Stadt Oberhausen	Drucksache Nr. B/15/2095-01	Termin 25.06.2012	Rat der Stadt
Beschlussvorlage			öffentlich

Termin	Gremium	Vorlage zur*	Ergebnis	Beschluss-kontrolle*
14.06.2012	Haupt- und Finanzausschuss	V		
25.06.2012	Rat der Stadt	B		

Beratungsgegenstand

Stadtwerke Oberhausen AG (STOAG)
hier: Rechtsformwechsel in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)

Beschlussvorschlag

1. Der Rat der Stadt beschließt den Wechsel der Rechtsform der STOAG von der Aktiengesellschaft in eine GmbH.

2. Dem als Anlage 1 beigefügten Entwurf des Gesellschaftsvertrages der STOAG GmbH (Arbeitstitel) wird zugestimmt.

3. Dem als Anlage 5 beigefügten Entwurf eines Umwandlungsbeschlusses wird zugestimmt.

4. Die Verwaltung wird beauftragt, in Abstimmung mit dem Vorstand der STOAG den Rechtsformwechsel in eine GmbH auf Grundlage der Anlagen 1 und 5 vorzubereiten. Die Verwaltung ist hierbei ermächtigt, erforderliche Änderungen der Anlagen 1 und 5 vorzunehmen, sofern und soweit diese Änderungen nicht wesentlich sind.

5. Die Vertretung der Stadt Oberhausen in einer nach Abschluss des gemeindewirtschaftsrechtlichen Anzeigeverfahrens sowie der erforderlichen umwandlungsrechtlichen Schritte durchzuführenden außerordentlichen Hauptversammlung der STOAG wird

Bereichsleiter/in Bereich 9-5 Im Auftrag: Düllmann Datum 29.05.2012	Dezernent Datum	Kämmerer Tsalastras Datum 29.05.2012	Oberbürgermeister Wehling Datum 30.05.2012

* Vorlage zur:	* Ergebnis :	Beschlusskontrolle:	Beteiligung:
Anhörung (A) Kenntnisnahme (K) Vorberatung (V) Beschlussfassung (B)	Zustimmung (Z) Ablehnung (A) Änderung (Ä) Anhörung vollzogen (AV) Kenntnisnahme (K)	Ja oder nein	Personalrat [ ] Gleichstellungsstelle [ ]

Frau/Herrn _____

übertragen.

6. Der/die Vertreter/in der Stadt Oberhausen in der Hauptversammlung der STOAG wird gemäß § 113 Abs. 1 GO NRW angewiesen, den Umwandlungsbeschluss zum Rechtsformwechsel der STOAG in eine GmbH zu fassen. Die Umwandlung soll zum 01.01.2013 wirksam werden.

Stadt Oberhausen	Drucksache Nr. B/15/2095-01	Termin 25.06.2012	Rat der Stadt

Bezug

Konsequenzen

a) Finanzielle

keine [ ]

ja [x] siehe Begründung

b) Sonstige

Vorbemerkung:

Zur besseren Orientierung ist als Anlage 7 ein Inhaltsverzeichnis beigefügt.

Begründung

I. Ausgangslage:

Die Stadtwerke Oberhausen AG (STOAG) wurde am 17.02.1964 gegründet. Gegenstand des Unternehmens ist die Bedienung des Nahverkehrs sowie die Beteiligung an Energieversorgungs- und anderen Ver- und Entsorgungsunternehmen. Daneben kann das Unternehmen andere von der Stadt Oberhausen zugewiesene Aufgaben wahrnehmen.

Wesentliche Beteiligungsgesellschaften der STOAG sind die WBO (51 %) sowie -unmittelbar (10 %) und mittelbar (40%)- die evo.

Zur rechtlichen Optimierung soll die STOAG in eine GmbH umgewandelt werden. Ein Rechtsformwechsel in eine GmbH bringt für die alleinige Aktionärin/Gesellschafterin Stadt Oberhausen insbesondere verbesserte Einflussmöglichkeiten mit sich.

