



Sitzungsvorlage
Nr. 2023/96

Preetz, 14.09.2023

öffentlich	X
nicht öffentlich	

Beratungsfolge Haupt- und Finanzausschuss	TOP	Sitzungstermin 27.09.2023
---	------------	-------------------------------------

Fachbereich:	Bauen und Umwelt	Bürgermeister:
Sachgebiet:		Fachbereichsleiter/in:
Bearbeiter/in:	Herr Steingräber	Sachbearbeiter/in:
Endgültiger Beschluss:	Haupt- und Finanzausschuss	

TOP Grundsatzentscheidung zur Gründung von Stadtwerken
--

Beschlussvorschlag:

Die Verwaltung wird vor dem Hintergrund der Ergebnisse der bisherigen Untersuchungen zu Wärmequartieren damit betraut, die Gründung eigener Stadtwerke vorzubereiten und hierzu erforderliche externe Beratungsleistungen zu beauftragen sowie die notwendige Abstimmung mit der Kommunalaufsichtsbehörde in die Wege zu leiten.

Zuständigkeit:

Bei der Entscheidung über die Errichtung eines wirtschaftlichen Unternehmens handelt es sich um eine Vorbehaltsaufgabe der Stadtvertretung im Sinne des § 28 Satz 1 Nr. 17 Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein (GO) in der Fassung vom 28.02.2003, zuletzt geändert am 14.07.2023, GVOBl. 308. Die Zuständigkeit des Haupt- und Finanzausschusses ergibt sich als für die Stadtvertretung beschlussvorberatende Aufgabe vorliegend nach Maßgabe des § 45 b Absatz 2 GO i. V. m. § 6 Absatz 1 I der Hauptsatzung der Stadt Preetz in der aktuell gültigen Fassung.

Sachverhalt:

A. Allgemeines

Die Stadtvertretung und der Haupt- und Finanzausschuss haben sich bereits in der Vergangenheit mit der Frage der Gründung eigener Stadtwerke und einer möglichen Rechtsform befasst. (Vgl. Stadtvertretung, TOP 12 (nö) am 03.05.2022 und insbesondere TOP 7, Haupt- und Finanzausschuss am 08.03.2023 mit umfangreicher vergleichender Stellungnahme der steuer- und rechtsberatenden Kanzlei ad.fides (Anlage 1)). Der Haupt- und Finanzausschuss schloss in seinen Beratungen am 08.03.2023 die Rechtsform eines Eigenbetriebes aus und formulierte die Zielrichtung, eine konkrete Beschlussempfehlung für die Stadtvertretung zur Errichtung eines Stadtwerkes verabschieden zu wollen. Der vorliegende Beschlussvorschlag dient der weiteren Umsetzung dieser Zielformulierung.

B. Wärmequartiere

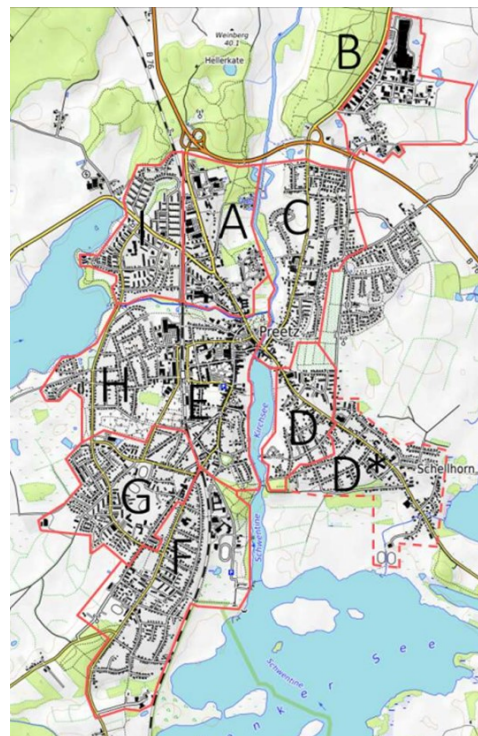
Um den Umfang des Aufgabenfeldes und die Notwendigkeit der Entscheidung über eigene Stadtwerke zu begründen, wird nachfolgend zunächst ein kurzer Sachstand zu in Planung befindlichen Quartieren dargestellt. Den Klimaschutzzielen der Stadtvertretung gemäß Beschlussfassung vom 03.09.2019 folgend ist das Klimaschutzkonzept hinsichtlich der Teilaspekte Energie, Wirtschaft, Bauen fortgeschrieben worden.¹ Ein wesentlicher Schwerpunkt ist nach dieser Fortschreibung in der Wärmeversorgung in den Stadtquartieren zu sehen, die durch die Gutachter bereits entsprechend priorisiert wurden:

Aktuell wurden die Quartiere

- Klosterquartier (A)
- Innenstadtquartier (E)
- Lohmühlenweg

näher im Rahmen von Voruntersuchungen, Akteursbeteiligungen bzw. Quartierskonzepten untersucht.

In den Quartieren I, H und G ist eine Versorgung durch die PreBEG vorgesehen. Überdies ist das sogenannte Schulquartier im Castöhlenweg zur Versorgung von kreiseigenen und städtischen Liegenschaften unter Federführung des Kreises in Bau. Auf Verwaltungsebene hat die Liegenschafts-abteilung des Kreises bereits mitgeteilt, dass ein Betrieb des Schulquartiernetzes durch Preetzer Wärmewerke eine wünschenswerte Option wäre.



Die Quartiere Lohmühlenweg und Kloster sind derzeit am weitesten fortgeschritten:

1. Klosterquartier

Der Abschlussbericht zur Akteursbeteiligung liegt vor². Danach erscheint eine Versorgung des Quartiers vor dem Hintergrund der zu erwartenden hohen Anschlussquote (mehr als 50 % öffentliche Hand bzw. Beteiligte der Lenkungsgruppe – insbesondere Kloster) wirtschaftlich und ökologisch sinnvoll. Die Wärmeversorgung wäre nach der Vorzugsvariante zu 55 % durch die PreBEG und im Übrigen im Wesentlichen durch die Nutzung der Abwärme

¹ Vgl. Anlage zu TOP 7, Ausschuss für Natur- und Klimaschutz vom 27.09.2022, <https://ratsinfoservice.de/ris/preetz/agendaitem/details/2934>

² Vgl. Anlage zu TOP 7, Ausschuss für Natur- und Klimaschutz vom 29.08.2023, <https://ratsinfoservice.de/ris/preetz/agendaitem/details/3099>

des Klärwerks gewährleistet. Die Investition beläuft sich auf rd. 7,5 Mio. € absolut - unter Berücksichtigung von Fördermitteln auf voraussichtlich 4,5 Mio. €. Der Ausschuss für Natur- und Klimaschutz hat in seiner Sitzung am 29.08.2023 die Verwaltung beauftragt, die Planungen für die Leistungsphasen 1 bis 4 (also bis zur Genehmigungsplanung) in dem Projekt auszuschreiben und die Leistungsphasen 1 und 2 zu beauftragen. Dies beinhaltet gemäß den Förderbedingungen nach BEW Förderung Modul I die Erstellung einer Machbarkeitsstudie, die Voraussetzung für die weitere BEW-Förderung der Investitionen, mithin der baulichen Umsetzung, ist. Mit Zuwendungsbescheid vom 05.09.2023 hat das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) eine 50 %-ige Förderung von oben genannten Planungsleistungen nach der Richtlinie für die Bundesförderung für effiziente Wärmenetze (BEW) bewilligt. Die Ausschreibung der Planungsleistungen kann damit zeitnah erfolgen und wird aktuell von der Verwaltung vorbereitet.

2. Lohmühlenweg

Der in Aussicht genommene Straßenausbau des Lohmühlenwegs wurde zwecks einer Untersuchung einer Nahwärmeversorgungslösung zurückgestellt. Nach der Voruntersuchung zum Lohmühlenweg kommt eine Versorgung der Liegenschaften im Quartier über die Verbrennung von Holzpellets, ergänzt je nach Variante durch Solarthermie bzw. Photovoltaik nebst Großwärmepumpe, in Betracht.³ Die Investitionen Wärmenetz und Heizzentrale nebst Hausanschlüsse beläuft sich je nach Variante auf voraussichtlich 4,2 Mio. € bzw. 4,8 Mio. €. Auch in diesem Fall hat der Ausschuss für Natur- und Klimaschutz in seiner Sitzung am 29.08.2023 dem beabsichtigten Vorgehen der Verwaltung zugestimmt, die Planungen Leistungsphasen 1 bis 4 (auszuschreiben und Leistungsphasen 1 und 2 zu beauftragen). Ein Zuwendungsbescheid für die BEW Förderung Modul I liegt bislang nicht vor.

3. Innenstadt

Die energetische Stadt-sanierungsmaßnahme (KfW-Programm 432) für das Innenstadtquartier ist noch nicht abgeschlossen. Der öffentlichen Veranstaltung am 26.09.2023 um 19:30 Uhr in der Schule am Hufenweg soll an dieser Stelle nicht vorgegriffen werden. Es ist allerdings zu konstatieren, dass von einem erheblichen Investitionsbedarf in einer Größenordnung von rd. 20 Mio. € auszugehen ist.

4. Weitere Quartiere

Um im Idealfall allen Preetzer Bürgerinnen und Bürgern ein Angebot für klimaneutrale Wärme machen zu können, werden sukzessive weitere Quartiere untersucht werden und Bestandteil der kommunalen Wärmeplanung.

5. Betrieb

Ab Leistungsphase 5 (Ausführungsplanung) und insbesondere der Bau der Netze und Wärmeerzeugungsanlagen sollten idealerweise im Hinblick auf die Förderbedingungen nach dem BEW-Fördermodul II bereits durch den späteren Betreiber erfolgen. Dies bedeutet, dass für die Quartiere Lohmühlenweg und Kloster zeitnah eine Entscheidung über den späteren Betrieb herbeizuführen ist. Gegebenenfalls ist in den einzelnen Quartieren zu differenzieren nach Bau des Netzes (Eigentum), operativer Betrieb (Einkauf Wärme, Besicherung, Abrechnung Kunden etc.) und Einspeisung von Wärme ins Netz. Die Einzelheiten werden den weiteren Planungen in den Quartieren vorbehalten sein. In jedem Fall bedarf es allerdings zeitnah einer Grundentscheidung, ob insbesondere das Wärmenetz im Eigentum eines städtischen Stadtwerks stehen soll, welches ggf. mit weiteren Partnern die Versorgungssicherheit für sich anschließende Bürgerinnen und Bürger gewährleistet. Hierfür sind anhand der konkreten Planungen Überlegungen über ein städtisches Wärmeversorgungsunternehmen erforderlich.

³ Vgl. Anlage zu TOP 8, Ausschuss für Natur- und Klimaschutz vom 27.09.2022, <https://ratsinfoservice.de/ris/preetz/agendaitem/details/2941>

C. Rechtsform eines Wärmewerks

Ein umfangreicher Vergleich der möglichen Rechtsformen wurde im Haupt- und Finanzausschuss am 08.03.2023 beraten. Nunmehr ist anhand der konkreten Quartiere festzustellen, welche Rechtsform am geeignetsten erscheint. Die Verwaltung hält es für zielführend anhand der beiden konkreten Quartiere Kloster und Lohmühlenweg die Errichtung von Stadtwerken zu planen und umzusetzen, so dass bei einer Aufgabenerweiterung unter Einbezug weiterer Quartiere auf die bis dahin vorliegenden Erfahrungen in Bezug auf die Anforderungen in Hinblick auf notwendige personelle und finanzielle Ressourcen zurückgreifen zu können. Die Vor- und Nachteile bei Gründung und Aufbau einer Anstalt öffentlichen Rechts und einer GmbH sind demgemäß anhand der benannten Quartiere abzuwägen. Hierbei wird insbesondere der Gründungsaufwand und die Ausstattung mit Eigenkapital sowie die Frage, wie der Personalaufwand in der Gründungsphase abzudecken sein wird, in den Blick zu nehmen sein. Um den Abwägungsprozess im Hinblick auf die bevorstehenden Umsetzungsaufgaben umfassend zu gestalten, ist der Einbezug externer Beratung erforderlich, um eine umfassende Entscheidungsgrundlage erarbeiten zu können. Die vorstehenden Aspekte sind mit der Kommunalaufsichtsbehörde vorabzustimmen, zumal diese bei der Gründung von wirtschaftlichen Unternehmen nach Maßgabe des § 108 GO zu beteiligen ist.

