

**Bekanntmachung**  
**des Sächsischen Staatsministeriums des Innern**  
**Anwendungshinweise zum Gesetz zur Änderung des kommunalen Wirtschaftsrechts und des**  
**Sächsischen Wassergesetzes**

vom 4. November 2003

Am 1. April 2003 ist das Gesetz zur Änderung des kommunalen Wirtschaftsrechts und des Sächsischen Wassergesetzes in Kraft getreten. Zugleich wurde die Gemeindeordnung für den Freistaat Sachsen neu bekannt gemacht.<sup>1</sup> Die Novelle stellt im Unterschied zu entsprechenden Gesetzesänderungen in anderen Bundesländern weniger eine Reaktion auf die auch im Freistaat Sachsen zu beobachtende Erschließung neuer Geschäftsfelder durch kommunale Unternehmen dar, sondern will vor allem Defiziten in der Steuerung und Kontrolle kommunaler Unternehmen begegnen.

### **I. Zielsetzung des Gesetzes**

Gegenwärtig werden im Freistaat Sachsen etwa 835 Unternehmen ausschließlich oder zumindest mehrheitlich unmittelbar oder mittelbar durch die Kommunen gehalten. Ein erheblicher Teil des nominellen Personalabbaus der Kommunen kehrt dabei in der seit Jahren steigenden Zahl von Beschäftigten kommunaler Unternehmen wieder. Dieser schon für sich genommen bemerkenswerte Umstand erhält eine besorgniserregende Facette beim Blick auf die Schuldenlast dieser Unternehmen: Allein die etwa 320 Eigengesellschaften sächsischer Kommunen weisen mit 6,18 Mrd. EUR Verbindlichkeiten (Std. 31.12.2001) eine höhere Schuldenlast auf als alle Städte und Gemeinden Sachsens. Zusammengenommen werden derzeit – bei steigender Tendenz – knapp *zwei Drittel* des der kommunalen Ebene zuzurechnenden Kreditvolumens von kommunalen Unternehmen beansprucht. Zudem besteht mancherorts zwischen der finanzwirksamen Bedeutung der unternehmerischen Aktivitäten der Kommunen einerseits und der Kontrolle und Steuerung ihrer Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen andererseits ein erhebliches Missverhältnis, das ein *wesentliches Motiv* für die Gesetzesreform war.

Die Änderungen im *Unternehmensrecht* stellen den Schwerpunkt der Novelle dar. Grundlage für die unternehmensinternen Strukturen ist mit dem GmbH- und Aktiengesetz zwar vor allem *Bundesrecht*. Der sächsische Landesgesetzgeber kann allerdings im kommunalen Wirtschaftsrecht - ohne gegen den Vorrang des Bundesrechts zu verstoßen - festlegen, unter welchen Voraussetzungen eine Kommune eine privatrechtliche Unternehmensform wählen darf. Er hat außerdem die Gestaltungsspielräume genutzt, die das Bundesrecht bei der Ausgestaltung der Satzung oder des Gesellschaftsvertrages belässt, um den Kommunen konkrete *Vorgaben für eine aktive Steuerung und ein Controlling* ihrer Beteiligungen zu machen. Das kommunale Unternehmensrecht setzt mithin instrumentell an der Kommune, dem öffentlichen Anteilseigner, an, da dem Landesgesetzgeber unmittelbar für die Unternehmen selbst geltende Vorschriften nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes im Regelfall verwehrt sind.

---

<sup>1</sup> Gesetz vom 4. März 2003, SächsGVBl. S. 49, 158. Die maßgebliche Fassung der Gemeindeordnung wird nunmehr nach der Neubekanntmachung zitiert: Gemeindeordnung für den Freistaat Sachsen in der Fassung der Bekanntmachung vom 18. März 2003 (SächsGVBl. S. 55, 159).

## II. Wesentliche Neuregelungen

1. Die unter I. dargestellte gesetzgeberische Zielsetzung wird umgesetzt durch eine engere Anbindung der Unternehmen an den Gemeinderat, dem zugleich eine stärkere Verantwortung für die kommunale Unternehmensentwicklung zugewiesen wird, sowie durch den Ausbau und eine bessere Verzahnung der vorhandenen Aufsichtsmittel:

- So werden die Zulässigkeitsvoraussetzungen für die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, einschließlich der aufsichtsbehördlichen Genehmigung, generell auch auf *mittelbare* Unternehmensbeteiligungen erstreckt (§ 95 Abs. 2 und 3, § 96 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 9, Abs. 4, § 97 Abs. 1)<sup>2</sup> und wird die Stellung der Gemeinde in den Unternehmensorganen gestärkt: Wesentliche Unternehmensentscheidungen bedürfen nach § 96 Abs. 2 Nr. 3 künftig der Zustimmung der mit Vertretern der Kommune besetzten Gesellschafterversammlung bzw. des Aufsichtsrats. Die Kompetenzen der von der Gemeinde in das Unternehmen entsandten Vertreter werden in der Mehrzahl dieser Fragen wiederum durch § 98 Abs. 1 an die vorherige Zustimmung des Gemeinderats gekoppelt.
- Der Vollzugsgenauigkeit des Gemeindegewirtschaftsrechts dient zudem eine generelle Vorlagepflicht für Änderungen des Gesellschaftsvertrages, auch soweit die einzelnen Änderungen selbst nicht genehmigungspflichtig sind (§ 96 Abs. 4 Satz 5). Demselben Ziel dient letztlich auch die *drittschützende* Ausgestaltung der *Subsidiaritätsklausel* in § 97 Abs. 1 Nr. 3.
- Schließlich ist eine Verpflichtung der Kommunen vorgesehen, einen jährlichen Beteiligungsbericht zu erstellen, in dem sämtliche Beteiligungsverhältnisse der Gemeinde an Unternehmen in privater und öffentlicher Rechtsform, die Finanzflüsse zwischen Gemeinde und Unternehmen und aussagekräftige Kennziffern der einzelnen Unternehmen zu deren wirtschaftlicher Situation enthalten sein müssen (§ 99).

Darüber hinaus wird u.a. durch die gesetzliche Verankerung von Haushaltssicherungskonzepten und eine verbesserte Information des Gemeinderats über die Haushaltssituation (§ 72 Abs. 4 und 5, § 75 Abs. 5) Fehlentwicklungen in der kommunalen Haushaltswirtschaft entgegengesteuert. Zugleich werden die Voraussetzungen für die Erprobung der kaufmännischen Buchführung in den Kommunen geschaffen (§ 131) und wird die – in ihren Kompetenzen gestärkte - Rechnungsprüfung als obligatorische Aufgabe auf alle Gemeinden, d.h. auch auf die unter 20.000 Einwohner, erstreckt (§ 103 Abs. 1).

2. Änderungen im vierten Teil der Gemeindeordnung (Gemeindegewirtschaft) bewirken automatisch auch Änderungen im Recht der Landkreise und anderer kommunaler Träger der Selbstverwaltung, soweit sie auf Grund entsprechender gesetzlicher Verweisungsnormen die Vorschriften der Gemeindeordnung anzuwenden haben.

3. Durch die erstmalige Erstreckung der diesbezüglichen Verweisung im SächsKomZG auf die Vorschriften über das Rechnungsprüfungsamt sind letztere künftig auch für Zweckverbände verbindlich. Soweit die Größe des Zweckverbandes es rechtfertigt, gelten darüber hinaus auch die Vorschriften über die Mindestpersonalausstattung im gehobenen Dienst sowie den Fachbediensteten für das Finanzwesen.

---

<sup>2</sup> §§ ohne Bezeichnung sind solche der SächsGemO n.F.

Zu den Neuregelungen im Einzelnen:

### **III. Artikel 1 Änderung der Gemeindeordnung für den Freistaat Sachsen**

#### **Zu § 41:**

Die Neufassung von § 41 Abs. 2 Nr. 11 will die Verantwortung des Gemeinderats für die Entwicklung kommunaler Unternehmen stärker betonen. Der Gemeinderat soll künftig auch über die Veräußerung kommunaler Unternehmen und deren Beteiligung an weiteren Unternehmen entscheiden:

Mit der Ergänzung um den Tatbestand der „Übernahme“, der Ersetzung der Formulierung der „wesentlichen Erweiterung“ durch die „wesentliche Veränderung“ sowie der Erstreckung auf mittelbare Beteiligungen wurde § 41 Abs. 2 Nr. 11 an die Formulierungen in § 96 Abs. 1 und § 97 Abs. 1 n.F. angepasst. Damit unterliegen grundsätzliche Veränderungen in der kommunalen Unternehmensstruktur, die gemäß § 96 Abs. 4 n.F. der Genehmigung durch die Rechtsaufsichtsbehörde bedürfen, der Beschlussfassung durch den Gemeinderat, ohne dass die Entscheidung auf einen beschließenden Ausschuss delegiert werden kann.

Zugleich ist das Tatbestandsmerkmal der „vollständigen oder teilweisen Veräußerung“ aufgenommen worden, da bislang – insbesondere bei größeren Kommunen – nicht jede Maßnahme dieser Art als eine Verfügung über Gemeindevermögen von „erheblicher“ wirtschaftlicher Bedeutung von § 41 Abs. 2 Nr. 10 erfasst wurde. Vor allem die Veräußerung von Anteilen einer Eigengesellschaft oder die Reduzierung einer Beteiligung können jedoch wegen der neuen Eigentümerstruktur erhebliche Auswirkungen auf die Unternehmenspolitik und die Ausrichtung des Unternehmens auf den zu verfolgenden einwohnernützigen öffentlichen Zweck haben, weshalb derartige Rechtsgeschäfte gemäß § 100 grundsätzlich nur unter der Voraussetzung zulässig sind, dass die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinde nicht beeinträchtigt wird, und durch § 102 eine Vorlagepflicht der diesbezüglichen Gemeinderatsbeschlüsse an die Rechtsaufsichtsbehörde begründet wird.

Die vorgenannten Tatbestände beziehen sich künftig sowohl auf wirtschaftliche wie auch auf nichtwirtschaftliche Unternehmen. Gerade im Hinblick auf die wesentliche Veränderung und die teilweise Veräußerung von nichtwirtschaftlichen Unternehmen im Sinne des § 97 Abs. 2 Nr. 1, mit denen die Gemeinde gesetzliche Pflichtaufgaben, etwa im Rahmen der Wasserversorgung, Abwasserbeseitigung oder Abfallentsorgung, wahrnimmt, besteht das Bedürfnis, die Verantwortung des Gemeinderats zu stärken.

Der Begriff „Aufhebung“ wurde demgegenüber lediglich aus sprachlichen Gründen durch den der „Auflösung“ ersetzt, da Unternehmen in privater Rechtsform nicht „aufgehoben“, sondern allenfalls „aufgelöst“ werden können. Zu den Begriffen der „wesentlichen Veränderung“ sowie der „mittelbaren Beteiligung“ siehe die Hinweise zu § 96 Abs. 1.

Das in der alten Fassung des § 41 Abs. 2 Nr. 11 enthaltene Merkmal der „Umwandlung der Rechtsform“ ist in dem neuen Tatbestand der „wesentlichen Veränderung“ der Nr. 11 aufgegangen. - Ein Haushaltssicherungskonzept (s. § 72 Abs. 4 und 5) ist (stets) ein Indiz für eine angespannte Haushaltssituation und enthält eine nicht unerhebliche Vorwegbindung der Gemeinde für künftige Haushaltspläne. Daher ist es sachgerecht, dass sich der Gemeinderat selbst mit dieser Angelegenheit befassen muss und sie nicht auf einen beschließenden Ausschuss delegieren kann.

#### **Zu § 72:**

Für den Fall, dass der Haushalt nicht ausgeglichen werden kann oder die dauernde Leistungsfähigkeit der Gemeinde - insbesondere bei hoher Gesamtverschuldung der Gemeinde und der Unternehmen und Verbände, an denen sie beteiligt ist - gefährdet ist, trifft sie die Pflicht, ein vom

Gemeinderat zu beschließendes Haushaltssicherungskonzept aufzustellen, das der Genehmigung durch die Rechtsaufsichtsbehörde bedarf:

Die haushaltsrechtlichen Regelungen für die Kommunen gehen von dem Grundsatz aus, dass der Haushalt ausgeglichen ist. Sofern der Haushalt nicht ausgeglichen werden kann, bestehen derzeit nur Regelungen in einer Verwaltungsvorschrift, der VwV Haushaltssicherung, deren wesentliche Inhalte nunmehr eine durch die Verordnungsermächtigung in § 127 Nr. 9 flankierte gesetzliche Grundlage erhalten.

Mit der Verpflichtung zur Aufstellung eines genehmigungspflichtigen Haushaltssicherungskonzepts sind die betroffenen Gemeinden dazu angehalten, durch strikte Ausgabendisziplin den Haushaltsausgleich schnellstmöglich wieder herzustellen. Eine gleichermaßen besorgniserregende Finanzlage ist dadurch indiziert, dass die Gesamtverschuldung der Gemeinde und der Unternehmen und Verbände, an denen sie beteiligt ist, eine die langfristige Haushaltsstabilität gefährdende Größenordnung erreicht. Ein die Anordnung eines Haushaltssicherungskonzepts auslösender konkreter (Regel-)Schwellenwert als Pro-Kopf-Verschuldung lässt sich im Hinblick auf die unterschiedliche Einnahmesituation der Kommunen, etwa im Hinblick auf das Gewerbesteuer-aufkommen, allerdings nicht durch Gesetz festlegen, sondern muss der Konkretisierung durch Rechtsverordnung auf Grundlage des § 127 Abs. 1 Nr. 9 n.F. vorbehalten bleiben, in die die entsprechenden Regelungen der VwV Haushaltssicherung zu überführen sind.

In die Gesamtverschuldung sind neben Krediten der Gemeinde und ihrer Eigenbetriebe auch alle Verbindlichkeiten aus kreditähnlichen Rechtsgeschäften im Sinne von § 82 Abs. 5 SächsGemO sowie die Verbindlichkeiten der sonstigen kommunalen Unternehmen, Unternehmensbeteiligungen, Verwaltungs- und Zweckverbände einzurechnen, soweit die Gemeinde hierfür aus Bürgschaften, Gewährverträgen, diesen Rechtsgeschäften wirtschaftlich gleichkommenden Rechtsgeschäften (§ 83 Abs. 2 und 3), aus gesellschaftsrechtlichen Gründen, vor allem gesellschaftsvertraglich begründeten Nachschusspflichten, durch erhöhte Umlagen oder aus einem anderen Rechtsgrund in Anspruch genommen werden kann.

Im Regelfall wird es sich bei den Unternehmen, für deren Verbindlichkeiten die Gemeinde einzustehen hat, um Eigen- oder Beteiligungsgesellschaften, also um unmittelbare Beteiligungen der Gemeinde handeln. Es ist jedoch für Ausnahmefälle denkbar, dass die Gemeinde, soweit nach § 83 Abs. 1 SächsGemO zulässig, Sicherheiten für eine mittelbare Beteiligung stellt (zum Begriff der mittelbaren Beteiligung siehe die Hinweise zu § 96 Abs. 1). § 72 Abs. 4 spricht daher nur von Unternehmen (und Verbänden), an denen die Gemeinde „beteiligt“ ist.

Die Aufzählung der die dauernde finanzielle Leistungsfähigkeit der Gemeinde gefährdenden Umstände ist, wie das Wort „insbesondere“ deutlich macht, mit dem fehlenden Haushaltsausgleich und einer hohen Gesamtverschuldung nicht abschließend. Ein weiteres, mit hohen Kreditverbindlichkeiten regelmäßig, aber nicht notwendig zusammentreffendes Indiz kann eine zu niedrige Nettoinvestitionsrate sein. Auch wenn für das jeweilige Haushaltsjahr noch ein ausgeglichener Haushalt vorgelegt werden kann, kann in einem solchen Fall, vor allem bei weiteren haushaltswirtschaftlichen Risikofaktoren, ein Haushaltssicherungskonzept ebenfalls geboten sein.

Den Tatbestand der „hohen Gesamtverschuldung“ sowie weitere die dauernde Leistungsfähigkeit der Gemeinde gefährdende Tatbestände, wie etwa eine unangemessen niedrige Nettoinvestitionsrate, wird der Ordnungsgeber zu positivieren haben; dem dient die Verordnungsermächtigung des § 127 Nr. 9 n.F.

Das Haushaltssicherungskonzept dient dem Ziel, im Rahmen einer geordneten Haushaltswirtschaft die dauernde Leistungsfähigkeit der Gemeinde sicherzustellen. In ihm sind die Maßnahmen darzustellen, durch die der ausgewiesene Fehlbetrag abgebaut und das Entstehen eines neuen Fehlbetrags künftiger Jahre vermieden wird.

