

Schriftliche Anfragen

der Abgeordneten **Gudrun Peters SPD**
vom 13.02.2007

Öffentlichkeit bei kommunalen GmbHs und Öffentlichkeit bei fakultativen Aufsichtsräten kommunaler GmbHs

I.

Über die Verschwiegenheitspflicht und den Auskunftsanspruch bzw. die Öffentlichkeit bei Aufsichtsratssitzungen kommunaler GmbHs gibt es verschiedene Gerichtsurteile. Auch die Praxis der Handhabung dieser Vorgaben ist unterschiedlich. Während das Staatsministerium des Innern Aufsichtsratssitzungen kommunaler GmbHs für „grundsätzlich nichtöffentlich“ und eine andere Auffassung für „unzulässig“ hält (Schreiben vom 07.07.2006), wird die Öffentlichkeit bei GmbH-Aufsichtsratssitzungen z. B. in Amberg und Deggendorf-Stadt nicht beanstandet.

Deshalb frage ich die Staatsregierung:

1. Kann eine Gemeinde bei der Gründung einer kommunalen GmbH frei entscheiden, ob sie in den Gesellschaftervertrag bzw. die Gesellschaftssatzung Bestimmungen über die Öffentlichkeit der Aufsichtsratssitzungen aufnimmt?
2. Wer beurteilt einen solchen Vertrag?
3. Hat die Kommunalaufsicht eine Möglichkeit, Einfluss auf die Gestaltung eines solchen Vertrages zu nehmen?
4. Wie sieht die Staatsregierung bei Festlegung auf nichtöffentliche Sitzungen die Problematik der stellvertretenden Aufsichtsräte?
5. Hat ein kommunales Gremium dann überhaupt noch ein Weisungsrecht an den Aufsichtsrat im Rahmen der Verpflichtung zur Daseinsvor- und fürsorge?
6. Welches Recht gilt in der kommunalen GmbH bei Stimmengleichheit in Abstimmungen?

II.

Zur Öffentlichkeit und Verschwiegenheitspflicht für und in fakultativen Aufsichtsräten kommunaler GmbHs hat der BayVGH am 08.05.2006 ein grundlegendes, rechtskräftiges Urteil gefällt. Entgegen diesem Urteil und der Rechtslage vertritt das BayStMI im Schreiben vom 07.07.2006 die Auf-

fassung, dass Aufsichtsratssitzungen fakultativer Aufsichtsräte kommunaler GmbHs „grundsätzlich nichtöffentlich“ sein müssen.

Die Stadt Amberg hat vor dem VGH-Urteil und die Stadt Deggendorf in Kenntnis des VGH-Urteils die Öffentlichkeit von Aufsichtsratssitzungen beschlossen und wiederholt solche Sitzungen durchgeführt. Bei der Stadt Deggendorf wurden die Gesellschaftssatzungen/Gesellschaftsverträge so gestaltet und vom zuständigen Registergericht anerkannt, dass beim nichtöffentlichen Teil nicht nur die stellvertretenden Aufsichtsräte sondern auch „normale“ Stadtratsmitglieder wie bei kommunalen Ausschüssen anwesend sein dürfen.

Deshalb frage ich die Staatsregierung:

1. Was spricht gegen diese Regelung, nachdem der Gesellschafter wie jede Privatperson auf jedwede Geheimhaltung verzichten kann, solange nicht Rechte Dritter verletzt werden?
2. Warum sind dem Gesellschaftsrecht fremde, ja sogar diesem widersprechende Regelungen wie „Weisungen an Aufsichtsräte“ (nach Art. 93 Abs. 2 GO) und „Haftungsfreistellungen“ (nach Art. 93 Abs. 3 GO) durch die Gemeindeordnung empfohlen oder „stellvertretende“ Aufsichtsräte bzw. „geborene“ Aufsichtsratsvorsitzende in den Gesellschaftssatzungen zulässig?
3. War die kommunalaufsichtliche Genehmigung derartiger Satzungen rechtswidrig?
4. Ist der Stichentscheid bei Stimmengleichheit „demokratiewidrig“ gemäß Art. 51 Abs. 1 Satz 2 GO?
5. Erfordert die Erfüllung öffentlicher Aufgaben, insbesondere der Daseinsvorsorge durch Unternehmen in Privatrechtsform nach Art. 86 Ziff. 3 GO, z. B. durch eine GmbH, nach dem Urteil des VGH vom 08.05.06 weniger Transparenz und mehr Geheimhaltung?