Auswirkungen auf das Klima:

Ja		Nein	X
----	--	------	---

Durch die Umstellung von fossilen Energieträgern (Erdgas, Heizöl) auf regenerative Energieträger kann eine erhebliche Menge Kohlendioxid eingespart werden. Der Betrieb von Wärmenetzen kann hierzu einen erheblichen Beitrag leisten. Der Grundsatzbeschluss über die Gründung von Stadtwerken selbst hat allerdings noch keine Auswirkungen auf das Klima.

Finanzielle Auswirkungen:

Ja	X	Nein		bei Produkt	n.n.
----	---	------	--	-------------	------

Die Verwaltung geht von einem Stundensatz von ca. 250,00 € bei der Beauftragung einer Rechtsanwalts- und Steuerberatungskanzlei aus. Bei angenommenen Zeitaufwand von bis zu 100 Stunden wäre mithin von einem Betrag von 25.000 € auszugehen. Nach § 9 Absatz 2 Ziffer 9 der Hauptsatzung kann die Beauftragung einer solchen Beratungsleistung durch den Bürgermeister vergeben werden.

Weiteres Vorgehen:

Für die Vorbereitung einer Entscheidung über die Gründung von Stadtwerken zum Betrieb der Quartiere Lohmühlenweg und Kloster wird ein Beratungsauftrag an eine in dieser Materie erfahrene Rechts- und Steuerberatungskanzlei vergeben.

Anlagen:

- Vergleich möglicher Organisations- und Rechtsformen eines kommunalen Stadtwerks der Stadt Preetz



ad.fides

Beratung. Nähe. Vertrauen.

Vergleich möglicher Organisations- und Rechtsformen eines kommunalen Stadtwerks der Stadt Preetz



Neumünster, Februar 2023



ad.fides

Beratung. Nähe. Vertrauen.

Inhaltsverzeichnis

- A Auftragsinhalt

- B Einführung

- C Vergleich der Organisations- und Rechtsformen Eigenbetrieb, Anstalt des öffentlichen Rechts und GmbH
 - I. Rechtliche Einordnung
 - II. Kommunalrechtliche Aspekte bei der Gründung
 - III. Organe
 - IV. Personelle Ausstattung
 - V. Finanzielle Ausstattung
 - VI. Haftung
 - VII. Insolvenzfähigkeit
 - VIII. Drittfinanzierung durch Kreditinstitute
 - IX. Möglichkeit der politischen Einflussnahme | Verschwiegenheitspflichten der Vertreter in den Unternehmensgremien gegenüber der Politik
 - X. Öffentlichkeit der Sitzungen
 - XI. Satzungshoheit | Möglichkeit der Gebührenerhebung
 - XII. Beteiligung Dritter
 - XIII. Beteiligung an anderen Gesellschaften
 - XIV. Arbeitsrechtliche Aspekte
 - XV. Rechnungswesen
 - XVI. Laufende Besteuerung
 - XVII. Organisations- oder Rechtsformwechsel

- D Fazit

Anlage

Tabellarische Übersicht des Vergleichs zwischen Eigenbetrieb, AöR und GmbH



ad.fides

Beratung. Nähe. Vertrauen.

Abkürzungsverzeichnis

AktG	Aktiengesetz
AöR	Anstalt des öffentlichen Rechts
EigVO	Landesverordnung über die Eigenbetriebe der Gemeinden
GewStG	Gewerbsteuergesetz
GkZ	Gesetz über kommunale Zusammenarbeit
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GO	Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein
GVOBL. SH	Gesetz- und Verordnungsblatt des Landes Schleswig-Holstein
InsO	Insolvenzordnung
KAG	Kommunalabgabengesetz Schleswig-Holstein
KAV SH	Kommunaler Arbeitgeberverband Schleswig-Holstein
KPG	Kommunalprüfungsgesetz Schleswig-Holstein
KStG	Körperschaftsteuergesetz
KUVO	Landesverordnung über Kommunalunternehmen als Anstalt des öffentlichen Rechts
LVwG	Landesverwaltungsgesetz Schleswig-Holstein
PdK SH	Praxis der Kommunalverwaltung Schleswig-Holstein (Kommentar)
UStAE	Umsatzsteuer-Anwendungserlass
UStG	Umsatzsteuergesetz



ad.fides

Beratung. Nähe. Vertrauen.

A Auftragsinhalt

Die Stadt Preetz - im Folgenden Stadt - hat uns gebeten, für eine mögliche Gründung eines kommunalen Stadtwerks die mögliche Organisations- oder Rechtsform vergleichend zu betrachten. Grundsätzlich steht im ersten Schritt zunächst die Übernahme / Ausbau eines Nahwärmenetzes im Vordergrund. Gleichwohl sollte durch diese Betrachtung auch nicht außer Acht gelassen werden, dass sich die Betätigung dieser Gesellschaft stetig erweitern kann – sei es durch den weiteren Ausbau eines Nahwärmenetzes als auch durch die Erweiterung des ursprünglichen Geschäftszwecks.

Vereinbarungsgemäß sollen wir uns im Rahmen dieser Betrachtung auf die Organisations- und Rechtsformen von

- Eigenbetrieb
- Anstalt des öffentlichen Rechts (im Folgenden AöR) sowie
- Gesellschaft mit beschränkter Haftung (im Folgenden GmbH)

beschränken.

Die einzelnen Themenfelder, die näher beleuchtet werden, sind im Vorwege mit dem Auftraggeber abgestimmt worden. Der guten Ordnung halber weisen wir darauf hin, dass es sich bei den nachfolgend dargestellten Themenfeldern um eine nicht abschließende Auswahl handelt.

Wir geben für die vergleichende Betrachtung von Eigenbetrieb, AöR und GmbH zunächst eine allgemeine Einführung in die kommunalrechtlichen Besonderheiten der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand (B). Anschließend beleuchten wir einzelne, aus unserer Sicht wichtige und für die politische Entscheidungsfindung grundlegende Aspekte dieser Organisations- und Rechtsformen eingehend (C). Abschließend fassen wir unsere Ausführungen zusammen und ziehen ein Fazit (D).

Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird auf die gleichzeitige Verwendung der Sprachformen männlich, weiblich und divers (m/w/d) verzichtet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermaßen für alle Geschlechter.



ad.fides

Beratung. Nähe. Vertrauen.

B Einführung

Die Motivation einer Kommune für eine eigenwirtschaftliche Betätigung kann vielfältig sein und somit Gründe und Aspekte für oder auch gegen eine Organisationsform oder Rechtsform sprechen.

Neben den grundsätzlichen politischen Erwägungen können dies beispielsweise finanzielle Gründe (Fragen des Haushaltsrechts wie z.B. Kreditaufnahmen außerhalb des öffentlichen Haushalts oder die Möglichkeit der Aufnahme von sog. Kommunalkrediten), organisatorische Betrachtungen (Verselbständigung der Einheit, eigene, aus der allgemeinen Verwaltung herausgelöste Leitung) oder strategische Ziele (Zusammenarbeit mit strategischen Partnern) eine Rolle spielen.

Daneben können die unterschiedlichen Rechtsgrundlagen für eine gewählte Rechtsform insb. des Privatrechts zu Konflikten zwischen Privat- und öffentlichem Recht führen:

So ist das Handels- und Gesellschaftsrecht nach Art. 74 Nr. 11 GG im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung bundesrechtlich geregelt. Das Kommunalverfassungsrecht liegt dagegen in der ausschließlichen Kompetenz der Länder (Art. 28 und 30 GG).

Darüber hinaus ist das Handels- und Gesellschaftsrecht Teil des Privat- oder Zivilrechts, während das Kommunalverfassungsrecht dem öffentlichen Recht zugeordnet wird. Die beiden Rechtsgebiete haben aber zumindest teilweise unterschiedliche Strukturen und Zielsetzungen. Vereinfacht dargestellt regelt das Zivilrecht die Rechte und die Pflichten der – natürlichen oder juristischen – Einzelperson, das (Kommunal-)Verfassungsrecht hat überwiegend die Personengesamtheit im Blick.

Auch die Zielsetzung des Handelns bzw. welches Interesse im Vordergrund stehen soll, unterscheidet sich bei Zivil- und Kommunalrecht: Die Gemeinde hat das Wohl ihrer Einwohner zu fördern (§ 1 Abs. 1 Satz 2 GO) und dafür die notwendigen Einrichtungen zu schaffen (§ 17 GO). Dafür gilt allerdings der Grundsatz der Subsidiarität (§ 2 Abs. 1 Satz 2 FO). Soweit dieser Weg beschritten wird, liegt es im Auftrag der Gemeinde, sich den notwendigen Einfluss im Interesse ihrer Einwohner vorzubehalten.



ad.fides

Beratung. Nähe. Vertrauen.

Die privatrechtlich verfasste Gesellschaft hingegen muss das Wohl der Gesellschaft in den Vordergrund ihres Interesses stellen. Dies ist im Hinblick auf z.B. die Aktionäre oder Gesellschafter, die das Kapital zur Verfügung gestellt haben, aber auch zum Schutze der Gläubiger unverzichtbar. Die Mitglieder der Leitungsorgane können sich sogar schadensersatzpflichtig machen, sofern sie gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften verstoßen.

Die Interessen der Gesellschaft brauchen jedoch mit den kommunalpolitischen Absichten der Kommune, die nicht zuletzt wegen wechselnder Mehrheitsverhältnissen in der Gemeinde-/ Stadtvertretung Wandlungen unterworfen sein können, nicht immer konform zu gehen; sie können sich sogar widersprechen.

Dies gilt es alles bei der Wahl einer passenden Organisations- oder Rechtsform zu bedenken und abzuwägen.

Die nachfolgende Darstellung soll hierzu als Hilfestellung dienen.

C Vergleich der Organisations- und Rechtsformen Eigenbetrieb, Anstalt des öffentlichen Rechts und GmbH

I. Rechtliche Einordnung

1. Eigenbetrieb

Bei dem Eigenbetrieb handelt es sich nicht um eine eigene Rechtsform, sondern um eine von der allgemeinen Verwaltung losgelöste öffentlich-rechtliche Einrichtung, vgl. § 106 Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein (im Folgenden GO). Man spricht deshalb von einer öffentlich-rechtlichen Organisationsform.

Der Eigenbetrieb ist rechtlich damit Bestandteil der Trägerkörperschaft.



ad.fides

Beratung. Nähe. Vertrauen.

Seine Einnahmen und Ausgaben werden jedoch nicht im (allgemeinen) Haushaltsplan ausgewiesen. Vielmehr verfügt er als Sondervermögen über einen separaten Wirtschaftsplan.