Ein Haushaltssicherungskonzept ist auch dann zu erstellen, wenn bei der Feststellung der Jahresrechnung ein Fehlbetrag aufgetreten ist oder der Fehlbetrag höher ausfällt als im Haushaltssicherungskonzept ausgewiesen. Kommt die Kommune ihrer Verpflichtung zur Aufstellung eines Haushaltssicherungskonzepts nicht oder nicht rechtzeitig nach, soll die Rechtsaufsichtsbehörde dies anordnen. Von einer Verpflichtung der Rechtsaufsicht („hat anzuordnen“) hat der Gesetzgeber vor allem im Hinblick auf die erste Alternative des Absatzes 5 abgesehen, um vorübergehenden atypischen Haushaltsentwicklungen, die für sich genommen keine Gefährdung der dauerhaften Leistungsfähigkeit beinhalten müssen, Rechnung tragen zu können.

#### **Zu § 74:**

Die Gemeinden können den Haushaltsplan weiterhin jährlich aufstellen oder statt dessen einen Doppelhaushalt beschließen. Doppelhaushalte können bei Gemeinden mit einer stabilen Finanzlage den Haushaltsvollzug vereinfachen und straffen.

Die Streichung von Absatz 3 ist eine Folgeänderung der Neufassung des § 76 Abs. 3 Satz 1.

#### **Zu § 75:**

Der Bürgermeister muss künftig den Gemeinderat und die Rechtsaufsichtsbehörde – auch bei einem Doppelhaushalt - in der Mitte des Haushaltsjahres schriftlich über wesentliche Abweichungen vom Haushaltsplan unterrichten. Mit diesen Informationen können sich die Gemeinderäte und die Rechtsaufsichtsbehörden einen Überblick über die aktuelle Haushaltssituation verschaffen und werden in die Lage versetzt, aus erkennbaren Fehlentwicklungen rechtzeitig die notwendigen Konsequenzen zu ziehen.

Muss nach § 72 Abs. 4 oder 5 ein Haushaltssicherungskonzept erstellt werden, besteht die Pflicht zur Information von Gemeinderat und Rechtsaufsichtsbehörde in vierteljährlichem Abstand und umfasst während der Geltung des Konzeptes auch dessen Vollzug. Im Hinblick auf eine hohe Gesamtverschuldung wird der Bericht in der Regel auch auf die wirtschaftliche Lage der kommunalen Unternehmen, Unternehmensbeteiligungen und Verbände eingehen müssen. Dies war jedoch an dieser Stelle nicht ausdrücklich hervorzuheben, zumal die Vertreter der Gemeinde in Organen kommunaler Unternehmen nach § 98 Abs. 1 und 2 die selbständige rechtliche Verpflichtung trifft, den Gemeinderat etwa über eine drohende wirtschaftliche Schieflage oder wesentliche Abweichungen vom Wirtschaftsplan unverzüglich zu informieren und auch Unternehmen mit einem § 96 Abs. 2 Nr. 5 entsprechenden Gesellschaftsvertrag eine solche Informationspflicht trifft.

#### **Zu § 76:**

Mit § 76 **Abs. 1** Satz 2 n.F. wird dem für das Finanzwesen verantwortlichen Beigeordneten bzw. dem Fachbediensteten für das Finanzwesen das Recht eingeräumt, dem Gemeinderat eine schriftliche Stellungnahme zu dem vom Bürgermeister festgestellten Entwurf der Haushaltssatzung vorzulegen, die die Weisungsbefugnisse des Bürgermeisters nach allgemeinen Grundsätzen allerdings unberührt lässt (vgl. § 53 Abs. 4). Absatz 1 Sätze 3 – 5 entsprechen § 76 Abs. 1 a.F.; der neue **Absatz 2** fasst die bisherigen Absätze 2 und 3 zusammen.

Das Verfahren zum Erlass der Haushaltssatzung nach § 76 Abs. 3 wird durch die Neufassung vereinfacht und lehnt sich künftig - bei verkürzten Niederlegungsfristen - an die Kommunalbekanntmachungsverordnung an. Die Frage des Inkrafttretens der Haushaltssatzung war bisher aufgrund der unklaren und von den Regelungen der KomBekVO abweichenden Vorgaben der Gemeindeordnung mit Unsicherheiten belastet. Durch die Angleichung des neuen § 76 Abs. 3 an die Vorschriften der genannten Verordnung wird größere Rechtssicherheit geschaffen und werden formale Unterschiede der Bekanntmachungsverfahren weitgehend eliminiert. Die Frage, inwieweit einerseits die Ersatzbekanntmachung eines Haushaltsplanes ungeachtet seiner fehlenden unmittelbaren Außenwirkung in jedem Punkt den für eine Ersatzbekanntmachung von Plänen und

zeichnerischen Darstellungen nach § 8 Abs. 1 KomBekVO geltenden Anforderungen genügen muss und ob die genannte Regelung überhaupt auf Haushaltspläne anwendbar ist, beantwortet das Gesetz nunmehr mit einer eigenen, inhaltlich an § 8 Abs. 1 KomBekVO jedoch weitestgehend angeglichenen Regelung. Hiernach ist die Ersatzbekanntmachung des Haushaltsplanes, auf den die Haushaltssatzung verweist und der hierdurch in die Satzung inkorporiert wird (d.h. deren Rechtsqualität teilt), mit Ablauf der Niederlegungsfrist vollzogen, wird mit diesem Zeitpunkt wirksam und tritt die Satzung gegebenenfalls rückwirkend zum Beginn des Haushaltshaltsjahres in Kraft. Um das In-Kraft-Treten zu beschleunigen, ist allerdings die Niederlegungsfrist auf eine Woche verkürzt worden und ist auf eine ausdrückliche Vorgabe eines Mindestzeitraums für die Möglichkeit der Einsichtnahme verzichtet worden. Die Integration der ergänzten Fassung des § 74 Abs. 3 a.F. in § 76 Abs. 3 erfolgte demgegenüber lediglich aus systematischen Gründen.

#### **Zu § 78:**

Die Änderung beseitigt ein redaktionelles Versehen.

#### **Zu § 95:**

Der Gemeinde wird vor Beschlussfassung über die Rechtsform eines Unternehmens eine Analysepflicht über die Vor- und Nachteile der öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Organisationsformen auferlegt. Die Rechtsform der Aktiengesellschaft soll dabei künftig nur dann gewählt werden können, wenn der öffentliche Zweck des Unternehmens nicht ebenso gut in einer anderen Rechtsform erfüllt werden kann. Der Gemeinderat ist darüber hinaus umfassend über die Chancen und Risiken der beabsichtigten unternehmerischen Betätigung sowie über deren Auswirkungen auf die private Wirtschaft zu informieren.

Der neue **Absatz 2** enthält Restriktionen für die Rechtsform der Aktiengesellschaft. Durch die herausgehobene Stellung des Vorstands und des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft, die aufgrund zwingender Vorschriften des Aktiengesetzes nicht zugunsten der Hauptversammlung geändert werden kann, sind die rechtlichen Möglichkeiten der Gemeinde, eine Aktiengesellschaft im Sinne der Erfüllung des öffentlichen Zwecks des Unternehmens zu steuern, begrenzt. Der begrenzten Steuerbarkeit der AG durch den kommunalen Aktionär korrespondiert zugleich die weitgehende Immunisierung der Kommune gegenüber unternehmensbezogenen Maßnahmen der Rechtsaufsicht. Dieser verringerte Einfluss auf die Gesellschaft kann sich selbst beim Verkauf von Unternehmensanteilen oder komplexeren public-private-partnerships negativ auswirken, soweit die Kommune bestimmte wirtschaftliche oder rechtliche Voraussetzungen für diese Vorhaben unter Mitwirkung des Vorstands schaffen muss. In der Regel ist deshalb davon auszugehen, dass die Aktiengesellschaft keine geeignete Rechtsform für ein kommunales Unternehmen darstellt.

Die bestehenden acht kommunalen Aktiengesellschaften im Freistaat Sachsen sind von dem neu eingeführten Nachrang dieser Rechtsform nur insofern betroffen, als kommunale Vertreter in Aufsichtsrat oder Hauptversammlung über eine „wesentliche Veränderung“ (s. hierzu die Hinweise zu § 96 Abs. 1) zu beschließen haben.

Die Errichtung, Übernahme und wesentliche Veränderung eines Unternehmens in privater Rechtsform sowie die unmittelbare oder mittelbare Beteiligung an einem solchen Unternehmen birgt nicht nur Chancen, sondern auch wirtschaftliche Risiken für die Gemeinde. Darüber hinaus können mit der unternehmerischen Betätigung negative Auswirkungen auf ortsansässige private Unternehmen verbunden sein. Aus diesem Grund hat sich die Gemeinde über die wirtschaftlichen *Chancen und Risiken* des Vorhabens Klarheit zu verschaffen. Zudem ist die Auswahl der *Organisationsform* regelmäßig mit komplexen Fragestellungen verbunden. Der vom Gemeinderat zu vollziehende Abwägungsprozess ist daher *zweistufig* und umfasst neben dem „Ob“ auch das „Wie“ einer unternehmerischen Betätigung:

Der **ersten Stufe** (dem „Ob“, **Absatz 3 Satz 1**) muss bereits die Frage nach der *materiell-rechtlichen Zulässigkeit* einer unternehmerischen Betätigung zugerechnet werden.

Mithin müssen bei *wirtschaftlichen Unternehmen* die Voraussetzungen des § 97 Abs. 1 (Rechtfertigung durch einen öffentlichen Zweck, Angemessenheits- und Subsidiaritätsklausel) erfüllt sein. Nach § 97 Abs. 2 finden diese Schranken zwar keine Anwendung auf sog. *nichtwirtschaftliche Unternehmen*. Eine *Wirtschaftlichkeitsbetrachtung nach Maßgabe des § 72 Abs. 2* ist für diese Unternehmen gleichwohl anzustellen. Denn die in der Befreiung von den speziellen Vorgaben des § 97 Abs. 1 liegende Privilegierung nichtwirtschaftlicher Unternehmen hat nicht zur Konsequenz, dass die Gemeinde frei wäre, einer *unwirtschaftlichen Aufgabenerfüllung durch ein eigenes Unternehmen* den Vorzug gegenüber *wirtschaftlicheren Alternativen* zu geben. Der Grundsatz der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung gilt vielmehr uneingeschränkt fort, auch wenn seine spezielle Ausprägung in § 97 Abs. 1 nicht anwendbar ist.<sup>3</sup>

Dieses Ergebnis entspricht auch dem Sinn und Zweck des § 95 Abs. 3, der eine umfassende Unterrichtung des Gemeinderats sicherstellen will: Das Gesetz trifft hinsichtlich des notwendigen Abwägungsprozesses keine Unterscheidung nach dem Unternehmensgegenstand (Erfüllung eines öffentlichen Zwecks durch wirtschaftliche Unternehmen, d.h. wirtschaftliche Betätigung - oder Erfüllung gesetzlicher Pflichtaufgaben bzw. Eigenbedarfsdeckung durch nichtwirtschaftliche Unternehmen, d.h. nichtwirtschaftliche Betätigung), sondern stellt umfassender auf die Absicht einer „unternehmerischen Betätigung“ ab. Der Abwägungsvorgang des kommunalen Hauptorgans wäre fehlerhaft, wenn bei der vom Gesetz geforderten umfassenden Unterrichtung über die Chancen und Risiken die Frage nach der Vereinbarkeit der beabsichtigten unternehmerischen Betätigung

- mit den in § 97 Abs. 1 genannten Vorgaben (bei einem wirtschaftlichen Unternehmen) oder
- mit den allgemeineren, in § 72 Abs. 2 enthaltenen Maßgaben (bei einem nichtwirtschaftlichen Unternehmen)

ausgeklammert würde.

Neben der Prüfung der vorgenannten gesetzlichen Voraussetzungen ist eine umfassende *Risikoanalyse* durchzuführen und eine *wirtschaftliche Prognose* für das Unternehmen bzw. die Beteiligung aufzustellen. Im Regelfall ist daher ein sog. *Businessplan* gefordert, der Aussagen zur Produkt- und Marktanalyse, zum Marketing- und Absatzkonzept sowie dem Finanzplan enthalten muss:

- Welche Dienstleistung oder welches Produkt soll angeboten werden?
- Wie groß ist der Bedarf an dieser Dienstleistung bzw. diesem Produkt? Welche Zielgruppe soll damit angesprochen werden? Welche konkurrierenden Anbieter gibt es bereits?
- Welches Marketingkonzept wird verfolgt?
- Wie wird der Absatz realisiert?
- Wie hoch ist der Kapitalbedarf? Von welcher Umsatz-, Ergebnis- und Liquiditätsentwicklung ist auszugehen? Welchen Personalbedarf hat das Unternehmen, wie sieht die Personalplanung aus? Wie wird die Refinanzierung sicher gestellt?
- Darüber hinaus ist der Gemeinderat über die Verantwortlichen im künftigen Unternehmen bzw. über die Qualifikation, Erfahrung und Kompetenzen zu unterrichten, die etwa die noch zu bestellende Geschäftsführung aufweisen muss.

---

<sup>3</sup> So wäre eine kommunale unternehmerische Betätigung, die lediglich der Deckung eines *geringen* Eigenbedarfs (§ 97 Abs. 2 Nr. 2) dient und (hier unterstellt) aus diesem Grund eindeutig unwirtschaftlich ist, bereits nach § 72 Abs. 2 unzulässig.

Eigenständiger Gesichtspunkt der Risikoanalyse nach § 95 Abs. 3 Satz 1 ist die (grundsätzlich bereits im Businessplan angelegte) Frage nach den Auswirkungen der beabsichtigten unternehmerischen Betätigung auf ortsansässige Betriebe. Denn die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde durch eigene Unternehmen kann die Konkurrenzsituation des im Gemeindegebiet angesiedelten Handwerks, Handels, der freien Berufe und der ortsansässigen Industrie zu deren Nachteil verschärfen. Der Gemeinderat muss sich daher vor seiner Entscheidung über die wirtschaftlichen Auswirkungen auf diese Betriebe, die in der Regel Gewerbesteuerzahler sein werden, bewusst sein. Eine exakte Analyse wird in der Regel wegen der aus öffentlichen Quellen nur beschränkt verfügbaren Daten nicht möglich sein. Die Gemeinde wird zur Ermittlung der maßgeblichen Fakten vielmehr darauf angewiesen sein, für ihre Entscheidungsfindung relevante Informationen von der örtlich zuständigen Industrie- und Handelskammer oder Handwerkskammer zu erfragen.

Im Hinblick auf die **zweite Stufe** (dem „Wie“, **Absatz 3 Satz 2**) fordert die neue Regelung als Entscheidungsgrundlage für die beabsichtigte unternehmerische Betätigung eine Analyse der Vor- und Nachteile der öffentlich-rechtlichen und der privatrechtlichen Organisationsformen im konkreten Einzelfall. Dabei sind die jeweiligen organisatorischen, personalwirtschaftlichen, mitbestimmungsrechtlichen sowie die finanziellen und steuerlichen Unterschiede und die Auswirkungen auf die kommunale Haushaltswirtschaft sowie die Entgeltgestaltung einander gegenüberzustellen.

Zum Begriff der mittelbaren Beteiligung siehe die Hinweise zu § 96 Abs. 1.

#### **Zu § 96:**

- Die Zulässigkeitsvoraussetzungen für die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden werden generell auf mittelbare Unternehmensbeteiligungen erstreckt.
- Die Stellung der Gemeinde in der Gesellschafterversammlung einer GmbH oder im Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft wird gestärkt: Steht der Gemeinde allein oder zusammen mit anderen sächsischen Gemeinden, Landkreisen oder sonstigen kommunalen Trägern der Selbstverwaltung die satzungsändernde Mehrheit der Anteile zu, sind im Gesellschaftsvertrag oder in der Satzung Steuerungs- und Kontrolloptionen wie die erweiterte Abschlussprüfung gemäß § 53 HGrG oder die Befugnis der Rechnungsprüfungsbehörden, sich unmittelbar zu unterrichten und zu diesem Zweck die für die Prüfung erforderlichen Unterlagen einzusehen (§ 54 HGrG), zu verankern. Dem örtlichen Rechnungsprüfungsamt und der überörtlichen Prüfungsbehörde sind zudem das Recht einzuräumen, die Haushalts- und Wirtschaftsführung des Unternehmens zu prüfen. Wesentliche Veränderungen des Unternehmens, die Errichtung von Tochterunternehmen, die Beteiligung an weiteren Unternehmen oder deren Übernahme, wirtschaftlich bedeutsame Kreditaufnahmen und Vermögensverfügungen sowie die Bestellung und Abberufung von Mitgliedern der Geschäftsführung werden den mit kommunalen Vertretern besetzten Unternehmensorganen zur Entscheidung vorbehalten. Wesentliche Abweichungen vom Wirtschafts- oder Finanzplan des Unternehmens sind der Gemeinde künftig unverzüglich zur Kenntnis zu bringen.
- Entsprechende Regelungen sind auch in dem Gesellschaftsvertrag bzw. der Satzung einer mehrheitlich von kommunalen Unternehmen beherrschten Tochtergesellschaft zu verankern.
- Verfügten Gemeinden weder allein noch zusammen mit anderen kommunalen Trägern der Selbstverwaltung über die satzungsändernde Mehrheit der Anteile am Unternehmen, besteht eine Hinwirkungspflicht, die genannten Vorkehrungen zu treffen.

