

# C. Aktuelle Fragen aus der Prüfungs- und Beratungstätigkeit

## Aufsichtsrat – Stellung und Pflichten in kommunalen Unternehmen

Verfasser: Gerhard **Bissinger**

Inhaltsübersicht	Seite
<b>1 Vorbemerkung und Einordnung</b>	<b>14</b>
<b>2 Einflussssicherung der Kommune in rechtlich selbstständigen Unternehmen</b>	<b>14</b>
<b>3 Pflichten und Rechte des Aufsichtsrats in Gesellschaften mit beschränkter Haftung und GmbH &amp; Co. KG</b>	<b>15</b>
3.1 Der Aufsichtsrat (§ 52 GmbHG, §§ 95 bis 116 AktG)	15
3.2 Pflichten des Aufsichtsrats und seiner Mitglieder	16
3.3 Rechte des Aufsichtsrats und seiner Mitglieder	18
<b>4 Rechtsbeziehungen der kommunalen Vertreter im Aufsichtsrat zur Kommune</b>	<b>19</b>
4.1 Rechtsstellung	19
4.2 Informationspflicht gegenüber der Kommune	19
4.3 Rechte	20
4.3.1 Haftungsfreistellung	20
4.3.2 Rechtsschutz	20
<b>5 Möglichkeiten der Einflussnahme auf Eigen- und Beteiligungsgesellschaften</b>	<b>21</b>
5.1 Weisungsbindung der kommunalen Vertreter bei Interessenwahrnehmung der Kommune in besonderen Gesellschaftsorganen (Aufsichtsrat, Beirat); Kollision von Pflichten gegenüber Kommune und Unternehmen	21
5.2 Ende des Aufsichtsratsmandats	23
<b>6 Beteiligungsmanagement als Unterstützung der Aufsichtsratsmitglieder</b>	<b>23</b>

## 1 Vorbemerkung und Einordnung

Vor dem Hintergrund der Entwicklungen in jüngster Vergangenheit, nicht zuletzt ausgelöst durch die globale Finanzkrise, sind auch Aufgabenerledigung und Wirtschaftsführung kommunaler Beteiligungen in privater Rechtsform in den Fokus der Öffentlichkeit gerückt und gelegentlich leider auch Ziel staatsanwaltschaftlicher Ermittlungen geworden.<sup>1</sup>

Der nachfolgende Beitrag beschäftigt sich mit der Stellung und den Pflichten des (fakultativen) Aufsichtsrats in kommunalen Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH) und GmbH & Co. KG. Diese Gesellschaftsformen sind die am häufigsten gewählten Rechtsformen für die Auslagerung kommunaler Aufgaben.

Die grundsätzlichen Vorgaben für die Beteiligung der bayerischen Gebietskörperschaften an Unternehmen in Rechtsformen des privaten Rechts ergeben sich aus den einschlägigen Kommunalgesetzen. Für Gemeinden sind dies insbesondere die Art. 86 bis 96 der Gemeindeordnung (GO), für Landkreise die Art. 74 bis 84 der Landkreisordnung (LKrO) und für Bezirke die Art. 72 bis 81 a der Bezirksordnung (BezO). Zur Vereinfachung und besseren Lesbarkeit werden nachfolgend die Vorschriften der GO zitiert; die Regelungen der LKrO und BezO sind, soweit es um diesen Beitrag geht, inhaltsgleich.

Gemäß Art. 92 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GO sind gemeindliche Unternehmen in Privatrechtsform unter anderem nur zulässig, wenn die Gemeinde einen angemessenen Einfluss im Aufsichtsrat oder einem entsprechenden Gremium erhält. Dementsprechend soll die Gemeinde nach Art. 93 Abs. 2 GO bei der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags (insbesondere wenn noch weitere Gesellschafter beteiligt sind) darauf hinwirken, dass ihr das Recht eingeräumt wird, Mitglieder in einen Aufsichtsrat oder ein ähnliches Gremium zu entsenden, um einen angemessenen Einfluss sicherzustellen. In der Regel werden bei kommunalen Ausgliederungen in private Rechtsformen Aufsichtsgremien installiert und kommunale Vertreter in diese Gremien entsandt.

Die nachfolgenden Ausführungen betreffen damit einen gewichtigen Bereich im Zusammenhang mit der Ausgliederung kommunaler Aufgaben in Rechtsformen des privaten Rechts, also zur Durchführung „außerhalb des kommunalen Haushalts“.

