

ABHANDLUNGEN

Kommunale Amts- und Mandatsträger in privaten Unternehmen: Weisungsrechte und Unterrichtungspflichten*

Von Prof. Dr. Matthias Dombert, Potsdam, Fachanwalt für Verwaltungsrecht

I. Vorbemerkung

Die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen gehört zum Kernbereich der Selbstverwaltung. Die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG schützt die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen auf der örtlichen Ebene. Eine rein erwerbswirtschaftlich-fiskalische Tätigkeit ist Kommunen zwar untersagt¹, geht es aber darum, zur Erledigung kommunaler Aufgaben, also zu öffentlichen Zwecken tätig zu werden, ist es ihnen nicht nur erlaubt, sich wirtschaftlich zu betätigen, sondern hierdurch auch Gewinne zu erzielen.² Welche Rechtsform hierfür genutzt wird, ist ohne Belang. Die Gemeinde kann kraft Formenwahlrechts bei wirtschaftlichen Betätigungen öffentlich-rechtlich und privatrechtlich handeln und für wirtschaftliche Unternehmen öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Organisationsformen wählen.³ Damit stehen der Kommune – im Folgenden soll vereinfachend nur von der Gemeinde die Rede sein – auch die Gestaltungsformen des Gesellschaftsrechts zur Verfügung. Gründet die Gemeinde eine Aktiengesellschaft⁴ oder GmbH, sehen die gesetzlichen Vorgaben in den Bundesländern vor, dass ausreichende kommunale Einwirkungs-, Mitsprache- und Kontrollrechte in der Gesellschaft gewahrt sein müssen, doch kann das Gesellschaftsrecht des Bundes durchaus zu Beschränkungen führen, die in der Praxis manchmal kommunalpolitische Enttäuschungen auslösen können. Mancher Gemeindevertreter verbindet mit der Beteiligung an einer privatrechtlich strukturierten Gesellschaft die Hoffnung auf weitreichende unbeschränkte Einflussmöglichkeiten, also vor allem die Möglichkeit, durch Weisungen oder Informationsverlangen gegenüber den gemeindlichen Vertretern – bildlich gesprochen –, die Gesellschaft zur verlängerten Werkbank für die Erfüllung kommunaler Aufgaben zu machen.

II. Rechtsformenwahl

Die Vorteile privatwirtschaftlicher Gesellschaftsformen sind hinreichend bekannt. Traditionelle Formen kommunaler Aufgabenerledigung wie der Eigen- und Regiebetrieb werden gegenüber privaten Rechtsformen, namentlich der GmbH, als starr und damit nachteilig empfunden, weil die GmbH ihnen gegenüber erhebliche Organisationsvorteile sowie steuerliche, haushaltsrechtliche, finanzielle und personalpolitische Vorzüge besitzt; sie ist nicht in die gemeindliche Organisation und den Gemeindehaushalt integriert. Das führt zugleich zu einem Ge-

winn an parteipolitischer Neutralität bei der Aufgabenerledigung⁵, geht aber unter Umständen bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben möglicherweise mit einem – kommunalpolitisch unerwünschten – Kontroll-, Steuerungs- und Legitimationsdefizit einher.⁶ Da sich kommunalpolitische Entscheidungsträger darüber klar sein müssen, dass diese Defizite Folge des vorgegebenen gesellschaftsrechtlichen Rahmens sind, dieser Rahmen aber nicht an die politisch angestrebten Steuerungsbedürfnisse der Gemeinde angepasst werden kann, bedeutet das, dass die Gemeinde gut beraten ist, sich bei der Wahl der Rechtsform an den gewünschten und für erforderlich gehaltenen Einwirkungsmöglichkeiten zu orientieren. Wenn die Gemeinde eine privatrechtlich strukturierte Organisationsform zum Marktauftritt nutzen will, müssen die Instrumente in die kommunalpolitische Analyse mit einbezogen werden, mit denen der kommunale Gesellschafter seine kommunalpolitische Steuerungsfähigkeit sichern kann. Hier stoßen Weisungsrechte und Unterrichtungspflichten aus den nachstehend darzulegenden Gründen an Grenzen, was in der Kommunalpolitik manchmal zu dem von Enttäuschung getragenen Hinweis von Gemeindevertretern führt, die kommunale Gesellschaft sei „immer noch *unser* Unternehmen!“. Auslöser für diesen Hinweis sind oft Sachverhalte, bei denen es zum Konflikt zwischen dem Interesse der kommunalen Eigengesellschaft und vermeintlichen Interessen des Bürgers kommt. Abwasserpreise haben in der Vergangenheit einen solchen Konflikt geschaffen: Gesellschaftsvertreter und Aufsichtsratsmitglieder der kommunalen GmbH sind aus umweltrechtlichen Gründen verpflichtet, den Ausbau des Klärwerkes zu beschließen. Die damit verbundenen Kosten gehen aufgrund der Regelungen des Betriebsführungsvertrages zulasten der Kommune. Die Mitglieder der Gemeindevertretung sehen nicht ein, die Bürger mit höheren Abwasserpreisen zu konfrontieren: Diese Zurückhaltung seien sie ihrem Wähler schuldig. Die Beschränkungen, die derartige Weisungen

* Dem Aufsatz liegt ein Vortrag zugrunde, den der Verfasser auf den 32. Bad Iburger Gesprächen am 17.11.2021 in Osnabrück gehalten hat.