- Änderungen des Gesellschaftsvertrages oder der Satzung, auch soweit sie nicht genehmigungspflichtig sind, sowie Rechtsgeschäfte von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung für das Unternehmen sind der Rechtsaufsichtsbehörde anzuzeigen.

### § 96 Abs. 1:

a) Die Zulässigkeitsvoraussetzungen für Unternehmen in Privatrechtsform werden durch die Änderung von **§ 96 Abs. 1** nunmehr generell auf **mittelbare Beteiligungen** erstreckt, um gesellschaftsrechtliche Umgehungsmöglichkeiten zu erschweren. Unter „mittelbaren Beteiligungen“ im Sinne der Gemeindeordnung sind dabei ausschließlich solche Unternehmen oder Anteile an Unternehmen zu verstehen, die im Eigentum einer kommunalen Eigengesellschaft (etwa einer kommunalen Holding) oder eines Unternehmens stehen, an dem die Gemeinde selbst unmittelbar beteiligt ist.<sup>4</sup> Diese Tochtergesellschaften von kommunalen Unternehmen werden vollumfänglich vom Anwendungsbereich der §§ 41 Abs. 2, 95 bis 97, 99 und 109 SächsGemO sowie des § 37 Abs. 2 SächsLKrO erfasst.

Der *Umfang* einer (unmittelbaren oder mittelbaren) Beteiligung ist demgegenüber für die Geltung der Schranken der §§ 96 Abs. 1 und 97 Abs. 1 SächsGemO unerheblich. Anders liegt es nur bei solchen Minderheitsbeteiligungen, denen keine unternehmerische Zielsetzung zugrunde liegt: Der durch Renditeerwartungen motivierte Erwerb von Aktien (insbesondere börsennotierter Aktiengesellschaften), also eine Geldanlage (die nach den haushaltsrechtlichen Bestimmungen allerdings selten in Betracht kommen dürfte), ist nicht an den §§ 95 bis 99 SächsGemO zu messen, sondern nur die aktive unternehmerische Beteiligung an einem Unternehmen zum Zwecke der kommunalpolitisch motivierten aktiven Einflussnahme auf dessen Geschäftspolitik. Eine solche unternehmerische Beteiligung der Gemeinde unterliegt indes ohne Einschränkung den Kautelen der §§ 96 Abs. 1 und 97 Abs. 1, auch wenn die Gemeinde nur eine Minderheitsbeteiligung an einem Unternehmen hält. Verstößt die kommunalwirtschaftliche Betätigung gegen geltendes Recht (etwa weil die Tätigkeit des Unternehmens selbst oder dessen Beteiligung an einer weiteren Gesellschaft nicht durch einen öffentlichen Zweck gedeckt ist und die Kommune als Minderheitsgesellschafterin ohne beherrschenden Einfluss auf die Geschäftsführung nicht in der Lage ist, die Einhaltung kommunalrechtlicher Anforderungen sicher zu stellen) können die Rechtsaufsichtsbehörden hiergegen einschreiten und gegebenenfalls darauf dringen, dass diese kommunalrechtswidrige Beteiligung aufgegeben wird.

b) Mit der Einführung des Tatbestandsmerkmals „**unterhalten**“ wird ein sachlich nicht begründeter Unterschied zwischen § 96 Abs. 1 und § 97 Abs. 1 beseitigt. Bislang bestand die Möglichkeit, den von der Rechtsaufsichtsbehörde bei Errichtung des Unternehmens genehmigten Gesellschaftsvertrag oder die Satzung in einer von den Zulässigkeitsvoraussetzungen des Absatzes 1 abweichenden Richtung zu ändern, ohne dass dies der Rechtsaufsichtsbehörde zur Kenntnis gelangen musste. Nunmehr sind zum einen nach Absatz 4 alle Änderungen der Unternehmensverfassung unabhängig von ihrer – häufig erst nach näherer Prüfung feststellbaren – Genehmigungsg-

---

<sup>4</sup> Ein Unternehmen eines *Zweckverbandes* ist daher *keine mittelbare Beteiligung* für die verbandsangehörigen Gemeinden. Auf den Zweckverband ist die Gemeindeordnung wegen der Verweisung in § 47 Abs. 2 i.V.m. § 5 Abs. 3 Sächs-KomZG vielmehr selbst anwendbar.

Das Statistische Landesamt des Freistaates Sachsen definiert den Begriff „mittelbare Beteiligung“ abweichend. Im Sinne des Gesetzes über die Statistiken der öffentlichen Finanzen und des Personals im öffentlichen Dienst (Finanz- und Personalstatistikgesetz – FPStatG) liegt eine mittelbare Beteiligung vor, wenn der unmittelbar öffentlich bestimmte Fonds, die Einrichtung, der Betrieb oder das Unternehmen sich an anderen Fonds, Einrichtungen, Betrieben oder Unternehmen beteiligt. Diese Folgebeteiligungen können sich beliebig oft fortsetzen und werden im Rahmen der Erhebung zur Abgrenzung des Berichtskreises der öffentlich bestimmten Fonds, Einrichtungen, Betriebe und Unternehmen (öFEU) ermittelt.

bedürftigkeit anzeigepflichtig. Das Merkmal „unterhalten“ unterstreicht zum anderen, dass z.B. die durch Absatz 1 Nr. 3 geforderte Haftungsbegrenzung - als eine der Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Aufgabenerfüllung durch Unternehmen in Privatrechtsform - dauerhaft einzuhalten ist und begründet damit eine Anpassungspflicht für Gesellschaftsverträge und Satzungen, die den Anforderungen des Absatzes 1 nicht mehr genügen.

c) Maßstab für die Auslegung des zentralen (und in den §§ 41 Abs. 2 Nr. 11, 95 Abs. 2 und 3, 96 Abs. 1, 2 und 4 sowie § 97 Abs. 1 gleichbedeutenden) Tatbestandsmerkmals der „**wesentlichen Veränderung**“ sind Sinn und Zweck der Regelungen: Hierdurch soll zum einen die dauerhafte Einhaltung der Zulässigkeitsvoraussetzungen auch bei verändertem Geschäftsbetrieb gewährleistet werden und zum anderen einer (unerkannten) Erhöhung unternehmerischer Risiken vorgebeugt werden. Die wesentliche Erweiterung des Unternehmens stellt nunmehr einen Unterfall der wesentlichen Veränderung dar und konnte deshalb als selbständiges Tatbestandsmerkmal gestrichen werden. Auch die in § 41 Abs. 2 Nr. 11 a.F. enthaltene „Umwandlung der Rechtsform“ ist in dem neuen Tatbestand der „wesentlichen Veränderung“ aufgegangen. Als wesentliche Veränderung eines Unternehmens kommen daher *insbesondere*

- eine Änderung des Unternehmensgegenstands, etwa durch die Erschließung neuer Geschäftsfelder,
- eine Änderung des Unternehmenszwecks,
- eine wesentliche Umstrukturierung des Unternehmens,
- eine wesentliche Erweiterung des Unternehmens (die bei einer 20 %igen Erhöhung des Anlagevermögens oder der Produktionskapazität sicher zu bejahen ist),
- eine Umwandlung der Rechtsform,
- veränderte Einflussrechte der kommunalen Vertreter auf Entscheidungen im Unternehmen sowie
- eine wesentliche Veränderung des Haftungsumfangs der einzelnen Gesellschafter untereinander

in Betracht. Inwieweit *Gewinnabführungsverträge* mit dem kommunalen Eigentümer eine wesentliche Änderung des Unternehmens darstellen, lässt sich nur im Einzelfall klären. Hohe dauerhafte Gewinnabführungen schlagen auf die Investitionsfähigkeit und ggf. auch auf die Bonität des Unternehmens durch und können daher in einem schwierigen Wettbewerbsumfeld die unternehmerischen Risiken erhöhen.

### **§ 96 Abs. 2:**

Der Katalog des **§ 96 Abs. 2** normiert – ebenso wie die Vorgängervorschrift des § 99 Abs. 1 - Pflichtinhalte für Gesellschaftsverträge und -satzungen von Unternehmen, an denen sächsische Kommunen eine zur Änderung der Unternehmensverfassung berechtigende Mehrheit halten.

Die vom Wortlaut des § 99 a.F. abweichende Einschränkung hinsichtlich der erforderlichen Mehrheitsverhältnisse ist dabei deklaratorischer Natur, da auch nach bisher geltendem Recht von den Kommunen nicht mehr gefordert werden konnte, als gesellschaftsrechtlich durchsetzbar war: Änderungen der Unternehmensverfassung sind für den kommunalen GmbH-Gesellschafter nach der zwingenden Regelung des § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG erst bei einer Dreiviertelmehrheit der abgegebenen Stimmen durchsetzbar und bedürfen bei einer Aktiengesellschaft neben der einfachen Stimmenmehrheit des § 133 Abs. 1 zusätzlich einer Dreiviertelmehrheit des vertretenen Grundkapitals (§ 179 Abs. 2 AktG), wobei die letztere Regelung dispositiv ist und abweichende Mehrheiten regelnde Satzungsbestimmungen grundsätzlich zulässt.

Für die Anwendung des § 96 Abs. 2 ist damit entscheidend, ob eine Kommune (allein oder zusammen mit weiteren kommunalen Mitgesellschaftern) gesellschaftsrechtlich in der Lage ist, die entsprechenden Anpassungen der Unternehmensverfassung durchzusetzen zu können; anderenfalls greift die Hinwirkungspflicht aus Absatz 3.

Grundsätzlich greift daher eine Rechtspflicht zur Umsetzung der in Absatz 2 enthaltenen Maßgaben erst bei einer Dreiviertelmehrheit ein.

Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die Anforderungen des § 96 Abs. 2 Nr. 1 und 2a bis 8 auch dann umzusetzen sind, wenn eine Kommune (A) zusammen mit einem oder mehreren anderen *kommunalen Unternehmen (B und C)* über eine qualifizierte Mehrheit am Unternehmen (D) verfügt. Denn soweit diese Mitgesellschafter B und C am Unternehmen D die „Mehrheit der Anteile“ im Sinne von § 96 Abs. 2 Nr. 9 halten, stellt diese Beteiligung aus ihrer Sicht ein Tochterunternehmen dar, das nach den eigenen gesellschaftsvertraglichen Vorgaben nur *unterhalten* werden darf, wenn dessen Unternehmensverfassung den Anforderungen des § 96 Abs. 2 Nr. 1 und 2a bis 8 entspricht. Die kommunalen Muttergesellschaften B und C trifft in diesem Fall *gesellschaftsvertraglich* die Verpflichtung, den Gesellschaftsvertrag ihrer Beteiligung D den Anforderungen des § 96 Abs. 2 Nr. 9 anzupassen, während die Kommune A aus der Hinwirkungspflicht des § 96 Abs. 3 heraus dieselben Intentionen verfolgen muss.

Da es sich mit Blick auf die Leitvorstellungen des Gesetzgebers bei der geschilderten Fallkonstellation (Dreiviertelmehrheit von Kommune und kommunalen Unternehmen) letztlich jedoch um eine (verdeckte) Regelungslücke handelt, kommt auch – insbesondere in Umgehungsfällen – eine analoge Anwendung des § 96 Abs. 2 in Betracht.

*Eine bloß wörtliche Wiederholung der gesetzlichen Regelungen in dem Gesellschaftsvertrag dürfte insbesondere hinsichtlich Absatz 2 Nr. 3 keine ausreichende Umsetzung darstellen. Vielmehr sind die darin verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe („wesentliche Veränderung“, „Verfügung über Vermögen“, „Rechtsgeschäfte von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung“) unternehmensspezifisch zu konkretisieren, um eine klare Geschäftsgrundlage für die Befugnisse der Gesellschafterversammlung bzw. des Aufsichtsrats zu erhalten.*

Durch **Absatz 2 Nr. 1** wird die den Kommunen durch § 53 Abs. 1 HGrG eingeräumte Option landesrechtlich zu einer Zulässigkeitsvoraussetzung. Damit werden die Prüfungs- und Berichtspflichten des Abschlussprüfers zu folgenden Punkten erweitert: Prüfung der Ordnungsgemäßheit der Geschäftsführung, Darstellung der Entwicklung der Vermögens- und Ertragslage sowie der Liquidität und Rentabilität der Gesellschaft, Darstellung verlustbringender Geschäfte, die für die Vermögens- und Ertragslage von Bedeutung sind, und ihrer Ursachen, Darstellung der Ursachen eines in der Gewinn- und Verlustrechnung ausgewiesenen Jahresfehlbetrags. Des Weiteren erhält die Gemeinde den Prüfungsbericht der Abschlussprüfer und ggf. auch den Prüfungsbericht der Konzernabschlussprüfer.

Die erweiterten Prüfungs- und Berichtspflichten dienen der besseren Information und Kontrolle der Gemeinde über die Führung und die Lage des Unternehmens. Sie sind Ausfluss des allgemeinen Grundsatzes der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung gemäß § 72 Abs. 2. Die Vorschrift erhöht somit die Transparenz der Unternehmensentwicklung und damit die Kontrollmöglichkeiten für die Gemeinde. Die Regelung des § 53 HGrG modifiziert §§ 47, 53 GmbHG und § 179 AktG insoweit, als die Gemeinde auch ohne Änderung der Satzung oder des Gesellschaftsvertrags bzw. ohne einen entsprechenden Gesellschafterbeschluss der GmbH eine erweiterte Prüfung der Eigengesellschaften sowie der Beteiligungsgesellschaften mit kommunaler Mehrheitsbeteiligung anordnen kann. Die nunmehr bei entsprechenden Mehrheitsverhältnissen

zwingend im Gesellschaftsvertrag bzw. der Satzung zu verankernden Prüfungsrechte reduzieren damit die bisherigen Entscheidungsspielräume der Gemeinde, da der Landesgesetzgeber verlangt, dass die Gemeinde von ihren in § 53 HGrG vorgesehenen Rechten Gebrauch macht.

Durch **Absatz 2 Nr. 2** wird auch die „Kann-Bestimmung“ des § 54 HGrG landesrechtlich zu einer Zulässigkeitsvoraussetzung. Dadurch werden die Rechnungsprüfungsbehörden in die Lage versetzt, bei der Prüfung der Beteiligungsverwaltung der Gemeinde nach § 44 HGrG in Verbindung mit § 92 Abs. 1, § 111 Abs. 1 SÄHO direkt die Unterlagen des Unternehmens einzusehen. Ansonsten wären die Rechnungsprüfungsbehörden gehalten, die Vorlage der erforderlichen Unterlagen von der Gemeinde zu verlangen, die diese wiederum über ihre jeweiligen Gesellschaftsorgane einzufordern hat. Diese Vorschrift dient damit der Verfahrensvereinfachung und der Sicherstellung einer ordnungsgemäß durchgeführten Betätigungsprüfung. Denn es ist denkbar, dass die den Rechnungsprüfungsbehörden von der Gemeinde überlassenen Unterlagen nicht ausreichen, um die bei der Betätigungsprüfung auftretenden Fragen innerhalb angemessener Zeit zu klären. Die beispielsweise § 103 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. d GemO BW und § 111 Abs. 1 Nr. 4 Buchst. b des saarländischen Kommunalselbstverwaltungsgesetzes entsprechende Regelung verpflichtet die kommunalen Anteilseigner, von den ihnen nach § 54 HGrG zustehenden Rechten Gebrauch zu machen und bezieht die kommunalen Befugnisse klarstellend auch auf die Betätigungsprüfung durch die überörtliche Prüfungsbehörde, da die diesbezüglichen Prüfungen nicht nur durch die örtliche (§ 106 Abs. 2 Nr. 5), sondern gleichermaßen durch die überörtliche Prüfungseinrichtung (§ 109 Abs. 1 Nr. 1) praktiziert wird. Ohne eigene Einsichtsrechte wäre der Rechnungshof jedoch nicht in der Lage, die Betätigung der Kommunen in privatrechtlichen Unternehmen wirkungsvoll zu prüfen.