## 2 Einflussssicherung der Kommune in rechtlich selbstständigen Unternehmen

Um die kommunalwirtschaftsrechtlichen Vorgaben der GO zu erfüllen, muss der Kommune gemäß Art. 92 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GO bei der Gründung oder Beteiligung an einem Unternehmen in der Rechtsform des privaten Rechts ein angemessener Einfluss im Aufsichtsrat oder einem entsprechenden Überwachungsorgan eingeräumt und der Gesellschaftsvertrag des Unternehmens entsprechend ausgestaltet werden. In der Regel werden zur kommunalen Einflussssicherung und Interessenwahrnehmung bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung fakultative Aufsichtsräte gebildet, in die kommunale Vertreter (meist aus dem ehrenamtlichen Kollegialorgan) entsandt werden (siehe hierzu Abschnitt 3.1). Im Gesellschaftsvertrag/in der Gesellschaftssatzung werden den Aufsichtsräten (gegebenenfalls mit einem Aufgabenkatalog)

---

<sup>1</sup> Vgl. hierzu auch den Artikel in der Zeitschrift Bayerischer Gemeindetag 04/2011 zur Haftung kommunaler Funktionsträger mit der Überschrift „Das Ende der Gemütlichkeit“, der auf diesbezügliche Haftungsbegrenzungsstrategien für Geschäftsführer, Aufsichts- und Verwaltungsräte in Sparkassen und kommunalen Betrieben eingeht.

ihre Aufgaben zugewiesen und entsprechende Entscheidungs-/Zustimmungsvorbehalte festgelegt. In diesem Zusammenhang wäre auch über ein gesellschaftsvertraglich verankertes Weisungsrecht der Kommune gegenüber den in den Aufsichtsrat entsandten Vertretern zu entscheiden (vgl. auch BVerwG vom 31.08.2011, Az.: 8 C 16.10).

### 3 Pflichten und Rechte des Aufsichtsrats in Gesellschaften mit beschränkter Haftung und GmbH & Co. KG

#### 3.1 Der Aufsichtsrat (§ 52 GmbHG, §§ 95 bis 116 AktG)

Der Gesetzgeber hat den Aufsichtsrat als Kontrollorgan gegenüber der Geschäftsführung geschaffen (§ 111 AktG<sup>2</sup>, § 52 GmbHG<sup>3</sup>) und als stärkstes Unternehmensorgan ausgestaltet. Im Gegensatz zu Aktiengesellschaften, die gemäß §§ 30, 95 ff. AktG verpflichtet sind, einen Aufsichtsrat zu bilden, kennt das GmbH-Gesetz keinen Pflichtaufsichtsrat. Nur in besonderen Fällen (nach Betriebsverfassungsgesetz bzw. Mitbestimmungsgesetzen z. B. für Betriebe mit mehr als 500 Arbeitnehmern [§ 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelBG<sup>4</sup>] und für Betriebe mit mehr als 2 000 Arbeitnehmern [§ 6 Abs. 1, § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG<sup>5</sup>]) sind Aufsichtsräte bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung obligatorisch. Stellung, Aufgaben, Pflichten und Rechte des **obligatorischen** Aufsichtsrats sind (vorbehaltlich speziellerer Regelungen nach Mitbestimmungsrecht) in §§ 95 ff. AktG normiert.

Ist kein obligatorischer Aufsichtsrat einzurichten, kann im Gesellschaftsvertrag einer GmbH bzw. GmbH & Co. KG die Bildung eines **fakultativen** Aufsichtsrats vorgesehen werden, was den Regelfall bei kommunalen Beteiligungsgesellschaften bildet.

Wird in Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit bis zu 500 Beschäftigten ein **fakultativer** Aufsichtsrat gebildet, gelten nach § 52 GmbHG die entsprechenden Bestimmungen des AktG, soweit im Gesellschaftsvertrag nicht etwas anderes bestimmt ist. Deshalb können für diese Aufsichtsräte im Gesellschaftsvertrag auch weitergehende Bestimmungen festgelegt werden, etwa über Weisungsrechte des Gemeinderats an die Aufsichtsratsmitglieder oder über Informationspflichten der Aufsichtsratsmitglieder an den Gemeinderat. Grundsätzlich sind die Mitglieder des Aufsichtsrats aber für das Wohl des Unternehmens verantwortlich. Sie repräsentieren weder „Aktionäre“ noch Arbeitnehmer und müssen sich daher bei ihren Entscheidungen oder Handlungen grundsätzlich an den Unternehmensinteressen ausrichten. Dabei hat bei einer kommunalen GmbH auch das Interesse des Anteilseigners, der Gemeinde, also im Ergebnis der Bürgerinnen und Bürger im Vordergrund zu stehen. Die Aufsichtsratsmitglieder handeln in diesem Spannungsfeld unabhängig und in eigener Verantwortung. Die unabhängige Stellung wird auch durch die zwingende Trennung von Aufsicht und Geschäftsführung sowohl in personeller Hinsicht als auch nach der funktionellen Aufgabe erreicht (§ 105 Abs. 1 AktG). Das Aufsichtsratsmandat ist ein persönliches Mandat; daher kann sich ein Aufsichtsratsmitglied auch nicht durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen (Ausnahme: gesellschaftsvertraglich oder in der Geschäftsordnung geregelte Stimmrechtsübertragung). Allerdings ist die Bestellung von

---

<sup>2</sup> Aktiengesetz

<sup>3</sup> Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung

<sup>4</sup> Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat

<sup>5</sup> Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer

Ersatzmitgliedern zulässig. Ersatzmitglieder treten an die Stelle des ursprünglichen Aufsichtsratsmitglieds, wenn dieses ausgeschieden ist.

