

Stellungnahme **zu internen Kompetenzfragen bei der Beschlussfassung** **durch die Kommunen als Kommanditisten der Beteiligungsgesellschaft**

A. Prüfungsmaßstab

Im Rahmen des Projekts Thor hat die EnBW Energie Baden-Württemberg AG (nachfolgend „**EnBW**“) ein Modell zur Beteiligung von Kommunen an der Netze BW GmbH entwickelt. Hierzu wurde die Kommunale Beteiligungsgesellschaft Netze BW GmbH & Co. KG (nachfolgend „**Beteiligungsgesellschaft**“) errichtet. Als Komplementär-GmbH fungiert die Kommunale Beteiligungsgesellschaft Verwaltungsgesellschaft mbH (nachfolgend „**Komplementär-GmbH**“). Anfänglich einziger Kommanditist der Beteiligungsgesellschaft war die EnBW vernetzt Beteiligungsgesellschaft mbH (nachfolgend „**Kommanditisten-GmbH**“). Seit Juli 2020 können Kommunen der Beteiligungsgesellschaft im Wege der Barkapitalerhöhung als Kommanditisten beitreten. Inzwischen sind über 100 Kommunen dem kommunalen Beteiligungsmodell der EnBW als Kommanditisten der Beteiligungsgesellschaft beigetreten.

In diesem Kontext bittet die Beteiligungsgesellschaft um eine gutachterliche Stellungnahme hinsichtlich der folgenden Aspekte:

1. Handelt es sich bei der Abstimmung des Bürgermeisters / Vertreters der Kommune in der Gesellschafterversammlung der Beteiligungsgesellschaft um ein **Geschäft der laufenden Verwaltung** im Sinne von § 44 Abs. 2 der Gemeindeordnung von Baden-Württemberg (nachfolgend „**GemO**“) oder ist vor jeder Abstimmung ein **gesonderter Gemeinderatsbeschluss** herbeizuführen? Ist ggf. nach dem jeweiligen Beschlussgegenstand **zu differenzieren**, ob es sich um ein Geschäft der laufenden Verwaltung handelt oder ein Gemeinderatsbeschluss einzuholen ist?
2. Folgefrage: Sollte stets oder in bestimmten Fällen ein Gemeinderatsbeschluss notwendig sein, besteht die Möglichkeit, die Entscheidung über die Abstimmung in der Gesellschafterversammlung der Beteiligungsgesellschaft **dem Bürgermeister dauerhaft zu übertragen** (z.B. durch Hauptsatzung gemäß § 44 Abs. 2 GemO), sodass es im Einzelfall keines Gemeinderatsbeschlusses bedarf?

B. Ergebnis und Handlungsempfehlung

Ob die Stimmrechtsausübung in der Gesellschafterversammlung ein Geschäft der laufenden Verwaltung im Sinne der Gemeindeordnung darstellt, ist eine Frage des Einzelfalls und bestimmt sich nach der sachlichen Bedeutung und Regelmäßigkeit des Geschäfts. Nach unserer Rechtsauffassung wird bei einem Großteil der in § 10 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags der Beteiligungsgesellschaft aufgelisteten Angelegenheiten kein Geschäft der laufenden Verwaltung vorliegen. Eine abweichende Beurteilung kann im Einzelfall insbesondere bei größeren Gemeinden angezeigt sein (näher C.II. und C.III.2).

Die dauerhafte Übertragung von Angelegenheiten auf den Bürgermeister durch Hauptsatzung ist grundsätzlich möglich. Ausgenommen sind allerdings Angelegenheiten, die der Gemeinderat auch nicht auf beschließende Ausschüsse übertragen darf. Die Stimmrechtsausübung ist im Katalog des § 39 Abs. 2 GemO nicht ausdrücklich geregelt. U.E. stehen § 39 Abs. 2 Nr. 11, 12 und 14 GemO der Übertragung bestimmter Aufgaben entgegen (näher C.III.1.).

Im Übrigen hat die Gemeinde u.E. eine gewisse Gestaltungsfreiheit, wie sie die Zuständigkeiten in der Hauptsatzung regelt.