Mit dem auf Beschlussempfehlung des Innenausschusses eingefügten **Absatz 2 Nr. 2a** wird eine bedenkliche Lücke in der Kontrolle der Verwendung öffentlicher Gelder geschlossen: Allein die etwa 320 Eigengesellschaften sind mit Stand vom 31. Dezember 2001 mit 6,18 Mrd. € höher verschuldet als die kommunalen Haushalte mit 5,53 Mrd. € Hinzu treten 300 Unternehmen, an denen sächsische Kommunen unmittelbar oder mittelbar die Mehrheit der Anteile halten und die mit 2,97 Mrd. € ebenfalls erhebliche Verbindlichkeiten ausweisen. Ein unmittelbar und direkt im Gesellschaftsvertrag oder der Satzung festzuschreibendes Prüfungsrecht ist dabei einer aufwändigeren Prüfungsvereinbarung vorzuziehen.

Ähnliche Regelungen bestehen für Unternehmen mit Bundes- (§ 91 BHO) oder Landesbeteiligung (§ 104 SÄHO). Den Kommunen werden damit Auflagen gemacht, die sie gesellschaftsrechtlich als Eigentümer bzw. Mehrheitsgesellschafter zulässigerweise treffen können und die zur Erreichung einer optimierten Steuerung und Kontrolle des kommunalen Beteiligungsbesitzes geboten sind. Außerdem wird der in Art. 89 Abs. 1 SächsVerf enthaltende Grundsatz der Aufsicht des Freistaates über die Kommunen ausgeformt, indem die überörtliche Prüfung über die Gemeinde, ihre Eigenbetriebe und die in § 109 Abs. 1 Nr. 1 vorgesehene Betätigungsprüfung hinaus auch auf die in zahlreichen Kommunen wirtschaftlich besonders bedeutsamen Beteiligungen erstreckt wird.

Die in **Nummer 3** Buchst. a bezeichneten Sachverhalte der Errichtung und Übernahme von Unternehmen, der wesentlichen Veränderung des Unternehmens sowie der Beteiligung an anderen Unternehmen, die von Buchstabe b erfassten Vermögensverfügungen und Kreditaufnahmen von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung sowie die in Buchstabe c genannte Bestellung und Abberufung von Mitgliedern der Geschäftsführung bedürfen künftig der Zustimmung der mit Vertretern der Kommune besetzten Gesellschafterversammlung bzw. des Aufsichtsrats. Solche Entscheidungen von grundsätzlicher Bedeutung können somit künftig nicht mehr durch Gesellschaftsorgane getroffen werden, denen kein von der Gemeinde entsandter Vertreter angehört.

Die in **Buchstabe a** aufgeführten Tatbestände der Errichtung und Übernahme von Unternehmen, der wesentlichen Veränderung des Unternehmens sowie der Beteiligung an Unternehmen entsprechen denen des § 41 Abs. 2 Nr. 11, wobei die in Buchstabe a genannte „Beteiligung“ des Unternehmens eine „mittelbare Beteiligung“ der Gemeinde im Sinne des § 41 Abs. 2 Nr. 11 darstellt. Zum Begriff der „wesentlichen Veränderung“ s. die Hinweise zu § 96 Abs. 1.

Die „Verfügung über Vermögen“ in **Buchstabe b** geht demgegenüber über die „vollständige oder teilweise Veräußerung und die Auflösung“ des Unternehmens im Sinne des § 41 Abs. 2 Nr. 11 hinaus und umfasst etwa auch die Veräußerung von Rechten des Unternehmens oder die dingliche Belastung von Unternehmenseigentum. Die Aufnahme von Krediten von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung ist nur in § 96 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b und nicht auch in § 41 Abs. 2 Nr. 11 genannt, um nicht die Unternehmensentwicklung durch eine zu weit reichende obligatorische Einflussnahme des Gemeinderats zu lähmen. Die Aufnahme derartiger Kredite gehört aber zwingend zum Kanon der der Gesellschafterversammlung vorzubehaltenden Entscheidungen.

Angesichts der höchst unterschiedlichen Größe und Eigenkapitalausstattung kommunaler Unternehmen ist es nicht möglich, das Merkmal der „erheblichen wirtschaftlichen Bedeutung“ von Vermögensverfügungen und Krediten abschließend zu definieren: Die Erheblichkeitsschwelle, jenseits derer die Entscheidungsbefugnisse zwingend der Gesellschafterversammlung (GmbH) bzw. dem Aufsichtsrat (AG) zuzuweisen sind, ist bei einer kleinen Dienstleistungs-GmbH im Bereich der Fremdenverkehrsförderung naturgemäß anders zu bestimmen als bei Stadtwerken einer Großstadt mit Anlagevermögen von mehreren Milliarden Euro. Zu den in der Gesellschafterversammlung zustimmungsbedürftigen Krediten des Unternehmens sind in der Regel solche zu rechnen, die 5 Prozent des letzten Jahresumsatzes erreichen. Diese kritische Größenordnung dürfte ferner jedenfalls dann erreicht sein, wenn mehrere Einzelkredite innerhalb eines Geschäftsjahres zusammengenommen 10 Prozent des vorjährigen Umsatzes übersteigen. Diese Wertgrenzen können auch einen Anhaltspunkt für die unternehmensspezifisch zu konkretisierende Schwelle hinsichtlich der einzelnen Fallgruppen der Vermögensverfügung bilden.

Durch **Buchstabe c** wird die Bestellung und Abberufung von Mitgliedern der Geschäftsführung der Gesellschafterversammlung zugewiesen. Dies ist nach § 46 Nr. 5 GmbHG der Regelfall. Da die Vorschrift jedoch durch abweichende Regelungen im Gesellschaftervertrag verdrängt wird, ist die entsprechende Kompetenz im Katalog des § 96 Abs. 2 Nr. 3 verankert worden. Für Gesellschaften mit beschränkter Haftung, die mehr als 2.000 Arbeitnehmer zählen, hat der Bundesgesetzgeber allerdings eine abschließende Regelung getroffen: § 31 Abs. 2 bis 5 Mitbestimmungsgesetz i.V.m. § 84 AktG schreiben vor, dass die Kompetenz zur Bestellung und Abberufung der Geschäftsführung bei solchen Unternehmen beim Aufsichtsrat liegt. Soweit kommunale Unternehmen in GmbH-Form die genannte Mitarbeiterzahl überschreiten, gilt für sie daher Bundesrecht, das die entgegenstehende landesgesetzliche Regelungen in § 96 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. c) verdrängt.

Einer Regelung für die Bestellung und Abberufung des Vorstands einer Aktiengesellschaft bedurfte es demgegenüber nicht, da die diesbezügliche Kompetenz nach § 84 Abs. 1 AktG ohnehin beim Aufsichtsrat liegt.

**Absatz 2 Nr. 4** entspricht § 99 Abs. 1 Nr. 1 a.F. Da auch Beteiligungen aus Steuermitteln finanziert werden, trifft die Gemeinde gegenüber privaten Anteilseignern eine erhöhte Informations- und Kontrollpflicht, um sicherzustellen, dass die Beteiligungsunternehmen ordnungsgemäß wirtschaften und nicht unternehmerische Risiken in Bereichen eingehen, die nicht zum gemeindlichen Aufgabenbereich gehören. Eine wichtige Voraussetzung einer ordnungsgemäßen Wirtschaftsführung ist eine sorgfältige und vollständige Planung. Dem trägt für die einjährige Planung die

Erstellung eines Wirtschaftsplans und für die mittelfristige Planung die Erstellung einer fünfjährigen Finanzplanung Rechnung.

**Absatz 2 Nr. 5** entspricht im Wesentlichen § 99 Abs. 1 Nr. 2 a.F. Die Durchsetzung der kommunalen Aufgabenerfüllung und die Überwachung eines privatrechtlichen Unternehmens kann anders als bei Regie- oder Eigenbetrieben nur mittelbar über die jeweiligen Gesellschaftsorgane bewirkt werden. Daher kommt der Information der Gemeinde eine besondere Bedeutung zu. Denn nur durch einen ausreichenden Informationsfluss ist die Gemeinde in der Lage, ihre Kontrollfunktion auszuüben. Daher ist es erforderlich, dass der Wirtschaftsplan und der Finanzplan, vor allem jedoch sich aus dem Geschäftsverlauf ergebende wesentliche Abweichungen hiervon der Gemeinde unverzüglich zur Kenntnis gebracht werden.

**Absatz 2 Nr. 6** entspricht § 99 Abs. 1 Nr. 3 a.F. mit Ausnahme der Alternative, eine entsprechende Prüfung gemäß § 110 vorzusehen, wie sie für Eigenbetriebe gilt. Auf der Grundlage eines aussagekräftigen und periodengerecht zuordnenden Rechnungswesens dienen Rechnungslegung, Jahresabschluss und Prüfung unternehmensintern der Dokumentation, der Information, der Planung und Entscheidungsvorbereitung, sowie der Rechenschaftslegung und Kontrolle für die Organe und Anteilseigner der Gesellschaft und extern der Information und Transparenz gegenüber der Öffentlichkeit. Mit Rücksicht auf die erhöhten Transparenzanforderungen an Unternehmen der öffentlichen Hand sowie im Interesse der betriebswirtschaftlichen Vergleichbarkeit und Kontrollmöglichkeiten werden die größenabhängigen Erleichterungen des Handelsgesetzbuchs für kommunale Beteiligungsunternehmen ausgeschlossen. Darüber hinaus stellen die Daten die Grundlage und Voraussetzung für die Erstellung des nach § 99 n.F. geforderten Beteiligungsberichts dar.

In der Praxis haben sich Anwendungsschwierigkeiten ergeben, soweit der Wortlaut des § 99 Abs. 1 Nr. 3 a.F. unverändert in den Gesellschaftsvertrag übernommen wurde, ohne festzulegen, nach welcher Alternative (für große Kapitalgesellschaften oder gemäß § 110) geprüft werden soll. Zur Verfahrensvereinfachung wird nunmehr allein auf die für große private Kapitalgesellschaften vorgesehenen Prüfpflichten abgestellt, unabhängig von der Größe des kommunalen Unternehmens. Weitergehende gesetzliche Vorschriften finden sich z.B. in § 9 EnWG.

In **Absatz 2 Nr. 7** wird zum einen die Regelung aus § 99 Abs. 1 Nr. 4 a. F. übernommen, um einen ausreichenden Informationsfluss an die Gemeinde und Rechtsaufsicht sicherzustellen.

Die Vorgaben für die „Anreicherung“ des Lageberichts verfolgen ein verfahrensökonomisches Ziel, da die Kommune bzw. die Beteiligungsverwaltung hierdurch alle zur Erstellung des Beteiligungsberichts nach § 99 n.F. notwendigen Angaben aus dem Unternehmen in einem zusammenfassenden, weitgehend standardisierten Dokument erhalten kann. Um Doppelangaben (im Abschlussbericht einerseits und im „qualifizierten“ Lagebericht nach dieser Vorschrift andererseits) zu vermeiden, kann und sollte der Abschlussprüfer dabei in seinem Prüfungsbericht auf den Lagebericht verweisen. Im Übrigen liegt in den Worten „unverzüglich zu übersenden“ eine Anpassung an § 53 Abs. 1 Nr. 3 HGrG.

**Absatz 2 Nr. 8** dient der Klarstellung. § 52 Abs. 1 GmbHG verweist nicht auf die §§ 394 f. AktG, lässt aber eine Modifikation des Gesellschaftsvertrags zu. Die Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht für Aufsichtsratsmitglieder und für dienstliche Mitteilungen der in § 395 AktG genannten Personen, ist nicht nur für die Aktiengesellschaft, sondern auch für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung zur Sicherstellung der Kontrollmöglichkeiten der Gemeinde erforderlich.

Entfallen sind die Regelungen zu § 99 Abs. 1 Nr. 5 und 6 a.F. (Bekanntmachung und öffentliche Auslegung von Prüfung des Jahresabschlusses und des Lageberichts). Diese Vorschriften werden

ersetzt durch die Bekanntmachung und öffentliche Auslegung des Beteiligungsberichts in § 99 Abs. 3 n.F.

**Absatz 2 Nr. 9** erstreckt die Regelungen von Nummer 1 und 2a bis 8 auf mehrheitlich gehaltene mittelbare Beteiligungen: Die wesentlichen Vorgaben für die Unternehmensverfassung, die in § 96 Abs. 2 des Entwurfs enthalten sind, gelten nach dem Wortlaut von Absatz 2 Halbsatz 1 nur für diejenigen Unternehmen, an denen die Gemeinde (allein oder zusammen mit anderen Kommunen) mindestens *drei Viertel* der Anteile hält, d.h. an denen sie unmittelbar beteiligt ist. Da eine Einbeziehung auch mittelbarer Beteiligungen in diese Anforderungen in den parlamentarischen Beratungen für notwendig erachtet wurde, ist Absatz 2 um die neue Nummer 9 erweitert worden. Damit unterliegen nunmehr auch die sehr zahlreichen mittelbaren Beteiligungen der Kommunen den gleichen Anforderungen an die interne Unternehmensverfassung wie die unmittelbaren Beteiligungen (Nummer 2 war von einer entsprechenden Geltung auszunehmen, da die dort in Bezug genommene Norm des Haushaltsgrundsätzegesetzes Einsichtsrechte bei der sog. Betätigungsprüfung begründet. Eine solche „Betätigung der Gemeinde im Unternehmen“ bezieht sich jedoch nur auf das *eigene* Unternehmen, die unmittelbare Beteiligung. Bei einer mittelbaren kommunalen Beteiligung „betätigt“ sich in Ausübung der Gesellschafterrechte hingegen das Mutterunternehmen)

Es sind den Nummern 1 und 2a bis 8 „*entsprechende*“ Regelungen zu verankern. Dieser Passus bedeutet hinsichtlich der Nummern 5 und 7 *nicht*, dass die dort vorgesehenen Informationspflichten gegenüber der Muttergesellschaft zu erfüllen wären. Nach Sinn und Zweck des Gesetzes (Einbeziehung mittelbarer Beteiligungen aufgrund ihrer Bedeutung für die kommunale Aufgabenerfüllung) ist vielmehr mit dem Wortlaut darauf abzustellen, dass der *Gemeinde* die dort genannten Angaben und Unterlagen zur Kenntnis gebracht bzw. übersandt werden.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes dürfen Tochtergesellschaften nur unter den in Nummer 9 genannten Voraussetzungen „unterhalten“ werden. Die Errichtung und Übernahme von Tochtergesellschaften ist daher *künftig* gesellschaftsrechtlich (d.h. nach Anpassung des Gesellschaftsvertrags der Muttergesellschaft) nur zulässig, wenn das zu errichtende oder zu übernehmende Unternehmen intern bereits so strukturiert ist, dass die Vorgaben von Absatz 2 Nr. 1 und 2a bis 8 im Gesellschaftsvertrag umgesetzt sind. Zu den bei der Anpassung bestehender Beteiligungen auftretenden Fragen siehe die Hinweise zu Artikel 6.

Im Übrigen stehen der Umsetzung des § 96 Abs. 2 Nr. 9 in den Fällen keine Rechtsgründe entgegen und ist der Gesellschaftsvertrag der Tochtergesellschaft entsprechend Nummer 9 auszugestalten, in denen die gesellschaftsrechtlich erforderliche Dreiviertelmehrheit von einem kommunalen Unternehmen im Sinne von Absatz 2 Halbsatz 1 (das über eine „einfache“ Mehrheit der Anteile verfügt) *zusammen mit einer anderen Kommune* gehalten wird:<sup>5</sup> Denn in Bezug auf die Kommune handelt es sich bei dem Tochterunternehmen um eine *unmittelbare* (Minderheits-)Beteiligung. Die Kommune trifft daher aus § 96 Abs. 3 die Pflicht, auf eine Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages entsprechend den Nummern 1 bis 9 hinzuwirken. Die an dem Tochterunternehmen mehrheitlich beteiligte kommunale Muttergesellschaft kann daher mit Rücksicht auf die der Kommune obliegende Hinwirkungspflicht eine Zustimmung zu den Anpassungen verlangen.