Zu den fachlichen Anforderungen an Mitglieder des Aufsichtsrats hat der Deutsche Städtetag mit Beschluss vom 12.05.2009 in Ziffer 2.1 folgende zur Anwendung empfohlene Eckpunkte für einen PCGK<sup>6</sup> formuliert:

*„Die Gesellschafterin besetzt den Aufsichtsrat mit qualifizierten Kräften. Diese müssen*

- unabhängig Stadtinteressen vertreten*
- bereit sein, sich persönlich und fachlich weiter zu bilden*
- Zeit haben und die Anzahl ihrer Mandate beschränken*
- dem Unternehmensinteresse verpflichtet sein, die besonderen Interessen der Stadt vertreten, Entscheidungen nicht für persönliche Interessen nutzen.*
- Die Gesellschafterin legt die Aufsichtsratsvergütungen in nichtöffentlicher Sitzung fest.“*

In diesem Zusammenhang sollte eine umfassende Information für die kommunalen Vertreter sichergestellt werden, damit diese eine ihrer Aufsichtsratsfunktion entsprechende sachlich untermauerte Entscheidung treffen können (siehe auch Abschnitt 6).

### **3.2 Pflichten des Aufsichtsrats und seiner Mitglieder**

Die maßgeblichen Pflichten des Aufsichtsrats sind im Aktiengesetz normiert, dessen Bestimmungen über § 52 GmbHG auch für die GmbH gelten:

- Überwachung der Geschäftsführung (§ 111 Abs. 1 AktG)

Die Überwachung der Geschäftsführung ist die zentrale Aufgabe des Aufsichtsrats. Sie bezieht sich insbesondere auf die Recht- und Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung und schließt folgende Bereiche ein:

- Kontrolle der Geschäftsführung, insbesondere über einen festgelegten Katalog zustimmungsbedürftiger Entscheidungen oder/und mit Hilfe einer Geschäftsordnung für die Geschäftsführung; Überwachung der Geschäftstätigkeit der Geschäftsführer
- Entgegennahme der Berichte der Geschäftsführung (z. B. zur beabsichtigten Geschäftspolitik, Unternehmensplanung, Abweichungsanalyse, Rentabilität oder Geschäftsentwicklung), Bücher- und Schriftenkontrolle
- Risikoprüfung durch Entscheidung über Maßnahmen, welche von grundlegender Bedeutung für die Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage der Gesellschaft sind

---

<sup>6</sup> Beschluss des Präsidiums des Deutschen Städtetags vom 12.05.2009, Eckpunkte für einen **Public Corporate Governance Kodex**, erarbeitet vom Fachausschuss für Wirtschaft und Europäischen Binnenmarkt des Deutschen Städtetags <http://www.staedtetag.de/imperia/md/content/beschlisse/11.pdf>

- Entgegennahme des Risikoberichts sowie Überprüfung des Risikofrüherkennungssystems
- Diskussion und Prüfung strategischer Konzepte und Planungsrechnungen
- Beurteilung der Erreichung der vom Gesellschafter gesetzten Ziele und deren Steuerung
- Früherkennung und Bewertung von ziel- und bestandsgefährdenden Risiken sowie gegebenenfalls Erarbeitung von Handlungsalternativen

Der Umfang und die Intensität der Aufsichtsratsstätigkeit in diesem Bereich sollten sich an der Lage der Gesellschaft orientieren.

- Ermessen oder Pflicht zum Einschreiten

In besonderen Fällen bestehen gesetzliche Pflichten, die den Aufsichtsrat zum Tätigwerden zwingen, z. B. Einberufung der Gesellschafterversammlung, wenn es das Wohl der Gesellschaft erfordert (Art. 111 Abs. 3 Satz 1 AktG<sup>7</sup>), wie etwa bei drohender Aufzehrung des Eigenkapitals.

- Ernennung und Abberufung der Geschäftsführung (soweit im Gesellschaftsvertrag an den fakultativen Aufsichtsrat übertragen)
- Prüfung des Jahresabschlusses (§ 171 Abs. 1 AktG)

Dem Aufsichtsrat obliegt die Prüfung des vom Geschäftsführer aufgestellten Jahresabschlusses einschließlich Anhang und Lagebericht sowie des Vorschlags zur Verwendung des Bilanzgewinns. Soweit die Gesellschaft der Prüfungspflicht unterliegt, hat der Abschlussprüfer an den Verhandlungen des Aufsichtsrats teilzunehmen und über die wesentlichen Ergebnisse seiner Prüfung zu berichten.

- Sorgfaltspflicht: „Ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter“

Die Aufsichtsratsmitglieder haben den gleichen Maßstab an das Tätigwerden der Geschäftsführung zu stellen wie diese selbst, nämlich die Ausrichtung an der „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters“ (§§ 116, 93 Abs. 1 AktG). Allerdings ist hierbei darauf zu achten, dass der Aufsichtsrat **nicht** operativ tätig werden sollte und darf. Eine übermäßige Einengung der Geschäftsführung durch Beschlussvorbehalte für den Aufsichtsrat kann negative Auswirkungen auf eine effiziente Betriebsführung haben. Durch eine extreme Beschneidung der Befugnisse des Geschäftsführers geht letztlich ein Teil der Vorteile verloren, welche für die GmbH etwa gegenüber einem Regiebetrieb ins Feld geführt werden.

