

Projektbericht

Analyse gemäß § 135 KVG LSA über die Vor- und Nachteile einer öffentlichen und privatrechtlichen Organisationsform für die Gemeinde Barleben

Entwurf

Inhaltsverzeichnis

1	Zusammenfassung.....	3
2	Strategische Zielstellung der Gemeinde Barleben	4
3	Prämissen der Gutachtenerstellung.....	4
4	Kommunalrechtliche Voraussetzungen für Organisationsformen kommunaler Unternehmen im Land Sachsen-Anhalt	5
4.1	Darlegung der kommunalrechtlichen Voraussetzungen.....	5
4.2	Bewertung der kommunalrechtlichen Voraussetzungen	7
4.2.1	Voraussetzungen gemäß § 128 KVG LSA.....	7
4.2.2	Voraussetzungen gemäß § 129 KVG LSA.....	8
5	Mögliche Rechtsformen	10
6	Bewertung der zu untersuchenden Rechtsformen für die Projektgesellschaft.....	11
6.1	Vorstellung des Bewertungsschemas.....	11
6.2	Organisatorische Aspekte.....	13
6.2.1	Kontroll- und Steuerungsmöglichkeiten der Gemeinde, Aufgabentrennung der Organe	14
6.2.2	Gremienbesetzung	19
6.2.3	Möglichkeiten zur Beteiligung Dritter, Gründung von Tochtergesellschaften	20
6.2.4	Vergaberechtliche Aspekte	22
6.2.5	Gründungskosten	23
6.3	Personalrechtliche Aspekte	24
6.4	Mitbestimmungsrechtliche Aspekte	25
6.5	Haftungsrechtliche Aspekte	26
6.6	Steuerliche Aspekte.....	27
6.6.1	Ertragsteuern.....	27
6.6.2	Umsatzsteuer.....	28
6.6.3	Grunderwerbsteuer.....	29
6.7	Wirtschaftlich-finanzielle Auswirkungen.....	30
6.8	Auswirkungen auf den Haushalt	35
6.9	Auswirkungen auf die Entgeltgestaltung	35
7	Zusammenfassende Empfehlung	36
8	Anlagen.....	39
	Anlage 1:.....	40

1 Zusammenfassung

Die Gemeinde Barleben beabsichtigt gemeinsam mit der GETEC green energy AG eine Projektgesellschaft zur Errichtung einer zentralen Wärmeversorgungsanlage mit Wärmetrasse für das geplante Neubaugebiet "Schinderwuhne Süd" zu gründen.

Gemäß den Anforderungen des § 135 Kommunalverfassungsgesetz des Landes Sachsen-Anhalt (KVG LSA) ist vor deren Errichtung ein Rechtsformvergleich durchzuführen, welcher die organisatorischen, personalwirtschaftlichen, mitbestimmungsrechtlichen sowie die wirtschaftlichen, finanziellen, haftungsrechtlichen und steuerlichen Unterschiede und die Auswirkungen auf den Haushalt der Kommune sowie die Entgeltgestaltung betrachtet, und der zuständigen Rechtsaufsichtsbehörde zu übermitteln.

Neben der in § 135 KVG LSA geforderten Gegenüberstellung wurden auch die grundlegenden Voraussetzungen der §§ 128 und 129 KVG LSA untersucht. Hier kommt die Analyse zu dem Ergebnis, dass die Betätigung der Gemeinde Barleben zulässig wäre und die Voraussetzungen für die Errichtung einer Gesellschaft in privater Rechtsform vorliegen.

Die Rechtsform der GmbH erscheint die geeignetste Rechtsform für die angestrebte Projektgesellschaft, da sie die Beteiligung eines privaten Dritten in der angedachten Form erlaubt. Darüber hinaus weist die GmbH in ihrer Ausgestaltung die nötigen Freiheitsgrade auf, um den Gesellschaftsvertrag, die Gremienzusammensetzung sowie die Zustimmungserfordernisse so zu regeln, dass alle rechtlichen Anforderungen erfüllt sind und dennoch der erforderliche wirtschaftliche Handlungsspielraum gewährt werden kann.

Die Rechtsform des Eigenbetriebs ist schon aufgrund der angestrebten privaten Beteiligung der GETEC green energy AG an der Projektgesellschaft ungeeignet, da ein Eigenbetrieb als rechtlich unselbstständiges Unternehmen einer Gebietskörperschaft ausschließlich durch diese und ihre Gremien gesteuert wird und keine Beteiligung eines wie auch immer organisierten Dritten erlaubt.

Die Anstalt öffentlichen Rechts (AöR) scheidet ebenfalls aufgrund der angestrebten privaten Beteiligung der GETEC green energy AG an der Projektgesellschaft aus, da Anstalten zwar durch mehrere Anstaltsträger errichtet werden können, die allerdings alle Gebietskörperschaften sein müssen.

Der Zweckverband erlaubt zwar die Beteiligung einer juristischen Person des Privatrechts als Verbandsmitglied, wenn es für die Erreichung des Zwecks von besonderer Bedeutung ist. Allerdings müssen die Gebietskörperschaften die Mehrheit der Verbandsmitglieder stellen und über die Mehrheit der Stimmen in der Verbandsversammlung des Zweckverbandes verfügen. Der Zweckverband ist folglich für die interkommunale Zusammenarbeit konzipiert und nicht für das Eingehen eines Gemeinschaftsunternehmens, was ihn als Projektgesellschaft ungeeignet erscheinen lässt.

2 Strategische Zielstellung der Gemeinde Barleben

Die Gemeinde Barleben möchte mit der Ausweisung des Neubaugebiets "Schinderwuhne Süd" als Nahwärmegebiet auch einen Beitrag zur Erreichung der Klimaschutzziele der Bundesregierung leisten. Es ist geplant, die dort im Gebiet entstehenden 51 bzw. 71 Einfamilienhäuser sowie gegebenenfalls weitere Häuser und das Best Western Hotel "Sachsen-Anhalt" an eine zentrale Wärmeversorgung anzuschließen. Die zentrale Wärmeversorgung (Heizzentrale) soll auf einem Grundstück im Nordwesten des Bebauungsgebietes entstehen und in Verbindung mit einem Nahwärmenetz erfolgen.

Die Wärmeversorgung soll hierbei nachhaltig und umweltfreundlich durch Biomasse und Erdgas (zur Spitzenlastabdeckung) gestaltet werden. Gemäß der vorliegenden Projektskizze wurden im Rahmen einer Machbarkeitsstudie verschiedene Wärmeversorgungsvarianten für das geplante Neubaugebiet betrachtet. Die Studie kommt zu dem Ergebnis, dass eine zentrale Wärmeversorgung des Neubaugebietes bei einer hohen Anschlussdichte Kostenvorteile für die Eigenheimbauer bringt. Ein Anschlusszwang ist bisher nicht vorgesehen. Die Vorteile sollen die Grundstückserwerber überzeugen.¹

Gleichwohl muss festgehalten werden, dass sich die Errichtung einer zentralen Wärmeversorgung wirtschaftlich nur dann darstellen lässt, wenn mindestens 95 % der Haushalte angeschlossen werden. Beide Partner, die Gemeinde Barleben und die GETEC green energy AG, sind nur bereit zu investieren, wenn dies der Fall ist.

Die Projektgesellschaft könnte zum Ausgangspunkt für die Lösung weiterer energetischer Fragestellungen auf dem Gebiet der Gemeinde Barleben bis hin zur Gründung eines Gemeindewerks werden. Die Beurteilung dieser Entwicklungsmöglichkeiten im Sinne einzelner Dienstleistungen für Bevölkerung und Gemeindeverwaltung selbst ist jedoch nicht Gegenstand des Auftrages der bbvl.

3 Prämissen der Gutachtenerstellung

Die in diesem Gutachten zu betrachtende Projektgesellschaft ist in einem gemeinsamen Prozess durch beide Partner (die Gemeinde Barleben und die GETEC green energy AG) konzipiert worden. Basis aller Arbeiten ist das uns zur Verfügung gestellte Konzept, welches der Angebotsaufforderung beilieg.

Darüber hinaus wurde während der Gutachtenerstellung im Mai 2016 auch ein Businessplan für die Kooperationsgesellschaft durch die GETEC erarbeitet. Dieser Businessplan wurde

¹ Beim Verkauf von Grundstücken, deren Verkäufer gleichzeitig Träger der Energie bzw. Fernwärmeversorgung ist, kann in den Grundstückskaufverträgen oft auch eine Verpflichtung des Käufers zur Abnahme von Energie bzw. Fernwärme vereinbart werden, die regelmäßig durch eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit grundbuchlich gesichert wird. Der Bundesgerichtshof hat durch Urteil vom 9. Juli 2002 (Az.: KZR 30/00) diese Praxis für wettbewerbs- und kartellrechtlich unbedenklich erachtet.

darüber hinaus im weiteren Verlauf der Bearbeitung um weitere Ausbauszenarien ergänzt (Juli 2016).

Der Partner für die private Beteiligung ist folglich nicht in einem wettbewerblichen Verfahren gesucht worden, er stand vielmehr von vornherein fest. Aus diesem Grund haben wir die Zulässigkeit dieser Vorgehensweise nicht vertieft geprüft. Dies obliegt der Gemeinde Barleben und den gegebenenfalls durch sie hinzuzuziehenden Rechtsberatern.

Als Rechtsform für die gemeinsame Projektgesellschaft haben die Partner die GmbH ausgewählt. Die Rechtsform der GmbH stellt daher für uns die Referenz zur Bewertung aller anderen möglichen Rechtsformen dar. Das bedeutet, dass wir in dieser Analyse die GmbH dahingehend analysieren, ob eine andere Rechtsform geeigneter und damit vorzuziehen wäre.

Im vorliegenden Fall ist die Vorbereitung der Gesellschaftsgründung noch nicht soweit fortgeschritten, dass ein Entwurf des Gesellschaftsvertrages vorliegen würde, der konkret analysiert werden könnte. Insofern beschränken sich unsere Ausführungen auf die grundsätzlichen Möglichkeiten der einzelnen Rechtsformen.

4 Kommunalrechtliche Voraussetzungen für Organisationsformen kommunaler Unternehmen im Land Sachsen-Anhalt

4.1 Darlegung der kommunalrechtlichen Voraussetzungen

Gemäß § 128 Abs. 1 KVG LSA ist es den Kommunen grundsätzlich gestattet, ihre vielfältigen Aufgaben nicht nur innerhalb der "normalen" Verwaltungsstruktur der Ämter und Dezernate zu erfüllen, sondern sich hierzu auch Unternehmen der Gemeinde zu bedienen. Diese Unternehmen können in unterschiedlichen Organisationsformen geführt werden:

1. als Eigenbetrieb,
2. als Anstalt des öffentlichen Rechts oder
3. in einer Rechtsform des privaten Rechts,²
4. sowie als Zweckverband.³

Voraussetzung zur Bildung eines wirtschaftlichen Unternehmens in einer der oben genannten Organisationsformen sind gemäß des Kommunalverfassungsgesetzes des Landes Sachsen-Anhalt in der seit dem 1. Juli 2014 geltenden Fassung⁴ die folgenden drei Punkte:

² § 128 Abs. 1 KVG LSA.

³ Der Zweckverband ergibt sich erst aus § 129 Absatz 1 Nr. 1 KVG LSA. Er ist hier im Gesetz nicht explizit erwähnt.

⁴ § 128 Abs. 1 Ziffern 1 bis 3 KVG LSA verkündet als Artikel 1 des Gesetzes zur Reform des Kommunalverfassungsrechts des Landes Sachsen-Anhalt und zur Fortentwicklung sonstiger kommunalrechtlicher Vorschriften (Kommunalrechtsreformgesetz) vom 17. Juni 2014.

1. die Betätigung des Unternehmens muss durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt sein,
2. die wirtschaftliche Betätigung muss nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Kommune und zum voraussichtlichen Bedarf stehen,
3. der Zweck kann nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt werden.

Dies bedeutet, dass die Gemeinde nur nachweisen muss, dass sie die wirtschaftliche Tätigkeit ebenso gut wie ein Dritter erfüllen kann.

Darüber hinaus schreibt die KVG LSA in § 129 Abs. 1 vor, dass eine Gemeinde ein Unternehmen in einer Rechtsform des privaten Rechts wie der GmbH nur *unterhalten, errichten, übernehmen, wesentlich erweitern* oder *sich daran beteiligen* darf, wenn die folgenden Kriterien erfüllt sind:

1. über die o. g. Voraussetzungen des § 128 KVG LSA hinaus kann der öffentliche Zweck nicht ebenso durch einen Zweckverband, einen Eigenbetrieb oder eine Anstalt des öffentlichen Rechts erfüllt werden,
2. die Erfüllung des öffentlichen Zwecks ist in der Satzung bzw. dem Gesellschaftsvertrag sichergestellt,
3. die Gemeinde erhält einen angemessenen Einfluss, insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan, und dieser ist durch Gesellschaftsvertrag, Satzung bzw. anderweitig sichergestellt,
4. die Haftung der Gemeinde wird auf einen ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag begrenzt,
5. die Einzahlungsverpflichtungen der Gemeinde stehen in einem angemessenen Verhältnis zu ihrer Leistungsfähigkeit,
6. die Gemeinde verpflichtet sich nicht zur Übernahme von Verlusten in unbestimmter oder unangemessener Höhe.

