

Anlage zur Vorlage

Bericht des Bürgermeisters an die Stadtvertretung gemäß § 102 Abs. 1 Ziffer 1 GO Beteiligung der wilhelm.tel GmbH an der Deutschen Netzmarketing GmbH

I. Sachverhalt

Die wilhelmt.tel GmbH ist seit 1999 erfolgreicher Anbieter von Telefonie, Internet und Kabel-TV und Kabel-Radio, sog. Triple-Play. Für den Erwerb von TV-Weitersenderechten hat die wilhelm.tel GmbH als Mitglieder des Verbands Deutscher Kabelnetzbetreiber e.V. (kurz „ANGA“) Einzelverträge zu Verbandsgesamtverträgen mit den sog. Rechteverwertungsgesellschaften GEMA und VG Media geschlossen. Die GEMA vertritt hierbei hauptsächlich deutsche und europäische öffentlich-rechtliche aber auch privatrechtliche TV- und Radioveranstalter, in der die VG Media haben sich ausschließlich private TV- und Radioveranstalter vereint. Mit diesen Weitersendeverträgen erwirbt die wilhelm.tel GmbH das Recht, die Sendungen der von den Verwertungsgesellschaften vertretenen TV- und Hörfunkveranstalter via Satellit zu empfangen und in ihrem Kabel an ihre Endkunden weiterzusenden. Allerdings lassen sich nicht alle in Deutschland via Satellit empfangbaren Radio- und TV-Sender durch die GEMA oder die VG Media vertretenen. So gibt es eine Vielzahl ausländischer aber auch inländischer Sender, die direkt durch wilhelm.tel akquiriert werden müssen oder deren Kabelweitersenderechte durch wilhelm.tel von sog. Content-Händlern erworben werden. Zu solchen Content-Händlern gehören bspw. die Pay-TV-Paket-Vermittler „Kabelkiosk“ und „Sky“.

Ein weiterer Vermittler von Kabelweitersenderechten ist die Deutsche Netz Marketing GmbH (kurz „DNMG“) mit Sitz in Köln (Amtsgericht Köln, HRB 65897, www.dnmg.de), in der sich lokale und regionale Kabelnetzbetreiber organisiert haben. Unternehmenszweck der DNMG ist die Unterstützung der Kabelnetzbetreiber beim Erwerb von Kabelweitersenderechten und bei der Vermarktung von Kabelfernsehen. Die DNMG hat hierfür zahlreiche TV-Sender und Mediendienste unter Vertrag genommen und vermittelt Kabelweitersendungsverträge zwischen ihren gesellschaftermäßig und mitgliedschaftlich organisierten Kabelnetzbetreibern und den TV-Veranstaltern. Zu den Dienstleistungen der DNMG gehört auch die von ihr für die teilnehmenden Kabelnetzbetreiber durchgeführte zentrale Abrechnung der von den TV-Veranstaltern an die Kabelnetzbetreiber zu zahlenden Kabelweitersendeentgelte, die pro Wohneinheit und je nachdem, ob der Kabelnetzbetreiber den betreffenden Sender digital oder auch analog einspeist, anfallen.

Der Aufbau der DNMG gestaltet sich wie folgt:

Gegründet im Jahr 1999 von seinerzeit 29 kleinen und mittelständischen Kabelnetzbetreibern als deren gebündelte Interessenvertretung gegenüber den TV-Veranstaltern verfügt die DNMG inzwischen über 34 Gesellschafter, die 39 Gesellschafter-

anteile zu je einem Nennwert von 2.500,00 EUR halten (§ 3 Abs. 2 des DNMG-Gesellschaftsvertrags). Bis auf drei Gesellschafter, die zwei bzw. vier Gesellschaftsanteile (die DNMG hält selbst derzeit 4 Eigenanteile) halten, besitzen die anderen 31 Gesellschafter jeweils einen Gesellschaftsanteil. Das Stammkapital liegt demnach bei 97.500,00 EUR. Neben den Gesellschaftern können auch Kabelnetzbetreiber, die nicht Gesellschafter sind, über eine Mitgliedschaft am Leistungsangebot der DNMG teilnehmen. Insgesamt sind derzeit über 130 Kabelnetzbetreiber aus dem gesamten Bundesgebiet in der DNMG mitgliedschaftlich organisiert, die wilhelm.tel GmbH ist seit Januar 2001 Mitglied und nutzt die beschriebenen Dienstleistungen der DNMG. Der Personalstamm der DNMG ist mit einer Vollzeit- und einer Teilzeitstelle sowie einem freien Mitarbeiter bei einem Jahresumsatz von über 12,8 Mio. € (Referenzjahr 2010) äußerst effizient aufgestellt.

Auf Grund von Fusionen auf oder auch des Ausscheidens von Kabelnetzbetreibern aus dem Kabelmarkt kann es dazu kommen, dass bei der DNMG Gesellschaftsanteile „frei“ werden. Dies ist nur sehr selten der Fall, da der Markt der lokalen und regionalen Kabelnetzbetreiber schon seit 10 Jahren sehr stabil ist. Derzeit sind jedoch auf Grund der Einziehung der Geschäftsanteile der Unitymedia GmbH und der KabelBW GmbH, nachdem diese Unternehmen zuvor DNMG-Gesellschafter übernommen hatten, Gesellschaftsanteile frei geworden. Die DNMG hat der wilhelm.tel GmbH mit Blick auf deren inzwischen erreichte Marktstellung und deren langjährige Mitgliedschaft in der DNMG einen frei gewordenen Anteil zum Erwerb angeboten. Die Aufnahme neuer Gesellschafter kann gemäß § 3 Abs. 4 S. 3 DNMG-Gesellschaftsvertrag nur einmal im Jahr im Rahmen der ordentlichen Gesellschafterversammlung erfolgen. Diese Versammlung steht nun zum 21. August 2012 an.