#### – Treuepflicht

Grundsätzlich ist das Aufsichtsratsmitglied der Gesellschaft zur Loyalität verpflichtet. Für kommunale Mandatsträger, die zur Sicherstellung des gemeindlichen Einflusses in den Aufsichtsrat einer Beteiligungsgesellschaft entsandt sind, dürfte nach der Gesetzessyste-

<sup>7</sup> siehe hierzu auch Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Auflage, 2010, RdNr. 249 zu § 52 GmbHG

matik an sich keine Interessenkollision entstehen, da aufgrund der Bindung des Unternehmensgegenstands an den öffentlichen Zweck gemäß Art. 87 Abs. 1 GO keine widerstreitenden Interessen entstehen sollten.

– Verschwiegenheitspflicht

Bei kommunalen Eigen- und Beteiligungsgesellschaften besteht aufgrund der zweifachen Mandatsausübung der entsandten Vertreter (Mitglied des kommunalen Kollegialorgans und Aufsichtsratsstätigkeit in kommunaler Beteiligungsgesellschaft) eine besondere Situation bezüglich der Verschwiegenheitspflicht im Verhältnis zur Kommune.

### **3.3 Rechte des Aufsichtsrats und seiner Mitglieder**

Mit den genannten Pflichten des Aufsichtsrats korrespondieren vielfach seine Rechte:

- Teilnahmerechte (Recht auf Ladung und Sitzungsteilnahme)
- Informationsrechte gegenüber der Geschäftsführung. Hierbei ist zu unterscheiden hinsichtlich
  - der Rechte, die jedem einzelnen Aufsichtsratsmitglied zustehen (z. B. Einsichts- und Prüfungsrechte betreffend Bücher und Schriften der Gesellschaft – dieses Recht kann durch Satzung modifiziert, nicht aber ausgeschlossen werden),
  - solcher Rechte, die der Aufsichtsrat als Gremium bzw. als Organ hat (Recht auf Berichterstattung durch die Geschäftsführung), sowie schließlich
  - der Befugnis einzelner Aufsichtsratsmitglieder, erforderliche Informationen für das Gremium insgesamt zu erzwingen.
- aufsichtsratsinterne Informationsrechte
  - Recht auf Kenntnisnahme der Beratungsunterlagen
  - Recht auf Aushändigung der Protokolle
  - Recht auf Einsichtnahme in die Aufsichtsratsakten
- Initiativrechte
  - Recht auf Einberufung des Aufsichtsrats
  - Recht zur Benennung von Tagesordnungspunkten
- Antragsrechte (gegebenenfalls auch durch Regelungen im Gesellschaftsvertrag modifiziert)

## **4 Rechtsbeziehungen der kommunalen Vertreter im Aufsichtsrat zur Kommune**

### **4.1 Rechtsstellung**

Die Aufsichtsrats­tätigkeit der kommunalen Vertreter in einer GmbH leitet sich aus der rechtlich vorgeschriebenen maßgeblichen Einfluss­sicherung ab und ist zu unterscheiden von der allgemeinen rechtsgeschäftlichen Vertretung der Kommune, die grundsätzlich durch den ersten Bürgermeister erfolgt. Das Mandat eines Aufsichtsratsmitglieds einer kommunalen Beteiligungsgesellschaft entsteht entweder im Wege der Bestellung durch die Gesellschafterversammlung (§ 52 Abs. 1 GmbHG, § 101 Abs. 1 Satz 1 AktG) oder durch Entsendung aufgrund gesellschaftsvertraglicher Regelung. Auch der erste Bürgermeister kann in den Aufsichtsrat berufen werden.

Vorsitz oder Mitgliedschaft im Aufsichtsrat eines kommunalen Unternehmens in privater Rechtsform ist für berufsmäßige Wahlbeamte und Beamte nach bayerischem Recht Nebentätigkeit, wenn sich das Kapital des Unternehmens ganz oder überwiegend in öffentlicher Hand befindet (für Wahlbeamte Art. 43 KWBG<sup>8</sup> i. V. mit § 4 Abs. 2 Nr. 1 BayNV<sup>9</sup>). Vergütungen für die Tätigkeit im Aufsichtsrat werden von den Ablieferungsbestimmungen der §§ 9, 10 BayNV erfasst.

Die ehrenamtlich tätigen kommunalen Wahlbeamten (z. B. ehrenamtliche Bürgermeister) und ehrenamtliche Gemeinderatsmitglieder unterliegen nicht dem Nebentätigkeitsrecht. Soweit ehrenamtlich Tätige kraft Amtes oder auf Vorschlag oder Veranlassung des Dienstherrn in einem Aufsichtsrat, Vorstand oder sonstigen Organ oder Gremium eines privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmens Tätigkeiten wahrnehmen, sind allerdings von dort gewährte Vergütungen unter den Voraussetzungen des Art. 20 a Abs. 4 GO an die jeweilige Kommune abzuführen. Bei der Festsetzung des abzuführenden Betrags sind von den Vergütungen Aufwendungen abzusetzen, die im Zusammenhang mit der Tätigkeit nachweislich entstanden sind.