1 BVerfG, NJW 1982, 2173, 2175; mwN statt vieler Gern/Brüning, Deutsches Kommunalrecht, 4. Aufl. 2019, Rn. 983.

2 Pagenkopf, GewArch 2000, 177.

3 Gern/Brüning, a. a. O., Rn. 1006.

4 Der Weg in die AG ist der Gemeinde nur in Mecklenburg-Vorpommern versperrt, vgl. § 68 Abs. 4 S. 2 GO MV.

5 Wie hier Altmeppen, NJW 2003, 2561.

6 So zutreffend Dünchheim/Gräler NVwZ 2019, 1225, 1230 unter Verweis auf BVerfG NVwZ 2018, 51, 56.

an die kommunalen Vertreter im Unternehmen ausgesetzt sind, resultieren aus dem Gesellschaftsrecht. Sie führen dazu, dass das Bundesrecht oft nicht einlöst, was das Landesrecht verspricht.

III. Weisungsrechte nach dem Kommunalrecht der Länder und das Gesellschaftsrecht des Bundes

Mit der vorstehenden Bemerkung ist der Gang der Darlegung vorgezeichnet. Nachdem überblicksartig Inhalt und Umfang kommunalrechtlicher Weisungsrechte dargestellt worden sind, soll erläutert werden, in welchem Verhältnis das kommunale Wirtschaftsrecht der Länder zum Gesellschaftsrecht des Bundes steht. Bei Darstellung der bundesrechtlichen Maßgaben wird im Folgenden vor allem zwischen kommunaler Aktiengesellschaft und kommunaler GmbH differenziert.

1. Überblick über kommunalrechtliche Weisungsbefugnisse

Vergleicht man die kommunalwirtschaftlichen Vorschriften der Bundesländer in Bezug auf Inhalt und Umfang von Weisungsrechten zeigt sich, dass das Kommunalrecht zwar im Kern gemeinsame Regelungsgehalte aufweist, aber in einzelnen Ausprägungen deutliche – nachstehend nur stichwortartig wiedergegebene – Unterschiede auffallen.

Während in Bayern Art. 93 GO schon dem Wortlaut nach zu erkennen gibt, dass Weisungsrechte begrenzt sein können („Soweit zulässig, soll sich die Gemeinde ihnen gegenüber Weisungsrechte im Gesellschaftsvertrag oder der Satzung vorbehalten“), legt in Niedersachsen § 138 NKomVG apodiktisch fest, dass die Gesellschaftervertreter nach § 138 NKomVG die Interessen der Kommune zu verfolgen haben und an Beschlüsse des Rates und des Hauptausschusses gebunden sind.⁷ Für diese Bindung verwendet der Gesetzgeber in Brandenburg in § 97 Abs. 1 Satz 6 BbgKVerf ausdrücklich den Begriff der Weisung. Für diese Weisungsrechte wird zwischen den Vertretern der Gemeinde in der Gesellschafterversammlung und im Überwachungsorgan nicht unterschieden. Das Weisungsrecht besteht auch gegenüber Aufsichtsratsmitgliedern.⁸ Dabei begrenzt der Grundsatz des freien Mandats das Weisungsrecht der Kommune in beiden Fällen nicht. Die Vertreter des kommunalen Gesellschafters werden in die Organe der Gesellschaft nicht als gewählte Mandatsinhaber gesandt, sondern durch Wahl in der Gemeindevertretung zum kommunalen Vertreter bestimmt.⁹

Der Begriff der „Weisung“ ist weit auszulegen. Er umfasst alle verbindlichen Meinungsäußerungen der Gemeinde, mit denen auf die Entscheidung in der juristischen Person Einfluss genommen werden soll. Das können Grundsatzbeschlüsse der Gemeindevertretung, auch gemeindliche Richtlinien sein, die Weisung kann auch konkrete Handlungsanordnungen zu einzelnen Fragen betreffen. Einzelanordnungen sollten allerdings mit Vorsicht gehandhabt werden. Sie können Vertreter in nicht unerhebliche Zwänge bringen. Der Repräsentant der Gemeinde ist Vertreter und nicht Bote. Er braucht zur Erörterung und Entscheidung in der Gesellschafterversammlung oder im Aufsichtsrat einen eigenen Handlungsspielraum, denn er ist kein Überbringer gemeindlicher Erklärungen, sondern auf eigenen Gestaltungsspielraum angewiesen, immerhin muss er in der Lage sein, situationsbezogen zu reagieren, indem er Kompromisse anbietet oder akzeptiert, die mit den gemeindlichen Interessen noch im Einklang stehen.¹⁰