In **Absatz 3** wird für geringere (unmittelbare und mittelbare) Beteiligungen eine Hinwirkungspflicht eingeführt, da auch in diesen Fällen eine erhöhte Kontroll- und Rechenschaftspflicht für den Einsatz öffentlicher Mittel besteht. Ein „Hinwirken“ setzt mehr voraus als die bloß formale Anfrage an den oder die privaten Mitgeschafter, die gesetzlich vorgesehenen Kontroll- und Steuerungsmittel im Gesellschaftsvertrag zu verankern. Vielmehr sind nachhaltige und gegebenenfalls

---

<sup>5</sup> Vgl. die spiegelbildliche Fragestellung im Rahmen von § 96 Abs. 2 Halbsatz 1.

wiederholte Verhandlungen zu allen Einzelanforderungen des § 96 Abs. 2 in der Gesellschafterversammlung (von Mutter- und Tochtergesellschaften) zu führen. Die Rechtsaufsichtsbehörden können sich im Rahmen ihres Informationsrechtes über die diesbezüglichen Bemühungen des kommunalen Gesellschafters in der unmittelbaren kommunalen Beteiligung und über die entsprechenden Weisungen an die in der Gesellschafterversammlung des Tochterunternehmens vertretene Geschäftsführung des kommunalen Unternehmens unterrichten lassen.

Kann die Gemeinde, selbst wenn es sich nur um einzelne Anforderungen des § 96 Abs. 2 oder um diesen Anforderungen nahe kommende Regelungen handelt, eine qualifizierte Mehrheit erreichen, stehen einer Umsetzung keine rechtlichen Hindernisse entgegen und *verdichtet* sich die *Hinwirkungs-* zu einer *Umsetzungspflicht*. Das gleiche gilt für die Umsetzung von § 53 Abs. 1 und § 54 HGrG, wofür bereits eine einfache Mehrheit ausreicht, da das Haushaltsgrundsätzegesetz als spezialgesetzliche Regelung § 53 Abs. 2 GmbHG und § 179 Abs. 2 AktG insoweit verdrängt.

**Absatz 4** dient der engeren Verzahnung von Unternehmensentwicklung und kommunalrechtlichen Anforderungen. Die Anbindung der privaten Gesellschaften an die Aufgabenerfüllung der Gemeinde hängt entscheidend vom Gründungsakt und einer entsprechenden Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags bzw. der Satzung ab. Soweit sich nach bisheriger Rechtslage kommunale Eigengesellschaften oder Unternehmen, an denen die Gemeinde die Mehrheit der Anteile hielt, an anderen Unternehmen beteiligten, oblag die Kontrolle über die Einhaltung der Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 96 Abs. 1 gemäß § 96 Abs. 2 a.F. bislang allein der Gemeinde. Eine Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde war für Beteiligungen an Unternehmen der zweiten Generation nicht erforderlich. Vielfach erhielt die Rechtsaufsicht nicht einmal Kenntnis von diesen Vorgängen, die bisweilen auch dem Zweck dienten, den Bindungen des Gemeindefinanzrechts im Hinblick auf die Erschließung neuer Geschäftsfelder zu entgehen.

Da die Beteiligung an einem weiteren Unternehmen allerdings kein Rechtsgeschäft der Gemeinde, sondern ein Rechtsgeschäft des Unternehmens ist, kann dieses Rechtsgeschäft auch nicht Gegenstand einer kommunalrechtlichen Genehmigung sein. Eine Regelungslücke besteht nach bislang geltendem Recht auch insofern, als eine „wesentliche Erweiterung“ bzw. eine „wesentliche Veränderung“ im Sinne der neuen Gesetzesfassung nicht notwendig rechtsgeschäftlichen Charakter trägt (etwa im Fall der Erschließung neuer Geschäftsfelder, die unter Umständen lediglich unternehmensinterner Anweisungen bedürfen). Anknüpfungspunkt für eine rechtsaufsichtliche Kontrolle kann in derartigen Fällen daher nur der gemäß § 53 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. § 41 Abs. 2 Nr. 11 erforderliche Gemeinderatsbeschluss sein.

Mit der Erstreckung der Genehmigungspflicht auf die mittelbaren Beteiligungen kann die Rechtsaufsichtsbehörde nun auch beurteilen, ob die konkret geplanten Beteiligungen der zweiten Generation (oder eine wesentliche Änderung dieser Tochterunternehmen) sich im Rahmen des Zulässigen bewegen. Absatz 4 flankiert und ergänzt daher die Absatz 2 a.F. verschärfende generelle Einbeziehung mittelbarer Beteiligungen mit dem Ziel, gesellschaftsrechtliche Umgehungsmöglichkeiten zu unterbinden.

Die Genehmigungsfrist soll nach Satz 2 erst zu laufen beginnen, wenn die erforderlichen Antragsunterlagen vollständig vorliegen, weil nur dann eine abschließende Prüfung durch die Rechtsaufsicht möglich ist.

Während für die Errichtung, Übernahme, wesentliche Veränderung sowie die unmittelbare und mittelbare Beteiligung durch § 53 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. § 41 Abs. 2 Nr. 11 die Zuständigkeit des Gemeinderats und durch § 96 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 Satz 1 eine Genehmigungspflicht begründet wird (und für die von § 41 Abs. 2 Nr. 11 erfasste vollständige oder teilweise Veräußerung eines Unternehmens nach § 102 zumindest eine Vorlagepflicht an die Rechtsaufsichtsbehörde besteht),

begründet **Satz 5** für *nicht genehmigungspflichtige* Änderungen der Unternehmensverfassung eine *Anzeigepflicht*. Da zu den genehmigungspflichtigen Änderungen eines Gesellschaftsvertrages praktisch nur bestimmte Fälle einer (eine Vertragsänderung voraussetzenden) „wesentlichen Änderung“ des Unternehmens zählen können, handelt es sich bei der Anzeigepflicht in Satz 5 nicht um einen Auffangtatbestand, sondern vielmehr um den *Regelfall*. Die Vorschrift dient unmittelbar der Einhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen und steht ihrer nachträglichen Umgehung entgegen (siehe bereits oben, Hinweise zu § 96 Abs. 1). Eine Anzeigepflicht besteht darüber hinaus für wirtschaftlich bedeutsame Vermögensverfügungen und Kreditaufnahmen im Sinne von Absatz 2 Nr. 3 Buchst. b.

Die Vorschrift gilt zunächst einmal für alle Eigengesellschaften und *unmittelbaren* Beteiligungen der Kommune (unabhängig von der Höhe der Beteiligung). Mit Einfügung des Absatzes 2 Nr. 9, der über das Tatbestandsmerkmal „unterhalten“ eine dauerhafte Übereinstimmung der Unternehmensverfassung mittelbarer Beteiligungen mit den Vorgaben von Absatz 2 Nr. 1 und 2a bis 8 vorschreibt (wie § 96 Abs. 1 und § 97 Abs. 1 hinsichtlich der dortigen Vorgaben), ist nach Systematik, Sinn und Zweck der Regelung in Absatz 4 Satz 5 nunmehr auch die Änderung des Gesellschaftsvertrages einer mittelbaren Beteiligung anzeigepflichtig.

#### **Zu § 97:**

Die Neufassung von § 97 Abs. 1 Satz 1 erstreckt den Anwendungsbereich der Vorschrift zum einen auf mittelbare Beteiligungen sowie den neuen Tatbestand der „wesentlichen Veränderung“ (s. hierzu die Hinweise zu § 96 Abs. 1) und bereinigt zum anderen in redaktioneller Hinsicht sachlich nicht begründete Unterschiede zur Fassung des § 96 Abs. 1 Satz 1. Der – inhaltlich unveränderten – Subsidiaritätsklausel in Nummer 3 kommt nunmehr drittschützende Wirkung zu, um eine durch die neuere Rechtsprechung des BGH deutlich gewordene Rechtsschutzlücke zu schließen:

Die neue Nummer 3 macht deutlich, dass die Vorschrift, die sog. Subsidiaritätsklausel, eine ordnungspolitische Unterscheidung zwischen privatwirtschaftlicher Tätigkeit und der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand trifft: Das Grundgesetz kennt zwar keinen Vorrang der Privatwirtschaft gegenüber der Gemeindegewirtschaft. An dieser Wertung orientiert sich auch die Sächsische Gemeindeordnung, indem sie bei gleich guter Aufgabenerfüllung eine gemeindegewirtschaftliche Betätigung zulässt. Die Gemeinde darf allerdings Personal, Sach- und Finanzmittel nicht für Aufgaben zur Verfügung stellen, die durch private Unternehmen besser erfüllt werden können.

Dem in § 97 Abs. 1 geregelten Subsidiaritätsgrundsatz ist dabei drittschützende Wirkung zugunsten privater Unternehmen zuzumessen. Er stellt nicht bloß eine Ausformung des Grundsatzes der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung des § 72 Abs. 2 dar, sondern ist zugleich eine ordnungspolitische Grundsatzentscheidung, die auch dem Schutz privater Konkurrenten dient.

Mit diesem Verständnis der Subsidiaritätsklausel werden zugleich Folgerungen aus der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gezogen. In einem Grundsatzurteil vom 25. April 2002 (NJW 2002, 2645) hat der 1. Senat des BGH entschieden, dass Verstöße gegen das kommunale Wirtschaftsrecht nicht zugleich wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche privater Konkurrenten begründen. Durch dieses Urteil ist es Privaten künftig verwehrt, eine erwerbswirtschaftliche Betätigung kommunaler Unternehmen in begründeten Fällen vor den Zivilgerichten auf ihre wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit hin zu überprüfen, wodurch sich eine Rechtsschutzlücke aufgetan hat. Denn der Subsidiaritätsklausel ist in der gerichtlichen Praxis verschiedentlich die drittschützende Wirkung abgesprochen worden, so dass es im Regelfall auch nicht möglich ist, die Verwaltungsgerichte zur Prüfung behaupteter Verstöße gegen den rechtlichen Ordnungsrahmen des kommunalen Wirtschaftsrechts anzurufen.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass private Konkurrenten nur dann einen Unterlassungsanspruch gegen eine Kommune (wegen deren rechtswidriger, weil gegen § 97 Abs. 1 Nr. 3 verstoßender wirtschaftlicher Betätigung ihres kommunalen Unternehmens) gerichtlich durchsetzen können, wenn der Kläger darlegen und auch beweisen kann, dass er die fragliche Leistung besser und wirtschaftlicher als das öffentliche Unternehmen anbieten kann. Bei der Beurteilung der Güte und Wirtschaftlichkeit steht der Kommune dabei ein von der Rechtsprechung zu respektierender Beurteilungsspielraum zu. So können hinsichtlich der *Güte* der Leistung auch Kriterien wie die Stetigkeit, Zuverlässigkeit und Krisenfestigkeit der Leistungserbringung für die örtliche Bevölkerung den Ausschlag zugunsten des eigenen Unternehmens geben.

### **Zu § 98:**

Die Ergänzung in der Überschrift dient zunächst der Klarstellung, dass sich die Vertretungsregeln nur auf Unternehmen in Privatrechtsform beziehen.

**Absatz 1** Sätze 1 bis 3 entsprechen der bisherigen Regelung in Absatz 1 und sind nur redaktionell geringfügig überarbeitet worden, Satz 2 wurde in der Wortwahl § 17 Abs. 2 und § 42 Abs. 1 angeglichen. Der Bestellung der gemeindlichen Vertreter in den Unternehmensorganen kommt indes eine Schlüsselfunktion bei der Umsetzung der kommunalen Steuerung des Unternehmens zu: Sowohl bei dem vom Bürgermeister bestimmten ständigen Vertreter (§ 59 Abs. 1) als auch bei den weiteren Vertretern der Gemeinde ist daher gemäß Absatz 1 Satz 4 die betriebswirtschaftliche Erfahrung und Sachkunde von elementarer Bedeutung. Das Gesetz verlangt daher für den Regelfall eine entsprechende Qualifikation, die nur in Ausnahmefällen (etwa im Hinblick auf eine fehlende betriebswirtschaftliche Erfahrung) und in Verbindung mit einer von der Gemeinde zu unterstützenden Fortbildung (Absatz 4) unterschritten werden darf. Stehen aus Zeitgründen oder mangels betriebswirtschaftlicher Erfahrungen für die vom Gemeinderat zu bestellenden weiteren Vertreter weder aus dem Kreis der Gemeinderats noch aus der Gemeindeverwaltung geeignete Personen für das jeweilige Unternehmen zur Verfügung, ist im Übrigen auf externe Vertreter zurückzugreifen. Zu der Auswahl und der erforderlichen Qualifikation der kommunalen Vertreter wird auf Abschnitt III, 1. – 3. des für Aufsichtsräte konzipierten Leitfadens des Staatsministeriums des Innern „Qualifikation, Rechte und Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder in kommunalen Unternehmen“ vom 8. August 2003, SächsABl. S. 809, verwiesen.

Durch Absatz 1 Satz 5 wird klargestellt, dass den Vertretern der Gemeinde hinsichtlich der in § 41 Abs. 2 Nr. 11 genannten Angelegenheiten sowie bei der Bestellung und Abberufung von Mitgliedern der Geschäftsführung keine eigene Entscheidungskompetenz zusteht. In diesen Fällen ist vielmehr ein Beschluss des Gemeinderats herbeizuführen, der durch die Vertreter der Gemeinde in der Gesellschafterversammlung umzusetzen ist. Die Regelung des § 96 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a und b wiederum stellt sicher, dass innerhalb eines Unternehmens in Privatrechtsform alle dem Gemeinderat durch § 41 Abs. 2 Nr. 11 vorbehaltenen Angelegenheiten tatsächlich in dem Unternehmensorgan entschieden werden, in das die Gemeinde ihre nach Satz 5 weisungsabhängigen Vertreter entsandt hat. § 96 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. c regelt Gleiches für die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführung

Der Gemeinderat hat darüber hinaus in allen weiteren Angelegenheiten, wie bisher, gemäß Absatz 1 Satz 6 ein Weisungsrecht.

Für die kommunalen Vertreter ist in Satz 7 eine Informationspflicht eingeführt worden, da die Sächsische Gemeindeordnung eine solche bislang nicht ausdrücklich vorsah. Der Informationspflicht korrespondiert ein entsprechender Informationsanspruch des Gemeinderats. Wann die Tatbestandsvoraussetzung der „Angelegenheiten von besonderer Bedeutung“ erfüllt ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Relevant können sein: besondere Finanzierungsnotwendigkeiten, unvorhergesehene Investitionserfordernisse, größere Geschäftsrisiken, weitere Beteiligungen, betriebsinterne Vorkommnisse besonderer Art oder für die Gemeinde haushaltsrelevante Vorgänge.

Auch ohne die ausdrückliche Regelung in Satz 5 würden Personalentscheidungen zur Geschäftsführung eines kommunalen Unternehmens zu denjenigen Angelegenheiten zählen, über die der Gemeinderat so frühzeitig zu informieren ist, dass er von seinem Weisungsrecht nach Satz 6 Gebrauch machen kann. Die Verweisung in Satz 5 auf § 96 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. c hat daher die Funktion sicherzustellen, dass der Gemeinderat in dieser wichtigen Frage tatsächlich selbst entscheidet.

**Absatz 2** Satz 1 wird den zwingenden Bestimmungen des Aktiengesetzes angepasst. Gemäß § 84 Abs. 1 Satz 1 AktG werden die Vorstandsmitglieder vom Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft bestellt. Vorschlags- oder Zustimmungsrechte anderer Organe oder Dritter sind unzulässig. Die dem Aktienrecht bislang entgegenstehende Vorschrift in der Sächsischen Gemeindeordnung war daher bundesrechtskonform anzupassen. Die in der Praxis bedeutsamere Bestellung von Mitgliedern der Geschäftsführung einer GmbH ist in Absatz 1 (sowie in § 96 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. c) berücksichtigt worden. Im Übrigen wurde Satz 1 redaktionell überarbeitet und in der Wortwahl § 17 Abs. 2 und § 42 Abs. 1 angeglichen.

Für das Sachkundeerfordernis nach Satz 3 wird auf die Hinweise zu Absatz 1 sowie auf den Leitfaden des Staatsministeriums des Innern „Qualifikation, Rechte und Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder in kommunalen Unternehmen“ vom 8. August 2003, SächsABl. S. 809, verwiesen. Die Informationspflichten der kommunalen Vertreter in Aufsichtsräten von Aktiengesellschaften (Satz 4) werden gesellschaftsrechtlich abgesichert durch die §§ 394, 395 AktG, wonach die Vertreter von der grundsätzlich geltenden Verschwiegenheitspflicht im Hinblick auf ihre kommunalrechtlichen Berichtspflichten befreit und im Gegenzug die in der Gemeinde mit der Beteiligungssteuerung und -kontrolle betrauten Personen gegenüber Dritten einer entsprechenden Verschwiegenheitspflicht unterworfen werden.

**Absatz 4** flankiert § 61 Abs. 3 SächsGemO (Nr. 3) mit einer auf die Vertreter der Gemeinde im Unternehmen bezogenen Regelung.