II. Rechtliche Rahmenbedingungen:

Nach § 190 Abs. 1 des Umwandlungsgesetzes kann ein Rechtsträger durch Formwechsel eine andere Rechtsform erhalten. Am Formwechsel ist nur ein Rechtsträger beteiligt, dessen Identität sich nicht ändert. Für die Entscheidung über die Umwandlung der Rechtsform einer Gesellschaft, an der die Stadt beteiligt ist, ist gemäß § 41 Abs. 1 lit. m) GO NRW der Rat der Stadt ausschließlich zuständig. Nachfolgend sollen zunächst die sich aus den Rechtsformen „AG“ und „GmbH“ ergebenden wesentlichen Unterschiede dargestellt werden.

1. Unterschiede der Rechtsformen:

a) Einflussmöglichkeiten der Stadt:

Der Hauptgrund für eine Umwandlung der STOAG in eine GmbH besteht darin, dass hierdurch die Einflussmöglichkeiten der alleinigen Gesellschafterin Stadt Oberhausen und damit der politischen Gremien auf die 100%-Tochter STOAG erweitert würden. Dies entspricht auch dem Leitbild der Vorschriften der Gemeindeordnung für das Land NRW über die wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Betätigung der Gemeinde. Nach den Beteiligungsrichtlinien der Stadt Oberhausen unterliegt die Gesamtsteuerung der städtischen Beteiligungen zudem dem Rat der Stadt, der die Gesamtinteressen aller Bürgerinnen und Bürger zu vertreten hat. Grund für den Vorschlag eines Rechtsformwechsels ist demgegenüber nicht, dass die Stadt in der Vergangenheit auf Grund der Rechtsform der STOAG in einer oder mehreren Situationen ihre Ziele nicht hätte durchsetzen können; daher wurden solche Fälle (sofern sie vorgekommen sein sollten) auch nicht durch die Verwaltung erfasst. Zudem könnte ein solcher Ansatz auch faktisch ein Misstrauensvotum gegenüber dem Vorstand und dem Aufsichtsrat der STOAG nahelegen. Ein solches ist jedoch mit dem Vorschlag eines Rechtsformwechsels ausdrücklich nicht verbunden. Vielmehr sollen der Stadt als alleiniger Aktionärin/Gesellschafterin der STOAG formale Steuerungsmöglichkeiten eröffnet werden, die ihr zurzeit nicht zur Verfügung stehen; letztlich würde also der Rechtsformwechsel eine formale Stärkung der Position des Rates der Stadt bewirken. Schließlich ist grundsätzlich nach der durch § 108 Abs. 4 GO NRW zum Ausdruck kommenden Wertung des Landesgesetzgebers die Rechtsform der Aktiengesellschaft nur dann zulässig, wenn der öffentliche Zweck nicht ebenso gut in einer anderen Rechtsform erfüllt wird oder erfüllt werden kann.

Wesentlicher Unterschied zwischen der AG und der GmbH ist die aus § 76 Abs. 1 AktG folgende Weisungsungebundenheit des Vorstands der Aktiengesellschaft („Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft zu leiten."), der die insbesondere in § 37 Abs. 1 GmbHG normierte Bindung der GmbH-Geschäftsführung an Weisungen der Gesellschafterversammlung gegenübersteht. Da wiederum der/die Vertreter/innen der Stadt in GmbH-Gesellschafterversammlungen vom Rat der Stadt zu einem bestimmten Verhalten angewiesen werden können, besteht in Bezug auf die GmbH die formale Möglichkeit einer Einflussnahme des Rates der Stadt auf die Geschäftsführung. Diese Möglichkeit besteht in Bezug auf den Vorstand einer Aktiengesellschaft nicht (s. o.).

Zudem könnte durch den Rechtsformwechsel eine ununterbrochene Weisungskette in die Organe der Beteiligungsgesellschaften der STOAG GmbH -mit Ausnahme der evo, die ebenfalls die Rechtsform der AG hat- dargestellt werden; dies ist zurzeit ebenfalls nicht möglich.