Die Weisung der Gemeinde als Rechtsakt kann nur verbindlich sein, wenn sie selbst rechtmäßig ist. Eine rechtswidrige Weisung braucht nicht befolgt zu werden. Außerdem gebietet es die Fürsorgepflicht der Gemeinde dem ehrenamtlich Tätigen gegenüber, ihn nicht zu rechtswidrigen Handlungen anzuweisen. Im Übrigen muss die Gemeinde bei ihren Entscheidungen,

die letztlich in eine Weisung einmünden, den Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung beachten. Sie darf also, auch wenn sie formal dazu berechtigt ist, von dem Vertreter nichts verlangen, womit dieser gegen die Rechtsordnung verstößt. Eine Gemeinde darf daher von einem Aufsichtsratsmitglied kein gesellschaftswidriges Verhalten verlangen.¹¹ Setzt das Organmitglied eine derart rechtswidrige Weisung um und kommt es zu einem insoweit weisungswidrigen Beschluss, ist er gleichwohl wirksam. Kommunalrechtliche Regelungen können nicht in die allein maßgeblichen Wirksamkeitsbestimmungen des Bundes eingreifen.¹²

2. Am Beispiel kommunaler Weisungsrechte: das Verhältnis zwischen Bundes- und Landesrecht

Kommunalrechtlich zeigt sich also ein aus Sicht gestaltungsfreudiger Gemeindevertreter erfreulicher Befund. Das Landesrecht will ersichtlich den politischen Einfluss des kommunalen Gesellschafters auf die Geschäftspolitik des Unternehmens sichern. Das Bundesrecht hält allerdings Einschränkungen bereit.

Worauf sich diese Einschränkungen gründen, wird in der Rechtsprechung nicht immer begründet. Die Rechtsprechung geht vielfach ohne nähere Begründung davon aus, dass bundesrechtliches Gesellschaftsrecht kommunalrechtlichen Vorschriften vorgeht.¹³ Die Literatur folgt dieser Auffassung¹⁴ und begründet den Vorrang des Gesellschaftsrechts mit Art. 31 GG. Der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zufolge knüpft Art. 31 GG den Geltungsvorrang des Bundesrechts an eine Normenkollision. Die Vorschrift regelt „die Lösung von Widersprüchen zwischen Bundes- und Landesrecht. [...] Art. 31 GG löst die Kollision von Normen und setzt daher zunächst voraus, dass die Regelungen des Bundes- und Landesrechts auf denselben Sachverhalt anwendbar sind.“¹⁵ Geht es um die wirtschaftliche Betätigung einer Gemeinde in privatrechtlicher Rechtsform, ist zu beachten, dass Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG dem Bund die Befugnis zur konkurrierenden Gesetzgebung für das „Recht der Wirtschaft“ zuweist, und damit einen Regelungsspielraum statuiert, der nach zutreffender Bewertung in der Kommentarliteratur als einer der „wirkmächtigsten im Katalog der konkurrierenden Bundeskompetenzen“ aufzufassen ist.¹⁶ Die Kompetenz des Bundes erfasst das öffentliche wie das private Wirtschaftsrecht sowie die wirtschaftliche Betätigung Privater und der öffentlichen Hand.¹⁷ Von dieser Kompetenz getragen sind auch die Regelungen des AktG und des GmbHG. Soweit diese auch Aussagen in Bezug auf Weisungsrechte zulasten von Aufsichtsratsmitgliedern und Gesellschaftervertretern enthalten, gehen sie den jeweiligen Bestimmungen des kommunalen Wirtschaftsrechts vor.

3. Weisungsrechte und AG

In Bezug auf kommunale Weisungsrechte ist für die Aktiengesellschaft zu differenzieren:

7 BeckOK KommunalR Nds/Klaß-Dingeldey, 19. Ed. 01.10.2021, NKomVG § 138 Rn. 10.

8 §§ 138 Abs. 8 NKomVG, 97 Abs. 2 S. 1 BbgKVerf.

9 PdK-Nds/Wefelmeier NKomVG § 138 Rn. 14; BeckOK KommunalR Nds/Klaß-Dingeldey, 19. Ed. 01.10.2021, NKomVG § 138 Rn. 13.

10 PdK SH/Borchert, GO § 25 Rn. 8.

11 BGH, NJW 1963, 862, 867.

12 Schwintowski, NJW 1995, 1316, m. w. N. beispielhaft nur Müller, in: BeckOK, Kommunalrecht Baden-Württemberg, § 104 GO, Rn. 12.

13 Vgl. z. B. OVG NRW, NVwZ 2007 S. 609, HessVGH, NVwZ-RR 2012, S. 566 unter Bezugnahme auf BGHZ 36, 296, 306, SächsOVG, NVwZ-RR 2013 S. 63.