#### **Zu § 99:**

Künftig ist dem Gemeinderat bis zum 31. Dezember eines jeden Jahres ein (das Berichtsjahr, d.h. den Vorjahreszeitraum betreffender) Beteiligungsbericht zu erstellen, mit dem ein Beitrag zu größerer Transparenz der Gemeindeverwaltung hinsichtlich ihrer Aufgabenerfüllung durch ausgegliederte, organisatorisch und finanzwirtschaftlich verselbständigte Organisationseinheiten geleistet werden soll. Der Beteiligungsbericht ist erstmals im Jahr 2003 für das Jahr 2002 vorzulegen. Um dieses auch zeitlich ehrgeizige Ziel zu erreichen, muss die Kommune insbesondere darauf dringen, dass die Zweckverbände die erforderlichen Angaben *frühzeitig* zuarbeiten und auch die Feststellung der Jahresabschlüsse der Eigenbetriebe *so rechtzeitig* erfolgt, dass die betreffenden Angaben in den Beteiligungsbericht eingearbeitet bzw. ihm als Anlage beigelegt werden können. Zwar gelten für die Feststellung des Jahresabschlusses der Eigenbetriebe sowie für den Beteiligungsbericht eines Zweckverbandes identische Fristen (§ 17 Abs. 3 Satz 2 SächsEigBG, § 99 Abs. 1 Satz 1 SächsGemO i.V.m. § 47 Abs. 2 und § 5 Abs. 3 SächsKomZG), jedoch kann und muss die Kommune in beiden Fällen Einfluss auf die rechtzeitige Erstellung der Zuarbeiten nehmen.

Durch die komprimierte Darstellung werden die Gemeinderäte mit den notwendigen Informationen versorgt, um ihre Lenkungsfunction ausüben zu können. Dieser Funktion des Beteiligungsberichtes als eines zusammenfassenden Informationsinstruments entsprechend sind – im Rahmen der summarischen Darstellung des Absatzes 1 und um dem Unternehmensbegriff der auf Artikel 86 Abs. 3 EG-Vertrag gestützten Transparenzrichtlinie gerecht zu werden – nicht nur Unternehmen in Privatrechtsform einzubeziehen, sondern auch die Eigenbetriebe der Gemeinde. Darüber hinaus beschränkt sich der Bericht nicht nur auf die unmittelbaren Beteiligungen der Gemeinde, sondern

erfasst – vor allem im Hinblick auf größere Holdinggesellschaften – den Regelungen in § 41 Abs. 2 Nr. 11, § 95 Abs. 2 und 3, § 96 Abs. 1 und 4 sowie § 97 Abs. 1 entsprechend auch *mittelbare* Beteiligungen (zum Begriff der mittelbaren Beteiligung siehe die Hinweise zu § 96 Abs.1).

Zusätzlich sind dem Bericht als Anlage die Satz 2 entsprechenden Angaben für die Zweckverbände, deren Mitglied die Gemeinde ist, sowie deren Beteiligungsberichte beizufügen, um so auch einen Überblick über die wirtschaftliche Lage dieser Organisationseinheiten zu erhalten. Gerade in so wichtigen Wirtschaftsbereichen wie der Abwasserentsorgung stehen im Freistaat Sachsen kommunale Eigenbetriebe und Zweckverbände, die diese Pflichtaufgabe in eigener Regie oder ihrerseits durch einen Eigenbetrieb erfüllen, nebeneinander. Die Ausklammerung der die umlagefinanzierten Zweckverbände betreffenden Daten hätte die Aussagekraft des Beteiligungsberichts hinsichtlich der finanziellen Risiken für die Kommune aus diesen Unternehmenseinheiten empfindlich geschwächt. Um einer Überfrachtung des Berichts entgegenzuwirken, werden diese Angaben allerdings summarisch nach Absatz 1 und als Anlage zum Bericht dargestellt. Darzulegen sind hier (im Unterschied zu den potentiellen Haushaltsbelastungen i.S.v. § 72 Abs. 4) die konkret von der Kommune erbrachten geldwerten Zuflüsse bzw. Abführungen (die regelmäßig dem in der jeweiligen Satzung geregelten Umlagemaßstab folgen werden).

a) In der Beteiligungsübersicht nach **Absatz 1** Satz 2 Nr. 1 werden die Unternehmen zusammengefasst, an der die Gemeinde unmittelbar und mittelbar beteiligt ist. Die kapitalmäßige Verflechtung der Unternehmen wird dadurch transparent.

Die Darstellung der Finanzbeziehungen nach Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 gibt einen Überblick über die finanziellen Verflechtungen der Kommune mit ihren Unternehmen und dient damit zugleich auch der Erfüllung der aus Artikel 1 Abs. 1 der Transparenzrichtlinie resultierenden Anforderungen, die in Artikel 3 der Richtlinie konkretisiert werden.<sup>6</sup> Die Formulierung „insbesondere“ verdeutlicht

---

<sup>6</sup> Richtlinie 80/723/EWG der Kommission über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen vom 29. Juli 1980 (ABl. EG Nr. L 195 S. 35), geändert durch Richtlinie 2000/52/EG vom 26. Juli 2000 (ABl. EG Nr. L 193 S. 75). Der Richtlinientext lautet (Auszug):

**Artikel 1 Abs. 1:**

„Die Mitgliedsstaaten gewährleisten unter den in dieser Richtlinie vorgesehenen Bedingungen die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen der öffentlichen Hand und den öffentlichen Unternehmen, indem sie offen legen:

- a) die unmittelbare Bereitstellung öffentlicher Mittel durch die öffentliche Hand für öffentliche Unternehmen;
- b) die Bereitstellung öffentlicher Mittel durch die öffentliche Hand über öffentliche Unternehmen oder Finanzinstitute;
- c) die tatsächliche Verwendung dieser öffentlichen Mittel.“

**Artikel 2 Abs. 1:**

„Im Sinne dieser Richtlinie sind: ...

- b) „öffentliches Unternehmen“: jedes Unternehmen, auf das die öffentliche Hand aufgrund Eigentums, finanzieller Beteiligung, Satzung oder sonstiger Bestimmungen, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann;“

**Artikel 2 Abs. 2:**

„Es wird vermutet, dass ein beherrschender Einfluss ausgeübt wird, wenn die öffentliche Hand unmittelbar oder mittelbar:

- a) die Mehrheit des gezeichneten Kapitals des Unternehmens besitzt oder
- b) über die Mehrheit der mit den Anteilen des Unternehmens verbundenen Stimmrechte verfügt oder
- c) mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans des Unternehmens bestellen kann.“

**Artikel 3:**

„Die finanziellen Beziehungen zwischen der öffentlichen Hand und den öffentlichen Unternehmen, deren Transparenz gemäß Artikel 1 Abs. 1 zu gewährleisten ist, betreffen insbesondere:

- a) Ausgleich von Betriebsverlusten,
- b) Kapitaleinlagen oder Kapitalausstattungen,
- c) nicht rückzahlbare Zuschüsse oder Darlehen zu Vorzugsbedingungen,

dabei, dass sich die finanziellen Beziehungen zwischen Gemeinde und Unternehmen nicht in Gewinnabführung, Verlustabdeckung, Zuschüssen oder sonstigen Vergünstigungen wie Gewinnverzicht, Nichteinziehung von Forderungen erschöpfen müssen, sondern weitere finanziell erhebliche Gestaltungen denkbar sind.

Nach dem Gesetzeswortlaut muss der Beteiligungsbericht die jeweilige *Summe* der aufgezählten Zahlungsströme und Vergünstigungen usw. sichtbar machen. Im Hinblick auf Sinn und Zweck der Transparenzrichtlinie ist der Begriff „Summe“ dabei *unternehmensbezogen* zu verstehen: Die dem eigentlichen Richtlinientext vorangestellten Erwägungen der Kommission verdeutlichen, dass die Richtlinie die „angemessene und wirkungsvolle Anwendung der Beihilfavorschriften des Vertrages“ unterstützen will. Eine „angemessene und wirkungsvolle Anwendung der Beihilfavorschriften“ ist nach Auffassung der Kommission dabei nur dann möglich, wenn auch die vielschichtigen finanziellen Beziehungen der öffentlichen Hand zu den öffentlichen Unternehmen transparent gemacht werden. Ob zulässige oder wettbewerbsverfälschende Beihilfen vorliegen, beurteilt sich indes grundsätzlich unternehmensbezogen. Da es u.a. Aufgabe des § 99 ist, die Transparenzrichtlinie in Landesrecht umzusetzen, muss daher eine *unternehmensbezogene* Aufschlüsselung erfolgen.

Der Begriff des „öffentlichen Unternehmens“ umfasst nach der Legaldefinition in Artikel 2 Abs. 1 Buchst. b) der Richtlinie sowohl unmittelbare als auch *mittelbare* Beteiligungen. Auch § 99 bezieht die mittelbaren Beteiligungen in den Berichtskreis mit ein (s. bereits oben unter a), ohne allerdings danach zu unterscheiden, ob die Kommune „einen beherrschenden Einfluss auf die Unternehmen ausüben kann“ (Artikel 2 Abs. 2 der Richtlinie). Landesgesetzlich und eu-rechtlich zwingend darzustellen sind bei mittelbaren Beteiligungen andererseits nur die Finanzbeziehungen zur Kommune, nicht auch die zur Muttergesellschaft.

Die Richtlinie 2000/52/EG der Kommission zur Änderung der Transparenzrichtlinie vom 26. Juli 2000 hat Vorgaben für die *Buchführung* von Unternehmen formuliert,

- denen besondere oder ausschließliche Rechte im Sinne des Artikels 86 Abs. 1 EG-Vertrag gewährt werden oder
- die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne des Artikels 86 Abs. 2 EG-Vertrag betraut sind und hierfür staatliche Beihilfen erhalten

und die in verschiedenen Geschäftsbereichen tätig sind. Die diesbezüglichen Anforderungen werden durch das Transparenzrichtlinie-Gesetz vom 16. August 2001 (BGBl. I S. 2141) umgesetzt und stehen mit der Regelung in § 99 Abs. 1 Nr. 1 nicht in Zusammenhang.

Die Darstellung des Lageberichts in Absatz 1 Satz 2 Nr. 3 ist den §§ 289, 315 HGB entlehnt.

b) Durch **Absatz 2** sollen die wesentlichen Unternehmensdaten der Unternehmen in Privatrechtsform erfasst werden. Um den Umfang des Beteiligungsberichts zu begrenzen und Einzeldarstellungen für Kleinstbeteiligungen zu vermeiden, wird die detaillierte Darstellung – im Unterschied zu den summarischen Angaben nach Absatz 1, die *sämtliche* Beteiligungen umfassen müssen - nur für Beteiligungen von *fünf oder mehr Prozent* vorgeschrieben. Unter dieser Grenze liegende, für die Kommune wirtschaftlich gleichwohl bedeutsame Beteiligungen an größeren Unternehmen (etwa an Regionalversorgern oder den Flughäfen Dresden und Leipzig-Halle) sollten gleichwohl in die Berichterstattung aufgenommen werden.

---

d) Gewährung von finanziellen Vergünstigungen durch Verzicht auf Gewinne oder Nichteinziehung von Schuldforderungen,

e) Verzicht auf eine normale Verzinsung der eingesetzten öffentlichen Mittel,

f) Ausgleich von durch die öffentliche Hand auferlegten Belastungen.“

Die Nummer 1 beinhaltet grundsätzliche Daten zur Unternehmensstruktur. Die Einschränkung hinsichtlich der Namen und Beteiligungsanteile der anderen Anteilseigner trägt dem Umstand Rechnung, dass zwar bei einer GmbH die Geschäftsführung eine Liste der Gesellschafter und ihrer Stammeinlagen zu erstellen und nach jeder Veränderung zum Handelsregister einzureichen hat (§ 50 GmbHG). Eine solche Verpflichtung besteht hingegen nicht bei einer Aktiengesellschaft, so dass es im Einzelfall nicht möglich sein wird, die diesbezüglichen Angaben zu erhalten und in den Beteiligungsbericht einzustellen.

Die Gegenüberstellung von Plan- und Ist-Werten der wichtigsten Bilanz- und Leistungskennzahlen gemäß Nummer 2 verdeutlicht die Planungsgenauigkeit und indiziert ggf. ungewöhnliche (gute oder schlechte) Geschäftsentwicklungen im Berichtsjahr.

- Zur *Vermögenssituation* ist die Investitionsdeckung (Verhältnis von Abschreibung zu Neuinvestition), die Vermögensstruktur (Verhältnis von Anlagevermögen zum Gesamtkapital) und die Fremdfinanzierung (Verhältnis von Fremdkapital zum Gesamtkapital) darzustellen.
- Zur *Kapitalstruktur* ist die Eigenkapitalquote (Verhältnis von Eigenkapital zu Gesamtkapital) und die Eigenkapitalreichweite (Verhältnis von Eigenkapital zum Jahresfehlbetrag) mit und ohne Verlustausgleich durch die Gemeinde anzugeben.
- Zur *Liquidität* gehört die Effektivverschuldung (Verhältnis von Verbindlichkeiten zu monetärem Umlaufvermögen) und die kurzfristige Liquidität (Verhältnis von monetärem Umlaufvermögen zu kurzfristigen Verbindlichkeiten (unter einem Jahr)).
- Zur *Rentabilität* ist die Eigenkapitalrendite und die Gesamtkapitalrendite darzulegen.
- Der *Geschäftserfolg* gibt Auskunft über den Pro-Kopf-Umsatz (Verhältnis von Umsatz zur Mitarbeiterzahl) und die Arbeitsproduktivität (Verhältnis von Umsatz zu Personalkosten).

Eine Wiedergabe des vollständigen, nach den §§ 264, 289 HGB geforderten Lageberichts würde den Beteiligungsbericht unnötig ausweiten. Wesentlich ist hingegen eine Bewertung der nach Nummer 3 darzustellenden Bilanz- und Leistungskennzahlen.

Der Beteiligungsbericht ist (nach Zuleitung an den Gemeinderat und einschließlich seiner Anlagen) gemäß **Absatz 3** öffentlich auszulegen. Durch die Offenlegung der Angaben erhalten auch die Einwohner die Möglichkeit, sich über ausgegliederte Unternehmenseinheiten und die Betätigung der Gemeinde im privaten Unternehmenssektor zu informieren, die hierdurch eine erhöhte öffentliche Kontrolle erfährt.

### **Zu § 103:**

Die Pflicht zur örtlichen Prüfung soll die Eigenverantwortung der Gemeinden stärken und zugleich die überörtliche Prüfung vorbereiten und unterstützen. Gemeinden mit eigenem Rechnungsprüfungsamt weisen tendenziell weniger Beanstandungen im Rahmen der überörtlichen Prüfung auf, die wegen des mehrjährigen, nach § 109 Abs. 3 nunmehr auf fünf Jahre verlängerten Prüfungsrhythmus nicht gewährleisten kann, dass Fehler in der Haushalts- und Wirtschaftsführung zeitnah erkannt und vermieden werden.

Angesichts der voraussehbaren Schwierigkeiten, nach In-Kraft-Treten des Gesetzes für alle Gemeinden geeignetes Personal für das anspruchsvolle Aufgabenspektrum der Rechnungsprüfung zu finden, ist den Kommunen größtmögliche Flexibilität eingeräumt worden.

Anstelle

- der Einrichtung eines eigenen Rechnungsprüfungsamtes oder
- der vertraglich zu vereinbarenden Nutzung des Rechnungsprüfungsamtes einer anderen Gemeinde oder eines Landkreises (die nach Konzentration der überörtlichen Prüfung beim

Sächsischen Rechnungshof durch § 108 und Aufhebung des § 3 KomPrO voraussetzungslos zulässig ist<sup>7</sup>)

können auch

- geeignete Bedienstete als Rechnungsprüfer bestellt oder
- andere kommunale Rechnungsprüfer (d.h. hauptamtlich bei einer anderen Kommune ohne eigenes Rechnungsprüfungsamt mit dieser Aufgabe betraute „geeignete Bedienstete“, die über die in § 2 KomPrO genannten Qualifikationsvoraussetzungen<sup>8</sup> verfügen) und auch
- Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften

mit dieser Aufgabe betraut werden.