C. Rechtliche Würdigung

I. Rechtlicher Rahmen

Der Bürgermeister vertritt die Kommunen in der Gesellschafterversammlung nach § 104 Abs. 1 S. 1 GemO als gesetzlicher Vertreter kraft Amtes (*Fabry*, in: *Fabry/Augsten*, Unternehmen der öffentlichen Hand, 2. Auflage 2011, S. 74 Rn. 71). Eine davon getrennt zu betrachtende Frage ist dagegen, wer inhaltlich vorgibt, wie das Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung ausgeübt wird.

Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung, wer inhaltlich die Ausübung des Stimmrechts innerhalb der Gemeinde bestimmt, enthält die GemO nicht.

Nach § 104 Abs. 1 S. 3 GemO kann „die Gemeinde“ ihren Vertretern in Unternehmen in Privatrechtsform Weisungen erteilen. Teile der Literatur folgern daraus, dass dem Gemeinderat eine generelle Zuständigkeit bei der Stimmrechtsausübung des Bürgermeisters in der Gesellschafterversammlung zukommt (*Ade/Pautsch*, in: *Gemeindeordnung für Baden-Württemberg 2018*, § 104 Rn. 3). Gegen diese Ansicht spricht allerdings der Wortlaut der Norm. Weisungen erteilt demnach „die Gemeinde“. Eine Aussage darüber, wer für die Gemeinde handelt, enthält die Vorschrift gerade nicht.

Ob vor jeder Abstimmung in der Gesellschafterversammlung ein Beschluss des Gemeinderats notwendig ist oder der Bürgermeister selbst entscheiden kann, ist daher eine Frage der Organkompetenz, also der Kompetenzverteilung innerhalb der Gemeinde (so auch Müller, in: BeckOK KommunalR BW, 12. Ed. 1.1.2021, GemO, § 104 Rn. 11).

Nach der Vorschrift des § 24 Abs. 1 GemO legt der Gemeinderat *„die Grundsätze für die Verwaltung der Gemeinde fest und entscheidet über alle Angelegenheiten der Gemeinde, soweit nicht der Bürgermeister kraft Gesetzes zuständig ist oder ihm der Gemeinderat bestimmte Angelegenheiten überträgt“*.

Grundsätzlich kommt dem Gemeinderat folglich eine „Allzuständigkeit“ zu (vgl. Aker, in: Aker/Hafner/Notheis, Gemeindeordnung BW, 2. Aufl. 2019, § 24 Rn. 3). Der Bürgermeister ist nur zuständig, wenn dies in der Gemeindeordnung abweichend vom Grundsatz des § 24 Abs. 1 GemO ausdrücklich bestimmt ist oder eine Übertragung von Aufgaben auf den Bürgermeister möglich ist.

Gesetzlich bestimmte, originäre Sachentscheidungskompetenzen des Bürgermeisters befinden sich in den §§ 43 Abs. 4 GemO („dringende Angelegenheiten“), 44 Abs. 2 („Geschäft der laufenden Verwaltung“) und 44 Abs. 3 („Weisungsaufgaben“) GemO.

Eine Zuständigkeit des Bürgermeisters kommt folglich in Betracht, wenn die konkrete Abstimmung in der Gesellschafterversammlung ein Geschäft der laufenden Verwaltung darstellt.

II. Geschäft der laufenden Verwaltung

Geschäfte der laufenden Verwaltung sind dadurch gekennzeichnet, dass sie weder grundsätzlich noch für den Gemeindehaushalt von erheblicher Bedeutung sind und zu den normalerweise anfallenden Geschäften der Gemeinde gehören (VGH Mannheim, Beschl. v. 25.08.1995 – 2 S 971/95, BeckRS 2005, 27645).