Die Ausgestaltung des Rechts der Eigenbetriebe bleibt der Eigenbetriebsverordnung und der Betriebssatzung überlassen. Es gilt die Landesverordnung über die Eigenbetriebe der Gemeinden (Eigenbetriebsverordnung – im Folgenden EigVO - in der Fassung vom 5.12.2017, zuletzt geändert am 24.06.2021, GVOBl. S. 1284).

2. Anstalt des öffentlichen Rechts

Mit der 2003 eingefügten Rechtsvorschrift des § 106a GO hat der Gesetzgeber in Schleswig-Holstein – dem Beispiel anderer Flächenländer (z. B. Bayern, Rheinland-Pfalz, Nordrhein-Westfalen) folgend – im Recht der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen eine weitere Organisationsform zur Verfügung gestellt. Den Kommunen wird die Möglichkeit eröffnet, durch Satzung kommunale Unternehmen in der Rechtsform einer rechtsfähigen AöR zu errichten.

Im Gegensatz zum Eigenbetrieb handelt es sich bei einer AöR um eine rechtlich eigenständige juristische Person des öffentlichen Rechts.

Durch § 135 Abs. 5 GO wird der Innenminister ermächtigt, durch Rechtsverordnung nähere Bestimmungen über den Aufbau, die Zusammensetzung und Befugnisse der Organe und die Wirtschaftsführung der Kommunalunternehmen zu treffen. Von dieser Verordnungsermächtigung hat der Innenminister durch Erlass der Verordnung vom 29.10.2003 (GVOBl. SH 2003 S. 535) Gebrauch gemacht. Es gilt die Landesverordnung über Kommunalunternehmen als Anstalt des öffentlichen Rechts (im Folgenden KUVVO) vom 03.04.2017.

Der Vollständigkeit halber wird darauf hingewiesen, dass es sich bei einem Kommunalunternehmen ebenfalls um eine juristische Person des öffentlichen Rechts handelt, vgl. § 19b GkZ. Der Unterschied zur AöR liegt in der Anzahl der Träger: Das Kommunalunternehmen – siehe § 19b GkZ – wird von mehreren kommunalen Körperschaften getragen. Die AöR verfügt dagegen nur über einen einzigen kommunalen Träger, vgl. § 106a Abs. 1 GO.



ad.fides

Beratung. Nähe. Vertrauen.

3. GmbH

Bei der GmbH handelt es sich um eine juristische Person des Privatrechts, vgl. § 13 Abs. 1 GmbHG. Es gelten die Bestimmungen des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (im Folgenden: GmbHG).

II. Kommunalrechtliche Aspekte bei der Gründung

Grundsätzlich ist die Stadt frei, durch bloßen Organisationsakt über die richtige Form der Aufgabenwahrnehmung zu entscheiden. Einschränkungen gelten jedoch für kommunale Unternehmen. Danach sind für die Gründung eines kommunalen Unternehmens ein öffentlicher Zweck, ein angemessenes Verhältnis der unternehmerischen Tätigkeit zur Leistungsfähigkeit der Stadt sowie die Einhaltung eines Subsidiaritätsprinzips im Verhältnis zur Privatwirtschaft erforderlich (sog. Schrankentrias).

Die konkreten Einzelheiten geben die landesspezifischen Landesrechte vor – in Schleswig-Holstein die GO:

Das Recht der Kommunen auf wirtschaftliche Betätigung ist ausschließlich aus dem kommunalen Selbstverwaltungsrecht des Art. 28 Abs. 2 GG abzuleiten. Dieses Recht der Kommunen wird in den §§ 101 ff. GO konkretisiert. Die Kommune darf sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben wirtschaftlich gem. § 101 GO betätigen.



Eine wirtschaftliche Betätigung ist dann zulässig, wenn

- ein öffentlicher Zweck die Betätigung erfordert (§ 101 Abs. 1 Nr. 1 GO)
- die Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Kommune steht (§ 101 Abs. 1 Nr. 2 GO) und
- der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erfüllt werden kann (§ 101 Abs. 1 Nr. 3 GO).

In der geltenden GO wird der Begriff „wirtschaftliche Unternehmen“ nicht definiert. Vielmehr wird nur bestimmt, was keine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne dieser Vorschrift sein soll, vgl. § 101 Abs. 4 GO (beispielsweise Einrichtungen, zu denen die Kommune gesetzlich verpflichtet ist). Hinweise gibt die Gemeindeordnung des Landes Nordrhein-Westfalen im dortigen § 107 Abs. 1 Satz 2 GO NRW. Dort wird ein wirtschaftliches Unternehmen einer Kommune wie folgt beschrieben: *„Als wirtschaftliche Betätigung ist der Betrieb von Unternehmen zu verstehen, die als Hersteller, Anbieter oder Verteiler von Gütern oder Dienstleistungen am Markt tätig werden, sofern die Leistung ihrer Art nach auch von einem privaten Unternehmen mit der Absicht der Gewinnerzielung erbracht werden könnte“.*

Bei der Betätigung eines Energieversorgungsunternehmens – unabhängig welcher Sparte, ob Strom, Gas, Wasser, Wärme oder Kälte – handelt es sich unzweifelhaft um eine wirtschaftliche Betätigung im Sinne der GO. Dies auch vor dem Hintergrund, dass die GO für solche Unternehmen eine Privilegierung vorsieht und daher selbst davon ausgeht, dass es sich hierbei um eine wirtschaftliche Tätigkeit handelt.

Die wirtschaftliche Betätigung zur Erzeugung oder zur Gewinnung, zum Vertrieb oder zur Verteilung von Energie zur Strom-, Gas-, Wärme- oder Kälteversorgung (energiewirtschaftliche Betätigung) dient grundsätzlich einem öffentlichen Zweck, vgl. § 101a Abs. 1 GO. Hierfür bedarf es bei dieser Tätigkeit keiner besonderen Begründung.



ad.fides

Beratung. Nähe. Vertrauen.

Neben den o.g. Punkten gelten für die Gründung einer kommunalen Eigengesellschaft (z.B. GmbH) oder die Beteiligung an einem Unternehmen zusätzlich die in § 102 GO genannten Voraussetzungen. Danach ist zu berücksichtigen, dass u.a.

- ein wichtiges Interesse der Kommune an der Gründung oder der Beteiligung vorliegt und die kommunale Aufgabe dauerhaft mindestens ebenso gut wie in Organisationsformen des öffentlichen Rechts erfüllt wird (§ 102 Abs. 1 Nr. 1 GO).
 - Hierbei handelt es sich um den sog. „Bericht des Bürgermeisters“. Dieser hat vor der Gründung die Vor- und Nachteile im Verhältnis zu den Organisationsformen des öffentlichen Rechts umfassend abzuwägen, dies der Stadtvertretung in einem Bericht darzulegen und dabei insbesondere die Angemessenheit und die soziale Ausgewogenheit von Gebühren- und Beitragsgestaltungen sowie die personalwirtschaftlichen, mitbestimmungsrechtlichen und gleichstellungsrechtlichen Änderungen darzustellen.
- eine Rechtsform gewählt wird, welche die Haftung der Gemeinde auf einen bestimmten Betrag begrenzt und zugleich die Einzahlungsverpflichtung der Gemeinde in einem angemessenen Verhältnis zu ihrer Leistungsfähigkeit steht (§ 102 Abs. 1 Nr. 2 GO).
 - In der Kommunalpraxis sind daher die typischen Personengesellschaften gesetzlich als Handlungsform ausgeschlossen, weil hier die Haftung nicht auf das Gesellschaftsvermögen begrenzt ist.
 - Typische privatrechtliche Handlungsformen im kommunalen Bereich sind daher die AktG und die GmbH; im Bereich Windkraft auch noch die GmbH & Co. KG (Kommune als Kommanditist und/oder Komplementär-GmbH).
- die Gemeinde einen angemessenen Einfluss, insbesondere in einem Überwachungsorgan, erhält und dieser durch Gesellschaftsvertrag, Satzung oder andere Weise gesichert wird (§ 102 Abs. 1 Nr. 3 GO).
 - In der Kommunalpraxis wird von der Kommunalaufsicht bei der Gründung einer kommunalen GmbH ein Aufsichtsrat gefordert, sog. fakultativer (freiwilliger) Aufsichtsrat (weil nicht vom GmbHG zwingend vorgeschrieben).

- gewährleistet ist, dass der Jahresabschluss und der Lagebericht in entsprechender Anwendung der Vorschriften des Dritten Buchs des HGB aufgestellt und geprüft werden (§ 102 Abs. 1 Nr. 4 GO).
 - Das Dritte Buch des HGB umfasst die Rechnungslegungsvorschriften für große Kapitalgesellschaften, d.h., dass in jedem Fall für die betreffende Betätigung ein Jahresabschluss gemäß § 242 HGB aufzustellen ist, der aus Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung, Anhang und Lagebericht besteht (§ 264 HGB).

Um die Übereinstimmung einer beabsichtigten wirtschaftlichen Betätigung einer Kommune mit den Bestimmungen der GO zu gewährleisten, ist mit der Errichtung, Gründung oder Beteiligung an einem wirtschaftlichen Unternehmen ein kommunalaufsichtsrechtliches Genehmigungsverfahren verknüpft, vgl. § 108 Abs. 1 GO.

Dieses lässt sich in drei zwingend erforderliche Schritte unterteilen:

1. Schritt:

Anzeige an die Kommunalaufsicht sechs Wochen vor der Beschlussfassung in der Stadtvertretung oder des Hauptausschusses (§ 108 Abs. 1 Satz 1 GO). Aus der Anzeige muss zu ersehen sein, dass die (kommunal)gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Diese Anzeige ist an keine formalen Bedingungen geknüpft, es reicht hier z.B. eine Mitteilung per Email.

2. Schritt:

Die von der Stadtvertretung oder dem Hauptausschuss getroffene Entscheidung ist der Kommunalaufsicht durch das zuständige Organ unverzüglich anzuzeigen (§ 108 Abs. 1 Satz 3 GO). Hierfür sind wiederum alle Unterlagen und Erläuterungen der Kommunalaufsicht zu übermitteln, aus denen hervorgeht, dass die Voraussetzungen der §§ 101 ff GO erfüllt werden. Bei dieser Anzeige ist die schriftliche Form zu wahren, § 108 Abs. 1 GO, eine Anzeige per Email reicht für diesen Schritt nicht mehr.



ad.fides

Beratung. Nähe. Vertrauen.

3. Schritt:

Nach Eingang der unter Schritt 2 beschriebenen förmlichen Anzeige steht der Kommunalaufsicht eine sechswöchige Widerspruchsfrist zu. In der Praxis hat sich bewährt, die Kommunalaufsicht in den gesamten Entscheidungsprozess einzubinden und die aus ihrer Sicht erforderlichen Unterlagen / Angaben vorab gründlich abzustimmen. Sofern dann nach Beschlussfassung durch das zuständige Gremium keine Veränderungen vorgenommen wurden, verzichtet die Kommunalaufsicht i.d.R. auf die Einhaltung dieser sechswöchigen Frist durch förmliche Verzichtserklärung.

Erst mit Genehmigung der Kommunalaufsicht, Ablauf der sechswöchigen Frist oder der vorab erteilten Verzichtserklärung ist der Beschluss der Stadtvertretung oder des Hauptausschusses wirksam. Vollzieht die Kommune Rechtsgeschäfte, ohne diese anzuzeigen oder bevor die Widerspruchsfrist verstrichen ist, so sind diese – obwohl eine wirksame Beschlussfassung der Kommune nicht vorliegt – Dritten gegenüber rechtsgültig. Dabei können sich aber verwaltungsintern Fragen zur Amtspflichtverletzung und zur Amtshaftung stellen.