Den Kommunen wird jedoch empfohlen, die Aufgabe der Rechnungsprüfung über den gesetzlich vorgeschriebenen Mindestumfang (d.h. die Prüfung von Jahresrechnung und Jahresabschlüssen der Eigenbetriebe, §§ 104 und 105 SächsGemO) hinaus zu einem laufenden *Verwaltungscontrolling* auszubauen. Insbesondere die Prüfung der Organisation und Wirtschaftlichkeit der Verwaltung (§ 106 Abs. 2 Nr. 1) und die Prüfung der Wirtschaftsführung der Eigenbetriebe (§ 106 Abs. 2 Nr. 3) sowie der kommunalen Unternehmen (§ 96 Abs. 2 Nr. 2a) gehen weit über eine bloße *Nachprüfung* kommunaler Ausgaben auf ihre Rechtmäßigkeit hinaus: Diese Aufgaben zielen vielmehr auf eine *Optimierung der Verwaltungsfunktionen* und des Dienstleistungsangebots der Kommune. Die effektive Wahrnehmung dieser Querschnittsfunktionen kann erheblich dazu beitragen, Veränderungsprozesse innerhalb der Kommune zu befördern und langfristig Einsparungen zu erzielen.

Vor diesem Hintergrund sollte daher in den Kommunen nach Kräften – und gegebenenfalls gemeinschaftlich – versucht werden, eine laufende interne Rechnungsprüfung mit Controllingfunktionen aufzubauen, die mit quantitativ *und qualitativ* hinreichender Personalausstattung auch die Aufgaben nach § 106 Abs. 2 und § 96 Abs. 2 Nr.2a wahrnehmen kann. - Aufgrund der Beratungs- und Querschnittsfunktionen, die eine solche Stelle ausfüllen soll, besteht dabei für deren Mitarbeiter ein laufender Fortbildungsbedarf und kommt ihnen auch eine gewisse Vorbildfunktion für andere Verwaltungsbereiche zu, wenn es darum geht, sich neue Entwicklungen im kommunalen Wirtschaftsrecht und angrenzenden Gebieten zu erschließen..

Das Gesetz enthält keine ausdrückliche Regelung zum Vollzug der örtlichen Rechnungsprüfung in Gemeinden, die einem Verwaltungsverband oder als beteiligte Gemeinde einer Verwaltungsgemeinschaft (§§ 3 ff., 36 ff. SächsKomZG) angehören. Während § 61 Abs. 2 eine ausdrückliche Ausnahme für diese Gemeinden enthält und in § 62 Abs. 1 die aufgabenbezogene Formulierung verdeutlicht, dass diese Gemeinden nicht in den Anwendungsbereich der betreffenden Vorschrift fallen, folgt das gleiche Ergebnis bei § 103 SächsGemO aus der Gesetzessystematik: Die Rechnungsprüfung zählt – unabhängig von den alternativen Vollzugsmöglichkeiten – zu den Geschäften der laufenden Verwaltung im Sinne des § 8 Abs. 1 Nr. 2 SächsKomZG. Die in den §§ 104 bis 106 geregelten Aufgaben der Rechnungsprüfung werden daher durch den Verwaltungsverband oder die erfüllende Gemeinde der Verwaltungsgemeinschaft wahrgenommen. Das in § 8 Abs. 1 Satz 1 allgemein vorgesehene Weisungsrecht tritt dabei gegenüber der spezielleren Regelung des § 103 Abs. 2 SächsGemO zurück.

---

<sup>7</sup> Das Staatsministerium des Innern hat bereits mit Erlass vom 19. September 2001 (Az. 23b-2200.10/18) im Vorgriff auf die zu erwartenden Gesetzesänderungen und die Aufhebung von § 3 KomPrO eine allgemeine Ausnahme erlassen, so dass der Nutzung der entsprechenden Personalkapazitäten in den Landratsämtern nichts im Wege steht.

<sup>8</sup> Die KomPrO wird derzeit novelliert und an die neue Rechtslage angepasst. Hierbei ist seitens des Staatsministerium des Innern beabsichtigt, die Qualifikationsvoraussetzungen in den §§ 1 und 2 KomPrO weitestgehend an § 62 Abs.2 SächsGemO anzugleichen.

### **Zu § 105:**

Die Neufassung der Überschrift bringt den Regelungsgegenstand des § 105 klarer zum Ausdruck und dient in Verbindung mit den neugefassten Überschriften der §§ 106 und 110 der klareren Bezeichnung und Abgrenzung der Vorschriften über die Rechnungsprüfung. Die Änderung in Satz 2 vollzieht die Änderung der Überschrift des § 110 nach.

### **Zu § 106:**

Zur Neufassung der Überschrift und des Einleitungssatzes von **Absatz 1** wird auf die vorstehenden Hinweise zu § 105 verwiesen.

Durch das Haushaltsrechts-Fortentwicklungsgesetz vom 22. Dezember 1997 (BGBl. I S. 3251) sind u.a. § 100 Bundeshaushaltsordnung und § 56 Abs. 3 HGrG geändert worden. Die bisherige Vorprüfung für den Bund mittels eigener Vorprüfungseinrichtungen auf Grundlage einer Vereinbarung nach § 56 Abs. 3 HGrG a.F. endete damit wegen Wegfalls der Rechtsgrundlage zum 31. Dezember 1997. Die Streichung von § 106 Abs.1 Nr. 5 SächsGemO trägt dem Rechnung.

Da die in **Absatz 2** aufgeführten Prüfungsbereiche die Rechtmäßigkeit ausgabewirksamen Verwaltungshandelns sowie die Einhaltung des Grundsatzes der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung gemäß § 72 Abs. 2 betreffen, soll eine Prüfung durch das Rechnungsprüfungsamt **aus eigenem Entschluss** ohne besonderen Auftrag des Gemeinderates ermöglicht werden. Dasselbe gilt angesichts der zunehmenden Bedeutung der unternehmerischen Betätigung der Gemeinden auch für diesen Bereich (Absatz 2 Nr. 5). Hier ist Eigeninitiative der Rechnungsprüfungsämter gefragt. Insbesondere das Vergabewesen stellt einen korruptionsanfälligen Bereich dar, dessen Überprüfung ohne weitere Voraussetzungen gewährleistet sein muss. Insoweit sind die Rechnungsprüfungsämter auch gehalten, die Ansprechpartner für Anti-Korruption (vgl. Nummer 4 der VwV Korruptionsvorbeugung vom 21. Mai 2002) nach Kräften bei ihren Aufgaben zu unterstützen.

**Absatz 3** ist in der Neuregelung des § 97 Abs. 2 Nr. 2 aufgegangen und war daher zu streichen.

### **Zu § 107:**

Die Aufhebung des § 107 ist eine Folgeänderung zur Neufassung des § 103.

### **Zu § 108:**

Durch die Neufassung des § 108 wird eine einheitliche Zuständigkeit des Sächsischen Rechnungshofes für die überörtliche Prüfung aller sächsischen Gemeinden geschaffen. Zugleich wird die bloße Vorläufigkeit der Prüfungstätigkeit des Sächsischen Rechnungshofes ("bis zur Errichtung einer überörtlichen Prüfungsbehörde durch ein besonderes Gesetz") beseitigt.

Eine ungeteilte Zuständigkeit für die überörtliche Prüfung ermöglicht eine einheitliche Handhabung und einen rationellen Personaleinsatz. Hinzu kommt, dass für die Rechtsaufsicht und die überörtliche Prüfung verschiedene Stellen zuständig sein sollten, da es bei der überörtlichen Prüfung auch darum gehen kann, Versäumnisse und Fehlentscheidungen der Rechtsaufsicht aufzudecken.

**Übergangsregelung:** Ist mit der überörtlichen Prüfung von Gemeinden bis 2.000 Einwohnern vor In-Kraft-Treten des Gesetzes am 1. April 2003 durch das Landratsamt begonnen worden, bleibt die Zuständigkeit bis zum Abschluss der Prüfung nach § 109 Abs. 5 gemäß Artikel 6 Abs. 3 des Gesetzes zur Änderung des kommunalen Wirtschaftsrechts und des Sächsischen Wassergesetzes unverändert. Nicht begonnene Prüfungen sind damit mit dem 1. April in die Zuständigkeit des Sächsischen Rechnungshofs übergegangen.

### **Zu § 109:**

**Absatz 1:** Die neue Formulierung dient der Klarstellung. Die überörtliche Prüfung erstreckt sich unter anderem darauf, ob bei der Vermögensverwaltung die gesetzlichen Vorschriften eingehalten wurden. Hierunter fällt gemäß § 44 HGrG i.V.m. § 111 Abs. 1 Satz 2 und § 92 SächsHO auch die Prüfung der Betätigung der Gemeinde in Unternehmen, an denen sie beteiligt ist.

Die Änderung in Satz 2 stellt klar, dass auch Ergebnisse von Prüfungen im Sinne des § 106 Sächs-GemO zu berücksichtigen sind.

**Absatz 2:** Im Rahmen der Aufgabenwahrnehmung nach § 109 Abs. 1 Nr. 1 kann unter dem Gesichtspunkt der Beachtung der Grundsätze der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung auch die Organisation und Wirtschaftlichkeit der Verwaltung geprüft werden. Die neue Formulierung dient der Klarstellung und einer entsprechenden Angleichung an die Änderungen in § 106 Abs. 2 für die örtliche Rechnungsprüfung.

**Absatz 3:** Die Verlängerung des Prüfungsturnus auf fünf Jahre (wie beispielsweise in Hessen) zieht Rationalisierungseffekte nach sich und ist auch vor dem Hintergrund der Einführung einer obligatorischen Rechnungsprüfung zu sehen. Zudem wird hierdurch dem mit der Ausweitung der Prüfungskompetenz des Sächsischen Rechnungshofs auf Gemeinden unter 2.000 Einwohnern verbundenen Mehraufwand entgegengesteuert.

**Absatz 4:** Die Regelung hat klarstellende Bedeutung.

### **Zu § 110:**

Absatz 1 Satz 1 a.F. ist entfallen, da hierdurch lediglich eine in § 17 Abs. 3 SächsEigBG festgeschriebene Verfahrensregelung wiederholt wurde. Die gestraffte Neufassung von **Absatz 1** Satz 1 dient im Übrigen der Verfahrensvereinfachung und -beschleunigung. Nach der alten Fassung kann die Gemeinde den Abschlussprüfer bestimmen, während der Sächsische Rechnungshof, dem die Gemeinde gemäß § 17 Abs. 2 Satz 2 a.F. die Unterlagen unverzüglich zuleitet, als überörtliche Prüfungseinrichtung für die Auftragserteilung zuständig ist. Eine Ablehnung von Prüfern kommt nur aus den in Absatz 1 Satz 2 aufgeführten Gründen in Betracht. Insofern war die zusätzliche Einschaltung des Rechnungshofs in diesem Verfahrensstadium nicht notwendig.

Künftig wird nun der Abschlussprüfer im Auftrag der überörtlichen Prüfungsbehörde unmittelbar durch die Gemeinde bestellt und erhält von dieser die erforderlichen Unterlagen. Dem Sächsischen Rechnungshof ist nur noch der Prüfungsbericht zur Erteilung eines abschließenden Prüfungsvermerks im Sinne des § 17 Abs. 4 Satz 2 SächsEigBG (unverzüglich) zu übersenden.

Bisher war eine Erweiterung des Prüfungsauftrags auf die Ordnungsgemäßheit der Geschäftsführung durch den Sächsischen Rechnungshof gemäß Absatz 2 Satz 4 a.F. im Einvernehmen mit der Gemeinde vorzunehmen. Mit dem veränderten Verfahren nach Absatz 1 n.F. ist die Gemeinde nunmehr unmittelbar für die Auslösung des Prüfungsauftrages zuständig. Die Prüfung der Ordnungsgemäßheit der Geschäftsführung ist im Hinblick auf die Gesamtverantwortung des Gemeinderates und insbesondere seine ausschließliche Zuständigkeit für die Entlastung der Betriebsleitung und die Wahl des Betriebsleiters (§ 9 Abs. 2 Nr. 2 und 5 SächsEigBG) beibehalten worden.

### **Zu § 127:**

Die erweiterte Verordnungsermächtigung ermöglicht es dem Verordnungsgeber, nähere Bestimmungen über die Voraussetzungen, den Inhalt und die Gestaltung des nach § 72 Abs. 4 n.F. vorzulegenden Haushaltssicherungskonzepts zu treffen und sicherzustellen, dass erforderlichenfalls für den Zeitraum bis zu seiner Genehmigung haushaltswirtschaftliche Beschränkungen getroffen werden können. Im Übrigen wird auf die Hinweise zu § 72 Abs. 4 und 5 verwiesen.

### **Zu § 131:**

Der bisherige § 131 war durch Zeitablauf gegenstandslos geworden. Der neue § 131 ermöglicht dem Staatsministerium des Innern insbesondere zur Erprobung des dezentralen Haushaltsvollzugs sowie eines Haushalts- und Rechnungssystems mit kaufmännischer Buchführung auch Abweichungen von gesetzlichen Vorschriften im Bereich der Haushaltswirtschaft zuzulassen. Derzeit können Abweichungen nur von bestimmten untergesetzlichen Vorschriften zugelassen werden.

Aufgrund der Bedeutung der bei der Erprobung neuer Formen der Haushaltswirtschaft gewonnenen Erkenntnisse, die ggf. über den Bereich der Kommunen hinausreichen, ist dem Landtag alle zwei Jahre, erstmals zum 31. März 2004, zu berichten.

## **IV. Artikel 2 Änderung der Sächsischen Landkreisordnung**

Für die Änderungen des § 37 SächsLKrO wird auf die Hinweise zu § 41 SächsGemO verwiesen, für die Änderung des § 64 SächsLKrO auf die Hinweise zu § 108 SächsGemO. Die Verweisung auf § 131 SächsGemO in § 61 SächsLKrO stellt sicher, dass neue Formen der Haushaltswirtschaft auch in den Landkreisen erprobt werden können.

## **V. Artikel 3 Änderung des Sächsischen Gesetzes über kommunale Zusammenarbeit**

### **Zu § 57:**

Bei kleineren Zweckverbänden ohne hauptamtliche Bedienstete wäre die Umsetzung der Vorschriften sowohl über den Fachbediensteten für das Finanzwesen als auch über die Mindestpersonalausstattung im gehobenen Dienst wirtschaftlich nicht zu rechtfertigen. Maßstab für die Anwendung der Regelungen des § 62 SächsGemO und darüber hinaus des § 61 Abs. 2 SächsGemO müssen vielmehr Umfang und Bedeutung der Wirtschaftsführung des Zweckverbandes sein. Insofern war eine Regelung zu schaffen, die eine flexible Anwendung der Vorschriften in der Praxis ermöglicht.

### **Zu § 58:**

Die Streichung des § 58 Abs. 1 Satz 2 SächsKomZG erfolgt im Zusammenhang mit der Änderung der §§ 61 und 62 SächsGemO. Die dort als Begründung für die erhöhten Qualifikationsanforderungen angeführten Gesichtspunkte gelten gleichermaßen auch für Zweckverbände, so dass die Geltung der §§ 61 und 62 SächsGemO n. F. für Zweckverbände durch die Verweisung von § 47 Abs. 2 i.V.m. § 5 Abs. 4 SächsKomZG auf die Sächsische Gemeindeordnung sicherzustellen und die bisherige – generelle - Ausnahme vom Anwendungsbereich aufzuheben war. Da allerdings nicht jeder Zweckverband seinen jeweiligen Aufgaben entsprechend eine durch die §§ 61 und 62 SächsGemO vorgeschriebene Mindestpersonalausstattung erfordert, war die Streichung von § 58 Abs. 1 Satz 2 SächsKomZG durch eine Ergänzung des § 57 Abs. 1 SächsKomZG zu flankieren.

Der mit der Änderung des § 58 SächsKomZG zugleich wegfallende Bezug auf die „Vorschriften über das Rechnungsprüfungsamt“ ist demgegenüber lediglich redaktioneller Natur, da das Sächs-KomZG mit § 59 ohnehin eine Spezialvorschrift zum Prüfungswesen enthält, die im Übrigen die §§ 103 bis 110 SächsGemO für entsprechend anwendbar erklärt.

### **Zu § 59:**

Die Ergänzung des § 59 Abs. 1 Nr. 2 überträgt die für Gemeinden mit weniger als 20.000 Einwohnern geltende Rechtslage nach § 103 SächsGemO n.F. auf Zweckverbände, die mit

Einführung einer obligatorischen Rechnungsprüfung für Gemeinden unter 20.000 Einwohnern zumindest bei der Wiederbesetzung von Stellen mit ähnlichen Personalengpässen rechnen müssen.

## **VI. Artikel 4 Änderung des Sächsischen Eigenbetriebsgesetzes**

Die Streichung in § 9 Abs. 2 Nr. 4 SächsEigBG ist Folge des veränderten Verfahrens der Prüferbestellung und der obligatorischen Einbeziehung der Ordnungsgemäßheit der Geschäftsführung in den Prüfungsauftrag durch die Neufassung von § 110.