Für den Anteil wird eine Stammeinlage in Höhe von 2.500,00 EUR fällig. Daneben ist für neue Gesellschafter gemäß § 3 Abs. 5 des DNMG-Gesellschaftsvertrags ein Aufgeld zu entrichten, dass im Falle der wilhelm.tel GmbH voraussichtlich weitere 2.500,00 € (maximal 5.000,00 €) betragen würde. Die Höhe des Aufgelds richtet sich nach der Anzahl der Jahre, in denen WE-Kapazitäten zur Abrechnung über die DNMG gemeldet worden sind, und nach der Anzahl der genutzten TV-Verträge. Es soll die bereits durch die Alt-Gesellschafter geschaffenen Vermögenssteigerungen und Rücklagen der DNMG, von denen auch die wilhelm.tel GmbH als Neu-Gesellschafterin profitieren würde, ausgleichen. Die wilhelm.tel GmbH ist an dem Erwerb dieses Gesellschaftsanteils interessiert, da die DNMG wesentliche Interessen der wilhelm.tel GmbH als Kabelnetzanbieter vertritt und die Formulierung und Ausübung der Gesellschaftspolitik der DNMG damit von großer Bedeutung für die betrieblichen Interessen der wilhelm.tel GmbH und damit auch der Stadt Norderstedt/Stadtwerke Norderstedt als vollständige Anteilseignerin der wilhelm.tel GmbH ist.

II. Rechtsausführungen

Die Möglichkeit und Grenzen der Beteiligung an einer Gesellschaft ergeben sich aus § 101 und § 102 der Gemeindeordnung Schleswig-Holstein (nachfolgend bezeichnet als „GO“).

Gemäß § 102 GO darf die Gemeinde sich an einer bestehenden Gesellschaft beteiligen, wenn

- ein wichtiges Interesse der Gemeinde an der Beteiligung vorliegt (§ 102 Abs. 1 S. 1 Ziff. 1),
- die kommunale Aufgabe dauerhaft mindestens ebenso gut wie in einer Organisationsform des öffentlichen Rechts erfüllt wird (§ 102 Abs. 1 S. 1 Ziff. 1),
- die Haftung und die Einzahlungsverpflichtung der Gemeinde auf einen ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag begrenzt wird (§ 102 Abs. 1 S. Ziff. 2),
- die Gemeinde einen angemessenen Einfluss, insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan, erhält (§ 102 Abs. 1 S. Ziff. 3),
- gewährleistet ist, dass der Jahresabschluss und der Lagebericht, soweit nicht weitergehende gesetzliche Vorschriften gelten oder andere gesetzliche Vorschriften entgegenstehen, in entsprechender Anwendung der Vorschriften des Dritten Buchs des Handelsgesetzbuchs für große Kapitalgesellschaften aufgestellt und geprüft werden (§ 102 Abs. 1 S. 1 Ziff. 4),
- bei der Beteiligung an einer bestehenden Gesellschaft, die auf den Betrieb eines wirtschaftlichen Unternehmens gerichtet ist, die Gemeinde ein Unternehmen dieser Art nach § 101 Abs. 1 GO selbst errichten oder übernehmen dürfte (§ 102 Abs. 2), und
- die anteilsbezogenen Regelungen des § 102 Abs. 3, 4 und 5 GO befolgt werden.

In dieser Normenkette ist die Erfüllung der in § 101 Abs. 1 GO genannten Merkmale (auf diese verweist § 102 Abs. 2 GO), welche für die Errichtung, Übernahme oder wesentliche Erweiterung wirtschaftlicher Unternehmen vorliegen müssen, auch für die *Beteiligung* an bereits bestehenden Gesellschaften die Grundvoraussetzung für die weitere Prüfung der weiteren Merkmale des § 102 GO. Demzufolge soll § 102 Abs. 2 i.V.m. § 101 Abs. 1 GO in der nachfolgenden Betrachtung vorangestellt werden.

1. § 102 Abs. 2 GO: Voraussetzungen für wirtschaftliche Unternehmen

Gemäß § 101 Abs. 1 GO darf eine Gemeinde wirtschaftliche Unternehmen errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern, wenn

- a) Ein öffentlicher Zweck, dessen Erfüllung im Vordergrund der Unternehmung stehen muss, das Unternehmen rechtfertigt (Ziff. 1);
- b) das Unternehmen nach Art und Umfang ein einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht (Ziff. 2) und
- c) der Zweck nicht besser oder wirtschaftlicher auf andere Weise erfüllt werden kann (Ziff. 3)

