. Beteiligung an
Gesellschaften
in Privatrechts-
form

2. Gesetzliche Regelungen in KV / GemO

b. Einzelheiten

(3) Haftungsbegrenzung: Konzernhaftung

Grundsätzlich besteht **keine Privilegierung** der Gemeinden: ihre Haftung als Gesellschafterin bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen des Gesellschaftsrechts (BGHZ 135, 107, 113f)

(P) Konzernhaftung: unbeschränkte Haftung der Gemeinde gegenüber der Gesellschaft, weil sie einen beherrschenden Einfluss ausübt? (vgl. § 17 AktG)

- beherrschende Einflussnahme durch Gemeinde i.d.R. (+), da GemO/KV entsprechende Sonderrechte anordnen – faktische Abhängigkeit (vgl. § 311 AktG)
- Widerspruch zwischen Gebot der hinreichenden Einflussnahme und Haftungsbeschränkung
- *Lösung:* Gesellschaftsvertrag/Satzung in hinreichendem Maße auf öffentlichen Zweck ausrichten. Die genaue Formulierung des Unternehmensgegenstands rechtfertigt eine Haftungsbeschränkung, weil Mitgesellschaftern und Dritten erkennbar wird, dass der öffentlicher Zweck im Zweifel Vorrang vor der Gewinnerzielungsabsicht hat



I. Möglichkeiten,
Chancen und
Risiken
kommunaler
Beteiligung

II. Kommunal-
wirtschaftliche
Grundlagen

III. Beteiligung an
Gesellschaften
in Privatrechts-
form

3. Konkrete Umsetzung der kommunalrechtlichen Vorgaben

a. Beteiligung an GmbH

(1) Geschäftsführung: Besetzung

- nach dem GmbHG kann auch einzelnen Gesellschaftern durch Gesellschaftsvertrag das Recht zur Bestimmung des Geschäftsführers eingeräumt werden

→ (auch) bei Minderheitsbeteiligung kann sich die Gemeinde das Bestellungsrecht im Gesellschaftsvertrag einräumen lassen

- zudem kann durch Einzelgeschäftsführungsbefugnis- und Einzelvertretungsregelungen der Einfluss der Gemeinde zusätzlich abgesichert werden
- auch ein jederzeitiges Abberufungsrecht kann vereinbart werden



I. Möglichkeiten,
Chancen und
Risiken
kommunaler
Beteiligung

II. Kommunal-
wirtschaftliche
Grundlagen

III. Beteiligung an
Gesellschaften
in Privatrechts-
form

3. Konkrete Umsetzung der kommunalrechtlichen Vorgaben

a. Beteiligung an GmbH

(1) Geschäftsführung: Weisungsrechte

- § 37 GmbHG: durch Einzelanweisungen können Gesellschafter nahezu uneingeschränkt Einfluss auf die Geschäftsführung nehmen
- die Weisungsbefugnis kann auch einzelnen Gesellschaftern übertragen werden
- Grenze: Insolvenz- oder Gläubigerschädigung

Hinweis: Eine unbegrenzte Weisungsbefugnis birgt die Gefahr der Unternehmensbeherrschung. Daher sind einzelne Weisungsrechte zu empfehlen.



I. Möglichkeiten,
Chancen und
Risiken
kommunaler
Beteiligung

II. Kommunal-
wirtschaftliche
Grundlagen

III. Beteiligung an
Gesellschaften
in Privatrechts-
form

3. Konkrete Umsetzung der kommunalrechtlichen Vorgaben

a. Beteiligung an GmbH

(2) Aufsichtsrat: Entsendungsrecht/Abberufungsrecht

- Grundsatz: **Aufsichtsrat ist nur einzurichten bei gesetzlichem Zwang**
- Ansonsten ist ein fakultativer Aufsichtsrat stets zulässig, wenn im Gesellschaftsvertrag vereinbart
- wenn Errichtung eines fakultativen Aufsichtsrates vereinbart, können Entsende- und Abberufungsrecht für einzelne Mitglieder in beliebiger Art und Weise vereinbart werden
- Weisungsrechte bei fakultativem Aufsichtsrat der GmbH durch Gesellschaftsvertrag begründbar