Ist die von der Kommune beauftragte Person gesetzlicher Vertreter eines Unternehmens (Vorstand, Geschäftsführer/in) und zugleich Mitglied des Gemeinderats, so ist sie von der Beratung und Abstimmung hinsichtlich der Fragen des Unternehmens im Gemeinderat ausgeschlossen (Art. 49 GO). Für Aufsichtsratsmitglieder hat dies nur Bedeutung, wenn der Gegenstand der Beratung und Abstimmung die beschränkte gesetzliche Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats tangiert (z. B. bei Vertretung der Gesellschaft gegenüber der Geschäftsführung gemäß § 52 Abs. 1 GmbHG, § 112 AktG).

### **4.2 Informationspflicht gegenüber der Kommune**

Die zuständigen Organe der Kommune können nur dann sinnvoll Weisungen an die kommunalen Vertreterinnen und Vertreter in den Unternehmen erteilen, wenn sie über den Geschäftsablauf der Unternehmen informiert sind. Aus unserer Sicht wird das kommunale Vertretungsorgan im Rahmen der Mandatsträgerbetreuung durch das Beteiligungsmanagement unterstützt. Die gemeindlichen Vertreter trifft grundsätzlich eine entsprechende Pflicht zur Information der

---

<sup>8</sup> Gesetz für kommunale Wahlbeamte

<sup>9</sup> Bayer. Nebentätigkeitsverordnung

Weisungsberechtigten. Diese Verpflichtung besteht für weitere Bürgermeister und berufsmäßige Gemeinderatsmitglieder nach Art. 35 Abs. 2 KWBG; für ehrenamtliche Gemeinderatsmitglieder gehört die Information des Gemeinderats zur gewissenhaften Wahrnehmung ihrer Obliegenheiten gemäß Art. 20 Abs. 1 GO. Die gemeindlichen Vertreter sind insbesondere verpflichtet, den ersten Bürgermeister über besondere Entwicklungen im Geschäftsablauf zu unterrichten, falls dies noch nicht durch das Beteiligungsmanagement geschehen ist. Jedoch darf andererseits nicht gegen die Pflicht zur Geheimhaltung von Betriebsgeheimnissen verstoßen werden. Allerdings trifft nach § 394 AktG Aufsichtsratsmitglieder, die auf Veranlassung der Gemeinde gewählt oder entsandt worden sind, keine Verschwiegenheitspflicht, sofern sie nicht betriebliche Geheimnisse mitteilen, die für ihre Berichte an die Gemeinde ohne Bedeutung sind. Insoweit stimmen die Anforderungen aus der GO und dem AktG überein. Zu beachten ist allerdings, dass § 395 AktG den Kreis der Personen, denen gegenüber Bericht zu erstatten ist, einschränkt. Es geht nur um solche Personen, die damit betraut sind, die Beteiligung der Gebietskörperschaft zu verwalten und/oder zu prüfen. Hierzu zählen insbesondere das kommunale Vertretungsorgan (als Kollektiv), das Beteiligungsmanagement sowie die Organe der örtlichen und überörtlichen Rechnungsprüfung.

Von Fall zu Fall ist die Frage zu entscheiden, wie die Person, die die Kommune im Organ eines Unternehmens vertritt, von ihrem amtlichen Wissen Gebrauch machen soll. Ihre amtlichen Kenntnisse hat sie für sich bei den zu treffenden Entscheidungen stets zu berücksichtigen, da sie zu diesem Zweck entsandt wurde.

### **4.3 Rechte**

#### **4.3.1 Haftungsfreistellung**

Wer als Vertretung der Kommune einem Unternehmen bzw. Unternehmensorgan angehört, haftet – wie sonst im Rechtsverkehr – persönlich für seine Tätigkeit nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts. Die gemeindlichen Vertreter haben aber grundsätzlich ein Rückgriffsrecht gegen die Gemeinde, wenn sie wegen ihrer Tätigkeit in den Unternehmen haftbar gemacht werden. Dieses Rückgriffsrecht entfällt, wenn sie den Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt haben. Aber auch in einem solchen Fall haben die Vertreter ein Recht auf Haftungsfreistellung durch die Gemeinde, wenn sie nach ihnen erteilten Weisungen oder Richtlinien verfahren sind (siehe Art. 93 Abs. 2 GO).

Die Entlastung im GmbH-Recht hat auch für Mitglieder des fakultativen Aufsichtsrats weitergehende Bedeutung als im AktG. Sie ist in ähnlichem Umfang mit Verzichtswirkung verbunden, wie bei den Geschäftsführern. Wie diese haben Aufsichtsratsmitglieder Anspruch auf Entlastung in angemessenen Zeitabständen nach Rechnungslegung und Tätigkeitsbericht, im Regelfall also jährlich (Baumbach/Hueck, a. a. O., RdNr. 79 zu § 52 und RdNr. 84 zu § 46).