Zu Buchst. a): Öffentlicher Zweck

Alles Tätigwerden hoheitlicher Funktionsträger muss dem Allgemeinwohl dienen und von seinen Erfordernissen getragen werden (BVerfGE 50, 50 (51), 59, 216 (228 ff.)). Insofern fordert § 101 Ziffer 1 GO für jegliche wirtschaftliche Unternehmung der Gemeinde das Vorliegen eines öffentlichen Zwecks“ als zentrales Zulässigkeitskriterium der Unternehmung. Was im Einzelnen mit diesem Merkmal gemeint ist, lässt sich abstrakt nur schwer fassen. Mit Blick auf die Mehrdeutigkeit und Wandelbarkeit dieses Begriffs handelt es sich um einen normativen, also wertausfüllungsbedürftigen, unbestimmten Rechtsbegriff. Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE 39, 329 (333)) kommt es bei der Auslegung des Begriffs allein darauf an, ob durch die jeweils in Rede stehende wirtschaftliche Betätigung das gemeinsame Wohl der Gemeindeglieder gefördert wird und damit also letztlich nur das getan wird, was die Kommunen bereits in den Eingangsbestimmungen der GO ausdrücklich vorgegeben ist (vgl. § 1 Abs. 1 GO: *„Den Gemeinden wird das Recht der freien Selbstverwaltung in den eigenen Angelegenheiten als eines der Grundrechte demokratischer Staatsgestaltung gewährleistet. Sie haben das Wohl ihrer Einwohnerinnen und Einwohner zu fördern. Sie handeln zugleich in Verantwortung für die zukünftigen Generationen.“* und § 2 Abs. 1 GO: *„Die Gemeinden sind berechtigt und im Rahmen ihrer Leistungsfähigkeit verpflichtet, in ihrem Gebiet alle öffentlichen Aufgaben in eigener Verantwortung zu erfüllen, soweit die Gesetze nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmen. (...)“*). Worin aber letztlich die Stadt Norderstedt eine Förderung des allgemeinen Wohls erblickt, darf in erster Linie den Anschauungen und Entschlüssen ihrer maßgeblichen Gemeindeorgane überlassen bleiben und hängt damit nicht zuletzt von den örtlichen Verhältnissen, den finanziellen Möglichkeiten, den Bedürfnissen der Einwohnerschaft und anderen Faktoren ab.

Die Beurteilung des öffentlichen Zwecks für die Beteiligung der Gemeinde oder eines ihrer Tochterunternehmen (wie der wilhelm.tel GmbH) an einer bereits bestehenden Gesellschaft ist daher der Überprüfung durch die Kommunalaufsicht und die Verwaltungsgerichte weitgehend entzogen. Es handelt sich letztlich um eine Frage sachgerechter Kommunalpolitik, die – wie jedes sinnvolle wirtschaftliche Handeln – in starker Weise von Zweckmäßigkeitserwägungen bestimmt wird (BVerwGE 39, 329 (224)). So ist das Kriterium des öffentlichen Zwecks jedenfalls immer dann erfüllt, wenn das ins Auge gefasste Projekt nach rechtsbewusster Auffassung der die Gemeinde-

bewohner repräsentierenden Vertretungskörperschaft dem Gemeinwohl der Einwohnerschaft dient. Die denkbaren Gründe des Gemeinwohls sind dabei äußerst vielfältig und reichen von Wettbewerbsinterventionen bis hin zu wirtschaftsfördernden und sozialpolitischen Aktivitäten. (Püttner, in: Die öffentliche Verwaltung, 1983, S. 698 f.)

Unternehmenszweck der DNMG ist die Unterstützung der Kabelnetzbetreiber bei deren Versorgung desjenigen Teils der Bevölkerung, der über Kabel mit Fernsehprogrammen versorgt wird, mit einem attraktiven und vielfältigen Fernsehbouquet. Die DNMG bietet auch Weitersenderechte für solche TV-Sender an, die sich nicht von den Verwertungsgesellschaften GEMA und VG Media vertreten lassen und deren Kabelweitersendung daher nicht durch den Abschluss der GEMA- und VG Media-Verträge nicht gedeckt wird. Mit diesen zusätzlichen Sendern ermöglicht die DNMG den Kabelnetzbetreibern, ihr TV-Bouquet mit einer größeren Vielfalt an Sendern zu gestalten. Da die meisten Kabelnetzbetreiber weder über die rundfunk- und urheberrechtlichen Kenntnisse noch über die wirtschaftliche Marktposition verfügen, die für eine eigenständige Akquisition von Kabelweitersenderechten erforderlich sind, verhandelt die DNMG im Interesse ihrer Gesellschafter und Mitglieder mit den TV-Veranstaltern über die finanziellen, technischen und rechtlichen Modalitäten der TV-Signaleinspeisung und ihnen die ausverhandelten Verträge zur Unterzeichnung zur Verfügung. Außerdem übernimmt die DNMG für ihre Gesellschafter und Mitglieder die Berechnung und Abrechnung der von den TV-Sendern zu zahlenden Einspeiseentgelte, die an Hand einer komplexen Matrix (Anzahl der Haushalte, genutzte Netzebenen 3 und/oder 4) berechnet werden.

Die Versorgung der Bevölkerung mit TV-Programmen ist ein wichtiger Faktor für die in Artikel 5 Abs. 1 des Grundgesetzes geschützte Ausübung der Meinungsbildungs- und Informationsfreiheit sowie der Pressefreiheit und der Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film. Eine besonders große Vielfalt innerhalb des TV-Angebotes unterstützt zudem die in Artikel 5 Abs. 3 GG geschützte Kunst- und Wissenschaftsfreiheit. Die Ermöglichung der Ausübung und Gewährleistung von verfassungsrechtlichen Freiheitsrechten, die zudem – wie bspw. auch das Versammlungsrecht – auf Grund ihres meinungsbildenden Charakters als Informationsgrundrechte zu den demokratierelevanten Grundrechten gehören, ist zu den legitimen öffentlichen Zwecken zu zählen. Zudem haben insbesondere die Norderstedter TV-Kunden der wilhelm.tel GmbH ein besonderes Interesse daran, für ihren Anschlussbeitrag ein möglichst hochwertiges und vielfältiges Programmbouquet zu erhalten. Insofern erfüllt der Unternehmenszweck der DNMG als Vermittler zwischen TV-Sendeunternehmen und Kabelnetzbetreibern ein öffentliches Interesse.

Zu Buchst. b): Angemessenes Verhältnis zwischen Unternehmung und Gemeinde

Mit diesem Merkmal will der Gesetzgeber Gemeinden vor Unternehmungen schützen, die ihre Verwaltungs- und insbesondere ihre Finanzkraft überfordern würden bzw. die erzielbaren Vorteile jedenfalls insoweit aufheben, als insgesamt keine effektive Verbesserung für die gemeindliche Aufgabenerfüllung erreicht würde.