14 Vgl. z. B. Strobel, DVBl 2005 S. 77, 80 m. w. N.

15 BVerfGE 96, 345, 364, zusammenfassend m. w. N. Dürig/Herzog/Scholz/Korioth, 95. EL Juli 2021, GG Art. 31 Rn. 8.

16 Dreier GG/Wittreck, 3. Aufl. 2015, GG Art. 74 Rn. 50.

17 Dreier GG/Wittreck, ebd.; s. auch BVerfG (K), JZ 1982, 288.

a) Weisungen an den kommunalen Vertreter als kommunalen Aktionär

Weisungen an den organschaftlichen Vertreter in der Hauptversammlung laufen für die kommunale Aktiengesellschaft schon deswegen leer, weil in einer Aktiengesellschaft grundsätzlich jede unmittelbare Einwirkung der Aktionäre auf den Vorstand nach § 76 Abs. 1 AktG ausgeschlossen ist. Die Rechte der Aktionäre sind nach § 119 AktG auf das Recht zur Satzungsgebung, die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat und das Recht zur Bestimmung über die Verwendung des Bilanzgewinnes beschränkt.¹⁸

b) Zu den Weisungen an die kommunalen Aufsichtsratsmitglieder einer AG

Für die kommunale Aktiengesellschaft steht fest, dass gegenüber Mitgliedern des Aufsichtsrats einer AG aus gesellschaftsrechtlichen Gründen ein Weisungsrecht nicht festgelegt werden kann.

Die §§ 394 f. AktG sehen für Mitglieder von Aufsichtsräten lediglich Auskunftspflichten, nicht aber Regelungen zur Weisungsbundenheit vor. Aus den Rechtsgedanken der §§ 76, 119 Abs. 2, 84, 93, 116 AktG schlussfolgert der BGH zudem, dass Aufsichtsratsmitglieder den Interessen der Gesellschaft den Vorzug zu geben haben und schon deshalb nicht an Weisungen des Entsendungsberechtigten gebunden sein können.¹⁹ Der Aufsichtsrat ist ein selbstständiges und selbstverantwortliches Kontrollorgan gegenüber dem Vorstand²⁰ und deswegen allein dem Gesellschaftsinteresse verpflichtet.²¹ Aufgrund seiner Organstellung²² übt er gegenüber dem Vorstand eine Kontroll- und Überwachungsfunktion aus. Auf diese Kontrolle vertraut der Rechtsverkehr. Er geht davon aus, dass Aufsichtsratsmitglieder im Interesse der Gläubiger diese Kontrolle eigenverantwortlich und weisungsfrei wahrnehmen. Mit diesem Gläubigerschutz korrespondiert der Ausschluss jeglicher Weisungen. Dieser bundesrechtlich vorgegebene Regelungszweck ist so prägend und wesensimmanent, dass er entgegenstehende kommunalrechtliche Zwecksetzungen verdrängt.

4. Weisungsrechte und GmbH

Bei der kommunalen GmbH gibt es derart klare Vorgaben im Bundesrecht nicht.

a) Weisungen an den kommunalen Gesellschaftervertreter

Das GmbH-Recht erkennt an, dass der Vertreter der Gesellschafterversammlung Repräsentant der Kommune ist.²³ Kommunalrechtliche Weisungsrechte werden daher jedenfalls im gesellschaftsrechtlichen Ausgangspunkt anerkannt, da sich das Verhältnis zwischen der Kommune als Gesellschafter und ihren Vertretern im Außenverhältnis nach den §§ 164 BGB richtet.²⁴ Da den kommunalen Vertretern eine zentrale Funktion bei der Umsetzung der kommunalen Steuerung des Unternehmens zukommt,²⁵ wird das Weisungsrecht bei der GmbH als das wesentliche Instrument angesehen, um die verfassungsrechtlich geschuldete Einflussnahme der Kommune auf die Gesellschaft sicherzustellen. Dem Gesellschafter wird die Befugnis zugestanden, seine Interessen in der Gesellschafterversammlung zu verfolgen,²⁶ diese Interessen sind mit dem öffentlichen Zweck gleichzusetzen, der – sinnvollerweise²⁷ – in der Gesellschaftssatzung beschrieben wird.

b) Kommunale Weisungsrechte an die Mitglieder des Aufsichtsrates in der GmbH

Für den Aufsichtsrat einer GmbH und die Frage einer Weisung an die Aufsichtsratsmitglieder muss differenziert werden.

aa) Kommunale Gesellschaft mit obligatorischem Aufsichtsrat

Das Gesellschaftsrecht schreibt nicht vor, wann bei der GmbH zwingend ein Aufsichtsrat vorzusehen ist.²⁸ Wohl kann sich eine Verpflichtung hierzu aus Mitbestimmungsvorschriften ergeben.

Nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG ist in einer GmbH ein Aufsichtsrat zu bilden, wenn mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt werden. Dieser insoweit also obligatorische Aufsichtsrat ist zu 1/3 mit Arbeitnehmervertretern zu besetzen.²⁹ Für alle Mitglieder dieses obligatorischen Aufsichtsrats – also nicht nur für Arbeitnehmervertreter – gilt das Aktienrecht, eine Bindung an Weisungen ist damit ausgeschlossen.³⁰

bb) Weisungsrechte beim fakultativen Aufsichtsrat

Auch für den fakultativen Aufsichtsrat, also den Aufsichtsrat, der nicht vom Gesetz, sondern nur vom Gesellschaftsvertrag vorgeschrieben ist, würde die aktienrechtlich vorgeschriebene Weisungsfreiheit zu beachten sein. Allerdings lässt das Gesellschaftsrecht durchaus einen Gestaltungsspielraum. § 52 Abs. 1 GmbHG räumt dem Gesellschaftsvertrag unter Umständen den Vorrang ein. Nach § 52 Abs. 1 GmbHG kommen die aktienrechtlichen Bestimmungen zur Weisungsfreiheit nämlich dann nicht zur Anwendung, wenn „im Gesellschaftsvertrag ein anderes bestimmt ist“.