Letztlich ist die Gemeinde nach § 135 Abs. 1 Satz 1 und 2 KVG LSA dazu verpflichtet, einen Rechtsformvergleich anhand konkreter Kriterien durchzuführen:

"Beabsichtigt die Kommune, ein Unternehmen in einer Rechtsform des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts zu errichten, zu übernehmen oder wesentlich zu erweitern oder seine Rechtsform innerhalb des Privatrechts zu ändern, so hat der Hauptverwaltungsbeamte eine Analyse zu erstellen, in der die Vor- und Nachteile der öffentlichen und der privatrechtlichen Organisationsformen im konkreten Einzelfall dargestellt werden. Dabei sind die organisatorischen, personalwirtschaftlichen, mitbestimmungsrechtlichen sowie die wirtschaftlichen, finanziellen, haftungsrechtlichen und steuerlichen Unterschiede und die Auswirkungen auf den Haushalt der Kommune sowie die Entgeltgestaltung gegenüberzustellen."

Mit der hier zu untersuchenden Gründung einer Projektgesellschaft in der Rechtsform einer GmbH will die Gemeinde Barleben eine Gesellschaft privaten Rechts im Sinne von § 129 Abs. 1 KVG LSA errichten, welche in dieser Form heute noch nicht existiert. Aus diesem Grund sind die Kriterien im Rahmen des Rechtsformvergleiches zwingend zu berücksichtigen.

4.2 Bewertung der kommunalrechtlichen Voraussetzungen

4.2.1 Voraussetzungen gemäß § 128 KVG LSA

Die in Kapitel 4.1 genannten kommunalrechtlichen Voraussetzungen gemäß § 128 KVG LSA zur Gründung eines wirtschaftlichen Unternehmens sehen wir als gegeben an, da die zu prüfenden Kriterien im Einzelnen erfüllt sind.

Öffentlicher Zweck (§ 128 Abs. 1 Satz 1 Ziffer 1)

Gemäß § 128 Absatz 2 KVG LSA dienen "Betätigungen in den Bereichen der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung, der Wasserversorgung, Abfallentsorgung, Abwasserbeseitigung, Wohnungswirtschaft und des öffentlichen Verkehrs ... einem öffentlichen Zweck und sind unter der Voraussetzung des Absatzes 1 Satz 1 Nr. 2 zulässig". Der Bereich der Wärmeversorgung ist in der Legaldefinition öffentlicher Zwecke explizit enthalten.

Verhältnismäßigkeit zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde Barleben (§ 128 Abs. 1 Satz 1 Ziffer 2)

Die damit verbundene wirtschaftliche Betätigung steht auch in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde Barleben und zum voraussichtlichen Bedarf.

Es handelt sich um ein konkretes Projekt, welches den Bewohnern der Gemeinde Barleben eine umweltschonende Wärmeversorgung bereitstellen soll und dessen wirtschaftlicher Umfang mit einem Investitionsvolumen von anfangs 665.000 € über die laufende Erträge refinanzierbar ist, sodass nach Auswertung des vorliegenden Businessplans keine weiteren Zahlungen erforderlich sein sollten. Zur Errichtung der Gesellschaft soll die Gemeinde Barleben das Grundstück für die Anlage (Wert: 40.000 €) und 7.805 € bar einlegen. Dies steht nach unserer Auffassung im Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde.

Nachweis darüber, dass der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann (§ 128 Abs. 1 Satz 1 Ziffer 3)

Die Definition des "anderen" im Gesetzestext zielt auf die Erbringung durch einen privaten Dritten ab und soll letztlich sicherstellen, dass die öffentliche Hand sich auf ihre Kernaufgaben der Daseinsvorsorge beschränkt und nicht als Wettbewerber der Privatwirtschaft auftritt.

Umweltfreundliche Wärmeversorgung für neue Einfamilienhäuser im freien Wettbewerb durch einen Privaten anzubieten ist möglich, aber mit dem Risiko verbunden, dass die für einen wirtschaftlichen Betrieb erforderliche Anschlussquote von über 95% nur schwer zu erreichen ist. Das Angebot dieser Leistung durch ein Gemeinschaftsunternehmen mit der Gesellschafterin Gemeinde Barleben sowie deren Möglichkeiten für eine effiziente Vermarktung der Grundstücke und der Verankerung eines faktischen Anschlusszwangs in den Grundstückskaufverträgen sichert die Erreichung der erforderlichen Anschlussquote.⁵ Das Knowhow eines erfahrenen privaten Partners sichert einen wirtschaftlichen Betrieb, den die Gemeinde allein nicht gewährleisten könnte.

Die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens erscheint daher als der effektivste Weg die Umweltziele der Gemeinde und die wirtschaftlichen Ziele beider Partner am besten zu erreichen.

4.2.2 Voraussetzungen gemäß § 129 KVG LSA

Die in § 129 Abs. 1 Ziffer 1 KVG LSA genannte Voraussetzung, wonach die privatrechtliche Rechtsform nur gewählt werden darf, wenn neben dem Vorliegen der Voraussetzungen des § 128 Abs. 1 KVG LSA (vgl. vorstehenden Abschnitt 4.2.1) der mit dem Unternehmen verfolgte Zweck nicht ebenso gut in einer öffentlichen Rechtsform erfüllt wird bzw. erfüllt werden kann (Subsidiarität der privaten gegenüber der öffentlichen Rechtsform), ist Hauptgegenstand dieses Gutachtens und wird von daher abschließend in Kapitel 6 bewertet.

Der Vollständigkeit halber seien vorbehaltlich der Endbewertung gemäß Kapitel 6 an dieser Stelle kurz die weiteren in § 129 KVG LSA genannten Voraussetzungen abgehandelt.

Sicherstellung des öffentlichen Zwecks in Gesellschaftsvertrag bzw. Satzung (§ 129 Abs. 1 Ziffer 2)

§ 129 Abs. 1 Ziffer 2 verlangt, dass durch Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages oder der Satzung sichergestellt ist, dass der öffentliche Zweck erfüllt wird. Bei Gründung einer GmbH ist entsprechend zu berücksichtigen, dass der öffentliche Zweck in der Satzung verankert wird. Dies ist bei deren Formulierung problemlos möglich, sodass diese Bedingung erfüllt werden kann.

Sicherstellung eines angemessenen Einflusses der Gemeinde auf die Gesellschaft, insbesondere im Aufsichtsrat (§ 129 Abs. 1 Ziffer 3)

Der angemessene Einfluss der Gemeinde insbesondere im Aufsichtsrat muss ebenfalls in der Satzung der GmbH sichergestellt werden. Bei der Gestaltung des Gesellschaftsvertrages ist auf eine ausgewogene Möglichkeit zur Interessenwahrnehmung zu achten. Gemäß § 131 Abs. 3 KVG LSA wird die Kommune im Aufsichtsrat der GmbH durch den Bürgermeister und

⁵ Wie in Kapitel 2 erläutert, ist bisher kein Anschlusszwang vorgesehen. Dieser ließe sich jedoch rechtlich umsetzen.

weitere von der Gemeinde entsandte Personen vertreten. Der Bürgermeister kann einen Beschäftigten der Kommune mit seiner Vertretung im Aufsichtsrat der GmbH beauftragen. Etwaige weitere Vertreter der Gemeinde werden aufgrund § 45 Abs. 2 Ziffer 12 KVG LSA durch den Gemeinderat bestimmt.

Gegenwärtig wird ein Gemeinschaftsunternehmen mit einer kommunalen Beteiligung von 50 % favorisiert. Beide Partner sollen die Gesellschaft gleichberechtigt und auf "Augenhöhe" führen. Damit wünscht auch keiner der beiden Partner eine Mehrheit.

Streng genommen kann der Gesellschaftsvertrag vorsehen, dass Beschlüsse mit einfacher Mehrheit zu treffen sind. Die einfache Mehrheit kommt in diesem Fall einer Einstimmigkeit gleich, da kein Gesellschafter ohne die Zustimmung des jeweils anderen Beschlüsse fassen kann. Damit wäre ein angemessener Einfluss sichergestellt.

Haftungsbeschränkung auf einen der Leistungsfähigkeit der Gemeinde angemessenen Betrag (§ 129 Abs. 1 Ziffer 4)

Die gemäß § 129 Abs. 1 Ziffer 4 geforderte Haftungsbeschränkung ist aufgrund der Rechtsform der GmbH gegeben. Die GmbH verfügt bei Gründung über ein haftendes Stammkapital. Eine Haftung der Gemeinde Barleben wäre im Ernstfall auf diesen Betrag der Stammeinlage begrenzt, die hier im konkreten Fall die zuvor genannten 40.000 € für das Grundstück plus 7.809 € Bareinlage umfassen würde (vgl. auch Kapitel 6).

Einzahlungsverpflichtungen der Gemeinde im angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit (§ 129 Abs. 1 Ziffer 5)

Die in § 129 Abs. 1 Ziffer 5 genannte Voraussetzung, wonach die Einzahlungsverpflichtungen der Gemeinde in einem angemessenen Verhältnis zu ihrer Leistungsfähigkeit stehen, wird erfüllt. Die Gemeinde Barleben beabsichtigt über ihre Tochtergesellschaft Barlebener Grundstücksentwicklungs- und Verwertungsgesellschaft mbH das erforderliche Grundstück für die Wärmeversorgungsanlage als Kapital in die Gesellschaft einzulegen. Weitere Einzahlungen sind nach Angaben der beiden Gesellschafter nicht vorgesehen und im Gesellschaftsvertrag auszuschließen. Die Investitionen der Gesellschaft sollen am Kapitalmarkt finanziert werden. Laufende Kosten werden über den Wärmepreis gedeckt.

Ausschluss unbeschränkter Verlustübernahmen (§ 129 Abs. 1 Ziffer 6)

§ 129 Abs. 1 Ziffer 6 legt fest, dass die Gemeinde nicht zur Übernahme von Verlusten in unbestimmter Höhe verpflichtet werden darf. Die Rechtsform der GmbH sieht aufgrund ihrer Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen keine weiteren Verlustübernahmen vor.

Faktisch könnte es jedoch dazu kommen, dass sich die Gemeinde dazu veranlasst sieht, bei einer wirtschaftlichen Schieflage Geld nachzuschießen. Das wird die Gemeinde dann entscheiden müssen. Einen Anspruch der Gesellschaft auf Verlustausgleich gibt es nicht. Außer-

dem sei darauf hingewiesen, dass der Gesellschaftsvertrag aus diesem Grund keinerlei Nachschusspflichten der Gesellschafter vorsehen darf.

5 Mögliche Rechtsformen

Grundsätzlich stehen für die Tätigkeit einer Gebietskörperschaft verschiedene Rechtsformen zur Auswahl. Nicht möglich sind jedoch alle privatrechtlichen Rechtsformen, bei denen die Haftung der Kommune nicht begrenzt ist, wie dies bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR, oder oft auch als BGB-Gesellschaft bezeichnet), der Offenen Handelsgesellschaft (OHG) sowie bei der reinen Kommanditgesellschaft (KG) der Fall ist.

Hier seien die wichtigsten zulässigen Rechtsformen genannt:

- Eigenbetrieb,
- Regiebetrieb,
- Anstalt des öffentlichen Rechts,
- Zweckverband,
- Verein,
- Genossenschaft,
- Stiftung,
- Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH),
- Aktiengesellschaft (AG),
- GmbH & Co KG.

	öffentlich-rechtlich	privatrechtlich	
nicht rechtsfähig	Regiebetrieb Eigenbetrieb Stiftung		
rechtsfähig	Anstalt Stiftung Zweckverband	AG GmbH GmbH & Co. KG	Genossenschaft Stiftung Verein
unzulässig		GbR OHG	

Gemäß § 128 KVG LSA darf sich die Kommune in den Rechtsformen des Eigenbetriebes, der Anstalt des öffentlichen Rechts oder in einer Rechtsform des Privatrechts wirtschaftlich betätigen, sofern die Mindestanforderungen gemäß § 128 Abs. 1 KVG LSA erfüllt werden. Unter Berücksichtigung der beschriebenen Ausgangssituation und der Zielstellung der Gemeinde Barleben wird davon ausgegangen, dass folgende Rechtsformen im Rahmen der Analyse relevant sind:

- Eigenbetrieb (EB),
- Anstalt des öffentlichen Rechts (AÖR),
- Zweckverband,
- Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH).

Diese näher zu untersuchenden vier Rechtsformen werden hierfür in der Anlage 1 hinsichtlich ihrer grundlegenden Wesensmerkmale gegenübergestellt. Auf diesen Wesensmerkmalen aufbauend erfolgt nachfolgend die Erläuterung und Bewertung der zu untersuchenden Rechtsformen für die Projektgesellschaft.

6 Bewertung der zu untersuchenden Rechtsformen für die Projektgesellschaft

6.1 Vorstellung des Bewertungsschemas

Die Kriterien anhand derer die vier hier zu vergleichenden Rechtsformen hinsichtlich ihrer Eignung zu bewerten sind, sind im § 135 Abs. 1 KVG LSA vorgegeben. Der Vergleich hat sich

demnach zu beziehen auf die **organisatorischen, personalwirtschaftlichen, mitbestimmungsrechtlichen, wirtschaftlichen, finanziellen, haftungsrechtlichen und steuerlichen** Unterschiede sowie die **Auswirkungen auf den kommunalen Haushalt** und die **Entgeltgestaltung**.

Eine Rangfolge der einzelnen Kriterien lässt sich aus der Aufzählung nicht ableiten, sodass alle grundsätzlich gleichwertig zu behandeln sind. § 135 formuliert jedoch das Erfordernis, den Vergleich der Rechtsformen am konkreten Einzelfall durchzuführen. Um die spezifische Situation der hier zu analysierenden Projektgesellschaft besser abbilden zu können, wurde daher gemeinsam mit der Gemeinde Barleben eine Präzisierung der Kriterien vorgenommen.