Der von der wilhelm.tel GmbH zu erwerbende Gesellschaftsanteil hat einen Ankaufspreis (Stammeinlage) von 2.500,00 EUR. Hinzu kommt für einen Neugesellschafter ein Aufgeld in Höhe von maximal 5.000,00 EUR. Diese Beträge können von der wilhelm.tel GmbH selbstständig aufgebracht werden. Die Kosten für den Gesellschaftsanteil sind zudem nicht verloren, wenn die wilhelm.tel GmbH sich entschließen sollte, in der Zukunft als Gesellschafter der DNMG wieder auszuscheiden. Darüber hinaus erwirbt die wilhelm.tel GmbH mit dem Erwerb eines Gesellschaftsanteils einen Anspruch auf Ausschüttung einer jährlichen Dividende, die bspw. im Jahr 2010 5.000,00 EUR pro Gesellschaftsanteil betrug.

Da der Gesellschaftszweck der DNMG die TV-Rechte- und Abrechnungsbetreuung ihrer eigenen Gesellschafter und Mitglieder ist, beschränken sich Art und Umfang der Unternehmung auf diesen kabelnetzbetreiber-bezogenen Unternehmenszweck. Abgesehen von der Anmietung von Geschäftsräumen, der Einstellung von Angestellten zur Durchführung der Gesellschaftsaufgaben (1 Vollzeit- und 1 Teilzeitstelle sowie 1 freier Mitarbeiter) sowie der zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung erforderlichen Maßnahmen wie bspw. Unterstützung der Mitglieder bei evtl. gerichtlichen Auseinandersetzungen, geht die DNMG keine weiteren Verbindlichkeiten ein. Art und Umfang der Geschäftstätigkeit der DNMG stehen daher insbesondere unter der Berücksichtigung der Tatsache, dass die wilhelm.tel GmbH nur einer von 34 Gesellschaftern und eines von über 130 Mitgliedern der DNMG wäre, nur ein (1) Gesellschaftsanteil erworben würde und die wilhelm.tel GmbH selbst als Gesellschaft mit beschränkter Haftung ausgestaltet ist, in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Stadt Norderstedt/Stadtwerke Norderstedt bzw. zur Leistungsfähigkeit der wilhelm.tel GmbH. Selbiges gilt auch für das Merkmal des „voraussichtlichen Bedarfs“, da angesichts der sich in stetiger Umwälzung befindlichen Fernsehlandschaft feststeht, dass der Bedarf der wilhelm.tel GmbH nach Unterstützung beim TV-Weitersenderechten und bei der Entgeltsabrechnung weder bei der wilhelm.tel GmbH noch bei den andere in der DNMG organisierten Kabelnetzbetreibern nur von vorübergehender Natur ist.

Zu Buchst. c): Keine bessere Zweckerfüllung auf andere Weise

Zu fragen ist hier, ob und wie der angestrebte Zweck (Unterstützung beim Erwerb von TV-Weitersenderechten, Abrechnung der Einspeiseentgelte) anders besser oder wirtschaftlicher als durch den Erwerb eines DNMG-Gesellschaftsanteils durch die wilhelm.tel GmbH erreicht werden könnte. Die wilhelm.tel GmbH könnte selbst oder durch externe Rechtsanwälte Verhandlungen mit den betreffenden Sendern aufnehmen. Rechteverhandlungen werden bereits von der Rechtsabteilung der wilhelm.tel GmbH insbesondere mit ausländischen Sendern durchgeführt. Allerdings verfügt die wilhelm.tel GmbH als einzelnes lokales Unternehmen nicht über eine Verhandlungsmacht, mit der die angesprochenen Sender dazu bewegt werden können, für ihre Einspeiseleistung ein Entgelt zu verlangen. Hier sieht sich die wilhelm.tel GmbH meist der Forderung der TV-Sendeunternehmen ausgesetzt ihrerseits für die Rechteerteilung zur Kabelweitersendung ein Entgelt an die Sender zu zahlen. Mit Hinweis auf die Gleichwertigkeit der Einspeiseleistung und die Erhöhung des Verbreitungsgrades des betreffenden Programms sowie auf die damit verbundenen positiven Entwicklung der Werbeeinnahmen des Sendunternehmens gelingt es der wilhelm.tel GmbH die Entgeltforderungen der Sendunternehmen abzuwehren und dennoch die Erlaubnis zur Kabelweitersendung zu erhalten. Für die Verhandlung von Entgelten für die Netzeinspeiseleistung fehlt der wilhelm.tel GmbH indes auf Grund der begrenzten Reichweite ihres Kabelnetzes die Marktmacht. Selbiges würde im Falle des Einsatzes einer Rechtsanwaltskanzlei gelten, wobei hier zu Lasten der wilhelm.tel GmbH selbstverständlich Rechtsanwaltskosten anfielen, die auf Grund der erforderlichen rechtmateriespezifischen Spezialkenntnisse nicht unerheblichen sind. Die DNMG mit ihren 34 Gesellschaftern und über 130 mitgliedschaftlich organisierten Kabelnetzbetreibern verfügt dagegen mit mehr als 5,5 Millionen Kabel-TV-versorgten Haushalten über eine relevante Anzahl und damit eine Verhandlungsmasse und -macht gegenüber den TV-Sendeunternehmen, die im Ergebnis Vertragsabschlüsse ermöglichen, bei denen die partizipierenden Kabelnetzbetreiber ein Einspeiseentgelt vom Sendunternehmen für die Kabelweitersendung je angeschlossener Wohneinheit erhalten.