Die aktienrechtlichen Bestimmungen, aus denen für den Aufsichtsrat eine Weisungsfreiheit abgeleitet wird, sind aber nicht schon dann unabwendbar, wenn der Gesellschaftsvertrag die Regelungen pauschal für unanwendbar erklärt. Inwieweit der Gesellschaftsvertrag von der gesetzlichen Regel abweicht, muss vielmehr im Einzelnen „bestimmt“ sein. Der Gesellschaftsvertrag muss also die gesetzliche Regelung durch eine andere Regelung ersetzen; die Regelung im Gesellschaftsvertrag muss so bestimmt sein, dass sich ihr die Zusammensetzung des Aufsichtsrats, seine Aufgaben, Befugnisse und seine Verfahrensweise zweifelsfrei entnehmen lassen. Dieser in der rechtswissenschaftlichen Literatur nahezu einhellig vertretenen Auffassung³¹ hat sich das BVerwG angeschlossen.³²

5. Zu den Grenzen von Weisungen an die kommunalen Mitglieder im fakultativen Aufsichtsrat

Klammert man das insoweit eindeutige Aktienrecht aus, steht fest, dass es das GmbH-Recht beim fakultativen Aufsichtsrat – und damit in den meisten Fällen des kommunalen Wirtschaftsrechts – durchaus zulässt, Weisungsrechte zulasten kommunaler Organmitglieder vorzusehen. Blicke es bei diesem Ergebnis, würde damit feststehen, dass es unproblematisch möglich wäre, den dargestellten kommunalrechtlichen Einfluss- und Steuerungsmöglichkeiten auch in den privatrechtlichen Organisationsstrukturen der GmbH jedenfalls dann zur Wirksamkeit zu verhelfen, wenn zwingende Vorschriften des Gesellschaftsrechts dem nicht entgegenstehen.

Für die Auslegung dieses Gesellschaftsrechts wird die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht herangezogen. Die gesellschafts-

18 Wurzel/Schraml/Gaß, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 4. Aufl. 2021, Rn. 684.

19 BGH, NJW 1978, 104.

20 §§ 116, 93, 111 AktG.

21 BeckOK KommunalR Bayern/Lück, 11. Ed. 01.08.2021, GO Art. 93 Rn. 42.

22 Vgl. § 111 Abs. 1 AktG.

23 Koch, VerwArch 2011 S. 1, 3.

24 Vgl. HessVGH, UPR 2010 S. 106; Mann, VBIBW 2010 S. 7, 13;

Koch, VerwArch 2011 S. 1, 3.

25 Vgl. Strobel, DVBl. 2005 S. 77, 78.

26 Vgl. Koch, VerwArch 2011 S. 1, 3.

27 Vgl. Mann, VBIBW 2010 S. 7, 13.

28 Merkt, Münchener Kommentar GmbHG, 4. Aufl., 2022, § 11, Rn. 31.

29 Wurzel/Schraml/Gaß, a. a. O., Rn. 458.

30 PdK Bay/Schulz GO Art. 93 Anm. 3.3, Hassel, der gemeindehaushalt 1992 S. 77, 80; kritisch Ziche/Herrmann, DÖV 2014 S. 111, 112.

31 Weckerling-Wilhelm/Mirtsching, NZG 2011, 327, 329; Schodder, EWIR 2009, 715, 716.

32 BVerwG, Urt. v. 31.08.2011 – 8 C 16/10 – BVerwGE 140, 300 – 305, Rn. 23 – 29.

rechtliche Treuepflicht der Gesellschafter zur Gesellschaft begrenzt das Weisungsrecht der Kommune, denn es verpflichtet die Gesellschafter zur vertrauensvollen und loyalen Zusammenarbeit in den Mitgliederorganen und zur angemessenen Rücksichtnahme auf die Belange der Mitgesellschafter.³³ Hier tritt die Gemengelage von öffentlichem Recht und privatem Wirtschaftsrecht, von gemeindefinanziellen und gesellschaftsrechtlichen Vorschriften deutlich zutage.³⁴ Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht stellt eine richterrechtliche Generalklausel dar. Sie verpflichtet die Gesellschafter bei der Ausübung oder Nichtausübung ihrer Rechte zur Rücksichtnahme auf den Gesellschaftszweck und die Interessen der Gesellschaft sowie der Mitgesellschafter. Demnach müssen die Verbandsmitglieder solche Handlungen vornehmen, die der Gesellschaft zuträglich sind, und zuwiderlaufende Maßnahmen unterlassen.³⁵ Eine Weisung an die Repräsentanten der Gemeinde in der Eigengesellschaft, die den Bürger schont, aber die Gesellschaft schädigt, ist rechtswidrig, da sie dem Gesellschaftsinteresse massiv zuwiderläuft.

6. Die kommunale Eigengesellschaft

Ein besonderes Augenmerk verdient die Konstellation, dass die Gemeinde nicht in einem gemischt wirtschaftlichen Konstrukt, also unter Beteiligung privater Mitgesellschafter tätig wird, sondern Alleingesellschafter ist. Sie hat dann nicht nur in der Gesellschafterversammlung das Sagen, sondern in der mitbestimmungsfreien GmbH dann auch noch das Recht, sämtliche Mitglieder des Aufsichtsrates selbst zu bestimmen.³⁶

Ob auch in einem solchen Fall grenzenlose Weisungsrechte geltend gemacht werden können, hat die Rechtsprechung soweit ersichtlich noch nicht problematisiert, ist aber in der gesellschaftsrechtlichen Literatur durchaus umstritten. Auch wenn bei denjenigen, die gesellschaftsrechtlich Weisungsrechte eher für problematisch halten, nicht differenziert wird, ob es sich um eine mehrgliedrige oder eine Einmann-GmbH handelt³⁷, wird von ihnen jedenfalls darauf verwiesen, dass man Aufsichtsräten im Interesse ihrer Aufsichtsfunktion einen eigenständigen, weisungsfreien Autonomiebereich zubilligen müsse.³⁸

Genau dem widerspricht die Literatur mit durchaus nachvollziehbaren Argumenten.³⁹ Darauf hingewiesen wird, dass in der Einmann-GmbH das Unternehmensinteresse ausschließlich vom Alleingesellschafter bestimmt wird. Der Gläubigerschutz in der Einmann-GmbH erfolgt nach dem Gesellschaftsrecht nicht in der Weise, dass die Gesellschaftsorgane auf „das Unternehmensinteresse“ verpflichtet wären. Der Alleingesellschafter kann die Geschäfte sogar entgegen dem Unternehmensinteresse betreiben bzw. dem Geschäftsleiter Anweisung dazu erteilen, vorausgesetzt, er beachtet dabei die Kapitalerhaltungsregeln.⁴⁰ Darüber hinaus hat die Rechtsprechung für Missbrauchsfälle eine Haftung des Gesellschafters wegen Vernichtung der Existenz seiner GmbH entwickelt. Jenseits dieser zwingenden Gläubigerschutzregeln dürfte es unter Gesellschaftsrechtlern zum Allgemeinwissen gehören, dass der Alleingesellschafter seine GmbH sogar „vorsätzlich schädigen“ darf. Folgt man dem, darf die Kommune als Alleingesellschafterin kommunalpolitische Interessen durchaus durchsetzen, obwohl sie dem „Unternehmensinteresse“ der kommunalen GmbH im betriebswirtschaftlichen Sinne widersprechen. Insbesondere könnte die Gemeinde als Alleingesellschafterin dem Geschäftsführer ihrer GmbH, solange die genannten zwingenden Gläubigerschutzregeln beachtet werden, jede dem „Unternehmensinteresse“ widersprechende Weisung erteilen. Nichts anderes soll für eine kommunale Eigengesellschaft gelten, in der ein fakultativer Aufsichtsrat besteht, davon ganz abgesehen, dass die Kommune es immer in der Hand hätte, das fakultative Organ durch schlichten Beschluss einer Satzungsänderung zu beseitigen.⁴¹

IV. Zu den Informationspflichten kommunaler Organmitglieder: Informationsverlangen versus Verschwiegenheitspflicht⁴²

Jedwede Weisung setzt Information voraus. Die Gemeindevertretung kann ein bestehendes Weisungsrecht nur ausüben, wenn sie Kenntnis vom Sachverhalt oder den Entscheidungslagen im Unternehmen hat, die die eine mögliche Weisung auslösen. Damit aber Gemeindevertretungen ihre Rechte gegenüber ihren Vertretern in den Organen der Gesellschaft ausüben können, sehen alle Kommunalordnungen der Bundesländer Informations- oder Unterrichtungspflichten vor.

1. Zu den Informationspflichten kommunaler Organmitglieder

Mit den angesprochenen Informationsrechten geht es nur um die Ebene der gemeindlichen Vertreter in der Gesellschaft gegenüber ihrem Gesellschafter, nicht um die Informationsrechte des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft.⁴³ Im Verhältnis zwischen Gesellschaftsvertreter und Gemeinde sieht in Niedersachsen § 138 Abs. 4 Satz 1 NKomVG vor, dass die Vertreterinnen und Vertreter der Kommune die Vertretung über alle Angelegenheiten von besonderer Bedeutung frühzeitig zu unterrichten haben. Diese Maßgabe gilt nach § 138 Abs. 4 Satz 2 NKomVG auch entsprechend für die auf Veranlassung der Kommune in einen Aufsichtsrat entsandten Mitglieder. Ersichtlich soll die Informationspflicht der gemeindlichen Vertreter in den Unternehmensorganen die entsendende Kommune in die Lage versetzen, weitergehende Kontroll- und Einflussrechte geltend zu machen. Vertreter der Gemeinde in den Unternehmensorganen haben eben die Chance, unmittelbar Kenntnis von den Belangen zu erhalten, die für die Gemeinde wesentlich sein können.