Aufgrund dessen ist es empfehlenswert, sich bei einer beabsichtigten unternehmerischen Tätigkeit einer Kommune frühzeitig um eine zeitliche Planung zu bemühen, die auf die Belange der Zustimmungsvorbehalte der kommunalen Gremien und der Kommunalaufsicht zugeschnitten ist.

Ebenso sollte frühzeitig das vom Innenministerium Schleswig-Holstein herausgegebene „Gemeindewirtschaftsrechtliche Prüfprogramm im kommunalaufsichtsrechtlichen Anzeigeverfahren nach § 108 GO“ (sog. „Checkliste“) vorbereitet und mit der Kommunalaufsicht im Vorwege inhaltlich abgestimmt werden.



ad.fides

Beratung. Nähe. Vertrauen.

III. Organe

Da es sich bei allen Organisations- bzw. Rechtsformen, die hier beschrieben werden, um sog. juristische Personen (AöR und GmbH) bzw. einer unselbständigen Einheit einer juristischen Person (Eigenbetrieb) handelt, bedarf es zur rechtsgeschäftlichen Vertretung einer natürlichen Person, die zur Vertretung dieser rechtlichen Einheit berufen wird.

Die Eigenschaft einer natürlichen Person, für eine juristische Person rechtsgeschäftlich tätig zu werden, bezeichnet man als „Organstellung“.

Von der Organstellung zu unterscheiden und von ihr unabhängig ist ein mögliches – arbeitsrechtliches – Anstellungsverhältnis zwischen der Einheit und einer Person in der Funktion eines gesetzlichen Organs.

Folgende Organe sind gesetzlich vorgesehen:

Eigenbetrieb

Die Stadtvertretung bestellt die **Werkleitung**, die die laufenden Geschäfte selbständig führt und für die wirtschaftliche Führung des Eigenbetriebs verantwortlich ist. Die Werkleitung vertritt die Stadt im Rechtsverkehr in Angelegenheiten des Eigenbetriebs. Die Stadtvertretung entscheidet hingegen über grundlegende Fragen des Eigenbetriebs, wie zum Beispiel den Erlass der Betriebsatzung (inkl. des Umfangs der Vertretungsbefugnis des Werkleiters) oder die Beförderung und Entlassung der Werkleitung. Die beim Eigenbetrieb beschäftigten Beamten, Angestellten und Arbeiter sind unmittelbar Bedienstete der Stadt.

In der Eigenbetriebsverordnung ist die Bildung eines **Werkausschusses** nicht vorgeschrieben. Daraus ergibt sich, dass für die Bildung eines Werkausschusses die allgemeinen Vorschriften der Gemeindeordnung gelten. Es ist somit in der Hauptsatzung zu bestimmen, ob ein Werkausschuss als ständiger Ausschuss für die Angelegenheiten des Eigenbetriebs gebildet werden soll. Dabei ist auch die Zahl der Ausschussmitglieder zu bestimmen, dem neben den Stadtvertretern auch sachkundige Bürger angehören können. Sie müssen zur Stadtvertretung wählbar sein. Ihre Zahl darf die der Stadtvertreter nicht erreichen

(§ 46 Abs. 2 GO). Dienstvorgesetzter des Werkleiters ist der Bürgermeister / die Bürgermeisterin (vgl. § 2 Abs. 4 EigVO).

AöR

Organe der AöR sind der **Vorstand** und der **Verwaltungsrat**. Der Vorstand leitet und vertritt die AöR gerichtlich und außergerichtlich (§ 3 KUVVO). Die Bürgermeisterin / der Bürgermeister der Stadt ist nicht Dienstvorgesetzter der Vorstandsmitglieder und kann ihnen – anders als den Mitgliedern des Werkausschusses eines Eigenbetriebs – keine Weisungen erteilen. Der Verwaltungsrat überwacht die Geschäftsführung des Vorstands (§ 4 KUVVO). Neben seiner Kontrolltätigkeit entscheidet der Verwaltungsrat auch über den Erlass von Satzungen, die das übertragene Aufgabengebiet betreffen wie beispielsweise eine Gebührensatzung für die Inanspruchnahme von Leistungen der AöR. Die Entscheidung des Verwaltungsrates über den Erlass derartiger Satzungen steht jedoch unter dem Zustimmungsvorbehalt der Stadtvertretung (vgl. § 4 Abs. 2 KUVVO).

GmbH

Zu den zwingenden Organen einer GmbH zählen die **Geschäftsführung** und die **Gesellschafterversammlung**. Kommunale Gesellschaften verfügen ferner fast immer über einen fakultativen **Aufsichtsrat**, der zugleich darauf gerichtet ist, das Unternehmensinteresse zu fördern, zugleich aber auch kommunale Belange in die Überwachung und Kontrolle der Geschäftsführung einbringt. Die GmbH wird durch ihre Geschäftsführer im Rechtsverkehr vertreten, § 35 Abs. 1 Satz 1 GmbHG. Ist die GmbH eine 100%ige Tochtergesellschaft der Kommune, hat diese als Alleingesellschafterin gegenüber der Geschäftsführung ein umfassendes Weisungsrecht.

Bei der AöR und der GmbH kann der kommunale Gesellschafter im Rahmen der Gesetze weitgehend selbst entscheiden, in welchem Umfang sie diesen Organisationsformen Selbständigkeit bzw. Entscheidungsfreiheit gewährt. Im Grundsatz sind diese Organisationsformen daran ausgerichtet, dass der Unternehmensleitung eine gewisse Entscheidungsfreiheit verbleibt.



ad.fides

Beratung. Nähe. Vertrauen.

IV. Personelle Ausstattung

Unabhängig von der Frage, durch wen die Organisation- bzw. Rechtsform nach außen gesetzlich vertreten wird (siehe oben), stellt sich die Frage einer angemessenen bzw. erforderlichen Personalausstattung.

Der Betrieb eines Stadtwerkes - auch nur alleine mit einer Sparte „Nahwärme“ - gehört nicht zu den Pflichtaufgaben einer Kommune. Bei der Gründung eines solchen Unternehmens sollte daher – völlig unabhängig von dem rechtlichen Rahmenkleid dieser Einheit – dieses mit den erforderlichen personellen Kapazitäten ausgestattet werden. Die personelle Ausstattung sollte berücksichtigen, dass das Bestandsgeschäft mit kaufmännischen und technischen Kenntnissen und Fähigkeiten entweder selbst erledigt oder bei Einkauf von Dienstleistungen Dritter diese auch angemessen gesteuert werden können. Typische Arbeitsfelder von Stadtwerken sind (vgl. Abschlussbericht des Forschungsvorhabens TrafoSW Transformation von Stadtwerken als wichtige Säule der Energiewende vom 25.09.2020, Fraunhofer-Institut für Umwelt-, Sicherheits- und Energietechnik [UMSICHT], Oberhausen, Förderkennzeichen: 03ET1518A, dort Seite 4):

- Administrativer und kaufmännischer Bereich (Finanz- und Rechnungswesen, Buchhaltung, Steuern und Verträge, Personalwesen, Abrechnung, Mahn- und Klagewesen, Controlling)
- Kundenservice und Marketing
- Messwesen (Zählerablesung, Messstellenbetrieb)
- Energievertrieb (Privat- und Geschäftskunden, Key-Account Management/ Großkundenbetreuung, Sonderkunden) in den Bereichen Strom, Gas, Wärme
- Energiebeschaffung und -handel
- Netze (Netzmanagement, Netzservice)
- Bau und Betrieb
- Technische Dienste inkl. Kundendienst
- Regulierung in den Bereichen Gas- und Stromnetz



ad.fides

Beratung. Nähe. Vertrauen.

Daneben sollten zum anderen ergänzend personelle Kapazitäten eingeplant werden, um strategische Themen anzugehen und bewerten zu können, beispielsweise der Aufbau neuer Geschäftszweige (z.B. grundsätzlich weitere Bereiche regenerativer Energieerzeuger, Aufbau einer Ladesäuleninfrastruktur usw.). Auch Finanzierungsthemen – Drittfinanzierung durch Banken und Einwerben von Fördermitteln – nehmen sehr viel Zeit in Anspruch. Schlussendlich hat sich ein Stadtwerk neben den allgemeinen rechtlichen Rahmenbedingungen intensiv mit den aktuellen politischen Entwicklungen in Bezug auf die Energiewende auseinanderzusetzen. Die sich aus den Novellierungen der energierechtlichen Gesetze, Verordnungen und Geschäftsprozessen ergebenden Vorgaben haben erheblichen Einfluss auf das Tagesgeschäft der Stadtwerke.

Wir empfehlen daher für ein zu gründendes Stadtwerk auf neu zu gewinnende personelle Kapazitäten außerhalb der Stadtverwaltung zurückzugreifen, ggf. begleitend ergänzt durch den Einkauf von kaufmännischen und technischen Dienstleistungen. Das bedeutet, dass beim Eigenbetrieb der Werkleiter, bei der AöR der Vorstand und bei der GmbH der Geschäftsführer mit einer externen Person zu besetzen und darüber hinaus zu bewerten ist, ob weitere Stellen geschaffen werden müssen oder eine Finanzierung eines Dienstleistungseinkaufs bereit gestellt werden muss.

V. Finanzielle Ausstattung

Für alle hier zu betrachtende Organisationsformen (Eigenbetrieb) oder Rechtsformen (AöR und GmbH) gilt, dass diese von der Kommune bei Errichtung/Gründung mit finanziellen Mitteln auszustatten sind.

Und für alle gilt, dass die Ausstattung mit den erforderlichen Mitteln durch Bar- als auch Sacheinlage erfolgen kann.

Beim **Eigenbetrieb** ist gemäß § 7 Abs. 2 EigVO vorgesehen, dass dieser mit einem nach dem Unternehmensgegenstand und dem Betriebsumfang angemessenen Eigenkapital auszustatten ist. Entsprechendes gilt für die **AöR** gemäß § 9 KUVVO.



ad.fides

Beratung. Nähe. Vertrauen.

Für die angemessene Höhe des Eigenkapitals gibt das Gesetz, bzw. die Verordnungen der EigVO und der KUVO keine konkreten Vorgaben. Es wird allgemein das Eigenkapital dann als angemessen betrachtet, wenn der Anteil des Eigenkapitals an der um die Baukostenzuschüsse und die Sonderposten mit Rücklageanteil gekürzten Bilanzsumme zwischen 30 v. H. und 40 v. H. beträgt (vgl. Sprenger in PdK SH, § 106 GO, Rd. 6).

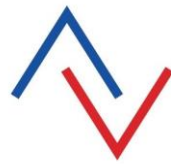
Für die **GmbH** gilt nach den Vorgaben des GmbHG das sog. Mindeststammkapital, um in die Vorzüge einer – nach der Gemeindeordnung zwingend geforderten – begrenzten Haftung zu gelangen. Das Mindeststammkapital bei einer GmbH beläuft sich auf 25.000 EURO, vgl. § 5 Abs. 1 GmbHG. Soll dieses Stammkapital durch eine Sacheinlage erbracht werden, wird von Seiten des Registergerichts unter dem Aspekt des Gläubigerschutzes in der Regel ein Gutachten über die Werthaltigkeit der Sacheinlage gefordert, um sicherzustellen, dass dieses auch dem tatsächlichen Wert der in das Handelsregister eingetragenen Haftsumme entspricht.

Eine gesetzliche Nachschusspflicht für den Gesellschafter ist bei einer GmbH nicht vorgesehen, vielmehr muss dies durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt werden, vgl. § 26 Abs. 1 GmbHG. Nur wenn eine solche Nachschusspflicht im Gesellschaftsvertrag bestimmt ist, kann die GmbH eine solche von ihrem Gesellschafter auch einfordern.