Unsere Prüfung wird sich daher auf folgende Punkte beziehen:

Kriterium	Erläuterungen zu den einzelnen Kriterien
Organisatorische Aspekte	Wie wichtig ist es, als kommunale Gesellschaft gegenüber dem Endabnehmer aufzutreten? Welche Möglichkeiten bestehen für die Gemeinde die GETEC zu unterstützen, ohne eine gemeinsame Gesellschaft gründen zu müssen?
	Wie wichtig ist die Einflussnahme auf Kontrolle und Steuerung durch die Gemeinde Barleben bzw. wie hoch sollen die Freiheitsgrade für einen möglichen Dritten sein?
	Wird mit der Rechtsformwahl die Zielstellung der Beteiligung Dritter verfolgt bzw. strebt die Gemeinde gegebenenfalls die Beteiligung der Grundstücksbesitzer an der Gesellschaft an?
	Ist das Kriterium der Gründung von Tochtergesellschaften für die Rechtsformwahl wichtig?
	Soll die Gesellschaft gegebenenfalls für weitere wirtschaftliche Aktivitäten genutzt werden? Wie groß soll sie werden?
	Welche Anforderungen bringt das öffentliche Vergaberecht mit sich?
	Wie wichtig sind dem Gesellschafter geringe Gründungskosten?
Personalwirtschaftliche Aspekte	Wie soll die Personalausstattung der Gesellschaft aussehen - eigenes Personal oder Betriebsführung?
	Wird mit der Gründung der Projektgesellschaft die Beschäftigung der Mitarbeiter in einer branchenübliche Vergütungsstruktur verfolgt?
Mitbestimmungsrechtliche Aspekte	Sind Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer zu beachten?

Haftungsrechtliche Aspekte	Inwieweit sind haftungsrechtliche Aspekte für die Wahl einer Rechtsform von Relevanz?
	Welche Verantwortung will die Gemeinde Barleben für die gemeinsame Gesellschaft übernehmen?
	Welche Garantien werden durch die Gemeinde von der GETEC hinsichtlich der Wirtschaftlichkeit der Anlage erwartet?
Steuerliche Aspekte	Ist eine Rechtsform mit geringer Steuerbelastung wichtig?
	Soll die Beteiligung als Kapitalbeteiligung (GmbH-Anteil) oder als Mitunternehmerschaft (Kommanditanteil) ausgestaltet sein?
	Soll die Beteiligung konsolidierungsfähig sein? Bei wem?
Wirtschaftlich-finanzielle Auswirkungen	Worin besteht der wirtschaftliche Anreiz beiden Partner dieses Projekt in einer gemeinsamen Gesellschaft und nicht alleine zu realisieren?
	Erwartet die Gemeinde Ausschüttungen von der Gesellschaft oder ist ein ausgeglichenes Ergebnis ausreichend?
	Wie wichtig ist das Thema Außenfinanzierung (Kreditaufnahme)? Wie soll die Investition gegebenenfalls besichert werden?
Auswirkungen auf den Haushalt	Wie wichtig ist die Unabhängigkeit vom kommunalen Haushalt?
	Welche Auswirkung bestehen für den Haushalt der Gemeinde?
Auswirkungen auf die Entgeltgestaltung	Soll ein Anschlusszwang bestehen?
	In welcher Form kann der Erschließungsaufwand umgelegt werden?
	Möchte die Gemeinde Einfluss auf die Preisgestaltung für die Fernwärme haben?

6.2 Organisatorische Aspekte

Allem voran ist unter organisatorischen Gesichtspunkten die Frage zu klären, ob für die Wärmeversorgung des Neubaugebiet "Schinderwuhne Süd" überhaupt eine Beteiligung der Gemeinde Barleben erforderlich erscheint, oder ob die Wärmeversorgung nicht ausschließlich durch einen privaten Dritten erbracht werden könnte.

Die Gemeinde Barleben möchte über die Versorgung dieses Neubaugebietes aktiv ein Angebot für eine umweltfreundliche Energieversorgung anbieten. Überlässt sie dieses Angebot

dem Wettbewerb, so bestünde für den dort dann tätigen privaten Investor das Risiko, die für einen wirtschaftlichen Betrieb erforderliche Anschlussquote von über 95 % nicht zu erreichen. Dieses Risiko könnte dazu führen, dass sich kein oder nur mit hohem Aufwand ein Investor findet, der gegebenenfalls noch eine Garantie von der Gemeinde erwartet.

Die Gemeinde wiederum verfügt nicht über das erforderliche Knowhow, die Einkaufsvorteile eines großen privaten Partners und dessen Möglichkeiten zum flexiblen, bedarfsgerechten Personaleinsatz, um eine solche Anlage wirtschaftlich betreiben zu können. Dafür verfügt die Gemeinde aber bereits über die Grundstücke und einen unzweifelhaften Ruf, der sich als Vermarktungsargument nutzen lässt, einen freiwilligen Anschluss zu bewirken oder über die Verankerung eines faktischen Anschlusszwangs in den Grundstückskaufverträgen die Erreichung der erforderlichen Anschlussquote abzusichern.

Weder ein privater Investor noch die Gemeinde Barleben selbst sind also in der besten Ausgangssituation, ihre Ziele allein erreichen zu können. Das Angebot dieser Leistung durch ein Gemeinschaftsunternehmen mit der Gesellschafterin Gemeinde Barleben sowie deren Möglichkeiten für eine effiziente Vermarktung der Grundstücke und dem Knowhow eines erfahrenen privaten Partners zur Absicherung eines wirtschaftlichen Betriebs verspricht den größten Erfolg für ein solches Projekt. Über die Beteiligung bietet sich für die Gemeinde Barleben zudem die Möglichkeit, auf die Auswahl der Energieträger und deren tatsächlichen Einsatz in der Wärmegewinnung direkt Einfluss zu nehmen, was bei einer rein privaten Lösung nicht der Fall wäre.

6.2.1 Kontroll- und Steuerungsmöglichkeiten der Gemeinde, Aufgabentrennung der Organe

Vor dem Hintergrund, dass es sich bei der zu analysierende Gesellschaft um eine Projektgesellschaft handelt, deren einziger Geschäftszweck die Errichtung und der Betrieb des Wärmerversorgungsnetzes im Neubaugebiet "Schinderwuhne Süd" der Gemeinde Barleben ist, sollten im Sinne einer effizienten Organisation der Geschäftsabläufe folgende Kriterien erfüllt sein:

- Handlungsfreiheit für die Organe der Gesellschaft,
- funktionale Selbständigkeit des Unternehmens,
- kurze Entscheidungswege.

Die Aspekte der Handlungsfreiheit und funktionalen Selbstständigkeit sprechen grundsätzlich für eine Rechtsform mit eigener Rechtsfähigkeit, die in vorliegenden Fall eben auch in der Lage sein sollte, unabhängig von kommunalen Haushaltslagen Fremdkapital aufnehmen zu können, mithin für die GmbH oder die AöR. Beide bieten hinsichtlich der Gremienausgestaltung und der Kompetenzverteilung gegenüber den einzelnen Organen einen hohen Grad

an Flexibilität. Hinsichtlich der gewünschten Gremienausgestaltung besteht mit Ausnahme der rechtlich zwingend zugewiesenen Aufgaben Gestaltungsfreiheit.

Die Kontrolle und Steuerung einer GmbH erfolgt über ihre Organe:

- Gesellschafterversammlung,
- Aufsichtsrat und
- Geschäftsführung.

Während Gesellschafterversammlung und Geschäftsführung originäre Organe jeder GmbH sind, kann über die Einrichtung eines Aufsichtsrates durch die Gesellschafter entschieden werden, sofern nicht andere Gesetze, wie z. B. das Drittelbeteiligungsgesetz oder das Mitbestimmungsgesetz die Bildung eines Aufsichtsrates vorschreiben. Aufgrund der Mitarbeiterzahl (keine operative Tätigkeit der Gesellschaft) unterliegt die zu gründende GmbH weder dem Drittelbeteiligungsgesetz noch dem Mitbestimmungsgesetz. Insofern wäre der Aufsichtsrat der Projektgesellschaft nur fakultativ zu bilden. Aus kommunalrechtlicher Sicht ist die Bildung eines Aufsichtsrates für die Beteiligung der Gemeinderäte an der Entscheidungsfindung und Kontrolle zu begrüßen und mit Blick auf § 129 Abs. 1 Nr. 3 KVG LSA auch nahe-zulegen.

An Kompetenzen der Gesellschafterversammlung lässt sich im Gesellschaftsvertrag nahezu alles verankern, was aber nicht dem Sinn der Gründung einer GmbH entspricht. Dies gilt insbesondere für den Umstand, dass wohl ein freiwilliger Aufsichtsrat gebildet wird. Die Wahl eines ausgewogenen Verhältnisses an Kompetenzen zwischen Gesellschafterversammlung, Aufsichtsrat und Geschäftsführung schafft bei der GmbH den nötigen Grad an Eigenständigkeit, welche diese zur Umsetzung ihres Gesellschaftszweckes benötigt bei gleichzeitiger Wahrung der entsprechenden Mitspracherechte der Gesellschafterin Gemeinde Barleben.

Auch wenn es in der KVG LSA keine expliziten Regelungen zu den Beschlusskompetenzen der Gesellschafterversammlung gibt, so ist es im kommunalen Umfeld doch üblich, dieser neben den in § 46 GmbHG aufgeführten Beschlusszuständigkeiten noch weitere Kompetenzen zuzuweisen. Diese sind unter anderem:

- Satzungsänderung,
- Veräußerung des Unternehmens oder von wesentlichen Teilen,
- Aufnahme neuer bzw. Aufgabe bestehender Geschäftszweige,
- Erwerb und Veräußerung von sowie Verfügungen über Beteiligungen,
- Abschluss, Änderung und Aufhebung von Unternehmensverträgen,
- Errichtung oder Aufgabe von Zweigniederlassungen,

- Erwerb, Belastung und Veräußerung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten sowie Errichtung von Gebäuden,
- Aufnahme von langfristigen Krediten, sowie solche, durch die die im Wirtschaftsplan festgelegten Kreditlinien überschritten werden,
- jegliche Verträge der Gesellschaft mit Gesellschaftervertretern, Aufsichtsratsmitgliedern und Geschäftsführern oder ihnen nahe stehenden Personen,
- Wahl des Abschlussprüfers auf Vorschlag des Aufsichtsrates,
- Feststellung Jahresabschluss, Verwendung des Jahresergebnisses,
- Entlastung der Geschäftsführer und der Mitglieder des Aufsichtsrats,
- Genehmigung des Wirtschaftsplans nach vorheriger Beratung und Empfehlung durch den Aufsichtsrat.

Was die Beschlusskompetenzen eines gegebenenfalls einzurichtenden fakultativen Aufsichtsrates betrifft, so gibt es hierfür keinerlei gesetzliche Vorgaben. Denkbar wäre es jedoch, diesem die nachfolgenden Beschlusskompetenzen zuzuweisen:

- Durchführung von Investitionen, soweit nicht im Wirtschaftsplan enthalten,
- Abschluss, Änderung oder Beendigung von Miet-, Pacht-, und ähnlichen Verträgen mit einer Laufzeit oder Kündigungsfrist von über einem Jahr oder einer Jahresmiete oder –pacht von mehr als XX Euro,
- Bestellung und Abberufung von Prokuristen, General- und Handlungsbevollmächtigten sowie Abschluss, Änderung oder Auflösung der mit diesen zu schließenden Dienstverträge,
- Abschluss, Änderung und einvernehmliche Aufhebung von Anstellungs-, Dienstleistungs-, Geschäftsbesorgungs-, Beratungs- und ähnlichen Verträgen, sofern die Jahressumme XX Euro übersteigt oder mit einer längeren Kündigungsfrist als sechs Monaten,
- Übernahme von Bürgschaften, Abgabe von Patronatserklärungen oder Garantieverprechen, soweit diese nicht zum üblichen Geschäftsverkehr gehören,
- Gewährung von Darlehen,
- Einleitung von Aktivprozessen mit einem Streitwert von mehr als XX Euro, Abschluss von Vergleichen oder Erlass von Forderungen, soweit dies außerhalb des üblichen Geschäftsverkehrs geschieht,
- Vereinbarungen über Altersversorgungen, Gewinnbeteiligungen oder sonstige Zuwendungen an Belegschaftsmitglieder,

- Wahrnehmung der Gesellschaftsrechte bei Beteiligungsgesellschaften (sofern welche gegründet werden),
- Geschäfte mit besonderer Bedeutung.

Werden die zuvor getroffenen beispielhaften Regelungen in einem noch zu entwerfenden Gesellschaftsvertrag berücksichtigt, so kann sich die Gemeinde Barleben hiermit vergleichsweise umfangreiche Rechte zur Beteiligung an den Entscheidungen der Projektgesellschaft sichern und eine ausreichende Kontrolle sicherstellen. Eine konkrete Abstimmung der Zuständigkeiten der Organe muss hierbei vorgenommen werden. Wir erlauben uns allerdings darauf hinzuweisen, dass die Zuständigkeit des Aufsichtsrates bei Regelung aller zuvor stehenden Punkte schon sehr umfangreich ist und die Eigenständigkeit und Flexibilität einschränkt.

Bei einem Eigenbetrieb würden von den oben aufgeführten Kompetenzen der Gesellschafterversammlung der zu gründenden Gesellschaft die Punkte:

- Satzungsänderung,
- Feststellung Jahresabschluss, Verwendung Jahresgewinn, Behandlung Jahresverlust,
- Entlastung Betriebsleitung und Betriebsausschuss

der Beschlussfassung des Gemeinderates unterliegen.

Der Beschlussfassung durch den Gemeinderat unterliegen unter anderem auch Kreditaufnahmen, Vermögensverfügungen oder andere bestimmte Rechtsgeschäfte oberhalb der vom Gemeinderat festgelegten Grenze.

