

## **Entwurf eines Ausführungserlasses zur Änderung der Vorschriften**

### **über die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden**

Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden nimmt kontinuierlich zu und hier insbesondere die Zahl der privatrechtlichen kommunalen Unternehmen. Lag der Anteil nach Angaben des Verbandes der kommunalen Unternehmen (VKU) im Jahr 1952 nur bei 5%, im Jahr 1969 bei 10%, 1990 bereits bei 38%, so beträgt er mittlerweile rund 60% aller Mitgliedsunternehmen.<sup>1</sup> Diese Entwicklung führt gleichzeitig zu erhöhtem Steuerungs- und Kontrollaufwand für die jeweiligen Gemeinde. Aus diesem Anlass hat der schleswig-holsteinische Gesetzgeber mit der vorliegenden Änderung der Gemeindeordnung (Gesetz zur Änderung kommunalverfassungs- und wahlrechtlicher Vorschriften vom 22. März 2012 (GVObI. Schl.-H. S. 371)) nunmehr Regelungen getroffen, welche die bereits verfassungsrechtlich geltenden Grundsätze zur Steuerung und Kontrolle der gemeindlichen Unternehmen in Privatrechtsform konkretisieren.

Die Regelung des § 101 Abs. 3 GO neuer Fassung findet dabei nur auf zukünftige Beteiligungen Anwendung; bestehende Beteiligungen bleiben unberührt. Hingegen sind die neuen Regelungen der §§ 102 und 104 GO bei Gesellschaften, welche vor dem Inkrafttreten der Gesetzesänderung gegründet wurden, binnen eines Zeitraumes von fünf Jahren in die Gesellschaftsverträge bzw. -satzungen aufzunehmen (vgl. § 96 Abs. 2 BbgKVerf) bzw. bei jeder anstehenden Änderung.

#### **1. Grundsätze der wirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden**

Artikel 28 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleistet den Gemeinden das Recht, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln und ist damit die Grundlage für die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden. Auf andere Titel kann eine Gemeinde ihr wirtschaftliches Handeln nicht

---

<sup>1</sup> VKU-Geschäftsbericht 2010/2011; Möller: Die rechtliche Stellung und Funktion des Aufsichtsrates in öffentlichen Unternehmen der Kommune, Berlin 1999, S. 153, m. w. N; siehe auch Schmidt: Ausgliederungen aus den Kernhaushalten: öffentliche Fonds, Einrichtungen und Unternehmen, in Statistisches Bundesamt, Wirtschaft und Statistik, Februar 2011, S. 154 ff.

stützen. Dies gilt auch dann, wenn die Gemeinde im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung in einer Rechtsform des privaten Rechts handelt.

Ein wesentliches Prinzip ist dabei das verfassungsrechtlich verankerte Örtlichkeitsprinzip gem. Art. 28 Abs. 2 Grundgesetz (GG). Danach gelten diejenigen Bedürfnisse und Interessen als Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, die in der jeweiligen Gemeinschaft wurzeln oder zu ihr in einem besonderen Bezug stehen.

Abweichend von diesem Grundprinzip der Örtlichkeit ist in §§ 101 Abs. 2 und 3 der Gemeindeordnung (GO) geregelt, dass die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden grundsätzlich unter den Voraussetzungen des § 101 Abs. 1 GO auch außerhalb des Gemeindegebietes zulässig ist. Die konkreten Zulässigkeitsvoraussetzungen richten sich danach, ob es sich um eine wirtschaftlicher Betätigung

1. im eigenen Hoheitsgebiet (Abs. 1),
2. außerhalb des Hoheitsgebietes, aber innerhalb des Landes Schleswig-Holstein (Abs. 2) oder
3. außerhalb der Landesgrenze Schleswig-Holsteins (Abs. 3)

handelt.

Ergänzend sei an dieser Stelle gesagt, dass sich nichtwirtschaftliche Unternehmen bzw. Einrichtungen nach § 101 Abs. 4 GO ausschließlich innerhalb des eigenen Hoheitsgebietes betätigen dürfen, da hier eine Außerörtlichkeitsklausel fehlt. Die interkommunale Zusammenarbeit bleibt indes weiterhin möglich.

### **1.1. Wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden im eigenen Hoheitsgebiet (§ 101 Abs. 1 GO)**

Nach § 101 Abs. 1 GO darf eine Gemeinde ein wirtschaftliches Unternehmen errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern, wenn

1. ein öffentlicher Zweck, dessen Erfüllung im Vordergrund der Unternehmung stehen muss, das Unternehmen rechtfertigt,
2. das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht und

3. der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erfüllt werden kann (sogenannte Subsidiaritätsklausel).

#### 1.1.1 Öffentliche Zweck

Die wesentliche Zulässigkeitsvoraussetzung kommunaler Wirtschaftstätigkeit ist die Rechtfertigung durch einen *öffentlichen Zweck*. Weil sämtliches Handeln der Träger der Staatsgewalt durch einen öffentlichen Zweck gedeckt sein muss, müssen die kommunalen Lieferungen und Leistungen selbst einem öffentlichen Zweck dienen. Für die Zulässigkeitsvoraussetzung „öffentlicher Zweck“ ist festzustellen, dass es sich bei diesem Begriff um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt. Den Gemeinden steht bei der Beurteilung dieser Frage ein weiter Beurteilungsspielraum zu. Worin die Gemeinde eine Förderung des öffentlichen Wohls sieht, so hat das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) ausgeführt, „ist hauptsächlich den Anschauungen und Entschlüssen ihrer maßgeblichen Organe überlassen und hängt von den örtlichen Verhältnissen, finanziellen Möglichkeiten der Gemeinde, Bedürfnissen der Einwohnerschaft und anderen Faktoren ab“<sup>2</sup>. Die Bestimmung der Grenzen der kommunalen wirtschaftlichen Betätigung kann daher nur durch eine Negativabgrenzung erfolgen. Unzulässige wirtschaftliche Betätigung liegt laut BVerwG<sup>3</sup> jedoch vor, wenn diese von den Gemeinden aus rein fiskalischen Gründen erfolgt, d. h. um Erträge zu erwirtschaften und Gewinne zu erzielen, auch wenn dies zur Verbesserung der Haushaltssituation dient. Des Weiteren ist die hauptsächliche Verfolgung ausschließlich gewerblicher Zwecke unzulässig, wobei mit der Hauptleistung in engem sachlichem Zusammenhang stehende untergeordnete Nebentätigkeiten, sogenannte Annex-tätigkeiten, zulässig sind.<sup>4</sup> Jedoch muss das Gemeindeunternehmen grundsätzlich durch seine Leistung dem Wohl der Gemeindeglieder unmittelbar dienen (sog. Einwohnernützigkeit).<sup>5</sup>

Die Bedeutung des Nachweises des öffentlichen Zwecks und hier insbesondere des Nachweises der unmittelbaren Einwohnernützigkeit hat der Landesgesetzgeber durch die verpflichtende Anzeige der wirtschaftlichen Betätigung außerhalb Schleswig-Holsteins bei der obersten Kommunalaufsichtsbehörde dokumentiert. Damit soll

---

<sup>2</sup> BVerwGE 39, 329 ff.

<sup>3</sup> Ebenda.

<sup>4</sup> Vgl. BVerwGE 82, 29 ff.

<sup>5</sup> Vgl. BVerwGE 61, 82 ff.

sichergestellt werden, dass der Intention des Gesetzgebers Rechnung getragen wird und die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden außerhalb Schleswig-Holsteins des Nachweises des unmittelbaren öffentlichen Zweckes bedarf. Festzuhalten ist jedoch, dass es neben dieser speziellen Anzeigepflicht gem. § 101 Abs. 3 GO bei der überörtlichen Betätigung außerhalb Schleswig-Holsteins bei der grundsätzlichen Anzeigepflicht bei der zuständigen Kommunalaufsichtsbehörde gem. § 108 GO verbleibt. Unterliegt die Gemeinde, welche sich außerhalb Schleswig-Holsteins betätigen will, bereits der Kommunalaufsicht beim Innenministerium Schleswig-Holstein, so bedarf es weiterhin nur einer Anzeige. Die spezielle Anzeigepflicht nach § 101 Abs. 3 GO bezieht auf die Tatbeständen des § 108 GO, speziell § 108 Abs. 1 Nr. 1, 2, 4 und 8 GO.

