

## Beschlussvorlage

zur Behandlung in **öffentlicher Sitzung**

### Betreff

**AWB Abfallwirtschaftsbetriebe Köln GmbH & Co. KG: Rechtsformwechsel in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)**

### Beschlussorgan

Rat

Gremium	Datum
Finanzausschuss	07.04.2014
Rat	08.04.2014

### Beschluss:

Der Rat der Stadt Köln stimmt dem Rechtsformwechsel der AWB Abfallwirtschaftsbetriebe Köln GmbH & Co. KG in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) zu und erklärt sein Einverständnis mit dem als Anlage beigefügten Entwurf des Gesellschaftsvertrages.

Darüber hinaus ermächtigt der Rat der Stadt Köln die Vertreterinnen und Vertreter der Stadt Köln in den zuständigen Gesellschaftsorganen, dem Abschluss eines Ergebnisabführungsvertrages zwischen der Stadtwerke Köln GmbH und der neuen AWB Abfallwirtschaftsbetriebe Köln GmbH zuzustimmen.

Falls sich aufgrund rechtlicher Beanstandungen durch die Urkundspersonen, die Aufsichtsbehörde oder das Registergericht, sowie aus steuerlichen oder aus sonstigen Gründen Änderungen als notwendig und zweckmäßig erweisen, erklärt sich der Rat mit diesen Änderungen einverstanden, sofern hierdurch der wesentliche Inhalt dieses Beschlusses nicht verändert wird.

**Haushaltsmäßige Auswirkungen** **Nein**

<input type="checkbox"/> <b>Ja, investiv</b>	Investitionsauszahlungen	_____€	
	Zuwendungen/Zuschüsse	<input type="checkbox"/> Nein <input type="checkbox"/> Ja	_____ %
<input type="checkbox"/> <b>Ja, ergebniswirksam</b>	Aufwendungen für die Maßnahme	_____€	
	Zuwendungen/Zuschüsse	<input type="checkbox"/> Nein <input type="checkbox"/> Ja	_____ %

**Jährliche Folgeaufwendungen (ergebniswirksam): ab Haushaltsjahr:**

a) Personalaufwendungen	_____€
b) Sachaufwendungen etc.	_____€
c) bilanzielle Abschreibungen	_____€

**Jährliche Folgeerträge (ergebniswirksam): ab Haushaltsjahr:**

a) Erträge	_____€
b) Erträge aus der Auflösung Sonderposten	_____€

**Einsparungen: ab Haushaltsjahr:**

a) Personalaufwendungen	_____€
b) Sachaufwendungen etc.	_____€

Beginn, Dauer

\_\_\_\_\_

**Begründung****1. Anlass für den Rechtsformwechsel**

Maßgeblicher Grund für die derzeitige Rechtsform der AWB Abfallwirtschaftsbetriebe Köln GmbH & Co. KG (im Folgenden: AWB GmbH & Co. KG) war, dass bei einer Kommanditgesellschaft die Beteiligung von externen Kapitalgebern über die Stellung von Kommanditisten einfacher möglich ist als bei der GmbH. Mit dem Ausscheiden des früheren Mitgesellschafters Trienekens ist dieser Grund jedoch weggefallen, so dass die Rechtsform an die im Stadtwerke-Konzern neben der AG übliche GmbH angepasst werden kann. Diese Konzerneinheitlichkeit bringt eine Verfahrensvereinfachung mit sich, insbesondere im Hinblick auf die Tatsache, dass jetzt nicht mehr zwei Gesellschaften – AWB GmbH & Co. KG und AWB Abfallwirtschaftsbetriebe Köln Verwaltung GmbH (im Folgenden: AWB Verwaltung GmbH) als Komplementärin – geführt werden müssen, sondern nur noch eine, und zwar die neue AWB Abfallwirtschaftsbetriebe Köln GmbH (im Folgenden: AWB GmbH).