Die Interessenwahrnehmung und Rechteverhandlung durch die DNMG ist daher die beste Möglichkeit, den öffentlichen Zweck einer programmvielfältigen TV-Versorgung der Bevölkerung zu verwirklichen. Dies gilt umso mehr, als die DNMG für die Kabelnetzbetreiber die Abrechnung der Entgelte im Verhältnis zu den Sendunternehmen übernimmt und die wilhelm.tel GmbH hierdurch von positiven Skaleneffekten profitiert.

Der Erwerb eines Gesellschafteranteils an der DNMG hat im Unterschied zur reinen Mitgliedschaft in der DNMG für die wilhelm.tel GmbH den Vorteil, dass die wilhelm.tel GmbH über die Gesellschafterversammlung Einfluss auf die Geschäftspolitik der DNMG nehmen kann, also nicht wie bisher als reines Mitglied von geschäftspolitischen Entschei-

dungen betroffen ist, sondern an diesen mitwirken kann (vgl. hierzu nachstehende Ziffer 5). Dies gilt umso mehr als nur Vertreter eines Gesellschafterunternehmens, nicht aber als bloße Mitgliedsunternehmen, in den Aufsichtsrat der DNMG gewählt werden können. Zudem profitiert die wilhelm.tel GmbH auch finanziell von der Mitgliedschaft, da bisher jährliche Gewinnausschüttungen an die Gesellschafter getätigt wurden (vgl. hierzu voranstehende Ziffer 1 zu Buchst. b)).

Ergebnis zu § 102 Abs. 2, § 101 Abs. 1 GO:

Die in § 101 Abs. 1 GO genannten Voraussetzungen für die Beteiligung an wirtschaftlichen Unternehmungen durch die Stadt Norderstedt bzw. durch deren Tochter, der wilhelm.tel GmbH, sind erfüllt.

2. § 102 Abs. 1 S. 1 Ziff. 1 GO: Wichtiges Interesse an Gesellschaftsbeteiligung

Das wichtige Interesse der Stadt Norderstedt/Stadtwerke Norderstedt an der Beteiligung an der DNMG vermittelt über ihre Tochter die wilhelm.tel GmbH ergibt sich nicht zuletzt aus den bereits vorangehend geschilderten Argumenten. Mit dem Erwerb eines Gesellschaftsanteiles erhält die wilhelm.tel GmbH die Möglichkeit der Einflussnahme und Mitbestimmung über die Gesellschaftspolitik der DNMG (vgl. hierzu nachstehende Ziffer 5). Diese Ingerenzmöglichkeit ist für die wilhelm.tel GmbH und vermittelt durch sie für die TV-Versorgung der Bevölkerung schon deshalb von besonderem Interesse, weil die wilhelm.tel GmbH auch als Mitglied der DNMG von den Entscheidungen der Gesellschafterversammlung und des Aufsichtsrates der DNMG betroffen ist. Ist die wilhelm.tel GmbH aber nicht allein Mitglied, sondern auch Gesellschafter, kann sie die Entscheidungen, von denen sie letztendlich betroffen ist, bereits ex ante mitgestalten. Das gemäß § 102 Abs. 1 Ziff. 1 GO geforderte wichtige Interesse an der Beteiligung der wilhelm.tel GmbH, deren grundlegender Geschäftszweck neben der Versorgung der Bevölkerung mit Telefonie und Internet auch deren Versorgung mit einem breiten Rundfunkangebot ist, ist somit gewahrt.

3. § 102 Abs. 1 S. 1 Ziff. 1 GO: Gleichwertigkeit der Aufgabenerfüllung

Die von der wilhelm.tel GmbH im Auftrag der Stadt Norderstedt/Stadtwerke Norderstedt durch ihre Tochter die wilhelm.tel GmbH übernommene Aufgabe der Fernsehversorgung kann durch eine öffentlich-rechtliche Organisationsform schon deshalb nicht erfüllt werden, weil es keine entsprechende öffentlich-rechtliche Organisation gibt, die insgesamt 170 Kabelnetzbetreiber bündelt und die beschriebenen Service-Leistungen übernimmt. Die Gründung einer entsprechenden Organisation in öffentlich-rechtlicher Form wäre überdies wenig Erfolg versprechend, weil die DNMG bereits besteht und sich die meisten der von ihr vertretenen Kabelnetzbetreiber in Privatbesitz befinden. Überdies wird eine lokal oder

regional begrenzte öffentlich-rechtliche Einheit gegenüber den Sendeunternehmen nicht dieselbe Wirkkraft entfalten können wie die DNMG dies zu tun vermag. Die Aufgabenerfüllung wird mithin nicht nur „mindestens ebenso gut“, sondern deutlich besser durch die DNMG erreicht; § 102 Abs. 1 Ziff. 1 GO ist somit gewahrt.

4. § 102 Abs. 1 S. 1 Ziff. 2 GO: Haftungs- und Einzahlungsverpflichtung

Wie bereits geschildert, wird die Haftung und die Einzahlungsverpflichtung der Gemeinde wie § 102 Abs. 1 Ziffer 2 GO dies zur Bewahrung der Gemeinde vor Risiken, die mit ihrer generellen öffentlichen Aufgabenerfüllung nicht in Einklang zu bringen wären, verlangt, auf einen ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag begrenzt. Denn mit einem Gesellschafteranteil zum Ankaufpreis von 2.500,00 EUR Stammeinlage sowie dem beschriebenen Aufgeld in Höhe von weiteren 2.500,00 EUR (vgl. hierzu vorangehende Ziffer I.) ist die Einstandspflicht auf einen überschaubaren und von der wilhelm.tel GmbH selbständig aufbringbaren Betrag begrenzt.

