

Beschlussvorlage

zur Vorberatung im **Verwaltungsausschuss**
zur Behandlung im **Gemeinderat**

Betreff: **Änderung des Gesellschaftsvertrages der Gesellschaft für Wohnungs- und Gewerbebau Tübingen mbH**

Bezug:

Anlagen: Anlage 1 Synopse zur Änderung des Gesellschaftsvertrags der GWG
Anlage 2 Voraussetzungen der Auftraggebereigenschaft

Beschlussantrag:

Der Oberbürgermeister wird beauftragt in der Gesellschafterversammlung der Gesellschaft für Wohnungs- und Gewerbebau Tübingen mbH (GWG) den Änderungen des Gesellschaftsvertrages entsprechend den in der Anlage 1 genannten Punkten zuzustimmen.

Finanzielle Auswirkungen

Die Änderung des Gesellschaftsvertrags muss notariell beurkundet und veröffentlicht werden. Die dafür anfallenden Kosten werden von der Gesellschaft getragen.

Begründung:

1. Anlass / Problemstellung

Nach § 11 lit. i des Gesellschaftsvertrags beschließt die Gesellschafterversammlung über die Änderung des Gesellschaftsvertrages. Der Oberbürgermeister vertritt die Stadt in der Gesellschafterversammlung. Der Gemeinderat beauftragt ihn dort nach seiner Weisung abzustimmen.

2. Sachstand

Die Geschäftsführung hat eine Änderung des Gesellschaftsvertrags vorgeschlagen. Die Änderungen betreffen verschiedene Regelungen im Gesellschaftsvertrag.

Grundsatzbeschlüsse des Aufsichtsrats

Grundsatzbeschlüsse, die im Aufsichtsrat schon vor längerer Zeit beschlossen wurden und bereits auch so „gelebt“ werden in den Gesellschaftsvertrag übernommen. Dies betrifft vor allem die Änderungen in § 9 „Aufgaben des Aufsichtsrats“. Hier werden die Beschlüsse des Aufsichtsrats aus den Jahren 1979, 2000 und 2007 in den Gesellschaftsvertrag übernommen. Mit Beschluss vom 06.11.1979 hat der Aufsichtsrat die erforderliche Zustimmung zur Abtretung von Geschäftsanteilen generell für die Fälle des Ankaufs durch die Gesellschaft und der Vereinigung von Geschäftsanteilen in einer Hand erteilt. Im Beschluss des AR vom 09.09.2000 geht es die Zustimmung zum Abschluss von Rechtsgeschäften der Gesellschaft mit der Geschäftsführung und Mitgliedern des Aufsichtsrats. Dabei hat der Aufsichtsrat seine Zustimmung in bestimmten Fällen vorab allgemein erteilt. Am 11.12.2007 hat der Aufsichtsrat beschlossen, dass die Geschäftsführung für die Vermietung von Wohnungen oder Geschäftsräumen an politische Parteien oder Organisationen die Zustimmung des Aufsichtsrats bedarf.

Elektronische Einladung zu Sitzungen und Durchführung dieser in Form von Videokonferenzen

Die Anpassung des § 8 „Einberufung und Beschlussfassung des Aufsichtsrats“ hat das Ziel, dass die Einladungen zu den Sitzungen des Aufsichtsrats sowohl schriftlich als auch elektronisch, per E-Mail verschickt werden können. Dieses bereits praktizierte Verfahren soll nun auch im Gesellschaftsvertrag verankert werden. Außerdem soll die Abstimmung im Aufsichtsrat bei einfachen oder eiligen Angelegenheiten vereinfacht werden und z.B. per Umlaufbeschluss erfolgen können. Durch die neu in § 8 aufgenommene Nr. 9 kann die GWG in besonderen Fällen (wie z.B. aktuell Corona-bedingt) ihre Aufsichtsratssitzungen in Form einer Videokonferenz durchführen.

Diese Möglichkeit soll auch für die Gesellschafterversammlung geschaffen werden. Deshalb wird in § 10 „Einberufung und Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung“ eine entsprechende Nr. 11 neu eingefügt.