VI. Haftung

Für Defizite des **Eigenbetriebs** haftet die Kommune unbeschränkt, da Eigenbetriebe über kein verselbständigtes Vermögen verfügen, sondern vermögens- und haushaltsrechtlich Teil der Kommune sind. Verbindlichkeiten des Eigenbetriebs sind rechtlich Verbindlichkeiten der Trägerkörperschaft.

Bei der **AöR** ist die Kommune verpflichtet, Verluste der AöR aus Haushaltsmitteln auszugleichen, wenn nach Ablauf von fünf Jahren der Verlustvortrag der AöR nicht durch Abbuchung von den Rücklagen ausgeglichen werden kann (vgl. § 14 Abs. 2 KUVO).



ad.fides

Beratung. Nähe. Vertrauen.

Das schleswig-holsteinische Landesrecht sieht eine Gewährträgerhaftung der Kommune, also ein Einstehen für Verbindlichkeiten des Kommunalunternehmens, nicht vor (vgl. § 9 Satz 2 KUVVO). Ein direkter Anspruch eines Vertragspartners der AöR gegen die Kommune besteht nicht.

Allerdings bestimmt die Gemeindeordnung, dass die Kommune der Anstalt die notwendigen Mittel nach kaufmännischen Grundsätzen zur Verfügung stellt (vgl. § 106a Abs. 4 GO). Daraus wird gefolgert, dass die AöR einen Anspruch gegen die Trägerkörperschaft hat, sie mit ausreichenden Mitteln auszustatten, die Kommune also eine Anstaltslast trifft (vgl. Dehn, in Bracker/Dehn, Gemeindeordnung Schleswig-Holstein, Kommentar, 7. Auflage, § 106a, zu Abs. 4 Ziffer 1). Sollten also Mittel einer AöR nicht ausreichen, um Verbindlichkeiten gegenüber Dritten zu bedienen, könnte die AöR von der Kommune aufgrund der Anstaltslast verlangen, dass diese ihr die Mittel zu Verfügung stellt. Letztendlich haftet damit die Kommune.

Bei der **GmbH** ist die Haftung der Gesellschafter auf die Höhe des Stammkapitals beschränkt (vgl. § 13 Abs. 2 GmbHG). Eine Verpflichtung der Gesellschafter zum Ausgleich von Verlusten besteht grundsätzlich nicht, vgl. § 26 Abs. 1 GmbHG.

VII. Insolvenzfähigkeit

Eigenbetrieb

Die Stadt ist einschließlich ihrer Regie- und Eigenbetriebe nicht insolvenzfähig (vgl. § 12 Abs. 1 Nr. 2 Insolvenzordnung [im Folgenden InsO] i.V.m. § 52 Satz 2 und Satz 3 Landesverwaltungsgesetz [im Folgenden LVwG] i.V.m. § 131 Abs. 2 GO). Eigenbetriebe sind als organisatorisch verselbstständigte Einheiten wirtschaftlich tätig. Haftungsrechtlich verfügen sie jedoch nicht über ein eigenes Vermögen, sondern sind vermögens- und haftungsrechtlich Teil der Stadt.



ad.fides

Beratung. Nähe. Vertrauen.

AöR

Eine Insolvenz der AöR ist (jedenfalls de facto) ausgeschlossen (vgl. § 12 Abs. 1 Nr. 2 InsO iVm § 52 Satz 2 und Satz 3 LVwG iVm §§ 106 a, 131 Abs. 2 GO). Aus der nach Dehn bestehenden Anstaltslast (siehe oben zu VI.) könnte die AöR von der Kommune verlangen, dass diese ihr ausreichende Mittel zu Verfügung stellt. Letztendlich haftet damit die Stadt und eine Insolvenz der AöR ist de facto ausgeschlossen.

GmbH

Kommunale Unternehmen in privater Rechtsform unterliegen dem Insolvenzrecht und sind insolvenzfähig. Die Geschäftsführung der GmbH ist verpflichtet, bei Vorliegen von Insolvenzgründen (Zahlungsunfähigkeit, drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung) ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, einen Eröffnungsantrag zu stellen (§ 15a Abs. 1 InsO).

Die Stadt ist gesetzlich nicht verpflichtet, ihre Unternehmen in privater Rechtsform vor der Insolvenz zu bewahren. Dies gilt selbst dann, wenn die Stadt 100% der Anteile an dem privatrechtlichen Unternehmen hält.

VIII. Drittfianzierung durch Kreditinstitute

Der **Eigenbetrieb** als Bestandteil der Trägerkörperschaft kann sich bei Kreditinstituten zu gleichen Konditionen finanzieren, wie die Trägerkörperschaft selbst. Kreditnehmer ist die Trägerkörperschaft selbst.

Aufgrund der faktisch nicht gegebenen Insolvenzfähigkeit wird eine **AöR** - obwohl eigenständige juristische Person des öffentlichen Rechts – aus der Sicht eines Kreditinstituts unter Risikogesichtspunkten wie eine Kommune eingeordnet und kann in den Genuss der Vergabe von Kommunalkrediten kommen, die gegenüber marktüblichen Kreditbedingungen günstigere Zinsen als auch längere Laufzeiten aufweisen.

Auch eine kommunale GmbH wird üblicherweise aufgrund des kommunalen Anteilseigners bei der Kreditvergabe im Risiko besser eingestuft, als eine von privaten Anteilseignern gehaltene Gesellschaft. Gleichwohl ist der Nachlass auf den marktüblichen Zins nicht so hoch, wie bei „reinen“ Kommunalkrediten. Zudem wird zumeist vom Kreditinstitut zur Absicherung der



ad.fides

Beratung. Nähe. Vertrauen.

Darlehenssumme eine Bürgschaftserklärung des kommunalen Anteilseigners verlangt. Aus beihilferechtlichen Gesichtspunkten muss die Gesellschaft dann an den kommunalen Gesellschafter den gegebenen „Zinsvorteil“ aus der Bürgschaft in Form einer Bürgschaftsprovision wieder ausgleichen (vgl. Erlass des Innenministeriums vom 10. Juli 2012 – IV 305 – 163 101 – sog. „Bürgschaftserlass“).

Sofern die Stadt sich dazu entschließen sollte, die Nahwärmeversorgung als Eigenbetrieb zu organisieren, richtet sich die Kreditwirtschaft nach §§ 85 ff. GO, da der Eigenbetrieb eine rechtlich unselbständige Einheit der Stadt ist. Für den Fall, dass die Stadt sich entscheidet, die Nahwärmeversorgung in Form einer AöR oder einer GmbH zu organisieren, so wäre die Kreditwirtschaft im Gesellschaftervertrag oder durch Satzung auszugestalten. Dabei müsste darüber entschieden werden, ob und in welchem Rahmen der AöR oder der GmbH gestattet werden soll, Kredite aufzunehmen.

IX. Möglichkeit der politischen Einflussnahme | Verschwiegenheitspflichten der Vertreter in den Unternehmensgremien gegenüber der Politik

Eigenbetrieb

Die Stadtvertretung bestellt gemäß § 2 Abs. 1 EigVO für die Leitung des Eigenbetriebs eine **Werkleitung**. Der Werkleitung obliegt die Pflicht, die Bürgermeisterin / den Bürgermeister über alle wichtigen Angelegenheiten des Eigenbetriebs rechtzeitig zu unterrichten, § 3 Abs. 2 EigVO. Für wesentliche Entscheidungen des Eigenbetriebs sind gemäß § 5 Abs. 1 EigVO Beschlüsse der Stadtvertretung erforderlich. Hierzu zählen unter anderem der Erlass der Betriebssatzung, Entscheidungen zu wesentlichen Aus- und Umgestaltungen oder die Auflösung des Eigenbetriebs sowie die Entnahme von Eigenkapital.

Die Stadtvertretung hat gemäß § 5 Abs. 2 EigVO zudem die Möglichkeit einen **Werkausschuss** nach § 45 GO zu bilden und ihm bestimmte Entscheidungen zu übertragen. Für die Besetzung des Werkausschusses gelten die Bestimmungen der GO für die Besetzung von Ausschüssen, §§ 45 ff. GO. Mitglieder des Werkausschusses können gem. § 46 Abs. 3 GO auch bürgerliche Mitglieder werden, sofern die Hauptsatzung dies zulässt.



ad.fides

Beratung. Nähe. Vertrauen.

AöR

Der **Vorstand** leitet die AöR in eigener Verantwortung und vertritt die Anstalt gerichtlich und außergerichtlich, § 3 Abs. 1 KUVO. Er wird vom Verwaltungsrat bei der Erstbestellung auf höchstens fünf Jahre bestellt, § 4 Abs. 2 Satz 1 KUVO.

Bei der AöR hat die Stadtvertretung die Möglichkeit, in der Organisationssatzung selbst zu bestimmen, wie eng sie die AöR führen möchte. Rechtlich zulässig ist es, dem Vorstand weite oder im Gegenteil auch nur enge Geschäftsführungsbefugnisse einzuräumen. Strebt die Stadt als Trägerkörperschaft weitgehende Steuerungsmöglichkeiten an, können diese über weite Befugnisse des Verwaltungsrats erreicht werden. Der Grundkonzeption einer AöR als eigenständige Rechtsperson entspricht es jedoch eher, wenn ihre Trägerkörperschaft über den Verwaltungsrat nur zurückhaltend Steuerungs- und Einflussnahmemöglichkeiten ausgestaltet. Deutlich wird dies aus § 3 Abs. 1 KUVO, der grundsätzlich die eigenverantwortliche Leitung des gemeinsamen Kommunalunternehmens durch den Vorstand vorsieht. Gleichwohl kann sich die Stadt dafür entscheiden, ob sie ihren Einfluss auf die AöR stärkt, indem sie nach § 4 Abs. 1 Satz 6 KUVO in der Organisationssatzungen vorsieht, dass bei Entscheidungen der Organe der AöR von grundsätzlicher Bedeutung die Zustimmung der Stadtvertretung erforderlich ist.

Der Bürgermeister ist als gesetzlicher Vertreter der Stadt Mitglied im **Verwaltungsrat** der AöR, § 4 Abs. 3 KUVO. Die übrigen Mitglieder des Verwaltungsrats werden von der Stadtvertretung bestellt, § 4 Abs. 4 KUVO. Hierbei ist der Kreis der möglichen Verwaltungsratsmitglieder weiter gefasst, als bei der eines Werkausschusses (siehe oben). Es beschränkt sich nicht auf den Kreis der Personen, die in § 46 GO benannt werden, sondern es können auch nicht Ortsansässige sein. § 4 Abs. 4 KUVO sieht vor, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats über eine entsprechende Sachkunde zu verfügen haben. Mitglieder des Verwaltungsrats werden für eine Laufzeit von 5 Jahren gewählt (§ 4 Abs. 4 KUVO). Sofern es sich um ein Verwaltungsratsmitglied handelt, welches auch der Stadtvertretung angehört, endet die Wahlzeit für den Verwaltungsrat mit dem Ende der Wahlperiode oder dem vorzeitigen Ausscheiden aus der Stadtvertretung (§ 4 Abs. 4 letzter Satz KUVO). Folglich steht Verwaltungsratsmitgliedern, die nicht zugleich Mitglied in der Stadtvertretung sind, die volle Amtszeit von fünf Jahren zu, unabhängig von zwischenzeitlichen Kommunalwahlen.

Die Mitglieder des Verwaltungsrats haben die Interessen der Kommune zu vertreten und auf Verlangen der Stadt Auskunft zu erteilen, vgl. § 4 Abs. 5 Satz KUVO.