Die im Falle einer Gemeinderatsbefassung zu beachtenden Verfahrensschritte zur Vorabfassung der Fraktionen und von Ausschüssen des Gemeinderates machen im Regelfall einen zeitlichen Vorlauf von sechs bis acht Wochen erforderlich. Hinzu kommt, dass die Sitzungsfolgen in Gemeinden dieser Größenordnung teilweise noch längere Zeiträume umfassen, was die Prozesse potenziell verzögert.

Bei einer AöR würde eine Änderung der Unternehmenssatzung (als Pendant zur Änderung des Gesellschaftsvertrages einer GmbH) gemäß § 2 AnstG i. V. m. § 45 Abs. 2 Ziffer 1 KVG LSA ebenfalls der Beschlussfassung des Gemeinderates unterliegen. Alle übrigen genannten Kompetenzen der Gesellschafterversammlung einer GmbH würden bei einer AöR der Beschlussfassung des Verwaltungsrates unterliegen. Von den Kompetenzen des Aufsichtsrates der GmbH wären bei einer AöR die Beschlussfassungen zum Wirtschaftsplan und zur Bestellung von Abschlussprüfern dem Verwaltungsrat unterstellt, hinsichtlich der übrigen Zuständigkeitspunkte käme – bis auf den Punkt wesentliche Erweiterung von Unternehmenszweigen, Übernahme neuer Aufgaben – je nach Ausgestaltung der Unternehmenssatzung auch eine Zuständigkeit des Vorstandes der Anstalt in Frage.

Bezüglich der AÖR ist unter gremienrechtlicher Betrachtung hervorzuheben, dass bei ihr in Anlehnung an das Aktienrecht grundsätzlich gemäß § 5 Abs. 2 AnstG eine starke Stellung des Vorstandes vorgesehen ist, der zufolge der Vorstand die Anstalt in eigener Verantwortung führt. Direkte Weisungen von Seiten des Trägers der Anstalt können unter dieser Voraussetzung nicht ohne weiteres erteilt werden. Allerdings ist es gemäß § 5 Abs. 2 AnstG auch möglich in der Unternehmenssatzung der Anstalt hierzu etwas anderes zu bestimmen. Von daher können in der Unternehmenssatzung durchaus bezogen auf besondere Einzelfälle Weisungsrechte vorgesehen werden.

Hinsichtlich des Punktes wesentliche Erweiterung von Unternehmenszweigen sowie Übernahme neuer Aufgaben, der bei einer GmbH der Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung unterliegt, ist in kommunalrechtlicher Hinsicht festzuhalten, dass gemäß § 45 Abs. 2 Ziffer 9 KVG LSA natürlich auch bei der GmbH die wesentliche Erweiterung oder Einschränkung des Unternehmens grundsätzlich vorab der Beschlussfassung des Gemeinderates unterliegt. Eine alleinige Befassung des Aufsichtsrates der GmbH ist kommunalrechtlich nur insoweit möglich, als es innerhalb eines bereits vom Gemeinderat genehmigten Tätigkeitsumfangs um die konkrete Umsetzung geht.

Dieses grundsätzliche Privileg des Gemeinderates in Bezug auf wesentliche Unternehmenserweiterungen ist auch in Hinblick auf die Punkte der Umsetzung von Investitionen und den Erwerb und die Veräußerung von weiteren Beteiligungen der zu gründenden Gesellschaft zu beachten. Würde jedoch eine Erweiterung oder Einschränkung des Unternehmenszweckes durch die Geschäftsführung umgesetzt, so wird diese Umsetzung auch ohne entsprechende Vorabbeschlussfassung des Gemeinderates rechtswirksam. Die Rechtsaufsicht kann dann nur im Nachhinein veranlassen, dass entweder der fehlende Ratsbeschluss nachgeholt wird, oder, wenn dieser unterbleibt oder negativ ausfällt, die Rückabwicklung auferlegen.

Zweckverbände als Instrument der kommunalen Gemeinschaftsarbeit weisen deutlich restriktivere Regelungen hinsichtlich ihrer Ausgestaltung auf. Das beginnt bereits mit der Tatsache, dass sie für die gemeinsame Erfüllung von originär öffentlichen Aufgaben konzipiert sind. So regelt §15a GKG-LSA denn auch, "... (wenn) nur noch eine Gemeinde als Verbandsmitglied verbleibt, kann das verbleibende Verbandsmitglied den Formwechsel des Zweckverbandes in eine Anstalt öffentlichen Rechts oder eine Kapitalgesellschaft beschließen". Da es sich hier von vornherein nur um eine Mitgliedsgemeinde handeln würde, stellt sich bereits vor Gründung die Frage, warum keine der beiden alternativen Gestaltungsformen gewählt wird. Es ist zudem fraglich, ob ein Zweckverband, der nicht mindestens zwei öffentliche Mitglieder hat, von der Kommunalaufsicht genehmigt werden würde. Trotz dessen wird der Zweckverband hier hinsichtlich aller Kriterien mit untersucht.

Hinsichtlich der Kontrolle und Steuerung müssten die kommunalen Gebietskörperschaften gemäß § 6 Abs. 1 GKG-LSA die Mehrheit der Verbandsmitglieder stellen und die Mehrheit der Stimmen in der Verbandsversammlung des Zweckverbandes haben, sodass beides schon

darüber gesichert wäre. Allerdings widerspräche dies dem Ziel eines Gemeinschaftsunternehmens. Was die Verteilung der Beschlusszuständigkeiten betrifft, so sind diese mit den Zuständigkeiten einer Gesellschafterversammlung bei der GmbH weitestgehend vergleichbar. Ein dem Aufsichtsrat vergleichbares Organ ist nicht vorgesehen.

Die folgende Tabelle fasst die Bewertung zu diesem Kriterium zusammen, wobei nicht ausschließlich die Durchsetzung einer starken Kontrolle und Steuerung bewertet wurde, sondern auch die Möglichkeit, diese den speziellen Anforderungen des Einzelfalles flexibel anzupassen.

Eigenbetrieb	AöR	Zweckverband	GmbH
<ul style="list-style-type: none"> - Nachteile aufgrund der nicht gegebenen Rechtsfähigkeit - höhere Gremienkomplexität - mehr der Gemeinderatsbefassung unterliegende Geschäftsvorfälle - höhere Komplexität des Verfahrens - zusätzliche Gemeinderatsbeschlüsse für Investitionen - längere Verfahrensdauern bei kleineren Satzungsänderungen 	<ul style="list-style-type: none"> - Möglichkeiten der Gremienausgestaltung weitgehend mit der Rechtsform der GmbH vergleichbar - Beschlussfassung zur Unternehmenssatzung unterliegt grundsätzlich der Zustimmung des Gemeinderates 	<ul style="list-style-type: none"> - Beschlussfassung zur Änderung der Verbandssatzung unterliegt grundsätzlich der Zustimmung der Verbandsversammlung - Genehmigung der Kommunalaufsichtsbehörde notwendig 	<ul style="list-style-type: none"> - Befassung im Gemeinderat nur bei wesentlichen Änderungen des Unternehmens oder der Kapitalherauf- oder -herabsetzung - Geringfügige Satzungsänderungen jederzeit im Rahmen einer Gesellschafterversammlung möglich - Satzungsänderungen bedürfen in jedem Fall der notariellen Beurkundung
Weniger flexibel handhabbar	Weitgehend flexibel handhabbar	Weniger flexibel handhabbar	Flexibel handhabbar
(o)	(o)	(o)	(+)

6.2.2 Gremienbesetzung

In gremienrechtlicher Hinsicht ein potenzieller Nachteil des Eigenbetriebs ist der Umstand, dass sich die Mitgliedschaft im Betriebsausschuss, der einen Ausschuss des Gemeinderates darstellt, bis auf die gemäß § 8 Abs. 1 EigBG LSA vorzusehenden Beschäftigtenvertreter auf Mitglieder des Gemeinderates beschränkt. Das ist dann von Nachteil, wenn entweder aus

branchenbezogenen Gründen oder aufgrund der individuellen Voraussetzungen die Mitgliedschaft von einem oder mehreren fachlichen Experten im Aufsichtsgremium wünschenswert wäre.

Bei der AöR und der GmbH können auch nicht dem Gemeinderat angehörende Fachexperten in den Verwaltungsrat (AöR) oder den Aufsichtsrat (GmbH) gewählt werden. Dies ist unabhängig davon, dass der Gemeinderat gemäß § 131 Abs. 1 KVG LSA über das Bestimmungsrecht der von der Gemeinde zu entsendenden Vertreter in den Aufsichtsgremien ihrer Unternehmen in Privatrechtsform verfügt.

In der Rechtsform des Zweckverbandes ist die Berücksichtigung von Fachexperten in der Verbandsversammlung nur eingeschränkt möglich.

Eigenbetrieb	AöR	Zweckverband	GmbH
Einschränkungen bei der Einbeziehung von Fachleuten (im Betriebsausschuss)	Einbeziehung sachkundiger Dritter in Verwaltungsrat möglich	Einschränkungen bei der Einbeziehung von Fachleuten (in Verbandsversammlung)	Einbeziehung sachkundiger Dritter in Aufsichtsrat möglich
(-)	(+)	(-)	(+)

6.2.3 Möglichkeiten zur Beteiligung Dritter, Gründung von Tochtergesellschaften

Von den vier zu betrachtenden Rechtsformen besteht nur bei dem Eigenbetrieb keine Möglichkeit, Dritte zu beteiligen und so Know-how und Finanzbeteiligungen von Dritten zu akquirieren. Die GmbH ist vor allem dann sinnvoll, wenn nicht von vornherein feststeht, wie die genaue Anteilsverteilung aussehen soll, da Anpassungen der Gesellschafterstruktur leichter möglich sind, als etwa bei einer AöR und zudem dort private Dritte beteiligt werden können.

Gemäß der Gemeinde Barleben besteht gegenwärtig das Interesse gegebenenfalls zukünftig auch weitere Energiedienstleistungen unter Beteiligung der Gemeinde zu etablieren. Für die Umsetzung dessen ist es vorteilhaft, eine möglichst flexible Organisationsform zu wählen, an der sich z. B. für die Umsetzung von Projektgesellschaften im Rahmen der Investition in erneuerbare Energien auch weitere Gesellschaften beteiligen können. Von Vorteil in Sachen operativer Flexibilität kann fernerhin die Möglichkeit sein, wenn die Gesellschaft selbst Tochtergesellschaften gründen bzw. sich an einer anderen Gesellschaft beteiligen kann. Diese Möglichkeit ist sowohl in der Rechtsform der GmbH als auch in der Rechtsform der AöR und

des Zweckverbandes grundsätzlich gegeben, wohingegen diese Möglichkeit beim Eigenbetrieb nicht gegeben ist.⁶

Darüber hinaus ist in diesem Zusammenhang auch die Möglichkeit zu benennen, die zu gründende Gesellschaft als Tochter einer bestehenden Gesellschaft, wie etwa der Barleber Grundstücksentwicklungs- und Verwertungsgesellschaft mbH zu gründen. Für diese Form der Umsetzung wiederum ist die privatrechtliche Rechtsform der GmbH die einzige Lösung.

Demgegenüber ist der Einbezug bzw. die Mitgliedschaft Dritter am Zweckverband gemäß § 6 Abs. 1 GKG LSA durch natürliche und juristische Personen des Privatrechts möglich. Diese können Verbandsmitglieder sein, wenn es für die Erreichung des Zwecks von besonderer Bedeutung ist. Die kommunalen Gebietskörperschaften müssen die Mehrheit der Verbandsmitglieder stellen und die Mehrheit der Stimmen in der Verbandsversammlung des Zweckverbandes haben. Dies ist jedoch gemäß der vorliegenden Projektskizze bei nur zwei Beteiligten (Gemeinde Barleben und GETEC green energy AG) und dem angedachten Beteiligungsverhältnis von jeweils 50 % nicht umsetzbar. Darüber hinaus wäre die Gründung einer Tochtergesellschaft auch durch einen Zweckverband möglich, sofern dies für die Erfüllung seiner Aufgaben gemäß der Satzung erforderlich und dienlich ist.

Eigenbetrieb	AöR	Zweckverband	GmbH
Keine Beteiligung Dritter möglich	Beteiligung öffentlicher Dritter möglich	Mitgliedschaft öffentlicher Dritter möglich, Mitgliedschaft privater Dritter möglich, sofern kommunale Gebietskörperschaften Mehrheit besitzen	Beteiligung Dritter möglich
keine Tochtergründung möglich	Tochtergründung möglich	Tochtergründung möglich	Tochtergründung möglich
(-)	(o)	(o)	(+)

⁶ Es besteht zwar die Möglichkeit für die Gemeinde Barleben, eine weitere Gesellschaft zu gründen und diese dem wirtschaftlichen Eigentum des Eigenbetriebes zuzuordnen, so dass dieser wirtschaftlich eine eigene Beteiligung hält. Rechtlich bleibt diese Gesellschaft jedoch eine Tochter der Gemeinde Barleben mit allen damit verbundenen Rechten und Pflichten.

6.2.4 Vergaberechtliche Aspekte

Eigenbetrieb, AöR und Zweckverband unterliegen kraft ihrer öffentlichen Rechtsform dem öffentlichen Vergaberecht.

Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, ob die zu gründende Gesellschaft einen Sektorauftraggeber gemäß § 100 GWB darstellt und damit dem öffentlichen Vergaberecht unterliegt. Gemäß § 100 Abs.1 Satz 2 GWB sind natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts Sektorauftraggeber, sofern Sie eine Sektorentätigkeit gemäß § 102 ausüben oder öffentliche Auftraggeber gemäß § 99 Nr. 1 bis 3 auf diese Personen einzeln oder gemeinsam einen beherrschenden Einfluss ausüben können.