Eine weitere Motivation ist zudem die seit 2010 geltende Regelung des § 108a GO NRW. Diese sieht in ihrer aktuellen Fassung vor, dass bei *fakultativen* Aufsichtsräten, wie demjenigen der bisherigen AWB GmbH & Co. KG, die Arbeitnehmervertreter durch den Rat der Stadt Köln entsandt werden und dessen Weisungen unterworfen sind. Bei einer zukünftigen Umsetzung der Vorgaben des § 108 a GO NRW auch bei der AWB GmbH & Co. KG sehen die Arbeitnehmervertreter diese Vorschrift als Widerspruch zum Gedanken der Mitbestimmung, wie sie sich seit den 50er Jahren des letzten Jahrhunderts entwickelt hat und insbesondere im Mitbestimmungsgesetz und im Drittelbeteiligungsgesetz zum Ausdruck kommt, und damit als Rückschritt gegenüber dem in der AWB GmbH & Co. KG faktisch bestehenden *Status quo*. Im Unterschied zur GmbH & Co. KG ist das Drittelbeteiligungsgesetz auf eine GmbH, die in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmer hat, anwendbar. Bei einem nach Drittelbeteiligungsgesetz obligatorisch zu bestellenden Aufsichtsrat bleibt es – wie bisher – bei dem Verfahren mittels Wahl durch die Arbeitnehmer. Die Wahrung des Betriebsfriedens ist daher ein weiterer Grund für den Formwechsel.

## 2. Zu beachtende Rahmenbedingungen

Verwaltung, Gesellschafter und Geschäftsführung beabsichtigen, die Umwandlung der Rechtsform so einfach und zügig wie möglich zu bewerkstelligen. In die gesellschaftsinternen Prozesse, die Leistungserbringung und die Vertragsverhältnisse soll nicht oder nur in dem unerlässlich notwendigen Umfang eingegriffen werden.

### a) Änderung des Gesellschaftsvertrages

Der neue Gesellschaftsvertrag (als Entwurf in Anlage 1) enthält neben redaktionellen Änderungen insbesondere rechtsformbedingte Anpassungen und berücksichtigt die Vorgaben der Gemeindeordnung NRW und des Public Corporate Governance Kodex der Stadt Köln (PCGK Köln).

Die wesentlichste Änderung ergibt sich aus dem neugefassten § 9 „Aufsichtsrat“.

Der Aufsichtsrat besteht – wie bisher – insgesamt aus 15 Mitgliedern. Im Unterschied zur bisherigen Fassung des § 9 kann die Stadt Köln nicht mehr direkt eigene Mitglieder in den Aufsichtsrat entsenden, sondern nur über die Stadtwerke Köln GmbH (im Folgenden: SWK GmbH) als Gesellschafterin der AWB GmbH. Die SWK GmbH hat demnach das Recht, zehn Mitglieder in den Aufsichtsrat zu entsenden. Davon werden in Anlehnung an die derzeit geltende Regelung fünf Aufsichtsratsmitglieder auf Vorschlag der Stadt Köln entsandt. Die neue Regelung entspricht im Ergebnis somit dem aktuellen Zustand, da die Stadt Köln nach wie vor über fünf Personen bestimmen kann, die in den Aufsichtsrat entsandt werden.

Die weiteren fünf Aufsichtsratsmitglieder werden nach den Bestimmungen des Drittelbeteiligungsgesetzes von den Vertretern der Arbeitnehmer der AWB GmbH gewählt (vgl. Punkt 1).

Um für die Eintragung des Formwechsels in das Handelsregister die gesellschaftsrechtliche Identität (siehe unter Punkt b)) sicherzustellen, wird die AWB Verwaltung GmbH eine Einlage in die neue Gesellschaft leisten. Zu diesem Zweck übernimmt sie von der SWK GmbH treuhänderisch 10.000 Geschäftsanteile à 1 €, die sie – entsprechend dem notariellen Umwandlungsbeschluss – sofort nach Wirksamwerden des Formwechsel wieder an die SWK GmbH überträgt, so dass sie aus der Gesellschaft ausscheidet. Die AWB Verwaltung GmbH ist damit zwar nur für eine „logische Sekunde“ Gesellschafterin der neuen Gesellschaft, gleichwohl muss diese vorübergehende Gesellschafterstellung in § 4 Abs. 2 Ziffer 2 ihren Niederschlag finden. Nach Vollzug des Formwechsels wird der Gesellschaftsvertrag angepasst, indem die SWK GmbH als Alleingeschafterin eingetragen wird.