Da sowohl die DNMG als auch die wilhelm.tel GmbH Gesellschaften mit beschränkter Haftung sind, wird die Haftungsverpflichtung bereits hierdurch begrenzt. Grundsätzlich haftet die DNMG ihren etwaigen Gläubigern gemäß § 13 Abs. 2 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) nur mit ihrem Gesellschaftsvermögen, an dem die wilhelm.tel GmbH mit lediglich 2.500,00 EUR zzgl. Aufgeld beteiligt wäre. Eine Durchgriffshaftung auf den Gesellschafter wilhelm.tel GmbH oder auf deren Gesellschafter Stadt Norderstedt/Stadtwerke Norderstedt scheidet aus. Die Fälle, in denen die Rechtsprechung einen Durchgriff zugelassen hat, werden im Fall der DNMG schon vom Sachverhalt her nicht erfüllt. Denn weder liegt eine Unterkapitalisierung der Gesellschaft mit der sittenwidrigen Absicht der Gläubigerschädigung vor, noch nehmen ihre Gesellschafter eine Vermögensvermischung oder Vermögensverschiebung vor. Auch eine ggf. auf die DNMG-Gesellschafterin wilhelm.tel GmbH zurückgehende oder von ihr initiierte grob fahrlässig falsche Entscheidung der DNMG-Geschäftsführung, die zu einem etwaigen Vermögensverlust führen würde, führt nicht zur Durchgriffshaftung der Gläubiger auf die wilhelm.tel GmbH oder deren Gesellschafter Stadt Norderstedt/Stadtwerke Norderstedt.

Mangels Abschlusses eines Organschaftsvertrag zwischen der wilhelm.tel GmbH und der DNMG über Beherrschung und Gewinnabführung besteht auch keine daraus ggf. entstehende Haftung der wilhelm.tel GmbH oder deren Gesellschafter Stadt Norderstedt/Stadtwerke Norderstedt.

Zudem wird die Höhe der Haftung und Einzahlungsverpflichtung begrenzt durch den Unternehmensgegenstand der DNMG. Laut § 2 Abs. 1 DNMG-Gesellschaftsvertrag hat sie folgende Aufgaben:

- Festlegung von Nutzungsbestimmungen für Weiterverbreitungskapazitäten in Kabelnetzen;
- Vermarktung von Rundfunkprogrammen und Diensten;
- Erbringung von damit in Zusammenhang stehenden Dienstleistungen aller Art wie bspw. die Akquise von Senderechten und die Einholung von urheberrechtlichen Genehmigungen und Gestattungen.

Die DNMG wird mithin als Dienstleistungsunternehmen für ihre eigenen Gesellschafter und Mitgliedsunternehmen tätig. Der Erfolg ihrer Geschäftspolitik ist damit nicht unmittelbar von externen Marktvorgaben, Kundennachfrage und möglichen Konkurrenzprodukten abhängig. Würden die Dienstleistungen von den Kabelnetzbetreibern nicht mehr nachgefragt, so könnten die Gesellschafter das Unternehmen schlicht liquidieren. Auf Grund der geringen finanziellen Verpflichtungen der DNMG (kleine Mitarbeiterschaft, keine Produktionsstandorte, lediglich Büro- und Verwaltungskosten, die mit einer Auflösung ein Ende fänden) und Anbetracht der großen Anzahl der weiteren Gesellschafter erscheint das Risiko einer Gesellschaftsbeteiligung im Verhältnis zu den Vorteilen einer Gesellschaftereigenschaft der wilhelm.tel GmbH als angemessen.

Angesicht der obigen Ausführungen ist die Haftung und die Einzahlungsverpflichtung der wilhelm.tel GmbH auf einen ihrer Leistungsfähigkeit und der Leistungsfähigkeit ihrer Gesellschafter Stadt Norderstedt/Stadtwerke Norderstedt angemessenen Betrag im Sinne des § 102 Abs. 1 Ziff. 2 GO gewahrt.

5. § 102 Abs. 1 S. 1 Ziff. 3 GO: Angemessener Einfluss auf die Gesellschaft

Gemäß § 102 Abs. 1 Ziff. 3 GO muss der Stadt Norderstedt/Stadtwerke Norderstedt vermittelt durch die wilhelm.tel GmbH als zukünftige Gesellschafterin der DNMG ein angemessener auf die DNMG eingeräumt werden. Dies könnte insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan erfolgen.

Als Gesellschafter der DNMG kann die wilhelm.tel GmbH als Tochter der Stadt Norderstedt/Stadtwerke Norderstedt für diese an den Gesellschafterversammlungen teilnehmen, verfügt über ein Rede- und Antragsrecht und – für die Einflussnahme wesentlich – über das Gesellschafterstimmrecht. Gemäß § 8 Abs. 2 des DNMG-Gesellschaftsvertrags gewährt jeder Gesellschaftsanteil eine Stimme unabhängig von der Größe des Geschäftsanteils. Da das Stimmrecht verbundener Unternehmen gemäß § 3 Abs. 7 Satz 2 des DNMG-Gesellschaftsvertrags auf maximal 20 % aller Stimmen der Gesellschaft beschränkt ist, wird eine Vormachtstellung eines einzelnen Gesellschafters innerhalb der DNMG verhindert. Dies entspricht dem Grundgedanken der DNMG, die sich als Dienst-

leisterin für kleine und mittelständische Kabelnetzbetreiber sieht und mit ihrer Mitgliederstruktur einen genossenschaftlichen Ansatz verfolgt. Zudem käme der wilhelm.tel GmbH als Gesellschafterin der DNMG gemäß § 51a Abs. 1 GmbHG ein jederzeitiges Auskunfts- und Einsichtnahmerecht gegenüber der DNMG-Geschäftsführung bzgl. sämtlicher Angelegenheiten der DNMG zu¹ – ein Recht, über das die wilhelm.tel auf Grund ihres gegenwärtigen (nur) Mitgliedsstatus zurzeit nicht verfügt und dem gemäß § 51a Abs. GmbHG im Gesellschaftsvertrag nicht abgewichen werden kann.