Anpassung an gesetzliche Vorgaben und aktuelle Rechtsprechungen

Gem. § 42a Abs. 2 GmbH-Gesetz ist der Jahresabschluss einer Gesellschaft innerhalb der ersten acht Monate des Folgejahrs von den Gesellschaftern festzustellen. Aus diesem Grund soll die ordentliche Gesellschafterversammlung der GWG künftig früher, innerhalb der ersten acht Monate stattfinden, so dass diese den jeweiligen Jahresabschluss fristgerecht feststellen kann.

Das Verbot des § 181 BGB umfasst sowohl ein Doppelvertretungsverbot, als auch ein Verbot von In-sich-Geschäften. Aus der Rechtsprechung hierzu geht hervor, dass eine generelle Befreiung vom Verbot des § 181 BGB, wie sie aktuell im Gesellschaftsvertrag steht, so nicht zulässig ist. Vielmehr muss näher definiert werden, von welchem der o.g. Verbote Befreiung erteilt werden soll und auch für welchen Zeitraum die Befreiung gelten soll. Die Geschäftsführung hat entschieden, dass im Gesellschaftsvertrag keine Befreiung mehr enthal-

ten sein soll. Künftig soll der Aufsichtsrat im Bedarfsfall die erforderliche Befreiung fallbezogen erteilen.

Vergabe von Aufträgen/öffentlicher Auftraggeber

Die Stadt ist gem. § 106b GemO verpflichtet, ihre Gesellschafterrechte so auszuüben, dass diese die VOB und VOL nach der für die Gemeinden geltenden vergaberechtlichen Bestimmungen anwenden, wenn die Unternehmen öffentliche Auftraggeber im Sinne von § 99 Nr. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sind. In Umkehrschluss heißt, dass die GWG nur dann verpflichtet ist die o.g. vergaberechtlichen Bestimmungen anzuwenden, wenn sie als öffentlicher Auftraggeber einzustufen ist.

In der jüngeren Rechtsprechung gab es verschiedene gerichtliche Entscheidungen zur Fragestellung, ob kommunale Wohnungsunternehmen wie die GWG Tübingen als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) einzustufen sind.

Da die GWG eigene Compliance-Richtlinien für die Vergabe von Aufträgen aufgestellt hat, wäre es für die GWG nicht von Vorteil, wenn sie ihre Bau- und Planungsleistungen künftig öffentlich ausschreiben und sofern die entsprechenden Wertgrenzen von derzeit 5,548 Mio. Euro für Bauaufträge und 221.000 Euro bei Lieferungs- und Dienstleistungen überschritten werden, sogar europaweit ausschreiben müsste. Aus diesem Grund hat die Geschäftsführung eine externe Anwaltskanzlei mit der rechtlichen Prüfung der Fragestellung, ob die GWG als öffentlicher Auftraggeber eingestuft werden muss, beauftragt.

Da die GWG durch die Stadt Tübingen beherrscht wird und sie mit der Schaffung und Bereitstellung geförderten Wohnraums im Allgemeininteresse liegende Aufgaben wahrnimmt, hängt die Einordnung, ob die GWG öffentlicher Auftraggeber ist oder nicht, im Wesentlichen von der Fragestellung ab, ob sie „nichtgewerblich“ tätig ist (s.a. schematische Darstellung Anlage 2).

Nichtgewerblich tätig wäre die GWG u.a. dann, wenn eine Gewinnerzielungsabsicht nicht gegeben wäre. Obwohl das Handeln der GWG vorwiegend nicht auf Gewinnmaximierung abzielt, kann trotzdem eine grundsätzliche Gewinnerzielungsabsicht für ihr Handeln unterstellt werden. Dagegen spricht allerdings die im Gesellschaftsvertrag auf 4% begrenzte Gewinnausschüttungsquote auf die Stammeinlage an die Gesellschafter. Nach Auffassung des Gerichts (OLG Hamburg) liegen Gewinnausschüttungsquoten bei Kapitalgesellschaften regelmäßig zwischen 40% und 60% der Einlagen.