### b) Vertragskontinuität

Der Wechsel der Rechtsform soll nach den §§ 190 ff. des Umwandlungsgesetzes (UmwG) erfolgen. Diese Vorgehensweise hat den Vorteil, dass die Gesellschaft gegenüber Vertragspartnern das identische Rechtssubjekt bleibt, d.h. es findet kein Wechsel des Vertragspartners statt.

### c) Weisungsmöglichkeiten der Stadt Köln

Die Stadt Köln wird mittelbar über die SWK GmbH alleinige Anteilseignerin der AWB GmbH sein. Bei einem obligatorisch zu bildenden Aufsichtsrat können im Gesellschaftsvertrag Weisungsrechte des Rates der Stadt Köln zwar nicht festgelegt werden. Dies ist eine Veränderung gegenüber dem Status quo: Bei dem bei der AWB GmbH & Co. KG bestehenden fakultativen Aufsichtsrat sind Weisungsrechte des Rates bzgl. der vom Rat der Stadt Köln und der SWK entsandten Aufsichtsratsmitglieder vorgesehen. Gleichwohl kann die Stadt sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen der Gesellschaft ausschlaggebenden Einfluss nehmen. Die Gesellschafterversammlung einer GmbH kann nahezu jede an den Aufsichtsrat delegierte Entscheidung wieder an sich ziehen und im Innenverhältnis zu den anderen Gesellschaftsorganen verbindlich entscheiden. Die Stadt Köln kann daher über ihre/n Vertreter/in in der Gesellschafterversammlung der SWK GmbH

die Geschäftsführung der SWK GmbH anweisen, in der Gesellschafterversammlung der AWB GmbH zu beschließen, die Geschäftsführung der AWB GmbH zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen zu veranlassen. Der städtische Vertreter in der Gesellschafterversammlung der SWK GmbH ist seinerseits an die Weisungen des Rates der Stadt Köln gebunden.

#### **d) Amtszeit des Aufsichtsrats**

Mit der Prüfung der Auswirkungen des Rechtsformwechsels auf die Besetzung des Aufsichtsrats hat die AWB GmbH & Co. KG die KPMG Rechtsanwalts-gesellschaft mbH beauftragt.

Nach § 203 Satz 1 UmwG bleiben die Mitglieder eines Aufsichtsrats bis zum Ende ihrer Wahlzeit im Amt, wenn bei einem Formwechsel nach § 190 ff. UmwG der Aufsichtsrat bei neuer Rechtsform in gleicher Weise gebildet wird wie bei alter Rechtsform. Allerdings gilt § 203 Satz 1 UmwG nicht für den Wechsel von einem fakultativen zu einem obligatorischen Aufsichtsrat. Damit erlischt die Amtszeit der Aufsichtsratsmitglieder mit der Eintragung der neuen Rechtsform im Handelsregister. Das hat wiederum zur Folge, dass der Aufsichtsrat neu zu bilden ist, und zwar auf Arbeitnehmer- wie auf Anteilseignerseite.

Um zu vermeiden, dass die AWB GmbH in neuer Rechtsform vorübergehend nicht über einen Aufsichtsrat verfügt, kann ein sog. „Statusverfahren“ nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG i.V.m. §§ 96 Abs. 2 und 97 AktG eingeleitet werden: Ist die Geschäftsführung der Auffassung, dass der Aufsichtsrat nach dem Rechtsformwechsel den dann geltenden rechtlichen Anforderungen nicht entspricht, dann kann sie dies nach § 97 AktG im elektronischen Bundesanzeiger und durch Aushang in den Betriebsteilen öffentlich bekannt machen. Wird nicht innerhalb einer Ausschlussfrist von einem Monat das Gericht angerufen (§ 98 AktG) – womit vorliegend nicht zu rechnen ist –, bleibt der Aufsichtsrat bis zum Ende der nächsten Gesellschafterversammlung im Amt, maximal jedoch 6 Monate.

In dieser Zeit kann ein neuer Aufsichtsrat gebildet werden, und zwar sowohl auf Anteilseignerseite sowie durch Wahlen für die Arbeitnehmervertretung.

