

„Bürgerantrag“ gem § 24 GO-NRW

Problembeschreibung:

Verwaltungsreformen und Privatisierungen haben die Struktur der kommunalen Verwaltung stark verändert. Als Ergebnis der Verwaltungsmodernisierung wurden ehemalige Bestandteile der Verwaltung (z.B. ZBH, Stadtwerke) verselbständigt, in unterschiedlichen Betriebsformen ausgelagert, teils als Eigenbetriebe oder sie wurden formal privatisiert (GmbH). Die vormals einheitliche Struktur einer Kommunalverwaltung hat sich aufgelöst in viele unterschiedlich organisierte Teilbereiche.

Für die problematisch gewordene Steuerung dieser neuen konzernähnlichen Gesamtheit aus Kernverwaltung und städtischen Betrieben braucht der Rat systematische Informationen um Eingriffsmöglichkeiten wahrnehmen zu können, d.h. es bedarf eines effektiven Beteiligungscontrollings. Faktisch ausgeübt wird das Steuerungsrecht zunächst durch die Gestaltung der Gesellschaftssatzungen sowie im laufenden Betrieb durch Erteilung von Weisungen an die vom Rat entsandten Mitglieder in Werksausschüssen und Aufsichtsräten, denen gegenüber letztlich auch Abberufungsrechte des Rates bestehen.

Mit Blick auf diese veränderten Organisationsstrukturen der Stadt Herten („Konzern Stadt“) aber auch aus wiederholt gegebenem Anlass betrachten wir eine Neuorganisation dieses Bereiches als dringend geboten.

 OV - Herten Roland Kerutt Uferstr. 33 45699 Herten R.Kerutt@Pro-Herten.de (02366) 885746	Transparenz Verkehr Industrie Emission Joachim Jürgens Schützenstr. 84 45699 Herten J.Juergens@Pro-Herten.de (02366) - 37653	GESCHICHTE Lokalpolitik Hans H.Holland Feldstr. 160 45699 Herten H.Holland@Pro-Herten.de (02366) 54316	 Herbert Beste (02366) 41598 Reinhard Bömke www.nabu-herten.de (0209) 620773	Soziale Stadt- entwicklung Manfred M. Schwirske Wiesenstr. 18 45699 Herten M.Schwirske@Pro-Herten.de (02366) 39742
---	--	--	---	---

Aktualität erhält der Antrag im Zusammenhang mit der Neugründung von Tochterunternehmen der Stadtwerke Herten GmbH, nämlich in den Bereichen Wasserstofftechnologie sowie Bäder.

Daher ersucht Pro-Herten den Rat der Stadt Herten, folgenden Antrag zu beraten:

Beschlussvorschlag:

Der Rat der Stadt Herten

- ruft seine verfassungsrechtliche Aufgabe in Erinnerung:

Der Rat ist Ort aller wesentlichen die kommunalen Angelegenheiten betreffenden Entscheidungen.

- stellt fest:

Die Steuerung der Gesamtverwaltung obliegt allein dem Rat als Entscheidungsorgan der kommunalen Selbstverwaltung.

- nimmt die folgenden Sachverhalte zur Kenntnis:

- **Die verselbständigten städtischen Teilbereiche erfüllen wichtige Aufgaben im Rahmen der kommunalen Selbstverwaltung. Die Bindung an den durch den Rat repräsentierten demokratischen Bürgerwillen wird von ihrer jeweiligen privaten oder öffentlich-rechtlichen Betriebsform nicht aufgehoben.**
- **Der fortgeschrittene Umbau der Verwaltung erfordert eine angemessene, differenzierte Beteiligungsorganisation, die den Rat in Stand setzt, seiner ihm durch Verfassung und Wählerauftrag zukommenden Rolle der Kontrolle und Steuerung der formal verselbständigten Verwaltungsaufgaben nachzukommen.**

- beauftragt demzufolge die Verwaltung:

- 1. sicherzustellen, dass alle wesentlichen Angelegenheiten in den formal ausgegliederten Bereichen Gegenstand einer Beratung und Beschlussfassung zum Zwecke von Planung, Kontrolle und Steuerung im Rat werden können,**

- 2. zu diesem Zwecke zu veranlassen, dass ein zeitnahe und lückenloser Informationsfluss für den Rat gewährleistet ist,**
- 3. Voraussetzungen zu schaffen, dass die Gesichtspunkte Transparenz und Bürgernähe auch für die dezentralisierten Verwaltungsbereiche Geltung behalten,**
- 4. organisatorisch Sorge zu tragen, dass den Gefahren von Ämterpatronage und Korruption ausreichend vorgebeugt werden kann,**
- 5. ein Konzept für eine Beteiligungsorganisation zu erarbeiten, welches allen genannten Gesichtspunkten Rechnung trägt.**

Begründung:

A. Steuerung in Richtung Gemeinwohl

Am 17. Mai 2003 hielt Bundespräsident Rau vor dem Deutschen Städtetag eine Rede. Zitat aus dieser Rede:

„In die gleiche Richtung wie die marktschaffende Tätigkeit der Europäischen Union weisen auch manche Wirtschafts- und Managementlehren. Sie empfehlen, möglichst viele bislang öffentlich erbrachte Leistungen auszugliedern und zu privatisieren, um hernach nur noch per "Beteiligungscontrolling" die Leistungen der Daseinsvorsorge zu überwachen und zu steuern. Es fragt sich nur, wie gut die Repräsentanten der örtlichen Gemeinschaft dann überhaupt noch in Richtung Gemeinwohl steuern können.

Wohlgemerkt: Die kommunale Daseinsvorsorge soll effizient, kostenbewusst und wettbewerbsfähig sein. Sie soll darüber aber nicht ihr Proprium verlieren: den Blick für das Ganze, für das Gemeinwohl der örtlichen Gemeinschaft. An diesem übergeordneten Ziel muss sie ausgerichtet bleiben; dafür müssen die Kommunalvertretungen sorgen können; dafür müssen sie demokratisch verantwortlich bleiben. Sonst geht es ihnen irgendwann wie der Regierung des Kaisers in Goethes Faust, von der es heißt: "Wir haben so viel Rechte hingegeben / Dass uns auf nichts ein Recht mehr übrig bleibt."

B. Das Instrument des Beteiligungscontrolling

Wesentliche Aufgabe des Rates ist die Kontrolle der Verwaltung. Der Rat (die Ratsmitglieder) erhält das Mandat durch den Bürger, der letztendlich durch die kommunalen Wahlvorgänge die Verwirklichung des Bürgerwillens kontrolliert. Alle wesentlichen Vorgänge der kommunalen Verwaltung sollen schließlich auch öffentlich beurteilt werden können.

Mit zunehmender Dezentralisierung der Aufgabenwahrnehmung in der Verwaltung, insbesondere infolge von Ausgründungen und Überleitung in

privatrechtliche Betriebsformen verlieren Rat und Verwaltung zunächst Informationen und Steuerungsmöglichkeiten an die Teilbereiche.

Daher entsteht die Notwendigkeit, über ein Instrument zu verfügen, welches Information und Steuerung in den Rat zurückholt, d.h. ein Beteiligungscontrolling.

Das Beteiligungscontrolling soll der Stadtverwaltung, das sind Rat und Verwaltung, frühzeitig alle steuerungsrelevanten Informationen zur Verfügung stellen. Hierzu müssen die wichtigsten Vorgänge und Ergebnisse der Unternehmen - Eigengesellschaften und Eigenbetriebe der Stadt - ausgewertet und zur Vorbereitung der notwendigen Entscheidungen verdichtet werden; mögliche Alternativen sind aufzuzeigen, das Für und Wider bestimmter Entscheidungsmöglichkeiten ist darzustellen. (s. Z.B. Internetinformation der Stadt Hoyerswerda).

(Informationen auch unter¹; weitergehende Informationen und Literatur im Internet² bzw. kommunale Beteiligungsverwaltung / Beteiligungsorganisation / Beteiligungscontrolling unter KGSt³).

C. Rechtliche Grundlagen

Bezüglich der rechtlichen Grundlage verweisen wir auf

1. die Gemeindeordnung NRW, insbesondere § 40ff und 107ff, sowie
2. den Aufsatz: "Gesellschaftsrechtliche Bindungen für entsandte Aufsichtsratsmitglieder in öffentlichen Unternehmen" Professor Dr. Hans-Peter Schwintowski, Berlin, NJW 1995, 1316 (als Anlage zum Bürgerantrag beigefügt).

Für Pro-Herten gez.
Herbert Beste;
Reinhard Bömke
Beate Breitwieser Goldmann
Hans Heinrich Holland
Joachim Jürgens
Norbert Müller
Manfred Schwirske

Das Dokument wurde elektronisch erstellt und versandt, die Unterschriften gelten als gegeben

¹ <http://www.pro-herten.de>

² <http://www.beteiligungs-controlling.de/Veroffentlichungen/veroffentlichungen.html>

³ http://www.kgst.de/menu_links/produkte/arbeitsergebnisse_nach_jahrgaengen/index.html)

Anlage: (Abschrift, gescannt, ohne gewähr, Original unter: NJW 1995, 1316)

Gesellschaftsrechtliche Bindungen für entsandte Aufsichtsratsmitglieder in öffentlichen Unternehmen

Professor Dr. Hans-Peter Schwintowski, Berlin

Zur Entlastung der öffentlichen Haushalte werden kommunale Einrichtungen zunehmend privatisiert. Die Kommunen entsenden regelmäßig Vertreter in den Aufsichtsrat des geschaffenen öffentlichen Unternehmens. Die Kommunalpolitiker gehen meist wie selbstverständlich davon aus, dass sie bei den privaten Gesellschaften gleiche Gestaltungs- und Einwirkungsrechte haben, wie gegenüber der öffentlichen Verwaltung. Der Beitrag zeigt, dass dies nicht der Fall ist und diskutiert die Gründe für den notwendigen "Vorrang des Gesellschaftsrechts". Gleichzeitig werden Wege gewiesen, diesen Vorrang zu überwinden.

Konflikt

Die öffentliche Hand kann sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach allgemeiner Meinung der Rechtsformen des privaten Gesellschaftsrechts bedienen, wo dies nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist. Man schätzt, daß etwa 40 % der kommunalen Wirtschaftsbetriebe in Form des privaten Gesellschaftsrechts, vor allem als AG und als GmbH betrieben werden. Vielfach werden öffentliche Unternehmen als hundertprozentige Töchter der Kommunen betrieben. Aber auch Mehrheitsbeteiligungen, die unternehmerischen Einfluß gewähren, sind durchaus üblich. Der BGH hat im Veba-Fall entschieden, daß bereits eine 43,74%ige Beteiligung des Bundes genügen kann, um herrschendes Unternehmen im Sinne des Konzernrechts zu sein. Daneben stehen kommunale Gemeinschaftsunternehmen, mit deren Hilfe verschiedene Kommunen z.B. versuchen, eine öffentliche Aufgabe gemeinschaftlich zu lösen. Im Vordergrund steht gewöhnlich die Erfüllung wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Staatsaufgaben, ohne daß ein fester Aufgabenkatalog oder eine Schwerpunktbildung nachzuweisen wären. Regelmäßig stehen ökonomische Erwägungen hinter der Entscheidung, Staatsaufgaben in den Organisationsformen des Privatrechts zu erfüllen. Es geht etwa darum, die Haftung zu begrenzen, haushaltsrechtliche Bindungen aufzulockern oder Personalbeschaffung und Personalaustausch zu erleichtern. Die Rechtsgrundlage für die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen ergibt sich gewöhnlich aus den Gemeindeordnungen oder den Landeshaushaltsordnungen. Danach dürfen Kommunen im Rahmen der ihnen zugewiesenen öffentlichen Aufgaben wirtschaftliche Tätigkeiten entfalten.

Die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe können die Kommunen, nach einer in Rechtsprechung und Literatur inzwischen herrschend gewordenen Standardformel, nach ihrer "freien Wahl öffentlichrechtlich oder privatrechtlich ausgestalten". Typischerweise enthalten allerdings die Gemeinde- oder Landeshaushaltsordnungen eine Effizienzregel, wonach die Kommune die Erfüllung öffentlicher Aufgaben in Privatrechtsform nur dann erfüllen darf, wenn "der angestrebte Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise" zu erreichen ist. Klassische Konfliktsituationen entstehen immer dann, wenn die Interessen der jeweiligen Gesellschaft in Privatrechtsform von den Interessen der öffentlichrechtlichen Gemeinde oder eines Teils von ihr (Magistrat/Stadtverordnetenversammlung) ganz oder teilweise abweichen. So verlangten insbesondere Fraktionen oder einzelne Gemeindemitglieder unter Berufung auf § 394 AktG, daß auf Veranlassung der Gemeinde entsandte Aufsichtsratsmitglieder dem Rat über die aus ihrer Aufsichtsrats Tätigkeit erlangten, geheimnisbedürftigen Informationen Bericht zu erstatten hätten. Gelegentlich tragen auch überstimmte und/oder politisch enttäuschte Aufsichtsratsmitglieder vertrauliche Tatsachen aus den von ihnen kontrollierten Unternehmen unter Berufung auf ihr politisches Mandat in die (Medien-)Öffentlichkeit. Ganz allgemein spielt in der Praxis die Frage eine erhebliche Rolle, ob die in den Aufsichtsrat entsandten Aufsichtsratsmitglieder weisungsgebunden sind. Häufig geht es darum, durch gemeindliche Weisungsrechte die Geschäftspolitik des Unternehmens grundlegend zu beeinflussen.

Das kann entweder durch Weisungen im Vorfeld zu treffender Grundentscheidungen geschehen, oder durch Weisungen zur Rückgängigmachung bereits getroffener Beschlüsse im Unternehmen. Konflikte entstehen sowohl auf der Ebene von Personal-Fragen als auch auf der Ebene von Sachentscheidungen. Letztlich geht es um die Durchsetzung und Wahrung der Gesellschaftsinteressen auf der einen Seite gegenüber dem legitimen öffentlichrechtlichen Interesse der die Aufsichtsratsmitglieder entsendenden Gemeinde.

Konfliktlösung durch gemeindliche Weisungsrechte?

Rechtsgrundlagen für Weisungsrechte

Weisungsrechte der Gemeinde könnten zum Gleichlauf der Willensbildung in der Gemeinde und in der jeweiligen Kapitalgesellschaft führen. Solche Weisungsrechte bestanden früher, etwa in den §§ 100, 101 Preußisches Gemeindefinanzierungsgesetz. Ein ähnliches Weisungsrecht enthielt § 70 II Deutsche Gemeindeordnung (DGO). Hiernach wurde die Möglichkeit eines Weisungsrechts gegenüber den entsandten Aufsichtsratsmitgliedern abweichend vom allgemeinen Aktienrecht diskutiert. Jedoch ist durch die Aktienrechtsnovelle 1965 diese Diskussion beendet worden. Nach heute ganz herrschender Meinung ist für ein Weisungsrecht entsendungsberechtigter Gesellschafter, auch solcher aus dem Kreis der Gebietskörperschaften, gegenüber den von ihnen entsandten Aufsichtsratsmitgliedern, jedenfalls nach § 70 DGO kein Raum mehr. Weisungsrechte ergeben sich auch nicht aus den auf Rechnungsprüfung ausgerichteten Normen des Haushalts

grundsätzegesetzes (vgl. §§ 44, 53, 54), ebensowenig wie aus der Bundshaushaltsordnung (§§ 65, 92, 104). Insbesondere § 44 Haushaltsgrundsätzegesetz stellt klar, daß der Rechnungshof unter Beachtung kaufmännischer Grundsätze prüft. Allerdings sollen die Gemeinden regelmäßig darauf hinwirken, daß die von ihnen entsandten Aufsichtsratsmitglieder bei ihrer Tätigkeit auch die besonderen Interessen der jeweiligen Gemeinde berücksichtigen. Ein Weisungsrecht im formellen Sinne ist dies nicht. Gemeindliche Weisungsrechte ergeben sich aber im allgemeinen aus den Gemeindeordnungen der Länder 14 oder aus den Landeshaushaltsordnungen, oft ergänzt um die Einschränkung, "soweit die Gesetze nichts anderes bestimmen".

Art. 31 GG: Bundesrecht bricht Landesrecht

In all diesen Fällen handelt es sich um öffentlichrechtliche Organisationsregeln. Sie sichern, durch Schaffung einer Entscheidungshierarchie, die Organisationsstruktur der Gemeinde. Diese Erkenntnis ist nicht ganz unwichtig, denn sie belegt, daß es sich durchweg um öffentlichrechtliche Weisungsrechte handelt. Für Weisungsrechte dieser Art enthält Art. 31 GG eine Vorrangregel mit dem Inhalt: Bundesrecht bricht Landesrecht. Daraus folgt, daß Landeshaushaltsordnungen ebensowenig wie Landesverfassungen das bundesrechtliche Aktien- und GmbH-Gesetz ändern können. Das gilt auch soweit die jeweiligen Vorschriften der Landeshaushaltsordnung so ausgestaltet sind, daß die von der Gemeinde entsandten Aufsichtsratsmitglieder auch die besonderen Interessen der Gemeinde zu berücksichtigen haben.

Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates nach GmbH- und Aktiengesetz

Entscheidend kommt es also darauf an, wie sich die Pflichtenstellung der Aufsichtsratsmitglieder nach dem GmbH-Recht und dem Aktienrecht gestaltet. Denn dies sind die Rechtsmaterien, die den Rahmen für die Tätigkeit der entsandten Aufsichtsratsmitglieder bilden. Maßgeblich ergeben sich die Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats aus den §§ 95 bis 116 AktG. Auf einen wesentlichen Teil dieser Normen verweist § 52 GmbHG für den Fall, daß nach dem Gesellschaftsvertrag einer GmbH ein Aufsichtsrat zu bestellen ist. Nach § 111 AktG hat der Aufsichtsrat die Geschäftsführung zu überwachen. Zu diesem Zweck kann er die Bücher und Schriften der Gesellschaft sowie die Vermögensgegenstände, namentlich die Gesellschaftskasse und die Bestände an Wertpapieren

und Waren, einsehen und prüfen. Er kann damit auch einzelne Mitglieder oder für bestimmte Aufgaben besondere Sachverständige beauftragen (§ 111 II AktG). Maßnahmen der Geschäftsführung können dem Aufsichtsrat nicht übertragen werden. Die Satzung oder der Aufsichtsrat kann aber bestimmen, daß bestimmte Arten von Geschäften nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürfen (§ 111 IV AktG). Die Aufsichtsratsmitglieder können ihre Aufgaben nicht durch andere wahrnehmen lassen (§ 111 V AktG). Für die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder gilt § 93 AktG über die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder sinngemäß (§ 116 AktG). Diese, den Aufgabenkreis und die Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern konkretisierenden Normen, gelten nach § 52 I GmbH im fakultativen Aufsichtsrat gleichermaßen.

Hierneben sind in § 394 AktG Offenbarungsrechte für diejenigen Aufsichtsratsmitglieder vorgesehen, deren Mitgliedschaft im Aufsichtsrat von einer Gebietskörperschaft veranlaßt wurde. Sofern eine gesetzliche Berichtspflicht gegenüber der Gebietskörperschaft besteht, dürfen die Personen, denen gegenüber berichtet wird, vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft nicht weitergeben (§ 395 AktG). Berichtspflichten dieser Art begründen keine Weisungsrechte, sondern sind Ausdruck eines legitimen Kontrollbedürfnisses der entsendenden Gebietskörperschaft über Vorgänge im Kontrollorgan des eigenen Unternehmens .

Der Aufsichtsrat als funktional unabhängiges Kontrollorgan

Der Gesetzgeber hat also den Aufsichtsrat als selbständiges und selbstverantwortliches (§§ 116, 93 AktG) Kontrollorgan gegenüber Vorstand oder Geschäftsführung geschaffen. Eine solche Kontrollfunktion verträgt keine Einflußnahme von außen. Ein Aufsichtsrat, der bei der Kontrolle der Geschäftsführung zugleich gesellschaftsfremde Interessen mit zu berücksichtigen hat, kann seine Kontrollfunktion nicht mehr wirklich ausüben. Das hängt damit zusammen, daß Drittinteressen gegenüber Gesellschaftsinteressen abzuwägen sind und sich möglicherweise diesen gegenüber durchsetzen könnten. Kontrolle der Geschäftsführung ist aber sachlogisch davon abhängig, daß das Kontrollorgan selbst keinen Dritteinflüssen ausgesetzt, sondern allein dem Gesellschaftsinteresse verpflichtet ist. Die dem Aufsichtsrat als Kontrollorgan zugewiesene Aufgabe impliziert also zugleich seine Unabhängigkeit. Seine Weisungsfreiheit ergibt sich somit aus der Funktion des Kontrollbegriffs in § 111 AktG, der auch für die GmbH gilt, unmittelbar.

Konfliktlösung durch Vorrang des Gesellschaftsrechts

Deshalb kann es nicht verwundern, daß der BGH in einer ersten Grundentscheidung vom 29. 1. 1962 genau in diesem Sinne entschied . In jenem Fall ging es um ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen (EVU), an dem eine Stadt rund 73 % der Stammaktien und sämtliche Vorzugsaktien hielt. Die Stadt hatte in den Aufsichtsrat den Bürgermeister und den Finanzsenator entsandt. Diese hatten dafür gesorgt, daß eine Tarifierhöhung gegenüber der Bürgerschaft nur unter der Bedingung zustandekam, daß der Vorstand seinen Dividendenvorschlag von 9 % auf 7 % ermäßigte. Wegen dieser Vorfälle gab es bei der Entlastung des Aufsichtsrates Streit. Die mehrheitsbeteiligte Stadt meinte, bei der Entlastung der entsandten Aufsichtsratsmitglieder mitstimmen zu dürfen. Die Minderheit vertrat die Gegenauffassung. Der BGH bekräftigte das Recht der mehrheitsbeteiligten Stadt auf Entlastung der eigenen Aufsichtsratsmitglieder, weil es insoweit gar keinen Interessenkonflikt gäbe. Er führte wörtlich aus:

"Entsante Aufsichtsratsmitglieder haben dieselben Pflichten wie die gewählten Aufsichtsratsmitglieder. Als Angehörige eines Gesellschaftsorgans haben sie den Belangen der Gesellschaft den Vorzug vor denen des Entsendungsberechtigten zu geben und die Interessen der Gesellschaft wahrzunehmen, ohne an Weisungen des Entsendungsberechtigten gebunden zu sein (RG JW 1932, 2279; RGZ 165, 68 (69)) ... Da der Entsante die Interessen der Gesellschaft vor die Interessen des Entsendungsberechtigten zu stellen hat, kann der Entsendungsberechtigte den Entsanten nicht daran hindern, die ihm im Aufsichtsrat obliegenden Aufgaben und damit die Belange der Gesellschaft mit der Sorgfalt eines

ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsmannes, dem die Überwachung und Prüfung eines Unternehmens obliegt, zu wahren. Aus diesem Grunde kann dem Entsendungsberechtigten das Stimmrecht bei der Entlastung des Aufsichtsrats nicht schon deshalb versagt werden, weil er von seinem Entsendungsrecht Gebrauch gemacht hat ... Dabei sei es denkbar, daß der Entsendungsberechtigte gleichwohl Weisungen erteile, und daß der Entsandte den Weisungen nachkomme, obwohl er das nicht dürfe. Aber die Möglichkeit pflichtwidrigen Verhaltens beider kann dem Entsendungsberechtigten für die Abstimmung über die Entlastung des Aufsichtsrats nicht das Stimmrecht nehmen.' In einer weiteren Entscheidung vom 13. 10. 1977 hat der BGH seine Auffassung bekräftigt . Er hat ergänzend erklärt, daß die Schutzregeln des Konzernrechts (§§ 291ff. AktG) gerade deshalb entwickelt wurden, weil das Gesellschaftsinteresse mit dem Aktionärsinteresse nicht in jedem Fall deckungsgleich, aber schützenswert sei . Er hat aber auch klargestellt, daß schon wegen der bundes- und landeshaushaltsrechtlichen Regelungen nur selten ein Gegensatz zwischen öffentlichen und unternehmerischen Belangen bestehen wird. Öffentliche und unternehmerische Belange, staatliche Wirtschafts- und private Unternehmenspolitik, schließen einander regelmäßig nicht aus, sondern decken oder überschneiden sich gewöhnlich. So schließt die Verpflichtung der Gesellschaftsorgane auf das Wohl des Unternehmens es nicht aus, daß sie bei ihren Entscheidungen gesamtwirtschaftliche Gesichtspunkte und das Allgemeinwohl im Rahmen ihrer Verantwortlichkeit und der satzungsmäßigen Unternehmensziele angemessen berücksichtigen .

Das bedeutet: "Jedes Aufsichtsratsmitglied ist berechtigt und sogar verpflichtet, bei seinen Entscheidungen im Unternehmen auch die Interessen der Anteilseigner und damit auch die Interessen der öffentlichen Hand mit zu berücksichtigen.' Dies ist folgerichtig, denn im Schutzziel "Unternehmensinteresse" sind die Interessen der Anteilseigner mit enthalten, so daß es einen materiellen Konflikt zwischen öffentlichem Kommunalrecht und privatem Gesellschaftsrecht im Grunde nicht gibt. Allerdings, und das muß ganz klar gesagt werden, die Einbeziehung öffentlicher Interessen in die Unternehmensinteressen ist allein Sache der entsandten Aufsichtsratsmitglieder. Sie entscheiden eigenverantwortlich, inwieweit das von ihnen zu wahrende Unternehmensinteresse die Mitberücksichtigung öffentlichrechtlicher Ziele zuläßt. Dieser eigenverantwortlichen Kontrollfunktion korrespondiert die persönliche Haftung der Aufsichtsratsmitglieder für Fehlverhalten nach den §§ 116, 93ff. AktG, § 52 GmbHG. Weisungen jedweder Art vertragen sich mit dieser Kontrollfunktion nicht, ganz gleichgültig auf welchen Geschäftsgegenstand und auf welchen Zeitpunkt sie sich beziehen. Konkret bedeutet das, daß Weisungen zur Herbeiführung ganz bestimmter Beschlüsse im Aufsichtsrat ebenso wirkungslos sind, wie Weisungen, mit denen versucht wird, einen im Aufsichtsrat bereits gefaßten Beschluß rückgängig zu machen. Die hierin angelegte Unabhängigkeit des entsandten Aufsichtsratsmitglieds wird in Literatur und Rechtsprechung als Vorrang des Gesellschaftsrechts bezeichnet . Der Vorrang des Gesellschaftsrechts ist, so der BGH ausdrücklich, auch deshalb ein sachgerechtes und unentbehrliches Mittel zur Konfliktlösung, weil sich bei privatwirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand auch für private Aktionäre die Gefahr ergebe, das Interesse der Gesellschaft, und damit ihr eigenes, einem für sie fremden Unternehmensziel aufgeopfert zu sehen .

Ganz hinreichend ist diese Begründung nicht. In vielen Fällen handelt es sich um 100prozentige Töchter der Kommunen. Dann gibt es keine Gefahren für private Anteilseigner. Auch dann, wenn mehrere Kommunen ein Gemeinschaftsunternehmen gründen, geht es immer noch um die Erfüllung öffentlicher Zwecke. Fraglich ist allerdings, ob zwischen den Kommunen Zweckidentität herrscht. Wenn und soweit das nicht der Fall ist, so bestehen die vom BGH beschriebenen Gefahren auch beim öffentlichen Gemeinschaftsunternehmen. Letztlich entscheidend ist aber, daß die Interessen der Gläubiger in jedem Fall in Gefahr sind, auch dann, wenn das öffentliche Unternehmen zu 100 % der Kommune gehört. Gläubiger, die mit einer öffentlichen GmbH beispielsweise einen Energielieferungsvertrag schließen, müssen sich darauf verlassen können, daß die GmbH alles

dafür tut, um ihre Existenz am Markt zu sichern. Nur unter dieser Prämisse sind die Gläubiger bereit, mit der GmbH Verträge zu schließen, ohne diese, etwa durch Bürgschaften, abzuschließen. In vielen öffentlichen Unternehmen wird dieser den Gläubigerschutz im Gesellschaftsrecht bewirkende Grundsatz faktisch durchbrochen. Immer dann, wenn ein öffentliches Unternehmen durch gemeindliche Weisungen für gesellschaftsfremde Zwecke herangezogen wird, sind Gläubigerinteressen berührt. Das gilt etwa dann, wenn die EnergieerzeugungsgmbH zur Mitfinanzierung des gemeindlichen Straßenbaus, der Schulen oder der Schwimmhallen angewiesen wird. In diesen Fällen der Verwässerung des Gläubigerschutzes bestünde jedenfalls die vom BGH oben beschriebene Gefahr, daß das Interesse der Gesellschaft einem für sie fremden Unternehmensziel aufgeopfert würde.

Schließlich hat der BGH die Unabhängigkeit des Aufsichtsratsmitglieds auch und sogar gegenüber dem Gesellschaftsinteresse ausgesprochen und ein "gesellschaftsrechtliches Verhältnismäßigkeitsprinzip" entwickelt

. In Ausnahmefällen könne die Information der Öffentlichkeit über Interna des Unternehmens durch ein Aufsichtsratsmitglied und politischen Mandatsträger im Interesse des Unternehmens erforderlich sein. In solchen Fällen gebiete es die Kontrollfunktion des Aufsichtsrats, nach Ausschöpfung aller milderer Mittel unter Umständen als ultima ratio mit Informationen an die Öffentlichkeit zu gehen, die sonst der Verschwiegenheitspflicht unterliegen. Diese am Unternehmensinteresse entwickelten Grundsätze korrespondieren mit einer Entscheidung, mit der der BGH im Jahre 1979 klarstellte, daß die Pflichtenstellung eines Aufsichtsratsmitgliedes nicht teilbar ist .

Es ging um die Haftung eines Aufsichtsratsvorsitzenden, der von ihm kontrollierten AG den Abschluß eines für sie schädlichen Rechtsgeschäfts nahegelegt hatte. Im Prozeß verteidigte er sich mit dem Einwand, er habe nicht in seiner Eigenschaft als Aufsichtsratsvorsitzender, sondern als Geschäftsführer einer vom Konkurs bedrohten Bank gehandelt. Der BGH entgegnete, daß die Spaltung einer Person mit kollidierenden Pflichten jedenfalls dann nicht möglich sei, wenn tatsächlich beide Bereiche betroffen seien.

Auf dem Boden dieser Grundsätze hat der VGH Mannheim am 25. 9. 1989 zu Recht entschieden, daß "die Entlassung des Vorstandsmitglieds einer Sparkasse durch deren Verwaltungsrat keine Angelegenheit der Gemeinde und ihrer Verwaltung sei, auch wenn die Gemeinde Gewährträger und ihr Bürgermeister Vorsitzender des Verwaltungsrats der Sparkasse sei

. Der Verwaltungsrat der Sparkasse, das dem Aufsichtsrat vergleichbare Kontrollgremium, hatte einen Sparkassendirektor in den Ruhestand versetzt. Der Gemeinderat wollte über die Hintergründe Auskunft haben. Der Vorsitzende des Verwaltungsrats, der zugleich Oberbürgermeister der Gemeinde war, verweigerte die Auskunft unter Hinweis auf die Unternehmensinteressen. Der VGH pflichtete bei und verwies darauf, daß der Bürgermeister als Verwaltungsratsvorsitzender weder Weisungen des Gemeinderats unterworfen noch ihm gegenüber auskunftspflichtig bezüglich sparkasseninterner Vorgänge sei. Die Mehrheitsentscheidung des Verwaltungsrats, den Sparkassendirektor vorzeitig in den Ruhestand zu versetzen, sei eine interne Maßnahme der Sparkasse gewesen. Diese sei außengelenkten kommunalen Einwirkungen entzogen und daher keine Gemeindeangelegenheit .

Organisationsrechtliche Konsequenzen

Sicherung der Funktionsfähigkeit der Kapitalgesellschaft

Entsante Aufsichtsratsmitglieder sind an Weisungen der entsendenden Körperschaft nur insoweit gebunden, als das Gesellschaftsinteresse des zu kontrollierenden Unternehmens nicht berührt ist. Dies ist erforderlich, um die Kapitalgesellschaft als Organisationstypus funktionsfähig zu erhalten. Es geht um den Schutz außenstehender Gläubiger, die im Vertrauen auf die rechtsformimmanenten Bindungen kontrahieren, um den Schutz etwaiger

Minderheitsaktionäre oder Minderheitsgesellschafter, und es geht schließlich um die rechtliche Verwirklichung gesellschaftsvertraglicher Zwecksetzungen, die gerade aus Gründen des Verkehrsschutzes nicht ohne Satzungsänderung unter Berufung auf Drittinteressen ins Gegenteil gewendet werden dürfen. Aus diesen Gründen ist Püttner zuzustimmen, wenn er darauf hinweist, "die Gemeinde unterwerfe sich, wenn sie sich an Gesellschaften beteilige, dem für diese geltenden Privatrecht und müsse es hinnehmen, wie es ist".

Funktionswahrende Satzungsgestaltung

Allerdings ist es den Gemeinden unbenommen, die mögliche Kollision zwischen Gesellschafts- und öffentlichem Interesse durch präzise Gestaltung der Gesellschaftssatzung zu vermeiden. Diesen Zusammenhang hat vor allem Schuppert herausgearbeitet. "Der Staat hat es", so Schuppert, als "Herr der Satzung" in der Hand, die Gesellschaft durch eine konkrete Aufgabenbeschreibung zu disziplinieren und alle Organe der Gesellschaft auf die Beförderung dieser öffentlichen Belange zu verpflichten ... Ist also das Kollisionsproblem mit den Mitteln des Gesellschaftsrechts lösbar, so besteht kein Grund, von der Maßgeblichkeit der aktienrechtlichen Regelung abzuweichen. In ähnlicher Weise könnten die Kommunen den Konflikt zwischen Gesellschafts- und öffentlichem Recht durch den Abschluß konzernrechtlicher Beherrschungsverträge auflösen. Besteht ein Beherrschungsvertrag, so ist das herrschende Unternehmen (die Kommune) nach § 308 I AktG berechtigt, dem Vorstand der Gesellschaft hinsichtlich der Leitung der Gesellschaft Weisungen zu erteilen. Dieses Modell kommt den Vorstellungen der meisten Kommunen recht nahe. Zwar könnten auch hier keine Weisungen an die Aufsichtsratsmitglieder erteilt werden. Das ist aber auch nicht nötig, da der Vorstand direkt angewiesen werden darf. Beide Modelle haben einen "Pferdefuß". Wenn und soweit eine Gemeinde eine Gesellschaft des Privatrechts mit pluralistischen öffentlichen Interessen betraut (Satzungspräzision) oder durch einen Beherrschungsvertrag gleiche Wirkungen erreicht, so entsteht für sie damit eine öffentlichrechtliche Interessenvermengung, die für die gemeindlichen Eigenbetriebe typisch ist. Mit der von der Gemeinde gewählten Privatrechtsform werden also die angestrebten Effizienzvorteile nicht erzielt. Damit stellt sich die Grundfrage, ob eine Gemeinde nun noch berechtigt ist, zur Bewältigung ihrer Aufgaben Rechtsformen des Privatrechts zu wählen. Die Antwort wird jedenfalls dann nein lauten, wenn und soweit Gemeinden Rechtsformen des Privatrechts nur dann wählen dürfen, wenn diese gegenüber dem Eigenbetrieb den Zweck besser und wirtschaftlicher erfüllen.

Pflicht der Kommunen zu widerspruchsfreiem Verhalten

Genau besehen geht es also darum, daß sich Kommunen nicht widersprüchlich verhalten. Jede Gemeinde kann zur Verwirklichung pluralistischer, auch sich widersprechender Ziele Organisationsformen des öffentlichen Rechts wählen. Will sie statt dessen öffentliche Zwecke durch Unternehmen in Privatrechtsform realisieren, dann darf sie das nur, wenn dadurch der Zweck besser und wirtschaftlicher erreicht wird. Die Wahl der Privatrechtsform muß also Kostenvorteile für den Gemeindehaushalt mit sich bringen. Diese Kostenvorteile sind überhaupt nur rechenbar, wenn die Gesellschaftsziele klar formulierbar und nicht widersprüchlich sind. Hinzu kommt, daß sich mangelnde Rechenbarkeit regelmäßig auch auf die Effizienz der Unternehmenstätigkeit auswirkt. Ein städtisches Wohnbauunternehmen, das zugleich für Verluste aus dem Bereich des Straßenbaus, der Wasserversorgung oder der öffentlichen Schwimmbäder erhalten muß, kann auch im Bereich des Wohnungswesens nicht mehr marktmäßig und damit effizient arbeiten. Die Konsequenzen liegen auf der Hand: Kommunen dürfen öffentliche Aufgaben nur dann in Privatrechtsform durchführen, wenn dies Kostenvorteile mit sich bringt. Kostenvorteile können nur erzielt werden, wenn die Gesellschaft ihre Ziele marktmäßig verfolgt. Das ist regelmäßig dann nicht der Fall, wenn eine Gesellschaft gegenläufige öffentliche Aufgaben wahrnehmen oder Weisungen jedweder Art kraft Beherrschungsvertrages akzeptieren muß.

Keine Flucht ins Privatrecht

Kommunen, die ihre Aufgaben teilweise in Privatrechtsform erfüllen, tun dies, um Kosten zu sparen. Der Preis ist eine geringere Einflußnahme der gewählten Gemeindevertreter auf das öffentliche Unternehmen. Darin liegt kein Demokratieverlust. Vielmehr verlagern die Gemeindevertreter einen Teil ihrer Kompetenzen in das öffentliche Unternehmen, weil nur auf diese Weise die Effizienzvorteile für die Kommune erzielbar sind. Selbstverständlich liegt in diesem Verhalten keine "Flucht in das Privatrecht". Denn jede Gemeinde ist verpflichtet, ihre öffentlichen Unternehmen daraufhin zu untersuchen, ob sie die angestrebten Kostenvorteile wirklich erzielen. Wenn das nicht der Fall ist, so hat die Gemeinde nicht nur die Möglichkeit, sondern die Pflicht, das öffentliche Unternehmen aufzulösen und in einen gemeindlichen Eigenbetrieb zu überführen. Ob und wann das im Einzelfall so ist, wird häufig streitig sein. Das ändert aber an der Verpflichtung als solcher nichts. Solange aber eine Gemeinde Kostenvorteile durch Wahl einer Gesellschaftsform des Privatrechts erzielt, flüchtet sie nicht nur nicht ins Privatrecht, sondern erfüllt mit dieser Wahl ihre öffentlichrechtliche Verpflichtung zu sparsamster Haushaltsführung. Das im übrigen die Wahl der Privatrechtsform nicht zu einer Verkürzung grundrechtlich gewährleisteter Rechtspositionen für Bürger und Unternehmen führen darf, ist selbstverständlich und betrifft das Außenverhältnis der Gesellschaft zu Dritten. Mit dem hier diskutierten Problem der Wahl der zutreffenden Organisationsform hat diese Frage aber nichts zu tun.

Abberufbarkeit entsandter Aufsichtsratsmitglieder

Änderung der Mehrheitsverhältnisse

Aufsichtsratsmitglieder, die von der Hauptversammlung gewählt worden sind, können mit einer Mehrheit von mindestens 3/4 der abgegebenen Stimmen vor Ablauf der Amtszeit abberufen werden (§ 103 I AktG). Ein Aufsichtsratsmitglied, das aufgrund der Satzung in den Aufsichtsrat entsandt worden ist, kann dagegen von dem Entsendungsberechtigten jederzeit abberufen und durch ein anderes ersetzt werden (§ 103 II AktG) . Fraglich ist, ob der Entsendungsberechtigte für die Abberufbarkeit einen Sachgrund braucht. Mit dieser Tendenz liegt eine Entscheidung des OVG Münster v. 12. 2. 1990 vor .

Das OVG entschied, daß "das Recht zur Abberufung eines im Wege der Verhältniswahl gewählten Gemeindevertreters im Organ einer juristischen Person nicht aus Gründen ausgeübt werden darf, die ausschließlich in den veränderten Mehrheitsverhältnissen des Rates wurzeln'

Rechtsgrundlage des Beschlusses war § 55 II NWGO. Dort hieß es, daß die Vertreter der Gemeinde im Aufsichtsrat einer juristischen Person "ihr Amt auf Beschluß des Rates jederzeit niederzulegen haben'. Das OVG verwies zunächst zu Recht darauf, daß diese Vorschrift mit § 103 II AktG nahezu inhaltsgleich sei. Es wies dann darauf hin, daß es das Abberufungsrecht als "äußerstes Mittel zur Wahrung der Interessen" der Gemeinde "in Fällen des Ungehorsams" verstehe. Gestützt darauf hatte die Vorinstanz, das VG Düsseldorf (Beschl. v. 27. 5. 1981 - 1 L 274/81), die Auffassung vertreten, daß die Vertreter der Gemeinde "nur aus sachlichen, im Zusammenhang mit ihrem Amt stehenden Gründen", abberufen werden dürfen. Das OVG ließ offen, ob es dieser einschränkenden Interpretation folgen würde. Es beschränkte sich auf die Feststellung, daß das Abberufungsrecht jedenfalls nicht aus Gründen ausgeübt werden dürfe, die allein in den Mehrheitsverhältnissen des Rates wurzeln. Denn andernfalls hätte es eine Ratsmehrheit in der Hand, den nur im Wege der Verhältniswahl zum Zuge kommenden Vertreter der Minderheit nachträglich allein deshalb abzuwählen, um an dessen Stelle einen weiteren Vertreter aus den eigenen Reihen setzen zu können . Das habe, so das OVGweiter, auch gute Gründe in der Sache. Die verantwortliche Ausübung der im Organ einer juristischen Person wahrzunehmenden unternehmensrechtlichen Aufgabe verlange auch von dem Gemeindevertreter ein gewisses Maß an Sachkunde und Fachwissen, das häufig erst durch eine länger dauernde Mitarbeit in dem betreffenden Organ erworben werde. Der dadurch im Interesse des Unternehmens, letztlich aber auch der Gemeinde, geforderten Kontinuität in der personellen Besetzung liefe es zuwider, wenn eine Abberufung allein auf Änderungen im ratsinternen

Kräfteverhältnis gestützt werden dürfte. Solche Änderungen seien von Neuwahlen unabhängig jederzeit möglich und könnten vielfältige Ursachen haben, die aus der Perspektive des betroffenen Unternehmensorgans nicht mehr als Zufallscharakter besitzen .

Abberufung aus wichtigem Grund

Allerdings kann ein Aufsichtsratsmitglied vom Gericht auf Antrag des Aufsichtsrates dann abberufen werden, wenn in dessen Person ein wichtiger Grund vorliegt (§ 103 III AktG). Dieses Abberufungsrecht aus wichtigem Grunde ist Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes, der u.a. in § 626 BGB verankert ist und auch im GmbH-Recht gilt. Ein wichtiger Grund, etwa im Sinne allgemeiner Kündigungsvorschriften, reicht allerdings zur Abberufung nach § 103 AktG nicht aus. Erforderlich ist vielmehr ein krasses gesellschaftswidriges Verhalten, ein Vorfall, der das Aufsichtsratsmitglied schlechthin als untragbar erscheinen lässt. Hierin kommt zum Ausdruck, daß die gerichtliche Abberufung eines Aufsichtsratsmitglieds den Charakter einer "ultima ratio" hat . Für die Frage, wann ein Aufsichtsratsmitglied im Kontrollorgan schlechthin untragbar geworden ist, kommt es auf den Einzelfall an. Es kann auf eine Vielzahl von Entscheidungen zurückgegriffen werden . Daneben haftet ein Aufsichtsratsmitglied, das seine Pflichten verletzt, in vielfältiger Weise auf Schadensersatz. In Betracht kommen Ansprüche aus den §§ 93, 116, 117 AktG; § 823 II BGB i.V. mit § 404 AktG; § 824 BGB (Kreditgefährdung); § 826 BGB.

Wichtige Ergebnisse

- Entsandte Aufsichtsratsmitglieder sind an Weisungen der entsendenden Gemeinde nur insoweit gebunden, als das Gesellschaftsinteresse des zu kontrollierenden Unternehmens nicht entgegensteht.
- Der Vorrang des Gesellschaftsrechts ergibt sich aus der eigenverantwortlichen und unteilbaren Kontrollfunktion, die der Aufsichtsrat gegenüber der Geschäftsführung hat.
- Bei Konflikten zwischen Gesellschaftsinteressen und Gemeindeinteressen ist zu prüfen, ob die gewählte privatrechtliche Gesellschaftsform gegenüber dem öffentlich-rechtlichen Eigenbetrieb noch die bessere Organisationsform ist. Entscheidend ist, ob durch Wahl der privatrechtlichen Organisationsform Kostenvorteile erzielt werden. Wenn das nicht der Fall ist, so ist der Organisationstyp des Privatrechts aufzulösen.
- Entsandte Aufsichtsratsmitglieder können nicht deshalb abberufen werden, weil sich die Mehrheitsverhältnisse in der Gemeinde verändert haben.