GmbH

Die GmbH wird gemäß § 35 Abs. 1 GmbHG durch den **Geschäftsführer** gerichtlich und außergerichtlich vertreten. Der Geschäftsführer ist für die laufenden Geschäfte der GmbH verantwortlich und verfügt über eine unbeschränkte organschaftliche Vertretungsmacht. Diese Vertretungsmacht (das Recht, die GmbH im Außenverhältnis zu vertreten), ist nicht beschränkbar, weder durch Gesellschaftsvertrag oder Gesellschafterbeschluss noch durch Anstellungsvertrag. Im Innenverhältnis kann die Geschäftsführerbefugnis hingegen gemäß § 37 Abs. 1 GmbHG durch Gesellschaftsvertrag beschränkt werden. So kann der Geschäftsführer beispielsweise verpflichtet werden, vor bestimmten Entscheidungen die Zustimmung der Gesellschafterversammlung einzuholen. Die Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers nach außen hin wird durch eine solche Einschränkung jedoch nicht berührt, d.h. die Einschränkung gilt nur im Innenverhältnis, nicht jedoch im Außenverhältnis gegenüber Dritten (§ 37 Abs. 2 GmbHG).

Die **Gesellschafterversammlung** trifft als oberstes Organ der GmbH gemäß § 46 GmbHG alle wesentlichen Entscheidungen - wie zum Beispiel die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern - für die GmbH. Sie überwacht die Tätigkeit des Geschäftsführers und ist berechtigt, dem Geschäftsführer durch Gesellschafterbeschluss (§ 47 GmbHG) Weisungen zu erteilen.

§ 104 GO regelt die Vertretung des Anteilseigners Stadt in der Gesellschafterversammlung. Bei Eigengesellschaften (100% Anteil am Stammkapital liegt bei der Kommune) liegt es in der Entscheidungshoheit der Stadtvertretung, welche Gremien oder Personen die Gesellschafterversammlung bilden sollen. Möglich wäre tatsächlich ein Ausschuss i.S.d. GO. Dann ist zwingend zu beachten, dass bei Beschlüssen dieses (politischen) Ausschusses zur Gültigkeit dieser es erforderlich ist, dass kommunale Gremien - wenn sie als Gesellschaftsorgane tätig werden wollen – sich stets als solche konstituieren. Anderenfalls werden die formalen Voraussetzungen des Gesellschaftsrechts (z.B. Ladungsfrist, Formen der Beschlussfassung) möglicherweise nicht eingehalten. In jedem Fall ist bei dieser Gestaltung – Gesellschafterversammlung besteht aus Stadtvertretern – dem Bürgermeister gemäß § 102

Abs. 2 Nr. 4 GO durch die Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag das Recht zur Teilnahme an den Sitzungen der Gesellschafterversammlung zu gewähren.

In der Praxis ist es jedoch eher üblich, dass der gesetzliche Vertreter der Stadt, der Bürgermeister, die Vertretung in der Eigengesellschaft wahrnimmt. Die Befugnis der Stadtvertretung, dem Bürgermeister als gesetzlichen Vertreter Weisungen zu erteilen (§ 25 GO), bleibt hiervon unberührt. Das Weisungsrecht ist prinzipiell unbeschränkt. Eine gesetzliche Grenze findet es lediglich gegenüber dem Bürgermeister, nämlich dann, wenn Geschäfte der laufenden Verwaltung betroffen sind (§ 55 Abs. 1 Satz 2 bzw. § 65 Abs. 1 Satz 2 GO).

Das GmbHG etabliert den **Aufsichtsrat** als freiwilliges Organ zur Überwachung der Geschäftsführung. Nach § 102 Abs. 2 Nr. 3 GO ist die Stadt verpflichtet, kommunale Vertreter in den Aufsichtsrat zu entsenden. Daneben sieht § 102 Abs. 2 Nr. 3 GO ebenso vor, dass den Aufsichtsratsmitgliedern durch die Stadtvertretung Weisungen erteilt werden können.

Dies ist im Gesellschaftsrecht nicht vorgesehen. Nach den Vorgaben des Gesellschaftsrechts ist ein Aufsichtsratsmitglied ausschließlich den Interessen des Unternehmens verpflichtet, §§ 116 i.V.m. § 93 Abs. 1 AktG i.V.m. § 52 GmbHG. Kommunale Belange dürfen in dieser Funktion keine Rolle spielen. Dies kann in der Praxis bei kommunalen Vertretern im Aufsichtsrat zu Interessenkonflikten führen.

Für die Ausgestaltung des Aufsichtsrats im Gesellschaftsvertrag herrscht gemäß § 52 Abs. 2 GmbHG weitgehend Gestaltungsfreiheit. Diese kann und muss genutzt werden, um bei einer kommunalen GmbH diesen Interessenkonflikt zwischen Gesellschafts- und Kommunalrecht abzumildern:

Hierzu werden im Gesellschaftsvertrag der GmbH die nach § 52 Abs. 1 GmbHG vorgesehenen anwendbaren Vorschriften des Aktienrechts für den fakultativen Aufsichtsrat abbedungen und die gesellschaftsrechtliche Weisungsfreiheit der Aufsichtsräte aufgehoben, um den Vorgaben des § 102 Abs. 2 Nr. 3 GO umfassend Rechnung zu tragen. Gleichzeitig werden die kommunalen Vertreter im Aufsichtsrat insoweit von ihrer gesellschaftsrechtlichen Verschwiegenheit befreit und die Vorschriften der §§ 394, 395 AktG für anwendbar erklärt.



ad.fides

Beratung. Nähe. Vertrauen.

Das Ministerium für Inneres, ländliche Räume, Integration und Gleichstellung hat als Arbeitshilfe zur Durchsetzung der Gründungsvoraussetzungen einer GmbH, an denen Kommunen des Landes Schleswig-Holstein beteiligt sind, ein erläutertes Muster eines Gesellschaftsvertrags für Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Muster-Gesellschaftsvertrag – M-GV) vom 26.02.2019 herausgegeben.

X. Öffentlichkeit der Sitzungen

Eigenbetrieb

Die Sitzungen des Werkausschusses (Eigenbetrieb) sind öffentliche Sitzungen. Bezüglich der Herstellung der Nichtöffentlichkeit gelten die allgemeinen Bestimmungen des § 35 GO.

AöR

Hier besteht Wahlfreiheit bei der Gestaltung der Satzung der AöR:

Sofern lediglich die gesetzlichen Bestimmungen der GO und der KUVVO berücksichtigt werden sollen, beschränkt sich eine öffentliche Sitzung auf jene Beschlüsse, bei denen über eine Abgabensatzung entschieden werden soll, § 4 Abs. 2 Satz 4 KUVVO i.V.m. § 35 GO.

Die Satzung der AöR kann aber auch vorsehen, dass die Sitzungen grundsätzlich öffentlich sind. In diesem Fall gelten für jede Sitzung des Verwaltungsrats die Bestimmungen des § 35 GO.

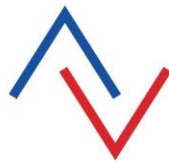
GmbH

Sowohl die Gesellschafterversammlung als auch die Sitzungen des Aufsichtsrats sind nicht öffentlich.

XI. Satzungshoheit | Möglichkeit der Gebührenerhebung

Eigenbetrieb

Der Eigenbetrieb als rechtlich unselbständige Einheit der Trägerkörperschaft hat durch diese Satzungscompetenz und kann ein Benutzungsverhältnis öffentlich-rechtlich durch Satzung bestimmen.



ad.fides

Beratung. Nähe. Vertrauen.

AöR

Gemäß § 106a Abs. 3 Satz 2 GO kann die Gemeinde durch Satzung unter der Voraussetzung des § 17 GO zugunsten der Anstalt einen Anschluss- und Benutzungszwang vorschreiben. Darüber hinaus ist nach Auffassung des Innenministeriums die Stadt befugt, mit der Errichtungs- und Organisationssatzung die Satzungsbefugnis selbst auf das Kommunalunternehmen zu übertragen, (vgl. § 2 Abs. 3 Nr. 2 der Mustersatzung einer AöR).

GmbH

Einer GmbH als privatrechtliche Gesellschaft steht eine öffentlich-rechtliche Satzungsbefugnis nicht zu.

XII. Beteiligung Dritter

Eigenbetrieb und AöR

An einem Eigenbetrieb und der AöR ist die Beteiligung Dritter –ob privat- oder öffentlich-rechtlich – ausgeschlossen. Dies ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass es sich rechtlich bei dem Eigenbetrieb um keine eigene Rechtsform handelt oder bei der AöR gesetzlich eben nur ein Träger vorgesehen ist.

GmbH

An einer GmbH können sich bereits bei der Gründung oder auch zu einem späteren Zeitpunkt Dritte an der Gesellschaft beteiligen. Die Beteiligung als Gesellschafter ist an die Übernahme von Gesellschaftsanteilen geknüpft. Diese werden entweder vom bisherigen Anteilseigner an den Erwerber rechtsgeschäftlich übertragen oder es werden zur Aufnahme neuer Gesellschafter neue Kapitalanteile durch Kapitalerhöhung ausgegeben.

XIII. Beteiligung an anderen Gesellschaften

Eine Beteiligung an anderen Gesellschaften ist für Eigenbetrieb, AöR und GmbH gleichermaßen möglich. Rechtlich verpflichtet wird bei dem Eigenbetrieb die Trägerkörperschaft, die die Beteiligung an einem anderen Unternehmen dem Betriebsvermögen des Eigenbetriebs zuordnet. Die AöR und die GmbH als eigene Rechtssubjekte gehen selbst die Beteiligung ein.



XIV. Arbeitsrechtliche Aspekte

Eigenbetrieb und AöR besitzen öffentlich-rechtliche Dienstherreneigenschaft. Auch beamtenrechtliche Dienstverhältnisse können hier eingegangen werden. Das Beschäftigungsverhältnis wird beim Eigenbetrieb zwischen der Trägerkörperschaft und dem Arbeitnehmer abgeschlossen, bei der AöR zwischen dieser und dem Arbeitnehmer.

Eine GmbH kann nur privatrechtliche Arbeitsverhältnisse begründen, eine Dienstherreneigenschaft ist ausgeschlossen.

Es ist praxisüblich, dass öffentliche Arbeitgeber dem KAV beitreten. Nach der Satzung des KAV SH (§ 3 Abs. 1) kann sowohl eine AöR als auch eine GmbH dem KAV SH beitreten. Mit dem Beitritt der AöR bzw. der GmbH gilt das Tarifwerk des TVöD-V für die tarifgebundenen Beschäftigten.

Auch eine Versicherung der Beschäftigten einer AöR als auch einer GmbH bei der VBL ist möglich. In diesem Fall schließt der öffentliche Arbeitgeber mit der VBL eine sog. Beteiligungsvereinbarung nach Maßgabe des § 20 der Satzung der VBL (Fassung aus Dezember 2022). Nach der Satzung der VBL (§ 19 Abs. 2) kann sowohl die AöR als auch die GmbH grundsätzlich eine solche Vereinbarung abschließen. Die weiteren Voraussetzungen der VBL für den konkreten Abschluss einer solchen Beteiligungsvereinbarung bleiben dann abschließend zu prüfen.

XV. Rechnungswesen

Eigenbetrieb

Der Eigenbetrieb hat sein Rechnungswesen gemäß § 17 EigVO nach den Regelungen der kaufmännischen Buchführung zu führen.