Als **Anlagen 2 und 3** sind zusätzlich zum Entwurf des Gesellschaftsvertrags der STOAG GmbH der Wortlaut der Satzung der STOAG sowie eine Synopse zur besseren Nachvollziehbarkeit der Veränderungen beigefügt. Die Anlage 4 enthält eine Kurzdarstellung der Unterschiede zwischen den Rechtsformen „AG" und „GmbH":

b) Abstrakte Inhouse- Fähigkeit:

Potentielle Vorteile ergeben sich zudem im Zusammenhang mit evtl. Inhouse- Geschäften, welche nach der Rechtsprechung des EuGH nicht dem Vergaberecht unterliegen. Die EuGH-Rechtsprechung ist jedoch in den vergangenen Jahren hierzu stetig konkreter und -unter Berücksichtigung der Zielsetzungen des europäischen Vergaberechts auch nachvollziehbarer Weise- strenger geworden. So ist wegen der vorstehend beschriebenen Weisungsunabhängigkeit des Vorstands einer AG das aus der Inhouse- Rechtsprechung folgende Tatbestandmerkmal der „Beherrschung des Auftragnehmers wie eine eigene Dienststelle" in Bezug auf eine AG nicht ohne Weiteres erfüllt. In Bezug auf das Kontroll- oder Beherrschungskriterium relevante Entscheidungen des EuGH sind:

aa) „Teckal“- Entscheidung vom 18.11.1999 (Rs. C-107/98):

Hierbei handelt es sich um die grundlegende Entscheidung der Inhouse- Rechtsprechung des EuGH. Nach der „Teckal“- Entscheidung ist ein Auftrag der öffentlichen Hand an einen selbstständigen Rechtsträge dann ein Inhouse- Geschäft, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- Der Auftraggeber übt über den selbstständigen Rechtsträger eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle aus.
- Der selbstständige Rechtsträger verrichtet seine Tätigkeit im Wesentlichen für den Auftraggeber.

Hier ist insbesondere das Kriterium der „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ relevant; dieses Kriterium hat der EuGH insbesondere in der nachfolgenden Entscheidung präzisiert.

bb) „Parking Brixen“- Entscheidung vom 13.10.2005 (Rs. C-458/03):

In der „Parking Brixen“- Entscheidung hat der EuGH das Kontrollkriterium näher definiert. Der „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ sei der Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers dann unterworfen, wenn der öffentliche Auftraggeber in der Lage sei, sowohl auf die strategischen Ziele, als auch auf wichtige Entscheidungen dieser Gesellschaft ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen. Entscheidend für die Beurteilung dieser Frage seien jeweils die Umstände des Einzelfalls.

Der Auftragnehmer in dem der Entscheidung zu Grunde liegenden Sachverhalt hatte die Rechtsform einer Aktiengesellschaft nach italienischem Recht. Hierzu hat der EuGH festgestellt:

„(…) Demgegenüber hat die Stadtwerke Brixen AG eine Marktausrichtung erreicht, die eine Kontrolle durch die Gemeinde schwierig macht. Dafür sprechen:

a) die Umwandlung der Stadtwerke Brixen – eines Sonderbetriebs der Gemeinde Brixen – in eine Aktiengesellschaft (Stadtwerke Brixen AG) und die Natur dieser Gesellschaftsform; (…)“

Im Rahmen der Einzelfallprüfung hat der EuGH weitere Faktoren aufgeführt, die vorliegend nicht von Bedeutung sind (z. B. eine Ausweitung des Unternehmensgegenstands der Gesellschaft sowie ihres räumlichen Tätigkeitsbereichs); insbesondere waren jedoch dem Verwaltungsrat der Gesellschaft (dem Geschäftsleitungsorgan, vergleichbar mit dem Vorstand einer AG nach deutschem Recht), weit reichende Kompetenzen übertragen worden. Solche weit reichenden Kompetenzen stehen dem Vorstand einer AG nach deutschem Recht jedoch ohne gesonderte ausdrückliche Ermächtigung bereits gemäß § 76 Abs. 1 AktG zu

Insgesamt hat die Entscheidung dazu geführt, dass die Rechtsform der AG wegen der weitgehenden Kompetenzen des Vorstands und des Aufsichtsrates, denen relativ geringe Einflussmöglichkeiten der Hauptversammlung als Vertretungsorgan der Unternehmenseigentümer gegenüber stehen, im Hinblick auf die Inhouse- Fähigkeit kritisch zu beurteilen ist, wobei Entscheidungen des EuGH, in denen die Rechtsform der AG nach deutschem Recht erheblich war, noch nicht ersichtlich sind (vgl. aus der Literatur z. B. *Polster*, Die Rechtsfigur des Inhouse-Geschäfts - Eine unendliche Geschichte, NZBau 2010, S. 486 ff.).