Die **sachliche Bedeutung** des Geschäfts darf nach Art, Inhalt und Umfang weder nach ihrer grundsätzlichen Bedeutung noch in finanzieller Hinsicht erheblich sein, die politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen oder finanziellen Auswirkungen des Geschäfts dürfen, verglichen mit der Größe, Struktur und Leistungsfähigkeit der Gemeinde bzw. des Landkreises, nicht von besonderer Bedeutung sein. Nur wenn nach Wertung all dieser Umstände eine geringe sachliche Bedeutung angenommen werden kann, und das nachfolgend beschriebene zeitliche Element gegeben ist, liegt ein Geschäft der laufenden Verwaltung vor (vgl. Kunze/Bronner/Katz, Komm. z. GemO, 4. Aufl., 28. Lfg., Juli 2020, § 44 Rn. 15).

Als zeitliches Element müssen die Geschäfte mit einer **gewissen Regelmäßigkeit** im Rahmen der gewöhnlichen Geschäftslage vorkommen. Die diesbezüglichen Anforderungen dürfen aber nicht überspannt werden, auch ein jährlicher Turnus kann genügen. Entscheidend ist, ob das Geschäft routinemäßig abgewickelt werden kann (vgl. *Behrendt*, in: BeckOK KommunalR BW, 8. Ed. 1.1.2020, GemO § 44 Rn. 11-9).

Ob die Stimmrechtsausübung in der Gesellschafterversammlung ein Geschäft der laufenden Verwaltung darstellt, ist umstritten. Entscheidend für die Zuordnung ist nach wohl vorherrschender Auffassung eine nach dem Inhalt der Stimmrechtsausübung differenzierende Betrachtung im Einzelfall (vgl. *Dietl*, Die mehrköpfige Gesellschafterversammlung in kommunalen Unternehmen, KommJur 2019, 45, 48; *Fabry*, in: Fabry/Augsten, Unternehmen der öffentlichen Hand, 2. Auflage 2011, S. 75 Rn. 74; *Altmeppen*, Die Einflussrechte der Organe in einer kommunalen GmbH, 2561, 2562). Demnach ist grundsätzlich der Gemeinderat für die Willensbildung zuständig, soweit kein Geschäft der laufenden Verwaltung vorliegt.

Für das Vorliegen eines Geschäfts der laufenden Verwaltung kommt es auf die speziellen Verhältnisse **der Kommune** und auf den konkreten Beschlussgegenstand an. Un-erheblich ist hingegen die Perspektive der Gesellschaft. Da das Geschäft der laufenden Verwaltung schwer „zu greifen“ ist und auch von den Verhältnissen der Kommune vor Ort abhängt, bietet sich zur Präzisierung des Begriffs der laufenden Verwaltung eine Konkretisierung in der Hauptsatzung der Kommune an. Geschäfte der laufenden Verwaltung können beispielsweise durch die Nennung von Wertgrenzen zwar nicht verbindlich definiert werden, allerdings stellen solche Wertgrenzen zumindest „Anhaltspunkte“ dar (*Aker*, in: Aker/Hafner/Notheis, Gemeindeordnung BW, 2. Aufl. 2019, § 44 Rn. 18).

Die in § 10 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags der Beteiligungsgesellschaft geregelten Angelegenheiten können alle potenziell für eine Kommune von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung sein. Man wird daher bei der Ausübung der in § 10 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags der Beteiligungsgesellschaft genannten Rechte regelmäßig nicht von einem Geschäft der laufenden Verwaltung ausgehen können. Es kann jedoch durchaus Unterschiede zwischen kleinen, mittleren und großen Kommunen geben. Insbesondere bei großen Kommunen ist auch eine gegenteilige Beurteilung im Einzelfall denkbar, wenn die Ausübung der konkreten Gesellschafterrechte mit einer gewissen Regelmäßigkeit vorkommt und die wirtschaftlichen Auswirkungen in Bezug auf die konkrete Kommune überschaubar sind. Manche der Angelegenheiten in § 10 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags sind aber u.E. von so grundlegender Bedeutung für die Gemeinde, dass ein Geschäft der laufenden Verwaltung u.E. ausscheidet (näher C.III.2).