#### **4.3.2 Rechtsschutz**

Nach Art. 93 Abs. 3 GO muss die Gemeinde ihren Vertretern in allen Organen den Schaden ersetzen, der ihnen entsteht, wenn sie für ihre Tätigkeit in den Organen eines Unternehmens haftbar gemacht werden und den Schaden nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt haben. Liegt Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit vor, ist die Gemeinde nur dann schadensersatzpflichtig, wenn der Vertreter nach Anweisung gehandelt hat. Art. 93 Abs. 3 GO ist aber nur anwendbar, wenn die Tätigkeit der kommunalen Vertreter in den Organen des Unternehmens, an dem die Gemeinde beteiligt ist, eine Verletzung der Interessen des Unternehmens und da-

mit einer Haftung der gemeindlichen Vertreter gegenüber dem Unternehmen zur Folge hat. In diesen Haftungsfällen wird Beamten und Beschäftigten Rechtsschutz wie bei ihrer hauptamtlichen Tätigkeit gewährt.

Werden ehrenamtliche Gemeinderatsmitglieder in Organen von Unternehmen tätig, an denen die Gemeinde beteiligt ist, besteht ein so enger Zusammenhang zu ihrer amtlichen Tätigkeit, dass die allgemeine Voraussetzung für die Gewährung von Rechtsschutz bei ehrenamtlichen Gemeinderatsmitgliedern, nämlich eine Ausübung ihrer amtlichen Tätigkeit, grundsätzlich als gegeben anzusehen ist. Die materiellen Regelungen des Rechtsschutzes für Beamte und Beschäftigte gelten für den Rechtsschutz ehrenamtlicher Gemeinderäte entsprechend.

## **5 Möglichkeiten der Einflussnahme auf Eigen- und Beteiligungsgesellschaften**

Im Hinblick auf die Möglichkeiten der Einflussnahme ist die jeweilige Rechtsform von entscheidender Bedeutung. Im Folgenden gehen wir auf die gängigsten Gesellschaftsrechtsformen (GmbH, GmbH & Co. KG) ein. Den Ausgangspunkt für die Ausgestaltung von Einflussmöglichkeiten bildet zunächst der Gesellschaftsvertrag bzw. die Satzung des Unternehmens. Hier ist die Kommune angehalten, die für die Sicherstellung eines angemessenen Einflusses erforderlichen Festlegungen zu treffen und gegebenenfalls Aufgabenzuordnungen bzw. Zustimmungsvorbehalte für Aufsichtsgremien wie den Aufsichtsrat festzulegen. Gerade im Hinblick auf das Urteil des BVerwG vom 31.08.2011 (FSt 49/2012), worin die Einflussmöglichkeiten der Kommune auf ihre entsandten Vertreter in fakultativen Aufsichtsräten jüngst betont wurden, sollten die Kommunen im Gesellschaftsvertrag von Gesellschaften mit beschränkter Haftung auch das kommunale Weisungsrecht explizit regeln. Zwar geht das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung davon aus, dass kommunale Gremien gegenüber ihren Vertretern in einem fakultativ errichteten Aufsichtsrat z. B. eines Versorgungsunternehmens, das als Gesellschaft mit beschränkter Haftung organisiert ist und an dem die Kommune eine Mehrheitsbeteiligung hält, auch dann weisungsbefugt sein können, wenn dies im Gesellschaftsvertrag nicht explizit verankert ist. Jedoch ist dies vor dem Hintergrund entsprechender eindeutiger Regelungen zur Weisungsbindung in den Kommunalgesetzen zu sehen. In Bayern besteht hierzu die Sollvorschrift des Art. 93 Abs. 2 Satz 3 GO, wonach sich die Kommune ein Weisungsrecht gegenüber ihren entsandten Vertretern in Aufsichtsgremien gesellschaftsvertraglich vorbehalten sollte.

### **5.1 Weisungsbindung der kommunalen Vertreter bei Interessenwahrnehmung der Kommune in besonderen Gesellschaftsorganen (Aufsichtsrat, Beirat); Kollision von Pflichten gegenüber Kommune und Unternehmen**

Die kommunalen Vertreter in den Gesellschaftsorganen sind nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, bei ihren Entscheidungen im Unternehmen die Interessen der Anteilseigner und damit die Interessen der Kommune mitzuberücksichtigen. Die Kommune als Entsendende kann daher den von ihr bestimmten Vertretern Richtlinien für die Wahrung der Belange der Kommune geben. Einen Konflikt zwischen öffentlichem Kommunalrecht auf der einen und privatem Gesellschaftsrecht auf der anderen Seite sollte es nach der Systematik der GO in der Regel nicht geben, weil im „Unternehmensinteresse“ die Interessen der Anteilseigner und da-

mit der Kommune mitenthalten sind. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob den in den Aufsichtsrat entsandten kommunalen Vertretern bindende Weisungen erteilt werden können.