cc) Weitere Entscheidungen:

Weitere Entscheidungen des EuGH zu Inhouse- Geschäften mit Aktiengesellschaften sind die Rechtssachen „Sea“ und „ANAV“. Bei diesen Rechtssachen ist jedoch zu berücksichtigen, dass in den dem EuGH vorgelegten Sachverhalten die jeweiligen Auftragnehmer Aktiengesellschaften nach italienischem Recht waren, die offensichtlich eine andere Binnenstruktur aufweisen können als die deutsche AG. Dies wird besonders deutlich in der Entscheidung zur Rechtssache „Sea“, in der der EuGH bereits im Tatbestand umfangreich aus der Satzung des betreffenden Unternehmens zitiert, welche verschiedenste Regelungen zu erheblichen Einflussmöglichkeiten der Gesellschafter auf die Gesellschaft enthält. Insofern ist es folgerichtig, dass der EuGH das Kontrollkriterium im konkreten Fall als erfüllt angesehen hat. Allerdings wäre es nach dem deutschen Aktienrecht wegen der Organisationsverfassung der AG überhaupt nicht möglich, solche Kontrollrechte der Hauptversammlung in der Satzung zu begründen.

Auch aus der Rechtssache „ANAV“ lassen sich keine weiteren Schlüsse ziehen, da dort auch eine Aktiengesellschaft nach italienischem Recht zu untersuchen war und die vollständige Kontrolle dieser Aktiengesellschaft durch die Gemeinde bereits nach dem Sachverhalt unterstellt wurde, mithin für die dem EuGH vorgelegte Frage nicht erheblich war.

c) EU VO 1370/2007:

Überwiegend tragender Grund für den Vorschlag eines Rechtsformwechsels ist auch nicht die Frage einer Direktvergabe auf Grundlage der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 („ÖPNV-Verordnung“), wobei darauf aufmerksam zu machen ist, dass eine der Voraussetzungen für eine solche Direktvergabe darin besteht, dass der Auftraggeber über den Auftragnehmer eine Kontrolle ausübt, die der Kontrolle über eigene Dienststellen entspricht (Art. 5 Abs. 2 Satz 2 der o. g. Verordnung). Insofern hat der Verordnungsgeber die Diktion des EuGH aus der vorstehend zu b) wiedergegebenen „Teckal“- Entscheidung wörtlich übernommen.

2. Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat:

Auch die STOAG GmbH soll unabhängig von der regelmäßigen Anzahl der bei ihr beschäftigten Arbeitnehmer einen mitbestimmten Aufsichtsrat erhalten, von dessen Mitgliedern 1/3 von den Arbeitnehmern der Gesellschaft zunächst nach den Vorschriften des Drittelbeteiligungsgesetzes gewählt werden. Da eine künftige STOAG GmbH in der Regel nicht über mehr als 500 Arbeitnehmer verfügt, fiele sie nicht unmittelbar in den Anwendungsbereich des Drittelbeteiligungsgesetzes.

Allerdings hat der Landesgesetzgeber mit § 108a GO NRW eine Rechtsgrundlage für die Arbeitnehmermitbestimmung in fakultativen Aufsichtsräten geschaffen, die zu einer Veränderung des Wahlverfahrens und wesentlicher Grundlagen der Tätigkeit der betreffenden Arbeitnehmervertreter/innen führt. Zweck des § 108a GO NRW ist die Sicherstellung des angemessenen Einflusses der Gemeinde im Sinne des § 108 Abs. 1 Nr.6 GO NRW in Fällen der Arbeitnehmermitbestimmung in fakultativen Aufsichtsräten.

Die wesentliche Veränderung des Wahlverfahrens besteht darin, dass Arbeitnehmervertreter/innen in fakultativen Aufsichtsräten von Gesellschaften, an denen eine oder mehr Gemeinde/n unmittelbar oder mittelbar mit mehr als 50 % der Geschäftsanteile beteiligt ist bzw. sind, künftig vom Rat der Stadt bzw. den Räten der beteiligten Städte bestellt werden. Hierzu ist dem Rat/den Räten eine von der Betriebsversammlung der betreffenden Gesellschaft zu erstellende Vorschlagsliste vorzulegen, die mindestens die doppelte Zahl der zu entsendenden Arbeitnehmervertreter/innen zu enthalten hat.