#### 1.1.2. Leistungsfähigkeit und Bedarf

Eine weitere Zulassungsvoraussetzung ist gemäß § 101 Abs. 1 Nr. 2 GO, dass das wirtschaftliche Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf der Gemeinde stehen muss. Hierbei handelt es sich um eine Voraussetzung zum Schutz der Gemeinde, die sich bei ihrer wirtschaftlichen Betätigung und hier hauptsächlich bei Höhe und Risiko des Engagements an der Größe und der Leistungsfähigkeit bzw. Wirtschaftskraft der Gemeinde bzw. des Gemeindeunternehmens zu orientieren hat. Ein Versuch verschuldeter Gemeinden, durch das Erschließen neuer Geschäftsfelder und die dadurch erhofften Gewinne Leistungsfähigkeit zurück zu gewinnen, wird dieser Zielsetzung nicht gerecht.<sup>6</sup> Unter dem Merkmal „voraussichtlicher Bedarf“ ist zu prüfen, ob das wirtschaftliche Unternehmen so gestaltet ist, dass Umfang und Ausmaß dem gegenwärtigen und in naher Zukunft zu befriedigenden Bedarf im örtlichen Versorgungsgebiet entsprechen. Damit kommt die Ortsbezogenheit kommunalen wirtschaftlichen Handelns zum Ausdruck.<sup>7</sup> Die Bedarfsfrage ist jeweils vorab zu klären, bevor konkrete Schritte zur Durchführung von Maßnahmen eingeleitet werden.<sup>8</sup>

Von der Gemeinde ist die wirtschaftliche Verhältnismäßigkeit jeweils im Einzelfall zu betrachten, wobei Nachschusspflichten oder andere Einstandspflichten der Gemein-

---

<sup>6</sup> Vgl. Sprenger in KVR SH-GO, § 104, Rn. 5.

<sup>7</sup> Vgl. Sprenger in KVR SH-GO, § 101, Rn. 24.

<sup>8</sup> Ebenda.

den zu vermeiden sind. Des Weiteren soll das Unternehmen der Gemeinde über ausreichend Eigenkapital verfügen, wobei die Eigenkapitalausstattung grundsätzlich dann als angemessen angesehen werden kann, wenn der Anteil des Eigenkapitals an der Bilanzsumme mindestens 30% beträgt. Ebenso sollen die rechtlich selbständigen Unternehmen ohne finanziellen Rückgriff auf die tragende Gemeinde agieren und dies jeweils auch in den anzustellenden worst-case-Szenario-Berechnungen. Der Risikoverringerung dient ebenfalls die Haftungsbegrenzungsregelung gem. § 102 Abs. 1 Nr. 2 GO, die besagt, dass die Gemeinde Gesellschaften gründen, sich an der Gründung von Gesellschaften beteiligen oder sich an bestehenden Gesellschaften beteiligen darf, wenn die Haftung und die Einzahlungsverpflichtung der Gemeinde auf einen ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag begrenzt wird. Demnach sind unlimitierte Bürgschaften, Gewährverträge oder Patronatserklärungen der Gemeinde gegenüber Gesellschaften grundsätzlich gemeindewirtschaftsrechtlich unzulässig.

Ich weise ausdrücklich auch auf die Regelungen des EU-Beihilfenrechtes und des Haushaltsrechtes (§§ 76 ff. GO) hin; siehe Erlass zur Gewährung von Bürgschaften vom 20. Januar 2011 (IV 305 – 163.101 – § 86) und Erlass zum EU-Beihilferecht vom 23. Oktober 2008 (IV 343 - 517.220 - 71) sowie den weitergehende Informationen zum EU-Beihilferecht auf dem Internetauftritt des Innenministeriums im Bereich „Kommunales und Sport“ (<http://www.innenministerium.schleswig-holstein.de>).

### 1.1.3. Subsidiarität

Des Weiteren ist die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden nur dann zulässig, wenn der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erfüllt werden kann (*Subsidiarität*). Die Gemeinden haben nachzuweisen, dass die kommunale wirtschaftliche Betätigung mindestens ebenso gut wie andere Maßnahmen zur öffentlichen Zweckerfüllung geeignet ist. Beurteilungsmaßstab dafür, was "besser" ist, stellt allein die öffentliche Zwecksetzung dar. Hingegen stellt das Kriterium der Wirtschaftlichkeit eine Beziehung zwischen Zwecksetzung und Mitteleinsatz her.<sup>9</sup>

## **1.2. Wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden außerhalb des eigenen Hoheitsgebietes und innerhalb Schleswig-Holsteins (§ 101 Abs. 2 GO)**

---

<sup>9</sup> Vgl. Sprenger in KVR SH-GO, § 101, Rn. 24.

Nach § 101 Abs. 2 GO ist die wirtschaftliche Betätigung außerhalb des Gemeindegebietes zulässig, wenn die Voraussetzungen des Absatzes 1 vorliegen und die berechtigten Interessen der betroffenen Gebietskörperschaften gewahrt sind. Bei im Wettbewerb wahrgenommenen Aufgaben gelten nur die Interessen als berechtigt, die nach bundesgesetzlichen Vorgaben eine Einschränkung des Wettbewerbs zulassen. Die betroffene Gemeinde ist so rechtzeitig vor der Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit in ihrem Gemeindegebiet zu informieren, dass sie die berechtigten Interessen geltend machen kann. Unter dem berechtigten Interesse einer betroffenen Gebietskörperschaft ist hier insbesondere die eigene wirtschaftliche Betätigung zu verstehen.<sup>10</sup>

Die eingeschränkte Außerörtlichkeitsklausel ermöglicht somit die interkommunale Zusammenarbeit schleswig-holsteinischer Gemeinden und sichert gleichzeitig den grundsätzlichen Vorrang des Örtlichkeitsprinzips.

### **1.3. Wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden außerhalb Schleswig-Holsteins (§ 101 Abs. 3 GO)**

Nach § 101 Abs. 3 GO ist die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden außerhalb Schleswig-Holsteins unter den Voraussetzungen des § 101 Abs. 1 grundsätzlich zulässig, wenn nicht berechnete Interessen des Bundes oder des Landes Schleswig-Holsteins entgegenstehen.

Bislang galt auch für die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden außerhalb Schleswig-Holsteins, dass bei im Wettbewerb wahrgenommenen Aufgaben nur diejenigen Interessen der Nachbargemeinden als berechnete anzusehen sind, die nach bundesgesetzlichen Vorgaben den Wettbewerb einschränken. Diese Regelung wurde nunmehr aufgegeben. Dies ist auch folgerichtig, da die Regelungen des Landesgesetzgebers in der Rechtswirkung verfassungsrechtlich auf das Gebiet des Landes beschränkt sind. Da das Recht der wirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden Ausdruck der kommunalen Selbstverwaltung ist und allen Gemeinden für ihr Gebiet zusteht, verbietet es sich, Nachbarkommunen bei der Erfüllung ihrer kommunalen Selbstverwaltungsangelegenheiten nachhaltig zu stören. Daher haben die betroffenen Gemeinden nach wie vor einen grundsätzlichen Abwehranspruch gegen das Tä-

---

<sup>10</sup> Vgl. Ziertmann in Rentsch/ Ziertmann, Gemeindeverfassungsrecht Schleswig-Holstein, 1. Aufl. 2008, §101 GO, Rn. 15.

tigwerden schleswig-holsteinischer Gemeindeunternehmen, falls keine Duldung oder Zustimmung der betroffenen Gemeinde vorliegt.<sup>11</sup> Will eine Gemeinde außerhalb Schleswig-Holsteins wirtschaftlich tätig werden, muss sie im Rahmen des Anzeigeverfahrens nach § 101 Abs. 3 GO nachweisen, dass die Voraussetzungen dafür vorliegen. Voraussetzung ist u.a., dass die betroffene Gemeinde der Wirtschaftstätigkeit zustimmt oder zumindest duldet. Wahlweise kann auch die tätig werdende Gemeinde darlegen, dass seitens der betroffenen Gemeinde kein berechtigter Abwehrensanspruch besteht. Dies könnte u.a. dann der Fall sein, wenn die Kommunalverfassung der jeweils betroffenen Gemeinde eine überörtliche Betätigung innerhalb der Bundesrepublik Deutschland ohne Gebietsbeschränkung zulässt.

Inwieweit kommunale Interessen Dritter betroffen sind und aus ihnen ein Abwehrensanspruch abgeleitet werden kann, bedarf der konkreten Prüfung im Einzelfall.

## **2. Beteiligung von Gemeinden an Gesellschaften**

### **2.1. Öffentlich-rechtliche Weisungsrechte der Gemeinde (§ 102 Abs. 4 GO)**

Grundsätzlich dürfen die Gemeinden gem. § 102 Abs. 1 GO Gesellschaften gründen, sich an der Gründung von Gesellschaften oder an bestehenden Gesellschaften beteiligen.

In die bisherige Regelung des § 102 Absatz 4 wurde nunmehr Satz 2 eingefügt. Danach soll die Gemeinde darauf hinwirken, dass im Gesellschaftsvertrag geregelt ist, dass die Gemeindevertretung den von der Gemeinde in einer Gesellschaft bestellten oder auf Vorschlag der Gemeinde gewählten Mitgliedern des Aufsichtsrates oder eines entsprechenden Überwachungsorgans Weisungen erteilen kann, soweit die Bestellung eines Aufsichtsrates nicht gesetzlich vorgeschrieben ist.<sup>12</sup> Bereits in der vorherigen Fassung der Gemeindeordnung war bzw. ist in § 104 Abs. 2 GO durch den Verweis auf § 25 GO ein generelles Weisungsrecht für die Vertreterinnen und Vertreter der Gemeinde in Gesellschaften normiert. Durch den neuen § 102 Abs. 4 Satz 2

---

<sup>11</sup> Vgl: Schliesky: Die Abwehr grenzüberschreitender wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen, Die Gemeinde 12/2001, 302, 303 f., m. w. N.

<sup>12</sup> Vgl. gleichlautende bzw. ähnliche Regelung: Art. 93 II 3 BayGO; § 97 II BbgKVerf; § 125 II HESGO; § 71 II MVKV; § 113 II NRWGO; § 88 III RpfGO; § 114 I SaarkSVG und § 119 II LSAGO.

GO ist der generelle Verweis in Bezug auf die gesellschaftsvertraglichen Regelungen konkretisiert.

Hier ist grundsätzlich zu bemerken, dass der Ausgestaltung der Satzungen bzw. Gesellschaftsverträge höchste Priorität beizumessen ist. Die Implementierung öffentlich-rechtlicher Normen, welche insbesondere dem Demokratieprinzip gem. Art. 20 GG folgen, kann bei privatrechtlichen Gesellschaften nur über die Satzungen bzw. Gesellschaftsverträge erfolgen.

Das nunmehr konkretisierte Weisungsrecht bedeutet die Möglichkeit Aufsichtsratsmitgliedern Weisungen erteilen zu können. Dem folgt jedoch nicht, dass jedwede Entscheidung der Aufsichtsratsmitglieder durch Weisungen belegt werden sollte. Mit der Entscheidung, eine formelle Ausgliederung im Rahmen privatrechtlicher Gesellschaften vorzunehmen, wurde in der Regel auch das Ziel einer erhöhten Handlungsfähigkeit und Autonomie einer Gesellschaft verfolgt. Dieses Ziel sollte folglich nicht durch eine zu extensive Nutzung des Weisungsrechtes konterkariert werden. Insbesondere ist festzuhalten, dass bei einem funktionsfähigen Beteiligungsmanagement und einer klaren Aufgabentrennung zwischen dem Haupt- und Ehrenamt und der Gesellschafter- bzw. Hauptversammlung und dem Aufsichtsrat bereits eine sachgerechte Steuerung der Gesellschaft erfolgen kann.

Das in der Gemeindeordnung öffentlich-rechtlich normierte Weisungsrecht – wie grundsätzlich alle gemeindewirtschaftsrechtlichen Satzungsregelungen – ist nur innerhalb der gesellschaftsrechtlichen Grenzen anwendbar.<sup>13</sup>

Hier ist zwischen der Rechtsform der Aktiengesellschaft (AG) und der Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) zu unterscheiden. Bei der AG gelten die aktienrechtlichen Regelungen für den Aufsichtsrat unmittelbar, bei der

---

<sup>13</sup> Bei dem „Recht der Wirtschaft“ nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG handelt es sich um einen Gegenstand konkurrierender Gesetzgebung. Die Länder haben nach Art. 72 Abs. 1 GG in diesem Bereich die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit keinen Gebrauch gemacht hat. Für das unter Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG fallende Gesellschaftsrecht hat der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz abschließend Gebrauch gemacht (vgl. BVerfGE 98, 145, 157). Das abschließende Gebrauchmachen von einem Gegenstand konkurrierender Gesetzgebung hat zur Folge, dass in diesem Bereich kein neues Landesrecht mehr entstehen kann und erlassene Landesgesetze daher unzulässig und nichtig sind. Art. 72 Abs. 1 GG ist lex specialis zu Art. 31 GG, d.h. es kommt nicht – wie bei Art. 31 GG – darauf an, ob zugleich ein inhaltlicher Widerspruch zwischen Bundes- und Landesrecht gegeben ist (vgl. Jarass/Picroth, Grundgesetz, 11. Aufl. 2010, Art. 72, Rn. 11).

GmbH gelten diese über die Verweisung auf die aktienrechtlichen Bestimmungen in § 52 GmbHG bzw. durch die Verweisungen in den Mitbestimmungsgesetzen, welche für die mitbestimmte GmbH einen obligatorischen Aufsichtsrat vorschreiben.<sup>14</sup> Folglich ist bei der Prüfung der Zulässigkeit eines Weisungsrechtes zwischen der AG und der mitbestimmten GmbH einerseits und der GmbH mit einem fakultativen<sup>15</sup> Aufsichtsrat andererseits zu unterscheiden.

Für das Weisungsrecht ist festzuhalten, dass Aufsichtsratsmitglieder von der AG und der mitbestimmten GmbH gem. § 111 Abs. 5 AktG weisungsungebunden sind. Hingegen können Mitglieder fakultativer Aufsichtsräte Weisungen unterworfen werden. Voraussetzung ist die Abbedingung des § 111 Abs. 5 AktG im Gesellschaftsvertrag der GmbH.<sup>16</sup> Dem folgt: Falls ein Aufsichtsratsmitglied einer Weisung nachkommt, scheidet seine persönliche Haftung von vornherein aus.<sup>17</sup>

## **2.2. Zustimmungsvorbehalt bei Ausweitung von Beteiligungen (§ 102 Abs. 5 Satz 1 GO)**

Wie in der Gesetzesbegründung zur Drucksache 17/1663 bereits ausgeführt, handelt es sich bei der Ausweitung des Zustimmungsvorbehaltes auf mittelbare Beteiligungen der Gemeinden nach § 102 Abs. 5 Satz 1 Gemeindeordnung um eine Klarstellung der bisherigen Rechtslage. Diese wurde notwendig, da andere Bundesländer in ihren Kommunalverfassungen gleichlautende Klarstellungen vorgenommen haben und die bisherige Regelung Auslegungsprobleme aufwarf. Durch die Regelung muss die Gemeindevertretung oder der Hauptausschuss zwingend über alle Beteiligungen und wirtschaftlichen Aktivitäten entscheiden. Insbesondere aufgrund der zunehmenden Holdingstrukturen der Gemeinden bzw. deren gemeindlicher Unternehmen könnte der Einfluss der Gemeindevertretung oder des Hauptausschusses systematisch umgangen werden. Das Ergebnis wäre, dass enorme Risiken in Enkel-, Urenkel- und

---

<sup>14</sup> § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, §§ 6 Abs. 2, 25 MitbestG, § 3 des Montan-MitbestG.

<sup>15</sup> Im Gegensatz zur AG, die nach §§ 30, 95 ff. AktG zwingend einen Aufsichtsrat haben muss, ist die Errichtung eines Aufsichtsrates bei einer GmbH nach § 52 Abs. 1 GmbHG fakultativ, d. h. das GmbHG kennt im Unterschied zum Aktiengesetz keinen Pflichtaufsichtsrat. Ausnahmen bilden hier die obligatorischen Aufsichtsräte einer GmbH nach den Mitbestimmungsgesetzen. Diese schreiben zwingend einen Aufsichtsrat vor, bei denen folglich durch die Verweisungen auch ausdrücklich die aktienrechtliche Weisungsfreiheit gilt.

<sup>16</sup> Vgl. BVerwG, NJW 2011, 3537, 3537 ff.

<sup>17</sup> Vgl. Altmeppen: Die Einflussrechte der Gemeindeorgane in einer kommunalen GmbH, NJW 2003, 2561, 2564, m. w. N; Sprenger in KVR SH-GO, § 104, Rn. 5.

Ururenkelgesellschaften etc. aufgebaut werden könnten, ohne dass das Haupt- oder das Ehrenamt der Gemeinde Einfluss hätten.

Wie bereits in der Drucksache 8/474 (S. 114) zur Kommunalverfassungsreform durch Gesetz vom 11. November 1977 (GVOBl. Schl.-H. S. 410) dargelegt, sind Vertreterinnen und Vertreter der Gemeinde diejenigen, die zur Vertretung der Gemeinde in der Gesellschafterversammlung oder in einem entsprechenden Gesellschaftsorgan befugt sind. Um die Vorschrift in den Fällen nicht leerlaufen zu lassen, in denen über eine Beteiligung nicht die Gesellschafterinnen und Gesellschafter, sondern der Aufsichtsrat oder die Geschäftsleitung entscheidet, umfasst der Begriff der Vertreterinnen und Vertreter alle Mitglieder von Aufsichtsorganen oder ähnliche Gremien sowie Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer sowie Vorstandsmitglieder, die ihr Mandat oder ihre Bestellung unmittelbar oder mittelbar von der Gemeinde ableiten und stellt diese den Vertretern der Gemeinde gleich.

Hierbei ist die Bezeichnung für die jeweilige Übernahme der Funktion unerheblich, so dass jedwede Form umfasst ist: insbesondere die Wahl, die Entsendung und die Bestellung; entscheidend ist der Maßstab des „Ableitens“ von der Gemeinde.

Die Definition des „Ableitens“ ist mit der Veranlassung in § 394 AktG gleichzusetzen. Die Norm besagt, dass Aufsichtsratsmitglieder, die auf Veranlassung einer Gebietskörperschaft in den Aufsichtsrat gewählt oder entsandt worden sind, hinsichtlich der Berichte, die sie der Gebietskörperschaft zu erstatten haben, keiner Verschwiegenheitspflicht unterliegen. Der Begriff der Veranlassung ist hier weit zu verstehen, da es weder auf die Form der Einwirkung noch auf die tatsächliche oder rechtliche Grundlage des Einflusses ankommt. Veranlasst ist die Bestellung durch die Gebietskörperschaft vielmehr immer dann, wenn sie nach außen hin ihr Interesse an der Bestellung zum Ausdruck gebracht hat und dieses Interesse für die Bestellung ursächlich war.<sup>18</sup> Bei einer mittelbaren Beteiligung ist die Veranlassung dann gegeben, wenn die Gebietskörperschaft die Gesellschaftsanteile nicht selbst, sondern über eine Gesellschaft hält, auf die sie wiederum beherrschenden Einfluss hat. Dieser Einfluss kann

---

<sup>18</sup> Vgl. Schmidt-Abmann/Ulmer: Die Berichterstattung von Aufsichtsratsmitgliedern einer Gebietskörperschaft nach § 394 AktG – Eine aktien- und kommunalrechtliche Untersuchung ihrer Voraussetzungen und Schranken unter besonderer Berücksichtigung des nordrhein-westfälischen Gemeinderechts, BB Beilage 13 zu Heft 27/1988, 7 f.; Hüfner, Kommentar zum AktG, 9. Auflage, München 2010, § 394, Rn. 34.; Schürmbrand in: Münchener Kommentar zum AktG, Band 6, 3. Auflage, München 2011, § 394, Rn. 10.

auch über eine längere Kette von Zwischengesellschaften bestehen. Eine Veranlassung bei einer mittelbaren Beteiligung liegt auch dann vor, wenn im Bereich von Tochter- und Enkelgesellschaften der Bitte der Gebietskörperschaft gegenüber der ggf. ungebundenen Geschäftsführung (Vorstand einer AG) der Obergesellschaft, für die Bestellung eines von ihr benannten Mitglieds im Aufsichtsrat der Tochter zu sorgen, nachgekommen wird.<sup>19</sup>

### **2.3. Zustimmungsvorbehalte bei Erhöhung der Beteiligung und wesentliche Änderung des Gesellschaftsvertrages (§ 102 Abs. 5 Satz 3 GO)**

Im eingefügten § 102 Abs. 5 Satz 3 GO ist jetzt normiert, dass ebenfalls die Erhöhung der Beteiligung und wesentliche Änderungen des Gesellschaftsvertrages, insbesondere des Gesellschaftszwecks, der vorherigen Zustimmung der Gemeindevertretung oder des Hauptausschusses bedürfen. Die Ausweitung der zustimmungspflichtigen Tatbestände auf die Erhöhung einer Beteiligung soll eine ausreichende Einflussmöglichkeit des Haupt- und Ehrenamtes ermöglichen, da mit jeder Beteiligungserhöhung auch eine Risikoerhöhung einhergeht.

Mit der Ausweitung der zustimmungspflichtigen Tatbestände auf die wesentlichen Änderungen des Gesellschaftsvertrages, insbesondere des Gesellschaftszwecks, wird die Steuerungsmöglichkeit des Haupt- und Ehrenamtes in Bezug auf die Erfüllung des öffentlichen Zweckes erhöht. Der Gegenstand der Gesellschaft (Gesellschaftszweck) setzt für die Geschäftsführung den Rahmen (konkretisiert im Wirtschaftsplan, der Geschäftsordnung oder ähnlicher Regelungen) für seine selbständig wahrzunehmenden operativen Aufgaben. Dem möglichst genau beschriebenen Gesellschaftszweck kommt daher eine erhebliche Bedeutung zu, da dieser Spiegelbild der von der Gemeinde wahrzunehmenden Selbstverwaltungsaufgabe ist. Jede Ausweitung des Gesellschaftszweckes kann die Wahrnehmung einer neuen Selbstverwaltungsaufgabe der Gemeinde darstellen.

Der *wesentlichen Änderung des Gesellschaftszweckes* ist auch eine Erweiterung des Unternehmens gleichzustellen, wenn sich aufgrund der neuen Tätigkeit des Unternehmens der Umsatz um mehr als ein Drittel<sup>20</sup> zum vorherigen Umsatz erhöht. Dies

---

<sup>19</sup> Ebenda.

<sup>20</sup> Vgl. Sprenger in KVR SH-GO, § 108, Rn. 5.

ist bereits auch dann gegeben, wenn der bisherige – zu weit gefasste – Unternehmensgegenstand die neue Tätigkeit des Unternehmens bereits abdeckt. Beispielhaft sind hier die Netzübernahmen durch Stadt- bzw. Gemeindewerke in angrenzenden Netzgebieten in zeitlich größeren Abständen zu nennen. Bezugspunkt der Betrachtung einer wesentlichen Erweiterung ist das jeweils gemeindliche Netzgebiet bzw. das Netzgebiet vor der Liberalisierung des Energiewirtschaftsrechtes. Folglich wären Netzübernahmen in zeitlich größeren Abständen mit einer Umsatzerhöhung von einem Drittel als wesentliche Änderung des Gesellschaftszweckes zu betrachten, da der vorherige Gesellschaftszweck auf die Versorgung im eigenen Netzgebiet begrenzt war.

*Als wesentliche Änderungen des Gesellschaftsvertrages* sind insbesondere Regelungen zu nennen, welche das grundsätzliche Verhältnis der Unternehmensorgane untereinander bzw. zur Trägergemeinde und den Haushalt der Gemeinde(n) berühren könnten.

### **3. Vertretung der Gemeinde in Gesellschaften (§ 104 GO)**

#### **3.1. Erweiterung des Bestellungsvorbehalts der Gemeinde (§ 104 Abs. 1 Satz 1 GO)**

Mit der neuen Fassung wurde eine Erweiterung des Bestellungsvorbehaltes der Gemeinde für die Vertreterinnen und Vertreter der Gemeinde in Gesellschaften, an denen die Gemeinde nur mittelbar beteiligt ist, vorgenommen.

Diese Neuregelung in § 104 Abs. 1 Satz 1 GO bezieht sich auf Grund gesellschaftsrechtlicher Regelungen nur auf die Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern. Bei der GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat besteht die Möglichkeit, die Aufsichtsratsmitglieder auch bei den mittelbaren Beteiligungen durch die Gemeinde „bestellen“ zu lassen, wobei es nicht auf die gesellschaftsrechtliche Form der Bestellung, sondern auf die Veranlassung ankommt, siehe Punkt 2.2.

Hingegen wird die Bestellung der gesetzlichen Vertreterinnen und Vertreter sowie der Geschäftsführung bei mittelbaren Beteiligungen der Gemeinden bereits abschließend durch das Gesellschaftsrecht bestimmt.

### 3.2. Beauftragung von Vertretern (§ 104 Abs. 1 Satz 2 GO)

In der bisherigen Fassung erfolgte die Bestellung von Vertreterinnen und Vertretern in Gesellschaften allgemein durch die Gemeinde. Mit dem neueingefügten Satz 2 in § 104 Abs. 1 der Gemeindeordnung wird nun normiert, dass die gesetzliche Vertreterin oder der gesetzliche Vertreter die Gemeinde in der Gesellschafterversammlung oder in dem entsprechenden Organ der Gesellschaft, an der die Gemeinde beteiligt ist, vertreten soll.<sup>21</sup> Diese können auch eine Beschäftigte oder einen Beschäftigten der Gemeinde, vorzugsweise die- oder denjenigen für das Beteiligungsmanagement zuständige oder zuständigen Beschäftigten mit der Vertretung beauftragen. Diese Regelung findet aufgrund des Gesellschaftsrechtes nur für die unmittelbare Beteiligung der Gemeinde an Gesellschaften Anwendung.

Hintergrund dieser Regelung ist, dass die bisherige Rechtslage es z. B. zuließ, dass sich die Gesellschafterversammlung einer Eigengesellschaft (welche sich zu 100 % im Eigentum einer Gemeinde befindet) aus mehreren Personen – zum Teil ohne Beteiligung des gesetzlichen Vertreters – zusammensetzt. Gleichzeitig besteht nach den kommunalverfassungsrechtlichen Regelungen gem. § 30 GO ein umfassendes Auskunftsrecht der Ratsmitglieder gegen die Bürgermeisterin oder den Bürgermeister für alle Angelegenheiten der Gemeinde. Dabei muss sich das Auskunftsrecht auf einen Gegenstand beziehen, über den die Bürgermeisterin oder der Bürgermeister im Rahmen ihrer oder seiner Zuständigkeit, Kenntnis erlangt hat oder erlangen kann; also in erster Linie als Leiter der Gemeindeverwaltung oder als Vertreter der Gemeinde nach außen.<sup>22</sup> Unabhängig davon, ob die Bürgermeisterin oder der Bürgermeister Mitglied in den Unternehmensorganen ist, bezieht sich der Auskunftsanspruch eines Ratsmitglieds auf diejenigen Angelegenheiten einer öffentlichen Aufgaben der Gemeinde wahrnehmenden GmbH<sup>23</sup>, über die die Bürgermeisterin oder der Bürgermeister seinerseits als gesetzliche Vertreter der Gesellschafterin „Gemeinde“ gemäß § 51a GmbHG von der Gesellschaft Auskunft verlangen kann, wobei bundes-

<sup>21</sup> Vgl. gleichlautende bzw. ähnliche Regelung: § 104 I BWGO; Art. 93 I BayGO; § 97 I BbgKVerf; § 125 I HESGO; § 71 I MVKV; § 113 II NRWGO; § 88 I RpfGO; § 114 I SaarkSVG, § 98 SächsGO und § 119 I LSA-GO.

<sup>22</sup> Vgl. NdsOVG, BeckRS 2009, 34702 VGH Mannheim, Urt. vom 12.3.2001, 1 S 785/00, juris.

<sup>23</sup> Dagegen sind die Auskunftsrechte eines Aktionärs gem. § 131 Abs. 1 AktG auf das Auskunftsrecht in der Hauptversammlung beschränkt, wobei der Vorstand Auskunft über Angelegenheiten der Gesellschaft zu geben hat, soweit sie zur sachgemäßen Beurteilung des Gegenstands der Tagesordnung erforderlich ist, so dass eine inhaltliche Begrenzung auf die Tagesordnungspunkte stattfindet. Die Informationen aus den Hauptversammlungen unterliegen auch keiner Verschwiegenheitspflicht, da diese laut BGH quasi öffentlich bekannt sind.

rechtliche Regelungen des Gesellschaftsrechts dem nicht entgegenstehen.<sup>24</sup> Gemäß § 51a GmbHG haben die Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer der Gesellschaft jeder Gesellschafterin und jedem Gesellschafter auf Verlangen unverzüglich Auskunft über alle Angelegenheiten der Gesellschaft zu geben. Der BGH<sup>25</sup> hat dazu entschieden, dass der Auskunftsanspruch sich im eigentlichen Sinne nicht gegen die Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer richtet, sondern gegen die Gesellschaft; die Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer erfüllen ihn als deren gesetzliche Vertreterinnen oder Vertreter, so dass auch der Gegenstand des Auskunftsanspruchs der Gesellschafterin oder des Gesellschafters hier folglich weit zu fassen ist. Er bezieht sich nicht nur auf Vorgänge aus dem Zuständigkeitsbereich der Geschäftsführerin oder des Geschäftsführers, sondern auch auf Vorgänge, die sich beispielsweise im Aufsichtsrat abgespielt haben; er eröffnet der Gesellschafterin und dem Gesellschafter Einblick in alle internen Papiere der Gesellschaft, in die gesamte Geschäftskorrespondenz und sogar in die Protokolle der Aufsichtsratssitzungen.<sup>26</sup> Dass demnach bei der GmbH - anders als bei der AG - nahezu kein Schutz der Geschäftsgeheimnisse gegenüber den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern stattfindet, rechtfertigt sich nach Ansicht des BGH durch die Unterschiede zwischen GmbH und AG: Die Aktionärin oder der Aktionär soll nach der Konzeption des AktG nicht unmittelbar Einfluss auf die Geschäftsführung haben; sie oder er kann Fragen nur im Rahmen der Hauptversammlung, d. h. quasi öffentlich, stellen und beantwortet bekommen (vgl. § 131 AktG). Die GmbH ist dagegen darauf ausgerichtet, dass die Gesellschafterinnen und Gesellschafter die maßgeblichen Entscheidungsträgerinnen und Entscheidungsträger sind. Das Geheimhaltungsinteresse der anderen Gesellschafterinnen und Gesellschafter wird dadurch gewahrt, dass die oder der Auskunft begehrende Gesellschafterin oder Gesellschafter seinerseits verpflichtet ist, Geschäftsgeheimnisse nicht nach außen dringen zu lassen.<sup>27</sup>

Als Gesellschafterin kann damit die Gemeinde nach § 51a GmbHG von der Gesellschaft Auskunft über alle Vorgänge verlangen. Wie Auskunftsverlangen und Auskunftserteilung rechtstechnisch ablaufen, wenn die oder der auskunftsbegehrende Gesellschafterin oder Gesellschafter ihrer-oder seinerseits eine juristische Person ist,

---

<sup>24</sup> Vgl.: NdsOVG, BeckRS 2009, 34702.

<sup>25</sup> Vgl. BGH, NJW 1997, 1985, 1986.

<sup>26</sup> Ebenda.

<sup>27</sup> Ebenda.

regelt das GmbHG nicht. Es bleibt daher bei den allgemeinen Vertretungsregelungen, die das für die jeweilige Gesellschafterin oder den jeweiligen Gesellschafter einschlägige Recht vorsieht. Das bedeutet, dass der Auskunftsanspruch von einer Gemeinde dergestalt geltend gemacht wird, dass ihre gesetzliche Vertreterin oder gesetzlicher Vertreter – gemeinhin die Bürgermeisterin oder der Bürgermeister – von der durch ihre Geschäftsführerinnen oder Geschäftsführer vertretenen Gesellschaft die Auskunft verlangt und deren Antwort als gesetzliche Vertreterin oder gesetzlicher Vertreter der Gemeinde entgegennimmt.<sup>28</sup> Dem steht auch nicht der Umstand entgegen, dass womöglich die gesetzliche Vertreterin oder der gesetzliche Vertreter in ihrer oder seiner Funktion als Aufsichtsratsmitglied bereits Kenntnis über die zu erlangenden Informationen erhalten hat. Zwar dürfte diese oder dieser bereits erworbenes Wissen in ihrer oder seiner Funktion als Aufsichtsratsmitglied möglicherweise wegen der gesellschaftsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsräte – Einzelheiten siehe Punkt 2.4 – nicht bzw. nur unter den Voraussetzungen der §§ 394, 395 AktG weitergeben. Jedoch ändert dies nichts daran, dass sie oder er nach den kommunalverfassungsrechtlichen Normen in allen Angelegenheiten der Gemeinde über alle Tatsachen Auskunft erteilen muss, von denen sie oder er als gesetzliche Vertreterin oder gesetzlicher Vertreter der Gemeinde Kenntnis erlangen kann und nicht nur über solche, von denen er bereits Kenntnis erlangt hat.<sup>29</sup> Mit derzeitigem Nichtwissen dürfte die Bürgermeisterin oder der Bürgermeister die Auskunft nicht verweigern, wenn sie oder er sich das erforderliche Wissen im Rahmen seiner Befugnisse als gesetzliche Vertreterin oder gesetzlicher Vertreter der Gemeinde unschwer beschaffen kann.<sup>30</sup>

Um das Auskunftsrecht der Ratsmitglieder gegenüber der Bürgermeisterin oder dem Bürgermeister gewährleisten zu können, bedarf es der Vertretung der gesetzlichen Vertreterin oder des gesetzlichen Vertreters der Gemeinde in der Gesellschafterversammlung oder in dem entsprechenden Organ der Gesellschaft, an der die Gemeinde beteiligt ist. Es handelt sich um eine Soll-Regelung, d. h., es kann nur in atypischen Fällen von ihr abgewichen werden.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> Vgl. NdsOVG, BeckRS 2009, 34702.

<sup>29</sup> Vgl. NdsOVG, BeckRS 2009, 34702; VGH Mannheim, Urt. vom 12.3.2001, 1 S 785/00, juris.

<sup>30</sup> Vgl. NdsOVG, BeckRS 2009, 34702, mit Hinweis auf den Auskunftsanspruch eines Landtagsabgeordneten gegenüber der Staatsregierung bayerns, BayVerfGHE vom 26. Juli 2006, Vf. 11-IVa/05. NVwZ 2007, 204, 206.

<sup>31</sup> Vgl. Sachs in Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Auflage 2008, § 440, Rn. 26.

Die Vertretung der gesetzlichen Vertreterin oder des gesetzlichen Vertreters durch eine für das Beteiligungsmanagement zuständige Beschäftigte oder Beschäftigten soll die Steuerung der Gesellschaft durch die Gemeinde erleichtern.

### **3.3. Steuerung und Kontrolle der Gemeindevertretung über Unternehmen (§ 104 Abs. 1 Satz 3 GO)**

Der in § 104 Abs. 1 GO neu eingefügte Satz 3 normiert, dass die Vertreterinnen und Vertreter der Gemeinde in Gesellschaften

1. das Interesse der Gemeinde zu verfolgen haben;
2. im Sinne der Beschlüsse der Gemeindevertretung handeln sollen und
3. die Gemeindevertretung über alle wichtigen Angelegenheiten möglichst frühzeitig zu unterrichten und ihr auf Verlangen Auskunft zu erteilen haben.

Diese Regelung steht unter Vorbehalt entgegenstehender gesetzlicher, insbesondere gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen. Vertreterinnen und Vertreter sind hier sowohl die gesetzlichen Vertretungen als auch die Vertretungen in den Aufsichtsräten.

Die überwiegend im Eigentum der Gemeinden befindlichen Unternehmen sind nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes<sup>32</sup> und des Bundesgerichtshofes<sup>33</sup> Teil der Gemeindeverwaltung im materiell-rechtlichen Sinne. Daraus folgt die Pflicht der Gemeindevertretungen, die Steuerung und die Kontrolle über diese Unternehmen wahrzunehmen. Die Gemeindevertretung ist die gewählte Vertretung der Bürgerinnen und Bürger und folglich als oberstes Willensbildungs- und Beschlussorgan für alle wichtigen gemeindlichen Führungs- und Kontrollaufgaben zuständig. Diese kommunalverfassungsrechtliche Kontrollkompetenz beinhaltet die Zuständigkeit der Gemeindevertreterinnen und -vertreter zur Überwachung der Recht- und Zweckmäßigkeit des Handelns der Gemeindeunternehmen, welche sich aus der Trennung zwischen der Willensbildung durch die Gemeindevertretung und der Willensausübung durch die Gemeindeverwaltung bzw. hier der Gemeindeunternehmen ergibt. Die Volksvertretung ist berechtigt und verpflichtet, die Aufgabenplanung und Aufgabendurchführung kommunaler Gesellschaften zu überwachen, um sicherstellen

<sup>32</sup> Vgl. BVerfG NJW 1977, 1960; BVerfG, NJW 1990, 1793; BVerfG, NVwZ 2009, 1282, m. w. N.

<sup>33</sup> Vgl. BGH NJW 1969, 2195, m. w. N.; BGH NVwZ 2010, 398, m. w. N.

zu können, dass der gemeinwohlorientierte öffentliche Zweck sach- und interessen-gerecht durch die Unternehmen erfüllt wird.<sup>34</sup>

Dabei ist festzuhalten, dass Zweck der Auskunftspflicht und auch des Weisungsrechtes ist, dass die politisch legitimierten Gemeindevertreterinnen und -vertreter die Geschäftspolitik der Unternehmen der Gemeinde steuern können und somit eine demokratische Kontrolle der öffentlichen Unternehmen der Gemeinde sichergestellt wird. Die Entscheidung darüber, was zu einer Verbesserung der Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten beiträgt und folglich dazu geeignet ist, eine Abkopplung der kommunalen Gesellschaften von der Gemeinde zu verhindern, trifft die Gemeindevertretung unter Berücksichtigung der besonderen Gegebenheiten vor Ort. In der Regel werden alle Informationen, deren Kenntnis für die Führung und den Betrieb der Gesellschaften von erheblichem Gewicht sind, besondere Relevanz besitzen. Dies gilt unabhängig davon, ob die Daten und Fakten dem kaufmännischen, finanziellen, technischen, planerischen oder personellen Bereich der Gesellschaft entstammen.<sup>35</sup> Darüber hinaus muss die Information so rechtzeitig erfolgen, dass eine Willensbildung in der Gemeindevertretung und eine diesbezügliche Einflussnahme noch wirkungsvoll möglich ist.<sup>36</sup>

Zu beachten ist jedoch, dass die gemeindlichen Unternehmen formell ausgegliedert und rechtlich selbstständig sind, so dass die nachträgliche, begleitende und zukunftsgerichtete Kontrolle durch die Gemeindevertretung nicht ausnahmslos erfolgen kann. Die formelle Verselbstständigung verlangt eine inhaltliche Begrenzung der Kontrollkompetenz auf eine Richtungskontrolle der wesentlichen unternehmensinternen Abläufe, denn nur die essentiellen Handlungen und Entscheidungen über die Führung und den Betrieb öffentlicher Unternehmen werden durch die Volksvertretung kontrolliert werden können.<sup>37</sup> Nicht alle, sondern vielmehr die zentralen Angelegenheiten unterliegen einer Überwachung durch die Gemeindevertretung, so dass die

---

<sup>34</sup> Vgl. Brenner: Gesellschaftsrechtliche Ingerenzmöglichkeiten von Kommunen auf privatrechtlich ausgestaltete kommunale Unternehmen, AöR, Band 127 (2002), S. 222, 232 f.; Danwitz: Vom Verwaltungsprivat- zum Verwaltungsgesellschaftsrecht – Zu Begründung und Reichweite öffentlich-rechtlicher Ingerenzen in der mittelbaren Kommunalverwaltung, AöR 120 (1995), S. 595, 604 ff.

<sup>35</sup> Vgl. Strobel: Verschwiegenheits- und Auskunftspflicht kommunaler Vertreter im Aufsichtsrat öffentlicher Unternehmen, Baden-Baden 2002, S. 111.

<sup>36</sup> Vgl. Rehn/Cronauge/von Lennep/Knirsch, NRWGO, § 113 Nr. VII, S. 14.

<sup>37</sup> Vgl. Knemeyer: Kommunale Steuerung und unternehmerische Freiheit – ein lösbarer Spagat, KommJur 2007, 241, 242; Strobel, a.a.O., S. 147 f.

Überwachung unternehmerischer Handlungen und Entscheidungen, die für die Führung und den Betrieb kommunaler Gesellschaften keine große Bedeutung besitzen, den zuständigen Unternehmensorganen vorbehalten bleiben müssen.<sup>38</sup> Unternehmerische Einzelfallentscheidungen unterliegen nur dann der Kontrolle durch die Gemeindevertretung, wenn die Kenntnis für die vorzunehmende Richtungskontrolle erforderlich und unverzichtbar ist oder es sich um Einzelfallentscheidungen von erheblicher Bedeutung für die Führung und den Betrieb des kommunalen Unternehmens handelt.<sup>39</sup>

Bei dieser Abgrenzung ist zu bedenken, dass die erhöhte Handlungsfähigkeit und die Autonomie einer Gesellschaft auch maßgebliche Gründe für die Ausgliederung bzw. Umwandlung in eine privatrechtliche Gesellschaft waren.

Bezüglich des Gesellschaftsrechtes ist festzuhalten, dass keine zwingenden Regelungen dem Auskunftsanspruch der Gemeindevertreterinnen und -vertreter entgegenstehen, wobei dies für die Vertreterinnen und Vertreter in der Gesellschafter- bzw. Hauptversammlung bereits dargelegt wurde. Hier erfolgen die Interessenvertretung und die Informationsweitergabe bei mittelbaren Beteiligungen über die jeweiligen gesetzlichen Vertreter.

Dies gilt – wie bereits dargelegt – ebenfalls für Mitglieder fakultativer Aufsichtsräte. Hier sollte eine Abbedingung der Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder des § 116 i. V. m. § 93 AktG gegenüber der Gemeinde im Gesellschaftsvertrag erfolgen. Etwas anderes gilt bei der AG und der mitbestimmten GmbH, denn hier kann keine Abbedingung der Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder des § 116 i. V. m. § 93 AktG erfolgen. Jedoch finden hier die §§ 394, 395 AktG Anwendung.

Für *Aufsichtsratsmitglieder der AG* gelten die aktienrechtlichen Sondervorschriften bei Beteiligung von Gebietskörperschaften (§§ 394, 395 AktG)<sup>40</sup>, welche den zwi-

---

<sup>38</sup> Vgl. Spannowsky: Die Verantwortung der öffentlichen Hand für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben und die Reichweite ihrer Einwirkungspflichten auf Beteiligungsunternehmen, DVBl. 1992, 1072, 1074; Knemeyer, a.a.O., 242.

<sup>39</sup> Ebenda.

<sup>40</sup> „§ 394 Berichte der Aufsichtsratsmitglieder: Aufsichtsratsmitglieder, die auf Veranlassung einer Gebietskörperschaft in den Aufsichtsrat gewählt oder entsandt worden sind, unterliegen hinsichtlich der Berichte, die sie der Gebietskörperschaft zu erstatten haben, keiner Verschwiegenheitspflicht. Für vertrauliche Angaben und

schen der aktienrechtlichen Verschwiegenheitspflicht und der kommunalrechtlichen Auskunftspflicht bestehenden Pflichtenkonflikt für die von den Gemeinden entsandten oder gewählten Aufsichtsratsmitglieder einer AG und einer mitbestimmten GmbH in der Art lösen, dass diese geheimhaltungsbedürftige und vertrauliche Unternehmensinformationen im Sinne des § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG an den seinerseits zur Verschwiegenheit verpflichteten Kreis verwaltungsbetrauter und prüfungsbetrauter Personen weitergeben dürfen.

Die gesetzlich normierte Berichtspflicht<sup>41</sup> folgt bereits aus der kommunalverfassungsrechtlichen Kontrollpflicht, welche die Gemeindevertreterinnen und -vertreter zu einer Richtungskontrolle der formell verselbständigten, jedoch materiell-rechtlich als Teil der Gemeindeverwaltung zu qualifizierenden gemeindlichen Unternehmen berechtigt und verpflichtet. Dabei sind die Gemeindevertreterinnen und -vertreter zu den Personen zu zählen, welche damit betraut sind, für eine Gebietskörperschaft die Gesellschaft zu prüfen und gehören somit zu dem in § 395 Abs. 1 AktG abschließenden genannten Personenkreis der Berichtsempfänger.<sup>42</sup> Voraussetzung für die Entgegennahme der Berichte der von den Gemeinden entsandten oder gewählten Mitglieder in den Aufsichtsrat einer AG bzw. GmbH ist die Abhaltung einer nichtöffentlichen Sitzung, da die Verschwiegenheitspflicht gerade nicht aufgehoben, sondern nur an die Gemeindevertreterinnen und -vertreter weitergegeben wurde, was durch die Öffentlichkeit der Sitzung gerade nicht erfüllt wäre.

---

Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, gilt dies nicht, wenn ihre Kenntnis für die Zwecke der Berichte nicht von Bedeutung ist.“

„§ 395 Verschwiegenheitspflicht: (1) Personen, die damit betraut sind, die Beteiligungen einer Gebietskörperschaft zu verwalten oder für eine Gebietskörperschaft die Gesellschaft, die Betätigung der Gebietskörperschaft als Aktionär oder die Tätigkeit der auf Veranlassung der Gebietskörperschaft gewählten oder entsandten Aufsichtsratsmitglieder zu prüfen, haben über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, die ihnen aus Berichten nach § 394 bekanntgeworden sind, Stillschweigen zu bewahren; dies gilt nicht für Mitteilungen im dienstlichen Verkehr.

(2) Bei der Veröffentlichung von Prüfungsergebnissen dürfen vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, nicht veröffentlicht werden.“

<sup>41</sup> Der Gesetzgeber hat im Referenten- und im Regierungsentwurf (BT-Drs. 17/8989) der Aktienrechtsnovelle 2011/2012 vorgeschlagen, dass die Berichtspflicht auch auf Gesetz oder Rechtsgeschäft beruhen kann. Der neue § 394 Satz 3 AktG-E soll der Klarstellung dienen, dass eine Berichtspflicht eines Aufsichtsratsmitglieds gegenüber der Gebietskörperschaft auch auf Rechtsgeschäft beruhen kann, d. h. im Rahmen einer vertraglichen Vereinbarung, eines Auftrags oder einer Nebenabrede mit der Gebietskörperschaft. Eine besondere Form ist nicht erforderlich. Der neue § 394 Satz 3 AktG-E spricht ganz allgemein von „Rechtsgeschäft“, um alle denkbaren Varianten abzudecken. Eine gesetzliche Berichtspflicht kann unter anderem als Nebenpflicht aus einem Beamtenverhältnis resultieren. Die Berichtspflicht aufgrund eines Beamtenverhältnisses wurde in der Literatur bisher als unzureichend abgelehnt, jetzt wird diese als geeignet anzusehen sein; [http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RegE\\_Aktienrechtsnovelle.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RegE_Aktienrechtsnovelle.pdf?__blob=publicationFile), abgerufen am 23.05.2012.

<sup>42</sup> Meier/Wieseler: Ausgewählte Problembereiche bei kommunal beherrschten Unternehmen in privatrechtlicher Organisationsform GmbH 1993, 174, 176, m. w. N.

Die Aufrechterhaltung des Geheimschutzes im Sinne der §§ 116, 93 Abs. 1 Satz 3 AktG muss dabei gewahrt bleiben, da diese ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 394 Satz 1 AktG ist.<sup>43</sup> Da die Schweigepflicht durch die Sondervorschriften nicht durchbrochen, sondern auf den in § 395 Abs. 1 HS. 1 AktG abschließend bestimmten Kreis der Berichtsempfänger verlagert wird, müssen die geheimhaltungsbedürftigen und vertraulichen Informationen von den Berichtsadressaten vertraulich behandelt werden.<sup>44</sup> Ich weise ausdrücklich auf die strafrechtlichen und zivilrechtlichen Konsequenzen einer Veröffentlichung vertraulicher Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft außerhalb der Gemeinde hin.<sup>45</sup> Aufgrund dieser bestehenden Gewährleistungspflicht des Geheimschutzes durch die Berichtsadressaten wird im überwiegenden Teil des Schrifttums<sup>46</sup> argumentiert, dass die Weitergabe von Geheimnissen und vertraulichen Angaben im Sinne des § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG an die Volksvertreter als unzulässig anzusehen sei, da diese den Geheimschutz eben nicht garantieren könnten. Da die Gemeindevertreterinnen und -vertreter aufgrund der Regelungen in der Gemeindeordnung gem. § 21 GO bei in nichtöffentlicher Sitzung beratener Sachverhalte selbst der Verschwiegenheit unterliegen, bleibt durch die Nichtöffentlichkeit der Gemeinderatssitzungen der aktienrechtliche Geheimschutz aufgrund der tatsächlichen Nichtveröffentlichung jedoch grundsätzlich gewahrt.<sup>47</sup>

Zur Ausübung der Richtungskontrolle über die kommunalen Gesellschaften kann die Gemeindevertretung von den Aufsichtsratsmitgliedern verlangen, den Gemeindevertreterinnen und -vertretern schriftliche und mündliche Fragen zu beantworten und Einsichtnahme in die Akten zu gewähren. Bezüglich der Unterrichtungspflicht der Aufsichtsratsmitglieder sollten gemeindeinternen Regelungen getroffen werden, die einerseits diese Pflicht auf einen Personenkreis – z. B. den Aufsichtsratsvorsitzenden – einschränken und andererseits die wichtigen Angelegenheiten definieren. Wichtige Angelegenheiten sind demnach nicht Dinge, die bereits im Wirtschaftsplan verankert

<sup>43</sup> Schmidt-Aßmann/Ulmer, a.a.O., S. 9.

<sup>44</sup> Hüffer, a.a.O., § 395 Rn. 43, m. w. N.

<sup>45</sup> Verletzung der Pflicht zur Verschwiegenheit begründet Schadensersatzpflicht nach § 93 II AktG und ist gem. § 404 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 AktG strafbar; mit Geldbuße und mit Freiheitsstrafe von bis zu 3 Jahren.

<sup>46</sup> Hüffer, a.a.O., § 394 Rn. 43, m. w. N.; Lutter/Krieger: Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates, 5. Auflage, Köln 2008, S. 493, Rn. 1431; Schmidt-Aßmann/Ulmer, a.a.O., S. 22; Treder: Weisungsgebundenheit und Verschwiegenheitspflicht eines von der Gemeinde entsandten Aufsichtsratsmitgliedes in den Aufsichtsrat einer der Gemeinde gehörenden GmbH, GemH 1986, 145, 147; Möller, a.a.O. S. 160, m. w. N.

<sup>47</sup> Vgl Beckmann: Dürfen Ratsherrn alles wissen? – Betrachtungen zur „Kontrolle der Verwaltung“ und zur Akteneinsicht, DVP 1998, 239, 245, m. w. N.

oder die bereits durch die gesetzliche Vertreterin oder den gesetzlichen Vertreter der Gemeindevertretung bekannt gemacht worden sind. Hingegen sind erhebliche Abweichungen vom Wirtschaftsplan – insbesondere Ergebnisverschlechterungen – wichtige Angelegenheiten. Hier sei angemerkt, dass bei einem funktionsfähigen Beteiligungsmanagement und einer klaren Aufgabentrennung zwischen dem Haupt- und Ehrenamt und der Gesellschafter- bzw. Hauptversammlung und dem Aufsichtsrat bereits eine sachgerechte Information der Gemeindevertretung über die gesetzliche Vertreterin oder den gesetzlichen Vertreter in der Gesellschafterversammlung erfolgen kann.

Für die Mitglieder eines *obligatorischen Aufsichtsrates einer GmbH* ergibt sich aus den Mitbestimmungsgesetzen<sup>48</sup> ausdrücklich eine entsprechende Anwendung der Verschwiegenheitsnormen §§ 116, 93 Abs. 1 Satz 3 AktG. Daraus folgt, dass auch die §§ 394, 395 AktG trotz ihres Fehlens in den entsprechenden Verweisungskatalogen mit anzuwenden sind, denn die Verweisungen auf die Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats schließen auch die Verschwiegenheitspflicht nach §§ 116, 93 Abs. 1 Satz 3 AktG ein, daher muss sie folglich auch für die Modifikation dieser Vorschriften durch §§ 394, 395 AktG gelten.<sup>49</sup>

Für die Mitglieder eines *fakultativen Aufsichtsrates einer GmbH* gemäß § 52 GmbHG gibt es im GmbHG keine dem AktG vergleichbaren Sondervorschriften bezüglich der Verschwiegenheitspflicht, so dass hier eine analoge Anwendung der aktienrechtlichen Bestimmungen notwendig wäre, wenn keine Abbedingung der Verschwiegenheitspflicht im Gesellschaftsvertrag geregelt ist. Sind im Gesellschaftsvertrag keine näheren Bestimmungen zu den Rechten und Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder getroffen, so folgt aus § 52 Abs. 1 GmbHG eine entsprechende Anwendung der die Verschwiegenheitspflicht begründenden §§ 116, 93 Abs. 1 Satz 3 AktG. Daraus ergibt sich auch beim fakultativen Aufsichtsrat, dass die §§ 394, 395 AktG trotz ihres Fehlens in dem entsprechenden Verweisungskatalog des § 52 GmbHG mit anzuwenden sind, denn die Verweisung auf die Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats schließt auch die Verschwiegenheitspflicht nach §§ 116, 93 Abs. 1 Satz 3 AktG mit

---

<sup>48</sup> § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, §§ 6 Abs. 2, 25 MitbestG, § 3 des Montan-MitbestG.

<sup>49</sup> Kropff in: Münchener Kommentar zum AktG, 2. Aufl., München 2006, § 395, Rn. 10.; Engelstätter: Verschwiegenheitspflicht der Rechnungsprüfungsbehörden bei Prüfung kommunaler Unternehmen, NordÖR 2003, 98, 99 f.; Müller-Michaels in: Hölterers in Kommentar zum AktG, 1. Aufl., München 2011, § 394, Rn. 13 m. w. N.

ein. Daher muss sie folglich auch für die Modifikation dieser Vorschriften durch §§ 394, 395 gelten.<sup>50</sup>

#### **4. Anzeige bei der Kommunalaufsichtsbehörde**

Nach § 108 GO muss die Gemeinde der zuständigen Kommunalaufsichtsbehörde die geplante wirtschaftliche Transaktion nun spätestens sechs Wochen vor der Beschlussfassung der Gemeindevertretung oder des Hauptausschusses anzeigen. Die Entscheidung der Gemeinde wird erst wirksam, wenn die Kommunalaufsichtsbehörde nicht innerhalb von sechs Wochen nach Eingang der Beschlussfassung wegen Verletzung von Rechtsvorschriften widerspricht oder vor Ablauf der Frist erklärt, dass sie nicht widersprechen wird.

Dadurch soll eine frühestmögliche Vorabprüfung ermöglicht und folglich die rechtsaufsichtliche Beratungsmöglichkeit der Kommunalaufsichtsbehörde erhöht werden.

Bei der sofortigen Übersendung der Beschlussfassung muss auf die ggf. erfolgten Änderungen im Beschlussfassungsverfahren – in Bezug zur Vorabanzeige – hingewiesen und diese erläutert werden.

Die im Ausführungserlass aufgezeigten gesellschaftsvertraglich festzuschreibenden Regelungen sind in dem anliegenden Mustergesellschaftsvertrag bei Beteiligungen der Gemeinden dargestellt. Ich empfehle ausdrücklich die Anwendung!

---

<sup>50</sup> Ebenda.