I. Möglichkeiten,
Chancen und
Risiken
kommunaler
Beteiligung

II. Kommunal-
wirtschaftliche
Grundlagen

III. Beteiligung an
Gesellschaften
in Privatrechts-
form

3. Konkrete Umsetzung der kommunalrechtlichen Vorgaben

a. Beteiligung an GmbH

(3) Fazit:

- die unmittelbare oder mittelbare Beteiligung an einer GmbH stellt ein geeignetes Mittel dar, um die kommunalrechtlichen Vorgaben der SächsGemO umzusetzen
- die weitgehende Gestaltungsfreiheit des Gesellschaftsvertrages erlaubt es, die Erreichung des öffentlichen Zwecks durch Einflussnahme der Gemeinde als Gesellschafterin sicherzustellen, ohne unkalkulierbare Risiken zu erzeugen.



I. Möglichkeiten,
Chancen und
Risiken
kommunaler
Beteiligung

II. Kommunal-
wirtschaftliche
Grundlagen

III. Beteiligung an
Gesellschaften
in Privatrechts-
form

3. Konkrete Umsetzung der kommunalrechtlichen Vorgaben

b. Beteiligung an einer KG / GmbH & Co. KG

(1) Beteiligung als Kommanditistin:

Vertretungsbefugnis

- Grundsatz gem. § 170 HGB: Kommanditisten sind **zur Vertretung** der Gesellschaft **nicht ermächtigt**
- Widerspruch zum Gebot der Einflussnahme
- Lösung: in Gesellschaftsvertrag umfassende Prokura/Vollmacht für Gemeinde als Kommanditistin regeln
 - auch Generalvollmacht zulässig (BGH 36, 295).
 - Entziehung der Vollmacht von Zustimmung aller Gesellschafter abhängig machen



I. Möglichkeiten,
Chancen und
Risiken
kommunaler
Beteiligung

II. Kommunal-
wirtschaftliche
Grundlagen

III. Beteiligung an
Gesellschaften
in Privatrechts-
form

3. Konkrete Umsetzung der kommunalrechtlichen Vorgaben

b. Beteiligung an einer KG / GmbH & Co. KG

(1) Beteiligung als Kommanditistin:

Geschäftsführungsbefugnisse

- Grundsätzlich: § 164 HGB: Kommanditisten sind **von** der **Geschäftsführung ausgeschlossen**
- Widerspruch zum Gebot der Einflussnahme
- Lösung:
 - in Gesellschaftsvertrag Prokura für Gemeindevertreter regeln
 - auch möglich: Weisungsrechte des Prokuristen
(= Gemeindevertreter) an Komplementär, BGHZ 45, 204



I. Möglichkeiten,
Chancen und
Risiken
kommunaler
Beteiligung

II. Kommunal-
wirtschaftliche
Grundlagen

III. Beteiligung an
Gesellschaften
in Privatrechts-
form

3. Konkrete Umsetzung der kommunalrechtlichen Vorgaben

b. Beteiligung an einer KG / GmbH & Co. KG

(2) Fazit:

- Beteiligung der Gemeinde als Kommanditistin unter Wahrung der kommunalen Vorgaben möglich
- bei GmbH & Co. KG gleichzeitige Beteiligung als Komplementär vorteilhaft, da umfassenderer Einfluss auf Unternehmen besser gewahrt werden kann



3. Konkrete Umsetzung der kommunalrechtlichen Vorgaben

I. Möglichkeiten,
Chancen und
Risiken
kommunaler
Beteiligung

II. Kommunal-
wirtschaftliche
Grundlagen

III. Beteiligung an
Gesellschaften
in Privatrechts-
form

c. Beteiligung an einer Genossenschaft

(1) Wahrung der kommunalen Einflussnahme in der Generalversammlung:

In Satzung Mehrfachstimmrecht zugunsten der Gemeinde regelbar (§
43 Abs. 3 S. 3 GenG), aber:

- enge Voraussetzungen für Mehrfachstimmrecht
- Begrenzung der Anzahl der Mehrfachstimmen (max. 1/10 der GV)
- auch bei Mehrfachstimmrecht kommt jeder Stimme gleicher
Zählwert zu
- Beschluss darf nicht von Zustimmung der Mehrheit einer
bestimmten Mitgliedergruppe abhängig gemacht werden

Ergebnis: Einflussnahme auf Generalversammlung aufgrund der zwingenden
Regelungen des GenG nur eingeschränkt möglich



3. Konkrete Umsetzung der kommunalrechtlichen Vorgaben

I. Möglichkeiten,
Chancen und
Risiken
kommunaler
Beteiligung

II. Kommunal-
wirtschaftliche
Grundlagen

III. Beteiligung an
Gesellschaften
in Privatrechts-
form

c. Beteiligung an einer Genossenschaft

(2) Vorstand:

Grundsatz: Vorstand (mind. 2 Pers.) wird von Generalversammlung
einberufen und abbestellt (§ 24 Abs. 2 GenG)

Aber: In Satzung Bestellung und Abberufung auch auf Aufsichtsrat oder
Bevollmächtigte übertragbar.

Problem: Unbegrenzte Haftung des Vorstands (§ 34 GenG)

- Vorstandsmitglieder haften für schuldhaftige Pflichtverletzungen unbegrenzt
gegenüber der Gesellschaft
- im Gegensatz zum HGB kann § 34 GenG nicht durch Haftungsausschluss in
Satzung umgangen werden



3. Konkrete Umsetzung der kommunalrechtlichen Vorgaben

I. Möglichkeiten,
Chancen und
Risiken
kommunaler
Beteiligung

II. Kommunal-
wirtschaftliche
Grundlagen

III. Beteiligung an
Gesellschaften
in Privatrechts-
form

c. Beteiligung an einer Genossenschaft

(3) Aufsichtsrat:

- Aufsichtsrat (mind. 3 Pers.) wird zwingend von Generalversammlung gewählt (§ 36 Abs. 1 S. 1 GenG)
- Bei < 20 Mitgliedern Aufsichtsrat verzichtbar; stattdessen Bevollmächtigter (§ 39 GenG)
- Haftung nach §§ 41, 34 GenG – nicht disponibel
- Unabhängigkeit des Aufsichtsrates → kein Weisungsrecht auf Aufsichtsrats-Mitglieder

Ergebnis: Einflussnahme auf Aufsichtsrat aufgrund der zwingenden Regelungen des GenG nur eingeschränkt möglich



3. Konkrete Umsetzung der kommunalrechtlichen Vorgaben

I. Möglichkeiten,
Chancen und
Risiken
kommunaler
Beteiligung

II. Kommunal-
wirtschaftliche
Grundlagen

III. Beteiligung an
Gesellschaften
in Privatrechts-
form

c. Beteiligung an einer Genossenschaft

(4) Fazit:

- Vorteil eG:
 - einfache Beteiligungsmöglichkeit mit geringen finanziellen Mitteln
 - hohe Bürgerakzeptanz wegen demokratischer Selbstverwaltung
- aufgrund der zwingenden Vorschriften des GenG können die Vorgaben der KV /GemO nur unzureichend umgesetzt werden
 - kaum Einflussmöglichkeit auf Organvertreter
 - wenig Gestaltungsspielraum hins. Mehrfachstimmrecht



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

M A S L A T O N

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Leipzig · München · Köln

Holbeinstraße 24, 04229 Leipzig

Prof. Dr. Martin Maslaton, Recht der Erneuerbaren Energien
TU Chemnitz

Fachanwalt für Verwaltungsrecht