Die Arbeitnehmervertreter/innen werden künftig also nicht mehr unmittelbar von den Arbeitnehmern der Gesellschaft bestimmt; vielmehr liegt die Entscheidungskompetenz hinsichtlich der Auswahl und Entsendung der Arbeitnehmervertreter/innen künftig letztlich beim Rat der Stadt.

Inhaltlich verändert sich die Position der Arbeitnehmervertreter/innen im Aufsichtsrat dahin gehend, dass für sie § 113 Abs. 1 Sätze 2 und 3 GO NRW entsprechend gelten. Dies bedeutet, dass auch sie -wie die Vertreter/innen der Gemeinde- an die Beschlüsse des Rates und seiner Ausschüsse gebunden sind und ihr Mandat im Aufsichtsrat auf Beschluss des Rates jeder Zeit niederzulegen haben. Entsprechende Bindungen/Verpflichtungen bestehen bislang für Arbeitnehmervertreter/innen nicht.

Mit Verfügung vom 13.09.2011 hat jedoch die Bezirksregierung Düsseldorf unter Bezugnahme auf einen Erlass des Ministeriums für Inneres und Kommunales NRW vom 16.08.2011 mitgeteilt, dass im politischen Raum eine nochmalige Änderung des § 108a GO NRW diskutiert wird. Daher werde bei bestehenden kommunalen Gesellschaften angesichts der Möglichkeit erforderlicher Folgeanpassungen in den Gesellschaftsverträgen kommunaler Gesellschaften zunächst von aufsichtlichen Maßnahmen zu einer Anpassung der Gesellschaftsverträge an die geltende Rechtslage abgesehen.

Aus diesem Grunde enthält der als **Anlage 1** beigefügte Entwurf eines Gesellschaftsvertrages der STOAG GmbH noch keine an § 108a GO NRW angepasste Klausel zur Wahl der Arbeitnehmervertreter/innen im Aufsichtsrat; die Verwaltung hält es nicht für angemessen, der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages eine Vorschrift zu Grunde zu legen, deren endgültigen Inhalte nicht bekannt sind. Ob die Kommunalaufsicht diese Auffassung teilt, wird sich in dem gemäß § 115 Abs. lit. d) erforderlichen Anzeigeverfahren erweisen. Eine entsprechende Anpassung des Gesellschaftsvertrages wird jedoch voraussichtlich spätestens nach einer erneuten Änderung des § 108a GO NRW erforderlich werden.

3. Umwandlungsrechtliche Schritte:

Zur Umsetzung des Formwechsels sind die folgenden wesentlichen umwandlungsrechtlichen Schritte erforderlich:

a) Notariell beurkundeter (vgl. § 193 Abs. 3 UmwG) und in einer Hauptversammlung (nicht im schriftlichen Verfahren) gefasster Umwandlungsbeschluss der Hauptversammlung der STOAG

b) mit den in §§ 194 Abs. 1, 243 UmwG bestimmten Inhalten einschl. der Feststellung des GmbH-Gesellschaftsvertrages (Anlage 1), vgl. § 218 UmwG;

c) Anmeldung des Formwechsels und der Geschäftsführer (§§ 246, 198 UmwG) beim Registergericht.

Als **Anlage 5** ist zudem der Entwurf eines Umwandlungsbeschlusses mit den in § 194 Abs. 1 des Umwandlungsgesetzes (UmwG) geregelten Inhalten angefügt; dieser Entwurf wird noch konkret zum Termin der Hauptversammlung mit den aus der **Anlage 4** ersichtlichen weiteren Inhalten zu ergänzen sein. § 194 Abs. 1 UmwG lautet wie folgt:

„In dem Umwandlungsbeschluß müssen mindestens bestimmt werden:
1. die Rechtsform, die der Rechtsträger durch den Formwechsel erlangen soll;
2. der Name oder die Firma des Rechtsträgers neuer Rechtsform;