Nach § 24 EigVO ist der Jahresabschluss und der Lagebericht innerhalb von drei Monaten nach Ende des Wirtschaftsjahres aufzustellen und nach den Vorschriften des Kommunalprüfungsgesetzes prüfen zu lassen. Der Jahresabschluss und der Lagebericht sind mit der Stellungnahme des Bürgermeisters in der Stadtvertretung bzw. Werkausschuss vorzulegen. Die Feststellung des Jahresabschlusses hat innerhalb eines Jahres nach Ende



ad.fides

Beratung. Nähe. Vertrauen.

des Wirtschaftsjahres zu erfolgen. Der Werkleiter als verantwortliches Leitungsorgan hat alle Zweige des Rechnungswesens einheitlich zu leiten.

Nach § 19 EigVO besteht der Jahresabschluss aus der Bilanz, der Gewinn- und Verlustrechnung und dem Anhang. Die Rechtsvorschrift sieht vor, dass auf den Jahresabschluss die entsprechenden Vorschriften des 3. Buches des Handelsgesetzbuches (§§ 242 bis 287 HGB) für große Kapitalgesellschaften sinngemäß Anwendung finden, sofern sich aus der Eigenbetriebsverordnung nichts anderes ergibt. Durch die vorgeschriebene Verwendung von Formblättern soll eine möglichst einheitliche Darstellungsweise und damit eine bessere Vergleichbarkeit der Jahresabschlüsse ermöglicht werden.

Der Jahresabschluss nebst Lagebericht wird vom Kommunalprüfungsamt gemäß § 24 Abs. 1 EigVO geprüft, sofern der Eigenbetrieb nicht von der Jahresabschlussprüfung befreit ist (§ 12 KPG).

Soweit die Jahresabschlussprüfung nach dem Kommunalprüfungsgesetz erfolgt, schließt der Landesrechnungshof im Namen für Rechnung der kommunalen Körperschaft einen Vertrag mit einem Wirtschaftsprüfer oder einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft (Abschlussprüfer) über die Vornahme der Jahresabschlussprüfung (§ 11 KPG). Vor Abschluss des Vertrages hat der Landesrechnungshof die kommunale Körperschaft zu hören. Für die Durchführung der Jahresabschlussprüfung und für den Prüfungsbericht ist der Abschlussprüfer der kommunalen Körperschaft und dem Landesrechnungshof verantwortlich. Der Abschlussprüfer hat die wesentlichen Prüfungsfeststellungen sowie seine Vorschläge in einem schriftlichen Prüfungsbericht zusammenzufassen.

AöR

Die AöR ist gemäß § 20 KUVVO ebenfalls verpflichtet, das Rechnungswesen nach den Regelungen der kaufmännischen doppelten Buchführung zu führen und verweist auf die Vorschriften des HGB.

Nach § 22 KUVVO besteht auch der Jahresabschluss einer AöR aus Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung und Anhang. Der Vorstand hat gemäß § 26 KUVVO Lagebericht zu erstellen.

Die Regelungen zu Aufstellungsfristen des Jahresabschlusses entsprechen weitestgehend denen des Eigenbetriebs. Eine Prüfungspflicht für den Jahresabschluss besteht über die



ad.fides

Beratung. Nähe. Vertrauen.

Anforderungen des HGB hinaus durch das Kommunalprüfungsgesetz, vgl. § 27 KUVO. Es kann auf die obigen Ausführungen zum Eigenbetrieb verwiesen werden.

GmbH

Die GmbH hat die Verpflichtung, ihre Bücher gemäß den Anforderungen des HGB zu führen und einen Jahresabschluss einschließlich Anhang und einen Lagebericht aufzustellen. Die spezifischen Aufstellungserfordernisse variieren hier je nach Größe der Gesellschaft. Für kleine Kapitalgesellschaften sieht das Gesetz bestimmte Aufstellungserleichterungen, wie beispielsweise den Verzicht auf einen Lagebericht sowie die Verlängerung der Aufstellungsfrist vor. Eine Prüfungspflicht ergibt sich unmittelbar aus § 316 HGB für mittelgroße und große GmbH's. Daneben unterliegen jedoch auch kleinere GmbHs über das Kommunalprüfungsgesetz in der Regel einer Prüfung, vgl. § 11 KPG. Über das Verfahren der Bestellung des Abschlussprüfers kann auf die obigen Ausführungen zum Eigenbetrieb verwiesen werden.

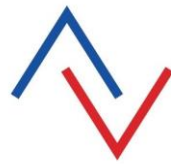
XVI. Laufende Besteuerung

1. Ertragsteuer (Körperschaft- und Gewerbesteuer)

a) Eigenbetrieb und AöR

Die Stadt als auch die AöR als juristische Person des öffentlichen Rechts sind unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtig, soweit sie einen Betrieb gewerblicher Art (BgA) unterhalten (§ 1 Abs. 1 Nr. 6 i.V.m. § 4 KStG).

Ein Betrieb gewerblicher Art einer juristischen Person des öffentlichen Rechts ist jede Einrichtung, die einer nachhaltigen wirtschaftlichen Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen außerhalb der Land- und Forstwirtschaft dient und die sich innerhalb der Gesamtbetätigung der juristischen Person des öffentlichen Rechts wirtschaftlich heraushebt und keine Vermögensverwaltung darstellt. Damit sollen im Grundsatz alle Einrichtungen der öffentlichen Hand der **Körperschaftsteuer** unterworfen werden, die das äußere Bild eines Gewerbebetriebs besitzen. Der Begriff "Einrichtung" in diesem Sinne setzt nicht voraus, dass die Tätigkeit im Rahmen einer im Verhältnis zur sonstigen Betätigung verselbständigten



ad.fides

Beratung. Nähe. Vertrauen.

Abteilung ausgeübt wird; sie kann auch innerhalb des allgemeinen Betriebs miterledigt werden.

Die Steuerpflicht für juristische Personen des öffentlichen Rechts greift, anders als bei privatrechtlich organisierten Betrieben, die kraft Rechtsform steuerpflichtig sind, nur, wenn sie nicht überwiegend der Ausübung der öffentlichen Gewalt dienen, § 4 Abs. 5 S. 1 KStG. Der Betrieb eines Wärmenetzes ist keine hoheitliche, sondern eine wirtschaftliche Tätigkeit. Es gelten daher die allgemeinen Grundsätze des § 4 KStG. Sofern der Jahresumsatz EUR 45.000 nachhaltig übersteigt, ist dies ein wichtiger Anhaltspunkt dafür, dass sich eine Tätigkeit wirtschaftlich aus der Gesamtbetätigung einer juristischen Person des öffentlichen Rechts heraushebt (vgl. Abschn. 4.1 Abs. 5 Satz 4 KStR). In diesem Fall würde ein BgA begründet werden.

Wird aus dem BgA ein Gewinn erwirtschaftet, unterliegt dieser nach Abzug des Freibetrags von 5.000 EUR (§ 24 Nr. 1 KStG) der Körperschaftsteuer (15%) und dem Solidaritätszuschlag (5,5% der Körperschaftsteuer). Bei laufenden Verlusten (oder Anlaufverlusten) entsteht keine Körperschaftsteuerbelastung; in diesem Fall wird der jährliche steuerliche Verlust gesondert festgestellt und vorgetragen. Er kann dann mit späteren steuerlichen Gewinnen verrechnet werden.

Außerdem entsteht auf den nicht den Rücklagen zugeführten Gewinn Kapitalertragsteuer i.H.v. 15% sowie auch darauf Solidaritätszuschlag i.H.v. 5,5%. Bei Eigenbetrieben und AöR ist für die „Ausschüttung“ des Gewinns an die Trägerkörperschaft ein Beschluss notwendig.

Für die **Gewerbsteuerpflicht** ist nicht nur eine Einnahmeerzielungsabsicht erforderlich, sondern eine Gewinnerzielungsabsicht. Diese sollte bei dem Betrieb eines Wärmenetzes gegen Entgelt gegeben sein. Werden dagegen Gebühren auf der Grundlage einer Satzung erhoben, ist die Gewinnerzielungsabsicht aufgrund des Kostendeckungsprinzips bei der Gebühr nach den Vorgaben des KAG zu verneinen.

Bemessungsgrundlage für die Gewerbesteuer ist der Gewinn nach dem KStG, gemindert auch hier um einen Freibetrag in Höhe von 5.000 EUR (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 GewStG). Die tatsächliche Gewerbesteuer ist dann abhängig vom Hebesatz der Kommune.



ad.fides

Beratung. Nähe. Vertrauen.

b) GmbH

Die GmbH ist unbeschränkt körperschaft- und gewerbsteuerpflichtig kraft Rechtsform (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG, § 2 Abs. 2 GewStG).

Der Besteuerung wird der steuerliche Gewinn zugrunde gelegt. Einen Freibetrag in Höhe von 5.000 EUR wie bei Eigenbetrieb und AöR gibt es nicht.

Die Gesellschafterversammlung entscheidet über die Ergebnisverwendung der Gesellschaft. Wird eine Gewinnausschüttung an den Gesellschafter Stadt beschlossen, so unterliegt diese Gewinnausschüttung der Kapitalertragsteuer (15%) sowie dem Solidaritätszuschlag (5,5% der Kapitalertragsteuer).

2. Umsatzsteuer

a) Unternehmereigenschaft nach UStG

- **Eigenbetrieb / AöR**

Juristische Personen des öffentlichen Rechts sind – abhängig von der Rechtsgrundlage ihres Handelns – entweder gemäß § 2 Abs. 1 UStG unternehmerisch tätig (Entgelte) oder nach § 2b UStG (Gebühren). Eine unternehmerische Tätigkeit nach § 2b UStG ist nur dann nicht gegeben, wenn sie Tätigkeiten ausüben, die ihnen im Rahmen der öffentlichen Gewalt obliegen und eine Behandlung als Nichtunternehmer nicht zu größeren Wettbewerbsverzerrungen führt. Für die Tätigkeiten im Bereich der Versorgung wird gesetzlich eine Wettbewerbssituation unterstellt und damit eine Unternehmereigenschaft auch im Rahmen des § 2b UStG begründet (sog. Katalogtätigkeit, vgl. § 2b Abs. 4 Nr. 5 UStG).

- **GmbH**

Die Tätigkeit einer GmbH gilt als unternehmerische Tätigkeit im Sinne des § 2 Abs. 1 UStG.



b) Umsatzsteuersatz für Wärmelieferungen

Eine Nahwärmeversorgung ist eine umsatzsteuerpflichtige Tätigkeit, die grundsätzlich dem Regelsteuersatz von zur Zeit 19% unterliegt (§ 12 Abs. 1 UStG). Durch das „Gesetz zur temporären Senkung des Umsatzsteuersatzes auf Gaslieferungen über das Erdgasnetz“ wurde der Umsatzsteuersatz auch für Wärmelieferungen für den Zeitraum vom 1. Oktober 2022 bis zum 31. März 2024 auf 7% ermäßigt.

XVII. Organisations- oder Rechtsformwechsel

Die erstmalige Entscheidung für eine zu diesem Zeitpunkt passende Organisations- bzw. Rechtsform kann zu einem späteren Zeitpunkt auch wieder verändert werden.

Das Gesellschafts- als auch das Steuerrecht sehen hier mit dem Umwandlungs- bzw. Umwandlungssteuerrecht auch Möglichkeiten der Gesamtrechtsnachfolge vor.

Bei der Vornahme einer Veränderung der Rechtsform sind in jedem Fall neben zivilrechtlichen und arbeitsrechtlichen Folgen die steuerlichen Aspekte eingehend zu bewerten. Es gilt zum einen die Aufdeckung sog. stiller Reserven zu vermeiden (Buchwertfortführung) sowie zu prüfen, inwieweit der Vorgang Grunderwerbsteuer auslöst.