Ein weiterer Punkt bei der Prüfung der „nichtgewerblichen Tätigkeit“ ist die Frage, ob die GWG die wirtschaftlichen Risiken alleine trägt und eine finanzielle Hilfe der Stadt im wirtschaftlichen Notfall nicht erwarten kann. Der bloße Hinweis auf die von Gesetzes wegen bestehende (grundsätzliche) Insolvenzfähigkeit der Gesellschaft reicht dabei als Begründung nicht aus. Zweifel daran könnten sich insbesondere aus der Formulierung des § 14 Nr. 5 des Gesellschaftsvertrags ergeben, wonach im Falle eines Bilanzverlustes über die Verlustabdeckung zu beschließen ist. Obwohl die Formulierung kein zwingendes Eingreifen der Stadt regelt, könnte dies ein Anhaltspunkt für ein Gericht sein, dass ein Verlustrisiko fehlt.

Ein dritter Punkt, der für das Vorliegen einer „nichtgewerblichen Tätigkeit“ sprechen könnte, besteht in § 16 des Gesellschaftsvertrags, wonach bei der Vergabe von Bauleistungen im Rahmen der kommunalen Aufgabenstellung die VOB sowie § 22 Abs. 1 bis 4 des Mittelstandsförderungsgesetzes anzuwenden sind. Diese Vorgabe ist dann von der Kommune

umzusetzen, wenn das Unternehmen „öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 2 GWB“ ist. Auf der anderen Seite entfällt diese Verpflichtung, wenn das Unternehmen mit seiner gesamten Tätigkeit oder der Tätigkeit einzelner Geschäftsbereiche an einem „entwickelten Wettbewerb“ teilnehmen und dabei seine Aufwendungen ohne Zuschüsse aus öffentlichen Haushalten decken kann.

Für eine Änderung dieser Regelung des Gesellschaftervertrags spricht auch, dass dann die sogenannte „Baupartnerschaft“ angewendet werden kann. Sie sieht vor, ausführende Firmen bereits in der Planung zu beteiligen, um Einsparmöglichkeiten aus deren Sicht zu identifizieren. Danach werden die Arbeiten ausgeschrieben. Kommt die beteiligte Firma nicht zum Zug, erhält sie ein Honorar für die Beratung in der Planungsphase, erhält sie den Auftrag, ist die Beratung im Preis für die Bauleistung enthalten. Insbesondere Genossenschaften haben auf diese Weise bereits nachgewiesen, dass mit dieser Baupartnerschaft günstiger gebaut werden kann.

Nach Ansicht der beauftragten Anwaltskanzlei sprechen deshalb aktuell gute Gründe dafür, die GWG auch zukünftig nicht als „öffentlichen Auftraggeber“ nach § 99 Nr. 2 GWB zu qualifizieren. Die oben beschriebenen potentiellen Angriffspunkte sollen mit den Änderungen in § 11 „Aufgaben der Gesellschafterversammlung“ und § 14 „Rücklagen, Gewinnverwendung und Verlustabdeckung“ sowie der ersatzlosen Streichung des § 16 aus dem Gesellschaftsvertrag beseitigt werden.

In der als Anlage 1 beigefügten Synopse zur Änderung des Gesellschaftsvertrags der GWG sind alle Änderungen fett dargestellt.

Alle Änderungen wurden mit dem Fachbereich Revision und die Änderung in Bezug auf die Auftragsvergabe mit der Rechtsabteilung abgestimmt.

Der Aufsichtsrat wird in seiner Sitzung am 21.12.2020 die Änderungen im Gesellschaftsvertrag vorberaten. Über das Ergebnis wird mündlich berichtet.

3. Vorschlag der Verwaltung

Es wird vorgeschlagen den Oberbürgermeister zu beauftragen der im Beschlussantrag genannten Änderung des Gesellschaftsvertrags zu zustimmen.

4. Lösungsvarianten

Die vorgeschlagenen Änderungen werden im bestehenden Gesellschaftsvertrag nicht angepasst. Dieses könnte u. a. zur Folge haben, dass die rechtliche Position der GWG bei einer entsprechenden Klage (z.B. durch einen potentiellen Auftragnehmer für Bauaufträge) schwächen und im schlechtesten Fall zu erheblichen Schadensersatzforderungen führen.