3. *eine Beteiligung der bisherigen Anteilsinhaber an dem Rechtsträger nach den für die neue Rechtsform geltenden Vorschriften, soweit ihre Beteiligung nicht nach diesem Buch entfällt;*
4. *Zahl, Art und Umfang der Anteile oder der Mitgliedschaften, welche die Anteilsinhaber durch den Formwechsel erlangen sollen oder die einem beitretenden persönlich haftenden Gesellschafter eingeräumt werden sollen;*
5. *die Rechte, die einzelnen Anteilsinhabern sowie den Inhabern besonderer Rechte wie Anteile ohne Stimmrecht, Vorzugsaktien, Mehrstimmrechtsaktien, Schuldverschreibungen und Genußrechte in dem Rechtsträger gewährt werden sollen, oder die Maßnahmen, die für diese Personen vorgesehen sind;*
6. *ein Abfindungsangebot nach § 207, sofern nicht der Umwandlungsbeschluß zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung aller Anteilsinhaber bedarf oder an dem formwechselnden Rechtsträger nur ein Anteilsinhaber beteiligt ist;*
7. *die Folgen des Formwechsels für die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen sowie die insoweit vorgesehenen Maßnahmen."*

Zudem ist nach den §§ 243, 218 UmwG der GmbH- Gesellschaftsvertrag Bestandteil des Umwandlungsbeschlusses. Die Fertigung eines Umwandlungsberichts ist gemäß § 192 Abs. 2 UmwG entbehrlich; auch ein Sachgründungsbericht ist nicht erforderlich (§ 245 Abs. 4 UmwG).
Auswirkungen auf das Personal der STOAG entstehen durch den Formwechsel nicht; diese Aussage ist auch ausdrücklicher Inhalt des Umwandlungsbeschlusses. Zudem sollen die derzeitigen Mitglieder des Vorstands auch künftig als Geschäftsführer der GmbH tätig sein.

Für die Einhaltung der einzelnen Formalien der Umwandlung wird der Vorstand der STOAG im Zusammenwirken mit der Verwaltung Sorge tragen.

III. Wirtschaftliche Auswirkungen:

Steuerliche Vor- oder Nachteile hat die Rechtsform der GmbH gegenüber der AG nicht. Für den Rechtsformwechsel fallen voraussichtlich Notarkosten in Höhe von ca. 13.500,00 EUR (zzgl. gesetzlicher Mehrwertsteuer) an. Für die Gerichtskosten ist mit ca. 160,00 EUR sowie für die Veröffentlichung im Bundesanzeiger ca. 150,00 EUR (zzgl. gesetzlicher Mehrwertsteuer) zu rechnen. Weitere tatsächliche Kosten, z. B. auf Grund einer Veränderung des Logos der STOAG (GmbH) auf Geschäftspapier etc. sind zurzeit nicht zu beziffern.

Bei der Rechtsform der GmbH entfällt die Verpflichtung, einen Teil (5 %) des Jahresüberschusses in die gesetzliche Rücklage einzustellen. Die Gesellschafter einer GmbH haben grundsätzlich Anspruch auf den gesamten Jahresgewinn. Die gesetzlichen Vorgaben zur Verwendung des Jahresüberschusses einer AG im Vergleich zu den Regelungen bei der GmbH könnten für den Fall einer evtl. künftigen Veräußerung von RWE-Aktien und die Verwendung des Veräußerungsgewinnes Folgen haben. Die Kapitalrücklage der STOAG besteht aus der gesetzlichen Rücklage gem. § 150 Abs. 1 u. 2 AktG und anderen Zuzahlungen der Gesellschafterin in das Eigenkapital der Gesellschaft (§ 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB). Die Gewinnrücklage wurde als gesetzliche Rücklage gem. § 150 Abs. 2 AktG gebildet.

In der Rechtsform der GmbH entfällt die Verpflichtung zur Bildung einer gesetzlichen Rücklage. Damit stehen mehr Mittel im Zusammenhang mit der Ergebnisverwendung und der ertragswirksamen Entnahme aus Rücklagen zur Verrechnung von Buchwerten aus der Veräußerung von Wertpapieren und Finanzanlagevermögen zur Verfügung. Dies würde sich- insbesondere im Falle einer eventuellen Veräußerung von RWE-Aktien in der Zukunft auswirken, so dass in diesem ggf. eine höhere Gewinnausschüttung an die Gesellschafterin Stadt Oberhausen erfolgen könnte, als dies in der Rechtsform der Aktiengesellschaft möglich wäre.