Die Gesellschafterversammlung, an denen die wilhelm.tel GmbH als Gesellschafter dann teilnehmen könnte, ist insbesondere für die Feststellung des Jahresabschlusses und die Verwendung des Jahresergebnisses zuständig. Gemäß § 6 Abs. 3 des DNMG-Gesellschaftsvertrages wird das Jahresergebnis entsprechend der Beteiligung der Gesellschafter am Stammkapital aufgeteilt. Durch die Gesellschaftereigenschaft würde sich demnach die Mitwirkungsrechte der wilhelm.tel GmbH gegenüber dem gegenwärtigen Stand verbessern.

Darüber hinaus haben die Gesellschafter bereits gemäß § 46 GmbHG folgende, gesetzlich vorbehaltene Aufgaben, Einflussnahmemöglichkeiten und Rechte:

- Entscheidung über die Offenlegung eines Einzelabschlusses nach internationalen Rechnungslegungsstandards (§ 325 Abs. 2a des Handelsgesetzbuchs) und über die Billigung des von den Geschäftsführern aufgestellten Abschlusses;
- Billigung eines von den Geschäftsführern aufgestellten Konzernabschlusses;
- Einforderung der Einlagen;
- Rückzahlung von Nachschüssen;
- Teilung, die Zusammenlegung sowie die Einziehung von Geschäftsanteilen;
- Bestellung und die Abberufung von Geschäftsführern sowie die Entlastung derselben;
- Maßregeln zur Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung;
- Bestellung von Prokuristen und von Handlungsbevollmächtigten zum gesamten Geschäftsbetrieb;
- Geltendmachung von Ersatzansprüchen, welche der Gesellschaft aus der Gründung oder Geschäftsführung gegen Geschäftsführer oder Gesellschafter zustehen, sowie die Vertretung der Gesellschaft in Prozessen, welche sie gegen die Geschäftsführer zu führen hat.

1 Das Recht der Gesellschafter aus § 51a Abs. 1 GmbHG darf von der Geschäftsführung gemäß § 51a Abs. 2 S. 1 GmbHG nur verweigert werden, wenn zu befürchten ist, dass der Gesellschafter die erlangten Informationen zu gesellschaftsfremden Zwecken verwenden will und dadurch der Gesellschaft oder einem verbundenen Unternehmen einen nicht unerheblichen Nachteil zufügen wird. Das Verweigerungsrecht der Geschäftsführung wird indes wiederum begrenzt durch die Kontrollvorschrift des § 51a Abs. 2 S. 2 GmbHG, der verlangt, dass die Verweigerung durch eines Beschlusses der Gesellschafter abzusegnen ist.

Als Gesellschafterin besteht außerdem die Möglichkeit für die wilhelm.tel GmbH Mitglied des gemäß § 9 des DNMG-Gesellschaftsvertrages bestehenden Aufsichtsrats der DNMG zu werden. Dieser besteht aus neun (9) Mitgliedern, von denen mindestens fünf (5) durch Beschluss der Gesellschaftsversammlung bestellt werden. Vier der Aufsichtsratsmitglieder werden durch die in § 9 Abs. 3 bis 5 des DNMG-Vertrages festgelegten Unternehmen in den Aufsichtsrat entsendet. Hierbei handelt es sich um ein Unternehmen, die in den jeweils letzten drei Geschäftsjahren besonders hohe Umsätze mit der DNMG getätigt haben. Das bedeutet, dass auch die wilhelm.tel GmbH bei entsprechendem Umsatz einen Anspruch auf Entsendung eines Aufsichtsratsmitgliedes hätte und im Ergebnis sogar zwei Aufsichtsräte stellen könnte (per Entsenderecht und per Beschluss/Wahl).

Aufsichtsratsmitglied kann jede natürliche Person werden, die von einem Gesellschafter oder vom Aufsichtsrat zur Wahl durch die Gesellschafterversammlung vorgeschlagen wird. Wie in der Gesellschafterversammlung wird die Vormachtstellung eines Gesellschafters oder verbundener Unternehmen auch im Aufsichtsrat begrenzt, indem § 9 Abs. 9 des DNMG-Gesellschaftsvertrages vorsieht, dass nicht mehr als drei Mitglieder eines Unternehmens bzw. verbundenen Unternehmen Mitglieder des Aufsichtsrates sein dürfen.

Die Begrenzung der Vormachtstellung eines Gesellschafters oder verbundener Unternehmen sowohl in der Gesellschaftsversammlung als auch im Aufsichtsrat gewährleistet, dass jeder einzelne Gesellschafter seine unternehmenspolitischen Ansätze vorbringen, andere Gesellschafter überzeugen und so die erforderlichen Mehrheiten hinter sich versammeln kann, ohne von einem anderen Unternehmen dominiert zu werden. Da von den 34 Gesellschaftern die weit überwiegende Mehrheit, nämlich 31 Gesellschafter, wie auch dann auch die wilhelm.tel GmbH jeweils nur über einen Gesellschaftsanteil und damit über eine Stimme in der Gesellschafterversammlung verfügen, ist hierdurch ein die im Verhältnis zur großen Mehrheit der übrigen Gesellschafter gleich starke Einflussnahmemöglichkeit der wilhelm.tel GmbH für die Stadt Norderstedt/Stadtwerke Norderstedt gewährleistet.