Antwort

des Staatsministeriums des Innern

vom 21.03.2007

Die beiden Schriftlichen Anfragen beantworte ich im Einvernehmen mit dem Staatsministerium der Justiz wie folgt: Da die Schriftlichen Anfragen betreffend Öffentlichkeit bei kommunalen GmbHs (im Folgenden: „Öffentlichkeit I“) und betreffend Öffentlichkeit bei fakultativen Aufsichtsräten kommunaler GmbHs (im Folgenden: „Öffentlichkeit II“) in engem sachlichen Zusammenhang stehen, werden einige

Fragen zusammengefasst beantwortet. Die die Gemeinden betreffenden Ausführungen gelten entsprechend für Landkreise und Bezirke.

Zu Frage 1 der Schriftlichen Anfrage „Öffentlichkeit I“ und zu Frage 1 der Schriftlichen Anfrage „Öffentlichkeit II“:

Nach Gesellschaftsrecht sind Aufsichtsratssitzungen von GmbHs grundsätzlich nichtöffentlich. Die Öffentlichkeit der Aufsichtsratssitzungen kann daher im Gesellschaftsvertrag für den Regelfall nicht zugelassen werden.

Für den obligatorischen Aufsichtsrat einer GmbH ergibt sich dies aus § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG und § 1 Abs. 1 Nr. 3 Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat (DrittelbG).

Für den fakultativen Aufsichtsrat einer GmbH fehlt zwar eine entsprechende Regelung, jedoch ist der Rechtsgedanke des § 109 AktG anzuwenden, sodass auch in diesem Fall die Aufsichtsratssitzungen nach der ganz herrschenden Literaturmeinung grundsätzlich nichtöffentlich sind. Dies folgt aus den Aufgaben und der Funktion des Aufsichtsrats. Die Aufsichtsratsmitglieder erlangen z. B. bei der Kontrolle der Geschäftsführung Kenntnis von Vorgängen, Informationen und Geschäftsgeheimnissen, die im Interesse der Gesellschaft einer vertraulichen Behandlung bedürfen. Zudem bestehen häufig schutzwürdige Interessen Dritter, wie beispielsweise im Hinblick auf persönlichkeitsbezogene Daten bei der Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern oder Prokuristen. Vor allem aber ist eine offene Diskussion über Probleme und Planungen der Gesellschaft für die Ausübung der Kontrollfunktion des Aufsichtsrats unabdingbar. Das erfordert eine Vertraulichkeit der jeweiligen Sitzungen, die nicht durch den Gesellschaftsvertrag vorab ganz oder teilweise eingeschränkt werden kann. Die Aufsichtsratsmitglieder selbst haben ein schützenswertes Interesse an der Nichtöffentlichkeit, um ihre Kontrollfunktion ohne Einflüsse von außen wahrnehmen zu können. Sie haben daher einen Anspruch darauf, dass über alle Gegenstände ohne Anwesenheit Dritter beraten und abgestimmt werden kann. Ob sie im Einzelfall darauf verzichten und mit der Teilnahme Dritter einverstanden sind, kann nur von ihnen selbst entschieden werden. Eine allgemeine Einschränkung der Nichtöffentlichkeit durch die Gesellschaftssatzung ist daher nicht möglich.

Auch aus § 52 Abs. 1 GmbHG folgt nicht, dass von dem Grundsatz der Nichtöffentlichkeit durch Satzung abgewichen werden kann. Nach § 52 Abs. 1 GmbHG sind für den fakultativen Aufsichtsrat der GmbH einige Vorschriften des Aktiengesetzes entsprechend anzuwenden, soweit nicht im Gesellschaftsvertrag etwas anderes bestimmt ist. Allerdings wird dort § 109 AktG gerade nicht aufgeführt. Die entsprechende Anwendung des § 109 AktG auf den fakultativen Aufsichtsrat erfolgt nicht durch eine erweiternde Auslegung des § 52 Abs. 1 GmbHG, sondern durch ein unmittelbares Heranziehen des Rechtsgedankens des § 109 AktG, d. h. der zwingenden Nichtöffentlichkeit. Die Möglichkeit, durch Satzung von diesem Grundsatz abzuweichen, besteht daher

nicht.