Derzeit ist gemäß Projektskizze ein Anteilsverhältnis der Gemeinde Barleben in Höhe von 50 % vorgesehen. Unter Berücksichtigung des § 100 Abs. 3 GWB liegt somit zwar aktuell kein beherrschender Einfluss vor, jedoch würde die Gesellschaft eine Sektorentätigkeit ausüben.

Somit ist die zu gründende Gesellschaft unabhängig von ihrer Rechtsform an das öffentliche Vergaberecht gebunden und verpflichtet, Aufträge oberhalb der Schwellenwerte gemäß § 100 GWB (zurzeit 5,225 Mio. € für Bauaufträge und 209.000 € (418.000 € als Sektorauftraggeber) für sonstige Liefer- und Dienstleistungsverträge) auszuschreiben⁷.

Allerdings ist festzuhalten, dass die Durchführung von Vergabeverfahren im Rahmen einer eigenständig rechtsfähigen Einheit (also AöR, Zweckverband oder GmbH) von den zu beachtenden Verfahrensabläufen her einfacher und flexibler gestaltet werden kann als beim Eigenbetrieb, wo aufgrund der nicht gegebenen Rechtsfähigkeit das für Vergaben zuständige Gremium einzubeziehen ist, welches angesichts der Größe der Gemeinde eher selten tagen dürfte.

Im Falle der Gründung einer GmbH ist bei Vergaben im Zusammenhang mit der Durchführung der verschiedenen Investitionsvorhaben gegebenenfalls der Aufsichtsrat einzubeziehen. Ansonsten ist prinzipiell eine Vergabe auf Grundlage einer Entscheidung der Geschäftsführung möglich. Grundsätzlich empfehlen wir jedoch, ab einer bestimmten Investitionshöhe den Aufsichtsrat zu involvieren. Insoweit sollte eine Regelung hierzu im Gesellschaftsvertrag bzw. in der Geschäftsordnung des Aufsichtsrates eine Ergänzung aufgenommen werden, der zufolge Investitionen ab einer bestimmten Höhe (z. B. 100.000 €) der Zustimmung des Aufsichtsrates unterliegen sollen. Da der Aufsichtsrat kurzfristiger z. B. für eine außerordentliche Sitzung einberufen werden kann, bleibt die Abwicklung einer Vergabe auch bei Involvierung des Aufsichtsrates vom Verfahrensaufwand her geringer als bei einem Eigenbetrieb. Bei der AöR gilt in dieser Hinsicht grundsätzlich das Gleiche wie für die GmbH. Auch hier hängt der interne Aufwand eines Ausschreibungsverfahrens maßgeblich davon ab, wie die Kompetenzen der Organe zueinander abgesteckt sind.

⁷ Die Schwellenwerte erscheinen auf den ersten Blick sehr hoch. Es sollte jedoch bedacht werden, dass die geplanten Verträge für Betriebsführung, Verwaltung und Abrechnung sowie Wartung über die Jahre hinweg durchaus den Betrag von 209.000 € bzw. 418.000 € überschreiten kann.

Eigenbetrieb	AÖR	Zweckverband	GmbH
öffentlicher Auftraggeber kraft Rechtsform	öffentlicher Auftraggeber kraft Rechtsform	öffentlicher Auftraggeber kraft Rechtsform	öffentlicher Auftraggeber per Gesetz
schwieriger durch Involvierung des Vergabeausschusses	einfacher und flexibler	einfacher und flexibler	einfacher und flexibler
(-)	(o)	(o)	(o)

6.2.5 Gründungskosten

Hinsichtlich des Gründungsaufwands ist der Eigenbetrieb sowohl von den Kosten als auch von den organisatorischen Erfordernissen her am wenigsten aufwendig. Zur Regelung der Rechtsverhältnisse und der Aufgabenverteilung ist vom Gemeinderat mit der Mehrheit der Stimmen aller Mitglieder eine Betriebsatzung zu beschließen. Eine Gründerperson wird nicht benötigt. Für das Stammkapital eines Eigenbetriebes gilt keine gesetzliche Mindesthöhe, es wird in angemessener Höhe festgesetzt. Ferner sind die Betriebsleitung sowie der Betriebsausschuss zu bestimmen. Für die Betriebsleitung sind gemäß § 5 Abs. 3 EigBG LSA im Rahmen einer Geschäftsordnung deren Zuständigkeiten zu regeln. Die Gründung ist bei der Rechtsaufsichtsbehörde genehmigungspflichtig. Notwendig ist schließlich die Eintragung ins Handelsregister.

Bei der Gründung einer AÖR gelten grundsätzlich die gleichen bzw. vergleichbaren Gründungsvoraussetzungen. Für die Höhe des Stammkapitals ist gleichfalls keine Mindesthöhe gesetzlich vorgegeben (vgl. hierzu § 8 AnstVO).

Bei der Gründung eines Zweckverbandes ist zu berücksichtigen, dass die zu vereinbarende Verbandssatzung gemäß § 8 Abs. 4 GKG LSA der Genehmigung der Kommunalaufsichtsbehörde bedarf. Zuvor muss hierfür die Ausgestaltung der Satzung durch einen entsprechenden Gemeinderatsbeschluss freigegeben werden. Die Kommunalaufsichtsbehörde hat die Verbandssatzung und ihre Genehmigung in ihrem amtlichen Veröffentlichungsblatt bekanntzumachen. Die kommunalen Verbandmitglieder haben in der für die Bekanntmachung ihrer Satzungen vorgesehenen Form auf die Veröffentlichung hinzuweisen. Der Zweckverband entsteht am Tage nach der öffentlichen Bekanntmachung der Verbandssatzung und der Genehmigung im Veröffentlichungsblatt der Kommunalaufsichtsbehörde, soweit nicht in der Verbandssatzung ein späterer Zeitpunkt bestimmt ist.

Bei der Gründung einer GmbH treten noch folgende Gründungsvoraussetzungen hinzu:

- eine oder mehrere Personen müssen als Gesellschafter zur Verfügung stehen,

- erforderlich ist ein Stammkapital von mindestens 25.000 Euro und
- die Gründung bedarf der notariellen Form, wobei der Gesellschaftsvertrag beurkundet wird. Darüber hinaus berät der Notar bei weiteren Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Gesellschaftsgründung. Es fallen hier zusätzlich Notarkosten an.

Notarkosten werden des Weiteren bei jeder Änderung des Gesellschaftsvertrages fällig. Daher ist es sinnvoll, nur die wichtigsten grundlegenden Fragen der GmbH im Gesellschaftsvertrag zu regeln. Detaillierte Regelungen zu den Kompetenzen von Geschäftsführung und Aufsichtsrat sollten dagegen nach Möglichkeit in Form von Geschäftsordnungen getroffen werden, welche nicht der notariellen Form bedürfen.

Eigenbetrieb	AöR	Zweckverband	GmbH
Gründung durch Gemeinderatsbeschluss und Eintrag ins Handelsregister	Gründung durch Gemeinderatsbeschluss und Eintrag ins Handelsregister	Gründung durch Gemeinderatsbeschluss, Vereinbarung Verbandssatzung in Verbandsversammlung	komplexere Gründungsvoraussetzungen durch Mindestkapital und Notar
geringe Anforderungen beim Gründungsakt	geringe Anforderungen beim Gründungsakt	Genehmigung durch Kommunalaufsichtsbehörde, Bekanntgabe im amtlichen Veröffentlichungsblatt	aufwändiger notarieller Gründungsakt
(+)	(+)	(o)	(-)

6.3 Personalrechtliche Aspekte

Die Betrachtung der personalrechtlichen Aspekte ist eher von theoretischer oder allenfalls prophylaktischer Natur. Die Gesellschaft soll als Projektgesellschaft über kein eigenes Personal verfügen. Die nötigen Personalkapazitäten sollen der Gesellschaft in der Planungs-, Bau- und Inbetriebnahmephase sowie im laufenden Betrieb über Geschäftsbesorgungsverträge zur Verfügung gestellt werden.

Die Gesellschaft soll von zwei Geschäftsführern gleichberechtigt geführt werden. Gegenwärtig ist beabsichtigt, diese als geringfügig Beschäftigte bei der Gesellschaft anzustellen. Streng genommen bräuchte es nicht einmal der Anstellung als geringfügig Beschäftigter, da die Geschäftsführer die Gesellschaft im Nebenamt führen könnten.

Sollte die Gesellschaft zu einem späteren Zeitpunkt doch einmal eigenes Personal benötigen, wäre folgendes zu beachten. Die Rechtsformen Eigenbetrieb, AöR und Zweckverband unterliegen als öffentliche Körperschaften dem öffentlichen Dienstrecht. Gegebenenfalls können auch Beamte eingestellt werden. In tariflicher Hinsicht unterliegen sie dem Tarifvertrag für den Öffentlichen Dienst (TVöD).

Insoweit sind die Möglichkeiten bei einem Eigenbetrieb, der AöR und dem Zweckverband mit ihrer Bindung an den TVöD eingeschränkt und wenig flexibel. Hier bietet die Rechtsform der GmbH sehr viel flexiblere Formen der Gehaltsgestaltung. Wir weisen allerdings darauf hin, dass auch Angestellte der Projektgesellschaft aus politischen Erwägungen häufig nach Tarif bezahlt werden. In Frage käme hier die Anwendung des AVEU, des Tarifvertrages der Arbeitgebervereinigung energie- und versorgungswirtschaftlicher Unternehmen Ostdeutschland.

Insoweit bleibt festzuhalten, dass unter personalrechtlichen Aspekten die Rechtsform der GmbH aufgrund einer flexibleren Lohn- und Gehaltsgestaltung Vorteile gegenüber den öffentlich-rechtlichen Organisationsformen aufweist. Wir empfehlen allerdings, dieses Kriterium in der vorliegenden Analyse hinsichtlich einer Vorteilhaftigkeit einer bestimmten Rechtsform niedrig zu gewichten und betrachten sie daher als neutral.

Eigenbetrieb	AöR	Zweckverband	GmbH
Nachteile aufgrund der tariflichen Bindung	Nachteile aufgrund der tariflichen Bindung	Nachteile aufgrund der tariflichen Bindung	Vorteile aufgrund flexiblerer Entlohnungssysteme
wenig flexibel	wenig flexibel	wenig flexibel	flexibel handhabbar
(o)	(o)	(o)	(o)

6.4 Mitbestimmungsrechtliche Aspekte

Mitbestimmungsrechtliche Aspekte haben bei der Gesellschaft, deren einzige Beschäftigte zwei geringfügig Beschäftigte Geschäftsführer im Nebenamt sein sollen, praktisch keine Relevanz. Selbst wenn die Projektgesellschaft aus Gründen der Vertretung und Erreichbarkeit vor Ort zu einem späteren Zeitpunkt ein oder zwei Beschäftigte haben sollte, ist dies mitbestimmungsrechtlich zu vernachlässigen. Daher sei hier nur kur einige grundsätzliche Ausführungen gemacht.

In Hinsicht auf eine betriebliche Personalvertretung sind die Unterschiede zwischen der öffentlichen und der privatrechtlichen Rechtsform vergleichsweise gering. Die Rechte von Betriebsräten bei privatrechtlichen Körperschaften und Personalräten bei öffentlichen Körperschaften sind ebenfalls grundsätzlich ähnlich.

Für die Rechtsformen Eigenbetrieb, AöR, Zweckverband und GmbH ist ab einer durchschnittlichen Anzahl von fünf Beschäftigten, von denen wiederum drei wählbar sein müssen, ein Personalrat bzw. ein Betriebsrat zu bilden.⁸

Was die Vertretung in den Aufsichtsorganen betrifft, so ist diese bei Eigenbetrieb, AöR⁹ und GmbH möglich, sofern bei der GmbH ein fakultativer Aufsichtsrat eingerichtet wurde.¹⁰ Die Rechtsform des Zweckverbandes sieht keine Vertretung in der Versammlung vor, da diese nur aus Vertretern der Mitglieder besetzt wird. Wir empfehlen, dieses Kriterium niedrig zu gewichten.

Eigenbetrieb	AöR	Zweckverband	GmbH
Bildung eines Personalrates ab fünf Mitarbeitern	Bildung eines Personalrates ab fünf Mitarbeitern	Bildung eines Personalrates ab fünf Mitarbeitern	Bildung eines Betriebsrates ab fünf Mitarbeitern möglich
Keine Vertretung der Beschäftigten im Betriebsausschuss unter fünf Mitarbeitern	Vertretung der Beschäftigten im Verwaltungsrat	Keine Vertretung der Beschäftigten in der Versammlung	ein Beschäftigter kann in den Aufsichtsrat gewählt werden (falls ein fakultativer AR gebildet werden sollte)
(o)	(o)	(-)	(o)

6.5 Haftungsrechtliche Aspekte

Grundsätzlich haften sowohl die GmbH als auch der Eigenbetrieb, die AöR oder der Zweckverband mit ihrem gesamten Vermögen für ihre eigenen Verbindlichkeiten.

Darüber hinaus haftet beim Eigenbetrieb aufgrund dessen Nichtrechtsfähigkeit die Gemeinde unbeschränkt. Bei der AöR haftet die Gemeinde im Rahmen ihrer Gewährträgerhaftung, d. h. die Gemeinde haftet unbeschränkt für Verbindlichkeiten der AöR, soweit nicht Befriedigung aus deren Vermögen zu erlangen ist. Bei mehreren Trägern der AöR haften diese Gesamtschuldnerisch, also auch für die Schulden anderer Beteiligter (vgl. § 4 AnstG).