In Niedersachsen ist die Unterrichtungspflicht auf „Angelegenheiten von besonderer Bedeutung“ beschränkt. Ob eine Angelegenheit von besonderer Bedeutung vorliegt, ist aus der Sicht der Kommune zu bewerten.⁴⁴ Soweit in der Praxis geraten wird, den Kreis der Angelegenheiten, um die es gehen kann, vorab im Gesellschaftsvertrag zu bestimmen, dürfte dies aber in der Praxis eher schwierig sein. Eine abschließende Auflistung ist kaum möglich. Stellt man auf die Interessen der Gesellschaft ab, können vor allem die Kontroll-, Gewinn- und Vermögensinteressen von Bedeutung sein, auch der Gang der laufenden Geschäfte sowie die künftige Geschäftspolitik kann hiervon miterfasst sein. In der Literatur werden hiervon alle Verträge mit Dritten, das Anstellungsverhältnis der Mitarbeiter und der Geschäftsführer, die Rechtsbeziehung zu Behörden, die Gewährung von Darlehen, Bürgschaften, die Geschäftspolitik und geschäftliche Planungen sowie die Beteiligungsverhältnisse an anderen Unternehmen gezählt.⁴⁵

Die Information der Gemeinde muss dabei so frühzeitig erfolgen, dass es für den Rat bzw. den Hauptausschuss zeitlich noch möglich ist, hierüber zu entscheiden. Die Vertreter der

33 Wurzel/Schraml/Becker, a. a. O., Rn. 356; dazu auch OVG NRW, NVwZ 2007 S. 609.

34 Wurzel/Schraml/Gaß ebd.

35 Zuletzt s. die Zusammensetzung bei Reif/Walter, JuS 2021, 630.

36 §§ 52 GmbHG, 101 AktG; dazu auch Altmeppen, NJW 2003, 2561, 2563.

37 So zutreffend Altmeppen, a. a. O., Fn. 38.

38 Kessler, GmbHR 2000, 71; Püttner, DVBl. 1986, 751 ff., Schwintowski, NJW 1990, 1009, 1013.

39 Altmeppen, NJW 2013, 2561, 2565.

40 §§ 30, 31, 43 III GmbHG.

41 Altmeppen, NJW 2003, 2561, 2565.

42 S. dazu Wefelmeier, NdsVBl. 2019, 73 ff.

43 § 51 Abs. 2 GmbHG.

44 BeckOK Kommunalrecht Niedersachsen/Klaß-Dingeldey, § 138 NKomVG, Rn. 29.

45 Passarge/Kölln, NVwZ 2014, 982.

Gemeinden haben also bei ihrer Information die Geschäftsgänge in den jeweiligen Organen, bspw. ihre Ladungsfristen, zu beachten.

2. Zum Adressaten der Informationspflichten

Adressat der Information ist die Vertretung als Ganzes, also der Stadtrat, und nicht die eigenen Fraktionskollegen.⁴⁶ Dies bedeutet wiederum, dass einzelne Mitglieder der Gemeindevertretung keinen Unterrichtsanspruch geltend machen können. Sie bleiben in Niedersachsen auf die Bestimmung des § 56 Satz 2 NKomVG beschränkt und können nur so vom Hauptverwaltungsbeamten Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen. Erfasst sind aber immer nur solche Informationen, die der Hauptverwaltungsbeamte in seiner Stellung als Vertreter der Kommune und damit als Mitgesellschafter erlangt hat oder erlangen kann, nicht etwa Informationen, die er aus anderer dienstlicher Funktion, bspw. als Mitglied des Verwaltungsrates einer Sparkasse, erlangt hat.⁴⁷

3. Die Beschränkungen des Informationsrechtes

Freilich besteht die Unterrichtungspflicht aber nur, soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist.⁴⁸ Hier muss wieder zwischen der kommunalen Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung differenziert werden. Für die Aufsichtsratsmitglieder einer kommunalen Aktiengesellschaft ist die Verpflichtung zur Verschwiegenheit durch §§ 116 Abs. 1 Satz 1, 93 Abs. 1 Satz 3 AktG vorgegeben, beim fakultativen Aufsichtsrat einer GmbH besteht die Möglichkeit, die Verschwiegenheitspflicht näher auszugestalten und einzuschränken.⁴⁹ Allerdings kann die Informationspflicht in Widerspruch zu den Interessen einer Gesellschaft auf Vertraulichkeit ihrer Geschäftsbeziehungen geraten. Dieses Spannungsverhältnis wird etwa in den §§ 394, 395 AktG deutlich. Nach geltendem Gesellschaftsrecht sind die Aufsichtsratsmitglieder verpflichtet, „über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, die ihnen durch ihre Tätigkeit (im Aufsichtsrat, § 116 AktG) ... bekannt geworden sind, Stillschweigen zu bewahren“.⁵⁰ Von diesem Grundsatz bestehen für die kommunalen Vertreter Ausnahmen, soweit ihre Berichterstattung nicht auf eine faktische Veröffentlichung von Unternehmensinterna hinausläuft.⁵¹ Unter Hinweis auf § 365 Abs. 2 AktG wird eine Mitteilung von vertraulichen Angaben an den Rat faktisch als eine Veröffentlichung gewertet.⁵² Aus dem gleichen Grund haben deshalb weder ein Ratsmitglied noch eine Fraktion Anspruch darauf, dass ihnen Aufsichtsratsunterlagen von städtischen Eigen- bzw. Beteiligungsgesellschaften ausgehändigt werden.⁵³