Diese Rechtsauffassung steht auch nicht in Widerspruch zu dem Urteil des BayVGh vom 08.05.2006 (Az. 4 BV 05.756). In der Urteilsbegründung wird ausgeführt: „Die Einschränkung der Verschwiegenheitspflicht für die Aufsichtsratsmitglieder führt nicht dazu, die Nichtöffentlichkeit der Sitzungen des Aufsichtsrats zu unterlaufen.“ Diese Aussage zeigt deutlich, dass der BayVGh weiterhin von dem Grundsatz der Nichtöffentlichkeit der Aufsichtsratssitzungen ausgeht. Unterstrichen wird dies noch durch die Bezugnahme auf das Urteil des OVG NRW vom 21.12.1995, das sich gegen die Zulässigkeit der Öffentlichkeit in Aufsichtsratssitzungen ausspricht.

Im Übrigen liegt es in der Natur der Sache, dass die Wahl der privaten Rechtsform zu Ergebnissen führen kann, die nicht in allen Punkten den Vorstellungen und Erwartungen gerecht werden, die an öffentliche Rechtsformen geknüpft werden. Das gilt vor allem für Transparenzanforderungen und Steuermöglichkeiten. Es ist daher verständlich, dass in der Praxis ein Bedürfnis für mehr Transparenz von Aufsichtsratssitzungen kommunaler Gesellschaften besteht. Dem könnte dadurch Rechnung getragen werden, dass die Sitzungen in einen öffentlichen und einen nichtöffentlichen Teil aufgeteilt werden. Aufgrund der o. g. Erwägungen dürften im öffentlichen Teil jedoch keine originären Aufsichtsratsfunktionen (Überwachung, Kontrolle, Strategieentscheidungen) ausgeübt werden. Um das Risiko anfechtbarer Beschlüsse zu vermeiden, sollte auf eine Beschlussfassung im öffentlichen Teil am besten vollständig verzichtet werden. Dieser würde damit eher einer informatorischen Aussprache als einer Aufsichtsratssitzung entsprechen.

Abschließend weisen wir darauf hin, dass die Satzung der Stadtwerke Deggendorf GmbH entgegen der Behauptung in der Vorbemerkung der Schriftlichen Anfrage „Öffentlichkeit II“ nicht vorsieht, dass im nichtöffentlichen Teil der Aufsichtsratssitzung neben den stellvertretenden Aufsichtsratsmitgliedern auch „normale“ Stadtratsmitglieder anwesend sein dürfen.

Zu Frage 2 und 3 der Schriftlichen Anfrage „Öffentlichkeit I“ und zu Frage 3 der Schriftlichen Anfrage „Öffentlichkeit II“:

Eine Genehmigungspflicht für Gesellschaftsverträge kommunaler GmbHs besteht nicht. Art. 96 Abs. 1 GO sieht lediglich für bestimmte Fälle eine Anzeige gegenüber der Rechtsaufsichtsbehörde vor.

Ein Beschluss, mit dem in einer Gesellschaftssatzung die Öffentlichkeit der Aufsichtsratssitzungen vorgesehen und damit gegen Zivilrecht verstoßen wird, kann allerdings rechtsaufsichtlich nicht beanstandet werden. Nach Art. 109 Abs. 1 GO ist die Rechtsaufsicht darauf beschränkt, die Erfüllung der gesetzlich festgelegten und übernommenen öffentlich-rechtlichen Aufgaben und Verpflichtungen der Gemeinden und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zu überwachen. Die Erfüllung zivilrechtlicher Verpflichtungen unterliegt, da nur die Erfüllung öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen ge-

nannt wird, nicht der staatlichen Aufsicht. Berechtigte sind auf die Möglichkeit einer Klage vor den Zivilgerichten zu verweisen. Privatrecht gehört daher grundsätzlich nicht – auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung – zum Prüfungsumfang der Rechtsaufsicht.

Dies gilt auch für zivilrechtliche Regelungen, die das Verfahren, den Geschäftsgang o. ä. einer kommunalen Gesellschaft betreffen. Zwar geht es dabei nicht wie bei der Erfüllung zivilrechtlicher Verpflichtungen um ein Rechtsverhältnis zwischen einer Kommune und einem Dritten, der zur Durchsetzung seiner Rechte auf den Zivilrechtsweg verwiesen werden könnte, sondern um Verfahrensregelungen. Mit der Eröffnung der Möglichkeit, für kommunale Unternehmen auch eine Rechtsform des Privatrechts zu wählen, hat man allerdings bewusst in Kauf genommen, dass für solche Unternehmen zivilrechtliche Vorschriften gelten. Aus den o. g. Gründen ist die Einhaltung dieser privatrechtlichen Regelungen nicht Gegenstand der Rechtsaufsicht. Dies muss unabhängig davon gelten, ob es sich um zivilrechtliche Verpflichtungen gegenüber Dritten oder sonstige privatrechtliche Vorschriften handelt. Rechtsaufsichtliche Maßnahmen sind lediglich dann möglich, wenn mit dem zivilrechtlichen Verhalten zugleich gegen öffentliches Recht verstoßen wird.

Die Rechtsaufsichtbehörde kann lediglich im Rahmen einer Beratung nach Art. 108 GO auf ihre abweichende Rechtsauffassung hinweisen und so auf die Gestaltung des Gesellschaftsvertrags Einfluss nehmen.

Der Gesellschaftsvertrag muss durch einen Notar beurkundet (§ 2 Abs. 1 Satz 1 GmbHG) und durch das Registergericht in das Handelsregister eingetragen werden. Dies stellt jedoch keine gesellschaftsrechtliche „Unbedenklichkeitsbescheinigung“ dar. Sollte der Notar auf gesellschaftsrechtliche Probleme in der Satzung nicht hingewiesen haben, könnte dies gegebenenfalls zu seiner Haftung führen. Es kann dahinstehen, ob die Einhaltung des § 109 AktG zum Umfang des Prüfungsrechts bzw. der Prüfungspflicht des Registergerichts gehört (vgl. § 9 c GmbHG). Jedenfalls kann aus der Eintragung als solcher nicht gefolgert werden, dass die Festlegung der (teilweisen) Öffentlichkeit der Aufsichtsratssitzungen durch den Gesellschaftsvertrag zulässig wäre.

Zu Frage 4 und 5 der Schriftlichen Anfrage „Öffentlichkeit I“ und zu Frage 2 der Schriftlichen Anfrage „Öffentlichkeit II“:

- stellvertretende Aufsichtsratsmitglieder:

Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft können sich nach § 101 Abs. 3 Satz 1 AktG nicht vertreten lassen, sodass es insoweit keine stellvertretenden Aufsichtsratsmitglieder geben kann. Gleiches gilt für die Mitglieder obligatorischer Aufsichtsräte von GmbHs. Für fakultative Aufsichtsräte verweist § 52 GmbHG nicht auf § 101 Abs. 3 Satz 1 AktG, sodass die Bestellung von Stellvertretern durch die Satzung grundsätzlich möglich ist.

Die stellvertretenden Aufsichtsratsmitglieder dürfen nur im Vertretungsfall an den nichtöffentlichen Aufsichtsratssitzungen teilnehmen, im Übrigen haben sie

grundsätzlich kein Teilnahmerecht. Mit Einverständnis aller Aufsichtsratsmitglieder kann ihnen jedoch im Einzelfall die Teilnahme gestattet werden.

- Weisungen an Aufsichtsratsmitglieder

Nach Art. 93 Abs. 2 Satz 3 GO soll sich die Gemeinde – soweit zulässig – gegenüber entsandten oder auf ihre Veranlassung gewählten Mitgliedern des Aufsichtsrats Weisungsrechte sichern. Diese Sollverpflichtung steht unter dem Vorbehalt des Gesellschaftsrechts, sodass ein Widerspruch zum Gesellschaftsrecht gerade nicht entstehen kann.

Nach herrschender Meinung gibt es bei der Aktiengesellschaft kein Weisungsrecht der Aktionäre gegenüber den Aufsichtsratsmitgliedern. Ebenso kann für die Mitglieder eines obligatorischen Aufsichtsrats einer GmbH keine Weisungsbindung begründet werden. Bei einem fakultativen Aufsichtsrat ist jedenfalls für über die Kontrollfunktion hinausgehende Tätigkeiten eine Weisungsbefugnis gegenüber den Aufsichtsratsmitgliedern zulässig, sodass insoweit die Sollvorschrift des Art. 93 Abs. 2 Satz 3 GO Anwendung findet. Gleichgültig, ob eine Weisungsbindung besteht oder nicht, sind weisungswidrige Stimmabgaben nicht unwirksam. Das ist aber bei öffentlich-rechtlichen Organisationsformen, z. B. Zweckverbänden oder Kommunalunternehmen, auch nicht anders.

- Haftungsfreistellung

Die in Art. 93 Abs. 3 GO geregelte Verpflichtung der Gemeinde zur Haftungsfreistellung der Vertreter der Gemeinde in der Haupt- oder Gesellschafterversammlung sowie der von der Gemeinde entsandten oder auf ihre Veranlassung gewählten Aufsichtsratsmitglieder betrifft lediglich das Innenverhältnis. Die Außenhaftung des Handelnden im Verhältnis zu Dritten und für schädigende Handlungen gegenüber dem Unternehmen bleibt dadurch unberührt. Ein Widerspruch zum Gesellschaftsrecht kann darin nicht gesehen werden.

- „geborene“ Aufsichtsratsvorsitzende

Die Mitgliedschaft im Aufsichtsrat ist, im Gegensatz zur Vertretung in der Gesellschafterversammlung (vgl. Art. 93 Abs. 1 GO), gesetzlich nicht an ein kommunales Amt gebunden. Einen „geborenen“ Aufsichtsratsvorsitzenden gibt es daher ebenso wenig wie ein „geborenes“ Aufsichtsratsmitglied. Es können jedoch Entsendungsrechte für den kommunalen Gesellschafter festgelegt werden. Bei Aktiengesellschaften kann nach § 101 Abs. 2 AktG in der Satzung bestimmt werden, dass höchstens ein Drittel der Aufsichtsratsmitglieder von bestimmten Aktionären oder den jeweiligen Inhabern bestimmter Aktien entsandt werden. Gleiches gilt für den obligatorischen Aufsichtsrat einer GmbH. Die Bestellung der Mitglieder eines fakultativen Aufsichtsrats kann von den Gesellschaftern im Gesellschaftsvertrag abweichend vom Aktienrecht geregelt werden. Es kann z. B. bestimmt werden, dass eine Gemeinde als Gesellschafterin Aufsichtsratsmitglieder unmittelbar entsenden kann. Dies ist jedoch keine kommunale Besonderheit, sondern gilt auch für andere Gesellschafter.

**Zu Frage 6 der Schriftlichen Anfrage „Öffentlichkeit I“
und zu Frage 4 der Schriftlichen Anfrage „Öffentlichkeit II“:**

Die Frage, wie bei Stimmengleichheit bei Abstimmungen im Aufsichtsrat einer kommunalen GmbH zu verfahren ist, regelt sich nach Gesellschaftsrecht. Danach kann im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden, dass bei Stimmengleichheit bei Abstimmungen im Aufsichtsrat die Stimme des Vorsitzenden ausschlaggebend ist (so schon BGH v. 25.02.1982, Az. II ZR 102/81).

Art. 51 Abs. 1 Satz 2 GO, der nur für Beschlüsse des Gemeinderats gilt, ist auf kommunale Gesellschaften nicht anwendbar.

Zu Frage 5 der Schriftlichen Anfrage „Öffentlichkeit II“:

Wenn eine Kommune zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben ein Unternehmen in der Privatrechtsform gründet, unterliegt dieses den jeweiligen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften. Deshalb sind z. B. bei einer GmbH andere Anforderungen an die Geheimhaltung zu stellen, als für Eigenbetriebe und Kommunalunternehmen, für die ausschließlich das Kommunalrecht gilt. Dies ist jedoch keine Konsequenz aus dem Urteil des BayVGH vom 08.05.2006, sondern folgt aus der Wahl der Rechtsform.