Anders als teilweise in der Kommentierung zu § 102 Abs. 1 Ziff. 3 GO verlangt,² sind keine größeren als hier dargelegten und mit den an den Gesellschaftsanteil knüpfenden Gesellschafterrechten bestehende Einflussnahmerechte zu fordern, da mit Blick auf die Tatsache, dass die wilhelm.tel GmbH lediglich einen von insgesamt 39 Gesellschaftsanteilen erwürbe, keine positiven Wirkungen für eine Gesellschaft DNMG einhergehen, welche eine kommunale Beteiligung an Gesellschaften üblicherweise mit sich bringt (bspw. Erhöhung des Kreditwürdigkeit).

Die beschriebenen Einflussnahmemöglichkeiten sind auch angemessen im Sinne des § 102 Abs. 1 Ziff. 3 GO. Der Wortlaut „angemessen“ bedeutet, dass nicht in jedem Fall die Beherr-

² Dehn, in: Bracker/Dehn (Hrsg.), Gemeindeordnung Schleswig-Holstein, Kommentar, 8. Aufl., Wiesbaden 2010, § 102, S. 565.

schaftung der Gesellschaft verlangt wird, sondern dass die Pflichten der Gemeinde bzw. ihres Tochterunternehmens in einem ausgewogenen Verhältnis zu den gewährten Rechten stehen müssen. Angesichts der pluralistischen Verteilung der Gesellschafteranteile und des genossenschaftlichen Ansatzes der DNMG als Dienstleisterin für ihre eigenen Gesellschafter und Mitglieder sind die dargestellten Einflussnahmemöglichkeiten und Ingerenzrechte als angemessen im Sinne des § 102 Abs. 1 Ziff. 3 GO zu betrachten.

6. § 102 Abs. 1 S. 1 Ziff. 4 GO: Aufstellung und Prüfung des Jahresabschlussberichts und des Lageberichts

Die DNMG ist eine mittelgroße Kapitalgesellschaft im Sinne des § 267 Handelsgesetzbuches (HGB) und wird entsprechend jahresabschlussmäßig geprüft. Gewährleistet ist somit, dass der Jahresabschluss und der Lagebericht den §§ 316 ff. HGB für mittelgroße Kapitalgesellschaften aufgestellt und geprüft werden. § 102 Abs. 1 S. 1 Ziffer 4 GO verlangt zwar eine Jahresabschlussprüfung und Lageberichts-aufstellung wie für „große Kapitalgesellschaften, aber gemäß § 102 Abs. 1 S. 2 GO kann die Kommunalaufsicht von dieser Vorschrift in begründeten Fällen Ausnahmen von der Voraussetzung über Prüfungs- und Berichtspflichten wie für große Kapitalgesellschaften machen. Diese Ausnahme kann im Wege der allgemeinen Genehmigung der Kommunalaufsicht im Rahmen der Anzeige über die Entscheidung der Stadt Norderstedt über die Beteiligung gemäß § 108 GO erteilt werden.³ Mit Blick auf den genossenschaftlichen Ansatz der DNMG, die als reine Dienstleisterin ihrer eigenen Gesellschafter und Mitglieder fungiert erscheint die Prüfung des Jahresabschlusses und die Aufstellung des Lageberichts wie diese das HGB ausreichend und angemessen.

7. § 102 Abs. 3 – 5 GO: Anteilsspezifische Voraussetzungen

§ 102 Abs. 3 bis 5 GO setzen besondere zu erfüllende Kriterien fest, sobald bestimmte Prozentsätze an den Gesellschaftsanteilen durch eine Gemeinde allein oder zusammen mit anderen Gemeinden, Kreisen, Ämtern oder Zweckverbänden gehalten werden. Diese Prozentsätze (75 % der Gesellschaftsanteile in § 102 Abs. 3 GO und jeweils 50 % der Anteile in § 102 Abs. 4 und 5 GO) werden im Fall einer Gesellschaftereigenschaft der wilhelm.tel GmbH an der DNMG aber bei weitem nicht erreicht. Mit einem von insgesamt 39 Gesellschaftsanteilen würde die wilhelm.tel GmbH wie die anderen DNMG-Gesellschafter, welche ebenfalls nur einen Gesellschaftsanteil halten, über 2,56 % der Gesellschaftsanteile der DNMG verfügen. Neben der wilhelm.tel GmbH wären lediglich sechs weitere

³ Dehn, a.a.O., § 102, S. 565.

Unternehmen (meist über Stadtwerke gehalten) in öffentlicher Hand bzw. mit öffentlicher Beteiligung DNMG-Gesellschafter:

- NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH (Köln),
- GELSEN-NET Kommunikationsgesellschaft mbH (Gelsenkirchen),
- komro GmbH (Rosenheim),
- Telenece Telekommunikations Neustadt GmbH (Neustadt),
- MET Medien-Energie-Technik Versorgungs- und Betreuungsgesellschaft mbH (Kassel),
- RegioNet Schweinfurt GmbH (Schweinfurt).

Mit je einem Gesellschaftsanteil verfügen diese Unternehmen aber ebenfalls nur über gemeinsam 15,36 % (= 6 x 2,56 %) der DNMG-Gesellschaftsanteile. Die anteilsspezifischen Voraussetzungen der § 102 Abs. 3 bis 5 GO müssen demnach im vorliegenden Fall keine Beachtung finden und bedürfen an daher an dieser Stelle keiner weiteren Erörterung.

III. Ergebnis

Die kommunalrechtlichen Voraussetzungen für die Beteiligung der wilhelm.tel GmbH an der Deutschen Netzmarketing GmbH sind erfüllt.

- Grote -
(Oberbürgermeister)