In der Praxis ist erwogen worden, die Mitglieder der Gemeindevertretung als Zuhörer an den Beratungen der Aufsichtsräte von kommunaleigenen Gesellschaften persönlich teilnehmen zu lassen – auf den ersten Blick ein reizvoller Weg, denn durch einen derartigen Informationsaustausch könnte die Steuerungsfähigkeit der Gemeindevertretung begünstigt und damit die demokratische Legitimation der Entscheidungen in der Gesellschaft gestärkt werden. Das OVG Münster⁵⁴ ist dieser Möglichkeit entgegengetreten. Zutreffend hat es darauf verwiesen, das Gesellschaftsrecht sichere die Vertraulichkeit und schütze damit die Geschäftsinteressen der Gesellschaft. Unausgesprochen liegt auf dieser Auffassung die

Wertung zugrunde, das Gesellschaftsrecht als Bundesrecht gehe dem Kommunalrecht vor. Das Kommunalrecht schafft insofern keine dem Gesellschaftsrecht fremden Ausnahmemöglichkeiten. Das OVG Nordrhein-Westfalen begründet seine Entscheidung mit der Feststellung, „die Ausweitung des Rechts zur Teilnahme als Zuhörer an Aufsichtsratssitzungen einer GmbH berge offenkundig die Gefahr“ in sich, „die Ausübung der dem Aufsichtsrat obliegenden Überwachungsaufgaben, wie auch die gebotene vertrauensvolle Zusammenarbeit der Geschäftsführung und dem Aufsichtsrat zu erschweren, wenn nicht gar unmöglich zu machen“.⁵⁵ Die Interpretation, die den Unterrichtsanspruch auf den Stadtrat beschränkt, kann praktische Einwände nicht übersehen: Wie soll die Fraktion sich auf die Sitzung des Stadtrates vernünftig vorbereiten, wenn sie selbst keinen eigenständigen Anspruch auf gesonderte Unterrichtung hat? Das Aufsichtsratsmitglied, das an der vorbereitenden Fraktionssitzung teilnimmt, wird sich vermutlich eindringliche Fragen gefallen lassen, gleichzeitig aber darauf hinweisen müssen, dass die Wahl der privatrechtlichen Unternehmensform eben die Beachtung des vorrangigen Gesellschaftsrechts und der Unternehmensinteressen notwendig macht. Den Geheimhaltungsinteressen des Unternehmens unterliegen vor allem Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse; ihre Darstellung und Erörterung haben in nichtöffentlicher Sitzung zu erfolgen.⁵⁶ Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass nicht bei jedweder Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis ein Ausschluss der Öffentlichkeit gerechtfertigt ist. Das Bundesverwaltungsgericht weist zutreffend darauf hin, dass bei kommunalen Eigengesellschaften das öffentliche Interesse an der Information gegen das Vertraulichkeitsinteresse abgewogen werden muss.⁵⁷ Fragen der internen Preiskalkulation brauchen nicht offengelegt zu werden.⁵⁸ Informationen über laufende Verfahren und Verhandlungen müssen nicht offengelegt werden, wenn sich dadurch die Verhandlungsposition des Unternehmens verschlechtert.⁵⁹ Umgekehrt sind Informationen über Gebührenkalkulationen grundsätzlich zu erteilen, da die Preisbestimmung ohnehin einer Billigkeitskontrolle zugänglich ist.⁶⁰ Das Geheimhaltungsinteresse wiederum obsiegt, wenn die Daten Rückschlüsse auf die Betriebsführung, die Wirtschafts- und Marktstrategie oder die Kostenkalkulation zulassen.⁶¹

46 BeckOK Kommunalrecht Niedersachsen/Klaß-Dingeldey, a. a. O., Rn. 32.

47 NdsOVG, DÖV 2009, 638.

48 § 138 Abs. 4 Satz 3 NKomVG.

49 BayVGH, NVwZ-RR 2007, 622.

50 § 93 Abs. 1 AktG.

51 Noack, Städte- und Gemeinderat 1995 S. 375, 385.

52 Albrecht-Baba, NWVBl. 2011 S. 127, 130.

53 Zu dieser Thematik vgl. Meier, der Gemeindehaushalt 1994 S. 248.

54 NWVBl. 1997 S. 67, zustimmend Müller, der Gemeindehaushalt 1999 S. 35.

55 PdK NW/Held/Kotzea, GO NRW § 113 Anm. 9.

56 Zum Begriff des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses BVerfGE 115, 205, 230; Burgl, NVwZ 2014, 609, 615.

57 BVerwG, NVwZ 2015, 1388.

58 Sydow/Geppert, NVwZ 2006, 986, 990.

59 Bracht, NVwZ 2016, 108, 113.

60 BGH, NJW-RR 1992, 183.

61 OVG Berlin-Brandenburg, BeckRS 2008, 36762.