III. Dauerhafte Übertragung der Ausübung des Stimmrechts in der Gesellschafterversammlung auf den Bürgermeister

Gemäß § 44 Abs. 2 GemO kann der Gemeinderat bestimmte eigene Aufgaben auf den Bürgermeister dauerhaft übertragen. Die Übertragung setzt zunächst voraus, dass dem Gemeinderat die originäre Zuständigkeit in diesem Bereich zukommt. Eine Aufgabenübertragung ist in der Hauptsatzung zu regeln.

Angelegenheiten, die auch nicht auf beschließende Ausschüsse übertragen werden können, sind von der Übertragungsmöglichkeit allerdings ausgenommen. Was nicht auf beschließende Ausschüsse übertragen werden kann, ist in § 39 Abs. 2 GemO abschließend geregelt. In § 39 Abs. 2 Nr. 11, 12 und 14 GemO heißt es unter anderem:

„Auf beschließende Ausschüsse kann nicht übertragen werden die Beschlussfassung über [...]

- *[...] die Errichtung, wesentliche Erweiterung und Aufhebung von öffentlichen Einrichtungen und von Unternehmen sowie die Beteiligung an solchen,*
- *[...] die Umwandlung der Rechtsform [...] von Unternehmen der Gemeinde und von solchen, an denen die Gemeinde beteiligt ist,*
- *[...] die Feststellung des Jahresabschlusses und des Gesamtabchlusses, die Wirtschaftspläne und die Feststellung des Jahresabschlusses von Sondervermögen“.*

Der Katalog des § 39 Abs. 2 GemO enthält hingegen keine Regelungen zum „Weisungsrecht“ oder zur „Stimmrechtsausübung“ in der Gesellschafterversammlung. Unmittelbar bildet die Vorschrift daher keine allgemeine Grenze für die Übertragung der Ausübung des Stimmrechts in der Gesellschafterversammlung auf den Bürgermeister.

1. Aber: Relevanz einzelner Tatbestände für kommunale Unternehmen

Betrachtet man das gesamte Regelungsgefüge der GemO, entfalten u.E. einige Tatbestände des § 39 Abs. 2 GemO in einer Gesamtbetrachtung dennoch Relevanz für die Stimmrechtsausübung in kommunalen Unternehmen.

a. § 39 Abs. 2 Nr. 11 GemO: Die Errichtung, wesentliche Erweiterung und Aufhebung von Unternehmen sowie die Beteiligung an solchen

Nach dieser Bestimmung der Gemeindeordnung muss der Gemeinderat zwingend über die Errichtung, wesentliche Erweiterung und Aufhebung von

Unternehmen – gleich welcher Rechtsform – sowie die – unmittelbare – Beteiligung der Gemeinde an einem Unternehmen beschließen. Die Gemeindeordnung enthält ferner Regelungen zu mittelbaren Beteiligungskonstellationen. Die Vorschrift des § 105a Abs. 1 GemO stellt die mittelbare Beteiligung der Gemeinde an Unternehmen in Privatrechtsform unter bestimmten Voraussetzungen (Gemeinde oder mehrere Gemeinden zusammen sind mit mehr als 50 vom Hundert an einem Unternehmen beteiligt, was bei der Beteiligungsgesellschaft der Fall ist) unter einen Zustimmungsvorbehalt der Gemeinde.

Da die GemO dieser Entscheidung offensichtlich eine besondere Bedeutung beimisst, erfordert eine solche Zustimmungsentscheidung bzw. ein entsprechender Weisungsbeschluss an den Bürgermeister u.E. grundsätzlich eine Entscheidung des Gemeinderats, jedenfalls sofern nach dem Gesellschaftsvertrag die Gesellschafterversammlung den Beschluss fassen muss und man die Stimmrechtsausübung in der Gesellschafterversammlung – v.a. bei größeren Städten und Gemeinden – nicht im Einzelfall noch als Geschäft der laufenden Verwaltung bewerten kann. Eine Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung ist nach der Vorschrift des § 103a Nr. 3 GemO zwingend nur vorgesehen, „sofern dies im Verhältnis zum Geschäftsumfang der Gesellschaft wesentlich ist“ (§ 10 Abs. 1 lit. d) des Gesellschaftsvertrags der Beteiligungsgesellschaft enthält diese Beschränkung nicht).

Die Vorschrift des § 103a GemO findet unmittelbar vom Wortlaut her zwar nur auf die GmbH Anwendung. Aufgrund vergleichbarer Interessenlagen ist sie u.E. allerdings auch auf die GmbH & Co. KG entsprechend anwendbar. Hier käme man u.E. mit dem Wortlaut-Argument allenfalls dann zu einem anderen Ergebnis, wenn man – v.a. bei größeren Städten und Gemeinden – ergänzend begründen könnte, dass die Stimmrechtsausübung in der Gesellschafterversammlung im Einzelfall noch ein Geschäft der laufenden Verwaltung ist.

b. § 39 Abs. 2 Nr. 12 GemO: Umwandlung der Rechtsform von Unternehmen, an denen die Gemeinde beteiligt ist

Für die Umwandlung der Rechtsform der Beteiligungsgesellschaft bedarf es gesellschaftsrechtlich zwingend eines Gesellschafterbeschlusses. Der Tatbestand umfasst u.E. auch die zwangsläufig damit verbundene Stimmrechtsausübung in der Gesellschafterversammlung durch die beteiligte Gemeinde. Hier ist u.E. daher eine Entscheidung durch den Gemeinderat notwendig, der gemäß § 39 Abs. 2 Nr. 12 GemO zwingend über die Umwandlung der

Rechtsform des Unternehmens, an dem die Gemeinde beteiligt ist, befinden muss.

c. § 39 Abs. 2 Nr. 14 GemO: Die Feststellung des Jahresabschlusses

Vergleichbare Überlegungen greifen im Hinblick auf die Feststellung des Jahresabschlusses, jedenfalls sofern hier die Gesellschafterversammlung – wie im Fall der Beteiligungsgesellschaft gemäß § 10 Abs. 1 lit. a) – Beschluss fasst. Aufgrund der Bedeutung für den Gesamthaushalt der Gemeinde, die sich auch aus § 39 Abs. 2 Nr. 14 GemO ergibt, werden in der kommunalen Praxis in aller Regel insoweit Zustimmungs-/Weisungsbeschlüsse vom Gemeinderat eingeholt.

d. Anwendung der sonstigen Tatbestände des § 39 Abs. 2 GemO auf die Stimmrechtsausübung in der Gesellschafterversammlung

Die sonstigen Tatbestände des § 39 Abs. 2 GemO finden u.E. dagegen keine (entsprechende) Anwendung auf die Stimmrechtsausübung in der Gesellschafterversammlung.

Insbesondere ist eine Verfügung über Vermögen der Gesellschaft gerade keine unmittelbare Verfügung über Gemeindevermögen, vgl. § 39 Abs. 2 Nr. 10 GemO. Eine solche, sehr strenge Auslegung der Tatbestände des § 39 Abs. 2 GemO wäre nach unserem Verständnis zu eng. Die Tatbestände befassen sich gerade nicht mit der Stimmrechtsausübung in der Gesellschafterversammlung einer Gesellschaft, an der die Gemeinde beteiligt ist.

2. Fazit

Nach unserer Rechtsauffassung kann im Rahmen der Hauptsatzung die Zuständigkeit des Gemeinderats bei der Beschlussfassung über

- Errichtung, Erwerb und Veräußerung von Unternehmen und Beteiligungen (§ 39 Abs. 2 Nr. 11 GemO),
- die Auflösung einer Gesellschaft (§ 39 Abs. 2 Nr. 11 GemO),
- die Änderung der Rechtsform der Gesellschaft (§ 39 Abs. 2 Nr. 12 GemO),
- sowie die Feststellung des Jahresabschlusses (§ 39 Abs. 2 Nr. 14 GemO)

grundsätzlich nicht dauerhaft auf den Bürgermeister übertragen werden.

Im Übrigen hat die Gemeinde u.E. – auch in Abhängigkeit von der Größe der Gemeinde – eine gewisse Gestaltungsfreiheit, wie sie die Zuständigkeiten in der Hauptsatzung regelt.