Wir empfehlen in der Praxis, eine geplante Umwandlung mittels einer sog. verbindlichen Auskunft mit dem Finanzamt abzustimmen, um bzgl. der steuerlichen Auswirkungen eine verlässliche Planungssicherheit zu haben. Wir haben beispielsweise Umwandlungen vom Eigenbetrieb in eine AöR sowie von einer GmbH in eine AöR begleitet und diese Vorgänge ertragsteuerneutral mit der Finanzverwaltung abstimmen können.

Zudem ist zu beachten, dass auch die Veränderung der Organisations- bzw. Rechtsform das kommunalrechtliche Genehmigungsverfahren nach § 108 GO auslöst.



ad.fides

Beratung. Nähe. Vertrauen.

D Fazit

Die passende Wahl der Organisations- bzw. Rechtsform ist abhängig von den verschiedensten Faktoren und Zielvorstellungen der Stadt.

Sofern es in einem ersten Schritt um die Gründung eines Stadtwerks mit einer Wärmesparte gehen soll, stehen unseres Erachtens die folgenden Kriterien im Vordergrund:

- **Finanzierbarkeit des Vorhabens**

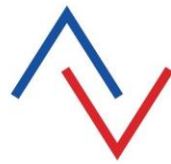
Beim Aufbau eines Wärmenetzes müssen erhebliche Investitionen in Anlagen getätigt werden. Bei momentan steigenden Zinsen wird der Zinsunterschied auf die Laufzeit zwischen Kommunalkredit (Eigenbetrieb) bzw. Kredit zu Konditionen eines Kommunalkredits (AöR) zu denen eines marktüblichen Kredits (GmbH) wieder deutlicher.

Auch bzgl. der Laufzeit weisen die Kommunalkonditionen in der Regel die besseren Bedingungen auf und können eine Fristenkongruenz zwischen Abschreibungsdauer und Laufzeit besser abbilden. Die Abschreibungsdauer eines Wärmenetzes wird bei rd. 20 Jahre liegen.

Ggf. stellt auch die Förderlandschaft für den Eigenbetrieb als auch die AöR als juristische Person des öffentlichen Rechts ein größeres Angebot dar.

- **Handlungsfähigkeit**

Wir halten es für unerlässlich, dass das Stadtwerk von vornherein mit einer erforderlichen Personalstärke ausgestattet wird, die es erlaubt, sich umfassend den operativen Themen anzunehmen. Aufgrund des Umfangs der rechtlichen Rahmenbedingungen für ein Stadtwerk - und sei es auch nur mit einer Sparte Wärme – ist das für die Verwaltung „nebenher“ nicht zu leisten.



ad.fides

Beratung. Nähe. Vertrauen.

- Eigene, schnelle Entscheidungskompetenzen im operativen Geschäft

Bei einer politischen Entscheidung über die Wahl der Rechtsform geht auch eine Entscheidung über die Verselbständigung der Aufgabenwahrnehmung einher. Aus diesem Grund ist es unseres Erachtens im Regelfall zweckmäßig, dass die Stadtvertretung bzw. der Hauptausschuss zurückhaltend von ihrem bzw. von seinem Weisungsrecht Gebrauch macht. Eingriffe in das operative Geschäft sollen vermieden und sich auf eine Globalsteuerung beschränkt werden. Für eine solche Selbstbeschränkung bedarf es eines vertrauensvollen Miteinanders der Entscheidungsträger in der Stadt und in dem Unternehmen.

Neumünster, den 14. Februar 2023

Silke Köppen

Rechtsanwältin Steuerberaterin

Fachanwältin für Steuerrecht



Anlage

Tabellarischer Vergleich

	Eigenbetrieb	AöR	GmbH
Eigene Rechtsfähigkeit	Nein	Ja	Ja
Kommunalrechtliche Aspekte bei Gründung	Genehmigungsverfahren nach § 108 GO	Genehmigungsverfahren nach § 108 GO	Genehmigungsverfahren nach § 108 GO
Organe	Werkleiter und Stadtvertretung (bzw. Werkausschuss)	Vorstand und Verwaltungsrat	Geschäftsführer, Gesellschafterversammlung und Aufsichtsrat
Personelle Ausstattung	Empfehlung externes Personal	Empfehlung externes Personal	Empfehlung externes Personal
Finanzielle Ausstattung	„angemessenes“ Stammkapital: EK-Quote > 30% empfohlen	„angemessenes“ Stammkapital: EK-Quote > 30% empfohlen	Mindeststammkapital 25 TEUR
Haftung	Unbeschränkte Haftung der Stadt	Keine Haftung der Stadt für Verbindlichkeiten (keine Gewährträgerhaftung)	Haftung begrenzt auf das Gesellschaftsvermögen der GmbH
Insolvenzfähigkeit	Nein	Nein	Ja
Drittfinanzierung durch Kreditinstitute	Kommunalkredite	Kommunalkreditkonditionen	Angenäherte Kommunalkreditkonditionen bei Bürgschaft der Stadt möglich
Möglichkeit der politischen Einflussnahme/Verschwiegenheitspflichten der Vertreter in den Unternehmensgremien gegenüber der Politik	<ul style="list-style-type: none"> • Satzungsgestaltung • Werkausschuss / Stadtvertretung 	<ul style="list-style-type: none"> • Satzungsgestaltung • Vertreter Stadt im Verwaltungsrat • Mitglieder des Verwaltungsrats haben die Interessen der Trägerkörperschaft zu vertreten 	<ul style="list-style-type: none"> • Gestaltung Gesellschaftsvertrag • Vertreter Stadt in Gesellschafterversammlung und Aufsichtsrat • Satzungsregelung zur Weisungspflicht der Stadtvertretung auch an die eigenen Mitglieder im Verwaltungsrat
Öffentlichkeit der Sitzungen	Ja	Bei Satzungserlass ja, im übrigen abhängig von der Regelung der Satzung der AöR	Nein, weder Gesellschafterversammlung noch Aufsichtsrat
Satzungshoheit / Möglichkeit der Gebührenerhebung	Ja	Ja	Nein
Mögliche Beteiligung Dritter	Nein	Nein	Ja
Mögliche Beteiligung an anderen Gesellschaften	Ja	Ja	Ja



	Eigenbetrieb	AöR	GmbH
Arbeitsrechtliche Aspekte	<ul style="list-style-type: none"> • Öffentliches Dienstrecht • Stadt ist Arbeitgeber • „automatische“ Mitgliedschaft im KAV und VBL 	<ul style="list-style-type: none"> • Öffentliches Dienstrecht • AöR ist Arbeitgeber • „freiwillige“ Mitgliedschaft im KAV und VBL möglich 	<ul style="list-style-type: none"> • Privates Arbeitsrecht • GmbH ist Arbeitgeber • „freiwillige“ Mitgliedschaft im KAV und VBL möglich
Rechnungswesen	<ul style="list-style-type: none"> • Kfm. Buchführung • Jahresabschluss / Lagebericht • Abschlussprüfung 	<ul style="list-style-type: none"> • Kfm. Buchführung • Jahresabschluss / Lagebericht • Abschlussprüfung 	<ul style="list-style-type: none"> • Kfm. Buchführung • Jahresabschluss / Lagebericht • Abschlussprüfung
Laufende Besteuerung	<ul style="list-style-type: none"> • Wenn BgA, dann Körperschafts- und (bei Gewinnerzielungsabsicht) auch Gewerbesteuerpflicht • Freibetrag je für Körperschaft- und Gewerbesteuer 5 TEUR • Unternehmer iSd UStG nach § 2 Abs. 1 oder § 2b UStG • Wärmelieferungen grundsätzlich 19% USt (bis Ende März 2024 auf 7% ermäßigt) 	<ul style="list-style-type: none"> • Wenn BgA, dann Körperschafts- und (bei Gewinnerzielungsabsicht) auch Gewerbesteuerpflicht • Freibetrag je für Körperschaft- und Gewerbesteuer 5 TEUR • Unternehmer iSd UStG nach § 2 Abs. 1 oder § 2b UStG • Wärmelieferungen grundsätzlich 19% USt (bis Ende März 2024 auf 7% ermäßigt) 	<ul style="list-style-type: none"> • Körperschafts- und (bei Gewinnerzielungsabsicht) auch Gewerbesteuerpflicht • Freibetrag je für Körperschaft- und Gewerbesteuer 5 TEUR • Unternehmer iSd UStG nach § 2 Abs. 1 oder § 2b UStG • Wärmelieferungen grundsätzlich 19% USt (bis Ende März 2024 auf 7% ermäßigt)
Organisations- oder Rechtsformwechsel	<ul style="list-style-type: none"> • Rechtlich möglich • Insb. steuerliche Folgen sind vorab zu prüfen • Kommunalrechtliches Genehmigungsverfahren nach § 108 GO muss durchlaufen werden 	<ul style="list-style-type: none"> • Rechtlich möglich • Insb. steuerliche Folgen sind vorab zu prüfen • Kommunalrechtliches Genehmigungsverfahren nach § 108 GO muss durchlaufen werden 	<ul style="list-style-type: none"> • Rechtlich möglich • Insb. steuerliche Folgen sind vorab zu prüfen • Kommunalrechtliches Genehmigungsverfahren nach § 108 GO muss durchlaufen werden

FREIE WÄHLERGEMEINSCHAFT PREETZ FWG

STADTFRAKTION PREETZ VORS. WOLF BENDFELDT

Haupt- u. Finanzausschuss der Stadt Preetz
Herrn Axel Schreiner, Vorsitzender
Mitglieder
Bürgermeister u. Verwaltung

über

VorZi BM, Rathaus p. mail

Lieber Axel, sehr geehrte Damen und Herren,

für die o.a. Sitzung des HFA beantragen wir einen **TOP "Wärmeversorgung, Stadtwerke, Letter of intent"** (sofern nicht schon vorgesehen).

Dazu stellen wir den nachfolgenden **ANTRAG**:

1. Der HFA der Stadt Preetz nimmt die vorgelegte Absichtserklärung der Stadtwerke Eutin GmbH und der Stadtwerke Plön Versorgungs-GmbH zur Kenntnis.
2. Der Bürgermeister der Stadt Preetz wird beauftragt, einen Besprechungstermin mit autorisierten Vertretern der o.a. Stadtwerke und den Fraktionsvorsitzenden der StV Preetz zu vereinbaren. In diesem Termin sind die Absichten und weitere zulässige Möglichkeiten einer Zusammenarbeit / Kooperation zu erörtern.
3. Nach Möglichkeit zu diesem Termin, sonst zu einem weiteren ist die Vertreterin des Beratungsunternehmens aus Neumünster (Frau RA´n Köppen) und ein Vertreter des Verbandes kommunaler Unternehmen einzuladen, um das weitere Vorgehen abzuklären.
4. Der Bürgermeister klärt zur Vorbereitung dieser Erörterung mit der Preetzer Bürger Energie Genossenschaft PreBEG, ob aus Sicht der Genossenschaft eine Übergang in die dann zu bestimmende Rechtsform eines Stadtwerks Preetz denkbar und umsetzbar ist.
5. Der Bürgermeister wird beauftragt, das zulässige Vergabeverfahren (europäisches Recht, Bundes-, Landesrecht) zu prüfen, ob eine vertragliche Zusammenarbeit mit diesen beiden Stadtwerken in Fortsetzung der vorgelegten Absichtserklärung zulässig ist.

6. Die genannten Prüfschritte und Gespräche sollen zügig erfolgen, die Fraktionsvorsitzenden sind laufend zu informieren.

Mit freundlichen Grüßen

Wolf Bendfeldt, FWG-Fraktion