Mit der Neufassung von § 17 Abs. 2 Satz 2 und 3 SächsEigBG erfolgt eine Anpassung der Vorschriften an die neue Verfahrensregelung des §§ 110 Abs. 1 SächsGemO bzw. an die Einführung einer obligatorischen örtlichen Prüfung durch § 103 Abs. 1 SächsGemO.

## **VII. Artikel 5 Änderung des Sächsischen Wassergesetzes**

Eine wichtige kommunalwirtschaftliche Änderung betrifft die Einführung einer Genehmigungspflicht für *künftige* Pflichtenübertragungen im Bereich der Abwasserbeseitigung (auf Grundlage einer noch zu erlassenden sog. *Pflichtenübertragungsverordnung*). Bei der Pflichtenübertragung handelt es sich um eine *neuartige Variante einer bedingten, widerruflichen und befristeten materiellen Privatisierung*. Sie tritt *neben* die bekannten Privatisierungsmodelle in Gestalt von Betreiber- oder Betriebsführungsmodellen. Der neu gefasste **§ 63 Abs. 4 SächsWG** gilt auf Grund der Verweisung in § 57 Abs. 3 Satz 4 SächsWG auch für die Wasserversorgung.

Die mit der Pflichtenübertragung zusammenhängenden wirtschaftlichen, wettbewerbs-, steuer- und kautelarrechtlichen Fragen sind dabei so komplex, dass gegen wirtschaftlich unvorteilhafte Privatisierungen zum Schutz der Gemeinden und Zweckverbände Vorkehrungen getroffen werden. Sofern die für eine Pflichtenübertragung unabdingbare<sup>9</sup> Ausführungsverordnung erlassen wird, sollen die Kommunen die mit einer Pflichtenübertragung verbundene zusätzliche Privatisierungsoption nach möglichst einheitlichen Anforderungen im Hinblick auf kommunale Mitwirkungsrechte bei der Preisgestaltung, vertraglich zu regelnde Kündigungsoptionen, Vorkehrungen für den Fall einer Insolvenz des Pflichtenübernehmers sowie die in diesen Fällen notwendig werdende Rückabwicklung der Pflichtenübertragung ausüben. Angesichts der außerordentlich komplexen Sach- und Rechtsfragen, die in dem Vertrag mit dem Pflichtenübernehmer geregelt werden müssen, erschien dem Gesetzgeber daher ein über die nach geltendem Recht vorgeschriebene bloße Beteiligung der Wasserbehörde hinausgehendes Genehmigungsverfahren vor der oberen Rechtsaufsichtsbehörde zwingend geboten.

Um parallel erforderliche Genehmigungsverfahren (nach § 63 Abs. 4 SächsWG, § 90 Abs. 3 SächsGemO und gegebenenfalls auch nach § 82 Abs. 5, § 83 Abs. 2 oder 3 SächsGemO) zu vermeiden, ist in § 63 Abs. 4 **Satz 2** eine beschränkte Konzentrationswirkung aufgenommen worden. Das Vorlageverfahren nach **Satz 4** ersetzt die Genehmigung nach Satz 2 in vollem Umfang; im Rahmen des Vorlageverfahrens sind daher von der oberen Rechtsaufsichtsbehörde auch alle kommunalrechtlich genehmigungsbedürftigen Sachverhalte zu beurteilen.

Die Innenministerkonferenz hat im Mai 2003 einen umfangreichen Bericht einer Arbeitsgruppe („AG Fortentwicklung der kommunalen Wasserwirtschaft“, der auch ein Vertreter des Staatsministeriums des Innern angehört hat) verabschiedet, in dem auch die Pflichtenübertragung

---

<sup>9</sup> So jüngst OVG Bautzen, SächsVBl. 2003, 65.

thematisiert und die bestehenden vielfältigen Privatisierungsoptionen dargestellt sind. Der Bericht kann über das Staatsministerium des Innern, Ref. 23b, bezogen werden.

## VIII. Artikel 6 Übergangsvorschriften

### Zu Absatz 1:

#### 1. Genehmigung- und Anzeigepflicht

Bestehende Eigengesellschaften, unmittelbare und auch mittelbare Beteiligungen sind gemäß Artikel 6 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes zur Änderung des kommunalen Wirtschaftsrechts und des Sächsischen Wassergesetzes **bis 31. Dezember 2004** an die neue Rechtslage anzupassen. Der Gesetzgeber hat damit bestehenden kommunalen Unternehmen bzw. Beteiligungen grundsätzlich keinen Bestandschutz einräumen wollen.

Artikel 6 Abs. 1 Satz 2 ordnet die *entsprechende* Geltung von § 96 Abs. 4 an. Die auf Grund von Artikel 6 Abs. 1 Satz 1 vorzunehmenden Änderungen der Gesellschaftsverträge und Satzungen bedürfen daher nach Artikel 6 Abs. 1 Satz 2 i.V.m § 96 Abs. 4 Satz 1 einer *Genehmigung* durch die Rechtsaufsichtsbehörden.

Die ausdrückliche Anordnung einer „entsprechenden“ Geltung des § 96 Abs. 4 für die hier in Rede stehende Anpassung an die neue Rechtslage stellt eine Rechtsfolgenverweisung dar, da der Anwendungsbereich des § 96 Abs. 4 nicht in allen Fällen eröffnet wäre: Denn der durch Artikel 6 Abs. 1 angeordneten Rechtsanpassung liegen abweichend von den Tatbestandsvoraussetzungen des § 96 Abs. 4 Satz 1 weder „Rechtsgeschäfte nach (§ 96) Absatz 1“ zu Grunde (weil es sich nicht um die Errichtung oder Übernahme eines Unternehmens oder die Beteiligung an einem Unternehmen handelt) noch „Beschlüsse der Gemeinde in den Fällen der wesentlichen Veränderung sowie der mittelbaren Beteiligung“ (da es sich nicht um eine mittelbare Beteiligung und nicht in jedem Einzelfall um eine *wesentliche Veränderung des Unternehmens* handeln dürfte). Die genehmigungspflichtigen Vorgänge beruhen vielmehr ausschließlich auf der vom Gesetzgeber angeordneten Anpassungspflicht.

Soweit es sich im Einzelfall um keine „wesentliche Veränderung“ handelt (s. hierzu die Hinweise zu § 96 Abs. 1) kommt allerdings auch eine bloße Anzeigepflicht nach § 96 Abs. 4 Satz 5 in Betracht.

#### 2. Anwendbarkeit der §§ 41 Abs. 2 Nr. 11 und 95 Abs. 3

Auch wenn die Anpassung an die neue Rechtslage eine „wesentliche Veränderung“ im Sinne der §§ 41 Abs. 2 Nr. 11, 95 Abs. 2 und 3 und 96 Abs. 1 und 4 darstellt, besteht andererseits auch *keine Verpflichtung zu einer umfassenden Analyse* im Sinne des § 95 Abs. 3 *oder zu einer Befassung des Gemeinderats*: Denn zum einen werden mit der Anpassung *nicht neue unternehmerische Risiken* eingegangen, die nach Sinn und Zweck des § 41 Abs. 2 Nr. 11 und des § 95 Abs. 3 einer gründlichen Erörterung durch das kommunale Hauptorgan bedürften. Die Anpassung an die neue Rechtslage dient nach den Leitvorstellungen des Gesetzgebers vielmehr der Einführung erweiterter kommunaler Kontroll- und Steuerungsmöglichkeiten, die den *Risiken* einer unternehmerischen Betätigung gerade *entgegen wirken* sollen. Und zum anderen werden der Gesellschafterversammlung durch die Anpassung der Gesellschaftsverträge (an § 96 Abs. 2 Nr. 3) bestimmte Befugnisse zugewiesen, die *erst mit Genehmigung wirksam* werden und den Anwendungsbereich des § 98 Abs. 1 Satz 5 i.V.m. § 41 Abs. 2 Nr. 11 daher erst für die Zukunft eröffnen. (Anders liegt es in denjenigen Fällen, in denen der Gesellschaftervertrag schon bisher einige oder alle Sachverhalte des § 96 Abs. 2 Nr. 3 von der Zustimmung der Gesellschafterversammlung abhängig machen: Bei

diesen Unternehmen greift der „Transmissionsriemen“ des § 96 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. § 98 Abs. 1 Satz 5 und § 41 Abs. 2 Nr. 11 bereits seit In-Kraft-Treten des Änderungsgesetzes.)

### 3. Anpassungsprobleme bei Beteiligungen

#### a) Unmittelbare Beteiligungen

Nach dem Wortlaut des Gesetzes erstrecken sich die Vorgaben des § 96 Abs. 2 nur auf solche Unternehmen, an denen sächsische Kommunen allein oder gemeinsam eine zur Änderung des Gesellschaftsvertrages bzw. der Satzung erforderliche (Dreiviertel-) Mehrheit halten.

Die Anforderungen des § 96 Abs. 2 Nr. 1 und 2a bis 8 sind allerdings auch dann *umsetzbar*, wenn eine Kommune (A) nicht mit anderen Kommunen, sondern *zusammen mit kommunalen Unternehmen* (B und C) *eine qualifizierte Mehrheit* am Unternehmen (D) *hält*: Denn soweit die Mitgesellschafter B und C ihrerseits den § 96 Abs. 2 umzusetzen haben und zusammen über mehr als 50 % der Anteile an Unternehmen D verfügen, dürfen B und C diese Beteiligung an D gemäß § 96 Abs. 2 Nr. 9 nur unterhalten, wenn der Gesellschaftsvertrag von D den Anforderungen des § 96 Abs. 2 Nr. 1 und 2a bis 8 entspricht. Den gesellschaftsvertraglichen Pflichten von B und C korrespondiert damit die durch § 96 Abs. 3 begründete Hinwirkungspflicht von Kommune A.

#### b) Mittelbare Beteiligungen

aa) Artikel 6 Abs. 1 Satz 2 erstreckt die Anpassungspflicht auch auf *mittelbare* Beteiligungen. Auch bezüglich der mittelbaren Beteiligung handelt es sich lediglich um eine Rechtsanpassung, nicht um die Eingehung neuer unternehmerischer Risiken, die eine Gemeinderatsbefassung oder eine Risikoanalyse nach § 95 Abs. 3 verlangt.

bb) Hinsichtlich der Umsetzung des § 96 Abs. 2 Nr. 9 bei bestehenden mittelbaren Beteiligungen ist vor allem der Umstand problematisch, dass die Vorschrift für alle „mehrheitlich“ von kommunalen Unternehmen beherrschte Unternehmen gilt. Während die Kommune den Gesellschaftsvertrag des Mutterunternehmens (bei der in § 96 Abs. 2 Halbsatz 1 *vorausgesetzten* Dreiviertelmehrheit) aus eigener Rechtsmacht anpassen und eine Nummer 9 entsprechende Regelung in den Vertrag einbauen kann, lässt sich die Übereinstimmung der Gesellschaftsverträge der Tochterunternehmen mit den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages des Mutterunternehmens nur dann herstellen, wenn die mittelbare Beteiligung der Kommune ihrerseits zu mindestens 75 % von dem Mutterunternehmen beherrscht wird.

Da die Gesetzesbegründung an anderer Stelle (siehe hierzu § 96 Abs. 1) den Umfang einer kommunalen Beteiligung in Abkehr von § 96 Abs. 2 a. F. ausdrücklich als *unerheblich* bezeichnet und in den parlamentarischen Beratungen auch die Erstreckung von Nummer 9 auf sämtliche mittelbare Beteiligungen unabhängig von der Anteilshöhe erwogen wurde, ist hierin allerdings kein Redaktionsversehen des Gesetzgebers zu erblicken.

Bei Ausübung der Rechtsaufsicht wird allerdings auf konkurrierende haushaltsrechtliche Grundsätze (insbesondere § 90 Abs. 1 Satz 2) Rücksicht zu nehmen sein. Auf eine Aufgabe dieser nicht gesetzeskonformen Beteiligungen sollte nicht gedrungen werden, wenn hierdurch die Verhandlungsposition des Eigentümers (des kommunalen Mutterunternehmens) geschwächt würde.

cc) Im Übrigen sind die Anforderungen des § 96 Abs. 2 Nr. 9 auch in den Fällen gesellschaftsvertraglich zu verankern, in denen die erforderliche Dreiviertelmehrheit von einem kommunalen Unternehmen (das über mehr als 50 % der Anteile verfügt) *zusammen mit einer Kommune* gehalten wird. Siehe hierzu die Hinweise zu § 96 Abs. 2 Nr. 9.

dd) Werden bis zur Genehmigung des angepassten Gesellschaftsvertrags, d.h. auf Grundlage der *bisherigen* Unternehmensverfassung, neue mittelbare Beteiligungen eingegangen, so besteht auch für diese kommunalen Enkelgesellschaften die Anpassungspflicht des Artikel 6 Abs. 1 Satz 2.

#### **4. Anwendbarkeit des § 95 Abs. 2:**

Die Anpassung an die neue Rechtslage ist hinsichtlich der kommunalen Aktiengesellschaften (unabhängig davon, ob die Kommune hieran unmittelbar oder nur mittelbar beteiligt ist) *keine wesentliche Änderung im Sinne des § 95 Abs. 2*. Der Gesetzgeber ist diesbezüglich von einem speziellen Bestandsschutz für Aktiengesellschaften ausgegangen (indem er die in Auswertung der Anhörung zum Referentenentwurf vorgenommene Streichung des Tatbestandsmerkmals „unterhalten“ in § 95 Abs. 2 akzeptiert hat): Die bestehenden Aktiengesellschaften im Freistaat Sachsen müssen nur bei einer künftigen wesentlichen Veränderung, die auf unternehmerischer Neuausrichtung beruht, die Prüfung anhand der Nachrang-Klausel des § 95 Abs. 2 durchlaufen.

#### **5. Fristen:**

Um einen fristgerechten Abschluss der Prüfung und Genehmigung der Gesellschaftsverträge durch die Rechtsaufsichtsbehörden zum 31.12.2004 sicher zu stellen, wird diesen dringend empfohlen, die ihrer Aufsicht unterliegenden Körperschaften auf eine rechtzeitige Einreichung der Verträge – bis zum **31. März 2004** - hinzuweisen.

#### **Zu Absatz 2:**

Die Regelung konzediert, dass die Gemeinden die von ihnen gehaltenen Wohnungsbestände, auch die der „sozialen“ Wohnraumversorgung i. e. S., aufgrund der Marktgegebenheiten nicht innerhalb der Anpassungsfrist des Absatzes 1 an die gesetzlichen Vorgaben des § 97 Abs. 1 werden reduzieren können. Gleichwohl unterliegen sie auch im Bereich (einer weit auszulegenden) „sozialen Wohnraumversorgung“ denselben Beschränkungen wie in anderen Bereichen der Kommunalwirtschaft. Sie trifft daher mit Artikel 6 Abs. 2 die Pflicht, alle Maßnahmen zu treffen, um innerhalb des dort angegebenen Zeitraums den Umfang ihrer wohnungswirtschaftlichen Betätigung soweit zurückzuführen, dass er den Anforderungen des § 97 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 entspricht.

#### **Zu Absatz 3:**

Im Falle eines zwischenzeitlichen Zuständigkeitswechsels soll eine bereits begonnene überörtliche Prüfung von der ursprünglich zuständigen Prüfungsbehörde, d.h. dem Landratsamt, beendet werden (s.o. zu § 108).

Das Gesetz enthält keine Übergangsregelung für die Einrichtung der örtlichen Rechnungsprüfung. Grundsätzlich haben daher nach § 103 Abs. 1 nunmehr alle Gemeinden die örtliche Prüfung nach den §§ 104 bis 106 sicherzustellen. Damit sind grundsätzlich auch die Jahresrechnung und die Jahresabschlüsse der Eigenbetriebe für das Haushaltsjahr 2002 einer örtlichen Prüfung zu unterziehen. Dies wird in 2003 bei denjenigen Gemeinden tatsächlich nicht möglich sein, die in ihrem Haushalt für 2003 weder Sach- noch Personalmittel dafür vorgesehen haben. Obwohl die Einführung einer obligatorischen Rechnungsprüfung spätestens seit der Einbringung eines entsprechenden Gesetzentwurfes der Staatsregierung im Frühjahr 2002 absehbar war, werden weder der Sächsische Rechnungshof noch die Rechtsaufsichtsbehörden im Hinblick auf die betreffenden Gemeinden das Fehlen einer örtlichen Prüfung im Jahr 2003 beanstanden. Auch diese Kommunen müssen allerdings sicherstellen, dass bei der Haushaltsplanung für 2004 entsprechende Mittel für die örtliche Prüfung eingestellt werden.

Dresden, den 4. November 2003

Sächsisches Staatsministerium des Innern

Arens  
Abteilungsleiter

Anlage: Synopse zur Gemeindeordnung für den Freistaat Sachsen