- Kommunale Beamte und Beschäftigte sind weisungsgebunden nach beamten- bzw. tarifrechtlichen Bestimmungen.
- Ebenso sind berufsmäßige Bürgermeister und Gemeinderatsmitglieder weisungsgebunden (Art. 35 Abs. 2 Satz 2 KWBG).
- Die ehrenamtlichen Gemeinderatsmitglieder unterstehen ebenso wenig wie die weiteren Bürgermeister der Dienstaufsicht des ersten Bürgermeisters. Für sie kommen nur Weisungen des Gemeinderatskollegiums in Betracht (Art. 48 Abs. 1 Satz 1 i. V. mit Art. 46 Abs. 1 Satz 2 GO), die sie im Rahmen einer gewissenhaften Erfüllung ihrer Amtspflichten gemäß Art. 20 Abs. 1 GO zu befolgen haben. Das Weisungsrecht der Kommune gegenüber ihren Vertretern ist insoweit begrenzt, als kein strafbares Verhalten angeordnet werden darf.
- Mitglieder eines fakultativen Aufsichtsrats, die zur Interessenwahrung der Kommune entsandt wurden, unterliegen den Weisungen des Kollegialorgans, wenn der Gesellschaftsvertrag entsprechend ausgestattet ist, z. B. die unmittelbare Ernennung und/oder Abberufung der kommunalen Vertreter durch die Gemeinde erfolgen kann. Die Grenze der Weisungsberechtigung gegenüber den entsandten Mitgliedern besteht jedoch im Kernkompetenzbereich des fakultativen Aufsichtsrats, nämlich der Überwachung der Geschäftsführung. In diesem Bereich besteht keine Weisungsbindungsmöglichkeit, da ansonsten die Errichtung eines Kontroll- und Überwachungsorgans obsolet und seine Eigenständigkeit nicht mehr gewährleistet wäre. Sind dem Aufsichtsrat jedoch weitere, über die reine Überwachungsfunktion hinausgehende Aufgaben zugeteilt, ist eine gesellschaftsvertragliche Weisungsbindung zulässig. Ist bei einer GmbH gesetzlich die Bildung eines Aufsichtsrats vorgeschrieben (z. B. gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelBG für Unternehmen, die ständig mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigen), handelt es sich um einen obligatorischen Aufsichtsrat. Diese Aufsichtsratsmitglieder sind, wie die Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft, nicht weisungsgebunden.

Bei der Interessenwahrnehmung durch Beamte oder Beschäftigte der Kommune im Aufsichtsrat eines Unternehmens können in der Praxis die Belange der Kommune mit gesellschaftsrechtlichen Pflichten (z. B. § 116 i. V. mit § 93 AktG) kollidieren. Es ist denkbar, dass Weisungen ergehen, deren Inhalte für das Unternehmen nachteilig sind. Diese Weisungen sind zwar kommunalrechtlich zulässig, aber gesellschaftsrechtlich unverbindlich. Im Einzelfall kann bei Nichtbeachtung einer zulässigen Weisung eine Pflichtenkollision zwischen Kommune und Beteiligungsunternehmen auftreten. Nach heute herrschender Auffassung kommt in einem solchen Fall dem Gesellschaftsrecht der Vorrang zu. Weisungen der Kommune an ihre Vertreter sind demnach nur insoweit wirksam, als sie mit dem Gesellschaftsrecht vereinbar sind. Für die Lösung auftretender Pflichtenkollisionen lässt sich keine allgemeine Regel aufstellen. Erhält der Vertreter der Kommune eine bindende Weisung, die mit seinen Pflichten gegenüber dem Unternehmen kollidiert, so kann er durch Gegenvorstellungen versuchen, eine damit vereinbare Weisung herbeizuführen. Bezieht sich die Weisung auf eine Abstimmung, so wird der Vertreter regelmäßig nicht die Möglichkeit haben, im Unternehmen unter Vorbehalt abzustimmen oder sich der Stimme zu enthalten. Die Gesellschaftsverträge werten dies in der Regel als Ablehnung des Antrags.

Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass gerade in Bezug auf die kommunalrechtlich geforderte Einflussicherung erhöhte Anforderungen an die Ausgestaltung des Gesellschafts-

vertrags bzw. der Satzung gestellt werden müssen. Bei obligatorischen Aufsichtsräten gestaltet sich die Einflussnahme durch die Kommune eher problematisch und wird im Ergebnis dem in Art. 93 Abs. 2 GO enthaltenen Gebot nicht gerecht. In der Praxis dominieren jedoch die Ausgliederungen in GmbH-Rechtsformen mit fakultativen Aufsichtsräten, deren Aufgabenbereich und Weisungsunterworfenheit durch den Gesellschaftsvertrag sehr flexibel und individuell ausgestaltet werden können. Hiervon sollten die Kommunen Gebrauch machen. Ihnen bleibt ferner jedenfalls die Möglichkeit, ihre entsandten Vertreter abzuwählen.

## **5.2 Ende des Aufsichtsratsmandats**

Das Amt des von der Kommune entsandten Aufsichtsratsmitglieds ist nicht per se an sein kommunales Mandat gebunden und endet daher auch nicht automatisch mit Ablauf der Wahlperiode.

Die Personen, die die Interessen der Kommune in einem besonderen Gesellschaftsorgan wahrnehmen, erlangen diese Stellung persönlich aufgrund von Entsendung (Art. 93 Abs. 2 Satz 1 GO) oder Bestellung durch das Unternehmen. Die Folge davon ist, dass grundsätzlich wieder eine Abberufung durch das zuständige Organ stattfinden muss. Soweit die Unternehmenssatzung nichts Abweichendes vorsieht, behalten die Vertreter der Kommune ihre Funktion im Unternehmensorgan solange bei, bis ihre Wahlzeit als Mitglied des Unternehmensorgans abgelaufen ist. Wenn die Kommune sicherstellen will, dass die Funktion im Unternehmensorgan mit Ablauf der Amtszeit des Vertreters im Kollegialorgan ebenfalls endet, empfiehlt sich eine entsprechende Regelung im Gesellschaftsvertrag.