⁸ Gemäß § 1 Landespersonalvertretungsgesetz Sachsen-Anhalt (PersVG LSA) werden in "...sonstigen Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts... Personalvertretungen gebildet. Zu den Verwaltungen ... gehören auch ... Eigenbetriebe." Zweckverbände sind Körperschaften öffentlichen Rechts. Gemäß § 12 PersVG LSA sind diese allerdings nur in "...Dienststellen, die in der Regel mindestens fünf Wahlberechtigte beschäftigen, von denen drei wählbar sind" zu wählen. § 1 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) regelt die Personalvertretung in privaten Rechtsformen.

⁹ Bei den öffentlichen Rechtsformen Eigenbetrieb ist gemäß § 8 Abs. 2 EigBG LSA, bei der AöR gemäß § 5 Abs. 4 AnstG, die Vertretung mindestens eines Beschäftigten im Betriebsausschuss bzw. im Verwaltungsrat vorgesehen. Bei Eigenbetrieben mit weniger als fünf Beschäftigten kann auf einen Vertreter der Beschäftigten im Betriebsausschuss verzichtet werden. Die Höchstzahl der Beschäftigtenvertreter ist jeweils auf ein Drittel der Gesamtanzahl der Vertreter in Betriebsausschuss bzw. Verwaltungsrat beschränkt.

¹⁰ Siehe zum fakultativen Aufsichtsrat Kapitel 6.2.1.

Die Mitglieder eines Zweckverbandes haften ebenfalls für die Verbindlichkeiten des Zweckverbandes unbegrenzt. Allerdings ist für die Finanzierung von Zweckverbänden geregelt, dass diese gemäß § 13 Abs. 1 des Gesetzes über kommunale Gemeinschaftsarbeit (GKG-LSA) "eine allgemeine Umlage (erheben), wenn die Erträge einschließlich der besonderen Umlagen die Aufwendungen nicht decken".

Bei der GmbH hingegen haftet ein Gesellschafter nur in Höhe seiner Stammeinlage.

Die Haftungsbeschränkung der GmbH stellt eindeutig einen Vorteil gegenüber den öffentlichen Rechtsformen Eigenbetrieb, AöR und Zweckverband dar.

Eigenbetrieb	AöR	Zweckverband	GmbH
unbeschränkte Haftung der Gemeinde	unbeschränkte Haftung der Gemeinde im Rahmen der Gewährträgerhaftung	unbeschränkte Haftung der Gemeinde	Haftungsbeschränkung der Gemeinde auf Stammeinlage
(-)	(-)	(-)	(+)

6.6 Steuerliche Aspekte

Bei der Betrachtung der steuerrechtlichen Belastung ist zunächst eine unterschiedliche Behandlung der öffentlich rechtlichen (Eigenbetrieb, AöR, Zweckverband) und der privatrechtlichen Rechtsformen (GmbH) zu verzeichnen. Begründet ist dies darin, dass Aktivitäten juristischer Personen des öffentlichen Rechts grundsätzlich nicht der Besteuerung unterworfen werden, weil der Staat sich nicht selbst besteuern soll. Ausnahmen hiervon beschäftigen derzeit jedoch zunehmend die Praxis und auch die Gerichte. Dies resultiert daraus, dass die öffentliche Hand sowohl umsatz- als auch ertragsteuerrechtlich grundsätzlich durch eine Nichtbesteuerung keinen Wettbewerbsvorteil erhalten sollte, der einem privaten Anbieter den Markteintritt erschweren könnte. In der Praxis finden sich jedoch auf nahezu allen Steuerrechtsgebieten unterschiedliche Behandlungen privater und öffentlicher Rechtsformen. Nachfolgend wird der Vergleich der Rechtsformen getrennt für die Ertragsteuern sowie die Umsatz- und Grunderwerbsteuer durchgeführt.

6.6.1 Ertragsteuern

Die Ertragsteuern stellen den Oberbegriff für die Einkommen-, Körperschaft- und Gewerbesteuer dar. Hierbei liegt bei den zu betrachtenden Rechtsformen der Fokus auf der Gewerbe- und Körperschaftssteuer, da die Einkommensteuer nur auf die Einkommen natürlicher Personen erhoben wird.

Kapitalgesellschaften unterliegen immer der Gewerbesteuer, wohingegen Betriebe gewerblicher Art (BgA) von juristischen Personen des öffentlichen Rechts gemäß § 2 Abs. 1 GewStDV nur der Gewerbesteuerbelastung unterliegen, sofern Sie mit ihrer Tätigkeit eine Gewinnerzielungsabsicht verfolgen. Hierzu gehören auch die Absicht der Gewinnerzielung und die Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr (§ 15 Abs. 2 Satz 1 EStG). Der mit der Gesellschaftsgründung einhergehende Zweck fällt typischerweise unter die Gewinnerzielungsabsicht und einer Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr, sodass von einem Gewerbebetrieb und damit der Gewerbesteuerbelastung auszugehen ist.

Der Begriff des BgA, der ausschließlich eine steuerrechtliche Konstruktion darstellt, wird in § 4 KStG rechtlich statuiert. Ein BgA ist demnach anhand des Vorliegens der folgenden Voraussetzungen definiert:

- Einrichtung von juristischen Personen des öffentlichen Rechts,
- nachhaltige Tätigkeit,
- wirtschaftliche Betätigung,
- Erzielung von Einnahmen,
- wirtschaftliche Heraushebung.

Die wirtschaftliche Betätigung einer Körperschaft kann in Form einer gewerblichen, selbstständigen sowie land- und forstwirtschaftlichen Tätigkeit erfolgen. Gemäß § 4 Abs. 3 KStG fallen Betriebe, die der Versorgung der Bevölkerung mit Wasser, Gas, Elektrizität oder Wärme, dem öffentlichen Verkehr oder dem Hafenbetrieb dienen, in die Definition eines BgA.

Nach § 1 Abs. 1 Nr. 6 KStG werden bei den juristischen Personen des öffentlichen Rechts die Betriebe gewerblicher Art von der (unbeschränkten) Steuerpflicht erfasst. Damit sind die Einkünfte aus einem BgA stets als Einkünfte aus Gewerbebetrieb zu behandeln und unterliegen somit auch der Körperschaftsteuer.

Demgegenüber ist die GmbH als Kapitalgesellschaft ebenfalls ertragssteuerpflichtig und unterliegt auf Ebene der Gesellschaft der Körperschaftsteuer, wobei die Gesellschafter die Gewinnausschüttungen (Dividenden) der Einkommensteuer unterwerfen müssen. Bei der Besteuerung der Ausschüttungen nach dem Einkommensteuergesetz auf Ebene der Gesellschafter wird der bereits erfolgten Belastung des Gewinns mit Körperschaftsteuer auf Ebene der Kapitalgesellschaft allerdings steuerlich Rechnung getragen. Die Kapitalgesellschaft unterliegt kraft Rechtsform der Gewerbesteuer und außerdem der Umsatzsteuer.

6.6.2 Umsatzsteuer

Die Umsatzbesteuerung der öffentlichen Hand ist im § 2 b UStG neu geregelt worden. Auch wenn die einzelnen Kommunen hier optieren können, bis zum Jahr 2020 weiterhin nach den bisherigen Regeln behandelt zu werden, erscheint die Beurteilung der hier zu erörternden

Projektgesellschaft und alternativer Rechtsformen anhand der Neuregelung sinnvoll, denn die Laufzeit der Gesellschaft liegt zum Überwiegenden Teil in der Zeit nach 2020. Die Neuregelung der Beurteilung der Unternehmereigenschaft lässt sich kurz zusammenfassen. Leistungen, welche nach alter Regelung aufgrund der Definition als BgA unter die Umsatzsteuerpflicht fielen werden zukünftig auch in den unternehmerischen Bereich des § 2 b UStG und damit in die Umsatzsteuerpflicht fallen. Dies trifft für den hier behandelten Sachverhalt zu.

Eine privatrechtliche Rechtsform ist bei entgeltlichen Leistungen immer Unternehmer und erfährt grundsätzlich eine Entlastung von der in Rechnung gestellten Umsatzsteuer durch das Recht auf Vorsteuerabzug.

6.6.3 Grunderwerbsteuer

Die Frage der Belastung mit Grunderwerbssteuer wiederum stellt zunächst die Frage des Vorhandenseins eines Vermögensübergangs vornan. Im Rahmen der vorliegenden Projektskizze ist die Einlage des Grundstücks durch die Gemeinde Barleben vorgesehen. Auf dem Grundstück mit einer Größe von circa 500 qm und einem Wert von 80 EUR/qm soll im Anschluss die Wärmeanlage/das Heizhaus errichtet werden.

Gemäß § 1 Grunderwerbsteuergesetz (GrEStG) unterliegt jegliche Form der Übereignung eines Grundstücks oder grundstücksgleichen Rechts der Grunderwerbsteuer. Der Grunderwerbsteuertarif beträgt gemäß § 11 GrEStG aktuell 3,5 % des Grundstückwertes. Dieser kann von jedem Bundesland individuell festgelegt werden und beträgt in Sachsen-Anhalt 5,0 %. Zu den grundstücksgleichen Rechten zählt auch das Erbbaurecht.

Damit unterläge die Übertragung des heutigen Grundstücks von der Gemeinde Barleben auf die zu gründende GmbH eindeutig der Grunderwerbsteuer. Unter Berücksichtigung der genannten Größe der Grundstücks und dem entsprechenden qm-Preis wird von einer zu entrichtenden Grunderwerbsteuer in Höhe von 2.000 € ausgegangen.

Bei der Übertragung des Grundstücks aus dem Haushalt der Gemeinde auf einen Eigenbetrieb würde mangels der Rechtsfähigkeit des Eigenbetriebs jedoch im rechtlichen Sinne keine Grundstücksübereignung vorliegen und mithin auch keine Grunderwerbsteuer anfallen.

Bei der AÖR und dem Zweckverband schließlich ist aufgrund der analog zur GmbH eigenständigen Rechtsfähigkeit grundsätzlich eine Grunderwerbsteuerpflicht gegeben. Zwar wird in § 4 Ziffer 1 GrEStG in Hinblick auf juristische Personen des öffentlichen Rechts ein Ausnahmetatbestand kodifiziert. Dieser betrifft aber nur den Grundstücksübergang aus Anlass des Übergangs von öffentlich-rechtlichen Aufgaben von der einen auf die andere juristische Person des öffentlichen Rechts und postuliert, dass das Grundstück nicht überwiegend einem Betrieb gewerblicher Art dient.

Grundsätzlich bestehen auch Möglichkeiten zur Vermeidung der Grunderwerbsteuer. Diese bedingen jedoch, dass das rechtliche Eigentum des Grundstücks weiterhin bei der Gemeinde

verbleibt. Da gemäß der Projektskizze das Grundstück jedoch zum Kapitalaufbau in die zu gründende Gesellschaft eingebracht werden soll ist auch der Übergang des juristischen Eigentums notwendig.

Im Ergebnis muss festgehalten werden, dass der steuerliche Unterschied in der praktischen Umsetzung des Vorhabens einzig bei der Grunderwerbsteuer besteht, jedoch im Umfang von ca. 2.000 € vernachlässigbar ist.

Eigenbetrieb	AöR	Zweckverband	GmbH
Ertragsteuern fallen im Rahmen der BgA-Definition an	Ertragsteuern fallen im Rahmen der BgA-Definition an	Ertragsteuern fallen im Rahmen der BgA-Definition an	Ertragsteuern fallen an
USt für Entgelte fallen im Rahmen der BgA-Definition an	USt für Entgelte fallen im Rahmen der BgA-Definition an	USt für Entgelte fallen im Rahmen der BgA-Definition an	USt für Entgelte fällt an
keine Grunderwerbsteuer	Grunderwerbsteuer fällt an bzw. nur aufwändig vermeidbar	Grunderwerbsteuer fällt an bzw. nur aufwändig vermeidbar	Grunderwerbsteuer fällt an bzw. nur aufwändig vermeidbar
(+)	(o)	(o)	(-)

6.7 Wirtschaftlich-finanzielle Auswirkungen

Für die Beurteilung der wirtschaftlich-finanziellen Auswirkungen wurde im Rahmen der Erstellung der Projektskizze zur Errichtung der Wärmeversorgungsanlage auch ein Businessplan über 20 Jahre (2017 bis 2037) durch die Firma GETEC green energy AG erarbeitet. Dieser bildet die Grundlage für die Beurteilung der Entwicklung der Ertragsituation und die wirtschaftlich-finanziellen Auswirkungen der Umsetzung des Vorhabens. Für diese Beurteilung wurden mehrere Ausgestaltungsvarianten der Umsetzung in Form von Businessplänen erarbeitet. Nachfolgend sind die Businessplanbestandteile zusammengefasst:

Variante 1: Nahwärmenetz für 51 Einfamilienhäuser inkl. entsprechende dezentrale Erzeugungseinrichtung im Wohngebiet "Schinderwuhne Süd"; 100 % Anschluss,

Variante 2: Zu den 51 Einfamilienhäusern werden weitere 10 Häuser (20 sind auf Privatgrundstücken innerhalb des B-Planes Wohngebiet „Schinderwuhne Süd“ geplant) dazu genommen,

Variante 3: In 5 Jahren nach Erstinbetriebnahme der Versorgung Wohngebiet „Schinderwuhne Süd“ ist die Versorgung eines weiteren Wohngebietes („Schinderwuhne Nord“) auf einem angrenzenden Gebiet im Norden geplant. In diesem Zuge kön-

nen 3 Wohnblöcke mit je 12 Wohneinheiten (Gemeindeeigentum: 36 WE) direkt neben dem neu entstehenden Wohngebiet mit angeschlossen werden. Die Heizungen in den Wohnblöcken wären in diesem Zusammenhang zu erneuern. Die Variante 3 stellt eine zusätzliche Maßnahme dar und macht ergänzende Investitionen notwendig.

Der grundlegende Businessplan (Variante 1) geht davon aus, dass die Anzahl von 51 Einfamilienhäusern in dem Gebiet tatsächlich auch vollständig an das Nahwärmenetz angeschlossen werden. Somit wird vom Anschluss aller derzeit mindestens angedachten Nutzer ausgegangen. Hierbei erfolgt für das Jahr 2018 die Annahme einer Anschlussleistung in Höhe von 20 %, in 2019 in Höhe von 60 % und ab dem Jahr 2020 in Höhe von 100 % also 51 Einfamilienhäusern.

Im Plan wird von einer Gesamtinvestition in die Anlagen (Blockheizkraftwerk inklusive Netz) in Höhe von 665.000 € ausgegangen. Diesen Investitionskosten werden in der Planung 4.500 € Baukostenzuschuss je Anlage gegenübergestellt. Die Leistungen wie Betriebsführung, Wartung, Verwaltung werden darüber hinaus als Leistungen externer Dritter dargestellt und mit einer entsprechenden jährlichen Preissteigerung berücksichtigt. Demnach führt die zu gründende Gesellschaft keine operative Tätigkeit aus, sodass sich hieraus keine Personalkosten, sondern Aufwendungen für fremdbezogene Leistungen ergeben. Die berücksichtigten Aufwendungen ergeben sich ausschließlich aus dem laufenden Betrieb der Anlagen.

Gemäß dem vorliegenden Businessplan ergibt sich somit unter Berücksichtigung der genannten Eckwerte ein durchschnittliches jährliches Ergebnis nach Steuern in Höhe von ca. 7.500 €. Das Ergebnis schwankt dabei zwischen -33.000 € im Jahr 2017, 30.000 € im Jahr 2018, in dem die ertragswirksame Auflösung der Zuschüsse abgebildet wird, bis ca. 15.000 € zum Beispiel im Jahr 2023. Aus der Betrachtung der Variante 1 ergibt sich ein Mittelwert der Verzinsung des eingesetzten Kapitals (ROCE)¹¹ vom (EBT)¹² in Höhe von 4,98 %. Das eingesetzte Kapital verzinst sich somit mit durchschnittlich 4,98 %.

Die Finanzierung der Gesellschaft erfolgt durch eine Darlehensaufnahme in Höhe von 585.000 €. Demgegenüber wird Eigenkapital durch die GETEC in Form von Planungsleistung im Umfang von 40.000 € und die Einlage des Grundstücks durch die Gemeinde Barleben im Gegenwert von 40.000 € erbracht.

Durch die Erweiterung des Businessplanes ergibt sich in der Variante 2 der Anschluss von 61 Einfamilienhäusern. Um dies umzusetzen, ist jedoch anstatt der bisherigen Investitionssumme von 665.000 € (Variante 1) eine Gesamtinvestition in die Anlagen von 810.200 € notwendig. Im Ergebnis der Umsetzung der Variante 2 ergibt sich ein durchschnittliches jährliches

¹¹ ROCE: Return on Capital Employed: Ergebnis auf das eingesetzte Kapital, Als eingesetztes Kapital wird beim ROCE lediglich langfristiges Kapital betrachtet, bestehend aus Eigenkapital und langfristigem Fremdkapital. Als Ergebnis wird hier das EBT verwendet.

¹² EBT: Earnings before Taxes: Ergebnis/Gewinn vor Steuern.

Ergebnis nach Steuern in Höhe von ca. 11.900 €. Das Ergebnis schwankt dabei zwischen -33.000 € im Jahr 2017, 41.000 € im Jahr 2018, in dem die ertragswirksame Auflösung der Zuschüsse abgebildet wird, bis ca. 29.000 € zum Beispiel im Jahr 2029. Aus der Betrachtung der Variante 2 ergibt sich ein Mittelwert der Verzinsung des eingesetzten Kapitals (ROCE) vom (EBT) in Höhe von 7,44 %. Das eingesetzte Kapital verzinst sich somit mit durchschnittlich 7,44 %.

In der separat zu betrachtenden Option der späteren Erweiterung des Wohngebietes „Schinderwuhne Süd“ durch die Erschließung des anschließenden Gebietes „Schinderwuhne Nord“ (Variante 3) ergibt sich die Möglichkeit der weiteren dezentralen Versorgung von 49 Einfamilienhäusern sowie von 3 bestehenden Wohnblöcken im Eigentum der Gemeinde Barleben. Hierfür werden zusätzliche Gesamtinvestitionen von 673.700 € kalkuliert. Aus dieser nachträglichen Erweiterung wiederum ergäbe sich gemäß der aktuellen Kalkulation ein durchschnittliches jährliches Ergebnis nach Steuern in Höhe von ca. 9.300 €. Das Ergebnis schwankt hierbei zwischen -33.000 € und 33.000 €. Aus der Betrachtung der Variante 3 ergibt sich ein Mittelwert der Verzinsung des eingesetzten Kapitals (ROCE) vom (EBT) in Höhe von 5,67 %.

Unabhängig von dem konkreten Businessplan können die Rechtsformen der AöR, des Zweckverbandes und der GmbH bei Dritten Kredite aufnehmen, ohne damit den Haushalt der Gemeinde zu belasten. Diese Rechtsformen sind demnach flexibler in der Fremdfinanzierung als der Eigenbetrieb. Die Kreditaufnahmen des Eigenbetriebes würden im Haushalt der Gemeinde erfolgen (vgl. hierzu Kapitel 6.8).

Hinsichtlich der Finanzierungsbedingungen weist der Eigenbetrieb, der sich als Teil der Kommune zu Kommunalkreditkonditionen finanzieren kann, einen leichten Vorteil auf. Für die AöR als öffentliche Körperschaft gelten vor dem Hintergrund von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung kommunalkreditähnliche Konditionen. Diese sind auch für die Rechtsform des Zweckverbandes anzunehmen. Bei einer GmbH hingegen können kommunalkreditähnliche Konditionen unter Umständen im Wege der Ausreichung einer Bürgschaft der Gemeinde erzielt werden.

Die Gesellschafterstellung der Gemeinde allein hat auf die Konditionsgestaltung einen geringeren Einfluss. Die Kreditkonditionen sind dann von der Risikoeinschätzung des ausreichenden Kreditinstitutes abhängig. Insofern erfolgt hier auch noch eine Überprüfung der Wirtschaftlichkeit der Investition durch einen renditeorientierten und risikobewussten Dritten, der nur bereit sein wird, die entsprechenden Mittel auszureichen, wenn deren sinnvoller Einsatz garantiert ist.

Gelingt es der GmbH im Zusammenwirken mit der Gemeinde dennoch Kommunalkreditkonditionen auszuhandeln, so ergibt sich kein finanzieller Nachteil. Da aber nicht per se davon ausgegangen werden kann, steht dem Vorteil der haushaltsneutralen Finanzierung von In-

vestitionsmaßnahmen gegebenenfalls ein finanzieller Nachteil bei den Kreditkonditionen gegenüber.

Der Vorteil des Eigenbetriebs in wirtschaftlicher Hinsicht liegt in dem bereits erläuterten Nichtanfallen der Grunderwerbsteuer (vgl. hierzu Kapitel 6.6.3). Daneben sind auch noch die Notarkosten bei Gründung zu nennen (vgl. hierzu Kapitel 6.2.5). Die ertragssteuerlichen Fragen und diesbezüglichen Unterschiede können hier vernachlässigt werden, da sie wie erläutert aufgrund der gegebenen Gewinnerzielungsabsicht zu einer Gleichbehandlung der betrachteten Rechtsformen führt (vgl. hierzu Kapitel 6.6.1).

Hinsichtlich der Rechnungslegungsvorschriften gelten für alle vier Rechtsformen aufgrund der kommunalrechtlichen Vorgaben in § 133 KVG LSA grundsätzlich die gleichen Vorschriften. Hinsichtlich Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung des Eigenbetriebs sind gleichwohl die eigenen Formulare gemäß §§ 7 und 8 EigVO LSA zu beachten.

Für die Beurteilung der Planung muss darüber hinaus berücksichtigt werden, dass die Gründungskosten nicht im Businessplan abgebildet sind und separat zu berücksichtigen sind (siehe 6.2.5).

Grundsätzlich ist bei der Analyse der vorliegenden Businessplanung Nachfolgendes festzustellen. Die Beurteilung der wirtschaftlich-finanziellen Auswirkungen ist von der Rechtsform nur im Zusammenhang mit der steuerlichen Wirkung sowie der gegebenenfalls verschiedenen Kreditkonditionen unterschiedlich (siehe hierzu Kapitel 6.6). Alle weiteren Aspekte der vorliegenden Planung sind von der Rechtsform unabhängig, da sie sich auf die operative Umsetzung des Vorhabens konzentrieren.

Ebenso unabhängig von der Wahl der Rechtsform ist unter Berücksichtigung der bereits dargestellten Eckwerte der Planung festzuhalten, dass bei einem kumulierten Bilanzgewinn für den Zeitraum von 20 Jahren in Höhe von ca. 158.000 € bei der Variante 1 oder auch ca. 250.000 € bei der Variante 2 jedwede Änderung an den Planungsprämissen zu einer entsprechenden Verschlechterung oder auch negativen Entwicklung der Wirtschaftlichkeit des Vorhabens führen kann. Insoweit sollte unter Berücksichtigung der Wirtschaftlichkeit die Variante 2 die Vorzugsvariante für die Umsetzung darstellen. Darüber hinaus führen jedoch insbesondere die volatilen Preisentwicklungen am Strommarkt und auch die derzeit schwer einzuschätzende Stabilität in der Energiepolitik zu einem entsprechenden Risiko für die Planung. Unter Berücksichtigung dieser Risiken würden wir einen geplanten Mindestwert des ROCE in Höhe von 6 % empfehlen.

Demgegenüber wurde jedoch auch noch nicht die Möglichkeit der Einbeziehung von Fördermitteln im Rahmen des Klimaschutzprogrammes 2020 des Landes Sachsen-Anhalt berücksichtigt, wodurch sich gegebenenfalls die Wirtschaftlichkeit der Umsetzung verbessern lassen könnte.

Zwar besteht auch die Möglichkeit die volatilen Entwicklungen der Preise und des Marktes in Form der Anpassung der Preise auf die Nutzer umzulegen, jedoch würde dies im Anschluss auch mit dem Risiko der Abnahme der Nutzer einhergehen, was die wirtschaftliche Umsetzung des Gesamtvorhabens sowie die potentielle Erweiterung des Geschäftsmodells erschwert.

Mögliche weitere Versorgungsoptionen für die zu gründenden Gesellschaft ergeben sich zum Beispiel in:

- der zusätzliche Wärmeversorgung des Hotel Sachsen-Anhalt in ca. 150 m Entfernung vom Wohngebiet "Schinderwuhne Süd" mit einem Wärmebedarf ca. 357.000 kWh im Jahr (Wert aus 2015),
- dem Anschluss von 30 Wohneinheiten im Kornblumenweg (östlich in ca. 250 m Entfernung vom Wohngebiet „Schinderwuhne Süd“ – mündliche Interessenbekundung der verantwortlichen Simchen Immobilien Verwaltungs GmbH wurde abgegeben),
- oder der möglichen weitere Medienversorgung (Strom, DSL) der Wohngebiete.

Die Wirtschaftlichkeit dieser Erweiterungsoptionen wurde jedoch bislang nicht weiter untersucht, sodass keine Beurteilung der wirtschaftlichen Auswirkungen auf den Businessplan vorgenommen werden kann. Die möglichen Erweiterungen müssen im Rahmen der Planung auf ihre Wirtschaftlichkeit sowie die hierin enthaltenen Risiken untersucht werden.

Eigenbetrieb	AöR	Zweckverband	GmbH
Risiko der Wirtschaftlichkeit des Vorhabens besteht über alle Rechtsformen einheitlich und ist abhängig von der konkreten Umsetzung			
Risiko trägt die Kommune alleine	Risiko trägt die Kommune als Anstaltslast alleine	Risiko würden beide Partner tragen	Risiko tragen beide Partner gleichermaßen
Unflexiblere Finanzierung	Flexiblere Finanzierung möglich	Flexiblere Finanzierung möglich	Flexiblere Finanzierung möglich
Kommunalkreditkonditionen	Kommunalkreditkonditionen	Kommunalkreditkonditionen	Kommunalkreditkonditionen u.U. schwerer erzielbar
(-)	(o)	(o)	(o)

6.8 Auswirkungen auf den Haushalt

Alle vier Rechtsformen werden im Haushalt der Gemeinde netto abgebildet, d. h. in Form der gegebenenfalls zu gewährenden Kapitalausstattung, in Form von über den Haushalt zu leitenden Investitionszuschüssen oder auch gegebenenfalls notwendige Betriebskostenzuschüssen. Die Errichtung der Gesellschaft soll durch die Gemeinde Barleben zum einen durch die Einlage des Grundstücks (Wert: 40.000 €) für die Errichtung der Wärmeanlage/des Heizhauses sowie in Form einer Bareinlage in Höhe von 7.805 € erfolgen. Darüber hinaus sind im Rahmen der Gründung keine weiteren Mittelzuwendungen geplant. Demgegenüber wird durch die Gewinnerzielungsabsicht in der Zukunft eine laufende Gewinnausschüttung erwartet, welche entsprechend als Ertrag und Einzahlung im Haushalt zu verbuchen wären.