IV. Weiteres Vorgehen/Verfahren:

1. Anzeigeverfahren gemäß § 115 GO NRW:

Die Änderung der Rechtsform der STOAG in eine GmbH ist gemäß § 115 Abs. 1 lit. d) GO NRW der Bezirksregierung anzuzeigen. Der Ausgang des Anzeigeverfahrens ist vor der Einleitung der weiteren Verfahrensschritte abzuwarten; diese können jedoch bereits parallel vorbereitet werden (z. B. Abstimmung des Entwurfs des Umwandlungsbeschlusses mit dem Notar). Die Anzeigefrist gemäß § 115 Abs. 1 Satz 1 GO NRW beträgt sechs Wochen.

2. Umwandlungsrechtliche Verfahrensschritte:

Der Entwurf des Umwandlungsbeschlusses ist gemäß § 194 Abs. 2 UmwG spätestens einen Monat vor dem Tag der Versammlung der Anteilsinhaber, die den Formwechsel beschließen soll, dem zuständigen Betriebsrat des formwechselnden Rechtsträgers zuzuleiten.
Der Umwandlungsbeschluss muss in einer Hauptversammlung gefasst werden (§ 193 Abs. 1 Satz 2 UmwG) und bedarf der notariellen Beurkundung (§ 193 Abs. 3 UmwG). Anschließend sind Formwechsel und Geschäftsführer beim Registergericht anzumelden (§§ 198, 246 UmwG) sowie bekannt zu machen (§ 201 UmwG).

3. Statusverfahren gemäß §§ 96 Abs. 2, 97 ff. AktG:

Nach Abschluss des gemeinderechtlichen Anzeigeverfahrens sollte ein Statusverfahren nach den §§ 96 Abs. 2, 97 ff. AktG durchgeführt werden.

Der Formwechsel wird mit der Eintragung in das Handelsregister wirksam (§ 202 Abs. 1 UmwG). Gleichzeitig endet die Amtszeit der bisherigen Aufsichtsratsmitglieder der STOAG. Dies folgt aus dem Umkehrschluss aus § 203 Satz 1 UmwG, welcher wie folgt lautet:

> *„Wird bei einem Formwechsel bei dem Rechtsträger neuer Rechtsform in gleicher Weise wie bei dem formwechselnden Rechtsträger ein Aufsichtsrat gebildet und zusammengesetzt, so bleiben die Mitglieder des Aufsichtsrats für den Rest ihrer Wahlzeit als Mitglieder des Aufsichtsrats des Rechtsträgers neuer Rechtsform im Amt.“*

Zurzeit wird der Aufsichtsrat der STOAG nach den Bestimmungen des Drittelbeteiligungsgesetzes (DrittelbG) gebildet; einschlägig ist hierfür § 1 Abs. 1 Nr. 2 DrittelbG, weil die STOAG zwar in der Regel weniger als 500 Arbeitnehmer beschäftigt, aber eine vor dem 10. August 1994 eingetragene Aktiengesellschaft und keine Familiengesellschaft ist. Dies bedeutet, dass die Arbeitnehmer zwingend ein Drittel der Aufsichtsratsmitglieder nach einem durch Gesetz und Rechtsverordnung geregelten Verfahren selbst bestimmen (obligatorischer Aufsichtsrat mit obligatorischer Mitbestimmung).

Nach einer Umwandlung in eine GmbH käme das DrittelbG nicht mehr unmittelbar zur Anwendung. Zwar sieht § 12 Abs. 1 Satz 1 des Entwurfs des GmbH- Gesellschaftsvertrages (Anlage 1) vor, dass fünf Mitglieder des Aufsichtsrates der STOAG mbH unabhängig von der Anzahl der in der Regel bei der Gesellschaft beschäftigten Arbeitnehmer nach den Vorschriften des DrittelbG -also ebenfalls durch die Arbeitnehmer selbst- bestimmt werden. Grundlage für die Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat ist in diesem Fall jedoch nicht unmittelbar das DrittelbG, sondern der Gesellschaftsvertrag (fakultativer Aufsichtsrat mit fakultativer Mitbestimmung).

Daher wird im Falle des Formwechsels der Aufsichtsrat nicht im Sinne des § 203 AktG „in gleicher Weise gebildet und zusammengesetzt“ wie zurzeit bei der STOAG.

Fraglich ist, wie sich die Rechtslage im Hinblick auf die Anwendung des § 108a GO NRW entwickelt. Sollte § 108a GO NRW im Wesentlichen unverändert bleiben, dürfte eine Verpflichtung der Stadt entstehen, das in § 108a geregelte Verfahren anzuwenden. Konsequenz wäre, dass die Arbeitnehmer die Arbeitnehmervertreter nicht unmittelbar selbst bestimmen, sondern diese auf der Grundlage entsprechender Vorschläge der Arbeitnehmer vom Rat der Stadt bestellt werden (vgl. Zeile 171 ff.).

Der Wahl des neuen Aufsichtsrates durch Entsendungsbeschluss des Rates der Stadt und Durchführung des Wahlverfahrens durch die Arbeitnehmer ist mit dem Statusverfahren gemäß §§ 96 Abs. 2, 97 ff. AktG, welches gemäß § 27 EGAktG auch für Gesellschaften mbH gilt, ein besonderes Verfahren vorgeschaltet, in dem die Bildung und Zusammensetzung des Aufsichtsrates verbindlich geklärt wird (die §§ 96 bis 99 AktG sind im Wortlaut in **Anlage 6** wiedergegeben).

Grundsätzlich gilt: Solange das in den §§ 97 bis 99 AktG geregelte Verfahren nicht abgeschlossen und der Formwechsel noch nicht in das Handelsregister eingetragen ist, bleibt der bisherige Aufsichtsrat im Amt (vgl. auch § 96 Abs. 2 AktG). Nach Abschuss des Verfahrens soll ein Beschluss des Rates der Stadt zur Entsendung der kommunalen Mitglieder des Aufsichtsrates der STOAG GmbH herbeigeführt werden.

Die Einzelheiten der insbesondere gesellschafts- und umwandlungsrechtlich relevanten Verfahren sollen nach einer evtl. Zustimmung des Rates der Stadt zur Umwandlung zwischen der STOAG, dem Notar und der Verwaltung abgestimmt werden.

V. Vertretung in der Hauptversammlung:

1. Grundsätzliches:

Gemäß § 113 Abs. 2 GO NRW wird die Stadt Oberhausen in den Organen von juristischen Personen, an denen die Stadt beteiligt ist, durch eine/n vom Rat der Stadt bestellte/n Vertreter/in vertreten.

Der/die Vertreter/in der Stadt in den Hauptversammlungen der STOAG wird jeweils neu bestellt. Er/sie ist gemäß § 113 Abs. 1 GO NRW an die Beschlüsse des Rates der Stadt und seiner Ausschüsse gebunden.

2. Erteilung einer Weisung:

Gemäß § 113 Abs. 1 GO NRW haben die Vertreter/innen der Stadt Oberhausen in den Organen wirtschaftlicher Unternehmen die Interessen der Stadt zu verfolgen und sind daher an entsprechende Beschlüsse des Rates gebunden.

Mit dieser Vorlage soll dem/ der Vertreter/in der Stadt in der Hauptversammlung der STOAG eine Weisung bezüglich des Umwandlungsbeschlusses zum Rechtsformwechsel der STOAG in eine GmbH erteilt werden.

Kurzfassung

Die Rechtsform der STOAG soll von der Aktiengesellschaft in die einer GmbH verändert werden; hierzu ist eine entsprechende Weisung des Rates der Stadt an den/die Vertreter/in der Stadt in der Hauptversammlung der STOAG auszusprechen.

Anlage/n

1. Entwurf des Gesellschaftsvertrages der STOAG GmbH (Arbeitstitel)
2. Satzung der STOAG
3. Synopse der Satzung der STOAG und des Gesellschaftsvertrages der STOAG GmbH
4. Vergleich AG / GmbH
5. Entwurf des Umwandlungsbeschlusses
6. Wortlaut der §§ 96 bis 99 AktG
7. Inhaltsverzeichnis