#### **e) Steuerliche Aspekte**

Mit der Überprüfung steuerlicher Fragen hat die AWB GmbH & Co. KG ihren Abschlussprüfer, die KPMG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, beauftragt. Dieser kam zu dem Ergebnis, dass der Formwechsel unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen steuerneutral möglich ist. Zur Gewährleistung dieser Steuerneutralität ist über einen bis zum 31.12.2014 zu schließenden Ergebnisabführungsvertrag die ertragssteuerliche Organschaft mit der SWK GmbH herzustellen, die im Übrigen weitere Vorteile im Rahmen des steuerlichen Querverbundes ermöglicht. Auf Seiten der SWK GmbH beschließt darüber die Gesellschafterversammlung nach Vorberatung im Aufsichtsrat. Auf Seiten der AWB GmbH entscheidet die Gesellschafterversammlung.

#### **f) Vergaberechtliche Aspekte**

Nach dem Formwechsel in eine GmbH muss die vergaberechtliche Inhouse-Fähigkeit der AWB GmbH weiterhin gegeben sein. Voraussetzung dafür ist das Vorliegen der vom EuGH aufgestellten sog. „Teckal“-Kriterien, d.h. der öffentliche Auftraggeber Stadt Köln muss über die AWB GmbH eine Kontrolle ausüben wie über eine eigene Dienststelle und die Gesellschaft muss im Wesentlichen für die Stadt Köln tätig sein.

Beide Kriterien sind erfüllt. So sind im Jahr 2012 93,22 % der Leistungen der AWB GmbH & Co. KG unmittelbar der Stadt Köln zuzurechnen. Der Anteil der Fremdotsätze liegt daher unter den zurzeit kritischen 10 % an den Gesamtumsätzen.

Weiterhin übt die Stadt Köln über die AWB GmbH eine Kontrolle aus wie über eine eigene Dienststel-

le, vgl. hierzu die Ausführungen unter Punkt c) „Weisungsmöglichkeiten“. Die dort beschriebene Weisungskette zur Geschäftsführung der AWB GmbH ist in Bezug auf das Vorliegen des Kontrollkriteriums als ausreichend anzusehen. Zudem ist eine faktische Einflussnahme der Stadt Köln auf die Willensbildung der von der Anteilseignerseite entsandten Aufsichtsratsmitglieder möglich, da über die Weisungsmöglichkeiten auf die SWK GmbH ein weitgehendes Abberufungsrecht des Rates besteht. Auch dies spricht dafür, dass die Stadt Köln über die AWB GmbH eine Kontrolle ausübt wie über eine eigene Dienststelle.

### **3. Sachstand und weiteres Vorgehen**

#### **a) Behandlung in den Gremien von AWB GmbH & Co. KG und SWK GmbH**

Der Aufsichtsrat der AWB GmbH & Co. KG hat sich in seiner Sitzung am 18.03.2014 mit dem Umwandlungsbeschluss einverstanden erklärt und der Gesellschafterversammlung eine entsprechende Beschlussfassung empfohlen. Weiterhin hat sich der Aufsichtsrat für den Abschluss eines Ergebnisabführungsvertrages ausgesprochen und sich mit dem Entwurf des Gesellschaftsvertrages einverstanden erklärt.

Der Umwandlungsbeschluss wurde in der Gesellschafterversammlung im Anschluss an die Sitzung des Aufsichtsrats der AWB GmbH & Co. KG am 18.03.2014 getroffen.

Der Aufsichtsrat der SWK GmbH hat in seiner Sitzung am 21.03.2014 der Änderung des Gesellschaftsvertrages der AWB GmbH & Co. KG zur Umwandlung in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung zugestimmt.

#### **b) Anzeige bei der Bezirksregierung Köln und Eintragung in das Handelsregister**

Im Anschluss an die Beschlussfassung des Rates der Stadt Köln ist das Vorhaben der Bezirksregierung Köln als zuständiger Kommunalaufsichtsbehörde nach § 115 Abs. 1 Satz 1 lit. d) GO NRW anzuzeigen. Diese hat eine Frist von sechs Wochen, um etwaige Beanstandungen zu äußern.

Sodann ist der Vertrag notariell zu beurkunden und zur Eintragung im Handelsregister anzumelden. Einzelne umwandlungs- und gesellschaftsrechtliche Detailfragen wird die KPMG Rechtsanwaltsgesellschaft mbH kurzfristig mit dem Notar klären.

Die Umwandlung wird erst mit Eintragung in das Handelsregister wirksam.

Anlage 1:  
Entwurf des Gesellschaftsvertrages