Eigenbetrieb	AöR	Zweckverband	GmbH
Betriebs- und Investitionszuschüsse im Haushalt der Gemeinde			
Investitionsfinanzierung im Haushalt der Gemeinde	Investitionsfinanzierung nicht im Haushalt der Gemeinde	Investitionsfinanzierung nicht im Haushalt der Gemeinde	Investitionsfinanzierung nicht im Haushalt der Gemeinde
Gewinnausschüttung als Ertrag und Einzahlung			
(-)	(o)	(o)	(o)

Bei einem Eigenbetrieb ist schließlich noch zu beachten, dass die Kredite, die zur Finanzierung der Investitionen benötigt werden, ebenfalls über den Haushalt der Gemeinde beantragt werden müssten.

6.9 Auswirkungen auf die Entgeltgestaltung

Bei der zu errichtenden Gesellschaft für die Wärmeversorgung in Barleben "Schinderwuhne Süd" bestehen die Entgelte aus dem Grundpreis und dem Arbeitspreis für das Wärmeerzeugnis. Dabei beruht die Preisgestaltung auf einer internen Kostenkalkulation und hängt darüber hinaus gemäß der vorliegenden Projektskizze und dem zugehörigen Businessplan auch von der Förderung der KWK-Anlage und dem Strompreis für den Eigenstromverbrauch der Anlage ab. Dabei spielen neben den Kostenstrukturen der Anlage auch energiepolitische Rahmenbedingungen eine Rolle bei der Preisgestaltung.

Größter Einflussfaktor auf die Preisgestaltung sind die durchzuführenden Investitionen im Rahmen der Errichtung der Wärmeerzeugungsanlagen. Für alle vier Rechtsformen gelten hinsichtlich der durchzuführenden Investitionen die gleichen Rahmenbedingungen. Die Investitionen verursachen zum einen zusätzliche Finanzierungskosten, welche die Notwendigkeit einer Refinanzierung durch die Grund- und Arbeitspreise bedingen. Andererseits dienen gegebenenfalls höhere Investitionskosten für eine größere Effizienz des Systems und führen im Umkehrschluss zu geringerem Energieverbrauch.

Grundsätzlich erfolgt im Rahmen der Wärmepreisgestaltung die Orientierung an derzeitigen alternativen Wärmequellen (z.B. individuelle Errichtung einer Gasheizung durch den Nutzer) mit dem Ziel, langfristig planbare und attraktive Preise sowie die Versorgungssicherheit sicherzustellen.

Die Entgelte (Grundpreis und Arbeitspreis) unterliegen unabhängig von der Rechtsform der Umsatzsteuer (siehe hierzu 6.6.2).

Eigenbetrieb	AöR	Zweckverband	GmbH
In Hoheit der Gemeinde	Prinzipiell eigenverantwortlich aber per Weisung an Gemeinde gebunden	In Hoheit der Gemeinde	GmbH eigenverantwortlich
Höhe unabhängig von der Rechtsform	Höhe unabhängig von der Rechtsform	Höhe unabhängig von der Rechtsform	Höhe unabhängig von der Rechtsform
(o)	(o)	(o)	(o)

7 Zusammenfassende Empfehlung

Unter Abwägung sämtlicher hier untersuchter Kriterien empfehlen wir die Rechtsform der GmbH als günstigste Organisationsform für die Betreibung der Projektgesellschaft gemäß der vorliegenden Projektskizze.

Folgende als besonders wichtig angesehene Kriterien führten zu der Empfehlung:

- Das wirtschaftlich sinnvolle Modell der angestrebten Öffentlich-Privaten-Partnerschaft lässt sich streng genommen nur in der GmbH umsetzen.
- Die Freiheit bei der Gestaltung der Zustimmungserfordernisse der Gremien bei der GmbH erlaubt es, die Interessen der Gemeinde zu wahren und der Gesellschaft dennoch so viel Flexibilität im operativen Geschäft zu ermöglichen, wie für die Realisierung des Konzeptes notwendig ist.

- Ertragssteuerlich sind alle vier Rechtsformen neutral zu beurteilen. Einzig bei der Grunderwerbssteuer hat die Rechtsform des Eigenbetriebes geringfügige Vorteile.
- Hinsichtlich der haftungsrechtlichen Aspekte weist die GmbH als einzige Rechtsform die Möglichkeit der Beschränkung der Haftung durch die Gemeinde auf.
- Die zukünftige Beteiligung Dritter ist ebenfalls leichter bei einer GmbH möglich als bei den anderen Rechtsformen.

Auch wenn diese Aspekte der größeren operativen Flexibilität nur sehr schwer in Form von wirtschaftlichen Auswirkungen dargestellt werden können, sind wir der Auffassung, dass auf mittelfristige Sicht diese Aspekte den einmaligen wirtschaftlichen Vorteil des Eigenbetriebs in Hinblick auf die Grunderwerbsteuer mehr als aufwiegen.

Darüber hinaus müssen wir unter Berücksichtigung der tatsächlichen Planung darauf hinweisen, dass die Risiken, welche mit der Umsetzung des Vorhabens einhergehen, unabhängig von der Rechtsformwahl bestehen. Sowohl die vollständige Erfüllung der Anschlussleistung in dem Wohngebiet als auch die unterstellte Stabilität der energiepolitischen Rahmenbedingungen sind mit einem hohen Risiko verbunden. Dieses Risiko kann unabhängig von der Rechtsformwahl schnell zur Veränderung der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit führen.

Aus diesem Grund sollte es von der Gemeinde Barleben aus Haftungsgesichtspunkten in Erwägung gezogen werden, die Beteiligung an der Projektgesellschaft von der Barlebener Grundstücksentwicklungs- und Verwertungsgesellschaft mbH halten zu lassen. Der Unternehmenszweck der Projektgesellschaft steht in unmittelbarem inhaltlichen Zusammenhang mit deren beabsichtigten Grundstücksgeschäften. Da die Barlebener Grundstücksentwicklungs- und Verwertungsgesellschaft mbH "...als untergeordnete Nebenaktivitäten alle Geschäfte betreiben (darf), die den Gesellschaftszweck unmittelbar oder mittelbar zu dienen geeignet sind" sollte allerdings geprüft werden ob der Gesellschaftszweck gegebenenfalls anzupassen ist.

Die Ergebnisse der Analyse der Rechtsformen sind in der nachfolgenden Übersicht zusammengefasst.

Rechtsformen		Eigenbetrieb	AöR	Zweckverband	GmbH
Vergleichskriterien					
Organisatorische Aspekte	Kontroll- und Steuerungsmöglichkeiten	(o)	(o)	(o)	(+)
	Gremienbesetzung	(-)	(+)	(-)	(+)
	Beteiligung Dritter, Gründung von Tochtergesellschaften	(-)	(o)	(o)	(+)
	Vergaberechtliche Aspekte	(-)	(o)	(o)	(o)
	Gründungskosten	(+)	(+)	(o)	(-)
Personalrechtliche Aspekte		(o)	(o)	(o)	(o)
Mitbestimmungsrechtliche Aspekte		(o)	(o)	(-)	(o)
Haftungsrechtliche Aspekte		(-)	(-)	(-)	(+)
Steuerrechtliche Aspekte		(+)	(o)	(o)	(-)
Wirtschaftlich-finanzielle Auswirkungen		(-)	(o)	(o)	(o)
Auswirkungen auf den Haushalt		(-)	(o)	(o)	(o)
Auswirkungen auf die Entgeltgestaltung		(o)	(o)	(o)	(o)

8 Anlagen

- Anlage 1: Gegenüberstellung der grundlegenden Wesensmerkmale der vier Rechtsformen
- Anlage 2: Projektskizze - Errichtung einer zentralen Wärmeversorgungsanlage mit Wärmetrasse für das geplante Neubaugebiet „Schinderwuhne Süd“ in der Gemeinde Barleben und Businessplan

Anlage 1:

	Eigenbetrieb	AÖR	Zweckverband	GmbH
Rechtsfähigkeit	nicht rechtsfähiges öffentliches Unternehmen	Juristische Person des öffentlichen Rechts	Juristische Person des öffentlichen Rechts	Juristische Person des privaten Rechts
Kommunale Anbindung	organisatorisch und wirtschaftlich un-selbstständig Sondervermögen der Gemeinde	Haushalts- und vermögensseitige Trennung des Gemeinde- und Gesellschaftsvermögens	Haushalts- und vermögensseitige Trennung des Gemeinde- und Gesellschaftsvermögens	Haushalts- und vermögensseitige Trennung des Gemeinde- und Gesellschaftsvermögens
Gründung	Beschluss des Gemeinderates Anmeldung zum Handelsregister	Beschluss des Gemeinderates Anmeldung zum Handelsregister	Beschluss des Gemeinderates Genehmigung der Verbandssatzung durch Kommunalaufsicht Bekanntgabe im amtlichen Veröffentlichungsblatt	Beschluss des Gemeinderates Anzeige bei der Rechtsaufsicht Gründungskosten (z. B. Notar, Handelsregistereintragung, GrEST bei Grundstücksübertragung)
Eigenkapitalausstattung	Angemessene Ausstattung mit Stammkapital, das in der Satzung festzuhalten ist	Angemessene Ausstattung	Angemessene Ausstattung finanziert durch Umlagen	Stammkapital mind. 25.000,00 €
Rechnungslegung	Doppelte Buchführung	Doppelte Buchführung	Doppelte Buchführung	Doppelte Buchführung
Haftung	Gemeinde haftet unbeschränkt	Gemeinde haftet unbeschränkt als Gewährträger	Gemeinde haftet unbeschränkt	beschränkt mit dem Gesellschaftsvermögen
Organe	Betriebsleitung (fakult.) Betriebsausschuss (fakultativ) Gemeinderat Bürgermeister Personalrat	Vorstand Verwaltungsrat Gemeinderat Bürgermeister Personalrat	Verbandsversammlung Verbandsgeschäftsführer	Geschäftsführung Gesellschafterversammlung Aufsichtsrat (unter 500 AN fakultativ) Betriebsrat (auf Antrag der Mitarbeiter)
	<u>Betriebsleitung:</u> wird vom Gemeinderat gewählt Informationspflichten gegenüber Bürgermeister und Kämmerer eingeschränkte Selbstständigkeit <u>Bürgermeister:</u> starke Stellung (weisungsbefugt) <u>Gemeinderat:</u>	<u>Vorstand:</u> weitgehende Auskunfts- und Einsichtsrechte des Gesellschafters alleinige, uneingeschränkte Vertretungsmacht nach außen flexible, unabhängige Wirtschaftsführung <u>Bürgermeister:</u>	<u>Verbandsversammlung:</u> Besteht aus je einem Vertreter (mit je einer Stimme) der Verbandsmitglieder <u>Verbandsgeschäftsführer:</u> Mit Dienstvertrag oder beamtet, ist Vertreter und leitet die Verwaltung	<u>Geschäftsführung:</u> weitgehende Auskunfts- und Einsichtsrechte der Gesellschafter alleinige, uneingeschränkte Vertretungsmacht flexible, unabhängige Wirtschaftsführung <u>Bürgermeister:</u> starke Stellung

	Eigenbetrieb	AöR	Zweckverband	GmbH
	entscheidet in allen Angelegenheiten, die nicht in den Entscheidungsbefugnissen des Betriebsleiters oder Bürgermeisters liegen kann Entscheidungsbefugnisse an Betriebsausschuss delegieren	starke Stellung (weisungsbefugt bei entspr. Satzungsregelung) <u>Gemeinderat:</u> im Innenverhältnis Weisungsrecht gegenüber dem Vorstand Möglichkeit der direkten Einflussnahme deutlich geringer	sowie laufende Geschäfte <u>Gemeinderat:</u> Vertreter einer kommunalen Gebietskörperschaft ist an die Beschlüsse des ihn entsendenden Verbandsmitgliedes gebunden	(weisungsbefugt) <u>Gemeinderat:</u> im Innenverhältnis Weisungsrecht gegenüber dem Gesellschafter Möglichkeit der direkten Einflussnahme deutlich geringer
Personal	Besoldung nach öffentlich rechtlicher Ordnung sehr begrenzte Möglichkeit zu leistungsbezogenen Anreizsystemen	Besoldung nach öffentlich rechtlicher Ordnung sehr begrenzte Möglichkeit zu leistungsbezogenen Anreizsystemen	Vertreter der Verbandsmitglieder sind ehrenamtlich tätig und erhalten Auslagenersatz und Aufwandsentschädigung; Besoldung des Verbandsgeschäftsführers gemäß § 2 KomBesVO LSA	Tarifverträge, dadurch größere Flexibilität (bei Überführung vom Eigenbetrieb zur GmbH jedoch starke Schutzklauseln) Möglichkeit zu leistungsbezogenen Anreizsystemen
Beteiligung Dritter	Nicht möglich	generell möglich, aber ausschließlich öffentliche Partner	Zwingend, da mindestens zwei Mitglieder erforderlich, private Mitglieder möglich, kommunale Mitglieder müssen die Mehrheit bilden	generell möglich
Fremdkapitalaufnahme	nur mit Genehmigung der Kommune, Festsetzung in der Haushaltssatzung des jeweiligen Haushaltsjahres	generell möglich	generell möglich	generell möglich
Tochtergründung	nicht möglich	Ja, wenn in Unternehmenssatzung vorgesehen	Ja, wenn in Verbandssatzung vorgesehen	keine Beschränkung
Vergabepflicht	in vollem Umfang vergabepflichtig	in vollem Umfang vergabepflichtig	in vollem Umfang vergabepflichtig	in Abhängigkeit vom Unternehmenszweck vergabepflichtig
Wirtschaftliches Handeln	nur stark eingeschränktes selbstständiges unternehmerisches Handeln möglich	selbstständiges und unternehmerisches Handeln möglich	selbstständiges und unternehmerisches Handeln möglich	selbstständiges und unternehmerisches Handeln möglich