## **6 Beteiligungsmanagement als Unterstützung der Aufsichtsratsmitglieder**

Die Aufsichtsratsstätigkeit in kommunalen Beteiligungsgesellschaften ist geprägt durch das „Spannungsfeld“ zwischen Handels-/Gesellschaftsrecht und den kommunalrechtlichen Vorgaben.

Vor dem Hintergrund der gesetzlichen Anforderung zur Sicherstellung eines angemessenen Einflusses auf die Beteiligung ist die Aufgabenerledigung durch die entsandten Vertreter in den Gesellschaftsorganen (insbesondere dem Aufsichtsrat) von erheblicher Bedeutung. Neben den Gestaltungsmöglichkeiten in den Gesellschaftsverträgen kann hier auch ein funktionierendes Beteiligungsmanagement Unterstützung bieten. Voraussetzung für eine erfolgreiche Betätigung der Gemeinde bei einer Beteiligungsgesellschaft ist die vertrauensvolle Zusammenarbeit der zuständigen gemeindlichen Stelle (z. B. Beteiligungsmanagement) und der mit der Interessenwahrnehmung betrauten Personen.

Wichtig sind die gegenseitige Information sowie die Beratung und Abstimmung bei bedeutsamen Angelegenheiten. Die von der Gemeinde entsandten Vertreter, die mit dem Inhalt und den Grenzen ihrer Befugnisse vertraut sind, werden von ihrer eigenen Entschlusskraft freien Gebrauch machen und ihr Amt so optimal ausüben können. In den gesetzlichen Fällen und in Fällen von besonderer Wichtigkeit und Tragweite wird vorher eine Beschlussfassung des Gemeinderats herbeizuführen sein.

Das Themengebiet der Pflichten und Rechte der in Aufsichtsgremien entsandten kommunalen Vertreter ist in den Kontext der Gesamtbetrachtung eines notwendigen Beteiligungsmanagements zu stellen. Neben der Kontrolle der Einhaltung der Vorschriften des Dritten Teils der GO (Art. 86 ff. GO), der §§ 53, 54 HGrG<sup>10</sup>, des Grundsatzes der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit sowie der Sicherstellung der Vertretung kommunaler Interessen in den Organen der Gesellschaften wären insbesondere Zielvorstellungen für die kommunalen Beteiligungen weiterzuentwickeln, die Zielerreichung zu kontrollieren und die kommunalen Vertreter in den Gremien bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben zu unterstützen. Zur Ausgestaltung des Beteiligungsmanagements einer Kommune hat der Gesetzgeber keine expliziten Rechtsvorschriften erlassen; dies ist vielmehr Aufgabe der internen Organisation der Kommune. Der Aufbau eines Beteiligungsmanagements sollte sich zunächst an Art, Anzahl und Umfang der in privaten Rechtsformen bzw. Kommunalunternehmen ausgelagerten Aufgaben orientieren. Die örtlichen Verhältnisse sind hierbei ebenso zu berücksichtigen wie zielorientierte Vorgaben der kommunalen Entscheidungsträger.

Das Beteiligungsmanagement ist das Bindeglied zwischen den Beteiligungen in der privaten Rechtsform und Verwaltung/Kollegialorgan. Ihm obliegt daher die primäre Aufgabe, die Gesellschafterin Kommune bei der Steuerung ihrer Beteiligungsunternehmen zu unterstützen. Zur bestmöglichen Aufgabenerfüllung im Sinne der Kommune ist es somit erforderlich, das Beteiligungsmanagement zu institutionalisieren und mit konkreten Vorgaben und Befugnissen auszustatten. Aus unserer Sicht umfasst ein wirkungsvolles Beteiligungsmanagement grundsätzlich folgende drei Aufgabenbereiche:

– Beteiligungsverwaltung

Im Rahmen der Beteiligungsverwaltung werden sämtliche Unterlagen im Zusammenhang mit den jeweiligen Unternehmen zur Auswertung vorgehalten.

– Beteiligungssteuerung (-controlling)

– Mandatsträgerbetreuung

Die Mandatsträgerbetreuung beinhaltet auch die Information zu den bestehenden Pflichten und Rechten der entsandten Vertreter in Gesellschaftsgremien. Sie ist eine der wichtigsten Aufgaben des kommunalen Beteiligungsmanagements.

Der Aufsichtsratsstätigkeit kommt in kommunalen Beteiligungsgesellschaften eine besondere Bedeutung im Hinblick auf ihre gesellschaftsvertragliche Ausgestaltung, persönliche Besetzung und gemeindliche Unterstützung (Beteiligungsmanagement) zu. Zur optimalen Aufgabenerledigung im Aufsichtsrat sollten regelmäßige Schulungen zu dieser Thematik unter Berücksichtigung der jeweiligen Unternehmensform und Aufgabenstellung durchgeführt werden.

---

<sup>10</sup> Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder